

Zur Einführung des Aktivenbegriffs durch das neue Aktien- und Rechnungslegungsrecht in das Schweizer Gesetz

Von lic. oec. publ. Lukas Müller*

In December 2005, the first draft of the new stock corporation and financial reporting law was published. Amongst other things, the definition of the term asset is introduced to the new code of obligations. The legal certainty concerning indebtedness and the computation of profit distribution shall hereby be stated

more precisely. The asset definition of this first draft is inspired by the International Financial Reporting Standards. The following article shows that the asset definition of the first draft remains ambiguous and has to be interpreted.

Inhaltsübersicht

I. Relevanz des Aktivenbegriffs

1. Grundproblematik
2. Gläubiger- versus Investororientierung
3. Rechtliche Folgen

II. Definitionen des Aktivenbegriffs

1. IFRS
2. Schweizer Handelsrecht
3. VE 2005

III. Fazit

Das heute geltende Rechnungslegungsrecht stammt im Wesentlichen aus dem OR von 1936.¹ Die kaufmännische Buchführung wurde mit dem Aktienrecht von 1992 um einige Normen, die für die AG und kraft Verweises teilweise auch für die GmbH sowie für Kredit- und konzessionierte Versicherungsgenossenschaften gelten, ergänzt und verschärft.² Auffallend ist, dass das heutige Handelsrecht die Rechnungslegung kasuistisch und mittels Verweises

auf die Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung (GoR) und die allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätze (aakG) normiert.³ Kasuistisch sind die Regelungen insofern, als Bilanzansatz und Bewertung in Art. 664 ff. OR für einzelne Aktiven und Verbindlichkeiten umschrieben sind, jedoch keine allgemeinen Definitionen darüber enthalten, was die Bestandteile der Bilanz sind. Bis heute bieten für die im Gesetz nicht aufgeführten Fälle nur die abstrakten Generalnormen der GoR und der aakG Anhaltspunkte, wann bestimmte Kosten als Aufwand oder wann sie als Aktivum erfasst werden dürfen und müssen. Der vorliegende Beitrag erläutert in den folgenden Abschnitten, (I.) welche Relevanz die Definition des Aktivums hat. Danach werden (II.) die Aktivenbegriffe der International Financial Reporting Standards (IFRS) und des Vorentwurfs zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom Dezember 2005 (VE 2005) erläutert, bevor (III.) der mit dem VE 2005 eingeführte Aktivenbegriff beurteilt wird.

I. Relevanz des Aktivenbegriffs

1. Grundproblematik

Anhand eines illustrativen Beispiels wird die Problematik veranschaulicht. Es wird angenommen, dass sich die Werkstoff AG das Ziel setzt, einen neuen Werkstoff zu entwickeln, der leichter und stabiler ist, als bisherige Werkstoffe. Im Jahr 2005 hat sie CHF 10 Mio. für die Erforschung des Werkstoffes ausge-

* Die Idee zu diesem Artikel entstand während der Recherche für meine Dissertation an der Universität St. Gallen. Meinem Bruder RA lic. iur. Pascal Müller danke ich für die Durchsicht des Beitrages.

¹ Vgl. BBl 1928 I 205.

² Vgl. Art. 957 ff. OR zur kaufmännischen Buchführung und Art. 662 ff. OR für das Aktienrecht. Für die GmbH siehe Art. 805 OR. Ob die Rechnungslegungsvorschriften sich nur auf den Einzelabschluss und die Reservevorschriften beziehen oder auch auf die Konzernrechnung, ist strittig (vgl. BSK OR II-Neuhaus/Brand, Art. 805 N 3-6). Voraussichtlich ab 1. Januar 2008 wird die Vorschrift – ergänzt um die Konzernrechnungspflicht – in Art. 801 OR zu finden sein; vgl. BBl 2005 7289 ff. Für die Genossenschaften s. Art. 858 OR.

³ Vgl. Art. 662a und 959 OR.

geben. Anfang des Jahres 2006 gelingt der Forschungs- und Entwicklungsabteilung der Nachweis, dass der neue Werkstoff die geforderten Qualitätsstandards erfüllt. Nun müssen die notwendigen Maschinen entwickelt werden, um den Werkstoff für den Markt massentauglich zu machen. Dafür fallen CHF 12 Mio. an. Um den neuen Werkstoff zu vermarkten, werden zusätzlich CHF 1 Mio. budgetiert. Es wird erwartet, dass das Entwicklungsprojekt ab Ende 2006 jährlich CHF 5 Mio. an Einnahmen generiert.

Es fragt sich nun, wie die Erforschung des Werkstoffes, die Umsetzung für den Massenmarkt, die Werbemassnahmen und auch der erwartete ökonomische Nutzen bilanziell behandelt werden sollen. In einem Extremfall würden alle Kosten jeweils als Aufwand wirksam, was wiederum den Periodengewinn schmälert. Beim anderen Extremfall würden alle Kosten als Aktiven angesetzt und allenfalls erst in der Folgebewertung – wenn überhaupt – abgeschrieben. Denkbar wäre auch, dass im aktivierungsfreundlicheren Fall zusätzlich der Ertragswert der künftigen Einnahmen im Sinne eines dynamischen Bilanzverständnisses als Aktivum betrachtet wird.⁴

2. Gläubiger- versus Investororientierung

Die Definition des Aktivums hängt eng mit den vom Bilanzsteller und vom Gesetzgeber gewählten Grundannahmen der Rechnungslegung zusammen.⁵ Rechnungslegungsregeln werden allgemein in eher gläubigerschutz- und eher investororientierte Normen unterteilt. Als gläubigerschutzorientiert gelten die Normen des OR und des HGB, als investororientiert gelten die privaten und internationalen Rechnungslegungsregeln wie Swiss GAAP FER, IFRS und US GAAP. Die gesamte Kultur, die Insolvenz- und Steuernormen sowie die ökonomischen Gegebenheiten prägen die Ausgestaltung von Rechnungslegungsnormen.

Typischerweise finden sich in gläubigerschutzorientierten Rechnungslegungswerken, die ihren Ursprung in Kontinentaleuropa haben, das Realisationsprinzip und das Imparitätsprinzip.⁶ Mit dem Realisationsprinzip darf ein Ertrag erst verbucht

werden, wenn er tatsächlich realisiert ist. Das Imparitätsprinzip besagt, dass drohende oder realisierte Verluste unmittelbar berücksichtigt werden müssen. Zusätzlich werden in gläubigerschutzorientierten Rechnungslegungsnormen häufig Gewinnausschüttungsobergrenzen, Überschuldungs- und Verlustanzeigepflichten sowie strenge Zwangsreservevorschriften an den handelsrechtlichen Jahresabschluss gebunden.⁷ Ferner ist die Zulässigkeit von stillen Reserven unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes nichts Ungewöhnliches. Ausserdem bilden historische Anschaffungskosten i.d.R. die Bilanzierungsansatzbewertungsbasis.⁸ Die Betonung von Bilanz- bzw. Bestandesgrössen ist typisch für kontinentaleuropäische Regelwerke. Namentlich weil häufig die Gewinnausschüttung, Kapitalschutzbestimmungen und auch das Insolvenzrecht an das Verhältnis von Aktiven und Fremdkapital bzw. Eigenkapital anknüpfen, ist die Aktivierungsfrage entscheidend.⁹

Anglo-amerikanisch geprägte Rechnungslegungsstandards kennen traditionell die *true and fair view*¹⁰ als Generalnorm. Das Oberziel ist, die wirtschaftliche Lage wahr und sachgerecht wiederzugeben. Ein Abschluss mit der *true and fair view* soll den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen und dem Rechnungslegungsadressaten keine falschen Tatsachen vorspiegeln. Beispielsweise wäre ein Gewinn sprung, der durch die im Rahmen der Einzelnormen zulässigen (oder vorgeschriebenen) Änderungen von Bewertungsvorschriften zustande kommt, im Endeffekt *true* aber nicht *fair*. Die Änderungen der Bewertungsmethode müssen dann offengelegt und begründet werden (IAS 1.17). Die anglo-amerikanische Sichtweise ist – auch dank des historischen, ökonomischen und kulturellen Umfeldes – traditionell sehr stark auf den Kapitalmarkt ausgerichtet. Die vermittelten Informationen müssen für den Adressaten verständlich, relevant, verlässlich und vergleichbar sein.¹¹ Der In-

⁴ Vgl. Schmalenbach, Dynamische Bilanz, 13. A. Köln/Opladen 1962, 51.

⁵ Gl. M. Pellens/Fülbier/Gassen, Internationale Rechnungslegung, 6. A. Stuttgart 2006, 15 ff.

⁶ Vgl. Pellens/Fülbier/Gassen (Fn. 5), 123.

⁷ Z.B. Art. 671, 716a und 725 OR. In Deutschland z.B. §§ 58, 92, 150 ff. AktG.

⁸ Art. 665 i.V.m. Art. 669 OR. In Deutschland z.B. §§ 253 und 280 HGB.

⁹ So z.B. Art. 660 Abs. 1 oder Art. 725 OR. Für das deutsche Recht: §§ 58, 92 AktG oder § 19 InsO.

¹⁰ Die IFRS verwenden das Synonym *fair presentation* (IAS 1.13). Zu diesen beiden Generalnormen vgl. Cotting/Boemle, True and fair View-Konzept versus Fair Presentation, ST 74 (2000) 788.

¹¹ Vgl. IASB RK. 24 ff; ähnliche Zieldefinition für US GAAP in Statement of Financial Accounting Concepts No. 2.

vestor soll seine Anlageentscheidung aufgrund der Unternehmenspublizität treffen können. So erstaunt es auch nicht, dass statt der historischen Kosten eher gegenwarts- oder zukunftsgerichtete Marktwerte bzw. *fair values* verwendet werden. Anglo-amerikanische Rechnungslegungsstandards setzen den Fokus eher auf Fluss- statt Bestandesgrössen. Ein weiteres Merkmal der *true and fair view* Philosophie ist, dass der handelsrechtliche bzw. für den Kapitalmarkt massgebliche Abschluss in anglo-amerikanisch geprägten Ländern typischerweise nicht für den Steuerabschluss relevant ist.¹² Man verwendet stattdessen eigens erstellte Steuerabschlüsse. Gewinne und Eigenkapital sind auch deshalb in anglo-amerikanisch geprägten Abschlüssen eher volatil als bei gläubigerschutzorientierten Regelwerken.¹³

3. Rechtliche Folgen

Ob nun Kosten als Aktivum angesetzt oder ob sie als Aufwand erfasst werden, hat nicht nur bilanztechnisch gesehen Folgen, sondern auch rechtlich und fiskalisch.

Allgemein gilt, dass der handelsrechtliche Abschluss für die Steuern massgeblich ist. Damit ergibt sich beispielsweise auch der steuerbare Reingewinn gemäss Art. 58 DBG. Wenn Kosten als Aktivum angesetzt werden, dann erhöht dies *ceteris paribus* den heutigen Periodengewinn. In künftigen Perioden wiederum wird, da der früher bilanzierte Vermögenswert abgeschrieben wird, der Gewinn um den Abschreibungsbetrag kleiner als wenn alle Kosten schon von Anfang an als Aufwand erfasst würden. Über lange Sicht ergeben das Eigenkapital und der über alle Perioden generierte Gewinn in beiden Varianten die gleiche Summe, sofern man vom Zeitwert des Geldes und von steuerlichen Einflüssen abstrahiert.

Problematisch wird die Betrachtung, wenn die Generalversammlung den Jahresbericht zu genehmigen und über die Verwendung des Bilanzgewinnes zu beschliessen hat.¹⁴ Theoretisch könnten bei einer all-

zu grosszügigen Handhabung der Bilanzierungsvorschriften Gewinne ausgeschüttet werden, die noch nicht realisiert wurden und es im schlimmsten Fall auch nie werden. Sofern zu viele liquide Mittel ausgeschüttet werden, könnte eine Gesellschaft in schlechten Zeiten in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Denkbar wäre auch, dass ihre Aktiven zunehmend kleiner werden und damit die Deckung der Verbindlichkeiten – zumindest im statischen bzw. stichtagsbezogenen Vergleich – gefährdet ist. Sofern die Jahresbilanz die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr deckt, muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen.¹⁵ Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare und die unentziehbare Pflicht, den Richter im Falle einer Überschuldung zu benachrichtigen.¹⁶ Die Beurteilung der finanziellen Lage gestaltet sich umso schwieriger, da in manchen Fällen strittig sein könnte, welche Kosten als Aktiven und welche als Aufwand zu erfassen sind.

II. Definitionen des Aktivenbegriffs

4. IFRS

Bei den IFRS¹⁷ handelt es sich um private Regeln des International Accounting Standards Board (IASB). Das IASB hat in seinem Rahmenkonzept (IASB RK) allgemeine Definitionen erlassen, was unter den Bestandteilen des Geschäftsberichts zu verstehen ist. IASB RK.49(a) definiert einen Vermögenswert wie folgt:

«Ein Vermögenswert ist eine in der Verfügungsmacht des Unternehmens stehende Ressource, die ein Ergebnis von Ereignissen der Vergangenheit darstellt, und von der erwartet wird, dass dem Unternehmen aus ihr künftiger wirtschaftlicher Nutzen zufließt.»

¹² Vgl. z.B. Section 446 des Internal Revenue Code. Siehe auch *Haller/Walton*, Unternehmenspublizität im Spannungsfeld nationaler Prägung und internationaler Harmonisierung, in: *Haller/Raffournier/Walton* (Hrsg.), Unternehmenspublizität im internationalen Wettbewerb, Stuttgart 2000, 13.

¹³ Vgl. *Hillmer*, Internationale Rechnungslegung für börsenunabhängige Unternehmen?, *KoR* 7 (2007) 167.

¹⁴ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 und 4 OR.

¹⁵ Vgl. Art. 725 Abs. 1 OR. Die genaue Berechnung dieser Schwelle ist freilich umstritten. Vgl. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 196; *ZK-Homburger*, OR Art. 725 N 1205; anders bei *Böckli*, Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, *ZBJV* 138 (2002) 721 und *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 N 724 ff.

¹⁶ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR.

¹⁷ Frühere IFRS-Standards wurden als International Accounting Standards (IAS) erlassen. Es handelt sich, trotz der unterschiedlichen Bezeichnungen, um das gleiche Regelwerk.

Damit wird der Vermögenswert abstrakt definiert (*abstrakte Aktivierbarkeit*). Die Definition besteht aus drei Teilen:

- *Künftiger ökonomischer Nutzen*: Der künftige ökonomische Nutzen besteht in einem Zufluss an Mitteln oder in einer Ersparnis an künftigen Kosten. Dies steht im Gegensatz zur Verbindlichkeit, bei der ein künftiger Mittelabfluss erwartet wird.¹⁸
- *Verfügungsmacht über Ressource*: Die bilanzierende Organisation muss die Verfügungsmacht über den zu bilanzierenden Vermögenswert haben. Darunter versteht man nicht das Eigentum über eine Ressource, sondern die effektive, ökonomische Kontrolle. Ein geleastes Flugzeug beispielsweise befindet sich, auch wenn es nicht im Eigentum der Fluggesellschaft steht, dank dem Leasingvertrag in der Verfügungsmacht des bilanzierenden Unternehmens.¹⁹
- *Vergangenes Ereignis*: Die Ressource muss aus einem vergangenen Ereignis stammen. Es genügt nicht, wenn man Pläne hat, eine bestimmte Tätigkeit in Zukunft umzusetzen, die dann einen ökonomischen Nutzen generieren könnte.²⁰

Damit ein Vermögenswert in der Bilanz als *Aktivum* eingesetzt werden darf (*konkrete Aktivierbarkeit*), müssen zwei weitere Bedingungen erfüllt sein:²¹

- *Wahrscheinlichkeit des Nutzenzuflusses*: Ein Nutzenzufluss gemäss IASB RK liegt vor, wenn die Wahrscheinlichkeit des Nutzenzuflusses wesentlich über 50% liegt.²²
- *Verlässliche Mess- bzw. Bewertbarkeit*: Verlässlich mess- oder bewertbar ist ein Vermögenswert, wenn dessen Bewertung frei von wesentlichen Fehlern und von verzerrenden Einflüssen möglich ist.²³ Mit einem geeigneten betrieblichen Kostensystem ist diese Schätzung genügend verlässlich möglich.

In den IFRS gibt es zu zahlreichen Geschäftsvorfällen noch viel detailliertere Normen, wann ein Ver-

mögenswert angesetzt werden soll und zu welchem Wert die Erst- und die Folgebewertung erfolgen soll. Allgemein lässt sich jedoch sagen, dass die IFRS als investororientiertes Regelwerk sehr viel stärker Markt- oder Zukunftswerte (oder zumindest Schätzungen ebendieser) zulassen als es dies ein gläubigerorientiertes Rechnungslegungsregelwerk wie z.B. das OR erlaubt. So ist es beispielsweise im Rahmen eines IFRS-Abschlusses unter gewissen (sehr strengen) Bedingungen möglich, die künftigen Einnahmen aus einem langfristigen Fertigungsauftrag mit der Durchbrechung des Realisationsprinzips, nach IAS 11 entsprechend dem Leistungsfortschritt zu bilanzieren.²⁴ Auch bei Wertpapieren oder bei Immobilien ist eine Bilanzierung zu höheren Werten als den Anschaffungs- oder Herstellungskosten möglich, sofern der Marktwert diese übersteigt. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Missachtung des Realisationsprinzips und damit eine zunehmende Annäherung an Marktwerte die Ausfallrisiken für den Gläubiger erhöhen. Der Eigenkapitalgeber, der die Residualansprüche ausbezahlt, statt dass er – wie der Gläubiger – eine fixe, vertraglich vereinbarte Schuld beglichen erhält, gewinnt durch die Bewertung zu *fair values* einen zusätzlichen Informationsmehrwert.

5. Schweizer Handelsrecht

Im OR existiert bisher keine Definition, was einen Vermögenswert ausmacht. Wenn man auf die GoR bzw. aakG abstützt, dann kann sich das Gericht auf die bewährte Lehre berufen, die einen mit dem IASB RK vergleichbaren Definitionsversuch liefert. Gemäss *Käfer* verkörpern die Aktiven «Erwartungen (Chancen) zukünftigen unentgeltlichen Geld-, Güter- und Leistungszugangs zugunsten der Unternehmung (unentgeltlich = ohne oder ohne weitere eigene Gegenleistung); es sind Netto-Zugänge-erbringende Objekte, Rechte und Verhältnisse.»²⁵ In *Käfers* Definition finden sich dieselben drei Elemente, die einen Vermögenswert ausmachen, wie dies in IASB

¹⁸ IASB RK.49(b).

¹⁹ Vgl. IASB RK.51.

²⁰ Vgl. *Bohl/Mangliers*, Beck'sches IFRS-Handbuch, 2. A. München 2006, § 2 N 43.

²¹ Vgl. IASB RK.83.

²² Vgl. *Wagenhofer*, Internationale Rechnungslegungsstandards – IAS/IFRS, 4. A. Augsburg 2005, 329 f.

²³ Vgl. IASB RK.31.

²⁴ IAS 11.22: «Ist das Ergebnis eines Fertigungsauftrages verlässlich zu schätzen, so sind die Auftragslöse und Auftragskosten in Verbindung mit diesem Fertigungsauftrag entsprechend dem Leistungsfortschritt am Bilanzstichtag jeweils als Erträge und Aufwendungen zu erfassen.»

²⁵ BK-*Käfer*, OR Art. 958 N 304.

RK.49(a) der Fall ist. Die konkrete Ansatzfähigkeit grenzt *Käfer* – im Gegensatz zu IASB RK.83 – nicht näher ein. Es entspricht jedoch der langjährigen Praxis, dass Vermögenswerte nur aktiviert werden können, wenn ihr Nutzenzufluss wahrscheinlich ist und sie verlässlich schätz- oder bewertbar sind. Im Aktienrecht gilt beispielsweise, dass das Anlagevermögen höchstens zu den fortgeführten historischen Kosten angesetzt werden darf.²⁶ Künftige Erträge dürfen folglich erst verbucht werden, sobald sie realisiert wurden. Das sind typische Ausprägungen des Imparitäts- und des Realisationsprinzips.

6. VE 2005

Der VE 2005 bringt nun – endlich – die gesetzliche Definition ein, was ein Aktivum ist:

«Vermögenswerte müssen als Aktiven bilanziert werden, wenn auf Grund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann. Andere Vermögenswerte dürfen nicht bilanziert werden.»²⁷

Auf den ersten Blick scheint die Definition von Art. 959 Abs. 2 VE 2005 aus IASB RK.49(a) übernommen. Dies erstaunt nicht, da der Vorentwurf zum Rechnungslegungsteil von Prof. Dr. *Giorgio Behr*, einem ausgewiesenen Experten für die internationale Rechnungslegung, konzipiert wurde. Doch im Vergleich zur Aktiven-Definition des IASB fällt auf, dass in der im VE 2005 aufgestellten Aktiven-Definition ein zusätzlicher, auslegungsbedürftiger Begriff verwendet wird: Der «Vermögenswert»!

Es ist nun auch nach VE 2005 weiterhin unklar, was genau ein Aktivum ist, solange nicht definiert wird, was einen Vermögenswert – das für das Aktivum begriffsnotwendige Element – genau ausmacht. Im Folgenden sind die Begriffselemente des Aktivums gemäss Art. 959 Abs. 2 VE 2005 aufgelistet:

- *Vermögenswert*: Gemäss *Rey* ist als Vermögen «die Gesamtheit der einer Person zustehenden geldwerten Güter» zu betrachten.²⁸ Die geldwerten Güter können materieller oder immaterieller

ler Natur sein. Einen Geldwert können die Güter haben, wenn sie ein Kosteneinsparungspotenzial, einen Nutzungs-, Tausch-, Liquidations- oder Ertragswert haben. Sofern der in Art. 959 Abs. 2 VE 2005 definierte Aktivenbegriff auch derivativen Goodwill als Aktivum zulassen will, muss der Begriff des Vermögenswertes über den sachenrechtlichen Begriff hinausgehen, da derivativer Goodwill im Prinzip die Differenz zwischen dem für ein erworbenes Unternehmen bezahlten Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert seiner Nettoaktiven entspricht. Es handelt sich hierbei nach internationaler Rechnungslegungspraxis um zukünftige Erwartungen, die, solange sie werthaltig erscheinen, auf der Aktivenseite bilanziert werden. Der Goodwill lässt sich nicht vom Rest der bilanzierten Organisation trennen und auf andere Individuen übertragen, weshalb Goodwill an sich keinen Vermögenswert gemäss IASB RK.49(a) darstellt. Er steht den Gläubigern auch nicht als Haftungssubstrat zur Verfügung. Gemäss Art. 960 Abs. 1 VE 2005 müssen Aktiven einzeln bewertet werden. Doch genau das ist beim Goodwill das Problem. Er lässt sich nicht vom Rest eines Betriebes separieren und was genau der (derivative) Goodwill – ein für eine Unternehmung bezahlter Mehrwert – ausmacht, ist im Tagesgeschäft nicht zweifelsfrei von den restlichen Vermögenswerten unterscheidbar.²⁹ Er ergibt sich als eine Synergie aller Faktoren, mit denen die Unternehmung wirkt. Das könnte man als Ertragswert des Goodwills interpretieren. Aber auch wenn der Goodwill kein Vermögenswert sein mag, wird er trotzdem nach internationalen Rechnungslegungsnormen regelmässig wie ein Vermögenswert behandelt.³⁰ Es fragt sich, inwiefern ein Goodwill aktiviert werden darf, sofern er keinen Vermögenswert darstellt. Im Begleitbericht zum VE 2005 wird der derivative Goodwill als immaterieller Vermögenswert gemäss Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 Bst. c VE 2005, mit aktivierbarem Know-how oder immaterialgüterrechtlich geschützten, immateriellen Vermögenswerten gleichgesetzt.³¹ Art. 958 Abs. 1 des VE 2005 verlangt, dass die Rechnungslegung die «wirtschaftliche Lage des

²⁶ Vgl. 665 i.V.m. Art. 669 Abs. 1 OR. In der Erstbewertung entsprechen die historischen Kosten dem *fair value*. Im Rahmen der Folgebewertung können die fortgeführten historischen Kosten und der *fair value* voneinander abweichen.

²⁷ Art. 959 Abs. 2 VE 2005.

²⁸ Vgl. *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 2. A. Bern 2000, N 131.

²⁹ Vgl. *Johnson/Petrone*, Is Goodwill an Asset?, *Accounting Horizons* 12 (1998) 295 ff.

³⁰ Siehe z. B. IFRS 3. A.

³¹ Vgl. Begleitbericht zum VE 2005, 103.

Unternehmens, insbesondere die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage», so darstellen soll, dass «sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können.» Gemäss herrschender Lehre und auch nach internationalen Standards zeigt die Aktivierung von derivativem Goodwill die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens besser.³² Theoretisch könnten auch selber erstellte Marken unter den Vermögensbegriff subsumiert werden. Nach internationaler Praxis ist die Aktivierung selbst erstellter Marken verpönt,³³ nach Swiss GAAP FER ist sie möglich.³⁴ Grundsätzlich steht auch einer Aktivierung der selbst erstellten Marken unter dem Regime des Vorentwurfes nichts im Wege.

Die restlichen fünf Begriffselemente von Art. 959 Abs. 2 VE 2005 können – müssen jedoch nicht – analog dem IASB RK ausgelegt werden (siehe hierzu oben II.1):³⁵

- *Künftiger ökonomischer Nutzen;*
- *Verfügbarmacht über Ressource;*
- *vergangenes Ereignis;*
- *Wahrscheinlichkeit des Nutzenzuflusses;*
- *verlässliche Mess- bzw. Bewertbarkeit.*

Ein Bilanzposten aus dem heutigen Aktienrecht würde mit den neuen Rechnungslegungsvorschriften verschwinden. Wendet man die Aktivierungsvoraussetzungen auf die Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten gemäss Art. 664 OR an – diese Bestimmung wird im VE 2005 ohnehin aufgehoben –, dann stellt man fest, dass sie nicht mehr bilanzierbar sind, da aus ihnen kein künftiger ökonomischer Nutzen zufliesst.

Art. 960 VE 2005 hält die Bewertungsgrundsätze fest. Allgemein sollen Aktiven und Verbindlichkeiten einzeln bewerten werden. Die Bewertung soll vorsichtig geschehen. Gewillkürte Reserven dürfen jedoch nicht entstehen. In der Erstbewertung sollen Aktiven zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten bewertet werden. Die Folgebewertung erfolgt zu fort-

geführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten.³⁶ Für einzelne Arten von Aktiven werden Vorbehalte gemacht.³⁷ Grundsätzlich ändert sich, was die Bewertung der Aktiven betrifft, im Vergleich zum alten Aktienrecht nichts, lediglich die Formulierung wird präzisiert. Was jedoch verändert werden könnte, ist die Klarstellung, was für Vermögenswerte überhaupt als Aktiven angesetzt werden dürfen.

III. Fazit

Der VE 2005 soll die Definition des Aktivums in das Gesetz einführen. Die Definition ist vom IASB RK inspiriert, jedoch gegenüber der IASB-Definition um einen zusätzlichen auslegungsbedürftigen Begriff – den Vermögenswert – erweitert bzw. verändert. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte und die Rechnungslegungspraxis den Aktivenbegriff konkretisieren. Der Rechtsvergleich mit gemäss schweizerischem Recht kompatiblen Bilanzierungsnormen scheint hierfür geeignet zu sein. Da sich der VE 2005 auf internationale Rechnungslegungsnormen abstützt, scheint eine europakonforme Auslegung mit Hilfe internationaler Rechnungslegungsstandards, wie sie auch der EuGH in einem Vorlageentscheid anwendet, sinnvoll.³⁸ Im Vergleich zum IASB-Aktivenbegriff wird im VE 2005 nicht zwischen abstrakter und konkreter Aktivierbarkeit unterschieden. Daher rühren die Probleme bei der Auslegung, was genau ein Vermögenswert sein soll bzw. ob eine bestimmte Ressource als Vermögenswert behandelt werden darf; entsprechend ist die Frage zu prüfen, ob die Ansatznorm von Art. 959 Abs. 2 VE 2005 auf die betrachtete Ressource anwendbar ist.

Wenn man Art. 959a Abs. 2 OR und Art. 960 Abs.1 VE 2005 strikte auslegt, dürfte z. B. ein derivativer Goodwill nicht mehr bilanziert werden. Es sei denn, dass für ihn eine Ausnahmeregelung geschaf-

³² Vgl. *Pellens/Fühlbier/Gassen* (Fn. 5), 667 f.

³³ IAS 38.63.

³⁴ Vgl. Swiss GAAP FER 10 Ziff. 2 und 4.

³⁵ Die konkrete Operationalisierung mag durchaus vom IASB RK differieren. Beispielsweise mag die Wahrscheinlichkeit des Nutzenzuflusses nahe über 50%, wesentlich über 50%, nahe 100% oder gar 100% betragen. In diesem Beitrag wird auf diese fünf Begriffselemente nicht näher eingegangen. Je nach konkret vorliegendem Vermögenswert mögen sie auch unterschiedlich interpretiert werden.

³⁶ Vgl. Art. 960a Abs. 1 und 2 VE 2005.

³⁷ Vgl. Art. 960b VE 2005. Diese Regelung wird gegenüber Art. 667 Abs. 1 OR leicht modifiziert.

³⁸ Vgl. EuGH-Urteil vom 7.1.2003, Rs. C-306/99. Der EuGH-Vorlageentscheid wird von *Thomas Berndt* sehr treffend besprochen: *Berndt*, BB-Kommentar: FG-Urteil zu «BIAO»: Heranziehung von IAS zur Auslegung der Jahresabschlussrichtlinie, BB 59 (2004) 1220. Der Rechtsvergleich und die Bezugnahme auf deutsche Normen wurden ansatzweise schon in BGE 72 II 296 zur Auslegung von Bilanzierungsnormen angewendet.

fen wird, die es auch erlaubt, andere Werte statt nur die Vermögenswerte zu aktivieren. Ob der Gesetzgeber im Begleitbericht mit der Subsumtion unter die immateriellen Anlagen, wie es dort suggeriert wird, den derivativen Goodwill per definitionem als Aktivum festlegt, ist aus dem Vorentwurf allein nicht ersichtlich.³⁹ Die Bilanzierung von selbst erstellten Marken scheint möglich, wenn auch verbunden mit sehr viel Manipulationsspielraum. Allerdings steht zweifellos fest, dass der Begriff «Vermögenswert»

von der Gerichtspraxis und der Lehre zu präzisieren ist. Solange nicht klargestellt wird, was als Vermögenswert zu betrachten ist, besteht Manipulationsspielraum. Eine präzisere, allenfalls wörtliche Übernahme der abstrakten und konkreten Aktivierungsvoraussetzungen vom IASB RK würde die Auslegungsbedürftigkeit der Definition von Art. 959 Abs. 2 VE 2005 verringern, da der Vermögensbegriff im IASB RK klarer definiert wird.

³⁹ Vgl. Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 Bst. c VE 2005 und den Begleitbericht zum VE 2005, 103.