

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20

3003 Bern

10. März 2015

Vernehmlassung zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)

Sehr geehrte Dame, sehr geehrter Herr

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu der oben genannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Der **veb.ch** vertritt als grösster Schweizer Verband für Rechnungslegung, Rechnungswesen und Controlling über 8'000 Mitglieder aus der gesamten Schweiz. Der veb.ch ist in der Berufsbildung die für das Finanz- und Rechnungswesen sowie Controlling zuständige Organisation der Arbeitswelt gemäss Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13. Dezember 2002. Der Verband besteht seit 1936 und ist unter anderem Mitträger der Prüfungen der beiden eidgenössisch anerkannten Prüfungen in seinem Fachbereich. Expertinnen/Experten in Rechnungslegung und Controlling sowie Inhaberinnen/ Inhaber des Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen sind heute in der schweizerischen Wirtschaft die anerkannten, hochqualifizierten Fachleute. Gerne nehmen wir zur geplanten Revision des Aktienrechts wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Bemerkungen

Eine Überarbeitung des Aktienrechts erachten wir grundsätzlich als sinnvoll und notwendig; die vom Gesetzgeber genannten Ziele der Aktienrechtsrevision unterstützen wir. Der Schwerpunkt unserer Stellungnahme bezieht sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auf Artikel, die *einen engen Bezug zur Rechnungslegung* aufweisen. Auch orientiert sich unser Fokus eher auf die Belange von KMU und weniger auf die Bedürfnisse grosser, börsenkotierter Unternehmen.

Kommentare zu ausgewählten Themen

Aktienkapital in Auslandswährung (Art. 621 Abs. 2)

1. veb.ch *begrüss*t ausdrücklich die neu geschaffene Wahlmöglichkeit, das Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung zu denominieren.

Begründung: Nach dem 32. Titel OR (Rechnungslegungsrecht) steht rechnungslegungspflichtigen Unternehmen eine Reihe von Optionen zur Verfügung, welche die Wahl sowohl der Buchwährung als auch der Darstellungswährung betreffen (vgl. zur nachfolgenden Argumentation *Glanz/Pfaff*,

Kapitalschutz und Steuerbemessung bei Rechnungslegung in Fremdwährung (Art. 958d Abs. 3 OR), *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, März 2014, S. 513-530):

Für die Geschäftstätigkeit wesentliche Währung	Option	Buchführung	Darstellung	Zusätzliche Angaben
Fremdwährung (FW)	A	FW	FW	CHF
	B	CHF	FW	CHF
	C	FW	CHF	n/a
	D	CHF	CHF	n/a
CHF		CHF	CHF	n/a

Optionen gemäss Art. 958d Abs. 3 i.V.m. Art. 957a Abs. 4 OR

Ist der CHF die funktionale Währung, sind Buchführung und Darstellung in CHF zwingend. Je nachdem, ob aber die Bücher in funktionaler Währung (Option A/C) oder in CHF (Option B/D) geführt werden, resultieren nach Art. 958d Abs. 3 trotz identischer Sachlage *unterschiedliche Steuerfaktoren*, was die Gleichmässigkeit der Besteuerung verletzt. Auch widerspricht die Erstellung der Jahresrechnung in CHF trotz ausländischer funktionaler Währung (Optionen C und D) der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und beeinträchtigt die Vergleichbarkeit von Unternehmen. Die *gegenwärtige Rechtslage* ist daher *ökonomisch unglücklich*. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt im Konzept der funktionalen Währung zum Ausdruck, in der auch die Steuern sowie der Kapitalschutz zu bemessen sind. Die Denomination des Aktienkapitals in Fremdwährung trägt diesem Erfordernis Rechnung, sofern Unternehmen vom Wahlrecht Gebrauch machen.

2. *Fraglich* ist hingegen, ob die Voraussetzung nach Art. 621 Abs. 3 Ziff. 2, dass ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt, dass das Aktienkapital auch nach dem Wechsel voll gedeckt ist, tatsächlich Sinn macht. Da die Umrechnung durchgängig zum Stichtagskurs erfolgt, kann *durch den Wechsel kein Kapitalverlust* entstehen. Alternativ könnte gefordert werden, dass auch nach dem Wechsel der Währung kein Kapitalverlust im Sinne des Vorentwurfs vorliegen darf. Weiterhin wäre vorauszusetzen, dass weder begründete Besorgnis zur Zahlungsunfähigkeit noch eine Überschuldung vorliegt.

Ergänzung des gesetzlich vorgeschriebenen Statuteninhalts (Art. 626 Abs. 2)

veb.ch *begrüss*t, dass Abs. 2, der Art. 12 Abs. 1 der VegüV umsetzt, *nur von börsenkotierten Gesellschaften zwingend anzuwenden* ist. Nichtbörsenkotierte Gesellschaften bleiben damit zu Recht von einem erhöhten Aufwand verschont.

Einführung eines Kapitalbands (Art. 653s)

1. veb.ch *begrüss*t die *Flexibilisierung der Kapitalbestimmungen* sowie insbesondere die Einführung eines Kapitalbands.
2. *Fraglich* ist, ob aus Gründen der Klarheit das im Vorentwurf vorgesehene *Basiskapital* nicht zutreffender als *Minimalkapital* zu bezeichnen ist und der Begriff des Basiskapitals dann neu die Ausgangslage für die Bandbreite (höchstens +/- 50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals) bezeichnen könnte.

Finanzielle Anreize für Aktionäre, die ihre Stimmrechte in der GV ausüben (Art. 661 Abs. 2)

veb.ch hält das Wahlrecht, dass die Statuten eine bis zu 20 Prozent höhere bzw. tiefere Dividende vorsehen können, je nachdem, ob die Stimmrechte ausgeübt werden oder nicht, für problematisch. *Dysfunktionale Effekte* wie die Ausübung des Stimmrechts ohne vorherige Information (oder nach dem Zufallsprinzip) können nicht ausgeschlossen werden. Zudem ist der Nutzen fraglich, bieten doch Unternehmen bereits heute diverse (nichtfinanzielle) Anreize, an einer GV teilzunehmen. Auch wenn die vorgesehene Regelung eine «Kann-Vorschrift» ist, sollte der Gesetzgeber dort, wo kein dringender Reformbedarf existiert, der *Versuchung einer Überregulierung widerstehen*.

Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve an die Aktionäre (Art. 671 Abs. 3)

1. veb.ch *begrüss*t (sofern man die Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve *überhaupt* zulassen möchte) die Regelung, dass eine Rückzahlung nur dann zulässig ist, wenn nach der Rückzahlung weder die Erfüllung der Forderungen der Gläubiger gefährdet ist, noch die begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten 12 Monaten zahlungsunfähig wird.
2. *Fraglich* ist, ob es materiell hinreichend ist, wenn ein zugelassener Revisionsexperte dies *gestützt auf die Bilanz* schriftlich bestätigt. Wie der Gesetzgeber an anderer Stelle richtig betont, ist dafür eher der Liquiditätsplan statt die Bilanz geeignet; die Bilanz gibt in erster Linie Aufschluss über den Vermögensausweis.

Restriktive Bildung freiwilliger Gewinnreserven (Art. 673 Abs. 2)

veb.ch hält Art. 673 Abs. 2, wonach freiwillige Gewinnreserven nur gebildet werden dürfen, wenn das dauernde Gedeihen des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre dies rechtfertigt, für *höchst problematisch*.

Begründung:

1. Einerseits ist die unbestimmte Formulierung «zum dauernden Gedeihen des Unternehmens» mit fast *beliebigen Ermessensspielräumen* verbunden; zum anderen eröffnet die Einschränkung «unter Berücksichtigung der Interessen aller Aktionäre» ein Einfallstor für klagewillige Aktionäre, die Bildung jedweder freiwilliger Gewinnreserven zu verhindern.
2. Noch *schwerwiegender* ist aber ein zweiter *Einwand*: Das Rechnungslegungsrecht (32. Titel OR) gewährt – namentlich in Art. 960a Abs. 4 (Abschreibungen und Wertberichtigungen) sowie in Art. 960e Abs. 3 und 4 (Bildung und Auflösung von Rückstellungen) – *nahezu unbegrenzte Möglichkeiten zur Bildung stiller Willkürreserven*. Will der Gesetzgeber der «Aushungerung» von (Minderheits-) Aktionären entgegenwirken (vgl. begleitenden Bericht zum Vorentwurf), muss dies zunächst im Rechnungslegungsrecht geschehen. Die Beschränkung der Bildung von Gewinnreserven greift zu spät, wenn zuvor fast beliebig stille Reserven gebildet werden können. Der häufig gebrauchte Hinweis auf die aus Unternehmenssicht negativen steuerlichen Auswirkungen bei der Begrenzung stiller Willkürreserven in der Rechnungslegung ist nicht sachgerecht, da bereits die Steuerbehörden einen grossen Teil der in der Handelsbilanz gebildeten stillen Willkürreserven (wie z.B. die Rückstellungen für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens) gar nicht erst anerkennen. *Fazit: Abs. 2 ist mit Vorteil zu streichen*, da mit dem Rechnungslegungsrecht nicht konsistent. Will man die Aushungerung von Aktionären verhindern, müsste man zuvorderst die Möglichkeiten zur Bildung stiller Willkürreserven im Rechnungslegungsrecht begrenzen.

Ausrichtung von Zwischendividenden (Art. 675a)

1. veb.ch *begrüss*t die *Ausrichtung einer Zwischendividende*. Dies entspricht dem Bedürfnis von Konzernen sowie ausländischen Aktionären, die beispielsweise Quartalsdividenden gewöhnt sind. Der neue Artikel, wonach die Statuten die Möglichkeit von Zwischendividenden vorsehen müssen, fördert die *Rechtssicherheit*.
2. Wichtig ist zudem, dass die Ausrichtung von Zwischendividenden einen *Zwischenabschluss* sowie dessen Revision voraussetzt. *Rechtsunsicherheit* wird allerdings durch den (ungenauen) Begriff der «Zwischenbilanz» geschaffen, der in Art. 960f nur unzureichend präzisiert wird (zu Einzelheiten siehe unsere Stellungnahme zu Art. 960f).

Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3)

veb.ch *begrüss*t, dass die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung neu *ohne Einschränkung* als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe gilt und *nicht mehr unter dem Vorbehalt* «sofern für die Geschäftsführung notwendig» steht. Auch für kleinere Unternehmen und Kleinunternehmen sind Rechnungswesen, Finanzkontrolle und Finanzplanung unverzichtbare Instrumente der Unternehmensführung.

Drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725)

1. veb.ch *begrüss*t grundsätzlich die *Neugestaltung der Frühwarnsysteme*, z.B. die Erstellung eines aktuellen Liquiditätsplans, sowie die daran geknüpften Konsequenzen bei drohender Zahlungsunfähigkeit (*Einleitung von Sanierungsmassnahmen*).
2. Zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Zahlungsunfähigkeit droht, ist allerdings *Eile geboten*. Es stellt sich daher die Frage, ob es generell notwendig ist, dass der VR eine GV einberuft und ihr Sanierungsmassnahmen beantragt. Sinnvoller ist die Vorgehensweise, dass der *VR im Rahmen seiner Kompetenzen selbständig und so schnell wie möglich* Sanierungsmassnahmen ergreift und umsetzt.
3. Wichtig ist zudem zu regeln, was passiert, wenn VR und/oder GV *keine genügenden Sanierungsmassnahmen* innerhalb einer angemessenen Frist beschliessen sollten. Die Benachrichtigung des Gerichts ist dann unvermeidlich und sollte in Art. 725 entsprechend geregelt werden.
4. In Art. 725 Abs. 2 sollte aus Gründen der Präzisierung von *Ein- und Auszahlungen* und nicht von Einnahmen und Ausgaben gesprochen werden. Beide Begriffspaare unterscheiden sich; im Zusammenhang mit Liquidität sind stets die Ein- und Auszahlungen gemeint.
5. In Art. 725 Abs. 3 muss der VR den Liquiditätsplan einem zugelassenen Revisor vorlegen, falls sich aus dem Plan keine drohende Zahlungsunfähigkeit ergeben sollte. Für diese anspruchsvolle Prüfung sollte stattdessen ein *zugelassener Revisionsexperte* vorgesehen werden.

Kapitalverlust (Art. 725a)

1. veb.ch *begrüss*t die *Erweiterung der Bestimmungen zum Kapitalverlust* im Rahmen der Neugestaltung der Frühwarnsysteme.
2. *Abs. 1 Ziff. 3 geht aber zu weit* und sollte gestrichen werden. Wenn die Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einen Verlust ausweisen, ist dies häufig kein Vorbote einer drohenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, insbesondere dann nicht, wenn das Eigenkapital des Unternehmens im Branchenvergleich ausreichend hoch ist oder kaum Fremdkapital existiert.

3. Das in Abs. 2 aufgenommene *generelle Erfordernis einer eingeschränkten Revision bei Unternehmen mit Opting-out geht zu weit* (insbesondere in Anbetracht vieler Kleinunternehmen, die kein wesentliches Fremdkapital aufgenommen haben und einen Kapitalverlust ausweisen). veb.ch hat allerdings an anderer Stelle stets betont, dass wir das Opting-out *insgesamt* kritisch sehen, weil wir den Drittblick der Revisionsstelle für extrem wichtig erachten. Die Aufhebung des Opting-out ist aber eine grundlegende politische Entscheidung, die momentan wohl nicht zur Diskussion steht.

Überschuldung (Art. 725b)

Abs. 4 Ziff. 2 erlaubt es, die Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung zu unterlassen, solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der «Zwischenbilanzen» (besser: Zwischenabschluss), behoben werden kann. Zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Überschuldung vorliegt, kommt dieser Freiraum für einen Ermessensentscheid des VR zu spät. So ist zu berücksichtigen, dass es die Verantwortung des VR (und nicht höhere Macht) ist, die zur Überschuldung geführt hat. Der VR hätte bereits lange im Vorfeld geeignete Sanierungsmassnahmen einleiten können (müssen). Zudem zeigen Insolvenzstudien, dass die Sanierungschancen in erster Linie von einer rechtzeitigen Verfahrenseinleitung abhängen (vgl. z.B. Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. [2006]: Ursachen von Insolvenzen. Gründe für Unternehmensinsolvenzen aus der Sicht von Insolvenzverwaltern, in: Euler Hermes Kreditversicherungs-AG [Hrsg.]: Wirtschaft Konkret Nr. 414, Hamburg, S. 1-36). Die Möglichkeit, ein *Gesuch um Nachlassstundung* zu stellen, mit Aussicht auf Aussetzung des Konkursentscheids, ist *bei eingetretener Überschuldung völlig ausreichend*.

Aufwertung (Art. 725c)

1. veb.ch *begrüss*t die *Beibehaltung der Aufwertung von Beteiligungen und Grundstücken* zur Beseitigung einer Unterbilanz (ehemals Art. 670).
2. In Übereinstimmung mit dem Rechnungslegungsrecht (32. Titel OR) sollte allerdings in Abs. 3 nicht von Wiederabschreibung, sondern von *Wertberichtigung* gesprochen werden, da es sich bei den betroffenen Vermögenswerten (Grundstücke und Beteiligungen) um nichtabnutzbares Anlagevermögen handelt.

Vergütungsbericht (Art. 734)

1. Es ist zu prüfen, ob der Vergütungsbericht sachgerecht nicht direkt *in den Geschäftsbericht (analog zum Lagebericht) integriert* werden kann. Gesetz und Praxis könnten dadurch entlastet werden.
2. Es ist zu prüfen, ob es gemäss Abs. 2 tatsächlich gesetzgeberischer Wille ist, dass ein in funktionaler Währung erstellter Vergütungsbericht analog zu Art. 958d Abs. 3 zusätzlich auch in CHF erstellt werden muss. Der *Nutzen einer solchen Umrechnung ist zweifelhaft*.

«Bilanzgewinn/ -verlust» (Art. 833 Ziff. 8; 879 Abs. 2 Ziff. 2^{bis}; 677a)

Der Begriff des Bilanzgewinns bzw. -verlusts erscheint an mehreren Stellen des OR: neben den oben genannten Stellen auch in etlichen wichtigen Artikeln, die vom Vorentwurf unberührt sind. Dabei besteht neu eine Rechtsunsicherheit, was mit Bilanzgewinn gemeint ist. Diese Rechtsunsicherheit ergibt sich daraus, dass durch die Revision des Rechnungslegungsrechts (32. Titel OR) der Begriff des Bilanzgewinns (Art. 663a Abs. 3 aOR) ersatzlos gestrichen wurde.

Zur Beseitigung der Rechtsunsicherheit empfiehlt veb.ch, den Begriff des Bilanzgewinns als *Summe aus Jahresgewinn/ -verlust und Gewinnvortrag/ -verlust* klarzustellen und ihn in die Mindestgliederung der Bilanz nach Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 aufzunehmen. Zumindest sollten aber der *Jahresgewinn/ -verlust* und der *Gewinnvortrag/ -verlust* in die Mindestgliederung aufgenommen werden.

«Zwischenbilanz» (Art. 960f)

Art. 960f, der die Anforderungen an den Zwischenabschluss regeln soll, bedarf der *grundlegenden Revision*.

1. Zum einen müsste konsistent von *Zwischenabschluss* gesprochen werden, um deutlich zu machen, dass mindestens auch eine *Zwischenerfolgsrechnung* (sowie ein «verkürzter» Anhang; so der erläuternde Bericht zum Vorentwurf) notwendig sind und dass bei der Aufstellung die Grundsätze der Jahresrechnung Anwendung finden müssen. Der Verweis auf das Inventar ist irreführend, da die Bestandesnachweise nicht zwangsläufig mittels Inventar erbracht werden müssen. Art. 960f Ziff. 2 ist ebenfalls unklar: Grundsätzlich gilt, dass an einen *Zwischenabschluss dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an die Jahresrechnung* (vorbehaltlich eines eventuell verkürzten Anhangs sowie einer vereinfachten Darstellung). Die Vereinfachungen, die der Gesetzgeber vorsehen möchte, sollten im Gesetz explizit genannt werden.
2. Art. 960f lässt die *Art der Revision* offen. Der erläuternde Bericht zum Vorentwurf hält hingegen fest, dass sich die Revision an der Art orientiert, welcher die Gesellschaft für die Jahresrechnung unterliegt, und dass gewisse Erleichterungen hinsichtlich der Prüfung mit Verweis auf Art. 960f denkbar sind. Unserer Meinung nach müssen die vom Gesetzgeber gewünschte Art der Revisionspflicht sowie allfällige Erleichterungen zwingend in Art. 960f in einem *zusätzlichen Absatz* geregelt werden.
3. Die *Geltung von Art. 960f* für alle über das OR verteilten «Zwischenbilanzen» (besser: Zwischenabschlüsse) sollte klarer ersichtlich sein.

Befreiung von der Konzernrechnungspflicht – Erhöhung der Schwellenwerte (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1)

Mit geplant «40-80-500» sollen die für die Erstellung der Konzernrechnung aktuell geltenden (und gerade erst mit dem neuen Rechnungslegungsrecht angehobenen) Schwellenwerte «20-40-250» erneut signifikant erhöht werden. Ohne erste Erfahrungen mit der Erhöhung gesammelt zu haben, halten wir diesen Schritt für verfrüht. Auch wären die neuen Schwellenwerte nicht mit den an anderer Stelle definierten Werten «20-40-250» konsistent; dies betrifft namentlich die ordentliche Prüfungspflicht der Jahresrechnung und der Konzernrechnung (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2) sowie die Rechnungslegung grösserer Unternehmen (Art. 961), die am Kriterium der ordentlichen Prüfungspflicht festmacht.

Konzernrechnung nach anerkanntem Standard (Art. 963b Abs. 1)

Im geltenden Rechnungslegungsrecht kann die konsolidierungspflichtige Muttergesellschaft unabhängig von der Grösse der Gesellschaft ihre eigenen Konsolidierungs- und Bewertungsgrundsätze aufstellen (Art. 963b Abs. 3) und somit *standard picking* sowie eigene Lösungen (z.B. Buchwertkonsolidierung) betreiben; die Konzernrechnung untersteht «nur» den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung. Zur Rechnungslegung nach anerkanntem Standard sind bislang börsenkotierte Unternehmen, Grossgenossenschaften sowie Stiftungen, die von Gesetzes wegen einer ordentlichen Revision unterstehen, verpflichtet. Weiterhin besteht das Recht qualifizierter Minderheiten, eine Konzernrechnung nach anerkanntem Standard zu fordern.

Dass neu grundsätzlich alle juristischen Personen ihre Konzernrechnung nach anerkanntem Standard erstellen müssen, ist zu begrüßen. Wenn diese Verbesserung allerdings mit einer deutlichen Erhöhung der Schwellenwerte (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1) für die Pflicht zur Konzernrechnung einhergeht, könnte es sein, dass die angestrebte Verbesserung sich ins Gegenteil verkehrt. Wir empfehlen daher, zunächst die Erfahrungen mit dem neuen Rechnungslegungsrecht abzuwarten, bevor an eine Revision der Konzernrechnungslegungspflicht sowie der verpflichtenden Anwendung eines anerkannten Standards gedacht wird.

Transparenz bei Rohstoffunternehmen (Art. 964a)

Es ist zu prüfen, ob der *Bericht über Zahlungen an staatliche Stellen* sachgerecht nicht *direkt in den Geschäftsbericht* (analog zum Lagebericht sowie zum Vergütungsbericht; siehe oben) integriert werden kann. Gesetz und Praxis können dadurch entlastet werden.

Wir bedanken uns für die Einladung, im Rahmen der Vernehmlassung der Aktienrechtsrevision Stellung beziehen zu können. Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen für die weiteren Beratungen zweckdienlich sind. Für Fragen und Auskünfte stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

veb.ch



Herbert Mattle
Präsident



Prof. Dr. Dieter Pfaff
Vizepräsident