

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel |
Jean-Luc Chenaux | Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Rolf H. Weber | Walter A. Stoffel | Jean-Luc Chenaux |
Rolf Sethe (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts

Festschrift für Hans Caspar von der Crone
zum 60. Geburtstag

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7474-2

www.schulthess.com

Vorwort

Professor HANS CASPAR VON DER CRONE, Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, feiert am 18. Januar 2017 seinen 60. Geburtstag. Seine Freunde, Fachkollegen und Weggefährten freuen sich, ihm zu diesem besonderen Tag die vorliegende Festschrift überreichen zu können.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat in Zürich die Volksschule und das Gymnasium (mit Abschluss Matura Typus B im Jahre 1976) besucht. Sein Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich schloss er sechs Jahre später mit dem Lizentiat ab. Während seiner Zeit als Assistent bei Professor MEIER-HAYOZ verfasste er seine Dissertation sowie das – heute noch als Standardwerk geltende – Lehrbuch «Wertpapierrecht» (in Co-Autorschaft mit ARTHUR MEIER-HAYOZ); im Jahre 1988 hat er dann den Doktor der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und ebenso das Zürcher Anwaltspatent erworben. Kurz nach Beginn der Anwaltstätigkeit in Zürich ist HANS CASPAR VON DER CRONE indessen an die Yale Law School, New Haven CT, gegangen, um erfolgreich einen Master of Laws (LL.M.) zu absolvieren. Nach der Rückkehr in die Schweiz hat er seine Anwaltskarriere fortgesetzt und gleichzeitig eine Habilitationsschrift zum Thema «Rahmenverträge» verfasst, aus welcher sein Interesse am Zusammenspiel von Ökonomie und Recht deutlich hervorgeht. Auf deren Abnahme an der Universität Zürich folgte die Ernennung zum Privatdozenten für Zivil-, Handels- und Kapitalmarktrecht im Jahre 1992.

Im Jahre 1995 berief die Universität Zürich HANS CASPAR VON DER CRONE zum Extraordinarius, hernach 1997 zum Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht. Seit gut 20 Jahren liegen seine hauptsächlichen Lehr- und Forschungsinteressen im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, doch hat er auch das Vertragsrecht regelmässig weiter betreut; didaktisch gute Lehre ist ihm immer ein grosses Anliegen gewesen. Kennzeichnend für ihn ist weiter die grosse Affinität zu den neuen Medien: Seine Internet-Kolloquien – jährlich angeboten sowohl im Obligationenrecht Allgemeiner Teil wie im Handels- und Wirtschaftsrecht – gehören zu den beliebtesten Veranstaltungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät; das von ihm ins Leben gerufene virtuelle Projekt «RechtEck» (www.rechteck.uzh.ch) ermöglicht sodann auch die von ihm stets gepflegte Zusammenarbeit mit der Romandie.

HANS CASPAR VON DER CRONE hat ebenso aktiv an der universitären Selbstverwaltung mitgewirkt: Als Mitglied der Universitätsleitung war er von 2002-2006 Prorektor Planung, von 2007-2008 Prorektor Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Sein Interesse an der Mitwirkung in rechtsgestaltenden Gremien zeigt sich auch darin, dass HANS CASPAR VON DER CRONE von 1999-2005 Präsident der Schweizerischen Übernahmekommission sowie 2009-2010 Mitglied der Expertenkommission des Schweizerischen Bundesrates zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen (Expertenkommission «too big to fail» bzw. «Systemically Important Financial Institutions») gewesen ist. Am erfolgreichen Aufbau des Universitären Forschungsschwerpunkts (UFSP) «Finanzmarktregulierung» (ab 2013) hat er massgeblich mitgewirkt; weiterhin ist er als Mitglied des Leitungsgremiums im UFSP engagiert.

Bereits seit 1993 trägt HANS CASPAR VON DER CRONE als Mitglied des Herausgeberkollegiums der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) eine Mitverantwortung für die hohe wissenschaftliche Qualität dieser Zeitschrift; seit 2015 ist er nun Vorsitzender dieses Kollegiums. Grosse Bedeutung haben in diesem Kontext die seit 2002 sechsmal im Jahr erscheinenden Besprechungen wichtiger (Bundesgerichts-)Entscheide erlangt. Daneben ist HANS CASPAR VON DER CRONE weiterhin forensisch in der von ihm vor 20 Jahren gegründeten Anwaltskanzlei von der Crone Rechtsanwälte AG in Zürich aktiv und amtet darüber hinaus regelmässig als Schiedsrichter in nationalen und internationalen Verfahren.

Das wissenschaftliche Oeuvre von HANS CASPAR VON DER CRONE ist beeindruckend: Seine bevorzugten Tätigkeitsgebiete sind das Gesellschafts- und Firmenrecht, das Banken- und Kapitalmarktrecht, sowie das Vertragsrecht. Seine Schriften zeichnen sich durch wissenschaftliche Strenge, Offenheit gegenüber Neuem, dem Suchen nach überzeugenden Lösungen sowie grosse Praxisrelevanz aus.

Die Festschrift widerspiegelt diese breite wissenschaftliche Arbeiten des Jubilars: Schwerpunkte bilden das Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht, doch fehlen auch die weiteren Rechtsgebiete nicht. Innerhalb der beiden Hauptteile ist die Festschrift nach Themen (z.B. Corporate Governance, Konzern, Verantwortlichkeit, Gesetzgebungsvorhaben) und von allgemeinen Überlegungen zu spezifischen Themenstellungen geordnet.

Über seine vielfältigen beruflichen Tätigkeiten hinaus zeigt sich der breite Horizont, über den HANS CASPAR VON DER CRONE verfügt, auch in seinen weiteren Interessen, neben der Freude am Reisen ins Ausland insbesondere in der Nähe zu kulturellen Ereignissen; die Stichworte Fotografie, Film und Theater sind ein Zeichen für seine diesbezüglichen Affinitäten.

Die Herausgeber hätten ohne mannigfaltige Unterstützung diese Festschrift nicht rechtzeitig erstellen können. OLIVIER BAUM hat das Projekt von Beginn weg bis zur Drucklegung umsichtig und mit grossem Einsatz betreut; bei der Organisation wurde er von FELIX BUFF, beim Lektorieren der Texte von LUCA ANGSTMANN und LINUS CATHOMAS unterstützt. Weiter hat BRIGITTE VON DER CRONE im Hintergrund wesentlich zur Realisierung des Projektes beigetragen. Zu Dank verpflichtet sind die Herausgeber auch dem Schulthess Verlag für die zuvorkommende und effiziente Zusammenarbeit.

Die Herausgeber und alle Mitwirkenden an der Festschrift wünschen HANS CASPAR VON DER CRONE von Herzen alles Gute für die kommenden Jahre. Die Freude an der weiteren Zusammenarbeit verbindet sich mit dem Wunsch, dass auch inskünftig weiterhin die privaten Interessen im Leben einen ausreichenden Platz einnehmen können.

ROLF H. WEBER

WALTER STOFFEL

JEAN-LUC CHENAUX

ROLF SETHE

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Gesellschaftsrecht

a) *Corporate Governance*

From Profit to People and Planet: Rethinking the Purpose of the Corporation	3
------------------------------------------------------------------------------------------	---

CHRISTINE KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht, Völker- und Europarecht an der Universität Zürich

Aktienrecht als «Lebenslüge» – Eine gesellschaftsrechtliche Meditation	21
-------------------------------------------------------------------------------------	----

JEAN NICOLAS DRUEY

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St. Gallen

Le représentant de l’Etat au conseil d’administration	39
--------------------------------------------------------------------	----

JEAN-LUC CHENAUX

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à l’Université de Lausanne, Kellerhals Carrard, Lausanne

FRÉDÉRIC ROCHAT

Dr. iur., LL.M., Avocat, Kellerhals Carrard, Lausanne

Corporate Governance in Sanierungsfällen – Der Einfluss der Gläubiger: Chancen und Risiken	65
---------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

URS SCHENKER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Walder Wyss, Zürich

Revisionsstelle und «Corporate Governance»	91
---------------------------------------------------------	----

URS BERTSCHINGER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Prager Dreifuss, Zürich

**Sonderuntersuchung statt Sonderprüfung – Hundertmetersprint
statt Hürdenlauf?** 111

RETO HEIZMANN

PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Europarecht an der Universität Zürich, Vizepräsident des Kantonsgerichts Schwyz

**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter General-
versammlungsbeschlüsse** 131

CLAIRE HUGUENIN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich

BRUNO MAHLER

Stud. iur., Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

b) Konzernrecht

**Informationsversorgung im Konzern – Rechtliche Rahmenbe-
dingungen für den Austausch von Finanzinformationen zwischen
Mutter- und Tochtergesellschaft** 153

CHRISTOPH B. BÜHLER

Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, Titularprofessor für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, böckli bühler partner, Basel

**«Anerkennung des Gruppeninteresses»: Initiativen der EU aus
Schweizer Sicht** 177

PETER BÖCKLI

Prof. Dr. iur., Advokat, em. Professor der Universität Basel, böckli bühler partner, Basel

Unionskonzernrecht als *lex parsimoniae* 197

MARC AMSTUTZ

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Handels und Wirtschaftsrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

c) Verantwortlichkeitsrecht

Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage 221

PETER R. ISLER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Gesellschafts- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

MIRJAM VÖGELI

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Wie weiter nach der Mündigkeit im Verantwortlichkeitsrecht? 239

WALTER A. STOFFEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und internationales Privatrecht an der Universität Freiburg i.Ue.

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag 257

LUKAS GLANZMANN

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Baker & McKenzie, Zürich

d) Laufende und abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte

Die «Lex Minder» – ein Schuss in den Ofen? 273

PETER FORSTMOSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Genehmigung und Offenlegung der Vergütung von gekündigten Mitgliedern der Geschäftsleitung börsenkotierter Unternehmen 297

ROLF WATTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Bär & Karrer, Zürich

KATJA ROTH PELLANDA

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Head of Corporate Law bei Novartis International, Basel

**Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen»
Aktienrechtsreform** 313

DIETER GERICKE

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

NATASSIA GILI

MLaw, Homburger, Zürich

**Irrungen und Wirrungen der geplanten Revision des Handelsre-
gisterrechts** 337

PETER JUNG

Prof. Dr. iur., Maître en droit, Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Teil II: Finanzmarktrecht

a) Finanzmarktregulierung

Banking Regulation and Financial Stability 359

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., Professor of Law and Finance at the University of Zurich

Countercyclical Capital Buffers: A Regulatory Challenge 379

JEAN-CHARLES ROCHET

Prof. Ph.D., Professor of Banking at the University of Zurich

Extraterritoriality in Financial Regulation 391

SUSAN EMMENEGGER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern

**Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisie-
rung der Geschäftsmodelle** 405

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europa-
recht an der Universität Zürich, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution	421
FRANCA CONTRATTO	
Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Assistenzprofessorin für Finanzmarktrecht an der Universität Zürich	
Die internationale Durchsetzung von Insolvenzmassnahmen bei Banken – eine Bestandsaufnahme	441
RETO SCHILTKNECHT	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Leiter Internationales und Policy, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
DAVID BILLETER	
M.A. HSG, Rechtsanwalt, Specialist, Geschäftsbereich Recovery und Resolution, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA	
Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen?	471
PETER CH. HSU	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bär & Karrer, Zürich	
Neues Prospektrecht gemäss E-FIDLEG: Schnittstellen – Gereimtes und Ungereimtes – Verpasste Chancen	495
RENÉ BÖSCH	
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Homburger, Zürich	
Neupositionierung der Selbstregulierung der Börse im FinfraG	515
RODOLFO STRAUB	
Lic. iur., Head SIX Exchange Regulation, SIX Swiss Exchange, Zürich	
Versicherungsaufsicht im Fürstentum Liechtenstein	525
ANTON K. SCHNYDER	
Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Ersatzrichter beim Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein	

b) Zusammenspiel von Aufsichtsrecht & Privatrecht

Unternehmenskommunikation am Kapitalmarkt: Ein Balanceakt zwischen Reputation und Recht 535

DANIEL DAENIKER

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Homburger, Zürich

Privatrechtliche Haftung für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften 555

BENEDIKT MAURENBRECHER

Dr. iur., MBA, Rechtsanwalt, Homburger, Zürich

Die Bestimmung der Angemessenheit und der Geeignetheit von Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumenten 589

THORSTEN HENS

Prof. Dr. rer. oec., Ordinarius für Finanzmarktökonomie an der Universität Zürich

ROLF SETHE

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Niederer Kraft & Frey, Zürich

Haftung als Regulierungsinstrument im Finanzmarktrecht? – Am Beispiel der Ad-hoc-Publizität 619

DANIEL DEDEYAN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie und Methodenlehre an der Universität Zürich, Walder Wyss, Zürich

Der arme Bankaktionär 637

PETER NOBEL

Prof. Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, em. Professor ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich

c) Übernahmerecht

Put-up or Shut-up (PUSU) 657

RUDOLF TSCHÄNI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich

Unwiderrufliche Andienungsverpflichtungen («Irrevocables») und Vertragsfreiheit 671

DANIEL M. HÄUSERMANN

PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Privatdozent für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Homburger, Zürich

De la compatibilité des OPA obligatoires avec des conditions relevant du droit de la concurrence 687

HENRY PETER

Prof. Dr. iur., LL.M., Professeur ordinaire à l'Université de Genève

PASCAL BOVEY

Lic. iur., LL.M., Avocat, conseiller juridique de la Commission des OPA

Le *squeeze-out* d'actionnaires lors d'une fusion et d'une offre publique d'acquisition 707

OLIVIER HARI

Prof. Dr. iur., Avocat, Chaire de droit des sociétés et de l'entreprise, Université de Neuchâtel, Of Counsel, Schellenberg Wittmer, Genève/Zürich

d) Steuerfragen

Transfer und Auszahlung von potentiell fiskaldeliktischen Kundengeldern – ein Update 729

CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT

PD Dr. iur., Rechtsanwältin, Privatdozentin für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Finanzmarktrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Unversteuerte Bankkundengelder – was tun? 743

URS ZULAUF

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Adjunct Professor Universität Genf und Cornell Law School, Head Client Tax Policy Credit Suisse Group, Zürich

URS ROHNER

Lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Chairman of the Board Credit Suisse Group, Zürich

ROMEO CERUTTI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, General Counsel Credit Suisse Group, Zürich

Teil III: Weitere Rechtsgebiete

Zum Konsenserfordernis bei der *societas* – methodische Bemerkungen zu einem altbekannten Problem 767

ULRIKE BABUSIAUX

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich

Der Kooperationsvertrag (*in a nutshell*) 785

FLORENT THOUVENIN

Prof. Dr. iur., Extraordinarius für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich

Verabsolutierte Abstraktheit oder relativierte Kausalität? – Zur Rechtsnatur der Forderungsabtretung 807

HARALD BÄRTSCHI

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Leiter der Fachstelle für Unternehmens- und Steuerrecht der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, Bärtschi Rechtsanwälte, Wallisellen

Fragen rund um die Beendigung von Vertriebsverträgen 827

PETER BRATSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

PASCAL RÜEDI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich

***Mala futura, securitas* und «Spekulation»: Rechtskulturen des Risikos im historischen Wandel** 845

ANDREAS THIER

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtstheorie und Privatrecht an der Universität Zürich

Der «Nemo-tenetur-Grundsatz» im Strafverfahren gegen Unternehmen – insbesondere unter Berücksichtigung der Kombination von Verwaltungs- und Strafverfahren 863

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich

JASMINA SMOKVINA

Lic. iur., Rechtsanwältin, Assistentin am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich

Six megatrends that shape the legal services industry – or remembering Andy Grove 879

PETER KURER

Dr. iur., LL.M., Partner bei der Private Equity Firma BLR und Verwaltungsratspräsident u.a. bei Sunrise

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag

LUKAS GLANZMANN*

I.	Das Eigenkapital als Dreh- und Angelpunkt.....	257
II.	Behandlung der Ereignisse nach dem Bilanzstichtag.....	259
1.	Rückschau als Problem?.....	259
2.	Auffassung des Bundesgerichts.....	259
3.	Behandlung im Gesetz.....	260
a)	Definition.....	260
b)	Kategorisierung.....	261
4.	Werterhellende Ereignisse.....	262
a)	Erfassung in Bilanz und Erfolgsrechnung.....	262
b)	Relevanter Zeitpunkt.....	264
5.	Wertbeeinflussende Ereignisse.....	266
6.	Illiquidität und Sanierungsmassnahmen im Besonderen.....	268
a)	Bevorstehende Illiquidität.....	268
b)	Sanierungsmassnahmen.....	270
III.	Fazit.....	272

Der Jubilar betätigt sich als Forscher und praktizierender Rechtsanwalt in zahlreichen Rechtsgebieten, insbesondere aber im Aktienrecht und dabei vor allem im Verantwortlichkeitsrecht. Das Verantwortlichkeitsrecht war auch Anlass unserer ersten Begegnung, als wir beide am schweizerischen Juristentag 2000 ein Referat dazu halten durften. Aus diesem Grund möchte ich meinen Beitrag zur Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. HANS CASPAR VON DER CRONE einem Thema widmen, das für die Verantwortlichkeit der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften von grosser Relevanz ist. Konkret geht es um Ereignisse nach dem Bilanzstichtag.

I. Das Eigenkapital als Dreh- und Angelpunkt

Das Bindeglied zwischen der Verantwortlichkeit der Leitungsorgane und den Ereignissen nach dem Bilanzstichtag ist die Bilanz bzw. das darin ausgewiesene Eigenkapital.

* Der Autor dankt SAMMY GUIDOUM, B.A. HSG (Law & Economics), für die wertvolle Mitarbeit. Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

Dessen Höhe und Zusammensetzung entscheiden unter anderem darüber, ob eine Gesellschaft Dividenden ausrichten darf,¹ Sanierungsmassnahmen ergreifen muss,² den Richter zu benachrichtigen hat,³ konzerninterne Darlehen gewähren darf⁴ oder bei einer Fusion in den Anwendungsbereich der speziellen Bestimmungen über die Sanierungsfusion fällt und die entsprechenden Anforderungen erfüllen kann.⁵ Während den Organen im Allgemeinen aufgrund der Business Judgment Rule grosses Ermessen zugestanden wird,⁶ bestehen in den eben erwähnten Fällen relativ klare Handlungspflichten. Deren Beachtung ist zwar nicht frei von Ermessen,⁷ doch ist dieses erheblich eingeschränkt. Deswegen ist eine Verletzung solcher Handlungspflichten häufig Gegenstand von Verantwortlichkeitsklagen gegen die Leitungs-⁸ und Revisionsorgane.⁹

Das bilanzielle Eigenkapital ist die Differenz zwischen den in der Bilanz ausgewiesenen Aktiven und dem zu bilanzierenden Fremdkapital. Während manche Positionen der Aktiven und des Fremdkapitals rein mechanisch eruiert werden können, bedürfen andere einer Bewertung. Zur ersten Kategorie gehören etwa die flüssigen Mittel oder die verzinslichen Verbindlichkeiten. Demgegenüber müssen z.B. Forderungen, Vorräte, das Anlagevermögen oder Rückstellungen bewertet werden. Dabei haben die Leitungsorgane Ermessen auszuüben und Wertungen vorzunehmen. Somit ist die Höhe des Eigenkapitals bis zu einem gewissen Grad vom Ermessen der Leitungsorgane abhängig.

¹ Art. 675 Abs. 2 bzw. Art. 798 Abs. 1 OR.

² Art. 725 Abs. 1 bzw. Art. 820 Abs. 1 OR.

³ Art. 725 Abs. 2 bzw. Art. 820 Abs. 1 OR.

⁴ BGE 140 III 533.

⁵ Art. 6 FusG.

⁶ Vgl. dazu BGE 139 III 24, E. 3.2.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 12 N 59.

⁷ So handelt z.B. der Verwaltungsrat trotz des Wortlauts von Art. 725 Abs. 2 OR, wonach bei einer Überschuldung der Richter zu benachrichtigen ist, nicht unsorgfältig, wenn er unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und damit in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf (BGE 116 II 533, E. 5a); vgl. VON DER CRONE (Fn. 6), § 13 N 14 f.; YVES MAUCHLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SWZ 86 (2014), 227–239, *passim*.

⁸ Vgl. z.B. BGE 136 III 322 oder BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012. Gemäss VON DER CRONE (Fn. 6), § 13 N 7, liegt die praktische Bedeutung der Verpflichtung zum Ergreifen von Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 725 Abs. 1 OR näher bei derjenigen einer Ordnungsvorschrift als bei einer Verpflichtung.

⁹ Vgl. z.B. BGE 140 III 533 oder BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007.

II. Behandlung der Ereignisse nach dem Bilanzstichtag

1. Rückschau als Problem?

Die Bilanz ist grundsätzlich stichtagsbezogen, denn sie stellt die Vermögens- und Finanzierungslage des Unternehmens am Bilanzstichtag dar.¹⁰ Da die Bilanz in aller Regel nicht am Stichtag selber, sondern erst danach erstellt werden kann, verfügen die zuständigen Organe beim Erstellen und Prüfen der Bilanz systematisch über mehr Erkenntnisse, als sie am Stichtag hatten. So kann z.B. der Schuldner einer per Bilanzstichtag bestehenden Forderung im Nachhinein die Forderung bezahlt haben oder in Konkurs gefallen sein. Beides ändert die Sicht auf den Wert der Forderung und damit die Höhe des Eigenkapitals per Bilanzstichtag.

Die Kardinalfrage ist, wie mit Ereignissen nach dem Bilanzstichtag umzugehen ist. Bekanntermassen ist im Haftpflichtrecht eine Rückschau verpönt, da Sorgfalt und Verschulden aus einer Ex-ante-Perspektive zu beurteilen sind.¹¹ Deshalb wird in diesem Zusammenhang auch von *Rückschaulfehler* gesprochen.¹² Demgegenüber geht es bei der Erstellung einer Bilanz um das Eruiieren möglichst zuverlässiger Werte. Aus diesem Grund kann es nicht ohne weiteres ein Fehler sein, Ereignisse nach dem Bilanzstichtag zu berücksichtigen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine Rückschau in gewissen Situationen nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten.

2. Auffassung des Bundesgerichts

In seinem berühmt-berüchtigten Cash-Pool Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass für die Bestimmung des ausschüttbaren Kapitals einzig der Bilanzstichtag massgeblich sei und nachträgliche Entwicklungen insoweit unbeachtlich seien.¹³ Dieses höchstrichterliche Urteil kann kaum anders interpretiert werden, als dass die Leitungsorgane und die Revisionsstelle gegenüber Ereignissen nach dem Bilanzstichtag die Augen verschliessen müssen.¹⁴

¹⁰ Art. 959 Abs. 1 OR.

¹¹ BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 2.2.1; BGE 139 III 24, E. 3.2.

¹² Vgl. dazu VITO ROBERTO/KRISTOFFEL GRECHENIG, *Rückschaulfehler* («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 130 (2011) I, 5–26, *passim*.

¹³ BGE 140 III 533, E. 5.2.

¹⁴ LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, *Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen*, *Praktische Auswirkungen des Urteils BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014*, ST 3/2015, 131–136, 135.

Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung widerspricht in dieser Absolutheit nicht nur bewährter Praxis der Rechnungslegung,¹⁵ sondern auch dem klaren Wortlaut des Gesetzes: Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR verlangt nämlich, dass der Bilanzanhang Angaben zu wesentlichen Ereignissen nach dem Bilanzstichtag enthält, sofern diese nicht bereits aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ersichtlich sind. Aus dieser Bestimmung ergibt sich zweierlei: Erstens dürfen die Leitungsorgane und Revisionsstelle gegenüber Ereignissen nach dem Bilanzstichtag nicht blind sein. Und zweitens sind solche Ereignisse zumindest dann, wenn sie wesentlich sind, entweder im Anhang oder in der Bilanz bzw. Erfolgsrechnung zu berücksichtigen. Werden die nachträglichen Ereignisse in der Bilanz oder in der Erfolgsrechnung abgebildet, dann haben sie auch einen Einfluss auf das ausgewiesene Eigenkapital. Damit erweist sich die bundesgerichtliche Auffassung, dass nachträgliche Ereignisse für die Bestimmung des ausschüttbaren Kapitals nicht berücksichtigt werden dürfen, schlicht als falsch.

3. Behandlung im Gesetz

a) Definition

Wie bereits erwähnt, bestimmt das Gesetz, dass der Bilanzanhang Angaben zu wesentlichen Ereignissen nach dem Bilanzstichtag enthalten muss, sofern diese nicht bereits aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ersichtlich sind.¹⁶ Allerdings enthält das Gesetz keine Definition der Ereignisse nach dem Bilanzstichtag. Immerhin ergeben sich aber aus der Botschaft zum neuen Rechnungslegungsrecht Hinweise darauf, was darunter zu verstehen ist: Es soll sich dabei um positive oder negative Ereignisse handeln, die zwischen dem Bilanzstichtag und der Genehmigung der Jahresrechnung durch das zuständige Organ eingetreten sind.¹⁷

Eine fast gleichlautende Definition wie in der Botschaft ist im Swiss GAAP FER Rahmenkonzept zu finden. Danach sind Ereignisse nach dem Bilanzstichtag positive oder negative Ereignisse, «die sich zwischen dem Bilanzstichtag und dem Datum ereignen, an welchem die Jahresrechnung für die Bilanzerstellung vom zuständigen Organ genehmigt wird».¹⁸

¹⁵ Vgl. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2014 (zit. HWP), 296.

¹⁶ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR.

¹⁷ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBI 2008 1589 (zit. BOTSCHAFT), 1708.

¹⁸ SWISS GAAP FER Rahmenkonzept 2014 (zit. FER RAHMENKONZEPT), Rz. 28. Zur Formulierung vgl. hinten Fn. 48.

Sowohl die Definitionen in der Botschaft als auch im Swiss GAAP FER Rahmenkonzept lehnen sich an die Definition in IAS 10 an. Dieser Standard versteht unter Ereignissen nach dem Bilanzstichtag vorteilhafte oder nachteilige Ereignisse, die zwischen dem Bilanzstichtag und dem Tag eintreten, an dem der Abschluss zur Veröffentlichung genehmigt wird.¹⁹

b) Kategorisierung

Im Gesetz sucht man auch vergeblich nach einer ausdrücklichen Kategorisierung der Ereignisse nach dem Bilanzstichtag. Da aber Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR von *wesentlichen* Ereignissen spricht, unterscheidet es zumindest implizit zwischen wesentlichen und unwesentlichen Ereignissen nach dem Bilanzstichtag. Weiter geht das Gesetz offenbar davon aus, dass gewisse Ereignisse nach dem Bilanzstichtag in der Bilanz bzw. Erfolgsrechnung abgebildet werden können, während andere im Anhang zu erwähnen sind. Allerdings ergibt sich das nur aus dem einleitenden Satz von Art. 959c Abs. 2 OR und werden dazu keine näheren Angaben gemacht.

Anders als im Gesetz werden die Ereignisse nach dem Bilanzstichtag in der Botschaft zum neuen Rechnungslegungsrecht in zeitlicher und nicht in materieller Hinsicht kategorisiert: So ist gemäss Botschaft für die Behandlung von Ereignissen nach dem Bilanzstichtag relevant, ob deren Auslöser bereits am Bilanzstichtag gegeben war oder nicht; in diesem Fall sei darüber im Anhang zu informieren, in jenem seien die Ereignisse in der Jahresrechnung zu erfassen.²⁰

Der Ansatz der Botschaft ist offensichtlich dem Swiss GAAP FER Rahmenkonzept entnommen. Auch dieses unterscheidet zwischen Ereignissen, deren Auslöser bzw. Bedingungen bereits am Bilanzstichtag gegeben waren und solchen, deren auslösende Ursache erst nach dem Bilanzstichtag eingetreten ist.²¹ Und auch das Rahmenkonzept verlangt im ersten Fall eine Erfassung in der Jahresrechnung. Im zweiten Fall ist die Art des Ereignisses sowie eine Schätzung der finanziellen Auswirkungen im Anhang offenzulegen, sofern das Ereignis für die Urteilsbildung der Empfänger der Jahresrechnung wesentlich ist.²²

Auch bezüglich der Kategorisierung in zeitlicher Hinsicht lehnen sich die Botschaft und das Rahmenkonzept stark an IAS 10 an. Dieser Standard unterscheidet ebenfalls

¹⁹ International Financial Reporting Standards (IFRS) 2015, deutsch-englische Textausgabe der von der EU gebilligten Standards und Interpretationen, mit einem Geleitwort und einer Einstiegshilfe von Henning Zülch et al., 9. Aufl., Weinheim 2015 (zit. IAS), IAS 10.3.

²⁰ BOTSCHAFT (Fn. 17), 1708 f.

²¹ FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28 (diese Regelung war schon im FER Rahmenkonzept 2005 enthalten).

²² FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28.

zwischen berücksichtigungspflichtigen Ereignissen nach dem Abschlussstichtag und nicht zu berücksichtigenden Ereignissen.²³ Berücksichtigungspflichtig sind Ereignisse, die weitere substantielle Hinweise zu Gegebenheiten liefern, die bereits am Abschlussstichtag vorgelegen haben.²⁴ Diese Ereignisse sind im Abschluss abzubilden, indem die darin erfassten Beträge entsprechend angepasst werden.²⁵ Demgegenüber sind Ereignisse, die Gegebenheiten anzeigen, die nach dem Abschlussstichtag eingetreten sind, nicht berücksichtigungspflichtig.²⁶ Beim Eintritt solcher Ereignisse dürfen die im Abschluss erfassten Beträge nicht angepasst werden.²⁷

Diese Ausführungen zeigen, dass sowohl die anerkannten Standards zur Rechnungslegung als auch die Botschaft und das Gesetz davon ausgehen, dass gewisse Ereignisse nach dem Bilanzstichtag in der Jahresrechnung abzubilden sind. Es gilt nun im Folgenden, die zu berücksichtigenden und die nicht zu berücksichtigenden Ereignisse näher darzustellen.

4. Werterhellende Ereignisse

a) Erfassung in Bilanz und Erfolgsrechnung

Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, die in der Jahresrechnung zu berücksichtigen sind, sind solche, deren Auslöser bzw. Bedingungen bereits am Bilanzstichtag gegeben waren²⁸ bzw. die weitere substantielle Hinweise zu Gegebenheiten liefern, die bereits am Abschlussstichtag vorgelegen haben²⁹. Somit handelt es sich um Ereignisse, die am Bilanzstichtag bereits begründet waren, aber erst später bekannt werden. Sie werfen «neues Licht auf alte Tatsachen»³⁰ und werden auch als «wernerhellende Ereignisse»³¹ bezeichnet.

²³ IAS 10.3.

²⁴ IAS 10.3 lit. a.

²⁵ IAS 10.8.

²⁶ IAS 10.3 lit. b.

²⁷ IAS 10.10.

²⁸ So die BOTSCHAFT (Fn. 17), 1708 und das FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28; vgl. vorne II.3.b).

²⁹ So IAS 10; vgl. vorne II.3.b).

³⁰ PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 256.

³¹ Terminologie in Anlehnung an das österreichische Recht; vgl. GERD KONEZNY, Kommentierung von § 201 UGB, in: Torggler (Hrsg.), UGB Unternehmensgesetzbuch, Kommentar, Wien 2013, N 43. Ähnlich im dt. Recht (mit dem Begriff «wertaufhellend»); vgl. HANNO MERKT, Kommentierung von § 252 HGB, in: Hopt et al. (Hrsg.), Beck'sche Kurzkommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch: HGB, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Aufl., München 2014, N 8; NORBERT WINKELJOHANN/THOMAS BÜSSOW, Kom-

Werterhellende Ereignisse sind nach einhelliger Lehre in der Bilanz und Erfolgsrechnung abzubilden und zwar unabhängig davon, ob es sich um positive oder negative Ereignisse handelt.³² Damit haben sie einen direkten Einfluss auf die Höhe des in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapitals. Dies ist gerechtfertigt, da die Bilanz die Vermögens- und Finanzierungslage so darstellen soll, wie sie am Bilanzstichtag (unter Beachtung der Bewertungsvorschriften)³³ tatsächlich bestanden haben.³⁴ Weil es bei der Rechnungslegung nicht wie im Verantwortlichkeitsrecht um Schuld und Sühne geht und zudem die Bilanz immer aus einer Ex-post-Perspektive erstellt wird, ist eine Rückschau geradezu geboten.³⁵

Wenn das werterhellende Ereignis eine Angabe im Anhang betrifft (z.B. eine Eventualverbindlichkeit³⁶ oder der Gesamtbetrag der für Verbindlichkeiten Dritter bestellten Sicherheiten³⁷), dann sind die entsprechenden Angaben im Anhang anzupassen.³⁸

Zu den werterhellenden Ereignissen gehören z.B. der nach dem Bilanzstichtag über einen Schuldner einer nicht wertberichtigten Forderung eröffnete Konkurs, wenn der Schuldner schon vor dem Bilanzstichtag in finanziellen Schwierigkeiten steckte (mit dem Resultat, dass die Wertberichtigung noch gebucht werden muss),³⁹ die nach dem Bilanzstichtag erfolgende vollständige Rückzahlung eines im Wert berichtigten Darlehens (mit dem Resultat, dass die Wertberichtigung aufgelöst werden darf),⁴⁰ die Festlegung geschuldeter, erfolgsabhängiger Vergütungen,⁴¹ Entscheide in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, die vor dem Bilanzstichtag zu laufen begonnen haben,⁴² oder

mentierung von § 252 HGB, in: Ellrott et al. (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, München 2012, N 38.

³² BOTSCHAFT (Fn. 17), 1708; BÖCKLI (Fn. 30), N 256; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2012, N 508 f.; HWP (Fn. 15), 296; CHK-LORENZ LIPP, Ergänzungsband: Revidiertes Rechnungslegungsrecht 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, N 87 zu Art. 959c OR; FRANZ J. KESSLER, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014, N 91 zu Art. 959c OR; LUKAS GLANZMANN, in: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 25 N 107.

³³ Eine Bilanzierung nach den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung verhindert eine eigentliche *true and fair view*, da einerseits in der Regel keine Bewertung zu Marktpreisen erfolgt und andererseits stille Reserven zulässig sind; vgl. BOTSCHAFT (Fn. 17), 1625 f.; ULRIKE STEFANI, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014, N 5 zu Art. 959 OR.

³⁴ Art. 959 Abs. 1 OR.

³⁵ Vgl. dazu vorne II.1.

³⁶ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR.

³⁷ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 8 OR.

³⁸ GLANZMANN (Fn. 32), § 25 N 107.

³⁹ HWP (Fn. 15), 296; IAS 10.9(b)(i); LIPP (Fn. 32), N 87 zu Art. 959c OR.

⁴⁰ GLANZMANN/WOLF (Fn. 14), 135; a.M. BGer 4A_138/2014 vom 16. Oktober 2014, E. 5.2.

⁴¹ IAS 10.9(d).

⁴² HWP (Fn. 15), 296; IAS 10.9(a).

die Entdeckung eines Betrugs oder anderer Fehler, die zeigen, dass der Abschluss per Stichtag fehlerhaft war.⁴³

b) Relevanter Zeitpunkt

Es stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt werterhellende Ereignisse noch in der Jahresrechnung zu erfassen sind. Die Botschaft geht davon aus, dass dies der Zeitpunkt der Genehmigung durch das zuständige Organ sei.⁴⁴ Bei der Aktiengesellschaft und GmbH wäre dies der Genehmigungsbeschluss durch die General- bzw. die Gesellschafterversammlung.⁴⁵ Dieser Zeitpunkt scheint allerdings nicht praktikabel zu sein, weil der Geschäftsbericht bereits vorher den Aktionären zur Verfügung gestellt⁴⁶ bzw., bei Publikumsgesellschaften, publiziert werden muss.⁴⁷ Das Swiss GAAP FER Rahmenkonzept stellt deshalb richtigerweise auf den Zeitpunkt der Genehmigung der Jahresrechnung durch das für die Bilanzerstellung zuständige Organ ab,⁴⁸ also die Verabschiedung durch den Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer.⁴⁹

Bezüglich werterhellender Ereignisse, die nach der Verabschiedung des Geschäftsberichts durch das oberste Leitungsorgan eintreten bzw. bekannt werden, ist wie folgt zu unterscheiden:

Werden werterhellende Ereignisse vor dem Datum bekannt, an dem der Geschäftsbericht den Gesellschaftern bzw. dem Publikum zur Kenntnis gebracht wird, stellt sich für das oberste Leitungsorgan die Frage, ob die Jahresrechnung noch berichtigt werden soll.⁵⁰ Diese Frage ist insbesondere dann zu bejahen, wenn sich das werterhellende Ereignis wesentlich, negativ auf das Eigenkapital oder die Liquidität auswirkt.⁵¹ Falls sich das oberste Leitungsorgan zu einer Änderung des Abschlusses entscheidet, ist nach der Vornahme der erforderlichen Prüfungshandlungen auch der Revisionsbericht anzupassen.⁵² Sollte das oberste Leitungsorgan den Abschluss hingegen nicht ändern, dann kann es für einen daraus entstehenden Schaden verantwortlich werden. Zudem

⁴³ IAS 10.9(e).

⁴⁴ BOTSCHAFT (Fn. 17), 1708.

⁴⁵ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 bzw. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 OR.

⁴⁶ Art. 696 Abs. 1 OR.

⁴⁷ Art. 10 Abs. 1 RLR i.V.m. Art. 49 Kotierungsreglement SIX Exchange Regulation.

⁴⁸ FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28, wobei die Formulierung etwas verunglückt scheint: «[...] und dem Datum ereignen, an welchem die Jahresrechnung für die Bilanzerstellung vom zuständigen Organ genehmigt wird».

⁴⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 bzw. Art. 810 Abs. 2 Ziff. 5 OR.

⁵⁰ Gemäss IAS 10.5 i.V.m. 10.3. endet zu diesem Zeitpunkt erst die Aufstellungsfrist; Lüdenbach/Hoffmann/Freiberg (Hrsg.), Haufe IFRS-Kommentar, 12. Aufl., Freiburg/München 2014 (zit. HAUFE IFRS-Kommentar), § 4 N 12.

⁵¹ GLANZMANN (Fn. 32), § 25 N 109.

⁵² Treuhand Kammer, Schweizer Prüfungsstandards 560 (zit. PS 560), Rz. 11.

wird die Revisionsstelle angemessene Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass Dritte dem Revisionsbericht vertrauen.⁵³ Dazu gehört etwa, dass sie der Gesellschaft die Weitergabe des Revisionsberichts an Dritte untersagt.⁵⁴

Werterhellende Ereignisse, die nach der Veröffentlichung des Geschäftsberichts aber vor der Genehmigung durch die General- bzw. Gesellschafterversammlung bekannt werden, können in der bereits veröffentlichten Jahresrechnung selbstredend nicht mehr korrigiert werden. Dennoch stellt sich auch hier die Frage, wie das oberste Leitungsorgan zu verfahren hat, wenn diese Ereignisse eine wesentliche, negative Auswirkung auf das Eigenkapital oder die Liquidität der Gesellschaft haben. Falls sich das oberste Leitungsorgan entscheidet, die Jahresrechnung zu korrigieren, dann muss einerseits die Revisionsstelle nach Vornahme der erforderlichen Prüfungshandlungen den Revisionsbericht anpassen.⁵⁵ Andererseits muss das oberste Leitungsorgan sicherstellen, dass die korrigierte Version allen Empfängern der ursprünglichen Version des Geschäftsberichts zur Kenntnis gebracht wird.⁵⁶ Weiter kann es angezeigt sein, dass das oberste Leitungsorgan seinen Gewinnverwendungsantrag an die General- bzw. Gesellschafterversammlung⁵⁷ modifiziert, insbesondere die Dividende reduziert oder ganz darauf verzichtet. Sollte das oberste Leitungsorgan keine derartigen Anpassungen vornehmen, dann kann es für einen daraus entstehenden Schaden verantwortlich werden. Zudem wird die Revisionsstelle wiederum angemessene Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass Dritte dem Revisionsbericht vertrauen.⁵⁸ Eine solche Massnahme kann unter anderem darin bestehen, dass die Revisionsstelle anlässlich der Generalversammlung⁵⁹ auf diese Versäumnisse hinweist.⁶⁰ Sollte die Revisionsstelle anlässlich der Generalversammlung gar ihren Bericht zurückziehen, dann dürfte die Beschlussfassung über die Jahresrechnung und die Gewinnverwendung gestützt auf Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR nichtig sein.

Wenn die werterhellenden Ereignisse erst nach der Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung eintreten oder bekannt werden, dann stellt sich insbesondere die Frage, ob eine beschlossene Dividende unbesehen ausbezahlt werden darf. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies nicht der Fall, sofern die werterhellenden Ereignisse eine wesentliche, negative Auswirkung auf das Eigenkapital oder die Liqui-

⁵³ PS 560 (Fn. 52), Rz. 13(b).

⁵⁴ PS 560 (Fn. 52), Rz. 13(b).

⁵⁵ PS 560 (Fn. 52), Rz. 15.

⁵⁶ PS 560 (Fn. 52), Rz. 15(b).

⁵⁷ Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁵⁸ PS 560 (Fn. 52), Rz. 17.

⁵⁹ Nach Art. 731 Abs. 2 OR muss die Revisionsstelle von Gesellschaften, die eine ordentliche Revision durchführen, an der Generalversammlung anwesend sein, sofern die Generalversammlung nicht durch einstimmigen Beschluss auf deren Anwesenheit verzichtet.

⁶⁰ PS 560 (Fn. 52), Rz. 17-1.

dität der Gesellschaft haben und die Dividende unter Berücksichtigung dieser Ereignisse nicht mehr hätte in gleicher Höhe beschlossen werden dürfen. Die Durchsetzung der Dividendenforderung der Anteilseigner muss in dieser Situation hinter die Interessen der übrigen Gläubiger und deren Schutz zurücktreten.⁶¹

5. Wertbeeinflussende Ereignisse

Von den werterhellenden Ereignissen zu unterscheiden sind jene Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, deren Ursache am Bilanzstichtag noch nicht bestand. Diese sog. «wertbeeinflussenden Ereignisse»⁶² sind nicht in der Bilanz oder Erfolgsrechnung abzubilden, da sie am Bilanzstichtag eben gerade noch nicht begründet waren. Dazu gehören z.B. die Zerstörung einer wichtigen Produktionsanlage nach dem Bilanzstichtag,⁶³ ungewöhnlich grosse Änderungen in Preisen oder Wechselkursen⁶⁴ (wie z.B. die Aufhebung des Euro-Mindestkurses)⁶⁵, die Verhängung eines Embargos nach dem Bilanzstichtag, das einen wichtigen Markt der Gesellschaft trifft,⁶⁶ die Akquisition oder Veräusserung von Beteiligungen oder wesentlichen Vermögenswerten nach dem Bilanzstichtag,⁶⁷ sowie das Einleiten von Rechtsstreitigkeiten aufgrund von nach dem Bilanzstichtag eingetretenen Ereignissen.⁶⁸

Die wertbeeinflussenden Ereignisse sind für die Rechnungslegung nicht irrelevant, denn auch sie können die Verhältnisse per Bilanzstichtag in einem anderen Licht erscheinen lassen. Es ist zudem möglich, dass solche Ereignisse einen wesentlichen, negativen Einfluss auf das Eigenkapital oder die Liquidität der Gesellschaft haben. Um zu verhindern, dass ein Adressat des Geschäftsberichts aufgrund der Zahlen per Bilanzstichtag Entscheidungen trifft, die er bei Kenntnis der wertbeeinflussenden Ereignisse nicht getroffen hätte,⁶⁹ sind diese transparent darzustellen, sofern sie wesentlich sind. Genau dies verlangen sowohl die anerkannten Standards zur Rechnungslegung,⁷⁰ als auch das Rechnungslegungsrecht.⁷¹

Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR verlangt eine Offenlegung wertbeeinflussender Ereignisse, sofern sie «wesentlich» sind. Da es sich bei den wertbeeinflussenden Ereignissen

⁶¹ Ähnlich BSK OR II-VOGT, 5. Aufl., Basel 2016, N 24 zu Art. 675.

⁶² Zur Terminologie vgl. vorne Fn. 31.

⁶³ HWP (Fn. 15), 296; IAS 10.22(d).

⁶⁴ HWP (Fn. 15), 297; IAS 10.22(g).

⁶⁵ Vgl. Positionspapier der Treuhand-Kammer vom 28. Januar 2015: Behandlung Aufhebung Euro-Mindestkurs für Jahresabschlüsse 2014 (zit. POSITIONSPAPIER).

⁶⁶ GLANZMANN (Fn. 32), § 25 N 108.

⁶⁷ IAS 10.22(a) und (c).

⁶⁸ IAS 10.22(j); LIPP (Fn. 32), N 86 zu Art. 959c OR.

⁶⁹ IAS 10.21.

⁷⁰ Vgl. FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28 und IAS 10.21.

⁷¹ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR.

um periodenfremde Ereignisse handelt, kann nicht eine Wesentlichkeit im Sinne der Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung⁷² gemeint sein. Vielmehr liegt aufgrund des Zwecks dieser Offenlegung Wesentlichkeit erst dann vor, wenn ein wertbeeinflussendes Ereignis eine wesentliche Auswirkung auf das Eigenkapital oder die Liquidität des Unternehmens hat.⁷³

Die Offenlegung wertbeeinflussender Ereignisse erfolgt im Anhang. Die Angaben umfassen die Art des Ereignisses sowie eine Schätzung deren finanziellen Auswirkungen. Ist eine solche Schätzung nicht möglich, dann ist im Anhang eine entsprechende Feststellung zu machen.⁷⁴

Auch bei den wertbeeinflussenden Ereignissen gilt, dass sowohl positive als auch negative Ereignisse zu erfassen sind.⁷⁵ Allerdings dürfte das Interesse, dass negative wertbeeinflussende Ereignisse offengelegt werden, um ein Vielfaches grösser sein als bei positiven Ereignissen; eine Unterlassung der Offenlegung positiver Ereignisse dürfte kaum einschneidende Rechtsfolgen haben.

Bezüglich der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt ein wertbeeinflussendes Ereignis eintreten bzw. bekannt werden muss, damit es noch im Anhang offenzulegen ist, kann auf die analogen Ausführungen zur Erfassung von werterhellenden Ereignissen verwiesen werden.⁷⁶

Wertbeeinflussende Ereignisse nach dem Bilanzstichtag haben keinen direkten Einfluss auf das Eigenkapital per Bilanzstichtag. Dennoch sind sie nicht unbeachtlich. Insbesondere darf eine Gesellschaft nach Eintritt eines wertbeeinflussenden Ereignisses, welches das Eigenkapital der Gesellschaft wesentlich vermindert, nicht einfach das per Bilanzstichtag ausgewiesene freie Eigenkapital als Dividende ausschütten. Vielmehr muss sie sich vergewissern, ob das in der Bilanz ausgewiesene freie Eigenkapital noch vorhanden ist und allenfalls muss sie die Dividende entsprechend reduzieren.⁷⁷ Gleiches gilt für konzerninterne Darlehen mit Ausschüttungscharakter.⁷⁸ In diesem Punkt unterscheiden sich wesentliche wertbeeinflussende Ereignisse von unwesentlichen Ereignissen, wie z.B. geringen Verlusten im gewöhnlichen Geschäftsverlauf; während diese hinzunehmen sind, muss die Gesellschaft bei jenen aktiv werden. Sollten solche wesentlichen Ereignisse allzu drastisch sein, enthält das Gesetz in Art. 725 und

⁷² Art. 958c Abs. 1 Ziff. 4 OR.

⁷³ GLANZMANN (Fn. 32), § 25 N 108.

⁷⁴ HWP (Fn. 15), 296; FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 28; IAS 10.21.

⁷⁵ KESSLER (Fn. 32), N 90 zu Art. 959c OR; BOTSCHAFT (Fn. 17), 1708.

⁷⁶ Vgl. vorne II.4.b).

⁷⁷ G.M. wohl POSITIONSPAPIER (Fn. 65); BÖCKLI (Fn. 30), N 124–127; BSK OR II-VOGT (Fn. 61), N 24 zu Art. 675.

⁷⁸ GLANZMANN/WOLF (Fn. 14), 135.

Art. 820 OR sogar besondere Handlungsanweisungen an die obersten Leitungsorgane: Bei Eintritt eines Kapitalverlusts müssen sie Sanierungsmassnahmen ergreifen,⁷⁹ bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen und – bei gegebenen Voraussetzungen – den Richter benachrichtigen.⁸⁰

6. Illiquidität und Sanierungsmassnahmen im Besonderen

a) Bevorstehende Illiquidität

Ein besonderes Ereignis nach dem Bilanzstichtag ist der Liquiditätsmangel. Dieser kann z.B. aufgrund einer Kündigung von Krediten eintreten. Die Relevanz für die Rechnungslegung ergibt sich dadurch, dass der Rechnungslegung Veräusserungswerte zugrunde zu legen sind, wenn die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag «voraussichtlich nicht abwendbar» ist.⁸¹ Die Einstellung der Geschäftstätigkeit ist namentlich dann nicht abwendbar, wenn die Gesellschaft über zu wenig Liquidität für die Fortführung ihres Geschäfts verfügt.

Die Fortführungsprognose darf aufgrund eines bevorstehenden Liquiditätsmangels nicht mehr positiv sein, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Liquidität für die Fortführung der Geschäftstätigkeit wahrscheinlich nicht ausreicht.⁸² Dies ist erst dann der Fall, wenn die Gesellschaft von einer eigentlichen Illiquidität bedroht ist.⁸³ Hingegen ist ein einfacher Liquiditätsengpass, bei dem nicht alle Gläubigerforderungen bei Fälligkeit befriedigt werden können, für sich alleine noch kein Grund, die Fortführungsfähigkeit zu verneinen.⁸⁴ Noch viel weniger ist erforderlich, dass die Liquidität für die zwölf Monate ab Bilanzstichtag gesichert ist.⁸⁵ Wenn ein Kredit erst nach einer

⁷⁹ Art. 725 Abs. 1 OR; so die h.L., obwohl dies nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext hervorgeht; vgl. die Nachweise bei LUKAS GLANZMANN, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz et al. (Hrsg), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, Fn. 137; VON DER CRONE (Fn. 6), § 13 N 5.

⁸⁰ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁸¹ Art. 958a Abs. 2 Satz 1 OR.

⁸² BOTSCHAFT (Fn. 17), 1700. Gl.M. LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014, N 8 zu Art. 958a OR; LIPP (Fn. 32), N 5–7 zu Art. 958a OR. Einen höheren Standard verlangt das FER RAHMENKONZEPT (Fn. 18), Rz. 6, wonach die Fortführungsfähigkeit zu verneinen ist, falls die Auflösung «mit hoher Wahrscheinlichkeit» nicht abgewendet werden kann. Einen tieferen Standard vertreten dagegen GIORGIO BEHR/PETER LEIBFRIED, Rechnungslegung, 4. Aufl., Zürich 2014, 75, nach denen die Fortführungsfähigkeit nur so lange ohne weiteres angenommen werden darf, als dass keinerlei Anzeichen dafür bestehen, dass die Unternehmensfortführung bis zur Vorlage des nächsten Jahresabschlusses gefährdet ist.

⁸³ BÖCKLI (Fn. 30), N 126.

⁸⁴ BÖCKLI (Fn. 30), N 126.

⁸⁵ BOTSCHAFT (Fn. 17), 1700.

Periode von über zwölf Monaten nach dem Bilanzstichtag fällig wird, ist dessen Refinanzierung im Rahmen der Fortführungsprognose grundsätzlich noch nicht zu erörtern.

Eine innert Jahresfrist ab Bilanzstichtag bevorstehende Illiquidität ist in der Jahresrechnung abzubilden: Die Jahresrechnung darf aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung schon per Stichtag nicht mehr zu Fortführungswerten erstellt werden, sondern ist auf Veräusserungswerte umzustellen.⁸⁶ Erfahrungsgemäss wird dadurch das Eigenkapital wesentlich reduziert, da nicht nur die Aktiven an Wert verlieren, sondern auch Rückstellungen für die mit der Einstellung der Geschäftstätigkeit verbundenen Aufwendungen zu bilden sind.⁸⁷ In den meisten Fällen dürfte diese Umstellung zu einer Überschuldung führen, wodurch die entsprechenden Handlungspflichten des obersten Leitungsorgans ausgelöst werden.⁸⁸

Eine andere Frage ist, wie das oberste Leitungsorgan mit der Tatsache umzugehen hat, wenn nach Erstellung der Jahresrechnung klare Anzeichen einer drohenden Illiquidität erkennbar sind. Ist das oberste Leitungsorgan verpflichtet, so zu sagen auf einer rollierenden Basis die Frage nach der Fortführungsprognose zu stellen? Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Liquidität stets im Auge zu behalten und zwar aus folgenden Überlegungen:⁸⁹ Das oberste Leitungsorgan ist verpflichtet, bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz zu erstellen und zwar zu Fortführungs- und Veräusserungswerten.⁹⁰ Die Fortführungswerte sind jedoch nur solange zulässig, als die Fortführungsprognose positiv ist,⁹¹ was bei einer drohenden Illiquidität gerade nicht mehr der Fall ist. Da eine Bilanzierung zu Veräusserungswerten erfahrungsgemäss häufig zu einer Überschuldung führt, muss das oberste Leitungsorgan beim Eintritt von Ereignissen, aufgrund derer die Illiquidität der Gesellschaft wahrscheinlich ist, in der

⁸⁶ Art. 958a Abs. 2 Satz 1 OR. HWP (Fn. 15), 296; BÖCKLI (Fn. 30), N 266.

⁸⁷ Art. 958a Abs. 2 Satz 2 OR. Vgl. dazu GLANZMANN (Fn. 79), 256; BÖCKLI (Fn. 30), N 130; VON DER CRONE (Fn. 6), § 13 N 11.

⁸⁸ Vgl. Art. 725 Abs. 2 und Art. 820 Abs. 1 OR.

⁸⁹ So schon LUKAS GLANZMANN/MARKUS WOLF, Sanierung von Tochtergesellschaften, in: SJZ 110 (2014), 1–11, 8 f. Gl.M. der Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision vom 28. November 2014 (zit. VORENTWURF), abrufbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>>, der in Art. 725 VE-OR einen eigenen Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit enthält. Da das Schicksal dieses Vorentwurfs im Allgemeinen und des Tatbestands der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Speziellen im heutigen Zeitpunkt unklar ist, wird hier nicht näher darauf eingegangen; vgl. dazu aber LUKAS GLANZMANN, Vernehmlassung zur Revision des Aktienrechts, 13. März 2015, abrufbar unter: <https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiQxuDSHy7NAhViJsAKHW_fCHwQFggcMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.bj.admin.ch%2Fdam%2Fdata%2Fbj%2Fwirtschaft%2Fgesetzgebung%2Faktienrechtsrevision14%2Fstgn-weitere-tn-3.pdf&usq=AFQjCNFtbUuzkMYjTSD3PldvrbElyAVIQ&bvm=bv.123664746,d.ZGg>.

⁹⁰ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁹¹ Art. 958a Abs. 2 Satz 1 OR.

Regel eine begründete Besorgnis einer Überschuldung haben. Diese löst ihrerseits die Handlungspflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR aus.⁹² Dies scheint auch gerechtfertigt zu sein, denn es ist kein Interesse ersichtlich, weshalb eine Gesellschaft mit den entsprechenden Handlungen bis zur Erstellung der Jahresrechnung zuwarten soll, wenn z.B. im August klare Anzeichen vorliegen, dass im März des Folgejahres wahrscheinlich die Illiquidität eintritt. Selbstredend gilt aber auch hier der strenge Massstab bezüglich der Verneinung der Fortführungsprognose; die Unsicherheit über den Erfolg einer bevorstehenden Refinanzierung ist ebenso wenig ein Grund, eine positive Fortführungsprognose zu verneinen, wie ein sich abzeichnender Liquiditätsengpass.⁹³

b) Sanierungsmassnahmen

Ebenfalls von Relevanz sind etwaige nach dem Bilanzstichtag vereinbarte Sanierungsmassnahmen, wie z.B. ein Forderungsverzicht, ein Rangrücktritt oder ein Zuschuss in die Reserven. Leider werden solche Sanierungsmassnahmen nicht selten erst dann in Erwägung gezogen, wenn die Abschlusszahlen eine entsprechende Notwendigkeit offenbaren. In diesen Fällen sind entsprechende Vereinbarungen deshalb nicht ein blosses Formalisieren eines bereits am Bilanzstichtag vorhandenen Willens, sondern eigentliche wertbeeinflussende Ereignisse nach dem Bilanzstichtag. Damit stellt sich die Frage, ob solche Sanierungsmassnahmen in der Bilanz selber berücksichtigt werden dürfen oder nur im Anhang offenzulegen sind. Die Beantwortung dieser Frage ist von grosser Bedeutung, denn sie kann darüber entscheiden, ob die Gesellschaft in ihrer Bilanz ein negatives Eigenkapital ausweisen muss, d.h. per Bilanzstichtag als überschuldet gilt.

Selbstredend darf eine nach dem Bilanzstichtag vereinbarte Sanierungsmassnahme nur dann in der Bilanz selber berücksichtigt werden, wenn das entsprechende Geschäft per Bilanzstichtag wirksam wird, d.h., eine Rückwirkungsklausel enthält.⁹⁴ Eine Rückwirkung kann bei einem Rangrücktritt oder Forderungsverzicht ohne weiteres vereinbart werden; sofern seit dem Bilanzstichtag Zinsen oder Amortisationen bezahlt worden sind, müssten diese allerdings als Folge davon zurückbezahlt werden.⁹⁵ Ein derartiger

⁹² Vgl. VON DER CRONE (Fn. 6), § 13 N 9.

⁹³ Auch nach dem VORENTWURF (Fn. 89) begründet die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu bezahlen, noch keine Zahlungsunfähigkeit; vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, abrufbar unter: <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html>>, 138.

⁹⁴ HWP (Fn. 15), 297; davon zu unterscheiden ist eine Rückdatierung der Vereinbarung, was tunlichst zu unterlassen ist, da dies den objektiven Tatbestand einer Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB erfüllen dürfte (BGE 129 IV 130, E. 2.3, 3.2 und 3.3).

⁹⁵ Bezüglich der Zinsen gilt dies beim Rangrücktritt nur, wenn die Vereinbarung auch eine Zinsstundung enthält; vgl. dazu LUKAS GLANZMANN, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Kunz et al. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, 211–258, 255.

Rangrücktritt oder Forderungsverzicht darf nach der hier vertretenen Meinung in der Bilanz selber berücksichtigt werden, da die Forderung per Bilanzstichtag modifiziert wird.⁹⁶

Ewas anders ist die Rechtslage, wenn die Sanierungsmassnahme nicht eine Entlastung von Verbindlichkeiten bewirkt, sondern einen Zufluss an Vermögenswerten. Eine Berücksichtigung in der Bilanz selber kann auch hier nur in Frage kommen, wenn der Mittelzufluss spätestens per Bilanzstichtag valuiert wird. Das ist in der Regel nur bei einer rückwirkenden Übertragung von obligatorischen Rechten mittels Zuschuss in die Reserven möglich, nicht jedoch wenn Bargeld⁹⁷ oder dingliche Rechte eingelegt werden⁹⁸ oder die Werte mittels einer Kapitalerhöhung⁹⁹ zufließen. Daneben ist aber die restriktive Bilanzierungsregel für Vermögenswerte zu beachten: Vermögenswerte dürfen nur dann in die Bilanz aufgenommen werden, wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann.¹⁰⁰ Vermögenswerte, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, dürfen gemäss ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes nicht aktiviert werden.¹⁰¹ Mit dieser Bestimmung sollen blosse zukünftige Erwartungen oder Absichten von einer Aktivierung ausgeschlossen werden.¹⁰² Es stellt sich nun die Frage, ob ein Zuschuss, der nach dem Bilanzstichtag erbracht wird, diese Voraussetzung erfüllt, wenn er rückwirkend auf den Bilanzstichtag valuiert wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu bejahen, da mit der Rückwirkungsklausel die Gesellschaft rechtlich gerade so gestellt werden soll, wie wenn das Geschäft vor dem Bilanzstichtag erfolgt wäre. Nach der Rechtswirksamkeit des Zuschusses liegt somit nicht mehr bloss eine zukünftige Erwartung oder Absicht vor. Damit ist aus rechtlicher Sicht die Voraussetzung, dass die Gesellschaft per Bilanzstichtag über den Vermögenswert verfügen kann, erfüllt, weshalb solche Zuschüsse aktiviert werden dürfen.¹⁰³

⁹⁶ Gl.M. HWP (Fn. 15), 297 und implizit wohl auch 258 (IV.2.33.3.6). BÖCKLI (Fn. 30), N 268–270, verlangt keine Rückwirkung, stellt dafür aber darauf ab, ob das Geschäft am Bilanzstichtag schon geplant war. Ähnlich auch HAUFE IFRS-Kommentar (Fn. 50), § 4 N 43 (für IFRS). Gegen eine Berücksichtigung (unter IFRS): HANS-JÜRGEN KIRSCH/PETER KOELEN, IAS 10 – Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, in: Hennrichs/Kleindieck/Watrin (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, München 2009, N 41 zu IAS 10.

⁹⁷ Dies bedingte bei einer Zahlung mittels Banküberweisung auch die Mitwirkung der Bank; HWP (Fn. 15), 297.

⁹⁸ Dies gilt jedenfalls dann, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft nach dem Bilanzstichtag abgeschlossen wird.

⁹⁹ Dies zumindest dann, wenn die Kapitalerhöhung erst nach dem Bilanzstichtag beschlossen wird.

¹⁰⁰ Art. 959 Abs. 2 Satz 1 OR.

¹⁰¹ Art. 959 Abs. 2 Satz 2 OR.

¹⁰² LIPP (Fn. 32), N 10–24 zu Art. 959 OR.

¹⁰³ Gl.M. HWP (Fn. 15), 297; KARL RENGGLI/RAPHAEL KISSLING/RICO A. CAMPONOVO, Die eingeschränkte Revision, 2. Aufl., Zürich 2015, 414. A.M. BÖCKLI (Fn. 30), N 259 und 273; STEFANI (Fn. 33), N 26 zu Art. 959 OR; HAUFE IFRS-Kommentar (Fn. 50), § 4 N 43 (für IFRS).

Soweit Sanierungsmassnahmen nicht in der Bilanz selber erfasst werden, sind sie als wesentliche Ereignisse nach dem Bilanzstichtag im Anhang offenzulegen.¹⁰⁴ In diesem Fall hat die Sanierungsmassnahme keinen Einfluss auf das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital,¹⁰⁵ was den Interessen der Gesellschaft konträr entgegenstehen kann. Zwar wird eine etwaige Überschuldung durch einen nicht in der Bilanz berücksichtigten Forderungsverzicht ebenfalls geheilt und ein Rangrücktritt entbindet auch so von der Pflicht, den Richter zu benachrichtigen. Ebenfalls kann eine solche Gesellschaft im Nachhinein nicht mehr als überschuldet im Sinne von Art. 287 SchKG gelten. Dennoch ist es für die Gesellschaft vorteilhafter, wenn die Bilanz selber keine Überschuldung ausweist und dies nicht erst aus dem Anhang erschlossen werden muss. Dies kann z.B. bei der Beurteilung von Financial Covenants in Finanzierungsverträgen relevant sein, denn häufig liegt ein ausserordentlicher Kündigungsgrund vor, wenn die Bilanz eine Überschuldung aufweist. Aus all diesen Gründen besteht ein erhebliches Interesse, dass eine Sanierungsmassnahme in der Bilanz selber abgebildet werden kann.

III. Fazit

Die voranstehenden Ausführungen zeigen, dass Ereignisse nach dem Bilanzstichtag bei der Erstellung der Jahresrechnung eine bedeutende Funktion haben. Werterhellende Ereignisse sind in der Jahresrechnung abzubilden und wertbeeinflussende Ereignisse müssen, sofern sie wesentlich sind, im Anhang offengelegt werden. Anders als im Verantwortlichkeitsrecht ist dieses Vorgehen nicht ein verpönter Rückschafehler, sondern geradezu geboten. Werden die entsprechenden Anpassungen in der Jahresrechnung unterlassen, dann wird unter Umständen das Eigenkapital zu hoch ausgewiesen, was zu einer Verantwortlichkeit des obersten Leitungsorgans und der Revisionsstelle führen kann. Das oberste Leitungsorgan ist jedoch selbst nach Genehmigung der Jahresrechnung gehalten, Ereignissen nach dem Bilanzstichtag Beachtung zu schenken; dies zumindest dann, wenn sie eine wesentliche, negative Auswirkung auf das Eigenkapital oder die Liquidität haben. Das oberste Leitungsorgan ist deshalb verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihm solche Ereignisse auch während des Geschäftsjahres zur Kenntnis gebracht werden.

¹⁰⁴ Art. 959c Abs. 2 Ziff. 13 OR; vgl. vorne II.5.

¹⁰⁵ Zu berücksichtigen ist, dass ein Rangrücktritt ohnehin keine Erhöhung des Eigenkapitals bewirkt, sondern nur von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters entbindet; vgl. LUKAS GLANZMANN, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 1|2007, 6–23, 13 f.