

## Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kunden und Partner der CAMINADA ZÜRICH



Das ereignisreiche Jahr 2022 neigt sich dem Ende zu, und wir wagen einen Ausblick auf 2023. In dieser CAMINADAInfo tauchen wir mit Ihnen in das neue Aktienrecht ein, das per 1. Januar 2023 in Kraft tritt. Die wichtigsten Neuerungen für KMUs liegen aus unserer Sicht im Bereich

der Pflichten und Verhaltensvorschriften des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung im Falle einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, bei Kapitalverlust und Überschuldung. Auf die weiteren Änderungen betreffend das Aktienkapital (Kapitalband), Dividenden, Eigenkapitalveränderungen, Aktionärsrechte, Verwaltungsratsrechte und -pflichten sowie die Generalversammlung werden wir in dieser CAMINADAInfo bewusst nicht eingehen. Wenn wir in Ihren von uns betreuten Gesellschaften ein Optimierungspotenzial sehen, kontaktieren wir Sie persönlich. Gerne stehen wir Ihnen für eine umfassende Beratung zur Verfügung.

Wir wünschen Ihnen eine schöne und besinnliche Adventszeit und einen guten Start ins neue Jahr 2023.

### Seite 1 bis 4

Neue Pflichten des Verwaltungsrates oder der Geschäftsführung bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung per 1. Januar 2023

## Neue Pflichten des Verwaltungsrates oder der Geschäftsführung bei drohender Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung per 1. Januar 2023.

Das revidierte Aktienrecht tritt am 1. Januar 2023 in Kraft und ist für alle abgenommenen Jahresrechnungen ab diesem Datum umzusetzen. D.h. wenn eine Jahresrechnung per 30. September 2022 erstellt wurde aber deren Abnahme durch die Generalversammlung erst am 1. Januar 2023 erfolgen wird, ist zwingend die neue Gesetzgebung anzuwenden.

Die folgenden Ausführungen sind sinngemäss auch für Kommanditaktiengesellschaften, GmbH und

Genossenschaften anwendbar. Für im Handelsregister eingetragene Vereine besteht bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung ab dem 1. Januar 2023 eine Prüfpflicht des Zwischenabschlusses. Bei Stiftungen hat das Stiftungsorgan über eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Aufsichtsbehörde zu informieren.

Die folgenden Situationen sind vom Verwaltungsrat zu beurteilen:

### 1 Drohende Zahlungsunfähigkeit

#### Art. 725 Obligationenrecht (OR).

*Der Verwaltungsrat überwacht die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Droht die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden, so ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen. Er reicht*

nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung ein. Der Verwaltungsrat handelt mit der gebotenen Eile.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 725 OR liegt vor, wenn die Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann und somit weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen.<sup>i</sup>

Die beschriebene Pflicht im revidierten Aktienrecht ist grundsätzlich nichts Neues, da auch in der Vergangenheit die Fortführungsfähigkeit vom Verwaltungsrat bzw. der Revisionsstelle zu beurteilen war. Neu ist, dass diese Pflicht explizit im Gesetz erfasst ist. Die Pflichten des Verwaltungsrates umfassen:

- Zahlungsfähigkeit sicherstellen
- Sanierungsmassnahmen treffen und gegebenenfalls durch die GV bestätigen lassen
- Nachlassstundung einreichen

In der Praxis wird dies zur Folge haben, dass bei nicht klar ausreichender Liquidität ein Liquiditätsplan und ein Budget zu erstellen sind, um die Liquidität zu beurteilen. Ein vorüber-

gehender Liquiditätsengpass stellt noch keine Zahlungsunfähigkeit dar. Zu erwähnen ist, dass auch bei gesundem Eigenkapital eine drohende Zahlungsunfähigkeit eintreten kann. Wir empfehlen daher, die Zahlungsunfähigkeit fortlaufend in kleineren zeitlichen Abständen als das Eigenkapital zu beurteilen, da eine mögliche Zahlungsunfähigkeit ein zeitkritischer Faktor betreffend Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft darstellt.

## 2 Kapitalverlust

### Art. 725a OR.

*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. Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen.*

*Hat die Gesellschaft keine Revisionsstelle, so muss die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung über-*

*dies einer eingeschränkten Revision durch einen zugelassenen Revisor unterzogen werden. Der Verwaltungsrat ernennt den zugelassenen Revisor.*

*Die Revisionspflicht nach Absatz 2 entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.*

*Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor handeln mit der gebotenen Eile.*

Neu für die Berechnung zu berücksichtigen sind ausschliesslich die nicht rückzahlbaren gesetzlichen Reserven, was eine Vereinfachung und Lockerung der gesetzlichen Vorgaben bedeutet. D.h. eine detailliertere Betrachtung wäre dann notwendig, wenn das Eigenkapital 50% oder weniger des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ausmacht. Im KMU-Umfeld treffen wir oft folgende Verhältnisse an: Aktienkapital CHF 100'000, gesetzliche Gewinnreserve CHF 50'000. Unter diesen Voraussetzungen ist Art. 725a Abs. 1 anwendbar, falls ein Eigenkapital unter CHF 75'000 ausgewiesen wird. Zu erwähnen ist, dass kein Verlust ausgewiesen werden darf, falls noch freiwillige Gewinnreserven verfügbar sind.

### Beispiel altes Recht:

Aktiven	300	Passiven	223
		Aktienkapital	100
		gesetzliche Reserven	50
		KER	10
		Verlust	-83
		Eigenkapital	77
<b>Summe</b>	<b>300</b>	<b>Summe</b>	<b>300</b>

Fazit: Nach altem Aktienrecht resultiert ein Kapitalverlust, da die Schwelle des geschützten Eigenkapitals bei 80  $([100+50+10]/2)$  liegt.

### Beispiel neues Recht

Aktiven	300	Passiven	223
		Aktienkapital	100
		gesetzliche Reserven	50
		KER	10
		Verlust	-83
		Eigenkapital	77
<b>Summe</b>	<b>300</b>	<b>Summe</b>	<b>300</b>

Fazit: Nach neuem Aktienrecht resultiert kein Kapitalverlust, da die Schwelle des geschützten Eigenkapital bei 75  $([100+50]/2)$  liegt.



Nebst der Neudefinition der zu berücksichtigenden Reserven ist hinzugekommen, dass Opting-out-Gesellschaften, also Gesellschaften ohne handelsrechtliche Revisionsstellen, im Falle eines Kapitalverlusts eine Revisionsstelle zu beauftragen haben, die ihre letzte Jahresrechnung eingeschränkt prüft.

In der Praxis wird die frühzeitige Sanierung und damit die Vermeidung eines Kapitalverlusts gerade bei Opting-out-Gesellschaften an Bedeutung gewinnen, wenn es darum geht, zusätzliche Kosten und Aufwendungen der neuen Revisionspflicht zu vermeiden.

### 3 Überschuldung

#### Art 725b OR Auszug.

Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, so erstellt

der Verwaltungsrat unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten. (...)

Der Verwaltungsrat lässt die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen; er ernennt den zugelassenen Revisor.

Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, so benachrichtigt der Verwaltungsrat das Gericht. (...)

Die Benachrichtigung des Gerichts kann 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.

Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle.

Der Verwaltungsrat und die Revisionsstelle oder der zugelassene Revisor handeln mit der gebotenen Eile.

In der praktischen Anwendung beinhaltet der revidierte Artikel im Vergleich zum aktuellen Recht keine signifikanten Änderungen. Wie bereits im aktuellen Recht ist der Verwaltungsrat bzw. die Revisionsstelle bei Untätigkeit des Verwaltungsrates verpflichtet, eine Überschuldung



dem Richter zu melden. Auf diese Meldung kann verzichtet werden, wenn sich das Eigenkapital durch eine Sanierung oder einen Rangrücktritt «heilen» lässt. Neu wurde für die Umsetzung der Sanierung explizit eine Frist von 90 Tagen im Gesetz aufgenommen.

#### 4 Exkurs Rangrücktritt

Die Wirkung des Rangrücktritts, das Absehen der Deponierung der Jahresrechnung beim Richter, bleibt unverändert. Neu muss der Ran-

grücktritt jedoch explizit auch die laufenden Zinsforderungen umfassen. In der Vergangenheit war die Unterstellung der Zinsforderungen fakultativ, nun ist sie obligatorisch.

#### Fazit

Bereits im aktuellen Aktienrecht obliegt dem Verwaltungsrat die Finanzverantwortung der Gesellschaft, die implizit auch eine Beurteilung der Liquidität beinhaltet. Diese Pflicht ist im neuen Aktienrecht nun explizit festgehalten. Die gesetzlichen Vor-

gaben eines Kapitalverlusts sowie der Überschuldung sind mit dem jetzigen Recht vergleichbar. Eine wesentliche Verschärfung betrifft die Prüfpflicht bei Opting-out-Gesellschaften im Falle eines Kapitalverlusts oder der Überschuldung. ▲

<sup>i</sup> PS-CH 290 Ziff. 3

<sup>ii</sup> «Das revidierte Aktienrecht», EXPERT SUISSE, Seite 12



Wir bemühen uns, genaue und aktuelle Informationen zur Verfügung zu stellen. Für die vorstehend aufgeführten Informationen besteht jedoch keine Gewähr. Im konkreten Einzelfall ist es unerlässlich, den Sachverhalt genau abzuklären und aufgrund der Gesetzesbestimmungen und detaillierten Verwaltungsanweisungen zu beurteilen. Bilder: Shutterstock ▲

#### CAMINADA Treuhand AG ZÜRICH

Riesbachstrasse 61, CH-8034 Zürich  
T +41 44 386 99 00, info@caminada.ch  
www.caminada.ch

MITGLIEDSCHAFTEN



A member of

