

16.02.2022

Michael Hasler

Treuhänder mit eidg. Fachausweis
Zugelassener Revisionsexperte RAB

Der Verwaltungsrat in Krisenzeiten – die Überschuldung

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verwaltungsrat ist für die Aufsicht über das Unternehmen zuständig. Diese würdevolle Rolle wird zuallererst mit guter finanzieller Entschädigung in Verbindung gebracht, beinhaltet aber auch Risiken. Obwohl ursprünglich nur eine Haftpflicht der Gesellschaft vorgesehen war, hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich seit längerer Zeit auf die verantwortlichen Organe der Gesellschaft ausgedehnt. Diese Rechtsprechung wurde schliesslich vom Gesetz übernommen. Die Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates sind im Art. 752 OR detailliert festgeschrieben (gelten auch für Organe einer GmbH oder Genossenschaft), daraus ergeben sich Haftungsrisiken aus eigenem Verhalten und Pflichtwidrigkeiten gemäss Art. 754 OR. Ein Verwaltungsrat haftet für jedes Verschulden, das heisst auch für leichte Fahrlässigkeit.

Wir möchten deshalb anhand der Überschuldung aufzeigen welche potenziellen Risiken vermieden werden sollten und wie sich der Verwaltungsrat besonders in schwierigen Zeiten schützen sollte. Das Beispiel macht klar, dass eine Annahme eines Mandats als Verwaltungsrat aus Gefälligkeit oder weil damit leicht Geld zu verdienen wäre, nicht ratsam ist, denn der Verwaltungsrat haftet solidarisch. Jedes Mitglied kann für den vollen Schaden belangt werden. Die Geschädigten werden daher zuallererst das Geld dort einfordern wo Vermögen vorhanden ist. Der Rückgriff auf die anderen Verwaltungsräte dürfte dann nur ein kleiner Trost sein.

Art. 725 OR verlangt vom Verwaltungsrat verschiedene, abgestufte Handlungen, falls seine Unternehmung in finanzielle Schwierigkeiten gerät. Der erste Absatz von Art. 725 OR betrifft den sogenannten Kapitalverlust. Dies ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung des laufenden Verlustes das Eigenkapital auf weniger als die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven sinkt. In diesem Falle muss der Verwaltungsrat unverzüglich Sanierungsmassnahmen einleiten, eine Generalversammlung einberufen und ihr die Sanierungsanträge zur Genehmigung vorlegen. Wenn klare Hinweise bestehen, dass der Kapitalverlust bereits unter dem Jahr eingetreten ist, hat der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz zu erstellen. Seine Bemühungen (Anträge an Generalversammlung, seine Überlegungen dazu, sowie die von ihm schon selbst eingeleiteten Sanierungsmassnahmen) sollten dokumentiert werden. Als Sanierungsmassnahmen kommen operative Massnahmen die zu einer Verbesserung der Ertragslage führen und bilanzmässige Massnahmen, wie Kapitalerhöhungen und Herabsetzungen, Forderungsverzichte etc. in Frage. Im neuen Aktienrecht wird die in der Praxis bereits gelebte Pflicht des Verwaltungsrates, die

Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen und sicherzustellen, explizit im Gesetz festgehalten.

Sollten diese Massnahmen nichts fruchten, kommt man dann fast zwangsläufig zum zweiten Absatz von 725 OR, dieser betrifft die Überschuldung. Dies ist der Fall, wenn das Fremdkapital weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten (Verkaufswert) durch die vorhandenen Aktiven gedeckt ist. Buchmässig übersteigen dann die verbuchten Verluste das noch vorhandene Aktienkapital und alle Reserven (verbürgte Covid-19 Kredite bis 0.5 Mio. CHF werden während der ganzen Laufzeit für die Berechnung der Überschuldung als Eigenkapital betrachtet). Bestehen naheliegende und ernsthafte Hinweise auf eine Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat schon während des laufenden Jahres einen Zwischenabschluss zu erstellen. Diesen Zwischenabschluss muss er zwingend der Revisionsstelle zur Prüfung vorlegen. Bei einem Opting-Out muss ein externer, offiziell zugelassener Revisor mit der Prüfung beauftragt werden. Diese Regelung soll die Beschönigung des Abschlusses durch den Verwaltungsrat verhindern. Damit hier der Verwaltungsrat rechtzeitig reagieren kann, muss er also schon vorher seine Verantwortlichkeit für die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung wahrgenommen haben und dafür gesorgt haben, dass die Zahlen auch aktuell und aussagekräftig sind.

Bestätigt die Prüfung des Revisors eine Überschuldung zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten oder ist die Fortführung des Betriebes wegen fehlender Liquidität gar nicht mehr möglich und besteht zudem eine Überschuldung zu Liquidationswerten, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Dazu muss er einen formellen Verwaltungsratsbeschluss erlassen. Verwaltungsräte neigen in dieser Situation oft dazu, den Revisor als Totengräber des mit viel Schweiß aufgebauten Unternehmens zu sehen. Dass der Revisor als Organ der Gesellschaft hier auch haftet, geht dabei vergessen. Wenn der Verwaltungsrat bei offensichtlicher Überschuldung untätig bleibt, hat der Revisor die gesetzliche Pflicht, selber den Richter zu benachrichtigen.

Auf die Benachrichtigung des Richters kann gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verzichtet werden, wenn Gesellschaftsgläubiger einen Rangrücktritt auf ihre Forderungen aussprechen, der insgesamt die Unterdeckung des Eigenkapitals verhindert. Dies dürfte aber nur dann möglich sein, wenn es sich bei diesen Gläubigern um Nahestehende Personen handelt.

Da der Gesetzestext ausdrücklich die Pflicht zur Prüfung der Zwischenbilanz festhält, verlangen einige Gerichte zwingend einen Bericht des Revisors um tätig zu werden. In der Praxis genügt meist ein Schreiben des Revisors, dass auch ohne vertiefte Prüfung eine offensichtliche Überschuldung vorliegt. So kann auch im Sinne der Gläubiger Zeit und Kosten gespart werden.

Die Gerichte haben zwar mehrfach bestätigt, dass mit der unverzüglichen Anzeige zugewartet werden darf, wenn konkrete Aussichten auf Sanierung bestehen. Genannt wird eine Frist von maximal vier bis sechs Wochen. Wir empfehlen aber eine sofortige Anzeige, denn mit der Benachrichtigung des Richters hat der Verwaltungsrat seine Pflicht erfüllt und kann die weitere Entscheidung dem Richter überlassen. Eine verspätete Benachrichtigung des Richters kann für den Verwaltungsrat zu haftpflichtrechtlichen Problemen führen, wenn sich in dieser Zeit der Fortführungsschaden vergrössert. Der Verwaltungsrat kann mit der Anzeige auch den Antrag auf

Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) oder einen Konkursaufschub (Art. 752a OR) stellen, dann muss der Richter die Aussichten auf eine Sanierung beurteilen.

Neben dem Fortführungsschaden wegen verspäteter Anzeige kann der Verwaltungsrat bei Pflichtverletzung für folgendes persönlich haftbar gemacht werden:

- Sozialversicherungsbeiträge, z.B. AHV-Beiträge
- Verschiedene Steuergesetze, z.B. Verrechnungssteuer, Mehrwertsteuer, Direkte Bundessteuer
- Beiträge an die Pensionskasse

Zusätzlich könnte es wegen ungetreuer Geschäftsführung oder Konkursverschleppung auch zu Strafanzeigen kommen.

Frühzeitiges Reagieren bei einer sich abzeichnenden Krisensituation erleichtert Sanierungsmassnahmen und fördert eine nachhaltig positive Entwicklung. Wir können Sie einerseits über unsere Tochtergesellschaft BM Swiss Audit AG als Revisionsstelle sachkundig durch alle Klippen begleiten, andererseits können wir Sie bei der Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung unterstützen, zudem helfen wir Ihnen gerne bei den organisatorischen und formellen Fragen, so dass Sie ihre Aufgaben als Verwaltungsrat gesetzeskonform ausüben können und damit Ihre Risiken minimieren können.

Freundliche Grüsse
artax Fide Consult AG

Unabhängiges Mitglied von Morison Global

Gartenstrasse 95, Postfach, 4002 Basel
Tel: +41 61 225 66 66
info@artax.ch, www.artax.ch