

Lukas Müller*

Die Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill im Lichte der internationalen Rechnungslegung

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sacheinlage
- III. Rechnungslegungsstandards
 1. Abschluss nach OR
 2. Swiss GAAP FER
 3. Internationale Rechnungslegungsstandards
- IV. Auslegung der gesetzlichen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften nach rechtsvergleichender Methode
 1. Allgemeines
 2. Einzelabschluss
 3. Konzernabschluss
- V. Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill
 1. Immaterielle Vermögenswerte
 - 1.1 Definition
 - 1.2 Derivative vs. originäre immaterielle Vermögenswerte
 - 1.3 Sacheinlagefähigkeit
 - a. Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten
 - b. Forschungs- und Entwicklungskosten
 - c. Patente und Patentanmeldungen
 - d. Marken
 - e. Lizenzen
 - f. Domains
 - g. Websites
 - h. Kundenstämme
 2. Goodwill
 - 2.1 Definition
 - 2.2 Sacheinlagefähigkeit
 - a. Buchungsbeispiel
 - b. Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit
- VI. Fazit

I. Einleitung

Wirtschaftlich bedeutende Unternehmen erstellen nicht nur einen Abschluss nach schweizerischem Obligationenrecht (OR), sondern auch nach einem privaten Rechnungslegungswerk wie z. B. den International Financial Reporting Standards (IFRS), den United States Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP) oder

den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (Swiss GAAP FER). Häufig sind die Anspruchsgruppen einer Unternehmung ob der Fülle an – sich teilweise widersprechenden – Informationen überfordert. Für viele Adressaten der Rechnungslegung ist es insbesondere schwierig geworden, zu beurteilen, in welchem Verhältnis die privaten Rechnungslegungswerke zum OR-Abschluss stehen. Der vorliegende Beitrag bezweckt, diese Frage am Beispiel der Sacheinlage zu erklären. Zuerst wird die Sacheinlage (II.) dargestellt, bevor ein kurzer Überblick über Rechnungslegungsstandards (III.) erfolgt. Anschliessend wird gezeigt, in welchem Verhältnis die Rechnungslegungsstandards zum Schweizer Recht stehen (IV.) bzw. wie sie i.w.S. zu den Grundsätzen der ordnungsmässigen Rechnungslegung (GoR) gehören. Zum Schluss wird erörtert, unter welchen Voraussetzungen immaterielles Anlagevermögen und Goodwill sacheinlagefähig sind (V.).

II. Sacheinlage

Bei der Sacheinlage geht es darum, den Nennwert des gezeichneten Aktienkapitals mittels einer Sache oder eines anderen Vermögenswertes aufzubringen.¹ Verpflichtungen zu einer Dienst- oder Arbeitsleistung sind nicht sacheinlagefähig.² Der Wert der einzubringenden Vermögenswerte muss dabei mindestens der festgelegten Einlage (einschliesslich eines allfälligen Agios) entsprechen. Das Eidgenössische Handelsregisteramt hat sich in einer Mitteilung zu den Voraussetzungen der Sacheinlage wie folgt geäussert:³

- *Bewertbarkeit bzw. Aktivierbarkeit:* Der Vermögenswert muss bewertbar sein. Als Wertmassstab

¹ Vgl. Art. 634 und Art. 628 Abs. 1 OR.

² Vgl. BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 N 3.

³ Vgl. EIDGENÖSSISCHES AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER, REPRAX, 2/2001, 60 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 N 10. Im neuen Aktienrecht soll die bisherige Handelsregisterpraxis zu Gesetz werden; vgl. Art. 634 Abs. 1 des Ende Dezember 2007 veröffentlichten Entwurfes zum Aktien- und Rechnungslegungsrechts (E-OR).

* Dr. oec. HSG, lic. oec. publ., Mitarbeiter am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich.

wird der Bilanzwert gemäss GoR verwendet.⁴ Massgebender Bewertungszeitpunkt ist der Handelsregistereintrag.

- **Übertragbarkeit:** Der Vermögenswert muss übertragbar sein. Es dürfen keine gesetzlichen oder vertraglichen Übertragungshindernisse vorliegen.
- **Verfügbarkeit:** Unmittelbar nach der Kapitalerhöhung oder der Gründung muss die eingelegte Sache der Gesellschaft zur Verfügung stehen.⁵
- **Verwertbarkeit:** Damit dem Gedanken der Kapitalaufbringung und dem Gläubigerschutz Rechnung getragen werden kann, muss der Vermögenswert im Krisenfall verwertbar sein. Die eingelegte Sache bzw. dessen Verwertungserlös soll damit auch im Konkursfall als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen.⁶

Diese Voraussetzungen sollen nach dem Willen des Bundesrates im Rahmen der vorgeschlagenen Aktienrechtsrevision vom 21. Dezember 2007 künftig im Gesetz selbst verankert werden (vgl. Art. 634 Abs. 1 E-OR). Pro memoria sei erwähnt, dass die Prüfungskognition des Handelsregisterführers im formellen Registerrecht umfassend, im materiellen Recht jedoch beschränkt ist.⁷ Die Revisionsstelle wird die Sacheinlage dafür umso genauer überprüfen.⁸ Die Bewertung bzw. Aktivierung in Übereinstimmung mit den GoR stellt bei der Sacheinlage oft ein Problem dar. Die Bewertungs- und Aktivierungsfrage erweist sich denn auch in der Praxis als schwierig, da verschiedene internationale Rechnungslegungsstandards existieren und es nicht immer klar ist, wie diese rechtlich zu würdigen sind. In der Praxis wird oftmals argumentiert, falls eine bestimmte Buchungstatsache nach IFRS aktiviert werden könne, eine Sache klarerweise einen Wert haben müsse und sie deshalb auch sacheinlagefähig sei. Das wird zuweilen selbst dann behauptet, wenn dessen Aktivierbarkeit nach OR meist nicht mal ansatzweise abgeklärt wurde.

III. Rechnungslegungsstandards

1. Abschluss nach OR

Jede Unternehmung, die im Handelsregister eingetragen werden muss, ist verpflichtet, die Bücher ordnungs-

gemäss zu führen.⁹ Für Aktiengesellschaften gelten dabei spezifische Vorschriften, welche über die allgemeinen Vorschriften zur kaufmännischen Buchführung hinausgehen.¹⁰ Der Gesetzgeber spricht damit im Wesentlichen die aus dem Jahre 1936 stammenden und mit der Aktienrechtsnovelle von 1992 leicht verschärften Vorschriften an. Für alle zivilrechtlichen Tatbestände wie beispielweise die Ermittlung des für die Dividendenausschüttung relevanten Gewinnes, die Feststellung der bilanziellen Unterdeckung gemäss Art. 725 OR und Art. 6 FusG¹¹ wie auch bei Zivilprozessen sind die handelsrechtlichen Vorschriften zur Buchführung und Rechnungslegung unbedingt zu beachten. Auch für alle Steuerfolgen stützt man sich – mit wenigen Korrekturen – auf den handelsrechtlichen Abschluss ab. Man spricht hierbei von der Massgeblichkeit des Handelsrechtsabschlusses.¹² Es gilt jedoch zu bedenken, dass aufgrund der umfangreichen handelsrechtlichen Bilanzierungswahlrechte und der oftmals unklaren Regelungen die Aussagekraft eines OR-Abschlusses eher beschränkt ist.

2. Swiss GAAP FER

Kleine und mittlere Unternehmen erstellen, sobald die Informationsbedürfnisse ihrer Eigenkapitalgeber oder ihrer Gläubiger zunehmen, zusätzlich zum obligatorischen Abschluss regelmässig einen Abschluss nach den auf KMU ausgerichteten Swiss GAAP FER. Gerade im Zuge der Einführung von Basel II wird erwartet, dass Banken von ihren Kreditkunden vermehrt einen Abschluss nach Swiss GAAP FER verlangen.¹³

Die Notwendigkeit, einen Abschluss nach Swiss GAAP FER zu erstellen, kann sich jedoch auch aus Börsenreglementen ergeben. So schreibt z. B. die SWX Swiss Exchange vor, dass Unternehmen, die ihre Wertpapiere an der SWX Swiss Exchange im Segment für Immobiliengesellschaften, Investmentgesellschaften oder im SWX Local Caps-Segment kotieren möchten, (zumindest) einen Abschluss nach Swiss GAAP FER offen zu legen haben.¹⁴

⁴ Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 1 N 214. Zum Vermögenswert vgl. LUKAS MÜLLER, Zur Einführung des Aktivenbegriffes durch das neue Aktien- und Rechnungslegungsrecht in das Schweizer Gesetz, SZW 79 (2007) 298 ff. Siehe auch HWP 7.15143.

⁵ Vgl. Art. 634 Ziff. 2 OR.

⁶ Vgl. Art. 635 Ziff. 1 OR.

⁷ Vgl. Art. 940 Abs. 1 OR und Art. 32 HRegV; s. auch BGE 132 III 672 f.

⁸ Vgl. Art. 634 Ziff. 3 i.V.m. Art. 635a OR sowie Art. 652f OR.

⁹ Vgl. Art. 957 OR.

¹⁰ Vgl. Art. 660 ff. OR.

¹¹ Bei der OR-Bilanzierung gemäss Art. 6 FusG handelt es sich um eine *business combination* (so die Terminologie der internationalen Rechnungslegung; s. auch IFRS 3). Sie muss analog den Vorschriften der Konzernbilanzierung ausgelegt werden (vgl. Abschnitt IV.3), da es ökonomisch keinen Unterschied ausmacht, ob die Fusion echt oder unecht ist.

¹² Vgl. GIORGIO BEHR, Rechnungslegung, Zürich 2005, 111.

¹³ Vgl. EVELYN TEITLER-FEINBERG, Rechnungslegung als Führungsinstrument und Grundlage für die Kreditgewährung, ST 3/2007, 152 ff.

¹⁴ Vgl. Rz. 10 f. der SWX-Richtlinie betreffend Anforderungen an die Finanzberichterstattung (RLFB). Anstelle von Swiss GAAP FER sind auch Abschlüsse nach IFRS oder US GAAP zulässig.

Gesetzlich ist der Abschluss nach Swiss GAAP FER nicht vorgeschrieben.¹⁵ De lege ferenda soll allerdings ein Abschluss nach einem vom Bundesrat anerkannten Regelwerk erstellt werden, sobald die Unternehmung eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung erlangt hat oder die Gesellschafter dies verlangen.¹⁶ Swiss GAAP FER ist (neben IFRS und US GAAP) ein Regelwerk, das die künftigen gesetzlichen Anforderungen von Art. 962 f. E-OR gemäss des Entwurfes zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht vom Dezember 2007 erfüllt.

3. Internationale Rechnungslegungsstandards

Schweizerische Unternehmen, die global tätig sind oder die Wertpapiere an einer Börse kotiert haben, wenden – zusätzlich zum OR-Abschluss – einen Rechnungslegungsstandard wie beispielsweise US GAAP oder IFRS an.¹⁷ So verlangt etwa die SWX-Richtlinie betreffend Anforderungen an die Finanzberichterstattung von jedem Emittent für die Kotierung im Haupt- oder Nebensegment der SWX Swiss Exchange die Offenlegung des Jahresberichts (sowie von Halbjahres- und allenfalls Quartalsabschlüssen) gemäss einem internationalen Rechnungslegungsstandard.¹⁸ Seit Januar 2005 sind für die Kotierung am Hauptsegment nur noch IFRS oder US GAAP erlaubt. Teilweise kommt es vor, dass manche Gesellschaften ihre veröffentlichten Finanzinformationen nach mehreren privaten Rechnungslegungsstandards aufbereiten. Gerade bei Unternehmen, die an mehreren Börsen kotiert sind, ist dies oft der Fall. Ein Beispiel ist der Geschäftsbericht des Novartis Konzerns, in welchem nicht nur der Gewinn nach IFRS ausgewiesen wird, sondern auch eine Überleitungsrechnung nach US GAAP offengelegt wird.¹⁹ Bei einigen Unternehmen weichen die Gewinne um einige Hundert Millionen oder gar einige Milliarden CHF voneinander ab, obwohl alle privaten Rechnungslegungsstandards das gleiche Ziel verfolgen, nämlich die Finanz-, Vermögens- und Ertragslage den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend auszuweisen (*true and fair* bzw. *fair presentation*).²⁰ Die Differenzen in den verschiedenen Abschlussposten entstehen durch unterschiedliche Bewertungswahlrechte und Bilanzierungsvorschriften.

¹⁵ Eine Ausnahme hierzu bildet die Bankbilanzierung gemäss RRV-EBK, welche auf Swiss GAAP FER verweist.

¹⁶ Vgl. Art. 962 f. E-OR.

¹⁷ Vgl. ANN-KRISTIN ACHLEITNER/GIORGIO BEHR, *International Accounting Standards*, 3. Aufl., München 2003, 70 ff. Zur Bedeutung der Swiss GAAP FER vgl. vorstehend Abschnitt III.2.

¹⁸ Vgl. Rz. 10 ff. der SWX-Richtlinie betreffend Anforderungen an die Finanzberichterstattung (RLF). Zur Möglichkeit der Anwendung der Swiss GAAP FER vgl. vorstehend Abschnitt III.2.

¹⁹ Vgl. Novartis Geschäftsbericht 2006, 212.

²⁰ Anders im OR, nach welchem die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft *möglichst zuverlässig* beurteilt werden soll; Art. 662a Abs. 1 OR. Das ist ein Hinweis auf die Zulässigkeit von stillen Reserven, welche die *true and fair view* vernebeln können.

IFRS und US GAAP stammen aus dem angloamerikanischen Raum. Im Vergleich zum eher gläubigerschutzorientierten OR enthalten die internationalen Normen viel umfangreichere Offenlegungspflichten. IFRS und US GAAP sind denn auch sehr viel stärker auf den Eigenkapitalgeber fokussiert. Das OR ist bei der Bilanzierung von Vermögenswerten stärker auf fortgeführte historische Kosten ausgerichtet, als dies bei IFRS und US GAAP der Fall ist. Nach den internationalen Rechnungslegungsstandards werden Vermögenswerte eher zu zukünftigen oder gegenwartsbezogenen Wertansätzen bilanziert. Dem Investor soll mit dem Abschluss eine entscheidungsnützliche Information vermittelt werden (sogenannte *decision usefulness*).²¹ Die unterschiedlichen Bilanzierungsphilosophien wirken sich letztlich auch auf den ermittelten Gewinn und das Eigenkapital aus. Unternehmen weisen nach internationalen Rechnungslegungsstandards tendenziell eher einen grösseren Reinvermögenswert auf als nach gläubigerschutzorientierten Standards.²²

Allen privaten Rechnungslegungsstandards ist gemein, dass sie üblicherweise weder für die Steuerermittlung massgeblich, noch dafür konzipiert sind.

IV. Auslegung der gesetzlichen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften nach rechtsvergleichender Methode

1. Allgemeines

Für zivilrechtlich relevante Tatbestände (wie z.B. die Gewinnverteilung, die Reservenbildung oder die Ermittlung der Überschuldung) ist bei einer Aktiengesellschaft allein der Einzelabschluss nach OR massgebend. Auch für alle Umstrukturierungen gemäss FusG, nach denen eine Zwischenbilanz zu erstellen ist, sind die OR-Bestimmungen relevant. Unterlässt man die Buchführung nach OR, wird man nicht nur für allfälligen Schaden zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen (Art. 754 OR), sondern macht sich im Konkursfall gemäss Art. 166 StGB auch strafbar. Da die Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften im OR sehr vage formuliert und auslegungsbedürftig sind, bestehen grosse Spielräume, wie eine Buchungstatsache erfasst werden soll. Bei immateriellen Vermögenswerten sind diese Spielräume besonders gross. Um die Auslegungsspielräume einzuengen und für die Anspruchsgruppen einer Unternehmung den Vergleich der Abschlüsse ver-

²¹ Siehe z.B. SFAC 1.33 (US GAAP); ähnlich die Zielsetzung in Rz. 6 des IASB Rahmenkonzepts (IFRS).

²² Vgl. KARLHEINZ KÜTING/CHRISTIAN ZWIRNER, *Analyse quantitativer Reinvermögenseffekte durch die Anwendung der IFRS*, KoR 3/2007, 150.

schiedener Bilanzsteller zu erlauben, legen Praktiker die Bilanzierungsnormen oftmals mit der rechtsvergleichenden Methode aus. Diese Methode ist unter anderem auch in IAS 8.12 explizit vorgesehen. Das entspricht durchaus auch den schweizerischen GoR, auch wenn die Auslegung mit aller Sorgfalt durchgeführt werden sollte. Ein unkritisches *standard picking* sollte wegen der Manipulationsgefahr allerdings vermieden werden.²³

Auch die Gerichtspraxis hat den rechtsvergleichenden Aspekt aufgegriffen, um u.a. Europarecht nachzuvollziehen und das Recht mit der Europäischen Union zu vereinheitlichen. Diese Idee greift BGE 129 III 335, 350 ff. auf. In dieser Entscheidung hält das Bundesgericht fest, dass das schweizerische Recht mit dem europäischen Recht harmonisiert werden soll, sofern sich der Gesetzgeber bei der Konzeption einer Norm von der EU inspirieren liess. Das ist bei der Rechnungslegung insbesondere bei Aktiengesellschaften der Fall.²⁴ Der Gesetzgeber übernahm im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 1992 vielerlei Bewertungsvorschriften der EU-Jahresabschlussrichtlinie.²⁵ Auch die Konzernrechnung wurde an die EU-Konzernabschlussrichtlinie angelehnt, wenn auch weit weniger detailliert und umfangreich, als dies in der Konzernabschlussrichtlinie der Fall ist.²⁶

Der EuGH hielt im Rahmen eines Vorlageentscheides fest, dass die Jahresabschlussrichtlinien mittels internationalen Rechnungslegungsnormen ausgelegt werden müssen, sofern die nationalen Bilanzgesetze und die EU-Richtlinien keine genügenden Detailregelungen enthalten.²⁷ Diese (z.T. stark kritisierte) Rechtsprechung muss, sofern man BGE 129 III 335 ff. folgen will, konsequenterweise übernommen werden. In Anbetracht der Tatsache, dass der Ende Dezember 2007 publizierte E-OR ein neues Rechnungslegungsrecht enthält, welches vermehrt modernen Ansprüchen gerecht werden will bzw. sich europäischen Standards angleicht, scheint einer europarechtskonformen Auslegung des Rechnungslegungsrechts auch aus dieser Sicht nichts entgegenzustehen, solange man nicht gegen die zwingenden Bestimmungen des OR verstösst. Es kann allerdings problematisch werden, sofern man sich aus den für sich

günstigsten Rechnungslegungsstandards bedient und weniger günstige Standards weglässt. Genau solch ein *standard picking* muss vermieden werden, da dies die Transparenz der Rechnungslegung mangels Vergleichbarkeit und Kontinuität stark einschränken würde.

2. Einzelabschluss

In Art. 662a i.V.m. Art. 959 OR wird die Rechnungslegung nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen bzw. den GoR verlangt. Um den Bilanzierungsgrundsätzen (Vollständigkeit, Klarheit, Wesentlichkeit, Vorsicht, Stetigkeit in Darstellung und Bewertung etc.)²⁸ gerecht zu werden, legt man die auf die entsprechenden Buchungstatsachen anwendbaren Vorschriften auch mithilfe internationaler Rechnungslegungsstandards aus, soweit dies nicht gegen die Bilanzierungsgrundsätze des OR spricht. Ziel der GoR ist ein möglichst zuverlässiger Einblick in die wirtschaftliche Lage der Aktiengesellschaft.

Wenn z. B. geklärt werden soll, ob die Aktivierung einer Marke nach OR erlaubt ist, dann findet sich im OR keine konkrete Norm. Falls man eine Marke dem Anlagevermögen zurechnen will, dann gestattet Art. 665 OR die Aktivierung der Marke zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten abzüglich notwendiger Abschreibungen (Art. 669 Abs. 1 OR). Falls man davon ausgeht, dass sie betriebswirtschaftlich mehr wert ist, als ihre fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten, kann dieser betriebswirtschaftlich höhere Wert in einer Bilanz gemäss Aktienrecht nicht berücksichtigt werden, da die bilanzielle Wertobergrenze durch Art. 665 i.V.m. Art. 669 OR festgelegt ist und damit das Realisationsprinzip sowie das Niederstwertprinzip zur Anwendung kommt. Wenn man nun einen Rechtsvergleich wagt, fällt auf, dass z. B. nach deutschem Recht die Aktivierung einer Marke nur erlaubt ist, wenn sie entgeltlich von einem Dritten übernommen wurde.²⁹ Selbsterstellte Marken dürfen nicht aktiviert werden. Die von einem Dritten geschenkte Marke darf mangels Entgeltlichkeit nicht bilanziert werden.

Nach Swiss GAAP FER ist die Bilanzierung selbsterstellter Marken hingegen möglich.³⁰ Nach IFRS ist sie nur gestattet, sofern die Marke derivativ, d. h. zu Marktbedingungen von einem Dritten übernommen wurde. Für selbsterstellte Marken besteht auch nach IFRS ein Bilanzierungsverbot.³¹ Unter US GAAP sind Bilanzierungsnormen für Marken mit denen von IFRS vergleichbar, obschon die US-GAAP-Regelungen sehr viel ausführlicher und kasuistischer sind. Wenn man nun

²³ Vgl. BK-KÄFER, Art. 959 N 96 ff., der auch rechtsvergleichend vorgeht.

²⁴ Siehe dazu die vielen Hinweise in der Botschaft zur Aktienrechtsnovelle von 1992; BBl 1983 II 745 ff.

²⁵ Vierte Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (78/660/EWG); vgl. z. B. BBl 1983 II 886.

²⁶ Siebente Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss (83/349/EWG); vgl. BBl 1983 II 817.

²⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 7.1.2003 – C-306/99 Rz. 44, 77, 103 und 118. Kritisierend: THOMAS BERNDT, BB-Kommentar: FG-Urteil zu «BIAO»: Heranziehung von IAS zur Auslegung der Jahresabschlussrichtlinie, in: BB, 59 (2004) 1220.

²⁸ Vgl. Art. 662a Abs. 2 OR.

²⁹ Vgl. § 248 Abs. 2 HGB.

³⁰ Vgl. Swiss GAAP FER 10 Ziff. 2 und 4.

³¹ Vgl. IAS 38.63.

auf die Generalklausel der GoR (Art. 662a und Art. 959 OR) zurückgreift, dann kann es, je nach Auslegung im Einzelfall, angebracht sein, selbsterstellte Marken analog den Vorschriften nach HGB oder IFRS zu behandeln. Eine Bilanzierung wäre somit aus Gründen der Vorsicht untersagt, da sich die Marke noch nicht auf dem Markt bewähren musste.³² Eine Aktivierung zu fortgeführten Herstellungskosten ist freilich möglich, wenn auch nur mit Vorbehalten, da die Bilanzierung einer selbsterstellten Marke mit sehr grossen Bewertungsunsicherheiten verbunden ist.

Nicht nur aus der rechtsvergleichenden Optik, sondern auch aus Gründen der Vorsicht verzichtet man also mit Vorteil auf die Aktivierung von selbsterstellten Marken. Stattdessen sollten Kosten für die Erstellung eigener Marken als Aufwand erfasst werden, um dem Gläubigerschutz und dem Realisationsprinzip Rechnung zu tragen. Damit sind Gewinn und Eigenkapital *ceteris paribus* kleiner, als wenn man die selbsterstellten Marken aktiviert. Eine bilanzielle Überbewertung und auch die Ausschüttung von zu viel (unrealisiertem) Gewinn wird dadurch vermieden.

Der rechtsvergleichenden Auslegungsmethode ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie gerade für KMU sehr anspruchsvoll und aufwendig ist. Überdies kann die Vergleichbarkeit der Abschlüsse verloren gehen, wenn jedes KMU die Auslegung unterschiedlich durchführt. Ein Vorteil dieser Methode ist, dass man von verschiedenen privaten *Standardsettern*³³ Vorschläge hat, wie man die nicht explizit im OR geregelten Buchungstat-sachen würdigen kann.

3. Konzernabschluss

Zur Frage, wie eine Konzernrechnung erstellt werden soll, findet man im OR nur gerade drei Artikel.³⁴ In der Praxis erstellen deshalb wirtschaftlich bedeutende Unternehmen sehr oft den Konzernabschluss nach einem privaten bzw. internationalen Regelwerk, da es keine konkreten gesetzlichen Vorschriften zur Konzernbilanzierung gibt.³⁵ Das ist unproblematisch, da – mit Ausnahme der Tatsache, dass ein Konzernabschluss erstellt werden soll – praktisch keine zivilrechtlichen Tatbe-

stände an den Konzernabschluss geknüpft sind, weil die Gewinne, die Reservenbildung, die Überschuldung und die Dividendenausschüttung aus dem Einzelabschluss hergeleitet werden. Der Konzernabschluss dient v.a. der Informationsbefriedigung, damit auch die Vorgänge im Konzern nicht unüberwacht bleiben. Die internationale Rechnungslegung ist also auch beim Konzernabschluss Hilfsmittel, um Bilanzierungsfragen zu lösen.

V. Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill

1. Immaterielle Vermögenswerte

1.1 Definition

Ein immaterieller Vermögenswert ist, wenn man der IFRS-Definition folgt, ein nichtmonetärer, nichtphysischer Vermögenswert.³⁶ Damit eine Ressource gemäss IFRS einen Vermögenswert darstellt, muss sie identifizierbar³⁷ sein, in der Verfügungsmacht³⁸ des bilanzierenden Unternehmens stehen, und aus ihr muss dem Unternehmen ein künftiger ökonomischer Nutzen³⁹ zufließen. Eine Ressource kann zweifelsfrei identifiziert werden, wenn sie aufgrund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts geschützt ist oder von anderen Vermögenswerten separierbar ist.⁴⁰ Das Kriterium der Verfügungsmacht stellt, statt auf die rechtliche, auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise ab (*substance over form*). Ein geleaster Gegenstand wird darum sehr oft, auch wenn er dem bilanzierenden Unternehmen nicht gehört, aktiviert. Der ökonomische Nutzen ergibt sich aus künftigen Mittelzuflüssen oder Kostenvorteilen. Viele identifizierbare Vermögenswerte wie z.B. das Know-how der Mitarbeiter oder der Kundenstamm haben einen gewissen ökonomischen Nutzen, aber mangels der rechtlichen oder ökonomischen Verfügungsmacht über diese Ressource, dürfen diese Vermögenswerte nicht aktiviert werden.⁴¹

1.2 Derivative vs. originäre immaterielle Vermögenswerte

Allgemein wird in den internationalen Rechnungslegungsstandards und beispielsweise auch im deutschen Handelsgesetzbuch (HGB) danach unterschieden, wie ein immaterieller Vermögenswert erworben wurde. Im OR fehlt diese Unterscheidung. Es gelten lediglich Art. 665 OR und die GoR (insbesondere das Vorsichts-

³² Vgl. Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR.

³³ Die aus schweizerischer Sicht wichtigsten *Standardsetter* sind das *Financial Accounting Standards Board* (FASB; Hrsg. der meisten US GAAP), das *International Accounting Standards Board* (Hrsg. der IFRS) und die Fachkommission (Hrsg. der Swiss GAAP FER).

³⁴ Vgl. Art. 663e ff. OR. Art. 663g Abs. 1 OR schreibt im Hinblick auf die Erstellung der Konzernrechnung lediglich die Beachtung der GoR vor. Anders verhält es sich z.B. nach HGB, in welchem die Konzernrechnung sehr ausführlich geregelt ist, siehe §§ 290 ff. HGB.

³⁵ Das ist unproblematisch, da dies gemäss Art. 663g i.V.m. Art. 663e OR in Übereinstimmung mit den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung geschehen kann.

³⁶ Vgl. IAS 38.8.

³⁷ Vgl. IAS 38.11 ff.

³⁸ Vgl. IAS 38.13 ff.

³⁹ Vgl. IAS 38.17.

⁴⁰ Vgl. IAS 38.BC10.

⁴¹ Vgl. IAS 38.15.

und das Realisationsprinzip), über welche sich diese Differenzierung bei der Bilanzierung herleiten und begründen lässt.⁴²

Die Unterscheidung, wie ein immaterieller Vermögenswert des Anlagevermögens erworben wurde, ergibt Sinn, um Manipulationsspielräume einzuschränken. Wenn ein immaterieller Vermögenswert zu Marktbedingungen von einem Dritten entgeltlich erworben wurde, dann spricht man von derivativem Erwerb. In diesem Fall hat der Vermögenswert schon einen ersten Markttest bestanden, weshalb die Bilanzierungsvorschriften weniger streng sind, als wenn ein Vermögenswert originär erworben bzw. selbst geschaffen wurde.⁴³ Diese Auslegung wendet auch das Bundesgericht an: «Der Begriff der «Anschaffungskosten» im Sinne von Art. 665/665a, 667 und 670 OR kann sich vernünftigerweise nur auf solche Geschäfte beziehen, die zu Marktbedingungen abgewickelt worden sind.»⁴⁴ Ein geschenkter Gegenstand ist nicht als derivativ erworben zu qualifizieren, da er nicht zu Marktbedingungen von einem Dritten, also nicht «*at arm's length*», übernommen wurde.

Beim originären Erwerb sind hingegen strengere Anforderungen zu erfüllen, damit immaterielles Anlagevermögen bilanziert werden darf. Im schweizerischen Aktienrecht können die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gemäss Art. 665 OR aktiviert werden.⁴⁵ Bei einer Wertminderung ist der tiefere aktuelle Wert massgebend.⁴⁶

IAS 38.57 ff. gestattet die Aktivierung von selbsterstellten immateriellen Vermögenswerten, soweit es sich um Entwicklungskosten handelt. Es muss dafür der Nachweis⁴⁷ erbracht werden, dass die folgenden sechs Voraussetzungen erfüllt sind:

- Technische Machbarkeit (*feasibility*), damit der Vermögenswert fertiggestellt werden kann, sodass er zur Nutzung oder zum Verkauf zur Verfügung steht;
- Absicht, den immateriellen Vermögenswert zu nutzen oder zu verkaufen;
- Fähigkeit, den immateriellen Vermögenswert zu nutzen oder zu verkaufen;
- Nachweis, wie der immaterielle Vermögenswert künftigen ökonomischen Nutzen generiert;

- Verfügbarkeit genügender technischer, finanzieller und anderer Ressourcen, um die Entwicklung zu vollenden und den Vermögenswert zu nutzen oder zu verkaufen;
- Fähigkeit, die Entwicklungskosten verlässlich dem entwickelten Vermögenswert zuzurechnen.

Der Wert des immateriellen Anlagevermögens wird mit den oben genannten Voraussetzungen auf Schätzungen basierend objektiviert und für die Zukunft geschätzt. Dieser Bewertungsansatz ist nach § 248 Abs. 2 HGB verboten, da im deutschen Handelsrecht noch strengere Vorschriften gelten. Es darf gemäss dieser Vorschrift lediglich dasjenige immaterielle Anlagevermögen aktiviert werden, das sich schon in der Vergangenheit auf dem Markt bewährte.⁴⁸ Mitte Oktober 2007 wurde der lange erwartete Referentenentwurf eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG)⁴⁹ vorgelegt. Als eine von vielen Neuerungen schreibt der Entwurf vor, dass selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens (z. B. Patente, Know-how, Entwicklungskosten) in der HGB-Bilanz anzusetzen sind.⁵⁰

Die unterschiedlichen Regelungen, die sich bei immateriellen Werten für derivativ und originär erworbenes Anlagevermögen herausgebildet haben, lassen sich dadurch erklären, dass immaterielles Anlagevermögen nicht greifbar und nur mit grossen Unsicherheiten bewertbar ist, sofern es sich noch nicht auf dem Markt bewähren musste. Sofern sich der Vermögenswert nicht auf dem Markt bewähren musste, darf der betriebswirtschaftliche Wert nur sehr vorsichtig angesetzt werden, da mit einer zu aktivierungsfreundlichen Bilanzpolitik das Risiko besteht, dass noch nicht realisierte Gewinne ausgeschüttet werden oder eine Überschuldung unerkannt bleibt.⁵¹

1.3 Sacheinlagefähigkeit

In den folgenden Fallbeispielen wird auf die wichtigsten Punkte bei der Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit von immateriellen Vermögenswerten – u.a. auf bilanzrechtsvergleichender Basis – eingegangen.

⁴² Vgl. BGer-Urteil 2A.157/2001 vom 11. März 2002, E. 2c) und 3a).

⁴³ So die Anmerkungen zu § 248 Abs. 2 HGB, die in JOACHIM HENNRICH, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5/1, 2. Auflage 2003, § 248 Abs. 2 HGB, Rz. 15 ff. mit den Regelungen in IAS 38 verglichen werden.

⁴⁴ BGer-Urteil 2A.157/2001 vom 11. März 2002, E. 3a).

⁴⁵ Art. 959 Abs. 2 OR gestattet zwar die Berücksichtigung zum tatsächlichen Wert, doch im Aktienrecht geht Art. 665 vor.

⁴⁶ Vgl. Art. 669 Abs. 1 OR.

⁴⁷ Nachweis im Sinne von «*to demonstrate*», vgl. die englische Fassung von IAS 38.57 ff.

⁴⁸ Vgl. ADOLF MOXTER, Bilanzrechtsprechung, 5. Aufl. Tübingen, 1999, 29 f.

⁴⁹ Der Referentenentwurf (zit. RefE BilMoG) lässt sich von der Website des deutschen Bundesministeriums der Justiz abrufen: <http://www.bmj.bund.de/enid/Handels-_u_Wirtschaftsrecht/Bilanzrecht_1ez.html>, abgerufen am 27. Januar 2008.

⁵⁰ Vgl. Rechnungslegungs-Report national, KoR (2007) 647 f. In § 248 HGB soll Abs. 2 aufgehoben und Abs. 3 in der neuen Fassung zu Abs. 2; vgl. RefE BilMoG, 5 werden.

⁵¹ Vgl. Art. 665 i.V.m. 669 Abs. 1 und Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR, BGer-Urteil 2A.157/2001 vom 11. März 2002, E. 3a). Die Aktivierung von Forschungs- und Entwicklungskosten ist beispielsweise erlaubt, sofern diese zu einem konkreten, verwertbaren Ergebnis führen.

a. Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten

Art. 664 OR gestattet die Aktivierung von Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten. Kraft dieser Norm gelten sie als ein Aktivum sui generis. Als Sacheinlage sind sie aber nicht geeignet, da sie weder eine Sache noch einen Vermögenswert gemäss Art. 628 Abs. 1 OR darstellen; ihnen fehlt die Vermögenswertigkeit, da sie sich weder übertragen noch verwerten lassen. Die Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten enthalten kein künftiges ökonomisches Wertpotential. In der Rechnungslegung nach E-OR lässt man deshalb richtigerweise die Aktivierung von Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten überhaupt nicht mehr zu. Das entspricht auch der Regelung gemäss IAS 38.69(a).

b. Forschungs- und Entwicklungskosten

Die Aktivierung von Kosten im Zusammenhang mit Forschung und Entwicklung (F&E) als immaterielles Anlagevermögen ist ein umstrittenes Thema. Nach IFRS ist die Aktivierung von Entwicklungskosten, welche die Bilanzansatzvoraussetzungen (vgl. V.1.1 und V.1.2) erfüllen, vorgeschrieben, sofern der damit geschaffene Vermögenswert entweder derivativ erworben wurde oder wenn bei der originären Erwerbart die Kriterien von IAS 38.57 ff. erfüllt sind (dazu V.1.2). Forschungskosten müssen nach IAS 38.43(a) zwingend als Aufwand erfasst werden, da der künftige ökonomische Nutzen zu wenig sicher ist. Nach HGB ist die Bilanzierung nur bei derivativem Zugang der F&E-Kosten gestattet. Als derivativ gilt der Zugang, sobald die F&E-Ergebnisse von einer unabhängigen Drittperson entgeltlich erworben wurden. Diese strenge Ansatzvoraussetzung gilt, da sich der Wert gem. § 248 Abs. 2 HGB aus dem bezahlten Marktpreis ableiten muss. Für unser Handelsrecht ist Art. 665 OR einschlägig. Die h.L. sieht die Möglichkeit, Forschungs- und Entwicklungskosten zu bilanzieren, sofern die F&E «zu einem konkreten, direkt verwertbaren Ergebnis geführt [haben]». ⁵² Eine vorsichtige bilanzielle Behandlung ist mit Blick auf die internationalen Regelungen jedoch zu bevorzugen.

Obwohl die Aktivierbarkeit von F&E somit u.U. gegeben sein kann, steht der Sacheinlagefähigkeit die Tatsache entgegen, dass F&E-Projekte oft derart unternehmensspezifisch und mit Unsicherheiten behaftet sind, dass eine Übertragung und damit wohl auch die Verwertung des Vermögenswertes kaum in Frage kommt. Die Verfügbarkeit des F&E-Aktivums ist auch nur so lange gegeben, wie der ökonomische Nutzen aus F&E in der alleinigen Verfügungsgewalt der Unternehmung steht. Falls die F&E-Ergebnisse allen Marktteilneh-

mern zugänglich bzw. von den Konkurrenten imitierbar sind oder wenn der rechtliche Schutz fehlt, ist die Verfügungsgewalt nicht mehr sichergestellt. Die Sacheinlagefähigkeit von F&E wird dementsprechend im Regelfall zu verneinen sein.

c. Patente und Patentanmeldungen

Bei Patenten können alle Anschaffungs- oder Herstellungskosten für die Aktivierung berücksichtigt werden. Sofern die Patentanmeldung erfolgreich ist, können auch alle Entwicklungskosten und die Patentanmeldungsgebühren als Patent aktiviert werden. Die Aktivierung kann gemäss Art. 665 OR zu den fortgeführten Anschaffungs- oder Herstellungskosten erfolgen. Ein betriebswirtschaftlich über den fortgeführten historischen Kosten liegender Wert darf nicht berücksichtigt werden. Beim betriebswirtschaftlichen Wert geht man davon aus, dass dieser mindestens den Liquidationserlös umfasst. Dieser ist i.d.R. tiefer als der Nutzungswert. Der betriebswirtschaftliche Wert lässt sich berücksichtigen, sofern die Sacheinlage als derivativer Erwerb qualifiziert wird. ⁵³ In diesem Fall ist die Aktivierung zum tatsächlichen Wert (*fair value*) möglich. Sofern die restlichen Sacheinlagekriterien (Übertragbarkeit und Verfügbarkeit) erfüllt sind, ist das Patent Sacheinlagefähig.

Patentanmeldungen ⁵⁴ sind gemäss Praxis des Eidgenössischen Handelsregisteramtes nicht Sacheinlagefähig, da sie keine Sache oder einen anderen Vermögenswert i.S. von Art. 628 Abs. 1 OR darstellen. Die Vermögenswertigkeit fehlt, da grosse Ungewissheit bezüglich des künftigen ökonomischen Nutzens der Patentanmeldung besteht. ⁵⁵ Es muss abgewartet werden, ob die Patentanmeldung erfolgreich ist. Erst wenn das Patent gewährt wurde, ist dieses Sacheinlagefähig, da nur bei der erfolgreichen Anmeldung die Aktivierbarkeit gegeben ist. Bei einer erfolglosen Patentanmeldung ist davon auszugehen, dass es wohl mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit an der Verwertbarkeit und der Übertragbarkeit des zum Patent anzumeldenden Vermögenswerts mangelt. Patentanmeldungen können i.d.R. nicht bilanziert werden, da ihre Aktivierung gegen das Vorsichtsprinzip verstossen würde. ⁵⁶ Sofern die Aktivierbarkeit, die Übertragungsmöglichkeit und die Verwertbarkeit einer Patentanmeldung trotz aller Einwände objektiv nach-

⁵² FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 50 N 264; siehe auch BSK OR II-NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, Art. 665 N 5.

⁵³ Eindeutig derivativ ist der Erwerb, wenn ein unabhängiger Dritter zu Marktkonditionen («*at arm's length*») das Patent einbringt. Vgl. Art. 49 ff., Art. 109 ff. PatG.

⁵⁴ Vgl. HWP 7.15143; CHRISTOPH MUTTI, Patente im Konkursverfahren – einige praktische Hinweise, Jusletter vom 2. Juli 2007, Rz. 4, schliesst die Verwertbarkeit von Patentanmeldungen nicht aus. Die Bilanzierungsperspektive im Konkurs ist jedoch eine andere, als sie bei der unter der Vorsichts- und Fortführungsprämisse der GoR erstellten Bilanzen und Erfolgsrechnungen angewendet werden muss. Für die Bilanzierung im Konkurs ist kein Gläubiger- und Gesellschafterschutz mehr notwendig.

⁵⁶ Vgl. Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3, Art. 665 und Art. 669 Abs. 1 OR sowie HWP 7.15143.

gewiesen werden kann, sind auch Patentanmeldungen sacheinlagefähig. Aufgrund der hohen Unsicherheit bezüglich des künftigen ökonomischen Potentials einer Patentanmeldung, erweist sich dieser Nachweis allerdings als schwierig.

d. Marken

Die Sacheinlagefähigkeit von Marken ist in der Regel problemlos gegeben.⁵⁷ Dabei gilt es allerdings zwei Punkte zu beachten: Marken sind oftmals sehr unternehmensspezifisch und ihr Bilanzwert entspricht selten ihrem betriebswirtschaftlichen Wert. Wird eine Marke nicht zusammen mit einem Betrieb oder dem dazugehörigen Produkt übertragen, so kann ein Wertverlust eintreten, da unter Umständen nicht mehr das gesamte ökonomische Potential der Marke ausgeschöpft werden kann. Was die Aktivierbarkeit der Marke betrifft, so ist Art. 665 OR einschlägig. Selber erstellte Marken sollten aus Gründen der Vorsicht nicht bilanziert werden (dazu V.1.2). Das gebietet sich aus dem Grund, dass kein unrealisierter Gewinn ausgeschüttet werden soll, um das Gläubigerhaftungssubstrat und notwendige betriebliche Mittel in der Gesellschaft zu behalten. Als für den OR-Abschluss relevante Wertobergrenze sind lediglich die fortgeführten historischen Kosten zugelassen.⁵⁸ Sollte eine Marke jedoch einen höheren betriebswirtschaftlichen Wert haben, dann lässt sich dies für die Bilanzierung nach OR und damit für die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit nicht berücksichtigen, da der «überschiessende» Wert nicht bilanzierbar ist. Der «überschiessende» Wert kann lediglich auf die Beurteilung der Verwertbarkeit einen Einfluss haben. Wird die Sacheinlage als derivativer Erwerb qualifiziert, so ist die Marke zum tatsächlichen Wert aktivierbar und damit sacheinlagefähig. Ein derivativer Erwerb wäre allerdings schwierig zu bejahen, sofern z.B. der einzige Aktionär eine selbstgeschaffene Marke in seine eigene AG einbringen will. Er müsste in so einem Falle mit betriebswirtschaftlichen Bewertungsmethoden objektiviert nachweisen, dass die Marke einen künftigen Nutzen bringt.⁵⁹

e. Lizenzen

Lizenzen stellen einen aktivierbaren Vermögenswert dar, sofern sie der bilanzierenden juristischen Person einen künftigen ökonomischen Nutzen verleihen.⁶⁰ Die

Bilanzierungsfähigkeit richtet sich nach den Kriterien gemäss Art. 665 OR; die Regelung von IAS 38 ist dabei analog anwendbar (vgl. V.1.1). Eine Lizenz muss hierbei in der Verfügungsmacht der bilanzierenden Unternehmung stehen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Lizenzgeber nachweisen kann, dass direkt aus einer Lizenz Mittelzuflüsse generiert werden – oder aus Sicht des Lizenznehmers, wenn mit der Lizenz (indirekt) ökonomischer Nutzen generiert werden kann.⁶¹

Grundsätzlich steht der Sacheinlagefähigkeit von Lizenzen nichts entgegen, da sie aktivierbar, übertragbar und verwertbarer sind.⁶² Es drohen jedoch einige Fallstricke: Bei der Lizenz sind die Übertragbarkeit und die Verwertbarkeit die kritischen Aspekte. Sofern eine Lizenz beispielsweise im Konkursfall entschädigungslos an den Lizenzgeber zurückfällt, mangelt es an der Verwertbarkeit.⁶³ Bei Softwarelizenzen (z.B. die Lizenz für die gewerbliche Nutzung eines Betriebssystems in der ganzen Unternehmung) fehlt es z.T. an der Verwertbarkeit, da die Lizenzverträge häufig eine Übertragung der Lizenz untersagen.

f. Domains

Domains lassen sich gemäss Art. 665 OR zu den fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten bilanzieren. Dabei können alle anfallenden Registrierungsgebühren als Aktivum in der Bilanz aufgeführt werden, sofern aus ihnen ein künftiger ökonomischer Nutzen entspringt. Wurde die Domain von Dritten (derivativ) übernommen, so kann der Übernahmepreis, sofern er werthaltig ist, als Vermögenswert aktiviert werden.⁶⁴

Laufende Betriebskosten, die anfallen, um die Domain zu nutzen, dürfen aber nicht aktiviert werden. Ein betriebswirtschaftlicher Wert, der grösser als der bilanzierbare Wert ist, lässt sich bei der Sacheinlage nicht berücksichtigen, kann jedoch bei der Beurteilung des Verwertbarkeitskriteriums miteinbezogen werden. Domains lassen sich problemlos per Singularsukzession übertragen, die bedingungslose Verfügbarkeit ab dem Zeitpunkt des HR-Eintrages ist zu vermuten, sofern nicht ein gesetzliches oder vertragliches Hindernis entgegen steht. Alles in allem lässt sich sagen, dass Domains grundsätzlich zu fortgeführten historischen Kosten sacheinlagefähig sind; höhere Wertmassstäbe

⁵⁷ Vgl. PASCAL HINNY, Die Sacheinlagefähigkeit der Marke, ST 9/1995, 730 ff.

⁵⁸ Vgl. Art. 665 i.V.m. Art. 669 Abs. 1 OR.

⁵⁹ Vgl. HWP 7.15143.

⁶⁰ Des Weiteren müssen zusätzliche abstrakte und konkrete Aktivierungsvoraussetzungen gegeben sein: Das Aktivum muss aus einem vergangenen Ereignis stammen, in der Verfügungsmacht des Unternehmens stehen und künftige Mittelzuflüsse müssen wahrscheinlich sowie zuverlässig schätzbar sein; vgl. Art. 959 Abs. 2 E-OR sowie MÜLLER (FN 4), 298 ff.

⁶¹ Beispiel: Der Lizenznehmer von Fussballübertragungsrechten kann mit der Lizenz signifikante Werbeeinnahmen generieren.

⁶² Vgl. PETER FORSTMOSER/GAUDENZ ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Fussball, REPRAX, 2/2001, 5 ff.

⁶³ Ein Praxisbeispiel ist in PETER C. HONEGGER/DANIEL EISELE, Die WM-Rechte im Eigentum der Fifa, NZZ, 15.06.2001, 55 beschrieben.

⁶⁴ Vgl. Art. 665 OR. Zum Begriff der Anschaffungs- und Herstellungskosten: BGer-Urteil 2A.157/2001 vom 11. März 2002, E. 3a).

sind allenfalls denkbar, sofern sie vorsichtig objektiviert wurden.⁶⁵

g. Websites

Sofern eine neue Website entwickelt wird, dann lassen sich die dabei angefallenen Kosten nach internationaler Rechnungslegungspraxis als Entwicklungskosten gemäss IAS 38.57 ff. erfassen.⁶⁶ Die fortgeführten historischen Kosten bilden gemäss Art. 665 OR die Bewertungsobergrenze. Zu diesem Betrag ist sie als Sacheinlage tauglich, sofern die anderen Sacheinlagekriterien auch gegeben sind (davon ist i.d.R. auszugehen, sofern man die Rechte an der entwickelten Website hält). Anders verhält es sich mit den laufenden Betriebskosten einer bestehenden Website. Diese Kosten sind als Aufwand zu erfassen und damit nicht sacheinlagefähig.⁶⁷

h. Kundenstämme

Ein Kundenstamm bildet, sofern er vom Geschäft separierbar (bzw. identifizierbar) und übertragbar ist, einen immateriellen Vermögenswert. Falls der Kundenstamm mit dem Betrieb verknüpft ist, stellt er Goodwill dar (dazu V.2.1).⁶⁸

Ist ein Kundenstamm separierbar und übertragbar, so stellt sich die Frage, ob der Kundenstamm auch aktivierbar ist. Aktivierbar sind die Kosten, um den Kundenstamm rechtlich zu schützen, sofern der geschützte Kundenstamm einen eigenständigen künftigen ökonomischen Nutzen hat. Ein gesetzliches oder vertragliches Übertragungshindernis darf nicht bestehen.⁶⁹ Es gilt jedoch zu bedenken, dass die Beziehung zwischen Kunde und Unternehmung entweder häufig zu spezifisch an bestimmte Personen gebunden oder aber zu locker ist, als dass sie einen übertragbaren, identifizierbaren Vermögenswert darstellen kann. Eine Berücksichtigung als immaterieller Vermögenswert ist in einem solchen Fall nicht möglich. Stattdessen kann er in manchen Fällen als (derivativer) Goodwill berücksichtigt werden. Die Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit eines Kundenstamms erfolgt deshalb in solchen Fällen nach den Regelungen des Goodwills.

2. Goodwill

2.1 Definition

Was nicht als immaterieller Vermögenswert bilanziert werden darf, kann unter bestimmten Umständen als

Goodwill aktiviert werden. IFRS 3.A definiert Goodwill als künftigen ökonomischen Nutzen aus Vermögenswerten, die nicht einzeln identifiziert und separat bilanziert werden können. In dieser Definition zeigt sich auch schon der Unterschied zu den immateriellen Vermögenswerten. Der (derivative) Goodwill entspricht der (positiven) Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert einer übernommenen Gruppe von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten bzw. dem Nettoaktivenüberschuss. Wer für eine Unternehmung einen Preis bezahlt, der die übernommenen Nettoaktiven übersteigt, geht davon aus, dass er mit dem übernommenen Betrag in Zukunft Mehrerlöse generiert. Die erwarteten Mehrerlöse müssen grösser sein als die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Nettoaktiven. Ist dies nicht der Fall, so muss der Erwerber den nicht werthaltigen Teil als Aufwand erfassen bzw. abschreiben.⁷⁰

Der (derivative) Goodwill ist an sich kein Vermögenswert, er wird jedoch genau gleich aktiviert. Originärer bzw. selbst geschaffener Goodwill darf nicht aktiviert werden, da das ein Verstoß gegen das Realisationsprinzip bedeuten würde. Damit würde man noch nicht realisierte Gewinne ausweisen und die Aktiven überbewerten. Im OR gibt es keine konkrete Norm, welche die Bilanzierung von Goodwill behandelt.⁷¹ Die Praxis hat sich von internationalen Normen inspirieren lassen und daraus Grundsätze für die Behandlung von Goodwill geschaffen.⁷² Diese Grundsätze lassen sich mit den GoR durchaus legitimieren.

2.2 Sacheinlagefähigkeit

Im Folgenden sei ein simples Beispiel skizziert, damit das Konzept des Goodwills besser ersichtlich ist. Steuerliche Effekte und auch die latenten Steuern werden in diesem einfachen Beispiel aus Komplexitätsgründen nicht berücksichtigt.

⁶⁵ Vgl. HWP 7.15143.

⁶⁶ Siehe dazu voranstehend Abschnitt V.1.2. Zum Teil gelten gemäss SIC-32, das ist eine offizielle Interpretation des IAS 38, für Websitekosten erleichterte Ansatzvoraussetzungen; siehe die Kasuistik in SIC-32.

⁶⁷ Vgl. SIC-32.7 ff.

⁶⁸ Vgl. BGE 80 I 370.

⁶⁹ Vgl. BGE 119 II 222.

⁷⁰ Vgl. Art. 669 Abs. 1 OR. Siehe auch CONRAD MEYER, Konzernrechnung, Aussagekräftige konsolidierte Abschlüsse unter Beachtung nationaler und internationaler Accountingstandards, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 179, Zürich 2007, 85 ff.

⁷¹ Art. 665 und Art. 960 OR kämen in Betracht, obwohl diese Normen kein klares Anwendungskonzept bereitstellen. In der internationalen Rechnungslegungsforschung ist allerdings allgemein strittig, inwiefern Goodwill einen Vermögensgegenstand darstellt. Trotz der fehlenden Vermögenseigenschaft wird Goodwill praktisch von allen Forschern als bilanzierbares Aktivum anerkannt; vgl. die Zusammenfassung über die international geführte Diskussion zur Aktivierbarkeit von Goodwill in TODD L. JOHNSON/KIMBERLY R. PETRONE, Is Goodwill an Asset?, Accounting Horizons 12 (1998) 295 ff. Die Forschungsergebnisse dieser Studie gelten auch für das schweizerische Recht.

⁷² Vgl. CONRAD MEYER, Konzernrechnung, Einführung in die Systematik des konsolidierten Abschlusses, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 178, Zürich 2006, 42 ff.

a. Buchungsbeispiel

Es seien die Seller AG und die Purchaser AG gegeben (vgl. Abbildung 1). Im Beispiel wird angenommen, dass im Anlagevermögen der Seller AG aufgrund der Bewertungsvorschrift von Art. 665 OR stille Reserven in Höhe von CHF 900 bestehen. Die Purchaser AG will nun den Betrieb der Seller AG übernehmen (*asset deal*).⁷³ Nach Einschätzung der Purchaser AG ist die Seller AG aufgrund der Betriebstradition, ihrer Mitarbeiter und Stammkunden mindestens CHF 3000 wert. Die Vertragsparteien einigen sich auf einen Kaufpreis von CHF 2000.⁷⁴

Abbildung 1: Buchungsbeispiel

	Seller AG	Purchaser AG	Korrekturen	Purchaser AG Bilanz nach Transaktion
Umlaufvermögen	400	2500	-2000 [1]	900
Anlagevermögen	900	1800	900 [2]	3600
Goodwill	–	–	350 [3]	350
	1300	4500		4850
Fremdkapital	550	1800		2350
Eigenkapital	750	2500	-750 [4]	2500
	1300	4500		4850

In casu wird das Anlagevermögen um CHF 900 aufgewertet.⁷⁵ Möglich ist das, da es entgeltlich von einem unabhängigen Dritten erworben wurde. Die über das übernommene Nettovermögen hinausgehende, an die Betriebsveräusserer ausgerichtete Prämie, die sich nicht spezifisch auf einzelne Vermögenswerte zuteilen lässt, wird als derivativer Goodwill in Höhe von CHF 350 aktiviert.⁷⁶ Das Eigenkapital der Seller AG wird nicht mitübernommen, da es sich um einen *asset deal* handelt. In der Summenbilanz wird es somit nicht mitübernommen.⁷⁷ Damit ist offensichtlich, dass sich der Goodwill vom immateriellen Vermögenswert unterscheidet: Er ist kein separat übertragbarer Vermögenswert, da er die Differenz zwischen Kaufpreis und dem übernommenen Nettovermögen repräsentiert. Im Prinzip stellt er dadurch die Verbindung zwischen dem zu fortgeführten

historischen Kosten bewerteten Nettovermögen und dem betriebswirtschaftlichen Unternehmenswert her.

Würde nach dem *asset deal* der betriebswirtschaftliche Unternehmenswert des übernommenen Betriebes immer noch CHF 3000 betragen, entspricht die noch nicht an die Veräusserer abgeglichene Differenz zwischen buchhalterischem Wert und dem Marktwert des übernommenen Betriebes dem originären Goodwill.

b. Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit

Originärer Goodwill kann aufgrund des Realisationsprinzips nicht aktiviert werden. Deshalb taugt er auch nicht als Sacheinlage. Derivativer Goodwill gilt gemäss h.L. für sich alleine nicht als sacheinlagefähig. Allerdings könnte ein Bündel von Vermögenswerten (und allenfalls Fremdkapital) Goodwill enthalten.⁷⁸ Sofern Aktiven und Verbindlichkeiten eines Geschäfts als Sache eingelegt werden, muss dem Sacheinlagevertrag eine Bilanz hinzugefügt werden. Die Bilanz darf nicht älter als ein Jahr sein.⁷⁹

Dabei geht man davon aus, dass der eingelegte Betrieb auch wieder als Ganzes veräussert werden kann. Diese Annahme ist mit Risiken verbunden, da unklar ist, ob im Krisenfall ein Käufer für diese Betriebseinheit gefunden werden kann. Sollte von vornherein feststehen, dass der Betrieb, mit dem die gezeichneten Aktien liberriert werden, nicht als Einheit wieder verkauft werden kann, sollte derivativer Goodwill nicht sacheinlagefähig sein.

Besteht der Goodwill v.a. aus dem guten Ruf einer Unternehmung und der daraus resultierenden sehr starken Kundenbindung, dann gilt es zu berücksichtigen, dass Kunden selten eine rechtliche Pflicht oder einen ökonomischen Anreiz haben, der Unternehmung treu zu bleiben. Wenn ein enges Vertrauensverhältnis zwischen Abnehmer und Anbieter einer Leistung besteht, dann kann der Aufbau einer neuen Kundenbeziehung zusätzliche Kosten in Anspruch nehmen, wie z. B. jener, die bei der Pflege der Kundenbeziehung anfallen. Problematisch kann u.U. auch ein rechtliches Übertragungsverbot sein, das aufgrund Geheimhaltungspflichten der Kundeninformationen besteht.⁸⁰ Wenn die Kundenbeziehung ökonomisch nicht genutzt werden kann, ist sie nicht aktivierungsfähig und somit als Sacheinlage ungeeignet.

Das Kriterium der Verfügbarkeit der Sacheinlage ist auf den derivativen Goodwill als solches nicht anwendbar. Stattdessen muss es auf das Bündel der mit ihm einge-

⁷³ Vgl. BERNHARD PELLEN/ROLF UWE FÜLBIER/JOACHIM GASSEN, Internationale Rechnungslegung, 6. Aufl., Stuttgart 2006, 658 ff. Beim *share deal* ergibt sich dieselbe Vorgehensweise, da es nach ökonomischer Betrachtung keine Rolle spielt, wie die Betriebsübernahme abgewickelt wird.

⁷⁴ Siehe Korrekturposten [1].

⁷⁵ Siehe Korrekturposten [2].

⁷⁶ Kaufpreis ./.. Vermögenswerte Seller AG (zu Buchwerten) ./.. stille Reserven im Anlagevermögen (Seller AG) + Schulden (Seller AG) = Goodwill bzw. $2000 - 1300 - 900 + 550 = 350$. Das ergibt den Korrekturposten [3].

⁷⁷ Siehe Korrekturposten [4].

⁷⁸ Vgl. FORSTMOSER/ZINDEL (FN 62), 5 und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 15 N 13.

⁷⁹ Vgl. KARL REBSAMEN, Das Handelsregister, 2. Aufl., Zürich 1999, N 365.

⁸⁰ Vgl. BGE 119 II 222, 226.

60
Kurzbeiträge

legten Aktiven und Verbindlichkeiten angewendet werden. Wenn diese zum Zeitpunkt des Handelsregistereintrages der AG bedingungslos zur Verfügung stehen, ist nichts gegen die Sacheinlagefähigkeit einzuwenden. Eine separate Verwertung oder Übertragung von Goodwill ist wegen seiner besonderen Natur ausgeschlossen. Aufgrund sich ergebender Manipulationsspielräume kann einzig derivativer Goodwill in Verbindung mit einem Bündel von Aktiven und Verbindlichkeiten eingelegt werden, sofern für das eingelegte Bündel alle Voraussetzungen der Sacheinlage erfüllt sind.

VI. Fazit

Wie in diesem Beitrag gezeigt wurde, können die internationalen Rechnungslegungsstandards mittels rechtsvergleichender Methode hinzugezogen werden, um die eher vagen Rechnungslegungsvorschriften des OR, insbesondere die GoR, auszulegen. Die GoR spielen bei der Frage, ob ein Vermögenswert aktivierbar ist, eine wichtige Rolle. Damit können zum OR kompatible Bilanzierungsnormen anderer Rechnungslegungswerke wie etwa IFRS bei der Beurteilung der Sacheinlagefähigkeit von immateriellem Anlagevermögen und Goodwill helfen, wenn es darum geht, das Kriterium der Aktivierbarkeit zu überprüfen. Insbesondere die Sacheinlagefähigkeit von Goodwill kann unter Beizug von ausländischen Rechnungslegungsrechtsnormen (und allenfalls auch der Swiss GAAP FER) besser analysiert werden, da die schweizerischen Gesetze keine konkrete Handhabe zur Bilanzierung von Goodwill bieten.⁸¹ Bei immateriellem Anlagevermögen sind die internationalen Normen hilfreich, um die Rechnungslegungsnormen vorsichtig, d. h. den Gläubiger schützend, auszulegen. Ein *standard picking*, um die eigene Lage besser darzustellen, sollte jedoch vermieden werden.

⁸¹ Vgl. Art. 662a OR i.V.m. Art. 959 OR. Siehe dazu auch BK-KÄFER, Art. 959 N 157 ff.