

SwissBoardForum 1 | 2023

Stefanie Meier-Gubser / März 2023

Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

HANDLUNGSPFLICHTEN DES VERWALTUNGSRATS Unter dem neuen Aktienrecht treffen den Verwaltungsrat umfassendere Pflichten und Möglichkeiten im Bereich Zahlungsfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung der Gesellschaft.

Die Pflichten des Verwaltungsrats betreffend finanzielle Situation der Gesellschaft wurden per 1. Januar 2023 ausgedehnt und detaillierter geregelt. Neu muss der Verwaltungsrat explizit die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwachen und, wenn die Zahlungsfähigkeit bedroht ist, Massnahmen zu deren Sicherstellung ergreifen. Handlungspflichten auferlegt das Gesetz dem Verwaltungsrat dann, wenn die letzte Jahresrechnung einen hälftigen Kapitalverlust ausweist und jederzeit bei drohender Überschuldung der Gesellschaft. Im Falle eines Kapitalverlusts und/oder einer drohenden Überschuldung müssen auch Gesellschaften, die auf eine eingeschränkte Revision verzichtet haben (Opting-out) ihre Jahresrechnung resp. ihre Zwischenabschlüsse durch einen zugelassenen Revisor eingeschränkt prüfen lassen. Verantwortlich für die Ernennung des zugelassenen Revisors und dafür, dass die Revision stattfindet, ist der Verwaltungsrat.

Drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 OR)

Der Verwaltungsrat ist neu explizit verpflichtet, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit Massnahmen zu ergreifen. Der Gesetzgeber schreibt nicht vor, wie die Überwachung der Zahlungsfähigkeit zu erfolgen hat, oder welche Massnahmen im Einzelnen zu ergreifen sind. Er ermöglicht dem Verwaltungsrat damit ein auf die konkreten Umstände angepasstes Vorgehen. Im Falle einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ist der Verwaltungsrat verpflichtet, mit der in der konkreten Situation gebotenen Eile zu handeln.

Die neuen gesetzlichen Handlungspflichten des Verwaltungsrats sollen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft vermeiden, wobei Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, *«wenn die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und somit weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen»*.¹

Überwachung der Zahlungsfähigkeit

Zwar verpflichtet das Gesetz den Verwaltungsrat nur dann zur Finanzplanung, *«sofern sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist»* (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.f.) und schreibt eine Geldflussrechnung bloss für ordentlich revisionspflichtige Unternehmen vor (Art. 961b OR). Die Finanzplanung ist indes in aller Regel notwendig und gehört damit grundsätzlich zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben eines jeden Verwaltungsrats.²

¹ Botschaft vom 23. November 2016 (BBI 2017 573)

² BBI 2017 719

Der Verwaltungsrat muss die Zahlungsfähigkeit nicht nur überwachen, sondern eine drohende Zahlungsfähigkeit auch erkennen. Dazu kann auch in KMU unter anderem eine Geldflussrechnung (Cash flow statement) dienen. Hinweise auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit können neben Aussagen von Finanzkennzahlen beispielsweise auch die Herabstufung der Kreditwürdigkeit durch Banken, Weigerungen von Zulieferern, ohne Vorauszahlung zu leisten, ausstehende Löhne, Sozialversicherungsabgaben und Steuerzahlungen oder gehäufte Mahnungen und Betreibungen sein.

Massnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit

Im Rahmen der abgeschlossenen Revision des Aktienrechts wurden betreffend Zahlungsfähigkeit verschiedene Pflichten und Massnahmen des Verwaltungsrats diskutiert. So sah beispielsweise der letzte Entwurf vom 23. November 2016 vor, dass der Verwaltungsrat, wenn begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft in den nächsten sechs (resp. zwölf bei ordentlich revisionspflichtigen Gesellschaften) Monaten zahlungsunfähig werde, einen Liquidationsplan erstellen und eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage vornehmen müsse. Der so vorgesehene Liquiditätsplan hätte den aktuellen Bestand der flüssigen Mittel darlegen und eine Aufstellung der in den nächsten sechs resp. zwölf Monaten zu erwartenden Ein- und Auszahlungen enthalten müssen.

Zwar ist die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans in der in Kraft gesetzten Fassung des Aktienrechts nicht mehr explizit enthalten, dennoch wird der Verwaltungsrat aber in aller Regel nicht um eine Liquiditätsplanung herumkommen. Als Referenzgrösse für den zeitlichen Horizont scheinen - angelehnt an die ursprünglichen Überlegungen - die sechs resp. zwölf Monate eine sinnvolle Faustregel zu sein.

Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan, dass trotz geplanter Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit die Zahlungsunfähigkeit droht, muss der Verwaltungsrat weitere Massnahmen ergreifen oder der Generalversammlung beantragen (z.B. Kapitalerhöhung, Einreichen eines Nachlassstundungsgesuchs).

Pflichten des Verwaltungsrats

- ⇒ Überwachung der Zahlungsfähigkeit
- ⇒ Erkennen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit
- ⇒ Bei drohender Zahlungsunfähigkeit handelt der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile und
 - ergreift Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit,
 - ergreift soweit erforderlich weitere Sanierungsmassnahmen oder
 - beantragt der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen, die in ihre Kompetenz fallen.

Kapitalverlust (Art. 725a OR)

Pflichtauslösend ist nach wie vor der sog. hälftige Kapitalverlust, bei dem die Aktiven abzüglich Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken. Weist die letzte Jahresrechnung einen solchen hälftigen Kapitalverlust (versteckt oder offen) auf, muss der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts ergreifen und/oder, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen, der Generalversammlung beantragen.

Zudem muss der Verwaltungsrat auch bei einem Opting-out die Jahresrechnung vor der Genehmigung durch die Generalversammlung eingeschränkt prüfen lassen. Zu diesem Zweck muss er einen zugelassenen Revisor ernennen und mit der Prüfung der Jahresrechnung beauftragen. Ohne Vorliegen des Revisionsberichts sind die Beschlüsse der Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung sowie zur Verwendung des Bilanzgewinns nichtig (Art. 731 Abs. 3 OR).

Die Pflicht zur Ernennung eines zugelassenen Revisors und zur eingeschränkten Prüfung bei Opting-out entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung nach Art. 293 ff. SchKG einreicht.

Der Verwaltungsrat und auch die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor handeln mit der gebotenen Eile. Grundsätzlich besteht kein Raum für Verzögerungen und der Verwaltungsrat hat unverzüglich zu handeln.³

Pflichten des Verwaltungsrats

- ⇒ Erkennen eines hälftigen Kapitalverlusts
- ⇒ Bei einem hälftigen Kapitalverlust in der letzten Jahresrechnung handelt der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile und
 - ergreift Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts,
 - ergreift soweit erforderlich weitere Sanierungsmassnahmen oder
 - beantragt der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen, die in ihre Kompetenz fallen.
- ⇒ **ACHTUNG: Revisionspflicht trotz Opting-out**
 - Die Jahresrechnung mit einem hälftigen Kapitalverlust muss trotz gültigem Opting-out vor der Genehmigung durch die Generalversammlung durch einen zugelassenen Revisor eingeschränkt geprüft werden.
 - Der Verwaltungsrat handelt mit der gebotenen Eile und ernennt einen zugelassenen Revisor.
 - Die Pflicht zur Revision beim Opting-out entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Nachlassstundungsgesuch einreicht.
 - Ohne Revisionsbericht sind die Beschlüsse der Generalversammlung zur Genehmigung der Jahresrechnung sowie zur Verwendung des Bilanzgewinns nichtig.

Überschuldung (Art. 725b OR)

Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch Aktiven gedeckt sind. Besteht dazu begründete Besorgnis, muss der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten erstellen. Häufig durchläuft die finanzielle Krise nicht die gesetzliche Kaskade der drohenden Zahlungsunfähigkeit, des hälftigen Kapitalverlusts und der begründeten Besorgnis der Überschuldung. Nicht selten führt die (drohende) Zahlungsunfähigkeit auch zur begründeten Besorgnis der Überschuldung.

³ In Anlehnung an die vom Bundesgericht entwickelte Praxis zum (aufgehobenen) Konkursaufschub, sollte dem Verwaltungsrat die für die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und wenn nötig zu deren Vorlage an die Generalversammlung nötige Zeit gewährt werden. Die Einleitung der ersten Schritte habe aber grundsätzlich unverzüglich zu geschehen.

Bei einer begründeten Besorgnis der Überschuldung müssen neu nicht in jedem Fall zwei Zwischenabschlüsse erstellt werden. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten nicht überschuldet ist und die Annahme der Fortführung gegeben ist. Auf den Zwischenabschluss zu Fortführungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist.

Der Verwaltungsrat muss die Zwischenabschlüsse (resp. den Zwischenabschluss) durch die Revisionsstelle und beim Opting-out durch einen zugelassenen Revisor eingeschränkt prüfen lassen. Ist die Gesellschaft gemäss beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen («Konkurs anmelden»). Die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts entfällt in zwei Fällen:

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.

Ein Rangrücktritt stellt keine Sanierungsmassnahme dar und behebt die Überschuldung nicht. Er entbindet den Verwaltungsrat einzig und allein von der Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen oder gegebenenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR).

Die Revisionsstelle und der zugelassene Revisor sind verpflichtet, bei offensichtlicher Überschuldung das Gericht zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat untätig bleibt und die Anzeige unterlässt.

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

Pflichten des Verwaltungsrats

- ⇒ Erkennen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung
- ⇒ Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung handelt der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile und
 - erstellt unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten
 - Verzicht auf Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten möglich, wenn der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten nicht überschuldet und die Annahme der Fortführung gegeben ist
 - Verzicht auf Zwischenabschluss nach Fortführungswerten möglich, wenn die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist
 - lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder beim Opting-out durch einen zugelassenen Revisor prüfen,
 - benachrichtigt das Gericht, wenn beide Zwischenabschlüsse (oder der Zwischenabschluss) eine Überschuldung ausweisen („Konkursanmeldung“).

- ⇒ Die Benachrichtigung des Gerichts kann trotz bestehender Überschuldung in zwei Fällen unterbleiben:
 - bei genügendem Rangrücktritt der Gesellschaftsgläubiger (mind. im Umfang der Überschuldung inkl. Zinsen während der Dauer der Überschuldung) oder
 - solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist (spätestens aber nach 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse) behoben werden kann und die Gläubigerforderungen nicht zusätzlich gefährdet werden.
 - Der Verwaltungsrat ergreift resp. beantragt in diesem Fall Sanierungsmassnahmen oder reicht gegebenenfalls ein Nachlassstundungsgesuch ein.
- ⇒ **ACHTUNG: Revisionspflicht trotz Opting-out**
 - Die Zwischenabschlüsse (oder der Zwischenabschluss) müssen im Falle begründeter Besorgnis einer Überschuldung trotz gültigem Opting-out durch einen zugelassenen Revisor eingeschränkt geprüft werden.
 - Der Verwaltungsrat ernennt einen zugelassenen Revisor.
 - Dem zugelassenen Revisor obliegt bei Untätigkeit des Verwaltungsrats die Anzeigepflicht der Revisionsstelle (Benachrichtigung des Gerichts bei offensichtlicher Überschuldung)

Sanierungsmassnahmen

Sanierungsmassnahmen können bilanzieller, finanzieller und/oder organisatorischer Natur sein. Das Gesetz erlaubt zur Behebung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung bei Grundstücken und Beteiligungen, die unter ihrem wirklichen Wert bilanziert sind, die bilanzielle Aufwertung bis höchstens zu ihrem wirklichen Wert (Art. 725c OR). Der Aufwertungsbetrag muss gesondert als Aufwertungsreserve unter der gesetzlichen Gewinnreserve ausgewiesen und kann nur durch Umwandlung in Aktien- oder Partizipationskapital oder durch Wertberichtigung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden.

Die Aufwertung ist jedoch nur zulässig, wenn die Revisionsstelle schriftlich bestätigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind. Bei Gesellschaften mit Opting-out muss der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revisor mit der Bestätigung beauftragen.

Bilanzielle Sanierungen sind schnell und mit geringem Aufwand durchführbar. Finanzielle Vorgänge sind nicht nötig. Es müssen lediglich die entsprechenden Buchungen vorgenommen werden. Die finanzielle Sanierung verbessert die finanziellen Strukturen und führt in der Regel neue flüssige Mittel zu. Mit der organisatorischen Sanierung sind schliesslich betriebsorganisatorische und/oder personalstrukturelle Massnahmen verbunden.