

# Der Konzern im neuen Rechnungslegungsrecht

Von Lukas Glanzmann\*

*As of January 1<sup>st</sup>, 2016 the new Swiss financial reporting law is fully applicable to groups of companies, leading to a more thorough regulation of their reporting rules. This foremost brings fundamental changes with regard to the preparation of consolidated annual accounts. Basis thereof is, that the duty to provide such accounts is no longer tied to the requirement of «common management» (Leitungsprinzip) but requires control of one or multiple accountable companies (Kontroll-*

*prinzip). The new laws however also affect group companies in their preparation of individual financial statements. Both these aspects are dealt with in the course of this article, that provides an overview and discusses the new legal situation for affiliated groups. It is concluded, that even though the reporting duties are now regulated in more detail, many provisions are unclear and leave room for interpretations, which is regrettable.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Konzern im Einzelabschluss
  - 1. Beteiligungen
  - 2. Gesellschafter
  - 3. Konzerninterne Forderungen und Verbindlichkeiten
- III. Konzernrechnung
  - 1. Konsolidierungspflicht
  - 2. Subjekt der Konsolidierungspflicht
  - 3. Konsolidierungskreis
  - 4. Anwendbarer Rechnungslegungsstandard
  - 5. Prüfung, Genehmigung und Offenlegung
  - 6. Erleichterungen bei Vorliegen einer Konzernrechnung
- IV. Schlussbemerkungen

## I. Einleitung

Das Rechnungslegungsrecht hat sich als eines der ersten Rechtsgebiete des Konzerns angenommen. In der Schweiz machte den Auftakt dazu im Jahre 1975 ein Urteil des Bundesgerichts.<sup>1</sup> Dieses kam in einem Verantwortlichkeitsprozess gegen eine Revisionsstelle zum Schluss, dass die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung immer dann bestehe, «wenn die Kontrollstelle ohne eine solche Bilanz ihre Aufgabe nicht erfüllen kann».<sup>2</sup> Erst recht musste dies für den Verwaltungsrat gelten, wenn dieser ohne Konzernrechnung seine Führungsfunktionen nicht sorgfältig wahrnehmen konnte.<sup>3</sup>

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision 1991 wurde mit den damaligen Art. 663e–663g aOR die Konzernrechnung im Aktienrecht verankert. Da die konsolidierte Jahresrechnung den gleichen Offenlegungsvorschriften unterstellt wurde wie ein Einzelabschluss,<sup>4</sup> war sie nicht mehr als blosses internes Führungsinstrument konzipiert, sondern begründete eine eigentliche Konzerntransparenz. Daneben wurden auch im Einzelabschluss konzernspezifische Angaben verlangt.

Im neuen Rechnungslegungsrecht wird der Konzern nochmals eingehender geregelt. Im Folgenden gilt es, diese neuen Bestimmungen darzustellen. Dabei werden aufgrund der Relevanz in der Schweizer

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der Autor dankt BLaw *Mirko Stiefel* für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegen genommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

<sup>1</sup> BGer vom 11. November 1975 betr. IBZ Finanz AG, ST 9/1976 24 (zit. IBZ-Fall).

<sup>2</sup> IBZ-Fall (Fn. 1), E. 3c.

<sup>3</sup> *Lukas Glanzmann*, in: Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl. Zürich 2015, § 25 N 189.

<sup>4</sup> Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5, Art. 696 Abs. 1 und 3, Art. 697 aOR.

Konzernpraxis in der Regel nur die Gesellschaftsformen der AG und GmbH besprochen.

## II. Der Konzern im Einzelabschluss

### 1. Beteiligungen

#### a) Offenlegung in der Bilanz

Nach Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. b OR müssen Beteiligungen in der Bilanz des Einzelabschlusses unter dem Anlagevermögen ausgewiesen werden. Als Beteiligungen gelten Anteile am Kapital eines anderen Unternehmens, die langfristig gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln (Art. 960d OR). Der massgebliche Einfluss wird vermutet, wenn die Anteile mindestens 20% der Stimmrechte gewähren. Diese Definition entspricht im Wesentlichen jener des bisherigen Rechts.<sup>5</sup>

Die Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen im Einzelabschluss knüpft nicht an die gleichen Tatbestandselemente an wie die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung.<sup>6</sup> Während jene einen durch die Anteile vermittelten massgeblichen Einfluss verlangt, erfordert diese eine Kontrolle.<sup>7</sup> Weil Anteile, die einen massgeblichen Einfluss vermitteln, noch keine Kontrolle begründen müssen,<sup>8</sup> können sie auch dann als Beteiligung offenlegungspflichtig sein, wenn die Obergesellschaft nicht konsolidierungspflichtig ist. Andererseits wird beim Vorliegen einer Kontrolle wohl immer ein massgeblicher Einfluss vermittelt werden. Deshalb sind beim Bestehen einer Konsolidierungspflicht die betreffenden Anteile regelmässig als Beteiligung zu bilanzieren.

#### b) Offenlegung im Anhang

Beteiligungen sind nicht nur in der Bilanz, sondern auch im Anhang auszuweisen. Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 OR verlangt, dass Firma, Rechtsform und Sitz der Unternehmen, an denen direkte oder wesentliche indirekte Beteiligungen bestehen, unter Angabe des Kapital- und des Stimmenanteils im Anhang aufzuführen sind, sofern diese nicht bereits aus der Bilanz oder der Erfolgsrechnung ersichtlich sind.

Anders als in der Bilanz sind die direkten Beteiligungen im Anhang immer einzeln aufzuführen. Im Gegensatz zum bisherigen Recht ist eine Beschränkung auf Beteiligungen, die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich sind,<sup>9</sup> nicht zulässig.<sup>10</sup>

Während in der Bilanz selbstredend nur direkte Beteiligungen ausgewiesen werden, sind im Anhang auch die wesentlichen indirekten Beteiligungen aufzuführen (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Indirekte Beteiligungen sind Beteiligungen, die von einem Unternehmen gehalten werden, an welchem die Gesellschaft selber eine direkte oder indirekte Beteiligung hält.<sup>11</sup> Relevant sind also nur Beteiligungen, die von einer Tochter- oder weiteren Untergesellschaft (also *downstream*) gehalten werden.<sup>12</sup> Für die Wesentlichkeit einer indirekten Beteiligung ist an die Offenlegungspflicht unter bisherigem Recht anzuknüpfen; damit kommt es nicht primär auf die Grösse der Beteiligung an, sondern darauf, ob sie für die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich ist.<sup>13</sup> Auch eine kleine Gesellschaft kann einen wesentlichen Einfluss auf die Vermögens- und Ertragslage haben, z.B. wenn sie einen hohen Sanierungsbe-

<sup>5</sup> Vgl. Art. 665a Abs. 2 und 3 aOR. Gemäss Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589, 1713, sollte die Bestimmung aus dem geltenden Aktienrecht übernommen werden.

<sup>6</sup> Zur Konsolidierungspflicht vgl. hinten III.1.

<sup>7</sup> Zum Begriff der Kontrolle vgl. hinten III.1.a) und III.1.b).

<sup>8</sup> Lorenz Lipp, Kommentar zu 662–663b, 663d–670, 957–963b OR, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Ergänzungsband: Revidiertes Rechnungslegungsrecht 2013, Zürich 2013, OR 960d N 17.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 663b Ziff. 7 aOR.

<sup>10</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959c N 47.

<sup>11</sup> Peter Böckli, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 714; Robert Gutsche, Kommentar zu Art. 959a OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler, (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 959a N 176.

<sup>12</sup> Franz J. Kessler, Kommentar zu Art. 959c, 961, 961a OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 959c N 55.

<sup>13</sup> Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, SPR VIII/9, Basel 2013, N 486; Lipp (Fn. 8), OR 959c N 47, Kessler (Fn. 12), OR 959c N 56.

darf aufweist und wegen des Konzerninteresses nicht fallen gelassen werden kann.<sup>14</sup>

Die Offenlegung im Anhang kann unterlassen werden, soweit die Angaben bereits aus der Bilanz- oder Erfolgsrechnung ersichtlich sind (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 OR). Dies dürfte bei Beteiligungen allerdings selten der Fall sein.

## 2. Gesellschafter

Das Pendant zur Offenlegung von Beteiligungen ist die Offenlegung der Gesellschafter. Während diese bei der GmbH ins Handelsregister einzutragen sind (Art. 791 Abs. 1 OR), wurde die Anonymität der Aktionäre erst in der Aktienrechtsrevision 1991 teilweise aufgehoben. Nach Art. 663c Abs. 1 OR müssen börsennotierte Gesellschaften im Bilanzanhang die bedeutenden Aktionäre und deren Beteiligung offenlegen, sofern sie der Gesellschaft bekannt sind oder bekannt sein müssten. Als bedeutend gilt jeder Aktionär und jede stimmrechtsverbundene Aktionärsgruppe, deren Beteiligung 5% aller Stimmrechte bzw. eine etwaige tiefere, statutarische Eintragungsschranke für Namenaktien übersteigt (Art. 663c Abs. 2 OR). Der Informationsgehalt dieser noch vor dem Börsengesetz erlassenen Bestimmung ist für Gesellschaften, die an einer Schweizer Börse kotiert sind, zur Bedeutungslosigkeit verkommen. Denn 120 FinfraG gewährleistet eine viel detailliertere und zeitnahe Offenlegung.<sup>15</sup> Aus diesem Grund wird berechtigterweise vorgeschlagen, Art. 663c OR ersatzlos zu streichen.<sup>16</sup>

Keinen Beitrag zur Transparenz im Sinne der Rechnungslegung leisten die im Rahmen des GAFI-Gesetzes<sup>17</sup> erlassenen Transparenzbestimmungen bei der AG und GmbH, die am 1. Juli 2015 in Kraft getreten sind. Die aufgrund der neuen Melde- und Verzeichnisführungspflichten verfügbaren Informationen sind – wie schon bisher die Meldungen von Na-

menaktionären – von der Gesellschaft grundsätzlich nicht offenzulegen.<sup>18</sup>

## 3. Konzerninterne Forderungen und Verbindlichkeiten

### a) Gründe für die Offenlegung

Konzernmässige Verflechtungen sind nicht nur im Bereich des Eigenkapitals, sondern auch bei Forderungen und Verbindlichkeiten abzubilden. Art. 959a Abs. 4 OR verlangt, dass Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber direkt oder indirekt Beteiligten und Organen<sup>19</sup> sowie gegenüber Unternehmen, an denen direkt oder indirekt eine Beteiligung besteht, jeweils gesondert in der Bilanz oder im Anhang auszuweisen sind. Als direkt oder indirekt Beteiligte gelten Aktionäre, die direkt oder indirekt eine Beteiligung (im Sinne von Art. 960d Abs. 3 OR) an der Gesellschaft halten.<sup>20</sup>

Ein gesonderter Ausweis solcher Verhältnisse ist aufgrund des Risikos, dass diese nicht *at arm's length* begründet worden sind, gerechtfertigt.<sup>21</sup> Daraus können nämlich verschiedene wirtschaftliche und rechtliche Besonderheiten resultieren:

Aus wirtschaftlicher Sicht kann mit Forderungen, die nicht *at arm's length* gewährt wurden, ein grösseres Ausfallrisiko verbunden sein. Zudem kann ein Klumpenrisiko gegenüber dem Konzern bestehen.<sup>22</sup> Aus rechtlicher Sicht können solche Forderungen, wenn sie *upstream* oder *cross-stream*<sup>23</sup> gewährt worden sind,<sup>24</sup> eine verdeckte Ausschüttung<sup>25</sup> oder einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot der Gesellschafter (Art. 717 Abs. 2 bzw. Art. 813 OR) darstellen.<sup>26</sup> Daneben können sie bei der Schuldnergesellschaft allenfalls verdecktes Eigenkapital sein,

<sup>14</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959c N 47; Handschin (Fn. 13), N 486; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2009, § 8 N 383.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 3), § 16 N 41b.

<sup>16</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 97, abgerufen am 26. November 2015 unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>.

<sup>17</sup> Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière v. 12. Dezember 2014, BBl 2014 9689; AS 2015 1389–1406.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Philip Spoerlé, Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, Diss. St.Gallen, Zürich 2015 (= SSHW Bd. 331), N 1005–1020.

<sup>19</sup> Da faktische Organe in diesem Zusammenhang nicht als Organe gelten, wird die Offenlegung von Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Organen nicht behandelt.

<sup>20</sup> Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 176.

<sup>21</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959a N 68.

<sup>22</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959a N 68.

<sup>23</sup> Als *cross-stream* gelten alle Verhältnisse, die nicht in gerader auf- oder absteigender Linie bestehen.

<sup>24</sup> BGE 140 III 533 E. 4.2.

<sup>25</sup> BGE 140 III 533 E. 4.2.

<sup>26</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959a N 68.

d.h., es würde ihnen in deren Konkurs Qualifikation als Fremdkapital abgesprochen.<sup>27</sup>

Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Gesellschaften sind aus wirtschaftlicher Sicht weniger heikel. Aus rechtlicher Sicht stellen sich hingegen die gleichen Fragen wie bei den Forderungen, einfach jeweils aus der entgegengesetzten Sichtweise. So kann eine *downstream*- oder *cross-stream*-Verbindlichkeit bei der Gläubigersellschaft Ausschüttungscharakter haben. Dies könnte insbesondere zu einer vorzeitigen Fälligkeit der Verbindlichkeit führen, da die Gläubigersellschaft in diesem Fall unter Umständen nicht an den Vertrag gebunden ist. Bei allen Verbindlichkeiten stellt sich zudem aus Sicht der Gesellschaft die Frage, ob es sich um verdecktes Eigenkapital handelt.

Die Frage, ob eine Forderung eine Ausschüttung darstellt, ist aus Sicht des auf die Gläubigersellschaft anzuwendenden Rechts zu beantworten. Demgegenüber beurteilt sich eine etwaige Umqualifizierung in Eigenkapital aufgrund des auf die Schuldnergesellschaft anwendbaren Rechts.<sup>28</sup> Dies kann insbesondere bei internationalen Konzernfinanzierungen tückisch sein.

#### b) Offenzulegende Verhältnisse

Die Regelung von Art. 959a Abs. 4 OR ist mit Einführung des neuen Rechnungslegungsrechts leider etwas verunglückt, obwohl sich aus der Botschaft nicht ergibt, dass die bisherige Bestimmung hätte geändert werden sollen.<sup>29</sup> Im bisherigen Recht bestand eine Offenlegungspflicht für die Gesamtbeträge der Forderungen und der Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns oder Aktionären, die eine Beteiligung an der Gesellschaft halten.<sup>30</sup> Indem die geltende Bestimmung nicht mehr an «andere Gesellschaften des Konzerns» anknüpft, ist ihr Anwendungsbereich gleichzeitig eingengt und erweitert worden:

Eine Ausweitung der Offenlegungspflichten ergibt sich bei *downstream*-Verhältnissen, da diese neu gegenüber allen Unternehmen bestehen, an denen die Gesellschaft direkt oder indirekt eine Beteiligung

hält. Wie bereits gezeigt wurde, kann eine Beteiligung auch an Nicht-Konzerngesellschaften gehalten werden.<sup>31</sup> Diese Ausdehnung ist sachgerecht, da ein Interessenskonflikt auch dann vorliegen kann, wenn die Forderung bzw. Verbindlichkeit gegenüber einem Unternehmen besteht, an dem eine Minderheitsbeteiligung gehalten wird.<sup>32</sup>

Ebenfalls eine Ausweitung ergibt sich in mehrstufigen *upstream*-Verhältnissen. Nach neuem Recht sind Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber direkt oder indirekt Beteiligten – und nicht nur gegenüber Aktionären, die eine Beteiligung halten – offenzulegen. Allerdings wurde bereits bisher davon ausgegangen, dass auch Aktionäre mit Beteiligungen an Konzernobergesellschaften – nicht jedoch lediglich indirekt Beteiligte – offengelegt werden müssen.<sup>33</sup>

Eine wohl ungewollte Einschränkung ergibt sich bei *cross-stream*-Verhältnissen, weil Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Schwestergesellschaften nicht mehr in den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen. Diese Verengung des Anwendungsbereichs war weder gewollt noch ist sie nach der hier vertretenen Auffassung sachgerecht. Insbesondere aus kapitalschutzrechtlicher Sicht sind nämlich *cross-stream*-Forderungen gleich zu behandeln wie *upstream*-Forderungen.<sup>34</sup> Es ist davon auszugehen, dass diese Lücke aufgrund eines offensichtlichen Versehens des Gesetzgebers entstanden ist und *cross-stream*-Verhältnisse weiterhin offenzulegen sind.<sup>35</sup> Selbst wenn diese Meinung nicht geteilt wird, ergibt sich eine Offenlegungspflicht auch aufgrund von Art. 959a Abs. 3 OR; danach müssen weitere Positionen einzeln ausgewiesen werden, sofern dies für die Beurteilung der Vermögens- oder Finanzierungslage durch Dritte wesentlich oder aufgrund der Tätigkeit des Unternehmens üblich ist: Da für eine zuverlässige Darstellung

<sup>27</sup> Lukas Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011, 229–248, 247.

<sup>28</sup> Glanzmann (Fn. 27), 230.

<sup>29</sup> Botschaft (Fn. 5), 1707.

<sup>30</sup> Art. 663a Abs. 4 aOR.

<sup>31</sup> Vgl. vorne II.1.a).

<sup>32</sup> Gl.M. Treuhänder-Kammer – Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, 149; Lipp (Fn. 8), OR 959a N 68; Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 175.

<sup>33</sup> Markus R. Neuhaus/Jörg Blättler, Kommentar zu Art. 660–663b, 663d–h, Vorb. zum 32. Titel, 958–962 OR in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Aufl. Basel 2012, Art. 663a N 25.

<sup>34</sup> BGE 140 III 533 E. 4.2.

<sup>35</sup> Gl.M. Lipp (Fn. 8), OR 959a N 71; Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 179.

der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft<sup>36</sup> die Offenlegung von *downstream*- und *upstream*-Verhältnissen aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung notwendig ist, kann ohne Weiteres gefolgert werden, dass auch die Offenlegung von *cross-stream*-Verhältnissen für die Beurteilung der Vermögens- oder Finanzierungslage durch Dritte wesentlich ist.<sup>37</sup> Allerdings besteht eine Offenlegungspflicht im *cross-stream*-Verhältnis nur gegenüber anderen Konzerngesellschaften, d.h. Gesellschaften, die dem gleichen Konsolidierungskreis angehören.<sup>38</sup> Wenn eine Gesellschaft A an den Unternehmen B und C eine nicht kontrollierende Minderheitsbeteiligung hält, sodass sie diese beiden Unternehmen nicht konsolidieren muss, dann dürfte die Bindung zwischen den Unternehmen B und C in der Regel zu wenig intensiv sein, dass sie als Schwestergesellschaften im Sinne dieser Bestimmung gelten und eine Offenlegung gegenseitiger Forderungen und Verbindlichkeiten notwendig wäre.

### c) Art der Offenlegung

Nach dem Wortlaut von Art. 959a Abs. 4 OR sind Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber direkt oder indirekt Beteiligten sowie gegenüber Unternehmen, an denen direkt oder indirekt eine Beteiligung besteht, jeweils gesondert auszuweisen. Diese Bestimmung muss so verstanden werden, dass nicht einfach eine Position Forderungen bzw. Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Gesellschaften ausgewiesen werden darf. Vielmehr sind Forderungen bzw. Verbindlichkeiten gegenüber Beteiligten einerseits und Unternehmen, an denen eine Beteiligung besteht andererseits, gesondert auszuweisen.<sup>39</sup> Es ist also zwischen *upstream*- und *downstream*-Verhältnissen zu unterscheiden. Damit stellt sich die Frage, wie *cross-stream*-Verhältnisse zu behandeln sind. Wie oben aufgezeigt wurde,<sup>40</sup> können *cross-stream*-Verhältnisse je nach Situation sowohl wie *upstream*- als auch wie *downstream*-Verhältnisse behandelt werden. Deshalb sind *cross-stream*-Verhältnisse ebenfalls separat auszuweisen.

Aufgrund des Gesetzeswortlauts ist es nicht notwendig, bei jeder Bilanzposition die entsprechenden konzerninternen Verhältnisse offenzulegen.<sup>41</sup> Allerdings macht es für die Beurteilung der wirtschaftlichen und rechtlichen Risiken solcher Verhältnisse durchaus einen Unterschied, ob z.B. eine Forderung gegenüber einem Aktionär aufgrund von Lieferungen und Leistungen oder der Einräumung eines langfristigen Darlehens entstanden ist. Da der Zweck der Offenlegungsvorschriften nur erreicht werden kann, wenn eine Offenlegung je Bilanzposition erfolgt, ist diese auch detailliert vorzunehmen.<sup>42</sup>

Besteht eine Pflicht zur Offenlegung von Forderungen und Verbindlichkeiten, dann hat die Gesellschaft sowohl nach Art. 959a Abs. 4 OR als auch nach Art. 959a Abs. 3 OR die Wahl, ob sie dieser in der Bilanz oder im Anhang nachkommen will. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Offenlegung in der Bilanz vorzuziehen, weil sie transparenter ist.<sup>43</sup> Insbesondere im Bereich von *upstream*- und *cross-stream*-Forderungen dürfte eine Offenlegung in der Bilanz selbst fast unumgänglich sein, um der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit Cash-Pool-Forderungen ergangen ist, gerecht zu werden.<sup>44</sup> Auf diese Weise kann viel transparenter dargestellt werden, welche Beträge möglicherweise das frei verfügbare Eigenkapital für Ausschüttungen sperren.

## III. Konzernrechnung

### 1. Konsolidierungspflicht

#### a) Kontroll- vs. Leitungsprinzip

Nach Art. 963 Abs. 1 OR muss eine rechnungspflichtige juristische Person, die ein oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen *kontrolliert*, im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen. Im Gegensatz dazu war im bisherigen Recht (Art. 663e Abs. 1 aOR) eine Gesellschaft konsolidierungspflichtig, wenn sie andere Gesellschaften unter *einheitlicher Leitung* zusammenfasste. Das neue Recht knüpft also, anders

<sup>36</sup> So der Zweck der Jahresrechnung gemäss Art. 662a Abs. 1 OR.

<sup>37</sup> Im Ergebnis gleich Böckli (Fn. 11), N 357; Lipp (Fn. 8), OR 959a N 71; Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 179.

<sup>38</sup> Lipp (Fn. 8), OR 959a N 71.

<sup>39</sup> HWP (Fn. 32), 151; Lipp (Fn. 8), OR 959a N 66. Ähnlich Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 178.

<sup>40</sup> Vgl. vorne II.3.a).

<sup>41</sup> Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 178.

<sup>42</sup> Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 178.

<sup>43</sup> A.M. Gutsche (Fn. 11), OR 959a N 178.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 140 III 533.

als das bisherige Recht, für die Konsolidierungspflicht nicht mehr an die einheitliche Leitung, sondern an die Kontrolle an. Damit folgt es einer internationalen Tendenz, stellen doch sowohl die Konsolidierungsrichtlinie der EU als auch die wichtigsten anerkannten Standards zur Rechnungslegung für die Konsolidierungspflicht auf die Kontrolle ab.<sup>45</sup>

Die in Art. 663e Abs. 1 aOR verlangte einheitliche Leitung war lange Zeit ein wichtiges Argument, um eine konzernmässige Führung der Schweizer Aktiengesellschaften und damit eine zumindest punktuelle Durchbrechung des Paritätsprinzips zu rechtfertigen.<sup>46</sup> Der Wechsel vom Leitungs- auf das Kontrollprinzip bei der Konsolidierungspflicht bewirkt keine Einschränkung der Zulässigkeit konzernmässiger Leitung einer Schweizer Aktiengesellschaft.<sup>47</sup> Mit der neuen Formulierung wollte der Gesetzgeber nicht die Konzernierungsfähigkeit beschränken, sondern die Konsolidierungspflicht an internationale Gepflogenheiten anpassen und damit in der Tendenz ausweiten; die Konsolidierungspflicht soll insbesondere nicht daran scheitern, dass sich die einheitliche Leitung nicht nachweisen lässt.<sup>48</sup> Unter bisherigem Recht wurde nämlich davon ausgegangen, dass Kontrolle alleine noch keine Konsolidierungspflicht begründet, sondern dass daneben noch spezifische Leitungsinstrumente installiert sein müssen.<sup>49</sup>

Der Gesetzgeber hat den Wechsel vom Leitungs- zum Kontrollprinzip nicht systematisch vollzogen.<sup>50</sup> Aus diesem Grund knüpfen noch verschiedene Normen an die einheitliche Leitung als Tatbestandselement an.<sup>51</sup> Es ist im Rahmen der Auslegung der jeweiligen Bestimmungen zu prüfen, ob der Gesetzgeber wirklich beim Leitungsprinzip bleiben wollte, oder ob auch bei diesen Normen auf das Kontrollprinzip abzustellen ist.<sup>52</sup>

#### b) Vermutung der Kontrolle

Art. 963 Abs. 2 OR enthält verschiedene Tatbestände, bei deren Erfüllung ein Unternehmen als kontrolliert zu betrachten ist. Danach kontrolliert eine juristische Person ein anderes Unternehmen, wenn sie (1.) direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt, (2.) direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen oder (3.) aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Ist einer der vorerwähnten Tatbestände erfüllt, dann wird vermutet, dass das Unternehmen kontrolliert wird. Es kommt also nicht darauf an, ob das herrschende Unternehmen die Kontrolle im Sinne einer konzerntypischen Einflussnahme tatsächlich ausübt.<sup>53</sup> Andererseits muss die Vermutung widerlegbar sein, d.h., wenn ein Unternehmen nicht kontrolliert werden kann, obwohl einer der Tatbestände er-

<sup>45</sup> Vgl. HWP (Fn. 32), 361; *Handschin* (Fn. 13), N 939; *Böckli* (Fn. 14), § 9 N 105.

<sup>46</sup> Vgl. z.B. *Marc Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, Diss. Zürich, Bern 1993 (= ASR 551), 181–186; *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Zürich 1993, 42; *Lukas Glanzmann*, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen, Bern 1996 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht 45), 14–17.

<sup>47</sup> Gl.M. wohl *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl. Zürich 2014, 664. A.M. wohl *Martin Monsch/Hans Caspar von der Crone*, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, SZW 2013, 445–457, 453.

<sup>48</sup> *Botschaft* (Fn. 5), 1723.

<sup>49</sup> *Glanzmann* (Fn. 46), 15 m.w.H.

<sup>50</sup> *Monsch/von der Crone* (Fn. 47), 453, sprechen aber von einem generellen Paradigmenwechsel. Einen Paradigmenwechsel per se verneinend: *Marc Amstutz/Ariane Morin*, Einleitung vor Art. 184 ff., in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. Basel 2015, Einleitung vor Art. 184 ff. N 431a.

<sup>51</sup> Vgl. z.B. Art. 728 Abs. 6 OR (Unabhängigkeit der Revisionsstelle) und Art. 963 Abs. 4 OR (Push-down bei Vereinen, Stiftungen und Genossenschaften). Weitere Hinweise bei *Monsch/von der Crone* (Fn. 47), 453.

<sup>52</sup> Für Art. 963 Abs. 4 OR vgl. hinten III.2.b)cc).

<sup>53</sup> HWP (Fn. 32), 360; *Böckli* (Fn. 11), N 1205; *Stephan Glanz/Florian Zihler*, Kommentar zu Art. 963 OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxis-Kommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 963 N 16. A.M. *Handschin* (Fn. 13), N 940.

füllt ist, dann hat die Gesellschafterin eben keine Kontrolle inne.<sup>54</sup> Sachlogisch wird dann auch keine Konsolidierungspflicht begründet.<sup>55</sup>

### c) Mehrheit der Stimmrechte

Am wenigsten problematisch dürfte der erste Tatbestand sein, d.h., wenn die kontrollierende Gesellschaft direkt die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ des beherrschten Unternehmens hält (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Bei einer indirekten Kontrolle ist die Mehrheit nicht arithmetisch zu ermitteln, sondern es ist zu prüfen, ob ein beherrschtes Unternehmen seinerseits wieder Kontrolle im Sinne des Gesetzes ausübt.<sup>56</sup>

Die Vermutung der Kontrolle kann trotz Stimmenmehrheit widerlegt werden,<sup>57</sup> wenn z.B. für Wahlen aufgrund vertraglicher Vereinbarungen oder statutarischer Anordnungen (sowie für die Abänderung der entsprechenden Bestimmungen) ein qualifiziertes Quorum erforderlich ist.<sup>58</sup> Gleiches gilt, wenn ein Unternehmen in Konkurs oder Nachlassliquidation ist.<sup>59</sup> Während einer Nachlassstundung kommt es darauf an, ob das Unternehmen einen Sachwalter hat und welche Kompetenzen diesem eingeräumt worden sind.<sup>60</sup>

Es stellt sich die Frage, ob eine mittels Sicherungsübereignung erworbene Mehrheit der Stimmrechte ebenfalls eine Konsolidierungspflicht auslöst. Obwohl der Sicherungsnehmer grundsätzlich den Tatbestand des Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR erfüllt, ist dies aufgrund folgender Überlegungen nicht der Fall: Sicherungsübereignete Anteile werden vom Sicherungsnehmer treuhänderisch gehalten, weshalb er sie weder bilanzieren noch im Anhang offenlegen muss.<sup>61</sup> Die Konsolidierungspflicht besteht grundsätzlich aber nur für Beteiligungen, die von der kontrollierenden Gesellschaft direkt oder indirekt gehalten

werden,<sup>62</sup> also zu ihrer Gruppe gehören.<sup>63</sup> Aus diesem Grund müssen Unternehmen, deren Anteile als Sicherungseigentum gehalten werden, nicht konsolidiert werden. Dies gilt erst recht für Unternehmen, deren Anteile als Pfand gehalten werden.

### d) Recht zur Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans

Kontrolle wird auch vermutet, wenn jemand direkt oder indirekt das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzurufen (Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Dieses Tatbestandselement erfordert nicht eine faktische Möglichkeit, sondern ein Recht zur Bestellung oder Abberufung.<sup>64</sup> Es ist denkbar, dass zumindest bei ausländischen Gesellschaften ein solches Recht durch die Satzung verliehen wird, ohne dass eine Stimmenmehrheit besteht; bei einer Schweizer AG oder GmbH wäre dies nicht zulässig. Andererseits, und wohl für die Praxis wichtiger, kann ein solches Recht auch auf einem Aktionärsbindungsvertrag gründen.<sup>65</sup>

Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung ist nicht die Bestellung der Mehrheit der Mitglieder relevant, sondern ob das Gremium beherrscht werden kann. Dies ist z.B. auch dann der Fall, wenn die Hälfte der Mitglieder und der Vorsitzende ernannt werden können, sofern Letzterer den Stichentscheid hat.<sup>66</sup>

Nicht zu konsolidieren sind Vorsorgeeinrichtungen, auch wenn die Gesellschaft – wie bei patronalen Einrichtungen – die Mehrheit des Stiftungsrats bestimmen kann. Die in der Stiftung gebundenen Mittel dienen einem durch die Mitarbeiterinteressen definierten und in der Stiftungsurkunde festgehaltenen Zweck.<sup>67</sup> Damit entbehren sie jeglicher Fremdkontrolle.

<sup>54</sup> Vgl. dazu hinten III.1.c).

<sup>55</sup> Gl.M. *Handschin* (Fn. 13), N 940; HWP (Fn. 32), 360; *Lipp* (Fn. 8), OR 963 N 32. A.M. *Böckli* (Fn. 11), N 1205.

<sup>56</sup> Gl.M. im deutschen Recht: *Horst Gräfer/Guido A. Scheld*, Grundzüge der Konzernrechnungslegung, 10. Aufl. Berlin 2007, 45–47.

<sup>57</sup> Vgl. vorne III.1.b).

<sup>58</sup> A.M. *Glanz/Zihler* (Fn. 53), OR 963 N 36.

<sup>59</sup> *Böckli* (Fn. 11), N 1205, mit der Begründung, dass es dann kein Unternehmen mehr sei; HWP (Fn. 32), 366.

<sup>60</sup> Ähnlich HWP (Fn. 32), 366; *Lipp* (Fn. 8), OR 963 N 35.

<sup>61</sup> Das HWP (Fn. 32), 328, vertritt allerdings die Auffassung, dass eine Offenlegung in Anhang empfehlenswert wäre.

<sup>62</sup> HWP (Fn. 32), 361, das aber die Möglichkeit zur freiwilligen Konsolidierung in Gleichordnungsverhältnissen zulässt.

<sup>63</sup> Botschaft (Fn. 5), 1722.

<sup>64</sup> *Glanz/Zihler* (Fn. 53), OR 963 N 37.

<sup>65</sup> HWP (Fn. 32), 360; *Böckli* (Fn. 11), N 1202.

<sup>66</sup> *Glanz/Zihler* (Fn. 53), OR 963 N 40.

<sup>67</sup> Zu Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR: *Glanz/Zihler* (Fn. 53), OR 963 N 54. Zum alten Recht: *Böckli* (Fn. 14), §12 N 446.

### e) Kontrolle aus anderem Grund

Schliesslich wird nach Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR die Kontrolle eines Unternehmens auch dann vermutet, wenn die kontrollierende Gesellschaft aufgrund der Statuten, der Stiftungsurkunde, eines Vertrags oder vergleichbarer Instrumente einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Es muss sich in all diesen Fällen um einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch des herrschenden Unternehmens handeln, damit eine Kontrolle angenommen werden darf. Zudem muss eine entsprechende Vereinbarung unter dem Gesellschaftsstatut des beherrschten Unternehmens gültig sein, was z.B. bei einer Schweizer AG oder GmbH aufgrund der unentziehbaren und unübertragbaren Kompetenzen des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR) bzw. der Geschäftsführer (Art. 810 Abs. 2 OR) nicht der Fall wäre.<sup>68</sup> Aus diesem Grund begründen Verpflichtungen in Kredit- oder Distributionsverträgen, mögen sie auch noch so einschneidend sein, keine Kontrolle.

## 2. Subjekt der Konsolidierungspflicht

### a) Grundsatz

Nicht jede Kontrolle über ein anderes Unternehmen führt zu einer Konsolidierungspflicht. Die gesetzliche Ordnung stipuliert ein System mit Grundsatz, Ausnahmen und Gegenausnahmen: Während der Grundsatz in Art. 963 OR geregelt ist, finden sich die Ausnahmen in Art. 963a Abs. 1 OR und die Gegenausnahmen in Art. 963a Abs. 2 OR. Bemerkenswert ist, dass diese Regelungen anders als im übrigen Rechnungslegungsrecht nur zum Teil rechtsformneutral ausgestaltet sind.

Zum Grundsatz: Nach Art. 963 Abs. 1 OR sind die rechnungslegungspflichtigen juristischen Personen konsolidierungspflichtig, wenn sie andere Unternehmen kontrollieren. Umgekehrt bedeutet dies zweierlei: Einerseits haben nicht rechnungslegungspflichtige Unternehmen keine Konsolidierungspflicht. Andererseits sind auch Einzelunternehmen und Personengesellschaften von der Konsolidierungspflicht befreit.<sup>69</sup> Die Botschaft begründet diese Ausnahme mit der persön-

lichen Haftung der jeweils dahinter stehenden natürlichen Personen.<sup>70</sup> Die Konsolidierungspflicht trifft in diesem Fall einfach die oberste juristische Person.

Die Konsolidierungspflicht bezieht sich stets auf Schweizer Gesellschaften, da nur diese den Bestimmungen des Obligationenrechts unterliegen (Art. 154 IPRG).<sup>71</sup>

### b) Ausnahmen

#### aa) KMU-Konzerne

Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 OR enthält eine erste Ausnahme von der Konsolidierungspflicht für KMU-Konzerne. Dies sind Konzerne, die auf einer konsolidierten Basis zwei der folgenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht überschreiten: Bilanzsumme von CHF 20 Mio., Umsatzerlös von CHF 40 Mio. und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Die Kennzahlen sind auf einer konsolidierten Basis zu berechnen, d.h. unter Berücksichtigung aller Unternehmen, die zu konsolidieren wären.<sup>72</sup> Dabei sind konzerninterne Transaktionen und Positionen grundsätzlich zu eliminieren.<sup>73</sup> Für die Beurteilung der Grössen relevant sind das Berichtsjahr und das Vorjahr.<sup>74</sup> Es ist nicht notwendig, dass in beiden Jahren die gleichen Kriterien nicht überschritten wurden.<sup>75</sup>

Wurde ein Konzern neu gegründet, besteht die Pflicht zur Konsolidierung bereits ab dem ersten Jahr.<sup>76</sup> Davon kann – sofern sich eine Konsolidierungspflicht nicht aus anderen Gründen ergibt – abgesehen werden, falls die Grössen für KMU-Konzerne im ersten Jahr nicht überschritten werden. Im zweiten Jahr müssen die Kennzahlen für beide Jahre betrachtet werden.<sup>77</sup>

#### bb) Zwischengesellschaften

Eine weitere Ausnahme von der Konsolidierungspflicht besteht nach Art. 963a Abs. 1 Ziff. 2 OR für kontrollierende Gesellschaften, die ihrerseits kont-

<sup>68</sup> Glanz/Zihler (Fn. 53), OR 963 N 43.

<sup>69</sup> Wie ursprünglich bei der Aktiengesellschaft (vgl. vorne I.) kann die Konsolidierungspflicht bei diesen Gesellschaftsformen durch das anwendbare Gesellschaftsrecht begründet werden; vgl. dazu Handschin (Fn. 46), 191 f.

<sup>70</sup> Botschaft (Fn. 5), 1723. Vgl. die Kritik dazu bei Lipp (Fn. 8), OR 963 N 22.

<sup>71</sup> Gl.M. Glanz/Zihler (Fn. 53), OR 963 N 39.

<sup>72</sup> HWP (Fn. 32), 362.

<sup>73</sup> Botschaft (Fn. 5), 1724.

<sup>74</sup> HWP (Fn. 32), 362.

<sup>75</sup> HWP (Fn. 32), 362.

<sup>76</sup> HWP (Fn. 32), 363.

<sup>77</sup> HWP (Fn. 32), 363.

rolliert werden (sog. Zwischengesellschaften). Danach ist der Verzicht auf die Erstellung einer Konzernrechnung allerdings nur zulässig, wenn die Zwischengesellschaft von einem Unternehmen kontrolliert wird, dessen Konzernrechnung nach schweizerischen oder gleichwertigen ausländischen Vorschriften erstellt und ordentlich geprüft worden ist. Diese Bestimmung impliziert, dass die Zwischengesellschaft durch ein übergeordnetes Unternehmen vollkonsolidiert werden muss.<sup>78</sup> Dabei spielt es keine Rolle, ob dies die Muttergesellschaft oder eine andere Obergesellschaft ist.<sup>79</sup> Immerhin muss aber deren Konzernrechnung nach schweizerischen oder gleichwertigen ausländischen Vorschriften erstellt werden. Als schweizerische Vorschriften gelten die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung sowie die in der Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung bezeichneten Standards.<sup>80</sup> Bei ausländischen Obergesellschaften gelten sicher auch die in der Schweiz anerkannten Standards zur Rechnungslegung als gleichwertig. Daneben sind aber z.B. auch die von der EU durch *Endorsement* anerkannten IFRS und die meisten Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung gemäss ausländischem Recht als gleichwertige Vorschriften zu anerkennen.<sup>81</sup>

Nach der h.L. erfordert Gleichwertigkeit weiter, dass die Rechnungslegung in Schweizer Franken oder in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen Währung sowie in einer Landessprache oder Englisch erfolgt.<sup>82</sup>

Die Konzernrechnung der Obergesellschaft muss zudem ordentlich geprüft werden. Da es sich bei der ordentlichen Prüfung um ein Konzept des Schweizer Rechts handelt (vgl. Art. 727 OR), kann bei einer ausländischen Obergesellschaft nur eine *gleichwertige* Prüfung erforderlich sein.<sup>83</sup> Andernfalls könnte diese

Voraussetzung bei ausländischen Konzernobergesellschaften nie erfüllt werden.

Die Zwischengesellschaft muss die Konzernrechnung des Oberkonzerns nach den Vorschriften für die eigene Jahresrechnung bekannt machen, damit sie von der Befreiung profitieren kann (Art. 963a Abs. 3 OR).<sup>84</sup>

Im bisherigen Recht war noch vorgesehen, dass Zwischengesellschaften, die ihre Jahresrechnung veröffentlichen müssen, d.h. Gesellschaften, die Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert oder Anleiheobligationen ausstehend haben,<sup>85</sup> nicht von der Befreiung zur Erstellung einer Konzernrechnung profitieren können (Art. 663f Abs. 2 aOR). Diese Ausnahme ist im geltenden Recht nicht mehr enthalten. Damit müssen Zwischengesellschaften, die börsenkotiert sind oder Anleiheobligationen ausstehend haben, nur aufgrund der Börsenregularien eine Konzernrechnung erstellen oder wenn eine generelle Generalausnahme greift.<sup>86</sup>

#### cc) Push-down bei Vereinen, Stiftungen und Genossenschaften

Schliesslich können sich aufgrund von Art. 963a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 963 Abs. 4 OR Vereine, Stiftungen und Genossenschaften der Konsolidierungspflicht entziehen, indem sie diese an ein kontrolliertes Unternehmen übertragen. Eine solche Übertragung ist allerdings nur zulässig, wenn das betreffende kontrollierte Unternehmen durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise sämtliche weiteren Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammenfasst und nachweist, dass es die Beherrschung tatsächlich ausübt. Damit ist eine Übertragung nur an das in der Konzernhierarchie zweitoberste Unternehmen zulässig.

Die Bestimmung von Art. 963 Abs. 4 OR knüpft noch an die einheitliche Leitung an. Entgegen der h.L. ist davon auszugehen, dass es sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handelt und ebenfalls Kontrolle i.S.v. Art. 963 Abs. 2 OR gemeint ist.<sup>87</sup>

<sup>78</sup> HWP (Fn. 32), 363; *Stephan Glanz*, Kommentar zu Art. 963a OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 963a N 28.

<sup>79</sup> HWP (Fn. 32), 363.

<sup>80</sup> *Glanz* (Fn. 78), OR 963a N 31. Vgl. dazu hinten III.4.

<sup>81</sup> *Böckli* (Fn. 11), N 1225. *Glanz* (Fn. 78), OR 963a N 33.

<sup>82</sup> *Botschaft* (Fn. 5), 1724; *Böckli* (Fn. 11), N 1226; HWP (Fn. 32), 363; *Lipp* (Fn. 8), OR 963a N 16; *Glanz* (Fn. 78), OR 963a N 35.

<sup>83</sup> HWP (Fn. 32), 363 f., wobei keine zusätzliche Prüfung des internen Kontrollsystems verlangt wird.

<sup>84</sup> Vgl. dazu hinten III.5.c).

<sup>85</sup> Vgl. Art. 697h Abs. 1 aOR.

<sup>86</sup> *Glanz* (Fn. 78), OR 963a Fn. 46; *Handschin* (Fn. 13), N 956 f. Vgl. auch hinten III.2.c)cc).

<sup>87</sup> Zur h.L. vgl. *Handschin* (Fn. 13), N 960 f.; *Böckli* (Fn. 11), N 1235; *Glanz/Zihler* (Fn. 53), OR 963 N 68; *Monsch/von der Crone* (Fn. 47), 453.

### c) Gegenausnahmen

#### aa) Zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage

Die erste Gegenausnahme betrifft den Fall, in dem die Erstellung einer Konzernrechnung für eine möglichst zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage notwendig ist (Art. 963a Abs. 2 Ziff. 1 OR). Dabei handelt es sich um einen Grundsatz, der sich wie ein roter Faden durch das ganze Rechnungslegungsrecht zieht; wenn der Zweck des Rechnungslegungsrechts nur mit zusätzlicher Transparenz erreicht werden kann, dann muss diese zusätzliche Transparenz geschaffen werden.<sup>88</sup> Man muss sich mit Fug die Frage stellen, ob bei einem Konzern ohne Konzernrechnung – ausser in einfachsten Verhältnissen – überhaupt je eine zuverlässige Beurteilung der wirtschaftlichen Lage möglich ist.<sup>89</sup>

#### bb) Begehren von Gesellschaftern

Weiter können auch Gesellschafter in einer qualifizierten Stellung eine Konsolidierung verlangen, und zwar entweder als Individualrecht oder als Minderheitsrecht.<sup>90</sup>

Als Individualrecht steht dieses Recht aufgrund von Art. 963a Abs. 2 Ziff. 3 OR all jenen Gesellschaftern zu, die einer persönlichen Haftung oder einer Nachschusspflicht unterliegen. Dieses Recht haben insbesondere Gesellschafter einer GmbH, die einer Nachschusspflicht im Sinne von Art. 795 OR unterliegen. Kein solches Recht haben hingegen Gesellschafter, die nachliberierungspflichtig sind, weil sie den Ausgabebetrag ihrer Anteile noch nicht voll einbezahlt oder eine verdeckte Ausschüttung empfangen haben.

Als Minderheitsrecht haben dieses Recht nach Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 OR bei der AG und GmbH Gesellschafter, die mindestens 20% des Grundkapitals vertreten. Bemerkenswerterweise beträgt diese Schwelle nicht mehr 10% wie im bisherigen Recht

(Art. 663e Abs. 3 Ziff. 3 aOR). Der Schwellenwert von 20% ist nicht nur sehr hoch angesetzt,<sup>91</sup> sondern auch singular. Er steht zudem in einem gewissen Wertungswiderspruch zum individuellen Auskunftsrecht des Aktionärs nach Art. 697 OR: Gegenstand dieses Anspruchs können auch einzelne Geschäfte einer zu 100% gehaltenen Tochtergesellschaft sein, sofern die verlangten Informationen für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sind.<sup>92</sup> Da nach Auffassung des Bundesgerichts auch das Recht auf Veräusserung der Aktien ein auskunfts begründendes Aktionärsrecht sei, müsse der Aktionär auch den wirklichen Wert seiner Aktien in Erfahrung bringen können.<sup>93</sup> Genau das ist mitunter der Zweck einer Konzernrechnung.

Mit der rechtsformneutralen Formulierung in Art. 963a Abs. 2 Ziff. 2 OR, die von «Gesellschaftern» und «Grundkapital» spricht, dürfte die Frage, ob dieses Recht auch Partizipanten zusteht, klar zu bejahen sein. Die Auffassung, dass Partizipanten dieses Minderheitsrecht nur dann haben, wenn ihnen statutarisch ein Einsichtsrecht eingeräumt wird,<sup>94</sup> ist nicht gerechtfertigt. Für die Berechnung des Grundkapitals sind bei der AG das Aktien- und das Partizipationskapital zusammenzuzählen.

Dieses Minderheitsrecht muss nicht wie in anderen Fällen anlässlich einer Generalversammlung ausgeübt werden, sondern das Begehren kann schriftlich beim obersten Leitungsorgan eingereicht werden. Umstritten ist jedoch, bis wann der Antrag bei der Gesellschaft eingehen muss, damit für ein bestimmtes Geschäftsjahr noch eine Konzernrechnung zu erstellen ist. Während sich die Revisionspraxis dafür ausspricht, dass das Recht einige Monate vor Ablauf des Berichtsjahres ausgeübt werden müsse, halten andere dafür, dass ein entsprechendes Gesuch einfach vor Ende des Geschäftsjahres bei der Gesellschaft eingegangen sein müsse.<sup>95</sup> Der letzteren Meinung ist zuzustimmen, da es sich ja regelmässig um KMU-Konzerne handelt, die einfache Verhältnisse aufweisen und deshalb ohne grossen Aufwand eine konsolidierte Rechnung erstellen können. In komple-

<sup>88</sup> Botschaft (Fn. 5), 1626 f.; Rolf Watter/David P. Henry, Das neue Rechnungslegungsrecht für den M&A Anwalt, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Zürich 2014, 7–29, 10. Vgl. auch Art. 959a Abs. 3 und Art. 959b Abs. 5 OR.

<sup>89</sup> So auch schon die Botschaft (Fn. 5), 1723. Gl.M. Lipp (Fn. 8), OR 963a N 23.

<sup>90</sup> Bei Stiftungen kann auch die Stiftungsaufsicht eine Konzernrechnung verlangen (Art. 963a Abs. 2 Ziff. 4 OR).

<sup>91</sup> Gl.M. Handschin (Fn. 13), N 964.

<sup>92</sup> BGer 4C.234/2002 und 4C.246/2001 vom 4. Juni 2003, E. 4.1.

<sup>93</sup> BGer 4C.234/2002 und 4C.246/2001 vom 4. Juni 2003, E. 4.2.

<sup>94</sup> So das HWP (Fn. 32), 364.

<sup>95</sup> Handschin (Fn. 13), N 965.

nen Verhältnissen müsste eine Konzernrechnung schon aufgrund von Art. 963a Abs. 2 Ziff. 1 OR erstellt werden.<sup>96</sup>

### cc) Keine generelle Pflicht bei Börsenkotierung

Anders als im bisherigen Recht (Art. 663e Abs. 3 Ziff. 1 und 2 aOR) besteht keine generelle Gegen Ausnahme für Gesellschaften, die börsenkotiert sind oder Anleiensobligationen ausstehend haben. Dies kann insbesondere für KMU-Konzerne relevant sein. Eine Konsolidierungspflicht ergibt sich für diese auch nicht aus Art. 963b Abs. 1 Ziff. 1 OR, da diese Bestimmung erst zum Tragen kommt, wenn eine Konsolidierungspflicht aufgrund von Art. 963 und 963a OR besteht.<sup>97</sup>

Damit müssen KMU-Konzerne, die börsenkotiert sind oder Anleiensobligationen ausstehend haben, nur aufgrund der anwendbaren börsenrechtlichen Vorschriften eine Konzernrechnung erstellen, sofern keine Gegen Ausnahme gemäss Art. 963a Abs. 2 Ziff. 1–3 OR greift.

## 3. Konsolidierungskreis

Die Konsolidierungspflicht bezieht sich nach Art. 963 Abs. 1 OR auf rechnungslegungspflichtige Unternehmen, die im Sinne von Art. 963 Abs. 2 OR kontrolliert werden. Gegenstand der Konsolidierung sind sowohl juristische Personen als auch Personengesellschaften, solange sie rechnungslegungspflichtig sind.<sup>98</sup> Dass ein nicht rechnungslegungspflichtiges Unternehmen Teil eines Konzerns ist, dürfte nur selten vorkommen.

Unerheblich ist, ob es sich beim beherrschten Unternehmen um ein Unternehmen in der Schweiz oder im Ausland handelt.<sup>99</sup> Fraglich ist aber bei ausländischen Unternehmen, nach welchem Recht sich deren Rechnungslegungspflicht beurteilt. Da es sich bei der Konzernrechnung um einen Teil des Geschäftsberichts der herrschenden Gesellschaft handelt,<sup>100</sup> ist diese Frage nach der hier vertretenen Meinung nach

deren Recht, d.h. nach Schweizer Recht<sup>101</sup> zu beurteilen. Letztlich geht es um den Informationsanspruch der Gesellschafter, Gläubiger und Organe der herrschenden Gesellschaft. Es scheint daher nicht gerechtfertigt zu sein, dass ein ausländisches Unternehmen, das nach seinem Recht nicht rechnungslegungspflichtig ist, nicht konsolidiert werden muss, obwohl es nach Schweizer Recht rechnungslegungspflichtig wäre.<sup>102</sup>

Gemäss Art. 963 Abs. 3 OR kann ein nach Artikel 963b anerkannter Standard den Kreis der zu konsolidierenden Unternehmen abweichend definieren.

## 4. Anwendbarer Rechnungslegungsstandard

Während der Entwurf zum neuen Rechnungslegungsrecht noch vorsah, dass die Konzernrechnung immer nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt werden muss, ist dies nach dem nun geltenden Recht nur für Publikums- und ähnliche Gesellschaften notwendig. Konkret verlangt Art. 963b Abs. 1 OR eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung für folgende konsolidierungspflichtige Unternehmen: (1.) Gesellschaften, deren Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert sind, wenn die Börse dies verlangt, (2.) Genossenschaften mit mindestens 2000 Genossenschaftern oder (3.) Stiftungen, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision verpflichtet sind.

Die Konzernrechnung ist auch dann nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung zu erstellen, wenn Gesellschafter in einer besonderen Stellung oder die Stiftungsaufsichtsbehörde dies verlangen (Art. 963b Abs. 4 OR). Bei der AG und GmbH gelten die gleichen Kriterien wie bei Art. 963a Abs. 2 OR.<sup>103</sup> Damit haben dieses Recht Gesellschafter, die mindestens 20% des Grundkapitals vertreten oder einer persönlichen Haftung oder Nachschusspflicht unterliegen.<sup>104</sup>

Als anerkannte Standards zur Rechnungslegung gelten IFRS, IFRS for SMEs, Swiss GAAP FER, US GAAP und IPSAS (Art. 1 Abs. 1 VASR). Die Wahl des konkret anwendbaren Standards obliegt grundsätzlich

<sup>96</sup> Vgl. vorne III. 2 c) aa).

<sup>97</sup> A.M. Handschin (Fn. 13), N 956, 966; Lipp (Fn. 8), OR 963a N 12, 963b N 9.

<sup>98</sup> Glanz/Zihler (Fn. 53), OR 963 N 26; Lipp (Fn. 8), OR 963 N 33.

<sup>99</sup> Botschaft (Fn. 5), 1723; Böckli (Fn. 11), N 1206; Lipp (Fn. 8), OR 963 N 34.

<sup>100</sup> Vgl. Art. 963 Abs. 1 OR am Schluss.

<sup>101</sup> Vgl. vorne III.2.a).

<sup>102</sup> A.M. Glanz/Zihler (Fn. 53), OR 963 N 26.

<sup>103</sup> Vgl. vorne III.2.c).

<sup>104</sup> Vgl. vorne III.2.c)bb).

dem obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan der konsolidierenden Gesellschaft.<sup>105</sup> In Analogie zu Art. 962 Abs. 4 OR muss es aber zulässig sein, dass die Statuten oder die General- bzw. Gesellschafterversammlung den anwendbaren anerkannten Standard festlegen.<sup>106</sup> In jedem Fall ist der anwendbare Standard in seiner Gesamtheit und für den ganzen Konzernabschluss zu übernehmen (Art. 963b Abs. 2 i.V.m. Art. 962a Abs. 2 OR).

Sofern eine Konzernrechnung nicht nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt werden muss, untersteht sie den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung (Art. 963b Abs. 3 OR). Diese Konsolidierungspflicht soll aufgehoben werden.<sup>107</sup>

## 5. Prüfung, Genehmigung und Offenlegung

### a) Prüfung

Eine AG oder GmbH, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet ist, unterliegt zwingend der ordentlichen Revision und muss die Konzernrechnung ordentlich prüfen lassen (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 3 bzw. Art. 818 OR).<sup>108</sup>

Art. 963b Abs. 2 i.V.m. Art. 962a Abs. 3 OR stipuliert eine generelle Pflicht, die nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellte Konzernrechnung ordentlich prüfen zu lassen. Auch aufgrund dieser Bestimmung kann die Pflicht aber nur gelten, wenn die Gesellschaft verpflichtet ist, eine solche Konzernrechnung zu erstellen. Wird die Konzernrechnung freiwillig aufgrund einer Initiative des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans erstellt, dann muss sie nicht geprüft werden.<sup>109</sup> Gleiches muss gelten, wenn Minderheitsgesellschafter die Erstel-

lung einer Konzernrechnung verlangen und ausdrücklich auf eine Prüfung verzichten.

### b) Genehmigung

Die Konzernrechnung muss als Teil des Geschäftsberichts innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres erstellt und dem zuständigen Organ zur Genehmigung vorgelegt werden. Zudem ist sie vom Vorsitzenden des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung und der innerhalb des Unternehmens für die Rechnungslegung zuständigen Person zu unterzeichnen (Art. 958 Abs. 3 OR).

Die Frist von sechs Monaten galt bis anhin schon im Aktienrecht, weil innert dieser Frist die ordentliche Generalversammlung durchgeführt werden muss (Art. 699 Abs. 2 OR).<sup>110</sup> Bei dieser Frist handelt es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift.<sup>111</sup>

Die Genehmigung der Konzernrechnung wird nicht im Rechnungslegungsrecht geregelt, sondern richtet sich nach den Bestimmungen der jeweiligen Gesellschaftsform. Da die Konzernrechnung eine Rechnung der kontrollierenden Gesellschaft ist,<sup>112</sup> sind die auf die Holdinggesellschaft anwendbaren Vorschriften massgebend. Bei der AG und GmbH müssen die General- bzw. Gesellschafterversammlung die Konzernrechnung genehmigen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 bzw. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

### c) Offenlegung

Die Konzernrechnung muss selbstredend all jenen Personen zugänglich gemacht werden, die sie genehmigen müssen, d.h. bei der AG den Aktionären und bei der GmbH den Gesellschaftern. Die Form der Offenlegung ist wiederum gesellschaftsspezifisch: Einsichtnahme am Gesellschaftssitz bzw. Zustellung auf Verlangen bei der AG (Art. 696 Abs. 1 OR) und unaufgeforderte Zustellung bei der GmbH (Art. 801a Abs. 1 OR). Bei der AG haben zudem die Partizipanten diesbezüglich die gleichen Rechte wie die Aktionäre.<sup>113</sup>

Die Offenlegung der Konzernrechnung gegenüber Dritten entspricht der bisherigen aktienrechtli-

<sup>105</sup> *Conrad Meyer*, Kommentar zu Art. 963b OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 963b N 7.

<sup>106</sup> Gl.M. *Lipp* (Fn. 8), OR 963b N 8; *Böckli* (Fn. 11), N 1159, Fn. 2067; wohl auch *Meyer* (Fn. 105), OR 963b N 7.

<sup>107</sup> Vgl. dazu unten IV.

<sup>108</sup> *Meyer* (Fn. 105), OR 963b N 3.

<sup>109</sup> Wohl gl.M. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004 3969, 4013. A.M. *Meyer* (Fn. 105), OR 963b N 32.

<sup>110</sup> *Lukas Glanzmann*, Das neue Rechnungslegungsrecht, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Zürich 2013, 251–289, 259.

<sup>111</sup> *Glanzmann* (Fn. 3), § 25 N 84; *Böckli* (Fn. 11), N 117.

<sup>112</sup> Vgl. vorne III.3.

<sup>113</sup> Vgl. vorne III.2.c)bb).

chen Regelung<sup>114</sup> und ist neu rechtsformneutral in Art. 958e OR geregelt. Gesellschaften, die an einer Börse kotiert sind oder Anleiheobligationen ausstehend haben, müssen die Konzernrechnung zusammen mit der Jahresrechnung und den Revisionsberichten nach deren Genehmigung im SHAB publizieren oder Dritten auf Begehren ein individuelles Exemplar aushändigen (Art. 958e Abs. 1 OR). Der Dritte muss dafür kein Interesse nachweisen.<sup>115</sup> Andere Unternehmen haben den Gläubigern, die ein «schutzwürdiges Interesse» nachweisen,<sup>116</sup> Einsicht in die Konzernrechnung zu gewähren (Art. 958e Abs. 2 OR).

## 6. Erleichterungen aufgrund einer Konzernrechnung

Eine Gesellschaft, die Teil eines Konzerns ist, profitiert in zwei Fällen im Einzelabschluss von Erleichterungen:

Einerseits kann sich die Gesellschaft der Pflicht zur Rechnungslegung nach den Vorschriften für grössere Unternehmen entziehen, d.h., sie kann auf die zusätzlichen Angaben im Anhang zur Jahresrechnung, die Geldflussrechnung und den Lagebericht verzichten. Ein solcher Verzicht ist zulässig, wenn die Gesellschaft selbst oder eine Konzernobergesellschaft eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellt (Art. 961d Abs. 1 OR). Die Erleichterungen gelten auch, wenn nach anerkanntem Standard kein Lagebericht zu erstellen ist. In der Lehre ist umstritten, ob eine nach gleichwertigen ausländischen Vorschriften<sup>117</sup> oder nach Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung erstellte Konzernrechnung ebenfalls pflichtbefreiend wirkt.<sup>118</sup> Die Pflichtbefreiung tritt nicht ein, wenn Gesellschafter, die mindestens 10% des Grundkapitals vertreten oder einer persönlichen Haftung oder Nachschusspflicht unterliegen, eine Rechnungslegung nach den

Vorschriften für grössere Unternehmen verlangen (Art. 961d Abs. 2 OR).<sup>119</sup>

Andererseits ist eine Gesellschaft, die zur Erstellung eines Einzelabschlusses nach einem anerkannten Standard verpflichtet ist, von dieser Pflicht befreit, wenn eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard erstellt wird (Art. 962 Abs. 3 OR). In der Lehre ist umstritten, ob die Befreiung nur eintritt, wenn die Gesellschaft selber eine Konzernrechnung erstellt.<sup>120</sup> Nach der hier vertretenen Meinung hat auch eine von einer Konzernobergesellschaft erstellte Konzernrechnung diese befreiende Wirkung, da der Wortlaut des Art. 962 Abs. 3 OR nicht bestimmt, wer diese erstellen muss. Zudem gilt diese Befreiung im Gegensatz zu Art. 961d OR auch dann, wenn Minderheiten die Erstellung eines Einzelabschlusses nach einem anerkannten Standard verlangen.<sup>121</sup>

## IV. Schlussbemerkungen

Der Konzern ist zwar mit dem neuen Rechnungslegungsrecht eingehender geregelt worden, doch sind manche dieser Bestimmungen unklar oder widersprüchlich. So bietet auch das neue Rechnungslegungsrecht viel Raum für Interpretationen, was wegen der Bedeutung der Materie und der möglichen Haftungsfolgen bedauerlich ist.

Leider ist in der laufenden Aktienrechtsrevision nicht vorgesehen, diese Unklarheiten und Unstimmigkeiten zu beseitigen. Dafür wurde vorgeschlagen, die Schwellenwerte für die Befreiung von der Konsolidierungspflicht zu erhöhen und die Konsolidierung nach Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung abzuschaffen.<sup>122</sup> Der Grund dafür ist, dass die Buchwertkonsolidierung nur koste und nichts bringe. Diese Meinung verkennt, dass diese Konzernrechnung zumindest in der Unternehmenskrise eine Bedeutung hat. Damit lässt sich nämlich feststellen, ob der «Konzern-Kuchen» ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen. Falls dies der Fall ist, müssen die Vermögenswerte nur noch in die richtigen Unternehmen transferiert werden können. Andernfalls bringt in der Regel auch ein Umherschleichen von Vermögenswerten nichts.

<sup>114</sup> Art. 697h aOR.

<sup>115</sup> Glanzmann (Fn. 3), § 25 N 90.

<sup>116</sup> Vgl. dazu BGE 137 III 255 E. 4.1.3 und 4.2.

<sup>117</sup> Vgl. dazu vorne III.2.b)bb).

<sup>118</sup> Zur Diskussion vgl. Glanzmann (Fn. 110), 257 f. und Florian Zihler, Kommentar zu Art. 958e, 961d, 962 OR, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, Zürich 2014, OR 961d N 6.

<sup>119</sup> Vgl. dazu vorne III.2.c)bb).

<sup>120</sup> So Zihler (Fn. 118), OR 962 N 63.

<sup>121</sup> Zihler (Fn. 118), OR 962 N 64.

<sup>122</sup> Erläuternder Bericht (Fn. 16), 54.