

Ansicht

Bearbeiten

 Fachbeitrag  
 Gesellschaftsrecht

## Pflichten des Verwaltungsrats in finanziellen Krisenlagen nach neuem Aktienrecht


 Markus Vischer,  
 Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

### I. Einleitung

Am 1.1.2023 sind die restlichen Vorschriften des (sogenannten) neuen Aktienrechts in Kraft getreten. Diese Bestimmungen enthalten vornehmlich Regelungen zur Aktiengesellschaft (AG), daneben z.B. zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und zur Genossenschaft. Insbesondere umfasst das neue Aktienrecht in Art. 725-725c OR auch geänderte Vorschriften zur drohenden Zahlungsunfähigkeit, zum Kapitalverlust und zur Überschuldung, also Vorschriften zu drei finanziellen Krisenlagen der Gesellschaft.

### II. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

Die Bestimmungen in Art. 725-725c OR sind auf die AG, kraft der Verweisungen in Art. 820 OR und Art. 903 OR aber auch auf die GmbH und die Genossenschaft sachlich anwendbar. Zeitlich sind diese Bestimmungen nach Art. 1 UeB sofort ab dem 1.1.2023 anwendbar. Das gilt auch für Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR. Ab dem 1.1.2023 genügen deshalb altrechtliche Rangrücktrittsvereinbarungen nicht mehr, wenn der Rangrücktritt nicht gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR auch die Zinsforderungen mitumfasst. Solche altrechtlichen Rangrücktrittsvereinbarungen müssen deshalb ab dem 1.1.2023 durch neurechtliche, mit dieser Bestimmung konforme Rangrücktrittsvereinbarungen ersetzt werden, um im Sinne dieser Bestimmung wirksam zu sein. Denn Art. 2 UeB mit der darin enthaltenen zweijährigen Übergangsfrist ist nur auf die Statuten und Reglemente und nicht auch auf Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR anwendbar.

### III. Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit

Neu sieht Art. 725 Abs. 1 OR explizit vor, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwacht. Diese Aufgabe hatte der Verwaltungsrat im Rahmen der Finanzplanung schon bisher. Nur war dies im alten Aktienrecht nicht ausdrücklich erwähnt. Diese Überwachungspflicht ist eine Dauerpflicht und besteht nicht nur in einer finanziellen Krise (s.a. Art. 716a

#### Gesetzesartikel

Art. 716a OR  
 Art. 725 OR  
 Art. 725a OR  
 Art. 725b OR  
 Art. 725c OR  
 Art. 727a OR  
 Art. 754 OR

#### Rechtsgebiet(e)

Gesellschaftsrecht  
 Aktiengesellschaft (AG)

#### Stichworte

Pflichten des  
 Verwaltungsrats |  
 Krisenlage

Abs. 1 Ziff. 3 OR). Den Begriff der Zahlungsfähigkeit definiert das Gesetz nicht. Aus der Rechtsprechung geht aber hervor, dass Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten erfüllen kann.

Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 OR die Pflicht, Massnahmen zu ergreifen. Es genügt die Drohung der Zahlungsunfähigkeit. Der Verwaltungsrat darf folglich nicht bis zum Eintritt der effektiven Zahlungsunfähigkeit mit Massnahmen zuwarten. Bei diesen Massnahmen stehen gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit im Vordergrund. Ein Beispiel für eine Massnahme zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ist die Versilberung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen, z.B. eines Grundstücks oder einer Beteiligung. Soweit erforderlich hat der Verwaltungsrat aber gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR weitere Massnahmen zur Sanierung zu treffen und/oder der Generalversammlung solche zu beantragen, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. U.U. – das Gesetz spricht von «nötigenfalls» – hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR auch die unübertragbare und unentziehbare (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR), ihn als Kollektivorgan treffende Pflicht, ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen. Dieses Gesuch richtet sich nach den einschlägigen Regeln des SchKG.

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 725 Abs. 3 OR mit der gebotenen Eile zu handeln.

## IV. Pflichten des Verwaltungsrats bei einem Kapitalverlust

Zeigt die letzte Jahresrechnung einen Kapitalverlust, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725a Abs. 1 OR die Pflicht, Massnahmen zu ergreifen. Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn die Aktiven abzüglich Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbaren gesetzlichen Kapitalreserven und gesetzlichen Gewinnreserven nicht mehr decken, wobei sich all diese Parameter auf die Gesellschaft beziehen. Der Ausdruck Kapitalverlust deckt sich im Wesentlichen mit dem bisherigen Begriff, nimmt aber die neu auch im Aktienrecht gemachte Unterscheidung zwischen gesetzlichen Kapital- und gesetzlichen Gewinnreserven auf. Ebenso berücksichtigt er den mit dem neuen Aktienrecht geklärten Umstand, dass es bei den gesetzlichen Kapital- und den gesetzlichen Gewinnreserven zwischen einem an die Aktionäre rückzahlbaren und einem nicht an die Aktionäre rückzahlbaren Teil zu unterscheiden gilt (s. u.a. Art. 671 Abs. 2 und Abs. 3 OR und Art. 672 Abs. 2 OR, aber auch Art. 659b Abs. 2 OR [Reserve bez. eigene Aktien im Konzern] und Art. 725c Abs. 1 Satz 2 OR [bez. Aufwertungsreserve]). Die letzte Jahresrechnung kann auch ein Zwischenabschluss im Sinne von Art. 960f OR sein.

Die Pflicht zum Handeln besteht nur bei einem Kapitalverlust im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR, also nicht schon, wenn noch nicht die Hälfte des relevanten Kapitals verloren ist. Der Kapitalverlust im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR wird deshalb auch qualifizierter Kapitalverlust genannt. Die Pflichten gemäss Art. 725a OR greifen nur bei einem effektiven und nicht schon bei einem drohenden (qualifizierten) Kapitalverlust.

Bei den bei einem (qualifizierten) Kapitalverlust zu ergreifenden Massnahmen stehen gemäss Art. 725a Abs. 1 Satz 1 OR Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts im Vordergrund. Ein Beispiel dafür ist die Aufwertung eines

Grundstücks oder einer Beteiligung gemäss Art. 725c Abs. 1 OR in Realisation stiller Reserven. Soweit erforderlich hat der Verwaltungsrat aber gemäss Art. 725a Abs. 1 Satz 2 OR weitere Massnahmen zur Sanierung zu treffen und/oder der Generalversammlung solche zu beantragen, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. U.U. hat der Verwaltungsrat wiederum die Pflicht, ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (vgl. vorne, Ziff. III), obwohl diese Massnahme im Unterschied zu Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR in Art. 725a Abs. 1 OR nicht erwähnt wird. Immerhin klingt diese Massnahme in Art. 725a Abs. 3 OR an.

Hat die Gesellschaft eine Revisionsstelle, muss die letzte Jahresrechnung (bzw. der letzte Zwischenabschluss) von ihr gemäss Art. 728 ff. OR bzw. Art. 729 ff. OR geprüft werden. Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, z.B. weil sie ein Opting-out gemäss Art. 727a Abs. 2 OR vorgenommen hat, muss die letzte Jahresrechnung (bzw. der letzte Zwischenabschluss), so sie denn einen (qualifizierten) Kapitalverlust zeigt, gemäss Art. 725a Abs. 2 Satz 1 OR vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung einer eingeschränkten Revision gemäss Art. 729 ff. OR unterzogen werden, welche durch einen zugelassenen Revisor erfolgen muss (s.a. Art. 727c OR). Der zugelassene Revisor wird nicht durch die Generalversammlung, sondern gemäss Art. 725a Abs. 2 Satz 2 OR durch den Verwaltungsrat ernannt. Gemäss Art. 725a Abs. 3 OR entfällt die in Art. 725a Abs. 2 OR statuierte Revisionspflicht, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.

Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor haben gemäss Art. 725a Abs. 4 OR mit der gebotenen Eile zu handeln.

Ob der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis eines (qualifizierten) Kapitalverlusts einen Zwischenabschluss zu erstellen hat, ist umstritten.

## V. Pflichten des Verwaltungsrats bei einer Überschuldung

Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR die Pflicht, einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten, also grundsätzlich zwei Zwischenabschlüsse (s. insb. Art. 725b Abs. 3 Satz 1 OR: «... beiden Zwischenabschlüssen ...») zu erstellen. Eine Überschuldung liegt gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR vor, wenn die Verbindlichkeiten nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, wobei sich beide Parameter auf die Gesellschaft beziehen, auch wenn das nur bezüglich der Verbindlichkeiten gesagt wird. Eine begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht häufig dann, wenn eine Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 725 Abs. 2 OR droht oder sogar bereits eingetreten ist, weil dadurch die Annahme der Fortführung (dazu sogleich) häufig nicht mehr gegeben und deshalb zu Veräusserungswerten zu bilanzieren ist, die in der Regel tiefer als die Fortführungswerte sind. Die Zwischenabschlüsse sind gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR unverzüglich zu erstellen. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 2 OR verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten. Die Annahme der Fortführung (sogenanntes Going Concern) ist in Art. 958a OR definiert. Sie ist gegeben, wenn in den nächsten zwölf Monaten ab (Zwischen-)Bilanzstichtag keine Einstellung der Tätigkeit der Gesellschaft oder von Teilen davon geplant ist oder voraussichtlich eintreten

wird. Dabei spielen viele Faktoren eine Rolle, u.a. auch, ob Rangrücktrittsvereinbarungen im Sinne von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR vorliegen oder erhältlich gemacht werden können oder ob begründete Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung im Sinne von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR besteht, wodurch das Ganze etwas zirkulär wird. Die Anforderungen an die Zwischenabschlüsse (bzw. den Zwischenabschluss) werden grundsätzlich in Art. 960f OR festgehalten, wobei die Anforderungen im Detail umstritten sind.

Die Zwischenabschlüsse (bzw., entgegen dem Wortlaut, der Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten, falls die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist, s. Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR) sind gemäss Art. 725b Abs. 2 OR durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, z.B. weil die Gesellschaft ein Opting-out gemäss Art. 727a Abs. 2 OR vorgenommen hat, durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen. Obwohl dies in Art. 725b Abs. 2 OR im Unterschied zu Art. 725a Abs. 2 OR nicht gesagt wird, handelt es sich bei der Prüfung durch den zugelassenen Revisor um eine eingeschränkte Revision. Der zugelassene Revisor wird wie bei Art. 725a Abs. 2 OR nicht durch die Generalversammlung, sondern durch den Verwaltungsrat ernannt. Die Anforderungen an die Prüfung durch die Revisionsstelle oder den zugelassenen Revisor im Einzelnen sind umstritten. Ob analog Art. 725a Abs. 3 OR die Revisionspflicht entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht, ist offen. In der Praxis wird oft auf die Revision verzichtet, was die Gerichte meist akzeptieren, um die (in der Regel notwendige) Konkursöffnung nicht zu verzögern.

Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen (bzw., entgegen dem Wortlaut, gemäss dem Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten, falls die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist, s. Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR) überschuldet, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725b Abs. 3 Satz 1 OR die Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen bzw., umgangssprachlich, die Bilanz zu deponieren. Diese Aufgabe ist gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR unübertragbar und unentziehbar und trifft den Verwaltungsrat als Kollegialorgan, weshalb für die Benachrichtigung des Gerichts ein vorgängiger Verwaltungsratsbeschluss erforderlich ist. Gemäss Art. 725b Abs. 3 Satz 2 OR eröffnet das Gericht im Anschluss an die Benachrichtigung den Konkurs oder verfährt nach Art. 173a SchKG (Aussetzen des Konkursentscheids wegen Einreichung eines Gesuchs um Nachlass- bzw. Notstundung oder von Amtes wegen).

Gestützt auf Art. 725b Abs. 4 OR kann die Benachrichtigung des Gerichts durch den Verwaltungsrat gemäss Art. 725b Abs. 3 OR 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 Zwischenabschlüsse (bzw., entgegen dem Wortlaut, des geprüften Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten, falls die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist, s. Art. 725b Abs. 1 Satz 3 OR), behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Gegenüber dem bisherigen Recht neu an dieser Regelung ist, dass eine Rangrücktrittsvereinbarung nur genügend ist, wenn sie auch die Zinsforderungen umfasst, und dass bei begründeter Aussicht auf Behebung der Überschuldung die Benachrichtigung des Gerichts für maximal 90 Tage unterbleiben kann, sofern allerdings in dieser Zeit die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Die erste Änderung wird der Praxis noch Kopfzerbrechen bereiten (zum notwendigen Ersatz von

altrechtlichen durch neurechtliche Rangrücktrittsvereinbarungen s. bereits vorne, Ziff. II). Das gilt auch für die zweite Änderung: Diese gibt zwar eine klare Frist vor, die aber sehr kurz bemessen ist und zudem durch das Erfordernis stark relativiert wird, dass während der Frist die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden dürfen, was zumindest theoretisch fast immer der Fall ist.

Beim Aufsetzen der Rangrücktrittsvereinbarung bedient man sich sinnvollerweise des Musters des Branchenverbands ExpertSuisse. Der im Rang zurückgestellte Betrag sollte wenn immer möglich nicht nur die Überschuldung per Bilanzstichtag der Zwischenabschlüsse (bzw. des Zwischenabschlusses) umfassen, sondern auch den Betrag des mutmasslichen Verlusts bis zum Bilanzstichtag der nächsten ordentlichen Jahresrechnung. Ansonsten befindet man sich schnell wieder am Anfang, d.h. bei der begründeten Besorgnis der Überschuldung gemäss Art. 725b Abs. 1 Satz 1 OR.

Obwohl in Art. 725b Abs. 4 OR nicht erwähnt, kann die Benachrichtigung des Gerichts auch dann unterbleiben, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.

Entgegen dem, was Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR insinuiert, hat der Verwaltungsrat u.U. die Pflicht, nicht nur Massnahmen zur Beseitigung der Überschuldung (beispielsweise mittels Aufwertung eines Grundstücks oder einer Beteiligung gemäss Art. 725c Abs. 1 OR in Realisation stiller Reserven), sondern – analog Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Art. 725a Abs. 1 Satz 3 OR bei einem Kapitalverlust – weitere Sanierungsmassnahmen zu treffen.

Nicht nur der Verwaltungsrat hat im Zusammenhang mit der Überschuldung Pflichten. Auch die Revisionsstelle hat gemäss Art. 728c Abs. 3 OR und Art. 729c OR die Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat die Benachrichtigung des Gerichts unterlässt. Diese Pflicht trifft gemäss Art. 725b Abs. 5 OR auch den zugelassenen Revisor, wenn die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat. Diese Pflicht hat der zugelassene Revisor aber natürlich nur, wenn es ihn gibt, ihn der Verwaltungsrat also gemäss Art. 725b Abs. 2 OR oder Art. 725a Abs. 2 OR ernannt hat.

Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor haben gemäss Art. 725b Abs. 6 OR mit der gebotenen Eile zu handeln. Diese Bestimmung ändert nichts daran, dass der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung die Pflicht hat, unverzüglich die notwendigen Zwischenabschlüsse gemäss Art. 725b Abs. 1 OR zu erstellen.

## VI. Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Verletzt der Verwaltungsrat die vorstehend geschilderten Pflichten bei Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, macht er sich gemäss Art. 754 Abs. 1 OR gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern zivilrechtlich für infolge der Pflichtverletzung entstehende Schäden verantwortlich (zur Verantwortlichkeit bei der GmbH und zur darin enthaltenen Verweisung auf das Aktienrecht s. Art. 827 OR; zur Verantwortlichkeit bei der Genossenschaft s. Art. 916 ff. OR). Auch die fahrlässige Pflichtverletzung löst die Verantwortlichkeit aus (zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle bzw. des zugelassenen Revisors s. Art. 755 OR [AG], Art. 827 OR mit Verweisung auf Art. 755 OR [GmbH] und Art. 916 ff.

OR [Genossenschaft]). U.U. ist eine Pflichtverletzung auch strafrechtlich relevant (z.B. im Sinne der ungetreuen Geschäftsbesorgung [Art. 158 StGB], Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung [Art. 164 StGB], Misswirtschaft (Art. 165 StGB) oder Unterlassung der Buchführung [Art. 166 StGB]).

In der Praxis wird die Verantwortlichkeit am häufigsten im Fall der sogenannten Konkursverschleppung ausgelöst. Diese liegt vor, wenn den Pflichten bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung bzw. bei eingetretener Überschuldung nicht nachgekommen und so der Konkurs verzögert wird. Diesbezüglich wurde die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im neuen Aktienrecht durch die Einführung der erwähnten Frist von maximal 90 Tagen verschärft (vorne, Ziff. V), wobei es wie ebenfalls geschildert nicht hilft, dass die 90 Tage-Frist nur ausgenutzt werden darf, wenn in der Zwischenzeit die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden, was zumindest theoretisch fast immer der Fall ist. Werden im Rahmen der Sanierungsmassnahmen Rangrücktrittsvereinbarungen abgeschlossen, ist bei der Verantwortlichkeit für eine Konkursverschleppung die neu eingeführte Bestimmung von Art. 757 Abs. 4 OR zu beachten. Nachrangige Forderungen sind auszuklammern, soweit der Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts angesichts der Sanierungsbemühungen und der eingeholten Rangrücktritte nicht pflichtwidrig gewesen ist.

## VII. Zusammenfassung

Das am 1.1.2023 zur Gänze in Kraft getretene neue Aktienrecht statuiert eine explizite Pflicht des Verwaltungsrats, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit die notwendigen Massnahmen zu ergreifen. Die Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, bei einem eingetretenen Kapitalverlust und bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung bzw. bei eingetretener Überschuldung werden im neuen Aktienrecht gegenüber dem bisherigen Recht teilweise verschärft, v.a. auch was die Pflicht zur Anmeldung des Konkurses in zeitlicher Hinsicht betrifft. Denn neu darf mit der Anmeldung des Konkurses selbst bei begründeter Aussicht auf eine Beseitigung der Überschuldung nur noch maximal 90 Tage nach Vorliegen der Zwischenabschlüsse (bzw. des Zwischenabschlusses) zugewartet werden, allerdings nur, wenn in der Zwischenzeit die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Zudem werden die Anforderungen an eine wirksame Rangrücktrittsvereinbarung verschärft, muss diese doch neu auch die Zinsforderungen umfassen. Überdies statuiert das neue Aktienrecht in Bezug auf die bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Kapitalverlust zu treffenden Massnahmen explizit einen holistischen Ansatz, der auch bei der Überschuldung gilt. Massnahmen nur zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit, des Kapitalverlusts und der Überschuldung genügen nicht ohne Weiteres. Vielmehr muss der Verwaltungsrat u.U. weitere Sanierungsmassnahmen treffen.

iusNet GR 26.01.2023