

Kapital- und Gläubigerschutz im künftigen Aktienrecht

Betrachtungen aus der Perspektive der Wirtschaftsprüfung



Dr. Thorsten Kleibold, WP/StB (D), begann seine Berufslaufbahn in der Wirtschaftsprüfung und -beratung im Jahr 1999. Seine Ausbildung zum Steuerberater und Wirtschaftsprüfer absolvierte er in Deutschland, wo er viele Jahre für eine Big4-Gesellschaft tätig war. Während zehn Jahren war Thorsten Kleibold in der Geschäftsleitung von EXPERTsuisse für die Fachentwicklung des Verbands verantwortlich. In dieser Rolle war Thorsten Kleibold u.a. Delegierter bei

AccountancyEurope in Brüssel. Bei der International Federation of Accountants (IFAC), New York, ist Thorsten Kleibold zudem seit vielen Jahren als Non-Executive Director tätig. Thorsten Kleibold ist Partner in der Wirtschaftsprüfung von OBT AG, einer mittelständischen Prüfungs- und Beratungsgesellschaft mit Zugehörigkeit zum internationalen Netzwerk Baker Tilly. Er ist ferner Mitglied der Fachkommission der Swiss GAAP FER. Seine akademische Ausbildung absolvierte Thorsten Kleibold an der Universität Paderborn, Deutschland, sowie der Heriot-Watt University, Edinburgh, Grossbritannien. An der Universität St. Gallen (HSG) promovierte er an der Schnittstelle von Rechnungslegung, Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Noch heute hält Thorsten Kleibold einen Lehrauftrag an der HSG.



Beat Rüfenacht ist Partner bei der BDO AG und seit dem 1. Januar 2021 als Leiter Produktbereich Wirtschaftsprüfung auch Mitglied der Geschäftsleitung. Neben seiner mandatsbezogenen Tätigkeit als leitender Prüfer und Fachspezialist für Rechnungslegungsfragen (IFRS, Swiss GAAP FER) nahm er bereits in den Jahren zuvor unterschiedliche Rollen im Bereich der Qualitätssicherung und Ausbildung bei der BDO AG wahr. Durch seine Mitgliedschaften im Fachstrategieausschuss Wirtschaftsprüfung sowie der Kommission für Wirtschaftsprüfung der EXPERTsuisse bringt er sich bei der Fachentwicklung sowie für die Interessen des Berufsstandes ein. Beat Rüfenacht ist seit 20 Jahren für die BDO tätig, wovon er rund zwei Jahre am IFRS Desk von BDO Stoy Hayward, London, UK, absolvierte. Er erwarb im Jahr 2006 das Wirtschaftsprüferdiplom und studierte zuvor Wirtschaftswissenschaften an der Universität Basel (lic. rer. pol.).

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	42
2.	Übersicht besonderer Sachverhalte aus Sicht der Wirtschaftsprüfung	42
3.	Gründung	46
4.	Kapitalerhöhung	48
5.	Kapitalherabsetzung	50
6.	Gewinn- und Reservenverwendung	53
6.1	Ausschüttungsvolumen	53
6.2	Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlags	54
6.3	Zwischendividende	55
7.	Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung	56
7.1	Drohende Zahlungsunfähigkeit	57
7.2	Kapitalverlust	57
7.3	Überschuldung	58
8.	Liquidation	60
9.	Spezialaspekte	61
9.1	Zwischenabschluss	61
9.2	Unabhängigkeit	61
9.3	Andere Rechtsformen	62
10.	Fazit und Ausblick	63
	Literaturverzeichnis	63
	Gesetze/Materialien	64

1. Einleitung

Das Schweizer Gesellschaftsrecht ist traditionell geprägt vom Kapital- und Gläubigerschutz. Danach ist in haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften ein Mindesthaftungsvermögen bereitzustellen, das zum einen als Verlustpuffer dienen soll, zum anderen eine Rangreihenfolge definiert: Eigentümeransprüche auf Kapital- und Gewinntransfers haben zugunsten der Absicherung der Position der Unternehmensgläubiger zurückzustehen.¹ Die Jahresrechnung, verknüpft mit gesetzlichen Gewinnverwendungsregeln, unterliegt daher grundsätzlich einer externen Prüfungspflicht. Ferner bestehen über den gesamten Lebenszyklus von Kapitalgesellschaften hinweg gesetzliche Bestimmungen zur Kapitalaufbringung und -verwendung, ebenfalls verbunden mit entsprechenden Prüfungspflichten.

Das revidierte Aktienrecht² hält an den Grundsätzen des Kapital- und Gläubigerschutzes fest, verspricht jedoch mehr Flexibilität bei der Gestaltung der Kapitalstruktur sowie der Ausschüttung von Dividenden. In diesem Beitrag³ behandeln die Autoren die einschlägigen Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen aus Sicht der Revisionsstelle respektive der Wirtschaftsprüfung mit Fokus auf die Änderungen durch das revidierte Aktienrecht.

2. Übersicht besonderer Sachverhalte aus Sicht der Wirtschaftsprüfung

Die in diesem Beitrag enthaltene Abbildung listet die verschiedenen Sachverhalte im Kontext von Gläubiger- und Kapitalschutz auf, die ggf. einer Prüfung durch einen externen Wirtschaftsprüfer unterliegen. Aufgeführt sind Rechtsgrundlage, Prüfungsgegenstand, Mindestanforderung an die Zulassung des Prüfers sowie der Adressat des Testats. In den nachfolgenden Abschnitten gehen wir auf einzelne Aspekte dieser besonderen Vorgänge bzw. Sachverhalte ein.

Vorweg: Das Aktienrecht definiert die Anforderungen an die erforderliche Zulassung des Prüfers bei besonderen Vorgängen (Spezialprüfungen) in

1 Vgl. Kleibold (2012), S. 3.

2 Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5573.

3 Dieser Beitrag basiert auf Kleibold/Rüfenacht (2021), S. 248 ff.

Analogie zu den Anforderungen an den gesetzlichen Abschlussprüfer. So sind Gesellschaften, die ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen als Revisionsstelle bezeichnen müssen, verpflichtet, auch sämtliche Spezialprüfungen durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen durchführen zu lassen (dies auch dann, wenn das Gesetz für eine besondere Prüfung an sich nur einen zugelassenen Revisor oder einen zugelassenen Revisionsexperten vorschreibt; vgl. Art. 727b Abs. 1 OR). Gesellschaften, die einen zugelassenen Revisionsexperten als Revisionsstelle bezeichnen müssen, sind verpflichtet, für sämtliche Spezialprüfungen ebenfalls einen zugelassenen Revisionsexperten beizuziehen (vgl. Art. 727b Abs. 2 OR).

Dort, wo das Gesetz Prüfungen von besonderen Vorgängen definiert, erfolgen diese nach den Schweizer Prüfungsstandards und sind grundsätzlich so auszugestalten, dass im Bericht eine positive Zusicherung über die Gesetzmässigkeit des Prüfungsgegenstands abgegeben werden kann.⁴ Nach wie vor gilt auch im revidierten Aktienrecht, dass ein Verzicht auf die Prüfung der Jahresrechnung bei Mikrounternehmen nicht auch ein Opting-out bei Prüfungen von besonderen Vorgängen bedeutet oder ermöglicht.

Sachverhalt (Besonderer Vorgang)	Gesetzliche Grundlage/Prüfungspflicht nach ORrev	Prüfungsgegenstand bzw. vom Prüfer zu beurteilende Grundlage	Mindestanforderung an die Zulassung	Berichts-adressat
Gründung				
• in bar	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
• Sacheinlage und/oder besondere Vorteile/Liberierung durch Verrechnung	Art. 635a OR	Gründungsbericht	zugelassener Revisor	Gründer
Nachliberierung				
• in bar	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
• Sacheinlage und/oder besondere Vorteile/Liberierung durch Verrechnung	Art. 634b ORrev	Nachliberierungsbericht	zugelassener Revisor	Verwaltungsrat

4 Besondere Vorgänge wie beispielsweise Gründungen, Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen sind mit Handelsregisterpublizität verbunden. Für die Eintragung verlangen die Handelsregisterführer entsprechend eine positive Prüfungsbestätigung ohne Einschränkung.

Sachverhalt (Besonderer Vorgang)	Gesetzliche Grundlage/Prüfungspflicht nach ORrev	Prüfungsgegenstand bzw. vom Prüfer zu beurteilende Grundlage	Mindestanforderung an die Zulassung	Berichts-adressat
Kapitalerhöhung				
ordentliche Kapitalerhöhung				
• in bar	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
• Sacheinlage und/oder Einschränkung Bezugsrechte/Liberierung durch Verrechnung	Art. 652c OR Art. 652f Abs. 1 OR/ Art. 653i Abs. 2 ORrev	Kapitalerhöhungsbericht	zugelassener Revisor	Verwaltungsrat
• Erhöhung aus Eigenkapital	Art. 652d Abs. 2 ORrev Art. 652f Abs. 1 OR	Kapitalerhöhungsbericht/Jahresrechnung bzw. Zwischenabschluss, wenn mehr als sechs Monate nach Jahresende	zugelassener Revisor	Verwaltungsrat
bedingte Kapitalerhöhung	Art. 653f ORrev/ Art. 653i Abs. 2 ORrev	Ausgabe neuer Aktien: Prospekt/Streichung Bestimmungen betreffend bedingte Kapitalerhöhung: Statuten	zugelassener Revisionsexperte	Verwaltungsrat
Kapitalherabsetzung				
Herabsetzung des Aktienkapitals mit Mittelfreigabe	Art. 653k ORrev/653l ORrev/653m ORrev	Jahresrechnung bzw. Zwischenabschluss, wenn mehr als sechs Monate nach Jahresende; Nachweis, dass Erfüllung der Forderungen nicht gefährdet	zugelassener Revisionsexperte	Generalversammlung oder Verwaltungsrat ⁵
Herabsetzung des Aktienkapitals zur Beseitigung einer Unterbilanz	Art. 653p ORrev	Jahresrechnung bzw. Zwischenabschluss, wenn mehr als sechs Monate nach Jahresende; Betrag der Kapitalherabsetzung überschreitet den Betrag der durch Verluste entstandenen Unterbilanz nicht	zugelassener Revisionsexperte	Generalversammlung
Kapitalherabsetzung und gleichzeitige mindestens im gleichen Umfang (Wieder-) Erhöhung in bar	Art. 653q ORrev	n.a.	n.a.	n.a.
Kapitalherabsetzung und gleichzeitige mindestens im gleichen Umfang (Wieder-) Erhöhung durch Sacheinlage	Art. 653q Abs. 1 und 2 ORrev i.V.m. Art. 652i Abs. 2 OR	Kapitalerhöhungsbericht (als Teil des Herabsetzungsbeschlusses)	zugelassener Revisor	Verwaltungsrat

5 Die Prüfungsbestätigung kann auch erst nach dem Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Generalversammlung vorliegen (Art. 653m Abs. 2 ORrev). Der Adressat des Berichts wäre in diesem Fall der Verwaltungsrat.

Sachverhalt (Besonderer Vorgang)	Gesetzliche Grundlage/Prüfungspflicht nach ORrev	Prüfungsgegenstand bzw. vom Prüfer zu beurteilende Grundlage	Mindestanforderung an die Zulassung	Berichts-adressat
Gewinn- und Reservenverwendung				
Verwendung Bilanzgewinn gemäss dem letzten geprüften Abschluss	ord. Revision: Art. 728a Abs. 2 OR eing. Revision: Art. 729a Abs. 2 OR	Antrag des Verwaltungsrats zuhanden (ausser-)ordentlicher GV	zugelassener Revisionsexperte (ordentliche Revision) zugelassener Revisor (eingeschränkte Revision)	Generalversammlung
Verwendung von anderen Reserven	HWP Band Ordentliche Revision, Abschnitt III.7.4.3 i.V.m. ord. Revision: Art. 728a Abs. 2 OR eing. Revision: Art. 729a Abs. 2 OR	Antrag des Verwaltungsrats zuhanden (ausser-)ordentlicher GV	zugelassener Revisionsexperte (ordentliche Revision) zugelassener Revisor (eingeschränkte Revision)	Generalversammlung
Interims-/Zwischendividende	Art. 675a Abs. 2 und 3 ORrev i.V.m. Art. 728a Abs. 2 bzw. Art. 729a Abs. 2 OR	Zwischenabschluss; keine Prüfungspflicht, wenn Opting-out oder sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden Antrag des Verwaltungsrats zuhanden (ausser-)ordentlicher GV	zugelassener Revisionsexperte (ord. Revision) zugelassener Revisor (eing. Revision)	Generalversammlung
Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung				
drohende Zahlungsunfähigkeit	Art. 725 ORrev	n.a.	n.a.	n.a.
Kapitalverlust	Art. 725a Abs. 2 ORrev	letzte Jahresrechnung; <i>Prüfpflicht entfällt, wenn VR Gesuch um Nachlassstundung einreicht (Art. 725a Abs. 3 ORrev)</i>	zugelassener Revisor	Generalversammlung
Überschuldung (begründete Besorgnis)	Art. 725b Abs. 2 ORrev	Zwischenabschluss	Revisionsstelle (zugelassener Revisor)	Verwaltungsrat
Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen	Art. 725c Abs. 2 ORrev	Aufwertungsbetrag	Revisionsstelle (zugelassener Revisor)	Verwaltungsrat

Sachverhalt (Besonderer Vorgang)	Gesetzliche Grundlage/Prüfungspflicht nach ORrev	Prüfungsgegenstand bzw. vom Prüfer zu beurteilende Grundlage	Mindestanforderung an die Zulassung	Berichts-adressat
Liquidation				
Eröffnungsbilanz	n.a. (freiwillig)	Liquidations-Eröffnungsbilanz	Prüfung im Auftrag; keine gesetzlichen Anforderungen	Liquidator
Liquidations-Zwischenabschlüsse	Art. 743 Abs. 5 OR (eing. bzw. ord. Revision)	Liquidations-Zwischenabschlüsse	zugelassener Revisor (eingeschränkte Revision)/zugelassener Revisionsexperte (ordentliche Revision)	Generalver- sammlung
Schlussbilanz	n.a. (freiwillig)	Schlussbilanz	Prüfung im Auftrag; keine gesetzlichen Anforderungen	Liquidator
vorzeitige Verteilung des Vermögens	Art. 745 Abs. 3 OR	Tilgung der Schulden; keine Gefährdung von Drittinteressen	zugelassener Revisionsexperte	Liquidator

Abbildung: Besondere Vorgänge – Inhalte und Prüfungsvorgaben

3. Gründung

Neben der einfachen Gründung mittels Barliberierung ist im revidierten Aktienrecht auch weiterhin eine sogenannte qualifizierte Gründung möglich. Im Fall der Sacheinlage sind die Gründer verpflichtet, in einem Gründungsbericht über Art und Zustand des Sacheinlagegegenstands Auskunft zu geben sowie über die Angemessenheit der Bewertung der Sacheinlage Rechenschaft abzulegen. Weiterhin möglich bleibt als qualifizierter Tatbestand auch die Verrechnungsliberierung,⁶ verbunden mit der Pflicht, im Gründungsbericht entsprechend über Bestand und Verrechenbarkeit der Schuld Auskunft zu geben. Unverändert gilt, dass eine Verrechnungsliberierung mit einer nicht voll durch Aktiven gedeckten Forderung bei der Gründung unzulässig ist.⁷

Die Regelungen zur (beabsichtigten) Sachübernahme werden im neuen Recht hingegen abgeschafft. Der Gesetzgeber ist der Ansicht, dass der

6 Verstanden als wechselseitige Tilgung der Liberierungsschuld des Gründers und einer Gegenforderung dieses Aktionärs an die in Gründung befindliche Gesellschaft. Vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 32.

7 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, S. 493. Obschon nicht explizit geregelt, ist es allerdings klare berufsständische Auffassung, dass (auch) im bisherigen Recht nur vollwertige Forderungen verrechnet werden dürfen (vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 34). Eine Verrechnungsliberierung kommt gleichwohl in Gründungsfällen weniger häufig vor als in Kapitalerhöhungssituationen.

Kapitalschutz durch die Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsregeln genügend gewährleistet sei. Dies kann man durchaus kritisch sehen.⁸ Jedenfalls erledigt sich hiermit die bislang bestehende und nicht abschliessend beantwortete Frage nach der konkreten Abgrenzung der Sachübernahme von der einfachen (Bar-)Gründung.⁹

Unverändert gilt: Ein zugelassener Revisor prüft den Gründungsbericht und bestätigt schriftlich, dass dieser vollständig und richtig ist (Art. 635a OR). Ist jedoch bereits bei der Gründung absehbar, dass die Gesellschaft die Grössenkriterien für die ordentliche Revision unmittelbar nach der Gründung erfüllen wird, sollte die Gründungsprüfung sinnvollerweise durch einen zugelassenen Revisionsexperten erfolgen; ähnliche Überlegungen sollten gelten für den Fall einer Gründung, bei der eine bislang zur ordentlichen Revision verpflichtete Gesellschaft übernommen wird.¹⁰

Der Prüfer richtet seine Prüfungsbestätigung an die Gründer und führt die Prüfung so durch, dass er hinreichende Sicherheit über die formelle und materielle Richtigkeit des Gründungsberichts erlangt. Die materielle Prüfung inkludiert im Fall einer Gründung mittels Sacheinlage eine Beurteilung der Aktivierbarkeit, Verwertbarkeit und Verfügbarkeit der Sacheinlage. Die Aktivierbarkeit der Sacheinlage gemäss den Ansatzkriterien von Art. 959 Abs. 2 OR ist dabei notwendiges, nicht aber hinreichendes Kriterium. Weiterhin erforderlich ist, dass die Sacheinlage durch Übertragung auf Dritte verwertet werden kann.¹¹

8 Eine qualifizierte Gründung mittels Sacheinlage oder Sachübernahme bringt im Vergleich zu einer Bargründung ein erhöhtes Risiko, dass das den Gläubigern als Haftungssubstrat dienende Aktienkapital von Anfang an nicht vollständig existiert oder aber ausgehöhlt wird (so Botschaft Aktienrecht, BBl 2017, S. 432). Daher gelten bis anhin spezifische Sicherungsmassnahmen, namentlich Erstellung und Prüfung des Gründungsberichts. Während diese Vorschriften nun also betreffend die Sacheinlage bestehen bleiben, wird die Sachübernahme mit Verweis auf Kapitalerhaltungs- und Verantwortlichkeitsregeln aus dem Gesetz gestrichen. Die Begründung will nicht ganz überzeugen.

9 So besteht heute keine Klarheit über den Zeitraum, in welchem die Sachübernahme zu erfolgen hat, um als solche zu gelten. Insoweit versucht sich die Praxis mit Anhaltspunkten zu behelfen. Danach wird eine Sachübernahme u.a. angenommen, wenn die zu übernehmenden Aktiven (und ggf. Passiven) von wirtschaftlicher Bedeutung sind oder ohne deren Übernahme die Gründung nicht durchgeführt würde, d.h. die zu übernehmenden Aktiven (und ggf. Passiven) Teil des Gründungsplans sind. Vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 25.

10 Vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 46.

11 Mit der Forderung nach Übertragbarkeit (Art. 634 Abs. 1 Ziff. 4 ORrev) wird letztlich der Auffassung des EHRA gefolgt. Vgl. zu dieser Auffassung EHRA (2001), S. 59–65. Zur Diskussion, ob sämtliche wirtschaftlichen Werte mit Zukunftspotenzial oder nur diejenigen Vermögenswerte mit Zerschlagungspotenzial als Sacheinlage qualifizieren sollten, vgl. Kleibold (2012), S. 21 ff.

Der Gründungsprüfer sollte – analog der Vollständigkeitserklärung bei einer Abschlussprüfung – von den Gründern eine Erklärung zum Gründungsbericht verlangen. Eine entsprechende Erklärung wurde in der Vergangenheit auch von den Handelsregisterämtern eingefordert («Stampa-Erklärung»). Inskünftig wird der Inhalt der Stampa-Erklärung nach dem revidierten Aktienrecht als Teil der Gründungsurkunde gesetzlich erwartet (Art. 629 Abs. 2 Ziff. 4 ORrev).¹²

Im Kontext der Gründungsvorschriften sei abschliessend erwähnt, dass auch die Nachliberierung weiterhin in qualifizierter Form erfolgen kann, was entsprechend einen Nachliberierungsbericht erfordert und dessen Prüfung auslöst. Bereits bis anhin wurde davon ausgegangen, dass die Nachleistungspflicht auch aus frei verwendbarem Eigenkapital erfüllt werden kann. Das Gesetz stellt dies nun explizit klar (Art. 634b Abs. 2 ORrev).

4. Kapitalerhöhung

Nun wird es Realität, das Kapitalband kommt: Die Generalversammlung kann den Verwaltungsrat ermächtigen, das Kapital der Gesellschaft innerhalb eines Zeitraums von höchstens fünf Jahren zu erhöhen oder herabzusetzen (Art. 653s Abs. 1 ORrev). Die Höchstgrenze für die Erhöhung und die Herabsetzung des Aktienkapitals darf dabei das zum Zeitpunkt der Beschlussfassung im Handelsregister eingetragene Aktienkapital um höchstens die Hälfte übersteigen bzw. unterschreiten (Art. 653s Abs. 2 ORrev). Als weitere Restriktion gilt die Vorgabe, dass das gesetzlich vorgeschriebene Mindestkapital von CHF 100 000.– nicht unterschritten werden darf.

Die Ermächtigung des Verwaltungsrats kann auf die Möglichkeit beschränkt werden, das Kapital zu erhöhen, womit das Kapitalband der genehmigten Kapitalerhöhung im heutigen Recht ähnelt.¹³ Ebenso kann die Generalversammlung festlegen, dass der Verwaltungsrat das Kapital lediglich herabsetzen darf, was de facto eine genehmigte Kapitalherabsetzung bedeutet und eine Novität im Schweizer Recht darstellt; hierzu mehr im Abschnitt 5. In jedem Fall erhöht das künftige Recht die Flexibilität in der Kapitalbewirtschaftung.

¹² Vgl. Müller/Kaiser/Benz (2021), S. 283.

¹³ Der wesentliche Unterschied liegt dann darin, dass sich der Genehmigungszeitraum von zwei Jahren (bisheriges Recht) auf fünf Jahre (künftiges Recht) erhöht. Vgl. Botschaft Aktienrecht, S. 514.

Mit der Einführung des Kapitalbands wird das bisherige Instrument der genehmigten Kapitalerhöhung aufgehoben.¹⁴ Das bisherige Verfahren der ordentlichen wie auch der bedingten Kapitalerhöhung wird hingegen im Wesentlichen unverändert beibehalten.

Ordentliche Kapitalerhöhungen können als Barliberierung ausgestaltet werden oder via Sacheinlage, Verrechnungsliberierung oder Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital erfolgen. In allen vier Fällen hat der Verwaltungsrat – wie bisher auch – einen Kapitalerhöhungsbericht zu erstellen (Art. 652e ORrev). Mit Ausnahme von Barliberierungen unter voller Wahrung der Bezugsrechte ist der Kapitalerhöhungsbericht – vorbehaltlich der schon angesprochenen Regelung des Art. 727b OR – durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen (Art. 652f ORrev). Dieser prüft den vom Verwaltungsrat zu erstellenden Kapitalerhöhungsbericht auf Vollständigkeit und Richtigkeit. Auch hier ist ein uneingeschränktes Prüfungsurteil mit positiver Zusicherung erforderlich; andernfalls ist davon auszugehen, dass die Urkundsperson die Errichtung der öffentlichen Urkunde und der Handelsregisterführer die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister verweigern.

Im Fall der Verrechnungsliberierung erklärt das neue Recht die Verrechnung mit einer nicht voll durch Aktiven gedeckten Forderung explizit als zulässig und beantwortet damit eine in der Literatur bisher kontrovers diskutierte Frage.¹⁵ Als Argument führt die Botschaft an, es sei entscheidend, dass trotz der fehlenden Werthaltigkeit die Verrechnung zur Verminderung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft führe.¹⁶ Derartige Verrechnungen können als Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten ausserhalb eines Nachlassverfahrens angesehen und damit aus dieser Optik positiv beurteilt werden.

14 Im Hinblick auf den Übergang auf das neue Recht sei darauf hingewiesen, dass genehmigte Kapitalerhöhungen wie auch Kapitalerhöhungen aus bedingtem Kapital, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts beschlossen wurden, noch nach bisherigem Recht abgewickelt werden. Die entsprechenden Beschlüsse der Generalversammlung können nicht mehr verlängert oder geändert werden.

15 Im HWP ist diesbezüglich ausgeführt, dass im bisherigen Recht nur vollwertige Forderungen verrechnet werden dürfen, vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 34.

16 Vgl. Botschaft Aktienrecht, S. 493. Dort wird weiter ausgeführt, dass der Gesellschaft zwar keine neuen Mittel zufließen würden, sich das Fremdkapital der Gesellschaft jedoch im entsprechenden Umfang reduzieren würde. Die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verbessere damit die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, weshalb es aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvoll sei, die Verrechnungsliberierung in solchen Fällen zuzulassen.

Soll hingegen freies Eigenkapital für die Kapitalerhöhung verwendet werden, gilt wie im bisherigen Recht, dass die Deckung des Erhöhungs Betrags nachzuweisen ist: entweder durch die geprüfte und genehmigte Jahresrechnung oder – sofern der Bilanzstichtag zum Zeitpunkt des Beschlusses über die Kapitalerhöhung mehr als sechs Monate zurückliegt – durch einen geprüften Zwischenabschluss (Art. 652d Abs. 2 ORrev). Hinsichtlich der Prüfung dieses Zwischenabschlusses sei darauf hingewiesen, dass die Handelsregisterämter fallweise einen Bericht mit positiver Zusicherung verlangen.¹⁷ An dieser Situation wird sich auch im revidierten Aktienrecht nichts ändern, da der Gesetzgeber es unterlassen hat, hier eine Differenzierung nach KMU und wirtschaftlich bedeutenden Unternehmen in das Gesetz aufzunehmen.

Im Fall einer bedingten Kapitalerhöhung (via Wandel- und Optionsrechten) hat ein zugelassener Revisionsexperte spätestens nach Ablauf jedes Geschäftsjahrs zu prüfen, ob die zwischenzeitliche Ausgabe von neuen Aktien gesetztes-, statuten- und ggf. prospektkonform erfolgte (Art. 653f ORrev). Hier wird das bestehende Recht fortgesetzt. Auch wenn die Prüfungsbestätigung auf das Ende des Geschäftsjahrs zu erfolgen hat, sollte die Gesellschaft den Prüfer frühzeitig mandattieren, damit dieser bereits unterjährig entsprechende Aktienausgaben beobachten kann.¹⁸

Zum bereits erwähnten Kapitalband: Sollte das Kapital im Rahmen des Kapitalbands erhöht werden, kommen die Vorschriften über die ordentliche respektive bedingte Kapitalerhöhung sinngemäss zur Anwendung (Art. 653u Abs. 5 ORrev).

5. Kapitalherabsetzung

Wo es raufgeht, kann es auch wieder runtergehen! Das Kapital kann daher auch herabgesetzt werden: entweder um brachliegende Mittel an die Aktionäre zurückzuzahlen (konstitutive Kapitalherabsetzung)¹⁹ oder zur teilweisen/vollständigen Beseitigung einer Unterbilanz (deklarative Kapi-

¹⁷ So bereits der Hinweis in HWP BP, Teil IV, Rz. 88.

¹⁸ Vgl. HWP BP, Teil IV, Rz. 96.

¹⁹ Nur der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass eine konstitutive Kapitalherabsetzung nicht nur in der Form der Auszahlung überschüssiger Liquidität erfolgen kann, sondern z.B. auch als Umwandlung von Aktienkapital in Reserven oder Fremdkapital (Aktionärsdarlehen) oder als Verrechnung mit Aktionärsdarlehen.

talherabsetzung). Im letzteren Fall ist das Kind schon in den Brunnen gefallen, die Gläubigerposition bereits geschwächt. Daher finden die Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung hier keine Anwendung, vorausgesetzt, ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt zuhanden der Generalversammlung, dass der Kapitalherabsetzungsbetrag tatsächlich lediglich die Unterdeckung beseitigt (Art. 653p ORrev).

Im Fall der konstitutiven Kapitalherabsetzung kommt es hingegen zu einer «echten» Vermögensreduktion. Hier sieht daher das revidierte Aktienrecht entsprechende Kapital- und Gläubigerschutzmassnahmen vor, die sich gegenüber dem bisherigen Recht jedoch ändern. So ist inskünftig kein dreifacher Schuldenruf mehr notwendig, es genügt eine einmalige Publikation.²⁰ Zudem wird der Zeitraum, in dem die Gläubiger ihre Forderungen anmelden können, von zwei Monaten auf einen Monat verkürzt. Sodann muss die Gesellschaft die Gläubigerforderungen in dem Umfang, in dem die bisherige Deckung durch die Kapitalherabsetzung vermindert wird, sicherstellen. Diese Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft die Forderung erfüllt oder nachweist, dass die Kapitalherabsetzung die Erfüllung der Forderung nicht gefährden wird. In diesem Zusammenhang kommt der Prüfungsbestätigung eine wichtige Bedeutung zu. Ein zugelassener Revisionsexperte prüft basierend auf dem (Zwischen-)Abschluss²¹ und dem Ergebnis des Schuldenrufs, ob die Forderungen der Gläubiger trotz der Herabsetzung des Aktienkapitals voll gedeckt sind.²² Liegt diese Prüfungsbestätigung vor, so wird vermutet, dass die Erfüllung der Forderung nicht gefährdet wird.

Nochmals zur zeitlichen Abfolge: Während die Prüfungsbestätigung bisher an der die Kapitalherabsetzung beschliessenden Generalversamm-

20 Die Botschaft führt hierzu aus, dass der Nutzen eines dreimaligen Schuldenrufs nicht mehr nachvollziehbar sei. Seine Berechtigung gehe auf eine Zeit zurück, wo das SHAB noch in Papierform gelesen wurde. Der dreimalige Schuldenruf sollte verhindern, dass infolge Abwesenheit eine Ausgabe und somit die entscheidende Meldung verpasst wurde. In der heutigen digitalen Welt ist diese Regelung nicht mehr erforderlich. Vgl. Botschaft Aktienrecht, BBl 2017, S. 506.

21 Auch hier gilt: Liegt der Bilanzstichtag zum Zeitpunkt, zu dem die Generalversammlung die Herabsetzung des Aktienkapitals beschliesst, mehr als sechs Monate zurück, muss die Gesellschaft einen Zwischenabschluss erstellen (Art. 653l ORrev).

22 Unklar ist, ob die Prüfungsbestätigung an die Generalversammlung oder den Verwaltungsrat zu richten ist. Art. 653m Abs. 2 ORrev fordert, dass der Verwaltungsrat – sofern die Prüfungsbestätigung bereits zum Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Generalversammlung vorliegt – die Aktionäre über das Prüfungsergebnis zu informieren hat. Hieraus kann gefolgert werden, dass der Verwaltungsrat der Berichtsadressat ist.

lung vorliegen musste und der Schuldenruf nach dem Herabsetzungsbeschluss erging, ergeben sich neu zwei Konstellationen. Während die Prüfung inskünftig stets dem Schuldenruf nachgelagert ist, kann die Prüfung vor oder nach der die Kapitalherabsetzung beschliessenden Generalversammlung stattfinden. Für den Prüfer ergibt sich damit neu die Situation, dass er seine Prüfung in jedem Fall in Kenntnis der Resultate des Schuldenrufs durchführen kann. Andererseits ergibt sich für die Gesellschaft die Option, den Generalversammlungsbeschluss an den Anfang des Prozesses zu stellen, sodass über die Kapitalherabsetzung ohne Kenntnis des (eben noch nicht verfügbaren) Prüfungsergebnisses und damit im Zweifel weniger fundiert entschieden wird. Der Reihenfolge Schuldenruf – Prüfungsbestätigung – Generalversammlungsbeschluss ist daher der Vorzug einzuräumen.

Und nun nochmals zur deklarativen Kapitalherabsetzung: Bereits das geltende Recht erlaubt die Harmonika (Kapitalschnitt), bei der das Kapital herabgesetzt und unmittelbar danach mindestens im gleichen Umfang durch voll einbezahltes Kapital wieder erhöht wird. Diese Harmonika wird es weiterhin geben; beim Beschluss über die gleichzeitige Kapitalherabsetzung und -erhöhung finden dann – sofern die Wiedererhöhung auf mindestens den bisherigen Betrag erfolgt – die Regeln über den Gläubigerschutz (Sicherstellung der Forderungen, Zwischenabschluss und Prüfungsbestätigung) keine Anwendung (Art. 653q Abs. 1 ORrev).

In Abschnitt 4 wurde bereits auf das Kapitalband hingewiesen. Dieses neue Rechtsinstitut sieht (ebenfalls) die Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung vor. Von dieser Möglichkeit darf allerdings nur Gebrauch gemacht werden, sofern die Jahresrechnung mindestens einer eingeschränkten Revision unterzogen wird, d.h. nicht vom Opting-out Gebrauch gemacht wird (Art. 653s Abs. 4 ORrev).²³ Der Gläubigerschutz im neuen Rechtsinstitut des Kapitalbands wird nun (zusätzlich) dadurch sichergestellt, dass eine Kapitalherabsetzung im Rahmen des Kapitalbands die bereits angesprochenen Kapital- und Gläubigerschutzbestimmungen der ordentlichen Kapitalherabsetzung aktiviert (Art. 653u Abs. 3 ORrev).

23 Wird der Verwaltungsrat lediglich ermächtigt, das Kapital zu erhöhen, so gleicht das Kapitalband letztlich der bisherigen genehmigten Kapitalerhöhung, welche nach geltendem Recht auch bei einem Opting-out möglich ist. Vgl. Botschaft (Aktienrecht), 2017, 514.

6. Gewinn- und Reservenverwendung

6.1 Ausschüttungsvolumen

Das Gesetz beschreibt die Reihenfolge und notwendigen Schritte für die Ermittlung des Betrags, welcher der Generalversammlung zur Ausschüttung zur Verfügung steht.²⁴ Insbesondere müssen Verluste in der folgenden Reihenfolge verrechnet werden: 1. mit dem Gewinnvortrag; 2. mit den freiwilligen Gewinnreserven; 3. mit der gesetzlichen Gewinnreserve; 4. mit der gesetzlichen Kapitalreserve. Anstelle der Verrechnung mit der gesetzlichen Gewinn- oder Kapitalreserve dürfen verbleibende Verluste auch teilweise oder ganz auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden. Dividenden dürfen sodann nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden und grundsätzlich erst festgesetzt werden, nachdem die sogenannten Zuweisungen an die gesetzliche Gewinnreserve (in Höhe von 5% des Jahresgewinns; die Komplexität wird hier auf den ersten Blick durch den Wegfall der altrechtlichen «zweiten Zuweisung» reduziert) und die freiwillige Gewinnreserve (gemäss allfälliger statutarischer Regelung) erfolgt sind.

Eine Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve an die Aktionäre ist nur möglich, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven, abzüglich des Betrags allfälliger Verluste, die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals übersteigen. Holdinggesellschaften dürfen die gesetzliche Kapitalreserve an die Aktionäre zurückführen, wenn die gesetzlichen Kapital- und Gewinnreserven 20% des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals überschreiten. Bei diesen Berechnungen dürfen die gesetzliche Gewinnreserve für eigene Aktien im Konzern und die gesetzliche Gewinnreserve aus Aufwertungen nicht miteingerechnet werden (Art. 671 Abs. 2–4 ORrev).

Unabhängig vom Aktienrecht gilt aufgrund der im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie eingeführten Regelungen zu Solidarbürgschaften und Härtefallhilfen: Sofern ein COVID-19-Überbrückungskredit oder Darlehen, Bürgschaften bzw. Garantien nach der COVID-19-Härtefallverordnung bestehen, dürfen bis zur vollständigen Rückzahlung dieser Unterstützung keine Dividenden und Tantiemen beschlossen bzw. ausge-

24 Art. 672, Art. 673, Art. 674 Abs. 1 und Art. 675 Abs. 1 und 2 ORrev.

schüttet sowie keine Kapitaleinlagen zurückbezahlt werden.²⁵ Für den Fall, dass ein Unternehmen unter dem Corona-Härtefallprogramm einen nicht rückzahlbaren À-fonds-perdu-Beitrag erhalten hat, gilt das Dividendenverbot für das Jahr des Erhalts sowie die darauffolgenden drei Jahre. Für die Revisionsstelle besteht im Kontext der COVID-19-Kredite gemäss Art. 23 Abs. 1 SBüG eine Pflicht zur Meldung nach Massgabe einer Meldekaskade: Tätigt ein Unternehmen, welches einen solidarverbürgten COVID-19-Kredit in der Bilanz ausweist, eine Ausschüttung oder sonstige Kapitalrückgewähr, so setzt die Revisionsstelle dem obersten Leitungsorgan eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands; wird dieser nicht innerhalb der gesetzten Frist hergestellt, so muss die Revisionsstelle die Generalversammlung informieren. Sollte der Verwaltungsrat den ordnungsgemässen Zustand auch dann nicht unverzüglich herstellen, so informiert die Revisionsstelle die zuständige Bürgschaftsorganisation. Eine analoge (aktive) Meldepflicht besteht im Kontext der Härtefallgelder nicht. Dort jedoch hat die Revisionsstelle ggf. eine (passive) Auskunftspflicht gemäss Art. 12a Abs. 2 lit. b COVID-19-Gesetz, wonach sie verpflichtet ist, den zuständigen Amtsstellen der Kantone auf Anfrage die Personendaten und die Informationen herauszugeben, die diese zur Verwaltung, Überwachung und Abwicklung der Finanzhilfen sowie zur Verhinderung, Bekämpfung und Verfolgung von Missbrauch benötigen.

6.2 Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlags

Die Beurteilung der Gesetzes- und Statutenkonformität des vom Verwaltungsrat zuhanden der Generalversammlung formulierten Vorschlags über die Ergebnisverwendung und/oder Ausschüttung aus Kapitalreserven ist Gegenstand der Abschlussprüfung (ordentliche wie auch eingeschränkte Revision, Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR). Diese Prüfung umfasst auch eine Beurteilung, ob die Unternehmung über ausreichend liquide Mittel verfügt, um die allenfalls geplante Dividende zu entrichten. Hierfür ist auf den Zeitpunkt der Berichtsabgabe bzw. der geplanten Ausschüttung abzustellen.²⁶ Das bedeutet, dass der Abschlussprüfer anhand von Budgets, Forecasts und Befragungen

25 Art. 2 Abs. 2 lit. a COVID-19-SBüG bzw. Art. 6 lit. a COVID-19-Härtefallverordnung. Bei nichtrückzahlbaren Beiträgen sieht die Härtefallverordnung eine Sperrfrist von drei Jahren vor, bevor wieder Ausschüttungen bzw. Darlehen an die Eigentümer möglich sind.

26 Vgl. HWP OR, S. 399 f.

beurteilen muss, ob die liquiden Mittel des Unternehmens zum Zeitpunkt der Ausschüttung ausreichen, um sowohl die laufenden Verpflichtungen (z.B. Mitarbeitersaläre, Mietkosten) zu bedienen als auch die geplante Dividende zu entrichten. Ist die Ausschüttung von Dividenden mit der Vermögens- und Liquiditätslage der Gesellschaft hingegen nicht zu vereinbaren, ist der Antrag des Verwaltungsrats abzulehnen.

6.3 Zwischendividende

Neu können Dividenden auch aus Gewinnen des laufenden Geschäftsjahrs ausgeschüttet werden (Art. 675a Abs. 1 ORrev). Es gab in der Vergangenheit immer wieder mehr oder weniger laute Stimmen in der Wirtschaft und unter Juristen, welche die Zwischendividende als legal taxiert sehen wollten; die rechtliche Grundlage wird aber nun tatsächlich erst mit den neuen Bestimmungen geschaffen.²⁷

Diese Zwischendividende (auch Interimsdividende genannt) erfolgt in jedem Fall gestützt auf einen unterjährigen Zwischenabschluss. Dabei finden für die Zwischendividende die Bestimmungen über die Dividende Anwendung (so Art. 675a Abs. 3 ORrev). Damit wäre anzunehmen, dass auch bei Ausrichten einer Interimsdividende zunächst eine Dotierung der gesetzlichen Gewinnreserve zu erfolgen habe. Art. 675a Abs. 3 ORrev allerdings verweist lediglich auf Art. 675 Abs. 2 OR (Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden), nicht hingegen auch auf den künftigen Art. 675 Abs. 3 ORrev (Dividenden dürfen erst festgesetzt werden, nachdem die Zuweisungen an die gesetzliche Gewinnreserve und an die freiwilligen Gewinnreserven erfolgt sind). Eventuell liegt hier ein gesetzgeberisches Versehen vor, denn der Hinweis auf Art. 675 Abs. 2 OR ergibt bei Interimsdividenden zunächst keinen Sinn, da diese ihrer Art nach nicht aus dem Bilanzgewinn oder bestehenden Reserven, sondern eben aus einem Zwischenergebnis ausgerichtet werden.

Zudem käme es zu einer Schwächung des Kapitalschutzes, sollte eine Reservedotierung unterbleiben (können).

²⁷ Die Zwischendividende – in der Praxis auch als Interimsdividende bezeichnet – ist nicht zu verwechseln mit einer ausserordentlichen Ausschüttung von Gewinnen aus einem bereits abgeschlossenen Geschäftsjahr; Letztere durften bereits bislang auch anlässlich einer unterjährig stattfindenden ausserordentlichen Generalversammlung beschlossen werden.

Die Revisionsstelle muss den Zwischenabschluss vor Beschlussfassung durch die Generalversammlung prüfen. Auf die Prüfung kann allerdings verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden. Im Fall eines Opting-outs ist ebenfalls keine Prüfung erforderlich.²⁸ Diese neue Regelung sieht also die Möglichkeit vor, die Revisionsstelle beim Beschluss über die Interimsdividende nicht konsultieren zu müssen; dadurch erhöht sich das inhärente Risiko, dass die Ausschüttung nicht regelkonform ausgestaltet ist. Der Gläubigerschutz wird mithin geschwächt. Immerhin wird die Revisionsstelle – sofern kein Opting-out vorliegt – im Rahmen der nächsten Abschlussprüfung auf diese Zwischendividende aufmerksam werden und dies dann in ihrem Bericht zuhanden der nächsten ordentlichen Generalversammlung ggf. rügen.

Aichele/Vionnet-Riederer nehmen die Regelung zur Zwischendividende zum Anlass, das bisherige Prozedere einer ausserordentlichen Dividende (d.h. die diesbezügliche Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlags) zu hinterfragen. Ihres Erachtens könne es nicht sein, dass für eine ausserordentliche Dividende, welche gestützt auf einen (geprüften) Jahresabschluss ausgerichtet werden soll, zwingend eine Prüfung des Gewinnverwendungsantrags zu erfolgen habe, während die Gesellschaft für die Ausschüttung aus dem laufenden Gewinn (sofern alle Aktionäre einverstanden sind) auf eine solche Prüfung verzichten kann.²⁹ Bei dieser – zugegebenermassen sehr praxisorientierten – Sichtweise wird ausser Acht gelassen, dass der Gesetzgeber die Interimsdividende im Gesetz zwar geregelt, bei der ausserordentlichen Dividende jedoch keine gesetzliche (Neu-)Regelung erlassen hat, weswegen mit guter Begründung das bisherige Prozedere weitergeführt werden kann.

7. Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung

Der Verwaltungsrat hat die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zur Finanzkontrolle und somit zur Überwachung von Liquidität und Vermögen der Gesellschaft. Die neuen gesetzlichen Regeln tragen dem

28 Art. 675a Abs. 2 ORrev.

29 Vgl. Aichele/Vionnet-Riederer (2021), S. 296.

stärker Rechnung: So bestehen neu ausdrückliche Pflichten bei sogenannter drohender Zahlungsunfähigkeit. Zudem bestehen unverändert Handlungspflichten im Zusammenhang mit Kapitalverlust und Überschuldung. Die Revisionsstelle nimmt diesbezüglich auch künftig eine subsidiäre Rolle ein. In allen Fällen verlangt das Gesetz von den Verantwortlichen ein Handeln mit der gebotenen Eile.

7.1 Drohende Zahlungsunfähigkeit

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, die Liquidität zu überwachen; bei drohender Zahlungsunfähigkeit hat der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen und – sofern erforderlich – weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft einzuleiten oder diese ggf. der Generalversammlung zu beantragen (Art. 725 ORrev).³⁰ Er muss nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen und mit der gebotenen Eile handeln. Der Gesetzgeber sieht in dieser Phase keine expliziten Pflichten für die Revisionsstelle vor, obschon sich aus dem Umstand einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ggf. ein Handlungsbedarf in Bezug auf die Besorgnis einer Überschuldung ergeben kann. Ein im Rahmen der Prüfungsarbeiten festgestellter Verstoss gegen diese in Art. 725 ORrev stipulierten Bestimmungen müsste jedoch ggf. zuhänden der nächsten ordentlichen Generalversammlung im Bericht der Revisionsstelle angezeigt werden.

7.2 Kapitalverlust

Im Falle eines Kapitalverlusts ergreift der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung desselben.³¹ Er trifft, soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft oder beantragt ggf. der Generalversammlung solche. Eine Sanierung umfasst in der Regel ein ganzes Bündel von gezielten Massnahmen im organisatorischen, betrieblichen,

30 Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsrat bereits bisher zu Finanzkontrolle und Finanzplanung verpflichtet ist, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR. In der Praxis ist daher zunächst keine grosse Änderung zu erwarten, allerdings sei der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass die Liquiditätsüberwachung künftig strukturierter und dokumentierter erfolgt. Insoweit hätte dann auch die Revisionsstelle – zumindest in der Theorie – eine bessere Basis zur Beurteilung des Going concern im Rahmen der Abschlussprüfung.

31 Im Sinne von Art. 725a ORrev besteht ein Kapitalverlust dann, wenn die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital, nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve und gesetzlicher Gewinnreserve nicht mehr decken. Nach dem Gesetzeswortlaut sind also nur noch die nicht rückzahlbaren, gesperrten gesetzlichen Reserven zu berücksichtigen. Ein allfällig überschüssender Anteil kann damit wohl ohne Beschluss der Generalversammlung bereits «geistig» mit den Verlusten verrechnet werden.

personellen und finanziellen Bereich. Bezüglich Handlungspflichten der Revisionsstelle gilt das Gleiche wie bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Mit dem Wegfall der zwingenden Einberufung einer Sanierungsgeneralversammlung durch den Verwaltungsrat entfällt auch die bis anhin damit zusammenhängende Pflicht der Revisionsstelle, ggf. eine solche Versammlung ersatzweise einzuberufen. Hat die Gesellschaft hingegen keine Revisionsstelle gewählt, so muss die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die Generalversammlung überdies einer eingeschränkten Revision durch einen vom Verwaltungsrat ernannten zugelassenen Revisor unterzogen werden.³² Dies allerdings nur, wenn nicht bereits ein Gesuch um Nachlassstundung eingereicht wurde.

Zur Behebung eines Kapitalverlusts ist es weiterhin – wie im bisherigen Recht – zulässig, Grundstücke und Beteiligungen, deren wirklicher Wert über die Anschaffungs- und Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufzuwerten (Art. 725c ORev). Der Aufwertungsbetrag ist fortan unter der gesetzlichen Gewinnreserve auszuweisen. Die Revisionsstelle – oder im Falle eines Opting-outs ein vom Verwaltungsrat beauftragter zugelassener Revisor – muss prüfen, ob die angepassten Bilanzwerte die gesetzlichen Maximalwerte nicht überschreiten. Neu ist hier, dass die Revisionsstelle zwingend zum Zug kommt – nach der bisherigen Regelung kann der Verwaltungsrat auch bei Vorhandensein einer Revisionsstelle einen anderen zugelassenen Revisor beauftragen.

7.3 Überschuldung

Im Fall der begründeten Besorgnis einer Überschuldung hat der Verwaltungsrat unverzüglich einen Zwischenabschluss zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten zu erstellen (Art. 725b Abs. 1 ORev). Das Gesetz verlangt also unverzügliche Zwischenabschlusserstellung, spricht jedoch an anderer Stelle von der bereits erwähnten «gebotenen Eile», mit der der Verwaltungsrat zu handeln habe. Was gilt nun? Unverzüglich bedeutet letztlich ohne schuldhaftes Zögern, erfordert allerdings auch Sorgfalt. Auch die Erstellung und Prüfung der Zwischenabschlüsse wird in nicht ganz einfachen Verhältnissen etwas Zeit in Anspruch nehmen.

³² Die Beauftragung des zugelassenen Revisors durch den Verwaltungsrat (Art. 725a Abs. 2 ORev) resultiert für Ersteren nicht in einer Organstellung.

Jedenfalls kann auf den Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten verzichtet werden, wenn die Annahme der Unternehmensfortführung gegeben ist und der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung aufweist. Kann von der Unternehmensfortführung nicht ausgegangen werden, so genügt ein Zwischenabschluss zu Veräusserungswerten.

Der Verwaltungsrat hat sodann die Zwischenabschlüsse durch die Revisionsstelle oder, wenn eine solche fehlt, durch einen zugelassenen Revisor prüfen zu lassen (Art. 725b Abs. 2 ORrev). Wiederum gilt als Grundsatz, dass – sofern eine Revisionsstelle vorhanden ist – diese auch die zusätzlich erforderliche Prüfung vornimmt.

Ist die Gesellschaft gemäss den Zwischenabschlüssen überschuldet, so benachrichtigt der Verwaltungsrat das Gericht (Art. 725b Abs. 3 ORrev). Dieses eröffnet den Konkurs, kann diesen Konkursentscheid aber auch bei Vorliegen eines Gesuchs um Nachlassstundung oder um Notstundung aussetzen. Unterlässt der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige, so ist die Revisionsstelle – wie im geltenden Recht – angehalten, dies subsidiär zu tun. Art. 725b Abs. 5 ORrev sieht vor, dass bei Fehlen einer Revisionsstelle dem beauftragten zugelassenen Revisor die Anzeigepflichten der eingeschränkt prüfenden Revisionsstelle obliegen.

Der Verwaltungsrat kann auf die Benachrichtigung des Richters verzichten, wenn ausreichende Rangrücktritte vorliegen oder wenn begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist behoben werden kann. Als angemessene Frist sieht das Gesetz eine Zeitspanne von maximal 90 Tagen ab dem Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse vor.³³ Zur Beseitigung einer Überschuldung besteht neu explizit – wie in der Kapitalverlustrsituation – das Instrument der Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen (Art. 725c ORrev).

Im aktuellen «Corona-Umfeld» sei zudem auf die Regelungen von Art. 24 SBüG bzw. Art. 21 COVID-19-Härtefallverordnung hingewiesen: Für die Berechnung des hälftigen Kapitalverlusts oder die Berechnung einer allfälligen Überschuldung werden COVID-19-Kleinkredite bis CHF 500 000.– sowie nach COVID-19-Härtefallverordnung gesprochene Härtefalldar-

33 Die Forderungen der Gläubiger dürfen jedoch nicht zusätzlich gefährdet werden, Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 ORrev.

lehen bzw. verbürgte oder garantierte Kredite (unbegrenzt) nicht als Fremdkapital berücksichtigt.

8. Liquidation

Das revidierte Aktienrecht lässt die bisherigen Regelungen zu Rechnungslegung und Prüfung im Liquidationsstadium einer Gesellschaft letztlich unverändert.³⁴ Somit gilt weiterhin: Die Auflösung der Gesellschaft durch Beschluss der Generalversammlung oder durch Urteil des Gerichts und der damit verbundene Eintritt in das Liquidationsstadium haben keinen Einfluss auf die Stellung und die Aufgaben der Revisionsstelle.³⁵ Es ergibt sich Folgendes: Gemäss Art. 742 Abs. 1 OR haben die Liquidatoren bei der Übernahme ihres Mandats eine Liquidations-Eröffnungsbilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen. Das Gesetz verlangt jedoch keine Prüfung dieser Eröffnungsbilanz. Erfolgt dennoch eine freiwillige Prüfung oder prüferische Durchsicht der Liquidations-Eröffnungsbilanz, richtet sich diese Prüfung oder Review nach den Vorgaben der entsprechenden Schweizer Prüfungsstandards.

Falls die Liquidation einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, sind jährlich Liquidations-Zwischenabschlüsse zu erstellen (Art. 743 Abs. 5 OR). Diese treten an die Stelle der Jahresrechnung bei der Fortführung des Unternehmens. Im Rahmen der gesetzlichen Revisionspflicht müssen diese Zwischenabschlüsse daher durch die Revisionsstelle geprüft werden (gestützt auf Art. 727 bzw. 727a OR, d.h. ordentliche oder eingeschränkte Revision). Soweit nur eine Pflicht zur eingeschränkten Revision besteht, ist ggf. ein Opting-out möglich. Die Revisionsstelle hat auch während der Liquidation ihre gesetzlichen Anzeigepflichten (Art. 728c bzw. Art. 729c OR) zu erfüllen. Sie bleibt also während der Liquidation u.a. subsidiär zuständig für die Überschuldungsanzeige an das Gericht.

Bei Beendigung der Liquidation wird in der Regel eine Liquidations-Schlussbilanz erstellt. Das Gesetz sieht keine Prüfungspflicht für diese Schlussbilanz vor. Erfolgt eine freiwillige Prüfung oder Review, richtet

³⁴ Vgl. zu diesen Regelungen HWP ER, S. 50 f.

³⁵ Der Vollständigkeit halber seien hier sämtliche möglichen Gründe, die zu einer Auflösung der Gesellschaft führen, nochmals angeführt: Beschluss der Generalversammlung; Einleitung durch den Richter auf Aktionärsklage hin; Insolvenz (Konkurseröffnung) der Gesellschaft und Einleitung durch Gesetzesvorschrift.

sich diese nach den Vorgaben der PS für die Abschlussprüfung bzw. nach den Vorgaben von PS 910. Anzumerken bleibt, dass im Fall der beabsichtigten vorzeitigen Vermögensverteilung eine Prüfung zwingend notwendig ist. So verlangt Art. 745 Abs. 3 OR eine Bestätigung durch einen zugelassenen Revisionsexperten, dass die Schulden getilgt sind und nach den Umständen angenommen werden kann, dass keine Interessen Dritter gefährdet sind. Mit Genehmigung der Liquidations-Schlussbilanz durch die Generalversammlung endet das Amt der Revisionsstelle.

9. Spezialaspekte

9.1 Zwischenabschluss

Besondere Vorgänge ereignen sich häufig unter dem Jahr. Erforderlich ist daher ggf. die Erstellung und Prüfung eines Zwischenabschlusses. Der Gesetzgeber stellt hierbei klar, dass dieser Zwischenabschluss den Vorschriften der Jahresrechnung zu folgen hat und aus Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang besteht (Art. 960f Abs. 1 ORrev).

Der Zwischenabschluss ist mit punktuellen Erleichterungen nach denselben Grundsätzen wie der reguläre Jahresabschluss zu erstellen (Art. 960f ORrev). Dass die Ermittlung des ausschüttbaren Betrags den gleichen Grundsätzen folgen sollte wie bei einer «ordentlichen» Dividende, ist klar, auch wenn so nicht explizit im Gesetz festgehalten.

9.2 Unabhängigkeit

Die einschlägigen Gesetzesartikel betreffend Unabhängigkeit bleiben im Wesentlichen unberührt.³⁶ Die Zwischenabschlussprüfung bei begründeter Besorgnis der Überschuldung (Art. 725b Abs. 2 ORrev) wie auch die Aufwertungsprüfung im Kontext der bilanziellen Beseitigung eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung (Art. 725c Abs. 2 ORrev) werden jedoch mit dem revidierten Aktienrecht nun diskussionslos der Revisionsstelle zugewiesen. Damit ist letztlich implizit klargestellt, dass ein Doppelmandat (eingeschränkte Revision plus Mitwirkung bei der Buchführung durch die als Revisionsstelle eingesetzte Revisionsgesellschaft) die Durchführung zumindest dieser Spezialprüfungen nicht verunmöglicht.

36 Allerdings gelten die Bestimmungen über die Unabhängigkeit auch für Unternehmen, welche durch die Gesellschaft oder die Revisionsstelle kontrolliert werden oder die Gesellschaft oder die Revisionsstelle kontrollieren. Insoweit gilt nicht mehr das Prinzip der einheitlichen Leitung.

9.3 Andere Rechtsformen

Die neuen Kapitalbestimmungen wie insbesondere auch diejenigen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit, zum Kapitalverlust und zur Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen sind für die GmbH entsprechend anwendbar. Die Möglichkeit der Kapitalerhöhung oder -herabsetzung im Rahmen eines Kapitalbands steht der GmbH jedoch nicht offen.³⁷

Eine analoge Anwendung der Regelungen betreffend Überschuldung im Verein sah das ZGB bislang nicht vor. Der Gesetzgeber schafft nun eine entsprechende Regelung und erklärt für im Handelsregister eintragungspflichtige Vereine die Bestimmungen des Aktienrechts zur Überschuldung, wie auch die Regelungen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie zur Aufwertung, für anwendbar (Art. 69d ZGBrev). Damit besteht inskünftig auch Prüfpflicht des Zwischenabschlusses sowie eine subsidiäre Anzeigepflicht der Revisionsstelle.

Auch für Stiftungen sind die Bestimmungen des Aktienrechts zur Ermittlung der Überschuldung sowie zur Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen entsprechend anwendbar (Art. 84a Abs. 4 ZGBrev). Die Handlungsstränge bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder (tatsächlicher) Überschuldung sind indessen etwas anders, da das Stiftungsorgan hier umgehend die Aufsichtsbehörde informieren muss (Art. 84 Abs. 1 ZGBrev). Zudem stipuliert Art. 84 Abs. 2 ZGBrev weiter, dass die Revisionsstelle die Aufsichtsbehörde zu informieren hat, wenn eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Stiftung vorliegt. Bei festgestellter Überschuldung haben also sowohl der Stiftungsrat als auch die Revisionsstelle die Aufsichtsbehörde zu informieren. Ob der Stiftungsrat bereits bei Vorliegen einer drohenden Überschuldung aktiv werden muss, geht aus dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig hervor. Darüber hinaus muss der Stiftungsrat bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit aktiv werden, die Revisionsstelle jedoch erst bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit.³⁸

³⁷ Vgl. Kilchmann (2021), S. 289.

³⁸ Wiederum sei darauf hingewiesen, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit auch Anlass sein kann, sich die Frage zu stellen, ob die Stiftung nicht bereits überschuldet ist.

10. Fazit und Ausblick

Das revidierte Aktienrecht bringt Flexibilisierung bei der Gestaltung der Kapitalstruktur und der Ausschüttung von Dividenden. Dies ist jedoch verbunden mit einer gewissen Schwächung des Kapitalschutzes, konkret beispielsweise im Zusammenhang mit der Zwischendividende, da hier auf die Prüfung des zugrunde liegenden Zwischenabschlusses verzichtet werden kann und somit ein Gewinnabfluss keiner externen Beurteilung unterliegt. Zudem aber auch im Kontext der Abschaffung der Regelungen zur Sachübernahme oder auch im Hinblick auf den Wegfall der Sanierungsgeneralversammlung beim Kapitalverlust. Kritisch angemerkt sei aber auch, dass der gesetzliche Kapitalschutz insgesamt ohnehin löchrig ist. Das Mindestaktienkapital von CHF 100 000.– stellt letztlich nicht mehr als eine Seriositätsschwelle dar; mit der Inflation ist die Mindestkapitalanforderung jedenfalls nicht mitgewachsen. Gleichwohl trägt der Kapitalschutz mit seiner Betonung der Wichtigkeit des Eigenkapitals seine Rechtfertigung bereits in sich.³⁹ Gerade auch die Corona-Krise zeigt uns erneut die Relevanz einer soliden Bilanz, ausgedrückt durch eine angemessene Eigenkapitalquote.

Mit dem revidierten Aktienrecht wird der Verwaltungsrat stärker in die Pflicht genommen. Die Verantwortlichkeiten der Revisionsstelle hingegen bleiben weitgehend unverändert. Gleichwohl zeigt sich unverändert die Relevanz der Tätigkeit der Revisionsstelle respektive der Wirtschaftsprüfung als Gralshüterin des Kapital- und Gläubigerschutzes.

Literaturverzeichnis

Aichele, Philippe/Vionnet-Riederer, Flurin (2021): Die Zwischendividende im revidierten Aktienrecht – Voraussetzungen und Auswirkungen auf andere Eigenkapitaltransaktionen, in: Expert Focus Juni 2021, S. 293 ff.

Eidg. Amt für das Handelsregister EHRA (2001): Mitteilung betreffend Sacheinlage und Sachübernahme, in: REPRAX 2/2001, S. 59–65.

Kleibold, Thorsten/Rüfenacht, Beat (2021): Das revidierte Aktienrecht aus Sicht der Wirtschaftsprüfung, in: Expert Focus Juni 2021, S. 248 ff.

39 Vgl. Kleibold (2012), S. 265.

Kleibold, Thorsten (2012): Ausschüttungsregulierung und Insolvenz-messung, Schriftenreihe Expertuisse, Band 188, Zürich 2012.

Kilchmann, Jörg (2021): Aktienkapital und Kapitalveränderungen im neuen Aktienrecht – Ein Überblick zur funktionalen Währung und zum Kapitalband, in: Expert Focus Juni 2021 S. 287 ff.

Müller, Lukas/Kaiser, Philippe J. A./Benz, Diego (2021): Sacheinlage-gründung im revidierten Aktienrecht – Praxisempfehlungen aus notari-eller Sicht, in: Expert Focus Juni 2021, S. 81 ff.

Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Band Betriebswirt-schaftliche Prüfungen und verwandte Dienstleistungen (HWP BP), Expertuisse, Zürich 2021.

Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Band Ordentliche Revi-sion (HWP OR), Expertuisse, Zürich 2015.

Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Band Eingeschränkte Revision (HWP ER), Expertuisse, Zürich 2013.

Gesetze/Materialien

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399.

Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Gesetz).

Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsgesetz, COVID-19-SBüG) vom 18. Dezem-ber 2020 (Stand am 19. Dezember 2020).

Obligationenrecht (Aktienrecht), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5573.

Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammen-hang mit der COVID-19-Epidemie (COVID-19-Härtefallverordnung).