

Kaspar Müller / Dr. Felix H. Thomann

## **Eigenkapitalschutz und neues Rechnungslegungsrecht**

Der Primat des OR

---

Die Diskussion über den Eigenkapitalschutz dreht sich meistens um Art. 725 OR und um die Verhinderung ungerechtfertigter Gewinnausschüttungen. Den Eigenkapitalschutzmechanismen sind jedoch auch die Normen über Buchführung und Rechnungslegung sowie über die Revision zuzurechnen. Der Beitrag geht nach einer Diskussion der wirtschaftlichen Bedeutung des Eigenkapitals auf die Entwicklungen ein, welche eine Erosion des Eigenkapitalschutzes bewirken, und er stellt zwei praktische Beispiele dieser Erosion dar. Zum Abschluss werden die Gefahren gesetzlicher Sonderregelungen und der Primat des Gesetzes gegenüber den Accounting Standards betont.

---

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

Zitiervorschlag: Kaspar Müller / Felix H. Thomann, Eigenkapitalschutz und neues Rechnungslegungsrecht, in: Jusletter 21. Oktober 2013

## Inhaltsübersicht

1. Die betriebs- und volkswirtschaftliche Bedeutung des Eigenkapitals
  - 1.1 Der Begriff des Eigenkapitals
  - 1.2 Die Bedeutung des Eigenkapitals für das Funktionieren einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung
  - 1.3 Eigenkapital und Eigenverantwortung: Castor und Pollux
2. Der Schutz des Eigenkapitals durch das OR
  - 2.1 Die drei Säulen des Eigenkapitalschutzes im OR
  - 2.2 Die rechtliche Bedeutung des Eigenkapitals
  - 2.3 Die Pflichten des Verwaltungsrats bei Kapitalverlust/Überschuldung
  - 2.4 Die Vorschriften über die Buchführung und Rechnungslegung
  - 2.5 Aktivierungspflicht und Aktivierungsverbot
  - 2.6 Bewertung von Finanzanlagen
3. Die Erosion des Eigenkapitalschutzes in der Praxis
  - 3.1 Allgemeines
  - 3.2 Erosion mit Hilfe des Gesetzgebers im Bankensektor
  - 3.3 Erosion mit Hilfe von Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden im Energiebereich
    - 3.3.1 Bewertung von Wertschriften
    - 3.3.2 Aktivierung von zu amortisierenden Kosten für Nachbetrieb, Stilllegung und Entsorgung
    - 3.3.3 Konsequenzen für die Gesellschaften
    - 3.3.4 Konsequenzen für die Revisionsgesellschaften und den Verwaltungsrat
4. Fazit

## 1. Die betriebs- und volkswirtschaftliche Bedeutung des Eigenkapitals

### 1.1 Der Begriff des Eigenkapitals

[Rz 1] Unter «klassischem Eigenkapital» wird in diesem Artikel dasjenige Kapital verstanden, auf das sich die Aktionäre und Geschäftspartner als Basis langfristigen Wirtschaftens verlassen und mit dem die Manager die vom Verwaltungsrat abgesegnete Strategie umsetzen können, dasjenige Kapital also, das gemäss BOEMLE/STOLZ die Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktionen sowie die Verlustausgleichsfunktion übernimmt.<sup>1</sup>

[Rz 2] Eine solide Eigenkapitalausstattung hat eine vertrauensbildende Funktion und stützt somit auch in wesentlichem Mass die Reputation einer Unternehmung; das gilt insbesondere für Banken und andere systemrelevante Unternehmungen.<sup>2</sup>

[Rz 3] Das Eigenkapital setzt sich bei der Aktiengesellschaft gemäss Art. 959a Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) grundsätzlich aus dem Grundkapital (Aktienkapital), den gesetzlichen Kapitalreserven sowie den Gewinnreserven (erarbeitete und nicht ausgeschüttete) oder den kumulierten Verlusten (Verlustvortrag als Minusposten) zusammen. Davon werden eigene Kapitalanteile (eigene Aktien) abgezogen.

[Rz 4] Hervorzuheben ist, dass das klassische bilanzbezogene

Eigenkapital (auf der Passivseite) immer eine Residualgrösse ist, die sich aus der Differenz zwischen der Aktivseite, also den Vermögenspositionen, und dem Fremdkapital ergibt. Die Wirksamkeit der Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktionen sowie der Verlustausgleichsfunktion des Eigenkapitals hängt somit entscheidend von der Qualität der Vermögenswerte der Bilanz auf der Aktivseite ab. Nur wenn diese Vermögenswerte werthaltig sind, können die Reserven den buchhalterischen Verlust ausgleichen; das verlorene Vermögen ersetzen können sie indes nie.<sup>3</sup> Gemäss HELLWIG versetzt das Eigenkapital eine Unternehmung in die Lage, Verluste zu verkraften, ohne gleich insolvent zu werden.<sup>4</sup> Entscheidend ist immer, dass die Vermögenswerte auf der Aktivseite zu einem Wert in der Bilanz eingesetzt sind, welcher sich bei Bedarf realisieren lässt. Deshalb kann das Thema Eigenkapital nicht getrennt von der Frage der Bewertungsgrundsätze analysiert werden.

[Rz 5] Setzt man das Eigenkapital ins Verhältnis zur Bilanzsumme (zu den Gesamtaktiva), so erhält man mit der Eigenkapitalquote eine Aussage über die Solidität einer Unternehmung. Die Eigenkapitalquote antwortet auf die Frage, in welchem Mass das Eigenkapital die Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktionen sowie die Verlustausgleichsfunktion erfüllt.

[Rz 6] Eigenkapital und Eigenkapitalquote dürfen nicht mit den im Bankensektor durch die Aufsichtsbehörden neu geschaffenen Begriffen «Eigenmittel» und «Kernkapitalquote» verwechselt werden.<sup>5</sup>

[Rz 7] Zu den betriebswirtschaftlichen Eigenmitteln im Finanzbereich werden auch fremdkapitalähnliche Elemente gezählt, und bei der Berechnung der Kernkapitalquote werden die Eigenmittel seit Ende der 80er Jahre ins Verhältnis zu den risikogewichteten Aktiven gesetzt, welche nur einen Bruchteil der Gesamtaktiva ausmachen.

[Rz 8] Die Eigenkapitaldiskussion bei den Banken hat sich, im Gegensatz zu andern Branchen, vom klassischen bilanzbezogenen Eigenkapital abgekoppelt. Die systemrelevanten Banken operieren in der Öffentlichkeit mit Kernkapitalquoten in Höhe von 19%; diese Zahl betrifft jedoch das Verhältnis zwischen den Eigenmitteln und den risikogewichteten Aktiven. Die Eigenkapitalquote, d.h. das Verhältnis zwischen dem klassischen bilanzbezogenen Eigenkapital und den Aktiven liegt nach wie vor unter 5% und ist völlig ungenügend.

<sup>1</sup> M. BOEMLE/C. STOLZ: Unternehmungsfinanzierung, 14. Auflage 2010 11.

<sup>2</sup> Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2010 (zitiert «Too big to fail-Report, TBTF»).

<sup>3</sup> M. BOEMLE/C. STOLZ: Unternehmungsfinanzierung, 14. Auflage 2010 10.

<sup>4</sup> M. HELLWIG: Giftige Abfälle, in Manager Magazin 5/2013.

<sup>5</sup> K. MÜLLER: Banken und Eigenkapital: Quo vadis? Neue Definitionen verschleiern steigende Risiken, Gastkommentar vom 4. Februar 2011 in: <http://www.journal21.ch/banken-und-eigenkapital-quo-vadis>.

## 1.2 Die Bedeutung des Eigenkapitals für das Funktionieren einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung

[Rz 9] Der Eigenkapitalschutz ist ursprünglich als Schutzmechanismus für Gläubiger und Minderheitsaktionäre gedacht gewesen. In jüngster Vergangenheit hat sich aber immer deutlicher gezeigt, dass der Eigenkapitalschutz im Falle von systemrelevanten Unternehmen auch dem Schutz der Volkswirtschaft resp. des Steuerzahlers dient.

[Rz 10] Im Februar 2012 hat die Arbeitsgruppe «Finanzstabilität» des eidgenössischen Finanzdepartements als Reaktion auf die jüngste Finanzkrise einen Bericht über die makroprudenzielle Aufsicht in der Schweiz veröffentlicht. Es geht um die Wahrung oder Wiederherstellung der Stabilität des Finanzsystems, damit die Widerstandsfähigkeit gestärkt wird. Der Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen vom 30. September 2011 stellt fest, dass «sich die Problematik des TBTF in der Schweiz auf den Bankensektor beschränkt»;<sup>6</sup> der Bericht spricht deshalb in erster Linie Unternehmen im Finanzsektor wie Banken und Versicherungen an, und er schlägt als erste Massnahme die Verstärkung der Eigenmittel (nicht des Eigenkapitals!) vor.

[Rz 11] Die Betonung der TBTF-Problematik im Finanzmarktsektor durch die Experten droht nun aber davon abzulenken, dass die Frage der notwendigen Ausstattung mit genügend Eigenkapital auch für andere Unternehmen relevant ist. Die Expertenkommission anerkennt dies zwar grundsätzlich für Infrastrukturunternehmen wie

- die Schweizerische Post,
- die SBB,
- die Swisscom AG,
- die Axpo Holding AG (inkl. Axpo AG),
- die Alpiq Holding AG
- die BKW FMB Energie AG sowie
- die Swiss International Airlines;

«deren Insolvenz würde zweifelsohne eine erhebliche Belastung darstellen». Der Expertenbericht kommt jedoch zum Schluss, dass die systemrelevanten Funktionen der erwähnten Unternehmen «im Regelfall ... genügend rasch durch den Markt substituiert» oder «mit vertretbarem Aufwand durch eine Auffanggesellschaft sichergestellt werden» könnten, und deshalb sei «aus volkswirtschaftlicher Sicht, insbesondere um den für den Wohlstand wichtigen Strukturwandel nicht zu behindern, eine staatliche Rettung nicht angebracht und schon gar nicht zwingend».<sup>7</sup>

[Rz 12] Der Schlussfolgerung der Experten ist grundsätzlich

beizupflichten – mit einer Ausnahme: Bei Unternehmen, welche Kernkraftwerke in ihren Portefeuilles halten, haftet der Bund gemäss Art. 80 Abs. 4 des Kernenergiegesetzes (KEG) als letzte Instanz, wenn die finanziellen Lasten aus der Nachschusspflicht (Stilllegungs- oder Entsorgungskosten) wirtschaftlich für die Betreibergesellschaften nicht tragbar sind. Im Kernenergiesektor ist somit die staatliche Rettung durch die Rechtsordnung vorgesehen.

## 1.3 Eigenkapital und Eigenverantwortung: Castor und Pollux

[Rz 13] Eigenverantwortung ist eine zentrale Bedingung für eine marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung, und Eigenverantwortung und Eigenkapital sind ein untrennbares Zwillingsspaar.

[Rz 14] Der Schutz des Eigenkapitals als Grundprinzip in der Gesetzgebung ist deshalb ein unverzichtbarer Baustein für das Funktionieren einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung.

[Rz 15] Wer baut, der berechnet zuerst, wie stark die Grundpfeiler sein müssen, damit das Bauwerk hält. Und wer baut, der rechnet eine Sicherheitsmarge ein. Ingenieure bauen ihre Pfeiler im Durchschnitt 60% stärker als notwendig; im Gegensatz dazu versuchen viele Unternehmen mit möglichst wenig Eigenkapital auszukommen, weil sie sich dadurch tiefere Finanzierungskosten und bessere Eigenkapitalrendite-kennziffern erhoffen.

[Rz 16] Wer wirtschaftet, der muss überlegen, wie stark die Eigenkapitalausstattung zu sein hat, damit sein Unternehmen wirtschaftlichen Risiken standhält.

[Rz 17] Die Väter des Obligationenrechts haben nicht zufällig das Eigenkapital und dessen Schutz als tragende Pfeiler der Aktiengesellschaft konzipiert. Wirtschaften mit «eigenem Kapital» ist Ausdruck einer wahrgenommenen Eigenverantwortung und somit ein Bekenntnis zu den marktwirtschaftlichen Prinzipien wie Initiative und Eigenverantwortung der verschiedenen Akteure. Das OR mass und misst folgerichtig dem Schutz des Eigenkapitals grosse Bedeutung zu.

[Rz 18] In den letzten Jahren zeigte sich allerdings immer öfter, dass Eigenkapital gering geschätzt und oft gar als lästig empfunden wird; die Anwendung des Eigenkapitalschutzes wird verwässert oder einfach umgangen.<sup>8</sup>

[Rz 19] Das ernsthafte und richtige Umsetzen des gesetzlichen Eigenkapitalschutzes ist mehrfach bedroht:

- Einerseits werden, wie bei den Banken, die

<sup>6</sup> Too big to fail-Report, TBTF 19.

<sup>7</sup> Too big to fail-Report, TBTF 21.

<sup>8</sup> Jüngstes Beispiel: O. GRÜBEL (ehemaliger CEO der Credit Suisse und der UBS) in Schweiz am Sonntag vom 1. Sept. 2013: «Eigenkapitalquote würde die Banken im Gegenteil unsicherer machen» (vgl. dazu P. BÖCKLI: Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz – Eigenkapitaltest und Solvenztest im kritischen Vergleich, SZW 2009 2 f.).

massgebenden Gesetzesartikel aufgehoben und durch künstliche, nicht tragfähige Eigenmittelvorschriften ersetzt.

- Zum Zweiten erleichtern von Fachgremien festgelegte Rechnungslegungskonventionen (Accounting Standards) gezielt das künstliche Schaffen von rein buchhalterisch berechnetem Eigenkapital, und die grossen Revisionsgesellschaften, welche die Accounting-Standards massgeblich mitprägen, stützen ihre Beurteilungen immer stärker auf solchen künstlichen Konventionen ab anstatt die Beachtung der zwingenden gesetzlichen Eigenkapitalvorschriften konsequent einzufordern. Für den Eigenkapitalschutz massgebend ist und bleibt in erster Linie das Gesetz. Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften des OR (Art. 957–963b) können durch Rechnungslegungsstandards ergänzt, aber niemals ausser Kraft gesetzt werden.<sup>9</sup> Art. 962a OR, welcher einen Abschluss nach einem anerkannten Standard der Rechnungslegung erlaubt, bezieht sich lediglich auf die Erstellung eines Abschlusses und setzt die Rechnungslegungsbestimmungen des OR nicht ausser Kraft. Die Beurteilung, ob wegen Fehlens von verwendbarem Eigenkapital die Ausschüttungssperre greift (Art. 660, 675 ff. OR), und ob allenfalls Massnahmen gemäss Art. 725 OR einzuleiten sind, orientiert sich weiterhin an den Rechnungslegungsregeln des OR.

## 2. Der Schutz des Eigenkapitals durch das OR

### 2.1 Die drei Säulen des Eigenkapitalschutzes im OR

[Rz 20] Das neue Schweizer Rechnungslegungsrecht (32. Titel des Obligationenrechts, Art. 957–963b) ist auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten; es findet gemäss Art. 2 der Übergangsbestimmungen erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr 2015 bzw. mit Bezug auf Konzernrechnungen für das Geschäftsjahr 2016.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Vgl. BGE 136 II 88, E. 3.4: «Dans ce contexte, force est de constater l'existence d'une tendance générale, tant au niveau suisse qu'europpéen, de se rapprocher des normes IFRS. Comme le droit comptable suisse actuel est sommaire, on ne peut reprocher aux autorités fiscales de s'inspirer des normes IFRS lors de l'établissement de l'impôt sur le bénéfice (...), puisque ces normes expriment les principes généralement admis dans le commerce. Encore faut-il que la solution concrète résultant de l'application d'une norme IFRS n'aille pas à l'encontre de l'ordre juridique suisse».

<sup>10</sup> Eingehend haben sich mit dem neuen Rechnungslegungsrecht u.a. befasst: G. BEHR: Die Schweiz steht mit der neuen Rechnungslegung gut da, ST 2012 796 (zitiert «Behr, Rechnungslegung»), P. BÖCKLI: Gemisch von Neuerungen und Altgewohntem in der OR-Rechnungslegung Modell 2011 – Ein brauchbarer helvetischer Kompromiss, ST 2012 696 (zitiert «Böckli,

[Rz 21] Bis zum 31. Dezember 2012 fanden sich die Bestimmungen über den Schutz des Eigenkapitals von Aktiengesellschaften in zwei Titeln des OR: Neben den allgemeinen Regeln über die kaufmännische Buchführung im 32. Titel (Art. 957 ff.) existierten Spezialnormen für die Aktiengesellschaft im 26. Titel (Art. 662–663b, 663d–669 und 697h). Durch das Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011<sup>11</sup> wurde der 32. Titel total revidiert; er trägt jetzt die Überschrift «Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung» und umfasst 29 Artikel (vorher 6). Im 26. Titel über die Aktiengesellschaft wurden die erwähnten Spezialnormen aufgehoben; an ihrer Stelle gelten die neuen Bestimmungen über Buchführung und Rechnungslegung, welche gemäss Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR für alle juristischen Personen Anwendung finden.<sup>12</sup>

[Rz 22] Die Regeln über Buchführung und Rechnungslegung allein können den Schutz des Eigenkapitals offensichtlich nicht gewährleisten; sie stellen – bei richtiger Anwendung – nur die wirtschaftliche Lage der Unternehmung dar und zeigen insbesondere auf, ob Gefahr für das Eigenkapital besteht. Ihre notwendige Ergänzung finden die Bestimmungen über Buchführung und Rechnungslegung

- in den Normen über die Revision (Art. 727–731a OR), welche eine unabhängige Prüfung der Jahresrechnung auf Übereinstimmung mit den Gesetzesbestimmungen über die Rechnungslegung gewährleisten und dafür sorgen sollen, dass die Gesellschaft gegebenenfalls auf Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement sowie auf die Gefahr eines Kapitalverlusts bzw. einer Überschuldung hingewiesen wird;
- in Art. 725–725a OR, welche festlegen, was Verwaltungsrat, Revisionsstelle/Revisor und gegebenenfalls der Richter bei Gefahr von Kapitalverlust und Überschuldung zu tun haben.

[Rz 23] Der rechtliche Eigenkapitalschutz durch das OR umfasst also drei Säulen: Die Bestimmungen über Kapitalverlust

Neuerungen»); ders.: Neue OR-Rechnungslegung – Herausgegriffene Probleme und Lösungsansätze, ST 2012 820 (zitiert «Böckli, Probleme»); L. HANDSCHIN: Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, SPR VIII/9, 2012; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, 211 ff. und 244 f.; L. GLANZMANN: Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 108/2012 205.

<sup>11</sup> AS 2012 6679 ff.

<sup>12</sup> Eingehend haben sich mit dem neuen Rechnungslegungsrecht u.a. befasst: G. BEHR: Die Schweiz steht mit der neuen Rechnungslegung gut da, ST 2012 796 (zitiert «Behr, Rechnungslegung»), P. BÖCKLI: Gemisch von Neuerungen und Altgewohntem in der OR-Rechnungslegung Modell 2011 – Ein brauchbarer helvetischer Kompromiss, ST 2012 696 (zitiert «Böckli, Neuerungen»); ders.: Neue OR-Rechnungslegung – Herausgegriffene Probleme und Lösungsansätze, ST 2012 820 (zitiert «Böckli, Probleme»); L. HANDSCHIN: Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, SPR VIII/9, 2012; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012 211 ff. und 244 f.; L. GLANZMANN: Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 108/2012 205.

und Überschuldung, die Vorschriften über Buchführung und Rechnungslegung sowie die Normen über die Revision.

## 2.2 Die rechtliche Bedeutung des Eigenkapitals

[Rz 24] Das schweizerische Gesellschaftsrecht versteht das Eigenkapital als finanzielles Fundament, welches die Überlebensfähigkeit des Unternehmens in wirtschaftlich schwierigen Zeiten verbessern soll. BÖCKLI hat 2009 in einem grundlegenden Aufsatz<sup>13</sup> den bilanzbezogenen Eigenkapitalschutz mit dem angelsächsischen «Solvenztest»-System, welches das Eigenkapital gering achtet, verglichen und die fünf bilanzbezogenen Rechtspflichten dargestellt, welche den Eigenkapitalschutz «à la Suisse» ausmachen:<sup>14</sup>

- die Kapitalaufbringung (Deckungsprinzip, Art. 624, 628, 630, 633, 634–635a, 650, 652, 652c–652g, 653a, 653e–653g, 656a, 680–683, 687 OR);
- die Ausschüttungssperre bei Fehlen von verwendbarem Eigenkapital (Art. 657 Abs. 2, 660, 675–679 OR);
- das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen (Art. 678 Abs. 2 OR);
- die «Alarmglocke» für die Einleitung der Sanierung bei Kapitalverlust (Art. 725 OR);
- im Falle der Überschuldung das Verbot des Weiterwirtschaftens ohne richterliche Genehmigung (Art. 725a OR). Art. 725 Abs. 1 OR schreibt zwingend Sanierungsmassnahmen vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind (Sanierungspflicht bei hälftigem Kapitalverlust).

[Rz 25] Wichtig ist dabei, dass sich Art. 725 OR auf das Aktienkapital (einbezahltes Nominalkapital) und die gesetzlichen Reserven bezieht und nicht auf andere Komponenten, welche als Residualgrösse durch Einbezug von mit viel Unsicherheiten der Realisierung behafteten «Rechnungsabgrenzungspositionen» als Aktiven entstehen (mögliche künftige Anrechnung von Verlusten bei den künftigen Ertragssteuern; Differenzen aus der Berechnung von Pensionsplänen), wie

dies bei «Fair-Presentation-Bilanzierungen» (z.B. gemäss US-GAAP) der Fall ist.<sup>15</sup>

## 2.3 Die Pflichten des Verwaltungsrats bei Kapitalverlust/Überschuldung

[Rz 26] An den Vorschriften über die Pflichten des Verwaltungsrats bei Kapitalverlust und Überschuldung hat sich durch die Revision des Rechnungslegungsrechts vom 23. Dezember 2011 nichts geändert:

- Wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist: Sofortige Einberufung einer Generalversammlung und Antragstellung auf Sanierungsmassnahmen (Art. 725 Abs. 1 OR);
- Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht: Erstellung einer Zwischenbilanz und Benachrichtigung des Richters, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR);
- Eröffnung des Konkurses durch den Richter, wenn nicht die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub (Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers und Aussicht auf Sanierung) gegeben sind.

[Rz 27] Eine Ausnahme von der Anwendung der Art. 725–725a OR gilt nur für *eine* Kategorie von Aktiengesellschaften: sie wurde für Banken durch Art 25 BankG geschaffen.<sup>16</sup>

## 2.4 Die Vorschriften über die Buchführung und Rechnungslegung

[Rz 28] Das bilanzbezogene Eigenkapital ist stark davon abhängig, welche Vermögenswerte überhaupt in die Bilanz aufgenommen (bilanzfähige Aktiven) und welche als Ausserbilanzpositionen behandelt werden müssen sowie von der Frage der angewendeten Bewertungsmethoden (Wertschriften, Forderungen, Vorräte, Sachanlagen, Finanzanlagen, Verbindlichkeiten, Rückstellungen).

[Rz 29] Die Höhe der ausgewiesenen Residualgrösse Eigenkapital in der Jahresrechnung ist somit von Beurteilungsbreiten, also von inhärenten Beurteilungsunsicherheiten

<sup>13</sup> Vgl. BÖCKLI: Fussn. 9; ders.: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, S. 71 ff.

<sup>14</sup> Das Eigenkapital einer Aktiengesellschaft wird gemäss BÖCKLI (Schweizer Aktienrecht; 3. Auflage 769ff.) aber nicht nur vor den Aktionären, sondern auch vor einer übermässigen Entnahme durch den Fiskus geschützt, indem die Handelsbilanz für die Bemessung der Steuern massgeblich ist (Massgeblichkeitsprinzip). In der Handelsbilanz werden nur wirklich getätigte, also realisierte Umsätze und Erträge, der Steuerbemessung zugeführt und nicht schon als mögliche realisierbare Umsätze und Erträge identifizierte Geschäftsvorfälle.

<sup>15</sup> Durch Unternehmenskäufe oder Fusionen entstandene rechnerische «Goodwill-Komponenten» unter US-GAAP und IFRS unterliegen z.B. nicht einer ordentlichen Amortisation/Abschreibung (impairment only). Unter diesen Rechnungslegungsregimen bestehen zusätzliche Risiken, dass vor einer Krise die ausgewiesenen Eigenkapitalien zu hoch dargestellt werden, Bewertungskorrekturen zur Unzeit erfolgen müssen oder sich im Fall der Fälle die aktivierten Mehrwerte nicht realisieren lassen.

<sup>16</sup> Vgl. unten Abschnitt 3.2 Erosion mit Hilfe des Gesetzgebers im Bankensektor.

sowie Unzulänglichkeiten von Bewertungsregeln und deren Anwendung abhängig. Da Höhe und Werthaltigkeit (resp. Qualität) des ausgewiesenen Eigenkapitals wesentlich durch die Bewertung der Aktiven beeinflusst werden, sind die Bewertungsvorschriften des OR auch den Eigenkapitalschutzmechanismen zuzuweisen.

[Rz 30] Im Zusammenhang mit dem Schutz des Eigenkapitals sind vor allem die Ziff. 2 (Vollständigkeitsprinzip) und 5 (Vorsichtsprinzip)<sup>17</sup> von Art. 958c Abs. 1 OR (Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung) sowie eine äusserst restriktiv formulierte Aktivierungspflicht von Bedeutung (Art. 959 Abs. 2 OR).<sup>18</sup>

## 2.5 Aktivierungspflicht und Aktivierungsverbot

[Rz 31] Art. 959 Abs. 2 Satz 1 OR<sup>19</sup> ordnet an, dass als Aktiven Vermögenswerte zu bilanzieren sind, wenn

- aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann;
- ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist;
- ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann (Aktivierungspflicht).

[Rz 32] So dürfen folgerichtig vorhandene Vorräte bilanziert werden: Der Einkauf (Erwerb) oder die eigene Herstellung entsprechen dem vergangenen Ereignis, der geplante und absehbare Verkauf führen zu einem Mittelzufluss, und es ist eine verlässliche Schätzung (Bewertung nach dem Kosten/Niederstwertprinzip) möglich. Sachanlagen (primär eigene Infrastruktur) sind ebenfalls in die Bilanz aufzunehmen, weil sie für das Geschäft (künftiger Mittelfluss) notwendig sind.

[Rz 33] Vermögenswerte, welche auch nur eine der gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, dürfen gemäss Art. 959 Abs. 2 Satz 2 OR nicht bilanziert werden (Aktivierungsverbot).<sup>20</sup>

[Rz 34] Von grosser Bedeutung ist der Begriff des wahrscheinlichen Mittelzuflusses. Der Gesetzgeber hat bewusst die Verhinderung eines zukünftigen Mittelabflusses nicht mit einem Mittelzufluss gleichgesetzt und somit richtigerweise die Aktivierbarkeit mit einer strengen Auflage verbunden.

[Rz 35] Das alte Recht enthielt keine ausdrücklichen Bestimmungen über Aktivierungspflicht und Aktivierungsverbot; die Aktivierungspflicht wurde jedoch aus dem Vollständigkeits- und aus dem Bruttoprinzip abgeleitet.<sup>21</sup> In Art. 664a OR war

eine – abschliessende – Ausnahme vom Aktivierungsverbot statuiert, und zwar für «Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten, die aus der Errichtung, der Erweiterung oder der Umstellung des Geschäfts entstehen»<sup>22</sup>; sie waren gesondert auszuweisen und innerhalb von fünf Jahren abzuschreiben.

[Rz 36] Festzuhalten ist, dass bereits unter dem alten Recht nur Kostenaktivierungen, welche das Gesetz zulies, mit den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung vereinbar waren.<sup>23</sup>

[Rz 37] Diverse Kommentare weisen heute darauf hin, dass allenfalls eine Aktivierung von immateriellen Vermögenswerten in Betracht komme.<sup>24</sup> Dabei gilt es zu beachten, dass eine allfällige Aktivierung von immateriellen Vermögenswerten wie z.B. Lizenzen, Patente und technisches Know-how, Marken und Verlagsrechte, Software, Entwicklungskosten<sup>25</sup> nur aufgrund bereits getätigter und nicht aufgrund zukünftiger Kosten erfolgen darf.

## 2.6 Bewertung von Finanzanlagen

[Rz 38] Gemäss dem allgemeinen Grundsatz von Art. 960 Abs. 2 OR sind Aktiven und Verbindlichkeiten vorsichtig zu bewerten, ohne dass dadurch die zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens verhindert wird. Wenn konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen bestehen, so müssen die Werte überprüft und gegebenenfalls angepasst werden (Art. 960 Abs. 3 OR).<sup>26</sup>

[Rz 39] Bei der Ersterfassung dürfen die Aktiven nicht höher als zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden (Art. 960a Abs. 1 OR).<sup>27</sup> Auch später dürfen die Aktiven nicht höher bewertet werden, wenn sie nicht einer Kategorie angehören, für die das Gesetz eine Höherbewertung zulässt (Art. 960a Abs. 2 OR); eine solche Höherbewertung ist zulässig für Aktiven mit Börsenkurs oder einem anderen «beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt» (Art. 960b OR)<sup>28</sup>, also insbesondere für börsenkotierte Wertschriften.

<sup>17</sup> BÖCKLI, Neuerungen 696; Probleme 821 f., 827.

<sup>18</sup> BEHR ist allerdings zuzustimmen, dass die Bedeutung des Vorsichtsprinzips in erster Linie ein Aspekt der Bewertung ist (BEHR: Rechnungslegung 798).

<sup>19</sup> Im alten Recht existierte keine entsprechende Bestimmung.

<sup>20</sup> BÖCKLI, Neuerungen 699 ff.

<sup>21</sup> BÖCKLI, Aktienrecht 909.

<sup>22</sup> Zu diesen Kosten waren auch Emissionsabgabe, Platzierungskosten etc. zu zählen (BÖCKLI, Aktienrecht 1052 f.).

<sup>23</sup> BÖCKLI, Aktienrecht 1052.

<sup>24</sup> Das Neue Rechnungslegungsrecht: Überblick – Erläuterungen – Musterabschluss, Treuhand Kammer Jan. 2013, 2 Bilanzierungsvorschriften, 2.1.2, 10.

<sup>25</sup> Vgl. auch FER 10 Immaterielle Werte, Swiss GAAP FER, Fachempfehlungen zur Rechnungslegung 2012/13.

<sup>26</sup> BÖCKLI, Neuerungen 704.

<sup>27</sup> BÖCKLI, Neuerungen 697.

<sup>28</sup> BÖCKLI, Neuerungen 702 f.; zu den Problemen, welche der Begriff «beobachtbarer Marktpreis in einem aktiven Markt» verursacht, vgl. BÖCKLI, Probleme 825 f.

[Rz 40] Das alte Recht schrieb in Art. 665 aOR<sup>29</sup> für die Aktiengesellschaften die Bilanzierung des Anlagevermögens höchstens zu den Anschaffungs- oder den Herstellungskosten (unter Abzug der notwendigen Abschreibungen) vor. Für Wertschriften mit Kurswert war die Bilanzierung höchstens zum Durchschnittskurs des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag zulässig (Art. 667 Abs. 1 aOR).

### 3. Die Erosion des Eigenkapitalschutzes in der Praxis

#### 3.1 Allgemeines

[Rz 41] Es muss festgestellt werden, dass der Eigenkapitalschutz in der Praxis vermehrt aufgeweicht und umgangen wird. Dabei kristallisieren sich zwei Methoden heraus: Die eine bedient sich der Gesetzesänderung, und die andere macht sich Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden zu Nutze, welche im Widerspruch zum OR stehen. Im Folgenden wird für beide Methoden je ein Beispiel dargestellt.

#### 3.2 Erosion mit Hilfe des Gesetzgebers im Bankensektor

[Rz 42] In der Periode des unreflektierten neoliberalen Wirkens mutierte Eigenkapital für grosse, international tätige Banken vom Grundpfeiler des soliden Bankgeschäfts zum lästigen Bremsen im Wettlauf zu immer höheren Eigenkapitalrenditen. Denn hohe Eigenkapitalrenditen (Return on Equity/ROE) wurden zur entscheidenden Zielgrösse im Branchenwettbewerb deklariert und beeinflussten so auch Aktienkurse und Boni. Die gültige Formel «je tiefer das Eigenkapital, umso höher der ROE» motivierte die Banken, das Eigenkapital so tief wie nur möglich hinunterzudrücken.

[Rz 43] Die meisten Banken unterstanden jedoch als Aktiengesellschaften dem OR und damit auch dessen Eigenkapitalschutzbestimmungen, d.h. insbesondere dem Art. 725. Dieser limitierte den übermässig hohen Einsatz von Fremdkapital (das «Leveragen»), weil ja mit wenig Eigenkapital schon bei kleinen Korrekturen der Bewertung von Aktiven die Hälfte des Eigenkapitals erodiert und somit eine Refinanzierung notwendig wird. Das wollten die Banken nicht hinnehmen.

[Rz 44] Die Lösung: Das Parlament setzte bei der Revision des Bankenrechts im Jahre 2003 den Art. 725 OR für Banken *ausser Kraft*; Art. 25 Abs. 3 des Bankengesetzes (BankG) hält fest, dass das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 und 725a OR) auf Banken nicht anwendbar ist. Das heisst: die Sanierungspflicht bei häufigem Kapitalverlust und die Pflicht

zur Anrufung des Richters bei Überschuldung sind für Banken deaktiviert.<sup>30</sup>

[Rz 45] Damit war der Weg frei für ein extensives Wirtschaften mit wenig klassischem Eigenkapital. Die Folgen sind bekannt: Die Eigenkapitalschutzmechanismen konnten die Bankenkrise nicht verhindern oder zumindest dämpfen, weil der Gesetzgeber die strengen Vorschriften über den Eigenkapitalschutz gezielt ausser Kraft gesetzt hatte.<sup>31</sup> Es wird nun mit dem Ansatz der Kernkapitalquote (Eigenmittel im Verhältnis zu risikogewichteten Aktiva) gearbeitet. Dieser Ansatz ist in seiner Grundkonzeption falsch, denn bei der Beurteilung von Funktion und Nutzen der Kernkapitalquote wird nicht beachtet, dass die Einschätzung der mit den Aktiva verbundenen Risiken ein Management-Instrument ist (Konzept). Für das Management der Aktiva ist es durchaus tauglich und notwendig, die mit diesen verbundenen Risiken zu kennen und zu beurteilen. Ein Managementkonzept kann jedoch nie die Funktion eines Grundpfeilers (Kapitalgrundlage) übernehmen, auf dem ein Unternehmen solide aufgebaut werden kann. Nur ein Unternehmen, das über ausreichendes klassisches Eigenkapital verfügt, ist «in der Verfassung», seine Ziele in Eigenverantwortung zu verfolgen.<sup>32</sup> Der Ansatz der Kernkapitalquote zieht zudem einen Regulierungsdschungel nach sich, der alle Banken zeit- und kostenmässig übermässig belastet – also auch diejenigen, welche mit einer gesunden Eigenkapitalausstattung arbeiten.

[Rz 46] Falsches suggeriert auch der Begriff «Eigenmittel», weil der Terminus «Mittel» ein Begriff der Aktivseite ist. Böckli weist mit Nachdruck darauf hin, dass der Begriff «Eigenmittel» auf der Passivseite falsch ist, weil die Erhöhung der Eigenmittel durch einen bedingten Forderungsverzicht der Gläubiger der Bank keine zusätzlichen Mittel zuführt.<sup>33</sup>

[Rz 47] Als Folge der Bankenkrise beginnt sich – wenn auch langsam – ein Comeback des Eigenkapitals als Basis des Wirtschaftens und als Puffer für schwierige Zeiten anzubahnen. HIRSZOWICZ fordert deshalb zu Recht, dass das Basel-III-Modell für Eigenkapital dringend von der gefährlichen Risikogewichtung befreit werden müsse und durch 30% Eigenkapital auf Basis der Bilanzsumme zu ersetzen sei.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Darunter wird das OR von 1991 (aOR) verstanden.

<sup>30</sup> Die Vorlage passierte in beiden Kammern ohne jede Diskussion en bloc.

<sup>31</sup> Eine weitere Folge der Aufhebung von Art. 725 OR für die Banken im Rahmen der Gesetzesrevision von 2003 war im Übrigen der Beginn einer Regulierungswelle: Die Rechtsordnung musste den Begriff der angemessenen Eigenmittel definieren.

<sup>32</sup> K. MÜLLER: Banken und Eigenkapital, quo vadis? <http://www.journal21.ch/kaspar-mueller-1>.

<sup>33</sup> Vgl. P. BÖCKLI: CoCos, Write-offs: Eigenkapitalbeschaffung mit dem Zauberstab, SZW 2012 181.

<sup>34</sup> C. HIRSZOWICZ: Lehren aus der UBS-Rettung, in: NZZ vom 26. August 2013.

### 3.3 Erosion mit Hilfe von Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden im Energiebereich

[Rz 48] Die Rechnungslegung der Kernkraftwerk Leibstadt AG (KKL) und der Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG (KKG) bringt, wie nachfolgend zu zeigen ist, die problematische Gratwanderung deutlich zum Vorschein, welche die Gesellschaften zwischen den Anforderungen des Eigenkapitalschutzes gemäss OR und dem Ausweis des Eigenkapitals gemäss einem Accounting-Standard (Swiss GAAP FER) absolvieren.

[Rz 49] Die Kernkraftwerkbetreiber, insbesondere das KKL und das KKG, arbeiten traditionell und aufgrund des Partnerkonzeptes seit der Inbetriebnahme mit einer Eigenkapitalausstattung, die angesichts des Betriebsrisikos, der Kapitalintensität der Aktivitäten, der für Haftungsfälle notwendigen Rückstellungen und weiterer Risiken (insbesondere Kosten nach Beendigung der Betriebstätigkeit) ungenügend ist.<sup>35</sup> Das führt dazu, dass jede Schwankung von wichtigen Einflussfaktoren die Warnlampen der Eigenkapitalschutzvorschriften aktiviert.

[Rz 50] Um diese Problematik zu entschärfen, wenden die Betreibergesellschaften Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden an, welche äusserst umstritten sind. Im Vordergrund stehen dabei die Bewertung von Finanzanlagen und die Aktivierungsfähigkeit von Kosten.<sup>36,37</sup>

#### 3.3.1 Bewertung von Wertschriften

[Rz 51] In den Bilanzen des KKL und des KKG werden im Geschäftsjahr 2012 die Rechte an den Stilllegungs- und Entsorgungsfonds beim KKL um CHF 203 Mio. (Vorjahr: CHF 238 Mio.) und beim KKG um CHF 327 Mio. (Vorjahr: CHF 361 Mio.) höher als die entsprechenden Marktwerte in den Bilanzen der Stilllegungs- und Entsorgungsfonds selbst<sup>38,39</sup> resp. als «gemäss Angaben des BFE» (vgl. Medienmitteilung vom 21. November 2012)<sup>40</sup> bewertet.

<sup>35</sup> Im Jahre 2012 wiesen das KKL CHF 508 Mio. (im Vorjahr CHF 506 Mio.) und das KKG CHF 348 Mio. (im Vorjahr CHF 347 Mio.) an Eigenkapital aus. Dies entspricht beim KKL einer Eigenkapitalquote von 12.3%, beim KKG von 10.8% (beim KKG sind ausserdem CHF 60 Mio. des Aktienkapitals nicht einbezahlt!).

<sup>36</sup> Im Zusammenhang mit diesen Fragestellungen haben der Trinationale Atomschutzverband (TRAS) und Greenpeace Strafanzeige wegen Urkundenfälschung eingereicht. Sowohl die Oberstaatsanwaltschaft Solothurn wie auch Aargau haben ein Verfahren eröffnet. K. Müller, Co-Autor dieses Artikels, ist auch Fachexperte auf Seiten der Anzeigsteller.

<sup>37</sup> Siehe auch: K. MÜLLER: Bemerkungen zu Rechnungslegung und Finanzierung von Kernkraftwerken, Dezember 2012; [http://www.kaspar-mueller.ch/html/documents/Final\\_KKW\\_KM\\_Presse\\_4\\_1\\_13.pdf](http://www.kaspar-mueller.ch/html/documents/Final_KKW_KM_Presse_4_1_13.pdf).

<sup>38</sup> [http://www.bfe.admin.ch/entsorgungsfonds/01474/index.html?lang=de&dossier\\_id=01491](http://www.bfe.admin.ch/entsorgungsfonds/01474/index.html?lang=de&dossier_id=01491).

<sup>39</sup> [http://www.bfe.admin.ch/entsorgungsfonds/01476/index.html?lang=de&dossier\\_id=01493](http://www.bfe.admin.ch/entsorgungsfonds/01476/index.html?lang=de&dossier_id=01493).

<sup>40</sup> <http://www.bfe.admin.ch/energie/00588/00589/00644/index.html?lang=de&msg-id=46787>.

[Rz 52] Gemäss Art. 960a und 960b OR dürfen jedoch (wie schon im alten Recht, Art. 667 aOR) Wertschriften höchstens zu Marktwerten bewertet werden. An diese Vorschrift halten sich die BKW; sie bewerten ihre Rechte an den Stilllegungs- und Entsorgungsfonds gemäss den in den Jahresrechnungen der Fonds ausgewiesenen Wertschriften-Börsenkursen.

[Rz 53] KKL und KKG stützen ihre Bewertung auf eine theoretische Anlagerendite von 5% ab, welche in Art. 8 Ziff. 5 der Verordnung über den Stilllegungs- und den Entsorgungsfonds für Kernanlagen (SEFV) erwähnt wird. Diese unterstellte Anlagerendite ist jedoch, was die Betreibergesellschaften übersehen, keine Bilanzierungsgrundlage, sondern nur ein Parameter für die Bemessung der Beitragszahlungen an die Fonds.

[Rz 54] Die Stilllegungs- und Entsorgungsfonds ihrerseits bestätigen in ihren Jahresberichten ausdrücklich, dass sie in Anwendung von Art. 18 Abs. 2 und 3 SEFV ihre Fondsrechnungen nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung (Art. 957–963) führen und die Wertschriften zu Kursen bilanzieren, wie die Banken sie bei der Depotbewertung ermitteln.<sup>41</sup>

[Rz 55] Dass sich die Betreibergesellschaften nicht auf Art. 8 Ziff. 5 SEFV berufen können, geht auch aus der Antwort des Bundesrates auf eine Interpellation von Ständerätin Fetz (BS) vom 14. Dezember 2012 hervor, wonach «es für die Betreibergesellschaften der Kernkraftwerke keine besonderen Bestimmungen gibt, die über die für Aktiengesellschaften geltenden Rechnungslegungsvorschriften hinausgehen».<sup>42</sup> Besondere Rechnungslegungsvorschriften oder erweiterte Aufsichtsrechte über die Rechnungslegung bedürften nach der Auffassung des Bundesrates einer Änderung des KEG.

[Rz 56] Die Kernkraftwerkbetreiber können sich somit im Gegensatz zu den Banken nicht auf ein Spezialgesetz berufen, welches die Eigenkapitalschutzbestimmungen aufhebt oder lockert; die Bilanzierung der Rechte an den Stilllegungs- und Entsorgungsfonds durch KKL und KKG entspricht nicht den gesetzlichen Vorschriften, und sie trägt dazu bei, die Vermögenslage der beiden Gesellschaften erheblich zu beschönigen.

#### 3.3.2 Aktivierung von zu amortisierenden Kosten für Nachbetrieb, Stilllegung und Entsorgung

[Rz 57] In den Bilanzen von KKL und KKG findet sich je ein Aktivposten «Zu amortisierende Kosten für Nachbetrieb, Stilllegung und Entsorgung». Beim KKL beträgt dieser Posten im Jahre 2012 CHF 604 Mio. (Vorjahr: CHF 630 Mio.) bei einem ausgewiesenen Eigenkapital von CHF 508 Mio.; beim KKG

<sup>41</sup> Verordnung über den Stilllegungs- und den Entsorgungsfonds für Kernanlagen (SEFV) Art. 18 Abs. 2 und 3.

<sup>42</sup> [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20124278](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20124278).

sind es im Jahre 2012 CHF 562 Mio. (Vorjahr: CHF 608 Mio.) bei einem ausgewiesenen Eigenkapital von CHF 348 Mio.

[Rz 58] Die neuen Vorschriften über die Rechnungslegung schliessen jedoch *jede* Aktivierung von Kosten aus (im Gegensatz zu Art. 664 aOR, welcher die Aktivierung von Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten unter gewissen Voraussetzungen zulies). Die Aktivierung von zu amortisierenden Kosten für Nachbetrieb, Stilllegung und Entsorgung ist somit gemäss dem geltenden Recht unzulässig und war es schon unter dem aOR.

[Rz 59] BÖCKLI unterstreicht die Bedeutung des Aktivierungsverbots gemäss Art. 959 Abs. 2 OR für alle Vermögenswerte, bei welchen nicht die dreifache Qualifikation «Verfügungsmacht, sehr wahrscheinlicher Mittelzufluss und verlässlich schätzbarer Wert» gegeben ist. Er bezeichnet dies als eine Hauptregel für die Bilanz, welche sehr streng ist und noch erhebliche Folgen im Strafrecht zeitigen wird.<sup>43</sup>

[Rz 60] Die neue OR Rechnungslegung verstärkt somit den Eigenkapitalschutz in wünschenswerter Art und Weise. Es ist evident, dass zukünftig zu amortisierende Kosten für Nachbetrieb, Stilllegung und Entsorgung von Kernkraftwerken die kumulativen Kriterien für die Zulässigkeit der Aktivierung (Verfügungsmacht, wahrscheinlicher Mittelzufluss und verlässliche Schätzbarkeit) niemals erfüllen.

### 3.3.3 Konsequenzen für die Gesellschaften

[Rz 61] Da sich die Kernkraftwerkbetreiber nicht auf ein Spezialgesetz berufen können, welches die Eigenkapital-schutzbestimmungen aufhebt oder lockert, und da auch die Bestimmungen des neuen Rechnungslegungsrechts keine Erleichterung bringen, müssen sie ihre Rechnungslegung an den Bestimmungen des OR ausrichten. Dies ergibt per Ende 2012 das folgende Bild:

- Beim KKL stehen einem ausgewiesenen Eigenkapital von CHF 508 Mio. nicht OR-konforme Aktiva in Höhe von CHF 807 Mio. gegenüber.
- Beim KKG stehen einem ausgewiesenen Eigenkapital von CHF 348 Mio. nicht OR-konforme Aktiva in Höhe von CHF 889 Mio. gegenüber.

[Rz 62] Bei gesetzeskonformer Bilanzierung wäre, falls nicht andere Kompensationen möglich sind, bei beiden Gesellschaften die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt, und die Verwaltungsräte hätten nach Art. 725 OR vorzugehen<sup>44</sup>, d.h. sie müssten gemäss Abs. 1 unmittelbar finanzielle Sanierungsmassnahmen einleiten bzw. allenfalls Abs. 2 einhalten (Erstellung einer

Zwischenbilanz und gegebenenfalls Benachrichtigung des Richters).

### 3.3.4 Konsequenzen für die Revisionsgesellschaften und den Verwaltungsrat

[Rz 63] Aufgrund der oben angestellten Überlegungen ist festzustellen, dass die Revisionsstellen des KKL und des KKG den beiden Gesellschaften schon seit Jahren weder die Gesetz- und Statutenmässigkeit der Jahresrechnungen noch die Dividendenfähigkeit hätten attestieren dürfen, sondern die Verwaltungsräte auf die gravierenden Mängel der Rechnungslegung und deren Konsequenzen hätten aufmerksam machen müssen.

[Rz 64] In der Verantwortung steht aber ebenso der Verwaltungsrat, zu dessen unübertragbaren Aufgaben die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 3 OR) und das richtige Vorgehen bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 i.V.m. 716 Abs. 7 OR) gehören.

## 4. Fazit

[Rz 65] Das neue Rechnungslegungsrecht hat erfreulicherweise nichts an den wichtigen Eigenkapitalschutzmechanismen geändert. Im Gegenteil: In einigen Bereichen wie insbesondere im Bereich der Aktivierung verschärft das neue Recht die Regelung in sinnvoller Weise. Es gilt nun das neue Recht durchzusetzen und den Tendenzen, welche zur Erosion des Eigenkapitalschutzes geführt haben, im Interesse einer soliden wirtschaftlichen Entwicklung mit Entschiedenheit entgegenzutreten:

- Es darf keine weiteren Ausnahmegesetzgebungen mehr geben, welche einer Branche erlauben, den Eigenkapitalschutz zu schwächen; die Banken, für welche eine Ausnahmeregelung gilt, sollten aus Eigenverantwortung und Einsicht ihre klassischen, bilanzbezogenen Eigenkapitalquoten wieder in den Bereich von 20% bringen.
- Alle Beteiligten – und insbesondere die Revisionsbranche – haben sich nicht nur damit abzufinden, dass für die Rechnungslegung das Gesetz Vorrang vor allen Accounting Standards hat, sondern auch konsequent dafür zu sorgen, dass der Vorrang des Gesetzes strikte respektiert wird; dem rechtlich nicht haltbaren, schleichenden Wechsel vom klassischen, bilanzbezogenen zum diffusen ökonomischen Eigenkapitalbegriff ist Einhalt zu gebieten.
- Den gesetzeswidrigen Bilanzierungsmethoden, wie sie am Beispiel zweier Kernkraftwerkbetreiber gezeigt worden sind, ist aus rechtlicher und aus wirtschaftlicher Sicht entgegenzutreten. Dies ist in erster Linie die Pflicht der Revisionsgesellschaften, welche den Verwaltungsrat rechtzeitig auf die Problematik

<sup>43</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung 700.

<sup>44</sup> Da der gesetzeswidrige Zustand schon seit Jahren anhält, hätten die beiden Gesellschaften keine Dividenden auszahlen dürfen, und es stellt sich die Frage, weshalb ihnen die Revisionsstellen entgegen Art. 675 Abs. 2 aOR jeweils die Dividendenfähigkeit attestierten.

der erwähnten Methoden aufmerksam zu machen haben und in ihren Berichten auf keinen Fall uneingeschränkte Testate ausstellen dürfen.

[Rz 66] Das OR wirkt, im Gegensatz zu Accounting-Standards, disziplinierend und zwingt den Verwaltungsrat zu einer rechtzeitigen Reaktion, wenn sich wirtschaftliche Probleme in Form des Eigenkapitalschwundes niederschlagen. Die Erosion des Eigenkapitals weist auf ernst zu nehmende wirtschaftliche Schwierigkeiten hin, die den Weiterbestand des Unternehmens langfristig in Frage stellen. Deshalb müssen – so will es der Gesetzgeber, und so entspricht es auch einem marktwirtschaftlichen Ansatz – die Verantwortlichen durch rechtzeitiges Eingreifen den Primat des Gesetzes sicherstellen.

---

KASPAR MÜLLER, lic rer. pol. (Uni Basel 1979), unabhängiger Ökonom und Finanzmarktexperte. Er ist u.a. Präsident von Ethos Genf und responsAbility Investments AG, Zürich. 1991 bis Juni 2012 war er Mitglied der Fachkommission Swiss GAAP FER.

Dr. iur. FELIX H. THOMANN, promovierte 1960 an der Universität Basel, war von August 1965 bis Ende 2008 praktizierender Rechtsanwalt in Basel (zuletzt in der Kanzlei ThomannFischer) und ist seitdem als solcher in stark reduziertem Umfang noch von zu Hause aus tätig.

---

\* \* \*