

Prof. Dr. Lukas Handschin

Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht

Das neue Rechnungslegungsrecht berührt das Gesellschaftsrecht teilweise durch spezifische Neuerungen zur Rechnungslegungspflicht, zum Inhalt der Jahresrechnung und zu einzelnen Bewertungsfragen. Teilweise ergeben sich durch die neuen Vorschriften starke Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht, wie im Zusammenhang mit Art. 725 OR, wonach die Bewertung zu Fortführungswerten nur noch zulässig ist, wenn die Fortführung für ein Jahr möglich erscheint. Die Bestimmung führt indirekt zur Pflicht, eine Liquiditätsplanung vorzunehmen. Weiter konnten eigene Aktien nach altem Recht aktiviert werden; nach neuem Recht ist das nicht mehr der Fall.

Rechtsgebiet(e): Handelsrecht; Gesellschaftsrecht; Aktienrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Lukas Handschin, Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 21. Oktober 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechnungslegungspflichtige Unternehmen; Rechtsformübergreifende Geltung der Vorschriften
 1. Grundlagen
 2. Grössere Unternehmen
- III. Kein Wechsel zu einer True and Fair-Rechnungslegung
- IV. Geldflussrechnung (Cash-Flow Rechnung)
 1. Grundlagen
 2. Gliederung der Cash-Flow Rechnung
 3. Notwendigkeit der Gliederung der Cash-Flow Rechnung in die drei Bereiche der Geschäftstätigkeit, der Investitionstätigkeit und der Finanzierungstätigkeit
- V. Erst- und Folgebewertung; Aktiven mit beobachtbarem Marktwert
 1. Grundlagen
 2. Bildung der Schwankungsreserve
- VI. Keine Aktivierung der eigenen Aktien
 1. Grundlagen
 2. Unterlassene Anpassung von Art. 659a und 671a OR
 3. Anwendung des strengen Gleichbehandlungsgebots von Art. 660 OR auf den Erwerb eigener Aktien
 4. Veränderung des Wertes eigener Aktien
 5. Erwerb der Aktien der Mutter durch die Tochter
- VII. Auswirkung der Fortführungsfähigkeit auf die Überschuldungsanzeige; indirekte Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans
 1. Grundlagen
 2. Bedeutung der Liquidität für die Fortführungsfähigkeit; indirekter Zwang zum Liquiditätsplan

I. Einleitung

[Rz 1] Am 1. Januar 2013 ist das neue Rechnungslegungsrecht in Kraft getreten. Grundsätzlich können die neuen Bestimmungen ab dem Geschäftsjahr 2013 angewendet werden, allerdings nur integral oder gar nicht. Zwingend ist die Anwendung des neuen Rechts für das Geschäftsjahr 2015 für den Einzelabschluss und für das Geschäftsjahr 2016 für die konsolidierte Konzernrechnung.¹ Viele Fragen, die im neuen Recht geregelt wurden, unterscheiden sich materiell nicht von dem was vorher galt; da ist die Reform eher darstellerisch; in weiteren Fragen geht die Reform über das Darstellerische hinaus, ist aber sehr technisch, wie insbesondere bei der Möglichkeit der Rechnungslegung in fremder Währung. Im folgenden Beitrag sollen vor allem diejenigen Änderungen aufgezeigt werden, die auch eine Reflexwirkung in das Gesellschaftsrecht haben, nämlich:

- Rechtsformübergreifende Geltung der Vorschriften
- Beibehaltung des Vorsichtsprinzips, Bedeutung für den Kapitalschutz
- Geldfluss (Cash Flow) – Rechnung für grössere Unternehmen
- Aufwertung von Aktiven mit beobachtbarem Marktwert
- Eigene Aktien sind keine Aktiven mehr

- Indirekter Zwang zu einem Liquiditätsplan durch erhöhte Voraussetzungen an die Fortführungsfähigkeit

II. Rechnungslegungspflichtige Unternehmen; Rechtsformübergreifende Geltung der Vorschriften

1. Grundlagen

[Rz 2] Der Entwurf des Bundesrates zu Art. 957 E-OR wollte die Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung grundsätzlich für alle Einzelunternehmen, Personengesellschaften und juristischen Personen vorsehen, die verpflichtet sind, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen. Im Rahmen der parlamentarischen Diskussion hat sich dann der Wunsch gezeigt, Einzelunternehmen und Personengesellschaften, die einen Umsatzerlös von unter 500'000 Franken erzielen, von der Pflicht zur kaufmännischen Rechnungslegung auszunehmen.² Dieser Wunsch wurde mit einer Formulierung umgesetzt, die vorsieht, dass «Einzelunternehmen und Personengesellschaften, die einen Umsatzerlös von mindestens 500'000 Franken im letzten Geschäftsjahr erzielt haben» und «juristische Personen» der Pflicht zur kaufmännischen Rechnungslegung unterliegen. Die im alten Recht und im Entwurf des Bundesrats erwähnte Pflicht zum Handelsregistereintrag wird nicht mehr erwähnt. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm lässt sich aber feststellen,³ dass der gewählte Wortlaut ausschliesslich die Schwelle zur kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung erhöhen wollte. Der Wegfall des Hinweises auf die Pflicht zum Eintrag in das Handelsregister bedeutet also nicht, dass auch nicht kaufmännische Organisationen der Buchführungspflicht unterworfen werden. Somit sind auch die in Ziff. 1 genannten Unternehmen nur zur Rechnungslegung verpflichtet, wenn sie kaufmännische Unternehmen sind, insbesondere verpflichtet sind, sich im Handelsregister einzutragen.⁴

[Rz 3] Die Anknüpfung der Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht an die Pflicht, sich im Handelsregister einzutragen, ist sachlich richtig. Dass alle Unternehmen buchführungs- und rechnungslegungspflichtig sind, bedeutet selbstverständlich nicht, dass Kleinunternehmen mit einfachsten Verhältnissen nach den gleichen Vorschriften Rechnung legen müssen, wie Grossunternehmen.⁵ Zum einen ergibt sich eine Differenzierung gestützt auf Art. 957

¹ SCHÜLE, Das neue Rechnungslegungsrecht, ST 86 (2012), S. 64.

² AB 2011 S. 256 f.

³ Vgl. AB 2009 S. 1191 f.

⁴ Vgl. dazu auch Art. 957 Abs. 2 Ziff. 2 OR; DRUEY JUST/DRUEY/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 10. Aufl., Zürich 2010, § 22 N 19; NEUHAUS/SCHÄRER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 957 N 6.

⁵ HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2013, N 138.

Abs. 2 des Obligationenrechts (OR), der für Einzelunternehmen und Personengesellschaften mit weniger als 500'000 Franken Umsatz, eine vereinfachte Rechnungslegung, die sogenannte «Milchbüchlein-Rechnung»⁶ zulässt. Die «Milchbüchlein-Rechnung» ist eigentlich eine einfache Auflistung von Einnahmen und Ausgaben und kann nur in einfachsten Verhältnissen die ordentliche Buchführung ersetzen.⁷ Die «Milchbüchlein-Rechnung», von der im Zusammenhang mit Art. 957 Abs. 2 OR die Rede ist, verlangt neben Angaben zu Einnahmen und Ausgaben auch Angaben zur Vermögenslage und somit auch zur Veränderung der Vermögenslage. Weiter sollen auf die «Milchbüchlein-Rechnung» die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung «sinngemäss» angewendet werden.⁸ Die Ausnahmeregel soll keinen buchhalterischen Freipass⁹ bedeuten. In vielen Fällen ist die beabsichtigte Entlastung der kleinen KMU daher eine reine Scheinentlastung. Eine vereinfachte Rechnungslegung ergibt sich bei kleinen Unternehmen vor allem aus deren Kleinheit und den einfachen Verhältnissen, die sie auszeichnen.¹⁰

2. Grössere Unternehmen

[Rz 4] Grössere Unternehmen sind Gesellschaften, die zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind¹¹ und Gesellschaften, die eine Konzernrechnung erstellen müssen.¹² Diese müssen im Anhang der Jahresrechnung zusätzliche Angaben machen und einen Lagebericht sowie eine Geldflussrechnung erstellen. Der alte Jahresbericht, jetzt Lagebericht, ist nur noch für grössere Unternehmen vorgeschrieben. Der Lagebericht enthält Aussagen zum Geschäftsverlauf und zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens sowie allenfalls des Konzerns und stellt diese unter Gesichtspunkten dar, die in der Jahresrechnung nicht zum Ausdruck kommen.¹³ Weil der Lagebericht/Jahresbericht nur noch für grössere Unternehmen vorgeschrieben ist, führt das neue Rechnungslegungsrecht in dieser Beziehung zu einem Transparenz-bezogenen Rückschritt.

[Rz 5] (Aktien-) Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere

an einer Börse kotiert sind, haben zusätzliche rechnungslegungs- und börsenrechtliche Vorschriften zu beachten. Zum einen bestehen aktienrechtliche Vorschriften, die an die Börsenkotierung anknüpfen,¹⁴ zum anderen verlangt das Börsenrecht die Anwendung bestimmter zusätzlicher rechnungslegungsrechtlicher Normen. Insbesondere sind börsenkotierte Unternehmen verpflichtet, eine konsolidierte Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard der Rechnungslegung, meistens IFRS, zu erstellen. Diese börsenrechtlich begründeten Pflichten bestanden schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts.¹⁵

III. Kein Wechsel zu einer True and Fair-Rechnungslegung

[Rz 6] In der traditionellen und handelsrechtlichen Rechnungslegung spielt der Vorsichtsgrundsatz eine ganz entscheidende Rolle. Er verlangt eine besondere Sorgfalt in der Ermessensausübung von erforderlichen Schätzungen unter ungewissen Umständen, sodass Vermögenswerte oder Erträge nicht zu hoch und Schulden oder Aufwendungen nicht zu tief angesetzt werden.¹⁶ Nach dem Vorsichtsprinzip stellt sich das Unternehmen im Zweifelsfall eher ärmer dar als es in Wirklichkeit ist,¹⁷ was oft zur Bildung stiller Reserven führt.¹⁸ Weiter entspricht es dem Vorsichtsprinzip, bei Ungewissheit und gleicher Eintretenswahrscheinlichkeit, die weniger optimistische Variante zu wählen.¹⁹ Die Schwelle zur Überschuldung und den an diese anknüpfenden Pflichten bleibt also unverändert. Die im Entwurf in Art. 962 Abs. 1 E-OR vorgesehene Möglichkeit, als handelsrechtliche Bilanz auch einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zu wählen, wurde auch deshalb durch das Parlament verworfen, weil befürchtet wurde, dass die Schwelle zur Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 verschoben würde.²⁰

[Rz 7] Demgegenüber sind in den sogenannten True and Fair-Rechnungslegungen die transparenzbezogenen Grundsätze wichtig, also der Grundsatz der Klarheit, Verständlichkeit und Verlässlichkeit und der Grundsatz der Wesentlichkeit, Vollständigkeit und Relevanz. Diese Grundsätze gelten zwar als Prinzip auch in der handelsrechtlichen Rechnungslegung (auch im alten Recht), werden aber an mehreren Stellen derart stark durchbrochen, dass die Rechnungslegung

⁶ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 78 f.

⁷ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 78.

⁸ Art. 957 Abs. 3 OR.

⁹ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) mit Entwurf vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, S. 1589 ff., S. 1697; vgl. SCHÜLE, Die Milchbüchleinrechnung ist kein Freipass, ST 84 (2010), S. 856 f.

¹⁰ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 139.

¹¹ Gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR Unternehmen, welche zwei von den drei nachfolgenden Kriterien – 20 Mio. Franken Bilanzsumme, 40 Mio. Franken Umsatzerlös und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt – in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten.

¹² Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 OR i.V.m. Art. 963 und 963a OR.

¹³ Art. 961c; vgl. zum Lagebericht ausführlich HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 562 ff.

¹⁴ Vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 193 ff.

¹⁵ GURTNER, Neues Rechnungslegungsrecht nach OR, ST 84 (2010), S. 394; vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 197.

¹⁶ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 343; vgl. Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR; Art. 958c Abs. 1 Ziff.5 und Art. 960 Abs. 2 OR; HWP, II.6.2.2.3, S. 59.

¹⁷ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 297.

¹⁸ NEUHAUS/BLÄTTLER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 662a N 10; vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 297, 343, 852 ff.

¹⁹ Swiss GAAP FER Rahmenkonzept Ziff. 13.

²⁰ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 33.

insgesamt diesen transparenzbezogenen Grundsätzen oft nicht mehr entspricht. In vielen Fällen ist die Bildung stiller Reserven zulässig²¹, womit zwangsläufig Einschränkungen der Vollständigkeit verbunden sind.²² Die Möglichkeit zur Bildung stiller Reserven besteht unter dem neuen Recht genau gleich, wie unter den bisherigen Bestimmungen. Das kommt insbesondere durch die Bestimmung zum Ausdruck, dass nicht mehr benötigte Rückstellungen belassen werden können.²³

IV. Geldflussrechnung (Cash-Flow Rechnung)

1. Grundlagen

[Rz 8] Die Erfolgsrechnung zeigt die Aufwendungen und Erträge einer Geschäftsperiode und stellt sie einander gegenüber, woraus sich das Ergebnis der Geschäftstätigkeit (Gewinn bzw. Verlust) ergibt. Sie zeigt nicht nur liquiditätswirksame Veränderungen, beispielsweise Einnahmen aus dem Verkauf von Produkten, sondern auch andere Veränderungen auf der aktiven und passiven Seite der Bilanz, beispielsweise Wertberichtigungen, Abschreibungen und Rückstellungen. Das Unternehmen geniesst in Bezug auf die Bewertung dieser Werte einen gewissen Ermessensspielraum. Anlagevermögen kann beispielsweise, ohne dass eine Pflichtverletzung vorliegt, aggressiv oder weniger aggressiv abgeschrieben werden.²⁴ Diese Ermessensspielräume können die Aussagekraft der Erfolgsrechnung einschränken; ihre Schwäche liegt also zum einen in der mangelnden Objektivität.²⁵ Zu dieser Schwäche kommt ein zweiter Aspekt, der sich aus der Rolle der Liquidität im Unternehmen ergibt. Das Bonmot: «Rechnungen werden mit Liquidität bezahlt, nicht mit Erfolg» hat einen wahren Sinn und weist auf eine weitere Schwäche der Erfolgsrechnung hin, weil sie zwischen dem liquiditätswirksamen und dem liquiditätsunwirksamen Erfolg nicht unterscheidet.²⁶

[Rz 9] Diese beiden Nachteile der Erfolgsrechnung können durch die Cash-Flow Rechnung oder in der Terminologie des neuen Rechts Geldflussrechnung²⁷ kompensiert werden. Diese beschreibt ausschliesslich die Geldflüsse, englisch Cashflows (daher auch: Cash-Flow Rechnung). Das alte Recht erwähnte die Cash-Flow Rechnung nicht als Teil der Jahresrechnung; das neue Recht verlangt sie nur für

grosse Unternehmen.²⁸ Sie ist aber in fast allen Fällen Voraussetzung dafür, dass der Verwaltungsrat die Finanzkontrolle ausüben kann²⁹ und somit indirekt für alle Unternehmen vorgeschrieben, wenn auch nicht als Teil der publizierten Jahresrechnung.³⁰ Die Cash-Flow Rechnung ergänzt die Erfolgsrechnung und bildet mit ihr zusammen eine gute Grundlage, um das Jahresergebnis des Unternehmens richtig beurteilen zu können.

2. Gliederung der Cash-Flow Rechnung

[Rz 10] Die Vorschriften des neuen Rechts orientieren sich an den Vorgaben der Regelwerke Swiss GAAP FER und IFRS und verlangen insbesondere die getrennte Darstellung der Geldflüsse aus der Geschäftstätigkeit, Investitionstätigkeit und Finanzierungstätigkeit.³¹ Diese Dreiteilung ist nicht nur international üblich³², sondern auch eine Voraussetzung dafür, dass sie überhaupt aussagekräftig ist.³³

[Rz 11] Der **Geldfluss aus der Geschäftstätigkeit** zeigt die Mittelflüsse im unmittelbaren Zusammenhang mit der eigentlichen betrieblichen Tätigkeit, d.h. die Erwirtschaftung bzw. den Verzehr von flüssigen Mitteln im Rahmen der Beschaffung, Produktion, Administration und Umsatzerzielung. Er umfasst den liquiditätswirksamen Teil des operativen Ergebnisses sowie alle Veränderungen des Nettoumlaufvermögens. Der liquiditätswirksame Teil des operativen Ergebnisses kann direkt oder indirekt festgestellt werden.³⁴

[Rz 12] Der **Geldfluss aus der Investitionstätigkeit** zeigt Mittelflüsse beim Kauf und Verkauf von Investitionsgütern wie z.B. Maschinen und Immobilien.³⁵ Die Investitionstätigkeit umfasst insbesondere Barkäufe und -verkäufe von Sach- und Finanzanlagen und immateriellen Anlagen.

[Rz 13] Der kumulierte Geldfluss auf der Geschäfts- und Investitionstätigkeit ist der **Freie Cash Flow**. Er zeigt das Potential des Unternehmens Geldflüsse für die Finanzierungstätigkeit zu leisten.

[Rz 14] Der **Geldfluss aus der Finanzierungstätigkeit** zeigt die Mittelflüsse aus der Finanzierungstätigkeit, also aus der

²¹ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 852 ff.

²² HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 326.

²³ Art. 669 Abs. 2 aOR, Art. 960e Abs. 4 OR; HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 872 ff.

²⁴ Vgl. dazu HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 702 ff.

²⁵ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 393.

²⁶ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 429 ff.; vgl. auch die Beispiele bei N 431 zum liquiditätswirksamen und liquiditätsunwirksamen Erfolg.

²⁷ Art. 961b OR.

²⁸ Art. 961 Ziff. 2 und Art. 961b OR.

²⁹ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 463 ff.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 8 N 441; Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

³⁰ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 462; BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 8 N 441 «unentbehrliches Instrument der finanziellen Führung»; WATTER, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 716a, N 12; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 51 N 163.

³¹ Art. 961b OR: «Die Geldflussrechnung stellt die Veränderung der flüssigen Mittel aus der Geschäftstätigkeit, der Investitionstätigkeit und der Finanzierungstätigkeit je gesondert dar.»

³² Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1717.

³³ Vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 450 ff. und unten Ziff. 3.

³⁴ Vgl. ausführlich HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 438 ff.

³⁵ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 442.

Aufnahme und Rückzahlung von Eigen- oder Fremdmitteln, die Begleichung von Zinsen und die Ausschüttung von Dividenden.

3. Notwendigkeit der Gliederung der Cash-Flow Rechnung in die drei Bereiche der Geschäftstätigkeit, der Investitionstätigkeit und der Finanzierungstätigkeit

[Rz 15] Die Darstellung der Cash-Flow Rechnung in die drei Bereiche der Geschäftstätigkeit, der Investitionstätigkeit und der Finanzierungstätigkeit ist nach neuem Recht vorgeschrieben.³⁶ Ohne diese Dreiteilung ist die Cash-Flow Rechnung nicht aussagekräftig,³⁷ was sich aus den nachfolgenden drei Beispielen ohne weiteres ergibt, die alle einen Gesamt-Cash-Flow von -500 aufweisen.³⁸

Beispiel A

Operativer Cash-Flow	500	
Investiver Cash-Flow	-500	(Free Cash Flow = 0)
Finanzieller Cash-Flow	-500	
(Gesamt-Cash-Flow)	-500	

[Rz 16] Das Beispiel A zeigt ein gesundes Unternehmen, mit einem positiven operativen (es erzielt aus der Betriebstätigkeit einen positiven Cash-Flow) und negativen investiven Cash-Flow (es investiert netto 500) von je 500 resp. -500 und einem negativen finanziellen Cash-Flow von 500, der belegt, dass das Unternehmen in der Lage ist, für seine Finanzierung zu bezahlen, sei es in der Form von Dividenden oder in der Form der Rückzahlung von Darlehen. Der Gesamt-Cash-Flow ist -500.

Beispiel B

Operativer Cash-Flow	-500	
Investiver Cash-Flow	-500	(Free Cash Flow = -1'000)
Finanzieller Cash-Flow	500	
(Gesamt-Cash-Flow)	-500	

[Rz 17] Das Beispiel B zeigt ein Unternehmen in der Startphase, das operativ einen negativen Cash-Flow von 500 erzielt, investiven Cash-Flow von -500 (das Unternehmen investiert 500) und einen finanziellen Cash-Flow von 500 (das Unternehmen nimmt Fremdkapital auf oder erhält Einzahlungen aufgrund einer Kapitalerhöhung). Auch hier beträgt der Gesamt-Cash-Flow -500.

Beispiel C

Operativer Cash-Flow	-500	
Investiver Cash-Flow	500	(Free Cash Flow = 0)
Finanzieller Cash-Flow	-500	
(Gesamt-Cash-Flow)	-500	

[Rz 18] Beim Beispiel C schliesslich liegen ein negativer operativer (-500) und ein positiver investiver Cash-Flow (500) vor. Der finanzielle Cash-Flow beträgt ebenfalls -500. (Gesamt-Cash-Flow auch hier -500; das Unternehmen desinvestiert und leitet die gewonnene Liquidität an die Gesellschafter weiter oder zahlt Finanzverbindlichkeiten zurück.)

[Rz 19] Obwohl alle drei Unternehmen den gleichen Gesamt-Cash-Flow haben (-500), ist die Aussage der Cash-Flow Rechnung in jedem der drei Fälle eine völlig andere: Ein positiver freier Cash-Flow bedeutet, dass das Unternehmen liquide Mittel erwirtschaftet hat, um Zahlungen im Zusammenhang mit der Finanzierung des Unternehmens durchzuführen (Zinsen an Banken,³⁹ Dividenden an Gesellschafter). Ein negativer operativer, aber positiver Free Cash Flow bedeutet, dass das Unternehmen (noch) in der Lage ist, den negativen operativen Cash-Flow durch Desinvestitionen im Anlagevermögen aufzufangen. Ist der kumulierte operative und investive Cash-Flow und damit der Free Cash Flow negativ, gibt es kein Anlagevermögen mehr, das veräussert werden kann und das Unternehmen ist auf eine Finanzierung angewiesen. Erst durch die Gliederung der Cash-Flow Rechnung in die drei Fonds operativer Mittelfluss, investiver Mittelfluss und finanzieller Mittelfluss können also die unterschiedlichen Ursachen der Mittelflüsse erkannt und unterschieden werden.

V. Erst- und Folgebewertung; Aktiven mit beobachtbarem Marktwert

1. Grundlagen

[Rz 20] Grundsätzlich werden alle Aktiven bei ihrer erstmaligen Erfassung zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet.⁴⁰ In den meisten Fällen ist dieser Betrag auch der Höchstwert, der in Folgebewertungen nicht überschritten werden darf.⁴¹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bestand unter dem alten Recht für Wertschriften mit Börsenkurs, die auch zum Durchschnittskurswert des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag bewertet werden durften.⁴² Die

³⁶ Art. 961b OR.

³⁷ Vgl. auch BEHR/LEIBFRIED, Rechnungslegung, 3. Aufl., Zürich 2011, S. 243 ff.; BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 8 N 444 und N 450; DRUEY JUST/DRUEY/GLANZMANN, (siehe Fn. 4), § 25 N 83.

³⁸ Beispiele aus HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 450 ff.

³⁹ Zins- und Finanzaufwand kann auch unter operativem Cash-Flow berücksichtigt werden (IAS 7.33); vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 454.

⁴⁰ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 586.

⁴¹ Art. 960a Abs. 2 OR; HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 587, 612 ff. und 652 ff.

⁴² Art. 667 Abs. 1 aOR.

Aufwertung war erfolgswirksam,⁴³ aber freiwillig.⁴⁴ Um besser zum Ausdruck zu bringen, dass die Bestimmung auch auf Werte anwendbar ist, die nicht börsenkotiert sind oder nicht an einer Börse erworben werden, die aber regelmässig gehandelt werden, und weiter im Bestreben einen Sammelbegriff zu finden, der Wertschriften, Edelmetalle und Handelswaren umfasst, spricht das neue Recht in Art. 960b OR von «Aktiven mit Börsenkurs oder einem anderen beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt».

[Rz 21] Der Begriff ist etwas unglücklich gewählt, denn in der Terminologie der Rechnungslegungsstandards geht diese Formulierung des beobachtbaren Marktpreises weit über das hinaus, was dem Gesetzgeber vorschwebte und kann beispielsweise auch Liegenschaften umfassen, bei denen ein Marktwert feststellbar ist.⁴⁵ Das ist aber nicht gemeint, der neue Wortlaut wollte gegenüber dem Entwurf, der noch von «Aktiven mit Börsenkurs» sprach, nur deutlich machen, dass auch ein ausserbörslich festgelegter Wert zur Anwendung von Art. 960b OR führen kann.⁴⁶ «Aktiven mit Börsenkurs oder einem anderen beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt» sind also Wertschriften, Edelmetalle und Handelswaren, die regelmässig börslich oder ausserbörslich gehandelt werden. Insbesondere besteht diese Möglichkeit richtigerweise nicht für Anlagevermögen.⁴⁷ Die Botschaft⁴⁸ sagt dazu zwar ausdrücklich: «Aktiven mit Börsenkurs können sowohl als rasch realisierbare Aktiven (Umlaufvermögen) als auch als langfristige Finanzanlagen (Anlagevermögen, s. Art. 960d OR) bilanziert werden. Der Entwurf lässt in beiden Fällen eine Bewertung zum Börsenkurs zu», doch in diesem Zeitpunkt bezog sich die Vorschrift noch auf Wertpapiere und noch nicht potentiell auf Liegenschaften, die auch einen «beobachtbaren Marktwert» aufweisen können. Auch die Diskussion im Parlament im Zusammenhang mit der Formulierung «Aktiven mit beobachtbaren Marktpreisen» zeigt, dass nur über die Bewertung von Werten diskutiert wurde, die zum Umlaufvermögen gehören können; spezifisch war die Rede von «*Over-the-Counter*»-Transaktionen börsenkotierter Papiere.⁴⁹ Gegen die Aufwertungsmöglichkeit von Anlagevermögen spricht schliesslich auch, dass die Aufwertung gemäss Art. 960b OR erfolgswirksam sein kann, während nach Regelwerkvorschriften die Aufwertung von Beteiligungen des Anlagevermögens zwingend zur Bildung einer Neubewertungsreserve führt.⁵⁰ Dass unter dem (vorsichtigen)

Obligationenrecht Aufwertungen von Beteiligungen erfolgswirksam möglich sein sollen, während der gleiche Vorgang in (*True and Fair*) Regelwerkvorschriften nur erfolgsneutral möglich ist, ist nicht nachvollziehbar.

2. Bildung der Schwankungsreserve

[Rz 22] Unter dem alten Recht konnten Wertschriften mit Kurswert auf den Wert ihres Durchschnittskurses des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag erfolgswirksam aufgewertet werden. Diese Möglichkeit besteht auch unter dem neuen Recht.⁵¹ Neu ist, dass gestützt auf Art. 960b Abs. 2 OR bei einer Aufwertung von Aktiven eine Reserve zulasten der Erfolgsrechnung gebildet werden darf. Diese Schwankungsreserve⁵² ist eine Neubewertungsreserve, wie sie nach Regelwerkvorschriften bei der Aufwertung von Anlagevermögen gebildet werden muss;⁵³ sie bewirkt, dass die Aufwertung der Aktiven mit Kurswert, also auch der Handelswaren und Edelmetalle, im Ergebnis nicht erfolgswirksam ist. Das Unternehmen kann Wertsteigerungen also auf drei verschiedene Arten abbilden. Sie kann die Aktiven aufwerten und auf die Bildung der Schwankungsreserve verzichten. Die Aufwertung ist in diesem Fall erfolgswirksam, ebenso wie auch die allfällige spätere Abwertung. Weiter kann es das Aktivum aufwerten und im gleichen Umfang eine Schwankungsreserve bilden, oder es kann, wie auch unter dem geltenden Recht, auf die Aufwertung verzichten und stille Reserven bilden. Auch unter dem neuen Recht ist die Aufwertung freiwillig: «dürfen ... bewertet werden».⁵⁴

VI. Keine Aktivierung der eigenen Aktien

1. Grundlagen

[Rz 23] Die Regel des alten Art. 659a Abs. 2 OR führte unter dem alten Rechnungslegungsrecht dazu, dass einerseits die erworbenen eigenen Aktien (zum Kaufpreis) aktiviert wurden und andererseits im Umfang dieser Aktivierung durch Verrechnung mit dem Gewinnvortrag eine Reserve geschaffen wurde.⁵⁵

Beispiel: Rückerstattung von 100 durch Erwerb eigener Aktien, altes Recht,

⁴³ Vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 615 f.

⁴⁴ NEUHAUS/INAUEN, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 667 N 8.

⁴⁵ Vgl. IAS 16.31 f.

⁴⁶ Vgl. AB 2009 S. 1197 f.; AB 2010 N 1380 f.; AB 2011 S. 259 f.; AB 2011 N 878 f.; AB 2011 S. 719 f.

⁴⁷ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 655 ff.

⁴⁸ Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1712.

⁴⁹ Vgl. AB 2010 N 1380.

⁵⁰ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 615.

⁵¹ Art. 960b Abs. 1 OR; vgl. dazu HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 615.

⁵² Zur Funktion der Schwankungsreserve vgl. Beispiel in HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 616.

⁵³ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 666.

⁵⁴ Art. 960b Abs. 1 OR.

⁵⁵ BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 4 N 236, 238 ff. und § 8 N 323; vgl. aber auch NEUHAUS/BALKANYI, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 671a N 5 f., wonach für schwer veräusserbare eigene Aktien im Eigenkapital ein Korrekturposten gebildet werden soll.

vor dem Erwerb:

Aktiven		Passiven	
Bank	2000	FK	0
		AK	1800
		Gewinn	200
Buchwert-Eigenkapital:	2000		

Nach dem Erwerb:

Aktiven		Passiven	
Bank	1900	FK	0
Eigene Aktien	100	AK	1800
		Reserve für eigene Aktien	100
		Gewinn	100
Buchwert-Eigenkapital:	2000		

[Rz 24] Diese Reserve gleich als Passivwert den aktivierten Wert der eigenen Aktien aus und diene wie das Aktien- oder Partizipationskapital und andere gesetzlich oder statutarisch vorgesehene Reserven als Ausschüttungssperre.⁵⁶ Die Verrechnung mit dem Gewinnvortrag bewirkt, dass durch den Erwerb der eigenen Aktien das Ausschüttungspotential der Gesellschaft nicht erhöht wird. Durch die Reserve für eigene Aktien wurde dem Umstand, dass eigene Aktien unsichere Vermögenswerte sind, Rechnung getragen. Die gesetzliche Reserve für eigene Aktien konnte nur bei Veräusserung oder Vernichtung (durch Kapitalherabsetzung) von Aktien abgebaut werden.

[Rz 25] In den Regelwerken Swiss GAAP FER und IFRS war die Aktivierung eigener Aktien schon immer nicht zulässig; diese gehen davon aus, dass der Kauf eigener Aktien weniger der Erwerb eines Aktivums ist, sondern vielmehr eine Rückzahlung von geleisteten Einlagen an Aktionäre.⁵⁷ Die Regel nach Swiss GAAP FER oder IFRS war vorsichtiger, als die alte Regel nach OR. Die Aktivierung der eigenen Aktien ist im Grunde genommen eine Art «verkappte» Goodwill-Aktivierung, was sich am Beispiel eines Unternehmens zeigt, das auf der Aktiven Seite nur aus einem Barvermögen von 2'000 besteht, im Übrigen aber keine Geschäfte tätigt; auf der Passivseite gibt es ein Aktienkapital und einen Gewinnvortrag von je 1'000.⁵⁸ Der Wert dieser Gesellschaft entspricht dem Eigenkapital zu Buchwerten und beträgt 2'000. Würde diese Gesellschaft im Umfang von 100 eigene Aktien kaufen, würde das Barvermögen auf 1'900 sinken und sie könnte nach altem Recht die eigenen Aktien im Umfang

von 100 aktivieren. Auf der Passivseite wird die Reserve für eigene Aktien im Umfang von 100 mit dem Gewinnvortrag verrechnet, sodass dieser noch 900 beträgt. Das Buchwert-Eigenkapital dieser Gesellschaft beträgt bei der Aktivierung der eigenen Aktien immer noch 2'000, obwohl der wirkliche Wert der Gesellschaft 1'900 beträgt. Ein anderes Bild ergibt sich nur, wenn die Gesellschaft aktiv ist und der wirkliche Wert des Eigenkapitals den Buchwert übersteigt. Daher ist es durchaus zulässig, die Aktivierung von eigenen Aktien als «verkappte» Goodwill-Aktivierung zu verstehen. Dass eigene Aktien nicht aktiviert werden, ist sachlich richtig, vorsichtig ist es sowieso.

[Rz 26] Das neue Recht schreibt in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR vor, dass eigene Kapitalanteile als Minusposten unter den Passiven ausgewiesen werden, wie das auch in den Swiss GAAP FER⁵⁹ und den IFRS⁶⁰ vorgesehen ist. Der Schönheitsfehler der Reform ist, dass diese doch einschneidende Änderung nur gleichsam «en passant» in den Gliederungsvorschriften der Bilanz vorgenommen wurde und dass Art. 671a und Art. 659 bis 659b OR, die sich ausdrücklich mit eigenen Aktien befassen, unverändert geblieben sind.

Beispiel: Rückerstattung von 100 durch Erwerb eigener Aktien, neues Recht,

vor dem Erwerb:

Aktiven		Passiven	
Bank	2000	FK	0
		AK	1800
		Gewinn	200
Buchwert-Eigenkapital:	2000		

Nach dem Erwerb:

Aktiven		Passiven	
Bank	1900	FK	0
Eigene Aktien	0	AK	1800
		Minusreserve Eigene Aktien	-100
		Gewinn	200
Buchwert-Eigenkapital:	1900		

[Rz 27] Der Gewinn (im Beispiel 200), der weiterhin ausgewiesen wird, darf vollumfänglich erst wieder ausgeschüttet werden, wenn die Reserve für eigene Aktien wieder aufgelöst wird. Solange der Minusposten besteht, ist im Beispiel der ausschüttbare Betrag auf 100 beschränkt. Das Aktivierungsverbot in Kombination mit dem Minusposten oder Minusreserve bei den Passiven wirkt im Ergebnis wie andere Reserven auch als Ausschüttungssperre.⁶¹ Diese Ausschüt-

⁵⁶ Gl.M. TRÜEB, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 659a N 12; BUCHSER/JAUSSI, Zivil- und steuerrechtliche Probleme beim direkten und indirekten Rückkauf eigener Aktien, ASA 70 (2001-2002), S. 633; DRUEY JUST/DRUEY/GLANZMANN, (siehe Fn. 4), § 8 N 46.

⁵⁷ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 917.

⁵⁸ Vgl. HANDSCHIN, Eigene Aktien im Konzern, ST 87 (2013), S. 485.

⁵⁹ Swiss GAAP FER 24 Ziff. 2: «Der Bestand der eigenen Aktien ist nicht unter den Aktiven, sondern als Minusposten im Eigenkapital auszuweisen»; Swiss GAAP FER 24 Ziff. 7; Swiss GAAP FER 3 Ziff. 2.

⁶⁰ IAS 32.33: «Erwirbt ein Unternehmen seine eigenen Eigenkapitalinstrumente zurück, so sind diese Instrumente («eigene Anteile») vom Eigenkapital abzuziehen»; IAS 32.34; IAS 32.AG36.

⁶¹ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 920.

tungssperre ergibt sich (anders als bei anderen Reserven) nicht dadurch, dass ein positiver Betrag bei den Passiven als Reserve bezeichnet wird mit der Folge, dass sich der Gewinnvortrag entsprechend reduziert, sondern vielmehr dadurch, dass die erworbenen eigenen Aktien nicht aktiviert werden mit der Folge, dass durch den Erwerb der eigenen Aktien das Bruttovermögen der Gesellschaft entsprechend sinkt. Das neue System der Abbuchung (keine Aktivierung der Aktien in Verbindung mit Minusreserve unter den Passiven) behandelt den Erwerb eigener Aktien wie eine Kapitalherabsetzung und den Verkauf eigener Aktien wie eine Aktienemission.⁶² Der eine Vorgang vermindert das Eigenkapital, der andere erhöht es.

2. Unterlassene Anpassung von Art. 659a und 671a OR

[Rz 28] Das Aktivierungsverbot der eigenen Aktien wurde ausschliesslich in Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR vorgenommen und auch dort nur indirekt, indem festgelegt wird, dass eigene Aktien als Minusposten bei den Passiven aufzuführen sind. Immerhin weist die Botschaft darauf hin, dass «eigene Aktien keine Vermögenswerte darstellen, die wie Forderungen oder Waren im normalen Geschäftsverkehr veräussert werden können»⁶³ und daraus lässt sich ableiten, dass eigene Aktien nicht mehr wie bisher aktiviert werden dürfen. Auch in den Swiss GAAP FER und den IFRS, die für eigene Aktien ebenfalls einen Minusposten bei den Passiven bilden, werden eigene Aktien nicht aktiviert. Bei der Abtrennung des Rechnungslegungsrechts von der übrigen Aktienrechtsrevision sind die Bestimmungen in Art. 659a Abs. 2 OR «Die Gesellschaft hat für die eigenen Aktien einen dem Anschaffungswert entsprechenden Betrag gesondert als Reserve auszuweisen» und in Art. 671a OR «Die Reserve für eigene Aktien kann bei Veräusserung oder Vernichtung von Aktien im Umfang der Anschaffungswerte aufgehoben werden» vergessen gegangen.⁶⁴ Auch die weiteren Bestimmungen zu den eigenen Aktien blieben unverändert, insbesondere auch Art. 659b OR zur Handhabung der eigenen Aktien im Konzern; deren Änderung war allerdings auch im Rahmen der Aktienrechtsrevision nicht vorgesehen. Für die Frage der Aktivierung der eigenen Aktien, die durch das Unternehmen selber gehalten werden, ist allerdings der Widerspruch zum neuen Recht nicht zwingend. Art. 659a Abs. 2 und 671a OR sprechen nur von Reserven, die auszuweisen sind, was nicht ausschliesst, den «Minusposten» gemäss Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR als «Minusreserve» zu verstehen. Selbst wenn ein Widerspruch vorliegen sollte, gilt, dass die neuere Norm

der älteren Norm vorgeht.⁶⁵ Dass eigene Aktien nach neuem Rechnungslegungsrecht nicht mehr aktiviert werden dürfen und dass eine Negativreserve zu bilden ist, kann ernstlich nicht mehr in Frage gestellt werden.

3. Anwendung des strengen Gleichbehandlungsgebots von Art. 660 OR auf den Erwerb eigener Aktien

[Rz 29] Weil der Erwerb eigener Aktien nach neuem Recht eine Ausschüttung von Eigenkapital ist (und nicht mehr der Erwerb eines Aktivums) gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 660 Abs. 1 OR «jeder Aktionär hat Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist». Mit dem Erwerb eigener Aktien wird ein Teil des Bilanzgewinns zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt; nach der Verteilung ist als Folge der Nicht-Aktivierung der eigenen Aktien das Eigenkapital tiefer als vorher. Das bedeutet, dass die möglicherweise unterschiedlichen Werte, die einzelnen Aktienkategorien zukommen können (beispielsweise bei Stimmrechtsaktien auf Grund einer höheren Stimmkraft) eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen können und es besteht richtigerweise eine absolute Pflicht zum Kaufangebot an alle Aktionäre.⁶⁶ Die Situation ist also gleich, wie bei der Ausschüttung von Dividenden oder bei der Kapitalherabsetzung, wo auch ein absolutes Gleichbehandlungsgebot gilt und nur der unterschiedliche Nennwert der Beteiligungen der einzelnen Aktionäre eine Ungleichbehandlung rechtfertigt. Die unter dem alten Recht vertretene Möglichkeit, wonach die Gesellschaft sich von den Aktionären Verkaufsangebote machen lässt und die günstigsten wahrnimmt,⁶⁷ ist nach dem neuen Recht nicht mehr zulässig; es geht nicht um den Erwerb eines Vermögenswerts. Nur wenn die Gesellschaft gemäss Art. 685b Abs. 1 OR einem verkaufswilligen Aktionär die Aktien zum wirklichen Wert abkauft, muss sie nur diejenigen Aktionäre gleichbehandeln, die ihre Aktien im Rahmen dieser Transaktion verkaufen wollen.⁶⁸

[Rz 30] Unter dem alten Recht musste der Zwang zur Gleichbehandlung aller Aktionäre bei börsenkotierten Aktien auch auf börsenrechtliche Vorschriften abgestützt werden, insbesondere die Vorschriften der Übernahmekommission im Zusammenhang mit Rückkaufprogrammen börsenkotierter

⁶² Vgl. auch BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 4 N 238.

⁶³ Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1660.

⁶⁴ Art. 671b OR sollte gestrichen und in Art. 659a OR sollte ausdrücklich auf die Minusreserve hingewiesen werden.

⁶⁵ Vgl. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Basel 2010, S. 112 f., zum Grundsatz «lex posterior derogat legi priori».

⁶⁶ GIGER, Der Erwerb eigener Aktien, Aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1995, S. 64; insbesondere aber GRONER, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003, S. 190 f.; anders BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 4 N 249.

⁶⁷ LENZ/VON PLANTA, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 659 N 7b FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, (siehe Fn. 30), § 53 N 80.

⁶⁸ BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 4 N 252.

Aktien.⁶⁹ Weil neu das strenge Gleichbehandlungsgebot von Art. 660 OR auf den Erwerb eigener Aktien anwendbar ist, ist eigentlich die Anwendung börsenrechtlicher Übernahmevorschriften gar nicht nötig, um ein Gleichbehandlungsgebot sicherzustellen.

4. Veränderung des Wertes eigener Aktien

[Rz 31] Unter dem alten Recht stellte sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn der Wert der eigenen Aktien sich verändert, insbesondere, wenn die aktivierten eigenen Aktien an Wert einbüssten.⁷⁰ Unter dem neuen Recht stellt sich diese Frage nicht mehr, denn eigene Aktien sind keine Vermögenswerte der Gesellschaft, werden nicht aktiviert⁷¹ und können folglich auch nicht abgewertet oder aufgewertet werden. Das führt dazu, dass der Betrag der Reserve für eigene Aktien nur verändert wird, wenn eigene Aktien durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden, wenn zusätzliche eigene Aktien erworben oder schliesslich eigene Aktien veräussert werden.⁷²

5. Erwerb der Aktien der Mutter durch die Tochter

[Rz 32] Am schwierigsten ist die Frage zu beantworten, wie vorzugehen ist, wenn Tochtergesellschaften eigene Aktien der Mutter erwerben. Gemäss (unverändertem) Art. 659b OR gilt unter dem Titel «Erwerb durch Tochtergesellschaften» dass bei einer Gesellschaft, die an einer Tochtergesellschaft «mehrheitlich beteiligt» ist, «für den Erwerb ihrer Aktien durch diese Tochtergesellschaften die gleichen Einschränkungen und Folgen» bestehen, wie wenn sie die eigenen Aktien selber erwerben würde. In Bezug auf den Erwerb eigener Aktien gibt es also eine Einheitsbehandlung des Konzerns. Weiter hält Abs. 3 fest, dass die Reservebildung der Gesellschaft obliegt, welche die Mehrheitsbeteiligung hält. Unter dem alten Recht hat die Tochter die eigenen Aktien der Mutter als «normales» Aktivum aktiviert, gleich wie andere Aktiven. Die Reserve für die durch die Tochter gehaltenen eigenen Aktien war zu Lasten des Gewinns durch die Mutter zu bilden (Abs. 3) und führte dazu, dass die Schwelle für Gewinnausschüttungen (der Mutter) sank. Die Tochter selber hat keine Reserve gebildet. Das System war kohärent und «ging auf».

[Rz 33] Das ist im neuen Recht nicht mehr der Fall; Art. 659b Abs. 3 OR schreibt vor, dass die Muttergesellschaft beim Erwerb ihrer Aktien durch die Tochtergesellschaft die gleiche Reserve zu bilden hat, wie wenn sie die Aktien selber

erworben hätte.⁷³ Das bedeutet unter dem neuen Recht, dass die Muttergesellschaft im Umfang des Aktienerwerbs durch die Tochter die Minusreserve bilden müsste. Weil die Bildung der Minusreserve nicht mit einer gleichzeitigen Reduzierung der flüssigen Mittel bei der Mutter verbunden ist, entsteht ein Fehlbetrag (bei der Tochter), denn die Ausschüttung des Eigenkapitals erfolgt nicht aus der Kasse der Mutter, sondern aus der Kasse der Tochter. Wie dieser Fehlbetrag zu handhaben ist, hängt davon ab, ob die Tochter die erworbenen eigenen Aktien aktivieren darf. Die Frage ist umstritten.⁷⁴ Zum einen wird die Meinung vertreten, dass eigene Aktien der Mutter bei der Tochter weiterhin aktiviert werden dürfen. Die eigenen Aktien der Mutter würden in der Bilanz der Tochter aktiviert, wie bisher, und die Mutter bildet in ihrer Bilanz die Reserve für eigene Aktien unter den Passiven. Diese Lösung widerspricht allerdings dem Willen des Gesetzgebers, der in Art. 659b OR die Umgehung der Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien verhindern wollte und aus diesem Grunde festgelegt hat, dass die «Folgen» des Erwerbs eigener Aktien die gleichen sein sollen, wie bei Erwerb durch die Mutter. Würde jetzt beim Erwerb durch die Tochter eine Aktivierung erlaubt, nicht aber beim Erwerb durch die Mutter selber, wäre diese Gleichschaltung aufgehoben und der Zweck der Norm – die Verhinderung der Umgehung der Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien – wäre vereitelt. Richtig scheint es daher, die eigenen Aktien der Mutter in der Bilanz der Tochter nicht zu aktivieren. Weil das zu einem Fehlbetrag führt, ist die Negativreserve bei der Tochter zu bilden (nicht bei der Mutter, wie in Art. 659b Abs. 3 OR vorgesehen).⁷⁵

VII. Auswirkung der Fortführungsfähigkeit auf die Überschuldungsanzeige; indirekte Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans

1. Grundlagen

[Rz 34] Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss der Richter benachrichtigt werden, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Fortführungswerte dürfen bei der Berechnung der Überschuldung nur verwendet werden, wenn die Gesellschaft fortführungsfähig ist; ist sie nicht mehr fortführungsfähig, müssen Liquidationswerte verwendet werden.⁷⁶ Unter dem alten Recht musste die Fortführungsfähigkeit im Zeitpunkt

⁶⁹ BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 4 N 273; UEK Rundschreiben Nr. 1: Rückkaufprogramme vom 26. Februar 2010.

⁷⁰ BSK OR II-NEUHAUS/BALKANYI, (siehe Fn. 55), Art. 671a N 6 ff.; vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 8 N 330 ff.

⁷¹ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 922.

⁷² HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 922.

⁷³ Art. 659b N 9.

⁷⁴ Vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 58), S. 487 f.

⁷⁵ Zur Behandlung dieses Fehlbetrags ausführlich HANDSCHIN, (siehe Fn. 58), S. 487 f.

⁷⁶ Vgl. DRUEY JUST/DRUEY/GLANZMANN, (siehe Fn. 4), § 8 N 59 ff.; HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 314; LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Bern 1985, S.83 f.

der Bilanzerstellung vorliegen. Wenn die Fortführungsfähigkeit im Zeitpunkt der Bilanzerstellung nicht mehr vorlag, waren Liquidationswerte in der Bewertung anzusetzen. Der Liquidationswert ist der Wert, der sich bei einer bestmöglichen Verwertung des Gesellschaftsvermögens unter Berücksichtigung der zur Verfügung stehenden Zeit ergibt. Der Liquidationswert ist massgeblich, wenn die Fortführung des Unternehmens in Frage gestellt werden muss.⁷⁷ In wenigen Fällen (wenn hohe stille Reserven vorliegen, z.B. in der Form unbebauter Liegenschaften) kann dies zu einer Erhöhung des Eigenkapitals führen. In den meisten Fällen führt der Wechsel zum Liquidationswert aber zu einer Reduktion des Eigenkapitals, oft in die Überschuldung. Bei vielen Aktiven (wie beispielsweise Maschinen und andere Anlagen, die nicht ohne weiteres veräussert werden können) führt der Wechsel zum Liquidationswert zu einer starken Abwertung.⁷⁸

[Rz 35] Für die Anwendung der alten Vorschrift war entscheidend, dass die Fortführungsfähigkeit im Zeitpunkt der Bewertung vorliegen musste. Die weitere Fortführungsfähigkeit (gemäss Prüfungsstandard über zwölf Monate) war unter dem alten Recht vor allem Voraussetzung für die Testierung der «going-concern»-Fähigkeit im Revisionsbericht.⁷⁹ Nach neuem Recht hat sich das vollständig geändert: Als Voraussetzung für die Bewertung von Fortführungswerten ist nicht nur die Fortführungsfähigkeit im Zeitpunkt der Bilanzerstellung verlangt, sondern auch die Annahme der Fortführungsfähigkeit in den zwölf darauf folgenden Monaten (Art. 958 a Abs.2 OR: «Ist die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar, so sind der Rechnungslegung für die betreffenden Unternehmensanteile Veräusserungswerte zugrunde zu legen. ...»). Ein Unternehmen, das beispielsweise verlässlich erkennt, dass es nur noch während zehn Monaten fortführungsfähig ist, darf nach neuem Recht nicht mehr zu Fortführungswerten bilanzieren, sondern muss seine Bilanz nach Liquidationswerten erstellen. Sollte der Wechsel zu Liquidationswerten zu einer Überschuldung führen, muss gemäss Art. 725 OR die Gesellschaft den Richter benachrichtigen, auch wenn sie zu Fortführungswerten nicht überschuldet ist.⁸⁰

[Rz 36] Diese Bestimmung des neuen Rechnungslegungsrechts hat für Gesellschaften gravierende Konsequenzen, die zu Fortführungswerten nicht überschuldet sind, aber zu Liquidationswerten überschuldet wären. Diese Gesellschaften durften nach altem Recht ihre Bilanz zu Fortführungswerten erstellen, solange sie fortführungsfähig waren. Erst mit dem Wegfall der Fortführungsfähigkeit musste die Bewertungsgrundlage auf Liquidationswerte umgestellt werden⁸¹

mit der Folge, dass die meisten dieser Gesellschaften direkt in die Überschuldung fielen (sogenannter Sturz vom Bewertungssockel). Nach neuem Recht genügt es nicht mehr, dass die Fortführungsfähigkeit im Beurteilungszeitraum vorliegt, sondern sie muss auch für die zwölf Monate vorliegen, die dem Beurteilungszeitraum folgen. Der Verwaltungsrat muss also neu nicht nur die Fortführungsfähigkeit von Tag zu Tag feststellen, sondern er muss auch eine Fortführungsprognose vornehmen, die den Zeitraum von zwölf Monaten abdeckt.

2. Bedeutung der Liquidität für die Fortführungsfähigkeit; indirekter Zwang zum Liquiditätsplan

[Rz 37] Ein ganz wesentliches Element der Fortführungsfähigkeit ist die Liquidität, denn ohne Liquidität ist die Gesellschaft nicht in der Lage, Zahlungen durchzuführen und es ist denkbar, dass über das Unternehmen der Konkurs eröffnet wird, obwohl das Unternehmen nicht überschuldet ist.⁸² Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Aktiven nicht kurzfristig liquidiert oder verpfändet werden können. Die Übersicht über die Liquidität (und damit über die Fortführungsfähigkeit) erfolgt durch den Liquiditätsplan. Beim Liquiditätsplan handelt es sich um eine interne Planungsunterlage des Verwaltungsrats, er ist nicht Gegenstand der Jahresrechnung.⁸³ Der Liquiditätsplan zeigt die erwarteten Liquiditätsbedürfnisse⁸⁴ und die Liquiditätszugänge⁸⁵ und setzt sie zueinander in eine Beziehung. Dabei müssen die erwarteten Mittelflüsse nicht nur auf das Jahr bezogen korrekt geschätzt werden, sondern auf Monats- oder allenfalls auch Wochenebene. Ein geplanter Liquiditätszufluss beispielsweise im September ist für die Frage völlig unerheblich, ob das Unternehmen im März über genügend Liquidität verfügt, um die Löhne zu bezahlen.⁸⁶ Der Liquiditätsplan muss also monatlich, oft wöchentlich die erwarteten Mittelzu- und -abflüsse angeben, sodass aus dem Saldo als Ergebnis erkannt wird, wie hoch die sich aus diesem Bezug von Zu- und Abflüssen ergebende Liquidität im Zeitverlauf sein muss. Diese minimale Liquidität, die sich aus dem Verhältnis von Zu- und Abflüssen ergibt, ist dann weiter zur Liquidität in Bezug zu setzen, die dem Unternehmen zur Verfügung steht.⁸⁷

[Rz 38] Die Gesellschaft darf ihre Aktiven nur zu

⁷⁷ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), Glossar, Liquidationswert.

⁷⁸ Vgl. Beispiel in HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 309.

⁷⁹ Vgl. PS 570 Ziff. 19.

⁸⁰ Vgl. DRUEY JUST/DRUEY/GLANZMANN, (siehe Fn. 4), § 8 N 59 ff.

⁸¹ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 307; LANZ, (siehe Fn. 67), S.83 f.

⁸² BRUNNER/BOLLER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 190 N 11; KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich 2012, N 1096 f.

⁸³ Kann aber durch die Revisionsstelle im Zusammenhang mit der Prüfung der Fortführungsfähigkeit beigezogen werden; vgl. auch BÖCKLI, (siehe Fn. 29), § 13 N 749c; Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1689 f.

⁸⁴ Wie Zahlungen an Lieferanten, Löhne, Mieten etc., vgl. HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 465.

⁸⁵ Wie Zahlungen von Kunden, Finanzierung durch Banken, Gesellschafter etc.

⁸⁶ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 466.

⁸⁷ Vgl. Zahlenbeispiel in HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 467.

Fortführungswerten bewerten, wenn die Gesellschaft für weitere zwölf Monate fortführungsfähig ist. Das bedeutet, dass auch die kurz- und mittelfristige Liquiditätssituation direkt in die Bewertung und somit auch in die Prüfung der Frage des Kapitalverlustes und der Überschuldung einfließen muss.⁸⁸ Ist die Liquidität des Unternehmens gefährdet, ist eine Weiterführung der Bewertung zu Fortführungswerten⁸⁹ nicht mehr zulässig. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Fortführungsfähigkeit im Beurteilungszeitraum zwar noch vorliegt, aber in der Zukunft fehlen wird, beispielsweise nach acht oder zehn Monaten. Die Gesellschaft muss auch in diesem Fall für die Bewertung ihrer Aktiven sofort (und nicht erst in acht oder zehn Monaten) von Fortführungswerten auf Veräusserungswerte umstellen.

[Rz 39] Übertrieben wäre es aber, wenn der Verwaltungsrat nachweisen müsste, dass die Liquidität für die nächsten zwölf Monate zur Verfügung steht. Nur ganz wenige Gesellschaften könnten diesen Nachweis erbringen und auch im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses wurde ausdrücklich festgehalten, dass ein solcher Nachweis nicht verlangt ist.⁹⁰ Aber der Verwaltungsrat muss den Nachweis erbringen, dass er die Fortführungsfähigkeit für die nächsten zwölf Monate nicht willkürlich angenommen hat, sondern dass er sich dabei auf eine Liquiditätsplanung abgestützt hat. Wenn diese Liquiditätsplanung einigermaßen realistisch ist, sind die Voraussetzungen an eine pflichtgemässe Fortführungsprognose erfüllt. Ist die Liquiditätsplanung aber völlig unrealistisch oder fehlt sie gänzlich, dann liegt keine pflichtgemässe Fortführungsprognose vor und der Verwaltungsrat riskiert aus der Verletzung von Art. 725 OR (Unterlassung der Überschuldungsanzeige) verantwortlich zu werden, wenn über die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten der Konkurs eröffnet wird. Die Einführung der zwölf-Monatsfrist als Bewertungsvorschrift in Art. 958 a OR führt im Ergebnis zur Pflicht des Verwaltungsrates, eine Liquiditätsplanung vorzunehmen, jedenfalls in denjenigen Gesellschaften, die nur zu Fortführungswerten nicht überschuldet sind. Eine solche Pflicht zur Liquiditätsplanung ist auch im Entwurf zum neuen Art. 725 OR vorgesehen, der durch das Parlament aber zurückgestellt wurde. Die Bestimmung im Rechnungslegungsrecht, welche eine zwölfmonatige wahrscheinliche Fortführungsfähigkeit verlangt, führt nun aber dazu, dass der Verwaltungsrat in diesen Gesellschaften bereits nach beschlossenem Recht zur Liquiditätsplanung verpflichtet ist.

Prof. Dr. iur. LUKAS HANDSCHIN ist Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel und Rechtsanwalt in Zürich.

LUKAS HANDSCHIN ist Autor des Buches Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, welches 2012 im Helbing Lichtenhahn Verlag erschienen ist (ISBN: 978-3-7190-3291-3).

* * *

⁸⁸ HANDSCHIN, (siehe Fn. 5), N 314; vgl. Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1699 f.

⁸⁹ Art. 958a OR.

⁹⁰ Botschaft, (siehe Fn. 9), S. 1700.