

# DIE FINANZVERANTWORTUNG DES VERWALTUNGSRATS IN SANIERUNGSSITUATIONEN

## Änderungen im neuen Aktienrecht

Dieser Artikel untersucht, wie sich die Pflichten des VR in Sanierungssituationen mit dem neuen Aktienrecht verändern. Er beleuchtet zudem kritisch, was der Gesetzgeber aus Autorensicht versäumt hat.

### 1. EINLEITUNG

Eine gesunde Finanzierung bildet das Rückgrat der Geschäftstätigkeit jedes Unternehmens. Gerade in Zeiten einer wirtschaftlichen Krise, wie sie mit der Covid-19-Pandemie momentan viele Unternehmen durchleben, zeigt sich die Bedeutung einer soliden Finanzierung sowie ausreichender Liquidität.

Die Verantwortung für die Finanzierung obliegt bei der Aktiengesellschaft (AG) grundsätzlich dem Verwaltungsrat (VR). Das Aktienrecht macht allerdings nur grobmaschige Vorgaben, wie die Finanzierung der Geschäftstätigkeit sicherzustellen ist. Anders ist dies, wenn die AG in wirtschaftliche Schieflage gerät: Bei einem Kapitalverlust bzw. einer Überschuldung bestehen konkrete Handlungspflichten. Diese werden mit der Aktienrechtsrevision 2020 noch akzentuiert, nicht zuletzt durch den neuen Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit (zur Übersicht siehe *Tabelle*). Ein vermeintliches Fehlverhalten des VR in solchen Krisensituationen bildet denn auch Gegenstand zahlreicher Verantwortlichkeitsprozesse.

Der vorliegende Aufsatz widmet sich der aktienrechtlichen Finanzverantwortung des VR, die im Übrigen analog für die Geschäftsführer der GmbH gilt. Dabei liegt der Fokus auf Sanierungssituationen.

### 2. FINANZVERANTWORTUNG ALS UNÜBERTRAGBARE UND UNENTZIEHBARE PFLICHT

Die Finanzverantwortung gehört zu den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des VR und umfasst die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Während die Ausgestaltung des Rechnungswesens das Schaffen einer Organisation verlangt, welche die ordnungsgemässe und zeitnahe Erfassung sämtlicher Geschäftsvorfälle garantiert, dient die Finanzkontrolle der internen Kontrolle und Überwachung [1]. Die Pflicht zur Finanzplanung wiederum zielt darauf ab, eine geschäftsadäquate Finanzierung sicherzustellen. Dazu gehört einerseits eine dem Geschäftsbetrieb angemessene Kapitalausstattung [2], andererseits das Sicherstellen genügender Liquidität [3]. Dass die Finanzplanung gemäss Gesetzeswortlaut nur vorzunehmen ist, sofern sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, dürfte in der Praxis kaum von Bedeutung sein, da sie für die Oberleitung einer AG i. d. R. unverzichtbar ist [4].

### 3. LIQUIDITÄT, LIQUIDITÄTSPLAN(-UNG) UND DROHENDE ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Die Passivseite der Bilanz gibt Auskunft über die Herkunft der finanziellen Mittel und widerspiegelt deren Fälligkeit. Ebenso essenziell ist aber die auf der Aktivseite abgebildete Verfügbarkeit liquider Mittel, um fällige Verbindlichkeiten tilgen zu können. Während das Gesetz dem Eigen- und Nominalkapital grosse Aufmerksamkeit widmet, fristet die Liquidität im Aktienrecht ein Schattendasein, was ihrer zentralen Rolle in der Unternehmenspraxis nicht gerecht wird.

Ihre aktienrechtliche Relevanz erhält die Liquidität vielmehr über das Rechnungslegungsrecht, wo sie eine wichtige Rolle spielt: Eine Bilanzierung zu Fortführungswerten setzt u. a. voraus, dass ausreichend Liquidität verfügbar ist, um die Geschäftstätigkeit fortführen zu können (Art. 958a Abs. 1 OR). Die Fortführungsfähigkeit darf dann nicht mehr an-



LUKAS GLANZMANN,  
PROF. DR. IUR., LL.M.,  
RECHTSANWALT, PARTNER,  
BAKER MCKENZIE  
SWITZERLAND,  
TITULARPROFESSOR,  
UNIVERSITÄT ST. GALLEN



BENEDIKT L. RUTSCHEIDT,  
M.A. HSG LAW &  
ECONOMICS, RECHTS-  
ANWALT, DOKTORAND,  
WISSENSCHAFTLICHER  
MITARBEITER,  
UNIVERSITÄT ST. GALLEN

Tabelle: **ÜBERSICHT DER SANIERUNGSTATBESTÄNDE UNTER DEM NEUEN AKTIENRECHT**

Tatbestand	Definition	Wirkung	Rechtsfolge
<b>Drohende Zahlungsunfähigkeit</b> (Art. 725 revOR)	Eigentliche Illiquidität droht einzutreten (nicht bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten)	Cash-bezogen	<ul style="list-style-type: none"> <li>→ VR trifft Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit</li> <li>→ Allenfalls trifft er weitere Sanierungsmassnahmen bzw. beantragt diese der GV, sofern sie in deren Kompetenzbereich liegen</li> <li>→ Nötigenfalls Gesuchstellung um Nachlassstundung</li> </ul>
<b>Kapitalverlust</b> (Art. 725a revOR)	Bilanzielles EK ist kleiner als die Hälfte des geschützten Kapitals	Bilanzbezogen	<ul style="list-style-type: none"> <li>→ VR trifft Massnahmen zur Behebung des Kapitalverlusts</li> <li>→ Allenfalls trifft er weitere Sanierungsmassnahmen bzw. beantragt diese der GV, sofern sie in deren Kompetenzbereich liegen</li> <li>→ Falls keine RS: eingeschränkte Prüfung der letzten Jahresrechnung</li> </ul>
<b>Begründete Besorgnis der Überschuldung</b> (Art. 725b revOR)	Aufgrund der Umstände besteht der Verdacht, dass ein vollständiger Verlust des EK vorliegen könnte	Bilanzbezogen	<ul style="list-style-type: none"> <li>→ VR muss Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Veräusserungswerten erstellen (Prüfung durch RS)</li> <li>→ Bei Feststellung der Überschuldung hat Benachrichtigung des Gerichts durch VR (subsidiär RS) zu erfolgen, wenn nicht <ul style="list-style-type: none"> <li>→ Rangrücktritt, oder</li> <li>→ stille Sanierung möglich</li> </ul> </li> </ul>

genommen werden, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Geschäftstätigkeit in den nächsten zwölf Monaten wegen mangelnder Liquidität eingestellt werden muss [5]. In diesem Fall ist zu Veräusserungswerten zu bilanzieren (Art. 958a Abs. 2 OR), was in den meisten Fällen die Besorgnis einer Überschuldung begründen dürfte.

Bereits unter geltendem Recht gehören die Liquiditätsplanung und -überwachung zu den zwingenden Pflichten des VR, sind sie doch unentbehrliche Bestandteile der Finanzplanung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) [6]. Die Pflicht zur Überwachung der Liquidität wird neu explizit im Sanierungsrecht erwähnt (Art. 725 Abs. 1 revOR). Damit unterstreicht das Gesetz ihre diesbezügliche Bedeutung, obwohl sie unabhängig – eben gar zur Vermeidung – einer finanziellen Krise besteht [7]. Anders als der Entwurf sieht das neue Recht von der Vorgabe spezifischer Handlungs- oder Dokumentationspflichten ab [8]. Stattdessen ist die Ausgestaltung der Liquiditätsplanung und -überwachung an die Grösse und Art der Gesellschaft einerseits sowie an deren finanzielle und wirtschaftliche Lage andererseits anzupassen [9].

Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, treffen den VR weitere Abklärungs- und Handlungspflichten. Diese sind in Kaskadenform ebenfalls in Art. 725 Abs. 2 revOR verankert. Die Zahlungsfähigkeit ist infrage gestellt, wenn nicht nur vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten auftreten, sondern die eigentliche Illiquidität droht [10]; gegenüber dem Entwurf hat der Gesetzgeber auch hier auf die Vorgabe eines bestimmten Zeithorizonts verzichtet [11]. In diesem Fall muss der VR zunächst Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen; allenfalls hat er liquiditätswirksame Sanierungsmassnahmen zu treffen oder solche der Generalversammlung (GV) zu beantragen, sofern sie in deren Kompetenzbereich liegen; nötigenfalls hat er ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 725 Abs. 2

revOR) [12]. All dies soll der VR mit der «gebotenen Eile» erledigen (Art. 725 Abs. 3 revOR), hat aber gleichwohl vor der Massnahmenergreifung die Sanierungsfähigkeit und -würdigkeit sorgsam abzuklären [13].

Da die Zahlungsunfähigkeit ein Zustand ist, bei dem die Fortführung des Unternehmens unmöglich wird, ist zu befürchten, dass der Weckruf bei drohender Zahlungsunfähigkeit regelmässig zu spät ertönt. Nach Ansicht der Autoren wäre eine Erinnerung an die Handlungspflichten bereits bei auftretenden Zahlungsschwierigkeiten zielführender gewesen.

#### 4. KAPITALVERLUST

Nur vereinzelte inhaltliche Neuerungen bringt der revidierte Tatbestand des Kapitalverlusts (Art. 725a revOR, bis anhin Art. 725 Abs. 1 aOR).

**4.1 Tatbestand.** Ein Kapitalverlust gemäss Art. 725a Abs. 1 revOR liegt vor, wenn «die Aktiven, abzüglich der Verbindlichkeiten, die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken». Weil einerseits die Differenz zwischen Aktiven und Verbindlichkeiten dem bilanziellen Eigenkapital entspricht und andererseits das Aktienkapital sowie die nicht an die Aktionäre zurückzahlbare gesetzliche Kapital- und Gewinnreserve dem geschützten Kapital (dazu sogleich) entsprechen, gilt Folgendes: Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital die Hälfte des geschützten Kapitals unterschreitet (siehe *Abbildung 1*) [14]. Damit ist klar, dass nicht der in der Bilanz ausgewiesene Nominalbetrag der Reserven als Bemessungsgrundlage dient, was bis anhin umstritten war.

Zum geschützten Kapital gehören das Aktien- und ein etwaiges PS-Kapital, die gesetzliche Kapitalreserve und die

gesetzliche Gewinnreserve im engeren Sinne, im Betrag von zusammen 50% – bzw. bei Holdinggesellschaften 20% – des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals, sowie der volle Betrag der Reserven für eigene Aktien im Konzern und der Aufwertungsreserve [15].

Die Feststellung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, stützt sich grundsätzlich auf die letzte Jahresrechnung zu Fortführungswerten. Besondere Herausforderungen bestehen in den Fällen, in denen das Aktienkapital in Schweizer Franken denominated ist, die Rechnungslegung aber in einer Fremdwährung erfolgt [16].

Bei Gesellschaften, die finanzielle Mittel gestützt auf Art. 3 Covid-19-SBüV oder die Covid-19-Härtefallverordnung bezogen haben, werden diese bei der Berechnung eines Kapitalverlusts von den Verbindlichkeiten ausgeklammert (Art. 24 Covid-19-SBüG bzw. Art. 21 Covid-19-HärtefallV).

Abbildung 1: **BILANZ MIT KAPITALVERLUST**  
(in Mio. CHF)

75	Aktiven	Passiven	75
30	UV	Kurzfristiges Fremdkapital	25
		Langfristiges Fremdkapital	25
45	AV	Grundkapital (AK und PS-Kapital/ Stammkapital)	50
		Gesetzl. Kapitalreserve	25
		Jahresverlust	-50

FK

effektives EK < 1/2 des geschützten EK

**4.2 Rechtsfolge.** Stellt der VR einen Kapitalverlust fest, hat er primär Massnahmen zu ergreifen, die auf dessen Beseitigung gerichtet sind (Art. 725a Abs. 1 Satz 1 revOR). Hinreichend und wegen ihrer Praktikabilität naheliegend sind zunächst bilanzkosmetische Massnahmen, wie die Auflösung stiller Reserven durch Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (Art. 725c revOR). Möglich ist auch eine Herabsetzung der Bemessungsbasis durch Verrechnung der Verluste mit den Reserven (unter Beachtung der Kaskade in Art. 674 Abs. 1 revOR) oder eine deklarative Kapitalherabsetzung (Art. 653p revOR), sofern die Reserven vollständig ausgebucht sind [17].

Sind darüber hinaus weitere Sanierungsmassnahmen erforderlich, nimmt der VR auch diese selbst vor. Denkbar sind einerseits operative Massnahmen, die zu einer Reduktion des Aufwands oder Erhöhung des Ertrags führen; sie wirken sich jedoch zunächst auf die Erfolgsrechnung und (regelmässig mit einer gewissen Zeitverzögerung) nur mittelbar auf die Bilanz aus. Zudem können die Aktiven durch Zuschüsse in die Reserven oder Kapitalerhöhungen vermehrt oder die Passiven durch Abbau der Verbindlichkeiten (bspw. Forderungsverzichte) reduziert werden, wodurch das Eigen-

kapital direkt gestärkt wird. Die erfolgversprechendste Lösung liegt meist in einer Kombination dieser Massnahmen, damit nicht nur die Folgen, sondern auch die Ursachen für die Krise behoben werden. Auch diesbezüglich hat der VR mit der gebotenen Eile zu handeln (Art. 725a Abs. 4 revOR).

Entgegen dem bisherigen Recht muss der VR eine Sanierungs-GV zukünftig nur dann einberufen, wenn eine erforderliche Massnahme ausserhalb seines Kompetenzbereichs liegt (Art. 725a Abs. 1 Satz 2 revOR). Dies ist aus Sicht der Autoren zu begrüssen, weil die Durchführung einer Sanierungs-GV die finanzielle Krise meistens publik macht, was eine Sanierung erfahrungsgemäss erschwert.

Abgesehen davon bleibt die Konzeption des Kapitalverlusts als Sanierungsweckruf problematisch, da sein Vorliegen massgeblich von der Höhe des nahezu beliebig festlegbaren und deshalb wenig aussagekräftigen Nominalkapitals abhängt [18].

**4.3 Opting-out.** Eine weitere Neuerung ist die Suspendierung eines bestehenden Opting-out mit Eintritt des Kapitalverlusts. In diesem Fall ist der VR gehalten, ad hoc einen zugelassenen Revisor zu ernennen, der die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die GV eingeschränkt prüft (Art. 725a Abs. 2 revOR). Andernfalls ist der GV-Beschluss nichtig (Art. 731 Abs. 3 OR). Auf die Ernennung eines Revisors und die Prüfung darf nur dann verzichtet werden, wenn der VR ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht (Art. 725a Abs. 3 revOR).

Das Gesetz begründet lediglich eine ereignisorientierte Prüfpflicht, hebt das Opting-out jedoch nicht generell auf. Deshalb muss – in Analogie zur Rechtsprechung bei der Überschuldung [19] – das Opting-out nach Heilung des Kapitalverlusts nicht erneut beschlossen werden, sofern die Voraussetzungen nach Art. 727 i. V. m. 727a Abs. 2 OR weiterhin bestehen.

Es ist zu befürchten, dass der VR bei einem bestehenden Opting-out in vielen Fällen den Kapitalverlust nicht oder erst zu spät bemerken könnte und folglich das Bewusstsein für die damit einhergehende Revisionspflicht fehlt. Damit steigt auch das Haftungsrisiko des fehlbaren VR.

## 5. ÜBERSCHULDUNG

Noch ernster ist die finanzielle Lage bei der Überschuldung. Auch ihr widmet sich das revidierte Recht ausführlicher und in einem eigenen Artikel (725b revOR, bisher Art. 725 Abs. 2 aOR).

**5.1 Tatbestand.** Eine Überschuldung liegt vor, wenn «die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch Aktiven gedeckt sind» (Art. 725b Abs. 1 revOR; siehe *Abbildung 2*). Das bedeutet, dass das Eigenkapital aufgezehrt ist. Bei einer stichtagsbezogenen Substanzwertbetrachtung ist es der AG somit nicht mehr möglich, ihre Gläubiger mit den vorhandenen Vermögenswerten zu bedienen. In der gesetzlichen Konzeption wird damit die Daseinsberechtigung der Gesellschaft automatisch infrage gestellt. Der VR ist deshalb verpflichtet, bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung unverzüglich einen Zwischenabschluss (Art. 96of revOR) zu



erstellen. Dieser darf sich auf die meist höheren Fortführungswerte stützen, sofern die Annahme der Fortführung gegeben ist. Kann diese Annahme nicht mehr getroffen werden oder weist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung aus, muss der VR (auch) einen Zwischenabschluss nach Veräusserungswerten erstellen (Art. 725b Abs. 1 revOR). Nur wenn beide Bilanzen eine Überschuldung ausweisen, ist die Gesellschaft im Sinne von Art. 725b revOR überschuldet.

Der Zwischenabschluss unterliegt der Prüfpflicht durch die Revisionsstelle; hat die Gesellschaft ein Opting-out, muss der VR einen zugelassenen Revisor mit der Prüfung beauftragen (Art. 725b Abs. 2 revOR).

Wie beim Kapitalverlust besteht auch bei der Berechnung der Überschuldung eine Ausnahmeregelung für Gesellschaften, die Covid-19-Kredite oder -Härtefallhilfen in Anspruch genommen haben; diese sind nicht als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen (Art. 24 Covid-19-SBüG bzw. Art. 21 Covid-19-HärtefallV).

Abbildung 2: **BILANZ MIT ÜBERSCHULDUNG**  
(in Mio. CHF)

45	Aktiven	Passiven	45
20	UV	Kurzfristiges Fremdkapital	25
25	AV	Langfristiges Fremdkapital	25
		Grundkapital (AK und PS-Kapital/Stammkapital)	50
		Gesetzl. Kapitalreserve	25
		Verlustvortrag	-60
		Jahresverlust	-20

FK (FK = Kurzfristiges Fremdkapital + Langfristiges Fremdkapital = 25 + 25 = 50)  
negatives EK (negatives Eigenkapital = Grundkapital + Gesetzl. Kapitalreserve + Verlustvortrag + Jahresverlust = 50 + 25 - 60 - 20 = -5)

**5.2 Rechtsfolge.** Ist die Gesellschaft im Sinne von Art. 725b Abs. 1 revOR überschuldet, muss der VR das Gericht benachrichtigen und entweder die Konkurseröffnung oder eine Nachlassstundung beantragen (Art. 725b Abs. 3 revOR). Zukünftig nicht mehr möglich ist ein Antrag auf Konkursaufschub (Art. 725a aOR), der mit der Aktienrechtsrevision aufgehoben wird.

Die Pflichten im Zusammenhang mit der Überschuldungsanzeige sind, wie die Finanzverantwortung, zwingende Aufgaben des VR (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR). Ist die Überschuldung offensichtlich, hat die Revisionsstelle (bzw. der ad hoc ernannte Revisor) eine subsidiäre Benachrichtigungspflicht, sofern der VR seinen Pflichten nicht nachkommt (Art. 728c, 729c OR; Art. 725b Abs. 5 revOR). Alle Verantwortlichen haben mit der gebotenen Eile zu handeln (Art. 725b Abs. 6 revOR).

Basierend auf den Bestimmungen und der Praxis des scheidenden Rechts kodifiziert das revidierte Aktienrecht zwei

Ausnahmen, in denen eine Benachrichtigung des Gerichts trotz Überschuldung unterbleiben kann: den Rangrücktritt sowie die stille Sanierung (Art. 725b Abs. 4 revOR).

**5.3 Rangrücktritt.** Eine Befreiung von der Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts bietet auch zukünftig der Abschluss genügender Rangrücktrittsvereinbarungen mit Gesellschaftsgläubigern. Diese liegen dann vor, wenn Gläubiger mit Forderungen im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter allen anderen Gläubigern zurücktreten und diese stunden. Im Unterschied zur bisherigen Praxis [20] muss die Rangrücktrittsvereinbarung neben dem geschuldeten Betrag auch die während der Überschuldungsdauer auflaufenden Zinsforderungen erfassen (Art. 725 Abs. 4 Ziff. 1 revOR).

Diese Neuerung dürfte den Abschluss von Rangrücktrittsvereinbarungen auf mehreren Ebenen erschweren: Einerseits müssen die Zinsen klar von anderen Entschädigungen (bspw. Bereitstellungsgebühren) abgegrenzt werden, andererseits besteht Unsicherheit betreffend die Rechtsfolge, wenn die Zinsen nicht dem Rangrücktritt unterstellt werden. Falls dies zur Nichtigkeit des Rangrücktritts führte, könnte dies gravierende Folgen für die sanierungswilligen Gläubiger haben, weil die Sanierungsbemühungen, entgegen dem Parteiwillen, an einer vertraglichen Nebenbedingung von Gesetzes wegen scheitern würden. Zudem drohen Verantwortlichkeitsfolgen für den VR, der die gebotene Benachrichtigung des Gerichts im Glauben an die rechtswirksame Rangrücktrittsvereinbarung unterlässt. Sachgerechter wäre ein gesetzlicher Rangrücktritt der Zinsforderungen gewesen [21]. Nach der hier vertretenen Auffassung ist insbesondere aus Gläubigerschutzüberlegungen davon auszugehen, dass ein unter dem neuen Recht vereinbarter Rangrücktritt implizit auch die Zinsen umfasst.

Die Berechnung des notwendigen Rangrücktritts basiert jeweils auf der betragsmässig tieferen Überschuldungsbilanz, sofern die Fortführungsfähigkeit und der -wille gegeben sind. Weil der Rangrücktritt meist rückwirkend auf Grundlage der Bilanz des zurückliegenden Geschäftsjahrs abgegeben wird, muss er auch die seit dem Bilanzstichtag angefallenen Verluste umfassen; andernfalls müsste der VR weiterhin eine begründete Besorgnis einer Überschuldung haben. Die Revisionspraxis verlangt darüber hinaus, dass die in den nächsten zwölf Monaten bzw. bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt zu erwartenden Verluste ebenfalls abgedeckt werden [22].

Die Revisionsstelle (bzw. der zugelassene Revisor) muss nicht nur prüfen, ob die Voraussetzungen eines gültigen Rangrücktritts erfüllt sind, sondern auch, ob der im Rang zurücktretende Gläubiger über genügende Bonität verfügt; damit soll einer paulianischen Anfechtung des Rangrücktritts im Konkurs des Gläubigers vorgebeugt werden [23]. Nicht notwendig ist hingegen, dass Sanierungsaussicht besteht; allenfalls ist aber der Rangrücktritt basierend auf Veräusserungswerten abzugeben, wenn die Fortführung nicht mehr angenommen werden darf [24]. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt und ist die Überschuldung offensichtlich, obliegt der Revisionsstelle die subsidiäre Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts (Art. 728c Abs. 3 bzw. 729c OR).

**5.4 Stille Sanierung.** Obschon das Bundesgericht die sog. stille Sanierung in konstanter Praxis anerkennt [25], hat der Gesetzgeber diese in Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR kodifiziert, um dadurch mehr Rechtssicherheit zu schaffen: Die stille Sanierung ermöglicht demnach einen Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts wegen Überschuldung, solange die begründete Aussicht besteht, dass innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, die Überschuldung behoben werden kann. Darüber hinaus darf durch den Aufschub keine zusätzliche Gefährdung der Gläubigerforderungen resultieren.

Aus Autorensicht könnte diese Formulierung den VR dazu verleiten, die 90-tägige Frist gänzlich auszunutzen, obwohl die Aussicht auf Sanierung nicht mehr begründet ist [26]. Unklar ist auch, was innerhalb der 90 Tage als angemessene Frist gilt. Die Intention des Gesetzgebers, mehr Rechtssicherheit zu schaffen, könnte deshalb den gegenteiligen Effekt haben.

## 6. VERANTWORTLICHKEIT BEI FEHLVERHALTEN

Verletzt der VR, allenfalls auch die Revisionsstelle, die zuvor dargestellten Handlungspflichten, kann dies zu einer Haftung aus Sanierungs- bzw. Konkursverschleppung führen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 754 ff. OR erfüllt sind. Die mit der Revision eingeführten spezifischeren Handlungsvorschriften dürften das Haftungsrisiko insgesamt

eher verschärfen, obwohl der Gesellschaftsschaden im Konkurs durch die Ausklammerung der Rangrücktrittsfordernungen (Art. 757 Abs. 4 revOR) möglicherweise geringer ausfallen wird.

## 7. FAZIT

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Finanzverantwortung des VR mit der Aktienrechtsrevision 2020 an einigen Stellen formell- und auch materiell-rechtlich ändern wird. Der Gesetzgeber hat es dennoch verpasst, die Handlungsspielräume und Pflichten des VR in Sanierungssituationen klar abzustecken und damit Rechtssicherheit zu schaffen. Sodann dürfte es fraglich sein, ob Sanierungsbemühungen mit den neuen Regelungen rechtzeitig ergriffen werden. Dies deshalb, weil der Gesetzgeber die Fehlkonzeption des Kapitalverlusts nicht behoben hat und der vieldiskutierte neue Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit erst einsetzt, wenn es für wirksame Sanierungsmassnahmen meist schon zu spät ist. Positiv bewerten die Autoren hingegen die Klarstellung, dass eine Verrechnungsliberierung mit nicht werthaltigen Forderungen zulässig ist (Art. 634d Abs. 2 revOR) [27].

Für den VR und auch die Revisoren bleiben die gesetzlichen Handlungspflichten im Rahmen der Finanz- und damit zusammenhängenden Prüfungsverantwortung wohl weiterhin – gerade in der finanziellen Krise – ein stürmisches Gewässer, das mit besonderer Vorsicht zu befahren ist. ■

**Fussnoten:** 1) Watter, Rolf/Roth Pellanda, Katja, Basler Kommentar 2016, OR 716a N 16 f. 2) Vgl. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 13 N 729–732; Glanzmann, Lukas, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 1997, 51–58, 52. A.M. offenbar Handschin, Lukas, Zürcher Kommentar 2018, OR 725 N 40. 3) Ähnlich Milani, Dominik/Schürch, Philipp, Die Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht, SZW 2020, 519–533, 522. 4) Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399–682, 569. 5) Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589–1750,

1700; Glanzmann, Lukas, Konzept und Praxis einer aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019, 465–480, 466; Müller, Lukas/Henry, David P./Barmettler, Peter, veb.ch-Praxiskommentar 2019, OR 958a N 8; Lipp, Lorenz, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 2016, OR 958a N 5–7. 6) BGE 132 III 564 E. 5.1 = Pra 96 Nr. 57; BGE 4A\_467/2010 v. 05.01.2011 E. 3.3; Wüstiner, Hanspeter, Basler Kommentar 2016, OR 725 N 9i. 7) Vgl. von der Crone, Hans Caspar, Aktienrecht, Webpublikation der 2. A. Bern 2020, § 23 N 1992. 8) Dieser sah für diesen Fall explizit die Erstellung eines Liquiditätsplans vor: Art. 725 Abs. 1 Entwurf zur Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 683–754. 9) Milani/Schürch (s. Fn. 3), 524. 10) Vgl. Botschaft AG 2016 (s. Fn. 4), 574. 11) Vgl. Art. 725 Abs. 1 E-OR (s. Fn. 8). 12) Ausführlich hierzu Milani/Schürch (s. Fn. 3), 526–531. 13) So auch Milani/Schürch (s. Fn. 3), 531. 14) Druey, Jean Nicolas/

Druey Just, Eva/Glanzmann, Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A. Zürich 2021, § 8 N 109. 15) Druey/Druey Just/Glanzmann (s. Fn. 14), § 8 N 109. 16) Dazu Loser, Silvan, Rechnungslegung in Fremdwährung, Expert Focus 2016/10, 724–729, passim. 17) Botschaft AG 2016 (s. Fn. 4), 510. 18) Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (s. Fn. 14), § 8 N 121–123. 19) BGE 4A\_589/2017 vom 9. Februar 2018 E. 2.4.2. 20) BGE 4C.47/2003 v. 02.07.2003 E. 4. 21) Druey/Druey Just/Glanzmann (s. Fn. 14), § 8 N 140. 22) Expertuisse – Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. «Ordentliche Revision», Zürich 2016, 355. 23) BGE 129 III 129 E. 7.1 = Pra 2003 Nr. 105. 24) Dazu Glanzmann (s. Fn. 5), 479. 25) Grundlegend BGE 116 II 533 E. 5a. 26) Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (s. Fn. 14), § 8 N 146. 27) Vgl. Botschaft AG 2016 (s. Fn. 4), 463.