

SwissBoardForum 2 | 2024

Stefanie Meier-Gubser / Juni 2024

Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung

ÜBERSCHULDUNGSANZEIGE (BILANZDEPONIERUNG) Die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats. Die Unterlassung der Überschuldungsanzeige kann für die Mitglieder des Verwaltungsrats sowohl zivil- als auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen.

Der vorliegende Beitrag zeigt im Sinne eines Handlungsleitfadens auf, wie bei einer Überschuldungsanzeige vorzugehen ist und was dabei beachtet werden muss. Den Verwaltungsrat treffen allerdings bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust (Unterbilanz) und begründeter Besorgnis der Überschuldung verschiedene explizite Handlungspflichten.¹

Die Bestimmungen gelten nicht nur für den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, sondern mutatis mutandis für die obersten Führungsgorgane aller juristischen Personen.

Handlungspflichten bei Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

An dieser Stelle sei nur knapp und einleitend auf die Handlungspflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und begründeter Besorgnis der Überschuldung hingewiesen:²

Der Verwaltungsrat hat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und bei deren Bedrohung Massnahmen zu ihrer Sicherstellung oder zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen resp. der Generalversammlung zu beantragen. Weist die Jahresrechnung einen Kapitalverlust aus, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, Massnahmen zu dessen Beseitigung und zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen oder der Generalversammlung zu beantragen. Und besteht schliesslich eine begründete Besorgnis der Überschuldung, muss der Verwaltungsrat unverzüglich einen Zwischenabschluss erstellen und von der Revisionsstelle prüfen lassen. Ergibt sich daraus, dass die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen, welches den Konkurs eröffnet.

Achtung: Die negative Entwicklung der finanziellen Situation der Gesellschaft folgt nicht zwingend dieser Reihenfolge, so dass sich der Verwaltungsrat in der Praxis nicht darauf verlassen darf, jede einzelne Stufe abzuwickeln, bevor das Thema (begründete Besorgnis) der Überschuldung im Raum steht.

¹ Art. 725 ff. OR

² ausführlicher Meier-Gubser, in: [SwissBoardForum 1|2023](#), Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Überschuldung

Eine Überschuldung liegt vor, wenn «die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind»³, der Verlust nicht nur das gesamte Eigenkapital nicht mehr deckt, sondern auch einen Teil des Fremdkapitals erfasst. Zur Behebung einer Überschuldung dürfen Grundstücke und Beteiligungen bis zu höchstens ihrem wirklichen Wert aufgewertet werden. Diesfalls muss die Revisionsstelle schriftlich bestätigen, dass die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen eingehalten wurden.

Grundsätzlich muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis der Überschuldung je einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten erstellen lassen. Davon gibt es zwei Ausnahmen:

1. Ist die Annahme der Fortführung gegeben und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten nicht überschuldet, kann auf den Zwischenabschluss zu Liquidationswerten verzichtet werden.
2. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, genügt ein Zwischenabschluss zu Liquidationswerten.

Der Verwaltungsrat muss die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle prüfen lassen. Dies gilt auch bei einem Opting-out von der eingeschränkten Revision, d.h. in den Fällen, in denen die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat. Diesfalls ernennt der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revisor, der die Zwischenabschlüsse prüft.

Ist die Gesellschaft sowohl gemäss Zwischenabschluss zu Fortführungswerten als auch gemäss Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten (oder gemäss dem einzig notwendigen Zwischenabschluss), überschuldet, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen (die Bilanz deponieren).

Ausnahmen von der Pflicht der Bilanzdeponierung

Das Gericht muss nicht benachrichtigt werden, wenn

1. Rangrücktritte der Gesellschaftsgläubiger vorliegen, die den geschuldeten Betrag samt Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfassen, oder
2. solange begründeter Anlass für die Behebung der Überschuldung innert angemessener Frist (maximal innert 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse) besteht.

Achtung: Die Gesellschaft bleibt in diesen Fällen überschuldet. Insbesondere sind Rangrücktritte keine Sanierungsmassnahme. Es entfällt lediglich die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts. Der Verwaltungsrat bleibt in der Pflicht, Massnahmen zur Beseitigung der Überschuldung und Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen resp. der Generalversammlung zu beantragen.

Exkurs zur Revisionspflicht der Zwischenabschlüsse

In der Praxis verzichten viele Gerichte im Einzelfall auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle resp. auf die Vorlage der entsprechenden Revisionsberichte, insbesondere wenn die Überschuldung offensichtlich und belegt ist.⁴ Es empfiehlt sich daher unter Umständen, beim zuständigen Gericht anzufragen, ob ein Revisionsbericht über die Prüfung der Zwischenabschlüsse erforderlich ist oder nicht.

³ Art. 725b Abs. 1 OR

⁴ Vgl. etwa die Umfrage von Januar 2024 durch Michael Krampf, Gerichte grosszügiger als der Gesetzgeber, in: Plädoyer 2/2024

Die Benachrichtigung des Gerichts

Zuständiges Gericht

Zuständig für das Deponieren der Bilanz ist das Konkursgericht am Sitz der überschuldeten Gesellschaft. Dieses ist zu benachrichtigen resp. bei ihm ist die Überschuldungsanzeige einzureichen.⁵

Überschuldungsanzeige

Die Benachrichtigung muss eine explizite Überschuldungsanzeige enthalten und den Antrag resp. das Rechtsbegehren, über die Gesellschaft aufgrund Überschuldung der Konkurs zu eröffnen. Sie muss von mindestens einem zeichnungsberechtigten Mitglied des Verwaltungsrats unterzeichnet sein. Daneben kann sie ergänzende Erklärungen und/oder Begründungen enthalten.

In der Regel sind der Überschuldungsanzeige folgende Unterlagen (in einem Verzeichnis geordnet und nummeriert) beizulegen:

- gültiger **Beschluss des Verwaltungsrats** über die Anzeige der Überschuldung (rechtsgültig unterzeichneter Protokollauszug)
- je ein **aktueller Zwischenabschluss** zu Fortführungs- und Liquidationswerten (rechtsgültig unterzeichnet vom Verwaltungsrat)
- **Bericht der Revisionsstelle oder** bei einem Opting-out **eines zugelassenen Revisors** über die Prüfung der Zwischenabschlüsse (bei offensichtlicher Überschuldung verzichten die Gerichte zum Teil auf dieses Erfordernis)
- aktueller **Handelsregisterauszug** der überschuldeten Gesellschaft
- **Erklärung** darüber, ob die Gesellschaft **Eigentümerin von Grundstücken** (Liegenschaften, Stockwerkeigentum, Baurechte etc.) ist oder nicht (kann in der Überschuldungsanzeige erfolgen). Falls die Gesellschaft Grundeigentümerin ist, muss mit der Überschuldungsanzeige eine **Liste der Grundstücke im Eigentum der Gesellschaft** und ihrer Standorte eingereicht werden.

Das Gericht kann die Überschuldungsanzeige nur prüfen und den Konkurs eröffnen, wenn ihm die erforderlichen Unterlagen vollständig eingereicht werden. Fehlen Unterlagen oder Informationen wird das Gericht diese in der Regel bei der überschuldeten Gesellschaft zur Nachreichung einfordern. Werden sie nicht nachgereicht, kann das Gericht auf das Begehren um Konkurseröffnung nicht eintreten.

Das Handeln mit der gebotenen Eile

Bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und (begründeter Besorgnis der) Überschuldung müssen der Verwaltungsrat und die involvierte Revisionsstelle aus Gründen des Gläubigerschutzes stets mit der «gebotenen Eile» handeln.

Mit anderen Worten: Die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindende Gesellschaft hat für den Verwaltungsrat absolute Priorität. Er muss sich die notwendigen zeitlichen Ressourcen unverzüglich verfügbar machen und die erforderlichen Massnahmen umgehend ergreifen, ansonsten er seine (Sorgfalts-)pflicht verletzt und haftbar werden kann.

Das Unterlassen der Überschuldungsanzeige

Das Unterlassen der Überschuldungsanzeige durch den Verwaltungsrat stellt – wie das Handeln ohne die gebotene Eile – eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats dar und kann zu seiner Haftung führen.

⁵ Art. 46 Abs. 2 SchKG

Ist die Überschuldung offensichtlich und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige, muss die Revisionsstelle⁶ oder der zugelassene Revisor⁷ die Überschuldungsanzeige beim zuständigen Konkursgericht einreichen.

Die Eröffnung des Konkurses

Das Gericht prüft, ob tatsächlich eine Überschuldung vorliegt und eröffnet gegebenenfalls ohne Aufschub von Amtes wegen den Konkurs über die Gesellschaft.⁸ Ergibt die Prüfung, dass Anhaltspunkte für eine unmittelbare Sanierung oder für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags bestehen, kann das Gericht den Konkursentscheid auch aussetzen und das Nachlassverfahren einleiten resp. die Akten dem Nachlassgericht überweisen.

Alternative zur Überschuldungsanzeige: Nachlassstundung

Seit dem neuen Aktienrecht kann der Verwaltungsrat explizit anstelle der Überschuldungsanzeige auch ein Gesuch um Nachlassstundung stellen,⁹ sofern Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft oder auf einen Nachlassvertrag besteht und dies im Gesuch entsprechend nachgewiesen wird mit einem aktuellen Abschluss (Bilanz und Erfolgsrechnung), einer Liquiditätsplanung und einem Sanierungsplan.¹⁰

Mit Einreichung des Gesuchs um Nachlassstundung ist der Verwaltungsrat seiner Anzeigepflicht nachgekommen. Kommt das Nachlassgericht zum Schluss, dass Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft oder den Abschluss eines Nachlassvertrags besteht, bewilligt es für maximal vier Monate die provisorische Stundung und trifft nötigenfalls weitere Massnahmen.¹¹ Andernfalls eröffnet es von Amtes wegen den Konkurs.¹²

Alternative zur Überschuldungsanzeige: Insolvenzerklärung

Alternativ zur Überschuldungsanzeige kann die Eröffnung des Konkurses auch mittels Insolvenzerklärung¹³ beantragt werden, indem der Verwaltungsrat die Gesellschaft als zahlungsunfähig erklärt. Der Insolvenzerklärung muss unter anderem ein öffentlich beurkundeter Beschluss der Generalversammlung beigelegt werden, der

- die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft feststellt und
- den Verwaltungsrat beauftragt, beim Konkursgericht die Auflösung der Gesellschaft infolge Zahlungsunfähigkeit zu beantragen.

Zudem muss in diesem Verfahren ein Gerichtskostenvorschuss geleistet werden.

Konkursbeschlagnahme und Mitwirkungspflicht

Mit der Eröffnung des Konkurses, verliert die Gesellschaft das Recht, über ihr Vermögen zu verfügen. Rechtshandlungen über Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, sind nach Konkurseröffnung gegenüber den Konkursgläubigern ungültig (sog.

⁶ Art. 728c Abs. 3 OR (für die ordentliche Revision), Art. 729c OR (für die eingeschränkte Revision)

⁷ Art. 725b Abs.5 OR

⁸ Art. 192 SchKG

⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR

¹⁰ Art. 293 lit. a SchKG

¹¹ Art. 293a Abs. 1 und 2 SchKG

¹² Art. 293a Abs. 3 SchKG

¹³ Art. 191 SchKG

Konkursbeschlagnahme).¹⁴ Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse werden ausschliesslich durch die Konkursverwaltung ausgeübt.

Dem Schuldner, also der konkursiten Gesellschaft, kommt im Konkurs keine aktive Rolle mehr zu. Allerdings trifft die Gesellschaft resp. ihre Organe (Verwaltungsrat und gegebenenfalls Geschäftsleitung) während des gesamten Konkursverfahrens eine Mitwirkungspflicht. Der Schuldner ist bei Straffolge verpflichtet, der Konkursverwaltung während des gesamten Konkursverfahrens zur Verfügung zu stehen¹⁵ und die nötigen Auskünfte zu erteilen oder die erforderliche Unterstützung zu bieten. Auch muss er sich unterschriftlich über die Vollständigkeit und Richtigkeit des durch die Konkursverwaltung aufgenommenen Inventars erklären.¹⁶

Haftung des Verwaltungsrats

Neben der zivilrechtlichen Haftung des Verwaltungsrats für die unterlassene oder unsorgfältige Ausübung seiner Aufgaben und Pflichten, kann in Fällen der Überschuldung der Gesellschaft auch die strafrechtliche Haftung der involvierten Personen relevant werden. Zu denken ist dabei in erster Linie an die Konkursdelikte (Betrügerischer Konkurs,¹⁷ Gläubigerschädigung,¹⁸ Misswirtschaft,¹⁹ Unterlassen der Buchführung,²⁰ Bevorzugung eines Gläubigers²¹ Bestechung bei Zwangsvollstreckung,²² Verfügung über mit Beschlagnahme belegte Vermögenswerte,²³ Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrags²⁴), den Ungehorsam des Schuldners im Konkursverfahren,²⁵ die ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher²⁶ oder die Verletzung der Berichtspflichten²⁷.

Mit den Worten des Gesetzes

Die zentralen Bestimmungen des Aktienrechts und des Konkursrechts zur Überschuldung im Überblick.

Achtung: Die entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmungen gelten mutatis mutandis auch für die Kommanditaktiengesellschaft,²⁸ die GmbH,²⁹ die Genossenschaft,³⁰ den Verein mit Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister³¹ und die Stiftung³² (wobei hier bei einer Überschuldung nicht das Gericht, sondern die Aufsichtsbehörde zu benachrichtigen ist).

Art. 716a OR Unübertragbare Aufgaben [des Verwaltungsrats]

¹ Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

¹⁴ Art. 204 Abs. 1 SchKG

¹⁵ Art. 229 Abs. 1 SchKG

¹⁶ Art. 228 SchKG

¹⁷ Art. 163 StGB

¹⁸ Art. 164 StGB

¹⁹ Art. 165 StGB

²⁰ Art. 166 StGB

²¹ Art. 167 StGB

²² Art. 168 StGB

²³ Art. 169 StGB

²⁴ Art. 170 StGB

²⁵ Art. 323 StGB

²⁶ Art. 325 StGB

²⁷ Art. 325^{ter} StGB

²⁸ Art. 764 Abs. 2 OR

²⁹ Art. 820 OR

³⁰ Art. 903 OR

³¹ Art. 69d ZGB

³² Art. 84a ZGB

1. [...]
7. Die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung und die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung.
8. [...]

² [...]

Art. 725b OR Überschuldung

¹ Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, so erstellt der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten.

² Der Verwaltungsrat lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen; er ernennt den zugelassenen Revisor.

³ Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, so benachrichtigt der Verwaltungsrat das Gericht. Dieses eröffnet den Konkurs oder verfährt nach Artikel 173a [Nachlass- oder Notstundung] des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs.

⁴ Die Benachrichtigung des Gerichts kann unterbleiben:

1. wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst; oder
2. solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüssen, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

⁵ Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.

⁶ Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor handeln mit der gebotenen Eile.

Art. 192 SchKG Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung von Amtes wegen

Der Konkurs wird ohne vorgängige Betreibung von Amtes wegen eröffnet, wenn es das Gesetz so vorsieht.

Art. 293 Nachlassstundung - Einleitung

Das Nachlassverfahren wird eingeleitet durch:

- a. ein Gesuch des Schuldners mit folgenden Beilagen: eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung und eine Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen, aus denen die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners ersichtlich ist, sowie ein provisorischer Sanierungsplan;
- b. ein Gesuch eines Gläubigers, der berechtigt wäre, ein Konkursbegehren zu stellen;
- c. die Überweisung der Akten nach Artikel 173a Absatz 2 [Aussetzen des Konkursentscheids bei Anhaltspunkten für eine unmittelbare Sanierung oder für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags]

Einfaches Muster einer Überschuldungsanzeige

Das nachfolgende einfache Muster einer Überschuldungsanzeige einer Aktiengesellschaft muss auf den konkreten Einzelfall angepasst und ergänzt werden. Es ist im Sinne eines Leitfadens zu verstehen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

[Firma der Gesellschaft]

[einreichende Person]

[Adresse]

[PLZ Ort]

[Telefon]

Einschreiben

[zuständiges Konkursgericht]

[Adresse]

[PLZ Ort]

[Ort, Datum]

Überschuldungsanzeige der [Firma der Gesellschaft]

Sehr geehrte Damen und Herren

Hiermit benachrichtigen wir Sie in Anwendung der Artikel 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR i.V.m. Art. 725b Abs. 3 OR und zeigen Ihnen die Überschuldung der [Firma der Gesellschaft] UID [UID-Nr.] an. Wir bitten Sie, gestützt auf Artikel 191 SchKG i.V.m. Artikel 725b Abs. 3 OR über die [Firma der Gesellschaft] den Konkurs zu eröffnen.

Rechtsbegehren

Über die [Firma der Gesellschaft] sei der Konkurs zu eröffnen.

Formelles

Die [Firma der Gesellschaft] hat ihren Sitz in [Ort]. Das angerufene Konkursgericht ist örtlich, sachlich und funktional zuständig.

Beilage: Handelsregistrauszug

Begründung

1. Der Zwischenabschluss der [Firma der Gesellschaft] zu Fortführungswerten vom [DATUM] und der Zwischenabschluss zu Liquidationswerten vom [DATUM] haben ergeben, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind und die Gesellschaft überschuldet ist.

Beilagen: Zwischenabschlüsse

2. Der Verwaltungsrat hat die Zwischenabschlüsse am [DATUM] der ordentlichen Revisionsstelle [Name der Revisionsstelle] zur Prüfung vorgelegt. Der Prüfbericht der Revisionsstelle vom [DATUM] bestätigt die Überschuldung der [Firma der Gesellschaft].

Oder im Falle eines Opting-out: Die [Name der Gesellschaft] verfügt über keine Revisionsstelle. Der Verwaltungsrat hat daher am [DATUM] den zugelassenen Revisor [Name des zugelassenen Revisors] ernannt und ihm am [DATUM] die Zwischenabschlüsse zur Prüfung vorgelegt. Der Prüfbericht des zugelassenen Revisors vom [DATUM] bestätigt die Überschuldung der [Firma der Gesellschaft].

Beilage: Revisionsbericht

Allenfalls: Begründung, weshalb im konkreten Einzelfall auf die Prüfung der Zwischenabschlüsse und den Revisionsbericht verzichtet werden kann.

3. Es liegen keine Rangrücktrittserklärungen vor, und es besteht keine Aussicht auf Sanierung. Der Verwaltungsrat der [Firma der Gesellschaft] hat in seiner ausserordentlichen Sitzung vom [DATUM] daher einstimmig beschlossen, in Erfüllung seiner Pflicht nach Art. 725b Abs. 3 i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 eine Überschuldungsanzeige einzureichen und beim Konkursgericht die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

Beilage: Protokollauszug der VR-Sitzung (unterzeichnet)

4. Die [Firma der Gesellschaft] verfügt über kein Grundeigentum.

Oder im Falle, dass Grundeigentum vorliegt: Die [Firma der Gesellschaft] verfügt über Eigentum an den Grundstücken gemäss separater Auflistung.

Beilage: Liste mit Grundstücken im Eigentum der [Firma der Gesellschaft] (Angabe der Grundstücksnummer und des Belegenheitsorts / Grundbuchblatt-Nr.)

[rechtsgültige Unterschrift/en]

[Vorname, Name]
Präsident/in des Verwaltungsrats

[Name, Vorname]
Mitglied des Verwaltungsrats

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis