

COVID-19-SOLIDARBÜRGSCHAFTSVERORDNUNG UND COVID-19-VERORDNUNG INSOLVENZRECHT

Die Notrechtsbestimmungen und ihr Einfluss auf die Arbeiten der Revisionsstelle

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie und des Lockdowns im Frühling haben zu erheblichen Liquiditätsbeeinträchtigungen und in der Folge zu Ertragskrisen in vielen Unternehmen geführt. Mit bundesrätlichem Notrecht sollte und soll der Wirtschaft über Liquiditätsengpässe und Ertragsausfälle hinweggeholfen werden.

1. AUSGANGSLAGE

In der COVID-19-Pandemie sind in vielen Unternehmen unmittelbar Liquiditätsengpässe aufgetreten, da Fixkosten aufgrund von weggebrochenen Umsätzen nicht länger gedeckt werden konnten. Mit den staatlich verbürgten COVID-19-Überbrückungskrediten sollte den Unternehmen rasch und einfach Zugang zu Liquidität verschafft werden. Als Bedingung für diese Stützungskredite ist es den Unternehmen untersagt, Kapitaltransfers an ihre Gesellschafter vorzunehmen (Ausschüttungssperre).

Im weiteren Verlauf der COVID-19-Pandemie akzentuierte sich die Situation, und aus der anfänglichen Liquiditätskrise wurde vielfach zunehmend eine Ertragskrise mit entsprechender Beeinträchtigung des Bilanzbilds; diese Phase dauert an. Per Notrecht wurde deshalb geregelt, dass eine allfällige Bilanzdeponierung bei Überschuldung unter gewissen Voraussetzungen vorübergehend unterbleiben darf (OR-725-Moratorium).

Gegenwärtig wird die (partielle) Überführung der Notrechtsbestimmungen in reguläres Recht auf bundespolitischer resp. parlamentarischer Ebene diskutiert und vorbereitet. Zur angedachten Übernahme von Bestimmungen der Solidarbürgschaftsverordnung in ordentliches Recht vgl. Nay, Vorentwurf eines COVID-19-Solidarbürgschaftsgesetzes, in dieser Ausgabe ab S. 607. Zum aktuell geltenden Notrecht

mit Relevanz für die Arbeiten der Revisionsstelle siehe die weiteren Ausführungen in diesem Beitrag.

2. AUSSCHÜTTUNGSSPERRE BEI INANSPRUCHNAHME VON COVID-19-ÜBER- BRÜCKUNGSKREDITEN

Die COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung verbietet Kapitaltransfers an Gesellschafter, d. h. eine Gesellschaft, die einen durch die Eidgenossenschaft verbürgten Überbrückungskredit erhalten hat, darf während der Dauer der Solidarbürgschaft keine Dividenden ausschütten oder Kapitaleinlagen zurückerstatten.

Als Ausschüttungen werden zum einen die liquiditätswirksamen Zahlungen an Aktionäre oder Gesellschafter (Bardividende) bezeichnet, zum anderen aber auch bereits die den Aktionären oder Gesellschaftern aufgrund eines Gewinnverwendungsbeschlusses zugewiesenen Gewinnbestandteile, die möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt liquiditätswirksam ausbezahlt werden. Daher sind nicht (unmittelbar) liquiditätswirksame Dividendenausschüttungen mittels Verrechnung mit Aktionärsdarlehen oder als Buchung auf dem Aktionärs-Kontokorrent hierunter zu subsumieren. Weiterhin sind Sachdividenden in der Form der Übertragung von Sachwerten als Ausschüttung zu qualifizieren.

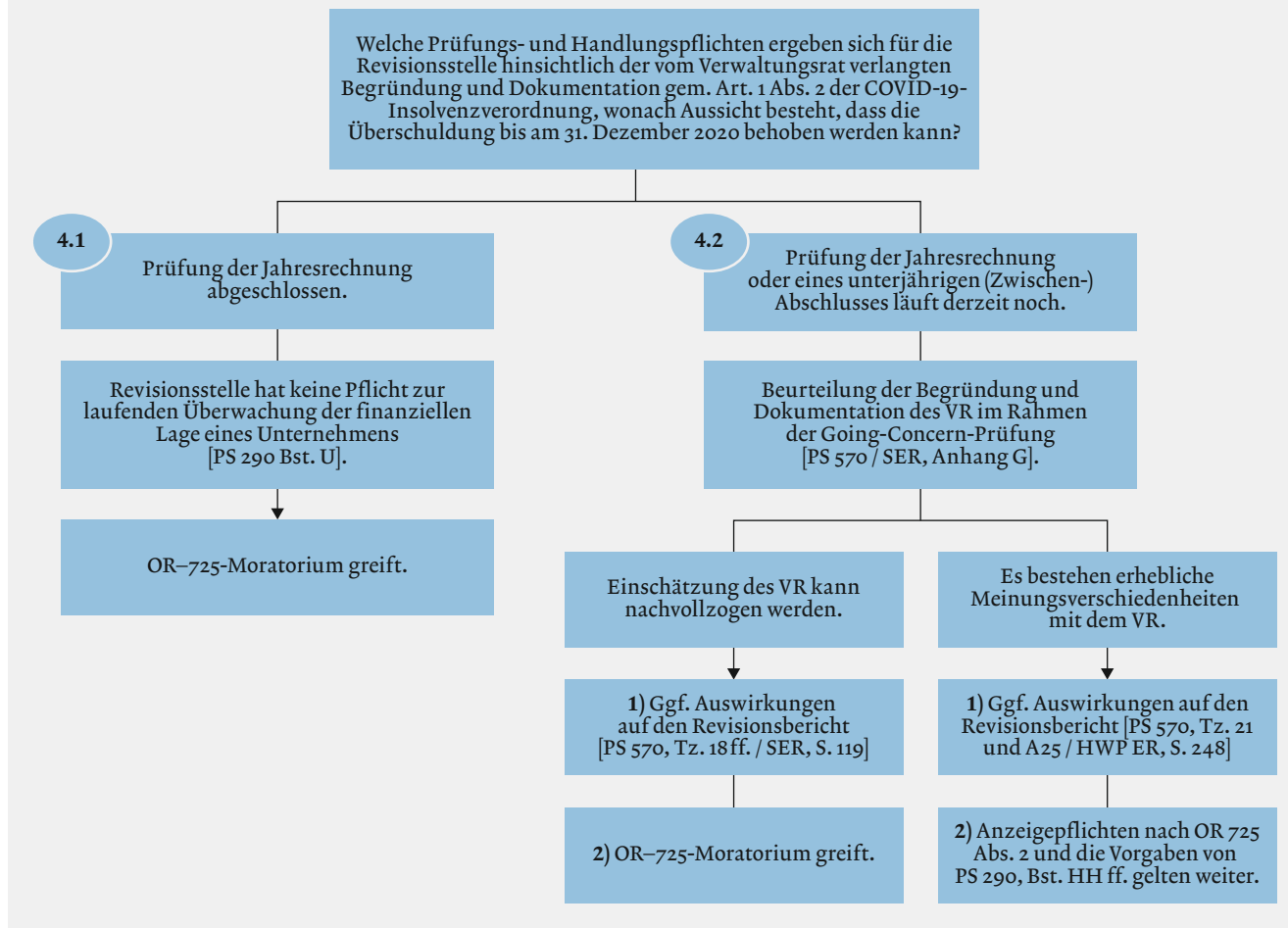
Eine Kapitalherabsetzung mit Mittelabfluss ist während der Dauer eines COVID-19-Kredits ebenso unzulässig wie der Erwerb eigener Anteile, welcher faktisch ebenfalls ein Zurückerstatten von Kapitaleinlagen bedeutet[1]. Auch sind Rückzahlungen von Aktionärsdarlehen unzulässig.

Zulässig hingegen sind Zahlungen an Aktionäre, sofern es sich hierbei um die Begleichung von Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen handelt, die aus einem operativen Leistungsaustausch mit üblichen Zahlungszielen entstanden sind und keinen Finanzierungscharakter haben[2].

Die Revisionsstellen haben die hier dargelegte Ausschüttungssperre gem. COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung



THORSTEN KLEIBOLD,
DR. OEC. HSG, WP/STB (D),
MITGLIED DER
GESCHÄFTSLEITUNG,
EXPERTSUISSE

Abbildung: **ENTSCHEIDUNGSBAUM FÜR DAS OR-725-MORATORIUM**

insoweit zu berücksichtigen, als dass sie den Vorschlag des Verwaltungsrats über die Ergebnisverwendung im Rahmen der Abschlussprüfung auf Gesetzeskonformität zu beurteilen haben. Sollte ein Gewinnverwendungsvorschlag gegen die Bestimmungen der Solidarbürgschaftsverordnung verstossen, wäre dieser Gewinnverwendungsvorschlag somit als nicht gesetzeskonform aufzufassen, da die Solidarbürgschaftsverordnung des Bundesrats als Notrecht Gesetzescharakter hat. Eine diesbezügliche Formulierung im Revisionsbericht der ordentlichen oder eingeschränkten Revision könnte wie folgt lauten:

«Der Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns sieht eine Dividende in Höhe von ... CHF vor. Da die Gesellschaft einen COVID-19-Überbrückungskredit nach der COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung erhalten hat, verstösst der Gewinnverwendungsvorschlag gegen die Bestimmung von Art. 6 Abs. 3 COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung.»

Sollte die Revisionsstelle im Folgejahr auf eine in diesem Sinne durchgeführte nicht gesetzeskonforme Gewinnverwendung stossen, wäre insoweit nach Massgabe von Art. 728c Abs. 2 OR im Revisionsbericht ein Hinweis auf einen Gesetzesverstoss anzubringen [3].

Ausserhalb des engen Prüfungsgegenstands «Ergebnisverwendungsvorschlag» gibt es zwar im Rahmen der Abschluss-

prüfung eine prüferische Berücksichtigung von Beziehungen zu und Transaktionen mit nahestehenden Personen [4]. Eine Pflicht zu einer umfassenden COVID-19-Kreditverwendungsprüfung und zu einer Nachverfolgung von Geldflüssen zwischen Gesellschaft und deren Aktionären lässt sich für den Abschlussprüfer daraus jedoch nicht ableiten. Es kann somit u. a. nicht erwartet werden, dass der Abschlussprüfer untersucht, ob die Mittel eines bezogenen COVID-19-Kredits verordnungswidrig verwendet wurden.

3. BERECHNUNG VON KAPITALVERLUST UND ÜBERSCHULDUNG IM NOTRECHTSREGIME

Der Verordnungsgeber hat erkannt, dass aus wegbrechenden Umsatzerlösen bei fortlaufenden (Fix-)Kosten (bilanziell sichtbare) Vermögensverluste entstehen und Überschuldungssituationen auftreten können.

Daher wurde im Zusammenhang mit den COVID-19-Krediten verordnungsrechtlich geregelt, dass entsprechende Kredite bis zu CHF 500 000 für die Berechnung von Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR) und Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) bis zum 31. März 2022 nicht als Fremdkapital berücksichtigt werden [5]. Eine in der Sondersession der Eidg. Räte angenommene Motion [6] beauftragt den Bundesrat im Rahmen der Überführung der Notrechtsbestimmungen in ordentliche Gesetzgebung dafür zu sorgen, dass die Notkre-

dite über die gesamte Dauer der Solidarbürgschaft nicht als Fremdkapital im Kontext von Art. 725 OR behandelt werden.

4. OR-725-MORATORIUM – VERZICHT AUF DIE ÜBERSCHULDUNGSANZEIGE

In sich verschärfenden Verlustsituationen vermag die in Abschnitt 3 beschriebene Regelung eine Überschuldung nicht zu verhindern. Daher wurde in der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht geregelt, dass der Verwaltungsrat von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige befreit ist, wenn die Gesellschaft am 31. Dezember 2019 nicht überschuldet war und zugleich Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann.

Der Verwaltungsrat muss seinen Entscheid, auf die Bilanzdeponierung zu verzichten, schriftlich begründen und dokumentieren (Prognosepflicht des Verwaltungsrats). Für die Prognose, die Überschuldung bis Ende 2020 beseitigen zu können, kommen gem. Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht insb. die erstellte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten sowie Liquiditätspläne infrage.

Für die Revisionsstelle stellt sich in diesem Notrechtsregime die Frage, welche Auswirkungen die Pflicht des Verwaltungsrats (Begründung und Dokumentation, wonach

Aussicht besteht, dass die Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 behoben werden kann) auf allfällige Prüfungs- und Handlungspflichten hat.

Bei der Beantwortung dieser Frage sind die nachfolgend ausgeführten und in der *Abbildung* dargestellten zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden.

4.1 Prüfung des letzten Abschlusses abgeschlossen. Die Revisionsstelle hat keine Pflicht zur laufenden Überwachung der finanziellen Lage eines Unternehmens und ist nicht verpflichtet, ausserhalb ihrer normalen Prüfungsarbeiten Überwachungsmechanismen vorzusehen, um daraus mögliche Auswirkungen auf ihre Revisionsmandate abzuleiten [7]. Die Revisionsstelle ist daher ausserhalb der Abschlussprüfung nicht aufgefordert, die vom Verwaltungsrat aufgrund der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht erstellte Dokumentation (die Prognose des Verwaltungsrats, die Überschuldung bis Ende 2020 beseitigen zu können) einzusehen und zu beurteilen.

4.2 Prüfung des letzten Abschlusses noch nicht abgeschlossen. Sollte die Prüfung des Jahresabschlusses oder eines allfälligen Zwischenabschlusses während des Anwendungszeitraums der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht

noch nicht beendet sein, wird der Abschlussprüfer die vom Verwaltungsrat nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung erstellte Dokumentation im Rahmen der Beurteilung der vom Management vorgenommenen Einschätzung der Unternehmensfortführungsfähigkeit (Going-Concern-Prüfung) einbeziehen.

Kommt der Abschlussprüfer bei dieser Going-Concern-Prüfung zum Schluss, dass die Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit vertretbar ist, jedoch eine wesentliche Unsicherheit besteht, wird dieser in seinem Bericht einen Absatz zur Hervorhebung eines Sachverhalts aufnehmen bzw. einen Zusatz anbringen[8]. In dieser Situation kann das Kriterium für die Anwendbarkeit des OR-725-Moratoriums, wonach vom Verwaltungsrat dokumentierte Aussicht bestehen muss, dass die zwischenzeitliche Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020 beseitigt werden kann, als erfüllt betrachtet werden.

Kommt der Abschlussprüfer bei der Going-Concern-Prüfung hingegen zum Schluss, dass die Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Abschluss unangemessen ist, die Gesellschaft den Abschluss dennoch unter dieser Annahme aufstellt, muss der Abschlussprüfer ein versagtes Prüfungsurteil abgeben bzw. eine verneinende Prüfungsaussage machen[9]. Zu dieser Einschätzung gelangt die Revisionsstelle insbesondere dann, wenn sie namentlich die Prognose des Verwaltungsrats, dass die zwischenzeitliche Überschuldung bis Ende 2020 beseitigt werden kann, für unangemessen erachtet. In diesem Fall besteht aus Sicht der Revisionsstelle keine Aussicht, dass die Gesellschaft die zwischenzeitliche Überschuldung bis am 31. Dezember 2020 be-

seitigen kann. Die beiden für das OR-725-Moratorium geltenden Anforderungen sind mithin nicht kumulativ erfüllt, und die Revisionsstelle wird daher nicht umhin kommen, den Verwaltungsrat an seine Pflichten gem. Art. 725 Abs. 2 OR, namentlich die Pflicht zur Beauftragung eines zugelassenen Revisors mit der Prüfung der Zwischenbilanz, zu erinnern. Die Revisionsstelle wird diesen Umstand ebenfalls im Revisionsbericht erwähnen.

5. FAZIT UND AUSBLICK

Mit den COVID-19-Überbrückungskrediten konnte der Wirtschaft schnell und unbürokratisch Liquiditätshilfe gewährt werden. Gegen diese Massnahme als solche wurde denn auch wenig Kritik geäussert. Lediglich die Tatsache, dass die Kreditverwendung – obschon in der Verordnung reguliert – nicht unabhängig überprüft wird, führte in der Folge gelegentlich zu Diskussionen. Grössere Bedenken bestanden jedoch von Beginn an bei den Regelungen zum OR-725-Moratorium. Diese Regelungen wurden und werden als fundamentaler Eingriff in das gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzregime gewertet. Von anderer Seite hingegen wird die Befristung dieser Massnahme (Behebung der Überschuldung bis zum 31. Dezember 2020) als zu kurz empfunden, und so fordert die Motion Ettlin (20.3418) die Verlängerung der befristeten Entbindung von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige bis 31. Dezember 2021.

Für den Berufsstand wird es interessant sein, die weitere Entwicklung im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Überführung der Notrechtsbestimmungen in ein COVID-19-Gesetz zu verfolgen. ■

Fussnoten: 1) Eine deklarative Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz (Art. 735 OR) als bilanzielle Sanierungsmassnahme ohne Mittelabfluss hingegen ist nach wie vor möglich. 2) Zulässig sind insoweit bspw. Mietzinszahlungen an einen Aktionär oder eine andere von ihm beherrschte Konzerngesellschaft für von ihm oder dieser zur Nutzung überlassene Räumlichkeiten. 3) Für die eingeschränkte Revision gilt eine sog. beschränkte Hinweispflicht. Bei einem Verstoss gegen Art. 6 Solidarbürgerschaftsverordnung wird

ein Hinweis im Revisionsbericht zur eingeschränkten Revision empfohlen, sofern der Gesetzesverstoss für die Meinungsbildung des Berichtsempfängers von Bedeutung ist (vgl. HWP Band «Eingeschränkte Revision» (HWP ER), III.4.2.9.1). 4) Vgl. exemplarisch für die eingeschränkte Revision die Ausführungen in HWP ER, III.2.4.2. 5) Vgl. Art. 24 der Solidarbürgerschaftsverordnung. Insoweit wäre es mit dem Sinn und Zweck der Solidarbürgerschaftsverordnung auch nicht vereinbar, wenn durch COVID-19-Kredite eine «implizite» Eigen-

kapitalstärkung erfolgt, die Gesellschaft dann aber durch Sachdividenden oder etwa Dividendenausschüttungen mittels Buchung auf dem Aktionärs-Kontokorrent das Eigenkapital schwächen dürfte. 6) Motion der FK-S (20.3156) – Kredite nicht als Fremdkapital berücksichtigen. 7) Vgl. PS 290, Bst. U. 8) Vgl. PS. 570 Tz. 19 und A21 bzw. SER, S. 119. 9) Vgl. PS 570 Tz. 21 und A25 resp. u.a. Berichtsbeispiel in HWP ER, S. 248.