

AUSGEWÄHLTE FRAGEN UND ANTWORTEN BEI DER BEURTEILUNG KONZERNINTERNER FORDERUNGEN, CASH POOLING UND DIVIDENDEN IM HINBLICK AUF ART. 680 ABS. 2 OR

Datum der ersten Publikation: 17. Dezember 2014

Vorwort

Das HWP Band „Buchführung und Rechnungslegung“ (2014) erläutert im Kapitel IV.2.8.5.2 den Sachverhalt der verbotenen Kapitalrückzahlung (sog. Verbot der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR) und in IV.2.8.5.4 die Problematik von Cash Pooling im Konzern.

Ein im Herbst 2014 ergangenes Urteil des Bundesgerichts (BGE 4A-138/2014 vom 16. Oktober 2014) kann die Prüfung von Aktiengesellschaften und GmbHs beeinflussen, wenn diese Forderungen gegenüber Aktionären, Konzerngesellschaften oder Cash Pools halten.

Nach dem BGE dürfen Forderungen von Tochtergesellschaften an ihre Muttergesellschaft (sog. Up-stream-Darlehen) sowie an Schwestergesellschaften (sog. Cross-stream-Darlehen) nur zu Markt- bzw. Drittbedingungen ausgerichtet werden. Bei Abwesenheit solcher Drittbedingungen liegt nach Ansicht des Bundesgerichts eine „de facto-Dividende“ vor, die zu einer entsprechenden Sperrung von frei verfügbarem Eigenkapital führt. Soweit nicht frei verfügbares Eigenkapital in entsprechender Höhe vorhanden sei, liege ein Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor (Verbot der Einlagenrückgewähr, wonach dem Aktionär kein Recht zusteht, den für die Liberierung seiner Aktien eingezahlten Betrag zurückzufordern).

Das vorliegende Dokument konkretisiert und ergänzt die Erläuterungen im HWP. Die hier gemachten Aussagen entsprechen der Meinung der Fachkommissionen der TREUHAND-KAMMER zum Zeitpunkt der Publikation dieses Dokumentes. Die vorliegenden Antworten sind genereller Natur und nicht ohne weiteres auf die speziellen Umstände eines bestimmten Unternehmens anwendbar.

Inhaltsverzeichnis

1. Anwendungsbereich	5
1.1. Welche Bilanzpositionen sind für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR relevant?	5
1.2. Gibt es für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR Unterschiede zwischen einem Zero Balancing Cash Pooling und einem Notional Cash Pooling?	5
1.3. Sind von der Gesellschaft an andere Konzerngesellschaften gewährte Sicherheiten gleich zu behandeln wie Aktionärsdarlehen?	6
1.4. Können Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften mit Forderungen gegenüber Konzerngesellschaften verrechnet werden?	6
2. Ermittlung des freien Eigenkapitals.....	6
2.1. Inwiefern wirken die Bestimmung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR und die Prüfung der vom Verwaltungsrat beantragten Gewinnverwendung zusammen? 6	
2.2. Welche Positionen des Eigenkapitals gelten als „frei“ im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR? 7	
2.3. Wie ist nicht einbezahltes Aktienkapital im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR zu behandeln?.....	7
2.4. Rechnerische Ermittlung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR.....	7
3. Drittvergleich	8
3.1. Was bedeutet „Drittvergleich“?	8
3.2. Welchen Einfluss hat der Drittvergleich – was ist die Konsequenz, wenn eine Beziehung den Drittvergleich nicht besteht?.....	8
3.3. Was sind Beurteilungskriterien für einen Drittvergleich?	8
3.4. Ab wann ist der Drittvergleich nicht mehr erfüllt?	9
4. Prüfung und Berichterstattung durch die Revisionsstelle	10
4.1. Muss der Verwaltungsrat die Gesetzeskonformität von Konzernforderungen nachweisen? Ist eine entsprechende Bestätigung in der Vollständigkeitserklärung zur Jahresrechnung ausreichend?.....	10
4.2. Was sind die Konsequenzen für die Berichterstattung der Revisionsstelle (ordentliche Revision), wenn beim geprüften Unternehmen Forderungen gegenüber dem Aktionär oder Konzerngesellschaften bestehen?.....	10

4.3. Bestehen die Konsequenzen auf die Berichterstattung gemäss Frage 4.2 auch für die eingeschränkte Revision?.....	16
4.4. In der Praxis wurde bei Verdacht auf einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR im Bericht der Revisionsstelle teilweise ein sogenannter „Eventualhinweis“ angebracht. Ist dies noch vertretbar?.....	16
4.5. Muss bei einem Hinweis auf einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR die entsprechende Forderung wertberichtigt werden?.....	17
4.6. Welcher Zeitpunkt ist massgebend für die Einschätzung durch den Abschlussprüfer?..	17
Anhang: Gesetzliche Grundlagen.....	18

1. Anwendungsbereich

1.1. Welche Bilanzpositionen sind für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR relevant?

Die Bestimmungen von Art. 680 Abs. 2 OR verbieten es einer Gesellschaft, aus dem gesetzlich geschützten Kapital Leistungen an den Aktionär vorzunehmen. Als Leistungen kommen neben eigentlichen Ausschüttungen auch Darlehen an den Aktionär in Frage. Grundsätzlich können dabei alle Bilanzpositionen, die eine direkte oder indirekte Forderung mit Darlehenscharakter gegenüber dem Aktionär darstellen, in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR fallen, also z.B. Forderungen gegenüber Cash Pools, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, kurz- und langfristige Darlehensforderungen, aktive Rechnungsabgrenzungen. Dazu gilt es folgendes zu bemerken:

- Für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR ist es unerheblich, ob die Darlehensgewährung direkt („up-stream loan“) oder indirekt („cross-stream loan“) an den Aktionär erfolgt. Als indirekte Darlehen gelten solche, die an Unternehmen gewährt werden, die vom Aktionär (im Sinne von Art. 963 OR) kontrolliert werden.
- Darlehensforderungen gegenüber eigenen Tochtergesellschaften („down-stream loans“) fallen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR, sofern keine Indizien für eine Umgehung vorliegen.
- Positionen gegenüber konzerninternen Cash Pools (sowohl aus physischen bzw. Zero Balancing als auch aus virtuellen bzw. Notional Cash Pool Vereinbarungen) fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR.
- Konzerninterne Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, die aus einem operativen Leistungsaustausch mit üblichen Zahlungszielen entstanden sind und keinen Finanzierungscharakter haben, sind nicht als Aktionärsdarlehen zu betrachten.

1.2. Gibt es für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR Unterschiede zwischen einem Zero Balancing Cash Pooling und einem Notional Cash Pooling?

Forderungen gegenüber einem Zero Balancing Cash Pool stellen konzerninterne Forderungen dar, die hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR zu beurteilen sind. Beim Notional Cash Pooling hingegen verfügen die Konzerngesellschaften über eigene Bankkonten, die als solches in der Bilanz ausgewiesen und rein rechnerisch für Konzernzwecke zusammengefasst werden. Sehen die Vereinbarungen zum Notional Cash Pooling vor, dass je nach Entwicklung bei den anderen Cash Pool Teilnehmern die Mittel des

Unternehmens blockiert werden können, gelten für einen Notional Cash Pool die gleichen Überlegungen wie für einen Zero Balancing Cash Pool.

1.3. Sind von der Gesellschaft an andere Konzerngesellschaften gewährte Sicherheiten gleich zu behandeln wie Aktionärsdarlehen?

Von der Gesellschaft an andere Konzerngesellschaften gewährte Sicherheiten (z.B. Verpfändungen oder Garantien) fallen u.E. nicht in die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR. Solche Sicherheiten sind allerdings darauf hin zu beurteilen, ob daraus am Bilanzstichtag ein Wertberichtigungs- und/oder Rückstellungsbedarf entsteht. Falls dies zutrifft, vermindert der zu erfassende Aufwand das Eigenkapital.

1.4. Können Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften mit Forderungen gegenüber Konzerngesellschaften verrechnet werden?

Für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR können Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften nur dann als Nettoposition betrachtet werden, wenn sie nach den Voraussetzungen von Art. 120 OR verrechenbar sind. Nicht zulässig ist hingegen eine konsolidierte (Netto-)Betrachtung, wenn die Voraussetzungen für die rechtliche Verrechenbarkeit nicht gegeben sind.

2. Ermittlung des freien Eigenkapitals

2.1. Inwiefern wirken die Bestimmung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR und die Prüfung der vom Verwaltungsrat beantragten Gewinnverwendung zusammen?

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen der Ermittlung des freien Eigenkapitals in Bezug auf Art. 680 Abs. 2 OR und der Ermittlung des für eine Gewinnausschüttung verfügbaren Eigenkapitals. Beide Sachverhalte sind eng miteinander verknüpft: Wenn eine Darlehensgewährung die Bedingungen des Drittvergleichs nicht erfüllt, d.h. nicht zu Marktkonditionen gewährt worden ist, wird freies Eigenkapital im Umfang des gesamten Darlehens blockiert (d.h. der solchermassen blockierte Teil des freien Eigenkapitals darf nicht mehr ausgeschüttet werden). Bei nicht ausreichendem freiem Eigenkapital liegt nach Auffassung des Bundesgerichtes ein Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor.

2.2. Welche Positionen des Eigenkapitals gelten als „frei“ im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR?

„Freies“ Eigenkapital im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR ist basierend auf dem Entscheid des Bundesgerichts das gesamte Eigenkapital mit Ausnahme des Nennkapitals (Aktien- und Partizipationskapital).

Diese Betrachtungsweise unterscheidet sich von der Ermittlung des für eine Gewinnverwendung verfügbaren Eigenkapitals: Dort bestehen bekanntermassen Ausschüttungssperren in Bezug auf die allgemeine Reserve (Art. 671 OR), soweit diese die Hälfte des Aktien- und Partizipationskapitals (bzw. 20% für Holdinggesellschaften) nicht übersteigt, sowie für weitere Reserven (Aufwertungsreserve, Reserve für eigene Aktien).

2.3. Wie ist nicht einbezahltes Aktienkapital im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR zu behandeln?

Für die Bestimmung des nicht an die Aktionäre zurückführbaren Kapitals im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR wird auf das liberierte Aktienkapital abgestellt und nicht auf das nominelle.

2.4. Rechnerische Ermittlung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR

Für die Ermittlung, ob ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vorliegt, ist das freie Eigenkapital mit dem Total der Forderungen gegenüber Aktionär zu vergleichen. Folgende Szenarien sind dabei möglich:

- 1) Das Total der Forderungen gegenüber Aktionär ist kleiner als das freie Eigenkapital. In diesem Fall liegt kein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor.
- 2) Das Total der Forderungen gegenüber Aktionär übersteigt das freie Kapital. In solchen Fällen ist, basierend auf der Einschätzung des Unternehmens, zu analysieren, ob die Forderungen gegenüber Aktionär dem Drittvergleich standhalten. Entsprechen diese dem Drittvergleich, dann liegt kein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor.

3. Drittvergleich

3.1. Was bedeutet „Drittvergleich“?

Es handelt sich dabei um die Beurteilung, ob eine Geschäftsbeziehung (in diesem Fall echte Darlehens- oder Guthabenbeziehung im weitesten Sinne) zu Bedingungen wie in einem kompetitiven Markt, wie mit einer Drittpartei unter normalen Geschäftsumständen abgeschlossen wurde. Der Grund für diese Beurteilung liegt darin, dass in einem Konzernverhältnis Interessen des Konzerns infolge der Kontrolle auch gegen die Interessen der betroffenen Gesellschaft durchgesetzt werden können.

3.2. Welchen Einfluss hat der Drittvergleich – was ist die Konsequenz, wenn eine Beziehung den Drittvergleich nicht besteht?

Wenn die Darlehensgewährung die Bedingungen des Drittvergleichs nicht erfüllt, d.h. nicht zu Marktkonditionen gewährt worden ist, wird freies Eigenkapital im gesamten Umfang des Darlehens blockiert (d.h. der solchermassen blockierte Teil des freien Eigenkapitals darf nicht mehr ausgeschüttet werden). Bei nicht ausreichendem freiem Eigenkapital liegt nach Auffassung des Bundesgerichtes ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vor. Zur Konsequenz dieser Feststellung auf den Bericht der Revisionsstelle, siehe Frage 4.2.

3.3. Was sind Beurteilungskriterien für einen Drittvergleich?

Es gibt keinen fixen Punktekatalog oder eine Checkliste zur Beantwortung dieser Frage. Mögliche Beurteilungskriterien, die im Einzelfall relevant sein können, sind:

Formelle Punkte

- Hat die Gesellschaft selbst einen rechtsgültigen Vertrag über das Darlehen abgeschlossen, welcher die üblichen Darlehensbedingungen wie Zinssatz, Fälligkeit, Kündigungsmöglichkeiten, Rückzahlungen, Sicherheiten etc. einschliesst?
- Wurde die Beurteilung nach den Kriterien des Drittvergleichs von der Gesellschaft vorgenommen und dokumentiert (bei Vertragsabschluss bzw. im Rahmen der Abschlusserstellung)?

Beurteilung der Vertragsausgestaltung

- Entspricht der Zinssatz den Marktkonditionen, d.h. berücksichtigt er die Währung (Leitzins) und Risiko- oder -abschläge für Bonität, besondere Bedingungen etc.?
- Weist der Vertrag marktübliche Laufzeiten auf und besteht eine durchsetzbare Kündigungsmöglichkeit für die kreditgebende Partei?

- Sieht der Vertrag Rückzahlungspflichten/Amortisationen vor?
- Ist das Darlehen mit marktüblichen Sicherheiten in ausreichender Höhe versehen bzw. berücksichtigen die Darlehenskonditionen eine fehlende Sicherstellung? Wenn nicht – entspricht ein Blankodarlehen im zu beurteilenden Fall der Marktüblichkeit? Sind die vorhandenen Sicherheiten für den Gläubiger verwertbar? Sind Garantien als Sicherheit belastbar? Garantien von Gesellschaften, welche dem gleichen Cash Pool angeschlossen sind, erweisen sich in der Regel im Belastungsfall als wenig werthaltig.
- Haftet die Gesellschaft auch für Verbindlichkeiten anderer Cash Pool Teilnehmer? Wird ein solches Engagement in der Verzinsung entschädigt?

Beurteilung der Gegenpartei

- Wurde die Bonität der Gegenpartei bei Vertragsabschluss geprüft und wird sie seither regelmässig überwacht?
- Ist die Gegenpartei rückzahlungswillig und –fähig?
- Wurden Rückzahlungen vereinbarungsgemäss geleistet?
- Werden die Zinsen vereinbarungsgemäss bezahlt und nicht mit dem Darlehen kapitalisiert?

Risikoüberlegungen

- Im Falle eines Cash Pools: findet ein Wechsel zwischen der Gläubiger und Schuldnerposition statt oder handelt es sich ausschliesslich um die Bereitstellung von Mitteln zu Gunsten anderer?
- Besitzt die Gesellschaft neben dem Cash Pool weitere flüssige Mittel oder ist der Cash Pool der einzige Zugang zu Liquidität?
- Sind die Intercompany-Guthaben im Verhältnis zur Bilanzsumme und die Zinserträge daraus im Verhältnis zu den Gesamterträgen geschäftsüblich oder bilden diese ein Klumpenrisiko?

3.4. Ab wann ist der Drittvergleich nicht mehr erfüllt?

Die unter Frage 3.3 angeführten Punkte stellen nicht eine Checkliste dar, sondern sind einzeln zu gewichtende Elemente einer Gesamtbeurteilung des Drittvergleichs einer Darlehensbeziehung. Diese Einschätzung verlangt prüferisches Ermessen und soll auf der Dokumentation und Beurteilung aufsetzen, welche die Gesellschaft vorgenommen hat. Die Beurteilung ist sorgfältig vorzunehmen und im Lichte der aktuellen Rechtsprechung konservativ zu interpretieren. Es ist Teil der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates, die Interessen der Gesellschaft zu wahren. Dies schliesst auch die Neubeurteilung einer Situation bei geänderter Rechts- oder Sachlage mit ein.

4. Prüfung und Berichterstattung durch die Revisionsstelle

4.1. Muss der Verwaltungsrat die Gesetzeskonformität von Konzernforderungen nachweisen? Ist eine entsprechende Bestätigung in der Vollständigkeitserklärung zur Jahresrechnung ausreichend?

Die Revisionsstelle führt die gemäss den anwendbaren Prüfungsstandards notwendigen Prüfungshandlungen durch und zieht ihre Schlussfolgerung auf der Grundlage von ausreichenden geeigneten Prüfungsnachweisen. Der Verwaltungsrat hat gegenüber der Revisionsstelle die Gesetzeskonformität seiner Aktivitäten zu dokumentieren. Dies umfasst bei Forderungen gegenüber Aktionären und Konzerngesellschaften Nachweise zu einem durchgeführten Drittvergleich (vgl. hierzu Fragen 3.1-3.4). Voraussetzung dabei ist, dass der Verwaltungsrat eine eindeutige Schlussfolgerung zu diesem Drittvergleich zieht. Liegen keine Unterlagen zum Drittvergleich vor oder äussert der Verwaltungsrat (oder von ihm beauftragte Experten) Zweifel daran, darf die Revisionsstelle davon ausgehen, dass dieser nicht gegeben ist.

Eine Bestätigung der Gesetzeskonformität durch die Verantwortlichen ausschliesslich in der Vollständigkeitserklärung zur Jahresrechnung kann nicht als ausreichende Dokumentation betrachtet werden. Selbstverständlich kann der Sachverhalt in dieser Erklärung zusätzlich berücksichtigt werden.

4.2. Was sind die Konsequenzen für die Berichterstattung der Revisionsstelle (ordentliche Revision), wenn beim geprüften Unternehmen Forderungen gegenüber dem Aktionär oder Konzerngesellschaften bestehen?

Stellt die Revisionsstelle Verstösse gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement fest, so meldet sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat.

Wesentliche Verstösse gegen Gesetz und Statuten sind der Generalversammlung durch einen Hinweis im Bericht der Revisionsstelle zur Kenntnis zu bringen. Im Weiteren ist zu beurteilen, ob die vom Verwaltungsrat beantragte Gewinnverwendung Gesetz und Statuten entspricht.

Dabei können nachfolgende Konstellationen mit den entsprechenden Konsequenzen auf die Berichterstattung an die Generalversammlung vorliegen (vgl. Übersicht auf den folgenden Seiten). Selbstverständlich ist in jedem Fall zu beurteilen, ob die übrigen gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen über die Gewinnverwendung (bei ordentlichen wie auch bei ausserordentlichen Dividenden), namentlich betreffend Zuweisungen zu Reserven, eingehalten sind und ob eine Ausschüttung mit der Vermögens- und Liquiditätslage zu vereinbaren ist.

Mögliche Konsequenzen für die Berichterstattung der Revisionsstelle an die Generalversammlung (ordentliche Revision), wenn beim geprüften Unternehmen Forderungen gegenüber dem Aktionär oder Konzerngesellschaften bestehen

	Forderungen* sind durch freies Eigenkapital gedeckt (Drittvergleich nicht durchgeführt oder nicht bestanden)	Forderungen* bestehen den Drittvergleich	Forderungen* sind weder durch freies Eigenkapital gedeckt, noch bestehen sie den Drittvergleich
	Betreffend Ereignisse nach dem Bilanzstichtag vgl. Frage 4.6		
	* Anwendungsbereich vgl. Fragen 1.1-1.4		
Konstellation 1: Der Verwaltungsrat beantragt, dass der gesamte Bilanzgewinn auf die nächste Periode vorgetragen wird (d.h. es wird keine Dividende beantragt).	Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR	Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR	Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR Formulierungsbeispiel (zu platzieren nach der Genehmigungsempfehlung): „Wir weisen darauf hin, dass [das Darlehen] an [Aktionäre] von CHF ... mangels frei verwendbarer Reserven nach unserer Beurteilung eine nach Art. 680 Abs. 2 OR verbotene Kapitalrückzahlung darstellt.“

	Forderungen* sind durch freies Eigenkapital gedeckt (Drittvergleich nicht durchgeführt oder nicht bestanden)	Forderungen* bestehen den Drittvergleich	Forderungen* sind weder durch freies Eigenkapital gedeckt, noch bestehen sie den Drittvergleich
Konstellation 2: Der Verwaltungsrat beantragt die Ausschüttung einer Dividende (oder eine Ausschüttung von Reserven aus Kapitaleinlagen)	a) Beantragte Dividende ist <u>nicht höher</u> als frei verfügbares Eigenkapital <u>nach Abzug</u> der Forderungen: Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR	Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR	Versagtes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats und Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR Formulierungsbeispiel (zu platzieren nach der Genehmigungsempfehlung): „Wir weisen darauf hin, dass [das Darlehen] an [Aktionäre] von CHF ... mangels frei verwendbarer Reserven nach unserer Beurteilung eine nach Art. 680 Abs. 2 OR verbotene Kapitalrückzahlung darstellt. Ferner halten wir fest, dass im Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes eine Dividende in der Höhe von CHF ... enthalten ist. Diese Gewinnausschüttung ist aufgrund der oben erwähnten verbotenen Kapitalrückzahlung nicht durch ausreichend frei verfügbares Eigenkapital gedeckt. Der Antrag des Verwaltungsrates verstösst deshalb gegen Gesetz und Statuten.“

	Forderungen* sind durch freies Eigenkapital gedeckt (Drittvergleich nicht durchgeführt oder nicht bestanden)	Forderungen* bestehen den Drittvergleich	Forderungen* sind weder durch freies Eigenkapital gedeckt, noch bestehen sie den Drittvergleich
Konstellation 2: Der Verwaltungsrat beantragt die Ausschüttung einer Dividende (oder eine Ausschüttung von Reserven aus Kapitaleinlagen)	<p>b) Beantragte Dividende ist <u>höher</u> als freies Eigenkapital nach Abzug der Forderungen:</p> <p>Versagtes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats</p> <p>Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR (ein solcher Verstoss bestünde erst, wenn die Dividende ausgerichtet würde)</p> <p>Formulierungsbeispiel (zu platzieren nach der Genehmigungsempfehlung):</p> <p>„Wir halten fest, dass im Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes eine Dividende in der Höhe von CHF ... enthalten ist. Diese Gewinnausschüttung führt dazu, dass nach unserer Beurteilung von den CHF ... bilanzierten Forderungen gegenüber [Schwestergesellschaften] nach der beantragten Dividendenausschüttung CHF ... eine nach Art. 680 Abs. 2 OR verbotene Kapitalrückzahlung darstellen. Der Antrag des Verwaltungsrates verstösst deshalb gegen Gesetz und Statuten.“</p>		

	Forderungen* sind durch freies Eigenkapital gedeckt (Drittvergleich nicht durchgeführt oder nicht bestanden)	Forderungen* bestehen den Drittvergleich	Forderungen* sind weder durch freies Eigenkapital gedeckt, noch bestehen sie den Drittvergleich
<p>Konstellation 3:</p> <p>Der Verwaltungsrat beantragt die Ausschüttung einer Dividende, die mit einer bestehenden Forderung gegen den Aktionär verrechnet werden soll (Verrechenbarkeit nach Art. 120 OR ist gegeben).</p>	<p>Eine Dividende kann beschlossen werden, wenn die entsprechende Verpflichtung mit einer bestehenden Forderung gegenüber dem Aktionär, der die Dividende erhält, verrechnet werden soll. Denn als Folge einer solchen Verrechnung kann derjenige Teil der Reserven, welcher <i>de facto</i> für diese Forderung gesperrt war, im Umfang der Verrechnung wieder für eine Dividendenausrichtung verwendet werden. Das freie Eigenkapital wird somit nicht doppelt verwendet.</p> <p>Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats unter der Voraussetzung, dass der Antrag die anschliessende Verrechnung explizit nennt.</p> <p>Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p>	<p>Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats</p> <p>Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p>	<p>Da kein frei verfügbares Eigenkapital vorhanden ist und überdies ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vorliegt (sowohl vor als auch nach der beantragten Dividende), kann keine Dividende ausgerichtet werden.</p> <p>Versagtes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats und</p> <p>Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p> <p>Formulierungsbeispiel (zu platzieren nach der Genehmigungsempfehlung):</p> <p>„Wir weisen darauf hin, dass [das Darlehen] an [Aktionäre] von CHF ... mangels frei verwendbarer Reserven nach unserer Beurteilung eine nach Art. 680 Abs. 2 OR verbotene Kapitalrückzahlung darstellt. Ferner halten wir fest, dass im Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes eine Dividende in der Höhe von CHF ... enthalten ist. Diese Gewinnausschüttung ist aufgrund der oben erwähnten verbotenen Kapitalrückzahlung nicht durch ausreichend frei verfügbares Eigenkapital gedeckt. Der Antrag des Verwaltungsrates verstösst deshalb gegen Gesetz und Statuten.“</p>

	Forderungen* sind durch freies Eigenkapital gedeckt (Drittvergleich nicht durchgeführt oder nicht bestanden)	Forderungen* bestehen den Drittvergleich	Forderungen* sind weder durch freies Eigenkapital gedeckt, noch bestehen sie den Drittvergleich
<p>Konstellation 4:</p> <p>Der Verwaltungsrat beantragt, eine bestehende Konzernforderung (jedoch nicht eine Forderung gegen den Aktionär) als Sachdividende auszuschütten. (Annahme, dass für Verrechnungssteuerzwecke das Meldeverfahren zur Anwendung gelangt)</p>	<p>Eine Dividende kann beschlossen werden, wenn eine bestehende Konzernforderung als Sachdividende ausgerichtet werden soll. Denn als Folge einer solchen Sachdividende kann derjenige Teil der Reserven, welcher <i>de facto</i> für diese Forderung gesperrt war, wieder für eine Dividendenausrichtung verwendet werden. Das freie Eigenkapital wird somit nicht doppelt verwendet.</p> <p>Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats unter der Voraussetzung, dass der Antrag die Sachdividende explizit nennt.</p> <p>Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p>	<p>Nicht modifiziertes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats</p> <p>Kein Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p>	<p>Da kein frei verfügbares Eigenkapital vorhanden ist und überdies ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR vorliegt (sowohl vor als auch nach der beantragten Dividende), kann keine Dividende ausgerichtet werden.</p> <p>Versagtes Prüfungsurteil zum Antrag des Verwaltungsrats und Hinweis auf Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR</p> <p>Formulierungsbeispiel (zu platzieren nach der Genehmigungsempfehlung):</p> <p>Wir weisen darauf hin, dass [das Darlehen] an [Aktionäre] von CHF ... mangels frei verwendbarer Reserven nach unserer Beurteilung eine nach Art. 680 Abs. 2 OR verbotene Kapitalrückzahlung darstellt. Ferner halten wir fest, dass im Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes eine Dividende in der Höhe von CHF ... enthalten ist. Diese Gewinnausschüttung ist aufgrund der oben erwähnten verbotenen Kapitalrückzahlung nicht durch ausreichend frei verfügbares Eigenkapital gedeckt. Der Antrag des Verwaltungsrates verstösst deshalb gegen Gesetz und Statuten.“</p>

4.3. Bestehen die Konsequenzen auf die Berichterstattung gemäss Frage 4.2 auch für die eingeschränkte Revision?

Grundsätzlich ja. Die Revisionsstelle hat auch bei der eingeschränkten Revision die Aufgabe zu prüfen, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass der Antrag des Verwaltungsrates an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht.

Bei der ordentlichen Revision besteht zusätzlich die Pflicht der Revisionsstelle, die Generalversammlung über Verstösse gegen das Gesetz und die Statuten zu informieren, wenn diese wesentlich sind oder wenn der Verwaltungsrat keine angemessenen Massnahmen ergreift (Art. 728c Abs. 2 OR).

Bei der eingeschränkten Revision enthält das Gesetz keine entsprechende Bestimmung. Im Berufsstand wird die Meinung vertreten, dass bei der eingeschränkten Revision eine beschränkte Hinweispflicht bestehe. Demnach weist die Revisionsstelle auf diejenigen Gesetzesverstösse hin, die einen direkten Bezug zur Jahresrechnung aufweisen, und dies nur dann, wenn diese aufgrund der durchgeführten Prüfungshandlungen (z.B. aus der Befragung) festgestellt wurden. Bei einem Verstoß gegen Art. 680 OR wird ein Hinweis im zusammenfassenden Bericht zur eingeschränkten Revision empfohlen, sofern der Gesetzesverstoß für die Meinungsbildung des Berichtsempfängers von Bedeutung ist (vgl. HWP Band „Eingeschränkte Revision“ III.4.2.9.1). Die Prüfungshandlungen richten sich nach dem Standard zur Eingeschränkten Revision und dem HWP (bspw. III.2.4.2 Prüfung von Beziehungen zu und Transaktionen mit nahestehenden Personen, III.2.4.4 Prüfung des Antrags über die Verwendung des Bilanzgewinns).

Demnach sind die in Frage 4.2 dargestellten Konstellationen auch bei der eingeschränkten Revision möglich. So besteht insbesondere auch bei der eingeschränkten Revision gegebenenfalls die Pflicht, eine verneinende Prüfungsaussage hinsichtlich des Antrags des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinns zu machen.

4.4. In der Praxis wurde bei Verdacht auf einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR im Bericht der Revisionsstelle teilweise ein sogenannter „Eventualhinweis“ angebracht. Ist dies noch vertretbar?

Nein. Bei Verdacht auf einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind die aufgrund der Prüfungsart notwendigen Prüfungshandlungen vorzunehmen und ausreichende geeignete Prüfungsnachweise zu erlangen. Dies auch darum, weil die Revisionsstelle ein Prüfungsurteil bzw. eine Prüfungsaussage zum Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinnes abgeben muss. Ein Eventualhinweis (Wortlaut bspw.

„Wir weisen darauf hin, dass ein Aktionärsdarlehen im Betrag von CHF xy einen Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR darstellen könnte.“) ist deshalb nicht vertretbar.

4.5. Muss bei einem Hinweis auf einen Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR die entsprechende Forderung wertberichtigt werden?

Ein Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR führt nicht automatisch zu einer Wertberichtigung. Die gesetzeskonforme Bewertung von Aktiven und Verbindlichkeiten ist grundsätzlich unabhängig von allfälligen Überlegungen zur Einlagenrückgewähr vorzunehmen und durch die Revisionsstelle zu beurteilen. Notwendige Wertberichtigungen sind in jedem Fall in der Jahresrechnung zu erfassen und vermindern das Jahresergebnis unmittelbar. Wird eine notwendige Wertberichtigung nicht vorgenommen, entspricht die Jahresrechnung diesbezüglich nicht dem Gesetz. Die Revisionsstelle muss in diesem Fall auf Basis der anwendbaren Prüfungsstandards beurteilen, ob eine Modifizierung (bspw. Einschränkung) des Prüfungsurteils bzw. der Prüfungsaussage zur Jahresrechnung erforderlich ist.

4.6. Welcher Zeitpunkt ist massgebend für die Einschätzung durch den Abschlussprüfer?

Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass der Bilanzstichtag der relevante Stichtag zur Beurteilung eines allfälligen Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR und des Ausschüttungssubstrats darstellt. Hingegen seien nachträgliche Entwicklungen unbeachtlich.

Die Prüfungspraxis sieht jedoch vor, dass gewisse Prüfungshandlungen in Bezug auf wesentliche Ereignisse nach dem Bilanzstichtag durchgeführt werden und bei der Beurteilung des zu prüfenden Sachverhalts zu berücksichtigen sind. Für die Beurteilung hinsichtlich Art. 680 Abs. 2 OR bzw. einer vom Verwaltungsrat beantragten Gewinnverwendung sind demzufolge wesentliche negative, (die Konzern-/ Aktionärsforderungen, das Eigenkapital oder die Liquidität betreffende) Ereignisse nach dem Bilanzstichtag einzubeziehen, die im Rahmen der Prüfungshandlungen in diesem Zusammenhang festgestellt werden.

Anhang: Gesetzliche Grundlagen

Art. 671 OR

C. Reserven

I. Gesetzliche Reserven

1. Allgemeine Reserve

¹ 5 Prozent des Jahresgewinnes sind der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese 20 Prozent des einbezahlten Aktienkapitals erreicht.

² Dieser Reserve sind, auch nachdem sie die gesetzliche Höhe erreicht hat, zuzuweisen:

1. ein bei der Ausgabe von Aktien nach Deckung der Ausgabekosten über den Nennwert hinaus erzielter Mehrerlös, soweit er nicht zu Abschreibungen oder zu Wohlfahrtszwecken verwendet wird;
2. was von den geleisteten Einzahlungen auf ausgefallene Aktien übrig bleibt, nachdem ein allfälliger Mindererlös aus den dafür ausgegebenen Aktien gedeckt worden ist;
3. 10 Prozent der Beträge, die nach Bezahlung einer Dividende von 5 Prozent als Gewinnanteil ausgerichtet werden.

³ Die allgemeine Reserve darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mildern.

⁴ Die Bestimmungen in Absatz 2 Ziffer 3 und Absatz 3 gelten nicht für Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht (Holdinggesellschaften).

Art. 675 OR

D. Dividenden, Bauzinse und Tantiemen

I. Dividenden

¹ Zinse dürfen für das Aktienkapital nicht bezahlt werden.

² Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden.

Art. 680 OR

F. Leistungspflicht des Aktionärs

I. Gegenstand

¹ Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag.

² Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu.

Art. 728a OR [Ordentliche Revision]

2. Aufgaben der Revisionsstelle

a. Gegenstand und Umfang der Prüfung

¹ Die Revisionsstelle prüft, ob:

1. die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen;
2. der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht;
3. ein internes Kontrollsystem existiert.

² Die Revisionsstelle berücksichtigt bei der Durchführung und bei der Festlegung des Umfangs der Prüfung das interne Kontrollsystem.

³ Die Geschäftsführung des Verwaltungsrats ist nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle.

Art. 728c OR

c. Anzeigepflichten

¹ Stellt die Revisionsstelle Verstöße gegen das Gesetz, die Statuten oder das Organisationsreglement fest, so meldet sie dies schriftlich dem Verwaltungsrat.

² Zudem informiert sie die Generalversammlung über Verstöße gegen das Gesetz oder die Statuten, wenn:

1. diese wesentlich sind; oder
2. der Verwaltungsrat auf Grund der schriftlichen Meldung der Revisionsstelle keine angemessenen Massnahmen ergreift.

³ Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht.

Art. 729a OR [Eingeschränkte Revision]

2. Aufgaben der Revisionsstelle

a. Gegenstand und Umfang der Prüfung

¹ Die Revisionsstelle prüft, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass:

1. die Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht;
2. der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht.

² Die Prüfung beschränkt sich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen.

³ Die Geschäftsführung des Verwaltungsrats ist nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle.