swissVR Impuls I/2021
Juli 2021

Impuls für KMU-Verwaltungsräte:

Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust oder Überschuldung

Vorwort

Mit dem swissVR Impuls 2/2020 wurden Verwaltungsräten von KMU Tipps gegeben, wie sie die wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Krise abfedern und mit den Herausforderungen und nachhaltigen Veränderungen, welche die aussergewöhnliche Situation mit sich bringt, umgehen können.

Wenn auch das Coronavirus nicht verschwinden wird, so wird doch irgendwann die Pandemie enden. Enden werden auch die durchaus zweckdienlichen Unterstützungsmassnahmen von Bund und Kantonen, welche einerseits Liquiditätsengpässe überbrücken und andererseits vermeiden sollen, dass grundsätzlich gesunde KMU aufgrund einer temporären Überschuldungssituationen Konkurs anmelden müssen. In Bezug auf die Sanierung der Gesellschaften wird in der «Zeit danach» wieder das ordentliche Regime gelten. Doch was heisst dies für Verwaltungsräte?

Das aktuelle Sanierungsrecht macht seinem Namen wenig Ehre, zumal viele Verfahren im Konkurs der entsprechenden Gesellschaft enden. Ein Grund liegt wohl darin, dass Verwaltungsräte – etwa bei Zahlungsschwierigkeiten – mangels entsprechender Gesetzesbestimmung zu spät gewarnt und nur beschränkt zu wirksamen Massnahmen verpflichtet werden. Mit anderen Worten kann unter geltendem Recht abgewartet werden, bis es für eine Sanierung zu spät ist. Mit der Revision des Aktienrechts, welche voraussichtlich im Jahr 2023 in Kraft tritt (ursprünglich war das Inkrafttreten für das Jahr 2022 geplant), sollen die entsprechenden Pflichten des VR konkretisiert und teilweise erweitert bzw. verschärft werden.

Die folgenden Ausführungen und Empfehlungen sollen insbesondere Verwaltungsräten von KMU helfen, ihrer Verantwortung nachzukommen, sofern eine Zahlungsunfähigkeit, ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung droht. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die entsprechenden Pflichten des revidierten Aktienrechts gelegt.

Cornelia Ritz Bossicard
Präsidentin swissVR

Jörg Walther
Rechtsanwalt
Vorstandsmitglied swissVR

Dr. Josianne Magnin
Rechtsanwältin

Dieser swissVR Impuls wurde von swissVR zusammen mit Schärer Rechtsanwälte, Aarau (www.5001.ch) ausgearbeitet.

Autorenschaft:
Jörg Walther, Verwaltungsrat und Wirtschaftsanwalt, Vorstandsmitglied swissVR (joerg.walther@5001),

Dr. Josianne Magnin, Rechtsanwältin, Oberassistentin, Habilitandin und Lehrbeauftragte an der Universität Luzern (josianne.magnin@5001.ch),

Cornelia Ritz Bossicard, unabhängige Verwaltungsrätin, Präsidentin swissVR (cornelia.ritz@swissvr.ch)

Titelseite: iStock.com/Dilok Klaisataporn

Dieser Text soll betroffenen und interessierten Unternehmen, namentlich KMU, als mögliche Orientierungshilfe dienen. Er gibt die Erkenntnisse der Autoren wieder und beinhaltet weder die Meinung noch konkrete Empfehlungen der Vereinigung swissVR an ihre Mitglieder. Die Autoren, swissVR und Schärer Rechtsanwälte übernehmen keine Verantwortung, Garantie oder Haftung für die Korrektheit und Angemessenheit der Massnahmen und lehnen jede Haftung für allfällige direkte oder indirekte finanzielle oder sonstige Schäden ab, die sich ergeben, wenn eine Person aufgrund dieser Informationen eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

swissVR ist eine unabhängige Vereinigung für Verwaltungsratsmitglieder in der Schweiz, von Verwaltungsräten für Verwaltungsräte. Mit ihrem Angebot trägt sie zur Professionalisierung der Verwaltungsratstätigkeit bei, fördert den Erfahrungsaustausch unter Verwaltungsrätinnen und Verwaltungsräten von Unternehmen aller Branchen und bietet seinen rund 1'000 Mitgliedern ein bedürfnisspezifisches Informations- und Weiterbildungsangebot. swissVR richtet sich exklusiv an Personen mit einem aktiven Verwaltungsratsmandat.

Für weitere Informationen zu swissVR und zur Mitgliedschaft: www.swissvr.ch

swissVR, Suurstoffi 1, 6343 Rotkreuz
info@swissvr.ch, +41 41 757 67 11

(Version vom 3. Juli 2021)

Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust oder Überschuldung

Die Finanzplanung und die Finanzkontrolle gehören dem Grundsatz nach zu den allgemeinen (unübertragbaren und unentziehbaren) Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR). In Verbindung mit seinen Sorgfaltspflichten obliegt dem Verwaltungsrat generell die Verantwortung, zu gewährleisten, dass das Unternehmen seinen finanziellen Verbindlichkeiten (fristgerecht) nachkommen kann (Art. 717 und 958a OR). Die entsprechende Konkretisierung im aktienrechtlichen Sanierungsrecht ist unter geltendem Recht allerdings wenig wirkungsvoll. Mit der Aktienrechtsrevision werden neue Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit eingeführt und die Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung präzisiert bzw. geändert. Diese Pflichten des Verwaltungsrats werden im vorliegenden Beitrag näher dargestellt.

1. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Begriff: Von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit wird gesprochen, wenn anzunehmen ist, dass ein Unternehmen voraussichtlich dauerhaft nicht in der Lage sein wird, seinen Zahlungsverbindlichkeiten (fristgerecht) nachzukommen. Hierbei handelt es sich also um einen liquiditätsbezogenen Warnindikator. Anzeichen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit sind beispielsweise vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten oder ein stetiger Liquiditätsabfluss.

Pflichten unter geltendem Recht: Die Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit sind bis anhin nicht explizit geregelt. Wie einleitend ausgeführt, obliegt dem Verwaltungsrat eine generelle Finanzverantwortung. Er muss unter anderem dafür sorgen, dass die Gesellschaft eine **Liquiditätsplanung** hat und ihren finanziellen Verbindlichkeiten stets (fristgerecht) nachkommen kann. Gelingt ihm dies nicht, können die Zahlungsschwierigkeiten für das Unternehmen schwerwiegende Folgen haben:

- Ist beispielsweise aufgrund einer drohenden Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, dass ein Unternehmen zumindest Teile seiner Tätigkeit in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag einstellen muss, hat es seiner Rechnungslegung bereits heute Veräusserungs- statt Fortführungswerte zugrunde zu legen (Art. 958a OR). Das führt zwangsweise zu einer erheblichen Wertvernichtung und damit oftmals gar zu einer Überschuldung.
- Wenn ein Unternehmen seine Zahlungen bereits eingestellt hat, können die Gläubiger zudem ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Dies zwingt den Verwaltungsrat regelmässig dazu, die Liquidität durch Aufnahme von Fremdkapital zu verbessern, was die Gefahr mit sich bringt, dass die Zahlungsunfähigkeit bloss (bis zur Überschuldung) hinausgezögert wird.

Pflichten unter künftigem Recht: Mit der Aktienrechtsrevision werden die Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit explizit normiert: So wird festgehalten, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen (z.B. anhand eines Liquiditätsplans) und eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vorzunehmen hat (Art. 725 Abs. 1 revOR), was ohnehin zu seinen Pflichten gehört. Auch muss der Verwaltungsrat bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, wie im Fall des Kapitalverlusts oder der Überschuldung, «mit der gebotenen Eile» handeln (Art. 725 Abs. 3 revOR).

In Bezug auf die zu treffenden Massnahmen wird das Gesetz nur wenig konkreter:

- Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, so liegt es gemäss Gesetz in erster Linie in der Kompetenz des Verwaltungsrats (und nicht der GV), Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen (z.B. Festlegung von Ausgabeprioritäten, Ausgabestopp, Steuerung der Zahlungseingänge, Verkauf von

nicht betriebsnotwendigen Anlagegütern, Sale-and-lease-back, Vermietung von nicht benötigten Räumen oder nicht ausgelasteten Maschinen und Anlagen, Überprüfung geplanter Investitionen, Überprüfung bzw. Reduktion von Lagerbeständen etc.).

- Nur wenn die Massnahmen des VR nicht ausreichen, muss er eine Generalversammlung einberufen und dieser Anträge unterbreiten (z.B. Kapitalschnitt, Kapitalerhöhung).
- Ist keine andere Sanierungsmassnahme erfolgsversprechend, hat der VR sogar ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 725 Abs. 2 revOR)(neu auch unübertragbare und unentziehbare Pflicht des VR gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR).

Tipps für VR: Selbst die neu eingeführten Pflichten für Verwaltungsräte bei drohender Zahlungsunfähigkeit ändern nichts daran, dass es oftmals bereits zu spät und eine Sanierung hoffnungslos ist, wenn eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Verwaltungsräte sollten deshalb die finanzielle Lage und insbesondere Liquidität des Unternehmens auch etwa anhand von Faktoren wie Umsatz, Offert- und Auftragsvolumen, Anzahl Kundenbesuche und Produktivität beobachten und bereits reagieren, wenn erste Zahlungsschwierigkeiten auftreten. So können bei Bedarf frühzeitig wirksame Sanierungsmassnahmen ergriffen werden, welche eine tatsächliche finanzielle Gesundung der Gesellschaft ermöglichen.

2. Kapitalverlust

Begriff: Im Gegensatz zur drohenden Zahlungsunfähigkeit handelt es sich beim Kapitalverlust um einen bilanzbezogenen Warnindikator, den bereits das geltende Recht kennt. Mit dem revidierten Recht wird die Berechnung des Kapitalverlusts konkretisiert bzw. abgeändert. Demnach liegt ein Kapitalverlust vor, wenn die Aktiven das Fremdkapital und mehr als 50% des massgeblichen Eigenkapitals nicht mehr decken. Mit anderen Worten: Der Bilanzverlust entspricht mindestens 50% des massgeblichen Eigenkapitals. Zum massgeblichen Eigenkapital gehören das Aktienkapital, die nicht an die Aktionäre zurückzahlbare gesetzliche Kapitalreserve und die gesetzliche Gewinnreserve (nicht aber freiwillige Gewinnreserven).

Kapitalverlust			
Aktiven		**Passiven**	
Umlaufvermögen	**30 Mio.**	Fremdkapital	**55 Mio.**
Anlagevermögen	**40 Mio.**		
		Eigenkapital	
Verlustvortrag	**30 Mio.**	(AK und gesetzl. Reserven)	**45 Mio.**
	100 Mio.		**100 Mio.**

Gemäss Gesetzeswortlaut ist zur Feststellung eines allfälligen Kapitalverlusts «die letzte Jahresrechnung» massgebend – und zwar in der Regel zu Fortführungswerten. Entsteht jedoch unterjährig der **Verdacht** auf einen Kapitalverlust, muss der Verwaltungsrat einen **Zwischenabschluss** erstellen, womit dieser massgebend wird.

Pflichten unter geltendem Recht: Wird unter geltendem Recht ein Kapitalverlust festgestellt, ist der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen verpflichtet, unverzüglich eine (i.d.R. ausserordentliche) Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR). Zur Sanierung kommen etwa folgende Massnahmen in Frage:

- Kapitalschnitt (bzw. «Harmonika»): Es wird eine deklarative Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung durchgeführt (Art. 732 Abs. 1 und 5 OR).
- (reine) Kapitalerhöhung
- (partieller) Forderungsverzicht
- Sanierungsfusion
- stille Sanierung: Aktionäre erbringen freiwillige Zuzahlungen oder übernehmen Schulden der Gesellschaft.

Pflichten unter künftigem Recht: Mit der Aktienrechtsrevision wird der Handlungsspielraum des Verwaltungsrats bei einem Kapitalverlust erweitert, gleichzeitig werden ihm neue Pflichten auferlegt.

Neu ist die Einberufung einer Sanierungs-GV nicht zwingend bzw. sofort erforderlich, sondern der Verwaltungsrat kann gemäss folgender Kaskadenordnung vorgehen:

- Grundsätzlich ist es zulässig, dass der Verwaltungsrat in einem ersten Schritt **rein bilanzkosmetische Massnahmen** wie z.B. die Auflösung stiller Reserven im OR-Abschluss ergreift. Um einen Kapitalverlust zu beheben, dürfen vorab Grundstücke und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs-

oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden. Bedingung ist aber, dass die Revisionsstelle oder (wenn eine solche fehlt) ein zugelassener Revisor schriftlich bestätigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind (Art. 725c Abs. 1 und 2 revOR). Weiter ist es möglich, die Berechnungsbasis herabzusetzen, indem der Verlust mit Reserven (freiwillige oder gesetzliche Gewinnreserve oder gesetzliche Kapitalreserve) verrechnet (Art. 674 Abs. 1 revOR) oder das Aktienkapital herabgesetzt wird (Art. 653p revOR).

- Reicht reine Bilanzkosmetik nicht, muss der Verwaltungsrat **Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts** ergreifen. In Frage kommen sowohl operative Massnahmen (Reduktion Aufwand / Erhöhung Ertrag) wie auch eine Stärkung des Eigenkapitals.
- Nur wenn vorerwähnte Massnahmen nicht genügen, muss der Verwaltungsrat **weitere Sanierungsmassnahmen** ergreifen oder der GV einen entsprechenden Antrag stellen, sofern die Massnahmen in ihren Zuständigkeitsbereich fallen (Art. 725a Abs. 1 revOR). Keine Beschlusskompetenz steht der GV über die operativen Sanierungsmassnahmen zu.

Unabhängig der vorerwähnten Massnahmen ist der Verwaltungsrat verpflichtet, die letzte Jahresrechnung (bzw. den Zwischenabschluss) durch die **Revisionsstelle** oder einen zugelassenen Revisor zumindest eingeschränkt **prüfen zu lassen**. Dies gilt auch dann, wenn ein Unternehmen auf eine Revision verzichtet hat (sog. Opting-out). Die Pflicht entfällt nur, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht (Art. 725a Abs. 2 und 3 revOR). Unterbleibt die eingeschränkte Prüfung, ist der Genehmigungsbeschluss der GV nichtig (Art. 731 Abs. 3 OR). Zudem besteht ein erhöhtes Haftungsrisiko des Verwaltungsrates, weil das Unterlassen der Revision eine klare Pflichtwidrigkeit darstellt.

Tipps für VR: Da unter revidiertem Recht bei einem Kapitalverlust nicht mehr unmittelbar eine GV einberufen werden muss, wird der Handlungsspielraum des VR vergrössert und zudem eine Sanierung ermöglicht, ohne dass die Unternehmenskrise (sofort) publik wird. Das ändert aber nichts an seiner Verantwortung, rasch für eine finanzielle Gesundung der Gesellschaft zu sorgen. Insbesondere rein bilanzkosmetische Massnahmen können unter Umständen ungenügend sein, weil damit ein Kapitalverlust hinausgezögert und so allenfalls wichtige Sanierungsmassnahmen verhindert werden können.

Bei Vorliegen eines **Kapitalverlusts** gilt es entsprechend **rasch** zu **handeln** und Massnahmen zu ergreifen, welche die finanzielle Lage effektiv verbessern. Zu beachten ist dabei auch die neu eingeführte Revisionspflicht, welche wie erwähnt selbst für Gesellschaften gilt, die ein Opting-out beschlossen haben. Bleibt diese aus, besteht ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko für den Verwaltungsrat.

3. Überschuldung

Begriff: Auch bei der Überschuldung handelt es sich um einen bilanzbezogenen Warnindikator, wobei der Begriff unter geltendem und künftigem Recht gleich definiert wird: Eine Überschuldung liegt vor, wenn das gesamte Eigenkapital und sogar ein Teil des Fremdkapitals nicht mehr gedeckt sind – und zwar weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten (Art. 725b Abs. 1 revOR). Mit anderen Worten: Der Bilanzverlust ist grösser als das gesamte Eigenkapital.

Überschuldung			
Aktiven		**Passiven**	
Umlaufvermögen	**20 Mio.**	Fremdkapital	**55 Mio.**
Anlagevermögen	**20 Mio.**		
Verlustvortrag	**60 Mio.**		
		Eigenkapital (AK und Reserven)	**45 Mio.**
	100 Mio.		**100 Mio.**

Pflichten unter geltendem und künftigem Recht: Die Pflichten des Verwaltungsrats bei einer befürchteten und tatsächlichen Überschuldung ändern sich grundsätzlich nicht, werden im revidierten Recht aber konkretisiert. Es gilt folgende Kaskadenordnung:

- Vorab muss der Verwaltungsrat durch eine geeignete **Finanzkontrolle** und Ausgestaltung des Rechnungswesens gewährleisten, dass er von einer allfälligen Überschuldung überhaupt Kenntnis bzw. Besorgnis erhält.
- Analog zum Kapitalverlust ist es grundsätzlich zulässig, dass der Verwaltungsrat als erstes **rein bilanzkosmetische Massnahmen** ergreift.
- Besteht **begründete Besorgnis** einer **Überschuldung**, muss der Verwaltungsrat unverzüglich einen **Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten** erstellen und prüfen lassen. Auf den

Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung (für die nächsten zwölf Monate) gegeben ist und der entsprechende Zwischenabschluss keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten. Analog zum Kapitalverlust müssen diese Abschlüsse durch die Revisionsstelle oder einen zugelassenen Revisor geprüft werden (Art. 725b Abs. 1 revOR).

- Liegt **tatsächlich** eine **Überschuldung** vor, kann der Verwaltungsrat zwei Massnahmen prüfen: Einen Rangrücktritt oder eine stille Sanierung.
  - Ein **Rangrücktritt** bedeutet, dass Gläubiger im Ausmass der Überschuldung verbindlich erklären, im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurückzutreten und ihre Forderungen (Kapital und Zins) zu stunden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR).
  - Ferner kommt eine **stille Sanierung** in Frage, sofern begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR).
    Eine entsprechende Prognose dürfte im Einzelfall schwierig sein, wobei die Schwelle relativ hoch anzusetzen ist: Die Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft innert (maximal) 90 Tagen seit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse dauerhaft finanziell gesundet und wieder ertragskräftig wird, muss grösser sein als jene des Scheiterns. Rechtsunsicherheit besteht in Bezug auf die Frage, welcher Sanierungshorizont tatsächlich angemessen ist. Die 90 Tage dürfen nicht in jedem Fall voll ausgeschöpft und sollten nicht als starrer Richtwert angesehen werden. Die Forderungen der Gläubiger dürfen in dieser Zeit nicht noch zusätzlich gefährdet werden.
- Kann die Überschuldung weder durch Rangrücktritt noch durch eine stille Sanierung (rechtzeitig) behoben werden, so ist der Verwaltungsrat (und subsidiär bei «Offensichtlichkeit» die Revisionsstelle) verpflichtet, das **Gericht zu benachrichtigen** bzw. die Bilanz zu deponieren. Das Gericht eröffnet den Konkurs oder gewährt eine Nachlassstundung gemäss Art. 173a SchKG (Art. 725b Abs. 3 revOR).

Tipp für VR: Insbesondere mit dem Verzicht auf die Benachrichtigung des Richters infolge einer stillen Sanierung sind verschiedene Rechtsunsicherheiten verbunden. So sollte etwa das Zeitfenster von 90 Tagen seit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse nicht in jedem Fall voll ausgereizt werden, sondern es soll eine einzelfallgerechte Lösung gesucht werden.

4. Spezialbestimmungen infolge der Corona-Krise

Um zu bestimmen, ob ein Kapitalverlust oder gar eine Überschuldung vorliegt, welche vorerwähnte Handlungspflichten auslösen, müssen Covid-19-Kredite sowie kantonale Härtefall-Kredite nicht als Fremdkapital berücksichtigt werden (Art. 24 Covid-19-SBüG; Art. 21 Covid-19-HärtefallVO).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass bei Covid-19-Krediten kein Rangrücktritt von Gesetzes wegen erfolgt. Die Bank benötigt hierfür die vorgängige Zustimmung der Bürgschaftsorganisation, welche die Zustimmung nur erteilt, wenn sich durch den Rangrücktritt die finanziellen Risiken für den Bund nicht erhöhen (Art. 7 Abs. 1 und 2 Covid-19-SBüG).

Fazit

Mit dem revidierten Sanierungsrecht werden die Handlungsspielräume des Verwaltungsrats erweitert, gleichzeitig aber auch neue Pflichten eingeführt bzw. bestehende Pflichten konkretisiert. Beides erhöht seine Haftungsrisiken: Kommt der Verwaltungsrat einer der vorerwähnten Pflichten nicht oder zu spät nach und führt diese Pflichtverletzung zu einem Schaden, haftet er unter Umständen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit (Art. 754 OR).

Entsprechend sollten Verwaltungsräte die finanzielle Lage und insbesondere Liquidität des Unternehmens beobachten und Massnahmen bereits ergreifen, wenn erste Zahlungsschwierigkeiten auftreten, wobei mit reiner Bilanzkosmetik Vorsicht geboten ist.