

Die Aktienrechtsreform und ihre steuerrechtlichen Auswirkungen

Christoph Lang

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner
Pestalozzi Rechtsanwälte

Jonas Sigrist

lic. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner
Pestalozzi Rechtsanwälte

Inhalt

- Inkrafttreten der Neuerungen
- Überblick über die wichtigsten Neuerungen
- Neuerungen mit unmittelbarer steuerrechtlicher Relevanz:
 - Grundkapital in Fremdwährung
 - Währungsumrechnungen für Steuerzwecke
 - Kapitalband und eigene Aktien
 - Verrechnungsliberierung mit Forderung
 - Zwischendividenden

Inkrafttreten der Neuerungen

- Schon in Kraft seit 1.1.2021:
 - Geschlechterraichtwerte (effektiv erst ab GJ 2026 bzw. 2031)
 - Transparenzregeln Rohstoffsektor (effektiv ab GJ 2022)
 - Handelsregisterrecht
- Schon in Kraft seit 1.1.2022:
 - Transparenz über nicht-finanzielle Belange
 - Sorgfaltspflichten und Transparenz betr. Mineralien und Kinderarbeit (effektiv ab GJ 2023)
- "Hauptthema" der Neuerungen kommt per 1.1.2023, inklusive sämtlicher Neuerungen mit unmittelbaren steuerrechtlichen Auswirkungen.
- Statuten müssen bis Ende 2024 angepasst werden. "Alte" Statutenbestimmungen im Widerspruch zum neuen Recht gelten noch bis Ende 2024.

Überblick über die wichtigsten Neuerungen (1)

- Grundsätzlich: Viele Präzisierungen und Kodifizierung bestehender Praxis
- **Grundkapital in Fremdwährung**
- Abschaffung der Transparenzbestimmungen für Sachübernahmen
- "Öffnung" des bedingten Kapitals: neu ausdrücklich auch für Options- und Wandelrechten von Aktionären, VRs und Dritten
- Neues Institut des sog. "**Kapitalbands**" statt genehmigte Kapitalerhöhung
- Ausbau der Sonderbestimmungen für Publikumsgesellschaften

Überblick über die wichtigsten Neuerungen (2)

- Rechnungslegung für eigene Aktien: Angleichung ans Rechnungslegungsrecht (keine Reserve, sondern "Minus-Position")
- Ausdrückliche Zulässigkeit von **Zwischendividenden**
- Leichter Zugang zur Sonderuntersuchung (ehemals "Sonderprüfung")
- Statutarische Schiedsklauseln
- Bestimmungen zur Abhaltung der GV Beschlussfassung auf elektronischem Weg (VR und GV)
- VR-Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit
- 90-tägige Schonfrist bei Überschuldung
- provisorische Nachlassstundung statt Konkursaufschub

Grundkapital in Fremdwährung (1)

- Nach heutiger Regelung muss das Grundkapital in Franken sein.
- Die Rechnungslegung und Buchhaltung kann in einer ausländischen Währung geführt werden ("funktionale Währung"), sofern diese für die Geschäftstätigkeit wesentlich ist.
- Vorteile, wenn auch das Grundkapital in der Fremdwährung ist:
 - Kapitalbezogene Aspekte können in der gewählten ausländischen Währung festgelegt werden.
 - Führt zu einer Kohärenz zwischen dem Aktienrecht, dem Rechnungslegungsrecht und dem Steuerrecht.

Grundkapital in Fremdwährung (2)

Art. 621 Abs. 2 nOR:

Zulässig ist auch ein Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung. Zum Zeitpunkt der Errichtung muss dieses einem Gegenwert von mindestens 100 000 Franken entsprechen. Lautet das Aktienkapital auf eine ausländische Währung, so haben die Buchführung und die Rechnungslegung in derselben Währung zu erfolgen. Der Bundesrat legt die zulässigen Währungen fest.

- Mindestens einen Gegenwert von 100'000 Franken zum Zeitpunkt des Errichtungsaktes gemäss dem aktuellen Tageskurs.
- Die Gründer tragen die Verantwortung für den angewendeten Umrechnungskurs (ABER: keine Nachschusspflicht, falls Kurs nachträglich an Wert verliert).
- Zulässige Fremdwährungen: EUR, USD, GBP, JPY.
- Analog dazu Art. 773 Abs. 2 nOR bei der GmbH.
- Gilt nicht für die Genossenschaft.

Grundkapital in Fremdwährung (3)

Art. 621 Abs. 3 nOR:

Die Generalversammlung kann den Wechsel der Währung, auf die das Aktienkapital lautet, auf den Beginn eines Geschäftsjahrs beschliessen. In einem solchen Fall passt der Verwaltungsrat die Statuten an. Er stellt dabei fest, dass die Voraussetzungen von Absatz 2 erfüllt sind, und hält den angewandten Umrechnungskurs fest. Die Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats müssen öffentlich beurkundet werden.

- Wechsel in der Kompetenz der GV (qualifiziertes Quorum gemäss Art. 704 OR).
- Wechsel darf rückwirkend oder prospektiv beschlossen werden.
- VR ist für die Umsetzung (Statutenanpassung) verantwortlich.
- Wird bei einem Wechsel der Währung das Aktienkapital ab- oder aufgerundet, so sind die Vorschriften der Kapitalherabsetzung resp. -erhöhung zu beachten.
- Für den Umrechnungskurs ist auf den "aktuellen" Stichtag abzustellen (BBI 2017, S. 483).

Währungsumrechnung bei Grundkapital in Fremdwährung

- Pflicht zur zusätzlichen Angabe der Werte in Landeswährung CHF (Art. 958d Abs. 3 OR) bleibt bestehen.
- Bei Grundkapital in Fremdwährung soll die Umrechnung in CHF zum jeweiligen *Stichtagskurs* erfolgen. Aufgrund der bisherigen Umrechnung in die funktionale Währung zum *historischen Kurs* hat dieser Wechsel in der Bilanz in funktionaler Währung eine einmalige Differenz zur Folge. Diese Differenz soll *erfolgsneutral* sein.
- Bei Grundkapital in Fremdwährung wird die Kursentwicklung in Fremdwährung relevant sein für das einkommens- und verrechnungssteuerfrei rückzahlbare Grundkapital.
- Auch Kapitaleinlagereserven sind neu bei Grundkapital in ausländischer Währung in dieser ausländischer Währung zu bestätigen und zu fixieren (wie bereits jetzt bei steuerlich in der Schweiz ansässigen, aber nach ausländischem Recht inkorporierten Gesellschaften).
- Im übrigen keine steuerlichen Auswirkungen wie z.B. auf Gestehungskosten und Verlustvorträge, soweit bereits bisher eine ausländische funktionale Währung angewendet worden ist (Massgeblichkeit der funktionalen Währung).

Währungsumrechnung bei ausländischer funktionaler Währung (unabhängig von der Währung des Grundkapitals)

nArt. 80 Abs. 1^{bis} DBG und
nArt. 31 Abs. 3^{bis} StHG:

Lautet der Geschäftsabschluss auf eine ausländische Währung, so ist der steuerbare Reingewinn in Franken umzurechnen. Massgebend ist der durchschnittliche Devisenkurs (Verkauf) der Steuerperiode.

nArt. 31 Abs. 5 StHG:

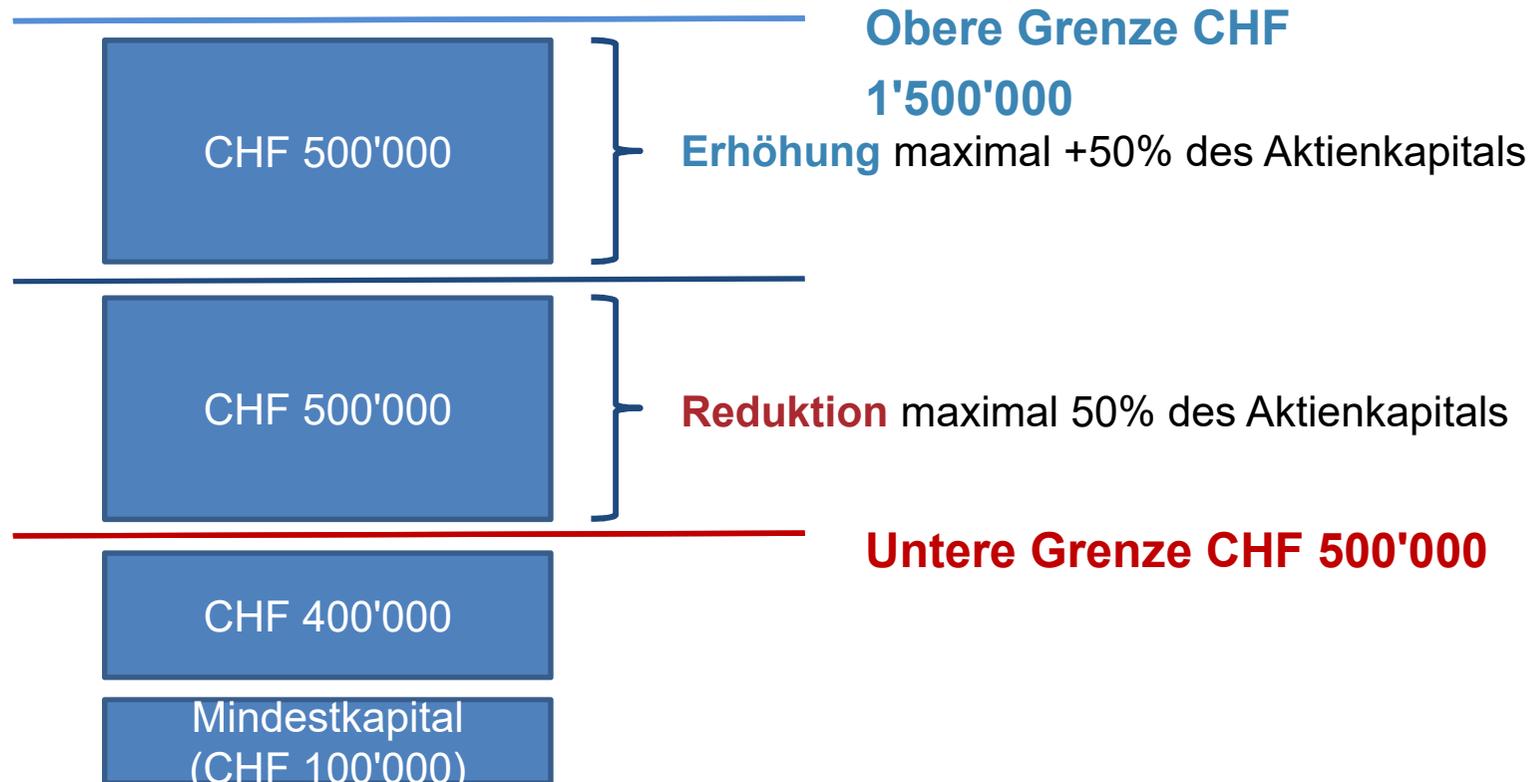
Lautet der Geschäftsabschluss auf eine ausländische Währung, so ist das steuerbare Eigenkapital in Franken umzurechnen. Massgebend ist der Devisenkurs (Verkauf) am Ende der Steuerperiode.

- Umrechnung des Erfolgs zum Jahresmittelkurs entspricht bisheriger Praxis.
- Der bisherige Spielraum bei der Festlegung des Wechselkurses entfällt.
- Bisher wurde für die Kapitalsteuerdeklaration i.d.R. auf das zu historischen Kursen umgerechnete Eigenkapital gemäss Abschluss in der Darstellungswährung CHF abgestellt. Ab 2023 wird der Bilanzstichtagskurs unabhängig von der Umrechnung im Jahresabschluss in der Darstellungswährung für Steuerzwecke massgeblich.
- Sämtliche direkten und indirekten Steuern werden weiterhin in CHF berechnet und bezogen (BBI 2017, S. 480).

Kapitalband (1)

- Neues Rechtsinstitut: **Kombination** aus bisheriger genehmigter Kapitalerhöhung und neu geschaffener genehmigter Kapitalherabsetzung.
- Statutarische Ermächtigung an VR, das Aktien-/PS-Kapital innerhalb einer Bandbreite (Kapitalband) während **max. 5 Jahren** zu verändern.
- Statutarische Einführung durch GV bedarf **qualifiziertes Mehr**.
- Ausführung durch VR (Art. 653u OR), d.h. für Kapitalanpassungen innerhalb des Kapitalbands braucht es **keine GV-Beschlüsse mehr**.
- Ersetzt genehmigte Kapitalerhöhung und schafft neu die Möglichkeit einer "genehmigten Kapitalherabsetzung".
- Regelungsziel: Flexiblere Gestaltung der Kapitalstruktur → primär für Gesellschaften **mit grösserem Aktionariat** von Interesse (VC-Kontext, Wachstumsgesellschaften, Publikumsgesellschaften).
- Kein Kapitalband für die GmbH.

Kapitalband (2)



Kapitalband (3)

- Anhang der Jahresrechnung muss alle Kapitalveränderungen enthalten, die der VR innerhalb des Kapitalbands durchgeführt hat, sofern diese nicht bereits aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ersichtlich sind.
- Verhältnis zu bedingtem Kapital:
 - Beschliesst GV bedingtes Kapital **ausserhalb des Kapitalbands**, so erhöhen sich die obere und untere Grenze des Kapitalbands im Umfang der tatsächlichen Erhöhung des Aktienkapitals → parallele Erhöhung;
 - Ermächtigt GV den VR **im Rahmen des bestehenden Kapitalbands** zur Kapitalerhöhung mit bedingtem Kapital, muss die obere und untere Grenze des Kapitalbands eingehalten werden.
- Rückkauf eigener Aktien:
 - Mit VR-Beschluss zu Rückkauf zwecks Kapitalherabsetzung innerhalb des Kapitalbands bis zur unteren Grenze des Kapitalbands, d.h. bis zu 50% des eingetragenen Aktienkapitals
 - Gilt die 10%-Grenze auch während des Kapitalbands, solange kein konkreter VR-Beschluss über Herabsetzung gefällt wurde?

Kapitalband (4)

Eigene Aktien – direkte Teilliquidation

nArt. 4a Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 VStG:
Neuredaktion, inhaltlich unveränderter Verweis auf
die Schwellen gemäss Art. 659 und 783 OR.

nArt. 20 Abs. 1 lit. c S. 2 DBG
Unverändert, Verweis auf Art. 4a VStG.

Art. 659 nOR

¹ Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts vorhanden ist.

² Der Erwerb eigener Aktien ist auf 10 Prozent des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals beschränkt.

³ Steht der Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung oder einer Auflösungsklage, so beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent. Die über 10 Prozent hinaus erworbenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.

- (Auch) während des Kapitalbands bemisst sich die Schwelle für das Vorliegen einer direkten Teilliquidation gemäss Art. 4a VStG nach dem eingetragenen Kapital.
- Soweit der Rückkauf zum Zweck der Kapitalherabsetzung erfolgt, hat dieser auch während des Kapitalbands unabhängig von der Beteiligungshöhe eine steuerliche Abrechnung infolge direkter Teilliquidation zur Folge.
- Weil sich noch keine Lehrmeinung oder gar Praxis durchgesetzt hat, ob während eines Kapitalbands auch bis zu 50% eigene Aktien ohne Absicht zu deren Vernichtung zurückgekauft und später wieder veräussert werden dürfen, tendiert die ESTV vorläufig dazu, an der Schwelle von 10% bzw. 20% für Zwecke der direkten Teilliquidation gemäss Art. 4a VStG und Art. 20 Abs. 1 lit. c S. 2 DBG auch während der Dauer eines Kapitalbands festzuhalten. Eine gefestigte Position zu dieser Frage besteht allerdings noch nicht.
- Die Erhöhung des zulässigen Umfangs eigener Aktien von 10% auf 50% während eines Kapitalbands unabhängig von einer geplanten Kapitalherabsetzung *könnte* das Kapitalband auch für private Gesellschaften mit kleinerem Aktionärskreis sehr attraktiv machen.

Kapitalband (5)

Emissionsabgabe

nArt. 7 Abs. 1 lit. f. StG:

Die Abgabeforderung entsteht:
f. bei Beteiligungsrechten, die im Rahmen eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts ausgegeben werden, am Ende des Kapitalbands.

nArt. 9 Abs. 3 StG:

Auf den Beträgen, die der Gesellschaft im Rahmen eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts zufließen, wird die Abgabe nur soweit erhoben, als diese Zuflüsse die Rückzahlungen im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen.

- Steueraufschub von bis zu fünf Jahren bis zum Ende des Kapitalbands.
- Emissionsabgabe wird am Ende des Kapitalbands nur auf den Nettozuflüssen erhoben (Nettoprinzip).
- Mit Beschluss einer ordentlichen Kapitalerhöhung oder -herabsetzung oder einer Währungsänderung endet das Kapitalband vorzeitig (Art. 653v nOR) und hat die Entstehung der Emissionsabgabe auf dem bis dahin erfolgten Nettozufluss zur Folge.
- Für einen weiteren Aufschub bei Erneuerung des Kapitalbands besteht keine Grundlage.

Kapitalband (6)

Kapitaleinlagereserven (KER)

nArt. 20 Abs. 4 DBG

[bzw. nArt. 7b Abs. 2 StHG]:

Absatz 3 [bzw. Abs. 1] gilt für Einlagen und Aufgelder *[einer kotierten Gesellschaft]*, die während eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des Obligationenrechts (OR) geleistet werden, nur soweit sie die Rückzahlungen von *[übrigen]* Reserven im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen.

nArt. 5 Abs. 1^{ter} VStG:

Absatz 1^{bis} gilt für Einlagen und Aufgelder *[einer kotierten Gesellschaft]*, die während eines Kapitalbands nach den Artikeln 653s ff. des OR geleistet werden, nur soweit sie die Rückzahlungen von *[übrigen]* Reserven im Rahmen dieses Kapitalbands übersteigen.

- Nettoprinzip für KER sachgerecht für kotierte Gesellschaften, die zwecks Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands über die zweite Handelslinie von institutionellen Anlegern (für welche das Buchwertprinzip gilt) eigene Aktien zulasten ihrer übrigen Reserven zurückkaufen.
- Das Nettoprinzip würde hingegen zur "Vernichtung" von KER zulasten von Privataktionären führen, wenn:
 - Eine an einer schweizerischen Börse kotierte Gesellschaft zwecks Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands eigene Aktien zurückkauft und diese gemäss Art. 4a Abs. 4 VStG zu 50% ihren KER belasten muss.
 - Eine privat gehaltene Gesellschaft während der Laufzeit eines Kapitalbands einerseits zusätzliches KER schafft (Kapitalerhöhung im Rahmen eines Kapitalbands oder Zuschuss) und andererseits übrige Reserven an Privataktionäre zurückzahlt.
- Die neuen Bestimmungen zielen lediglich auf die Minimierung von Steuerausfällen bei Rückkaufen über die zweite Handelslinie ab (BBl 2017, S. 647 ff.).
- Eine **teleologische Reduktion der neuen Bestimmungen auf kotierte Gesellschaften und auf Rückzahlungen zulasten anderer Reserven** als KER ist deshalb geboten. Es zeichnet sich ab, dass sich auch die ESTV dieser Ansicht anschliessen und diese in einem **neuen Kreisschreiben Nr. 29c** festhalten wird.

Verrechnungsliberierung mit Forderung

Art. 634a nOR

¹ Die Liberierung kann auch durch Verrechnung mit einer Forderung erfolgen.

² Die Verrechnung mit einer Forderung gilt auch als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist.

³ Die Statuten müssen den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien angeben. Die Generalversammlung kann die Statutenbestimmungen nach zehn Jahren aufheben.

- Die neue Regelung bestätigt ausdrücklich die bisher vorherrschende, aber nicht unumstrittene Lehre und Praxis, wonach eine Verrechnungsliberierung auch gegen eine nicht (mehr) vollumfänglich werthaltige Forderung zu deren Nominalwert zulässig ist.
- Die Verrechnungsliberierung sollte ggf. als Alternative zu Forderungsverzichten ins Auge gefasst werden.
- Während Forderungsverzichte durch Aktionäre gemäss (kritisierter) Praxis und Rechtsprechung bei der empfangenden Gesellschaft grundsätzlich erfolgs- bzw. gewinnsteuerwirksam sind, soweit die Finanzierung als fremdvergleichskonform erachtet wird (keine Finanzierung aufgrund schlechten Geschäftsgangs oder Behandlung als verdecktes Eigenkapital), ist eine Verrechnungsliberierung grundsätzlich erfolgsneutral.

[Emissionsabgabe soll nach Ansicht der ESTV auch bei erfolgswirksam behandelten Forderungsverzichten anfallen (vorbehältlich Sanierungsfreigrenze und Erlass).]

Zwischendividenden (1)

Das Gesellschaftsrecht kennt verschiedene Arten von Dividenden:

- **Ordentliche** Dividende: Dividende aus Bilanzgewinn des vergangenen GJ anlässlich der ordentlichen GV.
- **Ausserordentliche** Dividende: Dividende aus Bilanzgewinn des vergangenen GJ ausserhalb der ordentlichen GV.
- **Zwischendividende** (häufig auch als Interimsdividende bezeichnet): Dividende aus Gewinn des laufenden GJ → aufgrund Widerstand der Revisionsbranche bei Gesellschaften mit Revisionsstelle zurzeit nicht möglich. Mögliche Gründe:
 - Gewisse Investoren (v.a. USA) sind gewohnt, Quartals- oder Halbjahresausschüttungen aus dem laufenden Gewinn zu erhalten.
 - In Konzernverhältnis besteht Bedürfnis, Cash von Tochtergesellschaften rasch zurückzuführen.
 - Rasche Rückführung von ausserordentlichem Ertrag.

Zwischendividenden (2)

Bisherige Alternativen für Zwischendividenden:

- **Ordentliche Dividende mit Änderung oder Staffelung der Bilanzstichtage:** Oft sehr aufwändig und i.d.R. insbesondere für Konzerngesellschaften nicht praktikabel.
- **Akontodividende:** Als Ausschüttung beschlossene und verbuchte Zahlung, die aber zivilrechtlich bis zur Abnahme der Jahresrechnung im Folgejahr Fremdkapital (Upstream-Darlehen) darstellt; Bevorschussung der im Folgejahr rechtsgültig genehmigten Dividende (*)
- **Phasenkongruente Dividende:** Schüttung einer Dividende nach dem Jahresabschluss (im Jahr n+1) bei transitorischer Erfassung bei der Muttergesellschaft bereits im Abschluss des Vorjahrs (n) und Verbuchung des Beteiligungsertrags im Vorjahr (n) gegen eine aktive Rechnungsabgrenzung (Erfordernis der ESTV zur Auflösung der aktiven Rechnungsabgrenzung und erfolgswirksamen Erfassung des Beteiligungsertrags im Jahr der effektiven Ausschüttung (n+1) zur Wahrung des Rechts auf Verrechnungssteuerentlastung) (*)
- **Aktienrückkauf:** zulässig im Umfang des frei verfügbaren Eigenkapitals auch soweit dieses auf während des laufenden Geschäftsjahrs erzielten Gewinns entfällt.

(*) Bilanzstichtag der Muttergesellschaft darf nicht vor jenem der Tochter liegen und ordentliche GV der Tochter muss vor der ordentlichen GV der Mutter erfolgen.

Zwischendividenden (3)

- Mit Art. 675a OR wird die ausdrückliche Möglichkeit für Ausschüttung von Zwischendividenden eingeführt.
- Die GV kann eine Zwischendividende beschliessen, sofern die Voraussetzungen zur Dividendenausschüttung erfüllt sind und ein **geprüfter Zwischenabschluss** vorliegt.
- Bei einer Gesellschaft mit **Opting-out** ist keine Prüfung erforderlich. Bei Einstimmigkeit und fehlender Gläubigergefährdung können auch Gesellschaften mit Revisionsstelle auf eine Prüfung verzichten. Ein (ggf. ungeprüfter) **Zwischenabschluss bleibt stets erforderlich**.
- Ausserordentliche Dividenden gelten nicht als Zwischendividenden und sind nach wie vor ohne Zwischenabschluss zulässig (BBl 2017, S. 527). A maiore minus ist neu auch für ausserordentliche Dividenden kein Prüfungstestat mehr erforderlich, wenn dies bei einer Zwischendividende nicht erforderlich ist.
- Praktische Bedeutung der Zwischendividende vor dem Hintergrund der bisherigen Möglichkeiten, insbesondere der phasenkongruenten Dividende?

Zwischendividenden (4)

(Keine) steuerlichen Auswirkungen:

- Entstehung der Einkommens-, Gewinn- und Verrechnungssteuer knüpfen an tatsächlich realisierte Beteiligungserträge bzw. geldwerte Leistungen (Art. 20 Abs. 1 VStV) an, unabhängig vom Rechtsgrund und der Zulässigkeit.
- Relevanz der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven für die sog. Altreservenpraxis sowie die indirekte Teilliquidation.
- Altreservenpraxis: Steuerumgehung bzw. Rechtsmissbrauchsverbot als einzige Grundlage, daher keine Ausdehnung auf Gewinne des laufenden Geschäftsjahrs. Keine Zwischendividende zu beschliessen (gestützt auf ggf. geprüften Zwischenabschluss) kann nicht missbräuchlich sein.
- Indirekte Teilliquidation: Der Wortlaut von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG "... Substanz ausgeschüttet wird, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war ..." könnte auch den mittels Zwischendividende ausschüttungsfähigen Gewinn des laufenden Geschäftsjahrs bis zum Verkaufstichtag erfassen, aber:
 - Keine Pflicht zur Erstellung eines Zwischenabschlusses und damit Ermöglichung einer Zwischendividende.
 - Bereits bisherige Praxis gemäss ESTV Kreisschreiben Nr. 14, Ziff. 4.6.2 stellte in schematischer Weise einzig auf den letzten Bilanzstichtag vor dem Verkauf (Signing) ab.
 - Fortführung dieser schematischen Ermittlung der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven per Bilanzstichtag bleibt auch aus Praktikabilitätsgründen angezeigt.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt

Dr. Christoph Lang
Rechtsanwalt, Partner
Pestalozzi Rechtsanwälte
Löwenstrasse 1
8001 Zürich
044 217 92 39
christoph.lang@pestalozzilaw.com



Kontakt

Jonas Sigrist
Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner
Pestalozzi Rechtsanwälte
Löwenstrasse 1
8001 Zürich
044 217 93 26
jonas.sigrist@pestalozzilaw.com

