

# Aktienrechtsrevision: Änderungen betreffend Kapitalverlust und Überschuldung

Die am 19. Juni 2020 verabschiedete Aktienrechtsrevision, welche voraussichtlich im 2023 in Kraft treten wird, enthält Neuerungen für Kapitalgesellschaften. Neu muss der Verwaltungsrat nicht nur im Falle eines Kapitalverlustes (Art. 725a nOR) oder einer Überschuldung (Art. 725b nOR) mit der nötigen Eile reagieren, sondern auch bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft (Art. 725 nOR).



Daniela Salkim

Zahlreiche Unternehmen verzeichnen im Laufe ihrer Firmengeschichte vorübergehend Verluste. Sei es bei Start-ups in der Investitionsphase, wenn meistens noch keine grossen Umsätze, aber dafür überwiegend Kosten anfallen, oder auch später, beispielsweise als Folge einer Rezession. Um Gläubiger zu schützen, regelt

das Schweizer Obligationenrecht in Artikel 725, was bei einer Verlustsituation eines Unternehmens zu tun ist.

Die Aktienrechtsrevision unterteilt die Situationen und Massnahmen bei notleidenden Unternehmen neu, nämlich:

Art. 725 nOR	Drohende Zahlungsunfähigkeit;
Art. 725a nOR	Kapitalverlust;
Art. 725b nOR	Überschuldung;
Art. 725c nOR	Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen.

Als Verwaltungsrat oder Inhaber eines Unternehmens ist es entscheidend, dass die vorgeschriebenen Abläufe bekannt sind, da bei Missachtung eine Verantwortlichkeitsklage nach Artikel 754 ff. OR droht und möglichenfalls mit dem Privatvermögen gehaftet wird. Nachfolgend werden die einzelnen Themengebiete näher erörtert.

## Pflichten des VR bei drohender Zahlungsunfähigkeit

Nach geltendem Recht wird dem Verwaltungsrat erst bei einem Kapitalverlust eine konkrete Handlungspflicht auferlegt. Das neue Aktienrecht dagegen verpflichtet den Verwaltungsrat ausdrücklich zur Überwachung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und bei drohender Zah-

lungsunfähigkeit zur Handlung mit der gebotenen Eile (Art. 725 nOR). Darüberhinausgehende Sanierungsmassnahmen müssen der Generalversammlung nur unterbreitet werden, wenn diese in deren Zuständigkeit fallen (z. B. Kapitalerhöhungen). Zusätzlich weist der Gesetzgeber explizit auf die Möglichkeit der Nachlassstundung hin.

Was ist aber unter «mit der gebotenen Eile» zu verstehen? Anbei ein 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 GV 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.*»<sup>1</sup> Es wird weitergehend darauf hingewiesen, dass dieser Pflicht im Falle einer späteren Überschuldung (siehe Art. 725b) eine besondere Bedeutung zukommt, da deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des VR begründen kann.

## Keine zwingende Einberufung einer Sanierungsgeneralversammlung

Zeigt die letzte Jahresrechnung, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts. Die Pflicht der unverzüglichen Einberufung einer Generalversammlung durch den Verwaltungsrat bei hälftigem Kapitalverlust gemäss aktuell geltendem Recht wird aufgeweicht, da die Einbe-

<sup>1</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechtes vom 23. November 2016, S. 576.

rufung einer Sanierungsgeneralversammlung nicht mehr zwingend ist, sofern die Massnahmen nicht in der Kompetenz der Generalversammlung liegen (Art. 725a Abs. 1 nOR).

Dafür hat aber eine Gesellschaft mit Opting-out (also ohne Revisionsstelle), die einen hälftigen Kapitalverlust aufweist, in Zukunft ihre letzte Jahresrechnung zwingend der eingeschränkten Revision zu unterziehen (Art. 725a Abs. 2 nOR). Der Verwaltungsrat ernennt in diesem Fall den zugelassenen Revisor.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die «Ernennung» eines zugelassenen Revisors durch den Verwaltungsrat in der Praxis ablaufen soll, da dieser gemäss heutigem Rechtsverständnis keine Revisionsstelle als Organ ernennen darf.

Die Revisionspflicht nach Art. 725a Abs. 2 nOR entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.

### **Nicht rückzahlbare gesetzliche Reserven zur Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts**

Unter geltendem Recht ist unklar, ob für die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts 50 % der gesamten oder nur der gesperrten gesetzlichen Reserven zu berücksichtigen sind. Mit der Aktienrechtsrevision wird diese Unklarheit geklärt. Nach Art. 725a nOR gilt als hälftiger Kapitalverlust in Zukunft, wenn bei der letzten Jahresrechnung die Hälfte von Aktien – und Partizipationskapital und den nicht ausschüttbaren gesetzlichen Reserven ungedeckt ist. Anders als im geltendem Recht wird zukünftig klar sein, dass für die Berechnung anstelle der gesamten gesetzlichen Reserven nur die nicht ausschüttbaren gesetzlichen Reserven berücksichtigt werden müssen (Art. 725a Abs. 1 nOR).

### **90-tägige Frist bis zur Überschuldungsanzeige**

Die Definition der Überschuldung bleibt durch die Aktienrechtsrevision unverändert (Art. 725b nOR). Jedoch muss in Zukunft der Zwischenabschluss bei begründeter Besorgnis der Überschuldung – anders als heute – «nur» dann zu Fortführungs- und Veräusserungswerten erstellt werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist. Falls die Annahme der Fortführung nicht besteht, genügt der Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten. Wenn die begründete Vermutung der Fortführung besteht und der entsprechende Zwischenabschluss keine Überschuldung zeigt, kann auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden (Art. 725a Abs. 1 und 2 nOR). Der Verwaltungsrat lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch – einen von ihm ernannten – zugelassenen Revisor prüfen.

Die Überschuldungsanzeige beim Gericht muss spätestens 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse erfolgen, wenn keine Aussicht besteht, dass die Überschuldung in dieser Zeit behoben werden kann.

Zu beachten ist darüber hinaus, 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 nOR).

### **Schlussbetrachtung**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das revidierte Aktienrecht mit den Bestimmungen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit eine neue Bedingung enthält, welche bestimmte Handlungspflichten für den Verwaltungsrat auslöst und zwar unabhängig von der bestehenden Eigenkapitalsituation. Für die Revisionsstelle bleibt die Überprüfung der Fortführungsfähigkeit und folglich auch der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Überprüfung der begründeten Besorgnis einer Überschuldung weiterhin ein zentrales Element. Sollte die Fortführungsfähigkeit nicht mehr gegeben sein, so ist nur noch die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten massgebend, was häufig zu einer Überschuldung der Gesellschaft führen dürfte.

---

*Daniela Salkim, dipl. Wirtschaftsprüferin, Vizedirektorin SQPR AG, Bern, [www.sqpr.ch](http://www.sqpr.ch), Leiterin Wirtschaftsprüfung, Audit Treuhand AG, Horgen, [www.audit-treuhand.ch](http://www.audit-treuhand.ch), [daniela.salkim@audit-treuhand.ch](mailto:daniela.salkim@audit-treuhand.ch)*