



David Oser / Hans-Ueli Vogt*

Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigem Aktienrecht

Zugleich eine Auseinandersetzung mit dem Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsrecht



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausschüttung von Agio nach geltendem Aktienrecht
 1. Zulässigkeit der Ausschüttung von Agio nach den Regeln über die allgemeine gesetzliche Reserve
 - 1.1 Keine Anwendung des Verbots der Einlagerückgewähr auf die Ausschüttung von Agio
 - a. Bedeutung des Verbots der Einlagerückgewähr; Überblick über den Meinungsstand
 - b. Der Wortlaut der anwendbaren Gesetzesbestimmungen
 - c. Der systematische Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Leistungspflicht des Aktionärs und die Reserven
 - d. Der systematische Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Gewinnausschüttung
 - e. Der systematische Zusammenhang mit dem aktienrechtlichen Kapitalschutz
 - f. Der systematische Zusammenhang mit dem revidierten Unternehmenssteuerrecht
 - g. Die Gesetzesmaterialien
 - h. Der Zweck des Verbots der Einlagerückgewähr
 - i. Fazit
 - 1.2 Die für Agio geltenden Ausschüttungsregeln
 2. Zuweisung von Agio zur allgemeinen gesetzlichen Reserve
 3. Verfahren zur Ausschüttung von Agio
 - 3.1 Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung?
 - 3.2 Ausschüttung im Wege der Ausrichtung einer Dividende?
 - 3.3 Vergleich des Kapitalherabsetzungsverfahrens mit dem Verfahren zur Ausrichtung einer Dividende
 - a. Angemessener Schutz der allgemeinen gesetzlichen Reserve im Fall der Ausrichtung einer Dividende
 - b. Keine Umgehung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung
- III. Ausschüttung von Agio nach künftigem Aktienrecht
 1. Überblick über die Gesetzesvorschläge
 2. Zulässigkeit der Ausschüttung von Agio
 3. Verfahren zur Ausschüttung von Agio
 - 3.1 Vorbemerkungen

- 3.2 Grundzüge eines besonderen Verfahrens zur Ausschüttung von Agio
 - a. Generalversammlungsbeschluss und Ermächtigung des Verwaltungsrates
 - b. Beachtung der Ausschüttungsschranken
 - c. Kein öffentlich beurkundeter Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates
 - d. Verhältnis zur Ausrichtung einer Dividende
 - 3.3 Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung
 - a. Geplante Änderungen bei der Kapitalherabsetzung
 - b. Bestätigung der Forderungsdeckung und Sicherstellungspflicht
 - c. Streit über die Sicherstellungspflicht
 - d. Prüfungsbestätigung und Schuldeneruf
 - e. Anmeldung von Forderungen
 - 3.4 Konvergenz der Verfahren zur Rückzahlung von Eigenkapital
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

Am 1. Januar 2011 ist der letzte Teil der Unternehmenssteuerreform II in Kraft getreten.¹ Aufgrund dieser Reform können Gesellschaften Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse, die von den Inhabern von Beteiligungsrechten nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, einkommens- und verrechnungssteuerfrei an die Gesellschafter zurückzahlen (sog. Kapitaleinlageprinzip).² Zu diesen Kapitaleinlagen gehört namentlich Agio, also «ein bei der Ausgabe von Aktien nach Deckung der Ausgabekosten über den Nennwert hinaus erzielter Mehrerlös».^{3,4}

¹ Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 23. März 2007 (AS 2008, 2893 ff.), Ziff. III.

² Art. 20 Abs. 3 DBG, Art. 7b StHG und Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG. Die Befreiung von der Verrechnungssteuer setzt voraus, dass die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse in der Bilanz der Gesellschaft auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung meldet (Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG).

³ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

⁴ Siehe die Botschaft und den Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Fir-

* Dr. David Oser, Partner bei Homburger, Zürich; Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich, Konsulent bei Homburger, Zürich. Die Autoren danken den Herren BLaw Daniel Lütolf, lic. iur. Reto Pfeiffer und lic. iur. Markus Zollinger, alle Assistenten am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt, für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrages.

Viele Gesellschaften haben von dieser Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht. 2011 haben 63 börsenkotierte Gesellschaften oder 41 Prozent der Gesellschaften, die Mittel ausgeschüttet haben, Agio ausgeschüttet, sei es ausschliesslich oder in Kombination mit einer Ausschüttung in Form einer Dividende oder der Herabsetzung von Aktienkapital.⁵

Die Agio-Reserven der Schweizer Gesellschaften sind bedeutend und ein zunehmend wichtiger Faktor bei der Beurteilung der Ausschüttungskapazität eines Unternehmens. Die diesbezüglichen Zahlen sind aufgrund der Ausführungsbestimmungen zur Unternehmenssteuerreform II bekannt: Nach dem Kreisschreiben Nr. 29 der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV⁶ müssen Gesellschaften, die ihre seit dem 1. Januar 1997 geäußneten Kapitaleinlagen steuerprivilegiert ausschütten möchten, diese bis spätestens 30 Tage nach der Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2011 der ESTV melden; ansonsten wird eine verrechnungssteuerfreie Ausschüttung von der ESTV nicht anerkannt.⁷ Am 12. Dezember 2011 hatten 1'550 Gesellschaften einen Gesamtbetrag von 545 Milliarden Franken an Reserven aus Kapitaleinlagen angemeldet. Per Ende November 2011 lagen der ESTV Anmeldungen für Rückzahlungen von Kapitaleinlagen in der Höhe von 21 Milliarden Franken vor, wovon etwa 9 Milliarden im Vorjahr steuerbare Ausschüttungen ersetzen. Unter den 1'550 Gesellschaften befinden sich solche, die seit der Annahme der Unternehmenssteuerreform II in der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 zugezogen sind. Sie weisen Reserven aus Kapitaleinlagen von insgesamt rund 130 Milliarden Franken aus und haben für das Jahr 2011 Rückzahlungen von etwa 2,4 Milliarden Franken angemeldet. Diese Rückzahlungen ersetzen keine in der Schweiz steuerbaren Ausschüttungen des Vorjahres, da diese Gesellschaften in den Vorjahren in der Schweiz nicht steuerpflichtig waren.⁸

Die Höhe der akkumulierten Kapitaleinlagen war für viele überraschend. Aus politischer und verfassungsrechtlicher Sicht wurde kritisiert, die mit der Rückzahlung der Einlagen verbundenen hohen Steuerausfälle beim Bund und in den Kantonen seien im Vorfeld der

Volksabstimmung nicht in genügender Weise transparent gemacht worden. Vor diesem Hintergrund eingereichte Beschwerden hat das Bundesgericht jedoch abgewiesen.⁹ Ebenso wenig waren Motionen erfolgreich, die auf eine Beschränkung der Ausschüttbarkeit von Agio abzielten. Konkret hätte der Bundesrat eine Vorlage ausarbeiten müssen, nach der Agio nur dann steuerfrei zurückbezahlt werden kann, wenn der ganze ausschüttbare Gewinn ausgeschüttet worden ist (sog. Prioritätsregel). Ausserdem wurde verlangt, dass Agio im Wege der Kapitalherabsetzung ausgeschüttet werde.¹⁰

Trotz der grossen Bedeutung von Agio-Ausschüttungen sind die aktienrechtlichen Grundlagen einer solchen Kapitalrückzahlung an die Aktionäre bis heute umstritten. Es ist darum angezeigt, diese Grundlagen zu untersuchen und dabei vor allem zwei Fragen zu beantworten: Darf Agio an die Aktionäre ausgeschüttet werden? Wenn ja, in welchem Verfahren hat dies zu geschehen? Dazu nachstehend Ziff. II.

Die Frage der Zulässigkeit einer Ausschüttung von Agio soll im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision geklärt werden.¹¹ Zudem hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 6. April 2011 zu zwei Motionen im Zusammenhang mit dem Kapitaleinlageprinzip Änderungen auch im Handelsrecht in Aussicht gestellt, mit

menrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff. («Botschaft 2007») bzw. S. 1751 ff. («E-OR»), 1659.

⁵ MAX BOEMLE/RONNY MEYER, Das Kapitaleinlageprinzip im Licht der Rechnungslegung, ST 2011, 1018 ff., 1020, bei und in FN 13, sowie S. 1021.

⁶ Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 29: Kapitaleinlageprinzip, 9. Dezember 2010 («Kreisschreiben ESTV Nr. 29») (abrufbar unter <<http://www.estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00380/index.html>> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

⁷ Kreisschreiben ESTV Nr. 29, Ziff. 7.

⁸ Siehe zum Ganzen die Antwort des Bundesrates vom 12. Dezember 2011 auf die Anfrage von Margret Kiener Nellen vom 7. Dezember 2011 («Unternehmenssteuerreform II. Heute vorhersehbare Steuerausfälle für Bund, Kantone und Gemeinden») (abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20115484> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

⁹ Urteile 1C_176/2011 und 1C_182/2011 des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2011. Das Bundesgericht erachtete eine Ungültigerklärung der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008 und damit der gesamten mit der Unternehmenssteuerreform II in Kraft gesetzten Steuergesetzgebung als mit den Grundsätzen der Rechtssicherheit (Art. 5 BV) und von Treu und Glauben (Art. 9 BV) nicht vereinbar (E. 8.7). Jedoch teilte das Gericht die Auffassung der Beschwerdeführer, dass der Bundesrat im Vorfeld der Volksabstimmung nicht angemessen informiert hatte. Den Stimmberechtigten blieben «nicht nur Prognosen vorenthalten, deren Unsicherheit sie im Allgemeinen abschätzen können. Sie wurden auch in keiner Weise darüber ins Bild gesetzt, dass Schätzungen überhaupt nicht möglich gewesen und daher gar nicht erst ausgewiesen worden waren.» (E. 8.6). Soweit Hinweise auf die Mindereinnahmen als Folge des Kapitaleinlageprinzips nicht möglich waren, «hätte die Transparenz der Information als unerlässliches Minimum erfordert, dass auf die Unschätzbarkeit der Steuereinnahmen hingewiesen worden wäre. Erst ein solcher Hinweis hätte es den Stimmberechtigten erlaubt, sich eine sachgerechte Auffassung über die Vorlage zu bilden. Es fehlte ihnen somit eine wesentliche Grundlage für ihre Meinungsbildung.» (E. 8.6). Hinweise darauf, dass die Auswirkungen des Kapitaleinlageprinzips nicht abschätzbar waren, «wären umso wichtiger gewesen, als die ausgewiesenen Steuereinnahmen in den Bereichen der Dividenden und Liquidationsergebnisse den Eindruck von Sicherheit und Verlässlichkeit hinterliessen» (E. 8.6). Abschliessend stellte das Bundesgericht eine Verletzung der Abstimmungsfreiheit gemäss Art. 34 Abs. 2 BV fest, wobei die Verletzung umso schwerer wiege, als nicht auszuschliessen sei, dass sie sich in Anbetracht des knappen Resultats auf den Ausgang der Abstimmung tatsächlich ausgewirkt hat (E. 8.6).

¹⁰ Siehe die Motionen «Kapitaleinlageprinzip korrigieren» (11.3199) und «Kapitaleinlageprinzip präzisieren» (11.3351) von Susanne Leutenegger Oberholzer vom 17. März bzw. 13. April 2011, «Kapitaleinlageprinzip. Rückwirkung aufheben» (11.3189) von Christian Levrat vom 17. März 2011 und «Unternehmenssteuerreform II. Korrektur des Kapitaleinlageprinzips» (11.3462) von Pirmin Bischof vom 14. April 2011; siehe zum Gesagten aber auch hinten S. 23.

¹¹ Siehe die Botschaft 2007 (FN 4), 1660.

denen die Auszahlung von Reserven aus Kapitaleinlagen an bestimmte Bedingungen geknüpft werden sollen.¹² Der vorliegende Beitrag hat darum auch zum Ziel, die wichtigsten Reformvorschläge kritisch zu würdigen und einen Beitrag zu einer Regelung *de lege ferenda* zu leisten. Dazu nachstehend Ziff. III.

II. Ausschüttung von Agio nach geltendem Aktienrecht

Zuerst wird untersucht, ob und gegebenenfalls mit welchen Einschränkungen Agio verwendet und insbesondere an die Aktionäre ausgeschüttet werden kann (1.).¹³ Die Ausschüttung von Agio setzt, wie sich zeigen wird, unter anderem voraus, dass es der allgemeinen gesetzlichen Reserve zugewiesen worden ist. Mit welchem Akt oder Rechtsgeschäft findet diese Zuweisung statt (2.)? Und schliesslich ist zu klären, in welchem aktienrechtlichen Verfahren Agio auszuschütten ist (3.).

1. Zulässigkeit der Ausschüttung von Agio nach den Regeln über die allgemeine gesetzliche Reserve

Agio darf dann nicht ausgeschüttet werden (bzw. nur im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder in einem ihr nachgebildeten Verfahren)¹⁴, wenn für eine solche Ausschüttung das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR gilt. Das tut es nicht (1.1). Die Voraussetzungen und Schranken einer Ausschüttung von Agio ergeben sich allein aus Art. 671 Abs. 3 und 4 OR (1.2).

1.1 Keine Anwendung des Verbots der Einlagerückgewähr auf die Ausschüttung von Agio

a. Bedeutung des Verbots der Einlagerückgewähr; Überblick über den Meinungsstand

Nach Art. 680 Abs. 2 OR hat ein Aktionär kein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern. Umgekehrt verbietet es diese Bestimmung der Gesellschaft, *freiwillig in entsprechendem Umfang ihr Vermögen zu vermindern* (Verbot der Einlagerückgewähr, auch Kapitalrückzah-

lungsverbot genannt).¹⁵ Dieses Verbot ergibt sich aus dem «Prinzip der Unveränderlichkeit des Grundkapitals»¹⁶. Es dient dem Schutz des Aktienkapitals.¹⁷ Eine Rückerstattung von Vermögen an die Aktionäre im Umfang des durch das Verbot geschützten Kapitals ist nur im Rahmen eines Kapitalherabsetzungs- oder eines Liquidationsverfahrens zulässig.¹⁸

Was ist das durch das Verbot der Einlagerückgewähr *geschützte Kapital*? Unbestrittenermassen gehört das Aktienkapital dazu. Gehört jedoch auch Agio dazu? Das ist, wie der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Aktienrechts festgestellt hat,¹⁹ eine «in der Lehre umstrittene Frage». Zum Teil wird vertreten, Agio sei, gleich wie Aktienkapital, einbezahltes Kapital, daher unter Art. 680 Abs. 2 OR zu subsumieren, und folglich könne es nicht frei verwendet und insbesondere nicht ausgeschüttet werden (ausser im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder Liquidation).²⁰ Die herrschende

¹⁵ Urteil 4A_496/2010 des Bundesgerichts vom 14. Februar 2011, E. 2.1; Urteil 4A_174/2007 des Bundesgerichts vom 13. September 2007, E. 4.3.1; Urteil 4A_188/2007 des Bundesgerichts vom 13. September 2007, E. 4.3.2; Urteil 1P.573/1999 des Bundesgerichts vom 3. Januar 2000, E. 4b; BGE 123 III 473 E. 5b, S. 482; BGE 109 II 128 E. 2, S. 129; BGE 87 II 169 E. 9b, S. 181; BGE 65 I 147, S. 149; BGE 35 II 303 E. 4, S. 307 f.; PETER M. BINDER, Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern, Zürich 1981 (= SStLR 47), 28; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 178; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 107; PETER KÜRER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 680 OR N 17 ff.; TOBIAS MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2009 (= SSW 282), 70 ff.

¹⁶ BGE 35 II 303 E. 4, S. 308; siehe auch BGE 97 IV 10 E. 2, S. 14; BGE 65 I 147, S. 149.

¹⁷ Urteil 4A_496/2010 des Bundesgerichts vom 14. Februar 2011, E. 2.1; BGE 87 II 169 E. 9b, S. 181; vgl. sodann JEAN-LUC CHENAUX, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (Hrsg.), Commentaire Romand, Codes des obligations II, Basel 2008, Art. 680 CO N 30; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 50 N 105; MEYER (FN 15), 70; HANS-UELI VOGT/ANNA PETER, Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, GesKR 2011, 228 ff., 231; sodann hinten S. 17 f.

¹⁸ Urteil 4A_496/2010 des Bundesgerichts vom 14. Februar 2011, E. 2.1; BGE 123 III 473 E. 5b, S. 482; BGE 109 II 128 E. 2, S. 129; BGE 87 II 169 E. 9, S. 181; JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, Die Aktiengesellschaft (§§ 7 ff.), in: EVA DRUEY/JEAN NICOLAS DRUEY/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, § 8 N 27 und § 9 N 103; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 50 N 105; KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Vor Art. 732–735 OR N 11.

¹⁹ Botschaft 2007 (FN 4), 1660.

²⁰ BÖCKLI (FN 15), § 1 N 178, 311 und 331, § 4 N 229 und § 12 N 526 ff.; PETER BÖCKLI, L'agio, champ de bataille, ST 2011, 546 ff., 551 f.; F. WOLFHART BÜRGI, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957, Art. 671 OR N 64 (keine Verwendung von Agio als Gewinn), siehe aber auch N 67 (Verwendung von Agio zu Amortisationszwecken) und N 85 (keine Einschränkung bezüglich der Verwendung der allgemeinen gesetzlichen Reserve für den aus Agio stammenden Anteil); MICHEL HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Diss. Freiburg, Zürich 2004 (= AISUF 228), N 347; EMIL SCHUCANY, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 671 OR N 5; NICHOLAS TURIN, L'acquisition de ses propres actions par la société anonyme, ST 1997, 479 ff., 480;

¹² Siehe die Stellungnahme des Bundesrates vom 6. April 2011 zu den Motionen Levrat und Leutenegger Oberholzer (vorn FN 10) (abrufbar unter <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> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

¹³ Im Folgenden wird grundsätzlich nur noch auf die Ausschüttung als die hier interessierende Form der Verwendung von Gesellschaftsvermögen Bezug genommen. Die Frage der Verwendbarkeit von Agio stellt sich aber unter anderem auch beim Erwerb eigener Aktien: Ist Agio «frei verwendbares Eigenkapital» im Sinne von Art. 659 Abs. 1 OR? Die Frage ist, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, unter Vorbehalt von Art. 671 Abs. 3 und Abs. 4 OR zu bejahen.

¹⁴ Siehe nachstehend bei FN 18 und hinten S. 20 f.

Meinung ist jedoch eine andere: Nach ihr gelten für Agio nach seiner Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve nur die Verwendungsbeschränkungen gemäss Art. 671 Abs. 3 und 4 OR, das Verbot der Einlagerückgewähr erfasst ein Agio dagegen nicht.²¹ Im Folgenden wird im Lichte der Auslegungselemente geprüft, welche Auffassung nach geltendem Recht den Vorzug verdient.

b. Der Wortlaut der anwendbaren Gesetzesbestimmungen

Auszulegen sind hauptsächlich die folgenden zwei Gesetzesbestimmungen: Art. 680 Abs. 2 OR, auf den sich das Verbot der Einlagerückgewähr stützt, und Art. 671 Abs. 2 OR, der die Zuweisung von Agio zur allgemeinen gesetzlichen Reserve vorschreibt. Was zunächst Art. 680 Abs. 2 OR betrifft, so ist Agio ein «*eingezahlter Betrag*» im Sinne dieser Bestimmung. Ihr Wortlaut spricht insofern dafür, dass auch Agio vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst ist. Dies gilt allerdings nur, wenn man annimmt, das durch das Rückgewährsverbot geschützte Kapital sei das Gleiche wie der «*eingezahlte Betrag*», den der Aktionär nicht zurückfordern kann (wovon Lehre und Rechtsprechung im Allgemeinen ohne Weiteres

ausgehen).²² Den Ausgangspunkt einer grammatischen Auslegung von Art. 680 Abs. 2 OR bildet im Übrigen ohnehin die Feststellung, dass das Verbot der Einlagerückgewähr dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen ist. Folglich ist ihm auch nicht zu entnehmen, dass es der Gesellschaft verboten wäre, Agio den Aktionären zurückzuerstatten.²³ Eine am Wortlaut von Art. 680 Abs. 2 OR orientierte Auslegung liefert somit *keine klare Antwort* auf die Frage, ob Agio vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst ist oder nicht. Nur wenn man in Art. 680 Abs. 2 OR von vornherein ein Verbot der Einlagerückgewähr erblickt – womit man die Grenzen des Wortlauts längst überschritten hat –, kann man zum Ergebnis kommen, das Verbot der Einlagerückgewähr erfasse den «*eingezahlten Betrag*» und damit auch ein Agio.

Auszulegen ist auch Art. 671 Abs. 2 OR, der das Agio ausdrücklich erwähnt und damit den natürlichen Ausgangspunkt für eine grammatische Auslegung bildet. In Ziff. 1 von Art. 671 Abs. 2 OR wird festgehalten, dass «*ein bei der Ausgabe von Aktien nach Deckung der Ausgabekosten über den Nennwert hinaus erzielter Mehrerlös*» der allgemeinen gesetzlichen Reserve zuzuweisen ist (soweit er nicht für Abschreibungen oder zu Wohlfahrtszwecken verwendet wird). Nach der Zuweisung ist Agio Bestandteil der allgemeinen gesetzlichen Reserve. Die allgemeine gesetzliche Reserve aber ist *kein Aktienkapital*, sondern ein von ihm verschiedener Posten im Eigenkapital der Bilanz.²⁴ Für die allgemeine gesetzliche Reserve sehen Art. 671 Abs. 3 und 4 OR kein Ausschüttungsverbot und damit kein Verbot einer Einlagerückgewähr vor, sondern eine spezifische Ordnung von Verwendungsbeschränkungen.

Während Agio somit ein «*eingezahlter Betrag*» ist, für den allenfalls aufgrund des Wortlauts von Art. 680 Abs. 2 OR die gleiche Ordnung gilt wie für das Aktienkapital, folgt aus Art. 671 Abs. 2–4 OR, dass Agio nicht zum Aktienkapital gehört. Aus dem Wortlaut der auszulegenden Gesetzesbestimmungen ergibt sich demnach *kein eindeutiges Ergebnis*. Die ausdrückliche Regelung in Art. 671 Abs. 2–4 OR spricht jedoch eher für den Standpunkt, dass Agio *nicht vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst* ist.

ROLAND VON BÜREN/WALTER STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011, N 1093; FRITZ VON STEIGER, Rechtsfragen betreffend das Agio und den gesetzlichen Reservefonds insbesondere bei Holdinggesellschaften, SAG 1949, 85 ff., 87.

²¹ BINDER (FN 15), 26 f.; CHENAUX, Commentaire Romand (FN 17), Art. 675 CO N 17, vgl. auch Art. 680 CO N 34; ROGER DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss. Zürich 2005 (= SSHW 245), § 5 N 20; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1981, § 9 N 54; ERNST GIGER, Der Erwerb eigener Aktien, Diss. Bern 1995 (= BBSW 9), 89 f.; KARL HOFSTETTER, Erwerb und Wiederveräusserung eigener Aktien durch börsenkotierte Gesellschaften, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992–1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 135 ff., 139 f.; RENÉ MATTEOTTI/PETER RIEDWEG, Ausschüttungsschranke und Prioritätsregel für Kapitaleinlagen, ST 2011, 776 ff., 778 ff.; THOMAS FRIEDRICH MÜLLER, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1997 (= BBSW 11), 20 f.; VOGT/PETER (FN 17), 232 FN 40; sodann auch Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, 2. Aufl., Zürich 2009 («Handbuch der Wirtschaftsprüfung»), 319 f.; ebenso im Ergebnis – unter der Voraussetzung, dass das Agio zuvor der allgemeinen gesetzlichen Reserve zugewiesen worden ist – LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996 (= SSPHW 45), 74 ff.; ROGER GRONER, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003 (= BStR 68), 137 FN 581; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 19 und Art. 680 OR N 19; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 28 ff.; ebenso im Ergebnis – unter der Voraussetzung, dass das Agio vor der Ausschüttung durch einen Generalversammlungsbeschluss umqualifiziert wird – ROLF WATTER, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP 1996, 135 ff., 145; CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (= SSHW 184), 62; ebenso im Ergebnis – unter der Voraussetzung, dass Agio den freien Reserven zugewiesen wird, sobald die allgemeine gesetzliche Reserve die Hälfte des Grundkapitals übersteigt – CHRISTOPH VON GREYERZ, Die Aktiengesellschaft, in: Max Gutzwiller *et al.* (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel 1982, 236; offengelassen bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 50 N 22.

²² Selbstverständlich ist dies nicht, denn der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs des Aktionärs hat im System der Aktiengesellschaft eine andere Funktion als das Rückgewährsverbot (vgl. zu dieser Frage auch BINDER [FN 15], 28 ff.).

²³ Wer vertritt, Agio sei ein «*eingezahlter Betrag*» und unterliege darum dem Verbot der Einlagerückgewähr von Art. 680 Abs. 2 OR, muss begründen können, dass mit der Auslegung dieser Bestimmung über den Gesetzeswortlaut hinaus – vom Ausschluss eines Rechts des Aktionärs hin zu einem Verbot der Gesellschaft – automatisch der gesamte «*eingezahlte Betrag*» und nicht etwa nur das Aktienkapital vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst ist (insofern darum unberechtigt die Kritik von KURER, Basler Kommentar [FN 15], Art. 680 OR N 19, an BINDER [FN 15], 29 ff.).

²⁴ Siehe Art. 663a Abs. 3 OR, wonach das Eigenkapital in Aktienkapital, gesetzliche und andere Reserven sowie in einen Bilanzgewinn unterteilt wird; sodann auch die Formulierung in Art. 671 Abs. 1 OR.

c. Der systematische Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Leistungspflicht des Aktionärs und die Reserven

Betrachtet man die Systematik der Bestimmungen von Art. 680 ff. OR und der dort verwendeten Randtitel, so spricht die Einordnung von Art. 680 Abs. 2 OR und damit des aus dieser Bestimmung hergeleiteten Verbots der Einlagerückgewähr unter den Titel «Leistungspflicht des Aktionärs» dafür, dass auch Agio vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst wird, ist es doch ebenfalls Gegenstand dieser Leistungspflicht. Auch die in Art. 681 f. OR angeordneten «Verzugsfolgen» betreffen den Ausgabebetrag der Aktien und schliessen folglich ein allfälliges Agio mit ein. Umgekehrt macht dieser systematische Zusammenhang – gleich wie der in Art. 680 Abs. 2 OR verwendete Begriff des «eingezahlten Betrages» – deutlich, dass es in Art. 680 ff. OR nur um die *Leistungspflicht des Aktionärs* geht, nicht um Verwendungsbeschränkungen, die sich an die Gesellschaft richten. Dieser systematische Zusammenhang ist mithin auch ein Indiz dagegen, dass sich aus Art. 680 Abs. 2 OR ein Verbot der Ausschüttung von Agio ergibt.

Sodann ist auf das bereits angesprochene Zusammenspiel von Art. 680 Abs. 2 und Art. 671 OR einzugehen. Zwar ist vorstellbar, dass Agio sowohl «eingezahlter Betrag» im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR als auch ein der allgemeinen gesetzlichen Reserve zuzuweisender Betrag ist: Die Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve hat zur Folge, dass diese den gesetzlich geforderten Umfang rascher erreicht und gegebenenfalls eine Zuweisung des Gewinnanteils unterbleiben kann; dessen ungeachtet könnte für das Agio das Verbot der Einlagerückgewähr gelten. Hinsichtlich der Verwendbarkeit und insbesondere der Ausschüttbarkeit der betreffenden Aktiven besteht jedoch ein *Konkurrenz- und Ausschlussverhältnis* zwischen den beiden Normen: hier das Verbot der Einlagerückgewähr, dort die Regel, wonach die allgemeine gesetzliche Reserve, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten usw. verwendet werden darf – was *e contrario* bedeutet, dass die Gesellschaft über diese Reserve frei verfügen kann, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt.²⁵

Bei der Beurteilung dieser Konkurrenz von Ausschüttungsregimen spielt eine entscheidende Rolle, dass in Absatz 2 von Art. 671 OR, also unmittelbar vor der Ordnung über die Verwendbarkeit der allgemeinen ge-

setzlichen Reserve in den Absätzen 3 und 4 dieser Bestimmung, das Agio ausdrücklich erwähnt und zum Bestandteil der allgemeinen gesetzlichen Reserve erklärt wird. Deutlicher kann ein Gesetzgeber Gesetze fast nicht schreiben: Absatz 2 definiert unter anderem das Agio und ordnet dessen Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve an, die Absätze 3 und 4 statuieren die Rechtsfolge. Das Gesetz stellt für Agio ausdrücklich eine andere Regelung seiner Verwendbarkeit auf als ein Rückgewährsverbot.²⁶

Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass Art. 671 Abs. 3 und Abs. 4 OR für Agio – als Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve – nicht gelten, dann hätte er wohl verlangt, dass *Agio als Eigenkapitalposten in der Bilanz gesondert ausgewiesen* wird, sodass ein abweichendes Verwendungsregime, insbesondere ein Rückgewährsverbot, daran hätte anknüpfen können. Allein, eine Gesetzesvorschrift, die dies verlangt, gibt es *nicht*. Insbesondere bestimmt Art. 671 OR nicht, dass die allgemeine gesetzliche Reserve in ihre Bestandteile wie Gewinnanteil, Agio und Kaduzierungsgewinn aufgliedert werden müsste.²⁷ Es gibt *eine* allgemeine gesetzliche Reserve, unabhängig davon, wie sie alimentiert worden ist. Dies spricht dagegen, dass für Agio andere Ausschüttungsschranken gelten als für die übrigen Teile der allgemeinen gesetzlichen Reserve.

Von Bedeutung ist schliesslich, dass das Gesetz mit Bezug auf *andere Reserven* ausdrücklich eine *Ausschüttungssperre* – und insoweit einen Kapitalschutz, der dem beim Aktienkapital entspricht – vorsieht, nämlich in Art. 671a OR für die Reserve für eigene Aktien und in Art. 671b OR für die Aufwertungsreserve. Der Gesetzgeber hat somit für einzelne, bestimmte Reserven den Maximalschutz eines Ausschüttungsverbots angeordnet, während bei der allgemeinen gesetzlichen Reserve eine Verwendung eingeschränkt, aber nicht ausgeschlossen ist. Es ist darum nicht anzunehmen, für Agio gelte nach seiner Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve die gleiche Ausschüttungsbeschränkung wie für die Reserve für eigene Aktien und die Aufwertungsreserve; der Gesetzgeber hätte, wie diese beiden Reserven zeigen, für das Agio eine andere Ausschüttungsregelung als für die allgemeine gesetzliche Reserve aufgestellt, wenn er eine andere Regelung gewollt hätte.²⁸

²⁵ Siehe zum Umkehrschluss BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 671 OR N 85; DÜRR (FN 21), § 5 N 10; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 50 N 29; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 16; ERNST ROBERT LOCHER, Die Gewinnverwendung in der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1983, 115; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 22; TORRIONE, Commentaire Romand (FN 17), Art. 671 CO N 24; VON GREYERZ (FN 21), 236; anderer Meinung BÖCKLI (FN 15), § 12 N 527.

²⁶ Man kann in Art. 671 Abs. 3 und 4 OR, was das Agio betrifft, entweder eine *lex specialis* gegenüber Art. 680 Abs. 2 OR sehen; damit würde impliziert, Agio sei zwar ein «eingezahlter Betrag», doch gelte für diesen Teil der gesamthaft eingezahlten Beträge ein besonderes Verwendungsregime. Oder man zieht den Schluss, Agio sei angesichts der unzweideutigen Regelung in Art. 671 Abs. 2–4 OR von vornherein kein «eingezahlter Betrag» im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR, soweit es um das Verbot der Einlagerückgewähr geht (während unstreitig ist, dass der Aktionär kein Recht hat, ein allfälliges Agio zurückzufordern) (siehe auch vorn FN 22 f.).

²⁷ Siehe zum Gesagten GIGER (FN 21), 89 f.

²⁸ Siehe zum Ganzen auch das Handbuch der Wirtschaftsprüfung (FN 21), 319.

d. Der systematische Zusammenhang mit den aktienrechtlichen Bestimmungen über die Gewinnausschüttung

Die Ausschüttung von Agio steht auch in einem Zusammenhang mit der Ausschüttung von Gewinn. Dabei geht es einerseits um die grundsätzliche Frage der Ausschüttbarkeit von Agio, andererseits um das Verfahren für eine Ausschüttung. Was die *Ausschüttbarkeit* betrifft, so fragt sich, ob die Bestimmung über die Ausrichtung von Dividenden *e contrario* bedeutet, dass Agio nicht ausgeschüttet werden darf; Art. 675 Abs. 2 OR hält nämlich fest, dass Dividenden «nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven» ausgerichtet werden dürfen. Tatsächlich ist Agio weder ein Bilanzgewinn noch eine eigens für die Zwecke der Ausschüttung gebildete Reserve. Dennoch ist der Umkehrschluss nicht gerechtfertigt. Dass Dividenden «aus hierfür gebildeten Reserven» ausgerichtet werden, bedeutet nicht, dass entsprechende Reserven aus Gewinnen geüfnet sein müssten.²⁹ Gemeint ist, dass Dividenden aus Reserven ausgerichtet werden können, über welche die Gesellschaft frei verfügen kann.³⁰ Folglich kann insbesondere der frei verwendbare Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve – zu der auch Agio gehört – für die Ausrichtung von Dividenden verwendet werden.³¹

Gegen eine Ausschüttung von Agio könnte auch angeführt werden, das *Verfahren der Dividendenausrichtung* – die nötigen Beschlüsse, die massgeblichen Formvorschriften usw. – stehe für eine Ausschüttung von Agio nicht zur Verfügung. Nur Gewinn oder spezifisch der Gewinnausschüttung gewidmete Reserven könnten im Verfahren der Dividendenausrichtung ausgeschüttet werden. Das Fehlen eines besonderen Verfahrens für die Ausschüttung von Agio sei ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber eine solche Ausschüttung nicht gewollt habe. Auch dieses Argument überzeugt nicht. Das Gesetz regelt zwar nur zwei Verfahren zur Ausschüttung von Eigenkapital an die Aktionäre: das Kapitalherabsetzungsverfahren und das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende (und darüber hinaus kann es auch im Rahmen einer Liquidation zur Rückzahlung von Eigenkapital an die Aktionäre kommen). Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Ausschüttung von anderen Bestandteilen des Eigenkapitals an die Aktionäre nicht zulässig wäre, wenn die jeweiligen materiellen Ausschüttungsschranken beachtet werden. Das Gesetz enthält nämlich auch mit Bezug auf die unstreitig frei verwendbaren Teile der allgemeinen gesetzlichen Reserve nur Regeln über deren Bildung, nicht aber über das Verfahren ihrer Auflösung und der Ausschüttung an die Aktionäre.

²⁹ So aber BÖCKLI (FN 15), § 12 N 526 f.

³⁰ CHENAUX, Commentaire Romand (FN 17), Art. 675 CO N 12; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 15; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 32; siehe auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 40 N 37; zur Frage, ob die Gesellschaft andere Eigenkapitalbestandteile als Gewinnanteile an die Aktionäre ausschütten kann, auch hinten S. 17 f.

³¹ Siehe die Literaturhinweise vorn FN 25.

Dennoch kommt auch hierfür das Verfahren der Dividendenausrichtung in Betracht.³²

e. Der systematische Zusammenhang mit dem aktienrechtlichen Kapitalschutz

Die Frage der Ausschüttbarkeit von Agio betrifft den Inhalt und die Grenzen des aktienrechtlichen Kapitalschutzes. In einem weiteren, nicht auf das Aktienkapital beschränkten Sinn gehören zu ihm unter anderem Regeln, mit denen die *Verwendung von Gesellschaftsvermögen beschränkt* wird, namentlich eine Verwendung zum Zweck der Ausschüttung. Dabei stellt das Gesetz für die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens unterschiedliche Schranken auf. Es bringt dies durch die Gliederung des Eigenkapitals in verschiedene Eigenkapitalposten mit je unterschiedlichem normativem Gehalt zum Ausdruck:³³

- Nicht ausgeschüttet werden darf das *Aktienkapital* (und ein allfälliges Partizipationskapital). Das ergibt sich aus dem Verbot der Einlagerückgewähr. Eine Rückzahlung an die Aktionäre kommt nur im Wege einer Kapitalherabsetzung oder nach Massgabe der Vorschriften über die Liquidation in Frage.³⁴
- Die *Reserve für eigene Aktien* und die *Aufwertungsreserve* können nur aufgehoben werden, wenn der Anlass zu ihrer Schaffung entfallen ist oder, bei der Aufwertungsreserve, durch Umwandlung in Aktienkapital.³⁵ Bis dahin sind sie Ausschüttungssperren mit der gleichen Qualität wie das Aktienkapital.³⁶
- Für die *allgemeine gesetzliche Reserve* gelten weniger strenge Verwendungsbeschränkungen: Sie darf, soweit sie die *Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt*, nur zur Deckung von Verlusten usw. eingesetzt werden.³⁷ Für Holdinggesellschaften gilt diese Beschränkung jedoch nicht.³⁸
- *Statutarische Reserven* können entweder nach Massgabe ihres Zwecks verwendet werden,³⁹ oder sie sind Erweiterungen der allgemeinen gesetzlichen Reserve und unterliegen den gleichen Verwendungsbeschränkungen wie jene.⁴⁰

³² Siehe zum Gesagten FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 40 N 37; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 15; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 36; vgl. auch GLANZMANN (FN 21), 76 f.; zum Ganzen auch hinten S. 21 f.

³³ Siehe Art. 663a Abs. 3 und Art. 671 ff. OR; BÖCKLI (FN 15), § 8 N 294 und 296.

³⁴ Siehe zum Ganzen vorn S. 12.

³⁵ Siehe Art. 671a und 671b OR.

³⁶ Siehe BÖCKLI (FN 15), § 4 N 236 und § 8 N 316 f., 323 und 328; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671a OR N 4 und Art. 671b OR N 2.

³⁷ Art. 671 Abs. 3 OR.

³⁸ Siehe Art. 671 Abs. 4 OR; zum Ganzen hinten S. 19.

³⁹ Siehe Art. 672 Abs. 2 und Art. 673 OR.

⁴⁰ Siehe zu den nicht zweckgebundenen statutarischen Reserven Art. 672 Abs. 1 OR; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 672 OR N 5.

- Reserven, welche die *Generalversammlung beschlossen* hat, schliessen jedenfalls die Ausschüttung entsprechender Mittel als eine Dividende aus.⁴¹ Im Übrigen ergibt sich die Verwendungsbeschränkung aus dem betreffenden Generalversammlungsbeschluss.⁴²
- Der *Bilanzgewinn* darf zur Ausrichtung einer Dividende verwendet werden.⁴³ Die Dividende darf indessen erst festgesetzt werden, nachdem die dem Gesetz und den Statuten entsprechenden Zuweisungen an die Reserven erfolgt sind.⁴⁴
- Und über die *freien Reserven* und den *frei verwendbaren Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve*⁴⁵ kann die Gesellschaft frei verfügen.

Wo in diesem System von Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens und von Schranken seiner Verwendung ist Agio einzuordnen? Eines wird sofort klar: Agio muss jedenfalls im Wege der Kapitalherabsetzung ausgeschüttet werden können. Denn sonst würde es im System der Verwendungsbeschränkungen strengeren Regeln unterstellt als das Aktienkapital. Agio wird in der Regel im Rahmen von Kapitalerhöhungen einbezahlt, um eine Verwässerung der Beteiligung der bisherigen Aktionäre zu verhindern, die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmen.⁴⁶ Es muss deshalb unter den gleichen Voraussetzungen wie das Aktienkapital (oder unter weniger strengen Voraussetzungen) wieder an die Aktionäre zurückgeführt werden können. Seine Einordnung bei der allgemeinen gesetzlichen Reserve steht darum im Einklang mit dem System der Verwendungsbeschränkungen und allgemein des aktienrechtlichen Kapitalschutzes.⁴⁷

f. Der systematische Zusammenhang mit dem revidierten Unternehmenssteuerrecht

Die aktienrechtlichen Regeln betreffend Agio stehen schliesslich auch in einem systematischen Zusammenhang mit dem revidierten Unternehmenssteuerrecht. Das Ziel der Unternehmenssteuerreform II war es, die Unternehmen steuerlich zu entlasten und Investitionen zu fördern.⁴⁸ Ein tragender Pfeiler dieser Reform ist die Gleichbehandlung der Rückzahlung von Kapitaleinlagen – Zuschüsse, Aufgelder usw. – mit der Rückzahlung von Grundkapital (Kapitaleinlageprinzip).⁴⁹ Vor diesem Hintergrund hat

der Ständerat anlässlich der Behandlung der Vorlage für ein revidiertes Aktienrecht im Juni 2009 mehrheitlich die Auffassung vertreten, der bundesrätliche Entwurf, der die künftige gesetzliche Kapitalreserve im vollen Umfang einer Verwendungsbeschränkung unterwerfen will,⁵⁰ stehe im Widerspruch zur Unternehmenssteuerreform II, nach der Kapitaleinlagen an Aktionäre zurückbezahlt werden können.⁵¹ Bezogen auf das geltende Recht wird zum Teil mit der sinngemäss gleichen Argumentation vertreten, das Aktienrecht dürfe *der Verwirklichung der Ziele der Unternehmenssteuerreform II nicht im Wege stehen*.

Aus den Querbezügen zwischen der Unternehmenssteuerreform II und dem Aktienrecht lassen sich unseres Erachtens jedoch keine Schlüsse hinsichtlich der Frage der Ausschüttbarkeit von Agio ziehen. Zum einen erfordern die steuerrechtlichen Privilegierungen aufgrund der Unternehmenssteuerreform II nicht zwingend, dass Agio ohne Weiteres ausschüttbar wäre. Indem der Weg der *Kapitalherabsetzung* offen steht – was im Grundsatz unbestritten ist⁵² –, lässt das Aktienrecht ein Verfahren zur Rückzahlung von Kapitaleinlagen zu. Die mit dem steuerrechtlichen Kapitaleinlageprinzip angestrebte Gleichbehandlung einer Rückzahlung von Kapitaleinlagen mit einer solchen von Grundkapital erfordert nicht, dass auch die gleichen aktienrechtlichen Verfahren zur Anwendung kommen.⁵³

Zum andern bestehen gegenüber einer Auslegung des Aktienrechts im Lichte der Unternehmenssteuerreform II grundsätzliche *methodologische Bedenken*. Dass ein neues Gesetz den Sinn einer seit Jahren unverändert bestehenden gesetzlichen Regelung bestimmen oder gar verändern kann, scheint höchst fraglich. Ein Gesetz entfaltet, vom Gesetzgeber einmal erlassen, ein selbständiges Dasein,⁵⁴ auf das er durch eine Änderung oder Klarstellung im betreffenden Gesetz erneut Einfluss nehmen kann, kaum jedoch dadurch, dass er in einem anderen Rechtsgebiet Regeln aufstellt, die eine bestimmte Auslegung des bisherigen Rechts implizieren mögen. Erst recht gilt das Gesagte für Ausführungsbestimmungen der Verwaltung, wie hier der ESTV.⁵⁵

g. Die Gesetzesmaterialien

Den Gesetzesmaterialien ist zur Frage der Ausschüttbarkeit von Agio nichts Schlüssiges zu entnehmen. Was zunächst die Materialien zum *Obligationenrecht von 1936* betrifft, so sprechen sie immerhin eher für die Zulässigkeit einer Ausschüttung: Während der bundesrätliche Ent-

⁴¹ Siehe Art. 674 Abs. 2 und 3 OR; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 674 OR N 12.

⁴² Siehe BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 672 OR N 18; GLANZMANN (FN 21), 87; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 674 OR N 6 ff.

⁴³ Art. 675 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Art. 674 Abs. 1 OR.

⁴⁵ Siehe dazu vorn S. 14, bei und in FN 25, sowie hinten S. 19.

⁴⁶ Siehe zu dieser Funktion von Agio hinten S. 17.

⁴⁷ Ausführlicher zu den Bezügen zum aktienrechtlichen Kapitalschutz hinten S. 17 f.

⁴⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005, 4733 ff., 4743, 4788.

⁴⁹ Art. 20 Abs. 3 DBG, Art. 7b StHG und Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG.

⁵⁰ Art. 671 Abs. 2 E-OR; siehe dazu hinten S. 23.

⁵¹ Votum CLAUDE JANIAC (AB S 2009, 648); Votum PANKRAZ FREITAG (AB S 2009, 648); Votum KONRAD GRABER (AB S 2009, 648); vgl. auch das Votum EVELINE WIDMER-SCHLUMPF (AB S 2009, 649).

⁵² Siehe vorn S. 12, sodann auch hinten S. 20 f.

⁵³ Vgl. zum Ganzen auch BÖCKLI (FN 20), 553.

⁵⁴ BGE 114 V 239 E. 8a, S. 250.

⁵⁵ Vgl. im Sinne des Gesagten auch MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 781.

wurf zum heutigen Art. 671 OR noch keine Regeln dazu enthielt, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die allgemeine gesetzliche Reserve frei verfügbar ist,⁵⁶ fügte das Parlament den heutigen Art. 671 Abs. 3 OR ein, ohne einen Hinweis dafür zu liefern, dass entgegen dem Wortlaut von Art. 671 Abs. 3 OR nicht die ganze, sondern nur ein Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve frei verwendbar sein sollte, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt.⁵⁷ Im Rahmen der *Aktienrechtsrevision von 1991* wurde die Frage der Ausschüttbarkeit von Agio und seine Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve weder in der bundesrätlichen Botschaft⁵⁸ noch in der parlamentarischen Debatte angesprochen.⁵⁹

h. Der Zweck des Verbots der Einlagerückgewähr

Das Verbot der Einlagerückgewähr steht, wie erwähnt, im Dienst des Kapitalschutzes.⁶⁰ Dieser wiederum dient erstens dem Schutz der *Gläubiger* und der *Teilnehmer des Geschäftsverkehrs*. Die Ansprüche der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft sollen nicht durch freiwillige Vermögensverminderungen seitens der Gesellschaft gefährdet werden, wenn dadurch das Aktienkapital nicht gedeckt bliebe; zudem sollen Schwindelgründungen oder -kapitalerhöhungen, bei denen das gezeichnete Aktienkapital in Wirklichkeit gar nicht erst aufgebracht wird, unterbunden werden. Und die Teilnehmer des Geschäftsverkehrs sollen darauf vertrauen dürfen, dass das in den Statuten und im Handelsregister kundgegebene Aktienkapital der Gesellschaft tatsächlich vollständig zur Verfügung steht.⁶¹ Zweitens dient der Kapitalschutz den *Aktionären*. Sie sollen die Gewissheit haben, dass auch die anderen Aktionäre ihre Einlage in die Gesellschaft leisten und dass das von den Aktionären eingebrachte Kapital der Gesellschaft und, indirekt, ihnen nach Massgabe der aktienrechtlichen Ordnung erhalten bleibt; insbesondere sollen Minderheitsaktionäre davor geschützt werden, dass Mehrheitsaktionäre sich aufgrund ihrer Kapitalmacht oder ihres Einflusses in den Leitungsorganen der Gesellschaft (Verwaltungsmacht) am Gesellschaftsvermögen im Widerspruch zu den einschlägigen aktienrechtlichen Vorschriften bereichern.⁶² Und drittens dient der Kapitalschutz auch der

Gesellschaft und dem von ihr betriebenen *Unternehmen*. Die Anerkennung des Rechts, als eigenständiger Unternehmensträger im Geschäftsverkehr aufzutreten und dabei die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf das Vermögen der Gesellschaft zu beschränken, setzt eine minimale Eigenkapitalbasis der Gesellschaft – das Aktienkapital – voraus.⁶³

Keiner der Zwecke des Kapitalschutzes erfordert, dass eine Ausschüttung von Agio – oder von anderen nicht auf Nennkapital gebuchten Einlagen, wie Zuschüssen usw. – dem Verbot der Einlagerückgewähr unterliegen würde. Was zuerst den *Schutz der Gläubiger* betrifft, so widerspricht die Ausschüttung von Agio nicht ihren rechtlich geschützten Interessen. Freilich stärkt die Ausgabe von Aktien mit einem Agio die Vermögensbasis der Gesellschaft. Davon (wie von jeder Vergrößerung des Gesellschaftsvermögens) profitieren die Gläubiger potenziell, doch unterliegt deswegen nicht das gesamte Gesellschaftsvermögen den Regeln des Kapitalschutzes. Dass dies im Besonderen für Agio nicht gilt, ist erstens daran ersichtlich, dass es *nicht der wirtschaftliche Zweck eines Agios* ist, ein grösseres Haftungssubstrat zu Gunsten der Gläubiger zu bilden. Sein Zweck besteht bei Kapitalerhöhungen – wo es primär vorkommt – im Schutz der bisherigen Aktionäre vor einer Verwässerung des Wertes ihrer Beteiligung. Mit dem Agio «kaufen» sich die neuen Aktionäre ins gesamte Eigenkapital «ein», statt nur ins Aktienkapital.⁶⁴ Es geht bei einem Agio im Rahmen einer Kapitalerhöhung somit nicht um die Aufbringung von Gesellschaftsvermögen im Interesse der Gläubiger. Zweitens wird Agio den Gläubigern *nicht* wie das Aktienkapital *im Rahmen des Handelsregistereintrags kundgegeben*,⁶⁵ und auch in den Statuten erscheint es nicht.⁶⁶ Es wird gegenüber den Gläubigern nicht ein Vertrauen darauf begründet, dass die Gesellschaft ihr Vermögen nicht im entsprechenden Umfang freiwillig vermindern, sondern für die Gläubiger reservieren werde. Agio hat mithin an einem zentralen Element des Kapitalschutzes – dem Schutz des Vertrauens in eine formalisierte Kundgabe gegenüber Dritten und dem Geschäftsverkehr⁶⁷ – nicht teil.⁶⁸ Und drittens gelten diejenigen

⁵⁶ Siehe Art. 672 des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I, 359 ff., und dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928, BBl 1928 I, 205 ff., 240.

⁵⁷ Siehe AB S 1931, 357, 361 und 393; AB S 1935, 92 ff.; AB N 1934, 271.

⁵⁸ Siehe die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II, 745 ff., 895.

⁵⁹ Siehe AB N 1985, 1721; AB S 1988, 503.

⁶⁰ Siehe vorn S. 12.

⁶¹ Siehe zum Ganzen BGE 133 III 368 E. 2.4, S. 375 f.; BGE 132 III 668 E. 3.2 und 3.2.1, S. 673; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 1 N 44; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 680 OR N 2.

⁶² Siehe zum Gesagten BÖCKLI (FN 15), § 1 N 174; MEYER (FN 15), 44.

⁶³ Vgl. zum Gesagten BÖCKLI (FN 15), § 1 N 174 (am Ende) und N 254.

⁶⁴ Siehe zum Ganzen BÖCKLI (FN 15), § 1 N 308 f.; DRUEY/GLANZMANN (FN 18), § 8 N 2 und § 9 N 92 f.; DÜRR (FN 21), § 5 N 20; GIGER (FN 21), 90; GLANZMANN (FN 21), 75 f.; ALFRED SIEGWART, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659), Zürich 1945, Art. 624 OR N 14.

⁶⁵ Siehe Art. 45 Abs. 1 lit. h HRegV, wonach, soweit hier von Interesse, die Höhe des Aktienkapitals und der darauf geleisteten Einlagen ins Handelsregister eingetragen werden müssen.

⁶⁶ Siehe insbesondere Art. 626 Ziff. 3 OR, wonach die Statuten Bestimmungen enthalten müssen über die Höhe des Aktienkapitals und den Betrag der darauf geleisteten Einlagen; siehe auch BÖCKLI (FN 15), § 1 N 482.

⁶⁷ Vgl. BGE 132 III 668 E. 3.2, S. 673.

⁶⁸ Siehe zum Gesagten GIGER (FN 21), 90; GLANZMANN (FN 21), 76; MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 780.

Bestimmungen des Kapitalschutzes, welche die *Kapitalaufbringung* gewährleisten sollen, *nicht* mit Bezug auf ein allfälliges Agio. So bezieht sich die Vorschrift über die Mindesteinlage auf den Nennwert der Aktien, nicht auf ihren Ausgabebetrag;⁶⁹ auf den Ausgabebetrag stellt das Gesetz nur im Zusammenhang mit der Leistungspflicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft ab.⁷⁰ Auch darin kommt zum Ausdruck, dass sich der Kapitalschutz nur auf das Aktienkapital, nicht auch auf ein allfälliges Agio erstreckt.⁷¹

Sodann lässt es auch der Zweck des *Schutzes der Aktionäre* durchaus zu, dass Agio ausgeschüttet wird. Verlangt ist unter diesem Aspekt des Kapitalschutzes nur, dass eine Ausschüttung an die Aktionäre nach Massgabe ihrer Kapitalbeteiligung und entsprechend dem Grundsatz der Gleichbehandlung erfolgt, gleich wie dies für die Ausrichtung einer Dividende oder eine Kapitalherabsetzung gilt.⁷² Es findet auch keine «Irreführung der Aktionäre über die wahre Natur [des] Definanzierungsvorganges»⁷³ statt, denn es ist für die Aktionäre, die im Rahmen der Generalversammlung die Ausschüttung von Agio beschliessen, aufgrund der ihnen vorliegenden Jahresrechnung sowie der vom Verwaltungsrat gestellten Anträge zweifelsfrei nachzuvollziehen, was für Mittel ausgeschüttet werden sollen. Wir räumen aber ein, dass die Ausschüttung im Wege einer Dividende nahelegen könnte, es handle sich um Gewinnanteile, die ausgeschüttet werden; um solche geht es nachgerade nicht. Doch kennt das heutige Aktienrecht für eine Ausschüttung nicht gebundener Mittel an die Aktionäre nur das Verfahren der Dividendenausrichtung (worin man einen Mangel des geltenden Rechts und eine Lücke des Gesetzes erblicken kann).⁷⁴

Schliesslich widerspricht eine Ausschüttung von Agio auch nicht dem Zweck des *Schutzes des Gesellschaftsvermögens* und des von der Gesellschaft betriebenen *Unternehmens*.⁷⁵ Es ist die Funktion des Aktienkapitals – aber eben *nur* des Aktienkapitals –, den Umfang des Gesellschaftsvermögens zu definieren, dessen sich die Gesellschaft freiwillig nicht entäussern darf, es sei denn im Rahmen einer Kapitalherabsetzung. Darüber hinaus besteht der aktienrechtliche Eigenkapital-

schutz in einem differenzierten System vor allem von Verwendungsbeschränkungen,⁷⁶ von Pflichten der Organe⁷⁷ und von Sanktionen, die an Verstösse gegen die jeweiligen Vorschriften anknüpfen.⁷⁸ Die Vermögensverfassung der Aktiengesellschaft ist nicht als Einbahn-Verfahren, als ein System der einseitigen und grundsätzlich definitiven Akkumulierung von Vermögen auf Seiten der Gesellschaft zu charakterisieren. Wenn die Aktiengesellschaft für den Betrieb jeglicher Art von Unternehmen geeignet sein soll, muss das Aktienrecht die nötigen Wege der Finanzierung, aber auch der Definanzierung der Gesellschaft und damit des Unternehmens bereitstellen.⁷⁹ Aus Art. 660 Abs. 1 OR, dem Anspruch des Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, lässt sich nicht Gegenteiliges ableiten. Diese Bestimmung beschreibt einen einzelnen Aspekt der rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft. Sie schliesst es nicht aus, dass die Gesellschaft – unter Einhaltung aller einschlägigen Gesetzesvorschriften – Mittel an die Aktionäre zurückführt, wenn sie sie nicht benötigt oder sie nach Einschätzung der Gesellschaft von den Aktionären besser eingesetzt werden können.⁸⁰

i. Fazit

Die Auffassung, Agio sei nicht ausschüttbar, lässt sich nach geltendem Recht nicht überzeugend begründen. Während zwar der Wortlaut von Art. 680 Abs. 2 OR einen Hinweis zu Gunsten dieser Auffassung liefern mag, sprechen der Wortlaut von Art. 671 OR, die systematischen Zusammenhänge rund um diese Bestimmung sowie der Zweck des aktienrechtlichen Kapitalschutzes dafür, dass Agio an die Aktionäre ausgeschüttet werden kann, nach Massgabe der Regeln über die allgemeine gesetzliche Reserve. Das ist denn auch der Standpunkt der herrschenden Lehre.⁸¹ Auch die Revisionspraxis geht da-

⁶⁹ Siehe Art. 632 Abs. 1 OR.

⁷⁰ Siehe Art. 680 ff. OR und dazu vorn S. 14.

⁷¹ Siehe zum Ganzen auch GLANZMANN (FN 21), 76.

⁷² Siehe zur Gleichbehandlung bei der Dividendenausrichtung Art. 660 Abs. 1 OR; zur Gleichbehandlung im Rahmen einer Kapitalherabsetzung das Urteil 4A_205/2008 des Bundesgerichts vom 19. August 2008, E. 3.1; siehe auch GIGER (FN 21), 90.

⁷³ BÖCKLI (FN 15), § 12 N 526.

⁷⁴ Siehe zum Ganzen auch vorn S. 15 und hinten S. 21 f.

⁷⁵ In diesem Aspekt des Kapitalschutzes scheint für PETER BÖCKLI der hauptsächliche Grund zu liegen, weshalb er sich gegen eine Ausschüttung von Agio im Wege der Dividendenausrichtung ausspricht: «Das von den Aktionären einbezahlte Kapital ist unter Vorbehalt einer Kapitalherabsetzung zur Finanzierung der Unternehmenstätigkeit bestimmt.» (BÖCKLI [FN 15], § 12 N 526).

⁷⁶ Siehe zu diesem System vorn S. 15 f.

⁷⁷ Siehe insbesondere Art. 717 Abs. 1 und Art. 725 OR.

⁷⁸ Als Sanktionen zu erwähnen sind die Nichtigkeit von Verfügungen und Rechtsgeschäften, mit denen gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstossen wird (Urteil 1P.573/1999 des Bundesgerichts vom 3. Januar 2000, E. 4b; BGE 87 II 169 E. 9b, S. 181; KURER, Basler Kommentar [FN 15], Art. 680 OR N 25), das Aufleben der Liberierungspflicht im Fall eines solchen Verstosses (BGE 109 II 128 E. 2, S. 129), sodann Art. 678 OR und die allgemeine Bestimmung über die Verantwortlichkeit der Organe, Art. 754 OR.

⁷⁹ Siehe auch MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 779, 781.

⁸⁰ Dies entgegen BÖCKLI (FN 15), § 12 N 526, wonach es zu den «Grundsätzen der Kapitalgesellschaft» gehöre und «indirekt, vor allem in Art. 660, aber nicht mit aller wünschenswerten Klarheit ausgedrückt» sei, dass «einbezahltes Kapital, auch wenn es nicht auf Nennkapital gebucht worden ist, nicht [...] wieder an die Aktionäre zurückfliessen darf»; wie hier auch MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 778. Wie erwähnt schliessen wir uns der Auffassung von PETER BÖCKLI (FN 15) insofern an, als eine Rückzahlung eigentlich «nicht im täuschenden Gewande einer «Gewinnausschüttung» (§ 12 N 526) erfolgen sollte; doch ist das Verfahren der Dividendenausrichtung nach geltendem Recht das am besten geeignete Verfahren zur Erreichung des Ziels (siehe hinten S. 21 ff.).

⁸¹ Siehe die Hinweise vorn FN 21.

von aus, dass eine Ausschüttung von Agio zulässig ist und dieses nach der Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve entsprechend den für diese Reserve geltenden Regeln verwendet werden darf.⁸²

1.2 Die für Agio geltenden Ausschüttungsregeln

Sobald Agio ein Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve geworden ist, unterliegt es den für sie geltenden Bestimmungen. Damit kommen die folgenden Regeln für die Verwendung und namentlich eine Ausschüttung von Agio zur Anwendung:

- Nicht zu freien Verfügung der Gesellschaft steht gemäss Art. 671 Abs. 3 OR derjenige Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve – einschliesslich des Agios –, der *weniger als 50 Prozent des Aktienkapitals* beträgt. Der 50 Prozent *übersteigende Teil* steht dagegen in der freien Verfügung der Gesellschaft und ist demnach auch ausschüttbar (soweit nicht andere Schranken greifen), ohne dass eine vorgängige Umqualifizierung in eine freie Reserve nötig wäre. Art. 671 OR ist, wie dargelegt, *nicht* zu entnehmen, dass eine Ausschüttung von Agio auch dann ausgeschlossen sei, wenn die allgemeine gesetzliche Reserve die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt.
- Für Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen (*Holdingsgesellschaften*) besteht, gilt gemäss Art. 671 Abs. 4 OR die Bestimmung von Art. 671 Abs. 3 OR nicht. Die Frage, welcher Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve zur freien Verfügung der Gesellschaft steht, beurteilt sich deshalb einzig aufgrund von Art. 671 Abs. 1 OR. Dies bedeutet unseres Erachtens, dass die allgemeine gesetzliche Reserve im Umfang von 20 Prozent des Aktienkapitals nur beschränkt verwendet werden darf, nämlich nur für die in Art. 671 Abs. 3 OR genannten Zwecke. Insofern kommt Absatz 3 von Art. 671 OR trotz des in Absatz 4 angeordneten Ausschlusses auch bei Holdingsgesellschaften zur Anwendung. Im Umfang, der 20 Prozent des Aktienkapitals übersteigt, kann Agio bei Holdingsgesellschaften ausgeschüttet werden.⁸³
- Schliesslich unterliegt Agio nicht den für die allgemeine gesetzliche Reserve geltenden Ausschüttungsschranken, soweit *Ausgabekosten* gedeckt werden

oder es «zu *Abschreibungen* oder zu *Wohlfahrtszwecken* verwendet» wird.⁸⁴

2. Zuweisung von Agio zur allgemeinen gesetzlichen Reserve

Agio ist nach Massgabe von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR verwendbar, nachdem es der allgemeinen gesetzlichen Reserve «zugewiesen» worden ist; erst wenn dies geschehen ist, kommen – so scheint das Gesetz es zu sagen – die Regeln über die Verwendung der allgemeinen gesetzlichen Reserve zur Anwendung. Indessen ist unklar, was mit der «Zuweisung» gemeint ist und darum vor allem auch, ab welchem *Zeitpunkt* Agio dem Verwendungsregime von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR unterliegt und, damit zusammenhängend, was die *rechtliche Bedeutung eines Zuweisungsbeschlusses der Generalversammlung* ist.

Unseres Erachtens ist bei diesen Fragen zwischen den Gewinnreserven und den übrigen Bestandteilen der allgemeinen gesetzlichen Reserve zu unterscheiden (eine Unterscheidung, die in der Lehre, soweit ersichtlich, nicht vorgenommen wird). Die Alimentierung der allgemeinen gesetzlichen Reserve entsprechend der sogenannten ersten Zuweisung (5 Prozent des Jahresgewinns, bis 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals erreicht sind) knüpft an das Vorliegen eines *Jahresgewinns* und somit an den Abschluss des Geschäftsjahres an.⁸⁵ Darüber hinaus ist für die Zuweisung aber auch erforderlich, dass die Generalversammlung die *Jahresrechnung genehmigt* hat. Zwar ist die Zuweisung eine gesetzliche Pflicht der Gesellschaft. Sie setzt jedoch voraus, dass überhaupt ein Jahresgewinn festgestellt und die entsprechende Jahresrechnung von der Generalversammlung genehmigt worden ist; erst dann steht der Betrag der vom Gesetz verlangten Zuweisung fest.⁸⁶ Grundsätzlich gleich verhält es sich für die zweite Zuweisung aufgrund von Art. 671 Abs. 2 Ziff. 3 OR. Mehrheitlich wird darum in der Lehre davon ausgegangen, dass der Abschluss der Jahresrechnung durch den Verwaltungsrat nicht *ipso iure* die Zuweisung der entsprechenden Beträge zur allgemeinen gesetzlichen Reserve bewirkt, sondern dass es hierfür auf die Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung ankommt (wobei dies, wie erwähnt, nach der Lehre für sämtliche Teile der allgemeinen gesetzlichen Reserve gilt).⁸⁷ Vor dem Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung

⁸² Handbuch der Wirtschaftsprüfung (FN 21), 319.

⁸³ Siehe zum Ganzen BÖCKLI (FN 15), § 8 N 310; GLANZMANN (FN 21), 80 ff.; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 17; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 37 ff.; anderer Meinung BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 671 OR N 118, wonach auch bei Holdingsgesellschaften die allgemeine gesetzliche Reserve erst frei verwendbar ist, wenn sie die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt; SIEGWART, Zürcher Kommentar (FN 64), Einleitung N 193, wonach die allgemeine gesetzliche Reserve selbst im Umfang von 20 Prozent des Aktienkapitals zu anderen Zwecken als zur Deckung von Verlusten usw. verwendet werden darf.

⁸⁴ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR (Hervorhebungen hinzugefügt); siehe hierzu etwa NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 19.

⁸⁵ Vgl. Art. 671 Abs. 1 OR.

⁸⁶ Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 22 N 40; DUBS/TRUFFER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 698 OR N 20; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 5.

⁸⁷ Siehe GLANZMANN (FN 21), 74; VON GREYERZ (FN 21), 235; wohl auch KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 19 (nicht eindeutig in Art. 680 OR N 19); MEYER (FN 15), 71; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 21.

ist die allgemeine gesetzliche Reserve folglich noch nicht entsprechend erhöht worden. Doch dürften die Verwendungsbeschränkungen gemäss Art. 671 Abs. 3 und 4 OR dennoch bereits mit Abschluss des Geschäftsjahres greifen, weil sie ansonsten unter Umständen ihren Zweck nicht erfüllen würden.⁸⁸

Anders liegen die Dinge im Fall eines *Agios* oder *Kaduzierungsgewinns*.⁸⁹ Sie sind Vermögensbestandteile, die der Gesellschaft ungeachtet der Feststellung eines Gewinns und ungeachtet des Ablaufs des Geschäftsjahres zufließen. Es handelt sich um Fälle eines rein tatsächlich eintretenden Vermögenszuwachses, und zwar um Zuwachs von Vermögen zum Zeitpunkt seiner Erfassung in der laufenden Buchhaltung. Die Gesellschaft verfügt über die betreffenden Vermögenswerte, ohne dass es eines Jahresabschlusses oder gar einer Genehmigung der Jahresrechnung bedürfte. Gleichwohl scheint auch mit Bezug auf Agio die Auffassung zu überwiegen, dass die für die allgemeine gesetzliche Reserve geltenden Verwendungsbeschränkungen erst greifen, wenn es durch einen entsprechenden Generalversammlungsbeschluss dieser Reserve zugewiesen worden ist.⁹⁰

Die Frage, ob Agio mit seiner Verbuchung bei der Gesellschaft, mit Abschluss des Geschäftsjahres oder gar erst mit der Genehmigung der Jahresrechnung der allgemeinen gesetzlichen Reserve «zugewiesen» wird, ist namentlich für die Ausschüttbarkeit des Agios von Belang. Überwiegend wird in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, Agio unterstehe *bis zur Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve* dem *Kapitalrückzahlungsverbot* von Art. 680 Abs. 2 OR, sei mithin wie Aktienkapital zu behandeln.⁹¹ Diese Auffassung ist jedoch schwer zu begründen: Agio kann und darf vor seiner Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve nicht als Aktienkapital verbucht und bilanziert werden; das wäre eine grobe Täuschung gegenüber den Gläubigern wie auch den Aktionären. Was aber nicht als Aktienkapital erfasst wird, unterliegt nicht den Regeln über den Schutz des Aktienkapitals. Damit kommt nur eine Verbuchung als «Agio» in Betracht, obwohl das Gesetz Agio nicht als Eigenkapitalposten vorsieht,⁹² oder aber direkt und ohne besondere Benennung als Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve. Entscheidend ist dabei, dass die Verwendungsbeschränkungen gemäss Art. 671 Abs. 3 und 4 OR vom Moment der Einbuchung des Agios an gelten. Die Zuweisung zur allgemeinen gesetzlichen Reserve könnte sonst vereitelt werden, wenn bis

zum Ende des Geschäftsjahres bzw. zur Genehmigung der Jahresrechnung nicht zumindest die gleiche Beschränkung gelten würde wie jene, die *nach* der Zuweisung gilt. Unseres Erachtens unterliegt Agio somit von Anfang an – ab dem Moment seiner Erfassung in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft – den Ausschüttungsregeln von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR, aber auch *nur* diesen Regeln und nicht dem Verbot der Einlagerückgewähr. Diese Regeln gelten überdies zeitlich unbegrenzt, falls in einer Gesellschaft keine Generalversammlungen durchgeführt und keine Jahresrechnungen genehmigt werden sollten (womit es gemäss der Mehrheitsauffassung nicht zu einer Zuweisung des Agios zur allgemeinen gesetzlichen Reserve kommen kann); die Nichterfüllung der gesetzlichen Pflicht kann nicht dazu führen, dass die zwingenden Verwendungsbeschränkungen nicht greifen.

Was schliesslich den von der Lehre überwiegend geforderten *Zuweisungsbeschluss der Generalversammlung* angeht, so ist jedenfalls kein ausdrücklicher Beschluss verlangt; eine implizite Zustimmung zum Zuweisungsantrag im Rahmen der Genehmigung der Jahresrechnung an der ordentlichen Generalversammlung genügt.⁹³ Eine Zuweisung von Agio zur allgemeinen gesetzlichen Reserve ist jedoch jederzeit möglich, auch während des laufenden Geschäftsjahres im Rahmen einer ausserordentlichen Generalversammlung oder bereits im Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss, der die Grundlage für die neu auszugebenden Aktien bildet.

3. Verfahren zur Ausschüttung von Agio

Selbst die Vertreter der Auffassung, das Verbot der Einlagerückgewähr beziehe sich auch auf Agio, schliessen dessen Ausschüttung nicht aus. Sie stellen sich lediglich auf den Standpunkt, dass eine Rückzahlung an die Aktionäre nur im Wege einer Kapitalherabsetzung möglich sei.⁹⁴ Es fragt sich indessen, ob das Kapitalherabsetzungsverfahren hierfür geeignet oder ob nicht das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende vorzuziehen sei. Jedenfalls lautet die entscheidende Frage so gesehen nicht, ob Agio ausschüttbar sei, sondern in welchem Verfahren dies zu geschehen hat.

3.1 Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung?

Eine *direkte Anwendung* des Kapitalherabsetzungsverfahrens auf die Ausschüttung von Agio fällt *ausser Betracht*. Eine Ausschüttung von Agio im Verfahren der Kapitalherabsetzung ist in der Praxis denn auch unbekannt. Dieses Verfahren ist darauf ausgerichtet, den in

⁸⁸ Siehe zu dieser Überlegung auch sogleich nachstehend im Text, im Zusammenhang mit der Zuweisung von Agio zur allgemeinen gesetzlichen Reserve.

⁸⁹ Siehe Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

⁹⁰ Siehe die Literaturhinweise vorn FN 87.

⁹¹ So GLANZMANN (FN 21), 74; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 680 OR N 19; MEYER (FN 15), 71; NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 18 und 36.

⁹² Vgl. Art. 663a Abs. 3 OR.

⁹³ Davon wird im Allgemeinen ohne Weiteres ausgegangen, siehe etwa NEUHAUS/BALKANYI, Basler Kommentar (FN 15), Art. 671 OR N 33.

⁹⁴ Siehe namentlich BÖCKLI (FN 15), § 1 N 311 und 317 sowie § 12 N 526 ff.; BÖCKLI (FN 20), 547.

den Statuten genannten und im Handelsregister eingetragenen Betrag des Aktienkapitals herabzusetzen. Für eine Ausschüttung von Agio – das weder in den Statuten genannt noch im Handelsregister eingetragen ist⁹⁵ – passt es nicht.⁹⁶ Das Verfahren der Kapitalherabsetzung dient dem Schutz der Gläubiger; ihre Stellung soll nicht durch den Vermögensabfluss verschlechtert werden.⁹⁷ Agio ist jedoch nicht eine im Interesse eines grösseren Haftungssubstrats geleistete Einlage.⁹⁸ Das Kapitalherabsetzungsverfahren ist darum für eine «Herabsetzung» von Agio auch von seinem Schutzzweck her nicht geeignet.⁹⁹

Wenn die Kapitalherabsetzung den Ansatzpunkt für ein Verfahren zur Ausschüttung von Agio bilden soll, müssten *wesentliche Teile des Kapitalherabsetzungsverfahrens entfallen*: die Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten, dass die Forderungen trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals gedeckt sind,¹⁰⁰ die Veröffentlichung des Herabsetzungsbeschlusses mit der Bekanntgabe und Aufforderung an die Gläubiger,¹⁰¹ die allfällige Befriedigung oder Sicherstellung gegenüber den Gläubigern, die Feststellungen in der öffentlichen Urkunde und die Eintragung ins Handelsregister.¹⁰² Für eine «Herabsetzung» von Agio verbliebe lediglich ein Rumpf des Kapitalherabsetzungsverfahrens: ein Beschluss der Generalversammlung, die allgemeine gesetzliche Reserve in einem bestimmten Umfang zu reduzieren und die Mittel zur Auszahlung an die Aktionäre zu verwenden, und ein Prüfungsbericht, der, *mutatis mutandis*, die Deckung der Forderungen trotz «Herabsetzung» des Agios bestätigt. Damit ist man vom Beschluss über die Ausrichtung einer Dividende – das aus unserer Sicht richtige Vorgehen – ohnehin nicht mehr weit entfernt.¹⁰³

Problematisch ist jedoch bei einem solchen «gestutzten» Kapitalherabsetzungsverfahren, dass den *Verwendungsbeschränkungen von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR keine Nachachtung verschafft* wird: Der Prüfungsbericht spricht sich über die Deckung der Forderungen

trotz Herabsetzung des Aktienkapitals bzw. des Agios aus, nicht aber über die Beachtung der Verwendungsbeschränkungen bezüglich der allgemeinen gesetzlichen Reserve.¹⁰⁴ Mithin würde die Anwendung des Kapitalherabsetzungsverfahrens das materiell richtige Ergebnis nicht gewährleisten. Dieses wird hingegen mit dem Verfahren der Ausrichtung einer Dividende erzielt.

3.2 Ausschüttung im Wege der Ausrichtung einer Dividende?

Führt das Kapitalherabsetzungsverfahren nicht zu den aufgrund von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR gebotenen Beschränkungen bei der Verwendung des Agios, so kommt *de lege lata* für eine Ausschüttung von Agio nur das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende in Betracht. Eine Ausschüttung in diesem Verfahren ist zulässig. Nach Art. 675 Abs. 2 OR dürfen Dividenden nur «aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven» ausgerichtet werden. Dabei ist der Begriff der «hierfür gebildeten Reserven» weit auszulegen. Er umfasst insbesondere auch die allgemeine gesetzliche Reserve, soweit sie nicht aufgrund von Art. 671 OR gebunden ist, und als Teil davon ein allfälliges Agio (wobei zum Teil eine vorgängige Umqualifikation in freie Reserven gefordert wird).¹⁰⁵ In der Praxis hat sich ein Vorgehen durchgesetzt, das dem Erfordernis der «hierfür gebildeten Reserven» noch eindeutiger Rechnung trägt. 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.

Das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende gewährleistet einen *sachgerechten*, das heisst konkret, einen auf die Verwendungsbeschränkungen von Art. 671 Abs. 3 und Abs. 4 OR abgestimmten *Schutz des Agios* und damit des Eigenkapitals der Gesellschaft:

- Eine Dividende aus Agio darf nur ausgerichtet werden, wenn eine geprüfte Jahresrechnung oder ein geprüfter Zwischenabschluss vorliegt und die Generalversammlung sie bzw. ihn genehmigt hat.¹⁰⁶
- Der Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung, Agio in der Form einer Dividende auszuschütten, muss von der Revisionsstelle auf seine Gesetzes- und Statutenkonformität hin geprüft werden.¹⁰⁷ Dadurch wird sichergestellt, dass Agio nur ausgeschüttet wird, wenn nach der Ausschüttung die allgemeine gesetzliche Reserve nicht weniger als

⁹⁵ Siehe vorn S. 17.

⁹⁶ Siehe 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>), 1 ff., 24 (bezogen auf das künftige Recht); MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 780.

⁹⁷ 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; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 53 N 26 ff., 32; KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Vor Art. 732–735 OR N 2; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (FN 20), N 424.

⁹⁸ Siehe vorn S. 17.

⁹⁹ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass gerade die Rückzahlung von Agio für PETER BÖCKLI Anlass ist, eine recht weitgehende Vereinfachung des Gläubigerschutzes bei der Kapitalherabsetzung gemäss künftigem Recht vorzuschlagen (siehe BÖCKLI [FN 20], 553, und dazu hinten S. 25 ff.).

¹⁰⁰ Art. 732 Abs. 2 OR.

¹⁰¹ Art. 733 OR.

¹⁰² Siehe zu den letzten drei Punkten Art. 734 OR.

¹⁰³ Siehe zum Gesagten auch MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 781 (bezogen auf das künftige Recht); sodann auch hinten S. 24 ff.

¹⁰⁴ Siehe dazu ausführlicher hinten S. 22.

¹⁰⁵ Siehe zum Gesagten DUBS/TRUFFER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 698 OR N 21; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 40 N 37; KURER, Basler Kommentar (FN 15), Art. 675 OR N 15; sodann auch vorn S. 15.

¹⁰⁶ Siehe Art. 731 Abs. 1 OR.

¹⁰⁷ Siehe Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

50 Prozent bzw., bei Holdinggesellschaften, 20 Prozent des Aktienkapitals beträgt.¹⁰⁸

- Die Ausschüttung in der Form einer Dividende muss von der Generalversammlung genehmigt werden.¹⁰⁹

Wird Agio in der Form einer Dividende ausgeschüttet, so liegt deswegen *keine Ausschüttung von Gewinnanteilen* vor. Es wird lediglich das *Verfahren* für die Ausrichtung einer Dividende für die Ausschüttung von Agio eingesetzt, weil das geltende Recht hierfür kein besonderes Verfahren vorsieht und das Kapitalherabsetzungsverfahren, wie gezeigt, nicht geeignet ist.

3.3 Vergleich des Kapitalherabsetzungsverfahrens mit dem Verfahren zur Ausrichtung einer Dividende

a. Angemessener Schutz der allgemeinen gesetzlichen Reserve im Fall der Ausrichtung einer Dividende

Vergleicht man die beiden dargestellten Verfahren, die für eine Ausschüttung von Agio in Frage kommen, so verdient das Verfahren zur Ausrichtung einer Dividende den Vorzug, weil es, wie dargelegt, einen Schutz des Eigenkapitals gewährleistet, der genau den Verwendungsbeschränkungen von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR entspricht. Das Kapitalherabsetzungsrecht stellt demgegenüber, was das Vermögen der Gesellschaft betrifft, lediglich sicher, dass keine Überschuldung eintritt (dadurch, dass die Forderungen der Gläubiger trotz der Kapitalherabsetzung gedeckt sein müssen).¹¹⁰ Dagegen garantiert es keine Deckung der allgemeinen gesetzlichen Reserve. Auch der Handelsregisterführer prüft bei einer Kapitalherabsetzung – entsprechend der bundesgerichtlichen «Kognitionsformel»¹¹¹ – gestützt auf die ihm eingereichten Belege im Wesentlichen nur, ob das Kapitalherabsetzungsverfahren richtig durchgeführt wurde und keine offensichtlichen Verstösse vorliegen gegen zwingende materielle Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse Dritter bestehen.¹¹² Er kann die Beachtung der Verwendungsbeschränkungen gemäss Art. 671 Abs. 3 und Abs. 4 OR nicht überprüfen, weil ihm die dafür erforderlichen Angaben nicht vorliegen.¹¹³ Die Prüfung der Jahresrechnung oder des Zwischenabschlusses anlässlich der Beschlussfassung über die Dividende sowie des Gewinnverwendungsantrages des Verwaltungsrates gewährleistet

einen wirksameren Vermögens- und damit im Ergebnis auch Gläubigerschutz.¹¹⁴

Freilich gewährt das Kapitalherabsetzungsrecht den *Gläubigern* auch noch gewisse *persönliche Rechte*: Sie können die Sicherstellung und unter Umständen die Erfüllung ihrer Forderungen verlangen.¹¹⁵ Der vom Kapitalherabsetzungsrecht bezweckte Gläubigerschutz ist jedoch, wie erwähnt, ein Schutz, der mit dem wirtschaftlichen Zweck eines Agios und den einschlägigen Gesetzesbestimmungen nicht zu rechtfertigen ist.¹¹⁶

b. Keine Umgehung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung

In der politischen Diskussion ist die Auffassung vertreten worden, dass für Agio-Ausschüttungen das Kapitalherabsetzungsverfahren namentlich deshalb zur Anwendung kommen müsse, weil sonst die *Gläubigerschutzbestimmungen* des Kapitalherabsetzungsrechts *umgangen* werden könnten. Eine Gesellschaft mit einem Eigenkapitalbedarf von 1 Million Franken hätte im Hinblick auf steuerfreie Agio-Ausschüttungen einen Anreiz, statt 1 Million Franken Aktienkapital lediglich das Mindestkapital von 100'000 Franken und im Übrigen 900'000 Franken Agio aufzubringen.¹¹⁷

Mangels einer entsprechenden Gebots- oder Verbotsvorschrift gibt es jedoch nichts zu umgehen. Erstens kennt das Schweizer Aktienrecht über das Mindestkapital von 100'000 Franken hinaus *kein Erfordernis eines bestimmten Mindestkapitals*.¹¹⁸ Ihre Finanzierung überlässt das Aktienrecht weitestgehend den Gesellschaften selber; deren Organe müssen namentlich für eine angemessene Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft sorgen.¹¹⁹ Das oben beschriebene Vorgehen ist deshalb ohne Weiteres zulässig. Eine Eigenkapitalfinanzierung auf zum Teil oder gar grösstenteils andere Weise als durch Aktienkapital stellt folglich keine Gesetzesumgehung dar.

Dies gesagt ist – zweitens – festzuhalten, dass es vielfältige *legitime Gründe* dafür gibt, den Ausgabebetrag in einen tiefen Nominalwert und ein relativ hohes Agio aufzuteilen, und zwar auch andere Gründe als solche der Steueroptimierung (wobei auch Steueroptimierung ein legitimer Grund ist, zumal gerade die Unternehmenssteuerreform II entsprechende Anreize setzen wollte).

¹⁰⁸ Siehe Art. 671 Abs. 3 und 4 OR.

¹⁰⁹ Siehe Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

¹¹⁰ Art. 732 Abs. 2 OR.

¹¹¹ BGE 125 III 18 E. 3b, S. 21; BGE 121 III 368 E. 2a, S. 371; BGE 117 II 186 E. 1, S. 188; ECKERT, Basler Kommentar (FN 15), Art. 940 OR N 18; KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Art. 735 OR N 5a.

¹¹² Siehe auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 53 N 235, mit FN 71; KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Vor Art. 732–735 OR N 20.

¹¹³ Siehe auch Art. 55 Abs. 1 und 2 HRegV.

¹¹⁴ Siehe zu dieser Prüfung durch die Revisionsstelle vorn S. 21 f.; zum Ganzen auch KÄGI (FN 96), 24.

¹¹⁵ Art. 733 OR.

¹¹⁶ Siehe zum Ganzen vorn S. 17 f. und 20 f.

¹¹⁷ Votum EVELINE WIDMER-SCHLUMPF (AB S 2009, 649).

¹¹⁸ Eine (*unechte*) Ausnahme bilden unter anderem Eigenkapitalvorschriften für Banken und Effektenhändler gemäss der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV) vom 29. September 2006 (SR 952.03).

¹¹⁹ Siehe Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 717 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 30 N 42.

Gibt beispielsweise eine börsenkotierte Gesellschaft neue Aktien aus, so erfolgt dies oft im Wege einer Festübernahme.¹²⁰ Dabei liberiert der Festübernehmer – in der Regel ein Bankensyndikat – zunächst die Aktien zum Nominalwert. In einem zweiten Schritt bietet der Festübernehmer die Aktien auf Rechnung der Gesellschaft zum festgelegten Marktpreis den Investoren an. Die Differenz zwischen dem Nominalwert und dem Betrag, den die Investoren bezahlen, abzüglich der Vergütung des Festübernehmers, wird bei der Gesellschaft als Agio verbucht. Die Aufgliederung in eine Ausgabe der Aktien an den Festübernehmer zum Nominalwert und eine anschließende Ausgabe zum Marktpreis erfolgt aus kapitalmarktbezogenen Risikoüberlegungen und nicht aufgrund von steuerlichen Anreizen.

III. Ausschüttung von Agio nach künftigem Aktienrecht

Die Streitfrage, ob und gegebenenfalls in welchem Verfahren Agio ausgeschüttet werden kann, ist auch in die laufende Aktienrechtsrevision hineingetragen worden. Zudem haben die für viele überraschenden Auswirkungen der Unternehmenssteuerreform II zu Vorstössen Anlass gegeben, die auch das Aktienrecht betreffen. Die verschiedenen Vorschläge werden nachfolgend dargestellt und, was die Vorschläge im Rahmen der Aktienrechtsrevision betrifft, kritisch gewürdigt. Zudem unterbreiten die Autoren Grundzüge eines Vorschlages für ein besonderes Verfahren zur Ausschüttung von Agio.

1. Überblick über die Gesetzesvorschläge

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision soll die Kontroverse betreffend die Ausschüttbarkeit von Agio geklärt werden; dies ist ein erklärtes Ziel des *Bundesrates*.¹²¹ Gemäss seinem Entwurf soll die «gesetzliche Kapitalreserve», der das Agio – neu als Aufgeld bezeichnet¹²² – zuzuweisen sein wird,¹²³ nur zur Deckung von Verlusten, für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und Milderung ihrer Folgen verwendet werden dürfen.¹²⁴ Eine Ausschüttung von Agio an die Aktionäre in der Form einer Dividende scheint aufgrund des Gesetzeswortlauts ausgeschlossen, eine Rückzahlung im Verfahren der Kapitalherabsetzung ist jedoch möglich.¹²⁵

Der *Ständerat*, der den Entwurf als Erstrat behandelt hat,¹²⁶ hat demgegenüber beschlossen, dass die gesetzliche Kapitalreserve, einschliesslich des Agios, auch zur Rückzahlung an die Aktionäre verwendet werden kann, soweit die gesetzlichen Reserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen.¹²⁷ Dies wäre eine teilweise Rückkehr zur heutigen Regelung in Art. 671 OR; nur teilweise, weil jedenfalls gemäss dem Wortlaut des ständerätlichen Entwurfs – wohl aufgrund eines Versehens – keine Sonderregelung für Holdinggesellschaften mehr besteht. Die *Rechtskommission des Nationalrates* ist dem Ständerat indessen nicht gefolgt, sondern hat sich dem Bundesrat angeschlossen; die Verwendung der gesetzlichen Kapitalreserve soll also im vollen Umfang eingeschränkt sein.¹²⁸

Die Beratungen zu dem hier interessierenden Teil der Aktienrechtsrevision sind derzeit *sistiert*. Zuerst soll nun ein Gegenvorschlag zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» ausgearbeitet werden. Erst in einem nächsten Schritt sollen die anderen Teile der Aktienrechtsrevision vom Parlament weiterbehandelt werden.¹²⁹

Schliesslich hat der Bundesrat aufgrund von zwei Motionen, die im Zusammenhang mit den Auswirkungen des Kapitaleinlageprinzips eingereicht wurden, Vorschläge für *aktienrechtliche Beschränkungen von Auszahlungen aus Kapitaleinlagen* in Aussicht gestellt. Konkret sollen Kapitalherabsetzungen erst dann zulässig sein, wenn kein Gewinnvortrag und keine frei verfügbaren Reserven mehr vorhanden sind. «Eine solche Einschränkung der Verwendungsmöglichkeit der Reserven aus Kapitaleinlagen würde einerseits den Gläubigerschutz verbessern und andererseits verhindern, dass steuerbare Ausschüttungen von Gewinnen durch steuerfreie Rückzahlungen von Reserven aus Kapitaleinlagen ersetzt werden.»¹³⁰

¹²⁰ Botschaft 2007 (FN 4), 1644; DRUEY/GLANZMANN (FN 18), § 9 N 99; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 52 N 198 ff.

¹²¹ Siehe die Botschaft 2007 (FN 4), 1660.

¹²² Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 E-OR.

¹²³ Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 E-OR.

¹²⁴ Art. 671 Abs. 2 E-OR.

¹²⁵ Siehe betreffend die Kapitalherabsetzung die Hinweise hinten FN 132.

¹²⁶ AB S 2009, 601 ff., 643 ff.

¹²⁷ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 4 E-OR gemäss dem Beschluss des Ständerates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 11. Juni 2009 (abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/sites/doc/CuriaFolgeseite/2008/20080011/S11%20D.pdf>> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]): «Die gesetzliche Kapitalreserve darf nur verwendet werden: ... 4. zur Rückzahlung an die Aktionäre, soweit die gesetzlichen Reserven die Hälfte des Aktienkapitals übersteigen.» (dazu AB S 2009, 647 ff.).

¹²⁸ Siehe die Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrates zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom 26. März 2010 (abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/d/mm/2010/seiten/mm-rk-n-2010-03-26.aspx>> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

¹²⁹ Siehe die Medienmitteilungen der Rechtskommission des Nationalrates zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom 30. Oktober 2009 und vom 3. September 2010 (abrufbar unter <<http://www.parlament.ch/d/mm/2009/Seiten/mm-rk-n-2009-10-30.aspx>> bzw. <<http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-rk-n-2010-0903.aspx>> [beide zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

¹³⁰ Siehe die Stellungnahme des Bundesrates vom 6. April 2011 zu den Motionen Levrat und Leutenegger Oberholzer (vorn FN 10) (abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20113189> bzw. <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20113199> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]).

2. Zulässigkeit der Ausschüttung von Agio

Nach geltendem Recht gibt es kein absolutes Verbot der Ausschüttung von Agio. Selbst diejenigen, die vertreten, Agio sei wie Aktienkapital zu schützen, lassen eine Rückzahlung jedenfalls in Form der Kapitalherabsetzung zu.¹³¹ Denn Agio kann nicht strengeren Kapitalschutzvorschriften unterliegen als das Aktienkapital. Auch im künftigen Recht muss eine Ausschüttung von Agio jedenfalls im Verfahren der Kapitalherabsetzung möglich sein. Das ist denn auch unbestritten.¹³² Der Gesetzesentwurf sollte dies jedoch ausdrücklich festhalten; denn Agio ist kein Aktienkapital, es geht hier gegebenenfalls um eine bloss analoge Anwendung des Kapitalherabsetzungsverfahrens.

3. Verfahren zur Ausschüttung von Agio

3.1 Vorbemerkungen

Nach geltendem Recht führt die Ausschüttung von Agio in Form einer *Dividende* zu einem sachgerechten Ergebnis, nämlich zu dem durch die Verwendungsbeschränkungen von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR geforderten Eigenkapitalschutz.¹³³ Nachdem das Aktienrecht zurzeit jedoch ohnehin revidiert wird, ist die Frage zu stellen, ob die Ausschüttung von Agio im Gewand einer Dividende unter allen Gesichtspunkten befriedigt.

Der Begriff der Dividende und die Ausschüttung im Verfahren der Dividendenausrichtung bringen gegenüber den Aktionären, aber auch gegenüber Gläubigern und den Anlegern auf dem Kapitalmarkt die Natur des Vorgangs der Agio-Ausschüttung *zu wenig klar zum Ausdruck*.¹³⁴ Das Verfahren zur Ausschüttung von Agio sollte auf den besonderen Charakter dieses Eigenkapitalbestandteils und vor allem auf die für ihn geltenden Verwendungsbeschränkungen zugeschnitten sein und nicht den Eindruck einer Ausschüttung von Gewinnanteilen erwecken. Daran besteht auch im Hinblick auf die richtige steuerrechtliche Qualifikation des Vermögenszuwachses bei den Aktionären ein Interesse.

Nicht nur Agio, sondern auch andere Eigenkapitalbestandteile, die nicht Aktienkapital oder Gewinn sind, möchte die Gesellschaft unter Umständen an die Aktionäre zurückzahlen. Gedacht wird hier nicht zuletzt an die von Aktionären geleisteten «Einlagen und Zuschüsse», die im künftigen Recht ebenfalls zur gesetzlichen Kapitalreserve gehören sollen.¹³⁵ Auch sie können gemäss dem Kapitaleinlageprinzip steuerfrei an die Aktionäre zurückgeführt werden.¹³⁶ Dies spricht für eine *allgemeine aktienrechtliche Regelung zur Rückzahlung solcher Eigenkapitalbestandteile*. Selbst die Ausschüttung eines Gewinns könnte entsprechend einer solchen allgemeinen Regelung erfolgen; doch spricht das Anliegen, eine Gewinnausschüttung deutlich als solche zu kennzeichnen und von anderen Eigenkapitalrückzahlungen zu unterscheiden, *de lege ferenda* gegen einen Einbezug auch der Dividende in eine solche Regelung.¹³⁷

Im Folgenden werden zwei Wege besprochen: Falls, in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Auffassung, auch in Zukunft ein Teil der allgemeinen gesetzlichen Reserve bzw. der gesetzlichen Kapitalreserve und damit auch des Agios ausgeschüttet werden kann (entsprechend dem Beschluss des Ständerates)¹³⁸, dann sollte hierfür ein geeignetes Verfahren geschaffen werden; dessen Grundzüge werden nachstehend skizziert (Ziff. 3.2), wobei, entsprechend dem Thema dieses Beitrages, konkret von der Ausschüttung von Agio die Rede sein wird. Wenn indessen die Auffassung Gesetz werden sollte, dass Agio bzw. die ganze künftige gesetzliche Kapitalreserve nicht frei verwendet werden darf (entsprechend dem bundesrätlichen Vorschlag)¹³⁹, dann ist eine Ausschüttung von Agio jedenfalls im Wege der Kapitalherabsetzung möglich. Darum soll der Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsrecht in einigen Punkten kritisch beleuchtet werden; dazu nachstehend Ziff. 3.3.

3.2 Grundzüge eines besonderen Verfahrens zur Ausschüttung von Agio

a. Generalversammlungsbeschluss und Ermächtigung des Verwaltungsrates

Angesichts der weitgehenden Zuständigkeiten der Generalversammlung im Bereich der Eigenkapitalfinanzierung nach geltendem schweizerischem Aktienrecht – Zuständigkeiten betreffend Veränderungen des Aktienkapitals¹⁴⁰ und bezüglich der Gewinnverwendung¹⁴¹ – scheint es selbstverständlich, dass die *Generalversammlung* eine Ausschüttung von Agio beschliessen muss. Wie bei der

¹³¹ Siehe die Hinweise vorn FN 18, 20 und 94.

¹³² Insbesondere spricht sich auch PETER BÖCKLI ([FN 20], 553) – von dem sich der bundesrätliche Entwurf wohl hat inspirieren lassen – dafür aus, dass eine Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung selbstverständlich möglich bleibe. Siehe sodann die Stellungnahme des Bundesrates vom 6. April 2011 zu den Motionen Levrat und Leutenegger Oberholzer (vorn FN 10) (abrufbar unter <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> [zuletzt besucht am 10. Februar 2012]); LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, ST 2008, 665 ff., 671; KÄGI (FN 96), 23, 24; MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 780.

¹³³ Siehe vorn S. 21 f.

¹³⁴ Ebenso BÖCKLI (FN 15), § 12 N 526 (der daraus freilich ableitet, dass Agio überhaupt nicht als Dividende ausgeschüttet werden könne).

¹³⁵ Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR.

¹³⁶ Art. 20 Abs. 3 DBG, Art. 7b StHG und Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG.

¹³⁷ Siehe zum Ganzen auch hinten S. 28.

¹³⁸ Siehe vorn S. 23.

¹³⁹ Siehe vorn S. 23.

¹⁴⁰ Art. 650 f. und 653 OR und Art. 732 und 733 OR, sodann Art. 650 und 653 E-OR, Art. 653j und 653n E-OR und Art. 653s E-OR.

¹⁴¹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

Beschlussfassung über eine Dividende, bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung und bei einer Kapitalherabsetzung bedarf es hierfür grundsätzlich keines qualifizierten Mehrs.¹⁴²

Nicht erforderlich ist eine *öffentliche Beurkundung* des Generalversammlungsbeschlusses. Bei einer Agio-Ausschüttung gibt es – anders als bei einer Kapitalherabsetzung,¹⁴³ aber gleich wie bei der Ausrichtung einer Dividende – keine Statutenänderung.¹⁴⁴

Im Übrigen sollte die Generalversammlung eine Ausschüttung von Agio in gewissen Hinsichten *an den Verwaltungsrat delegieren* können. Die künftige Regelung des Kapitalbandes mit den inhaltlichen Anforderungen an die statutarische Grundlage¹⁴⁵ gibt einen Hinweis darauf, wie die Aufgaben in diesem Bereich zwischen der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat zu verteilen sind. Eine Delegation darf bei einer Ausschüttung von Agio im Grundsatz gar weiter gehen, weil die Verknüpfung von Mitgliedschaft und Aktienkapital, die tendenziell für eine starke Rolle der Generalversammlung spricht, beim Agio entfällt. Dementsprechend sollte die Generalversammlung den Verwaltungsrat zum Beispiel ermächtigen können, während eines bestimmten Zeitraumes im Umfang eines bestimmten Maximalbetrages Agio auszuschütten, wobei die Ermächtigung auch eine quartalsweise Ausschüttung umfassen könnte.

b. Beachtung der Ausschüttungsschranken

Das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende – an welches sich das hier skizzierte Verfahren zur Rückzahlung anderer Eigenkapitalbestandteile, namentlich von Agio, anlehnt – stellt auf verschiedene Weisen sicher, dass die materiellen Schranken einer Ausschüttung von Gewinn beachtet werden. Das Verfahren, in dessen Rahmen Agio den Aktionären ausgeschüttet wird, muss dies ebenfalls leisten, das heisst, es muss dafür sorgen, dass die für Agio geltenden Ausschüttungsschranken beachtet werden (gemäss dem ständerätlichen Entwurf somit die Deckung der Hälfte des Aktienkapitals)¹⁴⁶. Im Einzelnen heisst dies:

- Die Jahresrechnung muss von der Revisionsstelle geprüft sein, und der Revisionsbericht muss vorliegen, bevor die Generalversammlung die Jahresrechnung genehmigt.¹⁴⁷
- Es muss ein Antrag des Verwaltungsrates über die Verwendung des Agios vorliegen. Dieser Antrag muss im Einklang mit dem Gesetz stehen, das heisst, er muss die Ausschüttungsschranken beachten.

- Der Antrag des Verwaltungsrates muss von der Revisionsstelle darauf hin geprüft werden, ob er den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht.¹⁴⁸

c. Kein öffentlich beurkundeter Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates

Eines öffentlich beurkundeten Feststellungsbeschlusses des Verwaltungsrates bedarf es bei einer Ausschüttung von Agio nicht. Anders als bei einer Kapitalherabsetzung¹⁴⁹ kommt es bei einer Ausschüttung von Agio zu keiner Statutenänderung, die beim Handelsregister angemeldet werden müsste. Das ändert freilich nichts daran, dass der Verwaltungsrat einen Beschluss über die Durchführung der Agio-Ausschüttung treffen muss.

d. Verhältnis zur Ausrichtung einer Dividende

Mit dem Vorschlag für ein besonderes Verfahren zur Ausschüttung von Agio (und gewissen anderen Eigenkapitalbestandteilen) soll nicht in Frage gestellt werden, dass auch *de lege ferenda*, falls kein besonderes Verfahren für Agio-Ausschüttungen geschaffen wird, eine Ausschüttung durch Ausrichtung einer Dividende zulässig ist (vorausgesetzt freilich, es unterliege nicht ohnehin die ganze gesetzliche Kapitalreserve einer Verwendungsbeschränkung, entsprechend dem Vorschlag des Bundesrates)¹⁵⁰. Allerdings wäre eine gesetzliche Regel wünschenswert, die festhält, dass Agio im Verfahren der Dividendenausrichtung ausgeschüttet werden kann. Damit würde die bloss analoge Anwendung der Bestimmungen über die Dividende und folglich auch die Tatsache deutlich gemacht, dass mit einer Ausschüttung von Agio nicht Gewinnanteile ausgeschüttet werden.

3.3 Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung

Sollte es dazu kommen, dass die gesetzliche Kapitalreserve – und mit ihr das Agio – im vollen Umfang nur für die im Gesetz genannten besonderen Zwecke verwendet werden darf, so ist Agio im Wege der Kapitalherabsetzung auszuschütten.¹⁵¹ Aus diesem Grund werden hier einige kritische Bemerkungen zum bundesrätlichen Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsrecht angebracht – kritische Bemerkungen, die sich nicht spezifisch auf die Verwendung des Kapitalherabsetzungsverfahrens zwecks Ausschüttung von Agio beziehen. Eine umfassende Auseinandersetzung mit den Revisionsvorschlägen ist dabei nicht beabsichtigt; es werden Einzelpunkte vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen in jüngerer Zeit angesprochen.

¹⁴² Siehe zu den Beschlüssen, die ein qualifiziertes Mehr erfordern, Art. 704 Abs. 1 E-OR.

¹⁴³ Siehe Art. 653o E-OR.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 647 OR.

¹⁴⁵ Art. 653t Abs. 1 E-OR.

¹⁴⁶ Siehe vorn S. 23.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 731 Abs. 1 OR.

¹⁴⁸ Vgl. mit Bezug auf die Verwendung des Bilanzgewinns Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

¹⁴⁹ Art. 653o E-OR.

¹⁵⁰ Siehe hierzu vorn S. 23.

¹⁵¹ Siehe die Hinweise vorn FN 132.

a. Geplante Änderungen bei der Kapitalherabsetzung

Art. 653k Abs. 1 E-OR sieht ähnlich wie heute Art. 733 OR vor, dass die Gläubiger durch eine öffentliche Aufforderung darauf hinzuweisen sind, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Die Anmeldefrist soll einen Monat betragen;¹⁵² nach geltendem Recht sind es zwei Monate.¹⁵³ Die Prüfungsbestätigung, die ein zugelassener Revisionsexperte abgeben muss, hat den Ergebnissen der Aufforderung an die Gläubiger Rechnung zu tragen.¹⁵⁴ Anders als nach geltendem Recht wird damit inskünftig erst *nach* dem Schuldeneruf bestätigt werden, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Kapitalherabsetzung vollständig gedeckt sind. Abgesehen von der veränderten Abfolge von Prüfungsbestätigung und Schuldeneruf sowie der verkürzten Frist zur Forderungsanmeldung weicht der Entwurf in dem hier interessierenden Bereich vom bisherigen Kapitalherabsetzungsrecht nicht ab.

b. Bestätigung der Forderungsdeckung und Sicherstellungspflicht

Der bundesrätliche Entwurf behält die beiden bisherigen Pfeiler des Gläubigerschutzes bei: Deckung der Forderungen, gewährleistet mittels eines Prüfungsberichts bzw. einer Prüfungsbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten, sodann ein Sicherstellungs- und nach bisherigem Recht auch ein Befriedigungsanspruch der Gläubiger. Liegt jedoch eine Prüfungsbestätigung vor, die vorbehaltlos festhält, dass die *Forderungen der Gläubiger auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals* (bzw. im vorliegenden Kontext nach der Ausschüttung von Agio) *vollständig gedeckt* sind, so ist *nicht* ersichtlich, weshalb Gläubiger über ihre bestehenden vertraglichen oder anderweitigen Ansprüche hinaus ein Recht auf *Sicherstellung* ihrer Forderungen haben sollen. Selbstverständlich vermindert sich mit der Kapitalherabsetzung das potenziell dem Zugriff der Gläubiger unterliegende Haftungssubstrat. Dies generell zu verhindern, ist jedoch nicht der Zweck des aktienrechtlichen Kapitalschutzes.¹⁵⁵ Zudem bildet die Liquidität gemäss geltendem Recht zwar kein massgebendes Kriterium bei der Beurteilung, ob eine Kapitalherabsetzung zulässig ist, doch erfolgt in der Praxis eine eingeschränkte Prüfung der Liquidität durch den Revisionsexperten.¹⁵⁶ Es wäre unter diesen Umständen systemwidrig, wenn eine Kapitalherabsetzung den Gläubigern neue, zusätzliche Rechte gegenüber der Schuldner-Gesellschaft verschaffen würde, nachdem

durch einen zugelassenen Revisionsexperten festgestellt worden ist, dass ihre Forderungen gedeckt sind.¹⁵⁷

Der Bundesrat hält in seiner Botschaft – in Übereinstimmung mit dem eben Gesagten – fest, dass der Nachweis der Deckung der Forderungen in der Regel mit der entsprechenden Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten erbracht sei, sodass die Sicherstellungspflicht entfällt. In besonderen Fällen reiche die Prüfungsbestätigung allein jedoch nicht aus; als Beispiel wird der Fall von erst lange nach der Herabsetzung fällig werdenden Forderungen genannt.¹⁵⁸ Darauf, ob eine Forderung kurz oder lange nach der Kapitalherabsetzung fällig wird, kann es indessen nicht ankommen. Steht aufgrund des Rechnungslegungsrechts fest, dass eine Forderung als Verbindlichkeit oder im Rahmen von Rückstellungen zu verbuchen und nicht nur als Eventualverbindlichkeit im Anhang aufzunehmen ist, fliesst sie in die Beurteilung des Revisionsexperten mit ein und ist Gegenstand der Prüfungsbestätigung. Eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung sollte darum *unwiderlegbar* als Nachweis gelten, dass auch nach der Herabsetzung des Aktienkapitals die Forderungen der Gläubiger gedeckt sind, jedenfalls dann, wenn die Ausschüttung unmittelbar nach der Abgabe der Prüfungsbestätigung erfolgt.¹⁵⁹ Die gegenteilige Auffassung läuft darauf hinaus, dass man Gläubigern das Recht gibt, die Bewertung durch die Gesellschaft und die Überprüfung durch den Revisionsexperten zu bestreiten. Das entspricht nicht dem Zweck des Sicherstellungsrechts, der nur in einem Schutz der Gläubiger vor einer Schlechterstellung im Vergleich zur Situation vor der Kapitalherabsetzung besteht.¹⁶⁰

c. Streit über die Sicherstellungspflicht

Soll das Aktienkapital herabgesetzt werden, so können die Gläubiger unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen.¹⁶¹ Die Sicherstellungspflicht besteht nicht, wenn die Gesellschaft *nachweist*, dass die *Erfüllung der Forderungen durch die Herabsetzung des Aktienkapitals nicht gefährdet* wird.¹⁶² Wie vorzugehen ist, wenn sich die Gesellschaft und ein Gläubiger über den Sicherstellungsanspruch und allenfalls die Modalitäten der Sicherstellung nicht einigen können, sagt der Entwurf jedoch nicht (so wenig wie das geltende Recht).

¹⁵² Art. 653k Abs. 2 E-OR.

¹⁵³ Art. 733 OR.

¹⁵⁴ Art. 653m Abs. 2 E-OR.

¹⁵⁵ Siehe hierzu auch vorn S. 17.

¹⁵⁶ Siehe das Handbuch der Wirtschaftsprüfung, 67; sodann auch BÖCKLI (FN 15), § 2 N 357; HEINZMANN (FN 20), N 302; KÄGI (FN 96), 9.

¹⁵⁷ So grundsätzlich auch die Botschaft 2007 (FN 4), 1649 f.

¹⁵⁸ Botschaft 2007 (FN 4), 1650.

¹⁵⁹ In diesem Sinn BÖCKLI (FN 20), 554.

¹⁶⁰ Siehe die Botschaft 2007 (FN 4), 1650. – Wenn hier der Prüfungsbestätigung ein hoher Stellenwert eingeräumt wird, soll damit nichts zur Kritik gesagt sein, die sich auf das materielle Niveau des Gläubigerschutzes – Deckung der Forderungen – bezieht (siehe zu dieser Kritik KÄGI [FN 96], 15 ff.). Die vorliegend geäußerte Kritik betrifft nicht das Niveau des Gläubigerschutzes, sondern das Recht von Gläubigern, die Rechnungslegung der Gesellschaft und die Überprüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten ohne Weiteres in Frage zu stellen.

¹⁶¹ Art. 653k Abs. 1 Satz 1 E-OR.

¹⁶² Art. 653k Abs. 3 E-OR.

Weil die Kapitalherabsetzung in eine Anmeldung beim Handelsregister mündet, ist der Streit – so jedenfalls nach der einen Auffassung – nach den Regeln über die Handelsregistersperre auszutragen.¹⁶³ Nach einer anderen, von den Handelsregisterbehörden wohl immer noch als herrschend betrachteten Meinung muss die Gesellschaft eine negative Feststellungsklage erheben.¹⁶⁴ Mit der letzteren Vorgehensweise kann das Kapitalherabsetzungsverfahren übermässig verzögert werden, und *in extremis* – je nach Bedeutung der geltend gemachten Forderung, aber unabhängig davon, ob diese zu Recht oder zu Unrecht angemeldet wurde – kann die Kapitalherabsetzung zum Scheitern gebracht werden. Bei Sicherstellungsbegehren von Gläubigern mit Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland ist eine negative Feststellungsklage der Gesellschaft zudem auch aus Gründen der Praktikabilität kaum zuzumuten. Das künftige Recht sollte hier eine Klärung vornehmen, im Sinne der erstgenannten Auffassung.

d. Prüfungsbestätigung und Schuldenruf

Der Entwurf hält am Schuldenruf als Teil des Kapitalherabsetzungsverfahrens fest.¹⁶⁵ Was gegen ein Sicherstellungsrecht im Fall einer vorbehaltlosen Prüfungsbestätigung angeführt wurde,¹⁶⁶ gilt aber konsequenterweise auch für den Schuldenruf. In einem System des Gläubigerschutzes, das auf der Beachtung von Rechnungslegungsvorschriften durch die Gesellschaft und der Überprüfung ihrer Einhaltung durch einen unabhängigen Revisor gründet, bleibt für eine Aufforderung an die Gläubiger und hernach eine individuelle Wahrung von Gläubigerrechten kein Raum. Da nur Forderungen, die vor Einleitung des Kapitalherabsetzungsverfahrens entstanden sind, überhaupt in den Kreis der gegebenenfalls zu sichernden Forderungen fallen,¹⁶⁷ sind diese für den Verwaltungsrat und insbesondere auch den Revisionsexperten aufgrund der Geschäftsbücher ohne Weiteres erkennbar. Eines Schuldenrufs bedarf es dazu nicht.¹⁶⁸ Ja, es kann und darf für die Frage, ob eine gegenüber der Gesellschaft geltend gemachte Forderung eine von ihr zu verbuchende Verbindlichkeit sei, nicht darauf ankommen, ob sich ein Gläubiger auf eine öffentliche Aufforderung hin bei der Gesellschaft

meldet oder nicht. Es ist nicht der Zweck des Schuldenrufs zu überprüfen, ob die Gesellschaft die Rechnungslegungsvorschriften eingehalten hat; seine Funktion ist nur die Information der von der Gesellschaft anerkannten Gläubiger über die geplante Kapitalherabsetzung. Ein entsprechendes Informationsbedürfnis entfällt, wenn der zugelassene Revisionsexperte gestützt auf die ihm vorliegenden Geschäftsbücher vorbehaltlos bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger nach der Kapitalherabsetzung vollständig gedeckt sind. Der Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsrecht sollte deshalb in dem Sinn ergänzt werden, dass das Erfordernis eines Schuldenrufs entfällt (und die Gesellschaft keine Pflicht zur Sicherstellung trifft), wenn der zugelassene Revisionsexperte eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung abgibt.

e. Anmeldung von Forderungen

Auch wenn die Bedeutung der Forderungsanmeldung durch die Gläubiger mit dem vorstehenden Gesetzesvorschlag relativiert würde, sind aufgrund von Erfahrungen aus der Praxis dennoch einige Punkte zur Regelung im bundesrätlichen Entwurf anzumerken; dies vor allem mit dem Ziel, die in diesem Bereich bestehenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Der Entwurf spricht von der «Anmeldung» von «Forderungen» durch «Gläubiger», die «Sicherstellung» «verlangen» können.¹⁶⁹ Freilich kann und soll der Gesetzgeber nicht jeden Begriff, den er verwendet, definieren. Setzt man jedoch die Leichtigkeit, mit der ein Gläubiger eine Forderung anmelden kann, ins Verhältnis zu den Schwierigkeiten, die der Gesellschaft mit einem Sicherstellungsbegehren erwachsen können, scheinen ein paar Präzisierungen im Gesetz durchaus angezeigt.

So sollten die *inhaltlichen Anforderungen an die Anmeldung einer Forderung* geregelt werden. Aus der Anmeldung müssen die Höhe der Forderung bzw. des maximal geltend gemachten Betrages sowie der Rechtsgrund der Forderung hervorgehen. Dies bedeutet nicht, dass ein Gläubiger nicht auch in ihrer Höhe noch nicht bestimmbare Forderungen geltend machen könnte, doch muss die Gesellschaft bei der Beurteilung des Sicherstellungsbegehrens wissen, auf welchen Betrag dieses sich bezieht.¹⁷⁰

Sodann sollte das Gesetz klären, in welcher *Form* eine *Forderung anzumelden* ist.¹⁷¹ Die Anmeldung sollte schriftlich erfolgen und sich ausdrücklich auf die betreffende Kapitalherabsetzung beziehen müssen. Damit können heikle Abgrenzungsfragen vermieden werden, wie etwa, ob eine zufällig während der Anmeldefrist gegen die Gesellschaft erhobene Klage als Forderungsanmeldung anzusehen ist.

¹⁶³ BÖCKLI (FN 15), § 2 N 354.

¹⁶⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 53 N 173 und 175; KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Art. 734 OR N 2; so wohl auch MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008, N 260, 4. Spiegelstrich; vgl. auch PAUL LANZ, Die Sicherstellung bei der Herabsetzung des Aktienkapitals, SAG 1937, 112 ff., 113.

¹⁶⁵ Art. 653k Abs. 1 E-OR.

¹⁶⁶ Siehe vorn S. 26.

¹⁶⁷ BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 733 OR N 14; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 53 N 162; HEINZMANN (FN 20), N 323.

¹⁶⁸ Im Sinne des Gesagten BÖCKLI (FN 20), 554, mit dem Argument, wenn die Revisionsstelle eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung erst abgeben könne, wenn sie das Ergebnis der öffentlichen Aufforderung kennt, sei sie ohnehin nicht in der Lage, eine vorbehaltlose Bestätigung abzugeben, wie es der Gesetzesentwurf verlangt; sodann auch MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 781.

¹⁶⁹ Art. 653k Abs. 1 und 2 E-OR.

¹⁷⁰ Siehe zum Ganzen HEINZMANN, Commentaire Romand (FN 17), Art. 733 OR N 5.

¹⁷¹ Siehe hierzu HEINZMANN, Commentaire Romand (FN 17), Art. 733 OR N 5.

Weiter sollte das Gesetz regeln, *welche Forderungen*, bezogen auf den *Zeitpunkt ihrer Entstehung*, angemeldet werden können.¹⁷² Namentlich sollten nur Forderungen, die bis zum betreffenden Zeitpunkt entstanden sind, gegebenenfalls sichergestellt werden müssen. Abzustellen wäre auf den Herabsetzungsbeschluss der Generalversammlung. Eine Anknüpfung wie bisher an die Veröffentlichung des Schuldenrufs fällt ausser Betracht, wenn – wie hier vorgeschlagen¹⁷³ – im Fall einer vorbehaltlosen Prüfungsbestätigung kein Schuldenruf durchgeführt werden muss.

Schliesslich ist gesetzlich zu regeln, wie der *Maximalbeitrag* bestimmt wird, in dessen Höhe *Sicherstellung verlangt* werden kann. Dieser darf den Betrag, der aufgrund des Herabsetzungsbeschlusses höchstens ausgeschüttet werden kann, nicht übersteigen. Zudem sind angemeldete Forderungen nur im Verhältnis zur Verringerung des Deckungsgrades aufgrund der Kapitalherabsetzung sicherzustellen. Eine Pflicht zur Sicherstellung von angemeldeten Forderungen in deren vollem Umfang ist abzulehnen.¹⁷⁴

3.4 Konvergenz der Verfahren zur Rückzahlung von Eigenkapital

Es ist unübersehbar, dass sich das Kapitalherabsetzungsverfahren mit den hiervoor gemachten Vorschlägen – keine Sicherstellungspflicht und kein Schuldenruf im Fall einer vorbehaltlosen Prüfungsbestätigung – stark an das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende und folglich auch an das hiervoor skizzierte besondere Verfahren zur Rückzahlung von Agio annähert.¹⁷⁵ Die verschiedenen Verfahren zur Rückzahlung von Eigenkapital an die Aktionäre konvergieren, wobei der gemeinsame Brennpunkt darin besteht, dass die mit der Rückzahlung befassten Organe für die Einhaltung der jeweiligen Verwendungsbeschränkungen zu sorgen haben: der Verwaltungsrat bei der Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens, vor allem aber die Revisionsstelle bzw. der Revisionsexperte mit der Prüfung und mit der Bestätigung der Rechtmässigkeit der geplanten Rückzahlung. Mit der Feststellung einer Konvergenz soll hier nicht gesagt sein, dass eine einheitliche Regelung im Gesetz erforderlich oder auch nur wünschbar sei. Die Feststellung mag aber immerhin Anlass dazu sein, bei der Regelung der Verfahren zur Rückzahlung von Eigenkapital inskünftig vermehrt darauf zu achten,

dass ungerechtfertigte Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfahren vermieden werden.

IV. Zusammenfassung

Die Ergebnisse dieses Beitrages lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Agio kann nach geltendem Recht gemäss den Regeln von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) erstreckt sich nicht auf Agio. Dies entspricht der herrschenden Lehre.
2. Agio wird nach mehrheitlicher Auffassung mit der Genehmigung der entsprechenden Jahresrechnung zu einem Bestandteil der allgemeinen gesetzlichen Reserve. Unseres Erachtens unterliegt es vom Moment seiner Erfassung in der Buchhaltung an den Ausschüttungsbeschränkungen von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR.
3. Nach geltendem Recht wird Agio im Verfahren der Ausrichtung einer Dividende ausgeschüttet. Dieses Verfahren gewährleistet einen Eigenkapitalschutz, der den Anforderungen von Art. 671 Abs. 3 und 4 OR entspricht.
4. Für die Ausschüttung von Agio im künftigen Aktienrecht zeichnen sich zwei Regelungsalternativen ab:
 - a. Die gesetzliche Kapitalreserve, der Agio zuzuweisen sein wird, unterliegt vollumfänglich einer Verwendungsbeschränkung (Deckung von Verlusten usw.) (Entwurf des Bundesrates). Eine Ausschüttung von Agio bleibt jedoch im Wege der Kapitalherabsetzung möglich.
 - b. Die gesetzliche Kapitalreserve unterliegt nur bis zur Hälfte bzw., bei Holdinggesellschaften, bis zu 20 Prozent des Aktienkapitals einer Verwendungsbeschränkung (Beschluss des Ständerates). Für die Ausschüttung des frei verwendbaren Teils der Kapitalreserve sollte ein an die Dividendenausrichtung angelehntes Verfahren im Gesetz geregelt werden. Falls dies nicht geschieht, sollte auch inskünftig das Verfahren der Ausrichtung einer Dividende zur Verfügung stehen.
5. Der Entwurf für ein revidiertes Kapitalherabsetzungsverfahren sollte in verschiedenen Hinsichten geändert werden:
 - a. Die Pflicht zur Sicherstellung von Forderungen sollte entfallen, wenn eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung vorliegt.
 - b. Auch die Pflicht zur Durchführung eines Schuldenrufs sollte entfallen, wenn eine vorbehaltlose Prüfungsbestätigung vorliegt.
 - c. Das Gesetz sollte klären, wie bei einem Streit über die Sicherstellungspflicht vorzugehen ist.
 - d. Das Gesetz sollte die Anmeldung von Forderungen genauer regeln.

¹⁷² Siehe hierzu BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 733 OR N 14 ff.

¹⁷³ Vorn S. 27.

¹⁷⁴ Siehe zum Ganzen BÖCKLI (FN 15), § 2 N 352a; BÜRGI, Zürcher Kommentar (FN 20), Art. 733 N 20; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 15), § 53 N 164; anderer Meinung KÜNG, Basler Kommentar (FN 15), Art. 733 OR N 5.

¹⁷⁵ Siehe auch KÄGI (FN 96), 16 f.; MATTEOTTI/RIEDWEG (FN 21), 781. Bereits vorn S. 21 ist festgestellt worden, dass die Anwendung des Kapitalherabsetzungsverfahrens *de lege lata* auf die Ausschüttung von Agio Anpassungen erfordern würde, aufgrund derer das Verfahren der Kapitalherabsetzung und dasjenige der Dividendenausrichtung weitgehend übereinstimmen würden.