

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
z.H. von Florian Zihler und Karin Poggio
Bundesrain 20
3003 Bern



Basel, 12. März 2015

Prof. Dr. iur. Lukas Handschin
Ordinarius für Privatrecht

Vernehmlassung zur Aktienrechtsrevision

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir möchten uns zur geplanten Aktienrechtsrevision vernehmen lassen. Zu den eher politisch motivierten Anliegen und zur Umsetzung der „Abzocker-Initiative“ möchten wir uns nicht äussern.

Im Übrigen sind wir der Auffassung, dass die Aktienrechtsreform konstruktiv ist und zu einer ganzen Reihe von Fragen bessere Antworten vorsieht (vgl. Ziff. 3 dieser Vernehmlassung).

Einzig mit der Erhöhung des Schwellenwerts für die Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung auf eine Bilanzsumme von CHF 40 Mio., auf einen Umsatz von CHF 80 Mio. und auf 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt und mit der zwingenden Verrechnung des Verlustvortrags mit der freiwilligen Gewinnreserve sind wir nicht einverstanden.

Juristische Fakultät
Peter Merian-Weg 8
Postfach
CH-4002 Basel

Tel.: +41 (0)61 267 05 17
Fax: +41 (0)61 267 24 81
lukas.handschin@unibas.ch
www.ius.unibas.ch/Handschin

1. Erhöhung der Schwellenwerte für die Konzernrechnung

a) Ausgangslage

Eine Zielsetzung der Reform ist die Stärkung der Aktionärsrechte. Dieser Zielsetzung wird durch die Erhöhung der Schwellenwerte für die Erstellung der Konzernrechnung stark widersprochen. In der Botschaft 1983 zur Aktienrechtsrevision von 1991 hatte der Bundesrat die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung für alle Konzerne vorgesehen: „Nur eine Konzernrechnung vermag die wirtschaftliche Lage der Unternehmensgruppe zutreffend zum Ausdruck zu bringen“ (Botschaft 1983, S. 808). Es ist nicht gerechtfertigt 30 Jahre später (und in einem ganz anderen Umfeld) die Schwellenwerte für die Erstellung einer Konzern-

rechnung noch zu erhöhen. Tatsächlich müssten alle Konzerne eine Konzernrechnung erstellen.

Die grössenbezogenen Einschränkungen, wonach Konzerne, die in zwei aufeinanderfolgenden Jahren zwei von drei Grössen nicht erreichen (Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, Umsatzerlös von 40 Millionen Franken und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt), wurden erst durch die Räte eingeführt. Der Nationalrat begründete dies mit der Überlegung, dass Kleinkonzerne, die überdies einfach strukturiert sind, nicht der allgemeinen Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung unterliegen sollten. Daher wurde das Grösenerfordernis mit der Auflage verknüpft, dass immer eine konsolidierte Konzernrechnung erstellt werden muss, "wenn dies für die zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage" notwendig ist.

b) Ohne Konsolidierung ist die Jahresrechnung der Mutter nicht aussagekräftig

Es gibt *zwei Gründe*, warum eine konsolidierte Konzernrechnung für die (Minderheits-) Aktionäre der Muttergesellschaft *zwingend notwendig* ist.

Zum einen sind die Vermögenswerte und Verpflichtungen des Gesamtkonzerns nur aus der konsolidierten Konzernrechnung erkennbar. Ohne Konzernrechnung sehen Aktionäre der Mutter nur die Buchwerte der Beteiligungen. Die Buchwerte der Beteiligungen müssen zu Anschaffungswerten bilanziert werden und dürfen wertberichtet oder abgeschrieben werden. Eine Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts ist nicht möglich. Der Buchwert der Beteiligung sagt nichts aus über die Vermögenswerte der Beteiligung. Wenn eine Holding-Struktur gewählt wird, gibt es in der Muttergesellschaft nur Beteiligungen; die Aktionäre der Mutter können die Vermögenswerte des Konzerns nicht erkennen, denn die Aktionäre der Mutter sehen nur die Bilanz der Mutter mit den Buchwerten der Beteiligungen. Nur die konsolidierte Konzernrechnung schafft Transparenz, denn in der konsolidierten Konzernrechnung müssen alle Vermögenswerte und Verpflichtungen zusammengefasst (konsolidiert) werden. Das Fragerecht der Aktionäre bezieht sich nur auf die Jahresrechnung der Muttergesellschaft; wenn die Muttergesellschaft auch eine konsolidierte Konzernrechnung erstellen müsste, würde sich das Fragerecht der Aktionäre der Mutter auch auf den ganzen Konzern beziehen. Ein Minderheitsaktionär der Muttergesellschaft sieht nur die Beteiligungsbuchwerte der Beteiligungen in der Bilanz der Mutter und hat keine Kenntnis vom konsolidierten Eigenkapital und der konsolidierten Bilanzsumme des Konzerns.

Ohne eine konsolidierte Konzernrechnung können Aktionäre auch nicht den Ertrag des Konzerns feststellen. Dieser Ertrag besteht in der Muttergesellschaft ausschliesslich aus den ausgeschütteten Dividenden der einzelnen Tochtergesellschaften. Die Dividendenausschüttungen der Tochtergesellschaften werden durch die Muttergesellschaft bestimmt. Die Mutter kontrolliert die Tochtergesellschaften und kann in den Generalversammlungen der Tochtergesellschaften die Dividenden beschliessen. Die Muttergesellschaft kann somit ihren eigenen Ertrag bestimmen und darüber entscheiden, ob der Gewinn an die Aktionäre ausgeschüttet wird, oder ob er im Konzern (in den Tochtergesellschaften) belassen wird. Das Ertragspotential des Konzerns bleibt dem Aktionär verborgen. Wenn Gewinnvorräte in den

Tochtergesellschaften bestehen, könnte auch bei einem Konzernverlust regelmässige Dividenden ausgeschüttet werden. Der Aktionär der Mutter sieht als Ertrag (der Mutter) nur die ausgeschütteten Dividenden, die regelmäßig anfallen und gewinnt den Eindruck einer unveränderten Ertragskraft. Bei einem höheren Konzerngewinn kann der Konzern durch den Beschluss geringerer Dividenden die Erträge bei den Töchtern belassen. Die Mutter beschliesst als Aktionärin der Töchter über die Dividendenzahlung an die Mutter. Sie kontrolliert somit ihren eigenen Ertrag. In der Erfolgsrechnung der Mutter sehen die Aktionäre nur den durch die Mutter beschlossenen (Dividenden-)Ertrag.

Somit hat der Aktionär weder Kenntnis vom Vermögen des Konzerns (er sieht nur die Buchwerte der Beteiligungen) und er hat auch keine Kenntnis von der Ertragskraft des Konzerns, denn er sieht nur die (durch den VR der Mutter bestimmten) Dividendenerträge bei der Mutter. In vielen Fällen liegt die Situation vor, in der Mehrheitsaktionäre die (Mutter-)Gesellschaft kontrollieren. Dann dient die Konzernrechnung vor allem dem Minderheitenschutz.

Dieser Umstand hat den Bundesrat in der Botschaft 1983 zur Aktienrechtsrevision von 1991 dazu bewogen, die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung für alle Konzerne vorzusehen: „Nur eine Konzernrechnung vermag die wirtschaftliche Lage der Unternehmensgruppe zutreffend zum Ausdruck zu bringen“ (Botschaft 1983, S. 808). Der Entwurf 2014 erhöht nun die Schwellenwerte für die Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung auf eine Bilanzsumme von CHF 40 Mio., auf einen Umsatz von CHF 80 Mio. und auf 500 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Das führt dazu, dass nur noch wenige Konzerne eine konsolidierte Rechnung erstellen müssen. Dies schwächt die Position der Aktionäre. *Dieser transparenzbezogene Rückschritt passt überhaupt nicht in die aktuellen Bemühungen, die Rechte der Aktionäre zu stärken.*

c) Vorschlag

Wie wäre dieser Rückschritt zu vermeiden? Richtig wäre es, wenn die Konsolidierungspflicht für alle Konzerne vorgesehen würde, wie das der Absicht des Bundesrates in der Aktienrechtsrevision von 1991 entsprochen hat. Konzerne, welche die vorgeschlagenen Schwellenwerte (Bilanzsumme von CHF 40 Mio., Umsatz von CHF 80 Mio. und 500 Vollzeitstellen) nicht erreichen, sollten allerdings eine reine OR-Konsolidierung durchführen dürfen. Das erhöht die Transparenz auch, aber hält den Aufwand in Grenzen. Vereinfacht läuft eine OR-Konsolidierung auf ein Zusammenzählen aller Aktiven und Verpflichtungen des Konzerns und auf eine Eliminierung konzerninterner Beziehungen hinaus.

Allenfalls könnten Konzerne, welche die neuen Schwellenwerte von Art. 963 a Abs. 1 Ziff. 1 überschreiten, dann eine Konsolidierung nach Regelwerk durchführen, was sich auch auf die Bewertung der einzelnen Aktiven auswirken kann; eine Regelwerk-Konsolidierung ist aufwendiger als eine einfache Buchwert-Konsolidierung. Eine OR-Konsolidierung schafft die gleiche Transparenz, wie eine OR-Bilanz eines Nicht-Konzerns.

So gäbe es zwei Arten von Konzernrechnungen: Konzernrechnungen nach einem anerkannten Standard für Konzerne, welche die neuen Schwellenwerte von Art.

963 a Abs. 1 Ziff. 1 überschreiten und eine OR-Konsolidierung für Konzerne, welche diese Schwellenwerte nicht erreichen.

2. Zwingende Verrechnung des Verlustvortrags mit der freiwilligen Gewinnreserve

Im geltenden Recht können freiwillige Gewinnreserven mit dem Verlustvortrag verrechnet werden. Die Verrechnung mit dem Verlustvortrag ist im geltenden Recht freiwillig. Es ist also zulässig, dass ein Unternehmen gleichzeitig über einen Verlustvortrag und über statutarische Reserven verfügt, die Verrechnung der Reserve mit dem Verlustvortrag ist nicht zwingend. Die Verrechnung mit dem Verlustvortrag muss im geltenden Recht durch die GV beschlossen werden.

Das geplante Recht sieht in Art. 674 VE-OR 2014 vor, dass Verluste in folgender Reihenfolge verrechnet werden müssen: (1.) mit dem Gewinnvortrag, (2.) mit den freiwilligen Gewinnreserven, (3.) mit den gesetzlichen Gewinnreserven und (4.) mit den gesetzlichen Kapitalreserven. Soweit es um die Verrechnung des Verlustvortrags mit dem Gewinnvortrag geht, sagt die Bestimmung nichts Neues aus. Diese Verrechnung ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Der Verlustvortrag und der Gewinnvortrag sind das Gleiche und die Saldierung ergibt sich allein schon aus diesem Umstand. Die Verrechnung mit den gesetzlichen Reserven ist auch im neuen Recht freiwillig.

Neu soll der Verlustvortrag zwingend mit freiwilligen Gewinnreserven verrechnet werden. Diese neue Vorschrift zwingt die Gesellschaft dazu, längerfristig Eigenkapital abzubauen, denn ob das Unternehmen bei späteren Gewinnen wiederum bereit ist, freiwillige Gewinnreserven zu bilden, ist unsicher. Keinesfalls liegt in der Kombination von Verlustvortrag und statutarischen Reserven oder freiwilligen Gewinnreserven ein abnormaler Zustand, der möglichst rasch beseitigt werden muss. Freiwillige Gewinnreserven sind wie Aktienkapital statutarisches Eigenkapital.

3. Positive Veränderungen im Entwurf

a) Aktienkapital in fremder Währung

Die Reform beseitigt Widersprüche zwischen einer Buchführung und Bilanzierung in Fremdwährung und dem statutarischen Aktienkapital. Diese Widersprüche können nur beseitigt werden, wenn das Aktienkapital in fremder Währung zugelassen wird. Weil das Rechnungslegungsrecht vorschreibt, dass die Bilanzierung in Fremdwährung nur in der wesentlichen Unternehmens-Währung möglich ist, sind Missbräuche ausgeschlossen. Man könnte sich noch überlegen, ob das Aktienkapital in fremder Währung immer dem Frankenwert von CHF 100'000 entsprechen muss.

b) Verrechnungsliberierung

Diese Erleichterung ist gerechtfertigt und entspricht auch bis auf wenige Ausnahmen der herrschenden Lehre. Die verrechneten Forderungen sind Verpflichtungen und Verpflichtungen müssen immer mit dem Nominalwert eingesetzt werden. Wenn Verpflichtungen in Aktienkapital umgewandelt werden, erhöht dies das Eigenkapital der Gesellschaft, was eine mögliche Sanierungsmassnahme ist.

c) Eigene Aktien im Konzern

Gemäss Art. 659b VE-OR müssen eigene Aktien der Mutter, die durch die Tochter gehalten werden in der Bilanz der Mutter vom Beteiligungsbuchwert abgezogen werden. Das ist sachlich richtig. Eigene Aktien sind nach neuem Rechnungsleungsrecht keine Aktiven mehr, sondern Ausschüttungen an Aktionäre. Die Norm verhindert eine Umgehung der Vorschrift, dass eigene Aktien keine Aktiven sind. Ohne diese Norm könnte die Mutter ihre Tochter veranlassen, eigene Aktien der Mutter zu erwerben, diese eigenen Aktien würden dann durch die Tochter aktiviert und der Beteiligungsbuchwert der Tochter (in der Bilanz der Mutter) würde sich nicht reduzieren. Die Mutter könnte das Aktivierungsverbot eigener Aktien umgehen. Die neue Norm führt dazu, dass die Tochter die eigenen Aktien der Mutter nicht aktivieren darf und dass der Beteiligungsbuchwert der Tochter (in der Bilanz der Mutter) angepasst werden muss.

d) Verdeckte Gewinnausschüttungen

Im alten Recht lag eine verdeckte Gewinnausschüttung nur vor, wenn die Ausschüttung zur wirtschaftlichen Lage der betroffenen Gesellschaft in einem Widerspruch lag. Nach neuem Recht ist nur noch das offensichtliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung qualifizierend. Die Änderung ist richtig und entspricht der in der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung.

e) Erleichterung der Aktionärsklage auf Leistung an die Gesellschaft

Die Generalversammlung kann beschliessen, dass gegen den Verwaltungsrat eine Verantwortlichkeitsklage oder eine Rückerstattungsklage aus verdeckter Gewinnausschüttung erhoben wird. Aktionäre, die sich in einem Interessenkonflikt befinden, können an diesem GV-Beschluss teilnehmen, auch Aktionäre, die beispielsweise von der Gewinnausschüttung profitieren. Der Minderheitsaktionär hat das Recht, diese Klage im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft zu erheben. Diese Aktionärsklage spielt aber in der Praxis keine Rolle, weil der Aktionär das ganze Kostenrisiko trägt und sogar Kostenersatz leisten muss, wenn die Klage abgewiesen wird.

Der neue Art. 697k VE-OR schafft hier Abhilfe und sieht ein Vorverfahren vor, welches dem Aktionär erlaubt, die Verletzung nur glaubhaft zu machen und dazu führt, dass die Klage auf Kosten der Gesellschaft geführt werden darf. Diese Klagemöglichkeit des (Minderheits-)Aktionärs wird eine enorme präventive Wirkung haben, denn unter dem jetzigen Regime muss der Verwaltungsrat nur den Konkurs fürchten. Solange über die Gesellschaft der Konkurs nicht eröffnet wird, hat der Minderheitsaktionär kein Instrument zur Hand, dass dazu führt, dass der Verwaltungsrat keine verdeckten Gewinnausschüttungen toleriert. Abs. 7 der Bestimmung sieht vor, dass der Kläger die Kosten des Verfahrens gemäss Abs. 2 nur tragen muss, wenn er mutwillig prozessiert. Die Schwelle zur Mutwilligkeit ist sehr hoch. Wenn der Gesuchsteller die Kosten bei Klageabweisung selber tragen muss, ist das keine grosse Einschränkung. Es muss einfach feststehen, dass der Streitwert dieser Klage nicht am fraglichen Anspruch der Gesellschaft anknüpft, sondern, dass ein Verfahren ohne Streitwert vorliegt.

f) Neuordnung der Überschuldungsanzeige, Einbezug der Liquidität

Im geplanten Recht wird vor allem die Bedeutung der Liquidität hervorgehoben. Das geplante Recht sieht in Art. 725 VE-OR 2014 vor, dass bei begründeter Besorgnis, dass die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten zahlungsunfähig wird, der Verwaltungsrat einen Liquiditätsplan erstellen und eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vornehmen muss. Diese Pflicht besteht auch im geltenden Recht; der Verwaltungsrat muss auch im gelgenden Recht die Liquidität für die nächsten zwölf Monate konstant überprüfen. Der grosse Reformschritt in Bezug auf die Pflicht zur Liquiditätsüberwachung erfolgte mit der Bestimmung von Art. 958a Abs. 2 und der Festlegung der Zwölf-Monats-Frist, innert der die Fortführungsfähigkeit vorliegen muss. Trotzdem ist es sachlich richtig, diesen Grundsatz der Liquiditätskontrolle gesetzlich zu verankern.

Weiter definiert das geplante Recht den Kapitalverlust in Art. 725a VE-OR 2014 anders und sieht vor, dass ein Kapitalverlust bereits dann vorliegt, wenn das Eigenkapital nur noch zu zwei Dritteln gedeckt ist; der Kapitalverlust liegt früher vor, als im geltenden Recht. Nach geplantem Recht liegt ein Kapitalverlust auch vor, wenn der letzte Jahresverlust höher ist als die Hälfte des Eigenkapitals oder wenn die Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre einen Jahresverlust ausweisen. Neu ist vorgesehen, dass die in Art. 725 VE-OR vorgesehenen Pflichten, insbesondere die Ausarbeitung einer Liquiditätspläne, auch beim Kapitalverlust bestehen. Diese Änderungen sind sachlich richtig; sie führen dazu, dass Sanierungsmassnahmen früher ergriffen werden.

In Bezug auf die Überschuldungsanzeige ändert sich materiell praktisch nichts. In Art. 725b Abs. 1 VE-OR 2014 wird neu ausdrücklich festgehalten, dass beim Fehlen der Fortführungsähnlichkeit nur eine Bilanz zu Veräußerungswerten erstellt werden muss. Schliesslich sieht Art. 725b Abs. 3 Ziff. 2 VE-OR 2014 ausdrücklich vor, dass wenn anzunehmen ist, dass die Überschuldung spätestens 90 Tage nach Vorliegen der Zwischenbilanzen behoben werden kann, der Richter nicht benachrichtigt werden muss. Diese Frist ist relativ lang, denn sie beginnt ja erst mit dem Vorliegen der Bilanzen. Es wäre hier klarzustellen, dass in dieser Situation keine neuen Schulden gemacht werden dürfen. Sonst erfolgt die Sanierung auf Kosten der neuen Gläubiger.

g) Beibehaltung der Aufwertungsmöglichkeit bei Unterbilanz

In der Reform 2007 war vorgesehen, Art. 670 OR zu streichen. Dass die Norm im Vorentwurf nicht gestrichen wird, ist sehr erfreulich. Art. 670 OR (oder jetzt neu 725c VE-OR) ermöglicht einem Unternehmen stille Zwangsreserven aufzulösen. Der Aufwertungsbetrag darf aber nicht ausgeschüttet werden, sondern muss in einer Aufwertungsreserve verbucht werden. Aufgewertet werden dürfen Liegenschaften und Beteiligungen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Lukas Handschin

