

 jetzt bestellen

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer



Schulthess 

Theorie und Praxis des Unternehmensrechts

Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin

Herausgegeben von

Peter Jung
Frédéric Krauskopf
Conradin Cramer

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-7962-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
BÄRTSCHI HARALD Vom papierlosen Wertpapier zum Robo-Verwaltungsrat: Gesellschaftsrecht im digitalen Wandel	1
BEHNISCH URS R./OPEL ANDREA Grenzen der Massgeblichkeit und Gestaltungsmöglichkeiten	19
BRAENDLI BEAT Internationalisierung des schweizerischen Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts	31
BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT Wann und was das öffentliche Recht vom Privatrecht lernen kann	57
BÜHLER CHRISTOPH B. Public Corporate Governance: Wie der Bund seine ausgegliederten Unternehmen steuert	75
CRAMER CONRADIN Zwischen Pragmatismus und Zahlenmagie – Die zwingende Zahl der Gründer und Gesellschafter im schweizerischen Gesellschaftsrecht	103
DIEM HANS-JAKOB Der selektive Aktienrückkauf	117
DRUEY JEAN NICOLAS Das Prinzip des Wohlwollens	135
EBERLE RETO Berichterstattung weiter gedacht – Überlegungen zur Zukunft der Jahresrechnung	147
EMMENEGGER SUSAN/REBER MARTINA Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung	165
FANKHAUSER ROLAND/FISCHER NADJA Das minderjährige Vereinsmitglied	175
	VII

FLEISCHER HOLGER	
Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht aus schweizerischer Sicht	189
FORSTMOSER PETER	
Plädoyer für eine Reform des Genossenschaftsrechts	205
FUKUTAKI HIROYUKI	
Die Übernahme der Business Judgment Rule und ihre dogmatische Einordnung in das japanische Aktienrecht	237
GLANZMANN LUKAS/GUIDOUM SAMMY	
Die gesetzliche Kapitalreserve – Bilanzieller Ausweis, Bestandteile und Ausschüttung	251
GLESS SABINE	
Konzernverantwortung – Entwicklungslinien aus strafrechtlicher Sicht	265
HAAS ULRICH/HESSERT BJÖRN	
The legal regime applicable to disciplinary measures by sports associations – one size does not fit all	279
HAFNER FELIX/REIMANN MARTIN	
Die Meldung von Missständen (Whistleblowing) im öffentlichen Dienstrecht	293
HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J./SCHÖNMANN ZENO	
COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht – Massnahmen des Bundes gegen Massenkonkurse	311
JENNY DAVID	
Corporate Governance staatlich beherrschter Unternehmen: Einige Überlegungen am Beispiel der politischen Debatten im Kanton Basel-Stadt	335
JUNG PETER	
Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern	347
JUTZI THOMAS/HERZOG MARTINA	
Transparenz im Genossenschaftsrecht: Selbstzweck oder Bestandteil der Corporate Governance?	363
KENEL LUCA	
Die Publizität der Rechnungslegung im internationalen Vergleich	391

KRAMER ERNST A.	
Anmerkungen zur Publizität des Handelsregisters (aus Anlass der Neuregelung in Art. 936b OR)	405
KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/FINK JOEL	
Die neuen Verjährungsfristen und die auftragsrechtliche Aktenaufbewahrung	417
KULL MICHAEL	
Die Manifestation politischer Ansichten durch Berufsfussballer in der Schweiz – eine rechtliche Auslegung	441
LENGAUER DANIEL	
Corporate Governance in Genossenschaftsverbänden	457
MABILLARD RAMON	
Kreditgebende Banken in der Sanierung – Von der rechtlichen Bedeutung des Sanierungskonzepts	475
MÜLLER KARIN/FELLMANN WALTER/LEU SIMON	
Mehrwertbeteiligung eines einfachen Gesellschafters bei der Liquidation der Gesellschaft	491
MÜLLER LUKAS/MUSLIU NAGIHAN	
Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats	501
NOBEL PETER	
Zu Corporate Governance	519
PÄRLI KURT/OBERHAUSSER CAMILL	
Die arbeitslosenversicherungsrechtliche Einordnung von Verwaltungsrätin, Geschäftsführer und Co. – Ein Kurzüberblick	531
PIETH MARK/ZERBES INGEBORG	
«Beaching»	547
RÜEGG ERICH	
Die Haftung für Grundstückskontaminationen bei Unternehmenstransaktionen . . .	561
SCHMID JÖRG	
Einfache Gesellschaft und Miteigentümergeinschaft bei Grundstücken	573

SCHROETER ULRICH G.	
Die Fremdwährungssubstitutionsbefugnis des Zahlungsschuldners (Art. 84 Abs. 2 OR) im internationalen Handel	585
SIMONIELLO DANIELE	
Die Aktie ohne Dividende	599
STAEHELIN DANIEL	
Das Retentionsverzeichnis in der Nachlassstundung	611
STRUB YAEL	
Die Beendigung der Hinterlegung von Sportpferden	619
SUTTER-SOMM THOMAS/AMMANN DARIO	
Vorprozessuale Vergleiche über erbrechtliche Gestaltungs- klagerechte	635
TANNER BRIGITTE	
Der Stichentscheid des Vorsitzenden in der Generalversammlung der Aktien- gesellschaft – eine Standortbestimmung	653
TRIGO TRINDADE RITA	
Droits d’emption dans les statuts d’une SARL	675
TROXLER TIZIAN	
Die Entwicklung des schweizerischen Genossenschaftsrechts	691
TRUNIGER CHRISTOF/WERNER MARTIN	
Die Koordination der werkvertraglichen Ansprüche der Stockwerkeigentümer	709
TSCHÄNI RUDOLF	
Vinkulierung: Building Trust nach SIKA	721
VIONNET-RIEDERER FLURIN/BATSCHWAROFF BLANKA	
Auslegungsmaximen im Rechnungslegungs- und Stiftungsrecht	731
VONZUN RETO	
Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen	751
WATTER ROLF/BÄNZIGER MICHAEL	
Die Business Judgment Rule in der Praxis – Unternehmensinterne Entscheidungs- verfahren im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	767

WIDMER LÜCHINGER CORINNE	
Die Haftung von Banken bei Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Staaten – zugleich ein Beitrag zu Art. 41 und 50 OR	785
WOHLERS WOLFGANG	
«Exzessive» Managersaläre – ein Problem des Strafrechts?	801
YANAGA MASAO	
Accounting and Auditing for SMEs in Japan	819
ZECH HERBERT/VALLONE VERA	
Immaterialgüter als Sacheinlage	833
ZELLWEGER CASPAR/ZURKINDEN PHILIPP	
Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Lukas Handschin	861

Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats

LUKAS MÜLLER/NAGIHAN MUSLIU*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	502
II. Finanzielle Führung und Krisen-Management	502
1. Liquiditätsplanung und -kontrolle als Pflicht des Verwaltungsrats.....	502
1.1 Finanzielle Führung im laufenden Geschäft	502
1.2 Steuerung des Geldumschlags («Cash Conversion Cycle»)	504
1.3 Zusammenspiel der Art. 716a Abs. 1 und Art. 725 ff. E-OR.....	505
1.4 Informationen aus dem Geschäftsbericht.....	507
1.5 Liquiditätsplan («Cash Budgeting»)	508
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit nach Art. 725 E-OR.....	509
2.1 Begründete Besorgnis	509
2.2 Begriff der Zahlungsunfähigkeit	510
2.3 Massgebender Zeitraum.....	511
2.4 Liquiditätsplan als primäre Handlungspflicht.....	512
2.5 Weitere Massnahmen als sekundäre Handlungspflichten	514
III. Verantwortlichkeit	515
1. Allgemeine finanzielle Führungsverantwortung.....	515
2. Sorgfaltspflichtverletzungen im Kontext des Art. 725 E-OR.....	516
IV. Fazit	518

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, IFF-HSG, Universität St. Gallen, und Gerichtsschreiber, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, St. Gallen.

NAGIHAN MUSLIU, Dr. iur., Juristin, Rechtsdienst, Departement Bau und Umwelt des Kantons Thurgau, Frauenfeld.

Die Autoren vertreten ihre eigenen Ansichten und binden ihre Arbeitgeber nicht.

I. Einleitung

Im Verlauf des Jahres 2001 gelangte die Swissair nach jahrelangen Mühen und schliesslich nach den 9/11-Terroranschlägen in Zahlungsschwierigkeiten. Gläubiger beharrten im Spätsommer und Herbst 2001 auf Voraus- oder Barzahlung, und Banken waren nicht mehr bereit, Kredite zu gewähren. Am 2. Oktober 2001 ertönte schliesslich am Flughafen Zürich die Lautsprecherdurchsage: «Aus finanziellen Gründen ist die Swissair nicht mehr in der Lage, ihre Flüge auszuführen.»¹ Das durch die Zahlungsunfähigkeit ausgelöste Swissair-Grounding hat eine Aufarbeitung in Politik, Recht und Gesellschaft mit sich gebracht, die sich auch im Gesetzgebungsprozess nachlesen lässt.

Der Entwurf des Bundesrates vom 23. November 2016² verfolgt nebst der Überführung der per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Bestimmungen der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften in die Bundesgesetze auch das Ziel, das Aktienrecht zu modernisieren und den wirtschaftlichen Bedürfnissen der nächsten Jahre anzupassen.³ Über diese Bereiche hinaus fokussiert der bundesrätliche Entwurf aufgrund parlamentarischer Vorstösse⁴ sowie politischer Diskussionen auch auf die revidierten aktienrechtlichen Sanierungsbestimmungen.⁵ Das künftige Recht enthält einige Anpassungen bezüglich der finanziellen Führung im Allgemeinen und für den Spezialfall der Unternehmenskrise. Dieser Aufsatz soll zeigen, wie die finanzielle Führung erfolgen soll, welche Pflichten der Verwaltungsrat im Tagesgeschäft und in der Krise hat und welche Rechtsfolgen bei einer Verletzung dieser Handlungspflichten resultieren.

II. Finanzielle Führung und Krisen-Management

1. Liquiditätsplanung und -kontrolle als Pflicht des Verwaltungsrats

1.1 *Finanzielle Führung im laufenden Geschäft*

Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der AG, «soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat».⁶ Neben der Geschäftsführung ist der Verwaltungsrat auch für die Vertretung nach aussen zuständig.⁷ Art. 716a Abs. 1 OR enthält eine lange Liste der unübertrag-

¹ ENZ WERNER, Der letzte Tag der Swissair, NZZ, 1. Oktober 2016, 31; vgl. SAXER MATTHIAS, Chronik einer angekündigten Bruchlandung, NZZ, 9. Oktober 2001, 19.

² Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017 399 ff. (nachstehend «Botschaft Aktienrecht 2016»).

³ Zur Umsetzung der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» siehe MUSLIU NAGIHAN, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2019, 186 ff. mit Hinweisen.

⁴ Motionen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurseröffnung» (12.3403/12.3654).

⁵ Vgl. zu den Kernfragen der Aktienrechtsrevision VON DER CRONE HANS CASPAR/ANGSTMANN LUCA, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2013, 3 ff.; VON DER CRONE HANS CASPAR/MOHASSEB KEIVAN, Stand der Aktienrechtsrevision, AJP 2019, 781 ff.

⁶ Art. 716 Abs. 2 OR.

⁷ Vgl. Art. 718 Abs. 1 OR.

baren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats, von denen manche Punkte Geschäftsführungscharakter haben.⁸ Hierzu gehören verschiedene Führungsaufgaben im Zusammenhang mit der Oberleitung der Gesellschaft, dem Risikomanagement,⁹ dem Rechnungswesen und der Steuerung sowie des Finanzmanagements.¹⁰ Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR insbesondere «die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist».

Die Einschränkung nach geltendem Recht, wonach der Verwaltungsrat eine Finanzplanung nur vorsehen muss, sofern diese für die Führung der Gesellschaft «notwendig» erscheint, erweist sich als trügerisch. Denn bereits *de lege lata* stellen die Finanzplanung und die Finanzkontrolle effektiv zwingende Aufgaben des Verwaltungsrats dar, die als unverzichtbare Instrumente der Unternehmensführung zu qualifizieren sind.¹¹ Vor diesem Hintergrund wird im Zuge der Revision des Aktienrechts der vorerwähnte «Fremdkörper» aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR entfernt bzw. es wird in der künftigen Fassung die Finanzplanung als unverzichtbares Instrument aufgeführt.¹² Denn sowohl die Kapitalbeschaffung als auch die Mittelverwendung und die Liquiditätssicherung müssen die primäre Zielsetzung einer zukunftsorientierten Gesellschaftsführung sein.¹³

Damit der Verwaltungsrat seine Pflichten im Zusammenhang mit der finanziellen Führung wahrnehmen kann, müssen im Tagesgeschäft, und nicht nur im Falle einer drohenden Krise, laufend Informationen zur Liquidität erfasst und Einnahmen sowie Ausgaben sorgfältig mit den liquiden Mitteln koordiniert werden. Es ist stets vorausschauend sicherzustellen, dass genügend Geld für das Unternehmen vorhanden ist, um Ausgaben wie Löhne, Steuern, Zinsen, Kapitalrückzahlungen oder Dividenden zu bezahlen. Eine gute finanzielle Führung berücksichtigt ebenfalls, welche Investitionen getätigt und wie sie finanziert werden sollen. Dabei ist ebenfalls zu berücksichtigen und zu planen, wie das Unternehmen auf unvorhergesehene Einflüsse, wie etwa Wechselkursschwankungen, Veränderungen der Konjunktur, Preiserhöhungen für Rohstoffe und Halbfabrikate, die sich auf den Betrieb auswirken können, oder Ausfälle von wichtigem Personal oder anderen Ressourcen reagieren kann.¹⁴

⁸ Vgl. FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 11 und N 29 ff.

⁹ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 6, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. A., Basel 2016.

¹⁰ Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR; SIMONIELLO DANIELE, Die Überwachung der Liquidität durch den Verwaltungsrat, SJZ 2017, 541, 542 ff.; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 16 N 593.

¹¹ Gl.M. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 569; BÜHLER CHRISTOPH B., Art. 716a N 66, in: Handschin Lukas (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698–726 und 731b OR, 3. A., Zürich 2018; GLANZMANN LUKAS, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 2017, 387, 391 m.w.H. auf BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 13 N 712h, 786.

¹² Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 569.

¹³ Vgl. MÜLLER ROLAND S./LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. A., Zürich 2014, 261 ff.; BÜHLER (Fn. 11), Art. 716a N 66; PETER/CAVADINI, Art. 716a N 27, in: Tercier Pierre/Amstutz Marc/Trindade Rita Trigo (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. A., Basel 2017.

¹⁴ Vgl. BREALEY RICHARD A./MYERS STEWART C./ALLEN FRANKLIN, Principles of Corporate Finance, 13. A., New York, NY 2020, 743.

Gemeinsam mit der Generalversammlung hat der Verwaltungsrat zudem die Höhe des Aktienkapitals zu koordinieren. Die Generalversammlung beschliesst die Aktienkapitalerhöhung, und der Verwaltungsrat führt diese durch.¹⁵ Der Verwaltungsrat hat sicherzustellen, dass die vorhandenen Mittel sinnvoll eingesetzt werden, um die geplanten Tätigkeiten ausüben zu können. Hierzu gehört insbesondere auch die Bereitstellung der erforderlichen liquiden Mittel, um die jeweilig anfallenden Verbindlichkeiten zu erfüllen.¹⁶ In diesem Sinne gehört die Liquiditätsplanung bereits *de lege lata* zur Pflicht des Verwaltungsrats.¹⁷ Somit darf sich der Verwaltungsrat nicht nur auf eine blosser «Ausgestaltung der Finanzplanung» beschränken, wie der Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR auf den ersten Blick vermuten lässt. Vielmehr muss die Liquidität der Gesellschaft kontinuierlich überwacht und gesteuert werden.¹⁸ Anhand der relevanten Unternehmensinformationen müssen Geschäftspläne formuliert werden, sofern das Geschäft nicht ohnehin ohne solche konkret dokumentierten Pläne stabil abläuft.¹⁹ Der Liquiditätsplan stellt dabei ein wichtiges Prognose- und Führungsinstrument im Sinne des Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR dar.²⁰ Die Tragweite dieser zwingenden Aufgaben des Geschäftsführungsorgans widerspiegeln sich denn auch mit Blick auf die neue Bestimmung betreffend die Massnahme zur Behebung der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach Art. 725 E-OR. Je bedeutender das Unternehmen wirtschaftlich ist, desto höhere Anforderungen werden an die Finanzplanung und insbesondere an den Liquiditätsplan und an die Überwachung derselben gestellt.²¹

1.2 Steuerung des Geldumschlags («Cash Conversion Cycle»)

Der Verwaltungsrat muss die liquiden Mittel der AG sorgfältig bewirtschaften. Hierfür ist es notwendig, die betrieblichen Abläufe zu verstehen und sorgfältig zu steuern. Die Abläufe sind davon abhängig, wie die Wertschöpfungskette in einem Betrieb ausgestaltet ist. In einem Manufakturbetrieb ereignen sich typischerweise folgende Geschäftsvorfälle, die jeweils bestimmte Geschäftsentscheidungen erfordern und vom Verwaltungsrat in der finanziellen Führung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR bzw. E-OR zu berücksichtigen sind:²²

¹⁵ Vgl. Art. 650 Abs. 1 OR; Art. 651 Abs. 1 OR; 653 Abs. 1 OR; Art. 653e ff. OR; BGE 132 III 668 E. 3.3 (zur Kompetenzabgrenzung von Verwaltungsrat und Generalversammlung).

¹⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 30 N 42 f.; ROSS STEPHEN A./WESTERFIELD RANDOLPH W./JAFFE JEFFREY/JORDAN BRADFORD D., *Modern Financial Management, International Edition*, 8. A., New York, NY 2008, 29 ff.

¹⁷ Statt vieler GLANZMANN (Fn. 11), 391 *in fine*; BÖCKLI (Fn. 11), § 13 N 353 f.

¹⁸ Vgl. PLÜSS/FACINCANI-KUNZ, Art. 716a N 5, in: Vito Roberto/Trüeb Hans Rudolf (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsordnung*, 3. A., Zürich 2016; BÖCKLI (Fn. 11), § 13 N 353; PETER/CAVADINI (Fn. 13), Art. 716a N 23 f. und 27.

¹⁹ Vgl. HANDSCHIN LUKAS, Art. 725 N 158, in: Handschin Lukas (Hrsg.), *Zürcher Kommentar*, Art. 698–726 und 731b OR, 3. A., Zürich 2018; PALEPU KRISHNA G./HEALY PAUL M./PEEK ERIK, *Business Analysis and Valuation, IFRS Edition*, 4. A., Andover, UK 2016, 258 ff.

²⁰ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 9), Art. 717 N 6.

²¹ So bereits Botschaft Aktienrecht 1983, BBl 1983 II 745, 922.

²² Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 749.

Geschäftsvorfälle	Geschäftsentscheidungen
Einkauf von Rohmaterialien	Wie gross muss der Lagerbestand an Rohmaterialien sein?
Bezahlung der Einkäufe	Soll auf Kredit oder bar bezahlt werden?
Herstellung des Produkts	Mit welcher Produktionstechnologie (oder mit welchen Anlagen) soll die Herstellung erfolgen?
Verkauf des Produkts	Soll auf Vorauszahlung, Zug-um-Zug-Barzahlung oder auf Kredit bezahlt werden?
Inkasso der Forderung	Wie soll das Inkasso erfolgen?

Die Bewirtschaftung der liquiden Mittel ist für die finanzielle Führung zentral und hängt mit den betrieblichen Geschäftsentscheidungen zusammen.²³ Hierfür ist u.a. der Geldumschlag bzw. die Geldumschlagsdauer zu überwachen, um die Liquidität und das Nettoumlaufvermögen («net working capital»)²⁴ zu steuern.²⁵ Als Nettoumlaufvermögen ist Umlaufvermögen minus die kurzfristigen Verbindlichkeiten zu verstehen.

Wenn das (Brutto-)Umlaufvermögen grösser als die kurzfristigen Verbindlichkeiten ist, bedeutet dies *ceteris paribus*, dass innerhalb der nächsten 12 Monate voraussichtlich mehr Geld eingenommen als ausgegeben wird. Falls das Nettoumlaufvermögen grösser wird, kann dies auf ein Wachstum des Unternehmens hinweisen.²⁶ Der Verwaltungsrat hat beispielsweise als Teil seiner Unternehmens- und Finanzführung festzulegen, wie die vorstehend in der Tabelle erwähnten Geschäftsvorfälle zu handhaben sind, und entsprechend die notwendigen Geschäftsentscheidungen zu treffen. Dabei hat es einen grossen Einfluss auf das Liquiditätsmanagement, die Zahlungsfristen festzulegen. Kurze Zahlungsfristen gegenüber den Kunden zu haben, ist zwar sicherer für die Unternehmensliquidität, kann aber je nach Geschäftsmodell und Branche als kundenfeindlich empfunden werden. Bereits fällige Forderungen können gegebenenfalls mittels Factoring oder alternativer Finanzierungsformen gegen Bargeld an entsprechende Inkassounternehmen abgetreten werden.

1.3 Zusammenspiel der Art. 716a Abs. 1 und Art. 725 ff. E-OR

Die Auslegung der Art. 716a Abs. 1 sowie Art. 725 ff. E-OR kann nicht von der betrieblichen Realität losgelöst erfolgen. Analysen der Bilanz, Erfolgsrechnung und Geldflüsse müssen die wesentlichen Rahmenbedingungen und Einflussfaktoren berücksichtigen, da ansonsten die aufgezeichneten Daten wenig aussagekräftig sind. Dabei ist es unerlässlich, ein Verständnis für die betrieblichen Prozesse zu entwickeln, denn die Gestaltung derselben hat einen entscheidenden Einfluss auf das interne Rechnungswesen und die Informationen, die im Geschäftsbericht abgebildet werden.²⁷ So haben beispielsweise die Strategie eines

²³ Vgl. RICHARDS VERLYN D./LAUGHLIN EUGENE J., A Cash Conversion Cycle Approach to Liquidity Analysis, *Financial Management* 1980, 32 ff.; HACHMANN CHRISTIAN, Kriterium der Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung, Diss. Zürich 2017, N 245 ff.

²⁴ Vgl. z.B. PASSARDI MARCO/RUPP MARKUS, Net Working Capital Management in Rechnungslegung und Unternehmenssteuerung, EF 8/2016, 530 ff.

²⁵ Vgl. PALEPU/HEALY/PEEK (Fn. 19), 209 f.

²⁶ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 29.

²⁷ Vgl. HAIL LUZI/MEYER CONRAD, Accountinganalyse – Wie gross ist der unternehmerische Handlungsspielraum bei der Erstellung von Finanzberichten?, ST 9/2001, 967 ff.

Unternehmens, die Branche, die Lebenszyklen der Produkte, die Gestaltung der Wertschöpfungskette, die Marktmacht der Lieferanten, der Konkurrenten sowie der Nachfrager oder potenzielle Substitutionsgüter einen Einfluss auf die Informationen, die letztlich im Geschäftsbericht abgebildet werden.²⁸

Die Führungsverantwortung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 3 OR umfasst typischerweise einen Budgetierungsprozess (inkl. Liquiditätsplanung), mit welchem bestimmte Ziele und Zielgrössen definiert werden (z.B. Entwicklung der liquiden Mittel, des Eigenkapitals, verschiedener Kennzahlen, Umsatz- und Gewinnwachstum etc.).²⁹ Falls Abweichungen von den Zielgrössen erkennbar werden, wird der Verwaltungsrat sinnvollerweise einschreiten.³⁰ Der Bestand der liquiden Mittel ist sorgfältig zu planen und zu steuern, damit keine Zahlungsunfähigkeit selbstverschuldet wird. Es handelt sich hierbei um eine gewöhnliche Führungsaufgabe, die nicht nur in der Krise wahrzunehmen ist.³¹

Der bisherige Art. 725 OR kodifiziert eine Kennzahlenanalyse, die Aktiven mit dem Aktienkapital und den gesetzlichen Reserven (Abs. 1) sowie Aktiven mit Verbindlichkeiten (Abs. 2) in Relation setzt. Die künftigen Art. 725 ff. E-OR normieren die gleichen Kennzahlenanalysen, ergänzt um die Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.³² Vorgesehen ist, dass für den Fall, dass das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven zur Hälfte nicht mehr durch Aktiven gedeckt sind (Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR bzw. Art. 725a E-OR), dem Verwaltungsrat bestimmte Handlungspflichten obliegen. Überschuldung liegt dann vor, wenn die Aktiven sämtliche Verbindlichkeiten nicht mehr decken. Mit anderen Worten: das Eigenkapital ist negativ. Der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist demgegenüber nicht so spezifisch im Gesetz definiert, wie dies im Vergleich beim Kapitalverlust und der Überschuldung der Fall ist. Zahlungsunfähig ist, wer fällige Forderungen dauerhaft nicht bezahlen kann. Auf den Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist in Abschnitt II.2 im Detail zurückzukommen.

Finanzplanungsmodelle und Kennzahlenanalysen, die auf Informationen des Rechnungswesens basieren (dazu gehören insb. Art. 725 OR sowie Art. 725 ff. E-OR), untersuchen nicht für alle Konstellationen die richtigen Fragestellungen. Primär liegt das daran, dass sich diese hauptsächlich mit wechselseitigen Beziehungen innerhalb der Buchführung und Rechnungslegung anstatt mit ökonomischen Ursache-Wirkungszusammenhängen befassen.³³ Tendenziell wird in der klassischen Analyse der Buchführung und Rechnungslegung wichtigen Faktoren, die den Unternehmenswert beeinflussen, eine zu geringe Bedeutung beigemessen oder sie werden vollständig ausgeblendet. Dies trifft namentlich auf die Grösse der Geldflüsse, Risiken und Fragen des Timings oder des Zeitwerts von Geldflüssen zu. Deshalb liefern Finanzplanungsmodelle und Kennzahlenanalysen für sich alleine keine

²⁸ Vgl. PALEPU/HEALY/PEEK (Fn. 19), 14 f.; HAIL LUZI, Strategieanalyse, Umfeld- und unternehmensspezifische Interpretation der Zahlen aus dem finanziellen Rechnungswesen, ST 9/2001, 795 ff.

²⁹ Vgl. WATTER ROLF, Verwaltungsratsausschüsse und Delegierbarkeit von Aufgaben, in: von der Crone Hans Caspar /Weber Rolf H./Zäch Roger/Zobl Dieter (Hrsg.): Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 183 ff., 186 f.

³⁰ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA (Fn. 9), Art. 716a N 16.

³¹ Vgl. insb. Abschnitte II.1.1 und II.1.2 und II.1.5.

³² Vgl. hierzu Abschnitt II.2.

³³ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 77.

nützlichen Hinweise oder Antworten darauf, welche Strategien zu formulieren, wie ein Betrieb auszugestalten oder zu (re-)organisieren ist und welche Massnahmen mit welchem Timing umzusetzen sind.³⁴

In der Praxis taucht oft das folgende Problem auf: Das obere Management hat ein bestimmtes Ziel im Auge, das vom Personal mittels eines konkreten Plans zu erreichen ist, selbst wenn Ziele und Mittel gar nicht zueinander passen.³⁵ Langfristige Finanzplanung sollte aber nicht in ein Prokrustesbett³⁶ eingepasst werden. Wenn die Unternehmensleitung primär die in Art. 725 OR bzw. Art. 725a ff. E-OR vorgegebenen Ziele und somit die Optimierung des Verhältnisses von Aktiven zu Fremdkapital berücksichtigt, geschieht aber genau dieser fehlgeleitete Managementprozess.³⁷ Vielmehr müssen mögliche Chancen und Gefahren laufend im Planungsprozess berücksichtigt werden. Finanzplanung ist somit eher ein iterativer Prozess. Der Verwaltungsrat muss deshalb eine gegenüber der Konkurrenz überlegene Strategie formulieren und einen Businessplan erstellen. Diese müssen sich danach ausrichten, auf dem Markt erfolgreiche Produkte anzubieten, die eine Rendite erzielen, die über den Kapitalkosten liegt. Zusätzlich ist zu ermitteln, welches Personal welche Arbeit zu verrichten hat, welche Aktiven zu nutzen und wie diese zu finanzieren sind, damit der Businessplan umsetzbar ist. Aus einer sinnvollen Strategie und einem funktionierenden Businessplan werden langfristig optimale Bestände der liquiden Mittel und des Eigenkapitals resultieren.

1.4 Informationen aus dem Geschäftsbericht

Das Gesetz sieht den Geschäftsbericht als primäre Informationsquelle für Aktionäre und andere Anspruchsgruppen vor.³⁸ Aktiengesellschaften müssen zumindest eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und einen Anhang erstellen.³⁹ Unternehmen, die von Gesetzes wegen der ordentlichen Revisionspflicht unterstehen, müssen zudem eine Geldflussrechnung anfertigen sowie zusätzliche Angaben im Anhang der Jahresrechnung machen sowie einen Lagebericht verfassen.⁴⁰

Die Bilanz liefert bereits einige Informationen, die für die finanzielle Führung bedeutend sind. Neben dem Ausweis der liquiden Mittel zum Bilanzstichtag und der Verbindlichkeiten lässt sich auch anhand des Nettoumlaufvermögens⁴¹ zeigen, wie gross das Potenzial ist, innert kurzer Frist zusätzliche liquide Mittel zu beschaffen, etwa durch die Debitoren-, Kreditoren- und Warenbewirtschaftung.

³⁴ Vgl. PALEPU/HEALY/PEEK (Fn. 19), 2 ff.

³⁵ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 78.

³⁶ In der griechischen Mythologie war Prokrustes ein Riese, der Reisenden ein Bett zur Erholung anbot. Wenn die Reisenden zu gross für das Bett waren, hackte er ihnen die Füsse und überschüssigen Gliedmassen ab; waren sie zu klein, hämmerte und renkte er die Gliedmassen auseinander, damit sie auf das Bett passten.

³⁷ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 77.

³⁸ Vgl. Art. 958 Abs. 1 und Abs. 2 OR. Gläubiger haben nach den Voraussetzungen von Art. 958e OR ebenfalls einen Anspruch auf Einsichtnahme in den Geschäftsbericht.

³⁹ Siehe dazu die Übersicht in MÜLLER LUKAS/HENRY DAVID P./BARMETTLER PETER, in: Pfaff Dieter/Glanz Stefan/Stenz Thomas/Zihler Florian (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, 2. A., Zürich 2019, Art. 958 N 34 ff.

⁴⁰ Vgl. Art. 961 i.V.m. Art. 727 OR; Art. 961a ff. OR.

⁴¹ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 29.

Die Erfolgsrechnung ist für Art. 725 OR bzw. Art. 725 ff. E-OR nur indirekt von Bedeutung. Mit der Erfolgsrechnung werden über den Verlauf der Berichtsperiode sämtliche Aufwände und Erträge aufgezeichnet, wobei der Saldo der Erfolgsrechnung als Ertragsüberschuss (bzw. Aufwandüberschuss) einen Gewinn (bzw. Verlust) darstellt. Dieser Gewinn (bzw. Verlust) wird in die Bilanz übertragen und dem Eigenkapital gutgeschrieben (abgezogen).

Während die Bilanz lediglich auf einen Stichtag bezogen den Bestand der liquiden Mittel anzeigt (beispielweise anhand der Wiedergabe der Bargeld- und Bankkontobestände), so zeigt die Geldflussrechnung auf die letzten zwölf Monate rückblickend, aufgrund welcher Ursachen sich der Bargeldbestand von der Vorjahresbilanz bis zur aktuellen Bilanz verändert hat. Die Geldflussrechnung zeigt die Ursachen des Bestandes der liquiden Mittel auf, die sich aus den Betriebs-, den Investitions- und den Finanzierungsaktivitäten der Unternehmung ergeben haben.⁴² Hierbei ist insbesondere der Geldfluss aus betrieblicher Tätigkeit wichtig. Sofern dieser negativ ausfällt, heisst dies, dass der Betrieb mit jedem Tag, an dem er aktiv Geschäfte betreibt, dazu führt, dass weniger Geld eingenommen als ausgegeben wird. Der Geldzufluss aus Betriebstätigkeit bedeutet *ceteris paribus*, dass der Betrieb im Vergleich zum Vorjahr den Bestand der liquiden Mittel erhöhen konnte.

1.5 Liquiditätsplan («Cash Budgeting»)

Die Liquiditätsplanung hilft der Unternehmensleitung, kurzfristige Finanzierungsbedürfnisse (und -gelegenheiten) zu erkennen.⁴³ Mit der Liquiditätsplanung können Geldflüsse budgetiert und selbstverschuldete Zahlungsrückstände vermieden werden. Der Liquiditätsplan soll die erwarteten oder absehbaren Ausgaben und Einnahmen zeigen.⁴⁴ Dieser Plan soll die fristgerechte Bezahlung der Löhne, die Beschaffung der notwendigen Rohstoffe, Waren sowie Betriebsmittel und der Finanzierung derselben berücksichtigen. Hier sind ebenfalls saisonale Schwankungen, das Wachstum einer Branche oder makroökonomische Einflussfaktoren wie etwa Wechselkursschwankungen (soweit betriebsrelevant) zu berücksichtigen.⁴⁵ Dabei sollen gemäss HANDSCHIN die erwarteten Einnahmen und Ausgaben zumindest nach Monaten aufgeschlüsselt und geplant werden.⁴⁶ Aus der Differenz der Einnahmen und Ausgaben ergibt sich ein allfälliger Geldzufluss oder -abfluss. Dieses monatliche Ergebnis ist jeweils mit dem Bestand der liquiden Mittel und dem Potenzial, ebensolche zu beschaffen, in Relation zu setzen. Sofern die liquiden Mittel unternehmensintern aufgebraucht sind, müssen entweder Vermögenswerte per Barzahlung oder einem Gläubiger mittels Verrechnung seiner Forderung verkauft werden.

Der Liquiditätsplan kann in einfachen Fällen aufgrund von vergangenen Daten in die Zukunft extrapoliert werden. In dynamischen Branchen mit stark schwankenden Geldflüssen muss ein nachvollziehbarer Businessplan vorliegen, um den Liquiditätsplan zu plausibilisieren.⁴⁷ Im Budgetierungsprozess ist es sinnvoll, Sensitivitätsanalysen vorzunehmen.⁴⁸ Das bietet sich an, da jeder Plan bestimmte Annahmen voraussetzt. Falls sich eine wichtige

⁴² Vgl. NEUHAUS/INAUEN (Fn. 9), Art. 961b N 2; TORRIONE/BARAKAT (Fn. 13), Art. 961b N 5.

⁴³ Vgl. ROSS/WESTERFIELD/JAFFE/JORDAN (Fn. 16), 757; HACHMANN (Fn. 23), N 315 ff.

⁴⁴ Vgl. BVGer, B-3380/2015, 21.08.2017, E. 5.2.2.

⁴⁵ Vgl. PALEPU/HEALY/PEEK (Fn. 19), 261 ff.

⁴⁶ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 19), Art. 725 N 158.

⁴⁷ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 19), Art. 725 N 158.

⁴⁸ Vgl. PALEPU/HEALY/PEEK (Fn. 19), 276 ff.

Annahme nicht erfüllt, etwa weil makroökonomische Schocks oder Zufallsereignisse eintreten (hier ist z.B. an die COVID-19-Pandemie zu denken), sich das Wachstum des Unternehmens, dessen Rentabilitätskennzahlen oder die Zahlungsmoral der Kunden nicht wie vorgesehen entwickelt, sollten Alternativpläne rasch entwickelt und umgesetzt werden können.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit nach Art. 725 E-OR

Art. 725 E-OR stellt die bisherige Gesetzessystematik von Art. 725 OR um, indem die drohende Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung vorangestellt wird. Mit den Indikatoren, die in Art. 725 ff. E-OR definiert werden, sollen wirtschaftliche Schwierigkeiten einer Gesellschaft früher als bisher erkannt werden.⁴⁹ Der Regelungszweck von Art. 725 E-OR ist primär in der Einrichtung eines Frühwarnsystems zu sehen. Der Verwaltungsrat soll hierdurch früher als bisher Sanierungsmassnahmen einleiten.⁵⁰ Die Idee des Gesetzesentwurfs ist zu begrüßen, da sich gerade in der Praxis zeigt, dass die meisten Sanierungen daran scheitern, dass einerseits viel zu spät die Unternehmenskrise entdeckt und andererseits die Massnahmen zur Behebung der Krise erst zu spät umgesetzt werden, wenn die Sanierung inzwischen aussichtslos geworden ist.⁵¹

2.1 Begründete Besorgnis

Der Anwendungsbereich des Art. 725 Abs. 1 Satz 1 E-OR ist eröffnet, wenn eine «begründete Besorgnis» der «Zahlungsunfähigkeit» besteht. Art. 725 Abs. 1 E-OR ist als Konditionalnorm (Wenn-Dann-Bestimmung) und nicht als Zielnorm formuliert. Mithin enthält die Bestimmung sowohl einen konkreten Tatbestand (begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit) als auch eine hinreichend bestimmte Rechtsfolge (Erstellung des Liquiditätsplans und Ergreifen weiterer Massnahmen) und statuiert damit genügend bestimmte Handlungspflichten des Verwaltungsrats.⁵² Diese sind angesichts der Konzipierung als Konditionalnorm und des Wortlauts der Bestimmung als zwingend anzusehen. Eine Missachtung dieser gesetzlichen Handlungspflichten kann eine Verantwortlichkeit des obersten Leitungsgangs begründen.⁵³

Auslegungsbedürftig erscheint jedoch, wann das Tatbestandselement der «begründeten Besorgnis» erfüllt ist, damit die weiteren in Art. 725 Abs. 1 E-OR normierten Rechtsfolgen greifen. Die Bedeutung der «begründeten Besorgnis» ist zuerst über den allgemeinen Sprachgebrauch und insbesondere über den Sprachgebrauch des Aktienrechts zu ermitteln.⁵⁴ Unter «Besorgnis» wird eine generelle Sorge oder eine Befürchtung umschrieben. «Begründet» ist die Besorgnis, wenn sie «berechtigt» ist oder auf einem «Grund» basiert.⁵⁵

⁴⁹ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 462 f.

⁵⁰ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 463; BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 5.

⁵¹ Vgl. MÜLLER LUKAS, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: Was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?, AJP, 23 (2014) 194 ff.; MÜLLER LUKAS/LIND RONJA, Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen, Expert Focus, 9/2019, 637, 641 ff.

⁵² Vgl. zum Begriff der konditionalen und finalen Normen MUSLIU (Fn. 3), 192.

⁵³ So auch Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575; vgl. nachfolgende Ausführungen unter Abschnitt II.2.2.

⁵⁴ Hier ist unter systematischen Gesichtspunkten v.a. auf das Begriffsverständnis der «Besorgnis» bei der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 1 E-OR abzustellen.

⁵⁵ Vgl. Duden online.

«Berechtigt» ist eine Sorge nur dann, wenn konkrete Umstände vorliegen. Mithin ist bereits anhand des Sprachgebrauchs evident, dass die Besorgnis ein subjektives Empfinden der Mitglieder des Verwaltungsrats beschreibt. Um eine Objektivierung und damit eine einheitliche Rechtsanwendung zu erreichen, wurde der Zusatz der «Begründetheit» hinzugefügt. Demzufolge ist eine «begründete Besorgnis» gegeben, wenn objektive und konkrete Umstände vorliegen.⁵⁶ Als solche haben namentlich die finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft zu gelten. Ein Quervergleich mit anderen Bestimmungen des Aktienrechts insbesondere mit Blick auf den Tatbestand der Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR bestätigt das herausgeschälte Begriffsverständnis.

2.2 *Begriff der Zahlungsunfähigkeit*

Nach bundesrätlicher Ansicht liegt eine Zahlungsunfähigkeit nach Art. 725 Abs. 1 E-OR vor, «wenn die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und somit weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen».⁵⁷ Die einmalige Unmöglichkeit, fristgerecht zu zahlen, begründet indessen noch keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 725 Abs. 1 E-OR.⁵⁸ Für das Begriffsverständnis verweist der Bundesrat in seiner Botschaft auf zwei ältere Bundesgerichtsentscheide, die dem Terminus im Rahmen eines Gesuchs um Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung⁵⁹ bzw. dem Widerruf eines Konkurses⁶⁰ der Zahlungsunfähigkeit Konturen verliehen haben. Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit wird überdies zum einen an anderen Stellen im Obligationenrecht⁶¹ und zum anderen auch im Konkursrecht⁶² verwendet. Aus systematischen Erwägungen, ist jedoch für das Begriffsverständnis auf Art. 83 OR abzustellen, wonach unter Zahlungsunfähigkeit das dauernde Unvermögen des Schuldners, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, gemeint ist.⁶³ Die Definition in einem jüngst publizierten Entscheid des Bundesgerichts, wonach von einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ausgegangen werden muss, wenn die notwendigen Mittel, um eine *aktuell* fällige Forderung zu begleichen, nicht bestehen, ist daher kritisch zu hinterfragen.⁶⁴ Diese Formulierung lässt den Schluss zu, dass einzig eine vorübergehende Zahlungsunfähigkeit gemeint ist und die Möglichkeiten der Mittelbeschaffung zur Begleichung der fälligen Forderungen nicht berücksichtigt werden. Zahlungsunfähigkeit liegt aber nach betriebswirtschaftlichem Verständnis erst vor, wenn das Unternehmen aktuell fällige Forderungen auch nicht durch kurzfristige Geldbeschaffung begleichen kann. Die Geldbeschaffung kann durch Aufnahme eines Darlehens oder durch Verkauf von Vermögenswerten erfolgen. Erst wenn diese Massnahmen

⁵⁶ So auch GLANZMANN (Fn. 11), 389 f.; HACHMANN (Fn. 23), N 277 f.; sinngemäss BÖCKLI (Fn. 11), § 13 N 768.

⁵⁷ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 573 *in fine*; vgl. für die allgemeine Begriffsdefinition der Zahlungsunfähigkeit KÄLIN OLIVER, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 2014, 135, 136 f.

⁵⁸ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 574 m.w.H. auf BGE 109 III 77 E. 2; BÖCKLI PETER, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 126; GLANZMANN (Fn. 11), 392.

⁵⁹ Vgl. BGE 111 II 206 E. 1.

⁶⁰ Vgl. BGE 109 III 77 E. 2.

⁶¹ Vgl. hierfür Art. 83 Abs. 1, Art. 316, Art. 337a, Art. 349e Abs. 1, Art. 418o Abs. 1, Art. 496 Abs. 1, Art. 502 Abs. 1, Art. 753 Ziff. 3 OR.

⁶² Vgl. Art. 291 SchKG.

⁶³ Vgl. hierzu BGE 68 II 177, 179.

⁶⁴ Vgl. BGE 2C_136/2019 E. 3.5.1.

nicht rechtzeitig gelingen, sollte ein Unternehmen als «zahlungsunfähig» eingestuft werden.⁶⁵

2.3 *Massgebender Zeitraum*

Der Anwendungsbereich von Art. 725 Abs. 1 Satz 1 E-OR ist eröffnet, wenn eine begründete Besorgnis besteht, dass die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft in den nächsten sechs bzw. zwölf Monaten eintritt. Auslösendes Element ist mithin die begründete Besorgnis, die durch konkrete und objektive Kriterien während sechs bzw. zwölf Monaten erhärtet werden muss. Erst dann ist von einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auszugehen. Nicht geklärt erscheint indessen der massgebende Zeitpunkt des Eintritts der begründeten Besorgnis als auslösendes Kriterium für die darauf beruhenden Rechtsfolgen bzw. Handlungspflichten nach Art. 725 Abs. 1–3 E-OR.⁶⁶ Ab welchem Datum der Verwaltungsrat diese konkrete und objektiv begründete Besorgnis hätte haben müssen, wird wohl anhand der gesamten Umstände zu beurteilen sein.⁶⁷ Massgebend erscheint jener Zeitpunkt, an welchem sich die Anzeichen einer Zahlungsunfähigkeit erhärten und verdichten.⁶⁸ Der Verwaltungsrat ist indessen nach Art. 716a OR dazu verpflichtet, geeignete Kontrollinstrumente als Teil der ihm obliegenden Finanzkontrolle (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 3 OR) zu führen, die ihm das Erlangen einer begründeten Besorgnis nach Art. 725 Abs. 1 E-OR ermöglichen. Unterlässt er dies, so verletzt er einerseits seine Sorgfaltspflicht und andererseits ist das Unterlassen der Einführung der Kontrollinstrumente dem Untätigbleiben bei Vorliegen einer begründeten Besorgnis nach Art. 725 Abs. 1 E-OR gleichzusetzen.⁶⁹

Vor diesem Hintergrund ist die Gesetzesnovelle dem Wortlaut folgend widersprüchlich, denn der Liquiditätsplan als Teil der Finanzkontrolle nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR muss bereits vorliegen, sodass die «begründete Besorgnis» objektiv erhärtet werden kann. In diesem Sinne ist Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR stets in Verbindung mit Art. 725 Abs. 1 E-OR anzuwenden. Dem gesetzlich vorgesehenen Zeitrahmen von «sechs bzw. zwölf Monaten», in dem sich die begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft akzentuieren muss, kann demzufolge nur entsprochen werden, wenn eine rollende Planung und Überwachung durch den Verwaltungsrat sichergestellt werden.⁷⁰ Die Zahlungsunfähigkeit ist offensichtlich, sofern die Bilanz unbezahlte, fällige Forderungsbeträge aufführt, keine liquiden Mittel mehr vorhanden sind und illiquide Aktiven nicht in nützlicher Frist liquidiert werden können.⁷¹

⁶⁵ Vgl. BVGer, B-3380/2015, 21.08.2017, E. 5.2.1 und E. 5.2.1.

⁶⁶ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBI 2017, 575 ff., die auf die hier aufgeworfene Frage nicht eingeht.

⁶⁷ Vgl. HACHMANN (Fn. 2356), N 278; BÖCKLI (Fn. 11), § 13 N 712e ff. bzgl. Art. 725 Abs. 2 OR, der diese Anzeichen auch als «böse Zeichen» bezeichnet; BÖCKLI PETER, Finanznotlagerecht, SWZ 2017, 524, 533 f.

⁶⁸ Vgl. HACHMANN (Fn. 23), N 277; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014, § 13 N 10; BÖCKLI (Fn. 11), § 13 N 712h und 786 bzgl. Art. 752 Abs. 2 OR.

⁶⁹ So auch GLANZMANN (Fn. 11), 389 m.w.H.; Botschaft Aktienrecht 2016, BBI 2017, 575.

⁷⁰ Sinngemäss BÖCKLI (Fn. 67), 534; zur Schwierigkeit eines verlässlichen Liquiditätsplans in der Finanznotlage und den Einzelheiten vgl. HACHMANN (Fn. 23), N 176 ff., 192, insb. 289 zur Massgeblichkeit der rollenden Planung; für eine rollende Planung auch GLANZMANN (Fn. 11), 392 f.

⁷¹ Vgl. BVGer, B-3380/2015, 21.08.2017, E. 5.2.3.1 und E. 5.2.3.3.

2.4 Liquiditätsplan als primäre Handlungspflicht

Als primäre Handlungspflicht des neu geschaffenen Mechanismus in Art. 725 Abs. 1 E-OR wird die Erstellung des Liquiditätsplans nach Art. 725 Abs. 2 E-OR durch den Verwaltungsrat verankert, sofern die begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft in den nächsten sechs bzw. zwölf Monaten besteht. Nach Art. 725 Abs. 2 E-OR legt der Liquiditätsplan «den aktuellen Bestand der flüssigen Mittel dar und enthält eine Aufstellung der im massgeblichen Zeitraum zu erwartenden Einzahlungen und Auszahlungen. Er kann geplante, in der Zuständigkeit des Verwaltungsrats liegende Massnahmen zur Sicherung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigen».

Art. 725 Abs. 1 E-OR normiert damit eine Konkretisierung und Erweiterung der in Art. 716a und 717 OR verankerten Pflichten des Verwaltungsrats, die Geschäftsführung zu überwachen und die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten. Gleichzeitig wird das geeignete Instrument der finanziellen Führung in abstrakter Form gesetzlich festgelegt. Immerhin führt die Botschaft des Bundesrates zu Art. 725 Abs. 1 E-OR aus, dass der Liquiditätsplan in die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft nach Art. 958 OR zu integrieren ist. Die *ratio legis* besteht folglich in der primären Abklärung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft. Gleichzeitig soll hierdurch eruiert werden, ob eine begründete Besorgnis der Überschuldung im Sinne von Art. 725b E-OR besteht.⁷² Mithin sollen damit die in Art. 958a OR kodifizierte Fortführungsprognose und die Regelungen zur Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung harmonisiert werden.⁷³

Vor diesem Hintergrund ist Art. 725 Abs. 1 E-OR keine reine Zielvorgabe, sondern eine Konditionalnorm, die genaue und zwingende Handlungspflichten⁷⁴ des obersten Geschäftsführungsorgans normiert.⁷⁵ Bei Missachtung dieser Handlungspflichten kann eine Verantwortlichkeit nach Art. 754 bzw. 756 f. OR des Verwaltungsrats bestehen.⁷⁶ Ob damit zugleich auch hohe technische Anforderungen an den Liquiditätsplan gestellt werden, ist indessen noch offen.⁷⁷ Dem Wortlaut folgend wird jedoch einzig die imperative Festlegung der Handlungspflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans festgehalten. Die konkrete «Aufstellung der im massgeblichen Zeitraum zu erwartenden Einzahlungen und Auszahlungen» wird indes in das Ermessen der Gesellschaft gestellt. Damit kann den verschiedenen Unternehmensstrukturen Rechnung getragen werden.

Im Zusammenhang mit der Erstellung des Liquiditätsplans hält Art. 725 Abs. 2 Satz 2 E-OR fest, dass der Verwaltungsrat in seiner Liquiditätsplanung auch die in seiner Zuständigkeit liegenden Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit berücksichtigen *kann*. Angesichts des Wortlauts der Bestimmung handelt es sich hier um eine «Kann-Vorschrift». Im Ergebnis resultiert aus der hier gezeigten Abfolge, dass der Verwaltungsrat bereits anhand des Liquiditätsplans und der basierend hierauf vorgenommenen Beurteilung

⁷² Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575.

⁷³ HANDSCHIN (Fn. 19), Art. 725 N 138 f. und N 156 ff.

⁷⁴ Zur Pflicht des Verwaltungsrats zur Erstellung des Liquiditätsplans vgl. erläuternder Bericht zur Änderung des Obligationenrechts, 138 *in fine*.

⁷⁵ Vgl. oben zur Auslegung von Art. 725 E-OR; in diesem Sinne auch NR Vogt, AB 2018 N 1147, der diese Ausgestaltung der gesetzlichen Bestimmung indessen ablehnt.

⁷⁶ Gl.M. BÖCKLI (Fn. 67), 534.

⁷⁷ Vgl. NR Vogt, AB 2018 N 1147, der diese hohen technischen Anforderungen bei Gesellschaften mit einfachen Verhältnissen oder gar ohne operative Geschäftstätigkeit als nicht zielführend erachtet.

der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der «begründeten Besorgnis» auch diejenigen Sanierungsmassnahmen ergreifen «muss» und nicht nur «kann», die in seine Kompetenz fallen.⁷⁸

In diesem Sinne erweist sich die Norm als widersprüchlich. Einerseits wird dem Verwaltungsrat ein erheblicher Entscheidungsspielraum belassen. So besteht angesichts des offenen Wortlauts die Gefahr, dass Massnahmen in die Liquiditätsplanung einfließen, obwohl deren Zustandekommen unter Umständen zweifelhaft ist. Aus teleologischen Erwägungen sind daher nur Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen, die auch tatsächlich geeignet sind bzw. erwartet werden dürfen. So widerspricht es dem Sinn und Zweck der Norm, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu sichern, wenn beispielsweise die Kreditaufnahme in die Liquiditätsplanung Eingang findet, obwohl die Gewährung des Kredits noch ausstehend ist. Hier stellt sich die Frage, inwiefern ein noch ausstehender Kredit Berücksichtigung finden darf. Ohne bindende Zusicherung des Kreditgebers darf unseres Erachtens kein potenzieller Kredit beachtet werden. Gleich ist bei einer möglichen Veräusserung von illiquiden Aktiven zu verfahren. Wer beispielsweise im Rahmen der Unternehmenskrise angibt, dass er eine Liegenschaft zum Steuerwert verkaufen könnte, muss anhand konkreter Anhaltspunkte glaubhaft machen, dass er diese tatsächlich veräussert. Analoges gilt für den Fall, dass die finanzielle Belehnung auf derselben erhöht werden soll. Ebenso wird eine zulässige Aufwertung des Buchwerts der Aktiven (z.B. Liegenschaften oder Beteiligungen) nicht zu einem Liquiditätszufluss führen.⁷⁹ Erst der effektive Verkauf gegen Bargeld oder die Verpfändung eines Aktivums führt zu einem höheren Geldbestand, sobald das Geld auf das Konto des Unternehmens überwiesen wurde. Eine Rangrücktrittsvereinbarung führt ebenfalls nicht zu einem Geldzufluss, wird jedoch während ihrer Geltung Geldabflüsse einstweilen verhindern. Entsprechend sind Rangrücktritte im Liquiditätsplan zu berücksichtigen.

Andererseits macht sich der Verwaltungsrat aber trotz der Ausgestaltung der Norm als «Kann-Vorschrift» einer Pflichtverletzung durch Unterlassen schuldig, wenn er die zu diesem Zeitpunkt möglichen und in seiner Kompetenz liegenden Massnahmen nicht rechtzeitig ergreift.⁸⁰ Obwohl die Gesetzesnovelle dies nicht ausdrücklich festhält, so folgt diese Schlussfolgerung aus der *ratio legis*, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu verhindern. Hierzu zählen eben auch all jene Sanierungsmassnahmen, die vor der eigentlichen ersuchten Nachlassstundung zu ergreifen sind (Art. 725 Abs. 3 Satz 2 E-OR).

Art. 725 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz E-OR normiert als zweite primäre Handlungspflicht, dass der Verwaltungsrat «einen Liquiditätsplan erstellen und eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft vornehmen» muss. Die grammatikalische Auslegung ergibt, dass von einer Kumulation der Pflichten auszugehen ist: In einem ersten Schritt muss der Verwaltungsrat einen Liquiditätsplan erstellen. Basierend darauf erfolgt in einem zweiten Schritt die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft mit Blick auf die Möglichkeit des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Die Botschaft äussert

⁷⁸ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575; BÖCKLI (Fn. 67), 534 *in fine*, der darunter «Sofortmassnahmen» subsumiert.

⁷⁹ In diesem Sinne wohl BGE 2C 858/2017 E. 3.4.

⁸⁰ Gl.M. BÖCKLI (Fn. 67), 534, der die neuen Handlungspflichten mit Blick auf die begründete Besorgnis drohender Zahlungsunfähigkeit als «derart anspruchsvoll und haftungsrelevant» einstuft.

sich dahingehend, dass der Sinn und Zweck dieser Neuerung in der gleichzeitigen Abklärung der begründeten Besorgnis einer Überschuldung nach Art. 725b E-OR liegen würde.⁸¹ Entgegen dem bundesrätlichen Verständnis besteht der Sinn und Zweck von Art. 725 Abs. 1 Satz 1 2 Halbsatz E-OR angesichts des Wortlauts sowie der Systematik in erster Linie in der Abklärung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, die in zwei Schritten zu erfolgen hat. Eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft kann nur und einzig gestützt auf den Liquiditätsplan nach Art. 725 Abs. 1 E-OR getroffen werden. Basierend hierauf und mithin in einem dritten Schritt, kann gleichzeitig eine Aussage über eine mögliche Überschuldung der Gesellschaft nach Art. 725b E-OR gemacht werden. In diesem Sinne sind die Gesetzessystematik sowie der Wortlaut der Regelung zwingend zu beachten.

2.5 Weitere Massnahmen als sekundäre Handlungspflichten

Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan, dass die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft droht, so muss der Verwaltungsrat «weitere Massnahmen» zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen. Nötigenfalls genügt ein Gesuch um Nachlassstundung (Art. 725 Abs. 3 E-OR). Das Ergreifen der «weiteren Massnahmen» erfolgt entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung, nachdem der Liquiditätsplan und die gestützt auf diese vorgenommene Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft erstellt wurde. Der Zweck dieser Bestimmung liegt indessen darin, die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch weitere geeignete Massnahmen zu verhindern.

Geklärt scheint indessen, dass der Begriff der «weiteren Massnahmen» alle jene umfasst, die den Einbezug der Generalversammlung voraussetzen. Namentlich geht es um einen Kapitalschnitt oder eine Kapitalerhöhung sowie die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach Art. 293 SchKG.⁸² Letzteres setzt indessen ebenfalls einen Liquiditätsplan voraus (Art. 293 lit. a SchKG). Bei allen Handlungen muss der Verwaltungsrat mit der «gebotenen Eile» handeln (Art. 725 Abs. 4 E-OR). Mithin liegt es im pflichtgemässen Ermessen des Verwaltungsrats, wie er die Aktionäre involviert. Aus der Gesetzessystematik folgt jedoch, dass die Einberufung der Generalversammlung zur Verhinderung der drohenden Zahlungsunfähigkeit zwingend notwendig ist, sofern die zu ergreifenden Massnahmen nicht in die Eigenkompetenz des obersten Leitungsorgans fallen.⁸³ Ebenfalls als unumgänglich scheint die Einleitung der Sanierungsmassnahmen nach Art. 725 Abs. 2 Satz 2 E-OR im Rahmen des Liquiditätsplans, sofern diese in die Eigenkompetenz des Verwaltungsrats fallen und zu Zahlungszuflüssen führen.⁸⁴

⁸¹ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575; so auch BÖCKLI (Fn. 67), 534, der die Abklärung der Überschuldung nebst dem Liquiditätsproblem als primäre Aufgabe des Verwaltungsrats ansieht.

⁸² Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575; a.M. GLANZMANN (Fn. 11), 390, der die «weiteren Massnahmen» hinsichtlich der Erstellung des Liquiditätsplans betrachtet. Aus der Gesetzessystematik folgt jedoch, dass die «weiteren Massnahmen» über die Erstellung des Liquiditätsplans hinausgehen müssen. Diese finden ihre Grundlage aber im zuvor erstellten Liquiditätsplan; vgl. Abschnitt II.

⁸³ So auch Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 575 f.; vgl. BÖCKLI (Fn. 67), 536, der den Begriff der «weiteren Massnahmen» einzig auf die in die Eigenkompetenz des Verwaltungsrats fallenden Massnahmen beschränken möchte.

⁸⁴ Vgl. Ausführungen oben in Abschnitt II.1.1.

Falls von externer Seite liquide Mittel zu beschaffen sind, muss der Verwaltungsrat hierfür rechtzeitig handeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Darlehensaufnahmen in die Kompetenz des Verwaltungsrats fallen, während für die Aktienkapitalerhöhung ein Beschluss der Generalversammlung notwendig ist. Beide externen Kapitalbeschaffungsmassnahmen erfordern einen gewissen zeitlichen und organisatorischen Vorlauf. Mit den wichtigen Eigen- und Fremdkapitalinvestoren müssen unter Umständen Businesspläne ausgetauscht und Verhandlungen geführt werden. Die organisatorische Vorlaufzeit gilt auch für den Fall, dass eine Universalversammlung nach Art. 701 OR durchgeführt wird. Der Verwaltungsrat hat aufgrund der Kompetenzverteilung in der AG – die Generalversammlung muss Eigenkapitalerhöhungen beschliessen – keine umfassende Verantwortlichkeit für die Bereitstellung des Aktienkapitals. Zudem ist der Verwaltungsrat nicht verpflichtet, das Geschäft zu verkleinern, wenn das Aktienkapital für den laufenden Betrieb zu gering ist. Stattdessen muss er sich mit aller Sorgfalt dafür einsetzen, die Mittel effizient und effektiv zu disponieren.⁸⁵

Angesichts des (sinnvollen) Verzichts auf die Nennung einer konkreten Frist zur Ergreifung weiterer Massnahmen, kann gemäss bundesrätlicher Botschaft an die vom Bundesgericht zum Konkursaufschub entwickelte Praxis angeknüpft werden. Hiernach ist dem Verwaltungsrat die nötige Zeit zu gewähren, um die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und deren Vorlage zuhanden der Generalversammlung vorzubereiten. Eingeschränkt wird diese Rechtsprechung indessen durch das Kriterium der «begründeten Aussicht» auf wirksame und zielführende Massnahmen.⁸⁶ Ist dieses nicht gegeben, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich tätig werden. Art. 725 Abs. 4 E-OR ist insbesondere für die nach Art. 725b E-OR normierte Überschuldung und eine hieraus resultierende Pflichtverletzung und Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR von entscheidender Bedeutung.⁸⁷

III. Verantwortlichkeit

1. Allgemeine finanzielle Führungsverantwortung

Die unsorgfältige finanzielle Führung im Tagesgeschäft und im Rahmen einer Sanierung kann für den Verwaltungsrat rechtliche Konsequenzen haben. Art. 754 OR statuiert eine persönliche Haftung der Mitglieder des obersten Führungsorgans sowie anderer Leitungsorgane für die Verletzung ihrer organschaftlichen Pflichten.⁸⁸ Haftungsvoraussetzungen sind dabei das Vorliegen eines Schadens, einer Pflichtverletzung, eines adäquaten Kausalzusammenhangs sowie eines Verschuldens.⁸⁹ Im Zusammenhang mit dem Ergreifen von Sanierungsmassnahmen fokussieren die nachfolgenden Ausführungen insbesondere auf die Haftungsvoraussetzung der Pflichtverletzung.

⁸⁵ Vgl. SETHE ROLF/LÜTOLF DANIEL, Das Pflichtengefüge im Falle der Unterkapitalisierung einer AG, ZSR 2018 I, 201, 205.

⁸⁶ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 576.

⁸⁷ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 576.

⁸⁸ Vgl. VON DER CRONE (Fn. 68), § 12 Rz. 45.

⁸⁹ Statt vieler HANDSCHIN LUKAS, Rechnungslegung, 2. A., Basel 2016, N 241.

Der Verwaltungsrat muss seine Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.⁹⁰ Diese Sorgfalts- und Treuepflicht des obersten Führungsorgans ist angesichts der Gesetzessystematik als Präzisierung der in Art. 716 und 716a OR sowie Art. 725 ff. E-OR normierten Aufgaben anzusehen. Die zentrale Bedeutung hiervon akzentuiert sich insbesondere im Verantwortlichkeitsrecht nach Art. 754 OR. Hier ist im Rahmen einer Pflichtverletzung abzuklären, ob der Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung seiner ihm zugewiesenen Aufgaben sorgfältig tätig war.

Der künftige Art. 716a Abs. 1 E-OR betont die entsprechende Pflicht, die Aufgabe der finanziellen Führung. Diese Finanzaufgaben sind einerseits anhand der Rechnungslegung im Geschäftsbericht und andererseits auch im internen Rechnungswesen und Controlling festzuhalten. Finanzinformationen können zudem als Beweismittel in einem Verantwortlichkeitsprozesses in Frage kommen.⁹¹ Das unsorgfältige Controlling, die fehlerhafte Buchführung und Rechnungslegung können gegen zahlreiche Normen verstossen. Es sind dies etwa eine unsorgfältige oder treuwidrige Wahrnehmung der Aufgaben des Verwaltungsrats⁹² und Verstösse gegen Buchführungs- und Rechnungslegungsnormen.⁹³ Im Hinblick auf das Finanzmanagement können unsorgfältige Handlungen oder Unterlassungen bei der Bewirtschaftung, Steuerung und Planung der liquiden Mittel zu Schäden führen. Sofern der Verwaltungsrat das Debitoreninkasso nicht zweckmässig organisiert und entsprechend Kunden ihre Forderungen nicht rechtzeitig oder gar nicht bezahlen, kann dies mit der Zeit zu einem Liquiditätsproblem führen. Das unterlassene Debitoreninkasso kann hierbei aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 3 E-OR i.V.m. Art. 717 Abs. 1 OR haftungsbegründend werden, selbst wenn die sich aus Art. 725 ff. E-OR ergebenden Pflichten sorgfältig eingehalten sind.

2. Sorgfaltspflichtverletzungen im Kontext des Art. 725 E-OR

Soweit es die finanzielle Führung betrifft, sind insbesondere die Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 oder Ziff. 3, Art. 717 Abs. 1 sowie die Erweiterung in Art. 725 OR bzw. Art. 725 ff. E-OR massgebend. Als schwerer Verstoss ist die Verletzung der in Art. 725 OR normierten Handlungspflichten der rechtzeitigen Benachrichtigung des Gerichts im Falle einer Überschuldung anzusehen.⁹⁴

Durch die Erweiterung der gesetzlichen Regelung wird fortan auch ein schwerer Verstoss darin zu erblicken sein, dass der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einen Liquiditätsplan zur Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu erstellen hat (Art. 725 E-OR). Mithin sind bereits nach geltendem Recht die Art. 725 OR vorgelagerten Pflichten des Verwaltungsrats im Rahmen einer Unternehmenskrise bei einer Verletzung nach Art. 754 OR einklagbar.⁹⁵ Dem obersten Leitungsorgan kommt eine allgemeine Überwachungspflicht zu, und mithin ist eine Sorgfaltspflichtverletzung gegeben, wenn dieses es

⁹⁰ Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR.

⁹¹ Vgl. SIMONIELLO (Fn. 10), 541, 548.

⁹² Vgl. Art. 716 OR, Art. 716a Abs. 1 E-OR, Art. 717 Abs. 1 OR.

⁹³ Vgl. Art. 957 ff. OR.

⁹⁴ Vgl. WÜSTINER (Fn. 9), Art. 725 N 6.

⁹⁵ Statt vieler HANDSCHIN (Fn. 89), N 244.

verpasst, sich in ausreichender Weise über die finanzielle Situation der Gesellschaft zu informieren.⁹⁶ Haftungsbegründend ist ebenfalls das Untätigbleiben des Verwaltungsrats, obwohl diesem zahlreiche «Alarmsignale» mit Blick auf den finanziellen Zustand der Gesellschaft bekannt sind.⁹⁷

Die Bilanz als bisher wichtigste Informationsquelle in Verantwortlichkeitsprozessen wird durch die Gesetzesnovelle nunmehr durch den zwingend zu erstellenden Liquiditätsplan als massgebendes Instrument zur Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ergänzt. Problematisch scheint angesichts der obigen Ausführungen jedoch der massgebende Zeitpunkt des Eintritts der «begründeten Besorgnis» als auslösendes Element der weiteren primären und sekundären Handlungspflichten des Verwaltungsrats und mithin die Beurteilung einer möglichen Sorgfaltpflichtverletzung. In diesem Zusammenhang stellen sich zwangsläufig auch Fragen der Beweiserhebung und Beweisverteilung sowie Fragen im Zusammenhang mit Geschäftsentscheiden, die durch die *ex ante* Betrachtung der Gerichte einen gewissen Schutz erfahren.

Art. 725 Abs. 1 E-OR ist als Konditionalnorm formuliert und damit eine Handlungsanweisung an den Verwaltungsrat. Mithin ist hier eine reine Vollzugshandlung gesetzlich normiert worden. In diesem Sinne ist die Pflicht zur Erstellung des Liquiditätsplans sowie die darauf beruhende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft kein Geschäftsentscheid, der durch die Anwendung der Business Judgment Rule geschützt würde, sondern eine gesetzliche Pflicht.⁹⁸ Einen Schutz durch die Business Judgment Rule geniessen jedoch die Geschäftsentscheide über Sanierungsmassnahmen.⁹⁹ Problematisch erweist sich der Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 E-OR aber durch die «begründete Besorgnis». Wie oben analysiert, handelt es sich hierbei um ein subjektives Gefühl des Verwaltungsrats, das durch objektive und konkrete Gründe erhärtet werden muss. Im Rahmen der «Besorgnis» allein ist daher von einem Geschäftsentscheid auszugehen. Sobald jedoch die prospektive Prognose hinsichtlich der zukünftigen Liquiditätsentwicklung durch die objektiven und konkreten Elemente sich in Richtung Zahlungsunfähigkeit erhärtet und mithin zahlreiche «Alarmsignale» vorhanden sind, ist von einem Ermessensentscheid auszugehen. Ein solcher würde folglich nicht mehr durch die Business Judgment Rule geschützt werden und eine Haftung des Verwaltungsrats als Konsequenz resultieren.¹⁰⁰

Von einem Geschäftermessen ist demgegenüber im Rahmen von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 sowie Art. 725 Abs. 3 sowie Art. 725 Abs. 4 E-OR auszugehen. Mithin könnte der Verwaltungsrat angesichts des Wortlauts der Bestimmungen von der Anwendung der Business Judgment Rule profitieren, sofern der Geschäftsentscheid in einem einwandfreien, auf angemessenen Informationen abgestützten und nicht von Interessenskonflikten gestörten Entscheidungsprozess gefällt wurde.¹⁰¹

⁹⁶ Vgl. BGE 132 III 564 E. 5.1.

⁹⁷ Vgl. BGE 4A_467/2010 E. 3.3.

⁹⁸ Dies lässt sich zumindest aus den allgemeinen Erwägungen des BGE 4A_623/2018 E. 3.1 herauslesen.

⁹⁹ BGE 4A_306/2009 E. 7.2.4; GERICKE/WALLER (Fn. 9), Art. 754 N 31.

¹⁰⁰ A.M. GLANZMANN (Fn. 11), 392, der die Beurteilung der Fortführungsprognose letztlich als Wertungsentscheid des Verwaltungsrats qualifiziert und damit die Anwendung der Business Judgment Rule befürwortet.

¹⁰¹ Vgl. BGE 4A_2667/2016 E. 2.1; CORBOZ/AUBRY GIRARDIN (Fn. 13), Art. 754 N 22a.

IV. Fazit

Der künftige Art. 725 E-OR kann insofern etwas verwirrend sein, als die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans nicht nur zu Krisenzeiten vorhanden ist, sondern auch im gewöhnlichen Geschäft. Das künftige Aktienrecht stellt dies mit einer Anpassung und Erweiterung des Pflichtenhefts in Art. 716a Abs. 1 E-OR klar. Die Liquiditätsplanung ist somit eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat hat die Pflicht, seine finanziellen Führungsaufgaben im (krisenfreien) Tagesgeschäft und in der ausserordentlichen Situation der Unternehmenskrise wahrzunehmen. Dabei zeigt sich, dass die Liquidität und das Nettoumlaufvermögen nicht effizient bewirtschaftet werden, der Geldumschlag zu lange dauert und sich selbstverschuldete Zahlungsschwierigkeiten ergeben können, wenn der Verwaltungsrat in ruhigen Zeiten das interne Rechnungswesen und Controlling nicht ordnungsgemäss führt.

Im Anwendungsbereich der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat der Verwaltungsrat zwingend einen Liquiditätsplan nach Art. 725 E-OR zu erstellen, sofern die begründete Besorgnis anhand objektiver und konkreter Anhaltspunkte erhärtet ist. Art. 725 Abs. 1 E-OR normiert damit eine Konkretisierung und Erweiterung der in Art. 716a und 717 OR verankerten Pflichten des Verwaltungsrats, die Geschäftsführung zu überwachen und die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten. Gleichzeitig wird das geeignete Instrument der finanziellen Führung in abstrakter Form gesetzlich festgelegt, obwohl der Liquiditätsplan bereits *de lege lata* notwendiger Bestandteil jedes Finanzplans ist und dies unabhängig davon, ob eine Zahlungsunfähigkeit droht. Vor diesem Hintergrund ist die Gesetzesnovelle dem Wortlaut folgend widersprüchlich, denn der Liquiditätsplan als Teil der Finanzkontrolle nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR muss bereits vorliegen, sodass die «begründete Besorgnis» objektiv erhärtet werden kann. In diesem Sinne ist Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR stets in Verbindung mit Art. 725 Abs. 1 E-OR anzuwenden. Dem gesetzlich vorgesehenen Zeitrahmen von «sechs bzw. zwölf Monaten», in dem sich die begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft akzentuieren muss, kann demzufolge nur entsprochen werden, wenn eine rollende Planung und Überwachung durch den Verwaltungsrat sichergestellt werden. Somit wäre es wünschenswert, wenn die Verpflichtung zur Erstellung des Liquiditätsplans als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats nach Art. 716a Abs. 1 OR eindeutig gesetzlich normiert würde. Unklar bleibt jedoch, ab welchem Zeitpunkt der Verwaltungsrat die «begründete Besorgnis» der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft haben muss, damit die primären und sekundären Handlungspflichten ausgelöst werden. Massgebend erscheint jener Zeitpunkt, an welchem sich die Anzeichen einer Zahlungsunfähigkeit erhärten und verdichten.