

# I Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Mit dem dritten Teil der Aktienrechtsreform schliesst der Gesetzgeber ein Mammutprojekt ab. Für die KMU-Wirtschaft sind diese Änderungen wohl zu einem grossen Teil nicht von praktischer Bedeutung – ausser die vorgenommenen Anpassungen in Artikel 725 OR. Im Falle von finanziellen Problemen tut sich die Unternehmensleitung einen grossen Gefallen, die entsprechenden Vorgaben zu kennen und einzuhalten. Andernfalls drohen empfindliche Konsequenzen.

## Frage ...

**Welche Vorgaben sind bei Unternehmen mit finanziellen Problemen in Zukunft durch den Verwaltungsrat zu beachten und welche Auswirkungen haben diese Anpassungen?**

## Antwort ...

### Einleitung

Per 1. Januar 2023 wird der Gesetzgeber auch noch das dritte und somit letzte Änderungspaket der Aktienrechtsreform in Kraft setzen. 15 Jahre nach dem ersten Paket ist damit die umfassende Anpassung des Handelsrechts in der Schweiz abgeschlossen. Neben einigen technisch interessanten, aber für die KMU-Praxis nicht wirklich weltbewegenden Anpassungen (erwähnt sei zum Beispiel die Tatsache, dass neu das Aktienkapital in Aktien eingeteilt werden kann, die einen Nennwert «grösser Null» haben) sticht eine Anpassung von grosser allgemeiner Bedeutung aus dem Reformpaket hervor. Mit der Anpassung des Artikels 725 des Obligationenrechts (OR) sind Änderungen verknüpft, welche alle Unternehmen, die sich in einer finanziell schwierigen Situation befinden, betreffen. Die mit der Führung eines solchen Unternehmens betrauten Personengruppen tun gut daran, sich mit den Anpassungen bereits frühzeitig vertieft auseinanderzusetzen.

### Drohende Zahlungsunfähigkeit

Der neue Artikel 725 OR führt in drei Bereichen zu teilweise gravierenden Anpassungen für Gesellschaften sowie zu Handlungspflichten derer Leitungsgremien. So wurde erstmalig die Pflicht zur Sicherstellung der dauernden Zahlungsfähigkeit der Unternehmung ins Gesetz aufgenommen. Die Leitungsgremien haben somit ab dem neuen Jahr die Aufgabe, die Zahlungsfähigkeit ihrer Unternehmung sicherzustellen sowie bei drohender Zahlungsunfähigkeit schnell wirksame Massnahmen umzusetzen. Der Gesetzgeber verzichtet explizit darauf, den Leitungsorganen Vorgaben bei der Überwachung der Liquiditätssituation zu machen – ja, er hat sogar die in einer Vorversion der aktuellen Gesetzesbestimmung vorgesehene Liquiditätsplanung wieder aus dem Gesetzestext entfernt. Trotzdem muss wohl festgehalten werden, dass Leitungsgremien von Gesellschaften, welche sich mit einer angespannten Liquiditätssituation konfrontiert sehen, dringend anzuraten sind, eine sinnvolle und dokumentierte Liquiditätsplanung aufzubauen, wenn diese nicht bereits schon existiert. Sollte die drohende Zahlungsunfähigkeit in eine tatsächliche Liquiditätskrise münden, werden die verantwortlichen Stellen froh sein, ihre Bemühungen zur Rettung der Gesellschaft anhand von aussagekräftigen Dokumenten nachweisen zu können. Andernfalls ist es nicht auszuschliessen, dass sich diese Personen zivilrechtlichen Schadenersatz-Ansprüchen (z.B. durch geschädigte Gläubi-

ger und gegebenenfalls anderer Stellen) ausgesetzt sehen werden.

### Prüfungspflicht einer Jahresrechnung mit einem Kapitalverlust

Wie bereits das bestehende Gesetz hält auch das neue Gesetz am Konzept des Kapitalverlusts fest. Ein Kapitalverlust tritt ein, wenn die Verluste grösser sind als 50% des Nominalkapitals (also zum Beispiel des Aktien- oder Stammkapitals) sowie der für die Ausschüttung gesperrten Reserven (in der Regel sind dies die gesetzlichen Reserven bis zu einer Höhe von 50% des Aktien- oder Stammkapitals).

Tritt nun ein solcher Kapitalverlust nach Artikel 725a OR ein, sieht bereits das aktuell noch gültige Gesetz eine Sanierungspflicht durch die Führungsgremien einer Gesellschaft vor. Dies wird sich auch im neuen Gesetz nicht ändern. Deutlich verschärfend kommt jedoch hinzu, dass Gesellschaften, welche einen solchen Kapitalverlust in der Jahresrechnung ausweisen, diese Jahresrechnung neu einer Prüfung (genauer: einer eingeschränkten Revision) zu unterziehen haben. Wenn die Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, wird diese die vorgeschriebene Prüfung vornehmen. Herausfordernder ist die Situation jedoch für die Gesellschaften, welche über keine Revisionsstelle verfügen (also ein sogenanntes Opting-out im Handelsregister eingetragen haben). Dies sind aktuell über 80% der Gesellschaften in der

Schweiz. Diese haben somit einen Prüfer zu beauftragen, welcher die notwendige Prüfung im Auftrag vornimmt. Es wird sich in Zukunft zeigen, wie einfach sich die Beauftragung eines solchen Prüfers in der Praxis gestalten wird. Auf jeden Fall sollten sich Unternehmen, welche in Gefahr geraten, in einen Kapitalverlust zu fallen, sich frühzeitig um Sanierungsmassnahmen kümmern. Sollten diese Massnahmen nicht ausreichend sein, um den Kapitalverlust zu beseitigen, müsste sich die Unternehmensführung rechtzeitig um die neu im Gesetz geforderte Prüfung bemühen.

Die Pflicht zur Prüfung von Abschlüssen mit einem Kapitalverlust beginnt zwar erst per 1. Januar 2023. Betroffen sind jedoch alle Abschlüsse, welche zu diesem Zeitpunkt nicht bereits durch die Generalversammlung genehmigt worden sind. Damit fallen auch Jahresabschlüsse mit einem Abschlussdatum von beispielsweise 30. September 2022 darunter, welche einen Kapitalverlust ausweisen und nicht per 31. Dezember 2022 durch die Generalversammlung abgenommen worden sind.

Die Frage kann oder vielmehr muss an dieser Stelle aufgeworfen werden, was bei der Nicht-Wahrnehmung dieser Prüfungspflicht mit dem Jahresabschluss passiert. Man könnte in einem ersten Moment davon ausgehen, dass die Folgen zu vernachlässigen wären. Dem ist aber nicht so. Auf der einen Seite würden sich die verantwortlichen Organe einer Unternehmung bei einer Verschlechterung der Unternehmenssituation wie bereits vorgängig dargelegt zivilrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sehen. Aber auch bei einer Rettung der Unternehmung sind die Folgen beachtlich. So sieht Artikel 731 OR vor, dass bei Fehlen eines gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungsberichts sämtliche Entscheidungen einer Generalversammlung zu Themen, welche einen Zusammenhang mit der Jahres-

rechnung haben, nichtig sind. Somit wäre eine – zwingende – Genehmigung der Jahresrechnung durch die Generalversammlung gar nicht mehr möglich. Es ist selbstredend, dass es diese Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen in jedem Falle zu verhindern gilt.

### Ein neuer Rangrücktritt

In Situationen von finanziellen Problemen ist der Rangrücktritt ein probates und vielfach eingesetztes Hilfsmittel. Dies wird auch unter der neuen gesetzlichen Ordnung so bleiben. Der Gesetzgeber hat die Gewährung eines Rangrücktritts aber verschärft. Kann unter dem bestehenden Recht aktuell noch gewählt werden, ob neben dem zurückgestellten Betrag auch (allfällige) mit dem Darlehen verbundene Zinsen dem Rangrücktritt unterliegen, wird dies ab dem neuen Jahr nicht mehr möglich sein. Die Zinsen sind dann zwingend ebenfalls dem Rangrücktritt zu unterstellen.

Diese Anpassung ist auf den ersten Blick nicht überaus dramatisch. Jedoch hat sie zur Folge, dass nach Meinung von renommierten Rechtsanwälten, vorhandene Rangrücktritte mit einer neuen, diesen Sachverhalt abdeckenden Formulierung angepasst oder aber ersetzt werden müssen. Unternehmen mit einem bestehenden Rangrücktritt sollten daher frühzeitig das Gespräch mit dem Rangrücktrittsgeber suchen und die bestehenden Rangrücktrittserklärungen anpassen.

### Fazit

«Was lange währt, wird endlich gut» – unter diesem Motto kann wohl die Aktienrechtsreform mit Beginn des nächsten Jahres abgeschlossen werden. Während die ersten beiden Pakete wohl deutlich umfassendere Anpassungen (unter anderem in der Jahresrechnung) mit sich gebracht haben, hat es dieses Schlusspaket in gewissen Details in sich. Wobei es zu beachten gilt, dass in finanziell herausfordernden Situationen gerade

diese Details sehr entscheidend sind. Unternehmensverantwortliche tun gut daran in finanziell problematischen Zeiten, und diese sind präsenter als einem lieb ist, schnell und entschlossen zu handeln. Dazu gehört es aber in jedem Fall, sich mit den gesetzlichen Vorgaben genau auszukennen. Andernfalls drohen unter Umständen auch persönlich äusserst unangenehme Konsequenzen.



**Marc Arnet**, lic. oec. HSG, diplomierter Wirtschaftsprüfer und IAS/IFRS Accountant, MAS in Economic Crime Investigation ist Mandatsleiter im Bereich Wirtschaftsprüfung. Als von der eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde zugelassener Revisionsexperte prüft und berät er Unternehmen auf nationaler und internationaler Ebene sowie Organisationen der öffentlichen Hand. Seit 2013 ist er Mitglied der Subkommission «Eingeschränkte Revision» von EXPERTsuisse.

[marc.arnet@mattig.ch](mailto:marc.arnet@mattig.ch)

**& MATTIG  
SUTER &  
PARTNER**

Fachforum  
Eine Dienstleistung des KSGV.CH

Publireportage