

Chaos bei den Ausschüttungsvorschriften

Sammy Guidoum

Dr. iur., Rechtsanwalt
Edelmann Rechtsanwälte & Notare

Markus Vischer

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt,
Senior Counsel Walder Wyss

Schulthess Forum SZW-Tagung 2026

Inhaltsverzeichnis

- I. Begriffe
- II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve
- III. Zwischendividende
- IV. Verlustverrechnung

I. Begriffe

Ausschüttung

Unkompensierter
Vermögenstransfer
zulasten der Gesellschaft

Umwandlung von Eigen- zu Fremdkapital
der Gesellschaft

Dividende

Ausschüttungen jeglicher Art, die nicht in
einer speziell geregelten Ausschüttungsform
(z.B. Bauzinsen, Tantiemen,
Ausschüttungen bei Kapitalherabsetzungen
und Liquidationsanteile) vorgenommen
werden

Rückzahlung von gesetzlichen
Kapitalreserven?

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve

Vischer

«Ausschüttungen»

Dividenden
(OR 675 f.)

ordentliche Dividende

ausserordentliche Dividende

Zwischendividende

Rückzahlung der
gesetzlichen Kapitalreserve
(OR 698 Abs. Ziff. 6)

ordentliche Rückzahlung

ausserordentliche Rückzahlung

«Zwischenrückzahlung»

Besondere
Ausschüttungsarten

Akontodividende

Gratisaktien

Sachdividende

weitere

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

«Die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve ist eine Dividende»

Begründung

- 1 Differenzierung zwischen Dividende und Rückzahlung nur in einer Bestimmung
– OR 698 Abs. 2 Ziff. 4 und 6
- 2 Keine Differenzierung in OR 698 Abs. 2 Ziff 5 (und OR 675a) bez. Zwischendividende, welche auch in der Form der Zwischenrückzahlung zulässig ist (s.a. OR 675a Abs. 3, wo OR 671 über die gesetzliche Kapitalreserve in die «Bestimmungen über die Dividenden» eingereiht wird)
- 3 Keine Differenzierung namentlich auch in OR 675 Abs. 2: Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden»: Gesetzliche Kapitalreserven i.S. von OR 671 qualifizieren als «hierfür gebildete Reserven»

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

Konsequenzen

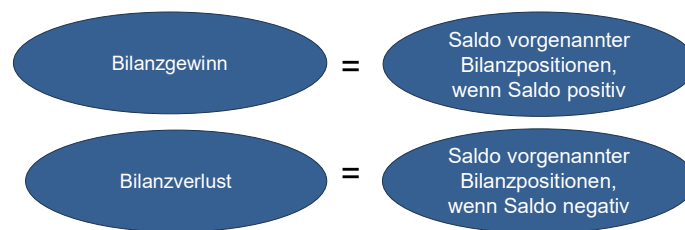
- 1 Keine getrennten Beschlüsse in der GV
- 2 Keine getrennten Anträge des VR an die GV
- 3 Keine getrennten Revisionsberichte
- 4 Korrektur diverser Gesetzesbestimmungen, welche OR 672 Abs. 2 verkürzt wiedergeben und Dividenden als Gewinnausrichtungen verstehen, wie z.B.:
 - OR 660 Abs. 1: «Anteil am Bilanzgewinn»
 - OR 698 Abs. 2 Ziff. 4, OR 728a Abs. 1 Ziff. 2, OR 729a Abs. 1 Ziff. 2, OR 731 Abs. 1: «Dividenden [und ...] andere Gewinnanteile»
 - S.a. OR 656f Abs. 1, OR 657 Abs. 2
- 5 Korrektur auch von OR 677 betreffend Tantieme: Tantiemen sind nicht nur «Gewinnanteile», sondern auch Anteile an anderen (frei verwendbaren) Eigenkapitalanteilen

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

PS

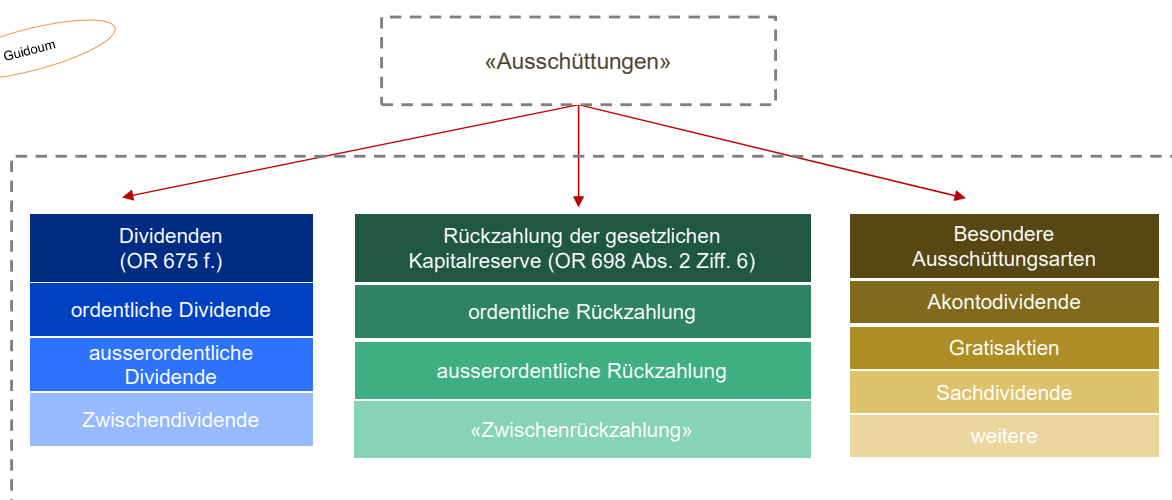
zum Bilanzgewinn

- 1 OR 675 Abs. 2 und die anderen Bestimmungen des Aktienrechts, wo der Begriff des Bilanzgewinns vorkommt, enthalten keine Definition des Bilanzgewinns
- 2 OR 959 Abs. 2 Ziff. 3 lit. f und g sprechen von folgenden Bilanzpositionen:
 - f. «Gewinnvortrag oder Verlustvortrag als Minusposten»
 - g. «Jahresgewinn oder Jahresverlust als Minusposten»



II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

Guidoum



II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

«Die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve ist neu ein **eigenständiger Ausschüttungstatbestand**, der aber grundsätzlich **analog** zur Dividende zu behandeln ist.»

Begründung

- 1 Botschaft ist unmissverständlich (BBl 2017 399 ff., 548): «Sie [Ziffer 6 von OR 698 Abs. 2] schreibt vor, dass die **GV den Beschluss über die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve** (insbesondere von Agio, s. OR 671 Abs. 2) **formell getrennt vom Beschluss über die Ausrichtung von Dividenden** (also der Ausschüttung von Gewinnern der Gesellschaft) **fällen muss.**»
- 2 Gesetzgeber hat den altrechtlichen Dividendenbegriff – steuerrechtlich motiviert – aufgesplittet in die eigentliche «Dividende» und «Rückzahlung von gesetzlichen Kapitalreserven»
 - Aktienrechtlich lässt sich die Differenzierung m.E. nicht überzeugend begründen
 - Aufteilung ist aber Tatsache
- 3 Lückenhafte Regelung des neuen Tatbestands ist auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen. Immerhin ist geregelt:
 - in welchem Umfang gesetzliche Kapitalreserven rückzahlbar sind (OR 671 Abs. 2-4)
 - dass ein Rückzahlungsbeschluss der GV erforderlich ist (OR 698 Abs. 2 Ziff. 6)
 - dass Empfänger ungerechtfertigter Rückzahlungen rückerstattungspflichtig sind (OR 678 Abs. 1)

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

«Die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve ist neu ein **eigenständiger Ausschüttungstatbestand**, der aber grundsätzlich **analog** zur Dividende zu behandeln ist.»

Konsequenzen

- 1 Lückenhafte Regelung des Rückzahlungstatbestands bedeutet nicht, dass weniger strenge Voraussetzungen gelten, sondern dass die Dividendenbestimmungen dann analog anwendbar sind, wenn eine ausdrückliche Regelung der Rückzahlung fehlt
- 2 Materielle Konsequenzen:
 - Dividenden zulasten des Bilanzgewinns und/oder der frei verwendbaren Gewinnreserven
 - Rückzahlungen zulasten der frei verwendbaren gesetzlichen Kapitalreserven
- 3 Formelle Konsequenzen:
 - Separate GV-Beschlüsse, denen ein gegliederter Ausschüttungsantrag des VR zugrunde liegt
 - GV muss getrennt beschliessen können
- 4 Auslegung von Statutenbestimmungen, ABV-Klauseln etc.
 - M.E. gilt bei Verfassen unter altem Recht eine Vermutung zugunsten des altrechtlichen Dividendenbegriffs (und umgekehrt)

II. Dividende und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve (cont.)

Frage in der Lehre umstritten – in der Praxis empfiehlt sich Vorsicht

Praktische Konsequenz

Aus Vorsichtsgründen ist zu differenzieren zwischen:

- Dividenden
- Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve

Revisionsstellen  Tendieren in der Prüfungspraxis ebenfalls zu dieser differenzierten Betrachtung

EXPERTsuisse  Vertritt im neuen Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP) eine klare Auffassung in diese Richtung

III. Zwischendividende

Begriffliches – verschiedene Begriffsverwendungen in der Lehre und Praxis

- 1 Teil der jur. Lehre und EXPERTsuisse: Ausschüttung zulasten des laufenden Gewinns gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss gem. OR 960f
- 2 Anderer Teil der Lehre: Jede Dividende bzw. Ausschüttung, die zulasten des frei verwendbaren Eigenkapitals gestützt auf einen OR-Zwischenabschluss gem. OR 960f beschlossen wird
- 3 M.E. erste Auffassung überzeugender, da im Einklang mit den Gesetzgebungsmaterialien und klare Abgrenzung zur ausserordentlichen Dividende

III. Zwischendividende (cont.)

Voraussetzungen

- 1 Gewinn aus der Berichtsperiode («Periodengewinn») (umstritten, s. oben)
 - Zuweisung an die ges. und allenfalls freiwilligen Gewinnreserven (OR 675a Abs. 3 i.V.m. OR 675 Abs. 3)
- 2 Zwischenabschluss (OR 960f)
- 3 (Zwischendividendenantrag des VR [OR 675a Abs. 3])
- 4 Prüfung des Zwischenabschlusses und Dividendenantrags, ausser gemäss OR 675a Abs. 2 ...
 - ... im Falle eines Opting-out (OR 731); oder
 - ... wenn alle Aktionäre der Zwischendividende zustimmen und wenn die Gläubigerforderungen nicht gefährdet werden («ad hoc-Opting-out»)
 - Gilt bei gemischten Ausschüttungen (Zwischendividende und a.o. Dividende) gemäss EXPERTsuisse nur für die Zwischendividenden-Komponente
- 5 GV-Beschluss (OR 698 Abs. 2 Ziff. 5)

III. Zwischendividende (cont.)

«Zwischenrückzahlungen»

- 1 Rückzahlungen von frei verwendbaren Teilen der ges. Kapitalreserve, die im laufenden Geschäftsjahr eingebracht wurden (Pendant der Zwischendividende)
- 2 Grds. analoge Voraussetzungen, wobei umstritten ist, ob das *ad hoc*-Opting out gem. OR 675a Abs. 2 auf Zwischenrückzahlungen anwendbar ist
 - Herrschende jur. Lehre: ja
 - EXPERTsuisse: Nein; Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve erfordere in jedem Fall (auch bei Zwischenrückzahlungen) einen geprüften Abschluss/Zwischenabschluss, ausser bei einem Opting-out gem. OR 727a Abs. 2

III. Zwischendividende (cont.)

Bilanzierung beschlossener Zwischendividenden

- 1 Gemäss h.L. und geltender Revisionspraxis sind beschlossene Zwischendividenden inkl. Reservezuweisungen im EK direkt unter dem Jahresgewinn als **Minusposten** zu verbuchen
 - Ungekürzter Ausweis des Jahresgewinns in der Bilanz gegenüber der ER
- 2 Fraglich, welche Rechtsfolge eintritt, wenn sich Ende Geschäftsjahr zeigt, dass der erzielte Jahresgewinn die gebildeten Minusposten nicht deckt
 - Grds. gilt, dass eine (Zwischen-)Dividende gültig bleibt, sofern die relevanten Voraussetzungen im Beschlusszeitpunkt erfüllt waren
- 3 Unklar, ob für beschlossene Zwischenrückzahlungen ebenfalls ein Minusposten verbucht werden muss
 - Aus Transparenzgründen kann der Ausweis eines Minuspostens unter den gesetzlichen Kapitalreserven sinnvoll sein
 - M.E. ist eine direkte Verrechnung mit der gesetzlichen Kapitalreserve aber grds. zulässig, da sie nicht zu einer Verkürzung des Bilanzbildes führt

IV. Verlustverrechnung

OR 674:

«¹ Verluste müssen in folgender Reihenfolge verrechnet werden mit:

1. dem Gewinnvortrag;
2. den freiwilligen Gewinnreserven;
3. der gesetzlichen Gewinnreserve;
4. der gesetzlichen Kapitalreserve.

² Anstelle der Verrechnung mit der gesetzlichen Gewinnreserve oder der gesetzlichen Kapitalreserve dürfen verbleibende Verluste auch teilweise oder ganz auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden.»

Zuständigkeit für Verlustverrechnung – umstritten

HWP OR III Rz 1440

VR für Verlustrechnungen gemäss OR 674 Abs. 1 Ziff 1 und 2;
GV für Verlustrechnungen gemäss OR 674 Abs. 1 Ziff. 3 und 4

Vischer/Guidoum

GV in allen Fällen der Verlustverrechnung – einheitliche
Zuständigkeit unabhängig von der betroffenen Reserve

IV. Verlustverrechnung (cont.)

Verhältnis von OR 674 zu OR 671–673

Gesetzliche Kapitalreserve

OR 671 Abs. 2

«Die gesetzliche Kapitalreserve darf an die Aktionäre zurückbezahlt werden, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, abzüglich des Betrags allfälliger Verluste, die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen.»

Unklar, welche Verluste?

Alle Verluste

Vischer

Verluste exkl. Verluste, welche nach OR 674 Abs. 2 nicht verrechnet, sondern vorgetragen werden

PS

Die Wendung «abzüglich des Betrags allfälliger Verluste» fehlt zu Unrecht in **OR 671 Abs. 3** (Schwellenwert bei Holdinggesellschaften: 20%)

IV. Verlustverrechnung (cont.)

Verhältnis von OR 674 zu OR 671–673

Gesetzliche Gewinnreserve

OR 672 Abs. 1 Satz 2

«Liegt ein Verlustvortrag vor, so ist dieser vor der Zuweisung an die Reserve zu beseitigen.»



Stimmt mit OR 674 Abs. 1 Ziff. 1 überein

Freiwillige Gewinnreserve

OR 673 Abs. 3 Halbsatz 2

«[...]; vorbehalten bleiben die Vorschriften über die Verrechnung mit Verlusten.»



Stimmt mit OR 674 Abs. 1 Ziff. 2 überein

Sammy Guidoum
Dr. iur., Rechtsanwalt
Edelmann Rechtsanwälte & Notare
Bahnhofstrasse 1
5330 Bad Zurzach
sammy.guidoum@edelmann-recht.ch



Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Markus Vischer
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt,
Senior Counsel Walder Wyss
Seefeldstrasse 123
8034 Zürich
markus.vischer@walderwyss.com

