

Briefing November 2020 (Update)

Unternehmenskrise: Leitfaden für Verwaltungsräte

In Krisensituationen kommt es zu einer Kompetenzverschiebung von der Geschäftsleitung hin zum Verwaltungsrat. Dieser Leitfaden soll Verwaltungsräten sowie anderen Entscheidungsträgern eine Übersicht über die zentralen Massnahmen, Pflichten und rechtlichen Besonderheiten geben. Insbesondere die folgenden Punkte sind aus unserer Erfahrung zu beachten:

- **Handlungspflicht des Verwaltungsrates:** In Krisensituationen muss der Verwaltungsrat "das Zepter in die Hand nehmen", die Geschäftsführung enger überwachen und dazu geeignete Reporting-Systeme implementieren.
- **Realistische Analyse notwendig:** Droht eine Verschlechterung der finanziellen Situation, hat der Verwaltungsrat umgehend eine realistische Analyse der Ist-Situation vorzunehmen. Dabei empfehlen wir eine *frühzeitige Kommunikation mit dem Revisor* betreffend *Going Concern* und Bewertungsfragen.
- **Liquidität ist zentral:** Planung, Überwachung und Sicherung der Liquidität sind absolut zentral. Liquiditätssichernde Massnahmen sind frühzeitig zu ergreifen, und ein geeignetes Überwachungssystem ist zu implementieren (sofern nicht bereits vorhanden).
- **Keine Konzernsicht in der Schweiz:** Der Verwaltungsrat muss die Interessen seiner jeweiligen Gruppengesellschaft (und deren Gläubiger) wahren. Bestehende Konzernbeziehungen und -abhängigkeiten sind daher kritisch zu hinterfragen. Bei up-/cross-stream-Leistungen und Cash Pooling ist besondere Vorsicht geboten.
- **Sanierungsmassnahmen frühzeitig ergreifen:** Neben den unmittelbar liquiditätssichernden Massnahmen hat der Verwaltungsrat frühzeitig Sanierungsmassnahmen zu ergreifen: (i) operative und organisatorische Massnahmen, (ii) Kapitalmassnahmen mit Mittelzufluss und (iii) Kapitalmassnahmen ohne Mittelzufluss bzw. eine Kombination derselben.
- **Zahlungsrestriktionen beachten:** Als generelle Regel sollte eine Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten (i) Forderungen nicht vor Fälligkeit bezahlen, (ii) keine Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten gewähren und (iii) Geldschulden nicht durch unübliche Zahlungsmittel tilgen.

- **Notifikationen vornehmen:** Der Verwaltungsrat hat allfälligen Notifikationspflichten unter Kreditverträgen, D&O-Versicherungen etc. nachzukommen.
- **Einleitung von Nachlass- und Insolvenzverfahren:** Zeigt sich, dass eine privatrechtliche Sanierung trotz ergriffener Massnahmen nicht mehr möglich ist, stehen dem Verwaltungsrat grundsätzlich drei Nachlass- und Insolvenzverfahren zur Verfügung: COVID-19 Stundung, Nachlassverfahren oder Konkurs. Falls die Gesellschaft überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat zudem unter Umständen die Pflicht, ein solches Verfahren einzuleiten. Die Wahl des passenden Verfahrens hängt primär davon ab, ob von einer "V"-förmigen Geschäftsentwicklung (COVID-19 Stundung), einer "U"-förmigen Geschäftsentwicklung (Nachlassstundung) oder einer "L"-förmigen Geschäftsentwicklung (Konkursverfahren) ausgegangen wird.
- **Wegfall Bilanzdeponierungs-Moratorium:** Die im April 2020 eingeführte temporäre Befreiung von der Pflicht zur Bilanzdeponierung bei Überschuldung ist per 20. Oktober 2020 weggefallen. COVID-19 Kredite bis CHF 500'000 zählen aber weiterhin nicht als Fremdkapital bei der Beurteilung, ob eine Überschuldung vorliegt.

Handlungspflicht des Verwaltungsrates

In Krisensituationen kommt es zu einer **Kompetenzverschiebung** von der Geschäftsleitung hin zum Verwaltungsrat. Die **Intensität** und der **Rhythmus** der **Überwachungstätigkeit** des Verwaltungsrats müssen erhöht werden, folglich auch die Anzahl Sitzungen sowie der Austausch mit der Geschäftsleitung. Die Governance-Struktur sollte auf ihre Angemessenheit für die aktuelle ausserordentliche Lage der Gesellschaft hin überprüft und gegebenenfalls angepasst werden (z.B. durch Bildung von vorbereitenden Ausschüssen).

Entscheidungen und Massnahmen sind zu **dokumentieren** (insb. Protokolle).

Realistische Analyse

Droht eine Verschlechterung der finanziellen Situation, hat der Verwaltungsrat zunächst eine **realistische Ana-**

lyse der Ist-Situation vorzunehmen. Er muss evaluieren, ob die Gesellschaft sanierungsfähig ist und eine Fortführung der Geschäftstätigkeit während der nächsten 12 Monate (*Going Concern*) realistisch ist (insb. unter Berücksichtigung der Liquiditätssituation). Dabei kann sich der Verwaltungsrat an den folgenden Grundsätzen orientieren:

- **Einzelbetrachtung** jeder Gruppengesellschaft; keine Konzernsicht (vgl. unten).
- Prüfung der **Werthaltigkeit** der Aktiven, insbesondere der Beteiligungen und konzerninternen Forderungen.
- Überprüfung von **Konzernbeziehungen:** Abhängigkeiten, Klumpenrisiken, Vermeidung von up-/cross-stream-Zahlungen.
- Frühzeitige **Kommunikation mit Revisor** (Wertberichtigungen, *Going Concern*).

Liquidität ist zentral

Die **Liquiditätsplanung, -überwachung und -sicherung** sind zentral. Zwecks Sicherung der Liquidität kommen bspw. die folgenden Massnahmen in Betracht:

- Erhöhung **Kreditlimiten** bei Banken.
- Verschiebung geplanter **Investitionen**.
- **Kurzarbeit**.
- **Weitere personelle Massnahmen** (inkl. Lohnverhandlungen und Entlassungen).
- Kündigung von **nicht betriebsnotwendigen Verträgen** (z.B. Werbeverträge).
- Verbesserung der **Debitorenbewirtschaftung**.
- Allenfalls **Priorisierung von Zahlungen**. Insbesondere **Sozialversicherungsabgaben** sollten zeitgerecht bezahlt werden.
- **Stundung** für Miete, Steuern etc.
- **Sale-and-Lease-back**.
- **Reduktion Inventar**.

Sofern nicht bereits vorhanden, muss ein geeignetes **Überwachungssystem** implementiert werden, welches ein Echtzeit-Monitoring der Liquiditätssituation (aktuell und grundsätzlich über die nächsten 12 Monate) auf Stufe jeder Gruppengesellschaft sowie auf konsolidierter Basis ermöglicht. Der **Liquiditätsplan** ist basierend darauf laufend anzupassen.

Keine Konzernsicht in der Schweiz

Für Konzernstrukturen gilt es zu beachten, dass dem Schweizer (Konkurs-) Recht eine Einzelbetrachtung der Gruppengesellschaften zu Grunde liegt und es deshalb auch in Krisensituationen **keine Konzernsicht zulässt**. Der Verwaltungsrat muss die Interessen seiner jeweiligen Einzelgesellschaft (und deren Gläubiger) wahren. Die hier skizzierten Pflichten finden individuell auf die

Verwaltungsräte der einzelnen Gesellschaft Anwendung.

Entsprechend hat der Verwaltungsrat bei der Beurteilung der Bilanzsituation die Werthaltigkeit von Beteiligungen und konzerninternen Forderungen zu prüfen und allfällige **Wertberechtigungen** vorzunehmen. Bestehende **Konzernbeziehungen** und **-abhängigkeiten** sind kritisch zu hinterfragen. Bei up-/cross-stream-Leistungen und Cash Pooling ist besondere Vorsicht geboten.

Mögliche Sanierungsmassnahmen

Neben den Massnahmen zur unmittelbaren Sicherung der Liquidität hat der Verwaltungsrat weitere angemessene Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Möglich sind operative, organisatorische oder bilanzielle Massnahmen (mit oder ohne Kapitalzufluss) oder, wie in der Praxis üblich, eine Kombination derselben:

Operative und organisatorische Massnahmen

- Kostenreduktion.
- Optimierung Abläufe / Strukturen.
- Anpassung Produkte.
- Anpassung der Organisation / des Managements.
- Beizug von Experten (Sanierungsexperte, Kommunikation, Anwalt, etc.).
- Entlassungen – Einhaltung gegebenenfalls anwendbarer Vorschriften über die Massenentlassung.
- Beantragung einer Stundung für bspw. Mietzinse und Steuern.
- Verkauf / Schliessung unrentabler Unternehmensteile – Caveat: Paulianische Anfechtung.
- Notverkauf von Vermögenswerten, Auffanggesellschaft – Caveat: Paulianische Anfechtung.

- Sanierungsfusion – insbesondere Prüfung von Verrechnungssteuerfolgen.

Kapitalmassnahmen mit Mittelzufluss

- Bankkredite.
- Überbrückungsdarlehen von Aktionären / nahestehenden Personen – mögliche Subordinierung im Konkurs, wenn als eigenkapitalersetzend angesehen.
- Barkapitalerhöhung (OR 650) – 1% Stempelabgabe auf Einlage unter Vorbehalt einer einmaligen Ausnahme von CHF 10 Mio., soweit mit Bilanzverlusten verrechenbar; grundsätzlich gewinnsteuerneutral (Verlustvorträge bleiben erhalten).
- Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung (sog. "Harmonika"; OR 732a) – 1% Stempelabgabe auf Einlage mit obgenannter Ausnahme; grundsätzlich gewinnsteuerneutral (Verlustvorträge bleiben erhalten).
- À-fonds-perdu-Zuschüsse ins Eigenkapital – 1% Stempelabgabe auf Einlage mit obgenannter Ausnahme; grundsätzlich gewinnsteuerneutral (Verlustvorträge bleiben in der Regel erhalten; steuerbarer Gewinn kann mit Verlustvorträgen verrechnet werden, selbst wenn diese älter als 7 Jahre sind).

Kapitalmassnahmen ohne Mittelzufluss

- Auflösung stiller Reserven – Gewinnsteuer auf Wiederaufwertungsgewinn.
- Aufwertung von Grundstücken oder Beteiligungen (OR 670) – Gewinnsteuer auf Wiederaufwertungsgewinn.
- Refinanzierung (Laufzeitverlängerungen).
- Rangrücktritt (OR 725 II).
- Auflösung und Verrechnung von Reserven (OR 671 III) – Caveat: Verlust von Kapitaleinlagereserven.
- Deklarative Kapitalherabsetzung (OR 735).

- Debt / Equity Swap (Passivtausch) – Caveat: Diskussion, ob verrechnete Forderung bei Verrechnungslibrierung werthaltig sein muss; 1% Stempelabgabe auf Einlage mit obgenannter Ausnahme; grundsätzlich gewinnsteuerneutral (steuerliche Verlustvorträge bleiben in der Regel erhalten).

- Debt / Asset Swap (Bilanzverkürzung) – Caveat: Paulianische Anfechtung; Gewinnsteuer bei Kapitalgewinn.

- Forderungsverzicht (allenfalls gegen Besserungsschein) – bei Verzicht des Aktionärs 1% Stempelabgabe auf Einlage mit obgenannter Ausnahme; kann Gewinnsteuer auf ausserordentlichem Gewinn auslösen (welcher aber mit Verlustvorträgen verrechnet werden kann, auch wenn diese älter als 7 Jahre sind).

Zahlungsrestriktionen (Paulianische Anfechtung)

Aufgrund der Bestimmungen über die sog. paulianische Anfechtung hat eine Gesellschaft, die sich in schweren finanziellen Schwierigkeiten befindet, ihre Gläubiger gleich zu behandeln. Es dürfen keine Zahlungen an einzelne Gläubiger in Präferenz zu privilegierten oder gleichrangigen Gläubigern vorgenommen werden.

Als **generelle Regel** sollte eine Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten (i) Forderungen nicht vor Fälligkeit bezahlen, (ii) keine Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten gewähren und (iii) Geldschulden nicht durch unübliche Zahlungsmittel tilgen. Droht **Illiquidität** oder ein **Insolvenzverfahren**, dürfen – unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen – keine (nicht privilegierten) Forderungen mehr getilgt werden, auch keine fälligen. Eine Beurteilung im Einzelfall bleibt in jedem Fall vorzunehmen.

Notifikation und weitere Punkte

Der Verwaltungsrat hat formalen **Notifikationspflichten** unter Kreditverträgen, D&O-Versicherungen etc. nachzukommen.

Als Ausnahme zur Regel, dass einzig das Vermögen der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten haftet, können Verwaltungsräte im Fall einer Verletzung von **Sozialversicherungsvorschriften** für unbezahlte Sozialversicherungsbeiträge persönlich haftbar gemacht werden. Diese sollten daher unbedingt zeitgerecht bezahlt werden.

Auch wenn die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Sanierung hoch ist, sollte aus Vorsichtüberlegungen ein **Plan B** angedacht und, wo angezeigt, vorbereitet werden (z.B. Auffanggesellschaft, Nachlassverfahren, oder Bilanzdeponierung).

Nachlass- und Insolvenzverfahren

Zeigt sich, dass eine privatrechtliche Sanierung trotz ergriffener Massnahmen nicht mehr möglich ist, stehen dem Verwaltungsrat grundsätzlich **zwei Insolvenzverfahren** zur Verfügung: Nachlassverfahren oder Konkurs. Falls die Gesellschaft bereits überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat zudem unter Umständen die Pflicht, ein solches Verfahren einzuleiten. Die Wahl des passenden Verfahrens hängt primär davon ab, ob von einer "U"-förmigen Geschäftsentwicklung (Nachlassstundung) oder einer "L"-förmigen Geschäftsentwicklung (Konkursverfahren) ausgegangen wird.

Vgl. diesbezüglich das Bär & Karrer Briefing "[Übersicht Nachlass- und Insolvenzverfahren](#)".

Pflicht zur Bilanzdeponierung und COVID-19 Erleichterung

Hat der Verwaltungsrat begründete Besorgnis einer Überschuldung (Fremdkapital ist nicht mehr durch Aktiven gedeckt), muss er eine **Zwischenbilanz** zu Fortführungs- sowie Liquidationswerten erstellen und diese durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen.

Falls beide Zwischenbilanzen eine Überschuldung zeigen, muss der Verwaltungsrat beim Gericht den Konkurs anmelden (Bilanzdeponierung; OR 725 II). Bis März 2022 zählen staatlich besicherte **COVID-19 Kredite** bis zu CHF 500'000 nicht als Fremdkapital bei der Beurteilung, ob eine Überschuldung i.S.v. OR 725 II vorliegt.

Falls eine Einstellung der Geschäftstätigkeit in den nächsten 12 Monaten voraussichtlich nicht abwendbar ist (kein **Going Concern**; insb. mangels Liquidität), muss bei der Rechnungslegung auf – üblicherweise deutlich tiefere – Liquidationswerte umgestellt werden (OR 958a II). Der Verwaltungsrat muss Konkurs anmelden, wenn die Bilanz zu Liquidationswerten eine Überschuldung aufweist. Illiquidität führt daher oft zu einer Überschuldung, welche die Pflicht des Verwaltungsrates zur Bilanzdeponierung auslöst.

Von einer Konkursanmeldung kann **abgesehen** werden, falls Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung Rangrücktritte abgeben oder wenn der Verwaltungsrat stattdessen ein Nachlassverfahren oder eine COVID-19 Stundung einleitet. Sodann ist gemäss Rechtsprechung ein **kurzzeitiges Zuwarten** (max. 4–6 Wochen) statthaft, wenn der Verwaltungsrat unverzüglich konkrete Sanierungsmassnahmen ergreift und ernsthafte Aussicht auf eine dauerhafte Sanierung besteht. Wenn der Verwaltungsrat seiner Bilanzdeponierungspflicht nicht nachkommt und eine offensichtliche Überschuldung vorliegt, ist die Revisionsstelle verpflichtet, den Konkurs anzumelden.

Hauptkontakte



Dr. Christoph Neeracher
Partner, Leiter Sanierungen und Insolvenzverfahren
M: +41 58 262 52 64
christoph.neeracher@baerkarrer.ch



Dr. Luca Jagmetti
Partner
M: +41 58 262 52 62
luca.jagmetti@baerkarrer.ch



Thomas Rohde
Partner
M: +41 58 262 52 31
thomas.rohde@baerkarrer.ch



Dr. Philippe Seiler
Partner
M: +41 58 262 56 48
philippe.seiler@baerkarrer.ch



Raphael Annasohn
Partner
M: +41 58 262 52 65
raphael.annasohn@baerkarrer.ch

Bär & Karrer Ltd.

