



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X

Die aktienrechtliche Sanierung



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X

Die aktienrechtliche Sanierung

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020
ISBN 978-3-7255-8196-2

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – ein Überblick	7
<i>Dr. iur. Oliver Kälin, Rechtsanwalt, LL.M., kaelin.legal, Zürich</i>	
Unternehmenssanierungen durch Kapitalveränderungen	27
<i>Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz, Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Bern</i>	
Alles Gute kommt von oben – Rechts- und Steuerprobleme bei Zuschüssen und Aktionärsdarlehen	45
<i>lic. iur. Tanja Luginbühl, Rechtsanwältin, LL.M., Partnerin bei Lenz & Staehelin, Zürich, lic. iur. Stephan Brandner, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Counsel bei Lenz & Staehelin, Zürich, und lic. iur. Anja Affolter Marino, Rechtsanwältin, Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
Der Rangrücktritt – ein Tour d'Horizon	75
<i>lic. iur. Thomas Rohde, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich</i>	
Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, Übertragung von Aktiven, Forderungsverzicht, Genuss- und Besserungsschein	109
<i>lic. iur. Moritz Maurer, Rechtsanwalt, LL.M., Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	
Sanierung von Unternehmen	131
<i>Dr. iur. Giorgio Meier-Mazzucato, dipl. Treuhandexperte, dipl. Steuerexperte, Fachmann Finanz- und Rechnungswesen mit eidg. FA, Revisionsexperte eidg. Revisionsaufsichtsbehörde, Partner ITERA Corporate Finance, Bezirksrichter am Zivil- und Strafgericht Aarau</i>	

Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – ein Überblick

Oliver Kälin*

Inhalt

I.	Einleitung	8
1.	Revision der Sanierungsbestimmungen: Was bisher geschah	8
2.	Stossrichtung der Revision	10
II.	Übersicht: Chancen der aktienrechtlichen Sanierung	11
1.	Sanierungsbestimmungen im geltenden Aktienrecht	11
2.	Handlungsschwellen	11
3.	Handlungserfordernis des Verwaltungsrats vor hälftigem Kapitalverlust	12
4.	Sanierungsvorbereitung durch den Verwaltungsrat	13
5.	Sanierungsmassnahmen des Verwaltungsrats	13
a)	Sofortmassnahmen	14
b)	Längerfristige Sanierungsmassnahmen	15
6.	Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung	16
III.	Sanierung nach Überschuldung: Risiken der aktienrechtlichen Sanierung	17
1.	Heikle Phase für den Verwaltungsrat	17
2.	Zeitpunkt und Umfang der Überschuldung	18
3.	Rangrücktritt und Toleranzfrist	19
4.	Gefahr der Konkursverschleppung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats	20
5.	Sanierung mittels Nachlassstundung	21
6.	Vorteile der Nachlassstundung gegenüber der aktienrechtlichen Sanierung	22
IV.	Schlussbetrachtung	24
	Literatur- und Materialienverzeichnis	24

* Der Autor dankt lic. iur. Philip Talbot, Leitender Gerichtsschreiber und Ersatzrichter am Konkurs- und Nachlassgericht Zürich, für die hilfreiche Durchsicht des Manuskripts.

I. Einleitung

Die sogenannte grosse Aktienrechtsrevision dauert seit über 10 Jahren an und ein Ende ist in Sicht. Der erste Teil des Aufsatzes zeigt dazu die bisherige Entwicklung der Sanierungsbestimmungen. Das geplante Gesetz stellt nicht mehr nur auf die Bilanzgrössen Kapitalverlust und Überschuldung ab, sondern berücksichtigt die Liquidität der Gesellschaft. Art. 725 f. OR werden erweitert und ein neuer Artikel soll eingeschoben werden: Der Verwaltungsrat ist bei drohender Zahlungsunfähigkeit aufgefordert zu handeln. Diese Berücksichtigung der Liquidität stellt die wesentliche Neuerung der revidierten Sanierungsbestimmungen dar.

Im zweiten Teil des Aufsatzes geht es um die Chancen der aktienrechtlichen Sanierung. Der typische Ablauf einer Sanierung wird aus Sicht des Verwaltungsrats aufgezeigt. Dabei stellen wir fest, dass die meisten Sanierungsmassnahmen nicht im Aktienrecht geregelt sind, sondern im allgemeinen Teil des Obligationenrechts (woran die Aktienrechtsrevision nichts ändert).

Der dritte Teil handelt von der Sanierung nach Eintritt der Überschuldung und von den Risiken für den Verwaltungsrat. Zudem wird die aktienrechtliche Sanierung von ihrer Konkurrentin abgegrenzt: Der Sanierung nach den Nachlassbestimmungen des SchKG (Art. 293 ff. SchKG).

1. Revision der Sanierungsbestimmungen: Was bisher geschah¹

Die erste Botschaft zur Aktienrechtsrevision veröffentlichte der Bundesrat vor über 10 Jahren am 21. Dezember 2007.² Die aktienrechtlichen Bestimmungen und die Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung sollten neu gefasst werden.

Wenig später, am 26. Februar 2008, kam die sogenannte Abzocker-Initiative zu Stande³ und die Revision wurde gestoppt.

Dann passierte zweierlei: (1) Das SchKG wurde ebenfalls revidiert und die Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) wurden überarbeitet. Der Bundesrat legte die Botschaft zum SchKG-Sanierungsrecht am 8. September 2010 auf.⁴ Die neuen Bestimmungen galten ab dem 1. Januar 2014. (2) Die Rechtskommissionen von National- und Ständerat verlangten vom Bundesrat, die Botschaft zum SchKG-Sanierungsrecht zu ergänzen und dazu einen Bericht und einen Antrag über

¹ Stand September 2019.

² Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, BBl 2008, 1589 ff.; Gesetzesentwurf ab 1751.

³ Volksinitiative „gegen die Abzockerei“; Bekanntmachung vom 2. April 2008 (BBl 2008, 2577 f.).

⁴ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6455 ff.

ein umfassendes Sanierungsverfahren im Obligationenrecht vorzulegen.⁵ Der Bundesrat berief dazu im Jahr 2013 eine Expertenkommission ein.⁶ Gleichzeitig trennte das Parlament die Revision des Aktienrechtsteils von der Revision des Rechnungslegungsteils und setzte den revidierten Rechnungslegungsteil per 1. Januar 2013 in Gültigkeit.⁷ Den Aktienrechtsteil liess das Parlament im Entwurf stehen.

Am 3. März 2013 nahm das Schweizer Stimmvolk die Abzocker-Initiative an. Am 1. Januar 2014 setzte der Bundesrat die Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) in Kraft (Art. 33 VegüV).

Unterdessen lief die Aktienrechtsrevision weiter und die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren wurden geändert. Insbesondere mussten Handlungspflichten für die Verwaltungsratsmitglieder bei drohender Zahlungsunfähigkeit eingeführt werden. Der Verwaltungsrat sollte die gesetzliche Aufgabe erhalten, die Liquidität der Gesellschaft zu überwachen.⁸

Der Vorentwurf des revidierten Aktienrechts wurde am 28. November 2014 auf der Webseite des Bundesamts für Justiz veröffentlicht und in die Vernehmlassung geschickt.⁹ Gleichentags veröffentlichte der Bundesrat einen erläuternden Bericht.¹⁰ Am 23. November 2016 publizierte der Bundesrat den Entwurf und die Botschaft zur Aktienrechtsrevision.¹¹ Die Bestimmungen über das Sanierungsverfahren des Vorentwurfs (Art. 725 ff. OR) wurden gekürzt in den Entwurf 2016 übernommen.

Am 14. und 15. Juni 2018 wurde der Entwurf 2016 im Nationalrat diskutiert und verabschiedet, wobei der Nationalrat die Bestimmungen Art. 725 ff. OR nochmals änderte. Der Ständerat schickte den Entwurf am 11. Dezember 2018 an seine vorberatende Kommission zurück und erteilte ihr den Auftrag, die Vorlage zu verschlanken.¹² Die Bestimmungen über das Sanierungsrecht waren dabei aber nicht mehr Thema. Am 19. Juni 2019 beriet der Ständerat die Empfehlungen der Kommission erneut. Am 26. September 2019 verschob der Ständerat die weitere Diskussion bis nach den Parlamentswahlen.

⁵ Motion 12.3403 vom 21. Mai 2012 (Ständerat); Motion 12.3654 vom 26. Juni 2012 (Nationalrat).

⁶ Erläuternder Bericht vom 28. November 2014, 51; Botschaft Aktienrecht 2016, BBI 2017, 462.

⁷ Zusammen mit der Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung vom 21. November 2012 (VASR).

⁸ Siehe erläuternder Bericht vom 28. November 2014, 138 f.; Botschaft Aktienrecht 2016, BBI 2017, 463, 670.

⁹ <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14.html>>.

¹⁰ <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>>.

¹¹ Botschaft Aktienrecht 2016, BBI 2017, 399 ff.

¹² SCHÖCHLI HANSUELI, Der Ständerat schickt die Aktienrechtsrevision zurück in die Werkstatt, NZZ vom 11. Dezember 2018, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/aktienrecht-zurueck-in-die-werkstatt-ld.1443909>>.

2. Stossrichtung der Revision

Derzeit gilt immer noch das OR-Sanierungsrecht aus dem Jahr 1991.¹³ Bestimmungen zur Liquidität der Gesellschaft enthält das Aktienrecht keine. Der Gesetzgeber von damals hat allerdings nicht verkannt, dass Zahlungsunfähigkeit den Konkurs der Gesellschaft ebenso bewirkt wie die Überschuldung. Er überliess den Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit indessen dem SchKG.¹⁴ Aufgrund der Bedeutung der Zahlungsfähigkeit für die Fortführung eines Unternehmens soll das neue Aktienrecht diesbezügliche Regeln enthalten und besser auf das SchKG-Sanierungsverfahren abgestimmt werden.¹⁵

Die Versionen der Art. 725 ff. OR seit dem ersten Entwurf 2007 unterscheiden sich zwar, die Stossrichtung der Revision zeichnet sich aber ab. Ein Vergleich der verschiedenen Art. 725 ff. OR zeigt folgende Änderungen:

- Der Verwaltungsrat wird neu gesetzlich verpflichtet, die Liquidität zu überwachen (E-Art. 725 Abs. 1 OR/NR 2018)¹⁶. Zudem muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer herannahenden Zahlungsunfähigkeit einen Liquiditätsplan erstellen.
- In den geltenden Art. 725 f. OR werden Sanierungsmassnahmen des Verwaltungsrats nicht erwähnt. Im Entwurf des Nationalrats wird der Verwaltungsrat verpflichtet, Massnahmen zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen.
- Die Handlungsschwelle des Verwaltungsrats bei Kapitalverlust soll nicht erst erreicht sein, wenn die Aktiven die Hälfte des Aktienkapitals und der Reserven nicht mehr decken, sondern bereits, wenn zwei Drittel nicht mehr gedeckt sind.
- Die Toleranzfrist bei eingetretener Überschuldung wurde im Entwurf 2007, im Vorentwurf 2014 und im Entwurf 2017 auf 90 Tage festgelegt. Der Nationalrat hat diese Zahl gestrichen und sieht eine „angemessene Frist“ vor.¹⁷ Damit würde bezüglich der Toleranzfrist wieder die heutige Regelung gelten.
- Der Entwurf des Nationalrats verweist in einem neuen E-Art. 725 Abs. 1^{bis} OR/NR 2018 auf die Nachlassstundung in Art. 293 ff. SchKG. Der Verwaltungs-

¹³ Siehe Botschaft Aktienrecht 1991, BBl 1983 II 985 f. (Gesetzesentwurf).

¹⁴ „Für die Aktiengesellschaft gelten zwei Konkursgründe: Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Jener ist im SchKG, dieser im Aktienrecht geregelt.“ (Botschaft Aktienrecht 1991, BBl 1983 II 926).

¹⁵ Siehe Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 465 („komplementär“).

¹⁶ Siehe <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlung-en?SubjectId=43644>>.

¹⁷ VE-Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR 2014; E-Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR 2016; E-Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR/NR 2018.

rat hat nicht nur die Aufgabe, das Überleben der Gesellschaft aus eigener Kraft zu sichern, sondern soll – wenn nötig – die Hilfe des Staates in Anspruch nehmen.¹⁸

II. Übersicht: Chancen der aktienrechtlichen Sanierung

1. Sanierungsbestimmungen im geltenden Aktienrecht

Mit dem Begriff der „aktienrechtlichen Sanierung“ sind die Bestimmungen in Art. 620 ff. OR gemeint, in denen es um die Sanierung geht. Wichtigste Bestimmung für den Verwaltungsrat im geltenden Recht ist Art. 725 OR. Die Folgebestimmung, Art. 725a OR, richtet sich hingegen an das Gericht. Art. 725a OR regelt zum einen, dass das Gericht den Konkurs eröffnet, wenn der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige einreicht (Art. 192 SchKG); zum anderen regelt die Bestimmung, dass das Gericht die Konkurseröffnung aufschieben kann, falls Aussicht auf Sanierung besteht. Die praktische Bedeutung des Konkursaufschubs ist heute allerdings gering.¹⁹ Er soll aus dem Gesetz gestrichen und in die Bestimmungen über die Nachlassstundung integriert werden.²⁰

Weitere Sanierungsbestimmungen sind im Aktienrecht verstreut vorhanden: (a) Art. 670 OR, wo es um die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen zur Beseitigung der Unterbilanz geht; (b) Art. 671 Abs. 3 OR, der von der Verwendung der allgemeinen Reserve handelt²¹ und (c) Art. 735 OR über die Kapitalherabsetzung zur Beseitigung der Unterbilanz. Im weiteren Sinn zu den Sanierungsbestimmungen zählt Art. 728c Abs. 3 OR, der die Anzeigepflicht der Revisionsstelle bei offensichtlicher²² Überschuldung normiert.

2. Handlungsschwellen

Art. 725 OR legt zwei Schwellen fest, bei deren Erreichen der Verwaltungsrat handeln muss: Der hälftige Kapitalverlust bildet die erste Schwelle, die zweite Schwelle ist die begründete Besorgnis der Überschuldung.

¹⁸ Siehe <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlung-en?SubjectId=43644>>.

¹⁹ Siehe den Überblick bei KÄLIN, Rz 655 ff.

²⁰ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 465 f.

²¹ Was allerdings nicht für Holdinggesellschaften gilt (Art. 671 Abs. 4 OR).

²² Zur Frage, wann Offensichtlichkeit vorliegt ZK-EBERLE/LENGAUER, Art. 728c N 89.

Ein hälftiger Kapitalverlust liegt vor, wenn der Wert des Gesellschaftsvermögens tiefer ist als die Summe aus hälftigem Aktienkapital und der Hälfte der Reserven.²³ Beträgt das Aktienkapital einer Gesellschaft z.B. 100 und die Reserven sind 20, liegt der hälftige Kapitalverlust vor, wenn das Gesellschaftsvermögen den Wert 60 erreicht.²⁴

Tritt der hälftige Kapitalverlust ein, muss der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen die Eigentümer (Aktionäre) informieren. Dazu beruft der Verwaltungsrat eine ausserordentliche Generalversammlung ein, die sogenannte Sanierungsversammlung, und beantragt den Aktionären Sanierungsmassnahmen (Art. 725 Abs. 1 OR). Naturgemäss kann der Verwaltungsrat nur solche Sanierungsmassnahmen beantragen, die in die Kompetenz der Generalversammlung fallen. Das sind diejenigen Massnahmen, die das Eigenkapital der Gesellschaft verändern. Also Kapitalherabsetzung, Kapitalschnitt oder Kapitalerhöhung. Durch die Veränderung des Eigenkapitals kann zwar erreicht werden, dass die Gesellschaft finanziell saniert wird. Die drohende Überschuldung und ein hälftiger Kapitalverlust verschwinden rechnerisch, wenn das Eigenkapital der Gesellschaft genügend erhöht wird. Die Bilanz zeigt dann eine gesunde Gesellschaft. Nachhaltig saniert ist sie damit aber kaum.²⁵ Dabei kommt es auf den Grund an, weshalb die Gesellschaft in die Krise gerutscht ist: Oft deshalb, weil ihr Betrieb längerfristig Verluste erwirtschaftet. In so einem Fall nützen Bilanzbereinigungen und sogar Finanzspritzen wenig. Bleibt der Betrieb defizitär, kommt es wieder zu einer Unterbilanz und das zugeführte Geld verbrennt wirkungslos. Daher gelingt die Sanierung regelmässig nur, wenn auch betriebliche Massnahmen umgesetzt werden. Dazu gehören u.a. arbeitsrechtliche Massnahmen (z.B. Entlassungen, Kurzarbeit, Einstellungsstopp), Lieferantenwechsel, Lagerabbau, Verlegung des Standorts, Schliessen von Filialen.

3. Handlungserfordernis des Verwaltungsrats vor hälftigem Kapitalverlust

Es ist die Aufgabe des Verwaltungsrats, möglichst früh und vor Erreichen des hälftigen Kapitalverlusts zu sanieren. Darüber besteht allgemeine Einigkeit.²⁶ Der genaue Zeitpunkt ist indessen nicht geklärt und liegt auf der Zeitachse irgendwo zwischen dem Beginn der Krise und dem Eintritt des hälftigen Kapitalverlusts. Selbst dieser Rahmen bleibt aber ungenau. Eine Definition der Krise fehlt und der Kriseneintritt ist daher nicht klar bestimmbar.²⁷

²³ KÄLIN, Rz 434; siehe Botschaft Aktienrecht 1991, BBl 1983 II 894.

²⁴ Nach geplantem Recht wäre der massgebende Kapitalverlust bereits beim Wert 80 erreicht (zwei Drittel von 120; E-Art. 725a Abs. 1 OR 2016 [BBl 2017, 719]).

²⁵ Siehe BK-NOBEL, § 9 N 128; BSK DBG-HELBING/FELBER, Art. 67 N 60.

²⁶ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 402; BÖCKLI, § 13 Rz 749d; KÄLIN, Rz 267.

²⁷ Zur Schwierigkeit, die Krise in einen Tatbestand zu fassen KÄLIN, Rz 244 ff.

Die (geltenden wie geplanten) aktienrechtlichen Bestimmungen äussern sich nicht darüber, wann der Verwaltungsrat mit der Sanierung beginnen soll. Ebenso wenig sagen sie, wie der Verwaltungsrat eine Sanierung angeht und welche Massnahmen er sinnvollerweise einsetzt.

Daraus folgt die Erkenntnis, dass das Aktienrecht für die Sanierung kaum Hilfe bietet – abgesehen von den einzelnen Bestimmungen über die Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen und die Verwendung der Reserve (Art. 670 und Art. 671 Abs. 3 OR). Die Sanierungsbestimmungen des Aktienrechts schützen so zwar die Aktionäre, enthalten aber keine Anleitung für den Verwaltungsrat, wie er sanieren soll.

4. Sanierungsvorbereitung durch den Verwaltungsrat

Der Verwaltungsrat beginnt die Sanierung meist damit, dass er einen (ungeprüften) Zwischenabschluss und einen Liquiditätsplan erstellt. Anlässlich des Zwischenabschlusses wird die Bilanz bereinigt. Dazu gehören Wertberichtigungen von Aktiven (z.B. des Warenlagers und von Forderungen).²⁸ Zudem stellt sich die Frage, ob die Gesellschaftsaktiven weiterhin zu Fortführungswerten oder – aufgrund von Art. 958a Abs. 2 OR – zu Liquidationswerten zu bilanzieren sind. Die Antwort hängt davon ab, wie der Verwaltungsrat die Entwicklung in den nächsten 12 Monaten realistisch beurteilt. Dieser Beurteilung dient unter anderem der Liquiditätsplan (neben z.B. Budget und Einschätzung des zu erwartenden Geschäftsgangs). Besteht die Absicht, die Gesellschaft zu sanieren und ist eine erfolgreiche Sanierung grundsätzlich denkbar, wird der Verwaltungsrat zu Fortführungswerten bilanzieren. Selbst wenn aber Liquidationswerte in die Bilanz eingesetzt werden, ist die Gesellschaft nach dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR erst überschuldet, wenn sie nach beiden Werten überschuldet ist, d.h., wenn die Aktiven die Gesellschaftsschulden in beiden Fällen nicht mehr decken. Die Gesellschaft ist im gesetzlichen Sinn nicht überschuldet, wenn die Aktiven das Fremdkapital nach Liquidationswerten zwar nicht mehr decken, nach Fortführungswerten hingegen schon (oder umgekehrt).

5. Sanierungsmassnahmen des Verwaltungsrats

Im zweiten Schritt geht es nach der Bilanzbereinigung um betriebliche und finanzielle Sanierungsmassnahmen. Der Verwaltungsrat muss diejenigen Massnahmen umsetzen, die in seine Kompetenz fallen. Ob die Verwaltungsratsmitglieder dazu verpflichtet sind, ist höchststrichterlich nicht geklärt. Eine Sanierungspflicht wird in der Lehre mehrheitlich bejaht,²⁹ im Gesetz steht sie nicht. Ebenso wenig äussert sich das Gesetz dazu, welche Sanierungsmassnahmen der Verwaltungsrat ergreifen soll. Dies bleibt

²⁸ Was nach Art. 960 Abs. 3 OR allgemein gilt.

²⁹ Nachweise bei KÄLIN, Rz 269 ff., Rz 271.

ihm überlassen. Die Praxis unterscheidet zwischen (a) Sofortmassnahmen und (b) längerfristigen Massnahmen.

a) *Sofortmassnahmen*

Unter die Sofortmassnahmen fallen Massnahmen, die das Hinterlegen der Bilanz verhindern (Rangrücktritte), Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung und Sparmassnahmen.

Rangrücktritte verändern weder die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft noch beseitigen sie die bilanzielle Überschuldung. Art. 725 Abs. 2 OR sieht Rangrücktrittserklärungen allein als Mittel vor, um die Benachrichtigung des Gerichts aufzuschieben: Die Gesellschaft ist zwar überschuldet, der Verwaltungsrat muss aufgrund der Rangrücktritte die Überschuldungsanzeige aber nicht einreichen.

Das Einholen von Rangrücktrittserklärungen ist Sache des Verwaltungsrats. Der Verwaltungsrat holt Rangrücktrittserklärungen in der Regel vorsorglich ein. Das hängt mit der Schwierigkeit zusammen, den Moment der Überschuldung zu bestimmen. Diese Schwierigkeit entsteht aus zwei Gründen: Zum einen wird in den wenigsten Gesellschaften die Buchhaltung tagesaktuell geführt. Zum anderen ergibt sich die Schwierigkeit aus der Bilanz selbst: Während die Passivseite in der Regel exakt beziffert werden kann, weil die Höhe des Fremdkapitals³⁰ und des Eigenkapitals genau bekannt sind, müssen auf der Aktivseite die Vermögenswerte geschätzt werden. Zunächst stellt sich wiederum die Frage, ob die Gesellschaft weiterhin nach Fortführungswerten bilanzieren kann oder ob Liquidationswerte bilanziert werden müssen (Art. 958a Abs. 2 OR). Stellt der Verwaltungsrat aufgrund des Vorsichtsprinzips auf Veräusserungswerte ab (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR), werden die Aktiven zum Wert bewertet, den ein Verkauf einbringen würde.³¹ Diese Bewertung ist schwierig, wie das Beispiel eines Lagers eines Modegeschäfts zeigt: Darin liegen Kleidungsstücke aus der aktuellen Saison, aber auch Kleider aus den Vorjahren, die bislang nicht verkauft wurden. Hat der Verwaltungsrat das Lager bis anhin z.B. nach den Abschreibungstabellen der Steuerbehörden bewertet,³² gebietet es das Vorsichtsprinzip, eine Neubewertung vorzunehmen (Art. 960 OR). Das Schätzen des Verkaufserlöses kann zu einer tieferen Bewertung führen und Wertberichtigungen erfordern. Da Schätzungen eben nicht exakt sind und man nie weiss, wie zuverlässig die Schätzung ist, werden Rangrücktritte auf Vorrat eingeholt.

Ein weiteres Thema ist das *Beschaffen von Liquidität*. Ohne neues Geld gelingt eine Sanierung kaum. Die Liquidität benötigt die Gesellschaft am besten als Eigenkapital,

³⁰ Aufgrund des Nennwertprinzips (Art. 960a Abs. 1 OR).

³¹ ZK-HOMBURGER, Art. 725 N 1240; HWP, 323.

³² Art. 62 Abs. 1 DBG und Art. 24 Abs. 4 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 lit. a StHG.

andernfalls als Fremdkapital. Oft ist jedoch nur ein Hauptaktionär bereit, der Gesellschaft Liquidität zur Verfügung zu stellen, entweder als Zuschuss (Eigenkapital) oder als Sanierungsdarlehen (Fremdkapital). Zuschüsse an eine Aktiengesellschaft werden praxisgemäss zurückhaltend geleistet,³³ kommen aber bei anderen Rechtsformen durchaus vor, z.B. bei einem Verein. So ist denkbar, dass die Mitglieder eines Interessenverbandes Sanierungszuschüsse leisten, weil sie den Verband am Leben erhalten wollen, selbst wenn sie daraus keinen direkten finanziellen Nutzen ziehen.

Zur Beschaffung der Liquidität gehört das Debitorenmanagement, d.h., dass die Gesellschaft offene und fällige Forderungen eintreibt.

Was letztlich *Sparmassnahmen* betrifft, so geht es häufig um Kündigungen von Arbeitnehmern. Soweit rechtlich und betrieblich möglich, werden Mitarbeiter entlassen. In betrieblicher Hinsicht wird sich der Verwaltungsrat fragen müssen: Wie viele Mitarbeiter und welche sind nötig, um den Betrieb weiterzuführen. In rechtlicher Hinsicht sind die arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (Art. 319 ff. OR) und allenfalls die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Massenentlassung.

b) *Längerfristige Sanierungsmassnahmen*

Zu den längerfristigen Sanierungsmassnahmen gehört in erster Linie der *Forderungsverzicht*. Bei einem Forderungsverzicht gibt der Gläubiger seine Forderung auf. Rechtlich handelt es sich um einen Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR.³⁴ Gläubiger sind in der Regel eher zu Rangrücktritten bereit oder zu Sanierungsdarlehen. Bei einem Rangrücktritt bleibt die Forderung bestehen, Sanierungsdarlehen können privilegiert zurückbezahlt werden. Es bleibt die Chance, dass der Darlehensgeber das Geld zurückerhält. Bei einem Forderungsverzicht hingegen erlischt die Schuld. Ein Gläubiger wird allgemein nur auf seine Forderung verzichten (oder einen Teil davon), wenn er sich einen Vorteil verspricht. Dieser Vorteil kann z.B. darin bestehen, dass sich der verzichtende Gläubiger als Lieferant ein Exklusivrecht für die Zukunft ausbedingt oder bei einem Teilverzicht auf das Überleben der Gesellschaft und die damit verbundene Rückzahlung des verbleibenden Teils hofft. Die Verhandlungen mit den Gläubigern über Umfang des Forderungsverzichts und über Bedingungen, die der Gläubiger allenfalls stellt, nehmen regelmässig Zeit in Anspruch. Aus diesem Grund zählt der Forderungsverzicht zu den längerfristigen Sanierungsmassnahmen.

Mit dem Forderungsverzicht zusammen hängt der *Debt Equity Swap*.³⁵ Der Gläubiger wandelt seine Darlehensforderung (Fremdkapital) in Eigenkapital der Gesellschaft um

³³ Siehe das Beispiel in BGE 121 III 420 E. 2.b.

³⁴ BGER, 4C.437/2006, 13.3.2007, E. 2.3.2 (E. nicht publiziert in BGE 133 III 356).

³⁵ VON DER CRONE, § 13 Rz 50; KÄLIN, Rz 187 ff.

und wird Aktionär. Dazu ist eine Kapitalerhöhung nötig.³⁶ Der Gläubiger liberiert die Aktien durch Verrechnung mit seiner Forderung. Neu soll die Verrechnung mit einer Forderung auch dann als Deckung gelten, wenn die Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist (E-Art. 634a Abs. 2 OR 2016). Das heisst, dass eine nicht werthaltige Forderung in Eigenkapital der Gesellschaft umgewandelt werden kann.³⁷

Auch der *Verkauf von nicht notwendigen Gesellschaftsaktiven* gehört zu den längerfristigen Sanierungsmassnahmen. Geht es um den Verkauf von Anlagevermögen (z.B. einer Liegenschaft), wird eine gewisse Zeit nötig sein, um einen Käufer zu finden.³⁸ Aber auch bei Lagerverkäufen ist Vorbereitung nötig (z.B. das Anmieten einer Verkaufshalle).

Mietvertragliche Massnahmen gehören ebenfalls zu den längerfristigen Sanierungsmassnahmen, also ein Standortwechsel oder – bei mehreren Standorten – die Aufgabe eines Standorts. Mietverträge müssen gekündigt oder auf dem Verhandlungsweg aufgehoben und ein neuer Standort muss gefunden werden.

6. Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung

Wird die Sanierungsversammlung abgehalten, schlägt der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen vor (Art. 725 Abs. 1 OR). Drei Massnahmen kommen infrage: die Kapitalherabsetzung, der Kapitalschnitt und die Kapitalerhöhung. Alle drei verändern das Eigenkapital der Gesellschaft.³⁹

Eine Kapitalherabsetzung bei einer Sanierung ist selten. Es kommt nur die deklarative *Kapitalherabsetzung* in Frage. Die konstitutive Kapitalherabsetzung, bei der Geld abfließt, widerspricht der Sanierung. Bei der deklarativen Kapitalherabsetzung wird das Aktienkapital der Gesellschaft um die Zahl herabgesetzt, um welche die Zahl des Aktienkapitals den Wert der Aktiven in der Bilanz übersteigt. Damit wird ein Buchgewinn erzielt und die Bilanz wird bereinigt.⁴⁰

Beim *Kapitalschnitt* geht es um eine spezielle Form der deklarativen Kapitalherabsetzung (Art. 732a Abs. 1 OR): Die Generalversammlung beschliesst, das Aktienkapital auf null herabzusetzen und umgehend auf denselben Betrag wieder zu erhöhen. Mit

³⁶ Wofür nach Art. 650 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 8 OR die Generalversammlung zuständig ist.

³⁷ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 463, 493.

³⁸ Liegenschaften sind in der Regel bereits stark belehnt, so dass ein Verkauf oft keinen Gewinn bringt, vor allem, wenn laufende Hypothekarverträge vom Käufer nicht übernommen werden.

³⁹ Die Botschaft Aktienrecht 1991 (BBl 1983 II 927) nennt – leicht abgewandelt: (1) Herabsetzung des Aktienkapitals, (2) Kapitalschnitt, d.h. Herabsetzen und gleichzeitiges Wiedererhöhen des Aktienkapitals (Art. 732a OR) und (3) Leistung von Kapitalzuschüssen. (Kapitalzuschüsse können von der Generalversammlung zwar nicht beschlossen werden, es sind aber meistens nur Aktionäre zu Kapitalzuschüssen bereit.)

⁴⁰ BÖCKLI, § 2 Rz 393 ff.; VON DER CRONE, Rz 117 ff.

anderen Worten wird das Aktienkapital nochmals neu einbezahlt. Das Bundesgericht setzt gewisse Ansprüche an dieses Vorgehen: Es muss grundsätzlich eine Überschuldung der Gesellschaft vorliegen und der Kapitalschnitt muss die Überschuldung beseitigen oder der Verwaltungsrat muss zumindest mit anderen Sanierungsmassnahmen anhand eines Sanierungsplans aufzeigen können, dass die Gesellschaft nachhaltig saniert werden kann.⁴¹ Der Kapitalschnitt führt zudem zu einem Eigentümerwechsel, falls die alten Aktionäre nicht bereit sind, ihr Aktienkapital nochmals einzuzahlen.

Die dritte Massnahme ist die *Kapitalerhöhung*. Es gibt drei Formen: Die ordentliche, die genehmigte und die bedingte Kapitalerhöhung (Art. 650, Art. 651 und Art. 653 OR). Im Vordergrund steht die ordentliche Kapitalerhöhung. Wird das neue Aktienkapital bar liberiert, fliesst der Gesellschaft Geld zu. Zwar nimmt auch die Passivseite der Bilanz zu, durch das Ansteigen der Aktiven kann aber eine Überschuldung ausgeglichen werden.

Folgendes Beispiel: Eine Gesellschaft hält Aktiven von 100, ein Aktienkapital von 100, Fremdkapital von 150 und damit einen Verlustvortrag von 150. Das Eigenkapital ist negativ (-50) und die Gesellschaft überschuldet. Wird das Kapital um 100 erhöht, beträgt der Verlustvortrag immer noch 150, aber die Überschuldung besteht nicht mehr: Die Aktiven (200) übersteigen neu das Fremdkapital (150). Das Eigenkapital beträgt 50 und ist positiv (allerdings liegt ein hälftiger Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR vor).

Die Kapitalerhöhung kann auch mittels Verrechnungsliberierung erfolgen. In diesem Fall erhält die Gesellschaft keine neuen Aktiven, aber ihre Schulden nehmen ab. Verrechnen die Gläubiger im obigen Beispiel 100 der 150, betragen die Aktiven weiterhin 100, das Aktienkapital neu 200, das Fremdkapital aber nur noch 50. Damit übersteigen die Aktiven das Fremdkapital wiederum um den Wert 50 und das Eigenkapital ist entsprechend ebenfalls um 50 positiv.

III. Sanierung nach Überschuldung: Risiken der aktienrechtlichen Sanierung

1. Heikle Phase für den Verwaltungsrat

Ist die Überschuldung eingetreten, stellt sich regelmässig die Frage, ob der Verwaltungsrat nach Art. 725 Abs. 2 OR die Überschuldungsanzeige einreichen oder weitere Sanierungsanstrengungen unternehmen soll. In dieser heiklen Phase muss der Verwaltungsrat vor allem drei Fragen beantworten: (a) Wann ist die Überschuldung eingetreten und wie hoch ist sie? (b) Soll der Verwaltungsrat Rangrücktrittserklärungen einho-

⁴¹ BGE 138 III 204.

len oder die bundesgerichtliche Toleranzfrist nutzen? (c) Wie hoch ist die Gefahr von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeiten?

2. Zeitpunkt und Umfang der Überschuldung

Während das Konkursgericht im Konkursentscheid die Konkurseröffnung nach Art. 175 SchKG zeitlich genau festhält,⁴² ist eine so exakte Bestimmung des Überschuldungseintritts nicht denkbar. Zwar ist der Verwaltungsrat für die Ausgestaltung des Rechnungswesens verantwortlich (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) und muss die Buchhaltung so einrichten, dass sie zeitnah geführt wird.⁴³ Zudem handelt es sich bei der Überschuldung um eine Bilanzgrösse, welche sich rechnerisch exakt feststellen lässt. Trotzdem kann der Zeitpunkt, in dem die Überschuldung eingetreten ist, letztlich nur ungefähr bestimmt werden. Zum einen ist eine tagesaktuelle Buchhaltung in der Praxis kaum zu erreichen. Bei kleinen Gesellschaften wären die Buchhaltungskosten verhältnismässig zu hoch, bei grossen Gesellschaften ist die Zahlenmenge entsprechend gross und die Verarbeitung benötigt Zeit.

Art. 725 Abs. 2 OR stellt letztlich nicht auf die Überschuldung als Bilanzgrösse ab, sondern auf die Besorgnis einer Überschuldung und damit auf ein Gefühl der Verwaltungsratsmitglieder. Wann sich dieses Gefühl einstellt, ist Sache des Einzelfalls. Begründet besorgt sollten die Verwaltungsratsmitglieder beispielsweise sein, wenn die Buchhaltung zeigt, dass die Fortführungswerte der Aktiven den Schuldenberg nicht mehr decken oder wenn sich Mahnungen und Beteiligungen mehren und die Liquidität auszugehen droht.⁴⁴

Ebenfalls schwierig zu bestimmen ist der Umfang der Überschuldung. Während die Passivseite der Bilanz aufgrund des Nennwertprinzips in Art. 960e Abs. 1 OR quantitativ exakt erfasst wird, muss der Verwaltungsrat den Wert der Aktiven schätzen. Der Verwaltungsrat schreibt den nutzungs- und altersbedingten Wertverlust ab, woraus sich die Fortführungswerte der Aktiven ergeben (Art. 960a Abs. 3 OR). Aber auch diese Werte sind letztlich Schätzwerte.⁴⁵

Aufgrund des letztlich nicht klar bestimmbareren Zeitpunkts der Überschuldung und des ebenso nicht exakt festzulegenden Umfangs verlangen die Revisionsgesellschaften⁴⁶

⁴² SK SchKG-TALBOT, Art. 175 N 1 („genaue Uhrzeit“); DIKE KOV-MILANI/WOHLGEMUTH, Vorbermerkungen N 22 („nach Tag, Stunde und Minute“).

⁴³ ZK-HOMBURGER, Art. 716a N 565 („à jour“); ZK-BÜHLER, Art. 716a N 66; KÄLIN, Rz 348.

⁴⁴ Siehe die Listen der Krisensymptome bei BÖCKLI, § 13 Rz 712 f., und KÄLIN, Rz 256 f.

⁴⁵ Siehe HÜTTICHE, veb Praxiskommentar, Art. 960a N 70, mit Verweis auf die Abschreibungstabellen der ESTV.

⁴⁶ Sofern die Gesellschaft ordentlich oder eingeschränkt revidiert wird (Art. 727 Abs. 1 OR; Art. 727a Abs. 2 OR).

vorsorglich überschüssende Rangrücktrittserklärungen der Hauptgläubiger, um nicht selbst gegen die Anzeigepflichten in Art. 728c OR zu verstossen.⁴⁷

3. Rangrücktritt und Toleranzfrist

Erstellt der Verwaltungsrat die Zwischenbilanz und bestätigt ein zugelassener Revisor, dass die Gesellschaft nach Fortführung- und nach Veräusserungswerten überschuldet ist, verlangt Art. 725 Abs. 2 OR, dass der Verwaltungsrat das Konkursgericht informiert. Davon absehen darf er, wenn Rangrücktrittserklärungen vorliegen, die das negative Eigenkapital wertmässig übersteigen. Nach dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR wäre möglich, von der Deponierung der Bilanz bereits abzusehen, wenn die beiden Zahlen (negatives Eigenkapital und Höhe der Rangrücktritte) gleich gross sind. Das ist indes nicht praktikabel. Die Aktiven einer Gesellschaft schwanken naturgemäss ständig, z.B. bereits durch die laufenden Einnahmen und Ausgaben. Somit zeigt der Zwischenabschluss, selbst wenn er zügig erstellt wird, stets eine Vermögenslage in der Vergangenheit. Die Rangrücktrittserklärungen müssen das negative Eigenkapital daher übersteigen, um allfällige Verluste aufzufangen. Um welchen Betrag, ist Sache einer Einzelfallbeurteilung und hängt von den zu erwartenden Verlusten in der Zukunft ab.⁴⁸

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Gerichts auch ohne Rangrücktrittserklärungen absehen. Nötig dazu ist aber, dass die Sanierung umgehend umgesetzt und voraussichtlich erfolgversprechend durchgeführt werden kann.⁴⁹

Für die Antwort auf die Frage, wie lange der Verwaltungsrat nach Eintritt der Überschuldung mit der Benachrichtigung des Gerichts zuwarten kann, hat sich das Wort „Toleranzfrist“ eingebürgert.⁵⁰ Das Bundesgericht legte die Dauer der Toleranzfrist bislang nicht fest.⁵¹ Das schafft zwar Rechtsunsicherheit, aber dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wonach vorgegebene Zeitangaben bei Sanierungen schwierig sind und dem Einzelfall möglicherweise nicht gerecht werden.

⁴⁷ Zudem wird die Revisionsstelle vom im Rang zurücktretenden Gläubiger einen Nachweis verlangen, z.B. die letzte Steuererklärung, dass der Gläubiger den allfälligen Verlust wirtschaftlich tragen kann (siehe BGE 129 III 129 E. 7.1 = Pra 92 [2003] Nr. 105 569).

⁴⁸ HWP, 257 („Wie hoch das Sicherheitspolster sein soll, hängt vom erwarteten Geschäftsgang ab und muss im Einzelfall beurteilt werden.“).

⁴⁹ BGE 116 II 533 E. 5.a.; BGer, 4C.366/2000, 19.06.2001, E. 4.b.

⁵⁰ Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 463.

⁵¹ Zwischen 4 Wochen und 60 Tagen (siehe die Rechtsprechungsnachweise bei KALIN, Rz 639).

Im geplanten Recht sollte eine Toleranzfrist von 90 Tagen kodifiziert werden.⁵² Der Nationalrat hat diese Zahl allerdings wieder entfernt.⁵³ Ob das neue Aktienrecht einst eine Toleranzfrist festlegen wird, ist heute unklar.

4. Gefahr der Konkursverschleppung und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats

Mit der Toleranzfrist eng zusammen hängt die Gefahr der Konkursverschleppung. Reicht der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige zu spät ein, haften die Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 754 OR persönlich (sofern sämtliche Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind). Was die Schadenshöhe angeht, ergibt sich der Verschleppungs- oder Fortführungsschaden aus der Überschuldungszunahme während des Zuwartens, d.h. aus der Differenz zwischen dem Vermögen der Gesellschaft im Moment, in dem die Bilanz hätte deponiert werden sollen, und im Zeitpunkt, in dem der Konkurs schliesslich eröffnet wird.⁵⁴

Nutzt der Verwaltungsrat die Toleranzfrist oder überzieht er sie sogar, ist dies unbedenklich, wenn die Sanierung gelingt. Wird der Konkurs abgewendet, fehlt ein Verschleppungsschaden und eine Haftung der Verwaltungsratsmitglieder entfällt. Gelingt die Sanierung hingegen nicht, ist eine Haftung denkbar. Der Verwaltungsrat wird erklären müssen,⁵⁵ weshalb er davon ausgegangen ist, dass die Sanierung nach Eintritt der Überschuldung doch noch gelingt.

Zwar hat ein Verantwortlichkeitskläger betriebsrechtliche und prozessuale Hürden zu meistern. Betriebsrechtliche Hürden bestehen mehrere: Zunächst können Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG nur zur Abtretung angeboten werden, wenn das Konkursverfahren mindestens summarisch durchgeführt wird. Reicht die Konkursmasse nicht aus, um die Kosten des summarischen Verfahrens zu decken, muss ein Gläubiger die mutmasslichen Konkurskosten sicherstellen (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Die Konkursämter, die in den kleineren Konkursverfahren die Konkursverwaltung übernehmen, klagen Verantwortlichkeitsansprüche selten ein und überlassen sie den Gläubigern. Lassen sich mehrere Gläubiger die Verantwortlichkeitsansprüche abtreten, bilden sie eine notwendige Streitgenossenschaft.⁵⁶ Sie müssen gemeinsam agieren, was zu zähen internen Absprachen führen kann.⁵⁷

⁵² E-Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR 2016 (BBI 2017, 720).

⁵³ Sommersession des Nationalrats 2018, Sitzung vom 15. Juni 2018, Geschäft 16.077, AB 2018 N 1148.

⁵⁴ BGE 136 III 322 E. 3.2; BGer, 4A_251/2013, 11.11.2013, E. 2.3.

⁵⁵ Beispielsweise gegenüber dem Konkursbeamten (Art. 222 SchKG; Art. 37 KOV; DIKE KOV-MILANI/SCHMID, Art. 37 N 76).

⁵⁶ BGE 144 III 552 E. 4.1.1 = Pra 2019 Nr. 69 694.

⁵⁷ Zur Koordinationsobliegenheit der Abtretungsgläubiger MILANI, BISchK 2019, 150 ff.

Die prozessuale Hürde besteht in der Substantiierung: Der oder die Kläger müssen den Schaden substantiieren, was oft eine Herausforderung darstellt.⁵⁸

Sind diese Hürden aber überwunden und wird das Schlichtungsverfahren eingeleitet, können Verantwortlichkeitsprozesse für die Betroffenen zur Belastung werden.⁵⁹ Das gilt ebenso, wenn die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung eröffnet (Art. 300 Abs. 1 lit. b StPO). Der Konkurs stösst die Tür zum Insolvenzstrafrecht auf (Art. 163-171 StGB). Er stellt eine sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingung dar, was bedeutet, dass die Insolvenzstrafatbestände erst erfüllt sein können, nachdem der Konkurs eröffnet wurde, ein Verlustschein besteht⁶⁰ oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (Art. 171 StGB).

Unter den Insolvenzstrafatbeständen nimmt der Tatbestand der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) eine wichtige Stellung ein. Obschon der Tatbestand nur den Schuldner als Täter nennt (d.h. die Aktiengesellschaft), wird das Verhalten nach Art. 29 lit. a StGB den Organen zugerechnet. Somit können die Verwaltungsratsmitglieder strafbar werden. Die strafbare Verhaltensweise besteht darin, dass die Verwaltungsratsmitglieder durch arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung die Überschuldung der Gesellschaft verschlimmern. Das Bundesgericht hat entschieden, dass das Nichteinreichen der Überschuldungsanzeige eine solche arge Nachlässigkeit darstellt.⁶¹

Zusammengefasst bedeutet die Inanspruchnahme der Toleranzfrist ein haftungsrechtliches und ein strafrechtliches Risiko für die Verwaltungsratsmitglieder. In der Beratung ist daher zu empfehlen, die Toleranzfrist nicht zu nutzen.

Als Alternativen bieten sich an: zum einen der Konkursaufschub, zum anderen die provisorische Nachlassstundung. Der (von Gesetzes wegen nicht befristete) Konkursaufschub soll – wie vorne erwähnt – gestrichen werden; dafür ist geplant, die mögliche Dauer der provisorischen Nachlassstundung von vier auf acht Monate zu verlängern.⁶²

5. Sanierung mittels Nachlassstundung

Das Nachlassverfahren kann auf drei Arten eingeleitet werden: durch Gesuch des Schuldners, durch Gesuch des Gläubigers oder von Amtes wegen (Art. 293 SchKG). In der Regel ist es der Schuldner, der um provisorische Nachlassstundung ersucht

⁵⁸ BGer, 4A_97/2017, 04.10.2017; BGer, 4A_271/2016 und 4A_291/2016, 16.01.2017, E. 4 (E. nicht publiziert in BGE 143 III 106).

⁵⁹ Näheres bei KÄLIN, Rz 759.

⁶⁰ Was bei einer Aktiengesellschaft, die auf Konkurs betrieben wird (Art. 39 SchKG), bei öffentlich-rechtlichen Forderungen denkbar ist (Art. 43 SchKG).

⁶¹ BGE 144 IV 52 E. 7.3; BGer 6B_448/2018, 09.01.2019, E. 3.2.2; BGer 6B_1103/2017, 07.08.2018, E. 1.2.1.

⁶² Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 465 f.

(Art. 293 lit. a SchKG).⁶³ Das Nachlassverfahren steht jedem Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz offen, unabhängig davon, ob er der Konkursbetreuung oder der Betreuung auf Pfändung untersteht.

Das Gesetz äussert sich nicht zum Zeitpunkt, wann der Schuldner das Stundungsgesuch stellt. Es kann zusammen mit der Überschuldungsanzeige eingereicht werden, sinnvollerweise geschieht dies aber früher.⁶⁴ Ein allgemeingültiger Zeitpunkt lässt sich nicht bestimmen. Der Schuldner hat nicht nachzuweisen, dass er zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Eine drohende finanzielle Notlage sollte sich aus den einzureichenden Urkunden aber ergeben.⁶⁵ Welche Unterlagen der Schuldner dem Nachlassgericht einreichen muss, steht im Gesetz: Eine aktuelle Bilanz, Erfolgsrechnung, ein Liquiditätsplan und ein provisorischer Sanierungsplan. Sinnvollerweise wird ein Auszug aus dem Betreibungsregister beigelegt und eine Übersicht über die nicht betriebenen Schulden, um dem Gericht die Beurteilung der finanziellen Situation zu erleichtern. Das Verfahren ist summarisch (Art. 251 lit. a ZPO).

Das Gericht bewilligt die provisorische Nachlassstundung, es sei denn, es bestehe offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags (Art. 293a Abs. 3 SchKG). Das Wort „offensichtlich“ zeigt, dass die provisorische Nachlassstundung im Zweifelsfall bewilligt wird, wohingegen für die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung (Art. 294 SchKG) die Hürden höher liegen: Es muss eine Aussicht auf Sanierung oder auf Abschluss eines Nachlassvertrags vorliegen (Art. 294 Abs. 3 SchKG)

Wird die Stundung öffentlich bekannt gemacht, sind die Wirkungen der provisorischen Nachlassstundung die gleichen wie die der definitiven Stundung (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Art. 297 SchKG listet die verschiedenen für den Schuldner positiven Wirkungen auf. Dazu gehört der Schutz vor Betreibungen (297 Abs. 1 SchKG), die grundsätzliche Sistierung von Zivilprozessen und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen (Art. 297 Abs. 5 SchKG) sowie der Stopp des Zinsenlaufes für nicht pfandgesicherte Forderungen (Art. 297 Abs. 7 SchKG).

6. Vorteile der Nachlassstundung gegenüber der aktienrechtlichen Sanierung

Abgesehen von den positiven Wirkungen in Art. 297 SchKG schützt die Nachlassstundung den Verwaltungsrat. Das gilt insbesondere, wenn die Überschuldungsschwelle von Art. 725 Abs. 2 OR nahe ist oder bereits überschritten wurde: Bestehen

⁶³ Selten dürfte vorkommen, dass ein Gläubiger für den Schuldner um Nachlassstundung ersucht (Art. 293 lit. b SchKG; was die Botschaft Sanierungsrecht bereits vorwegnahm, BBl 2010, 6480) oder dass das Konkursgericht die Akten nach Art. 173a Abs. 2 SchKG an das Nachlassgericht überweist (Art. 293 lit. c SchKG).

⁶⁴ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6479.

⁶⁵ Andernfalls besteht die Gefahr des Rechtsmissbrauchs (KUKO SchKG-HUNKELER, Art. 293 N 9 f.).

für den Verwaltungsrat Zweifel, ob und für welche Dauer er die aktienrechtliche Toleranzfrist nutzen soll, bietet die provisorische Nachlassstundung eine Alternative. Die einzureichenden Unterlagen (Art. 293 Abs. 1 SchKG) sollte das Verwaltungsratsgremium in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten ohnehin zur Hand haben. Wenn nicht, werden sie in Vorbereitung des Stundungsgesuchs erstellt. Wird die provisorische Nachlassstundung bewilligt, erhält die Gesellschaft eine gerichtliche Toleranzfrist von bis zu vier Monaten (Art. 293a Abs. 2 SchKG). Gelingt die Sanierung bereits während dieser Zeit, kann die Gesellschaft dem Gericht beantragen, aus der Nachlassstundung wieder entlassen zu werden. Gelingt die Sanierung nicht, entscheidet das Gericht von Amtes wegen vor Ablauf der provisorischen Stundung über die definitive Stundung (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Ergibt sich während der provisorischen oder während der definitiven Nachlassstundung, dass die Sanierung nicht mehr möglich ist, und dass auch keine Aussicht auf Abschluss eines Nachlassvertrags besteht, eröffnet das Gericht – in der Regel auf Mitteilung des Sachwalters hin – den Konkurs (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3 SchKG). In diesen Fällen sind die Chancen regelmässig hoch, dass die Sanierung auch ausserhalb der Nachlassstundung gescheitert wäre.

Ein Verwaltungsratsgremium, vor allem, wenn es das Gesuch um provisorische Nachlassstundung vor Eintritt der Überschuldung gestellt hat, dürfte sich im Allgemeinen sorgfältig verhalten haben. Das mindert die Gefahr einer Haftung aus Verantwortlichkeitsansprüchen und ebenso das Risiko eines Strafurteils z.B. wegen Misswirtschaft. Die provisorische Nachlassstundung wirkt sich somit nicht nur positiv auf die Gesellschaft aus, aufgrund ihrer Schutzwirkungen (Art. 297 SchKG) und der allfälligen Einsetzung eines Sachwalters (Art. 293b SchKG), sie schützt auch den Verwaltungsrat vor Haftungsansprüchen und Strafuntersuchungen.

Zudem besteht die Möglichkeit, dass die provisorische Nachlassstundung nicht öffentlich bekannt gemacht wird (Art. 293c Abs. 2 SchKG). Allerdings lässt sich die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung kaum je vollständig geheim halten. Darlehensverträge mit Grossgläubigern wie Banken enthalten oft die Verpflichtung des Schuldners, monatliche oder quartalsweise Finanzkennzahlen zu liefern. Die Banken kennen damit die finanzielle Situation des Schuldners. Anderen grösseren Gläubigern wird der Verwaltungsrat im Rahmen der Sanierung die finanzielle Lage oder die Tatsache der Nachlassstundung ohnehin offenlegen (z.B. bei Anfragen um Rangrücktritte oder Forderungsverzichte).

Dennoch sind die Vorteile der gerichtlichen Sanierung im Rahmen einer Nachlassstundung gegenüber der aktienrechtlichen Sanierung nicht zu unterschätzen, zum einen als Schutz für den Verwaltungsrat, zum anderen als Schonfrist für die Gesellschaft.

Vor allem eigentümergeführte Aktiengesellschaften sind oft zurückhaltend, beim Gericht um Hilfe zu ersuchen. Sie möchten die Sanierung aus eigener Kraft schaffen und glauben, dass dies möglich ist. Mit Rangrücktritten verschafft sich der Verwaltungsrat Zeit und hofft, das Ruder herumzureissen. Gerade in solchen Situationen ist die Enttäuschung gross, wenn trotz persönlichem Einsatz die Sanierung nicht gelingen will.

Fallen in dieser Phase wichtige Schlüsselpersonen der Gesellschaft aus, z.B. der Geschäftsführer oder der Finanzchef, erschwert dies die Sanierung zusätzlich.

IV. Schlussbetrachtung

Das geplante Aktienrecht regelt die Sanierung weiterhin nur in den Grundzügen. Zwar betonen die neuen Bestimmungen die Liquidität, ein Drehbuch für eine Sanierung ist dem Aktienrechtsentwurf aber nicht zu entnehmen. Einen typischen Sanierungsablauf allerdings ins Gesetz zu schreiben, wäre nicht möglich; zu verschieden sind die jeweiligen Sanierungssituationen. Damit bleibt die Sanierung wie bis anhin vor allem Sache des Verwaltungsrats. Durch das Betonen der Liquidität in den geplanten Bestimmungen rücken die aktienrechtliche Sanierung und die Sanierung nach SchKG näher zueinander. Das ist zu begrüßen. Der Verwaltungsrat muss im Einzelfall entscheiden, ob er die gerichtliche Hilfe eines Nachlassverfahrens in Anspruch nehmen möchte. Die positiven Wirkungen sind massgeblich und im Zweifelsfall ist dem Verwaltungsrat zu empfehlen, beim Gericht um provisorische Nachlassstundung zu ersuchen.

Literatur- und Materialienverzeichnis

- BEARBEITER/IN, in: PFAFF et al. (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- Botschaft Aktienrecht 1991, Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745-949.
- Botschaft Aktienrecht 2016, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399-682.
- Botschaft Aktienrecht/Rechnungslegungsrecht 2007, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589-1749.
- Botschaft Sanierungsrecht, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455-6506.
- BSK DBG-BEARBEITER/IN, in: ZWEIFEL/BEUSCH, Basler Kommentar, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. Aufl., Basel 2017.
- DIKE KOV-BEARBEITER/IN, in: MILANI/WOHLGEMUTH (Hrsg.), Kommentar, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Zürich/St. Gallen 2016.
- EBERLE RETO/LENGNAUER DANIEL, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 727-731a OR, die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. ZK-EBERLE/LENGNAUER).
- Entwurf Aktienrecht 2016, BBl 2017, 683-754.

- HOMBURGER ERIC, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997.
- KÄLIN OLIVER, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016.
- KUKO SchKG-BEARBEITER/IN, in: HUNKELER (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014.
- MILANI DOMINIK, Die Koordination unter mehreren Abtretungsgläubigern nach Art. 260 SchKG, BISchK 2019, 145-158.
- NOBEL PETER, Berner Kommentar, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Bern 2017 (zit. BK-NOBEL).
- Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band „Buchführung und Rechnungslegung“, Zürich 2014 (zit. HWP).
- SK SchKG-BEARBEITER/IN, in: KREN KOSTKIEWICZ/VOCK (Hrsg.): Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- ZK-BEARBEITER/IN, in: HANDSCHIN (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Art. 698-726 und 731b OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.