

## Massnahmen Verwaltungsrat in Krisensituationen: Überschuldung

- 1.0 Begründete Besorgnis:** Der Verwaltungsrat hat bereits bei der begründeten Besorgnis einer Überschuldung Massnahmen nach Art. 725b OR zu ergreifen. Bereits die konkrete Befürchtung ist demnach der gültige Auslöser zur Ergreifung der gesetzlich vorgesehenen Massnahmen. Ob eine echte Überschuldung tatsächlich vorliegt, wird erst in den darauffolgenden Schritten abgeklärt.
- 2.0 Einberufung einer ausserordentliche Verwaltungsratssitzung:** Auch wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich vorschreibt, sollte bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung unverzüglich eine ausserordentliche Sitzung des Verwaltungsrats einberufen werden, in der die erforderlichen Schritte gründlich und mit der notwendigen Eile geplant werden. Falls erforderlich sollte externe juristische Beratung hinzugezogen werden. Es wird empfohlen eine detaillierte Liquiditätsplanung auf Tagesbasis einzuführen, um eine präzise Kontrolle über die finanzielle Lage zu gewährleisten.
- 3.0 Sozialversicherungsbeiträge:** Der Verwaltungsrat hat die unbedingte Verpflichtung sicherzustellen, dass sämtliche Sozialversicherungsbeiträge stets fristgerecht entrichtet werden. Kommen die Sozialversicherungen im Falle eines Konkurses der Gesellschaft zu Schaden bieten Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG eine Rechtsgrundlage, mittels welcher die Sozialversicherungen den Verwaltungsrat persönlich ins Recht fassen kann. Die Rechtsprechung hat dies dahin gehend konkretisiert, dass die Nichtbezahlung von SVA-Beiträgen per se mindestens grobfahrlässig sei, egal, welche Aufgabe jemand im Rahmen eines Verwaltungsrats bekleidet, womit sämtliche Verwaltungsräte solidarisch und persönlich für einen Schaden haftbar gemacht werden können.
- 4.0 Erstellung eines Zwischenabschluss:** Das Gesetz schreibt vor, dass der Verwaltungsrat bei einer begründeten Besorgnis einer Überschuldung unverzüglich einen Zwischenabschluss sowohl zu Fortführungswerten als auch zu Veräusserungswerten erstellen muss. (Art. 725b, Abs. 1 OR) Auf die Erstellung eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und zudem (kumulativ) der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist.
- 5.0 Externe Revision:** Das Gesetz verlangt, dass die Beurteilung der Überschuldungssituation anhand eines geprüften Zwischenabschlusses vorgenommen wird. Der Zwischenabschluss ist folglich einem zugelassenen Revisor vorzulegen, welche(r) ihrerseits umgehend eine Prüfung vorzunehmen hat. Falls die Gesellschaft keine Revisionsstelle besitzt, hat die Gesellschaft einen zugelassenen Revisor mit der Prüfung des Zwischenabschlusses zu betrauen. (Art. 725b, Abs. 2 OR) Bei offensichtlicher, erheblicher Überschuldung und aussichtsloser Sanierung wird die Revisionsstelle ein vereinfachtes, verkürztes Verfahren anwenden.
- 6.0 Prüfung von Sanierungsmassnahmen:** Ergibt sich aus dem geprüften Zwischenabschluss, dass sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung besteht, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art 725b Abs. 3 OR das Gericht zu benachrichtigen. Reagiert der Verwaltungsrat trotz Vorliegen einer Überschuldung nicht, so trifft auch die Revisionsstelle eine subsidiäre Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts. Eine Benachrichtigung des Gerichts ist in den Fällen 5.1 und 5.2 nicht erforderlich. Allerdings ist hier im Hinblick auf die Konkursverschleppung Vorsicht geboten. Eine Konkursverschleppung liegt vor, wenn der Verwaltungsrat den Richter nicht zu dem Zeitpunkt benachrichtigt, zu dem er gemäss Art. 725 Abs. 2 OR dazu verpflichtet ist. Um eine Konkursverschleppung handelt es sich nur nicht, wenn die konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert 90 Tagen behoben wird. Zudem darf sich das Risiko für die Gläubigerforderungen während dieser Frist nicht erhöhen. Weiter muss die Aussicht auf eine dauerhafte finanzielle Gesundheit und Wiederherstellung der Ertragskraft des Unternehmens gegeben sein. Spekulationen, überzogene Erwartungen oder reine Hoffnungen auf eine baldige Sanierung können niemals einen Aufschub der Überschuldungsanzeige rechtfertigen.
  - 6.1 Wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der Rangrücktritt geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst. Soll

der Rangrücktritt seinen Zweck erfüllen, so muss er *unbedingt* und *unbefristet* sowie für die ganze Dauer des Überschuldungszustands *unwiderruflich* sein.

6.2 Wenn die Überschuldung durch *kurzfristig* realisierbare, sofort bilanzwirksame Sanierungsmassnahmen rasch beseitigt werden kann. Mögliche Massnahmen sind beispielsweise:

- a) Auflösung stiller Reserven (unter Beachtung der Offenlegungspflichten von Art. 959c Abs. 1 Ziff. 3 OR)
- b) Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen gemäss Art. 725c OR
- c) Erwirkung von Gläubigerverzichten oder À-fonds-perdu-Zuschüssen
- d) Deklarative Kapitalherabsetzung (gem. Art. 653p OR)
- e) Kapitalherabsetzung unter gleichzeitiger Wiedererhöhung auf mindestens den bisherigen Betrag
- f) Ordentliche Kapitalerhöhung (Art. 650 ff. OR)
- g) Sanierungsfusion gemäss Art. 6 FusG

Die Massnahmen gemäss lit. a – c liegen in der Eigenkompetenz des Verwaltungsrats. Demgegenüber fallen die anderen genannten Massnahmen (lit. d – g) in den Kompetenzbereich der Generalversammlung. Falls der Verwaltungsrat solche Massnahmen zur Beseitigung der Überschuldung beabsichtigt, hat er mit der gebotenen Eile eine Generalversammlung einzuberufen und ihr in entscheidungsreifer Form seine Anträge vorzulegen.

**7.0 Benachrichtigung des Gerichts:** Einzig der Gesamtverwaltungsrat ist legitimiert die Benachrichtigung des Gerichts zu beschliessen. Wird die Mitteilung nicht durch den Gesamtverwaltungsrat beim Gericht vorgetragen, ist der Beschluss des Verwaltungsrats durch ein entsprechendes VR-Protokoll nachzuweisen. Mit der Überschuldungsanzeige ist dem Gericht gleichzeitig auch der Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu übergeben. Ebenfalls beizulegen ist der Prüfungsbericht der Revisionsstelle. Vor Benachrichtigung des Richters muss nicht zwingen eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen werden. Gemäss Artikel 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR ist die Aufgabe der Benachrichtigung des Gerichts unübertragbar dem Verwaltungsrat zugewiesen. Die Zuständigkeit richtet sich nach dem geltenden kantonalen Recht am Gesellschaftssitz des überschuldeten Unternehmens. Die Anrufung des Gerichts kann in einem Begehren um provisorische Nachlassstundung oder um die Eröffnung des Konkurses bestehen. Dem Gericht stehen in der Folge unterschiedliche Massnahmen zur Verfügung:

- 7.1 Zurück oder Abweisung des durch die Überschuldungsanzeige bewirkten Konkursbegehrens: Das Gericht tritt nicht auf die Überschuldungsanzeige ein, wenn sie bei einem nicht zuständigen Gericht oder durch eine nicht legitimierte Person eingereicht wird. Eine Abweisung erfolgt auch, wenn das Gericht infolge der Prüfung der Unterlagen zum Ergebnis kommt, dass keine Überschuldung vorliegt.
- 7.2 Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung: Das Gericht kann den Konkurs am Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht. In diesem Falle hat der Verwaltungsrat Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens zu treffen.
- 7.3 Konkurseröffnung: Das Gericht wird den Konkurs eröffnen, falls weder die Voraussetzungen einer provisorischen Nachlassstundung erfüllt sind noch eine Abweisungsgrund vorliegt.

#### Quellen:

- Müller, R., Lipp, L., & Plüss, A. (2021). *Der Verwaltungsrat : ein Handbuch für Theorie und Praxis* (5., vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts). S. 399 – 405. Schulthess.
- Bauen, M., & Venturi, S. (2009). *Swiss board of directors : organisation, powers, liability, corporate governance*. Schulthess.
- Eschenbach, G., & Bruderer, S. (2021). *Kapitalverlust und Überschuldung – die Pflichten des Verwaltungsrats*.
- WEKA. (2020). *AHV-52: Verwaltungsrat aufgepasst bei der Haftung*. Abgerufen am 30.01.2024 von [AHV-52: Verwaltungsrat aufgepasst bei der Haftung \(weka.ch\)](https://www.weka.ch)