

OR 725: Gestiegene Finanzverantwortung aus Sicht der Unternehmensleitung

Das seit dem 1. Januar 2023 in Kraft getretene Aktienrecht enthält diverse Neuerungen für Kapitalgesellschaften. Aus Sicht der Unternehmensleitung dürfte vor allem die gestiegene Finanzverantwortung von wesentlichem Interesse sein. Nachfolgend werden die drei wichtigsten Änderungen erläutert.



Daniela Salkim

Das revidierte Aktienrecht sollte mit ihren zahlreichen Neuregelungen vor allem den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen angepasst werden. Es bietet zahlreiche Regelungen für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und weitere Gesellschaftsformen. Für den Verwaltungsrat gelten ab 2023

neue Bestimmungen, welche seine Finanzverantwortung vor allem bei Sanierungen erhöhen. Um die Interessen der Gläubiger zu schützen, muss der Verwaltungsrat von nun an nicht nur im Falle eines Kapitalverlusts (Art. 725a OR) oder einer Überschuldung (Art. 725b OR) mit der nötigen Eile (siehe nachfolgenden Auszug) reagieren, sondern auch bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (Art. 725 OR).

→ Was ist aber unter «mit der gebotenen Eile» zu verstehen?

Gemäss Auszug aus der Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrechts):

«... Dabei kann an die vom Bundesgericht zum Konkursaufschub entwickelte Praxis angeknüpft werden, wonach dem VR die nötige Zeit für die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und ggf. deren Vorlage zuhanden der Generalversammlung zu gewähren ist, sofern begründete Aussicht auf wirksame und ausreichende Massnahmen besteht. Ansonsten aber besteht kein Raum für Verzögerungen und der VR hat wie bisher unverzüglich zu handeln.» (BBI 2017 576)

Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die Unternehmensleitung hat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zur Finanzkontrolle (siehe Abbildung 1). Neu verpflichtet Art. 725 OR die Unternehmensleitung,

stets die Liquiditätslage ihrer Gesellschaft zu überwachen und bei drohender Illiquidität entsprechende Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen.

Eine drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner über einen länger anhaltenden Zeitraum voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Ein vorübergehender Liquiditätsengpass stellt somit nicht gleich eine Zahlungsunfähigkeit dar.

Es sei hier kurz darauf hingewiesen, dass, obwohl der Gesetzgeber das Erstellen einer Liquiditätsplanung nicht (mehr) im Gesetz aufgeführt hat, die Kontrolle der Zahlungsfähigkeit ohne eine solche Planung praktisch unmöglich ist. Die Anforderungen hinsichtlich Detaillierungsgrad einer Liquiditätsplanung hängen aber wesentlich von der entsprechenden Unternehmensgrösse und der Komplexität des Geschäfts ab. Folglich kommt einer sauberen Dokumentation (z. B. in Form einer Liquiditätsplanung, eines Budgets, von VR-Protokollen) im Zusammenhang mit den beschlossenen bzw. umgesetzten Massnahmen eine grosse Bedeutung zu. Sollte im Falle einer späteren Überschuldung (siehe Art. 725b OR) nachgewiesen werden können, dass der VR seine Pflichten vernachlässigt hat, kann deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des VR begründen.

Kapitalverlust und Sonderregeln zum «Opting-out»

Zeigt die letzte Jahresrechnung, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht rückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts. Anders als nach dem bisherigen Recht, muss der Verwaltungsrat nur dann eine Sanierungsgeneralversammlung einberufen, wenn die Massnahmen in der Kompetenz der GV liegen

(Art. 725a Abs. 1 OR). Auch in diesem Fall ist der Verwaltungsrat gut beraten, die geplanten und umgesetzten Massnahmen sowie deren Ergebnisse nachvollziehbar und sauber zu dokumentieren.

Eine Gesellschaft im Opting-out (also ohne Revisionsstelle), deren Jahresrechnung einen häftigen Kapitalverlust aufweist, muss die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung einer eingeschränkten Revision durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor unterziehen lassen (Art. 725a Abs. 2 OR). Der Verwaltungsrat ernennt diese Person. In der Praxis wird die Suche nach einem zugelassenen Prüfer höchstwahrscheinlich recht anspruchsvoll werden. Aus diesem Grund sollten sich Unternehmen, welche Gefahr laufen, in einen Kapitalverlust zu fallen, frühzeitig um Sanierungsmassnahmen kümmern. Sollten die ersten Sanierungsmassnahmen nicht ausreichend sein, um den Kapitalverlust zu beseitigen, müsste sich die Unternehmensleitung rechtzeitig um die neu im Gesetz geforderte Prüfung bemühen.

Die Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung mit einem Kapitalverlust gilt zwar erst ab dem 1. Januar 2023, betroffen sind aber bereits alle Jahresabschlüsse, welche zu diesem Zeitpunkt nicht durch die Generalversammlung

genehmigt worden sind. Das bedeutet beispielsweise, dass Abschlüsse mit Bilanzstichtag per 30. September 2022 darunterfallen, wenn die Jahresrechnung einen Kapitalverlust ausweist und diese per 31. Dezember 2022 noch nicht durch die Generalversammlung abgenommen wurde.

In der Praxis kommt manchmal die Frage auf, was bei einem Versäumnis dieser Prüfungspflicht mit dem Jahresabschluss geschieht. Man könnte zwar in einem ersten Augenblick vielleicht davon ausgehen, dass die Folgen zu vernachlässigen wären, aber dem ist nicht so. Dieser Auffassung ist auch das Institut für die Eingeschränkte Revision (SIFER) von TREUHAND | SUISSE. Denn auf der einen Seite würden sich die verantwortlichen Organe eines Unternehmens bei einer Verschlechterung der Unternehmenssituation wie bereits vorgängig dargelegt zivilrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sehen. Aber auch bei einer erfolgreichen Sanierung des Unternehmens sind die Folgen wesentlich. So sieht Art. 731 OR vor, dass bei Fehlen eines gesetzlich vorgeschriebenen Prüfungsberichts sämtliche Entscheidungen einer Generalversammlung zu Themen, welche einen Zusammenhang mit der Jahresrechnung haben, nichtig sind. Somit wäre die Abnahme der Jahresrechnung sowie allfälliger Gewinnverwendungen durch die Generalversammlung gar nicht mehr mög-

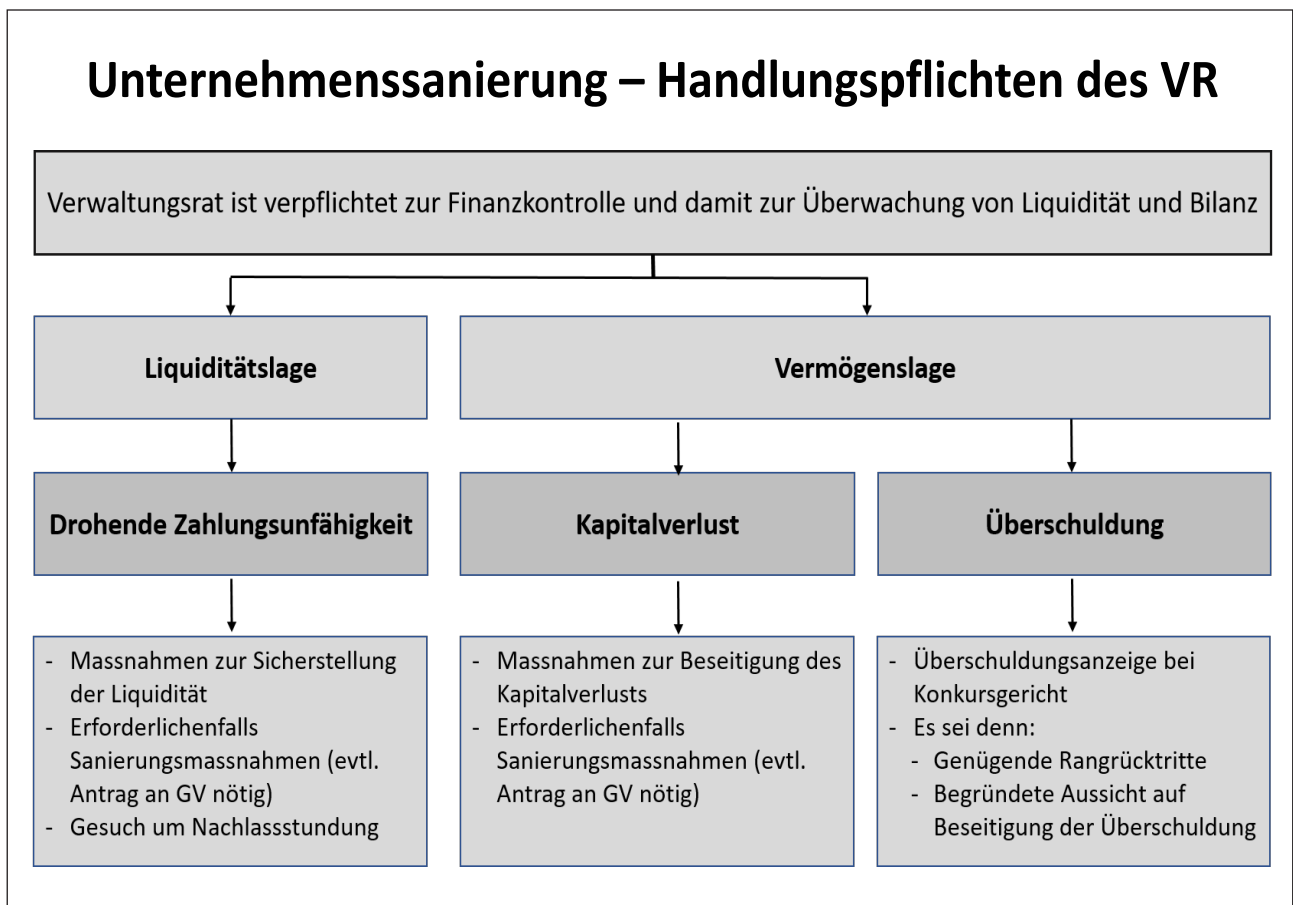


Abbildung 1: Finanzverantwortung des Verwaltungsrats
(Quelle: Broschüre «Das revidierte Aktienrecht», Seite 14, Ausgabe 2021 von EXPERTsuisse),

lich. Es erscheint daher mehr als ratsam, diese Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen in jedem Falle zu verhindern.

Überschuldung

Die Definition der Überschuldung bleibt durch die Aktienrechtsrevision unverändert (Art. 725b OR). Somit gilt, dass wenn begründete Besorgnis besteht, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, ein Zwischenabschluss zu erstellen ist. Dabei hält das revidierte Aktienrecht fest, dass bei Vermutung der Unternehmensfortführung auf einen Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden kann, sofern der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Falls die Annahme der Fortführung nicht besteht, genügt der Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten.

Wie beim Kapitalverlust sind die Zwischenabschlüsse (zu Fortführungs- und/oder Veräusserungswerten) in jedem Fall durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor bzw. eine zugelassene Revisorin zu prüfen. Diese Person wird wie im Falle eines Kapitalverlusts durch den Verwaltungsrat gewählt. Ist die Gesellschaft gemäss beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, muss das Gericht benachrichtigt werden. Die neuen Gesetzesbestimmungen sehen vor, dass der Verwaltungsrat auf die Benachrichtigung des Gerichts verzichten kann, wenn im Ausmass der Überschuldung Rangrücktritte über den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen vorliegen oder «begründete Aussicht» auf Sanierung innerhalb von spätestens 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse besteht und es nicht zu einer zusätzlichen Gefährdung von Gläubigerforderungen kommt (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR).

Darüber hinaus ist zu beachten, dass in Zukunft die Überschuldungsanzeige durch Rangrücktritt nur abgewendet werden kann, wenn der Gläubiger nicht nur die Darlehensverbindlichkeiten, sondern auch die verfallenen und zukünftigen Zinsen subordiniert (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Falls nicht schon so vereinbart, hat die Gesellschaft zwei Jahre Zeit, die bestehenden Rangrücktrittserklärungen zu erneuern.

Fazit

Das revidierte Aktienrecht setzt im Zusammenhang mit Sanierungsfällen neu die Liquidität der Gesellschaft in den Mittelpunkt. Der Verwaltungsrat hat die Aufgabe, die Liquidität der Gesellschaft laufend zu überwachen. Soweit begründete Besorgnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht, ist die Unternehmensleitung verpflichtet, geeignete Massnahmen zur Sicherstellung der Liquidität zu ergreifen und wenn nötig zusätzliche Sanierungsmassnahmen einzuleiten. Weiterhin erscheint es für Gesellschaften im Opting-out aufgrund der neuen Pflicht zur Prüfung der Jahresrechnung im Falle von Art. 725a OR resp. Art. 725b OR sehr empfehlenswert, wenn möglich allfällige Kapitalverluste oder eine allfällige Überschuldung noch im laufenden Geschäftsjahr zu beseitigen, zumal die Organisation eines zugelassenen Revisors bzw. einer zugelassenen Revisorin unter den gegebenen Voraussetzungen relativ schwierig sein dürfte.

Daniela Salkim, dipl. Wirtschaftsprüferin, Geschäftsführerin der Swiss Quality & Peer Review AG, Bern, www.sqpr.ch, Leiterin Wirtschaftsprüfung, Premium Audit & Consulting GmbH, Thalwil, [www.premiumaudit.ch daniela.salkim@premiumaudit.ch](mailto:daniela.salkim@premiumaudit.ch)