

# STEUERRECHTLICHE ASPEKTE DER AKTIENRECHTSREVISION

## Gesetzgeberische Ungereimtheiten beim Kapitalband

**Die Einführung des Kapitalbands ist mit steuerlichen Herausforderungen verbunden. Einerseits sollen Missbräuche verhindert werden. Andererseits gilt es, mittels Auslegung eine Lösung zu finden, bei der nicht kotierte gegenüber kotierten Gesellschaften nicht benachteiligt werden. Die Möglichkeit, Aktienkapital in Fremdwährung zu führen, löst dagegen Ungereimtheiten im bisherigen Steuerrecht.**

### 1. EINLEITUNG

Die Aktienrechtsrevision hat auch gewisse steuerrechtliche Implikationen. Am offensichtlichsten ist dies bei der Einführung des Kapitalbands (Art. 653s ff. nOR), welches ohne flankierende Massnahmen im Steuerrecht totor Buchstabe bleiben würde (vgl. Ziff. 2). Auch die Möglichkeit, das Aktienkapital in der funktionalen Währung festzulegen (Art. 621 Abs. 2 nOR), hat Auswirkungen auf das Steuerrecht (vgl. Ziff. 3). Schliesslich ist zu untersuchen, mit welchen steuerrechtlichen Konsequenzen die neu explizit im Gesetz vorgesehenen Interimsdividenden verbunden sind (vgl. Ziff. 4).

### 2. KAPITALBAND

Das in Art. 653s ff. nOR vorgesehene Kapitalband kombiniert die genehmigte Kapitalerhöhung mit der Möglichkeit einer genehmigten Kapitalherabsetzung [1]. Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, während maximal fünf Jahren das Aktienkapital der Gesellschaft um bis zu 50% herabzusetzen oder zu erhöhen. Da sowohl die Kapitalerhöhung wie auch die Kapitalherabsetzung mit Steuerfolgen verbunden sind, stellt sich (natürlich unweigerlich) die Frage der steuerlichen Behandlung des Kapitalbands.

**2.1 Emissionsabgabe.** Die Kapitalerhöhung unterliegt gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a StG der Emissionsabgabe. Die Emissionsabgabebeforderung entsteht grundsätzlich im Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister (Art. 7 Abs. 1 lit. a StG) bzw. bei Beteiligungsrechten, die im Verfahren der bedingten

Kapitalerhöhung begründet werden, im Zeitpunkt ihrer Ausgabe (Art. 7 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG). Ohne spezielle gesetzliche Regelung hätte jede positive Kapitalveränderung die Emissionsabgabe ausgelöst, was den Einsatz des Kapitalbands unnötig behindert hätte. Auf Antrag von NR Thomas Aeschi wurden deshalb im Rahmen der parlamentarischen Beratungen neue Bestimmungen (Art. 7 Abs. 1 lit. f nStG und Art. 9 Abs. 3 nStG) in die Vorlage aufgenommen, welche eine Nettobetrachtung der Emissionsabgabe im Kapitalband bezweckten [2].

Art. 7 Abs. 1 lit. f nStG stellt klar, dass die Emissionsabgabebeforderung bei Beteiligungsrechten, die im Rahmen eines Kapitalbands nach Art. 653s ff. nOR ausgegeben werden, erst am Ende des Kapitalbands (und nicht bereits bei Ausgabe der Beteiligungsrechte) entsteht. Das Kapitalband führt somit zu einem Steueraufschub der Emissionsabgabe von bis zu fünf Jahren und somit zu einer Privilegierung gegenüber einer nicht auf dem Weg des Kapitalbands durchgeführten Kapitalerhöhung.

Sodann statuiert Art. 9 Abs. 3 nStG, dass mit Bezug auf Zuflüsse innerhalb des Kapitalbands das Nettoprinzip anzuwenden ist. M. a. W. können Zuflüsse mit (innerhalb des Kapitalbands erfolgenden) Abflüssen verrechnet werden. Auch das ist eine Privilegierung gegenüber Kapitalerhöhungen, welche nicht im Rahmen eines Kapitalbands durchgeführt werden, da diese nicht mit Kapitalherabsetzungen verrechnet werden können.

Falls die Emissionsabgabe während der Laufzeit eines Kapitalbands abgeschafft werden sollte, stellt sich die Frage,



STEFAN OESTERHELT,  
RECHTSANWALT,  
DIPL. STEUEREXPERTE,  
LL.M., PARTNER,  
HOMBURGER



SUSANNE SCHREIBER,  
DIPL. STEUEREXPERTIN,  
STEUERBERATERIN,  
RECHTSANWÄLTIN,  
PARTNERIN,  
BÄR & KARRER

ob die Emissionsabgabe am Ende des Kapitalbands für die Beträge, die der Gesellschaft bis zum Inkrafttreten einer allfälligen Abschaffung der Emissionsabgabe zugeflossen sind, dennoch geschuldet ist. Wenn die Rechtsgrundlage für die Erhebung der Emissionsabgabe im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerforderung nicht mehr in Kraft ist, ist diese Frage zu verneinen, sofern in den übergangsrechtlichen Bestimmungen nichts Gegenteiliges angeordnet wird (was im derzeit hängigen Vorschlag [3] zur Abschaffung der Emissionsabgabe nicht der Fall ist).

Noch nicht hinreichend klar ist, welche Konsequenzen mit der Erneuerung oder Verlängerung eines Kapitalbands vor dessen ordentlichem Ablauf verbunden sind. Diese Problematik kann sich einerseits dann stellen, wenn während eines laufenden Kapitalbands eine ordentliche Kapitalerhöhung beschlossen oder die Währung des Aktienkapitals geändert wird. Andererseits werden die meisten Gesellschaften ihr Kapitalband vor dessen Ablauf verlängern und gegebenenfalls (nach oben und/oder nach unten) verändern wollen. Wenn keine Erneuerung des Kapitalbands beschlossen wird, läuft dieses mit der ordentlichen Kapitalerhöhung bzw. dem Währungswechsel gemäss Art. 653v nOR aus. U.E. müsste es möglich sein, hier für Steuerzwecke einen Rollover der Restlaufzeit des Kapitalbands in ein neues Kapitalband zu akzeptieren, wenn es nicht zu einer Verlängerung des Kapitalbands über die bisherige Laufzeit hinaus kommt. Die ESTV tendiert aber zu einer formell-zivilrechtlichen Betrachtung und würde den Zeitpunkt der Verlängerung (d. h. der ordentlichen Kapitalerhöhung) mit dem (vorzeitigen) Ende des Kapitalbands gleichsetzen und die Emissionsabgabe zu diesem Zeitpunkt erheben [4]. Dafür kann das neue Kapitalband wieder von der maximalen Laufzeit von fünf Jahren profitieren, und es stellen sich beim Währungswechsel keine Umrechnungsfragen gegenüber einer Rollover-Lösung.

**2.2 Kapitaleinlagereserven.** Im Umfang des von den Anteilshabern im Rahmen einer Kapitalerhöhung geleisteten Agios können gemäss Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> VStG Kapitaleinlagereserven (KER) gebildet werden, welche ohne Abzug der Verrechnungssteuer ausgeschüttet werden können und bei inländischen Anteilshabern im Privatvermögen gemäss Art. 20 Abs. 3 DBG nicht der Einkommenssteuer unterliegen. Auch hier stellt sich die Frage, wie Zu- und Abflüsse innerhalb des Kapitalbands den Bestand der KER beeinflussen.

Im VStG (neuer Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> VStG) wie auch im DBG (neuer Satz in Art. 20 Abs. 4 DBG) und im StHG (neuer Satz in Art. 7b Abs. 2 StHG) werden neue Bestimmungen aufgenommen, welche das Verhältnis Kapitalband zu KER klären sollen.

Einmal mehr entpuppen sich KER und Emissionsabgabe als siamesische Zwillinge: Gemäss der Regel von Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> VStG sowie Art. 20 Abs. 4 DBG werden KER erst am Ende des Kapitalbands und nach dem Nettoprinzip bestätigt. Im Gegensatz zur Regelung für die Emissionsabgabe war dies im Entwurf des Bundesrats bereits so vorgesehen. Mit der Einführung des Nettoprinzips sollte verhindert werden, dass Publikumsgesellschaften das Kapitalband dazu nutzen können, durch eine Kombination von Rückkäufen über

### Abbildung 1: ÄNDERUNGEN IM STEMPELGESETZ

Art. 7 Abs. 1 lit. f nStG

<sup>1</sup> Die Abgabeforderung entsteht:

f. bei Beteiligungsrechten, die im Rahmen eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts<sup>33</sup> ausgegeben werden, am Ende des Kapitalbands.

Art. 9 Abs. 3 nStG

<sup>3</sup> Auf den Beträgen, die der Gesellschaft im Rahmen eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts<sup>34</sup> zufließen, wird die Abgabe nur soweit erhoben, als diese Zuflüsse die Rückzahlungen im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigt.

die zweite Handlungslinie zwecks Kapitalherabsetzung und anschliessender Kapitalerhöhung im Sinne eines Perpetuum mobile keine steuerbaren Dividenden mehr auszurichten, was allein bei der Einkommenssteuer zu geschätzten Steuerausfällen von CHF 2,3 Mia. geführt hätte [5]. Zwar wäre eine solche Gestaltung bereits heute theoretisch möglich, würde aber an den zivilrechtlichen Hürden des Kapitalherabsetzungsverfahrens sowie an den Kosten der nachfolgenden Kapitalerhöhung (u. a. Emissionsabgabe) praktisch scheitern [6].

Die Massnahmen zur Verhinderung dieses in der Tat widersinnigen Ergebnisses sind zu begrüssen. Die Regelungen schiessen aber leider über das mit ihnen verfolgte Ziel hinaus, sodass (zumindest mit Bezug auf nicht kotierte Gesellschaften) das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird und das Kapitalband ohne korrigierende Auslegung für privat gehaltene Gesellschaften aufgrund der steuerlichen Nachteile toter Buchstabe sein wird (vgl. dazu unten Ziff. 2.4).

Zudem wurde verpasst, den Gesetzeswortlaut an die am 1. Januar 2021 mit der STAF in Kraft getretenen Regeln zum Kapitaleinlageprinzip anzupassen. Gemäss Art. 4a Abs. 4

### Abbildung 2: ÄNDERUNGEN IN VSTG UND DBG

Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> nVStG

<sup>1ter</sup> Absatz 1<sup>bis</sup> gilt für Einlagen und Aufgelder, die während eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des OR<sup>43</sup> geleistet werden, nur soweit sie die Rückzahlungen von Reserven im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen.

Art. 20 Abs. 4 nVStG

<sup>4</sup> Absatz 3 gilt für Einlagen und Aufgelder, die während eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts (OR)<sup>36</sup> geleistet werden, nur soweit sie die Rückzahlungen von Reserven im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen.

VStG müssen bei Kapitalherabsetzungen von in der Schweiz börsenkotierten Gesellschaften (soweit vorhanden) mindestens 50 % KER vernichtet werden [7].

Von der Regel von Art. 4a Abs. 4 VStG sind auch Rückkäufe zur Herabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands betroffen. Würde die Regel der neuen Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> nVStG bzw. Art. 20 Abs. 4 nDBG wörtlich genommen, führte dies dazu, dass die Rückzahlungen von KER während des Kapitalbands «verloren» wären (vgl. *Beispiel 1*). Dies würde wohl unweigerlich dazu führen, dass zumindest Gesellschaften, welche über KER verfügen, kaum je vom Kapitalband Gebrauch machen, da hier Rückkäufe zwecks Kapitalherabsetzung typischerweise über eine zweite Handelslinie vorgenommen werden, um zumindest nur 50 % der KER zu verwenden.

Richtigerweise sind somit die neuen Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> nVStG bzw. Art. 20 Abs. 4 nDBG so zu verstehen, dass KER «für Einlagen und Aufgelder, die während eines Kapitalbands nach Art. 653s ff. nOR geleistet werden, nur soweit sie die Rückzahlungen von übrigen Reserven im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen» [8], geschaffen werden können.

Dass vorbestehende KER auch während des Kapitalbands steuerfrei ausgeschüttet werden können, war schon in der Botschaft zur Aktienrechtsrevision vorgesehen [9]. Insofern ist es auch sachgerecht, sodass vorbestehende KER während der Dauer des Kapitalbands zu bewahren sind.

Der Grund für die mangelhafte Gesetzestechnik liegt darin, dass die Gesetzesvorlage zur Aktienrechtsrevision vor der Einführung der Einschränkungen beim Kapitaleinlageprinzip in der STAF erarbeitet und nachträglich nicht mehr angepasst wurde. Insofern muss dieser Widerspruch auf dem Auslegungsweg behoben werden.

**2.3 Einkommenssteuer und Verrechnungssteuer.** Bei nicht börsenkotierten (d. h. privat gehaltenen) Gesellschaften ist Art. 4a Abs. 4 VStG nicht zu beachten. Die Problematik bei privat gehaltenen Gesellschaften liegt vielmehr darin, dass die Rückkäufe zwecks Kapitalherabsetzung nicht über die zweite Handelslinie, sondern direkt vom Aktionär erfolgen. Handelt es sich dabei um inländische natürliche Personen, tritt die konzeptionelle Schwäche der steuerlichen Regelung des Kapitalbands zutage. Diese besteht darin, dass die mit dem Rückkauf zwecks Liquidation verbundenen Einkommens- und Verrechnungssteuerfolgen (Teilliquidation) auch während eines Kapitalbands jeweils im Zeitpunkt des Rückkaufs (und nicht erst am Ende des Kapitalbands) eintreten. Die durch Kapitalerhöhungen innerhalb des Kapitalbands geschaffenen KER werden hingegen nach dem Nettoprinzip mit diesen Herabsetzungen verrechnet. Mithin werden KER nicht anerkannt, obwohl sie beim Anteilsinhaber mit der Einkommenssteuer erfasst wurden. Wie im *Beispiel 2* aufgezeigt wird, stellt dies eine klare steuerliche Schlechterstellung gegenüber Kapitalherabsetzungen und -erhöhungen im ordentlichen Verfahren dar.

Bei ausländischen Aktionären ergibt sich – beschränkt auf die Verrechnungssteuer – eine ähnliche Problematik. Bei inländischen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, welche die Beteiligungsschwelle von CHF 1 Mio. erreichen, stellt sich dieses Problem hingegen i. d. R. nicht, da diesbezüglich der Beteiligungsabzug anwendbar ist. Auch für börsenkotierte Gesellschaften ist dies unproblematisch, da auf der zweiten Handelslinie regelmässig nur Aktionäre andienen, die vom Beteiligungsabzug (oder einer Steuerbefreiung) profitieren können und zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind.

**Beispiel 1: KAPITALBAND BEI BÖRSENOTIERTER GESELLSCHAFT**

Anfangsbestand (in MCHF)	
Nominalwert	100
KER	5000
übrige Reserven	6000

Jahr	x Kapitalerhöhung	x + 1 Kapitalherabsetzung	x + 2 Kapitalerhöhung	x + 3 Kapitalherabsetzung	x + 4 Kapitalerhöhung
Nominalwert	5	-10	8	-5	10
KER	600	-550	1000	-600	1100
übrige Reserven		-550		-600	

Kapitalherabsetzungen erfolgen gemäss Art. 4a Abs. 4 VStG zu 50 % gegen KER und zu 50 % gegen übrige Reserven.

Endbestand (in MCHF)	
Nominalwert	108
KER	6550
übrige Reserven	4850

Zunahme KER	1550
-------------	------

Berechnung EA (in MCHF)	
Anfangsbestand	11 100
Endbestand	10 508
Zunahme (netto)	408

Berechnung KER (in MCHF)	
Einlagen total	2700
Rückz. übrige Reserven	-1150
Zunahme (netto)	1550

**Beispiel 2: KAPITALBAND BEI NICHT KOTIERTER GESELLSCHAFT**

Anfangsbestand (in MCHF)	
Nominalwert	100
KER	0
übrige Reserven	300

Jahr	x Kapitalerhöhung	x + 1 Kapitalherabsetzung
Nominalwert	50	-50
KER	200	
übrige Reserven		-200

Mangels bestehender KER muss die Kapitalherabsetzung gegen übrige Reserven verrechnet werden.

Endbestand (in MCHF)	
Nominalwert	100
KER	0
übrige Reserven	300

Nettobetrachtung: 200 Agio, abzüglich 200 Herabsetzung (steuerbare Teilliquidation!) Obwohl Herabsetzung von 200 steuerbare Teilliquidation darstellte

Berechnung EA (in MCHF)	
Anfangsbestand	400
Endbestand	400
Zunahme (netto)	0

Berechnung KER (in MCHF)	
Einlagen total	200
Rückz. übrige Reserven	-200
Zunahme (netto)	0

**Ergebnis nach Auslegung**

Jahr	x Kapitalerhöhung	x + 1 Kapitalherabsetzung
Nominalwert	50	-50
KER	200	
übrige Reserven		-200

Während des Kapitalbands geschaffene KER werden durch Herabsetzung (soweit Verrechnung gegen übrige Reserven erfolgt) nicht reduziert.

Endbestand (in MCHF)	
Nominalwert	100
KER	200
übrige Reserven	100

200 Agio, keine Reduktion der KER durch Herabsetzung während des Kapitalbands. Reduktion der übrigen Reserven durch steuerbare Teilliquidation von 200

Berechnung EA (in MCHF)	
Anfangsbestand	400
Endbestand	400
Zunahme (netto)	0

Berechnung KER (in MCHF)	
Einlagen total	200
Rückzahlung KER	0
Zunahme (netto)	200

Beispiel 2 macht deutlich, dass die Errungenschaften des Kapitalbands (d. h. die Kombination von genehmigter Kapitalerhöhung mit genehmigter Kapitalherabsetzung) für von natürlichen Personen gehaltene Gesellschaften aufgrund der steuerlichen Regelung höchst unattraktiv sind und deshalb kaum praktische Bedeutung erlangen dürften. Es fragt sich aber, ob es angemessen ist, hier ein Rechtsinstitut zu schaffen, dessen Anwendungsbereich aus steuerlichen Gründen de facto auf Publikumsgesellschaften beschränkt sein wird.

Die mit dem Kapitalband geschaffene Möglichkeit, eine genehmigte Kapitalerhöhung mit einer genehmigten Kapitalherabsetzung zu kombinieren, kann durchaus auch für nicht kotierte Gesellschaften interessant sein. Wichtig ist dabei insb. die Möglichkeit, Rückkäufe eigener Aktien künftig um bis zu 50 % des Aktienkapitals vornehmen zu können (vgl. dazu unten Ziff. 4). Anbei einige mögliche Anwendungsfälle für die «genehmigte Kapitalherabsetzung»:

→ Aktienrückkäufe durch Gesellschaften, deren Aktien nicht börsenkotiert sind, aber over the counter (OTC) gehandelt werden;

→ Auskauf von Minderheitsaktionären auf dem Weg eines Aktienrückkaufs, z. B. in einer grösseren Familiengesellschaft,

um Minderheitsaktionären einen Ausstieg zu ermöglichen bzw. um das Aktionariat zu konsolidieren, oder im Rahmen eines Vergleichs in einem Streitfall;

→ Rückkauf vinkulierter Aktien zum wirklichen Wert bei Anrufung der sog. Escape Clause (Art. 685b Abs. 1 OR), d. h., wenn die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien aus wichtigem Grund ablehnen kann und als Alternative die Aktien selbst erwirbt;

→ Nennwertreduktion der bestehenden Aktien, z. B. im Rahmen einer Sanierung, gerade auch bei Start-ups mit hohen, kurzfristigen Anfangsverlusten oder zur Reduktion von überschüssigem Kapital;

→ Verkauf von Unternehmensteilen und Ausschüttung/Rückführung des Erlöses mittels Aktienrückkaufs/Kapitalherabsetzung; Rückführung von überschüssiger Liquidität nicht nur via Dividenden, sondern auch über Kapitalherabsetzung und Aktienrückkauf;

→ Kapitalherabsetzung im Rahmen einer Spaltung (Spin-off);

→ Erwerb von Mitarbeiteraktien durch die Gesellschaft, z. B. bei Leaver-Fällen oder um Aktien für zukünftige Mitarbeiter (für bis zu fünf Jahre, im Rahmen des Kapitalbands) zu halten.

## 2.4 Beschränkung des Nettoprinzips auf kotierte Gesellschaften? U.E. wäre es deshalb angezeigt, das unter

Ziff. 2.2 dargestellte Nettoprinzip nur bei kotierten Gesellschaften anzuwenden und bei privat gehaltenen Gesellschaften weiterhin die Bildung von KER während des Kapitalbands zuzulassen [10]. Eine solche Auslegung steht zwar in einem gewissen Spannungsfeld zum in Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> nVStG bzw. Art. 20 Abs. 4 nDBG verankerten Nettoprinzip. Im Lichte der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, welche insb. die Vermeidung von Missbräuchen im Zusammenhang mit Rückkäufen über eine zweite Handelslinie im Auge hatte, erscheint eine solche Auslegung auf dem Weg der teleologischen Reduktion aber als durchaus gesetzeskonform. Auch die systematische Verankerung der Bestimmung im Rahmen der bloss auf kotierte Gesellschaften anwendbaren (Spezial-)Bestimmungen von Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> VStG und Art. 20 Abs. 4 DBG legt eine solch einschränkende Auslegung nahe.

Da sich der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1<sup>ter</sup> nVStG bzw. Art. 20 Abs. 4 nDBG zudem ausschliesslich zur Höhe der KER am Ende des Kapitalbands ausspricht, liegt auch keine Auslegung contra verba legis vor. Zwar wird aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmungen deutlich, dass damit die Bestätigung der KER erst am Ende des Kapitalbands nach dem Nettoprinzip angestrebt wurde. Die Ausführungen in der Botschaft des Bundesrats stellen aber ebenfalls klar, dass damit die potenziellen Missbräuche bei Rückkäufen börsenkotierter Gesellschaften über die zweite Handelslinie be-

kämpft werden sollen. Insofern steht einer differenzierenden, teleologisch und systematisch gerechtfertigten Auslegung der Bestimmung für nicht kotierte Gesellschaften nichts im Weg. Da die Kapitalherabsetzungen im Rahmen des Kapitalbands steuerlich nicht privilegiert werden, rechtfertigt sich die einschränkende Auslegung für die Anerkennung höherer KER am Ende des Kapitalbands bei nicht kotierten Gesellschaften. Eine Nettobetrachtung für die Besteuerung der Kapitalherabsetzungen (d. h. Besteuerung nur im Umfang, in dem die Herabsetzungen Erhöhungen im Rahmen des Kapitalbands übersteigen) ist dagegen gesetzlich nicht angelegt und wäre wegen des Wechsels im Aktionariat auch nicht zielführend bzw. äusserst aufwendig. Insofern ist es sinnvoll, an der Höhe der KER am Ende des Kapitalbands anzusetzen.

### 3. AKTIENKAPITAL IN FREMDWÄHRUNG

Gemäss Art. 621 Abs. 2 Satz 1 nOR ist es neu handelsrechtlich zulässig, das Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung zu führen, wenn die Buchführung und Rechnungslegung in dieser Währung erfolgt (funktionale Währung) und die Währung vom Bundesrat als zulässig bestimmt wurde. Analoges gilt gemäss Art. 773 Abs. 2 nOR für das Stammkapital der GmbH. Dadurch entfallen die steuerlichen Probleme, welche im Zusammenhang mit Umrechnungsdifferenzen bestanden und das Bundesgericht zu argen Verirrungen veranlassten [11].

Eine weitere Konsequenz der Zulässigkeit der Buchführung des Aktien- bzw. Stammkapitals in Fremdwährung ist der Umstand, dass die KER ebenfalls in Fremdwährung bestätigt werden. Bisher wurden KER auch dann in Schweizer Franken bestätigt, wenn die Gesellschaft ihre Bücher in einer Fremdwährung (funktionelle Währung) führte [12]. Eine Bestätigung in einer Fremdwährung wurde von der ESTV praxisgemäss nur dann akzeptiert, wenn eine Gesellschaft zwar gemäss Art. 9 Abs. 1 VStG als Verrechnungssteuerinländerin galt, ihren zivilrechtlichen Sitz aber im Ausland hatte [13]. Da sich die ESTV somit in Bezug auf die Bestätigung der KER in einer Fremdwährung bereits bisher an den handelsrechtlichen Vorgaben orientierte, ist es folgerichtig, wenn bei einem handelsrechtlichen Ausweis des Aktienkapitals in einer Fremdwährung auch die KER von der ESTV in der Fremdwährung bestätigt werden. Dadurch wird einerseits die Problematik vermieden, ob währungsbedingte Differenzen zwischen den in Fremdwährung bilanziell ausgewiesenen KER und den von der ESTV in Schweizer Franken akzeptierten KER über das Eigenkapital oder über die Erfolgsrechnung zu buchen sind [14]. Andererseits ergibt sich so nicht mehr die Konstellation, dass eine Gesellschaft zwar noch über (in Schweizer Franken geführte) KER, nicht aber über ausschüttbare Reserven in Fremdwährung verfügt.

Bei neu gegründeten Gesellschaften, die ihr Kapital in Fremdwährung errichten, stellen sich somit Umrechnungsfragen nur im Zeitpunkt der Gründung, um festzustellen, dass das Mindestkapital gedeckt ist. Anders ist es bei Gesellschaften, die ihre massgebliche Währung gemäss Art. 621 Abs. 3 nOR ändern wollen. Verfügen solche über KER, wird die massgebliche Umrechnung von der ESTV zu bestätigen

sein. Hier stellen sich auch Umrechnungsfragen in Bezug auf sonstige steuerliche Attribute, wie die Fixierung von Gesteuerungskosten und Verlustvorträgen in der ausländischen Währung.

Für Steuerzwecke ist zu beachten, dass die Regelung in Art. 621 nOR nichts daran ändert, dass Steuerschulden in der Landeswährung CHF zu berechnen und entrichten sind. Für Gewinn- und Kapitalsteuerzwecke sehen daher Art. 80 Abs. 1<sup>bis</sup> nDBG und Art. 31 Abs. 3<sup>bis</sup> und Abs. 5 nStHG vor, dass die Umrechnung des Gewinns mit dem durchschnittlichen Devisenkurs (Verkauf) der Steuerperiode zu erfolgen hat, die Umrechnung des Kapitals mit dem Devisenkurs (Verkauf) am Ende der Steuerperiode. Bei vom Kalenderjahr abweichenden Geschäftsjahren kann somit grundsätzlich nicht auf den Durchschnittskurs des Kalenderjahrs abgestellt werden.

Für Verrechnungssteuer- und Stempelabgabezwecke sind keine Neuregelungen vorgesehen, d. h., hier wird wohl die Umrechnung zum Stichtagskurs (Entstehung der Verrechnungssteuer- bzw. Stempelabgabeschuld) wie bisher erfolgen [15].

### 4. ZWISCHENDIVIDENDEN

Gemäss dem neuen Art. 675a nOR können gestützt auf einen Zwischenabschluss auch Zwischendividenden, d. h. Ausschüttungen aus dem laufenden Gewinn, ausgerichtet werden. Die Zulässigkeit von derartigen Interimsdividenden wurde bisher von der Revisionsbranche verneint. Die Neuregelung ermöglicht z. B., ausserordentliche Gewinne – bei entsprechender Zwischenbilanz (ein Revisionsbericht ist nach Art. 675a Abs. 2 nOR in bestimmten Fällen entbehrlich) – schon unterjährig auszuschütten und nicht auf die Feststellung des Jahresabschlusses und die ordentliche Generalversammlung zu warten. Bisher konnte eine gewisse «beschleunigte» Ausschüttung immerhin durch phasenkongruente Dividenden erreicht werden, wobei hier verrechnungssteuerlich auf die korrekte Verbuchung zu achten ist [16]. Phasenkongruente Dividenden werden innerhalb des Konzerns immer noch gefragt sein, da sie ohne Zwischenabschluss vorgenommen werden. Eine solche Zwischendividende unterliegt naturgemäss, wie eine ordentliche Dividende gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b DBG, der Verrechnungssteuer.

Das Institut der Zwischendividende ist aber bloss eine Option zur Ausschüttung laufender Gewinne. Der Normalfall bleibt die auf Basis des Jahresabschlusses von der ordentlichen Generalversammlung beschlossene ordentliche Dividende. Deshalb hat die Einführung der Zwischendividende keinen Einfluss auf die Bemessung der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven für die Zwecke der indirekten Teilliquidation (Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG) bzw. der Altreservenpraxis. Diese bemessen sich immer noch auf Basis des letzten Jahresabschlusses.

Buchhalterisch ist noch ungeklärt, wie Zwischendividenden zu verbuchen sind (als negativer Eigenkapitalposten oder im Gewinnvortrag?) und wie damit umzugehen ist, wenn sie zum Geschäftsjahresende den laufenden Gewinn übersteigen [17]. Steuerlich sollten sich hieraus keine Probleme ergeben, d. h., ein «Auffüllen» eines negativen Postens hätte keine Verrechnungssteuerfolgen, da die Dividende, die dazu geführt hat, der Verrechnungssteuer unterliegt.



Derzeit ist es nicht möglich, Kapitaleinlagen bereits im Jahr der Kapitaleinlage gemäss Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> VStG ohne Abzug der Verrechnungssteuer auszuschütten. Da sich die einschlägigen steuerlichen Rahmenbedingungen nicht geändert haben, ist davon auszugehen, dass KER auch weiterhin erst auf Basis des Jahresabschlusses deklariert und gemeldet werden können. Die Ausschüttung von im laufenden Jahr gebildeten KER wäre aber wünschenswert. Eine solche Anpassung der Verwaltungspraxis könnte u. E. durchaus auf Basis der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen etabliert werden.

## 5. EIGENE AKTIEN

Der Erwerb von eigenen Aktien, welcher nicht zwecks Kapitalherabsetzung stattfindet, hat grundsätzlich erst dann Verrechnungssteuer- und Einkommenssteuerfolgen, wenn die Schwelle von Art. 659 OR oder die Haltedauer von sechs Jahren überschritten wird (Art. 4a Abs. 1 VStG; Art. 20 Abs. 1 lit. c VStG). Dies gilt weiterhin auch für eine Gesellschaft, welche ein Kapitalband nach unten hat.

Gemäss Art. 659 Abs. 1 OR ist der Erwerb eigener Aktien auf 10 % des Aktienkapitals beschränkt. Werden im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung (Vinkulierung) Namenaktien erworben, so beträgt die Höchstgrenze 20 %, wenn innerhalb von zwei Jahren wieder die Grenze von 10 % erreicht wird (Art. 659 Abs. 2 OR). Neu wird der Erwerb im Zusammenhang mit einer Auflösungsklage dem Erwerb im Zusammenhang mit einer Vinkulierung gleichgestellt (Art. 659 Abs. 3 nOR).

Die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 659 OR im Rahmen der Aktienrechtsrevision hat unmittelbare Auswirkungen auf Verrechnungssteuer und Einkommenssteuer, da es sich beim Verweis von Art. 4a Abs. 1 VStG um einen dynamischen Verweis auf Art. 659 OR handelt.

In der aktienrechtlichen Literatur wird vertreten, dass Rückkäufe eigener Aktien im Rahmen des Kapitalbands bis zur Untergrenze von maximal 50 % des Aktienkapitals mit

Art. 659 OR vereinbar seien, wenn innerhalb von zwei Jahren wieder die Grenze von 10 % erreicht werde [18]. Dies gilt auch ohne Herabsetzung des Aktienkapitals, z. B. durch Wiederveräusserung von Aktien. Mithin kann eine Gesellschaft eigene Aktien (Treasury Shares) bis maximal 50 % des Aktienkapitals halten. Ob dies in der Verwaltungspraxis auch zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von Art. 4a Abs. 1 VStG führen wird, ist noch nicht definitiv entschieden [19]. Da Art. 4a Abs. 1 VStG auf die handelsrechtlichen Regeln verweist, müsste eine solche Flexibilisierung betreffend eigene Aktien konsequenterweise auch für das Steuerrecht gelten [20].

## 6. FAZIT

Aus steuerrechtlicher Sicht ist insb. die Einführung des Kapitalbands interessant. Wichtig ist dabei, dass das Steuerrecht eine sinnvolle handelsrechtliche Flexibilisierung nicht zum toten Buchstaben werden lässt. Mit Bezug auf börsenkotierte Gesellschaften scheint dies zumindest auf dem Auslegungsweg möglich. Schwieriger präsentiert sich die Situation bei privat gehaltenen Gesellschaften. Da es unbillig wäre, solchen Gesellschaften die Errungenschaft der mit dem Kapitalband eingeführten Kombination von genehmigter Kapitalerhöhung und genehmigter Kapitalherabsetzung von vornherein vorzuenthalten, bietet sich diesbezüglich u. E. eine flexible Handhabung der gesetzlichen Regelung an. Die ESTV wird auf jeden Fall über die Bücher gehen müssen und das erst gerade revidierte Kreisschreiben Nr. 29b vom 23. Dezember 2019 zum Kapitaleinlageprinzip überarbeiten und durch ein neues Kreisschreiben Nr. 29c ersetzen müssen. Neben den Regeln zum Kapitalband wird auch die Möglichkeit, KER in Fremdwährung zu bestätigen, zu Anpassungen führen müssen. Da die Aktienrechtsreform nach aktuellem Stand frühestens Anfang 2023 in Kraft treten wird, besteht noch Zeit, sich mit den notwendigen Praxisfestlegungen in Ruhe auseinanderzusetzen. ■

**Fussnoten:** 1) Vgl. Gericke, D./Müller, A./Häusermann, D./Hagmann, N., Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 3/2020, 323 ff., 326. 2) Antrag NR Thomas Aeschi vom 13.6.2018, Nettobetrachtung der Emissionsabgabe im Kapitalband, 16.077 nOR, Aktienrecht (RK). 3) Parlamentarische Initiative 09.503 «Stempelsteuer schrittweise abschaffen und Arbeitsplätze schaffen» vom 10.12.2009. 4) Oesterhelt, S./Tschan, D., Verrechnungssteuer und Stempelabgaben im veränderten rechtlichen Umfeld: STAF in Kraft, Aktienrechtsrevision ante portas, IFA-Mitgliederversammlung vom 5.11.2020, Folie 25. 5) Vgl. eingehend Botschaft des Bundesrates vom 23.11.2016, BBl 2017, 399 ff., 646 f. 6) Bertschinger, M./Mühlemann, M., Steuerliche Auswirkungen der Aktienrechtsrevision, StR 12/2020, 882 ff.,

889. 7) Vgl. hierzu eingehend Oesterhelt, S., Einschränkungen beim Kapitaleinlageprinzip, Expert Focus 2019/11, 867 ff.; Aebi, L., in: Hinny, P. (Hrsg.), Unternehmenssteuerrevision (STAF), Zürich 2021, 222 ff. 8) Oesterhelt/Tschan (Fn. 4), Folie 22. 9) Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23.11.2016, BBl 2017, 399 ff., 648. 10) Ähnlich auch Bertschinger/Mühlemann (Fn. 6), 883 ff., 890 f., wobei sie die Verwendung solcher KER auf Kapitalherabsetzungen beschränken wollen, was u.E. wenig praktikabel wäre. 11) BGer, 1.10.2009, 2C\_897/2008; vgl. hierzu eingehend Duss, F./Duss, M., Währungsdifferenzen aus Umrechnung bei Buchführung in Fremdwährung, ST 2010/6–7, 407 ff. Vgl. ferner BGer, 31.8.2015, 2C\_766/2014, 2C\_775/2014. 12) KS 29b vom 23.12.2019 betreffend KER, Ziff. 2.1. 13) Vgl.

Oesterhelt, S., KS 29b zum Kapitaleinlageprinzip, StR 2020, 102 ff., 114. 14) Vgl. dazu Buchmann, R./Duss, F./Handschin, L., Rechnungslegung in Fremdwährung, ST 2013/11, 823 ff., 828 f. 15) Vgl. ESTV, KS 12 vom 10. März 2011, Rz. 57 (mit Bezug auf die Umsatzabgabe). 16) Vgl. Mitteilung-008-DVS-2018-d der ESTV vom 10. Juli 2018 «Zeitgleiche Dividendenverbuchung in Konzernverhältnissen». 17) Vgl. Buchmann, R./Schreiber, S., Schulthess Forum Aktienrecht 2021 vom 13. Januar 2021, Reserven und Dividenden – aus buchhalterischer und steuerlicher Sicht, Folie 11. 18) Gericke/Müller/Tschan (Fn. 4), Folie 28. 19) Oesterhelt/Mühlemann (Fn. 6), 882 ff., 891.