

## Artikel: Kapitalverlust und Überschuldung - Pflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung

16. März 2020

Hanspeter Baumann, dipl. Treuhandexperte, Partner | Marc Schaffner, lic. iur, pat. Sachwalter | David Ehrensperger, MLaw UZH, Rechtsanwalt

 8 min

**Die Zeit der Jahresabschlüsse und Revisionen ist bereits angebrochen. Gefordert sind besonders die Verwaltungsräte und Geschäftsführer, denn sie sind für die Überwachung der finanziellen Lage des Unternehmens verantwortlich. Welche Pflichten damit einhergehen und was es im Falle einer Überschuldung zu beachten gilt, erfahren Sie in diesem Artikel.**

Während bei **Einzelfirmen** und Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) die Inhaber unbeschränkt mit dem ganzen Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen, haftet bei **Kapitalgesellschaften** grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber den Exekutivorganen Pflichten auferlegt, die unbedingt zu beachten sind. Im Folgenden beziehen wir uns aus Gründen der leichteren Lesbarkeit auf Aktiengesellschaften. Dieselben Pflichten gelten aber auch für Geschäftsführer einer GmbH.

Wenn Gläubiger durch ein Zwangsvollstreckungsverfahren (Konkurs, Nachlassstundung) einer Aktiengesellschaft zu Schaden gekommen sind, werden sie prüfen, ob Pflichtverletzungen des Verwaltungsrats (VR) vorliegen. Hat der VR gegen seine Sorgfaltspflichten verstossen, können Gläubiger möglicherweise gegen den VR zivilrechtlich vorgehen und Schadenersatz verlangen. Damit gerät dessen Privatvermögen in Gefahr. Unter Umständen wurde auch gegen Strafbestimmungen verstossen. Für den VR ist es daher unerlässlich, seine Pflichten zu kennen und entsprechend zu handeln.

Von den rund 120'000 Aktiengesellschaften und den rund 110'000 GmbHs in der Schweiz haben nur die wenigsten eine Revisionsstelle bezeichnet. Drängt keine Revisionsstelle auf Einhaltung der wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen, lastet die Verantwortung dafür ausschliesslich und vollumfänglich auf dem VR als Exekutivorgan.

### **Pflichten des VR in Bezug auf das Rechnungswesen**

Artikel 716a des Obligationenrechts zählt die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR auf. Neben der Verantwortung für **die Ausgestaltung des Rechnungswesens**, der **Finanzkontrolle** und der **Finanzplanung** obliegen dem VR die **Vorbereitung der Generalversammlung** und die **Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung**.

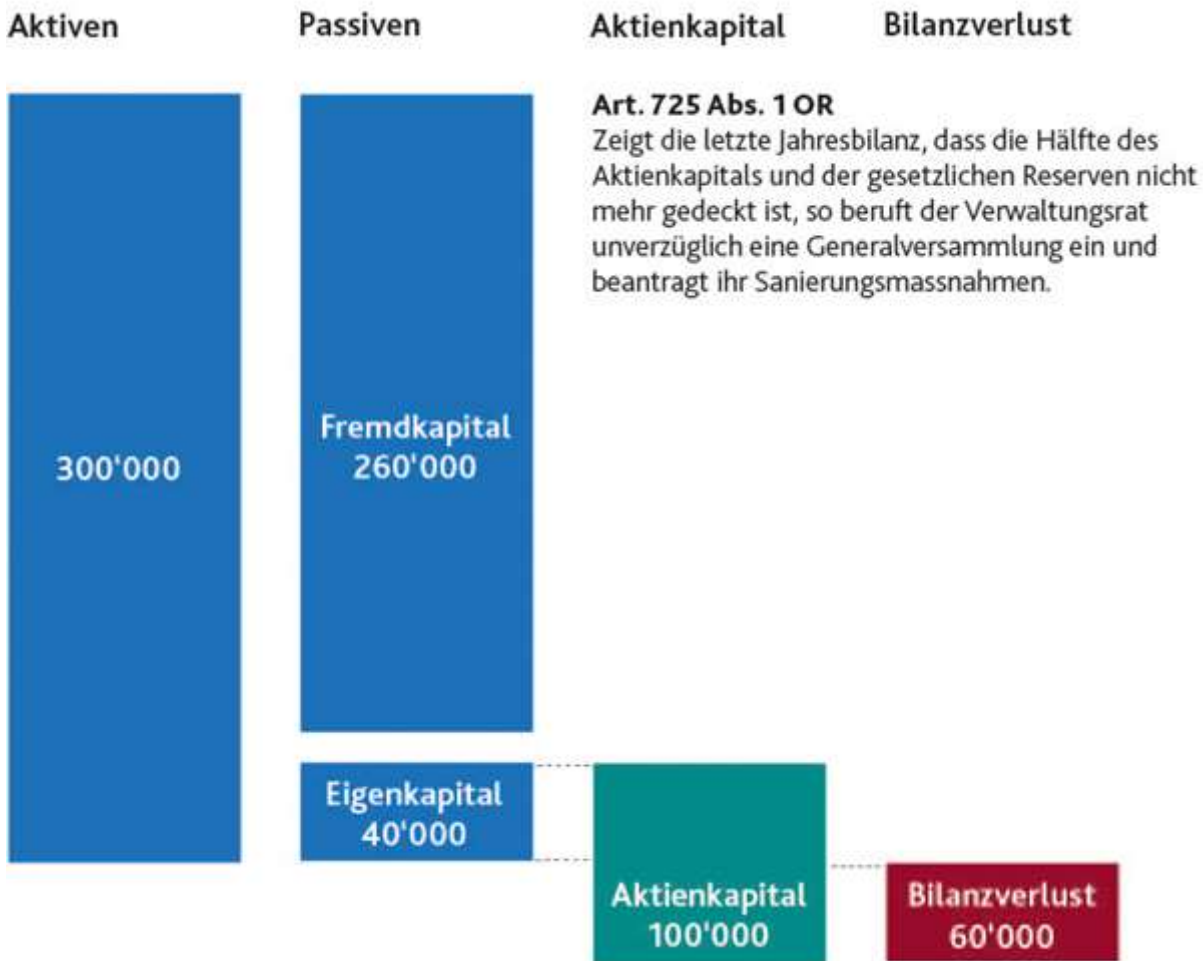
Der Verwaltungsrat muss die finanzielle Lage der Gesellschaft aber nicht nur auf den Jahresabschluss hin prüfen, sondern er muss sie **laufend überwachen**. Zwei kritische Bilanzsituationen muss der VR ganz besonders im Auge behalten: **Kapitalverlust** und **Überschuldung**.

### **Was ist ein «hälftiger Kapitalverlust» gemäss Art. 725 Abs. 1 OR?**

Der Gesetzgeber gibt Handlungspflichten vor, wenn ein hälftiger Kapitalverlust eintritt. Das ist der Fall, wenn aus der letzten Jahresbilanz ersichtlich wird, dass die Aktiven neben dem Fremdkapital nicht mehr mindestens die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven decken.

Das folgende Schaubild stellt die Situation grafisch dar:

## Kapitalverlust



Mehr als die Hälfte des Aktienkapitals ist durch den Bilanzverlust von 60'000 Franken aufgebraucht.

In diesem Fall hat der VR **unverzüglich** eine Generalversammlung (GV) einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen. In der Einladung sind die Sanierungsmassnahmen als Anträge des VR ordnungsgemäss zu traktandieren.

## Sorgfältige Dokumentation

Leider verhalten sich viele KMU-Unternehmer sehr unvorsichtig und vernachlässigen die Dokumentation ihrer Überlegungen und Entscheidungsgrundlagen. Sie vergessen dabei, dass sie bei einem Schadenfall nur mit einer umfassenden Dokumentation nachweisen können, alle Sorgfaltspflichten als VR eingehalten zu haben.

Die Sanierungsmassnahmen sind an der GV zu behandeln und im GV-Protokoll genau zu dokumentieren. Auch über Sanierungsmassnahmen, die vom VR bereits beschlossen und eingeleitet wurden, muss die GV informiert werden. Es gilt, auch diese zu protokollieren und zudem festzuhalten, wenn der VR keine weiteren Vorkehrungen treffen wird, in der Meinung, dass die bereits ergriffenen Massnahmen ausreichen, um eine Sanierung der Gesellschaft innert nützlicher Frist zu bewirken.

### **Überwachung der Liquidität**

Häufiger gilt indes die Hauptsorge des VR weniger der Bilanzsituation als vielmehr der Liquidität. Oft ist diese angespannt, bevor ein Kapitalverlust sichtbar wird. Entscheidend ist die Erstellung eines Liquiditätsplans, der die geplanten zukünftigen Ein- und Ausgaben darstellt. Auch ein vorsichtiges Budget und allenfalls eine Vorausrechnung (Forecast) sind zentral. Der VR muss sich überlegen, wie er die Zahlungsbereitschaft des Unternehmens sicherstellen will.

### **Faktische und solidarische Kausalhaftung des VR für nicht bezahlte AHV-Beiträge**

Mit Art. 52 Abs. 1 AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenen-Versicherung) hat die AHV eine scharfe Waffe im Kampf um ausstehende AHV-Beiträge: Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass die Geschäftstätigkeit einer angeschlagenen Gesellschaft nicht auf Kosten der Sozialversicherung verlängert wird. Ein Schaden entsteht der AHV, wenn eine Kapitalgesellschaft den Konkurs anmelden muss und ausstehende AHV/IV/EO- und ALV-Beiträge nicht bezahlt werden können. Für solche Ausstände haften alle VR persönlich und solidarisch mit ihrem Privatvermögen (abgesehen von möglichen strafrechtlichen Verfahren). Die AHV kann somit ein beliebiges Mitglied des VR für den ganzen Schaden einklagen.

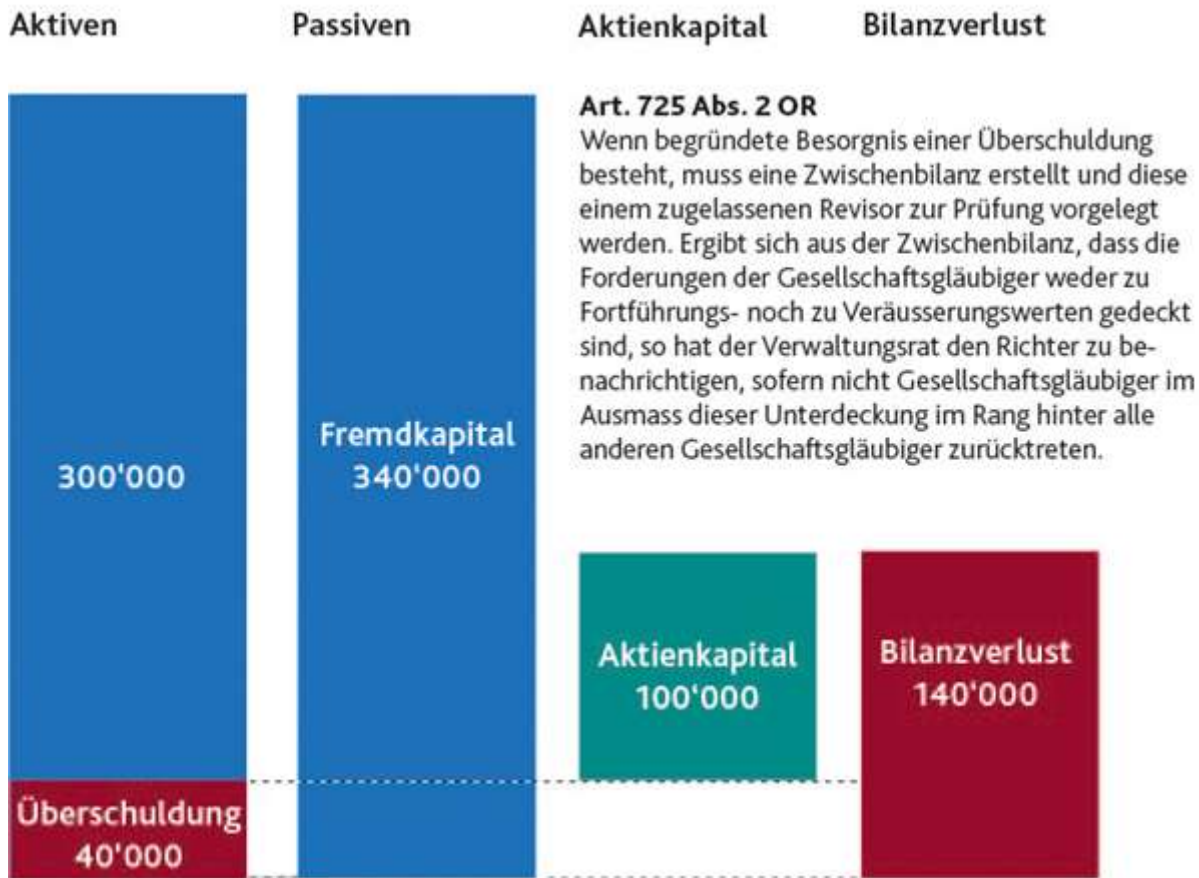
Der VR ist deshalb gut beraten, wenn er bei Sichtbarwerden von Liquiditätsproblemen der Zahlung der AHV-Beiträge grosse Aufmerksamkeit schenkt.

### **Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR**

Der VR ist verpflichtet, die Gesellschaft permanent auf eine mögliche Überschuldung hin zu überwachen.

Das folgende Schaubild stellt die Situation grafisch dar:

### **Überschuldung**



Das Aktienkapital ist vollumfänglich durch Verluste aufgezehrt und es besteht eine Überschuldung von 40'000 Franken.

### Begründete Besorgnis einer Überschuldung

Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Aktiven das Fremdkapital nicht mehr decken können (Art. 725 Abs. 2 OR). Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung muss der VR eine Zwischenbilanz erstellen und diese prüfen lassen. Für die Erstellung der Zwischenbilanz sollte eine kurze Frist genügen. Die Prüfung kann durch die gewählte Revisionsstelle oder - falls keine Revisionsstelle bezeichnet ist - durch einen zugelassenen Revisor im Auftrag durchgeführt werden.

Diese Zwischenbilanz ist zu Fortführungswerten und zu Veräusserungswerten zu erstellen. Ist eine Fortführung der Gesellschaft offensichtlich nicht möglich oder nicht beabsichtigt, kommen für die Bewertung von vornherein nur Veräusserungswerte in Frage.

Ist die Überschuldung sowohl zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten festgestellt, ist der Richter zu benachrichtigen, es sei denn, es können kurzfristig realisierbare Sanierungsmassnahmen eingeleitet oder ein ausreichender Rangrücktritt vereinbart werden.

### Sanierung

Eine kurzfristig mögliche finanzielle Sanierung ist der schnellste Weg. Wenn das nicht möglich sein sollte, bildet die Einräumung eines in der Höhe ausreichenden Rangrücktritts durch einen Gläubiger eine Massnahme, die vom Gesetzgeber vorgesehen ist, um Zeit für eine Sanierung zu gewinnen. Ein Rangrücktritt ist nur dann gültig, wenn er unbedingt und zeitlich unbeschränkt eingeräumt wurde und die

Bonität des Rangrücktrittgebers gegeben ist. Dieser darf sich durch die Einräumung eines Rangrücktritts nicht selbst gefährden. Aber Vorsicht: Ein Rangrücktritt befreit zwar von der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters, beseitigt aber die Überschuldung nicht. Es sind in der Folge weitere rechtliche, buchhalterische und steuerliche Gesichtspunkte zu beachten.

In dieser Situation empfehlen wir dringend, einen Experten beizuziehen, denn die einzuleitenden Schritte werden häufig erst nach einiger Zeit wirksam und für eine nachhaltige Sanierung sind allfällig notwendige weitere Massnahmen unbedingt zu koordinieren.

### **Benachrichtigung des Richters**

Besteht trotz eingeleiteter Massnahmen keine Aussicht auf Beseitigung der Überschuldung, muss der Richter benachrichtigt werden.

Es gibt keine gesetzlich festgelegte Frist für die Benachrichtigung des Richters nach Erkennen der offensichtlichen Überschuldung. In der Praxis geht man davon aus, dass der Richter innert 60 Tagen ab Kenntnis der offensichtlichen Überschuldung benachrichtigt werden muss, wenn die Sanierung nicht kurzfristig möglich ist. Die Überschuldungsanzeige (Bilanzdeponierung) liegt in der Verantwortung des Gesamtverwaltungsrats, sie setzt somit einen Verwaltungsratsbeschluss voraus. Das entsprechende Protokoll ist zusammen mit der geprüften Zwischenbilanz dem Richter einzureichen.

### **Rücktritt VR**

Wenn es «eng» wird, lassen sich einzelne VR-Mitglieder zu einem sofortigen Rücktritt verleiten und sie lassen sich in der Folge unverzüglich aus dem Handelsregister löschen, in der Annahme, sie könnten auf diese Weise nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden. Dies ist jedoch ein Trugschluss: Ein VR-Mitglied bleibt für alle Vorkommnisse vor dem Rücktritt verantwortlich und hat bei einem Rücktritt keinen Einfluss mehr auf das fristgerechte Ergreifen von nötigen Massnahmen.

### **Rückzug eines Aktionärsdarlehens**

Für Aktionäre ist es verlockend, sich kurz vor der Benachrichtigung des Richters - mit dem letzten Geld des Unternehmens - ein Aktionärsdarlehen oder zumindest einen Teil davon zurückzubezahlen. Derartige Rückzahlungen sind nach einer Konkurseröffnung anfechtbar und können gar die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Gläubigerbevorzugung nach sich ziehen.

### **Fazit**

Gerät eine Kapitalgesellschaft in eine Krise, ist fachkundiger Rat besonders wichtig. Fehler oder unbedachte Handlungen können eine persönliche Haftung oder gar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Je nach Situation ist eine Generalversammlung einzuberufen. Zudem müssen rechtzeitig ausreichende Sanierungsmassnahmen eingeleitet werden - andernfalls ist der Richter spätestens nach 60 Tagen zu benachrichtigen. Die vom Gesetzgeber oder durch die Praxis vorgegebenen Fristen sind einzuhalten.

Neben den rechtlichen sind steuerliche und betriebswirtschaftliche Aspekte zentral.

Frühzeitiges Reagieren bei einer sich abzeichnenden Krisensituation erleichtert Sanierungsmassnahmen und fördert eine nachhaltig positive Entwicklung. Unsere Experten sind erfahren im Umgang mit schwierigen Situationen und unterstützen Sie gerne bei der Suche nach den geeigneten und angemessenen Massnahmen.

**JETZT KONTAKT AUFNEHMEN**

---

**DRUCKEN ODER TEILEN**



Weitere Artikel und Publikationen finden Sie über das obenstehende Suchfeld oder im Menü unter «Themen».

Sichern Sie sich Ihren Wissensvorsprung und abonnieren Sie die BDO News und Einblicke.

---

**Ansprechpartner**



**HANSPETER BAUMANN** ▶

dipl. Treuhandexperte, Partner  
Liestal



**DAVID EHRENSPERGER** ▶

MLaw UZH, Rechtsanwalt  
Aarau

**MARC SCHAFFNER** ▶

lic. iur, pat. Sachwalter  
Aarau

