



**Dr. Reto Arpagaus**  
Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.  
Partner  
Co-Leiter Finanzdienstleistungen  
Co-Leiter Sport  
Telefon +41 58 258 10 00  
reto.arpagaus@bratschi.ch



**Etienne Gard**  
MLaw, Rechtsanwalt, LL.M.  
Telefon +41 58 258 10 00  
etienne.gard@bratschi.ch

## Optionen für den Verwaltungsrat im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit der Revisionsstelle zur Überschuldung einer Gesellschaft

Im Falle einer Überschuldung sind Verwaltungsrat und, subsidiär, Revisionsstelle verpflichtet, den Richter zu benachrichtigen (die «Bilanz zu deponieren»). Das Vorliegen einer Überschuldung ist eine Tatfrage, deren Beantwortung besondere Fachkenntnisse voraussetzt. Das Rechnungswesen ist jedoch keine exakte Wissenschaft, so dass Meinungen darüber nicht selten auseinandergehen. Der vorliegende Artikel untersucht die Rechte, Pflichten und Handlungsoptionen des Verwaltungsrates im Falle einer Meinungsverschiedenheit mit der Revisionsstelle zur Frage der Überschuldung einer Gesellschaft.

### 1. Einführung

Scheitern bereits getroffene Sanierungsmassnahmen, so stellt die Überschuldung regelmässig ein «Todesurteil» für die Gesellschaft dar. In vielen Fällen ist die Überschuldung derart offensichtlich, dass kein Stakeholder sie in Frage stellt. Doch kommt es auch immer wieder vor, dass unklar ist, ob die Gesellschaft wirklich überschuldet ist. Das ist typischerweise etwa der Fall, wenn die realistische Bewertung gewisser Gesellschafts-Aktiven Schwierigkeiten bereitet. In solchen Fällen hängt die Überschuldung davon ab, wie die einschlägigen Rechnungslegungsvorschriften konkret angewendet werden. Nicht selten besteht diesbezüglich Ermessensspielraum. Was passiert in den Fällen, in denen der Verwaltungsrat die Überschuldung der Gesellschaft verneint, die Revisionsstelle jedoch gegenteiliger Ansicht ist? Und wie kann der Verwaltungsrat die Konkurseröffnung allenfalls doch noch verhindern?

### 2. Feststellung und Folge der Überschuldung

Besteht «begründete Besorgnis» einer Überschuldung der Gesellschaft, so muss der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellen und diese von einem zugelassenen Revisor prüfen lassen. Ergibt sich aus dieser Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (Art. 725 Abs. 2 OR).

Neben dem Verwaltungsrat spielt auch die Revisionsstelle eine wichtige Rolle. Stellt sie namentlich fest, dass die Gesellschaft «offensichtlich» überschuldet ist und unterlässt der Verwaltungsrat die Anzeige der Überschuldung, so benachrichtigt die Revisionsstelle das Gericht (Art. 728c Abs. 3 OR). Die Pflicht der Revisionsstelle, das Gericht bei «offensichtlicher» Überschuldung der Gesellschaft zu benachrichtigen, ist subsidiär. Konkret entsteht diese Pflicht nur bei Untätigkeit des Verwaltungsrates. Sie stellt die gesetzlich angeordnete Ersatzvornahme einer unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des Verwaltungsrates dar (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR).

Als Grundsatz eröffnet das Gericht auf die Benachrichtigung der Überschuldung hin den Konkurs und dies unabhängig davon, ob der Verwaltungsrat oder die Revisionsstelle die Überschuldung angezeigt hat. Ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, was in den meisten Fällen zu deren Ende und Löschung im Handelsregister führt.

### **3. Meinungsverschiedenheiten zur Frage der Überschuldung**

Wie eingangs festgehalten, kann die Feststellung einer Überschuldung in der Realität Schwierigkeiten – insbesondere buchhalterischer Natur – bereiten. Aus der Praxis sind etwa folgende Konstellationen bekannt:

- Die Gesellschaft hält als Aktiven Beteiligungen und/oder Obligationen (Schuldverschreibungen Dritter), die sich nur schwer bewerten lassen oder deren Marktwert erheblicher Volatilität unterliegt;
- Die Solvenz eines (allenfalls grossen) Debtors der Gesellschaft ist unklar; oder
- Die Gesellschaft hält Immaterialgüter, deren Bewertung eine Herausforderung darstellt.

In solchen Fällen besteht bei der Feststellung einer Überschuldung unter Umständen ein bedeutender Ermessensspielraum. Die Revisionsstelle kann zum Schluss kommen, dass die Bewertung der Beteiligungen durch den Verwaltungsrat zu hoch, ein wichtiger Debitor zahlungsunfähig oder die Einbringlichkeit einer Forderung aus anderen Gründen gefährdet sei. In einem solchen Fall wird die Revisionsstelle bei der Prüfung, ob eine «offensichtliche» Überschuldung vorliegt, den Wert der Beteiligungen entsprechend herabsetzen sowie den Debitor stark im Wert berichtigen oder ganz abschreiben.

Kommt die Revisionsstelle – im Gegensatz zum Verwaltungsrat – zum Schluss, dass (blosse) Anzeichen einer Überschuldung bestehen, so fordert sie den Verwaltungsrat schriftlich dazu auf, seine Pflichten nach Art. 725 Abs. 2 OR einzuhalten und eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen. Sollte der Verwaltungsrat innert gesetzter Frist keine Zwischenbilanz erstellen, so muss die Revisionsstelle selbst eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten erstellen. Stellt sie dabei eine «offensichtliche» Überschuldung fest, hat sie die Überschuldung dem Richter anzuzeigen. Der Verwaltungsrat ist daher in einem solchen Moment gut beraten, die von der Revisionsstelle geforderte Zwischenbilanz innert Frist vorzulegen.

Ergibt sich aus der vom Verwaltungsrat vorgelegten Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht gedeckt sind, so weist die Revisionsstelle auf das Ergreifen von Sanierungsmassnahmen (Kapitalerhöhung, Forderungssubordination, Forderungsverzicht usw.) oder auf die Anzeige der Überschuldung beim Richter innert gesetzter Frist hin. Konkret will in einem solchen Fall die Revisionsstelle einen Sanierungs- und Liquiditätsplan mit verbindlichen zeitlichen Angaben oder eine Benachrichtigung des Konkursgerichts sehen. Sollte der Verwaltungsrat innert der von der Revisionsstelle gesetzten Frist keine Sanierungsmassnahmen ergreifen bzw. keinen konkreten Liquiditäts- und Sanierungsplan vorlegen, und weigert sich der Verwaltungsrat, die Überschuldung dem Richter anzuzeigen, resp. bleibt der Verwaltungsrat untätig, so hat die Revisionsstelle keine andere Option, als den Gang zum Richter selber zu beschreiten.

Die Dauer der von der Revisionsstelle dem Verwaltungsrat gesetzten Frist hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Besteht die Gefahr, dass sich die finanzielle Lage der Gesellschaft rapide weiter verschlechtert, ist die Frist typischerweise sehr kurz bemessen (wenige Tage). Herrscht hingegen eine gewisse Stabilität und ist ausreichend Liquidität vorhanden, so kann die Frist durchaus auch länger sein (mehrere Wochen oder Monate).

#### **4. Gang zum Gericht – «Deponierung der Bilanz»**

Die Revisionsstelle hat eine gesetzliche Pflicht, den Richter bei «offensichtlicher» Überschuldung und Untätigkeit des Verwaltungsrats zu benachrichtigen. Der Verwaltungsrat kann dabei argumentativ auf zwei Ebenen Einfluss nehmen. Er kann entweder die Revisionsstelle davon überzeugen, dass die Gesellschaft nicht überschuldet ist, oder er kann der Revisionsstelle einen überzeugenden und realistischen Sanierungs- und Liquiditätsplan vorlegen. Scheitert der Verwaltungsrat mit beiden Ansätzen, so wird die Revisionsstelle mit Blick auf mögliche Haftungsfolgen (sog. Konkursverschleppungsschaden) selbst den Richter benachrichtigen. Allerdings birgt der Gang zum Richter für die Revisionsstelle auch Nachteile. Erstens stellt die Ergreifung einer solchen Massnahme eine Missbilligung des Verwaltungsrats dar. Das persönliche sowie das Geschäftsverhältnis zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat leiden darunter. Zweitens besteht bei unklaren Verhältnissen für die Revisionsstelle das Risiko, dass die Gläubiger oder Aktionäre der Gesellschaft ihr später vorwerfen, sie habe das Gericht zu Unrecht und zu früh benachrichtigt. In der Praxis versuchen Revisionsstellen daher oft bis zum letzten Moment, den Verwaltungsrat dazu zu bringen, den Richter selber zu benachrichtigen.

#### **5. Handlungsoptionen des Verwaltungsrats**

Ist der Gang zum Richter unvermeidbar, ist es aus Sicht des Verwaltungsrates und der Gesellschaft vorteilhaft, diesen selbst zu beschreiten. Erfolgt nämlich die Benachrichtigung des Richters durch die Revisionsstelle, so ist nach herrschender Auffassung der Verwaltungsrat nicht mehr berechtigt, einen Antrag auf einen aktienrechtlichen (zivilrechtlichen) Konkursaufschub nach Art. 725a OR zu stellen. Der Konkurs lässt sich in einer solchen Konstellation kaum mehr vermeiden.

Will der Verwaltungsrat aber den Konkurs vermeiden, und gelingt es ihm nicht, die Revisionsstelle davon abzuhalten, den Richter selbst zu benachrichtigen, so verbleiben ihm bessere Erfolgchancen, wenn er die Überschuldung dem Richter selber anzeigt und gleichzeitig einen Antrag auf Konkursaufschub stellt. Der Konkursaufschub bezweckt das Gewinnen von Zeit (Moratorium) für eine dauerhafte Sanierung der Gesellschaft – falls tatsächlich Aussicht auf Sanierung besteht. Die Schuldner-Gesellschaft kann ihre Gläubiger aber im Unterschied zum Nachlassverfahren nach Art. 293 ff SchKG nicht zu einem Sanierungsbeitrag resp. zu einem Forderungsverzicht zwingen.

Schiebt der Richter den Konkurs nach Art. 725a OR auf, muss er Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens treffen. Das Gericht kann dazu etwa einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen.

Der Verwaltungsrat sollte seinen Antrag auf Konkursaufschub mit einem Eventualbegehren auf Aussetzung der Konkurseröffnung verbinden. Damit im Fall der Ablehnung des Konkursaufschubes das Eventualbegehren auf Aussetzung des Konkurses aber überhaupt Erfolgsaussichten hat, muss der Verwaltungsrat gleichzeitig – in einem parallelen Verfahren – ein Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung nach Art. 293 ff. SchKG stellen, verbunden mit dem weiteren Antrag, das Verfahren zur Beurteilung der Nachlassstundung so lange zu sistieren, bis das Gericht über den Konkursaufschub entschieden hat. Mit der Einreichung eines Gesuches um Nachlassstundung erfüllt der Verwaltungsrat ebenfalls seine Pflicht nach Art. 725 OR. Zur Vermeidung von negativer Publizität sollte der Verwaltungsrat in beiden Verfahren auch den Antrag stellen, dass der Konkursaufschub bzw. die Nachlassstundung nicht öffentlich gemacht werden.

Die Erfolgchancen von solchen Rettungsmassnahmen zur Vermeidung der Konkurseröffnung nach Überschuldungsanzeige hängen letztlich entscheidend davon ab, ob die Gesellschaft tatsächlich sanierungsfähig ist. Um diesen Weg erfolgreich beschreiten zu können, bedarf es aber auch des richtigen und zeitgerechten Handelns des Verwaltungsrates. Für diesen besteht regelmässig nicht unerheblicher Zeitdruck, weshalb Kenntnis der Optionen, eine sorgfältige Vorausplanung und effizientes Vorgehen erforderlich sind.

---

**Bratschi AG** ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

**Basel**  
Lange Gasse 15  
Postfach  
CH-4052 Basel  
T +41 58 258 19 00  
F +41 58 258 19 99  
basel@bratschi.ch

**Bern**  
Bollwerk 15  
Postfach  
CH-3001 Bern  
T +41 58 258 16 00  
F +41 58 258 16 99  
bern@bratschi.ch

**Genf**  
Rue du Général-Dufour 20  
1204 Genf  
T +41 58 258 13 00  
F +41 58 258 17 99  
geneva@bratschi.ch

**Lausanne**  
Avenue Mon-Repos 14  
Postfach 5507  
CH-1002 Lausanne  
T +41 58 258 17 00  
T +41 58 258 17 99  
lausanne@bratschi.ch

**St. Gallen**  
Vadianstrasse 44  
Postfach 262  
CH-9001 St. Gallen  
T +41 58 258 14 00  
F +41 58 258 14 99  
stgallen@bratschi.ch

**Zug**  
Gubelstrasse 11  
Postfach 7106  
CH-6302 Zug  
T +41 58 258 18 00  
F +41 58 258 18 99  
zug@bratschi.ch

**Zürich**  
Bahnhofstrasse 70  
Postfach  
CH-8021 Zürich  
T +41 58 258 10 00  
F +41 58 258 10 99  
zuerich@bratschi.ch