

# DIE GESETZLICHE KAPITALRESERVE

## Steuerrecht gegen Kapitalschutzvorschriften (1. Teil)\*

**Die Vorschriften zur Reservebildung kraft Obligationenrecht (OR) und die steuerlichen Vorgaben können eine rechtsanwendende Firma, vor allem bei drohender Unterbilanz, vor beinahe unlösbare Probleme stellen.**

### 1. EINLEITUNG UND FRAGESTELLUNG

Die neuen schweizerischen Bilanzvorschriften schreiben – für alle Firmen zwingend ab dem 1.1.2015 – für das Eigenkapital folgende Aufteilung vor: Grundkapital, gesetzliche Kapitalreserve, gesetzliche Gewinnreserve und zuletzt freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten [1]. Die bisher geltenden Vorschriften zur Reservebildung sehen weiterhin vor, dass die gesetzliche Reserve aus einer allgemeinen Reserve besteht, der zwingend auch – neben einem Teil des Gewinns – der über den Nennwert hinausgehende Mehrerlös (Agio) zuzuweisen ist [2]. Die Kapitalschutzvorschriften greifen erstmals, wenn «die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven» nicht mehr gedeckt sind [3]. Das Steuerrecht verlangt zuletzt, dass für Steuerzwecke alle Kapitaleinlagen handelsrechtlich auf einem besonderen gesonderten Konto in den «gesetzlichen Reserven» zu verbuchen sind. Diese vier Vorschriften können eine rechtsanwendende Firma vor beinahe unlösbare Probleme stellen:

→ Welche Reserven sind nach neuem Recht zu bilden? → Wie ist die Verbuchung vorzunehmen, um die steuerliche Qualifizierung als Kapitaleinlage zu erhalten? → Wann muss der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vorlegen? → Unter welchen Voraussetzungen können welche Reserven für eine Auszahlung an die Aktionäre verwendet werden?

### 2. NEUE DARSTELLUNG DER RESERVEN

Mit dem neuen Art. 959a des OR wird die Darstellung des Eigenkapitals in der Bilanz radikal verändert. Das Aktienrecht von 1936 gliedert das Eigenkapital mehrheitlich nach der Verwendung: Die gesetzlichen Reserven können nur

unter eingeschränkten Voraussetzungen ausgeschüttet werden, die freien Reserven sind frei verwendbar [4].

Diese Regelung war schon bei der Aktienrechtsrevision von 1992 veraltet: International üblich ist es, die Reserven nach ihrer Herkunft zu gliedern [5]. US-amerikanische Rechnungslegungsvorschriften unterscheiden zwischen dem einbezahlten Eigenkapital (*paid-in capital*) und den aus Gewinn zurückbehaltenen Gewinnreserven (*retained earnings*) [6]; auch die *International Financial Reporting Standards (IFRS)* gliedern nach Herkunft [7]. Die Bilanzierung nach Herkunft wird in der Schweiz ab dem Geschäftsjahr 2015 zur Pflicht. Der gesetzlichen Kapitalreserve sind alle Mittel zuzuweisen, die nicht aus unternehmerischer Tätigkeit stammen [8]:

→ Agio: Der Erlös, der bei der Ausgabe von Aktien über dem Nennwert minus Ausgabekosten erzielt wird; → Der Überschuss aus einem Zwangsausschluss eines Gesellschafters infolge Nichtbezahlung des Ausgabepreises (Kaduzierungsgewinn); → Einlagen und Zuschuss, die vom Gesellschafter geleistet wurden; → Buchgewinne aus Kapitalherabsetzung [9].

Die Vorschriften zur Verbuchung von Kapitaleinlagen des OR sind noch nicht angepasst. Der neue Entwurf wird derzeit vom Bundesrat in eine neue Vorlage integriert und kann keine Vorwirkung entfalten [10].

Firmen müssen ab dem Geschäftsjahr 2015 die bisherige «Allgemeine Reserve» überführen in die gesetzliche Kapitalreserve bestehend aus:

→ (Steuerliche) Kapitaleinlagereserven, → übrige Kapitalreserven und → gesetzliche Gewinnreserve [11]. Die neue gesetzliche Kapitalreserve wird auch Positionen enthalten, die bisher nicht in der allgemeinen Reserve enthalten waren. Es ist fraglich, ob die Rechtsfolgen, die bisher an die allgemeine Reserve geknüpft waren, tel quel auf die gesetzliche Kapitalreserve übertragbar sind. Wenig praktikabel wäre es, von den Unternehmen zu verlangen, parallel die bisherige allgemeine Reserve nach altem Recht in ihren Bilanzen weiterzuführen [12].

### 3. STEUERLICHE ANFORDERUNGEN

**3.1 Grundsatz.** Das schweizerische Steuerrecht folgt seit dem 1.1.2011 dem Kapitaleinlageprinzip. Die von einem Gesellschafter (aus bereits versteuerten Mitteln) geleisteten



MATTHIAS STAEHELIN,  
DR. IUR., VISCHER AG,  
ANWÄLTE UND NOTARE,  
BASEL/ZÜRICH

Einlagen werden bei der Rückführung nicht ein zweites Mal besteuert. Das Kapitaleinlageprinzip erhöht die Steuergerechtigkeit, da alle Einlagen der Gesellschafter gleichbehandelt werden und der Grundsatz der Finanzierungsneutralität umgesetzt wird [13]. Die Eidg. Steuerverwaltung schreibt für Kapitaleinlagen seit 2011 bekanntermassen vor, dass diese auf einem *einzelnen* Konto verbucht werden müssen. Gemäss Steuerpraxis ist dieses besondere und gesonderte Konto *in den gesetzlichen Reserven* zu führen. Dieser Vorgriff der Steuerbehörden auf das ab 2015 anwendbare Recht führte dazu, dass viele Unternehmen schon ab Geschäftsjahr 2011 die Neugliederung des Eigenkapitals nach ihrer Herkunft umsetzen.

**3.2 Verlustverrechnung.** In Sanierungssituationen ist die Frage wichtig, ob Verluste, die der gesetzlichen Kapitalreserve belastet wurden, diese Reserve definitiv vernichten. Das Gesetz schweigt dazu.

Aus der Botschaft geht klar hervor, dass der Gesetzgeber die steuerfreie Rückführung der gesamten Kapitaleinlage vorsah:

«Der Übergang vom Nennwert- zum Kapitaleinlageprinzip ermöglicht die steuerfreie Rückzahlung der gesamten Kapitaleinlage einschliesslich des bisher steuerbaren Agios.» [14].

Das Kreisschreiben Nr. 29 hingegen hält fest, dass Kapitaleinlagen, die durch die Ausbuchung von handelsrechtlichen Verlustvorträgen «vernichtet» wurden, steuerrechtlich diese Reserven aus Kapitaleinlagen vernichten [15]. Die Lehre vertritt einhellig eine gegenteilige Auffassung [16]. Die Frage wird derzeit vor Gerichten ausgefochten; mit ersten Urteilen ist in Kürze zu rechnen.

Vom Grundsatz des Kapitaleinlageprinzips her muss einmal eingelegtes Kapital später auch steuerfrei an die Gesellschafter zurückfliessen können. Ob die Gesellschaft in der Zwischenzeit Verluste einer Reserve belastet, sollte eigentlich keinen Einfluss haben. Reserven sollten grundsätzlich im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs wieder mit erwirtschaftetem Gewinn aufgefüllt werden können, ohne Steuernachteile für die Gesellschafter [17]. Auch dem Gesetzgeber scheint die Thematik dieser Wiederauffüllung bekannt gewesen zu sein, und sie wurde nicht explizit ausgeschlossen. Die Botschaft spricht von einer «Substitution von Aktienkapital durch (offene) Reserven», denn bereits heute unter dem Nennwertprinzip wird durch die Nennwertrückzahlung die Einkommenssteuer vermieden, und das betriebswirtschaftlich erforderliche Eigenkapital wird durch Gewinnthesaurierung in Form von Reserven bereitgestellt [18].

Diese liberale Haltung für das «Wiederauffüllen» der Kapitalreserven ist nicht zwingend: Aus dem Unternehmen erwirtschaftete Mittel werden hier in der Kapitalreserve ausgewiesen, obwohl sie der Herkunft nach in der Gewinnreserve auszuweisen wären. Auch gilt es zu beachten, dass Sanierungsbeiträge von Gesellschaftern von der Stempelsteuer befreit sein können, sofern die Verluste der Kapitaleinlagereserve belastet wurden. Lässt man das Wiederauffüllen zu, muss zumindest zu diesem Zeitpunkt die Stempelsteuer nachbezahlt werden.

Vorsichtige Unternehmen verrechnen Verluste deshalb nur mit Gewinnreserven und weisen weitere Verluste brutto aus, müssen aber Acht geben, keine Kapitalschutzvorschriften zu verletzen.

#### 4. KAPITALSCHUTZVORSCHRIFTEN

Das Schweizer Recht koppelt die Kapitalerhaltungsvorschriften direkt an die gesetzlichen Reserven des Unternehmens in dem Art. 725 Abs. 1 OR verlangt, dass das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven zu mindestens 50% durch Reinvermögen gedeckt sein müssen. Für Unternehmen, die dem Ban-

*«Vom Grundsatz des Kapitaleinlageprinzips her muss einmal eingelegtes Kapital später auch steuerfrei an die Gesellschafter zurückfliessen können.»*

kengesetz unterstellt sind, hat der Gesetzgeber die Kapitalschutzvorschriften des OR durch eine *lex specialis* ersetzt [19]. Die Botschaft von 1983 behauptet ohne weitere Begründung, das nominelle Aktienkapital sei bei vielen Aktiengesellschaften viel zu niedrig und die Information der Generalversammlung bei hälftigem Kapitalverlust erfolge in der Regel zu einem viel zu späten Zeitpunkt. Schleierhaft ist, wo die Botschaftsverfasser die «richtige» Höhe des Kapitals sehen und welche Vorteile eine frühere Benachrichtigung der Generalversammlung bringen soll. Ein hohes nominelles Grundkapital ist per se keine effiziente Allokation von Kapital [20]. Bei der Benachrichtigung der Generalversammlung sollen gemäss Botschaft vom Verwaltungsrat drei mögliche Szenarien vorgelegt werden: Liquidation, Sanierung oder Fortführung ohne Sanierung [21]. Nach den Vorstellungen der Botschaft sollen also Gesellschafter viel früher mit Vorschlägen zur Liquidation oder Sanierung konfrontiert werden [22].

Zwei Fragen sind dabei unklar:

→ Welche Bilanz dient als Grundlage und → wie legt man die massgebenden Referenzgrössen fest?

**4.1 Kein Erfordernis einer Zwischenbilanz nach heutigem Recht.** Im Gesetz ist der Bezugspunkt für den hälftigen Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR immer der letzte Jahresabschluss. In der Realität sind dies wohl die ersten internen Abschlusszahlen, die dem Verwaltungsrat vorgelegt werden [23].

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist beim befürchteten hälftigen Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 unterjährig keine Zwischenbilanz erforderlich [24]. Gemäss Gesetzeswortlaut braucht es die Zwischenbilanz nur, wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht [25]. In der Lehre werden Zweifel erhoben, ob diese Rechtsprechung richtig ist: Der Verwaltungsrat muss sich über die Finanzlage der Gesellschaft laufend orientiert halten [26].

Zeichnet sich nach dem Zeitpunkt der ordentlichen Generalversammlung aufgrund laufender Verluste eine «be-

gründete Besorgnis eines hälftigen Kapitalverlustes» ab, so muss nach dieser Lehrmeinung der Verwaltungsrat einen Zwischenabschluss erstellen und nötigenfalls einer ausseror-

### «Stille Reserven spielen gemäss einheitlicher Lehre und Praxis bei der Bestimmung der Referenzgrösse keine Rolle.»

dentlichen Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vorlegen [27].

Massgeblich ist die Bilanz zu Fortführungswerten, ausser wenn die Fortführung der Gesellschaft ernstlich nicht mehr in Betracht kommt [28]. Stehen einzelne Unternehmensteile in Liquidation, so gilt für sie die Liquidationsbewertung. Ein hälftiger Kapitalverlust kann nur auf der Grundlage einer aktuellen Bilanz festgestellt werden, ob diese auch revidiert sein muss, ist eine Frage der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats [29].

**4.2 Kein Erfordernis einer Zwischenbilanz nach Entwurf 2007.** Die Referenz auf den Jahresabschluss ist im vorgeschlagenen Art. 725 E-OR 2007 unverändert. Die Botschaft führt aus, dass die Änderungen rein sprachlicher und terminologischer Natur seien [30]. Allerdings ist nicht klar, ob ein Verwaltungsrat, der annehmen muss, dass der hälftige Kapitalverlust eingetreten ist, auf eine Zwischenbilanz verzichten kann.

**4.3 Referenzgrössen nach dem geltenden Recht.** Art. 725 Abs. 1 OR definiert als Referenzgrösse «die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven» [31]. Die Lehre ist geteilt bezüglich der Frage, wie die gesetzlichen Reserven hier zu berechnen sind. Nach einheitlicher Lehre kennt das Gesetz von 1991 drei «gesetzliche Reserven», die in die Berechnung des Art. 725 Abs. 1 eingehen, nämlich die allgemeine gesetzliche Reserve (Art. 671 OR), die Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) und die Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) [32]. Durch die Neuregelung der Rechnungslegungsregeln ergibt sich hier eine neue Ausgangslage.

Bis zum Jahr 1992 war die Referenzgrösse nur das Grundkapital, das zur Hälfte gedeckt sein musste [33]. In der Botschaft von 1983 wurde das Hinzufügen der gesetzlichen Reserven damit begründet, dass das geltende Recht in einzelnen Punkten der Verdeutlichung und Verschärfung bedürfe. Da das Aktienkapital in zahlreichen Gesellschaften viel zu niedrig angesetzt sei, erfolge die Unterrichtung der Generalversammlung in der Regel zu spät, «denn ist weniger als die Hälfte des Aktienkapitals gedeckt, steht die Überschuldung nicht mehr fern» [34]. Als neue Referenzgrösse wurde die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven vorgeschlagen; nach Botschaft sei der Reservebestand am Bilanzstichtag, wobei die gesetzliche Reserve «in der von der Generalversammlung letztmals beschlossenen Höhe einzusetzen» sei [35]. Zwar schlug der Ständerat 1988 als Referenzgrösse zwei Drittel des Aktienkapitals (ohne Reserven) vor [36], doch setzte sich in der Folge die Version des Bundesrats durch.

Die Reserve für eigene Aktien und die Aufwertungsreserve unterliegen einem vollständigen Ausschüttungsverbot; entsprechend besteht Übereinstimmung, dass diese vollständig in die Berechnung nach Art. 725 Abs. 1 OR einfließen [37]. Stille Reserven spielen gemäss einheitlicher Lehre und Praxis bei der Bestimmung der Referenzgrösse keine Rolle [38].

Bezüglich der allgemeinen Reserven stehen sich zwei Meinungen gegenüber: Nach der Minderheitsmeinung ist diese vollständig zu berücksichtigen, nach der herrschenden Lehre nur der Teil, welcher einem Ausschüttungsverbot unterliegt [39]. Die Problematik wird durch die Kernfrage verstärkt, ob Kapitaleinlagen (Agio) vollständig einem Ausschüttungsverbot mittels Dividende unterliegen oder nicht, was im 2. Teil des Artikels (ST 2015/1–2) analysiert wird.

**4.3.1 Minderheitsmeinung: Die ganze Allgemeine Reserve, auch wenn ausschüttbar.** Nach der Minderheitsmeinung gehört getreu dem Willen des historischen Gesetzgebers zu der bisherigen allgemeinen gesetzlichen Reserve auch der Teil, der verwendbares Eigenkapital ist [40]. Diese Minderheitsmeinung wird von Peter Böckli vertreten, ihm folgen in der Praxis gewisse Handelsregisterämter [41] sowie der Prüfungsstandard (PS) 290 von 2013 der *Treuhand-Kammer* [42]. Neben der wörtlichen Auslegung spricht für die Minderheitsmeinung, dass eine Umbuchung der gesetzlichen in die freie Reserven oder

eine Verrechnung mit einem Bilanzverlust in die Zuständigkeit der Generalversammlung fällt. Es ist nach dieser Meinung nicht zulässig, eine erst von der nachfolgenden Generalversammlung zu beschliessende Massnahme vorwegzunehmen und so den hälftigen Kapitalverlust aus der Welt zu schaffen [43].

*4.3.2 Herrschende Lehre: Nur die nicht ausschüttbare Allgemeine Reserve.* Nach der herrschenden Lehre müssen bei einer Berechnung nach Art. 725 Abs. 1 OR nur die bisherigen allgemeinen gesetzlichen Reserven, die für eine Ausschüttung gesperrt sind (gemäss Art. 671 OR), einbezogen werden. Demgemäss werden Reserven aus Kapitaleinlagen, die frei oder teilweise frei verfügbar für Ausschüttungen von Dividenden sind, nicht dazugezählt [44]. Kerngedanke dieser Auffassung ist es, dass es keinen Grund gibt, Aktionären einen Sanierungsvorschlag zu unterbreiten, wenn die Bereinigung des Bilanzbilds durch eine einfache Verlustverrechnung oder Umbuchung in freie Reserven bewerkstelligt werden kann.

Der Meinungsstreit ist für die Praxis relevant: Revisionsstellen wollen Transparenz schaffen und lieber einmal zu früh als zu spät informieren. Verwaltungsräte und Rechtsberater sehen den Hinweis der Revisionsstelle oft als Fehlalarm. Fragen zu den Rechtsfolgen verunsichern alle. Manche Diskussion kann vermieden werden, wenn man diese Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck auslegt.

*a) Zweck ist Schutz des Aktionärs.* Art. 725 Abs. 1 OR löst eine Informationspflicht sowie die Pflicht des Verwaltungsrats aus, den Bedarf an Eigenkapital-Sanierungsmassnahmen zu beurteilen, gegebenenfalls solche vorzubereiten und der Generalversammlung rechtzeitig zu beantragen. Diese Regelung dient dem Schutz der Aktionäre [45] indem ihnen Gelegenheit gegeben wird, mit Eigenkapital-Sanierungsmassnahmen zur Sanierung beizutragen. Für die Aktionäre besteht aber kein Bedarf, über Sanierungsmassnahmen informiert zu werden, nur weil potenziell ausschüttbare Reserven nicht mehr zur Hälfte gedeckt sind. Solange eine Firma über ausschüttbare Reserven verfügt, ist sie kein Sanierungsfall.

Dagegen bezweckt diese Regelung nicht den Schutz der Gläubiger [46]. Den Gläubigern ist die Information der Aktionäre in der Regel nicht bekannt. Erst wenn publikationspflichtige Sanierungsmassnahmen umgesetzt werden, können die Gläubiger dies erfahren, wobei nur beim Kapitalschnitt und einer Sanierungsfusion erkennbar ist, dass es sich um eine Sanierungsmassnahme handelt [47]. Art. 725 Abs. 1 OR sieht auch keine Pflichten gegenüber Dritten wie Gläubigern vor [48].

*b) Warnhinweis der Revisionsstelle dient selten der Gesellschaft oder den Aktionären.* Der Warnhinweis der Revisionsstelle im Revisionsbericht schafft in der Regel keine Transparenz, da die Kapitalsituation mit einem Blick aus der Jahresbilanz erkennbar ist, welche mit dem Revisionsbericht zugestellt wird. Dazu kommt, dass mit dem Warnhinweis bei schlechtem Geschäftsgang das Entscheidungszentrum vom Verwaltungsrat weg zur Generalversammlung verschoben wird, da

nun die Generalversammlung über Sanierungsmassnahmen zu befinden hat. Eine solche Kompetenzverlagerung ist gerade in der Krise nicht sachgerecht, weil es den Handlungsspielraum des Verwaltungsrats einengt und dies meistens nicht bei der Lösungsfindung hilft. In kleineren, überblickbaren Firmen sind die Schlüsselaktionäre entweder selbst im Verwaltungsrat vertreten, oder sie stehen mit dem Verwaltungsrat in regelmässigem Kontakt. Entsprechend weiss der Verwaltungsrat in aller Regel, ob Schlüsselaktionäre bereit sind, zur Kapitalstärkung einen Beitrag zu leisten. Eine bör-

---

*«Solange eine Firma über ausschüttbare Reserven verfügt, ist sie kein Sanierungsfall.»*

senkotierte Firma kann oft ihre Aktionäre zu einer Kapitalerhöhung bewegen, indem neue Aktien mit einem Abschlag (*issuance at discount*) ausgegeben werden und der Gesellschaft so frisches Kapital zufließt. Bei mittelgrossen, nicht börsenkotierten Firmen mit vielen Aktionären im Streubesitz ist denkbar, dass der Verwaltungsrat weiss, welche Sanierungsbeiträge die Aktionäre zu leisten bereit sind. Auch hier hilft eine frühere Generalversammlung wenig: Sanierungskonzepte können nicht an einer Generalversammlung entwickelt werden. Ein etwaiger Antrag an die Generalversammlung auf Liquidation wirkt kaum vertrauensbildend und wird von Kunden, Lieferanten und Aktionären regelmässig als ein falsches Signal verstanden, auch wenn dies nur als eine Option vorgeschlagen wird. Im Zeitalter von kurzer Aufmerksamkeit und verkürzten Botschaften ist ein Antrag auf Liquidation ein sicheres Mittel, den Goodwill einer Firma nachhaltig zu schädigen und eine Sanierung zu erschweren.

*c) Generalversammlung nicht zum Handeln verpflichtet.* Aktionäre sind nicht verpflichtet, vorgeschlagene Sanierungsmassnahmen zu beschliessen. Sie müssen auch nicht Interessen von Gläubiger oder Arbeitnehmer berücksichtigen. Auch gibt es keine Regeln des Interessenskonflikts, die Aktionäre von der Stimmrechtsausübung ausschliessen. Art. 725 Abs. 1 OR schreibt dem Verwaltungsrat auch nicht vor, was zu tun ist, wenn die Generalversammlung alle Vorschläge ablehnt. Wenn sich die Situation weiter verschlechtert, muss der Verwaltungsrat einer weiteren Generalversammlung wieder Eigenkapital-Sanierungsmassnahmen vorschlagen. Ohne Sanierung muss der Verwaltungsrat die Geschäftsführung an die veränderte Situation anpassen oder bei vollständigem Kapitalverlust den Konkurs anmelden [49].

*d) Gesetzliche Reserven können oft mit Verlusten verrechnet werden.* Die Generalversammlung ist befugt, über gesetzliche Reserven zu verfügen, die nicht dem Ausschüttungsverbot unterliegen, und diese in die freien Reserven umzubuchen. Eine solche Umbuchung verbessert die Bilanz, kann jedoch den Verlust der steuerlichen Anerkennung als Kapitaleinlage zur Folge haben [50]. Es erscheint nicht sinnvoll, eine Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung im Gesetz zu ver-

ankern, wenn diese nur über eine einfache Umbuchung von Reserven zu beschliessen hat. Konsequenterweise muss der nicht dem Ausschüttungsverbot unterliegende Teil der ge-

---

*«Sanierungskonzepte können nicht an einer Generalversammlung entwickelt werden.»*

setzlichen Reserven nicht zur Hälfte gedeckt sein. Den Aktionären entsteht dadurch kein Nachteil [51].

e) *Expansive Regelung ungeeignet für Branchen, deren Arbeitsprodukte nicht aktivierbar sind.* Für den Schweizer Gesetzgeber steht immer noch der Schutz des Grundkapitals im Zentrum [52]. Das Konzept des nominellen Grundkapitals ist in der Lehre umstritten, weil die Eigenkapitalanforderungen je nach Branche unterschiedlich sind [53]. Zudem ist das Eigenkapitalkonzept für viele Jungfirmen ein Hindernis: Während früher eine neu eröffnete Fabrik die neu gekauften Maschinen aktivieren konnte, sind die heutigen Anfangsinvestitionen von Start-ups (etwa in IT oder Forschung) oft gar nicht aktivierbar oder sehr rasch abzuschreiben [54]. Diese ungewollte Konsequenz kann durch eine sachgerechte Auslegung von Art. 725 Abs. 1 OR korrigiert werden, wenn richtigerweise nur gesetzliche Reserven bis maximal 50% des Grundkapitals berücksichtigt werden.

f) *Zusätzliche Komplikation bei Buchführung in Fremdwährung.* Die Buchführung kann neu in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung erfolgen [55]. Dabei ist die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darzustellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können [56]. Erfolgt die Rechnungslegung in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Fremdwährung, so sind alle schweizerischen Vorschriften betreffend Rechnungslegung auf diese Währung anzuwenden und aus der Buchhaltung können keine Werte mehr in Schweizer Franken entnommen werden.

Gemäss Gesetz sind bei einer Rechnungslegung in Fremdwährung die Werte auch in Landeswährung anzugeben [57]. Gemäss Treuhand-Kammer soll die Angabe der Werte in Schweizer Franken nur Orientierungsfunktion haben und kann für das «zuverlässige Urteil» nicht herangezogen werden [58].

Gemäss einer Stellungnahme der Treuhand-Kammer bleibt für die Beurteilung von gesellschaftsrechtlichen Fragen, insbesondere Kapitalschutzvorschriften, die Landeswährung weiterhin relevant. Die gesetzlichen Bestimmungen zum Eigenkapital orientieren sich vorläufig vornehmlich am Grundkapital in Schweizer Franken. Je nach Umrechnungsmethode können durch die (kumulierten) Umrechnungsdifferenzen Eigenkapitalpositionen in der Fremdwährung von denjenigen in Schweizer Franken abweichen. Gemäss Treuhand-Kammer muss daher der Antrag des Verwaltungsrats zur Verwendung des Bilanzgewinns nicht nur in Schweizer Franken, sondern auch in der Fremdwährung ausgedrückt werden, wobei die Betrachtung in Schweizer Fran-

ken für die maximale Ausschüttung massgebend bleibt. Ferner ist die Entwicklung der Umrechnungskurse bis zum Zeitpunkt des Ausschüttungsbeschlusses zu beobachten, damit nicht durch ungünstige Wechselkursentwicklungen bereits aufgezehrte Gewinnreserven ausgeschüttet werden. Die Bestimmungen im Hinblick auf Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR) sind gemäss Treuhand-Kammer aus Vorsichtsgründen sowohl in Schweizer Franken als auch in Fremdwährung zu befolgen, d. h., die entsprechenden Handlungspflichten werden von jener Währung ausgelöst, in der die entsprechenden kritischen Werte zuerst erreicht werden [59].

Weder das Gesetz noch die Botschaft enthalten Ausführungen zur Ermittlung der Werte in Schweizer Franken. Die Treuhand-Kammer empfiehlt zwei Methoden der Umrechnung [60]:

Bei der ersten sogenannten Stichtagskursmethode werden die Bilanzpositionen zum Stichtagskurs umgerechnet, die Positionen der Erfolgsrechnung und (sofern erforderlich) der Geldflussrechnung zum Durchschnittskurs der Periode. Einzig das Eigenkapital wird zu historischen Kursen fortgeschrieben. Die entstehende Umrechnungsdifferenz wird über eine Position «Umrechnungsdifferenz» im Eigenkapital unter der Position freie Gewinnreserve dargestellt. Die einzelnen Eigenkapitalpositionen in Fremdwährung und

in Schweizer Franken können mit der Zeit stark voneinander abweichen.

Bei der zweiten Methode werden die Eigenkapitalpositionen in Schweizer Franken geführt und in der Bilanz in Fremdwährung zum Stichtagskurs bewertet, wobei nicht realisierte Verluste der Erfolgsrechnung belastet, nicht realisierte Gewinne dagegen in der Bilanz in Fremdwährung als Abgrenzungsposition erfasst werden. Die Umrechnung der gesamten Jahresrechnung erfolgt anschliessend zum Stichtagskurs. Diese Methode führt bei Umrechnung zum Stichtagskurs zu fortschreibungsfähigen Eigenkapitalpositionen ohne zusätzliche Umrechnungsdifferenzen in der Jahresrechnung in Schweizer Franken.

Wählt eine Firma die erste Umrechnungsmethode, so muss der Test gemäss Art. 725 Abs. 1 OR sowohl in der Fremdwährung wie auch in Schweizer Franken vorgenommen werden. Wollte man auch hier die ausschüttbaren Reserven vollständig dazuzählen, könnte eine Firma zum «Sanierungsfall» werden, obwohl ihre Reserven in Schweizer Franken ausgedrückt unverändert hoch sind.

Die Schlussfolgerungen für die anwendenden Firmen sowie das Spannungsfeld zwischen Kapitaleinlagen und Ausschüttungsbeschränkungen werden im 2. Teil des Artikels behandelt. ■

**Anmerkungen:** \*Der 2. Teil dieses Artikels wird im ST 2015/1–2 erscheinen. **1)** Art. 959 a OR und Art. 2 der Übergangsbestimmungen OR. **2)** Art. 671 Abs. 1 und Abs. 2 OR. **3)** Art. 725 Abs. 1 OR. **4)** Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 8 N 296. **5)** Vgl. etwa Art. 10 Buchstabe L der Vierten Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, Amtsblatt EG Nr. L 222 vom 14/08/1978 S. 11. **6)** Max Boemle/Romy Meyer, Das Kapitaleinlageprinzip im Lichte der Rechnungslegung, ST 2011, 1018 m. w. H. **7)** Werner Bohl/Peter Bartels, Beck'sches IFRS-Handbuch, München 2006 § 12 N 26 ff. **8)** Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrechtsreform) BBl 2007, 1659. **9)** Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, S. 122. **10)** Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrechtsreform (Anm. 8) BBl 2007, 1604; eine Vorwirkung kann gemäss Lehre nur angenommen werden, wenn die Vorwirkung vom geltenden Recht selbst vorgesehen ist, u. a. im öffentlichen Interesse liegt und durch triftige Gründe gerechtfertigt ist, vgl. Ulrich Häfelin/Georg, Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 71 (N. 348, 351); Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 180 (N. 35), BGE 125 II 278, 282. **11)** Treuhand-Kammer – Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht, 7. Januar 2013, mit letzter Änderung vom: 14. Februar 2014, Frage 1.7 Seite 10. **12)** So offenbar Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung (Anm. 9) S. 109 «muss zwingend in der Bilanz gezeigt werden» und S. 115; siehe zum ganzen auch Christian Haas, Eigene Aktien und Kapitalverlust, ST 2013, 921 ff;

Lukas Handschin, Eigene Aktien im Konzern, ST 2013, 488 f. **13)** René Matteotti/Peter Rietweg, Ausschüttungsschranke und Prioritätsregel für Kapitaleinlagen, ST 2011, 777; vgl. auch Jürg Altorfer/Marco Greter, Kommentar VStG, Art. 5 N. 127; Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Februar 2014, A-6142/2012 Ziffer 5.2. **14)** Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005, S. 4859; Barbara Brauchli Rohrer/Xenia Athanassoglou, Kapitaleinlageprinzip – es besteht Handlungsbedarf, ST 2010, 688. **15)** Kreisschreiben Nr. 29 vom 9. Dezember 2010 Kapitaleinlageprinzip, Ziffer 2.2.3. und Ziffer 7.1. **16)** Jürg Altorfer/Marco Greter, Kommentar VStG, Art. 5 N. 150 m. w. H. **17)** Stellungnahme der Fachgruppe Steuern der Treuhand-Kammer zum Entwurf Kreisschreiben Kapitaleinlageprinzip, S. 23 f. **18)** Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (wie Anm. 14), BBl 2005, 4859; Barbara Brauchli Rohrer/Xenia Athanassoglou, (wie Anm. 14) ST 2010, 688. **19)** Konsequenterweise bestehen im volkswirtschaftlich sensitiven Bereich der Banken (und auch der Versicherungen) in jüngster Vergangenheit wieder intensiv diskutierte, spezialgesetzliche Eigenmittelvorschriften, welche mit viel Aufwand darum bemüht sind, eine den Risiken der spezifischen Gesellschaft adäquate Eigenkapitalbasis zu gewährleisten; vgl. Art. 4 Abs. 2 BankG i. V. m. Art. 18 ff. der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (ERV); für systemrelevante Banken wurden diese Anforderungen per 1.1.2013 im Rahmen der too-big-to-fail-Vorlage nochmals verschärft. **20)** Das nominelle Aktienkapital der zwanzig grössten an der Schweizer Börse (SIX) kotierten Firmen beträgt zwischen rund CHF 7,8 Mio. und CHF 5,6 Mrd. mit einem Medianwert bei rund CHF 190 Mio.,

während der Nennwert zwischen CHF 0.10 und CHF 15.00 schwankt mit einem Mittelwert bei rund CHF 1. **21)** Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Botschaft Aktienrechtsrevision 1983), BBl 1983, 927. **22)** Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (wie Anm. 21), BBl 1983, 926. **23)** Peter Böckli (wie Anm. 4), § 13, N 718; Georg Krneta, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, N 2183. **24)** BGE 121 III 420, Erwägung 3a: «Die Erstellung einer Zwischenbilanz zur Orientierung der Sanierungsgeneralversammlung ist somit nach der gesetzlichen Regelung nicht erforderlich. Das schliesst nicht aus, dass der Verwaltungsrat den Aktionären Auskunft über den aktuellen Stand zu geben hat, soweit dies für die Ausübung ihrer Rechte erforderlich ist.» **25)** Art. 725 Abs. 1 OR; Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar OR II, Basel 2012, Art. 725 N. 21. m. w. H.; Peter Böckli (wie Anm. 4), § 13 N 723 mit weiteren Hinweisen; F. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar Zürich 1969, Art. 725 OR, N. 4; Eric Homburger, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, Art. 725, N 1198. **26)** Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 6 OR (Finanzkontrolle) in Verbindung mit Art. 716 b Abs. 2 OR (Regelung der Berichterstattung bei Delegation der Geschäftsführung). **27)** Nicht ganz eindeutig F. Wolfhart Bürgi (wie Anm. 25) Art. 725 N. 4 und 7. – Wie hier aber Christoph von Greyerz, Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapitalverlust und Überschuldung, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Zürich 1979, S. 22; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N. 198; Eric Homburger (wie Anm. 25), Art. 725 N. 1198/99; Ruedin/Piaget (2003) 1336; Georg Krneta (wie Anm. 23) N. 2184; Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25.) Art. 725 N. 21. **28)** Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25.) Art. 725 N. 22. **29)** Ulysses v. Salis, Kapitalverlust und Sanierungsfusion in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2007, S. 157.

**30)** Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrechtsreform (wie Anm. 8), BBl 2007, 1689; Tetiana Bersheda Vucurovic, GesKR 2008, «Avis obligatoires et faillite» dans la révision du droit de la société anonyme, GesKR 2008 235, 236. Nach Urs Schenker, Anzeigepflichten des Verwaltungsrates, GesKR 2008, 139 Fn. 8 wäre nur noch die Jahresbilanz massgebend. **31)** Zum «Aktienkapital» gehört auch das Partizipationskapital; Peter Böckli (wie Anm. 4), § 13, N 717. **32)** Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 2009 (HWP) I S. 250; Peter Böckli, (wie Anm. 4), § 13 N 722 m. w. H.; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, (wie Anm. 27) § 50 N 196. **33)** Art. 725 Abs. 1 OR in der vor 1992 geltenden Fassung: «Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist, so muss die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und diese von der Sachlage unterrichten». **34)** Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (wie Anm. 21), BBl 1983, 925. **35)** Botschaft Aktienrechtsrevision 1983 (wie Anm. 21), BBl 1983, 926. **36)** Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 26. September 1988 S. 515. **37)** Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25), Art. 725 N. 18; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, (wie Anm. 27), § 50 N 196; HWP (wie Anm. 32) I S. 252. **38)** Sog. «unechter Kapitalverlust», Peter Böckli, (wie Anm. 4), § 13 N 721 m. w. H.; Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25), Art. 725 N. 19 und 22; ein Verwaltungsrat kann einen (häufigen) Kapitalverlust ggf. durch Auflösen stiller Reserven beheben,

eine Aufwertung oder Wiederaufwertung in Zeiten eines operativen Verlusts kann heikel sein. **39)** Zum Meinungsstand vgl. Peter Böckli (wie Anm. 4), § 13 N 718; Eric Homburger (wie Anm. 25), Art. 725 N 1202–1209; Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25), Art. 725 N. 18. **40)** Peter Böckli, (wie Anm. 4), § 12 N. 526 ff. **41)** Hans-Jakob Käch, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007 S. 133, 135; die Praxis der Handelsregisterämter besteht nicht direkt zu Art. 725 OR, aber zum ähnlich gelagerten Fall der Sanierungsfusion gemäss Art. 6 Abs. 1 FusG, siehe dazu Ziffer 1.4 im 2. Teil (ST 2015/1–2). **42)** Schweizer Prüfungsstandard PS (2013) 290 lit. O. **43)** Peter Böckli (wie Anm. 4) § 13 N 721 a. **44)** Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 25), Art. 725 N. 18; Eric Homburger (wie Anm. 25), Art. 725 N. 1205 ff. **45)** BGE 121 III 425. **46)** Rudolf Lanz, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Bern 1985 S. 74 ff. **47)** Vgl. auch Peter Böckli (wie Anm. 4) § 13 N 815c.; Ulysses v. Salis (wie Anm. 29), S. 154. **48)** Ulysses v. Salis (wie Anm. 29), S. 160; diese Pflicht kann sich aus anderen Rechtsnormen oder aus Vertrag ergeben. **49)** Ulysses v. Salis (wie Anm. 29), S. 160; Urs Schenker (wie Anm. 30), GesKR 2008, 139. **50)** Siehe oben Ziffer 3.2. **51)** Der Zustand der gesetzlichen Reserven ergibt sich ohnehin aus der Jahresrechnung; Ulysses v. Salis (wie Anm. 29), S. 178. **52)** Kritisch dazu Tetiana Bersheda Vucurovic (wie Anm. 30), GesKR 2008, 247 m. w. H. **53)** Karl Helbling, L'Analyse du bilan et du résultat,

Bern 1996, 223. **54)** Geneviève Brunet, La loi sur la faillite pénalise les start-up, in: L'Hebdo du 18 mai 2006, S. 58: «La faute à des lois et des pratiques juridiques héritées d'un autre temps, lorsque la valeur d'une entreprise était plus dans ses machines que dans la tête de ceux qui travaillent pour elle. Aujourd'hui les dépenses en recherche et développement d'une société naissante de haute technologie constituent l'actif le plus prometteur pour l'avenir.» Thomas Thöni, La nouvelle loi sur les faillites défavoriserait les start-up, in: Le Temps du 1<sup>er</sup> juin 2006: «Ce test du bilan est en porte-à-faux avec le cycle de vie habituel d'une jeune entreprise. Elle se développe par-à-coups avec plusieurs phases de recapitalisation, avant de pouvoir dégager des bénéfices et de rembourser ses emprunts. Avec la loi actuelle, elle peut se trouver techniquement en faillite, alors même que ses chances de réussite ne sont pas entamées» [...] zitiert nach Tetiana Bersheda Vucurovic (wie Anm. 30), GesKR 2008, 248. **55)** Art. 957 a Abs. 4 OR. **56)** Art. 958 Abs. 1 OR. **57)** Art. 958 d Abs. 3 OR. **58)** Treuhand-Kammer – Ausgewählte Fragen und Antworten zum neuen Rechnungslegungsrecht, 7. Januar 2013, mit letzter Änderung vom: 14. Februar 2014 (Q&A Rechnungslegungsrecht), Frage 7.2 a) Seite 31 f. **59)** Treuhand-Kammer – Q&A Rechnungslegungsrecht (wie Anm. 58), Frage 7.2 g) Seite 35 f. **60)** Treuhand-Kammer – Q&A Rechnungslegungsrecht (wie Anm. 58), Frage 7.2 d) Seite 33 f.

# DIE GESETZLICHE KAPITALRESERVE

## Steuerrecht gegen Kapitalschutzvorschriften (2. Teil)

**Vom Bundesgericht ist nun bestätigt, dass das Agio nach heutigem Recht ausschüttbar ist, sobald die Schwelle von 50% resp. 20% des Grundkapitals überschritten ist. Die Regelung der Kapitalreserve im Vorentwurf des Obligationenrechts (OR) 2014 ist nur zum Teil praxistauglich.**

Im ersten Teil des Beitrags, erschienen im ST 2014/12, Seite 1133 ff., wurde das Spannungsfeld zwischen der gesetzlichen Kapitaleinlagereserve und den geltenden Kapitalschutzvorschriften gemäss Art. 725 Abs. 1 OR beschrieben. Im zweiten Teil geht es um die Folgen bei Verletzung dieser Kapitalschutzvorschriften, um die Ausschüttung von Kapitalreserven und um die Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuregelung der Kapitaleinlagen im *Vorentwurf (VE) OR 2014*.

### 1. KAPITALSCHUTZVORSCHRIFTEN

**1.1 Pflichten beim Eintritt des hälftigen Kapitalverlusts nach geltendem Recht.** Nach Art. 725 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat bei hälftigem Kapitalverlust verpflichtet, die Situation der Gesellschaft umfassend zu analysieren und insbesondere die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft und die Notwendigkeit von Eigenkapital-Sanierungsmassnahmen zu beurteilen [1]. Wichtig ist, dass die Generalversammlung über Liquidation, Sanierung oder Fortführung ohne Sanierung beschliessen kann, bevor eine Überschuldung eingetreten ist [2].

Die Einberufung der Generalversammlung muss nach dem Gesetzeswortlaut «unverzüglich» erfolgen, entsprechend muss der Verwaltungsrat nach der Feststellung des hälftigen Kapitalverlusts unverzüglich tätig werden, den Sanierungsbedarf analysieren und Sanierungsmassnahmen einleiten. «Unverzüglich» heisst handeln so schnell wie unter den Umständen möglich und angemessen. Unter Umständen kann einige Zeit vergehen, bis die Generalversammlung einberufen wird [3]. Eine schrittweise Information, also zuerst eine Information über den Eintritt des Kapitalverlusts und später über Sanierungsmassnahmen, rechtfertigt sich

nur in Ausnahmefällen: Eine Präsentation von Problemen ohne Lösungsvorschläge ist selten zielführend. Mit Zustimmung der stimmenmässigen Mehrheit der Aktionäre kann auf eine formelle Generalversammlung verzichtet werden [4].

**1.2 Folgen einer Verletzung von Art. 725 Abs. 1 OR.** Verletzt ein Verwaltungsrat die Vorschriften von Art. 725 Abs. 1 OR, so sind die Folgen nicht trivial: Die Revisionsstelle wird ihr Testat mit einem Hinweis auf diesen Sachverhalt versehen, Aktionäre, Banken und Gläubiger erfahren von der Rechtsverletzung des Verwaltungsrats und werden alarmiert. Die Rechtsverletzung kann auch die Deckung der üblichen Directors-&Officers-Versicherung einschränken. Weniger wahrscheinlich ist eine persönliche Haftung, da kaum zu erwarten ist, dass eine frühzeitige Einberufung einer Generalversammlung einen späteren Konkurs vermieden hätte.

Bleibt der Verwaltungsrat untätig, muss die Revisionsstelle von sich aus die Aktionäre informieren (also z. B. den Jahresabschluss versenden), nicht aber – obwohl dies die herrschende Lehre behauptet – selbst eine Generalversammlung einberufen [5]; die Revisionsstelle weiss ja nicht, welche Beschlüsse zu fassen sind. In der Praxis spielt dies nur eine Rolle, wenn die Revisionsstelle mit der Durchsicht eines Zwischenabschlusses betraut wird oder der Verwaltungsrat den ordentlichen Jahresabschluss auch 6 Monate nach Abschluss des Geschäftsjahrs noch nicht versandt hat.

**1.3 Stellvertreterstreit: Berechnung des Kapitalverlusts bei der Sanierungsfusion.** Der im *Fusionsgesetz (FusG)* in Art. 6 Abs. 1 FusG verwendete Begriff des Kapitalverlusts entspricht demjenigen von Art. 725 OR. Dessen Berechnung im Falle einer Sanierungsfusion ist ebenfalls umstritten. Gemäss der herrschenden Lehre ist nur derjenige Teil der gesetzlichen Reserven zu berücksichtigen, welcher einem Ausschüttungsverbot unterliegt [6]. Gewisse Handelsregisterbehörden folgen der gegenteiligen Ansicht von *Böckli*, wonach ein Kapitalverlust auch dann vorliegt, wenn die gesamte gesetzliche Reserve nicht durch Aktiven gedeckt ist [7]. Diese strenge Haltung entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes: Der im Rahmen von Sanierungsfusionen anwendbare Gläubigerschutz sollte nicht weitergehen, als derjenige von Art. 725 OR; die Gläubiger sollten im Rahmen von Sanie-



MATTHIAS STAEHELIN,  
DR. IUR., VISCHER AG,  
ANWÄLTE UND NOTARE,  
BASEL/ZÜRICH



rungsfusionen nicht besser geschützt werden, als dies nach den allgemeinen Regeln der Fall ist. Demzufolge genügt es, wenn das frei verwendbare Eigenkapital [8] die Hälfte der Summe aus Grundkapital und gesetzlichen Reserven abdeckt. Weil Art. 725 OR neben der Überschuldung auch die Warnstufe des hälftigen Kapitalverlusts vorsieht, wurde dieser Finanzpuffer vom Gesetzgeber als zusätzliches finanzielles Erfordernis hinzugefügt. Dies ist deshalb nicht sachgerecht, weil der hälftige Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR – im Gegensatz zu Art. 6 FusG – den Organen keine Pflicht zur Sanierung auferlegt und zudem nur dem Aktionärsschutz dient. Entsprechend bestehen unter Art. 6 FusG höhere Anforderungen als sie ohne Fusion unter Art. 725 Abs. 1 OR anwendbar sind. Bei Firmen mit reichhaltigen Kapitalreserven ist dabei oft entscheidend, ob Agio ausschüttbar ist oder nicht. Da nach herrschender Lehre und Praxis, sanktioniert nun durch das klare Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014 [9], Agio in freie Reserven umgebucht werden kann, haben Gesellschaften es oft in der Hand, (unmittelbar) vor dem Fusionsbeschluss eine Umbuchung der Reserven vorzunehmen und so die Anwendung von Art. 6 FusG zu verhindern. Eine solche Umbuchung kann jedoch den Verlust der steuerlichen Anerkennung als Kapitaleinlage zur Folge haben.

Die Gesellschaft, welche einen hälftigen Kapitalverlust aufweist, kann nur fusionieren, wenn eine der beteiligten Gesellschaften über einen finanziellen Verlustpuffer verfügt; dieser kann aus frei verwendbarem Eigenkapital oder Rangrücktritten bestehen [10]. Der Begriff des frei verwendbaren Eigenkapitals wird im FusG nicht erläutert, im OR hat sich dazu aber ein gefestigter Begriff entwickelt. Danach gehören zum frei verwendbaren Eigenkapital die Eigenmittel, die über die vorgeschriebenen Ausschüttungssperren hinaus vorhanden sind [11]. Das von Art. 6 Abs. 1 FusG gewählte Konzept entspricht der vereinfachten Vorstellung, dass eine Ge-

sellschaft eine sanierungsbedürftige Gesellschaft übernehmen darf, wenn sie ihre Mittel im Betrag der Überschuldung auch ausschütten (und damit aus dem den Gläubigern dienenden Haftungssubstrat entfernen) dürfte [12]. Entsprechend ist spätestens hier der ausschüttbare Teil der bisherigen allgemeinen Reserven der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zu ermitteln, wenn dies nicht schon bei der Ermittlung des hälftigen Kapitalverlusts geschah.

**1.4 Kapitalreserve und Kapitalschutzvorschriften gemäss Art. 725 VE-OR 2014.** Der Bundesrat hat am 28. November 2014 einen Vorentwurf zur Vernehmlassung unterbreitet, welcher die abgebrochene Revision des Aktienrechts wieder aufnimmt [13]. Der Vorentwurf beseitigt die Unstimmigkeiten mit den neuen Regeln des Rechnungslegungsrechts. Die Bestimmungen zu den Reserven und den eigenen Aktien werden harmonisiert, das Aktienkapital muss neu nicht mehr zwingend auf Schweizer Franken lauten und die Rückzahlung von Kapitaleinlagen wird mit Schutzvorschriften ergänzt. Bei den Kapitalherabsetzungen, den Rückzahlungen von Kapitalreserven und den Sanierungsvorschriften wird stärker auf die vorhandene und zukünftige Liquidität der Gesellschaft abgestellt.

Art. 725 und 725a VE-OR 2014 sieht neu primär eine enge Liquiditätsüberwachung vor und dies für all jene Firmen, auf die eines der folgenden Merkmale zutrifft:

→ begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft in den nächsten 12 Monaten zahlungsunfähig wird; oder → letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten zwei Drittel der Summe aus Aktienkapital, gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken; oder → der letzte Jahresverlust höher ist als die Hälfte des Eigenkapitals gemäss der vorangehenden Jahresbilanz; oder → die Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einen Jahresverlust ausweisen.

Ist eines dieser Merkmale erfüllt, muss der Verwaltungsrat einen aktuellen Liquiditätsplan erstellen und eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vornehmen. Zudem unterliegen diese Firmen zwingend zumindest der eingeschränkten Revision [14]. Der Liquiditätsplan muss von einem zugelassenen Revisor geprüft werden [15]. Wenn der Revisor nicht bestätigen kann, dass keine Zahlungsunfähigkeit droht, muss der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen. Verwaltungsrat und Revisor müssen mit der gebotenen Eile handeln [16].

Zur Begründung für diesen einschneidenden Systemwechsel verweist der «Erläuternde Bericht» auf zwei gleichlautende, vom Parlament gutgeheissene Motionen der national- und ständerätlichen Rechtskommissionen, welche ein umfassendes Sanierungsverfahren im OR fordern, das Unternehmenssanierungen vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens ermöglichen bzw. erleichtern soll [17]. Die neuen Regeln sollen gemäss dem Erläuternden Bericht präzisere und z. T. neue Handlungspflichten für den Verwaltungsrat einführen, damit dieser die Entwicklung der finanziellen Lage des Unternehmens eng im Auge behält und vor allem die erforderlichen Sanierungsmassnahmen veranlasst sowie deren Wirksamkeit laufend überwacht [18].

Es fällt auf, dass im Hinblick auf die Neuregelung keinerlei Auslegeordnung gemacht wurde, welche Mängel das heutige System aufweist. Sind wirklich nachlässige Verwaltungsräte verantwortlich für Firmenpleiten? Sind wirklich Aktionäre heute zu wenig informiert, wenn man berücksichtigt, dass eine Revisionsstelle schon heute nur ein vom Standardwortlaut abweichendes Testat abgibt, wenn die Zahlungsfähigkeit der nächsten 12 Monate fraglich ist? In der Praxis lässt sich beobachten, dass ein Verwaltungsrat in aller Regel gut darüber Bescheid weiss, ob Aktionäre bereit sind, der Firma in der Krise mit weiteren Geldmitteln beizustehen. Weiter fällt auf, dass der Erläuternde Bericht die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Massnahmen kaum begründet: Was genau bringt die Prüfung des Liquiditätsplans durch einen zugelassenen Revisor? Was bringt das Erfordernis, einen Sanierungsplan auszuarbeiten, und die damit verbundene Verlagerung der Kompetenz von Verwaltungsrat zur Generalversammlung [19]? Und wie vergleicht sich die vorgeschlagene Neureglung mit den Rechtsordnungen anderer Länder, welche mit der Schweiz um innovative Firmenhüllen wie etwa UK, USA und Singapur? Auch ist die vorgeschlagene Regelung in der Ausführung unklar und unvollständig: Wie oft ist der Liquiditätsplan zu erstellen und prüfen zu lassen? Wieso soll ein Revisor das Risiko übernehmen, die geschäftlichen Einschätzungen des Verwaltungsrats über den Wert von Aktiven oder die Wahrscheinlichkeit einer Finanzierungsrunde (also klassische Geschäftsentscheide) auf sich zu nehmen? Ist der Revisor hier ebenso wie der Verwaltungsrat durch die auch bei uns vom Bundesgericht saktionierte *business judgement rule* geschützt (BGE 139 III 24, 26 m. w. H.; BGer 4A\_74/2012 vom 18.6.2012, Ziffer 5.1; Hans-Ueli Vogt, Michael Bänziger, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgement Rule als Grundsatz im schweizerischen

Aktienrecht, GesKR 2012, 607)? Was passiert, wenn sich kein Revisor zu vernünftigen Preisen für diese Arbeit findet? Und wie ist der Bilanztest Nettoaktiven  $> \frac{2}{3}$  des Eigenkapitals zu berechnen?

Nach dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut ist die Referenzgrösse  $\frac{2}{3}$  des Aktienkapitals, der gesetzlichen Kapitalreserve und der gesetzlichen Gewinnreserve. Diese Referenzgrösse ist nicht nachvollziehbar. Unter dem bestehenden Recht setzte sich diese Referenzgrösse aus Aktienkapital und gesetzlicher Reserve, also Reserven mit reduzierter Verwendungsmöglichkeit, zusammen. Nach dem neu vorgeschlagenen Recht soll die gesetzliche Kapitalreserve einzig durch die Herkunft der Mittel bestimmt werden; dies ist kein taugliches Kriterium: Stellen Aktionäre beispielsweise einer Firma CHF 12 Mio. im Rahmen einer Kapitalerhöhung zur Verfügung, um eine klinische Studie für eine pharmazeutische Substanz durchzuführen, ist nicht einzusehen, wieso nach Ausgabe von CHF 4 Mio. der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsvorschläge zu unterbreiten hat. Auch unter dem neu vorgeschlagenen Aktienrecht ist deshalb die Referenzgrösse «gesetzliche Kapitalreserve» auf jenen Teil der Reserven zu begrenzen, der nicht an die Aktionäre zurückgeführt werden kann.

Der Einbezug der Kapitalreserven in die Bestimmungen zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen ist m. E. grundsätzlich verfehlt und bewirkt nicht viel mehr als zusätzliche Leerläufe. Ein Gläubiger kann von aussen kaum ersehen, wie hoch Agio und Zuschüsse bei einer Gesellschaft sind; diese spielen nur dann eine Rolle bei der Beurteilung des Delkredererisikos durch einen Gläubiger, wenn er sich eine aktuelle Bilanz vorlegen lässt, bevor er in eine Geschäftsbeziehung tritt. Es wäre verfehlt, die bisher an die allgemeine gesetzliche Reserve geknüpften Rechtsfolgen tel quel auf die gesetzliche Kapitalreserve zu übertragen, und dies erst noch mit der Begründung, man wolle nichts am status quo ändern [20]! Agio und Zuschüsse sind von Gesellschaftern freiwillig, eben gerade nicht dem Grundkapital zugewendet worden; deshalb sollten diese keine Rolle spielen bei der Einleitung von Sanierungsmassnahmen.

Nach heutiger Praxis informiert die Revisionsstelle Verwaltungsrat und Aktionäre mit einem vom Standardwortlaut abweichenden Testat, wenn die Zahlungsfähigkeit für die nächsten 12 Monate nicht erstellt ist (going concern; Art. 958a Abs. 2 OR; Lukas Glanzmann, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens S. 272, in: Peter V. Kunz, Florian S. Jörg, Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014). Eine Vielzahl von Jungfirmen, Start-ups und innovative Firmen in Wachstumsbranchen wie etwa Life Sciences und IT leben heute nur mit einem eingeschränkten Testat. Ihre unsichere Unternehmensfortführung ist nicht das Resultat eines nachlässigen Verwaltungsrats oder von uninformierten Aktionären, sondern vielmehr Ausdruck einer sich bildenden Kultur von Risikobereitschaft und Entrepreneurship, also zentralen Elementen für innovative Firmen, welche die Arbeitsplätze von morgen schaffen. Von all diesen Firmen zu verlangen, ständig Liquiditätspläne von Revisoren prüfen zu lassen und ihren Aktionären Sanierungskonzepte

vorzulegen, verunsichert nur Gläubiger und Investoren. Die gut gemeinte Revision des Sanierungsrechts hätte zur Folge, junge und innovative Firmen ständig als Sanierungsfälle zu brandmarken und sie gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten zu benachteiligen – für den Innovationsstandort Schweiz wäre dies ein klassisches Eigentor!

Analysiert man die Parlamentsdebatte zu den Motionen, die den Anstoss zu diesen neuen Regeln gegeben haben sollen, so stehen Massnahmen zur Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens im Vordergrund, also Themen wie Sanierungsdarlehen inkl. deren Besicherung. Es ist sehr fraglich, ob die vorgeschlagenen Neuregelungen von Art. 725 OR und 725a OR den Intentionen der Motionen entsprechen [21].

Für die Neuregelung von Art. 725 Abs. 1 OR ist deshalb m. E. von allen liquiditätsbezogenen Referenzen Abstand zu nehmen und der Praxis eine klare und einfache Marke zu setzen, die sich auf das Grundkapital bezieht. Will man die bisherige Praxis – vereinfacht dargestellt – kodifizieren, so beträgt diese Marke 75% des Grundkapitals; dies entspricht der Hälfte des Grundkapitals und der Hälfte der gesetzlichen Reserven bis zu 50% des Grundkapitals. Für Holding-Gesellschaften ist diese Marke auf 60% des Grundkapitals festzulegen [22].

## 2. RÜCKFÜHRUNG VON KAPITALEINLAGEN AN AKTIONÄRE

### 2.1 Kapitalschutzvorschriften gemäss heutigem Recht.

Eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts ist der Kapitalschutz [23]. Das eingebrachte Grundkapital begrenzt die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter über die Mittel der Gesellschaft, indem es als bilanzielle Sperrziffer für Ausschüttungen dient. Besteht kein Aktivenüberschuss, der über das Grundkapital und die gebundenen Reserven hinausgeht, dürfen keine Ausschüttungen an die Gesellschafter vorgenommen werden. Diese Regeln sind Bestandteil der Kapitalerhaltungsvorschriften; dazu gehören weiter restriktive Regelungen über den Erwerb eigener Aktien, die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung und die Pflichten der Leitungsorgane bei andauerndem wirtschaftlichem Niedergang [24]. Im Schrifttum werden zunehmend Zweifel an der Effektivität und Effizienz des festen Grundkapitals geäussert. Vorgehalten werden dem bestehenden System, summarisch dargelegt, die folgenden Schwächen:

1. Das bestehende Grundkapitalsystem kann keinen Haftungsfonds für die Gläubiger gewährleisten, als blosser Sperrziffer auf der Passivseite der Bilanz limitiert das Grundkapital einzig Ausschüttungen an die Aktionäre, es ist «kein Goldklumpen im Tresor», auf den die Gläubiger im Konkursfall noch zugreifen könnten.

2. Ein Grossteil der Gesellschaften belässt die Höhe des Grundkapitals auf der Höhe des gesetzlich geforderten Minimums von CHF 100 000 (AG) bzw. CHF 20 000 (GmbH), die Höhe des Grundkapitals ist damit in der Praxis völlig arbiträr und sagt nichts über die Stellung der Gläubiger der entsprechenden Gesellschaften aus.

3. Das bestehende Grundkapitalsystem ist allein auf die Bilanz fokussiert und blendet die weit relevanteren Aspekte wie Liquidität und die Ertragsaussichten einer Gesellschaft aus.

4. Die Kosten des Grundkapitalsystems (Notar, Handelsregister, Prüfungen durch Revisionsstelle) seien zu hoch [25].

In angelsächsischen Rechtssystemen wird oft eine sogenannte «Solvency Opinion» verlangt, welche bestätigt, dass nach der Auszahlung einer Dividende eine Firma zahlungsfähig bleibt. Ein solches Gutachten behandelt oft drei Fragestellungen, nämlich einen sogenannten Balance Sheet Test, einen Cash Flow Test und einen Adequate (oder Reasonable) Capital Test. Der Balance Sheet Test analysiert die Nettoaktiven der Firma, bewertet dabei die Aktiven zum heutigen Marktwert und rechnet bei den Passiven auch Eventualverbindlichkeiten ein. Beim Cash Flow Test wird analysiert, ob die Gesellschaft ihre gegenwärtigen und zukünftigen Schulden bei Fälligkeit aus den erwarteten eingehenden Zahlungen (abzüglich einer Sicherheitsmarge) begleichen kann. Beim Reasonable Capital Test wird analysiert, ob die Gesellschaft nach Auszahlung der Dividende über ausreichend Eigenkapital verfügt, auch wenn sich die Geschäftslage verschlechtert. Dabei werden eine Reihe von Faktoren berücksichtigt wie die Aussichten in Bezug auf die zukünftigen Zahlungseingänge, die Volatilität in Bezug auf Einnahmen, Ausgaben und Wert der Aktiven, die Fälligkeiten der Schulden und das Ausmass und die Fälligkeiten von Eventualverbindlichkeiten. Dabei wird etwa ein Umsatzrückgang für eine bestimmte Zeitdauer prognostiziert und analysiert, ob die Gesellschaft über genügend Eigenkapital für ein solches Szenario verfügt [26]. Ein solches System bringt für Firmen einen erheblichen Mehraufwand. Trotz steigender Kritik im Schrifttum ist nicht zu erwarten, dass die Schweiz in der nächsten Zukunft vom System des Grundkapitals und seinem Schutz Abschied nehmen wird.

**2.2 Agio gemäss heutigem Recht ausschüttbar.** Jeder erzielte Mehrerlös bei der Ausgabe von Aktien (Agio) ist der allgemeinen gesetzlichen Reserve einzubuchen [27]. Diese Vorschrift wirkt qualifizierend und weist das Agio unmittelbar dieser Reserve zu – mithin ohne Zutun der Generalversammlung [28].

In der Lehre bestand lange ein Streit bezüglich der Frage, ob Agioreserven wie das Aktienkapital vollständig blockiert sind oder teilweise für die Ausschüttung von Dividenden verfügbar sind. Dieser Streit ist mit dem Bundesgerichtsurteil vom 16. Oktober 2014 beendet worden [29]. Höchststrichendlich ist damit entschieden, dass die allgemeine gesetzliche Reserve für Ausschüttungen verwendet werden kann, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals (resp. 20% des Aktienkapitals bei Holdinggesellschaften) übersteigt [30].

Für das Bundesgericht ausschlaggebend war, dass der klare Wortlaut von Art. 671 OR sowie der Zweck des Kapitalschutzes dafür sprechen, dass Agio nach Massgabe der Regeln über die allgemeine gesetzliche Reserve an die Aktionäre ausgeschüttet werden kann: Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR bestimme, dass das Agio der allgemeinen Reserve zuzuweisen sei. Aus Abs. 3 OR e contrario folgt sodann, dass die allgemeine Reserve – und damit auch das in diese kraft Abs. 2 Ziff. 1 zugewiesene Agio – frei verwendet werden darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt. Unterstützend fügt das Bundesgericht bei, dass diese Auslegung auch den Vorstellungen des Steuergesetzgebers entspreche, geht dieser doch seit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips durch die Unternehmenssteuerreform II davon aus, dass Agio ausgeschüttet werden darf. Für diesen Entscheid sprechen auch weitere Gründe, welche vom Bundesgericht nicht aufgeführt werden: Es ist nicht der wirtschaftliche Zweck eines Agios, ein grösseres Haftungssubstrat zugunsten der Gläubiger zu bilden, sondern bei Kapitalerhöhungen die bisherigen Aktionäre vor einer Verwässerung des Wertes ihrer Beteiligung zu schützen [31]. Das Agio unterliegt auch nicht den Publizitätsvorschriften des Handelsregisters; es hat also ein zentrales Element des Kapitalschutzes nicht, nämlich die formalisierte Kundgabe gegenüber Dritten und dem Geschäftsverkehr [32]. Die Praxis hat schon häufig die Auszahlung von Dividenden aus Agioreserven vorgenommen [33], und solche sind nie von den Steuerbehörden als unrechtmässig bezeichnet worden [34].

**2.3 Andere Zuschüsse gemäss heutigem Recht ausschüttbar.** Das geltende Recht regelt nicht ausdrücklich die Verbuchung von Aktionärsseinlagen, welche ausserhalb einer formellen Kapitalerhöhung stattfinden. Die Lehre ist der Auffassung, dass – gemäss den anwendbaren Rechnungslegungsgrundsätzen – Unternehmen frei sind, à *fonds-perdu*-Einlagen und -Zuschüsse in die freien Reserven zu verbuchen [35]; diese sind entsprechend für Ausschüttungen von Dividenden frei verfügbar.

**2.4 Ausschüttungsbeschränkungen nach VE-OR 2014.** Der Vorentwurf kodifiziert die bestehende Praxis und hält ausdrücklich fest, dass Agio und alle weiteren durch Gesellschafter geleisteten Einlagen und Zuschüsse der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisen sind [36]. Im Erläuternden Bericht wird ausgeführt, mit der Neuordnung der Reserven soll die Doppelbesteuerung der eingeschossenen Mittel vermieden werden. Die Buchung in die gesetzlichen Kapitalreserven hat den Vorteil, dass aus der Bilanz ersichtlich ist, dass diese Mittel nicht aus unternehmerischer Tätigkeit stammen [37].

Der Vorentwurf sieht weiter eine gesetzliche Gewinnreserve vor, der 5% des Jahresgewinns zuzuweisen sind, bis die Hälfte (bei Holdinggesellschaften 20%) des im Handelsregister eingetragenen Grundkapitals erreicht ist [38]. Zudem soll unter dem Begriff «unzulässige Rückzahlungen» eine Prioritätsregel eingeführt werden: Vor einer Rückzahlung von gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven muss der bestehende Bilanzverlust beseitigt werden [39].

Eine Rückzahlung aus der gesetzlichen Kapitalreserve oder der gesetzlichen Gewinnreserve an die Aktionäre soll sodann nur dann zulässig sein, wenn ein zugelassener Revisionsexperte gestützt auf die Bilanz schriftlich bestätigt, dass nach der Rückzahlung weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger gefährdet wird noch begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten 12 Monaten zahlungsunfähig wird [40]. Dieses Erfordernis ist sinnvoll. Schon bisher ist fraglich, ob das Agio im Jahr der Einzahlung zurückgeführt werden kann oder eine solche Auszahlung zweckwidrig und damit unzulässig ist [41]. Gelingt es einer Firma, im ersten Geschäftsjahr einen ausschüttbaren Gewinn auszuweisen, besteht kein Grund mehr, dem Agio, das 50% des nominellen Grundkapitals übersteigt, besondere Einschränkungen aufzuerlegen. Es hat seinen Zweck erreicht, im Aufbau ein zusätzliches Kapitalpolster darzustellen. Die vorgeschlagene Neuregelung führt diesen Gedanken weiter: Gefährdet eine Rückzahlung des Agios die Unternehmensfortführung (going concern), ist davon Abstand zu nehmen. Diese Einschränkung ist sinnvoll und sachgerecht. Eine Ausschüttung von gesetzlichen Kapitalreserven in einem dem Kapitalherabsetzungsverfahren ähnlichen Verfahren ist im Entwurf nicht vorgesehen.

Der Vorentwurf lehnt damit zu Recht einen Vorschlag von Böckli ab, der auf die Agiorückzahlung das Verfahren der Kapitalherabsetzung zur Anwendung bringen möchte [42].

Das Kapitalherabsetzungsverfahren ist nämlich in wesentlichen Punkten ungeeignet: insbesondere ist nach Art. 653j Abs. 2 VE-OR 2014 eine Kapitalherabsetzung nur durch Herabsetzung des Nennwerts oder durch Vernichtung von Aktien möglich, und Art. 653 o VE-OR 2014 verlangt eine Statutenänderung. Zudem ist nicht einzusehen, warum ein Schuldenruf verlangt werden kann, wenn z. B. ein freiwilliger Zuschuss auf das Eigenkapital wieder zurückbezahlt werden soll. Dies würde im Vergleich zum status quo eine erhebliche Verschärfung bedeuten.

Der Vorentwurf hält weiter fest, dass die Rückzahlung von gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven wie auch die ordentliche Kapitalherabsetzung nur zulässig sind, wenn ein allfälliger Bilanzverlust (Jahresverlust plus allfällige Verlustvorräte) beseitigt ist (sogenannte eingeschränkte Prioritätsregel) [43]. Dies stelle keinen Systemwechsel dar. Neu solle jedoch unterbunden werden, dass wichtige Posten des Eigenkapitals reduziert würden, solange die Gesellschaft einen Bilanzverlust und entsprechend wirtschaftliche Probleme aufweise. Falschen wirtschaftlichen Anreizen solle vorgebeugt werden. Dies diene dem Gläubigerschutz sowie letztendlich dem dauernden Gedeihen der Gesellschaft [44].

Dieser Vorschlag ist in mehrfacher Hinsicht fragwürdig: Die Begründung im Erläuternden Bericht, ein Bilanzverlust weise auf wirtschaftliche Probleme hin, hält einer einfachen Überprüfung nicht stand: Stellen Aktionäre einer Gesell-

schaft CHF 12 Mio. zu Verfügung, um ein Medikament zu entwickeln, und erhält diese Gesellschaft positive klinische Resultate, nachdem CHF 10 Mio. ausgegeben wurden, beträgt der Bilanzverlust CHF 10 Mio. Wenn es nun gelingt, beispielsweise über Lizenzeinnahmen jährlich CHF 2 Mio. einzunehmen, so wäre es widersinnig, der Gesellschaft die Rückzahlung der nicht mehr benötigten finanziellen Mittel zu erschweren. Folgt man der Logik des Vorentwurfs, müsste die Gesellschaft zuerst von den CHF 12 Mio. Kapitalreserven CHF 10 Mio. auch steuerlich vernichten, um dann gerade noch CHF 2 Mio. steuerprivilegiert an die Aktionäre zurückzuführen zu können. Eine solche Regelung ist offensichtlich nur fiskalpolitisch motiviert und ordnungspolitisch verfehlt. Diese eingeschränkte Prioritätsregel hat zur Folge, dass Gesellschaften mit einem Verlust (z. B. aus der Aufbauphase) erst dann gesetzliche Kapitalreserven zurückzahlen können, wenn alle bisherigen Verluste durch Gewinne kompensiert sind. Will eine Gesellschaft früher einen Teil der Kapitalreserven zurückzahlen, muss sie den Bilanzverlust mit einem anderen Teil der Kapitalreserven verrechnen, was nach derzeitiger Praxis aus steuerlicher Sicht den endgültigen Verlust dieser Reserven bedeuten würde [45]. Diese steuerlichen Auswirkungen werden im Erläuternden Bericht weder erwähnt noch analysiert. Mit dieser Einschränkung werden gerade Firmen in Innovationsbranchen steuerlich benachteiligt, also oft gerade jene Firmen, für welche im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III für die zu erwartenden Nachteile ein Ausgleich gesucht wird. Wieso nun aus rechtlicher Sicht mit wirtschaftspolitisch verfehlter Begründung neue Nachteile für innovative Firmen aufgestellt werden, ist nicht nachvollziehbar. Die vorgeschlagene Einschränkung macht die Errungenschaft der Unternehmenssteuerreform II wieder partiell zunichte. Dies würde die Schweiz als Unternehmensstandort wieder unattraktiver machen [46].

Der Vorentwurf scheint von der Vorstellung auszugehen, dass es im Wirtschaftsleben eine Art richtige Höhe der Kapitalreserven gebe und es Anreize zu beseitigen gelte, die vom Aktionär zu Verfügung gestellten Mittel bewusst tief anzusetzen. Dies lässt sich weder ökonomisch noch empirisch belegen. Die vorgeschlagenen Regeln mit ihrem Fokus auf den bisher erwirtschafteten Verlust gewährleisten in keiner Weise, dass das gebundene Kapital eine Höhe aufweist, die dem Risikoprofil einer Gesellschaft entspricht. Der Vorschlag erschwert vielmehr die Anpassung und Optimierung der Kapitalstruktur. Wenn keine effizienten Verwendungsmöglichkeiten mit positivem Erwartungswert für eine Gesellschaft bestehen, ist aus wirtschaftstheoretischen Gründen eine optimierte Allokation der Mittel wünschenswert, welche durch Rückzahlung von Mitteln an die Aktionäre erreicht wird. Kommt diese nicht zustande, werden Überkapitalisierungen von Gesellschaften perpetuiert. Wieso Kapitaleinlagen in der Firma verbleiben müssen, solange ein Bilanzverlust besteht, ist nicht nachvollziehbar; einzig massgebend sollte sein, ob aus Gläubigersicht die ursprünglich vom Aktionär zur Verfügung gestellten Mittel benötigt werden oder nicht. Diesem Gesichtspunkt wird mit dem vorgeschlagenen Prüfungsbericht durch die Revisionsstelle betreffend

Unternehmensfortführung (going concern) ausreichend Rechnung getragen.

Für die erhöhten Einschränkungen bei der Ausschüttung von Agio wird rechtspolitisch auch argumentiert, die steuerfreie Rückzahlung von Kapitaleinlagen sei unfair, weil sie primär den börsenkotierten Unternehmen zur Verfügung stehe, nicht aber den KMU [47]. Dieser Ungleichbehandlungs- und Fairnessgedanke ist nicht nachvollziehbar: Es gibt zahlreiche kapitalintensive Start-up-Firmen (etwa im Bereich der Life Sciences), welche sehr wohl substantielle Kapitalreserven haben. Dass börsenkotierte Firmen der Natur nach mehr Investitionskapital benötigen, ist die Folge ihrer Grösse und hat nichts mit Fairness zu tun [48].

## 2.5 Form der Ausschüttung von Kapitaleinlagereserven.

Die auf die Ausschüttung einer Kapitaleinlage anwendbaren Regeln sind umstritten. Grundsätzlich sieht das Gesetz zwei Formen vor, um eine Auszahlung an Aktionäre zu beschliessen: nämlich die formelle Kapitalherabsetzung sowie das Ausschütten von Dividenden «aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven» [49].

*2.5.1 Ausschüttung in Form der Kapitalherabsetzung?* Nach einer Minderheitsmeinung sind die Regeln der formellen Kapitalherabsetzung anzuwenden [50]. Das formelle Kapitalherabsetzungsverfahren eignet sich aber nicht für die Rückzahlung einer Kapitaleinlage [51]: es dient dem Schutz der Gläubiger; ihre Stellung soll nicht durch den Vermögensabfluss verschlechtert werden [52]. Die Ausgestaltung des Kapitalherabsetzungsverfahrens nach heutigem Recht geht deutlich über das angemessene Mass an Gläubigerschutz hinaus: So kann ein Gläubiger Befriedigung oder Sicherstellung verlangen, selbst wenn auch nach der Kapitalherabsetzung sämtliche Forderungen gedeckt sind und damit gar keine Verschlechterung der Stellung der Gläubiger eintritt. Aufgrund der mangelhaften Regelung des Verfahrens des Befriedigungs- und Sicherstellungsrechts besteht zudem die Möglichkeit für Gläubiger, die Kapitalherabsetzung etwa durch die Anmeldung von unbezifferten Forderungen praktisch zu verhindern: In einem solchen Fall muss die Gesellschaft im ordentlichen Verfahren, gegebenenfalls an einem ausländischen Gerichtsstand, auf Feststellung des Nichtbestands der Forderung klagen. Dies kann – je nach Umfang der geltend gemachten Forderung – das Ende der Kapitalherabsetzung bedeuten, obwohl die Gläubiger nicht gefährdet sind [53]. Eine Anwendung des Kapitalherabsetzungsverfahrens auf die Rückzahlung von Kapitaleinlagen ist zudem nicht sachgerecht. Agio ist nicht eine im Interesse eines grösseren Haftungssubstrats geleistete Einlage. Agio ist weder in den Statuten vermerkt noch im Handelsregister eingetragen. Das Kapitalherabsetzungsverfahren ist darum für eine «Herabsetzung» von Agio auch von seinem Schutzzweck her nicht geeignet [54].

*2.5.2 Ausschüttung in Form einer Dividende.* Nach geltendem Recht ist die Ausschüttung der Kapitalreserve in der Form einer Dividende die einzig gangbare Alternative. Dieser Weg wird auch seit Jahren von der Praxis verfolgt. Auch enthält

das Dividendenrecht für den eigentlich problematischen Vorgang – die Ausschüttung – eine sachgerechte Regelung: Bei allen grösseren Firmen muss die Revisionsstelle die Jahresrechnung (bzw. Zwischenbilanz) und den Gewinnverwendungsantrag des Verwaltungsrats auf Auszahlung einer Dividende auf Konformität mit Gesetz und Statuten prüfen [55]. Damit werden der nicht ausschüttbare Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve resp. der gesetzlichen Kapitalreserve effektiv blockiert und das Eigenkapital sowie ein Teil der Kapitaleinlage geschützt [56]. Zudem ist keine Ausschüttung bei bestehenden Verlustvorträgen möglich, soweit die Verlustvorträge grösser sind als das frei verwendbare Eigenkapital. Diese Schutzmechanismen sind beim Kapitalherabsetzungsverfahren nicht vorhanden: Hier müssen einzig die Forderungen der Gläubiger gedeckt sein; eine Unterbilanz oder nicht vollständig gedecktes Grundkapital ist nicht relevant. Der einzige echte Vorteil des Kapitalherabsetzungsverfahrens gegenüber dem Dividendenrecht ist für die Gläubiger das Schuldenrufverfahren, in dem sie Sicherstellung (oder Erfüllung) ihrer Forderungen verlangen können. Die schwache Publizität (drei Inserate im Schweizerischen Handelsamtsblatt) und die kurze Frist von zwei Monaten schwächen aber diesen Schutz. Die Kapitalherabsetzungsvorschriften sind folglich nicht bloss ungeeignet für die Herabsetzung der Kapitalreserve, sondern auch noch unvorteilhafter für die Gläubiger als das (heutige) Dividendenrecht [57].

Entsprechend können Kapitaleinlagen, welche keiner Ausschüttungsbeschränkung unterliegen, über das flexiblere Instrument der Dividendenausschüttung an die Aktionäre zurückgeführt werden [58], wobei aus steuerlicher Optik eine solche «Kapitaleinlagen-Dividende» klar als solche gekennzeichnet werden sollte.

Kann eine Dividende direkt aus der Kapitaleinlage entnommen werden oder ist vor einer Ausschüttung formell

eine Übertragung aus den gesetzlichen in die freien Reserven erforderlich? Da das geltende Recht vorsieht, Dividenden aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven auszuschütten [59], wird eine solche Übertragung manchmal vorgenommen [60]. Wird im Antrag des Verwaltungsrats über die Verwendung des Bilanzgewinns transparent die «Auflösung gesetzlicher Reserven» ausgewiesen, wird ein formaler vorgängiger Transfer mehrheitlich nicht als zwingend erachtet, da dies am Ergebnis nichts ändert. Es entspricht langjähriger Praxis, Ausschüttungen direkt aus dem «freien» Teil der gesetzlichen Reserven, ohne vorgängige Umbuchung, vorzunehmen [61]. Unter dem neuen Art. 959a OR entfällt eine solche Umbuchung auf jeden Fall, da die Gliederung des Eigenkapitals nach der Herkunft der Mittel erfolgt und nicht nach ihrer Verwendung.

*2.5.3 Ausschüttung gemäss VE-OR 2014.* Der VE-OR 2014 verbindet die Elemente von Kapitalherabsetzung und Dividende zu einem Ausschüttungsverfahren eigener Art; die entsprechenden Voraussetzungen sind oben unter Ziff. 2.4 beschrieben.

### 3. FAZIT

**3.1 Gesamtheitliche Betrachtungsweise notwendig.** Als Gegenstück zum Privileg der Haftungsbeschränkung müssen die Gesellschafter ein gewisses Mass an Grundkapital in die Gesellschaft einbringen. Eigenkapital ist jedoch als Risikokapital kein unantastbares Sparschwein. Zu seiner effizienten Allokation gehört auch, dass es geordnet zurückgeführt werden kann [62]. Wird die Finanzierung einer Gesellschaft über Kapitaleinlagen gehemmt, fördert dies indirekt die Finanzierung über Fremdkapital [63]. Das jetzige Zusammenspiel von Steuerrecht und Kapitalschutzvorschriften erfordert, bei der Berechnung des Kapitalverlusts nach Art. 725 OR die Kapitaleinlage (inklusive Agio) nur bis zu

50% des Grundkapitals (20% bei Holdinggesellschaften) zu berücksichtigen.

**3.2 Klarstellung von PS 290 erforderlich.** Der Prüfungsstandard, PS 290 lit. O, enthält keine klare Aussage, wie die Kapitalreserve im Zusammenhang mit dem hälftigen Kapitalverlust zu berechnen ist. Von den Aktionären eine Agioverrechnung als Sanierungsmassnahme zu verlangen, ist wegen der heutigen steuerlichen Konsequenzen unklug. Aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2014, das die Ausschüttbarkeit des Agios bestätigt, drängt sich eine Klarstellung von PS 290 lit. O geradezu auf.

**3.3 Regeln im Vorentwurf OR 2014 nur zum Teil praxistauglich.** Der VE-OR 2014 bestätigt die Ausschüttbarkeit der Kapitalreserve und verlangt hierfür eine Prüfungsbestätigung, welche die Unternehmensfortführung (going concern) nach Ausschüttung bestätigt. Mit einer Prioritätsregel verfolgt der Vorentwurf zweifelhaftes fiskalpolitische Ziele, ohne dies zu deklarieren. Die neu vorgeschlagenen Regeln bezüglich Kapitalschutz [64] sind in weiten Teilen praxisfremd und unklar und behindern ungebührlich Start-up-Firmen und andere Firmen in Innovationsbranchen. ■

**Anmerkungen:** 1) Ulysses v. Salis, Kapitalverlust und Sanierungsfusion in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2007, S. 158. 2) Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 926 f.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 13 N. 753; Hanspeter Wüstiner, Basler Kommentar OR II, Basel 2012, Art. 725 N. 3. 3) Peter Böckli (wie Anm. 2), § 13 N. 753–754; Eric Homburger, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, Art. 725 N. 1225. 4) Die entsprechende Mehrheit könnte ja auch alle Sanierungsvorschläge ablehnen; nach BGE 93 II 28 genügen eingeleitete Sanierungsbemühungen für sich allein nicht, um keine Generalversammlung einzuberufen. 5) Sinngemässe Anwendung von Art. 728c Abs. 2 OR i. V. m. Art. 699 OR; Ulysses v. Salis (wie Anm. 1), S. 162; a. M. die h. L. Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 2), Art. 725 N. 23 mit weiteren Hinweisen, wobei sich diese Pflicht nicht aus den von der h. L. zitierten BGE 112 II 463 oder BGE 121 III 426 ergibt. 6) Hanspeter Wüstiner (wie Anm. 2), Art. 725 N. 18. 7) Hans-Jakob Käch, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007 S. 133, 134; Christian Champagneux, Handkommentar, Handelsregisterverordnung (HRegV) Art. 131 N 53; unklar Ulysses v. Salis (wie Anm. 1), S. 166. 8) Oder auch Rangrücktritte. 9) BGE 4a\_138/2014, siehe dazu unten 2.2. 10) Art. 6 Abs. 1 FusG. 11) Urs Gnos, Markus Vischer, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010 AJP 2011 S. 402, 407; Marcel Meinhardt, BSK-FusG, Art. 6 N 17; Ulysses v. Salis (wie Anm. 1), S. 167 f. 12) Ulysses v. Salis (wie Anm. 1), S. 169. 13) Der Vorentwurf (nachfolgend VE-OR 2014) kann abgerufen werden unter [http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2499/OR-Aktienrechte\\_Entwurf\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2499/OR-Aktienrechte_Entwurf_de.pdf); der Erläuternde Bericht unter [http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2499/OR-Aktienrechte\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2499/OR-Aktienrechte_Erl.-Bericht_de.pdf). 14) Art. 725a Abs. 2 VE-OR 2014. 15) Art. 725 Abs. 3 VE-OR 2014. 16) Art. 725 Abs. 5 VE-OR 2014. 17) Motionen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurseröffnung» (12.3403/12.3654). 18) Erläuternder Bericht VE-OR 2014 (siehe Anm. 13), S. 51, Ziff. 1.3.7, Sanierung im Obligationenrecht. 19) Siehe Ziff. 4.3.2 b) im 1. Teil dieses Artikels (ST 2014/12, 1136). 20) So die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (Botschaft Aktien- und Rechnungslegungsrechtsreform), BBl 2007, 1689. 21) Siehe AB 2012, N 1974, Votum NR Gabi Huber sowie AB 2012, S. 924, Votum SR Primin Bischof. 22) Hälfte des Grundkapitals und der Hälfte der gesetzlichen Reserven bis zu 20% des Grundkapitals. 23) BGE 132 III 668 E. 3.2 S. 673. 24) Tobias

Meyer – Kapitalschutz als Selbstzweck? GesKR 3 2008, 220, 221. 25) Zum Ganzen siehe Tobias Meyer (Anm. 24), GesKR 2008, 221–223 m. w. H. 26) Siehe zum Ganzen KPMG, Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive, 77/91/EEC of 13 December 1976; Robert F. Reilly/Robert P. Schweihs, The Handbook of Advanced Business Valuation, New York 2000 S. 337 ff.; Sir Roy Goode, Principles of Corporate Insolvency Law, London 2004, para 4-01. 27) Art. 671 Abs. 2 OR. 28) Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, in: SPR VIII/9, 2013, N. 836; BGE 4A\_138/2014, Erwägung 6.2.1. 29) BGE 4A\_138/2014 vom 16. Oktober 2014) S. 4; wie hier schon Treuhand-Kammer: Ausgewählte Fragen und Antworten zum Kapitaleinlageprinzip Zürich, 17. November 2011, Frage 10; Markus Neuhaus/Patrick Balkanyi, BSK Basler Kommentar OR II, Basel 2012, 671 N. 28 ff., N. 36 mit weiteren Hinweisen; Tobias Meyer (Anm. 24) GesKR 2008, S. 230; Lukas Glanzmann, «Die Grosse Aktienrechtsreform», ST 2008/9, S. 671; Rainer Hausmann/Corinne Bernegger, Konzernsteuerplanung im Lichte des Kapitaleinlageprinzips, in Steuer Revue 2010, S. 369; Jürg Altorfer/Jürg B. Altorfer, Das Kapitaleinlageprinzip, Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, ST 2009/4, S. 275; Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N. 837. 31) David Oser/Hans-Ueli Vogt, Die Ausschüttung von Agio, nach geltendem und künftigem Aktienrecht, GesKR 2012, 17 m. w. H.; siehe auch Peter Böckli (wie Anm. 2), § 1 N 308 f. m. w. H.; René Matteotti/Peter Riedweg, Ausschüttungsschranke und Periodizitätsregel für Kapitaleinlagen, ST 2011/10, 778. 32) Vgl. BGE 132 III 668 E. 3.2, S. 673; David Oser/Hans-Ueli Vogt (wie Anm. 31), GesKR 2012, 17; René Matteotti/Peter Riedweg (Anm. 31), ST 2011/10, S. 776, 780. 33) Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung Band I, Zürich 2009, S. 319; Francesca Azzi Price, Die Ausschüttung des Agios, PwC LEGALE NEWS 2008. 34) Christoph Rechsteiner/Jonas Sigris, Das Kapitaleinlageprinzip der USTR II, ST 2008/10, S. 783, 784. 35) Rainer Hausmann/Pascal Taddei, Das Kapitaleinlageprinzip – Ausweis im Jahresabschluss und Deklaration von Kapitaleinlagen, Steuer Revue 2011, S. 88. 36) Art. 671 VE-OR 2014. 37) Erläuternder Bericht VE-OR 2014 (wie Anm. 13) S. 98 ff., Ziff. 2.1.14 Reserven. 38) Art. 672 VE-OR 2014. 39) Art. 677a VE-OR 2014. 40) Art. 671 Abs. 3 und Art. 672 Abs. 3 VE-OR 2014. 41) Neuhaus/Balkanyi (wie Anm. 30) Art. 671 N 36 die festhalten, dass «das Agio im Jahr der Emission nicht in Form von Dividenden ausgeschüttet werden darf», aber nach Abschluss des Emissionsjahres zum Bestandteil der allgemeinen Reserven wird;

ebenso RHB I 314, wo empfohlen wird, im Emissionsjahr «und einigen Folgejahren» die Anträge des VR betr. Gewinnverwendung daraufhin zu prüfen, «ob sie nicht offensichtlich auf eine Verteilung des Agios hinauslaufen». 42) Peter Böckli, L'agio, champ de bataille, ST 2011/8, 553. 43) Art. 677a VE-OR 2014. Siehe zur Prioritätsregel auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 6. April 2011 zu den Motionen Levrat und Leutenegger Oberholzer (abrufbar unter [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20113189](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113189)) bzw. [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20113199](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20113199); zu Recht kritisch dazu David Oser/Hans-Ueli Vogt (wie Anm. 31), GesKR 2012, 21. 44) Erläuternder Bericht VE-OR 2014 (siehe Anm. 13) S. 102 f. Ziff. 2.1.16 Verbot von Rückzahlungen. 45) Siehe Ziff. 3.2 im 1. Teil dieses Artikels (ST 2014/12, 1134). 46) Eine Reihe von zugezogenen Firmen wie Noble, Pentair oder Tyco International haben ihre Sitzverlegung von der Schweiz weg entweder angekündigt oder schon vollzogen. 47) Peter Böckli (wie Anm. 2), ST 2011/8, 552. 48) Tobias Meyer (wie Anm. 24) GesKR 2008, 220, 230. 49) Art. 675 Abs. 2 OR. 50) So schon zum geltenden Recht Peter Böckli (wie Anm. 2), § 12 N 526. 51) Urs Kägi, Revision des Kapitalherabsetzungsrechts (Langversion des Beitrags in der GesKR-Sondernummer 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision, 23 ff.), GesKR-Online-Beitrag 1/2008 (abrufbar unter [www.geskr.ch](http://www.geskr.ch)), 1 ff., 24 (bezogen auf das künftige Recht); René Matteotti/Peter Riedweg (wie Anm. 31), ST 2011, S. 776, 780. 52) Siehe Art. 732 Abs. 2, Art. 733 und Art. 734 OR; BGE 133 III 368 E. 2.4.1, S. 375 f.; BGE 102 Ib 21 E. 2, S. 23; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 53 N 26 ff, 32; Manfred Küng/Niklaus Schoch, Basler Kommentar OR II, Basel 2012, Vor Art. 732–735 OR N 32. 53) René Matteotti/Peter Riedweg (wie Anm. 31), ST 2011/10, S. 776, 780. 54) David Oser/Hans-Ueli Vogt (wie Anm. 31), GesKR 2012, 21. 55) Siehe Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR. 56) David Oser/Hans-Ueli Vogt, (wie Anm. 31), GesKR 2012, 21. 57) Urs Kägi (wie Anm. 52) S. 14 ff. 58) Siehe Ziff. 4.1. Kreisschreiben Nr. 29. 59) Art. 675 Abs. 2 OR. 60) Dabei fasst die Generalversammlung im Zusammenhang mit der Ausschüttung von Agio zwei Beschlüsse: Zuerst genehmigt sie die Umbuchung des als allgemeine gesetzliche Reserve verbuchten Agios in die freie Reserve, dann beschliesst sie eine Ausschüttung dieser Mittel, David Oser/Hans-Ueli Vogt (wie Anm. 31), GesKR 2012, 21. 61) Treuhand-Kammer: Ausgewählte Fragen und Antworten zum Kapitaleinlageprinzip, Frage 9, Zürich, 17. November 2011. 62) René Matteotti/Peter Riedweg (wie Anm. 31), ST 2011/10, S. 776, 780. 63) René Matteotti/Peter Riedweg (wie Anm. 31), ST 2011/10, S. 776, 778. 64) Art. 725 und 725a VE-OR 2014.