



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht

12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2021



Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht von Marc Jean-Richard-dit-Bressel und David Zollinger wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-541-9 (Print – Softcover)

978-3-03805-542-6 (PDF)

978-3-03805-543-3 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-541>

Version: 1.02 – 20221118

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/rechnungswesen-und-kapitalschutz-im-strafrecht/>.

Inhaltsübersicht

Schweizer Rechnungslegungsrecht 13

CHRISTIAN KRÄMER, dipl. Wirtschaftsprüfer,
Partner bei Deloitte AG Switzerland, Zürich

Objektive Strafbarkeitsbedingungen – allgemein und bei Art. 166 StGB 29

Prof. Dr. STEFAN MAEDER, Assistenzprofessor
für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Luzern

Rechnungslegung im Steuerstrafrecht 73

DANIEL HOLENSTEIN, Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte, NSF Rechtsanwälte AG, Zürich

Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht 99

Prof. Dr. LUKAS GLANZMANN, Rechtsanwalt, LL.M.,
Partner bei Baker McKenzie, Zürich, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht
an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission
für das Handelsregister

Praxistipps zu Schnittstellen von Rechnungswesen und Strafrecht 135

Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Rechtsanwalt, LL.M.,
Staatsanwalt und Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III,
Qualifizierte Wirtschaftskriminalität, Zürich, Titularprofessor an
der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungs- und Finanzmarktstrafrecht 163

Dr. LORENZ GARLAND, Rechtsanwalt, ehemals Gastwissenschaftler
im Bereich Verwaltungsstrafrecht an der Universität Glasgow

Aktuelle Entwicklungen im Steuerstrafrecht 185

DANIEL HOLENSTEIN, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
NSF Rechtsanwälte AG, Zürich

Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions-, und Insiderstrafrecht 191

Prof. Dr. NORA MARKWALDER, Assistenzprofessorin für Strafrecht,
Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung
des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen

Neuste Entwicklungen in Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und Internationaler Rechtshilfe 197

DAVID ZOLLINGER, Rechtsanwalt, Capt Zollinger Rechtsanwälte, Wetzikon

Neuste Entwicklungen im Vermögens- und Urkundenstrafrecht 207

Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Rechtsanwalt, LL.M.,
Staatsanwalt und Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III,
Qualifizierte Wirtschaftskriminalität, Zürich, Titularprofessor an
der Universität Zürich

Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung gemäss neuem Aktienrecht

Lukas Glanzmann*

Inhalt

I.	Einleitung	100
II.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	101
1.	Pflicht zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit (Art. 725 Abs. 1 nOR)	102
2.	Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 Abs. 2 nOR)	104
a)	Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit	104
b)	Abgrenzung zur mangelnden Fortführungsfähigkeit	107
c)	Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit	109
aa)	Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit und Ergreifen von Sanierungsmassnahmen	109
bb)	Gesuch um Nachlassstundung	110
3.	Würdigung	113
III.	Kapitalverlust	114
1.	Tatbestand	114
2.	Handlungspflichten des Verwaltungsrates	116
a)	Beseitigung des Kapitalverlusts	116
b)	Ergreifen von Sanierungsmassnahmen	117
c)	Ernennung eines zugelassenen Revisors bei Opting-out	117
d)	Würdigung	118
IV.	Überschuldung	119
1.	Tatbestand	119
2.	Handlungspflichten des Verwaltungsrates	120
a)	Pflichten bei begründeter Besorgnis	120
b)	Pflichten beim Vorliegen einer Überschuldung	122

* Der vorliegende Text basiert insbesondere auf dem vom Autor bereits früher publizierten Beitrag „Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung“, SZW 2019, 465 ff. sowie den Abschnitten § 8 V. und VI. des vom Autor mitverfassten Buches Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021. Der Autor dankt M.A. HSG Sammy Guidoum, Rechtsanwalt, und Dr. iur. LL.M. Markus Wolf, Rechtsanwalt, für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie B.A. HSG (Law & Economics) René Kühn für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

3.	Befreiung von der Benachrichtigungspflicht	124
a)	Rangrücktritt	124
b)	Stille Sanierung	127
4.	Verbot des Mantelhandels	128
5.	Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger	130
6.	Würdigung	130
V.	Fazit	131
	Literaturverzeichnis	132

I. Einleitung

Das Schweizer Recht macht den Organen von Kapitalgesellschaften grundsätzlich wenig Vorgaben zur Geschäftsführung. Dies gilt solange, als eine Gesellschaft keine finanziellen Schwierigkeiten hat. Gerät die Gesellschaft hingegen in eine finanzielle Krise, werden den Organen verschiedene Pflichten auferlegt und der Handlungsspielraum der Gesellschaft wird enger. Damit verbunden ist ein gesteigertes Risiko, dass die Organe zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen oder Transaktionen im Nachhinein mittels paulianischer Klagen angefochten werden.

In der Tradition des Schweizer Gesellschaftsrechts wird die finanzielle Krise einer Gesellschaft alleine über deren Eigenkapital definiert. Dieses steht denn auch im Zentrum der gesetzlichen Aufmerksamkeit, werden doch verschiedene Rechtsfolgen an dessen Erosion geknüpft: Weist eine Gesellschaft kein frei verwendbares Eigenkapital mehr auf, verliert sie ihre Ausschüttungsfähigkeit. Bei fortschreitender Erosion des Eigenkapitals tritt ein Kapitalverlust und bei vollständigem Verlust des Eigenkapitals eine Überschuldung ein. In beiden Fällen auferlegt das Gesetz den obersten Leitungsorganen besondere Pflichten.

Anders als das Gesetz orientiert sich die Unternehmenspraxis nicht primär am Eigenkapital, sondern an der Liquidität.¹ Umso erstaunlicher ist es, dass das Gesellschaftsrecht bislang keine ausdrückliche Regelung zur Liquiditätspla-

¹ Vgl. Thommen, 510, wonach die Liquidität für die Sicherheit und die Existenz des Unternehmens eine „unbedingte Notwendigkeit“ darstellt.

nung enthielt.² Eine gewisse gesellschaftsrechtliche Relevanz kam dieser indirekt aufgrund des Rechnungslegungsrechts sowie der Pflicht zur Finanzplanung zu.³

Das am 1. Januar 2023 in Kraft tretende neue Aktienrecht⁴ will der Liquidität mehr Aufmerksamkeit geben, indem es einen neuen Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit schafft. Dieser wird den beiden bisherigen, konzeptionell gleichbleibenden Tatbeständen des Kapitalverlusts und der Überschuldung vorangestellt. Dabei wird jeder Tatbestand in einem eigenen Gesetzesartikel geregelt: Art. 725 nOR widmet sich der drohenden Zahlungsunfähigkeit (unten [II](#)), die Regelung des Kapitalverlusts (ehemals Art. 725 Abs. 1 aOR) wird in den neuen Art. 725a nOR verschoben (unten [III](#)) und die Überschuldung (bis anhin Art. 725 Abs. 2 aOR) findet sich neu in Art. 725b nOR (unten [IV](#)).

Die nachfolgenden Ausführungen beleuchten die Pflichten des Verwaltungsrats in der finanziellen Krise der Gesellschaft gemäss neuem Aktienrecht. Sie gelten grundsätzlich auch für die GmbH. Nicht näher eingegangen wird auf andere in der finanziellen Notlage der Gesellschaft wichtige Aspekte, wie z.B. die paulianischen Anfechtungsklagen oder strafrechtliche Aspekte.

II. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Das Gesetz bezeichnet den neu geschaffenen Tatbestand als drohende Zahlungsunfähigkeit (vgl. die Marginalie zu Art. 725 nOR). In Tat und Wahrheit widmet sich die neue Bestimmung aber generell der Liquidität. Während ihr Absatz 1 den Verwaltungsrat zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit verpflichtet, stipuliert Absatz 2 besondere Pflichten bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit.⁵

² Immerhin verpflichtet Art. 961 Ziff. 2 OR grössere Unternehmen dazu, als Teil der Jahresrechnung eine Geldflussrechnung zu erstellen. Sethe, 430 f.

³ Vgl. dazu unten [II.1](#).

⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 4005 ff. (zit. als „nOR“). Das Gesetz stützt sich auf die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2016, 399 ff. sowie den dazugehörigen Entwurf (zit. als „E-OR“), resp. Vorentwurf (zit. als „VE-OR“).

⁵ Vgl. zu den Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit unten [II.2](#).

1. Pflicht zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit (Art. 725 Abs. 1 nOR)

Art. 725 Abs. 1 nOR verlangt, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwacht. Damit verlangt das Gesetz nichts anderes, als dass der Verwaltungsrat jederzeit ein Bild darüber hat, ob die Gesellschaft ihre Zahlungspflichten fristgerecht erfüllen kann.⁶ Diese Erkenntnis wird der Verwaltungsrat nur erlangen können, wenn die Gesellschaft über eine ihrer finanziellen Situation adäquate Liquiditätsplanung verfügt.⁷ Somit verpflichtet diese Bestimmung den Verwaltungsrat zur Liquiditätsplanung, ohne es ausdrücklich zu stipulieren.

In einer finanziellen Krise sind die Anforderungen an einen Liquiditätsplan höher als bei gutem Geschäftsgang. Üblicherweise ist in der Krise zu verlangen, dass die Gesellschaft über einen Liquiditätsplan verfügt, der wöchentlich aktualisiert wird⁸ und die während der nächsten drei Monaten zu erwartenden Zahlungsströme auf Wochenbasis abbildet.⁹ Die danach, bis zu einem Jahr zu erwartenden Zahlungsströme werden in der Regel auf Monatsbasis abgebildet. Nur so kann der Verwaltungsrat erkennen, ob z.B. die Löhne des laufenden und nächsten Monats, die quartalsweise fällig werdenden Mieten oder Sozialversicherungsbeiträge, der 13. Monatslohn, Versicherungsprämien oder andere kritische Verbindlichkeiten fristgerecht bezahlt werden können. Damit ist der Liquiditätsplan letztlich ein Instrument, um die Gesellschaft durch die Krise zu navigieren.¹⁰ Denn falls kritische Verbindlichkeiten nicht fristgerecht bezahlt werden können, kann dies sämtliche Sanierungsbemühungen zunichtemachen. Weiter dient eine Liquiditätsplanung auch dazu, unbewusste Gläubigerbevorzugungen zu verhindern. Es darf nicht passieren, dass mit den letzten Mitteln eine Finanzverbindlichkeit beglichen wird und danach kein Geld mehr für die Löhne vorhanden ist.¹¹

Die Pflicht zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit nach Art. 725 Abs. 1 nOR entspricht dem, was der Verwaltungsrat im Rahmen der Finanzplanung und

⁶ GLM. Böckli, Liquiditätsplan, 492 f.; Hachmann, 148 f.; Milani/Schürch, 521 f.; von der Crone, § 18 N 1414.

⁷ GLM. Böckli, Liquiditätsplan, 492 f.; Handschin, N 470; Milani/Schürch, 522.

⁸ Art. 725 Abs. 1 VE-OR verlangte noch, dass der Verwaltungsrat einen „aktuellen Liquiditätsplan“ erstellt.

⁹ Vgl. ZK OR-Handschin, Art. 725, N 158.

¹⁰ Handschin, N 470; Milani/Schürch, 523.

¹¹ Vgl. Glanzmann, Haftungsrisiken, 270; ZK OR-Handschin, Art. 725, N 158.

-kontrolle schon unter bisherigem Recht vorkehren musste.¹² Eine implizite Pflicht zur Liquiditätsplanung ergibt sich nämlich einerseits bereits aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.¹³ Danach ist die Finanzplanung eine unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats.¹⁴ Da uns die Betriebswirtschaftslehre lehrt, dass eine Finanzplanung notwendigerweise eine Liquiditätsplanung beinhaltet,¹⁵ ist der Verwaltungsrat aufgrund dieser Bestimmung letztlich dafür verantwortlich, dass die Gesellschaft eine Liquiditätsplanung hat.¹⁶ Die Einschränkung, dass die Finanzplanung nur erforderlich sei, sofern sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist, ist gemäss h.L. weitgehend bedeutungslos, da eine Finanzplanung für fast jede Gesellschaft notwendig ist.¹⁷

Das Erfordernis einer Liquiditätsplanung ergibt sich weiter auch aufgrund von Art. 958a Abs. 2 OR. Danach sind der Rechnungslegung Veräusserungswerte zugrunde zu legen, wenn die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist. Die Einstellung der Geschäftstätigkeit ist insbesondere bei mangelnder Liquidität voraussichtlich nicht abwendbar. Um diese Prognose vornehmen zu können, wird die Gesellschaft nicht darum herum kommen, eine Liquiditätsplanung zu erstellen.¹⁸

Obwohl die Pflicht zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit neu ausdrücklich im Sanierungsrecht eingeordnet ist, darf daraus nicht gefolgert werden, dass

¹² Druey/Druey Just/Glanzmann, § 13 Rz. 9; Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 392; von der Crone, § 18 N 1413 f. Zum bisherigen Recht: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 353 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 39–45.

¹³ GLM. BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a, N 17; von der Crone, § 18 N 1414; ZK OR-Bühler, Art. 716a, N 76.

¹⁴ Gemäss h.L. muss sich der Verwaltungsrat nicht nur um die Ausgestaltung der Finanzplanung kümmern, sondern um die Finanzplanung an sich. Vgl. ZK OR-Bühler, Art. 716a, N 76.

¹⁵ Boemle/Stolz, 151; Walz/Gramlich, 210, bezeichnen die Liquiditätsplanung als „Finanzplanung i.e.S.“.

¹⁶ GLM. Böckli, Liquiditätsplan, 492; Müller/Lipp/Plüss, 192, 197 f.; von der Crone/Angstmann, 22 f.; ZK OR-Bühler, Art. 716a, N 76.

¹⁷ Bertschinger, N 199; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 354; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a, N 18.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 43; Hachmann, N 226; Schenker, 486; von der Crone, § 18 N 1413 f. Dennoch folgte das Parlament bei der Aktienrechtsrevision nicht dem Bundesrat, der diesen Zusatz streichen wollte (vgl. Art. 716a Abs.1 Ziff. 3 E-OR).

¹⁸ Vgl. unten [II.2](#); Böckli, Finanznotlagerecht, 535; Simoniello, 546–548; BSK OR II-Neuhaus/Suter, Art. 958a, N 3, 5, passim; Handschin, N 127 f.

sie nur noch in der finanziellen Krise besteht.¹⁹ Vielmehr ist dieser Pflicht während der gesamten Lebensdauer der Gesellschaft nachzukommen.²⁰

2. Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 Abs. 2 nOR)

Droht einer Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit, hat deren Verwaltungsrat weitere Handlungspflichten (Art. 725 Abs. 2 nOR). Vorab ist er in diesem Fall gehalten, Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen. Ferner muss er, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft treffen oder solche der Generalversammlung beantragen, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Schliesslich soll er nötigenfalls sogar ein Gesuch um Nachlassstundung stellen. Bei all dem hat der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile zu handeln (Art. 725 Abs. 3 nOR).

a) *Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit*

Der neue Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit definiert weder den Begriff der Zahlungsunfähigkeit noch legt er fest, wann eine solche droht. Deshalb ist nachfolgend zu erörtern, wann überhaupt eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

Das Obligationenrecht und andere Gesetze verwenden den Begriff der Zahlungsunfähigkeit an anderen Stellen schon seit langer Zeit.²¹ Für die Begriffsbestimmung im vorliegenden Zusammenhang ist eine Anlehnung an Art. 83 Abs. 1 OR naheliegend, weil diese Norm grundsätzlich auch für das Gesellschaftsrecht gilt.²² Gemäss der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Zahlungsunfähigkeit vor, wenn ein Schuldner dauernd bzw. für absehbare Zeit unfähig ist, seine Gläubiger zu befriedigen.²³ Hingegen stellt die bloss vorübergehende Unmöglichkeit, fällige Forderungen zu tilgen, noch keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung dar.²⁴ Eine ähnliche Bedeutung wird dem Begriff im Zusammenhang mit Art. 191 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1)

¹⁹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 154.

²⁰ Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 391; Böckli, Aktienrecht, § 13 N 353; Müller/Lipp/Plüss, 197 f.; Sethe, 431; von der Crone, § 18 N 1413.

²¹ Vgl. z.B. Art. 83 Abs. 1 OR, Art. 316 Abs. 2 OR, Art. 496 OR, Art. 165 Ziff. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0), Art. 167 StGB, Art. 191 Abs. 1 SchKG, Art. 206 Abs. 3 SchKG und Art. 214 SchKG.

²² Art. 7 des Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

²³ BGE 68 II 177 (Regeste); 105 II 28 E. 1. Im Urteil des Bundesgerichts 5A_606/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1, spricht das Gericht von „unabsehbarer“ Zeit.

²⁴ BGE 68 II 177, 179.

zugeschrieben.²⁵ Schliesslich wird der Begriff der Zahlungsunfähigkeit auch in der Botschaft zu Art. 725 Abs. 2 nOR im Wesentlichen gleich interpretiert.²⁶ Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 725 Abs. 2 nOR ein dauerndes Unvermögen der Gesellschaft voraussetzt, ihren fälligen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Ein vorübergehender Liquiditätsengpass begründet hingegen noch keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne dieser Bestimmung.²⁷

Abzulehnen ist eine Gleichsetzung der Zahlungsunfähigkeit mit der Überschuldung.²⁸ Bei der Überschuldung handelt es sich um einen bilanziellen Zustand, während bei der Zahlungsunfähigkeit die Liquiditätsdeckung in zeitlicher Hinsicht beurteilt wird. Eine überschuldete Gesellschaft kann durchaus (zumindest kurz- und mittelfristig) noch zahlungsfähig sein und eine zahlungsunfähige Gesellschaft muss nicht überschuldet sein.²⁹

Die Beurteilung, ob eine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, erfordert eine Prognose darüber, ob es sich bei einer aktuellen Zahlungsschwierigkeit um einen vorübergehenden Liquiditätsengpass³⁰ oder um einen Dauerzustand und damit eine Zahlungsunfähigkeit handelt. Die entscheidende Frage ist, wann dieser Dauerzustand anzunehmen ist oder, negativ formuliert, ab wann nicht mehr davon ausgegangen werden darf, dass die Gesellschaft je wieder genügend Liquidität haben wird, um ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um diese Frage zu beantworten ist vorab der relevante, „absehbare“³¹ Zeithorizont zu bestimmen. Dazu könnte auf Art. 958a Abs. 1 OR zurückgegriffen werden, wonach für die Prüfung der Fortführungsfähigkeit ein Zeitraum von zwölf Monaten relevant ist.³² Im Umkehrschluss liesse sich argumentieren, dass längere Zeiträume für die Beurteilung der Liquidität nicht relevant sein können. Andererseits ist zu beachten, dass Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 nOR im Falle einer Über-

²⁵ BSK SchKG-II Brunner/Boller/Fritschi, Art. 191, N 2; Kälin, Zahlungsunfähigkeit, 138 f. Vgl. auch BGer 5A_606/2014 E. 3.1.

²⁶ BBl 2016, 573 f. gestützt auf eine zivilprozessrechtliche Interpretation des Begriffs in BGE 111 II 206 E. 1.

²⁷ Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 388. Gl.M. Milani/Schürch, 525; von der Crone, § 23 N 1993; Böckli, Liquiditätsplan, 493; ZK OR-Bühler, Art. 717, N 77.

²⁸ So aber BGE 104 IV 77 E. 2 bezüglich der Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 167 StGB (anders das Urteil des Bundesgerichts 6P.180/2000 vom 9. Mai 2001 E. 2). Vgl. hierzu BSK StGB II-Hagenstein, Art. 167, N 6 m.w.H. Zur Überschuldung vgl. unten [IV.1](#).

²⁹ Böckli, Aktienrecht, § 13 N 748; Kälin, Zahlungsunfähigkeit, 137.

³⁰ Im deutschen Recht wird auch von Zahlungsstockung gesprochen. Vgl. Hübert, 59 f.

³¹ Vgl. BGE 105 II 28 E. 1.

³² Vgl. dazu unten [II.2.b](#).

schuldung eine Frist von maximal 90 Tagen für die stille Sanierung einräumt.³³ Daraus könnte argumentiert werden, dass dies der maximale Zeithorizont für die Dauer eines Liquiditätsengpasses sei. Gleichzeitig ist gestützt darauf die in Anlehnung an das deutsche Recht vertretene Auffassung abzulehnen, dass eine Zahlungsunfähigkeit schon dann vorliegen soll, wenn der Schuldner nicht in der Lage sei, zumindest 90% seiner fälligen Verbindlichkeiten innert drei Wochen zu bezahlen.³⁴ In der Praxis zeigt sich aber, dass schon manche Gesellschaft, die letztlich erfolgreich saniert werden konnte, mit Liquiditätsengpässen kämpfen musste, die wesentlich länger als drei Monate dauerten. Dies gilt insbesondere, wenn z.B. Finanzgläubiger ihre Forderungen nur auf Zusehen hin stunden, d.h., keine formelle Stillhaltevereinbarung abschliessen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine fixe Frist nicht nur deshalb abzulehnen, sondern auch, weil eine „dauernde Unmöglichkeit“ solange nicht vorliegt, als eine Refinanzierung möglich erscheint.

Damit stellt sich die Folgefrage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Refinanzierung sein muss, damit keine dauernde Unmöglichkeit anzunehmen ist. In Anlehnung an die Beurteilung der Fortführungsfähigkeit gemäss Art. 958a Abs. 2 OR ist nach dem hier eingenommenen Standpunkt eine Refinanzierung immer dann nicht mehr als möglich zu betrachten, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass diese voraussichtlich nicht stattfinden kann.³⁵ Somit liegt eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 725 Abs. 2 nOR vor, wenn die Gesellschaft ihre fälligen finanziellen Verpflichtungen nicht erfüllen kann und klare Anzeichen erkennbar sind, dass eine Refinanzierung voraussichtlich nicht stattfinden kann.

Da Art. 725 Abs. 2 nOR das Eintreten der Rechtsfolgen nicht an die Zahlungsunfähigkeit, sondern an die *drohende* Zahlungsunfähigkeit knüpft, ist noch die weitere Prognose zu stellen, ob in Zukunft eine Zahlungsunfähigkeit droht. Dabei stellen sich wiederum zwei Fragen, nämlich innert welcher Frist eine Zahlungsunfähigkeit eintreten muss und bei welcher Eintretenswahrscheinlichkeit von einer Drohung auszugehen ist.

Während der Vorentwurf für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit eine generelle Periode von zwölf Monaten vorsah,³⁶ wurde diese Frist im Entwurf ausser für Gesellschaften, die der ordentlichen Revision unterliegen, auf sechs Monate verkürzt³⁷ und schliesslich im Gesetz gänzlich weggelassen. Da sich aus

³³ Vgl. dazu unten [IV.3.b](#).

³⁴ Kälin, Zahlungsunfähigkeit, 139 f.

³⁵ Vgl. unten [II.2.b](#).

³⁶ Art. 725 Abs. 1 VE-OR.

³⁷ Art. 725 Abs. 1 E-OR.

den Verhandlungsprotokollen des Parlaments nicht ergibt, weshalb die Frist gestrichen worden ist,³⁸ ist nach der hier vertretenen Auffassung in Analogie zu Art. 958a Abs. 2 OR die Frist von zwölf Monaten massgebend.³⁹ Dies ist auch deswegen angezeigt, weil beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit in der Regel die Fortführungsfähigkeit entfallen wird.⁴⁰ Somit ist der Tatbestand von Art. 725 Abs. 2 nOR dann erfüllt, wenn die Zahlungsunfähigkeit innerhalb der nächsten zwölf Monate einzutreten droht.

Damit ist abschliessend zu klären, wann sich die Möglichkeit des Eintritts einer Zahlungsunfähigkeit zu einem Drohen verdichtet. Nach der hier dargelegten Meinung begründet nicht jede Eintretensmöglichkeit ein Drohen. Vielmehr muss der Eintritt sehr wahrscheinlich sein, damit dieser droht. Dies ergibt sich auch daraus, weil der Entwurf die Handlungspflicht des Verwaltungsrats noch an das Bestehen einer begründeten Besorgnis des Eintritts einer Zahlungsunfähigkeit anknüpfte, was eine weniger hohe Eintretenswahrscheinlichkeit voraussetzt.⁴¹ Somit liegt eine drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 725 Abs. 2 nOR nur dann vor, wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass die Gesellschaft innerhalb der nächsten zwölf Monate ihre fälligen finanziellen Verpflichtungen nicht mehr erfüllen kann und klare Anzeichen erkennbar sind, dass eine Refinanzierung voraussichtlich nicht mehr stattfinden kann.

b) Abgrenzung zur mangelnden Fortführungsfähigkeit

Es stellt sich die Frage, wie sich die drohende Zahlungsunfähigkeit zur Fortführungsfähigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht verhält. Gemäss Art. 958a Abs. 2 OR sind der Rechnungslegung Veräusserungswerte zugrunde zu legen, wenn die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar ist. Die Einstellung der Geschäftstätigkeit ist insbesondere bei mangelnder Liquidität voraussichtlich nicht abwendbar.⁴² Es ist umstritten, welche Anforderungen an die Verfügbarkeit von Liquidität zu stellen sind. Gemeinhin wird aber davon ausgegangen, dass eine Umstellung auf Veräusserungswerte erst erforderlich wird, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Liquidität für die Fortführung der Geschäftstätigkeit voraussichtlich nicht ausreichen

³⁸ Vgl. AB 2018 N 1134 f. 1147.

³⁹ ZK OR-Handschin, Art. 725, N 157.

⁴⁰ Vgl. unten [II.2.b](#).

⁴¹ Vgl. Art. 725 Abs. 1 E-OR.

⁴² ZK OR-Handschin, Art. 725, N 157; Böckli, Aktienrecht, § 13 Rz. 768 f.; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 32.

wird.⁴³ Dies ist noch nicht bei jedem Liquiditätsengpass der Fall.⁴⁴ Damit ist für die Annahme der Fortführungsfähigkeit insbesondere nicht erforderlich, dass die Liquidität für die zwölf Monate ab Bilanzstichtag gesichert ist.⁴⁵

Sofern der Gesellschaft der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit droht, wird in den meisten Fällen die Einstellung der Geschäftstätigkeit oder Teilen davon voraussichtlich nicht mehr abwendbar sein.⁴⁶ Dies bedeutet, dass die Rechnungslegung auf Veräusserungswerte umzustellen ist.⁴⁷ Weil die Umstellung auf Veräusserungswerte meistens zu einem wesentlich tieferen Eigenkapital führt,⁴⁸ dürfte eine drohende Zahlungsunfähigkeit oft Anlass zur begründeten Besorgnis einer Überschuldung geben.⁴⁹ In diesem Fall muss der Verwaltungsrat auch die nach Art. 725b nOR erforderlichen Massnahmen einleiten, sofern die Zahlungsfähigkeit nicht wieder hergestellt werden kann.⁵⁰

⁴³ Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff., 1700; HK Privatrecht-Lipp, Art. 958a, N 5-7; Knecht/Keller, 127; Veb.ch Praxiskommentar-Müller/Henry/Barmettler, Art. 958a OR, N 8; ZK OR-Handschin, Art. 725, N 157. Einen wohl etwas höheren Standard verlangt das Swiss GAAP FER Rahmenkonzept, Rz. 6, wonach die Fortführungsfähigkeit zu verneinen ist, falls die Auflösung „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht abgewendet werden kann. Einen tieferen Standard vertreten dagegen Behr/Leibfried, 75, nach denen die Fortführungsfähigkeit nur so lange ohne Weiteres angenommen werden darf, als dass keinerlei Anzeichen dafür bestehen, dass die Unternehmensfortführung bis zur Vorlage des nächsten Jahresabschlusses gefährdet ist. Schenker/Grand, 4, sprechen davon, dass die Finanzierung „gesichert“ sein müsse.

⁴⁴ BBl 2016, 574; Böckli, OR-Rechnungslegung, N 126; Glanzmann, Sanierung, 392; von der Crone, § 18 N 1993.

⁴⁵ BBl 2008, 1700; Böckli, Finanznotlagerecht, 535.

⁴⁶ Gl.M. ZK OR-Handschin, Art 725, N 157.

⁴⁷ Art. 958a Abs. 2 OR.

⁴⁸ Vgl. unten [IV.1.](#)

⁴⁹ Glanzmann, Bilanzstichtag, 269; Handschin, N 128.

⁵⁰ Glanzmann, Sanierung, 476. Gl.M. Simoniello, 549. Bzgl. der Regelung im E-OR Böckli, Finanznotlagerecht, 536.

- c) *Pflichten des Verwaltungsrats bei drohender Zahlungsunfähigkeit*
- aa) *Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit und Ergreifen von Sanierungsmassnahmen*

Wenn die Zahlungsunfähigkeit droht, muss der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen (Art. 725 Abs. 1 Satz 1 nOR). Dazu müssen die Zahlungsströme der Gesellschaft wieder ins Gleichgewicht gebracht werden, indem Liquidität entweder neu oder schneller verfügbar gemacht oder deren Abfluss gestoppt bzw. verzögert wird. Oft bedarf es einer Kombination verschiedener Massnahmen.

Die Erfahrung zeigt, dass es meist einfacher ist, den Verbrauch der Liquidität anzupassen, indem z.B. gewisse Ausgaben nicht mehr getätigt werden oder die Fälligkeit von Verbindlichkeiten hinausgeschoben wird. Bezüglich Kreditoren kann dies durch ein Strecken der Zahlungsfristen oder den Abschluss von Abzahlungsvereinbarungen erreicht werden. Auch kann es angezeigt sein, mit Finanzgläubigern eine Stillhaltevereinbarung abzuschliessen.⁵¹ Diese Vereinbarungen sehen auch oft vor, dass bestehende Kreditlinien offen bleiben und weiterhin beansprucht werden können. Sollte dies für die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht ausreichen, dann bedarf es unter Umständen eines Überbrückungskredits.⁵² Weiter kann die Gesellschaft auch versuchen, die Zahlungsfristen von Debitoren zu verkürzen bzw. diese in einem Factoring zu monetarisieren, Vorauszahlungen einzufordern oder nicht betriebsnotwendige Aktiven zu veräussern.⁵³

Der Verwaltungsrat muss nebst der Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft treffen, soweit solche erforderlich sind (Art. 725 Abs. 1 Satz 2 nOR). Dies dürfte in dieser Situation oft der Fall sein, weil ja die Gesellschaft von einer Zahlungsunfähigkeit bedroht ist.⁵⁴ Zu den möglichen Sanierungsmassnahmen gehören die operative Sanierung der Gesellschaft oder auch die direkte Stärkung des Eigenkapitals.⁵⁵ Um eine drohende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, müssen sich die Sanierungsmassnahmen positiv auf die Liquidität auswirken, was z.B. bei einer Auflösung stiller Reserven nicht der Fall ist.⁵⁶ Der Königsweg dürfte die Kapital-

⁵¹ Vgl. Wolf, 43.

⁵² Vgl. Glanzmann, Sanierungsdarlehen, 261-268.

⁵³ Milani/Schürch, 528.

⁵⁴ Milani/Schürch, 528.

⁵⁵ Vgl. unten [III.2.b](#).

⁵⁶ Gl.M. Milani/Schürch, 528.

erhöhung in bar sein. Doch kann z.B. auch ein Debt/Equity-Swap wegen des Wegfalls von Verbindlichkeiten einen positiven Effekt auf die verfügbare Liquidität haben⁵⁷ oder zumindest dazu beitragen, dass die Gesellschaft wieder kreditfähig wird. Soweit die vom Verwaltungsrat beschlossenen Massnahmen in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallen, muss diese darüber befinden.

Es ist zu beachten, dass der Verwaltungsrat schon aufgrund seiner allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet ist, Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit bzw. zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen.⁵⁸ Diese Pflichten hat er nicht erst, wenn der Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit droht. Nach der hier vertretenen Auffassung ändert Art. 725 Abs. 2 nOR nichts an diesen Pflichten.⁵⁹

bb) Gesuch um Nachlassstundung

Schliesslich verpflichtet das Gesetz den Verwaltungsrat auch dazu, *nötigenfalls* ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 725 Abs. 2 Satz 3 nOR). Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 nOR stellt klar, dass es sich dabei um eine unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrats handelt.

Es ist das erste Mal, dass das Gesetz den Verwaltungsrat ausdrücklich zur Stellung eines Nachlassstundungsgesuchs verpflichtet. Bis anhin galt die Einleitung eines Nachlassverfahrens als Privileg, das als Alternative zur Konkursöffnung auf Antrag des Verwaltungsrats oder auch von Amtes wegen gewährt werden konnte.⁶⁰ Daneben ist zumindest seit der SchKG-Revision von 2014 anerkannt, dass ein Gesuch um Nachlassstundung auch dann gestellt werden kann, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist und deshalb kein Konkursgrund vorliegt.⁶¹ Gewisse Stimmen aus der Lehre fordern nun, dass in diesem Fall die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung nur noch zulässig sei, wenn die Gesellschaft von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit betroffen ist.⁶² Nach der hier vertretenen Auffassung wird das Recht, ein Nachlassverfahren alleine gestützt auf Art. 293 SchKG einzuleiten, durch Art. 725 Abs. 2 nOR

⁵⁷ A.M. Milani/Schürch, 529.

⁵⁸ Statt aller Böckli, Aktienrecht, § 13 N 346–354; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30 N 39–44; von der Crone, § 18 N 1413 f.

⁵⁹ G.L.M. Forstmoser/Küchler, Art. 725, N 6; Knecht/Keller, 134; Milani/Schürch, 529; von der Crone, § 23 N 1992.

⁶⁰ Art. 173a SchKG.

⁶¹ Glanzmann, Sanierungsrecht, 243; BSK SchKG II-Bauer/Lugginbühl, Art. 293, N 22a; Müller/Wohl, 151 m.w.H.

⁶² Milani/Schürch, 530.

nicht derogiert, denn der Gesetzgeber wollte den Anwendungsbereich der Nachlassstundung nicht einschränken, sondern eher ausweiten.⁶³ Somit verpflichtet Art. 725 Abs. 2 nOR den Verwaltungsrat, in gewissen Fällen ein Stundungsgesuch zu stellen, ohne ihn aber davon abzuhalten, dies in anderen Fällen ebenfalls zu tun.⁶⁴ Deswegen ist für ein Gesuch um Nachlassstundung auch unter neuem Aktienrecht nicht erforderlich, dass die Gesellschaft überschuldet oder von einer Zahlungsunfähigkeit bedroht ist.

Es stellt sich die Frage, wann ein Gesuch um Nachlassstundung notwendig ist und damit vom Verwaltungsrat eingereicht werden muss. Nach der Struktur des Gesetzes ist dies der Fall, wenn die Gesellschaft die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht anderweitig abwenden kann, also die gewöhnlichen Sanierungsmassnahmen nicht zielführend sind.⁶⁵ Da in den allermeisten Fällen, in denen die Gesellschaft von einer Zahlungsunfähigkeit bedroht ist und diese nicht abwenden kann, auch ein Konkursgrund vorliegen dürfte,⁶⁶ stellt sich die Folgefrage, ob der Verwaltungsrat zwingend ein Stundungsgesuch stellen muss oder ob er auch die Konkursöffnung beantragen darf. Letztlich ist dies die Frage danach, ob der Verwaltungsrat versuchen muss, das Unternehmen zu retten, oder ob er nach dem Prinzip „*après moi, le déluge*“ vorgehen darf. Hätte der Gesetzgeber eine allgemeine Regel „zuerst Nachlassstundung, dann Konkurs“ einführen wollen, dann hätte er dies insbesondere auch bei der Überschuldung in Art. 725b Abs. 3 nOR verankern müssen. Diese Norm begründet aber nur die Pflicht, das Gericht zu benachrichtigen, und begnügt sich mit einem allgemeinen Verweis auf Art. 173a SchKG, wonach eine provisorische Nachlassstundung auf Antrag der Gesuchstellerin oder von Amtes wegen zu gewähren sei. Somit ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat zumindest in all den Fällen, in denen auch ein Konkursgrund vorliegt, durch das Gesetz nicht ausdrücklich verpflichtet wird, ein Gesuch um Nachlassstundung zu stellen. Dasselbe gilt, wenn die Zahlungsunfähigkeit nicht mehr droht, sondern bereits eingetreten ist. In diesem Fall kann die Gesellschaft gestützt auf Art. 191 SchKG direkt die Konkursöffnung beantragen. Ob sich in all diesen Fällen eine Pflicht zur Stellung eines Stundungsgesuchs aus der allgemeinen Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung ergibt, weil erfahrungsgemäss der Schaden der Gläubiger in einem Nachlassverfahren viel geringer ausfällt als

⁶³ BBl 2016, 463. Vgl. z.B. auch die Erleichterung gemäss Art. 725a Abs. 3 nOR, die bei Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung gewährt wird (vgl. unten [III.2.c](#)), oder die Begründung zur Aufhebung des Konkursaufschubs (vgl. unten [IV.2.b](#)).

⁶⁴ Gl.M. BSK SchKG II-Bauer/Lugginbühl, Art. 293, N 15a, 22a. Vgl. BBl 2016, 576.

⁶⁵ BBl 2016, 576. Gl.M. Milani/Schürch, 531.

⁶⁶ Vgl. oben [II.2.b](#).

im Konkurs,⁶⁷ kann an dieser Stelle nicht näher erörtert werden.⁶⁸ Eine ausdrückliche Pflicht zur Einreichung eines Stundungsgesuchs besteht somit nur dann, wenn bei einer nicht abwendbaren drohenden Zahlungsunfähigkeit kein Konkursgrund vorliegt. Interessanterweise kann das Nachlassverfahren aber selbst in diesem Fall in einem Konkurs münden, wenn entweder die Voraussetzungen für die Gewährung der Nachlassstundung nicht erfüllt sind⁶⁹ oder im späteren Verfahren die Konkursöffnung als Pönale ausgesprochen wird.⁷⁰

Selbstverständlich sollte der Verwaltungsrat kein Nachlassstundungsgesuch stellen, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht; in beiden Fällen dürfte nämlich das Gericht die Stundung nicht bewilligen.⁷¹ In allen anderen Fällen ist es dem Business Judgment des Verwaltungsrats überlassen, ob ein Gesuch um Nachlassstundung gestellt oder eine Konkursöffnung beantragt wird.⁷²

Bei dieser Gelegenheit ist es angezeigt, sich kurz zu vergegenwärtigen, was ein Nachlassverfahren zu leisten vermag. Grundsätzlich ist zu akzeptieren, dass ein Nachlassverfahren gegenüber einer erfolgreichen stillen Sanierung gewisse Nachteile mit sich bringen kann, weil z.B. in vielen Verträgen ein Kündigungsgrund eintritt oder in der Nachlassliquidation das Risiko besteht, dass die Organe von Gläubigern zur Verantwortlichkeit gezogen werden können⁷³ und Transaktionen paulianisch anfechtbar sind.⁷⁴ Andererseits hat eine Nachlassstundung auch klare Vorteile, insbesondere wenn nicht absehbar ist, ob die Sanierung gelingen wird. So erzwingt sie eine relative Gleichbehandlung der Gläubiger und bietet einen gewissen Schutz vor Vollstreckungshandlungen. Hingegen hat eine Nachlassstundung nicht *per se* eine sanierende Wirkung. Dies gilt insbesondere, wenn die Finanzierung während der Stundung nicht gesichert ist. Immerhin eröffnet sie aber neue Möglichkeiten der Liquiditätsbeschaffung, weil z.B. ein Überbrückungskredit als Massekredit ausgestaltet werden kann, womit dessen Rückzahlung privilegiert ist.⁷⁵ Weiter kann Liquidität auch durch eine Veräusserung von Aktiven generiert werden, indem beispielsweise nicht betriebsnotwendige Aktiven verkauft oder ein verlustbringender Bereich abgestossen wird. Stimmen der Sachwalter oder das

⁶⁷ Glanzmann, Sanierung, 472 f.; Müller-Ganz, 243 f.; Müller/Wohl, 147 f.

⁶⁸ Vgl. auch unten [IV.2.b](#).

⁶⁹ Art. 293a Abs. 3 SchKG.

⁷⁰ Art. 296b, Art. 298 und Art. 309 SchKG.

⁷¹ Art. 293a Abs. 3 SchKG.

⁷² Ähnlich Milani/Schürch, 531.

⁷³ BGE 122 III 166 E. 3; Böckli, § 18 N 283; von der Crone, N 1889.

⁷⁴ Art. 331 Abs. 1 SchKG.

⁷⁵ Art. 310 Abs. 2 SchKG. Vgl. dazu Glanzmann, Pflichten, 20 f.

Nachlassgericht einem solchen Geschäft zu, dann ist nicht nur dessen paulianische Anfechtung ausgeschlossen,⁷⁶ sondern faktisch auch das Verantwortlichkeitsrisiko der Leitungsorgane bedeutend kleiner, denn die Aufgabe des Sachwalters und des Gerichts ist es ja gerade, sicherzustellen, dass keine Gläubiger geschädigt werden. Schliesslich kann das Ziel eines Nachlassverfahrens auch der Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags sein, womit Gläubiger mittels Mehrheitsbeschlusses zu einem Teilverzicht oder einer Stundung ihrer Forderungen verpflichtet werden können, sofern das Nachlassgericht dem Nachlassvertrag ebenfalls zustimmt.⁷⁷

3. Würdigung

Es wird sich zeigen, welche Relevanz der neue Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit erlangen wird. Aufgrund der obenstehenden Ausführungen zeigt sich, dass der Verwaltungsrat im Vergleich zu jenem Teil des geltenden Aktienrechts, der auch nach Inkrafttreten des neuen Art. 725 nOR anwendbar bleiben wird, nicht stärker in die Pflicht genommen wird. Somit ist fraglich, ob die neue Norm das Bewusstsein des Verwaltungsrats für die Bedeutung der Liquidität zu schärfen vermag. Dies wäre aber dringend notwendig, denn es ist erschreckend, wie oft finanziell angeschlagene Gesellschaften über keine adäquate Liquiditätsplanung verfügen. Deshalb ist es bedauerlich, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Verwaltungsrat ausdrücklich zur Liquiditätsplanung zu verpflichten.⁷⁸ Auch hätte er den Weckruf, Massnahmen zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit bzw. zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen, nicht erst bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ertönen lassen sollen, sondern bereits beim Eintritt von Zahlungsschwierigkeiten. Diese liegen vor, wenn die Verbindlichkeiten nicht mehr innert der üblichen (evtl. erstreckten) Fristen bezahlt werden können. In diesem Zeitpunkt hat die Gesellschaft oft noch eine reelle Chance, die Zahlungsfähigkeit wieder herzustellen.⁷⁹ Zudem würde dann auch die schwierige Abgrenzung zwischen einem vorübergehenden Liquiditätsengpass und einer Zahlungsunfähigkeit obsolet.

⁷⁶ Art. 285 Abs. 3 SchKG und Art. 285 Abs. 4 nSchKG.

⁷⁷ Art. 305 f. SchKG.

⁷⁸ Anders noch Art. 725 Abs. 1 E-OR.

⁷⁹ Gl.M. Böckli, Finanznotlagerecht, 533.

III. Kapitalverlust

i. Tatbestand

Der Tatbestand des Kapitalverlusts (Art. 725a nOR; Art. 725 Abs. 1 aOR) wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 neu formuliert, entspricht aber konzeptionell weitgehend dem bisherigen Recht.⁸⁰

Nach Art. 725a Abs. 1 nOR liegt ein Kapitalverlust 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 entsprechen, gilt Folgendes: *Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital kleiner ist als die Hälfte des geschützten Kapitals.*

Zum geschützten Kapital gehören (i) das Aktien- und ein etwaiges PS-Kapital, (ii) die gesetzliche Kapitalreserve und die gesetzliche Gewinnreserve i.e.S.⁸¹ im Betrag von zusammen 50% – bzw. bei Holdinggesellschaften 20% – des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals sowie (iii) der volle Betrag der gesetzlichen Gewinnreserve für eigene Aktien im Konzern⁸² und der Aufwertungsreserve⁸³. Das Gesetz hat damit die unter dem bisherigen Recht geführte Diskussion, ob der in der Bilanz ausgewiesene Nominalbetrag oder nur der geschützte Teil der Reserven als Bemessungsbasis heranzuziehen sei, im Sinne der letzteren Auffassung entschieden.⁸⁴

Teilweise wird der Kapitalverlust auch als qualifizierte Unterbilanz oder als hälftiger Kapitalverlust bezeichnet. Beide Bezeichnungen sollten vermieden werden, da es sich beim Kapitalverlust um einen gesetzlich klar definierten Begriff handelt.⁸⁵

⁸⁰ GLM. Forstmoser/Küchler, Art. 725a, N 5 f.

⁸¹ Als gesetzliche Gewinnreserve i.e.S. wird die gesetzliche Gewinnreserve gemäss Art. 672 nOR bezeichnet; vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 19 f.

⁸² Art. 659b Abs. 2 i.V.m. Art. 671 Abs. 4 nOR. Vgl. zu deren Schutz Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 88–91.

⁸³ Art. 725c Abs. 3 nOR.

⁸⁴ Zu den Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung unter bisherigem Recht: Glanzmann, Sanierung, Fn. 25 f.

⁸⁵ Vgl. Marginalie zu Art. 725a nOR.

Grundlage für die Beurteilung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, ist der Einzelabschluss nach Obligationenrecht, also die nach den Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung erstellte Bilanz.⁸⁶ Massgebend ist grundsätzlich die letzte Jahresbilanz zu Fortführungswerten. Selbstredend ist die Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen, wenn die Fortführungsfähigkeit oder der Fortführungswille nicht mehr gegeben sind.⁸⁷ Nicht relevant sind ein etwaiger Einzelabschluss nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard⁸⁸ oder ein konsolidierter Abschluss⁸⁹.

Wenn die Rechnungslegung in einer Fremdwährung erfolgt, das Aktienkapital aber in Schweizer Franken denominiert ist, stellen sich für die Beurteilung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, besondere Fragen, auf die vorliegend nicht eingegangen werden kann.⁹⁰ Die damit verbundenen Probleme können aber vermieden werden, wenn das Aktienkapital in der gleichen ausländischen Währung wie die Rechnungslegung denominiert ist.⁹¹

Liegt gemäss der letzten Jahresbilanz kein Kapitalverlust vor, so darf der Verwaltungsrat dennoch nicht untätig bleiben, wenn er während des Geschäftsjahrs eine begründete Besorgnis eines Kapitalverlusts erlangt. In diesem Fall ist er nach h.L. verpflichtet, einen Zwischenabschluss zu erstellen und zu ermitteln, ob ein Kapitalverlust vorliegt.⁹²

Eine Besonderheit besteht für Gesellschaften, die einen gemäss Art. 3 aCovid-19-SBüV verbürgten Kredit aufgenommen haben. Diese Schulden im Betrag von max. CHF 500'000 sind bei der Berechnung eines Kapitalverlusts nicht als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, d.h., sie dürfen für diesen Zweck zum Eigenkapital gezählt werden (Art. 24 aCovid-19-SBüV bzw. Art. 24 Covid-19-SBüG). Gleiches gilt für Darlehen, die ein Kanton in Anwendung der Covid-19-HärtefallVO gewährt, verbürgt oder garantiert hat (Art. 21 Covid-19-HärtefallVO).⁹³

⁸⁶ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 113; von der Crone, § 23 N 1997. Zum bisherigen Recht: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 735 f.; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 37 f.

⁸⁷ Art. 958a Abs. 2 OR und ausdrücklich Art. 725b Abs. 1 Satz 3 nOR bezüglich des Zwischenabschlusses bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung. Vgl. dazu auch oben [II.2.b](#).

⁸⁸ Art. 962 OR.

⁸⁹ Art. 963 OR.

⁹⁰ Vgl. dazu Böckli, OR-Rechnungslegung, N 153 f.; Buchmann/Duss/Handschin, 828; Loser, Fremdwährung, passim.

⁹¹ Vgl. dazu Art. 621 Abs. 2 nOR.

⁹² Von der Crone § 23 N 1998. Zum bisherigen Recht: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 723; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N 198; HK Privatrecht-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 725, N 5; ZK OR-Handschin, Art. 725, N 68.

⁹³ Glanzmann, Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, 274 f. Gl.M. Knecht/Keller, 131.

2. Handlungspflichten des Verwaltungsrates

a) *Beseitigung des Kapitalverlusts*

Weist die Gesellschaft einen Kapitalverlust auf, dann ist der Verwaltungsrat gehalten, Massnahmen zu dessen Beseitigung zu ergreifen (Art. 725a Abs. 1 Satz 1 nOR). Dabei muss der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile handeln (Art. 725a Abs. 4 nOR). Anders als nach bisherigem Recht muss der Verwaltungsrat also nicht mehr primär die Gesellschaft sanieren, sondern den Kapitalverlust eliminieren. Sanierungsmassnahmen sind nur zu treffen, sofern diese erforderlich sind.⁹⁴

Wie erwähnt, liegt ein Kapitalverlust vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital kleiner ist als die Hälfte des geschützten Kapitals.⁹⁵ Somit lässt sich ein Kapitalverlust beseitigen, indem entweder das bilanzielle Eigenkapital erhöht oder das geschützte Kapital reduziert wird. Beides kann durch rein bilanzkosmetische Massnahmen erreicht werden, ohne dass sich dabei das tatsächliche Eigenkapital verändert. In diesen Fällen resultiert aus der Beseitigung des Kapitalverlusts kein höheres Haftungssubstrat für die Gläubiger.

Das bilanzielle Eigenkapital wird ohne Veränderung des tatsächlichen Eigenkapitals erhöht, wenn stille Reserven aufgelöst werden. Dazu gehört auch die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen, die bei Vorliegen eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung bis maximal zum wirklichen Wert zulässig ist (Art. 725c nOR, vormals Art. 670 aOR).⁹⁶ Zu dieser Aufwertung ist anzumerken, dass der Aufwertungsbetrag doppelt so gross sein muss wie der zu beseitigende Kapitalverlust, da der aufgewertete Betrag als Aufwertungsreserve wieder in die Berechnungsbasis einfliesst.⁹⁷

Das geschützte Kapital kann ohne Veränderung des tatsächlichen Eigenkapitals herabgesetzt werden. Dies ist der Fall, wenn ein Jahresverlust oder Verlustvortrag mit den Reserven (Art. 674 Abs. 1 nOR) oder mit dem Aktienkapital (sog. deklarative Kapitalherabsetzung; Art. 653p nOR) verrechnet wird. Dabei ist zu beachten, dass das Gesetz eine Kaskade vorgibt, in welcher Reihenfolge Verluste mit den Reserven zu verrechnen sind (Art. 674 nOR). Sodann soll gemäss Botschaft eine deklarative Kapitalherabsetzung erst zulässig sein, wenn die Reserven vollständig ausgebucht sind.⁹⁸

⁹⁴ Vgl. unten [III.2.b](#)).

⁹⁵ Vgl. oben [III.1](#).

⁹⁶ Vgl. Loser, Aufwertung, 325 f.; von der Crone, § 14 N 683–687.

⁹⁷ Vgl. Glanzmann, Pflichten, 55 f.; Handschin, N 657–665; Loser, Aufwertung, 325 f.

⁹⁸ BBl 2016, 510.

b) *Ergreifen von Sanierungsmassnahmen*

Ist die Gesellschaft sanierungsbedürftig, dann muss der Verwaltungsrat nicht nur den Kapitalverlust beseitigen, sondern auch Sanierungsmassnahmen ergreifen (Art. 725a Abs. 1 Satz 2 nOR). Auch dabei hat der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile zu handeln (Art. 725a Abs. 4 nOR).

Die Sanierungspflicht war im bisherigen Recht noch die primäre Aufgabe des Verwaltungsrates (vgl. Art. 725 Abs. 1 aOR). Doch obwohl sie im neuen Recht erst an zweiter Stelle erwähnt wird und unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit steht, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Kapitalverlust gemäss seiner gesetzlichen Konzeption primär eine Mahnung an den Verwaltungsrat sein soll, die Gesellschaft zu sanieren.⁹⁹

Als Sanierungsmassnahmen gelten zunächst operative Massnahmen, die eine Reduktion des Aufwands oder eine Erhöhung des Ertrags bewirken (z.B. Reduktion von Mietflächen, Personalmassnahmen, Preiserhöhungen etc.). Diese wirken sich jedoch primär auf die Erfolgsrechnung und erst mittelbar auf die Bilanz aus. Das Eigenkapital kann jedoch auch direkt gestärkt werden. Dies ist einerseits möglich durch einen Mittelzufluss und die damit verbundene Erhöhung der Aktiven, z.B. mittels Kapitalerhöhung oder Zuschuss in die Reserven. Andererseits führt auch eine Reduktion von Verbindlichkeiten (z.B. durch Forderungsverzicht, Debt/Equity-Swap) zu einer Erhöhung des Eigenkapitals.¹⁰⁰ Dabei ist zu erwähnen, dass das neue Aktienrecht klarstellt, dass ein Debt/Equity-Swap auch in der finanziellen Krise zulässig ist, weil die zur Verrechnung gebrachte Forderung nicht werthaltig sein muss (Art. 634a Abs. 2 nOR).

Richtigerweise muss der Verwaltungsrat beim Vorliegen eines Kapitalverlusts nicht mehr zwingend eine Generalversammlung einberufen (so aber noch Art. 725 Abs. 1 aOR). Eine solche ist nur noch durchzuführen, soweit die zu beschliessenden Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts im Kompetenzbereich der Generalversammlung liegen (Art. 725a Abs. 1 nOR).

c) *Ernennung eines zugelassenen Revisors bei Opting-out*

Neu entfällt bei Gesellschaften mit einem Opting-out (Art. 725a Abs. 2 nOR) mit Eintritt eines Kapitalverlusts die Befreiung von der Prüfpflicht der letzten Jahresrechnung. Der Verwaltungsrat muss in diesem Fall *ad hoc* einen zuge-

⁹⁹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 115 f.

¹⁰⁰ Kälin, Sanierung, 50–58; Schenker, 487–495; von der Crone, § 24 N 1999.

lassenen Revisor ernennen, der die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung eingeschränkt prüft. Diese Ernennung hat mit der gebotenen Eile zu erfolgen (Art. 725a Abs. 4 nOR).

Von dieser Revisionspflicht ist die Gesellschaft befreit, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung stellt (Art. 725a Abs. 3 nOR).

Falls die Prüfung der Jahresrechnung trotz Vorliegen eines Kapitalverlusts unterbleibt, sind die Generalversammlungsbeschlüsse zur Genehmigung der Jahres- und Konzernrechnung sowie zur Verwendung des Bilanzgewinns grundsätzlich nichtig, da der erforderliche Revisionsbericht fehlt (Art. 731 Abs. 3 Satz 1 OR). Weil bei Gesellschaften mit einem Opting-out der Verwaltungsrat wohl oft nicht bemerken wird, dass ein Kapitalverlust eingetreten ist, dürfte diese neue Bestimmung das Haftungsrisiko des Verwaltungsrats erhöhen.¹⁰¹

Fraglich ist, ob nach der Heilung des Kapitalverlusts das Opting-out erneut beschlossen werden muss. Wenn dem so wäre, wäre dies mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden, denn im Unterlassungsfall wären insbesondere alle nachfolgenden Dividendenbeschlüsse nichtig.¹⁰² Gegen ein generelles Entfallen des Opting-out spricht aber nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch der Wortlaut von Art. 725a Abs. 2 nOR. Dieser verlangt nämlich nur, dass die letzte Jahresrechnung geprüft werden muss. Schliesslich geht auch das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Überschuldung davon aus, dass sich die Voraussetzungen für ein Opting-out alleine nach Art. 727a OR richten und deshalb bei einer Überschuldung nicht entfallen.¹⁰³ Aus all diesen Gründen ist davon auszugehen, dass das Opting-out bei Vorliegen eines Kapitalverlusts nicht entfällt, sondern lediglich eine einmalige Prüfpflicht entsteht.¹⁰⁴

d) Würdigung

Der Tatbestand des Kapitalverlusts hatte in der Praxis und Rechtsprechung bis anhin eine ungleich geringere Bedeutung als jener der Überschuldung. Weder gibt es relevante Bundesgerichtsurteile, denen eine Verletzung der Pflichten bei Vorliegen eines Kapitalverlusts zugrunde liegen,¹⁰⁵ noch spielt der Kapital-

¹⁰¹ Glanzmann/Rutscheidt, 312.

¹⁰² Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 119.

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 4A_589/2017 vom 9. Februar 2018 E. 2.4.2.

¹⁰⁴ Glanzmann/Rutscheidt, 312.

¹⁰⁵ Einer der wenigen Entscheide dürfte das Urteil des Bundesgerichts 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 sein.

verlust z.B. als Finanzkennzahl bei Finanzierungen eine Rolle.¹⁰⁶ Abgesehen von der Prüfpflicht bei einem Opting-out dürfte die Norm mit der Aktienrechtsrevision kaum an Bedeutung gewinnen, denn einerseits tritt ein Kapitalverlust gegenüber dem heutigen Recht erst später ein und andererseits wird der Verwaltungsrat weniger klar zum Ergreifen von Sanierungsmassnahmen verpflichtet. Hinzu kommt, dass die Feststellung, es liege ein Kapitalverlust vor, wenig gehaltvoll ist, wird doch das bilanzielle Eigenkapital am geschützten Kapital, einer fast willkürlich festlegbaren Grösse, gemessen.¹⁰⁷ Umso wichtiger ist für die Organe das Bewusstsein, dass sich die Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, nicht nur aus Art. 725a nOR (bzw. Art. 725 Abs. 2 nOR) ergibt. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen Teil der Oberleitung der Gesellschaft, einer nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des Verwaltungsrats. In deren Rahmen muss der Verwaltungsrat auch ohne Vorliegen eines Kapitalverlusts prüfen, ob die Gesellschaft sanierungsbedürftig ist und, falls erforderlich, die geeigneten Massnahmen ergreifen.¹⁰⁸

IV. Überschuldung

i. Tatbestand

Der zentrale Tatbestand des aktienrechtlichen Sanierungsrechts ist jener der Überschuldung (Art. 725b nOR; Art. 725 Abs. 2 aOR). Auch dieser Tatbestand entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Recht.¹⁰⁹

Eine Überschuldung liegt vor, wenn „die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch Aktiven gedeckt sind“ (Art. 725b Abs. 1 nOR), also das Eigenkapital gänzlich aufgezehrt ist. Für die Beurteilung, ob eine Überschuldung vorliegt, ist wie beim Kapitalverlust einzig der Einzelabschluss nach Obligationenrecht massgebend.¹¹⁰

Bei der Prüfung, ob eine Überschuldung vorliegt, ist die Frage nach der anzuwendenden Bewertungsmethode von grösster Bedeutung, d.h., ob die Bilanz zu Fortführungs- oder zu Veräusserungswerten erstellt wird. Eine Bilanz zu

¹⁰⁶ Vgl. Glanzmann, Sanierung, 470.

¹⁰⁷ Vgl. dazu die Darstellung bei Glanzmann, Sanierung, 469.

¹⁰⁸ Vgl. Glanzmann, Pflichten, 31; Schenker, 486; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 11.

¹⁰⁹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 124. Gl.M. Knecht/Keller, 147; Forstmoser/Küchler, Art. 725b, N 11 f., passim.

¹¹⁰ BBl 2016, 578; Glanzmann, Sanierung, 477; von der Crone, § 23 N 2003. Zum bisherigen Recht: Böckli, Aktienrecht, § 13 N 770b; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 37 f. Vgl. oben [III.1](#).

Veräusserungswerten weist in der Regel ein wesentlich tieferes Eigenkapital aus als eine Bilanz zu Fortführungswerten, weil die Aktiven meistens weniger Wert haben und gleichzeitig Rückstellungen für Stilllegungskosten, Vertragsauflösungen, Sozialpläne etc. zu bilanzieren sind (Art. 958a Abs. 2 Satz 2 OR).¹¹¹ Das Gesetz löst dieses Bewertungsdilemma dadurch, dass der Überschuldungstatbestand nur erfüllt ist, wenn die Aktiven die Verbindlichkeiten sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten nicht mehr decken. Weil in der Liquidation letztlich Veräusserungswerte realisiert werden können, führt dies dazu, dass in einem Konkurs die Gläubiger immer mit massiven Verlusten rechnen müssen.¹¹² Bei fehlender Fortführungsfähigkeit ist aber selbstverständlich nur die Bilanz zu Veräusserungswerten massgeblich (Art. 725b Abs. 1 Satz 3 nOR; Art. 958a Abs. 2 OR).¹¹³

Auch im Falle einer Überschuldung gilt für Gesellschaften, die einen gemäss Art. 3 aCovid-19-SBüV verbürgten Kredit aufgenommen haben, eine Besonderheit: Diese Schulden im Betrag von max. CHF 500'000 sind bei der Berechnung der Überschuldung nicht als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, d.h., sie dürfen für diesen Zweck wie Eigenkapital behandelt werden (Art. 24 aCovid-19-SBüV bzw. Art. 24 Covid-19-SBüG). Gleiches gilt für Darlehen, die ein Kanton in Einklang mit der Covid-19-HärtefallVO gewährt, verbürgt oder garantiert hat (Art. 21 Covid-19-HärtefallVO).¹¹⁴

2. Handlungspflichten des Verwaltungsrates

a) Pflichten bei begründeter Besorgnis

Die Handlungspflichten des Verwaltungsrates setzen, wie schon unter bisherigem Recht, bereits dann ein, wenn dieser „begründete Besorgnis“ hat, dass die Gesellschaft überschuldet ist (Art. 725b Abs. 1 nOR).¹¹⁵ In diesem Fall muss der Verwaltungsrat unverzüglich einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten erstellen. Weist dieser Zwischenabschluss eine Überschuldung aus,

¹¹¹ Art. 958a Abs. 2 Satz 2 OR. Böckli, Liquiditätsplan, 499, der treffend von einem „wirtschaftlichen Todesurteil“ spricht; Glanzmann, Rangrücktritt, 13; Handschin, 128; von der Crone, § 23 N 2003. Vgl. auch unten [III.2.a](#).

¹¹² Vgl. Glanzmann, Haftungsrisiken, 257-259.

¹¹³ BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 38; Glanzmann, Haftungsrisiken, 275; Müller/Lipp/Plüss, 322.

¹¹⁴ Glanzmann, Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, 274 f. Vgl. oben [III.1](#).

¹¹⁵ Vgl. zur begründeten Besorgnis: Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 388.

dann ist auch ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten zu erstellen. Ausschliesslich ein Abschluss zu Veräusserungswerten muss erstellt werden, wenn die Annahme der Fortführung nicht mehr gegeben ist.¹¹⁶

Anders als unter bisherigem Recht verlangt das Gesetz nicht mehr bloss eine Zwischenbilanz, sondern einen Zwischenabschluss.¹¹⁷ Dieser ist grundsätzlich nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen, wobei aber Vereinfachungen und Verkürzungen zulässig sind, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht (Art. 960f Abs. 1 und 2 nOR).¹¹⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung sind Vereinfachungen und Verkürzungen insbesondere dann zulässig, wenn die Überschuldung offensichtlich ist.¹¹⁹

In seltenen Fällen liegen die Veräusserungswerte von Aktiven über deren Fortführungswerten. Dann stellt sich die Frage, ob die Anschaffungs- oder Herstellkosten dennoch als Höchstwerte gelten.¹²⁰ Diese Frage ist aus verschiedenen Gründen zu verneinen: Einerseits soll die Liquidationsbilanz das Liquidationsszenario möglichst realistisch abbilden, was eine Bewertung zu wirklichen Werten erfordert.¹²¹ Andererseits erlaubt das Gesetz im Falle eines Kapitalverlusts für Grundstücke und Beteiligungen die Aufwertung bis zu deren wirklichen Wert und zwar selbst zu Fortführungswerten.¹²² Der Zweck dieser Bestimmung kann nur sein, eine möglichst realitätsnahe Darstellung zu ermöglichen. Wenn dies schon zu Fortführungswerten zulässig ist, dann muss dies erst recht für eine Liquidationsbilanz gelten, und zwar für sämtliche Aktiven.¹²³

Wie bis anhin müssen die Zwischenabschlüsse geprüft werden (Art. 725 Abs. 2 Satz 1 aOR). Neu ist die Prüfung zwingend durch die Revisionsstelle vorzuneh-

¹¹⁶ Dieses kaskadenweise Vorgehen wurde vom Bundesgericht bereits unter bisherigem Recht toleriert; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_373/2015 vom 26. Januar 2016 E. 3.1.2.

¹¹⁷ Unter bisherigem Recht war allerdings anerkannt, dass eine Zwischenbilanz nur dann erstellt werden kann, wenn auch das Periodenergebnis ermittelt wird. Vgl. Böckli, § 13 N 770 f. und 819; BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 36; Glanzmann, Haftungsrisiken, 276.

¹¹⁸ Vgl. dazu BBI 2016, 618; Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 397 f.

¹¹⁹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 128. Gl.M. zum bisherigem Recht: BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 39a f.

¹²⁰ Art. 960a Abs. 2 OR (mit zahlreichen Ausnahmen in Art. 725c nOR sowie Art. 960b und 960c OR).

¹²¹ Böckli, OR-Rechnungslegung, N 131; Veb.ch Praxiskommentar-Gutsche, Sonderbilanzen nach OR und FusG, N 39; HWP, 323; Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 398 f.

¹²² Art. 725c nOR.

¹²³ Im Ergebnis gleich: Böckli, OR-Rechnungslegung, N 131.

men.¹²⁴ Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle (Opting-out), dann muss der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revisor mit der Prüfung beauftragen (Art. 725b Abs. 2 nOR).

Der Verwaltungsrat hat durch eine geeignete Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sicherzustellen, dass er eine begründete Besorgnis erlangen kann, um seinen entsprechenden Pflichten nachzukommen.¹²⁵ Dies gilt grundsätzlich auch im Konzern; damit wird die Delegierbarkeit der Finanzverantwortung bei Konzerntochtergesellschaften begrenzt.¹²⁶

b) Pflichten beim Vorliegen einer Überschuldung

Liegt gemäss den zu erstellenden Zwischenabschlüssen eine Überschuldung vor, so hat der Verwaltungsrat das zuständige Gericht zu benachrichtigen (Art. 725b Abs. 3 nOR; „die Bilanz zu deponieren“, wie man in der Praxis sagt). Der Antrag geht dabei auf Eröffnung des Konkurses oder auf Gewährung einer Nachlassstundung unter Aussetzung des Entscheids über den Konkurs.¹²⁷ Wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags oder eine unmittelbare Sanierung bestehen, kann das Konkursgericht den Entscheid über den Konkurs auch von Amtes wegen aussetzen und die Akten dem Nachlassgericht überweisen, damit dieses eine Nachlassstundung gewährt (Art. 173a Abs. 2 SchKG).¹²⁸

Nach bisherigem Recht konnte der Verwaltungsrat auch einen Antrag auf Konkursaufschub stellen (Art. 725a Abs. 1 Satz 2 aOR). Dieses wenig genutzte Verfahren wird mit der Aktienrechtsrevision 2020 aufgehoben, während im Gegenzug die Möglichkeit geschaffen wurde,¹²⁹ in begründeten Fällen die provisorische, allenfalls stille, Nachlassstundung um vier Monate zu verlängern.¹³⁰

¹²⁴ Unter bisherigem Recht war umstritten, ob die Prüfung durch die Revisionsstelle vorzunehmen war; vgl. Böckli, § 13 N 773.

¹²⁵ HK Privatrecht-Plüss/Facincani-Kunz, Art. 716a, N 5; Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 389.

¹²⁶ Glanzmann, Sanierung, 471. Gl.M. Sethe, 435 f.

¹²⁷ Art. 725b Abs. 3 nOR. Gl.M. von der Crone, § 13 N 2004; Knecht/Keller, 142.

¹²⁸ Vgl. oben [II.2.c\)bb](#).

¹²⁹ Art. 293a Abs. 2 SchKG ist bereits am 20. Oktober 2020 in Kraft getreten und zwar als teilweiser Ersatz für die am gleichen Datum aufgehobene Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronakrise (Covid-19-Verordnung Insolvenzrecht) vom 16. April 2020 (SR 281.242).

¹³⁰ Art. 293a Abs. 2 SchKG; BBl 2016, 465.

Ein Konkursaufschub, der vor Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligt worden ist, steht aber bis zu dessen Abschluss unter bisherigem Recht (Art. 5 ÜBest zur Änderung vom 19. Juni 2020), d.h., er darf auch verlängert werden.¹³¹

Die Benachrichtigungspflicht gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 nOR). Die Überschuldungsanzeige liegt weder im Ermessen eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, noch kann der Verwaltungsrat sie delegieren – und zwar auch nicht in Konzernverhältnissen.¹³² Deshalb können materielle oder faktische Organe nicht für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, es sei denn, sie hätten aktiv den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten.¹³³

Der Pflicht zur Bilanzdeponierung wird dadurch Nachdruck verschafft, dass die Revisionsstelle bei einer offensichtlichen Überschuldung den Richter selber benachrichtigen muss, wenn der Verwaltungsrat dies unterlässt (Art. 728c Abs. 3 OR und Art. 729c nOR). Die gleiche Pflicht obliegt auch einem vom Verwaltungsrat für die Prüfung des Zwischenabschlusses ernannten Revisor (Art. 725b Abs. 5 nOR).

Sowohl der Verwaltungsrat als auch die Revisionsstelle müssen mit der gebotenen Eile handeln (Art. 725b Abs. 6 nOR). Eine Verletzung dieser Pflicht führt zu einer sog. Konkursverschleppung. Dies war schon unter bisherigem Recht ein geradezu klassischer Fall, um Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe zu begründen.¹³⁴

Der Zeitraum, der dem Verwaltungsrat zur Notifikation des Gerichts zugestanden wird, muss bei einem Antrag auf Gewährung der Nachlassstundung bedeutend länger sein als bei einem Konkursantrag. Wie bereits dargelegt wurde, hat die Gewährung einer Nachlassstundung nicht *per se* eine sanierende Wirkung.¹³⁵ Vielmehr bedarf ein erfolgreiches Nachlassverfahren einer guten Vorbereitung, wozu z.B. die Verhandlung eines Massekredits zählt. Dies kann einige Zeit in Anspruch nehmen. Da ein gut vorbereitetes Nachlassverfahren für die Gläubiger regelmässig viel vorteilhafter ist als ein Konkurs, handelt der Verwaltungsrat unter Umständen immer noch mit gebotener Eile, auch wenn er das Gericht erst nach drei bis vier Wochen benachrichtigt.¹³⁶

¹³¹ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 133.

¹³² Böckli, Aktienrecht, § 13 N 402; BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716a, N 33; von der Crone, § 18 N 1425.

¹³³ Glanzmann/Wolf, 35–38.

¹³⁴ Vgl. z.B. BGE 136 III 322 E. 3.2.

¹³⁵ Vgl. oben [II.2.c\)bb](#).

¹³⁶ Glanzmann, Sanierung, 473; Müller/Wohl, 147.

3. Befreiung von der Benachrichtigungspflicht

a) *Rangrücktritt*

Wie unter bisherigem Recht kann der Verwaltungsrat auch ohne formelle Behebung der Überschuldung von der Benachrichtigung des Gerichts absehen, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 nOR).¹³⁷

Ein Rangrücktritt kann seine Wirkung nur entfalten, wenn die im Rang zurückgetretene Forderung während der Dauer der Überschuldung gestundet wird.¹³⁸ Neu wird dies im Gesetz ausdrücklich als Voraussetzung eines gültigen Rangrücktritts stipuliert.

Betragsmässig müssen die im Rang zurückgetretenen Forderungen nur die kleinere der beiden Überschuldungen abdecken, d.h. in der Regel jene der Bilanz zu Fortführungswerten (sofern die Fortführungswerte noch angewendet werden dürfen).¹³⁹ Obwohl der Rangrücktritt meistens rückwirkend auf den Bilanzstichtag der Jahresrechnung oder des Zwischenabschlusses abgegeben wird, muss er auch die seit diesem Datum angefallenen Verluste abdecken; andernfalls müsste der Verwaltungsrat im Zeitpunkt der Vereinbarung des Rangrücktritts immer noch die begründete Besorgnis einer Überschuldung haben.¹⁴⁰ Die Revisionspraxis verlangt zudem, dass die in den nächsten zwölf Monaten bzw. bis zum nächsten Prüfungszeitpunkt zu erwartenden Verluste ebenfalls abgedeckt werden.¹⁴¹

Entgegen der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis¹⁴² sind gemäss neuem Recht auch die während der Dauer der Überschuldung auflaufenden Zinsforderungen dem Rangrücktritt zu unterstellen (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 nOR). Der Zins ist die Entschädigung für das Überlassen des ausstehenden, im Rang zurückgetretenen Kapitals.¹⁴³ Andere Entschädigungen der im Rang rüchtretenden Gläubiger müssen nicht zwingend vom Rangrücktritt erfasst sein. Dazu gehören etwa Bereitstellungskommissionen, Abschlussgebühren, Vorfällig-

¹³⁷ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 138.

¹³⁸ Vgl. Glanzmann, Rangrücktritt, 12.

¹³⁹ Böckli, Aktienrecht, § 13 N 801; Glanzmann, Rangrücktritt, 13; von der Crone, § 23 N 2003.

¹⁴⁰ Glanzmann, Rangrücktritt, 13.

¹⁴¹ HWP, 257; Handschin, N 757.

¹⁴² Urteil des Bundesgerichts 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003 E. 4.

¹⁴³ BGE 145 III 241 E. 3.

keitsentschädigungen, Waiver-Gebühren oder Auslagenersatz.¹⁴⁴ Gleiches gilt für die bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Rangrücktrittserklärung bereits entstandenen Zinsen.

Es stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge, wenn ein Rangrücktritt nicht ausdrücklich auch die während der Dauer der Überschuldung auflaufenden Zinsen umfasst. Dass in einem solchen Fall der Aufschub der Benachrichtigung des Gerichts unzulässig sein soll, macht wenig Sinn, denn wenn über die Gesellschaft (unter Umständen auf Anzeige der Revisionsstelle hin) der Konkurs eröffnet würde, obwohl genügend Rangrücktritte auf dem Kapital vorhanden sind, wäre dies für die übrigen Gläubiger meist schädlicher. Deshalb gebieten die Interessen der übrigen Gläubiger, dass der Rangrücktritt auf dem Kapital dennoch gültig ist. Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Bestimmung so gelesen werden, dass die Zinsen auf den zurückgetretenen Forderungen von Gesetzes wegen ebenfalls dem Rangrücktritt unterliegen.¹⁴⁵

Nach Art. 6 ÜBest zur Änderung vom 19. Juni 2020 sind die Bestimmungen des neuen Aktienrechts nach Ablauf von zwei Jahren ab ihrem Inkrafttreten auch auf alle vorbestehenden Verträge anwendbar. Damit stellt sich die Frage, wie mit einer vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abgeschlossenen Rangrücktrittsvereinbarung umzugehen ist, die keine Subordination der Zinsen enthält. Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Rangrücktritt während der zweijährigen Übergangsfrist gültig, ohne dass die Zinsen von ihm erfasst würden. Sodann ist in Einklang mit der vorstehenden Auslegung davon auszugehen, dass die Rangrücktrittsvereinbarung auch nach Ablauf dieser Frist ihre Gültigkeit behält und die Zinsen von Gesetzes wegen dem Rangrücktritt unterworfen sind.¹⁴⁶

Die Stundung muss während der ganzen Dauer der Überschuldung bestehen bleiben (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 nOR). Daraus folgt im Umkehrschluss, dass ein Rangrücktritt in dem Umfang wieder aufgehoben werden darf, als er nicht mehr notwendig ist, um eine Überschuldung abzudecken.¹⁴⁷ Dies gilt auch, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung keine ausdrückliche Aufhebungsklausel

¹⁴⁴ Glanzmann, Sanierung, 479.

¹⁴⁵ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 140.

¹⁴⁶ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 142.

¹⁴⁷ BGer 4C.47/2003 E. 2.1 f.; Glanzmann, Rangrücktritt, 14 f.; ZK-Handschin, Art. 725, N 127. Ablehnend: Böckli, § 13 N 804.

enthält.¹⁴⁸ Selbstverständlich ist ein Verzicht auf eine im Rang zurückgetretene Forderung oder deren Verrechnung zur Liberierung einer Kapitalerhöhung auch während der Dauer der Überschuldung zulässig.¹⁴⁹

Forderungen, die einem Rangrücktritt unterstehen, sind im Konkurs der Gesellschaft nicht mehr in die Berechnung des Gesellschaftsschadens einzu beziehen (Art. 757 Abs. 4 nOR). Dies ist eine Korrektur einer unglücklichen bundesgerichtlichen Praxis,¹⁵⁰ die über das Ziel hinausschiesst, weil sie nur bezüglich eines Konkursverschleppungsschadens gelten sollte.¹⁵¹ Somit kann unter dem neuen Recht die Praxis aufgegeben werden, die Rangrücktrittserklärung mit einem auf die Konkurseröffnung hin gewährten Forderungsverzicht zu verknüpfen.¹⁵²

Durch die beiden Neuerungen, dass für eine subordinierte Forderung keine Zinsen bezahlt werden dürfen und subordinierte Forderungen nicht mehr zum Gesellschaftsschaden zählen, werden Verbindlichkeiten mit einem Rangrücktritt faktisch noch näher zum Eigenkapital gerückt.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung kam die Diskussion auf, ob ein Rangrücktritt nur dann von der Benachrichtigung des Gerichts befreit, wenn die Aussicht besteht, dass die Gesellschaft saniert werden kann.¹⁵³ Richtigerweise haben der Bundesrat und das Parlament diese Auffassung abgelehnt,¹⁵⁴ denn ein Rangrücktritt muss immer dann seine volle Wirkung entfalten, wenn ein Forderungsverzicht in gleicher Höhe ebenfalls von der Benachrichtigung des Gerichts befreite;¹⁵⁵ beide Fälle haben nämlich für die nicht nachrangigen Gläubiger die gleiche, bevorzugende Wirkung. Aus denselben Überlegungen kann ein Rangrücktritt auch während der Liquidation der Gesellschaft vereinbart werden, in welcher ja offensichtlich keine Sanierung der Gesellschaft mehr stattfinden wird.¹⁵⁶ Indem der Gesetzgeber das Sanierungserfordernis klar verworfen hat, kann die diesbezügliche, unter bisherigem Recht in Recht-

¹⁴⁸ Gl.M. Rhode, 98.

¹⁴⁹ Glanzmann, Verrechnungsliberierung, 225 f. m.w.H.

¹⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007 E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_277/2010 vom 2. September 2010 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_91/2011 vom 9. Juni 2011 E. 3.4.

¹⁵¹ Vgl. Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit, 400.

¹⁵² Vgl. zu dieser Praxis Glanzmann, Haftungsrisiken, 265 f. m.w.H.

¹⁵³ Vgl. AB NR 2018 N 1148.

¹⁵⁴ Vgl. auch Votum von BR Keller-Sutter, AB NR 2019 N 2398.

¹⁵⁵ Im Ergebnis gleich Rhode, 82. A.M. BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 47; ZK OR-Homburger, Art. 725, N 1284; Urteil des Bundesgerichts 6B_1279/2018 vom 26. März 2019 E. 2.2.1.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 Covid-19-SBÜG. Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 142; Rhode, 79.

sprechung¹⁵⁷ und Lehre¹⁵⁸ vertretene Meinung nach revidiertem Recht nicht mehr zutreffend sein. Gleichzeitig befreit ein Rangrücktritt aber nicht davon, weitere Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, wenn diese erforderlich sind.¹⁵⁹ Auch ist zu beachten, dass der Rangrücktritt allenfalls auf Basis von Veräusserungswerten erteilt werden muss, wenn die Gesellschaft keine positive Fortführungsprognose hat.

Obwohl die sog. kleinen Covid-19-Kredite (also die nach Art. 3 aCovid-19-SBüV verbürgten Kredite) bei der Berechnung der Überschuldung nicht als Verbindlichkeit zu berücksichtigen sind, sind diese Kreditforderungen im Konkurs der Gesellschaft nicht von Gesetzes wegen mit einem Rangrücktritt belegt. Dies bewirkt, dass eine Gesellschaft bis zu CHF 500'000 zusätzliche Verluste akkumulieren kann, die dann von den übrigen Gläubigern mitzutragen sind. Im Resultat ist dies eine gesetzlich tolerierte Konkursverschleppung. Soll auf einem kleinen Covid-19-Kredit oder auf einem Covid-19-Kredit Plus (also einem nach Art. 4 aCovid-19-SBüV verbürgten Kredit) ein Rangrücktritt erklärt werden, bedarf es dazu der Zustimmung der Bürgschaftsorganisation (Art. 7 Covid-19-SBüG).¹⁶⁰

Die Revisionsstelle muss die Voraussetzungen für einen gültigen Rangrücktritt prüfen und, falls diese nicht erfüllt sind, allenfalls gemäss Art. 728c Abs. 3 OR bzw. Art. 729c OR das Gericht benachrichtigen. Ebenfalls prüfen muss sie die Bonität des zurücktretenden Gläubigers, damit der Rangrücktritt in dessen Konkurs nicht paulianisch angefochten werden kann.¹⁶¹

b) *Stille Sanierung*

Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wird die bundesgerichtliche Praxis zur stillen Sanierung im Wesentlichen ins Gesetz überführt (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 nOR).¹⁶² Danach kann die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben, solange begründete Aussicht besteht, dass (i) die Überschuldung innert angemessener

¹⁵⁷ BGer 6B_1279/2018 E. 2.2.1.

¹⁵⁸ BSK OR II-Wüstiner, Art. 725, N 47; ZK OR-Homburger, Art. 725, N 1266.

¹⁵⁹ In der Lehre wird meist die Auffassung vertreten, dass ein Rangrücktritt keine sanierende Wirkung habe. Dieser Meinung kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden, denn immerhin wird damit die Fälligkeit von Forderungen gestundet, was z.B. bereits genügen kann, um einen Liquiditätsengpass zu überbrücken. Weiter kann mit einem Rangrücktritt die Voraussetzung geschaffen werden, um weitere Sanierungsmassnahmen durchzuführen.

¹⁶⁰ Glanzmann, Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, 274 f.

¹⁶¹ BGE 129 III 129 E. 7.1.

¹⁶² Vgl. BGE 116 II 533 E. 5a; Forstmoser/Küchler, Art. 725b, N 16; von der Crone, § 23 N 2007.

Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und (ii) die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

Der Verwaltungsrat muss bei einer stillen Sanierung die Überschuldung innert angemessener Frist beseitigen können. Welche Frist angemessen ist, ist im Einzelfall aus einer Ex ante-Perspektive zu beurteilen. Dabei kommt der fixen Höchstdauer von 90 Tagen eine zweifache Relevanz zu: Einerseits ist davon auszugehen, dass diese maximale Frist häufig ausgeschöpft werden dürfte, auch wenn im konkreten Fall die angemessene Frist kürzer wäre. Andererseits wird ein Überschreiten der maximalen Dauer in einer späteren Insolvenz kaum noch als sorgfältig gelten und den Verwaltungsrat einem erhöhten Haftungsrisiko aussetzen. Sollte die Sanierung nicht scheitern, dann hat eine Überschreitung der Frist keine Konsequenzen, weil es am erforderlichen Schaden fehlen wird.¹⁶³

Die Frist für die Beseitigung der Überschuldung beginnt nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse zu laufen. Nach der hier vertretenen Meinung setzt dies aber voraus, dass die Erstellung und die Prüfung der Zwischenabschlüsse nicht pflichtwidrig verzögert worden sind.¹⁶⁴ Dabei ist allerdings zu beachten, dass wenn vor der Prüfung noch ein zugelassener Revisor ernannt werden muss, ohne Weiteres ein paar Wochen vergehen können, bis geprüfte Zwischenabschlüsse vorliegen.

Der Beseitigung der Überschuldung gleichzustellen ist die Vereinbarung eines Rangrücktritts in genügendem Umfang. Damit wird nämlich die verpönte Überschuldung in einen gesetzlich tolerierten Zustand überführt.

4. Verbot des Mantelhandels

Überschuldete Gesellschaften sind jüngst auch noch aus anderem Grund in den Fokus des Gesetzgebers geraten. Um die sog. missbräuchlichen Konkurse zu verhindern, sollte die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Mantelhandel kodifiziert werden.¹⁶⁵ Danach wäre die Übertragung von Aktien einer Ge-

¹⁶³ Druey/Druey Just/Glanzmann, § 8 Rz. 146.

¹⁶⁴ Gl.M. Müller-Ganz, 160; von der Crone, § 23 N 2002. Vgl. BBl 2016, 578 f.

¹⁶⁵ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Obligationenrechts, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Strafregistergesetzes), BBl 2019, 5193 ff., 5214. Zur bundesgerichtlichen Praxis vgl. BGE 123 III 473 E. 5c; Urteil des Bundesgerichts 4C.19/2001 vom 25. Mai 2001 und die Kritik dazu bei Druey/Druey Just/Glanzmann, § 7 N 58.

sellschaft, die ohne vorgängige Auflösung liquidiert und aufgegeben worden ist, nichtig gewesen (Art. 684a E-OR). Richtigerweise hat das Parlament diese unklare und sehr weitreichende Bestimmung dahingehend geändert, dass ein Mantelhandel nur vorliegt, wenn Aktien einer überschuldeten Gesellschaft, die keine Geschäftstätigkeit und keine verwertbaren Aktiven mehr hat, übertragen werden (Art. 684a Abs. 1 nOR).¹⁶⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung wird mit dieser neuen Regelung die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Mantelhandel korrigiert. In der parlamentarischen Debatte wurde zwar namens der Rechtskommission des Nationalrats geltend gemacht, dass die Gesetz gewordene Regelung keine Kodifizierung der Bundesgerichtspraxis sei und letztere deshalb weiterhin Geltung habe.¹⁶⁷ Gleichzeitig bestätigten aber ein zweiter Sprecher namens derselben Kommission sowie der Sprecher der Rechtskommission des Ständerats, dass es sich um die Kodifizierung der Bundesgerichtsrechtsprechung handle, diese allerdings mit weiteren Kriterien angereichert werde.¹⁶⁸ Sodann geht aus der Debatte hervor, dass Gesellschaften, die zwar ihre Geschäftstätigkeit aufgegeben haben, aber im Übrigen die Voraussetzungen gemäss Art. 684a Abs. 1 nOR nicht erfüllen, zulässig sind. Konkret wurde ausgeführt, dass *„cette coquette vide peut parfois être utile, elle permet d'éviter certains frais et si ce n'est pas abusif, elle permet à une société, qui pourrait récupérer une société saine mais qui n'a plus d'activité, de commencer une nouvelle activité avec des frais limités“*.¹⁶⁹ Damit ist auch klargestellt, dass in Zukunft die Vorratsgesellschaft aus handelsrechtlicher Sicht uneingeschränkt zulässig sein muss.

Ein Mantelhandel liegt somit nur noch unter eng umgrenzten Voraussetzungen vor, zu denen unter anderem auch die Überschuldung der Gesellschaft gehört. Damit stellt sich die Frage, wann eine Gesellschaft nach Art. 684a Abs. 1 nOR als überschuldet gilt. Nach der hier vertretenen Meinung ist die Gesellschaft nur dann überschuldet, wenn sie sowohl zu Fortführungswerten als auch zu Veräusserungswerten überschuldet ist und diese Überschuldung nicht durch

¹⁶⁶ Vgl. Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses (Änderung des Obligationenrechts, des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes, des Strafregistergesetzes und des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer) vom 18. März 2022, BBl 2022, 702 ff. Die neue Regelung tritt voraussichtlich erst nach dem neuen Aktienrecht in Kraft.

¹⁶⁷ Vgl. Votum NR Hans-Ueli Vogt, AB 2021 N 2011.

¹⁶⁸ Vgl. Votum NR Sidney Kamerzin, AB 2021 N 2011 f.; SR Beat Rieder, AB 2021 S 1141.

¹⁶⁹ Votum NR Sidney Kamerzin, AB 2021 N 2012.

Rangrücktritte abgedeckt ist. In allen anderen Situationen befindet sich nämlich die Gesellschaft in einem gesetzlich tolerierten Zustand, weshalb es keinen Grund gibt, die Übertragung ihrer Aktien zu unterbinden.¹⁷⁰

5. Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger

In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob eine Pflicht des Verwaltungsrats zur Gleichbehandlung der Gläubiger gibt. Die diesbezügliche Diskussion ändert sich mit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts nicht. Aus diesem Grund wird im vorliegenden Zusammenhang auch nicht näher darauf eingegangen.¹⁷¹

6. Würdigung

Der Tatbestand der Überschuldung dürfte auch unter dem Aktienrecht 2020 eine der zentralen Normen des Aktienrechts bleiben. Der Grund dafür ist, dass die Bestimmung dem Verwaltungsrat relativ klare Handlungsanweisungen gibt. Gleichzeitig besteht bei einer Missachtung dieser Pflichten ein hohes Schadenspotential für die Gläubiger wegen Konkursverschleppung. Deshalb dient die Vorschrift oft als Basis, um Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe zu begründen.

Die neue Regelung, dass Zinsen auf subordinierten Forderungen ebenfalls dem Rangrücktritt unterliegen müssen, ist sachlich richtig.¹⁷² Allerdings ist die konkrete gesetzliche Ausgestaltung wenig geglückt, weil unklar ist, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Zinsen nicht von der Rangrücktrittserklärung erfasst werden. Auch wird sich noch zeigen müssen, in welchem Ausmass sich der Anreiz, einen Rangrücktritt zu gewähren, aufgrund der neuen Regelung vermindern wird.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch andere Normen Rechtsfolgen an das Vorliegen einer Überschuldung anknüpfen.¹⁷³ Dabei ist oft umstritten, wann eine Überschuldung vorliegt. Während bei Art. 725b nOR klar ist, dass das Gericht nur dann zu benachrichtigen ist, wenn die Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten besteht und nicht durch genügend Rangrücktritte abgedeckt ist, wird in anderem Zusammenhang teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Überschuldung nur zu

¹⁷⁰ Nicht zu folgen ist den Ausführungen von SR Caroni, AB 2021 S 1142, die so verstanden werden könnten, dass auch Gesellschaften die Voraussetzungen erfüllen, deren Nominalkapital nicht mehr voll gedeckt ist. In diesem Fall liegt klarerweise noch keine Überschuldung vor.

¹⁷¹ Vgl. dazu Glanzmann, Sanierung, 473.

¹⁷² Vgl. dazu unter bisherigem Recht Böckli, Aktienrecht, § 13 Rz. 795.

¹⁷³ Vgl. z.B. Art. 684a nOR, Art. 6 FusG, Art. 287 SchKG oder Art. 165 StGB.

Fortführungs- oder Liquidationswerten vorliegen müsse¹⁷⁴ oder etwaige Rangrücktritte keine Rolle spielen¹⁷⁵. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte der Begriff der Überschuldung einheitlich in dem Sinn verstanden werden, dass es sich um den nach Art. 725b nOR nicht tolerierten Zustand handelt, also eine Überschuldung zu Fortführungs- und Veräusserungswerten vorliegt, die nicht durch Rangrücktritte abgedeckt ist.¹⁷⁶

V. Fazit

Die obenstehenden Ausführungen zeigen, dass sich das neue aktienrechtliche Sanierungsrecht weitgehend an die bisherigen Regelungen anlehnt. Zwar wird ein neuer Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit geschaffen, doch werden damit den Organen kaum weitergehende Pflichten auferlegt, als diese schon unter dem bisherigen Aktienrecht galten. Sodann werden die beiden Tatbestände des Kapitalverlusts und der Überschuldung konzeptionell weitgehend beibehalten. Damit werden aber auch alle Unzulänglichkeiten des aktienrechtlichen Sanierungsrechts perpetuiert, wie z.B., dass der Verwaltungsrat nicht ausdrücklich zur Liquiditätsplanung verpflichtet wird, der Eintritt eines Kapitalverlusts kaum aussagekräftig ist und ein Konkurs wegen der Konzeption des Überschuldungstatbestands immer zu massiven Verlusten der Gläubiger führt.

Leider ist zu bezweifeln, dass das neue Recht Anreize setzt, in einem frühen Stadium Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Gleichzeitig ist zu befürchten, dass das Haftungsrisiko der Organe noch weiter erhöht wird, weil einerseits den Organen neue Pflichten auferlegt werden (z.B. die Pflicht zur Prüfung der letzten Jahresrechnung bei einem Kapitalverlust) und andererseits neue Rechtsunsicherheiten geschaffen werden (z.B. ist unklar, welches die Rechtsfolgen sind, wenn die Zinsen nicht dem Rangrücktritt unterworfen werden oder wie lange die zulässige Frist für eine stille Sanierung ist).

¹⁷⁴ Vgl. z.B. Lorandi, 1306, zu Art. 287 SchKG.

¹⁷⁵ So galt z.B. die temporäre Befreiung von der Anzeigepflicht in Folge der Covid-19 Pandemie nur für Gesellschaften, die am 31.12.2019 nicht überschuldet waren, ohne Berücksichtigung von Rangrücktritten (vgl. Art. 1 Abs. 1 aCOVID-19-Verordnung Insolvenzrecht im Vergleich mit z.B. Art. 5 aCOVID-19-Verordnung Insolvenzrecht, wonach Rangrücktritte berücksichtigt wurden).

¹⁷⁶ Gl.M. für Art. 6 FusG: Glanzmann, Umstrukturierungen, Rz. 845; für Art. 287 SchKG: BSK SchKG II-Staehelin, Art. 287, N 17; SK SchKG-Maier, Art. 287 N 5; Schmid, N 275; für Art. 165 StGB; BSK StGB II-Hagenstein, Art. 165, N 50 m.w.H.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, Art. 1–2 ÜBest (Rechnungslegung 2011), Art. 1–3 ÜBest (GAFI 2014), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar, Strafrecht II (Art. 111–392 StGB), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2018 (zit. BSK StGB II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159–352 SchKG), in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Behr Giorgio/Leibfried Peter, Rechnungslegung, 4. A., Zürich 2014.
- Bertschinger Urs, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.
- Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Böckli Peter, OR-Rechnungslegung, 2. A., Zürich 2019 (zit. Böckli, OR-Rechnungslegung).
- Böckli Peter, Der „aktuelle Liquiditätsplan“ des Vorentwurfs – Ein neuer Fokus für Verwaltungsrat und Revisor in einer drohenden Finanznotlage, SZW 2015, 490 ff. (zit. Böckli, Liquiditätsplan).
- Böckli Peter, Finanznotlagerecht, SZW 2017, 524 ff. (zit. Böckli, Finanznotlagerecht).
- Boemle Max/Stolz Carsten, Unternehmensfinanzierung, Bd. 1, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. A., Zürich 2010.
- Buchmann René/Duss Fabian/Handschin Lukas, Rechnungslegung in Fremdwährung, Probleme und Lösungsansätze aus buchhalterischer, handelsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, ST 2013, 823 ff.
- Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021.
- Forstmoser Peter/Küchler Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022.
- Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- Glanzmann Lukas, Das neue Sanierungsrecht, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X, Bern 2015, 225 ff. (zit. Glanzmann, Sanierungsrecht).
- Glanzmann Lukas, Die Auswirkungen des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes auf das Aktienrecht, SZW 2021, 265 ff. (zit. Glanzmann, Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz).
- Glanzmann Lukas, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A., Zürich 2003, 19 ff. (zit. Glanzmann, Pflichten).
- Glanzmann Lukas, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 4/2017, 387 ff. (zit. Glanzmann, Zahlungsunfähigkeit).

- Glanzmann Lukas, Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, in: Weber Rolf H. et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 257 ff. (zit. Glanzmann, Bilanzstichtag).
- Glanzmann Lukas, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 247 ff. (zit. Glanzmann, Haftungsrisiken).
- Glanzmann Lukas, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019, 465 ff. (zit. Glanzmann, Sanierung).
- Glanzmann Lukas, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung?, Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, GesKR 1/2007, 6 ff. (zit. Glanzmann, Rangrücktritt).
- Glanzmann Lukas/Rutscheidt Benedikt, Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen – Änderungen im neuen Aktienrecht, EF 2021, 310 ff.
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Haftung faktischer Organe für Schäden aus der Konkursverschleppung, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX, Zürich/Basel/Genf 2019, 21 ff.
- Hachmann Christian, Kriterium der Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2017.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, in: Roberto Vito/Trüeb Hans Rudolf. (Hrsg.), Art. 772-1186 OR und BEG, 3. A., Zürich 2016 (zit. HK Privatrecht-Bearbeiter/in Art. XX, N YY).
- Handschin Lukas, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016.
- Hübert Henrique Ivens, Sorgfaltskonforme Prognosen und Pflichten der Geschäftsleiter im Vorfeld der Insolvenz, Diss. Hamburg, Baden-Baden 2018.
- Kälin Oliver, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 2014/2015, 135 ff. (zit. Kälin, Zahlungsunfähigkeit).
- Kälin Oliver, Die Sanierung der Aktiengesellschaft – Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich 2016 (zit. Kälin, Sanierung).
- Knecht Brigitte/Keller Livia, Die Sanierung im neuen Aktienrecht, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Die aktienrechtliche Sanierung, 11. Fachtagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2021, 121 ff.
- Lorandi Franco, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005, 1299 ff.
- Loser Silvan, Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen gemäss Art. 725c – Übersicht und praktische Anwendungsfragen, EF 2021, 324 ff. (zit. Loser, Aufwertung).
- Loser Silvan, Rechnungslegung in Fremdwährung, EF 2016, 724 ff. (zit. Loser, Fremdwährung).
- Milani Dominik/Schürch Philipp, Die Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht, SZW 2020, 519 ff.

- Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat Band I, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2021.
- Müller-Ganz Jörg, Turnaround – Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen, 2. A., Zürich 2019.
- Müller Lukas/Wohl Georg, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020, 146 ff.
- Rhode Thomas, Der Rangrücktritt – ein Tour d’Horizon, in: Sprecher Thomas, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Zürich/Basel/Genf 2020.
- Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, in Pfaff et al. (Hrsg.), Zürich 2014 (zit. Veb.ch Praxiskommentar-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY)
- Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band „Buchführung und Rechnungslegung“, Zürich 2014 (zit. HWP).
- Sethe Rolf, Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung, in: Wolfgang Portmann/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 423 ff.
- Schenker Urs, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 2009, 485 ff.
- Schenker Urs/Grand Caroline, Corona-Krise – Teilsuspendierung von Art. 725 OR (Konkursanmeldungspflicht), COVID-19-Stundung und weitere Massnahmen zur Vermeidung von Konkursen, Zürich 2020.
- Schmid Jean-Daniel, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014.
- Simoniello Daniele, Die Überwachung der Liquidität durch den Verwaltungsrat, SJZ 2017, 541 ff.
- Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Thommen Jean-Paul, Managementorientierte Betriebswirtschaftslehre, 8. A., Zürich 2008.
- von der Crone Hans Caspar, Aktienrecht, 2. A., Bern 2020.
- von der Crone Hans Caspar/Angstmann Luca, Kernfragen der Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 3 ff.
- Walz Hartmut/Gramlich Dieter, Investitions- und Finanzplanung, Eine Einführung in finanzwirtschaftliche Entscheidungen unter Sicherheit, 4. A., Heidelberg 1993.
- Wolf Markus, Stillhalteabkommen kreditgebender Banken, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012.
- Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation (Art. 698-726 und 731b OR), in: Handschin (Hrsg.), 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in Art. XX, N YY).
- Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat (Art. 707-726 OR), in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), 2. A., Zürich 1997 (zit. ZK OR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).