



16.077

## **Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht)**

vom 23. November 2016

---

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin  
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf einer Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht).

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- |      |   |         |  |
|------|---|---------|--|
| 2000 | P | 00.3423 | Nennwertlose Aktie<br>(S 13.12.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR)   |
| 2000 | P | 00.3598 | Einführung der nennwertlosen Aktie<br>(N 30.11.2000, Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR)                                   |
| 2001 | M | 01.3153 | Transparenz der Kaderlöhne und Verwaltungsratsentschädigungen<br>(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer) |
| 2001 | M | 01.3261 | Mehr Schutz für Minderheitsaktionäre<br>(S 05.06.2002, Teile davon als Postulat überwiesen, Leutenegger Oberholzer)              |
| 2001 | M | 01.3329 | Corporate governance in der Aktiengesellschaft<br>(S 05.06.2002, als Postulat überwiesen, Walker)                                |
| 2002 | P | 02.3045 | Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels<br>(S 05.06.2002, Wicki)  |
| 2002 | P | 02.3086 | Corporate Governance. Anlegerschutz<br>(N 21.06.2002, Walker)  |

- 2012 M 12.3403 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-  
eröffnung (N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen  
SR)
- 2012 M 12.3654 Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkurs-  
eröffnung  
(N 03.12.2012, Kommission für Rechtsfragen NR)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr  
Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hoch-  
achtung.

23. November 2016

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Johann N. Schneider-Ammann

Der Bundeskanzler: Walter Thurnherr

- Besonders aktuell wurde die Thematik «one share, one vote» im Zusammenhang mit dem Übernahmekampf rund um die Sika AG.<sup>207</sup> Bedeutend war dort allerdings, dass die Statuten der Sika AG zwei Aspekte kombinierten: Zum einen bestand eine duale Aktienkapitalstruktur mit Stimmrechts- und Stammaktien. Zum anderen enthielten die Statuten eine Klausel, wonach insbesondere den Aktionärinnen und Aktionären ohne Stimmrechtsaktien kein öffentliches Kaufangebot unterbreitet werden musste. Dieses börsenrechtliche *Opting-out* war bisher in Artikel 22 Absatz 2 BEHG enthalten. Am 1. Januar 2016 ist das neue FinfraG in Kraft getreten. Das Parlament hat die *Opting-out*-Möglichkeit unverändert beibehalten (Art. 125 Abs. 3 FinfraG).

Gestützt auf diese Ausführungen ist ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf bezüglich Stimmrechtsaktien zu verneinen.<sup>208</sup>

## 1.4.9 Sanierung im Obligationenrecht

### 1.4.9.1 Hintergrund und Kernelemente der Revision

Am 1. Januar 2014 ist das revidierte Sanierungsrecht des SchKG in Kraft getreten.<sup>209</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Beratung dieser Vorlage wurde der Bundesrat mit zwei gleichlautenden Motionen der national- und ständerätlichen Rechtskommissionen<sup>210</sup> beauftragt, in Ergänzung zu seiner Botschaft zum Sanierungsrecht ein umfassendes Sanierungsverfahren im OR vorzulegen, das die Sanierung von Unternehmen vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens ermöglichen bzw. erleichtern soll. Um diesem Auftrag nachzukommen, zog das Bundesamt für Justiz verwaltungsexterne Sachverständige bei.<sup>211</sup> Angesichts der engen Verbindung mit zahlreichen Bestimmungen der Aktienrechtsrevision schien es angezeigt, die Ergebnisse der Überlegungen dieser Sachverständigen in die vorliegende Vorlage einfließen zu lassen.

Den Kern der sanierungsrechtlichen Neuerungen im OR bilden die Artikel 725–725c. Den Motionen folgend liegt das Hauptziel dieser Bestimmungen darin, präzisere und z. T. neue Handlungspflichten für die Unternehmen bzw. deren VR einzuführen, damit möglichst frühzeitig Sanierungsschritte erfolgen. Dazu dient in erster

<sup>207</sup> S. dazu diverse Medienmitteilungen der Sika AG ab dem 5. Dezember 2014, zu finden unter: [www.sika.com](http://www.sika.com) (Das Neuste von Sika bzw. weitere News).

<sup>208</sup> S. Hans Caspar von der Crone, Bericht für das Bundesamt für Justiz zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 5: Einführung echter Stimmrechtsaktien, Zürich/Bern 2001, S. 16 ff.; Daniel Daeniker, One Share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XV*, Zürich 2013, S. 181 f.; Daniel M. Häusermann, Stimmrechtsaktien zwischen Gestaltungsfreiheit und Minderheitenschutz, SZW 3/2015, S. 239 ff.

<sup>209</sup> AS 2013 4111 ff.

<sup>210</sup> Motionen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen vom 21. Mai/28. Juni 2012 betreffend «Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung» (12.3403/12.3654).

<sup>211</sup> Thomas Bauer (Basel), Andreas Binder (Baden/St. Gallen), Ueli Huber (Zürich), Vincent Jeanneret (Genf).

Linie die Neugestaltung der «Frühwarnsysteme»: Das Bewusstsein des VR bezüglich Liquidität und Kapitaldeckung soll geschärft werden, indem sowohl seine Handlungsspielräume erweitert als auch seine Pflichten konkretisiert werden.

Eine zentrale Rolle spielt dabei das Kriterium der drohenden Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725). Dieses war bereits im E 2007 vorgesehen.<sup>212</sup> Die drohende Zahlungsunfähigkeit soll die Handlungspflicht des VR zur Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft auslösen. Zudem soll sie bewirken, dass der VR die Entwicklung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens stets im Auge behält.

Wenngleich eine bilanzielle Überschuldung nicht immer die Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens ausschliesst (v. a. in einem Konzern), soll die im geltenden Recht vorgeschriebene Benachrichtigung des Gerichts nicht eingeschränkt werden. Bezüglich der Pflicht zur Einreichung der Überschuldungsanzeige bleibt es somit beim bisher massgebenden Kriterium der Überschuldung (s. Art. 725b). Jedoch soll eine Toleranzfrist von bis zu 90 Tagen dem VR erlauben, im Falle einer konkreten Aussicht auf Sanierung die Anrufung des Gerichts aufzuschieben, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Damit wird gegenüber der geltenden Rechtslage Rechtssicherheit geschaffen und der Handlungsspielraum des VR für Sanierungsmassnahmen vor der Eröffnung eines Nachlass- oder Konkursverfahrens erweitert.

Im Zusammenwirken mit dem revidierten Sanierungsrecht des SchKG, das im vorliegenden Entwurf ebenfalls punktuelle Anpassungen erfährt, sehen die Artikel 725–725c für Unternehmen in finanzieller Bedrängnis ein flexibles System mit klaren Handlungspflichten und graduell ansteigendem Einbezug externer Stellen vor (Revisionsstelle, GV, Nachlass- oder Konkursgericht). Die neuen Bestimmungen im Aktienrecht sollen allerdings nicht dazu führen, dass insbesondere die Überschuldungsanzeige später eingeleitet wird als bisher. An der rechtzeitigen Nutzung aller Mittel wird die Wahrung der Sorgfaltspflichten des VR zu messen sein.

In engem Zusammenhang mit der Sanierung im OR steht auch die Möglichkeit zur Verrechnungsliberierung mit nicht werthaltigen Forderungen (s. Art. 634a). Eine wichtige Präzisierung in Bezug auf die Haftungsfolgen beim Rangrücktritt (s. Art. 757 Abs. 4) zielt ebenfalls darauf, Sanierungsmassnahmen ausserhalb des Nachlassverfahrens zu fördern. Auch das neue Institut des Kapitalbands (s. Art. 653s ff.) ermöglicht insbesondere aufgrund der damit verbundenen Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung («genehmigte Kapitalherabsetzung») ein rascheres Vorgehen des VR. Mit diesen Massnahmen verbessert der Entwurf folglich die Sanierungsmöglichkeiten ausserhalb eines Nachlassverfahrens.

Das Sanierungsrecht des OR ist weiterhin im Aktienrecht enthalten. Entsprechend werden auch die Bestimmungen zu anderen Rechtseinheiten (z. B zur GmbH) angepasst, die auf das Aktienrecht verweisen.

In der Vernehmlassung wurde die Erweiterung der Vorschriften der Sanierung im OR, die sich bisher auf den Kapitalschutz konzentrierten (Art. 725 f. OR), auf den Schutz der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens begrüsst, namentlich die Einführung des Frühindikators der drohenden Zahlungsunfähigkeit (s. Art. 725).<sup>213</sup> Auch

<sup>212</sup> Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1689 f.

<sup>213</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 32.

die daran anknüpfende Pflicht zur Erstellung einer Liquiditätsplanung wurde positiv aufgenommen. Und schliesslich wurde der Gewinn an Rechtsicherheit bezüglich der Sanierungshandlungen und -fristen bei Vorliegen einer Überschuldung (s. Art. 725b) überwiegend positiv beurteilt.

Diesen Ergebnissen entsprechend übernimmt der Entwurf weitgehend die Struktur und die Kernelemente des Vorentwurfs. Zugleich enthält der Entwurf gegenüber dem Vorentwurf aber auch einige Anpassungen, um Anliegen und Vorbehalten, die in der Vernehmlassung geäussert wurden, Rechnung zu tragen. So wird darauf verzichtet, den Liquiditätsplan einer zwingenden Plausibilitätsprüfung durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor zu unterziehen. Damit wird den Bedenken Rechnung getragen, die verschiedene Teilnehmerinnen und Teilnehmer bezüglich der KMU-Tauglichkeit einer solchen Massnahme geäussert hatten. Auch der unklare Prüfungsmassstab und mit ihm die Praktikabilität der Massnahme wurden beanstandet. Darüber hinaus wurden in der Vernehmlassung die vorgeschlagenen Frühindikatoren der drei aufeinanderfolgenden Jahresverluste (Art. 725a Abs. 1 Ziff. 3 VE OR) und der deutlichen Verringerung des Eigenkapitals infolge eines hohen Jahresverlustes (Art. 725a Abs. 1 Ziff. 2 VE OR) kritisiert. Ersterer sei ungeeignet, weil er auch Unternehmen mit gesunder Kapitaldecke und ohne Zahlungsrisiken erfasse. Bei Letzterem sei zu bezweifeln, ob er gegenüber dem verschärften Kapitalverlust einen Mehrwert schaffe, der die zusätzliche Komplexität rechtfertige. Beide Frühindikatoren würden zudem Start-up-Unternehmen, die viel Eigenkapital verbrauchen, ab dem Gründungsjahr erfassen.<sup>214</sup> Vor dem Hintergrund dieser Kritik beschränkt sich der Entwurf beim Kapitalverlust auf den (verschärften) Frühindikator des Verlusts von einem Drittel des Aktienkapitals.

#### 1.4.9.2 Darlehen in der Sanierung

In Bezug auf die Frage nach einer insolvenzrechtlichen Sonderbehandlung eigenkapitalersetzender Darlehen von Aktionärinnen und Aktionären oder von anderen nahestehenden Personen sprachen sich die Sachverständigen gegen die Sonderbehandlung im Sinne einer Nachrangigkeit oder eines Umqualifizierens in Eigenkapital aus. Weder lassen sich leicht anwendbare Kriterien festlegen, wann ein solches Darlehen vorliegt, noch lassen sich zweckgerichtete Rechtsfolgen daraus ableiten. Zudem erweisen sich in der Krise insbesondere nahestehende Personen oft als letzte Finanzierungsquelle für das Unternehmen. Deren Rechtsstellung in Bezug auf ein Darlehen zum ohnehin hohen Verlustrisiko zusätzlich zu verschlechtern, liefe der Sanierung entgegen. Das Bundesgericht hat denn auch zum kapitalersetzenden Darlehen erklärt, dieses sei «dem geltenden schweizerischen Recht fremd»<sup>215</sup>. Auch Forderungen von Aktionärinnen und Aktionären gegenüber der eigenen Gesellschaft seien als Fremdkapital zu behandeln und – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – von der Gesellschaft entsprechend zu erfüllen.<sup>216</sup> Dabei soll es gemäss Entwurf

<sup>214</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

<sup>215</sup> Urteil 5C.226/2005 des Bundesgerichts vom 2. März 2005, E. 3.

<sup>216</sup> Urteil 4A\_496/2010 des Bundesgerichts vom 14. Februar 2011, E. 2.4; s. insgesamt Jürg Roth, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Vorrang – Gleichrang, Basel 2009.

bleiben; auch die Vernehmlassung gibt keinen Anlass, von dieser Schlussfolgerung abzuweichen.

In Bezug auf Sanierungsdarlehen wird der vom revidierten Sanierungsrecht des SchKG gewählte Ansatz allerdings noch konsequenter umgesetzt. Bislang konnte nur das Nachlassgericht oder der Gläubigerausschuss bestimmte Rechtshandlungen der Anfechtung entziehen. Neu soll die Anfechtungssicherheit zusätzlich auch für andere während der Stundung mit Zustimmung der Sachwalterin oder des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten gelten (s. Art. 285 Abs. 4 E SchKG). Damit können Sanierungshandlungen, namentlich hinsichtlich neuer Darlehen, rasch und ohne Anfechtungsgefahr vorgenommen werden. Diese Anpassung erleichtert Sanierungsbemühungen in der Nachlassstundung erheblich. In Bezug auf *vor* der Nachlassstundung vorgenommene Rechtshandlungen bleibt es, auch bezüglich Darlehen, bei der Rechtslage gemäss bisheriger Rechtsprechung.<sup>217</sup>

#### **1.4.9.3                   Eingliederung des Konkursaufschubs in ein revidiertes SchKG-Nachlassrecht**

Schon die Sanierungsrechtsvorlage zum SchKG sah ursprünglich die Eingliederung des Konkursaufschubs (Art. 725a OR) in das revidierte Nachlassverfahrensrecht vor. Das Parlament verzichtete jedoch auf die Streichung des Konkursaufschubs. Der Konkursaufschub ermögliche es dem VR, gleichzeitig sowohl seiner Benachrichtigungspflicht nachzukommen als auch das Ruder herumzureissen, bevor ein förmliches Insolvenzverfahren einsetze. Unter dem Konkursaufschub sei auch – im Gegensatz zum revidierten Nachlassverfahrensrecht – eine zeitlich unbeschränkte «stille Sanierung» (ohne Publikation) möglich, was jedoch aus Sicht der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht unproblematisch erscheine.

Der Entwurf integriert die Vorteile des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren und sieht daher auch eine punktuelle Anpassung des SchKG-Nachlassrechts vor. So wird für begründete Fälle neu ermöglicht, eine provisorische, allenfalls stille Nachlassstundung um maximal vier Monate zu verlängern (s. Art. 293a Abs. 2 E SchKG). Es ist folglich neu eine provisorische Nachlassstundung von bis zu acht Monaten zulässig. In Verbindung mit dem Sanierungsverfahren im OR (s. Art. 725 ff.) erlaubt es diese zeitliche Flexibilisierung, den Konkursaufschub im Nachlassrecht aufgehen zu lassen und im OR zu streichen. Dabei sollte das Sanierungsverfahren des OR im Regelfall zeitlich einem allfälligen Nachlassverfahren des SchKG vorgelagert sein und allenfalls um die Sanierungsinstrumente des Nachlassverfahrens ergänzt werden können. Die Verfahren des OR und des SchKG sollen komplementär wirken und somit einen nahtlosen Übergang ohne Doppelspurigkeiten ermöglichen. Entsprechend wird – im Einklang mit der Beurteilung der Sachverständigen und der Vernehmlassung – auch im Entwurf darauf verzichtet, das bestehende Instrumentarium des SchKG-Nachlassverfahrens im OR teilweise oder sogar vollständig zu wiederholen. Den Unternehmen sollen im OR und im SchKG Instru-

<sup>217</sup> S. insgesamt Susan Emmenegger, Das Sanierungsdarlehen, in: Emmenegger, Susan (Hrsg.), Kreditrecht, Basel 2010, S. 153 ff., insbesondere die S. 169 ff.; Olivier Hari, Action révocatoire et prêt d'assainissement font-ils bon ménage?, GesKR 4/2008, S. 372 ff.

mente zur Verfügung gestellt werden, die es ihnen bei Bedarf erlauben, sich über einen mehrmonatigen Zeitraum ohne potenziell nachteilig wirkende Publikation, jedoch unter Wahrung des Gläubigerschutzes, um eine gesellschafts- oder nachlassrechtliche Sanierungslösung zu bemühen.

Zwar soll gemäss Artikel 293c Absatz 2 SchKG auf die öffentliche Bekanntmachung nur in begründeten Fällen verzichtet werden. Diese vom bisherigen Artikel 725a Absatz 3 OR abweichende Umschreibung ist nicht dahingehend zu verstehen, dass von der Publikation nur ausnahmsweise abgesehen werden kann. Erforderlich ist einzig, dass eine Situation vorliegt, welche die Nichtveröffentlichung im Interesse des Gelingens der Sanierung der Gesellschaft rechtfertigt. Die hierzu im Detail noch zu entwickelnde Praxis sollte konsequenterweise keine strengeren Anforderungen an den Publikationsverzicht stellen als die bisherige Praxis zum stillen Konkursaufschub. Bei der Interessenabwägung ist zudem auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die bei unterbleibender Publikation zwingende Ernennung einer Sachwalterin oder eines Sachwalters die Gläubigerinteressen gebührend schützt. Es kann deshalb auf eine Änderung von Artikel 293c Absatz 2 SchKG verzichtet werden.

#### **1.4.10                   Berichterstattung von Rohstoffunternehmen über Zahlungen an staatliche Stellen**

##### **1.4.10.1               Ausgangslage**

Am 25. Juni 2014 hat der Bundesrat den Bericht vom 16. Mai 2014 in Erfüllung der Empfehlung 8 des Grundlagenberichts Rohstoffe sowie des Postulats «Mehr Transparenz im Schweizer Rohstoffsektor» der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats vom 29. April 2013<sup>218</sup> verabschiedet.<sup>219</sup> Darin empfiehlt der Bundesrat, in der Schweiz eine Transparenzregelung einzuführen, die sich an den Regelungen der EU orientiert (s. Ziff. 1.5.6).

In der EU wurde am 26. Juni 2013 die geänderte Richtlinie 2013/34/EU<sup>220</sup> (Rechnungslegungsrichtlinie) verabschiedet, die am 19. Juli 2013 in Kraft trat und innert zwei Jahren von den Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gesetzgebungen umgesetzt werden musste. Weiter wurden am 22. Oktober 2013 mit der Richtlinie

<sup>218</sup> 13.3365.

<sup>219</sup> Der Bericht ist im Internet unter folgendem Link abrufbar: [www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2014/2014-06-25.html)

<sup>220</sup> Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (ABl. L 182 vom 29.6.2013, S. 19).

*Art. 720*

Die allgemeine Pflicht zur Eintragung der Aktiengesellschaft ins Handelsregister ergibt sich aus Artikel 640 OR. Nach Artikel 929 Absatz 1 OR bzw. Artikel 943 der Vorlage zur Modernisierung des Handelsregisters<sup>453</sup> erlässt der Bundesrat Vorschriften u. a. über den Inhalt der Eintragungen. Gestützt darauf äussert sich Artikel 45 HRegV zum Inhalt des Eintrags bei einer Aktiengesellschaft. Gemäss Absatz 1 Buchstabe o sind die zur Vertretung berechtigten Personen einzutragen. Mit der Revision des Aktienrechts sollen Normen über den Inhalt der Eintragung aus dem OR gestrichen werden. Damit sollen Doppelspurigkeiten und Ungereimtheiten zwischen Gesetz und Verordnung vermieden werden (s. Art. 634 und 642). Der Bundesrat hat auch Vorschriften über die Anmeldung und die Belege zu erlassen. Die HRegV enthält entsprechend Normen über die zur Anmeldung befugten bzw. verpflichteten Personen und die Beglaubigung der Unterschriften (Art. 17 f. und 21 HRegV). Entsprechende Vorschriften werden ebenfalls aus dem OR gestrichen.

Artikel 720 OR, der sich zur Eintragung der zur Vertretung befugten Personen äussert, kann daher ersatzlos gestrichen werden. Die entsprechenden Vorschriften ergeben sich aus der HRegV.

### **2.1.30 Haftung für Organe**

*Art. 722 Randtitel*

Der Randtitel wird im Deutschen richtiggestellt. Es geht nicht um die Haftung der Organe, sondern um die Haftung der Gesellschaft *für* die Organe (Art. 55 ZGB) und die zur Vertretung befugten Personen. Inhaltlich ändert sich nichts.

### **2.1.31 Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung**

*Art. 725 Drohende Zahlungsunfähigkeit*

Artikel 725 befasst sich mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit und wird den Regeln zum Kapitalverlust und zur Überschuldung vorangestellt. Die Finanzplanung gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des VR (s. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3). Der neue Artikel 725 hält diesbezüglich explizite Handlungspflichten des VR fest, um die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu vermeiden.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Absatz 1 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>454</sup> Die einmalige Unmöglichkeit, frist-

<sup>453</sup> Botschaft Handelsregister, S. 3652.

<sup>454</sup> BGE 111 II 206 E. 1, S. 206 f.

gerecht zu zahlen, begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit.<sup>455</sup> Begründete Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit ist namentlich gegeben, wenn sich die Hinweise darauf verdichten, dass die Zahlungsverpflichtungen in den nächsten sechs Monaten nicht erfüllt werden können, sei es als Folge einzelner Ereignisse oder aufgrund struktureller Veränderungen im unternehmerischen Umfeld. Untersteht die Gesellschaft von Gesetzes wegen der Pflicht zur ordentlichen Revision (Art. 727 OR), so beträgt der relevante Zeitraum nicht sechs, sondern zwölf Monate. Diese zwölf Monate entsprechen dem Zeitraum, der für die Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht massgebend ist (Art. 958a OR). Die von dieser Frist erfassten Gesellschaften sind schon nach geltendem Artikel 961b OR zur Erstellung einer (allerdings retrospektiven) Geldflussrechnung verpflichtet. Im Vorentwurf war der Zeitraum von zwölf Monaten für alle Gesellschaften massgebend. In der Vernehmlassung wurde jedoch die Befürchtung geäussert, dass dieser Zeitraum insbesondere für KMU nicht überschaubar und daher ein differenzierterer Ansatz angebracht sei.<sup>456</sup> Der Entwurf trägt diesen Bedenken Rechnung, obschon auch argumentiert werden kann, dass die Tatsache der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit hinsichtlich des zeitlichen Horizonts bei allen Unternehmen gleich beurteilt werden sollte (zwölf Monate, d. h. unter der Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit gemäss Rechnungslegungsrecht).

Während Artikel 958a OR die Prüfung der Annahme der Fortführung der Geschäftstätigkeit anlässlich der Erstellung der Jahresrechnung erfasst (unverändert stets für einen prospektiven Zeitraum von zwölf Monaten ab Bilanzstichtag), ist die Überwachung der künftigen Zahlungsfähigkeit nach Artikel 725 eine laufende Aufgabe des VR.

Wichtige Neuerungen bestehen bei den Rechtsfolgen bzw. den ausgelösten Handlungspflichten: Es soll primär eine Pflicht des VR zur Liquiditätsplanung ausgelöst werden (Abs. 1–3).

Beim Liquiditätsplan gemäss Absatz 2 handelt es sich um eine *prospektive* Abschätzung der künftigen Zuflüsse der flüssigen Mittel im massgeblichen Zeitraum.<sup>457</sup> Er stellt sowohl den Bestand als auch die zu erwartende Veränderung der flüssigen Mittel des Unternehmens infolge Ein- und Auszahlungen aus der Geschäfts-, Investitions- und Finanzierungstätigkeit dar. Was im ersten Augenblick kompliziert erscheint, ist für kleine Aktiengesellschaften verhältnismässig einfach zu bewerkstelligen, da überschaubare Verhältnisse vorliegen. Wichtige liquiditätswirksame Posten (z. B. Miete, Personal, Zinsen) sind klar bezifferbar; bei den Kosten, die variabler sind (z. B. Material), und den Erträgen bestehen meistens Erfahrungswerte, auf die es sich abstützen lässt.

Anders als bei der Liquiditätsplanung im revidierten Nachlassrecht ist ein konkreter Zeithorizont von sechs bzw. zwölf Monaten festgelegt. Dies schliesst aber nicht aus, dass der für die Zwecke dieses Artikels erstellte Liquiditätsplan auch zur Begrün-

<sup>455</sup> BGE 109 III 77 E. 2, S. 78.

<sup>456</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33; s. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 499 f.

<sup>457</sup> S. insgesamt Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 497 ff.

dung eines Nachlassstundungsgesuchs nach Artikel 293 SchKG verwendet werden kann.

Der Liquiditätsplan ist gemäss Absatz 1 in eine Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft (Art. 958 OR) einzubetten. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft soll primär klären, ob zugleich eine begründete Besorgnis der Überschuldung im Sinne von Artikel 725b besteht.

Der Liquiditätsplan kann gemäss Absatz 2 die vom VR in Ausübung der eigenen Kompetenzen (Art. 716 Abs. 1 OR) geplanten Sanierungsmassnahmen und deren zu erwartende Auswirkungen berücksichtigen. Damit ist implizit die Erwartung verbunden, dass der VR bereits zu diesem Zeitpunkt entsprechende Massnahmen ergreift. Ihm steht es zudem frei, die GV einzuberufen, etwa wenn die notwendigen Sanierungsmassnahmen deren Zustimmung erfordern (z. B. für eine ordentliche Kapitalerhöhung).

Ergibt sich aus dem Liquiditätsplan – unter Berücksichtigung geplanter Massnahmen des VR und solcher, welchen die GV bereits zugestimmt hat –, dass gleichwohl Zahlungsunfähigkeit droht, so muss der VR gemäss Absatz 3 weitere Massnahmen ergreifen. Damit sind insbesondere solche gemeint, die den Einbezug der GV voraussetzen, um z. B. einen Kapitalschnitt oder eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Zudem kann sich die Einleitung eines Nachlassverfahrens nach Artikel 293 SchKG aufdrängen.

Die Missachtung der Handlungspflichten durch den VR kann dessen Verantwortlichkeit nach Artikel 754 OR und im Falle eines späteren Konkurses nach den Artikeln 756 f. OR begründen.

Der Entwurf unterscheidet sich bezüglich der Rechtsfolgen in einigen Punkten vom Vorentwurf. Dieser sah eine zwingende Plausibilitätsprüfung des Liquiditätsplans durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor vor (Art. 725 Abs. 3 VE OR). Diese Prüfungspflicht wurde in der Vernehmlassung kritisiert. Zum einen wurde deren KMU-Tauglichkeit bezweifelt, da sie auch kleinen Unternehmen zu einem finanziell kritischen Zeitpunkt zusätzliche Kosten auferlegt hätte. Zum anderen wurde kritisiert, der Prüfungsmassstab erweise sich als zu unbestimmt, was angesichts drohender Verantwortlichkeitsklagen Revisorinnen und Revisoren davon abhalten könnte, solche Prüfaufträge überhaupt anzunehmen.<sup>458</sup> Auch bräuchten die Suche nach einer zugelassenen Revisorin oder einem zugelassenen Revisor und das Einpendeln des Prüfablaufs bereits einige Zeit (dies insbesondere bei all den Unternehmen, die auf die eingeschränkte Revision der Jahresrechnung verzichtet haben, Art. 727a OR).<sup>459</sup> Die Streichung der Prüfungspflicht berücksichtigt diese Kritik.

Auf die zwingende Einberufung der GV (Art. 725 Abs. 4 VE OR) wird im Entwurf ebenfalls verzichtet. In der Vernehmlassung wurde diese Pflicht wegen ihrer Kosten-, Zeit- und Publizitätsfolgen als oftmals wirkungslos oder sogar kontraproduktiv abgelehnt.<sup>460</sup> Stattdessen soll es im pflichtgemässen Ermessen des VR liegen, wie er die Aktionärinnen und Aktionäre miteinbezieht. Faktisch ergibt sich die Einberu-

<sup>458</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

<sup>459</sup> S. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 502.

<sup>460</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

fungspflicht weiterhin, wenn die Massnahmen des VR nicht ausreichen, die er in Eigenkompetenz treffen kann, um die drohende Zahlungsunfähigkeit abzuwenden. Reichen die aktienrechtlichen Sanierungsmassnahmen nicht aus, so muss der VR ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen, wofür im Übrigen ebenfalls eine Liquiditätsplanung gefordert wird (Art. 293 Bst. a SchKG). Ist die GV nicht in die Sanierungsmassnahmen einbezogen worden, so ist sie spätestens im Rahmen der Jahresrechnung über die Sanierungsmassnahmen zu orientieren (Art. 959a Abs. 3, 959b Abs. 5 und 959c OR).

Sanierungsmassnahmen sind zeitkritisch und die Akteurinnen und Akteure müssen schnell handeln. Aufgrund unterschiedlichster Sachverhalte (Grösse des Unternehmens, Branche, Zugehörigkeit zu einem Konzern, Komplexität der zu ergreifenden Massnahmen etc.) wird darauf verzichtet, fixe Fristen für die Einhaltung der Handlungspflichten des VR vorzuschreiben. Stattdessen wird gemäss Absatz 4 die Pflicht für den VR statuiert, «mit der gebotenen Eile» zu handeln. Dabei kann an die vom Bundesgericht zum Konkursaufschub entwickelte Praxis angeknüpft werden, wonach dem VR die nötige Zeit für die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und gegebenenfalls deren Vorlage zuhanden der GV zu gewähren ist, sofern begründete Aussicht auf wirksame und ausreichende Massnahmen besteht. Ansonsten aber besteht kein Raum für Verzögerungen und der VR hat wie bisher unverzüglich zu handeln. Der in Absatz 4 statuierten Pflicht kommt im Falle einer späteren Überschuldung (s. Art. 725b) eine besondere Bedeutung zu, da deren Missachtung gegebenenfalls eine Verantwortlichkeit des VR begründen kann.

#### *Art. 725a* Kapitalverlust

Beim Kapitalverlust, einem kapitalbezogenen Warnindikator, wird grundsätzlich an das geltende Recht angeknüpft. Er ist wie bis anhin aufgrund der ordnungsgemäss erstellten Bilanz festzustellen (Grundsätze ordnungsgemässer Rechnungslegung, Vorgaben an Mindestgliederung und Bewertung, Art. 958a ff. OR).<sup>461</sup> Der bisher massgebliche hälftige Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR) wird aber durch den Verlust von einem Drittel des nominellen Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven ersetzt. Er setzt somit etwas früher ein als unter bisherigem Recht. Diese Änderung mag gering erscheinen. Sie wird jedoch die Wachsamkeit des VR erhöhen, da dieser in einer beginnenden Krise den Blick früher auf das Eigenkapital und dessen Schwund richten wird.<sup>462</sup> Der Gesetzestext verweist auf die gesetzlichen

<sup>461</sup> S. insgesamt Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 22; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedom Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich 2009, § 13 N 719 ff. und N 735.

<sup>462</sup> S. Peter Böckli, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, S. 496.

Kapital- und Gewinnreserven (s. Art. 671 f.). Erfasst werden dabei wie bisher die nicht ausschüttbaren Teile dieser Reserven.<sup>463</sup>

Die im Vorentwurf neu vorgesehenen Indikatoren der raschen Verringerung des Eigenkapitals infolge eines hohen Jahresverlusts und der drei aufeinanderfolgenden Jahresverluste sind als Folge der deutlichen Kritik in der Vernehmlassung im Entwurf nicht mehr enthalten (s. Ziff. 1.4.9.1).

Der Kapitalverlust löst gemäss den Absätzen 1 und 2 verschiedene Rechtsfolgen aus. Es wird die Pflicht des VR zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft statuiert. Der VR soll gestützt auf aktuelle Informationen beurteilen können, welche Massnahmen zur Beseitigung des Kapitalverlusts geeignet und vorhanden sind und ob neben dem Kapitalverlust auch eine begründete Besorgnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht (s. Art. 725) oder eine Überschuldung droht (s. Art. 725b). Es wird nicht die Erstellung eines formellen Lageberichts (Art. 961c OR) verlangt (dieser würde auch nicht alle benötigten Informationen enthalten). Zum Teil wurde jedoch der Vorentwurf entsprechend verstanden, da der Gesetzestext die «umfassende» Beurteilung der wirtschaftlichen Lage vorschrieb (Art. 725a Abs. 1 i. V. m. Art. 725 Abs. 1 VE OR). Mit dem Verzicht auf «umfassend» wird allfälligen Missverständnissen vorgebeugt, die Flexibilität der Unternehmen gestärkt und der KMU-Verträglichkeit Rechnung getragen. Ergibt die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage, dass eine begründete Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit nach Artikel 725 vorliegt, so greifen auch die dort vorgesehenen Handlungspflichten des VR. Ergibt sich, dass sogar eine Überschuldung droht oder eingetreten ist, so gelangen die Rechtsfolgen von Artikel 725b zur Anwendung.

Der Vorentwurf sah als Rechtsfolge des Kapitalverlusts in jedem Falle eine Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans vor. In der Vernehmlassung wurde diese unbedingte Verknüpfung kritisiert. Bilanzprobleme sollten nicht mit Liquiditätsproblemen gleichgestellt werden.<sup>464</sup> Gemäss vorliegendem Entwurf drängt sich der Liquiditätsplan nur auf, wenn die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage durch den VR ergibt, dass der Kapitalverlust mit einer begründeten Besorgnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit einhergeht.

Die neue vom Kapitalverlust ausgelöste Rechtsfolge ist gemäss Absatz 2, wie schon im Vorentwurf, die Pflicht für Gesellschaften ohne Revisionsstelle, die letzte Jahresrechnung mindestens eingeschränkt durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen. Damit soll sichergestellt werden, dass die wirtschaftliche Lage nicht schlechter ist, als sie vom VR dargestellt wird, was in der Praxis nicht selten der Fall sein wird.

Absatz 3 stellt klar, dass die Einreichung eines Nachlassgesuchs (unter Beilage der in Art. 293a Abs. 1 Bst. a SchKG vorgesehenen Unterlagen) den VR von der Prüfung der Jahresrechnung entbindet.

<sup>463</sup> S. insgesamt Eric Homburger, Art. 725 N 1204 ff., in: Gauch, Peter/Schmid, Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V5b, Die Aktiengesellschaft, Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997; Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 18; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012. Hinsichtlich des (un)gesperrten Agios: BGE 140 III 533 E. 6.2, S. 547 f.

<sup>464</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.

Absatz 4 erinnert an die Verpflichtung aller Beteiligten (VR sowie zugelassene Revisorin oder zugelassener Revisor bzw. Revisionsstelle), mit der gebotenen Eile zu handeln (s. Art. 725 Abs. 4 und 725b Abs. 6).

Den Aktionärinnen und Aktionären steht es frei, gegebenenfalls in den Statuten zusätzliche Indikatoren für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen vorzusehen oder die gesetzlichen Voraussetzungen zu verschärfen (z. B. bereits dann, wenn ein Viertel des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist). Eine Lockerung der Indikatoren von Artikel 725 und Artikel 725a ist demgegenüber unzulässig.

#### *Art. 725b* Überschuldung

Artikel 725b befasst sich mit dem Zustand der Überschuldung und knüpft weitgehend an den bisherigen Artikel 725 OR an. Die vorgeschlagenen Anpassungen, allen voran die Festlegung einer Frist (samt zusätzlicher Bedingungen) für die Einreichung der Überschuldungsanzeige wurden überwiegend begrüsst. Mit einer Klarstellung zum fristauslösenden Moment wurde einem wichtigen Kritikpunkt der Vernehmlassung<sup>465</sup> Rechnung getragen.

Regelmässig werden den Fällen von Artikel 725b ein Zustand und ein Verfahren nach Artikel 725 oder 725a vorzugehen. Dies ist aber nicht immer der Fall. Es kann sich erweisen, dass das Vorliegen einer Überschuldung zu prüfen ist, bevor die Handlungspflichten der Artikel 725 und 725a ausgelöst werden. Alle drei Bestimmungen stehen zwar in einem inhaltlichen Zusammenhang, doch begründen sie Pflichten, die grundsätzlich unabhängig voneinander bestehen. Wo Artikel 725b greift, treten aber öfters dessen Rechtsfolgen und Handlungspflichten sowohl an die Stelle derjenigen nach Artikel 725 als auch derjenigen nach Artikel 725a. Es kann jedoch für den VR angezeigt sein, gleichwohl eine Liquiditätsplanung vorzunehmen, etwa im Hinblick auf ein Gesuch um Nachlassstundung (Art. 293 Bst. a SchKG).

Absatz 1 entspricht im Wesentlichen dem geltenden Artikel 725 Absatz 2 OR. Der zweite Satz stellt klar, dass auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden kann, wenn die Annahme der Fortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Diese Präzisierung wurde in der Vernehmlassung gewünscht.<sup>466</sup> Der dritte Satz beinhaltet den Sonderfall, in welchem nur ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten relevant ist (Art. 958a Abs. 2 OR). Wird nachfolgend Bezug auf «Zwischenabschlüsse» genommen, so ist in diesen beiden Fällen nur der entsprechende Zwischenabschluss gemeint.

Gemäss Absatz 2 muss der VR die Zwischenabschlüsse durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor bzw. durch die Revisionsstelle prüfen lassen. Auch diese Prüfpflicht ist bereits im geltenden Recht enthalten.

Für die Pflicht zur Anzeige an das Gericht ist gemäss Absatz 3 einzig die Überschuldung ausschlaggebend. Die Anrufung des Gerichts kann in einem Begehren um provisorische Nachlassstundung oder um die Eröffnung des Konkurses bestehen.

<sup>465</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

<sup>466</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

Die (drohende) Zahlungsunfähigkeit ist demgegenüber nur für die Folgen von Artikel 725 relevant; sie wird aber regelmässig in zwangsvollstreckungsrechtlichen Schritten seitens der Gläubigerinnen und Gläubiger und letztlich ebenfalls in ein Nachlassstundungs- oder Konkursverfahren münden.

Der unter geltendem Recht vorgesehene Rangrücktritt, ergänzt um die im E 2007 vorgeschlagenen Neuerungen bzw. Präzisierungen (Erfordernis der Stundung des Zinslaufs, mit zeitlicher Präzisierung), besteht gemäss Absatz 4 Ziffer 1 weiterhin und erlaubt es, von einer Benachrichtigung des Gerichts abzusehen. Solche nachrangigen Verpflichtungen sind als Anwendungsfälle der Artikel 959a Absatz 3 und 959c Absatz 1 Ziffer 2 OR in der Bilanz oder im Anhang gesondert aufzuführen. Der Entwurf will zudem das Haftungsrisiko des VR bezüglich der Rangrücktritte reduzieren und somit diese Massnahme erleichtern (s. Art. 757).

Absatz 4 Ziffer 2 regelt neu die Möglichkeit, die Anrufung des Gerichts zeitlich hinauszuschieben. An einen solchen Aufschub werden strenge Anforderungen gestellt: Es muss eine begründete und konkrete Aussicht auf Sanierung bestehen;<sup>467</sup> und es muss zudem eine begründete und konkrete Aussicht bestehen, dass sich während dieses Zuwartens die Überschuldung nicht wesentlich vergrössert.

Nur unter diesen kumulativen Voraussetzungen sind die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht gefährdet. Wo beide Zwischenabschlüsse erstellt werden müssen, darf sich die Überschuldung weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten wesentlich vergrössern.<sup>468</sup> Allerdings soll das Unternehmen im Zustand der Überschuldung selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nicht zeitlich unbegrenzt am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. Deshalb wird eine zeitliche Grenze von 90 Tagen festgelegt. Erstmals wird somit eine genaue Höchstgrenze festgelegt; das Bundesgericht hat dies bisher nicht getan.<sup>469</sup> Ziel ist es, mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Neu wird – einem Wunsch aus der Vernehmlassung entsprechend – klargestellt, dass diese Frist mit dem Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse zu laufen beginnt.<sup>470</sup> Der möglichen Versuchung, mit einer Verzögerung des Prüfberichts die Fristauslösung zu verzögern, steht die Verpflichtung gemäss Absatz 6 entgegen, mit der gebotenen Eile zu handeln; diese Pflicht erfasst auch die zugelassene Revisorin oder den zugelassenen Revisor bzw. die Revisionsstelle.

Wenn es sich abzeichnet, dass auch die 90 Tage nicht ausreichend sind, oder wenn sich die Überschuldung wesentlich erhöht, darf von der Überschuldungsanzeige nicht mehr abgesehen werden. Allenfalls kann eine (provisorische) Nachlassstundung beantragt werden, um die vorgesehene Sanierung fortzusetzen und zum Abschluss zu bringen.

<sup>467</sup> BGE 116 II 533 E. 5.a, S. 540 f.; BGE 132 III 564 E. 5.1; S. 572 f.; Urteil 4C.366/2000 des Bundesgerichts vom 19. Juni 2001, E. 4b.

<sup>468</sup> S. Hanspeter Wüstiner, Art. 725 N 48; in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012.

<sup>469</sup> S. Reto Eberle/Daniel Lengauer, Art. 728c N 155 f., in: Handschin, Lukas (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Die Revisionsstelle, Art. 727–731a OR, Zürich 2016.

<sup>470</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 34.

Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, so obliegen gemäss Absatz 5 der zugelassenen Revisorin oder dem zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle. Diese Bestimmung entspricht dem geltenden Artikel 725 Absatz 3 OR.

Wie bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit und beim Kapitalverlust haben der VR sowie die zugelassene Revisorin oder der zugelassene Revisor bzw. die Revisionsstelle gemäss Absatz 6 mit der gebotenen Eile zu handeln.

Wo Artikel 725*b* mittels Verweises des GmbH-Rechts (s. Art. 820 Abs. 1) und des Genossenschaftsrechts (s. Art. 903) anwendbar ist, können ausstehende Nachschüsse, deren Einzahlung unmittelbar bevorsteht (längstens aber innerhalb der 90-tägigen Frist), berücksichtigt werden. Vorausgesetzt ist dabei stets, dass die Leistungen aus den Nachschüssen alleine oder mit anderen Sanierungsmassnahmen zur Beseitigung der Überschuldung ausreichen. Besteht diesbezüglich Unsicherheit, so ist ein Gesuch um (provisorische) Nachlassstundung angebracht. Ist die Überschuldungsanzeige bereits eingereicht, kann in solchen Konstellationen auch Artikel 173*a* E SchKG zur Anwendung kommen.

#### *Art. 725c* Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen

Artikel 725*c* behält in den Absätzen 1 und 2 den Regelungsgehalt der Artikel 670 und 671*b* OR bei. Zur Behebung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung dürfen also weiterhin Grundstücke oder Beteiligungen unter bestimmten Voraussetzungen aufgewertet werden. Auf die im E 2007 noch vorgesehene Aufhebung dieser bilanzmässigen Sanierungsmassnahme<sup>471</sup> wird verzichtet, da berechtigte Gründe gegen die Aufhebung vorgebracht wurden.<sup>472</sup>

Artikel 725*c* könnte auch im Rechnungslegungsrecht verankert werden.<sup>473</sup> Aufgrund des engen Bezugs zu den Artikeln 725, 725*a* und 725*b*, d. h. zur Sanierung im OR, und der bisherigen Platzierung der Bestimmung im Aktienrecht wird die Aufwertungsmöglichkeit jedoch in Artikel 725*c* belassen.

Die Aufwertung ist gemäss Absatz 2 nur zulässig, wenn eine zugelassene Revisorin oder ein zugelassener Revisor bzw. die Revisionsstelle zuhanden des VR bestätigt, dass die gesetzlichen Bestimmungen (z. B. das Vorliegen eines Kapitalverlusts) eingehalten sind. Der VR legt der GV die Aufwertung und das Ergebnis der Prüfung spätestens bei der Abnahme der Jahresrechnung offen (Art. 959*c* Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Der Aufwertungsbetrag ist zudem unter der gesetzlichen Gewinnreserve (Art. 959*a* Abs. 2 Ziff. 3 Bst. c OR) gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen.

Die Bestimmung kommt sowohl im Falle der Überschuldung (s. Art. 725*b*) als auch beim Kapitalverlust (s. Art. 725*a*) zum Tragen.

<sup>471</sup> Botschaft Aktienrecht 2007, S. 1658 und 1660.

<sup>472</sup> S. Lukas Handschin, Rechnungslegung im Gesellschaftsrechts, Basel 2013, N 662 ff.

<sup>473</sup> Bericht Vernehmlassung Aktienrecht 2014, S. 33.