

Kapitalverlust und Überschuldung Der Verwaltungsrat steht in der Pflicht



Roland Schnyder
Mandatsleiter



Christian Bieli
Mandatsleiter

Mit dem neuen Aktienrecht sind per 1. Januar 2023 neue Bestimmungen zu den Kapitalschutzvorschriften sowie zur Situation der drohenden Zahlungsunfähigkeit in Kraft getreten. In diesem Zusammenhang wurden die Aufgaben und Handlungspflichten des Verwaltungsrates verschärft.

Im Rahmen der Aktienrechtsreform wurden das Sanierungsrecht und insbesondere die Bestimmungen über den Kapitalverlust angepasst. Die Bestimmungen, die neben der Aktiengesellschaft auch bei anderen Gesellschaftsformen, wie z. B. bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gelten, sind seit dem 1. Januar 2023 in Kraft. Nach einem ersten Jahr der Anwendung ist es angebracht, auf mögliche Stolpersteine bei der Umsetzung der neuen Bestimmungen aufmerksam zu machen. Der in den folgenden Ausführungen verwendete Begriff „Verwaltungsrat“ gilt analog für «geschäftsführender Gesellschafter» bei der GmbH und umfasst natürlich auch die Verwaltungsrätin oder die Gesellschafterin.

Die zentralen Gesetzesartikel für Aktiengesellschaften und GmbH sind die Artikel 725ff. im Obligationenrecht (OR). Diese wurden mit der Revision des Aktienrechts angepasst und stellen neu erhöhte Anforderungen an den Verwaltungsrat. In den Neuerungen werden explizit auch jene Gesellschaften erwähnt, die über keine Revisionsstelle verfügen (Opting-out). So bringen die umfassenden Änderungen im Bereich des Kapitalverlustes und der Überschuldung besonders für Verwaltungsräte der vielen KMU, die auf eine Revisionsstelle verzichten (weniger als 10 Vollzeitstellen), neue Verantwortlichkeiten.

Die folgende Darstellung gibt einen Überblick über die Begriffe in Artikel 725 OR und listet die aus dem Gesetzesartikel entstehenden Pflichten des Verwaltungsrates auf.

Drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 OR)	Kapitalverlust (Art. 725a OR)	Überschuldung (Art. 725b OR)
Es zeichnet sich ab, dass die Gesellschaft dauernd unfähig sein wird, ihren fälligen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen.	Das bilanzielle Eigenkapital ist kleiner als die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, der nicht an die Aktionäre zurückzahlbaren gesetzlichen Kapitalreserve und der gesetzlichen Gewinnreserve.	Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind nicht mehr durch die aktivierten Vermögenswerte gedeckt.
<i>Aufgaben / Pflichten des Verwaltungsrates</i>		
Ergreifung von Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit und allenfalls Ergreifung weiterer Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft, nötigenfalls Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung.	Ergreifung von Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts und allenfalls Ergreifung weiterer Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft. Ernennung eines zugelassenen Revisors (bei fehlender Revisionsstelle) zur eingeschränkten Prüfung der letzten Jahresrechnung.	Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung: unverzügliche Erstellung eines Zwischenabschlusses zu Fortführungs- und/oder Veräußerungswerten. Ernennung eines zugelassenen Revisors (bei fehlender Revisionsstelle) zur Prüfung des Zwischenabschlusses. Bei Vorliegen einer Überschuldung: Benachrichtigung des Gerichts, sofern keine Befreiung durch Rangrücktritt oder sofortige Sanierung möglich.

Kapitalverlust

Was ist ein Kapitalverlust nach Art. 725a OR?

Die neuen Bestimmungen zum Kapitalverlust im OR sind deutlich komplexer geworden. Neu liegt ein Kapitalverlust vor, wenn die letzte Jahresrechnung zeigt, dass die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken. Wenn die Gesellschaft einen COVID-Kredit ausweist, wird die Berechnung etwas komplizierter, da dieser bis zur Summe von CHF 500'000 nicht in die Berechnung des Kapitalverlustes einbezogen wird.

Zusammenfassend liegt ein Kapitalverlust vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital geringer als 50 Prozent des geschützten Eigenkapitals ist.

Für eine genaue Berechnung lohnt es sich, Unterstützung von einer Fachperson einzuholen.

Was muss der Verwaltungsrat tun, wenn er einen Kapitalverlust feststellt?

Bei Feststellen eines Kapitalverlustes hat der Verwaltungsrat **Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlustes** zu ergreifen bzw. der Generalversammlung entsprechende Sanierungsmassnahmen (z. B. Kapitalerhöhung) zu beantragen, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Zu den direkt durch den Verwaltungsrat ausführbaren Sanierungsmassnahmen gehören z. B. die Auflösung von stillen Reserven, die Aufwertung von Liegenschaften oder Beteiligungen, die Erarbeitung von Sparprogrammen oder Kostenreduktionen, die Verhandlungen mit Gläubigern über Forderungserlasse oder Massnahmen zur Ertragssteigerung. Der Verwaltungsrat muss also nicht wie bisher alle Massnahmen von der Generalversammlung absegnen lassen. Gleichzeitig erhöht sich dadurch aber auch die Verpflichtung des Verwaltungsrates, umgehend zu handeln. Eine Protokollierung der vom Verwaltungsrat beschlossenen Sanierungshandlungen wird deshalb unbedingt empfohlen.

Falls die Gesellschaft keine Revisionsstelle hat, muss bei einem Kapitalverlust die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung neu zwingend einer eingeschränkten Revision durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor unterzogen werden. Die Auftragserteilung an den Revisor erfolgt direkt durch den Verwaltungsrat (kein GV-Beschluss). Die **Revisionspflicht** entfällt, sofern der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht. Bei ausreichenden Rangrücktritten entfällt die Revisionspflicht jedoch nicht. Mit der Prüfung soll sichergestellt werden, dass die wirtschaftliche Lage nicht schlechter ist, als sie vom Verwaltungsrat dargestellt wird.

Folgen, wenn der Verwaltungsrat seine Pflichten nicht wahrnimmt

Wenn der Verwaltungsrat bei Vorliegen eines Kapitalverlustes keinen Revisor zur Prüfung der Jahresrechnung beauftragt, liegt an der Generalversammlung kein erforderlicher Revisionsbericht vor. Gemäss Art. 731 Abs. 3 OR sind in diesem Fall gefasste Beschlüsse über die Genehmigung der Jahresrechnung und Verwendung des Bilanzgewinns nichtig. Diese neue Bestimmung dürfte das Haftungsrisiko des Verwaltungsrates erhöhen, denn sollte später der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet werden, dürfte das Fehlverhalten des Verwaltungsrates schwerer gewichtet werden (sog. Konkursverschleppung).

Werden in den Folgejahren Dividenden ausbezahlt, liegt aufgrund der nichtigen Beschlüsse zur Vorjahresrechnung eine ungerechtfertigte Bereicherung der Aktionäre vor. Die Dividenden sind gemäss Art. 678 OR zurückzuerstatten, was zu steuerlichen Problemen führen wird.

Überschuldung

Wann spricht man von einer Überschuldung nach Art. 725b OR?

Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, also das Eigenkapital vollständig durch Verluste aufgezehrt ist.

Welche Pflichten hat der Verwaltungsrat bei einer Überschuldung?

Da die Überschuldungssituation im Kern nach wie vor ein Kapitalverlust nach Art. 725a OR darstellt, gelten die Pflichten wie beim Kapitalverlust. Die Sanierungsbemühungen sind durch den Verwaltungsrat fortzusetzen.

Sobald eine begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, und nicht erst wenn eine Überschuldung offensichtlich ist, hat der Verwaltungsrat bereits zusätzliche Handlungspflichten. Er hat unverzüglich einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und zu Veräußerungswerten zu erstellen. Auf einen **Zwischenabschluss** zu Veräußerungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss keine Überschuldung ausweist. Auf denjenigen zu Fortführungswerten kann verzichtet werden, wenn die Annahme der Fortführung nicht gegeben ist.

Die Zwischenabschlüsse müssen zwingend durch die Revisionsstelle geprüft werden. Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle (Opting-Out), muss der Verwaltungsrat einen zugelassenen Revisor mit der **Prüfung** beauftragen.

Liegt eine tatsächliche Überschuldung vor, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, das Gericht zu benachrichtigen (**Bilanzdeponierung**) und entweder den Konkurs oder die Gewährung einer Nachlassstundung zu beantragen. Auf die Benachrichtigung des Richters kann verzichtet werden, sofern ein Rangrücktritt im Umfang der Überschuldung vorliegt oder wenn begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innerhalb von 90 Tagen nach Vorliegen der Zwischenabschlüsse beseitigt werden kann und die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

Die Voraussetzungen für einen gültigen Rangrücktritt wurden neu im Art. 725b OR festgehalten. So muss die im Rang zurückgestellte Forderung während der Dauer der Überschuldung gestundet werden und neben dem geschuldeten Betrag zusätzlich die Zinsforderungen umfassen. Es empfiehlt sich, bestehende Rangrücktrittsvereinbarungen zeitnah zu ergänzen.

Wie bei den Massnahmen zum Kapitalverlust ist auch hier im Gesetz verankert, dass der Verwaltungsrat wie auch die Revisionsstelle respektive der zugelassene Revisor mit der gebotenen Eile zu handeln hat.

Fazit

Die neuen gesetzlichen Regelungen definieren deutlich konkreter, wie der Verwaltungsrat im Falle eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung zu handeln hat. Verletzt der Verwaltungsrat seine Pflichten, kann er bei einem Konkursfall persönlich für allfällige Schäden haftbar gemacht werden.

Die Regelung, dass auch Gesellschaften ohne Revisionsstelle ihre Jahresrechnungen im Falle eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung zu prüfen haben, könnte für den Verwaltungsrat zur Herausforderung werden. Ein Revisor wird ohne tiefgründige Kenntnisse des Mandanten eine solche Auftragsannahme gründlich überlegen bzw. in vielen Fällen aufgrund seiner beruflichen Haftungsrisiken sogar ablehnen.

Wichtiger als bisher erscheint deshalb, dass der Verwaltungsrat die Liquiditäts- und Kapitalsituation der Gesellschaft laufend überwacht. Sollte ein Kapitalverlust erkennbar sein, sind Sanierungsmassnahmen bereits im laufenden Geschäftsjahr zu ergreifen und zu verbuchen. So kommt der Verwaltungsrat gar nicht erst in die Pflicht, Massnahmen gemäss Art. 725ff OR zu ergreifen.

Bei neu gegründeten Unternehmen sowie bei wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen empfiehlt es sich genau zu prüfen, ob anstelle eines Opting-Out's die Wahl einer Revisionsstelle nicht die sinnvollere Lösung wäre. Eine Revisionsstelle entlastet den Verwaltungsrat zu einem gewissen Grad und bietet eine zusätzliche fachliche Unterstützung.

Lufida Revisions AG – Ihr Partner

Die Lufida Revisions AG weist eine langjährige Erfahrung im Bereich Jahresabschlussprüfung, Unterstützung und Beratung von öffentlichen Verwaltungen und KMU mit Tätigkeiten in verschiedenen Branchen aus.

Die Lufida Revisions AG, mit Hauptsitz in Luzern, besteht seit über 40 Jahren und ist stark in der Zentralschweiz verwurzelt. Die lokale Verankerung ist uns sehr wichtig. Durch unsere sieben Standorte können wir unsere Dienstleistungen aus nächster Nähe anbieten. Wir sind überzeugt, dass die Lufida Revisions AG Sie nach Ihren Bedürfnissen optimal unterstützen kann.

Haben Sie Fragen zu unserem Artikel oder weiteren Themen? Rufen Sie uns an. Wir sind gerne für Sie da.

Ihre Ansprechpartner



Hansueli Nick

Geschäftsleiter, Mandatsleiter
Dipl. Wirtschaftsprüfer, Experte Swiss GAAP FER
Betriebsökonom FH in Finance & Banking (BSc)
CAS Turnaround Management
041 319 93 26, hansueli.nick@lufida.ch



Remo Truttmann

Mandatsleiter
Dipl. Wirtschaftsprüfer, M. A. HSG in
Rechnungswesen & Finanzen, Lean
Manager
041 319 93 23, remo.truttmann@lufida.ch



Christian Bieli

Mandatsleiter
Dipl. Wirtschaftsprüfer, Experte Swiss GAAP FER
Betriebsökonom FH Finance & Banking (BSc)
CAS Financial Management
041 319 93 28, christian.bieli@lufida.ch



Roland Schnyder

Mandatsleiter
lic. rer. pol. (Betriebswirtschaft),
Experte Swiss GAAP FER
041 319 93 29, roland.schnyder@lufida.ch



Steven Wyss

Mandatsleiter
Dipl. Wirtschaftsprüfer, Bachelor of Arts in
Wirtschaftswissenschaften
041 319 93 30, steven.wyss@lufida.ch



Camillo Blum

Assistentin Wirtschaftsprüfung
Administration
041 319 93 32, camillo.blum@lufida.ch

Niederlassungen

Hauptstrasse 5, 6281 Hochdorf, 041 914 36 16
Bodenstrasse 23, 6403 Küssnacht am Rigi, 041 854 35 86
Hauptstrasse 48, 6170 Schüpfheim, 041 485 71 88
Achereggstrasse 10, 6362 Stansstad, 041 618 26 36
Bahnhofstrasse 20, 6210 Sursee, 041 926 79 39
Oberneuhofstrasse 1, 6340 Baar/Zug, 041 726 56 30

Lufida Revisions AG, Eichwaldstrasse 15, 6002 Luzern, 041 319 93 93, info@lufida.ch, lufida.ch

Mitglied von



EXPERTsuisse zertifiziertes Unternehmen

TREUHAND | SUISSE