

Neues Aktienrecht – Verwaltungsräte und Geschäftsführer aufgepasst

Geraten Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten, hat die oberste Unternehmensleitung die Pflicht, das Unternehmen zu sanieren. Seit dem 1. Januar 2023 gelten diesbezüglich strengere Pflichten (Aktienrechtsrevision 2020). Damit einher geht ein erhöhtes Risiko, zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, welcher Handlungsbedarf für KMU besteht. Dies betrifft gleichermaßen den Verwaltungsrat einer AG als auch den Geschäftsführer einer GmbH.

1. Aktienrechtsrevision 2020

Am 1. Januar 2023 trat in der Schweiz das neue Aktienrecht in Kraft. Mit ihm wurden unter anderem die Art. 725 ff. OR, welche die aussergerichtliche (bzw. stille) Sanierung von Gesellschaften regeln, einer Revision unterzogen. Ziel der Revision war es, das bisherige Recht zu präzisieren, neue Anreize für frühzeitige Sanierungen zu schaffen, den Handlungsspielraum der obersten Leitungsorgane genauer zu definieren sowie deren Pflichten teilweise zu schärfen. Gleichzeitig wurden gewisse Bestimmungen der gerichtlichen Sanierung (sog. Nachlassstundung) angepasst, um Unternehmensrettungen zu fördern.

Generell gilt: Je früher in einer finanziellen Krise Sanierungsmassnahmen ergriffen werden, desto grösser sind die Erfolgchancen. Der Verwaltungsrat wird daher vom neuen Recht stärker in die Pflicht genommen, rasch zu handeln und wenn nötig auch die Hilfe staatlicher Gerichte bzw. eines Sachwalters in Anspruch zu nehmen. Das Gesetz hält hierzu diverse Instrumente bereit, um insbesondere auch die Finanzierung von Unternehmen in einer Krisensituation zu verbessern.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Getreu dem Grundsatz «cash is king» steht die Sicherstellung der Liquidität neu im Zentrum der Handlungspflichten. Der Verwaltungsrat hatte zwar schon unter dem bisherigen Recht die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zur Finanzkontrolle und somit zur Überwachung von Liquidität und Vermögen der Gesellschaft. Neu hält das Gesetz jedoch ausdrücklich fest, dass das oberste Leitungsorgan die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwacht, und es bestehen konkrete Pflichten bei sog. drohender Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 OR). Daraus ergeben sich erhöhte Sorgfaltspflichten.

Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft über einen länger andauernden Zeitraum voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Ein vorübergehender Liquiditätsengpass von ein paar Wochen stellt wohl noch keine Zahlungsunfähigkeit dar, sofern konkrete Massnahmen zur Behebung des Engpasses definiert und deren Umsetzung überwacht werden (sog. Zahlungsstockungen).

Indes können Zahlungsstockungen auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit hindeuten, weshalb weitergehende Massnahmen zur nachhaltigen Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit getroffen werden müssen. Dies genügt aber meistens nicht, weil damit nur das Symptom einer Krise behandelt wird, aber nicht die Krankheit des Unternehmens, nämlich operative und strategische Schwächen. Deshalb sieht das Gesetz neu vor, dass sehr früh weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft zu prüfen sind, allenfalls auch solche, die der Generalversammlung vorzuschlagen sind (Kapitalerhöhung, Fusionen, Verkauf des Unternehmens inkl. übertragenen Betriebssanierung).

Dabei ist stets mit der nötigen Eile zu handeln. Explizit erwähnt das Gesetz neu die sog. Nachlassstundung als Sanierungsinstrument, damit Unternehmen nicht bis zum letzten Moment warten, das Gericht zu kontaktieren.

Auch wenn das revidierte Aktienrecht keine explizite Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans vorsieht, kommen KMU um eine rollierende, sprich kontinuierlich aktualisierte Liquiditäts- bzw. Cash Flow-Planung mindestens auf Monatsbasis in der Praxis nicht mehr herum. Die Liquiditätsplanung ist ein wichtiges Werkzeug, um die Zahlungsfähigkeit eines Unternehmens zu überwachen und zu sichern. Sie umfasst die Prognose von Mittelzuflüssen und -abflüssen über einen bestimmten Zeitraum und sollte (auch mit Blick auf das Rechnungslegungsrecht) mindestens auf 12 Monate ausgerichtet sein. Das sog. Budget darf nicht mit der Liquiditätsplanung verwechselt werden. Ersteres gibt Auskunft darüber, mit welchem Unternehmensergebnis gerechnet wird (Gewinn oder Verlust). Letzteres über die Finanzmittel, die zur Erreichung des Budgets erforderlich sind.

Eine gründliche Analyse von Forderungen und Verbindlichkeiten, die regelmässige Überwachung von Cashflow-Trends und der Vergleich von verschiedenen Szenarien in der Planung können dazu beitragen, die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens zu gewährleisten. Der Verwaltungsrat sollte auch sicherstellen, dass das Unternehmen über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, um mögliche Risiken abzufedern und unvorhergesehene Entwicklungen oder Ereignisse zu bewältigen. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass das KMU gut gerüstet ist, um die neuen Pflichten des neuen Aktienrechts zu erfüllen.

3. Kapitalverlust –

Keine GV, dafür Revisionspflicht auch bei Opting Out

Wie bisher muss der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführung bei hälftigem Kapitalverlust (Art. 725a OR) aktiv werden, wobei Covid-19-Kredite und -Härtefallhilfen bei der Berechnung der Verbindlichkeiten während einer bestimmten Übergangsfrist ausgeklammert bleiben. 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 muss der Verwaltungsrat mit der gebotenen Eile Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts treffen. Er prüft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen.

Neu muss der Verwaltungsrat die Jahresrechnung, die einen Kapitalverlust zeigt, vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung grundsätzlich von einem zugelassenen Revisor eingeschränkt prüfen lassen. Eine sog. Sanierungs-GV ist nicht mehr zwingend einzuberufen.

4. Überschuldung

Im Falle einer Überschuldung (Art. 725b OR), das heisst wenn begründete Besorgnis besteht, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten erstellen. Begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht u.a. immer dann, wenn das Unternehmen Liquiditätsschwierigkeiten hat. Auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Ist die Annahme der Fortführung nicht gegeben, so genügt ein Zwischenabschluss

zu Veräusserungswerten. Die Fortführungsfähigkeit ist grundsätzlich davon abhängig, dass für die kommenden 12 Monate die Zahlungsfähigkeit gegeben ist. Der Verwaltungsrat hat die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, so benachrichtigt der Verwaltungsrat das Konkursgericht, welches ggf. den Konkurs eröffnet. Die Benachrichtigung des Richters (sog. Überschuldungsanzeige oder Bilanzdeponierung) kann aber unterbleiben:

1. wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst; oder
2. solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

Gemäss Ziff. 1 vorstehend kann die Überschuldungsanzeige durch Rangrücktritt neu nur abgewendet werden, wenn der Gläubiger nicht nur die Darlehensschuld, sondern auch die verfallenen und zukünftigen Zinsen subordiniert. Zudem muss der Rangrücktritt mit weiteren Sanierungsmassnahmen zur effektiven Bewältigung der Krise beitragen. Rangrücktritte nur des Zeitgewinns wegen können eine Insolvenzverschleppung bedeuten.

Gemäss Ziff. 2 vorstehend muss die Überschuldungsanzeige beim Gericht spätestens 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse erfolgen. Dies im Gegenteil zur altrechtlichen Gerichtspraxis, in der noch auf den Einzelfall Rücksicht genommen und teilweise auch längere Toleranzfristen gewährt wurden. Ferner darf die Anzeige nur aufgeschoben werden, sofern die Gläubiger durch eine Verminderung des Haftungssubstrats nicht zusätzlich gefährdet werden. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass das Unternehmen während der genannten 90 Tage sofort wieder Gewinne erzielen muss.

5. Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen

Es handelt sich hierbei um eine rein bilanzmässige Sanierungsmassnahme zur Behebung eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung (Art. 725c OR). Die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen muss neu vor der Abnahme der Jahresrechnung von einem zugelassenen Revisor bestätigt werden.

6. Aufhebung Konkursaufschub

Das altrechtliche Instrument des Konkursaufschubs wurde durch die Aktienrechtsrevision gänzlich abgeschafft. Anstelle dessen sollen überschuldete Gesellschaften in Zukunft beim Nachlassgericht die (provisorische) Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG beantragen. Als gerichtliches Sanierungsverfahren zur Abwendung der Insolvenz verbleibt mithin nur noch das Nachlassverfahren. Dabei besteht schon seit dem Jahr 2020 die Möglichkeit einer viermonatigen Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung. Damit kann die provisorische Nachlassstundung, die auch still, d.h. ohne öffentliche Bekanntmachung gewährt werden kann, insgesamt acht Monate andauern. Die Nachlassstundung ermöglicht es auch zahlungsunfähigen und überschuldeten Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen eine Zwischenfinanzierung zu organisieren und den Betrieb fortzuführen (vgl. z.B. www.ceti.ch).

7. Fazit

Das neue Aktienrecht stellt im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen neu nicht mehr bloss auf die bilanzielle Überschuldung bzw. das Eigenkapital ab, sondern setzt die Liquidität der Gesellschaft in den Mittelpunkt. Der neu eingeführte Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie die entsprechenden erhöhten Handlungspflichten des Ver-

waltungsrates bzw. der Geschäftsführung zielen darauf ab, dass frühzeitig Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft getroffen werden, d.h. bevor eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eintritt. Damit wird u.E. das Frühwarnsystem deutlich verbessert, weil die Pflichten neu explizit im Gesetz geregelt sind (die Pflichten bestanden freilich schon nach altem Recht, ergaben sich aber aus der Praxis der Gerichte und waren deshalb dem Laien zuweilen unbekannt).

Das revidierte Recht erhöht u.E. die Chancen auf eine erfolgreiche Sanierung, ohne die Gläubiger einem zusätzlichen Risiko auszusetzen. Ebenfalls zu begrüssen ist die Einführung der 90-tägigen Sanierungs- bzw. Toleranzfrist. Sie gibt den obersten Leitungsorganen einen klaren Zeitrahmen vor und zwingt die Gesellschaftsgläubiger, konstruktiv an den Sanierungsbemühungen mitzuwirken, um eine aussergerichtliche Lösung zu erzielen. Reicht die Zeit dafür nicht aus, sollte eine provisorische Nachlassstundung beim Gericht beantragt werden. Der Verwaltungsrat vermindert so das Risiko, sich beim Scheitern der Sanierungsbemühungen dem Vorwurf der Konkursverschleppung auszusetzen. Zudem ergeben sich durch die provisorische Nachlassstundung viele neue Sanierungschancen inkl. Überbrückungsfinanzierung.

Rangrücktrittsvereinbarungen dürften in der Sanierungspraxis weiterhin eine wichtige Rolle spielen, weil sie häufig die Vorstufe für einen nachfolgenden sog. Debt-Equity-Swap sind. Das Gesetz lässt neu die Verrechnungsliberierung mit nicht werthaltigen Forderungen ausdrücklich zu (Art. 634a Abs. 2 OR), womit dieses Sanierungsinstrument erhalten bleibt. Aufgrund der neu bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit einsetzenden Handlungspflichten des Verwaltungsrates wird es in der (Jahresabschluss-) Praxis jedoch kaum mehr genügen, sich einfach mit Rangrücktritten ins nächste Jahr zu retten. Stattdessen muss ein Sanierungskonzept entwickelt werden, allenfalls unter Beizug eines Spezialisten.

Denn trotz der verschiedensten Klarstellungen im Rahmen des revidierten Aktienrechts, ist eine aussergerichtliche bzw. stille Sanierung nicht nur mit Chancen, sondern auch weiterhin mit erheblichen Risiken für die obersten Leitungsorgane eines KMU verbunden. Der umsichtige Verwaltungsrat oder Geschäftsführer ist daher mehr denn je gefordert.



Georg J. Wohl ist Partner bei Baur Hürlimann Rechtsanwälte in Zürich und Sanierungsspezialist



Roger Bischof ist Senior Associate bei Baur Hürlimann Rechtsanwälte in Zürich und Sanierungsspezialist

BAUR HÜRLIMANN

RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

BAUR HÜRLIMANN AG · RECHTSANWÄLTE - ATTORNEYS-AT-LAW

Bahnhofplatz 9 · Postfach 1175 · 8021 Zürich

Telefon 044 218 77 77 · www.bhlaw.ch