5MR-Beiträge #11-19

fünfminuten recht

Kapitalveränderungsmassnahmen (#1): Übersicht

fünfminuten recht

Übersicht über Veränderungen im Eigenkapital

Eigenkapital

- Das Eigenkapital besteht aus den folgenden Positionen (OR 959*a* II Ziff. 3):
  1. Grundkapital (Aktienkapital), ggf. gesondert nach Beteiligungskategorien
  2. Kapitalreserven (inkl. Kapitaleinlagereserven)
  3. Gewinnreserven (gesetzliche und freiwillige)
  4. Eigene Aktien als Minusposten
  5. Gewinn- bzw. Verlustvortrag
- Das Eigenkapital kann nicht ohne Weiteres aus- bzw. zurückbezahlt werden und erfordert einen Beschluss der Generalversammlung (sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, vgl. 5MR/#2 - Dividendenausschüttungen: Arten und Voraussetzungen)

Veränderungen des Aktienkapitals

- Mögliche Veränderungen:
  - Ordentliche Kapitalerhöhung (OR 650 ff.)
  - Bedingte Kapitalerhöhung (OR 653 ff.)
  - Kapitalherabsetzung (OR 653*j* ff.)
  - Kapitalband (OR 653*s* ff.)
- Hat immer Auswirkung auf Anzahl Aktien und/oder Nennwert der Aktien
- Grundsatzbeschluss obliegt immer der Generalversammlung, während Durchführung und entsprechende Feststellungen unentziehbare Kompetenzen des Verwaltungsrats sind
- Gesetzlich vorgesehenes Verfahren, das zwingend beachtet werden muss

Weitere Veränderungen im Eigenkapital

- Bildung von Kapital- und Gewinnreserven nach Massgabe der Statuten und GV-Beschlüsse
- Ausschüttungen von Dividenden (OR 675); Rückzahlung der gesetzl. Kapitalreserven (OR 671 II)
- Zuschuss in die Kapitaleinlagereserven («KER»)
  - Aktionär bringt Aktivposition (z.B. Geldbetrag oder Forderung) ohne Gegenleistung (*à-fonds perdu*) in Gesellschaft ein
  - Gesellschaft verbucht dies als KER, damit es steuerfrei ausgeschüttet werden kann (sog. *Kapitaleinlageprinzip*)
  - Zuschuss von einer indirekten Aktionärin erfolgt hingegen in die «normalen» gesetzlichen Kapitalreserven und ist nicht steuerfrei rückzahlbar

Verschiedene Hinweise (Auswahl):

§ **Relevanz des Eigenkapitals**: Das Eigenkapital ist insb. massgebend bei der Prüfung, ob ein Kapitalverlust (OR 725*a*) vorliegt, und hat einen erheblichen Einfluss bei der Beurteilung der Finanzlage einer Gesellschaft.

§ **Mindestkapital**: Das Aktienkapital muss jeweils mind. CHF 100'000 betragen (bzw. mind. CHF 20'000 Stammkapital bei einer GmbH) und darf nicht unterschritten werden (Ausnahme: Kapitalschnitt, vgl. OR 653*g* f.).

§ **Handelsregister («HR»)**: Das Aktienkapital wird zwingend im HR eingetragen (HRegV 45 I lit. h). Veränderungen im Aktienkapital sind grundsätzlich erst mit Eintragung im HR wirksam. Nur bei der bedingten Kapitalerhöhung ist die Registrierung deklaratorisch.

Abgrenzung zum Fremdkapital

- Eigenkapital umfasst den Teil des Kapitals, der von den Aktionären zur Verfügung gestellt wird (inkl. kumulierte, vorgetragene Jahresergebnisse).
- Das Fremdkapital umfasst alle kurz- und langfristigen Verbindlichkeiten, d.h. vorgesehene oder wahrscheinliche Mittelabflüsse (OR 959 V); mithin handelt es sich um die in der Bilanz auszuweisenden Schulden gegenüber Gläubigern.
- Sowohl Eigenkapital wie auch Fremdkapital müssen als Passiven bilanziert werden (OR 959 IV).
- Fremdkapital ist bei Fälligkeit der betreffenden Verbindlichkeit rückzahlbar; Eigenkapital hingegen nur unter gewissen Voraussetzungen (z.B. Dividende, Abschluss einer Liquidation).

Übersicht über Veränderungen des Aktienkapitals im Besonderen

Ordentliche Kapitalerhöhung (OR 650 ff.)

- Die GV beschliesst die Erhöhung des Aktienkapitals und setzt die Grundsätze hierfür fest: Nennbetrag, Anzahl Aktien, Art der Aktien, ggf. Vorrechte, ggf. qualifizierte Tatbestände wie Sacheinlage- oder Verrechnungsliberierung etc. (vgl. OR 650 II).
- GV kann Ausgabebetrag selber festlegen oder den VR dazu ermächtigen.
- VR führt die Kapitalerhöhung durch, passt die Statuten an und meldet die Kapitalerhöhung dem HR an.
- Investoren müssen Aktien zeichnen (Zeichnungsschein; vgl. OR 652 I) und Einlage erbringen (d.h. Aktien «bezahlen»; vgl. OR 652*c*; Ausnahme bei Erhöhung aus Eigenkapital gem. OR 652*d*).

Bedingte Kapitalerhöhung (OR 653 ff.)

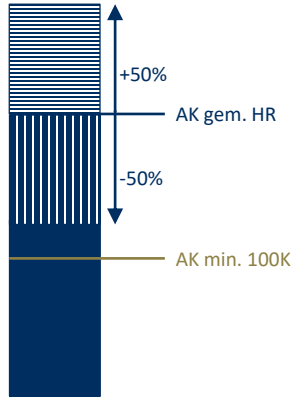
- Dritten wird das Recht eingeräumt, durch einseitige Erklärung neue Aktien zu zeichnen und zu liberieren.
- GV schafft statutarische Grundlage und legt Kreis der Begünstigten in den Statuten fest (OR 653 I und 653*b*).
- VR erteilt Wandel- oder Optionsrechte und setzt – im Rahmen der statutarischen Ermächtigung – Bedingungen für Ausübung fest.
- Aktien entstehen direkt mit Ausübungserklärung und Erfüllung der Liberierungspflicht (OR 653 II).
- VR muss nach Ablauf des Geschäftsjahres Statuten ändern (erfordert Prüfungsbestätigung von Revisionsexperte; vgl. OR 653*f* f.) und das erhöhte Aktienkapital im HR eintragen lassen (deklaratorische Wirkung).

Kapitalherabsetzung (OR 653*j* ff.)

- GV kann beschliessen, das Aktienkapital herabzusetzen (OR 653*j* I).
- Vorbereitung, Durchführung und Anmeldung der Statutenänderung beim HR obliegt dem VR (OR 653*j* I und 653*o*).
- Kapitalherabsetzung erfolgt durch Herabsetzung des Nennwerts oder durch Vernichtung von Aktien (OR 653*j* II).
- Vorausgesetzt werden insb. ein (Zwischen-)Abschluss, der nicht älter als 6 Monate ist, ein Schuldenruf sowie eine Prüfungsbestätigung eines Revisionsexperten (OR 653*k* ff.).
- Kapitalherabsetzungen können auch als Sanierungsmassnahme umgesetzt werden (OR 653*p* ff.), jedoch gelten aufgrund des Eingriffs in die Aktionärsrechte strenge Voraussetzungen.

Kapitalband (OR 653*s* ff.)

- GV ermächtigt VR in den Statuten, das Aktienkapital innert bestimmter Frist (max. 5 Jahre) beliebig zu erhöhen und/oder herabzusetzen (OR 653*s* I und 653*t*).
- Obere und untere Grenzen des Kapitalbandes sind statutarisch festzulegen (max. ±50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals, vgl. OR 653*s* II).
- Bestimmungen über ord. Kapitalerhöhung, bed. Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung gelten analog (OR 653*u* V).



Kapitalveränderungsmassnahmen (#2): Kapitalerhöhung

fünfminuten recht

Kapitalerhöhungen: Gegenüberstellung (Auswahl)

	Ordentliche Kapitalerhöhung (OR 650 ff.)	Bedingte Kapitalerhöhung (OR 653 ff.)	Kapitalband (OR 653*s* ff.)
GV-Beschluss & Ausführung	• GV beschliesst die Kapitalerhöhung («KE»), danach fasst der VR den sog. Durchführungsbeschluss • Innert 6 Mt. nach GV-Beschluss muss die KE durch den VR beim Handelsregister («HR») angemeldet werden (OR 650 III), ansonsten verliert der GV-Beschluss über die KE seine Gültigkeit (= **Verwirkungsfrist**)	• GV schafft «nur» Grundlage für das bedingte Kapital durch Statutenänderung; VR meldet vorerst nur die Statutenänderung beim HR an; Aktienkapital («AK») erhöht sich dadurch nicht • Erst wenn Wandel-/Optionsrechte ausgeübt werden, erhöht sich AK; VR passt nach jedem Geschäftsjahr die Statuten an (sog. Feststellungsbeschluss) und meldet das neue AK beim HR an	• GV beschliesst Kapitalband durch Statutenänderung, d.h. GV ermächtigt den VR, das AK innerhalb Ober- und Untergrenze (=Bandbreite) beliebig oft zu erhöhen oder herabzusetzen • Beschränkungen möglich (OR 653*s* III): Z.B. zeitlich oder, dass nur Erhöhungen oder nur Herabsetzungen erlaubt sind • Nach Erhöhung / Herabsetzung des AK meldet VR die Kapitalveränderung beim HR an
Liberierung	• Bareinlage, Sacheinlage, Verrechnung oder aus frei verwendbarem Eigenkapital (OR 652*d*) • Teilliberierung möglich	• Nur Bareinlage & Verrechnung (*keine* Sacheinlage) • *Keine* Teilliberierung möglich (OR 653*a* II)	• Analog ord. KE, inkl. Teilliberierung • Bei Umwandlung von Eigenkapital in AK ist hier jedoch Gewinnverwendungsbeschlusses durch GV nötig i.S.v. OR 698 II Ziff. 4
Entstehung der neuen Aktien	• Erst mit Eintragung der ord. KE im HR • Werden Aktien vor Eintragung im HR ausgegeben, sind die zu früh ausgegebenen Aktien **nichtig** (OR 652*h*)! Gemeint ist die (freiwillige) Ausgabe von Aktien als Wertpapiere (Aktienzertifikate)	• Erst bzw. sofort mit Ausübung der Options- oder Wandelrechte; **Eintragung des neuen AK im HR bloss deklaratorisch!** • Werden Options- und Wandelrechte vor Eintragung des bedingten Kapitals im HR ausgegeben, sind diese gem. OR 653*b* III **nichtig**. In Praxis aber regelmässig der Fall; Lehre geht deshalb von *«schwebender Unwirksamkeit»* bis zur Schaffung des bed. Kapitals aus (umstritten).	• AK erhöht bzw. verringert sich erst mit Eintrag der Erhöhung bzw. Herabsetzung im HR (analog ord. KE) • Nichtigkeit der vor dem Eintrag im HR ausgegebenen Aktientitel (analog ord. KE)
Schranken	• Zeitlich: Nur Verwirkungsfrist hinsichtlich der Anmeldung der ord. KE durch VR beim HR innert 6 Monaten (s. oben) • Betragsmässig: Keine; AK kann um einen beliebig grossen Betrag erhöht werden	• Zeitlich: Keine; bedingtes Kapital kann grds. beliebig lange bestehen bleiben • Betragsmässig: Nennbetrag, um den das AK bedingt erhöht werden kann, darf 50% des im HR eingetragenen AK nicht übersteigen (OR 653*a* I)	• Zeitlich: Dauer der Ermächtigung max. 5 Jahre (GV kann Dauer der Ermächtigung aber verkürzen) • Betragsmässig: Obere/Untere Grenze des Kapitalbands darf 50% des im HR eingetragenen AK weder überschreiten noch unterschreiten (OR 653*s* II) • Ermächtigung zur AK-**Herabsetzung** nur zulässig, wenn nicht auf die eingeschränkte Revision verzichtet wurde (OR 653*s* IV)

Kapitalerhöhungen: Ausgewählte Einzelheiten

Verwässerungsschutz (OR 652*b* / 653c / 653*d*)

- **Bezugsrecht** = Recht, bei der KE anteilsmässig neue Aktien zu zeichnen, um Beteiligungsquote zu halten; Gilt analog bei bed. KE, wenn *Aktionären* Optionsrechte eingeräumt werden
- Bedingte KE: Zusätzlich **Vorwegzeichnungsrecht**, d.h. wenn *Dritten* Wandel- oder Optionsrechte eingeräumt werden, müssen diese vorab den Aktionären anteilsmässig zu ihrer bisherigen Beteiligung zur Zeichnung angeboten werden
- **Einschränkung/Aufhebung**: Nur aus wichtigen Gründen + niemand unsachlich begünstigt oder benachteiligt werden
  - Ord. KE/Kapitalband: Nur durch GV-Beschluss möglich
  - Bed. KE: Zusätzlich Statutenbestimmung notwendig, wobei Statuten die Kompetenz zur Einschränkung/Aufhebung unter gewissen Voraussetzungen an VR delegieren können
- **Wandel- und Optionsberechtigte**: Nur Schutz nach OR 653*d*

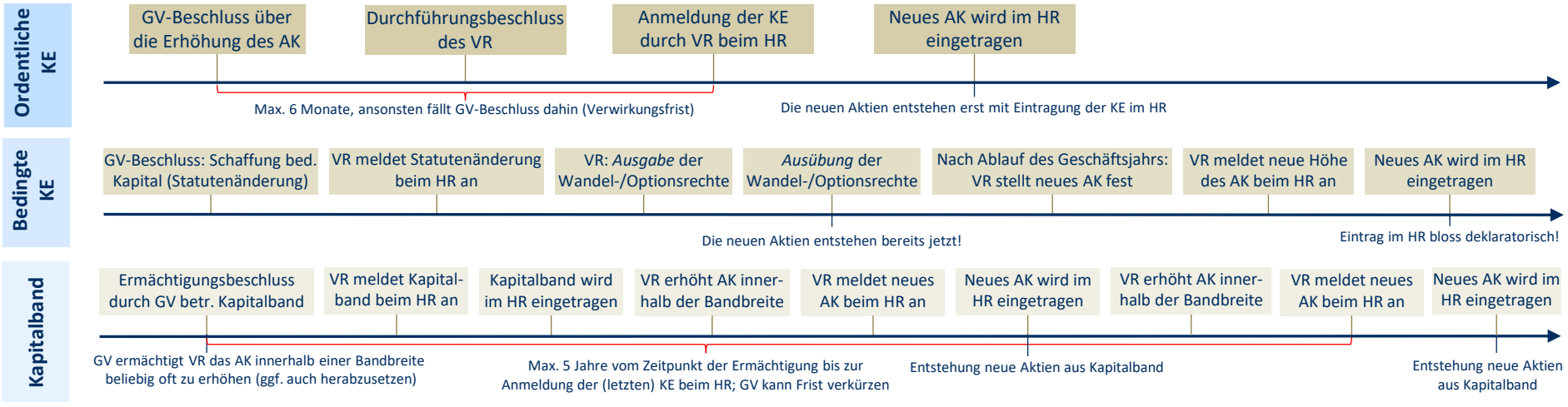
Angaben in den Statuten (Auswahl)

- Die Statuten müssen gewisse Inhalte aufweisen, welche sich je nach Form und Art der KE unterscheiden
- **Ordentliche KE**: Keine besondere Statutenbestimmung notwendig (nur Angabe des neuen AK; Ausnahmen bei qualifizierten Tatbeständen; vgl. dazu sogleich unten)
- **Bedingte KE / Kapitalband**: Gesetzlicher Katalog in OR 653*b* (bedingte KE) sowie in OR 653*t* (Kapitalband)
- **Qualifizierte Tatbestände**:
  - Sacheinlageliberierung: Gegenstand und Bewertung der Sacheinlage sowie Name des Sacheinlegers
  - Verrechnungsliberierung: Verrechnungsbetrag, Name des Aktionärs und die ihm zukommenden Aktien
  - Löschung der Statutenbestimmung nach 10 Jahren mögl.

Berichte und Prüfungsbestätigungen (Auswahl)

- **Kapitalerhöhungsbericht**: VR legt schriftl. Rechenschaft über KE ab. Bericht wird von zugel. Revisor geprüft (ausser bei Barliberierung, wenn AK nicht zur Vornahme einer Sachübernahme erhöht wird und wenn Bezugsrechte nicht eingeschränkt/aufgehoben werden)
- **Bei KE aus Eigenkapital**: Jahresrechnung ist durch zugel. Revisor zu prüfen; wenn Bilanzstichtag älter als 6Mt. ist, braucht es geprüften Zwischenabschluss
- **Bei bedingter KE ist Prüfungsbestätigung notwendig**:
  - Nach Ablauf jeden Geschäftsjahrs (Prüfung, ob KE gesetzes- und statutenkonform ist)
  - Bei Streichung der Statutenbestimmung über das bedingte Kapital

Kapitalerhöhungen: Übersicht über den Ablauf



Kapitalveränderungsmassnahmen (#3): Kapitalherabsetzung

fünfminuten recht

Ordentliche Kapitalherabsetzung (OR 653*j* ff.)

Grundsatz

- Das Aktienkapital («AK») kann wie folgt herabgesetzt werden:
  - Herabsetzung des Nennwerts der ausgegebenen Aktien; oder
  - Vernichtung von Aktien; oder
  - Mischform zw. Herabsetzung des Nennwerts und Vernichtung von Aktien.
- GV legt Art und Weise der Kapitalherabsetzung («KH») fest (OR 653*n*).
- Nur Aktien im Eigentum der Gesellschaft können vernichtet werden, d.h. u.U. müssen diese zuerst von Aktionären zurückgekauft werden (Achtung: Rückkauf von Aktien unterliegt gewissen Einschränkungen (vgl. OR 659)).
- Nennwertherabsetzung auch bei Aktien im Eigentum von Aktionären möglich.

Voraussetzungen

- Mindestkapital von CHF 100'000 bleibt bestehen (OR 653*j*; keine nachträgliche Teilliberierung möglich);
- Jahresrechnung ist zum Zeitpunkt des GV-Beschlusses nicht älter als 6 Mte., ansonsten ist ein Zwischenabschluss notwendig (OR 653*l*);
- Gläubigerschutz:
  - Schuldenruf im SHAB (OR 653*k*; kann auch schon vor GV erfolgen);
  - Ggf. Sicherstellung von Forderungen, falls solche angemeldet werden;
  - Prüfungsbestätigung von zugelassenem Revisor, dass Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung voll gedeckt sind (OR 653*m* I);
- Anwesenheit des zugelassenen Revisionsexperten an GV (OR 653*m* II; Verzicht durch einstimmigen GV-Beschluss möglich).

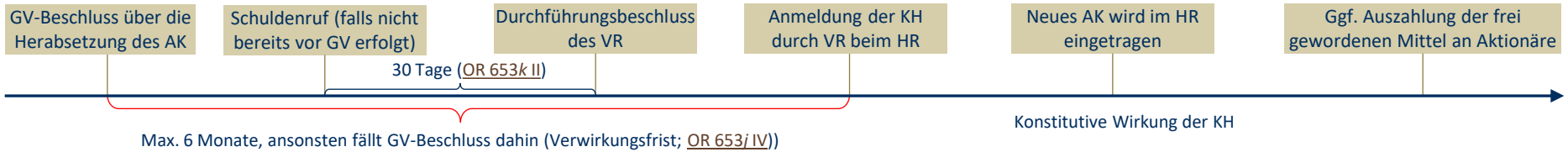
Verwendung frei gewordenes Kapital

- Über Verwendung des Herabsetzungsbetrags beschliesst die GV.
- Möglichkeiten:
  - Auszahlung in bar an Aktionäre;
  - Verrechnung mit Forderungen gegenüber Aktionären;
  - Umwandlung in Fremdkapital (*«Equity-Debt-Swap»*); oder
  - Zuweisung in die Reserven.
- Über frei gewordenen Betrag darf erst nach Eintragung der KH im HR verfügt werden (OR 653*o* III).

Kapitalband

- GV kann auch im Rahmen eines Kapitalbands den VR ermächtigen, das AK innert vorgegebener Frist herabzusetzen (auf bis zu 50% des im HR eingetragenen AK, max. aber auf CHF 100'000).
- Herabsetzung innerhalb des Kapitalbands nur möglich, wenn nicht auf die eingeschränkte Revision verzichtet wurde (OR 653*s* IV).
- Kapitalband fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn GV ord. Kapitalerhöhung oder ord. Kapitalherabsetzung beschliesst.
- Vgl. auch 5MR/#12 (Kapitalveränderungsmassnahmen – Übersicht).

Übersicht über den Ablauf



Kapitalherabsetzung als Sanierungsmassnahme

	Deklarative Kapitalherabsetzung (OR 653*p*)	Kapitalschnitt sog. «Harmonika» (OR 653*q* f.)
Beschreibung	• Dient zur Beseitigung einer Unterbilanz und somit als Sanierungsmassnahme bloss zu buchhalterischen Zwecken • Bilanz kann aufgebessert werden, indem auf der Passivseite Grundkapital reduziert wird und so Verluste beseitigt werden • Betragsmässig ist die KH limitiert auf den Umfang der Unterbilanz	• Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung (bildlich: Harmonika) • Dient der Sanierung der Gesellschaft, indem «frisches» Geld einfliesst • Sonderform des Kapitalschnitts: AK wird durch Vernichtung sämtlicher Aktien auf **Null** herabgesetzt und gleichzeitig wieder erhöht; Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre gehen unter, sofern sie nicht neue Aktien zeichnen
Verwendung des Herabsetzungs-betrags	• Es werden keine Mittel entäussert; Unterbilanz wird durch Reduktion des AK beseitigt (Sanierungszweck) • Entsprechend erfolgt auch keine Ausschüttung des Herabsetzungsbetrags an die Aktionäre	• Analog deklarative Kapitalherabsetzung: Keine Mittelentäusserung (Sanierungszweck) • Entsprechend erfolgt keine Ausschüttung des Herabsetzungsbetrags an die Aktionäre
Umsetzungen	• Erleichterungen: Schuldenruf, Sicherstellung der Gläubiger und VR-Feststellungsurkunde können entfallen • Prüfungsbericht eines zugelassenen Revisionsexperten für Bestätigung der Unterbilanz und Betrag der KH benötigt • GV-Beschluss umfasst auch Statutenänderung	• GV-Doppelbeschluss: Herabsetzungs- und Erhöhungsbeschluss • Vorbereitung und Durchführung bei VR; Anmeldung innert 6 Mte. beim HRA • Jedoch keine Anpassung der Statuten notwendig, wenn Anzahl u. Nennwert der Aktien sowie Liberierungsgrad gleich bleibt

Voraussetzungen und Schranken	• Nur bei Unterbilanz zulässig, nicht aber bei einer Überschuldung
	• Herabsetzungsbetrag darf den Betrag der Unterbilanz nicht übersteigen
	• Mit Ausnahme gewisser Erleichterungen im Verfahren analog zur ordentlichen Kapitalherabsetzung
		• **AK muss auf mind. gleichen Betrag wieder erhöht werden**
		• Erhöhung nur durch ordentliche Kapitalerhöhung möglich
		• Kein tieferer Liberierungsgrad als vorher
		• Bei Herabsetzung auf Null:
		  • Nur durch Vernichtung der Aktien möglich
		  • Da Mitgliedschaftsrechte untergehen: *Unentziehbares* Bezugsrecht der Aktionäre bzgl. der neuen Aktien
		  • Sanierungskonzept der Gesellschaft
		  • Verhältnismässigkeitsprinzip (*ultima ratio*)

Die Liberierung von Aktien

fünfminuten recht

Begriff und Arten der Liberierung

Liberierung bedeutet grundsätzlich die **Bezahlung der Aktien** bei deren Ausgabe / Schaffung, d.h. sie steht immer im Zusammenhang mit dem originären Erwerb von Aktien (nicht z.B. beim Kauf von Dritten, sog. derivativer Erwerb). Während die sog. **Aktienzeichnung** die bedingungslose Verpflichtung darstellt, eine dem Ausgabebetrag entsprechende Einlage zu leisten (OR 630 Ziff. 2 / OR 652), ist die **Liberierung die Erfüllung** dieser Pflicht.

Barliberierung (OR 633)

- Die Aktien werden mit Geld liberiert.
- Möglich ist auch Liberierung in einer Fremdwährung bzw. in einer anderen Währung als dem Aktienkapital.
- Das Geld ist zwingend auf ein Sperrkonto einer Bank einzuzahlen und steht nach Gründung / Kapitalerhöhung der AG zur freien Verfügung.

Sacheinlage (OR 634)

- Anstelle von Geld werden die Aktien mit anderen Vermögenswerten liberiert.
- Verschiedenste Vermögenswerte denkbar (von Auto bis hin zu Aktien, Software, etc.).
- Voraussetzung ist jedoch, dass der Vermögenswert sacheinlagefähig ist (dazu nächste Folie).

Verrechnung (OR 634*a*)

- Eine Forderung gegen die AG wird zur Liberierung verwendet.
- Z.B. Anspruch auf Rückzahlung eines der AG gewährten Darlehens.
- Forderung auf Rückzahlung wird mit der Forderung auf Liberierung der Aktien verrechnet (sog. *«Debt-Equity-Swap»*).

Ausgewählte Einzelheiten zur Liberierung:

§ **Verbot der unter-pari-Emission**: Der Ausgabebetrag für die Aktien muss mindestens dem Nennwert entsprechen (OR 624). Dies ist von der Teilliberierung zu unterscheiden, bei welchem nur ein Teil des Ausgabebetrags bezahlt wird (vgl. OR 632).

§ **Qualifizierte Tatbestände**: Sacheinlage und Verrechnung gehören zu den sog. *qualifizierten Tatbeständen*. Das Gesetz stellt besondere Schutzvorkehren auf, um sicherzustellen, dass keine Unterdeckung besteht (dazu nächste Folie).

§ **Teilliberierung**: Es ist möglich, vorerst bloss einen Teil zu liberieren. Aktienkapital muss aber mind. zu 20% liberiert sein bzw. müssen die geleisteten Einlagen in jedem Fall mind. CHF 50'000 betragen. Unzulässig ist die Teilliberierung bei der bedingten Kapitalerhöhung und der GmbH.

§ **Prüfungsbestätigung eines Revisors**: Der Kapitalerhöhungsbericht bzw. Gründungsbericht muss bei einer Liberierung durch Sacheinlage bzw. Verrechnung durch einen zugelassenen Revisor geprüft werden (vgl. 5MR/#9 – Die Revisionsstelle (RS)).

Sacheinlage und Verrechnung als qualifizierte Tatbestände

Sacheinlage (OR 634)

Voraussetzung an die Sacheinlage (Sacheinlagefähigkeit)

- **Aktivierbarkeit** (OR 634 I Ziff. 1)
  - Der Vermögenswert muss in den Aktiven bilanzierbar sein und ein Mittelzufluss wahrscheinlich und der Wert verlässlich schätzbar sein (OR 959 II).
  - Schwierig bei immateriellen Werten (aber u.U. möglich, z.B. Patent).
- **Freie Verfügbarkeit und Übertragbarkeit** (OR 634 I Ziff. 2 und 3): Es bestehen keine Hindernisse, dass der Vermögenswert frei verfügbar in das Eigentum der Gesellschaft übergehen kann (z.B. kritisch, wenn Sache dinglich belastet ist).
- **Verwertbarkeit** (OR 634 I Ziff. 4): Sache muss verwertbar sein, d.h. entgeltlich auf Dritte übertragen werden können (Möglichkeit den Vermögenswert in flüssige Mittel umzuwandeln).

Bewertung

- Oft Hauptschwierigkeit, insb. wenn kein Verkehrswert vorliegt (z.B. Wert Software?)
- Bei zu hoher Bewertung ist der Ausgabebetrag nicht gedeckt und Sacheinleger muss nachliberieren; bei offensichtlich zu tiefer Bewertung, liegt eine verdeckte Kapitaleinlage vor.
- Gründer bzw. Verwaltungsrat (bei Kapitalerhöhung) muss in einem Bericht Rechenschaft über Bewertung ablegen (OR 635 Ziff. 1 / OR 652*e* Ziff. 1). Diese Berichte müssen von einem zugelassenen Revisor geprüft werden (OR 635*a* / OR 652*f*).

Publizität

- Die Statuten müssen **Gegenstand, Bewertung, die dafür ausgegeben Aktien** sowie **den Namen des Sacheinlegers** angeben. Diese Statutenbestimmung kann erst nach 10 Jahren gelöscht werden (OR 634 IV).
- Statuten sind öffentlich und elektronisch sowie gratis für jeden einsehbar (OR 936 II).

Verrechnung (OR 634*a*)

Voraussetzung an die Verrechnung

- **Bestand der Verrechnungsforderung** (Verität); Bestrittene und verjährte Forderungen sind *nicht* für die Verrechnungsliberierung zugelassen (dies entgegen der allgemeinen Bestimmung von OR 120 II/III).
- **Verrechenbarkeit der Verrechnungsforderung** nach Massgabe von OR 120 ff. Insbesondere:
  - Forderung ist klagbar, frei von Einreden und Einwendungen sowie fällig.
  - Gegenseitigkeit der Forderungen; Es besteht eine Forderung gegen die Gesellschaft (und nicht etwa gegen den VR, etc.).
  - Gleichartigkeit der Forderungen: Geld mit Geld verrechnen; besteht auch bei zwei Geldforderungen in unterschiedlichen Währungen.
- Jedoch keine Werthaltigkeit (Bonität) vorausgesetzt: Gilt gemäss Lehre und Botschaft zum revidierten Aktienrecht (BBl 2017 493) aber nur für die Verrechnungsliberierung bei der Kapitalerhöhung, jedoch nicht bei der (seltenen) Verrechnungsliberierung bei der Gründung.
- Gründer bzw. Verwaltungsrat (bei Kapitalerhöhung) muss in einem Bericht Rechenschaft über Bestand und Verrechenbarkeit der Verrechnungsforderung ablegen (OR 635 Ziff. 1 / OR 652*e* Ziff. 1). Diese Berichte müssen von einem zugelassenen Revisor geprüft werden (OR 635*a* / OR 652*f*).

Publizität

- Die Statuten müssen den **Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung**, die dem Aktionär **zukommenden Aktien** sowie dessen **Namen** angeben. Diese Statutenbestimmung kann erst nach 10 Jahren gelöscht werden (OR 634*a* III).
- Statuten sind öffentlich und elektronisch sowie gratis für jeden einsehbar (OR 936 II).

Finanzielle Schieflage (#1): Übersicht

fünfminuten recht

Das Unternehmen in finanzieller Schieflage

- Als oberstes Leitungs- und Verwaltungsorgan ist VR verantwortlich für die **Finanzkontrolle und Finanzplanung** (vgl. auch OR 716*a* I Ziff. 3).
- VR muss daher die finanzielle Situation laufend monitoren und eine hinreichende Liquiditätsplanung sicherstellen.
- Gerät die Gesellschaft in finanzielle Bedrängnis, ist der VR verpflichtet, **Massnahmen zur Sanierung** zu ergreifen bzw. zu veranlassen oder ggf. das Konkursgericht zu benachrichtigen («Bilanz deponieren»).
- Die Verletzung der Überwachungs- und Handlungspflicht kann u.U. zur **persönlichen Verantwortlichkeit** der VR-Mitglieder führen (OR 754).
- Das Gesetz konkretisiert drei Fälle der finanziellen Schieflage und das Vorgehen des VR. Dadurch wird ein Warnsystem geschaffen, sodass möglichst früh Sanierungsmassnahmen getroffen werden und ein Konkurs abgewendet werden kann.

Übersicht zu den möglichen Tatbeständen

Drohende Zahlungsunfähigkeit (OR 725)

Gesellschaft kann ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen oder hat nicht den erforderlichen Kredit, um die benötigten Mittel zu beschaffen

- Verschlechterung der Liquiditätslage der Gesellschaft, sodass Fortführung auf absehbare Zeit nicht mehr gewährleistet ist
  - Zeitraum nicht gesetzl. festgelegt, gem. Lehre 8-12 Monate (vgl. OR 958*a* II)
- Frühwarnsystem, um Konkurs wegen Illiquidität zu verhindern
- Nicht fristgerechte Bezahlung im Einzelfall begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit
- Liquiditätsbedarf abhängig von Geschäftstätigk.

Kapitalverlust (OR 725*a*)

Aktiven abzgl. Verbindlichkeiten decken nicht mehr die Hälfte des sog. geschützten Kapitals (=Aktien-/Partizipationskapital und nicht rückzahlbare gesetzl. Reserven)

- ≠ «einfache» Unterbilanz: Aktiven abzgl. Verbindlichkeiten decken nicht mehr das das Aktienkapital und gesetzl. Reserven (wobei: Fremdkapital vollständig gedeckt und Aktienkapital und gesetzl. Reserven immerhin mehr als die Hälfte gedeckt)
- Grds. anhand der **letzten Jahresrechnung** zu beurteilen
- Bei Kapitalverlust muss Jahresrechnung zwingend durch Revisionsstelle geprüft werden (auch bei Opting-Out (= Verzicht auf Revisionsstelle); Ausnahme bei Gesuch um Nachlassstundung)

Überschuldung (OR 725*b*)

Aktiven decken nicht einmal mehr das Fremdkapital, d.h. Forderungen der Gesellschaftsgläubiger sind nicht mehr gedeckt (negatives Eigenkapital)

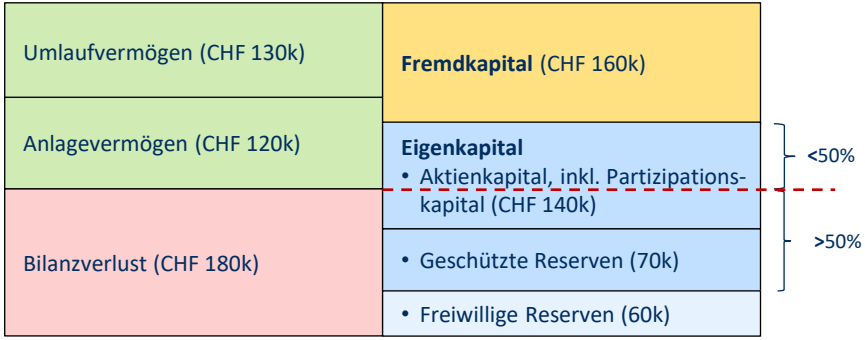
- Spez. Handlungspflichten des VR bei **begründeter Besorgnis**, dass Überschuldung vorliegen *könnte*
  - Setzt voraus, dass VR wirtschaftl. und finanz. Lage kontinuierlich überwacht
  - Einzelfallbetrachtung aufgrund der Gesamtumstände
- VR muss ggf. **Zwischenbilanz** erstellen, welche durch Revisionsstelle zu prüfen ist

Bilanztest

Kapitalverlust (OR 725*a*)

Beispielrechnung:
- Aktiven = CHF 250k (CHF 130k Umlaufvermögen + CHF 120k Anlagevermögen)
- Aktiven nach Abzug Verbindlichkeiten (Fremdkapital) = CHF 90k
- Aktienkapital + geschützte Reserven = CHF 210k (= *geschütztes Kapital*)
- 50% des geschützten Kapitals = CHF 105k

→Kapitalverlust gegeben (CHF 105k > 90k)

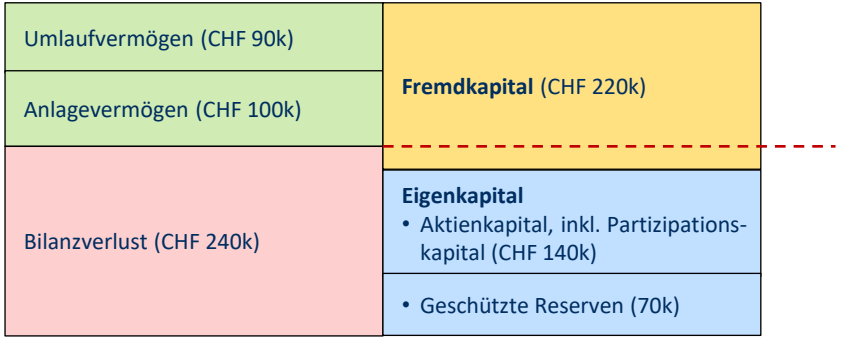


- Geschützte Reserven umfassen (soweit bestehend):
  - + Gesetzl. Gewinn- und Kapitalreserven bis 50% des im HR eingetragenen Aktienkapitals (Holdinggesellschaften: 20%) (OR 672 II)
  - + Reserven für eigene Aktien (OR 659*b* II, 671 IV)
  - + Aufwertungsreserven (OR 725*c* III)
- Freiwillige Reserven und übergesetzliche Reserven werden nicht berücksichtigt, da grds. rückzahlbar
- Bilanzverlust besteht typischerweise aus dem Jahresverlust und vorgetragenem Verlust

Überschuldung (OR 725*b*)

Beispielrechnung:
- Aktiven = CHF 190k
- Fremdkapital = CHF 220k

→Überschuldung gegeben (CHF 190k < 220k)



- Für Bilanztest werden sämtliche Verbindlichkeiten berücksichtigt, inkl. subordinierte Gläubigerforderungen
  - Subordination/Rangrücktritt erst relevant für Beurteilung der Handlungspflichten des VR (Rangrücktritte beseitigen die Überschuldung nicht, sondern haben u.U. zur Folge, dass Überschuldungsanzeige unterbleiben kann).
- Zwischenbilanz (OR 725*b* I)
  - nach *Fortführungswerten*, falls Annahme der Fortführung gegeben ist
  - nach *Veräusserungswerten*, falls keine Annahme der Fortführung gegeben ist oder wenn Bilanz nach Fortführungswerten Überschuldung zeigt

Finanzielle Schieflage (#2): Handlungspflichten des Verwaltungsrats

fünfminuten recht

Handlungspflichten des Verwaltungsrats (Übersicht)

Drohende Zahlungsunfähigkeit (OR 725)

- Laufende Überwachung der Liquidität
- Ggf. Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen
- Soweit erforderlich: «Weitere Massnahmen» zur Sanierung der AG oder Antrag an GV, über solche zu beschliessen (sofern in Zuständigkeit der GV fallend)
- Nötigenfalls muss ein Gesuch um Nachlassstundung eingereicht werden (SchKG 293 ff.)

Kapitalverlust (OR 725*a*)

- VR muss Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts ergreifen
- Soweit erforderlich: «Weitere Massnahmen» zur Sanierung der AG oder Antrag an GV, über solche zu beschliessen (sofern in Zuständigkeit der GV fallend)
- Falls AG keine Revisionsstelle (RS) hat: Letzte Jahresrechnung muss vor Genehmigung durch die GV zwingend einer eingeschränkten Revision von zugelassenem Revisor unterzogen werden; VR ernennt den zugel. Revisor
- Revisionspflicht entfällt, wenn VR ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht

Vorgehen bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung (OR 725*b*)

1. Erstellen Zwischenabschluss

- Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung muss VR unverzüglich Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten erstellen (Verzicht mögl., wenn Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungs-werten keine Überschuldung aufweist)
- VR lässt Zwischenabschluss durch RS prüfen; fehlt RS, muss VR einen zugelassenen Revisor ernennen

2. Prüfung Rangrücktritte / Sanierungsaussichten

- Trotz Überschuldung muss VR nicht Gericht benachrichtigen, wenn
  - Rangrücktritte im Ausmass der Überschuldung für Schuld + Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung vorliegen; *oder*
  - VR begründete Aussicht auf Sanierung innert 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanzen hat und Forderungen nicht zusätzlich gefährdet werden
- VR braucht Sanierungskonzept

3. Benachrichtigung des Gerichts

- Benachrichtigung des Gerichts («Bilanz deponieren»), wenn
  - Keine hinreichenden Rangrücktritte vorliegen;
  - Keine Sanierungsaussichten bestehen;
  - Sanierung ist innert 90 Tagen nicht erfolgt
- Gericht eröffnet Konkurs (SchKG 173)
- Gericht kann von Amtes wegen Akten an Nachlassgericht überweisen, wenn Anhaltspunkte für eine unmittelbare Sanierung oder für Zustandekommen eines Nachlassvertrags bestehen (SchKG 173a II)

In allen Fällen müssen VR und RS mit der gebotenen Eile handeln (OR 725 III; OR 725a IV; OR 725b V)
= die Handlungspflichten sind innert angemessener Frist einzuhalten, damit sich die finanzielle Situation nicht weiter verschlimmert

Besondere Hinweise

Verantwortlichkeit des VR	• Handlungspflichten nach OR 725 ff. gelten als Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht. • Verletzung der Handlungspflichten des VR (inkl. Überwachung der finanziellen Lage) ist eine **Pflichtverletzung**. • Sofern die weiteren Voraussetzungen (Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden) erfüllt sind, kann Missachtung im Konkursfall zu einer Verantwortlichkeit der VR-Mitglieder führen (OR 754). • VR kann z.B. u.a. dann **persönlich haftbar** sein, wenn er es unterlässt, Massnahmen zu ergreifen und dadurch den Konkurs nicht verhindert bzw. der finanzielle Schaden der Gläubiger und Aktionäre vergrössert wird. • Insb. die sog. «**Konkursverschleppung**», d.h. die verspätete Bilanzdeponierung führt in der Praxis oft zu Verantwortlich-keitsklagen gegen VR.
Ermessen des VR	• VR hat **Ermessen bei Ergreifen der Sanierungsmassnahmen und Beurteilung der Sanierungsaussichten** (im Falle der Überschuldung), das er sorgfältig ausüben muss. • VR soll dabei alle **Umstände des Einzelfalls** berücksichtigen und jene Massnahmen prüfen, die in der konkreten Situation angemessen und erfolgsversprechend sind. • **Empfehlung**: Dokumentierung der Informationsbasis, der Informationsanfragen und der Erwägungen, weshalb welche Entscheidung getroffen bzw. Massnahme ergriffen wurde, um die finanzielle Schieflage zu beheben.
Nachlassstundung (SchKG 293 ff.)	• Gerichtliches Sanierungsverfahren, das dem Schuldner **vorübergehend Schutz vor Zwangsvollstreckungen** bietet, um eine finanzielle Sanierung oder einen Nachlassvertrag vorzubereiten. • VR muss **glaubhaft** machen, dass eine **Sanierung oder der Abschluss eines Nachlassvertrags möglich** ist. • Ablauf: Das Gericht gewährt zunächst eine provisorische Nachlassstundung (max. 4 Monate), später ggf. eine definitive Nachlassstundung (bis max. 24 Monate), während ein Sachwalter die wirtschaftliche Lage überwacht. • Während Stundung können keine Betreibungen eingeleitet/fortgesetzt werden (SchKG 297 I). Achtung: Es gibt Ausnahmen. • Ziel ist ein Nachlassvertrag mit den Gläubigern oder – falls dies scheitert – die geordnete Liquidation bzw. der Konkurs.
Gläubiger-bevorteilung	• Bei finanzieller Schieflage hat VR besonders darauf zu achten, dass **alle Gläubiger gleich behandelt** werden. • Gesellschaft darf nur noch neue, fällige Schulden bezahlen, jeweils Zug um Zug mit der Gegenleistung des Gläubigers. • **Absichtliche Bevorzugung** eines Gläubigers im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit ist **strafbar** (StGB 167) und im Konkursfall **anfechtbar** (sog. Überschuldungsanfechtung (SchKG 287) oder Absichtsanfechtung (SchKG 288)).

Finanzielle Schieflage (#3): Sanierung und Sanierungsmassnahmen

fünfminuten recht

Begriff der Sanierung

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der Sanierung. Im Allgemeinen wird darunter jedoch ein Vorgang mit Massnahmen verstanden, um eine Unterbilanz (z.B. Kapitalverlust) oder eine Überschuldung zu beseitigen und/oder um Liquidität zu beschaffen.
Kurzum: Das Weiterbestehen eines Unternehmens oder Teilen davon (kurz) vor oder während einer finanziellen Schieflage sicherzustellen.

Sanierungsmöglichkeiten (Auswahl)

Kapitalerhöhung mit Bareinlage

- Die Barkapitalerhöhung bringt Eigenkapital und zugleich auch Liquidität in die Gesellschaft
- Wenn geplant und durchführbar, kann dies eine Aussicht auf Sanierung i.S.v. OR 725*b* IV Ziff. 2 begründen

Zuschuss (*à-fonds-perdu*)

- Geldeinlage ohne Gegenleistung (auch keine Aktien) durch direkten oder indirekten Aktionär
- Bewirkt Erhöhung des Umlaufvermögens (Barzuschuss), aber keine Erhöhung der Verbindlichkeiten
- Im Sanierungsfall kann der Zuschuss mit dem Verlust verrechnet werden; mögl. auch ohne Verrechnung (Bilanzsumme erhöht sich, wodurch sich ggf. ein hälftiger Kapitalverlust materiell eliminieren lässt)

Debt/Equity Swap

- Umwandlung von Gläubigerforderungen in Aktien mit Verrechnungsliberierung (vgl. dazu 5MR #14: Die Liberierung von Aktien)
- Verrechnungsliberierung auch möglich, wenn die zu verrechnende Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist (= Überschuldung; OR 634*a* II)
- Falls nur Liquiditätsproblem: Aufnahme von neuen Darlehen (evtl. mit Möglichkeit, später in Aktien zu wandeln)

Deklarative Kapitalherabsetzung (OR 653*p*)

- Aufbesserung der Bilanz, indem auf der Passivseite das Grundkapital reduziert wird und so Verluste beseitigt werden
- Keine Mittelentäusserung; Unterbilanz wird durch Reduktion des Aktienkapitals verringert/beseitigt
- Unzulässig bei Überschuldung
- Herabsetzungsbetrag darf den Betrag der Unterbilanz nicht übersteigen
- Vgl. 5MR #13: Kapitalveränderungsmassnahmen: Kapitalherabsetzung

Kapitalschnitt (sog. «Harmonika»; OR 653*q* f.)

- Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung (bildlich: Harmonika)
- Sonderform des Kapitalschnitts: Aktienkapital wird durch Vernichtung sämtlicher Aktien auf **Null** herabgesetzt und gleichzeitig wieder erhöht; Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre gehen unter, sofern sie nicht neue Aktien zeichnen
- Vgl. 5MR #13: Kapitalveränderungsmassnahmen: Kapitalherabsetzung

Sanierungsfusion (FusG 6)

- Zusammenschluss (= Fusion) mit einer anderen Gesellschaft
- Die andere Gesellschaft muss jedoch über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung (bei Kapitalverlust) oder der Überschuldung verfügen (FusG 6 I)
- Braucht Prüfungsbestätigung durch zugel. Revisor
- Darauf kann u.U. verzichtet werden: Rangrücktritte und Stundung von Gläubigern in einem bestimmten Umfang (FusG 6 I^{bis})

Fokus: Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (OR 725*c*)

Zulässigkeit

- Nur bei Kapitalverlust und Überschuldung (nicht bei einfacher Unterbilanz)
- Allfällig bereits bestehende Aufwertungsreserven sind zur Berechnung des Kapitalverlusts einzuschliessen
- Vorausgesetzt ist ausserdem eine vorgängige Auflösung aller stillen Willkür- und Verwaltungsreserven

Bestätigung der RS oder des zugel. Revisors

- RS oder ein zugel. Revisor muss prüfen, ob ein Kapitalverlust oder Überschuldung vorliegt und wie hoch der wirkliche Wert der Grundstücke bzw. Beteiligungen ist
- Bericht z. Hd. des VR, dass Art und Umfang der Aufwertung sowie die generelle Durchführung dem Gesetz entsprechen
- Formelle Voraussetzung (OR 725*c* II)

Aufwertungsreserve

- Aufwertungsbetrag ist unter der gesetzl. Gewinnreserve *gesondert* als Aufwertungsreserve auszuweisen (OR 725*c* I)
- Unterliegt nicht der Verlustverrechnung von OR 674 (vgl. OR 725*c* III *e contrario*)
- Auflösung nur unter bestimmten Umständen möglich:
  - Umwandlung in AK und PS (OR 652*d*); oder
  - durch Wertberichtigung; oder
  - Veräusserung der aufgewerteten Reserven

Gegenstand der Aufwertung

- Nur Grundstücke und Beteiligungen an anderen Unternehmen, die langfristig gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln
- Massgeblicher Einfluss wird vermutet, wenn die Anteile mindestens 20% der Stimmrechte gewähren

Aufwertungsbetrag

- Höchstens bis zum wirklichen Wert der Grundstücke und Beteiligungen, gestützt auf eine Einzelbewertung
- Es liegt in der Verantwortung des VR, den wirklichen Wert festzustellen; allerdings bestehen keine gesetzl. Vorgaben, wie sich der wirkliche Wert berechnet bzw. bestimmt und welche Methode anzuwenden ist

Offenlegung der Aufwertung im Anhang

- Nicht explizit im Gesetz vorgesehen
- Allerdings besteht die Pflicht jede wesentliche Position der Bilanz und Erfolgsrechnung zu erläutern (OR 959*c* I Ziff. 2), weshalb im Anhang Angaben über Gegenstand und Betrag der Aufwertung gemacht werden müssen

Ausgewählte Hinweise zur Sanierung

§ **Sanierungsdarlehen**: Darlehen wird *in Kenntnis* der finanziellen Schieflage gewährt und in der Erwartung, dass die Sanierung gelingt. Vorteil: Gelingt die Sanierung doch nicht, so ist die Rückzahlung des Darlehens nach der Konkurseröffnung grds. nicht mit der sog. *actio pauliana* («paulianische Anfechtungsklage») anfechtbar.

§ **Steuerrecht**: Sanierungsmassnahmen wie z.B. *à-fonds-perdu* Zuschüsse haben verschiedene steuerrechtliche Auswirkungen, wobei in Sanierungssituationen z.T. von Steuerbefreiungen profitiert werden kann (z.B. betr. Stempelabgabe bis zum einmaligen Sanierungsfreibetrag von CHF 10 Mio.). **In jedem Fall sollte zuvor eine steuerrechtliche Analyse durchgeführt werden.**

§ **Sanierungsversammlung**: Es existiert keine Pflicht mehr, immer eine ausserordentliche GV einzuberufen, wenn ein hälftiger Kapitalverlust eingetreten ist. Oft ist jedoch die kollektive Mitwirkung der Aktionäre dennoch notwendig (z.B. Kapitalveränderungsmassnahmen).

§ **Rangrücktritt (OR 725*b* IV Ziff. 1)**: Entgegen der oftmals (unzutreffenden) Ansicht, beseitigt der Rangrücktritt die Überschuldung nicht! Der Rangrücktritt ist folglich keine «echte» Sanierungsmassnahme; er hat bloss zur Folge, dass die Bilanz (noch) nicht deponiert werden muss (vgl. 5MR #16: Finanzielle Schieflage: Handlungspflichten des Verwaltungsrats).

Die Auflösung der Aktiengesellschaft mit Liquidation

fünfminuten recht

Auflösung einer Aktiengesellschaft

Auflösungstatbestände (OR 736 I)

- **Nach Massgabe der Statuten**: Tritt statutarischer Auflösungsgrund ein, wird die AG automatisch und ohne GV-Beschluss aufgelöst
- **Freiwillige Liquidation**: Durch GV-Beschluss (braucht öffentliche Urkunde)
- **Durch Konkurseröffnung**
- **Auflösungsklage**: Aktionäre, die mindestens 10% des Aktienkapitals oder der Stimmen vertreten, verlangen aus wichtigen Gründen die Auflösung der AG
- In den übrigen **vom Gesetz vorgesehenen Fällen**, z.B. (nicht abschliessend):
  - Auflösung wegen Verletzung gegen Lex Koller-Bestimmung (BewG 27 I lit. b)
  - Als *ultima ratio* bei Organisationsmängeln (vgl. dazu 5MR- Organisationsmangel)
  - Klage bei schwerwiegenden Gründungsmängeln (OR 643 II)
- Untergang infolge **Absorptionsfusion**

Folgen der Auflösung einer AG (Auswahl)

Unterscheiden zwischen Auflösung mit und ohne Liquidation (OR 738):

- Auflösung mit Liquidation: Aufgelöste Gesellschaft tritt in Liquidation
- Auflösung ohne Liquidation: z.B. bei Fusion («Umwandlung» statt Liquidation)
- In allen Fällen: Auflösung ist im Handelsregister (HRA) einzutragen (OR 737)

Bei Auflösung mit Liquidation:

- Juristische Persönlichkeit wird beibehalten; Firma wird jedoch neu mit dem Zusatz «in Liquidation» geführt (z.B. Muster AG in Liquidation) (OR 739 I)
- Statutarische Übertragungsbeschränkung (Vinkulierung) fällt dahin (OR 685*a* III)
- Zweck der AG ist nun auf die Liquidation beschränkt
- Im Falle des Konkurses wird die Liquidation durch die Konkursverwaltung erbracht, in den übrigen Fällen durch die Liquidatoren

Ausgewählte Einzelheiten zur Auflösung mit Liquidation

Liquidatoren und Organe

- GV kann Liquidatoren wählen und jederzeit wieder abberufen (OR 741 I); es sei denn die Liquidatoren wurden vom Gericht eingesetzt (OR 740 IV)
- Liquidatoren sind verantwortlich für Liquidationshandlungen (vgl. Aufgaben bei OR 743)
- Die übrigen Organe behalten ihre Funktion (vgl. OR 739 II); z.B. GV-Einberufung durch VR; Liquidatoren haben subsidiäres Einberufungsrecht

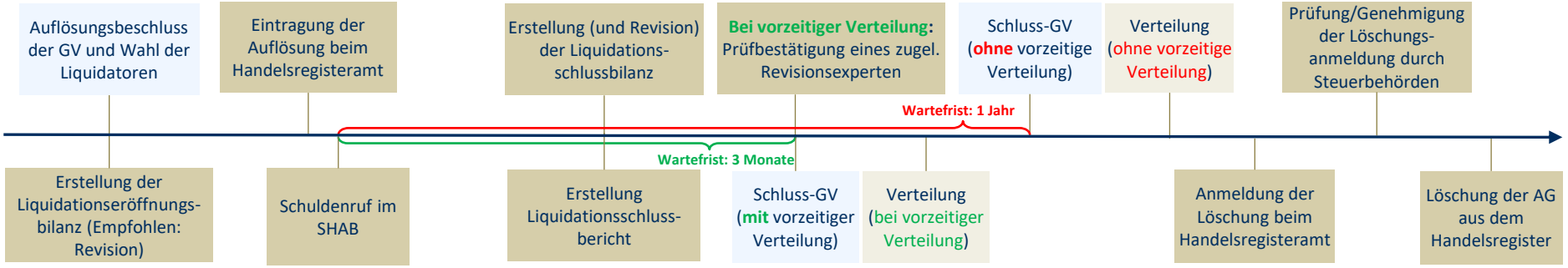
Widerruf des Auflösungsbeschlusses

- Ein einmal gefasster Auflösungsbeschluss kann von der GV auch widerrufen werden
- Jedoch nur möglich, solange noch nicht mit der Verteilung des Vermögens begonnen wurde
- Der Widerruf eines Auflösungsbeschlusses ist ebenfalls öffentlich zu beurkunden und im HRA einzutragen
- Nicht zu verwechseln mit der Wiedereintragung einer gelöschten AG in das HRA gem. OR 935

Gläubigerschutz

- Aufruf an Gläubiger im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) ihre Forderung innert Frist anzumelden (OR 742 II)
- Gesetz sieht keine Minimalfrist vor (üblich 30 Tage). Jedoch keine Ausschlusswirkung für verspätete Anmeldungen von Gläubigern, solange Vermögen noch nicht verteilt wurde

Typischer Ablauf einer freiwilligen Liquidation



Auflösungsbeschluss / Wahl der Liquidatoren

- Auflösungsbeschluss erfordert ein qualifiziertes Mehr von mind. 2/3 der vertretenen Stimmen und Aktiennennwerte (OR 704 I Ziff. 16)
- Beschluss muss öffentlich beurkundet werden
- Liquidation wird grds. durch VR besorgt, es sei denn, die Liquidation wird gem. Statuten oder gem. GV-Beschluss an Dritte übertragen (Wahl Liquidatoren)

Liquidationsbilanzen

- Bei Amtsübernahme erstellen Liquidatoren die Liquidationseröffnungsbilanz (OR 742 I) und am Schluss die Liquidationsschlussbilanz mit Erfolgsrechnung
- Keine gesetzl. Vorschrift betr. Bilanzstichtag
- Umstritten ist, ob bzw. in welchen Fällen die Liquidationsbilanzen geprüft werden müssen (BGE 123 III 473 E. 4a bejaht Prüfpflicht wenn RS besteht)

Schuldenruf und Wartefristen

- Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) ist ein Schuldenruf zu publizieren (OR 742 II)
- Verteilung des Vermögens darf frühestens 1 J. nach Schuldenruf erfolgen (OR 745 II)
- Ausnahme: Verteilung des Vermögens nach 3 Mt. möglich, sofern Prüfbestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten vorliegt (OR 745 III)

Schluss-GV und Verteilung

- Bei der Schluss-GV beschliesst die GV über die Verteilung des Vermögens. Verteilt werden die Nettoaktiven, d.h. abzgl. Schulden/Steuern (OR 745 I)
- Vorbehältlich anderer Statutenbestimmung erfolgt Verteilschlüssel nach Massgabe der einbezahlten Beträge unter Berücksichtigung der Vorrechte einzelner Aktienkategorien (OR 745 I; z.B. Vorzugsaktien)

Löschungsanmeldung / Löschung aus dem HRA

- Nach Durchführung der Schluss-GV wird beim HRA die Löschung der Gesellschaft beantragt
- Rechtl. Wirkung der Löschung ist jedoch umstritten (konstitutive oder deklaratorische Wirkung)
- Werden nach Löschung aus dem HRA noch Aktiven entdeckt, kann die AG ggf. wieder im HRA eingetragen werden (vgl. OR 935 II Ziff. 1)

Steuern und Steuerformulare

- Wird die Löschung beim HRA angemeldet, so macht das HRA den Steuerbehörden des Bundes und des Kantons Mitteilung, wobei die Löschung erst vorgenommen werden darf, wenn die Steuerbehörden zugestimmt haben (HRegV 65 II)
- Einreichung Steuerformulare betr. Verrechnungs-steuer innert 30 Tage nach Schluss-GV (vgl. VStV 21)

Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

fünfminuten recht

Übersicht

§ *«Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern* ***für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen****.»* (OR 754 I)

Anspruchsberechtigte Personen

- **Gesellschaft** selbst, soweit die GV keine Entlastung erteilt hat
- **Aktionäre**, wobei ausserhalb des Konkurses auf Leistung an die Gesellschaft geklagt wird (OR 756 I)
- **Gläubiger**, aber nur bei Konkurs der Gesellschaft (OR 757 I)

Potenziell haftbare Personen

- **VR-Mitglieder**, unabhängig davon, ob sie sich mit der Geschäftsführung befassen und ob sie im HR eingetragen sind
- **Faktisches Organ** = Person, die auf Dauer dem VR vorbehaltene Entscheide trifft oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der AG massgebend mitbestimmt
- **Geschäftsführer**
- **Liquidatoren** und mit der Liquidat. befasste Pers.

Entlastung durch GV

- GV erteilt in der Praxis oft Entlastung (sog. *«Décharge»*; OR 698 II Ziff. 7)
- Durch Entlastung haben Gesellschaft und zustimmende Aktionäre für bekannte Vorfälle keine Verantwortlichkeitsansprüche
- Klagerecht der nicht zustimmenden Aktionäre erlischt nach 12 Monaten (OR 758 II)

Ausgewählte Beispiele

§ **Konkursverschleppung**: Verspätete Benachrichtigung des Gerichts im Falle einer Überschuldung, wenn keine Sanierung innerhalb von 90 Tagen möglich ist (vgl. 5MR #16: Finanzielle Schieflage (#2): Handlungspflichten des Verwaltungsrats)

§ **Mangelnde Überwachung der Geschäftsführung**: VR muss laufend Aufsicht über die Geschäftsführung wahrnehmen und Kontrolle sicherstellen, z.B. zwecks Vermeidung von Veruntreuung der Firmengelder oder Abschluss riskanter, nicht autorisierter Geschäfte

§ **Interessenskonflikt / Insichgeschäft**: Geschäfte mit nahestehenden Personen, die nicht zu Drittbedingungen (*«at arm's length»*) abgeschlossen werden, z.B. Gewährung eines hohen, ungesicherten Darlehens an Mehrheitsaktionäre ohne seriöse Prüfung

§ **Sorgfaltswidrige Durchführung von Geschäften**: Z.B. Abschluss eines grösseren Akquisitionsgeschäfts ohne notwendige Abklärungen oder Expertisen (z.B. keine Due Diligence, keine Bewertung, etc.)

Voraussetzungen im Einzelnen

Schaden	• Entspricht der Differenz zwischen dem aktuellen Vermögensstand und dem hypothetischen Stand ohne Pflichtverletzung
	• Mittelbare Schädigung: Wenn Aktionäre und Gläubiger geschädigt sind, weil das Gesellschaftsvermögen vermindert wurde
	• Unmittelbare Schädigung:
	  • Gesellschaft erleidet direkt Schaden
	  • Aktionäre / Gläubiger, wenn durch Pflichtverletzung geschädigt, ohne dass AG Schaden hat (z.B. Bezugsrechtsverletzung)
	• Gesellschaft selbst ist entweder immer unmittelbar oder aber gar nicht geschädigt

Pflichtverletzung	• Grundsätzlich jede Verletzung einer Gesetzesnorm möglich; im Vordergrund stehen jedoch:
	  • Unübertragbare und unentziehbare Organisations- und Kontrollaufgaben (OR 716a);
	  • Sorgfalts- und Treuepflichten des VR (OR 717 f.);
	  • Besondere Handlungspflichten bei finanzieller Schieflage (OR 725 ff.)
	• Unterlassungen sind pflichtwidrig, wenn eine spezifische Pflicht zum Handeln besteht
	• Bei *erlaubter* Delegation haftet der VR nur für sorgfältige Auswahl, Unterrichtung und Überwachung (OR 754 II). Voraussetzung ist jedoch, dass ein Organisationsreglement erlassen wurde (andernfalls volle Haftung des VR für Verfehlungen der GL-Mitglieder)
	• **Business Judgment Rule**: Zurückhaltung bei der Beurteilung von *Geschäftsentscheiden*, soweit diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind

Kausalzusammenhang	• Organ haftet nur, wenn sein widerrechtliches und schuldhafte Verhalten den Schaden *verursacht* hat • **Adäquater Kausalzusammenhang** = Die Ursache ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, den eingetretenen Erfolg zu bewirken • Bei Unterlassung ist zu prüfen, ob der Schaden durch pflichtgemässes Verhalten hätte vermieden werden können
Verschulden	• Jedes Verschulden reicht für eine Haftung aus, d.h. auch leichte Fahrlässigkeit • Das Verschulden eines VR-Mitglieds wird bejaht, wenn es nicht so gehandelt hat, wie es billigerweise von einer objektivierten Drittperson in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann • Opposition: Nicht-Teilnahme oder Stimmenthaltung allein schützt gemäss h.L. nicht; das Organ muss sich aktiv um die Behebung von Pflichtwidrigkeiten bemühen

§ fünfminuten
§ recht



Letizia Schlegel
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin

Direkt: +41 58 658 57 26
letizia.schlegel@walderwyss.com



Florian Iten
MLaw, Rechtsanwalt, CAS Verwaltungsrat | Certified Board Member

Direkt: +41 58 658 56 76
florian.iten@walderwyss.com