

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegeordnung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs-klagerechte	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung

LUKAS GLANZMANN*/SAMMY GUIDOUM**

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung.....	252
II. Ausweis als Teil des bilanziellen Eigenkapitals	252
III. Bestandteile der gesetzlichen Kapitalreserve.....	253
1. Allgemeine Reserve	253
1.1 Besonderer Ausweis	253
1.2 Agio.....	254
1.3 Kaduzierungsgewinn.....	255
1.4 Einlagen und Zuschüsse.....	255
1.5 Buchgewinn aus Kapitalherabsetzung	258
2. Fusionsagio und -disagio.....	258
3. Nachschüsse	259
4. Steuerlich anerkannte Kapitaleinlagereserven	260
4.1 Besonderer Ausweis	260
4.2 Diskrepanz zwischen steuerlich anerkannter und tatsächlicher Kapitaleinlage	260
IV. Ausschüttung der gesetzlichen Kapitalreserve	261
1. Fragliche Umbuchung.....	261
2. Ausschüttung bei Rechnungslegung in Fremdwährung.....	262
2.1 Massgeblichkeit des Frankenbetrags des frei verwendbaren Eigenkapitals.....	262
2.2 Ausschüttung der steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve und Behandlung durch die EStV.....	263
V. Schlussbemerkungen.....	263

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

** M.A. HSG in Law and Economics, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität St. Gallen.

I. Einführung

Im vorliegenden Beitrag werden ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Kapitalreserve diskutiert. Dies ist ein Thema an der Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht. Die Wahl des Themas ist nicht nur durch seine praktische Relevanz gerechtfertigt, sondern auch deswegen, weil es im Zentrum der Forschungs- und Lehrtätigkeit des Jubilars steht.¹

Nachfolgend wird in einem ersten Teil aufgezeigt, wie die gesetzliche Kapitalreserve in der Bilanz auszuweisen ist. Schon dieser Aspekt verdeutlicht, dass das Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht integriert anzuwenden sind, denn die entsprechenden Regelungen sind – momentan noch – nicht harmonisiert.² In einem weiteren Teil wird dargelegt, aus welchen Bestandteilen sich die gesetzliche Kapitalreserve zusammensetzt.³ Schliesslich werden ausgewählte Fragen bezüglich der Ausschüttung der Kapitalreserve erörtert.⁴

Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich einerseits an der geltenden Fassung des Aktienrechts. Andererseits wird aber auch auf das neue Aktienrecht Bezug genommen.⁵

II. Ausweis als Teil des bilanziellen Eigenkapitals

Im Rechnungslegungsrecht werden die gesetzlichen Reserven aufgrund der Mittelherkunft in gesetzliche Kapital- und Gewinnreserven unterteilt.⁶ Gemäss Art. 959a OR sind diese Reserven in der Bilanz als Teil des Eigenkapitals auszuweisen: Die gesetzlichen Kapitalreserven werden an zweiter Stelle nach dem Grund-, Gesellschafts- oder Stiftungskapital aufgeführt.⁷ An dritter Stelle folgen die gesetzlichen Gewinnreserven.⁸ Selbstredend handelt es sich bei den gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven um offene Reserven; stille Zwangs- oder Willkürreserven sind in der Bilanz nicht ersichtlich, da sie ja «still» sind.⁹

Im Gegensatz zum Rechnungslegungsrecht unterscheidet das geltende Aktienrecht¹⁰ bei den gesetzlichen Reserven nicht zwischen Kapital- und Gewinnreserven, sondern zwischen

¹ Vgl. etwa HANDSCHIN LUKAS in: Handschin/Jung (Hrsg.), Zürcher Kommentar zu Art. 660–697m, die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, 2. Aufl., Zürich 2020 (zit. HANDSCHIN, ZK); DERS., Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht); DERS., Rechnungslegungs- und Revisionsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

² Vgl. unten II.

³ Vgl. unten III.

⁴ Vgl. unten IV.

⁵ Vgl. für den Schlussabstimmungstext: BBl 2020 5573.

⁶ NEUHAUS MARKUS R./GERBER RODOLFO, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchIT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BEARBEITER, BSK), OR 959a N 80; GLANZMANN LUKAS, Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften, SZW 3/2017, 274–290, 277.

⁷ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. b OR.

⁸ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR.

⁹ GLANZMANN (FN 6), 277.

¹⁰ Dieselbe Unterteilung gilt auch für die GmbH (vgl. Art. 801 OR).

der allgemeinen Reserve¹¹, der Reserve für eigene Aktien¹² und der Aufwertungsreserve¹³. Der Unterschied zwischen dem Rechnungslegungs- und dem Aktienrecht ist auf die Abkoppelung der Revision des Rechnungslegungsrechts von der Aktienrechtsrevision 2007 zurückzuführen.¹⁴ In der Aktienrechtsrevision¹⁵ wurde die aktienrechtliche Gliederung und Terminologie der gesetzlichen Reserven an jene des Rechnungslegungsrechts angepasst.¹⁶ Bis zum Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts sind aber sowohl die Vorgaben des Rechnungslegungsrechts als auch jene des Aktienrechts zu befolgen und in Einklang zu bringen. Dabei kann z.B. die Gliederung des Rechnungslegungsrechts als Hauptgliederung verwendet und darunter die Gliederung des Aktienrechts abgebildet werden. Denkbar ist jedoch auch die umgekehrte Darstellungsform.¹⁷ Wie noch zu zeigen ist, sind beim Ausweis der gesetzlichen Kapitalreserve darüber hinaus auch noch steuerliche Besonderheiten zu beachten.¹⁸

III. Bestandteile der gesetzlichen Kapitalreserve

1. Allgemeine Reserve

1.1 Gesonderter Ausweis

Die allgemeine Reserve gemäss Art. 671 OR wird sowohl aus Kapitaleinlagen als auch aus Gewinnen gespeisen.¹⁹ Wie erwähnt, verlangt das Rechnungslegungsrecht, dass die Kapitalreserven gesondert ausgewiesen werden.²⁰ Gleichzeitig ist aus aktienrechtlicher Sicht ein gesonderter Ausweis als allgemeine Reserve erforderlich, da die allgemeine Reserve einem besonderen Schutzregime untersteht.²¹ Um beiden Anforderungen gerecht zu werden, ist derjenige Teil der allgemeinen Reserve, der aus Kapitaleinlagen – und nicht aus Gewinnen – stammt,²² innerhalb der gesetzlichen Kapitalreserve als allgemeine Reserve auszuweisen – oder umgekehrt. Hierzu sind verschiedene Darstellungsformen

¹¹ Art. 671 OR.

¹² Art. 671a OR.

¹³ Art. 671b OR.

¹⁴ Vgl. GUTSCHE ROBERT, in: Pfaff et al. (Hrsg.), veb.ch Praxiskommentar, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2019, OR 959a N 144; GLANZMANN LUKAS, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Kunz et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, 251–289, 267; GLANZMANN (FN 6), 277.

¹⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 399–682.

¹⁶ Vgl. die Marginalien zu Art. 671 revOR (Gesetzliche Kapitalreserve), Art. 672 revOR (Gesetzliche Gewinnreserve) und Art. 673 revOR (Freiwillige Gewinnreserven). Vgl. für den Schlussabstimmungs-text: BBI 2020 5573.

¹⁷ Vgl. Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Bd. «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, 227, und GUTSCHE, veb.ch Praxiskommentar (FN 14), OR 959a N 144, je mit einer Gegenüberstellung der Gliederungen des Rechnungslegungs- und Aktienrechts.

¹⁸ Vgl. unten III.4.

¹⁹ HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 9.

²⁰ Vgl. oben FN 7.

²¹ Vgl. dazu Art. 671 Abs. 3 und 4 OR.

²² Für den Ausweis der gesetzlichen Gewinnreserve vgl. GLANZMANN (FN 6), 280–282.

denkbar. Möglich ist etwa ein Ausweis unter dem Titel «gesetzliche Kapitalreserve» als «allgemeine Reserve», ein Ausweis als «allgemeine gesetzliche Kapitalreserve» oder als «gesetzliche allgemeine Kapitalreserve».²³ Entscheidend ist bei der Wahl der Bezeichnung, dass die Reserve sowohl als gesetzliche Kapitalreserve wie auch als allgemeine Reserve identifiziert werden kann. Im Nachfolgenden wird diese Reserve als «allgemeine gesetzliche Kapitalreserve» bezeichnet. Diese setzt sich aus den folgenden Positionen zusammen:

1.2 *Agio*

Primär gehört das Agio zur allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve.²⁴ Als Agio wird der über den Nennwert hinaus erzielte Mehrerlös bei der Ausgabe von Aktien bezeichnet.²⁵ Bei einer gewöhnlichen Aktienemission entspricht das Agio dem Differenzbetrag zwischen dem Ausgabebetrag²⁶ und dem Nennwert der Aktien; bei einer Festübernahme ist es der Differenzbetrag zwischen dem Bezugspreis und dem Nennwert.²⁷ Das Agio ist vorbehältlich der nachfolgenden Ausnahmen der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen. Diese Pflicht besteht grundsätzlich selbst dann noch, wenn die allgemeine Reserve bereits geüffnet ist.²⁸

Vom Agio dürfen vorab die Ausgabekosten der Kapitalerhöhung abgezogen werden.²⁹ Dadurch werden die entsprechenden Kosten direkt vom Eigenkapital in Abzug gebracht, weshalb sie nicht als Aufwand in der Erfolgsrechnung erscheinen.³⁰ Eine Erfassung als Aufwand über die Erfolgsrechnung ist jedoch auch zulässig.³¹ Die Möglichkeit, die Ausgabekosten vorab vom Agio abzuziehen, ist auch im neuen Aktienrecht vorgesehen.³²

²³ GLANZMANN (FN 6), 278.

²⁴ NEUHAUS/BALKANYI, BSK (FN 6), OR 671 N 16a; BÖCKLI PETER, OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2019, N 511; GLANZMANN (FN 6), 278; HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht (FN 1), N 827; HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 10.

²⁵ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Das Gleiche trifft zu bei der Ausgabe von Partizipationsscheinen oder Stammanteilen.

²⁶ Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

²⁷ Vgl. dazu OSER DAVID/VOGT HANS-UELI, Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigen Aktienrecht, GesKR 1/2012, 10–28, 22 f.; GLANZMANN (FN 6), 278.

²⁸ NEUHAUS/BALKANYI, BSK (FN 6), OR 671 N 17; GLANZMANN (FN 6), 278. Demgegenüber ist eine zweite Zuweisung der gesetzlichen allgemeinen Gewinnreserve nach h.L. nur solange vorzunehmen, bis die allgemeine Reserve geüffnet ist, d.h., bis sie 50% des Aktien- sowie eines allfälligen Partizipationskapitals erreicht hat (NEUHAUS/BALKANYI, BSK [FN 6], OR 671 N 31; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 12 N 525b; BÖCKLI [FN 24], N 460; IMARK LUKAS/LIPP LORENZ, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 [zit. BEARBEITER, CHK], OR 671 N 9). Dies ergibt sich daraus, dass die allgemeine Reserve im Betrag, der die Hälfte des Aktien- und des etwaigen Partizipationskapitals übersteigt, frei verwendbar ist (GLANZMANN [FN 6], 281). Gar keine Pflicht, eine zweite Zuweisung der gesetzlichen allgemeinen Gewinnreserve vorzunehmen, haben Holdinggesellschaften (Art. 671 Abs. 4 OR). In der Aktienrechtsrevision wurde die zweite Zuweisung der gesetzlichen allgemeinen Gewinnreserve abgeschafft. Dafür ist die erste Zuweisung solange vorzunehmen, bis die allgemeine gesetzliche Kapitalreserve und die allgemeine gesetzliche Gewinnreserve zusammen 50% – bzw. bei Holdinggesellschaften 20% – des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreicht haben (Art. 672 Abs. 2 revOR).

²⁹ Vgl. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

³⁰ NEUHAUS/BALKANYI, BSK (FN 6), OR 671 N 19; GLANZMANN (FN 6), 278.

³¹ Vgl. GLANZMANN (FN 6), 278.

³² Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 revOR.

Ferner kann das Agio zu Abschreibungs- oder Wohlfahrtszwecken verwendet werden.³³ Soweit davon Gebrauch gemacht wird, ist das Agio nicht als Reserve zu verbuchen. Auch diese Verwendung des Agios ermöglicht, Abschreibungen ausserhalb der Erfolgsrechnung vorzunehmen.³⁴ Diese Verwendungsmöglichkeit des Agios wird unter dem neuen Aktienrecht hingegen nicht mehr zulässig sein.³⁵

1.3 Kaduzierungsgewinn

Sodann ist ein allfälliger Kaduzierungsgewinn der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen.³⁶ Der Begriff des Kaduzierungsgewinns wird im Gesetz selbst nicht verwendet. Es handelt sich dabei aber gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 OR um das, «was von den geleisteten Einzahlungen auf ausgefallene Aktien übrig bleibt, nachdem ein allfälliger Mindererlös aus den dafür ausgegeben Aktien gedeckt worden ist». Mit anderen Worten wird damit der Betrag bezeichnet, den ein in Verzug geratener Zeichner auf den von ihm gezeichneten Ausgabebetrag bereits einbezahlt hatte und der nach durchgeführtem Kaduzierungsverfahren³⁷ an die Gesellschaft fällt. Ein Kaduzierungsgewinn entsteht jedoch nur, wenn die Einzahlungen für die neuen – anstelle der kaduzierten Aktien – ausgegebenen Titel zusammen mit den bereits geleisteten Zahlungen des kaduzierten Aktionärs über dem Ausgabebetrag der kaduzierten Aktien liegt.³⁸ Ansonsten liegt entweder ein neutraler Vorgang oder sogar ein Kaduzierungsverlust vor.

Der Kaduzierungsgewinn ist in der Praxis von geringer Relevanz.³⁹ Die Zuweisung eines etwaigen Kaduzierungsgewinns an die allgemeine gesetzliche Kapitalreserve ist aber auch nach neuem Aktienrecht möglich.⁴⁰

1.4 Einlagen und Zuschüsse

Die Behandlung von Einlagen und Zuschüssen der Gesellschafter ist derzeit gesetzlich (noch) nicht geregelt. Während die juristische Lehre sie grundsätzlich gleich behandeln will wie das Agio⁴¹ (Ausweis als gesetzliche Kapitalreserve),⁴² geht die Rechnungslegungspraxis davon aus, dass auch eine Erfassung in der Erfolgsrechnung oder in den freiwilligen Gewinnreserven zulässig sei.⁴³ In der Aktienrechtsrevision wurde nun die juristische Sichtweise kodifiziert, denn nach Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 revOR sind «weitere durch Inhaber von

³³ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Kritisch dazu, da dies gegen die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung verstosse: GLANZ, veb.ch Praxiskommentar (FN 14), Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 7; HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 11.

³⁴ NEUHAUS/BALKANYI, BSK (FN 6), OR 671 N 19; GLANZMANN (FN 6), 278.

³⁵ Vgl. Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 revOR.

³⁶ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 2 OR. Vgl. dazu auch TOMA ADRIANO, Das Eigenkapital der Aktiengesellschaft im neuen Rechnungslegungsrecht, Diss., Bern 2016, 75 f.; HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht (FN 1), N 827; HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 10; BÖCKLI, (FN 24), N 512, m.w.H.

³⁷ Vgl. Art. 681 f. OR.

³⁸ BÖCKLI (FN 24), N 512.

³⁹ GLANZMANN (FN 6), 278; BÖCKLI (FN 24), N 512.

⁴⁰ Vgl. Art. 671 Abs. 1 Ziff. 2 revOR.

⁴¹ Vgl. oben III.1.2.

⁴² BÖCKLI (FN 24), N 513; STAEHELIN MATTHIAS, Die gesetzliche Kapitalreserve, Steuerrecht gegen Kapitalschutzvorschriften (I. Teil), ST 12/2014, 1133–1139, 1133.

⁴³ Treuhand-Kammer (FN 17), 230.

Beteiligungspapieren geleistete Einlagen und Zuschüsse» der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen.

Die Art der Erfassung ist insbesondere beim Vorliegen eines Kapitalverlusts im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR relevant. Eine Erfassung über die Erfolgsrechnung oder in den freiwilligen Gewinnreserven könnte die bilanzielle Heilung eines Kapitalverlusts erleichtern, da bei einer Verbuchung als gesetzliche Kapitalreserve die Bemessungsgrundlage zur Berechnung des Kapitalverlusts wiederum erhöht wird; die Folge davon ist, dass der doppelte Betrag des Kapitalverlusts in die gesetzliche Kapitalreserve eingelegt werden muss,⁴⁴ was sich anhand des nachfolgenden Beispiels veranschaulichen lässt:

X AG (per 31.12.)

Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Bargeld	30	Kreditoren	50
Anlagevermögen		Eigenkapital	
Maschinen	40	Aktienkapital	40
		Gesetzliche Kapitalreserve	20
		Verlustvortrag	-40
	70		70

Die X-AG weist per 31.12. einen Kapitalverlust von 10 auf.⁴⁵ Um diesen Kapitalverlust vollständig zu beseitigen, müsste ein Betrag von 20 eingelegt werden,⁴⁶ falls dieser in der gesetzlichen Kapitalreserve zu verbuchen wäre:

$$x + 30 + 40 - 50 = \frac{1}{2} \times (40 + 20 + x)$$

$$x + 20 = 30 + \frac{x}{2}$$

$$\frac{x}{2} = 10$$

$$x = 20$$

Allerdings ist in Bezug auf die Bemessungsbasis des Kapitalverlusts nach dem gegenwärtigen Stand der Lehre und Praxis umstritten, ob der in der Bilanz ausgewiesene Nominalbetrag oder nur der geschützte Teil der allgemeinen Reserve zu berücksichtigen ist.⁴⁷ Während die h.L. und das HWP davon ausgehen, dass der Nominalbetrag

⁴⁴ GLANZMANN (FN 6), 278.

⁴⁵ EK = Aktiven (70) – Fremdkapital (50) = 20 < ½ (Aktienkapital [40] + gesetzliche Reserven [20]) = 30.

⁴⁶ EK = Aktiven (90) – Fremdkapital (50) = 40 = ½ (Aktienkapital [40] + gesetzliche Reserven [40]) = 40.

⁴⁷ Die allgemeine Reserve ist im Betrag von 50% des Aktienkapitals bzw., bei Holdinggesellschaften, von 20% des einbezahlten Aktienkapitals geschützt (Art. 671 Abs. 1 und 3 OR); vgl. dazu auch GLANZMANN LUKAS, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019, 465–480, 468; GLANZMANN LUKAS, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, Das neue aktienrechtliche Sanierungsrecht, GesKR 4/2017, 387–403, 394; PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, CHK (FN 28), OR 725 N 6;

heranzuziehen sei,⁴⁸ halten eine Minderheitsmeinung und die Botschaft zur Aktienrechtsrevision – fälschlicherweise unter Verweis auf die h.L. – fest, dass nur der geschützte Teil massgebend sei.⁴⁹ Beim obigen Beispiel führen beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis, zumal die ganze gesetzliche Kapitalreserve geschützt ist.⁵⁰ Würde die X-AG aber über ein Aktienkapital von 20 statt 40 und über gesetzliche Kapitalreserven von 40 statt 20 verfügen, so läge je nach Theorie in einem Fall ein Kapitalverlust vor und im anderen Fall nicht:

X AG (per 31.12.)

Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Bargeld	30	Kreditoren	50
Anlagevermögen		Eigenkapital	
Maschinen	40	Aktienkapital	20
		Gesetzliche Kapitalreserve	40
		Verlustvortrag	-40
	70		70

Nach Auffassung der h.L. und des HWP wiese die X-AG diesfalls per 31.12. nach wie vor einen Kapitalverlust in der Höhe von 10 auf,⁵¹ wohingegen nach Auffassung der Botschaft und Lehr-Minderheit kein solcher vorläge.⁵² Im neuen Aktienrecht wurde nun die Position der Minderheitsmeinung kodifiziert, weshalb nur der geschützte Teil der gesetzlichen Reserve als Bemessungsbasis heranzuziehen ist.⁵³

GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005, N 2181.

⁴⁸ BÖCKLI (FN 28), § 13 N 717; MEISTER THOMAS, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füßli Navigator Kommentare, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, OFK), OR 725 N 1; DELLMANN KLAUS, Bilanzverluste und deren Folgen im neuen Aktienrecht, SZW 1997, 66–75, 73 f.; Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Bd. «Ordentliche Revision», Zürich 2016, 345.

⁴⁹ Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBI 2017 399, 557 mit Verweis auf HOMBURGER ERIC, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., OR 725 N 1204–1214; WÜSTINER, BSK (FN 6), OR 725 N 18. Bzgl. Agio: BGE 140 III 533 E. 6.2, S. 547 f.

⁵⁰ Geschützter Teil = $\frac{1}{2} \times 40 = 20$ (vgl. Art. 671 Abs. 1 und 3 OR).

⁵¹ EK = Aktiven (70) – Fremdkapital (50) = 20 < $\frac{1}{2}$ (Aktienkapital [20] + gesetzliche Reserven [40]) = 30.

⁵² EK = Aktiven (70) – Fremdkapital (50) = 20 > $\frac{1}{2}$ (Aktienkapital [20] + geschützter Teil der gesetzlichen Reserven [10]) = 15.

⁵³ Vgl. Art. 725a Abs. 1 revOR: «[...] dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten zwei Drittel der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken [...]».

1.5 *Buchgewinn aus Kapitalherabsetzung*

Nach Art. 732 Abs. 4 OR ist ein sich aus einer Kapitalherabsetzung ergebender Buchgewinn ausschliesslich zu Abschreibungszwecken zu verwenden. Gemäss herrschender Lehre und Rechnungslegungspraxis ist diese Bestimmung zu eng gefasst, weshalb ein entsprechender Buchgewinn auch der allgemeinen Reserve zugewiesen werden könne.⁵⁴ Dadurch unterliegt der Buchgewinn demselben Schutzregime, welchem auch die allgemeine Reserve unterliegt.⁵⁵ Konsequenterweise muss dies zur Folge haben, dass der entsprechende Betrag – bei gegebenen Voraussetzungen – auch an die Gesellschafter ausgeschüttet werden darf.⁵⁶

2. Fusionsagio und -disagio

Bei einer Fusion zweier Gesellschaften übernimmt die übernehmende Gesellschaft Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft. Diese Aktiven und Passiven werden grundsätzlich zu bisherigen Buchwerten in die Bilanz der übernehmenden Gesellschaft überführt.⁵⁷ Damit verändert sich das ausgewiesene Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft um den Betrag des bei der übertragenden Gesellschaft ausgewiesenen Eigenkapitals, sofern durch die Fusion nicht noch Beteiligungen oder gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten beseitigt werden.⁵⁸

Führt die übernehmende Gesellschaft im Rahmen der Fusion eine Kapitalerhöhung durch, wird diese in der Regel mit dem übernommenen Aktivenüberschuss, den sog. «Nettoaktiven», liberiert.⁵⁹ Im Betrag, in dem diese Nettoaktiven den Nennbetrag der Kapitalerhöhung übersteigen, erzielt die übernehmende Gesellschaft einen Fusionsgewinn, ein sog. «Fusionsagio».⁶⁰ Dieses Fusionsagio ist gleich zu behandeln wie ein Agio bei einer gewöhnlichen Kapitalerhöhung,⁶¹ d.h., es ist der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve

⁵⁴ BÖCKLI (FN 28), § 2 N 371; BÖCKLI (FN 24), N 514; HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht (FN 1), N 827; SEILER MORITZ/SETHE ROLF, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1–1186 OR, Basel 2014, OR 732 N 20; MEISTER, OFK (FN 48), OR 671 N 3; Treuhand-Kammer (FN 17), 234.

⁵⁵ Vgl. oben FN 25.

⁵⁶ Vgl. GLANZMANN (FN 6), 279. A.M. aber KÜNG/SCHOCH, BSK (FN 6), OR 732 N 35.

⁵⁷ GLANZMANN LUKAS, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 283; BÖCKLI (FN 28), § 3 N 76.

⁵⁸ GLANZMANN (FN 6), 279.

⁵⁹ GLANZMANN (FN 57), N 288; Die Kapitalerhöhung kann auch aus frei verwendbaren Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft liberiert werden (a.a.O., N 276).

⁶⁰ GLANZMANN (FN 57), N 287; GLANZMANN (FN 6), 279.

⁶¹ GLANZMANN (FN 57), N 287; GLANZMANN (FN 6), 279; BOEMLE MAX/STOLZ CARSTEN, Unternehmensfinanzierung, Bd. 2, 14. Aufl., Zürich 2012, 238; DIEM HANS-JAKOB, in: Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, FusG 9 N 17; VOGEL ALEXANDER ET AL., FusG Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli Navigator Kommentare, 3. Aufl., Zürich 2017, FusG 9 N 6c; AMSTUTZ MARC/MABILLARD RAMON, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, FusG 9 N 8. A.M. BÖCKLI (FN 28), § 3 N 79, sowie Treuhand-Kammer (FN 17), 310, die auch eine Erfassung über die Erfolgsrechnung sowie eine Zuweisung an die freiwilligen Gewinnreserven als zulässig erachtet.

zuzuweisen.⁶² Das Gleiche gilt, wenn die übernehmende Gesellschaft keine Kapitalerhöhung durchführt.⁶³

Wenn der Nennwert der Kapitalerhöhung grösser ist als der Buchwert der von der übertragenden Gesellschaft übernommenen Nettoaktiven, entsteht ein Fusionsverlust, ein sog. «Fusionsdisagio».⁶⁴ Ebenfalls ein Fusionsdisagio entsteht bei der Übernahme einer Gesellschaft mit negativem Eigenkapital.⁶⁵ Ein Fusionsdisagio kann zulasten der Reserven abgeschrieben oder als Goodwill aktiviert werden.⁶⁶

3. Nachschüsse

Gemäss Art. 795 Abs. 1 OR können die Statuten einer GmbH die Gesellschafter zur Leistung von Nachschüssen verpflichten.⁶⁷ Solche Nachschüsse sind erst dann zu bilanzieren, wenn sie abgerufen werden.⁶⁸ In diesem Zeitpunkt ist eine entsprechende Forderung gegenüber den betroffenen Gesellschaftern zu aktivieren.⁶⁹ Im Gegenzug zur Aktivierung erhöht sich auf der Passivseite der Bilanz das Eigenkapital. Allerdings gibt das Gesetz nicht vor, wie diese Nachschüsse im Eigenkapital zu erfassen sind.

Nachschüsse stellen Kapitaleinlagen dar. Sie gehören aber offensichtlich nicht zum Grundkapital. Somit sind sie als gesetzliche Kapitalreserve zu verbuchen. Richtigerweise sind sie gesondert und nicht als Teil der allgemeinen gesetzlichen Kapitalreserve auszuweisen.⁷⁰ Dies ergibt sich daraus, dass geleistete Nachschüsse wieder zurückbezahlt werden dürfen, sofern der Betrag durch frei verwendbares Eigenkapital gedeckt ist und ein zugelassener Revisionsexperte dies schriftlich bestätigt.⁷¹ Nach herrschender Lehre steht eine Rückzahlung in der Kompetenz der Geschäftsführer der GmbH,⁷² was gegen die

⁶² Vgl. oben III.1.2.

⁶³ GLANZMANN (FN 6), 279.

⁶⁴ GLANZMANN (FN 57), N 287; GLANZMANN (FN 6), 279. Im Fall eines Fusionsdisagios ist zu prüfen, ob nicht gleichzeitig eine verbotene Unterprioritäts-Emission vorliegt. Vgl. dazu GLANZMANN (FN 57), N 288; GLANZMANN (FN 6), 279.

⁶⁵ Die Fusion mit einer überschuldeten Gesellschaft ist nach Art. 6 Abs. 1 FusG nur zulässig, wenn die andere Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Überschuldung verfügt oder ausreichend Rangrücktritte bestehen. Vgl. dazu GLANZMANN (FN 57), N 849–851.

⁶⁶ GLANZMANN LUKAS, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 2012, 205–214, 209; Treuhand-Kammer (FN 17), 308; GLANZ, veb.ch Praxiskommentar (FN 14), Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 76; GLANZMANN (FN 6), 279. Bei einer Aktivierung ist der Goodwill in der Regel innert fünf Jahren abzuschreiben (Treuhand-Kammer [FN 17], 308 und 201; GLANZMANN [FN 6], 279).

⁶⁷ Bei der Aktiengesellschaft wäre eine solche Statutenbestimmung unzulässig, da der Aktionär gemäss Art. 680 Abs. 1 OR auch nicht durch die Statuten verpflichtet werden kann, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.

⁶⁸ HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht (FN 1), N 201; LIPP, CHK (FN 28), OR 959a N 48; GLANZMANN (FN 6), 279.

⁶⁹ LIPP, CHK (FN 28), OR 959a N 48; GLANZMANN (FN 6), 279.

⁷⁰ Gl.M. HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht (FN 1), N 199.

⁷¹ Art. 795b OR.

⁷² AMSTUTZ/CHAPPUIS, BSK (FN 6), OR 795b N 4; CHAPPUIS FERNAND/JACCARD MICHEL, in: Tercier/Amstutz/Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, art. 530–1186 CO, art. 20–33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en oeuvre des recommandations du GAFI, 2. Aufl., Basel 2017, CO 795b N 6. Dies ist ein Widerspruch zur Herabsetzung der Liberierungsquote, wofür klarerweise die Gesellschafterversammlung zuständig ist. In beiden Fällen lebt eine Einzahlungspflicht des Gesellschafters wieder auf und die Gesellschafter

übliche Kompetenzordnung bei der Verfügung über die allgemeine Reserve verstösst. Schon aus diesem Grund sind die Nachschüsse separat auszuweisen. Hinzu kommt, dass die Nachschüsse unter Umständen nicht von allen Gesellschaftern geleistet wurden. In diesem Fall würde eine Rückzahlung von Nachschüssen eine ungleiche Verwendung der allgemeinen Reserve darstellen, was grundsätzlich ebenfalls nicht zulässig ist. Deshalb kann die Finanzierungslage der Gesellschaft einzig korrekt beurteilt werden, wenn die Nachschüsse separat ausgewiesen werden.⁷³

4. Steuerlich anerkannte Kapitaleinlagereserven

4.1 *Gesonderter Ausweis*

Als weitere Position innerhalb der gesetzlichen Kapitalreserven sind die steuerlich anerkannten Reserven aus Kapitaleinlagen auszuweisen. Diese Vorgabe basiert auf Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG, wonach die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, gleich behandelt wird wie die Rückzahlung von Grund- und Stammkapital, sofern die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz ausgewiesen werden und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) meldet.

Die mit Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG gewährleistete Gleichbehandlung von Rückzahlungen von durch die Inhaber von Beteiligungsrechten geleisteten Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen einerseits und von Rückzahlungen von Grund- und Stammkapital andererseits besteht in der Befreiung von der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuerfreiheit beim Aktionär als natürliche Person gemäss Art. 20 Abs. 3 DBG.⁷⁴

Damit eine solche steuerfreie Rückzahlung möglich ist, müssen die entsprechenden Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden. Hierbei wird von der ESTV sowohl die buchhalterische Erfassung auf einem separaten Konto als auch ein Ausweis in der Rechnungslegung in einer separaten Bilanzposition verlangt.⁷⁵ Diese Bilanzposition kann z.B. als «gesetzliche Reserven aus Kapitaleinlagen (durch ESTV bestätigt/zu bestätigten)» bezeichnet werden.

4.2 *Diskrepanz zwischen steuerlich anerkannter und tatsächlicher Kapitaleinlage*

Ist der Betrag der steuerlich anerkannten Kapitaleinlagen niedriger als der Gesamtbetrag der gesetzlichen Kapitalreserve, ist der Posten «gesetzliche Kapitalreserve» in einen

können nur im Verfahren der Kapitalherabsetzung von ihren Pflichten befreit werden (vgl. dazu Art. 795c Abs. 2 OR).

⁷³ GLANZMANN (FN 6), 280.

⁷⁴ NEUHAUS/GERBER, BSK (FN 6), OR 959a N 82.

⁷⁵ Die Einzelheiten zum Ausweis der steuerlich anerkannten Reserven aus Kapitaleinlagen finden sich im Kreisschreiben der ESTV vom 9. September 2019, Nr. 29a, «Kapitaleinlageprinzip neues Rechnungslegungsrecht», abrufbar unter: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/kreisschreiben.html>. Vgl. dazu auch STAEHELIN (FN 42), 1134.

Unterposten «gesetzliche Reserve aus Kapitaleinlagen (durch EStV bestätigt/zu bestätigen)»⁷⁶ und einen Unterposten «sonstige Kapitalreserve»⁷⁷ zu unterteilen.⁷⁸

Da die Steuerwerte von den Werten in der handelsrechtlichen Bilanz abweichen können, ist es auch denkbar, dass der Betrag der steuerlich anerkannten gesetzlichen Reserven aus Kapitaleinlagen höher ist als der tatsächliche Wert der Kapitaleinlage. In diesem Fall müsste eine weitere Position «sonstige Kapitalreserve» als Minusposten innerhalb der gesetzlichen Kapitalreserve aufgeführt werden, sodass die Summe der beiden Unterposten «gesetzliche Reserve aus Kapitaleinlagen (durch EStV bestätigt/zu bestätigen)» und «sonstige Kapitalreserve» netto dem tatsächlichen Wert der Kapitaleinlage per Bilanzstichtag entspräche. Solch eine Bilanzierungsmethode ist mit den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung gemäss Art. 958c Abs. 1 Ziff. 1 bis 7 OR vereinbar, zumal dadurch offengelegt und klargestellt wird, dass der Gesamtbetrag der gesetzlichen Kapitaleinlage niedriger ist als die steuerlich anerkannte Reserve aus Kapitaleinlagen.

IV. Ausschüttung der gesetzlichen Kapitalreserve

1. Fragliche Umbuchung

Unbestrittenermassen darf der Teil der gesetzlichen Kapitalreserve, der nicht geschützt ist, ausgeschüttet werden.⁷⁹ Da Dividenden gemäss Art. 675 Abs. 2 OR aber nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden dürfen,⁸⁰ ist umstritten, ob der frei verwendbare Teil der Kapitalreserve direkt als Dividende ausgeschüttet werden darf oder vorgängig in eine Gewinnreserve oder eine andere – explizit für Dividendenausschüttungen gebildete – freie Reserve umzubuchen ist.⁸¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Umbuchung weder notwendig noch angezeigt und zwar aus folgenden Gründen.⁸²

⁷⁶ Oder eine ähnliche Bezeichnung.

⁷⁷ Treuhand-Kammer (FN 17), 308.

⁷⁸ Ähnlich NEUHAUS/GERBER, BSK (FN 6), OR 959a N 82.

⁷⁹ Bei der allgemeinen Reserve ist derjenige Teil, der die Hälfte des Aktien- und Partizipationskapitals übersteigt, frei verwendbar (GLANZMANN LUKAS, Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen, in: Kunz/Arter/Jörg, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 83–119, 103 f.). Vgl. auch HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 21. BGE 140 III 533 E. 6.2.2 (sog. «Cash Pool-Entscheid»).

⁸⁰ Dasselbe gilt auch für Tantiemen, die gemäss Art. 677 OR nur dem Bilanzgewinn entnommen werden dürfen.

⁸¹ Vgl. OSER/VOGT (FN 27), 21, wonach sich in der Praxis ein zweistufiges Vorgehen durchgesetzt habe, bei welchem die Generalversammlung zwecks Ausschüttung des Agios zuerst eine Umbuchung ebendieses in die freie Reserve und erst danach in einem zweiten Beschluss die Ausschüttung dieser Mittel beschliesse. STAEHELIN MATTHIAS, Die gesetzliche Kapitalreserve, Steuerrecht gegen Kapitalschutzvorschriften (2. Teil), ST 2015/1-2, 14–22, 21, geht hingegen von einer «langjährigen Praxis» ohne vorgängige Umbuchung aus.

⁸² So schon GLANZMANN (FN 79), 105. Gl.M. HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 26. A.M. aber VOGT, BSK (FN 6), OR 675 N 19, in Bezug auf die unmittelbare Ausschüttbarkeit des Agios; FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 36 f. Vgl. auch STAEHELIN (FN 81), 21, der die vorgängige Umbuchung zwar «mehrheitlich nicht

Einerseits ist festzuhalten, dass der Begriff «Bilanzgewinn» weder eine im Aktien- oder Rechnungslegungsrecht definierte, noch eine in der Bilanz auszuweisende Grösse ist.⁸³ Üblicherweise werden unter diesem Begriff die freiwilligen Gewinnreserven und der Jahresgewinn zusammengefasst.⁸⁴ Weil der frei verwendbare Teil der Kapitalreserve nicht aus Gewinnen stammt,⁸⁵ mutet eine Umbuchung in eine Gewinnreserve jedoch seltsam an.⁸⁶ Andererseits ist Art. 675 Abs. 2 OR nach der überwiegend vertretenen Auffassung so zu verstehen, dass sämtliche Beträge des Eigenkapitals ausgeschüttet werden dürfen, die nicht geschützt und somit frei verwendbar sind.⁸⁷ Konsequenterweise müssen diese frei verwendbaren Beträge auch direkt – d.h. ohne vorgängige Umbuchung – ausgeschüttet werden dürfen. In einem zweistufigen Vorgehen ist schlicht kein Schutz für Gläubiger oder Aktionäre ersichtlich, womit sich die Frage stellt, weshalb es dennoch zu verlangen wäre. Da der Dividendenbeschluss spezifizieren muss, welche Bilanzpositionen als Dividende ausgeschüttet werden sollen, kann schliesslich wohl konstatiert werden, dass in jedem Dividendenbeschluss implizit auch eine solche Umbuchung gesehen werden kann, sofern diese wirklich notwendig sein sollte.⁸⁸

2. Ausschüttung bei Rechnungslegung in Fremdwährung

2.1 *Massgeblichkeit des Frankenbetrags des frei verwendbaren Eigenkapitals*

Gemäss Art. 958d Abs. 3 OR kann die Rechnungslegung in Schweizer Franken oder einer anderen, für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Fremdwährung erfolgen. Wird die Rechnungslegung nicht in Schweizer Franken, sondern in einer Fremdwährung geführt, so gilt bei Dividendenausschüttungen dennoch der in der Bilanz ausgewiesene Frankenbetrag des frei verwendbaren Eigenkapitals als Sperrziffer.⁸⁹

Für etwaige Währungsumrechnungen ist grundsätzlich der Tag des Dividendenbeschlusses massgebend.⁹⁰ Lautet der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung zur Verwendung des Gewinns auf eine Fremdwährung,⁹¹ kann dies zur Folge haben, dass die Dividende nicht mehr in der Höhe des beantragten Betrags beschlossen werden darf, wenn

als zwingend» erachtet, Dividendenausschüttungen aus der Kapitalreserve aber aus steuerlichen Gründen als «Kapitaleinlage-Dividenden» zu bezeichnen seien.

⁸³ GLANZMANN (FN 79), 101 f.; GLANZMANN (FN 6), 284; VOGT, BSK (FN 6), OR 675 N 14.

⁸⁴ Vgl. dazu auch GLANZMANN (FN 6), 284, m.w.H.

⁸⁵ HANDSCHIN, ZK (FN 1), OR 671–671b N 2.

⁸⁶ GLANZMANN (FN 79), 104 f, m.w.H.

⁸⁷ BGE 140 III 533 E. 6.2.2 f. GLANZMANN (FN 79), 100; VOGT, BSK (FN 6), OR 675 N 15; Treuhand-Kammer (FN 17), 235; VISCHER MARKUS, Ausschüttung stiller Reserven bei der Aktiengesellschaft, ST 472013, 202–205, 202; DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 8 N 34; OSER/VOGT (FN 27), 15.

⁸⁸ GLANZMANN (FN 79), 105. Vgl. auch STAEHELIN (FN 81), 21, wonach eine Umbuchung nicht notwendig sei, wenn der Dividendenantrag des Verwaltungsrats offenlege, dass zwecks Ausschüttung gesetzliche Reserven aufgelöst werden.

⁸⁹ LOSER SILVAN, Rechnungslegung in Fremdwährung, Angaben der Werte in Schweizer Franken, Expert Focus, 2016/10, 724–729, 727; BUCHMANN RENÉ/DUSS FABIAN/HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung in Fremdwährung, ST 11/13, 823–835, 830; GLANZMANN (FN 79), 116.

⁹⁰ GLANZMANN (FN 79), 115.

⁹¹ Grundsätzlich ist der Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung über die Verwendung des Gewinns bei Rechnungslegung in Fremdwährung sowohl in Schweizer Franken, als auch in der gewählten Fremdwährung darzustellen. Vgl. dazu LOSER (FN 89), 728.

dieser im Zeitpunkt der Generalversammlung das frei verwendbare Eigenkapital aufgrund von Wechselkursschwankungen übersteigt.⁹² Aus Praktikabilitätsgründen muss es jedoch zulässig sein, für die Umrechnung den Wechselkurs wenige Tage vor der Generalversammlung festzulegen.⁹³

2.2 Ausschüttung der steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve und Behandlung durch die EStV

Zusätzliche Herausforderungen stellen sich, wenn Ausschüttungen aus der steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve⁹⁴ vorgenommen werden sollen. Die EStV führt diese Reserve immer in Schweizer Franken, und zwar unabhängig von der verwendeten Rechnungslegungswährung.⁹⁵ Damit muss der auf eine Fremdwährung lautende Ausschüttungsbetrag immer in Schweizer Franken umgerechnet werden, um von der in Schweizer Franken geführten steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve in Abzug gebracht zu werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die EStV der Umrechnung den Tageskurs im Zeitpunkt der effektiven Auszahlung der Dividende zugrunde legt,⁹⁶ obwohl der Aktionär ab dem Dividendenbeschluss eine Dividendenforderung in Fremdwährung hat. Dieser Kurs ist im Zeitpunkt des Gewinnverwendungsbeschlusses der Generalversammlung jedoch noch nicht bekannt. Unter Umständen ist die Ausschüttung daher nicht gänzlich steuerfrei möglich. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Ausschüttung (auf eine Fremdwährung lautend) der gesamten steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve beschlossen wird und ein steigender Wechselkurs dazu führt, dass die Dividendenforderung im Zeitpunkt der Umrechnung durch die EStV in Schweizer Franken den Betrag der steuerlich anerkannten Kapitaleinlagereserve übersteigt.⁹⁷

V. Schlussbemerkungen

Das neue Aktienrecht wird einige Klarstellungen hinsichtlich der gesetzlichen Kapitalreserve bringen. So werden die unterschiedlichen Gliederungsvorschriften im Aktien- und Rechnungslegungsrecht vereinheitlicht.⁹⁸ Weiter wird auch klargestellt, dass Einlagen und Zuschüsse der Gesellschafter der Kapitalreserve zuzuweisen sind.⁹⁹

Leider hat die Aktienrechtsrevision aber auch viele umstrittene Fragen unbeantwortet gelassen. So bleibt etwa unregelt, ob eine Dividende direkt aus der frei verwendbaren Kapitalreserve ausgeschüttet werden darf oder diese vorgängig in eine für Dividendenausschüttungen bestimmte Reserve umzubuchen ist. Auch gibt das neue Recht kaum Antworten auf die Fragen, die sich bei einer Rechnungslegung in Fremdwährung stellen. Zwar

⁹² BUCHMANN/DUSS/HANDSCHIN (FN 89), 830 f.; GLANZMANN (FN 79), 116.

⁹³ GLANZMANN (FN 79), 115.

⁹⁴ Vgl. oben III.4.

⁹⁵ LOSER SILVAN, Ausschüttungen aus Kapitaleinlagereserven bei Rechnungslegung in Fremdwährung, Abschnitt «Massgebender Umrechnungskurs für KER-Ausschüttungen», abrufbar unter: <https://home.kpmg/ch/de/blogs/home/posts/2017/01/ausschuettungen-aus-kapitaleinlagereserven-bei-rechnungslegung.html>.

⁹⁶ LOSER (FN 95), Abschnitt «Massgebender Umrechnungskurs für KER-Ausschüttungen».

⁹⁷ Vgl. dazu LOSER (FN 95), Abschnitt «Implikationen auf die Jahresrechnung in FW», m.w.H.

⁹⁸ Vgl. oben II.

⁹⁹ Vgl. oben III.1.4.

kann das Aktienkapital nach neuem Aktienrecht in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währungen denominiert werden (revOR 621 Abs. 2). Doch es wird sich noch zeigen, ob die EStV ihre Praxis, wonach die steuerlich anerkannte Kapitaleinlagereserve immer in Schweizer Franken zu behandeln ist, ebenfalls anpassen wird.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Vgl. oben IV.2.2.