5/20

Beiträge | Contributions

Das Kapitalband im neuen Aktienrecht
Hans Caspar von der Crone | Giovanni Dazio

Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht
Dominik Milani | Philipp Schürch

Problemfelder und Lösungsansätze in Bezug auf die «FinTech»-Bewilligungsvoraussetzungen
Dumeng N. Bezzola

Kartellrechtliche Fragen bei der Gründung eines Joint Ventures
Stephanie Volz

Intransparentere FINMA-Praxis
Sandro Abegglen | Martin Schaub

Berichterstattung | Comptes-rendus

Der Organisationsmangel in der Aktiengesellschaft und Ernennung eines Sachwalters
Bundesgerichtsurteil 4A.412/2020 vom 16. September 2020
Oliver Dalla Palma | Hans Caspar von der Crone

SZW / RSDA

Herausgeber:
H. C. von der Crone (Vorsitz) | M. Amstutz | R. Bahar | U. Bertschinger | I. Chabloz | J.-L. Chenaux | F. De Rossa Gisimundo | S. Emmenegger | I. Romy | R. Sethe | W. A. Stoffel | L. Thévenoz | F. Thouvenin

Schriftleiterin:
Charlotte M. Baer

Schulthess §

Die Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht

Dominik Milani | Philipp Schürch*

On 19 June 2020 the Swiss parliament adopted the final text of the new provisions of the Swiss Code of Obligations relating to the revised law on companies limited by shares. Among other things, the relevant provisions cover situations of financial distress and apply to companies limited by shares as well as to other company forms.

Aside of the pre-existing legal provisions governing the capital loss (now in amended form in Art. 725a CO) and the over-indebtedness (now in amended form in Art. 725b CO), the revised law is newly implementing the event of «imminent insolvency» (new Art. 725 CO), a non-capital related condition, triggering particular duties of the board of directors of a company limited by shares. The board of directors' duties based on the new Art. 725 CO are primarily related to private restructurings. The legislator seems to give preference to private restructuring activities over the instruments of bankruptcy and liquidation proceedings relating to companies.

In this article, the authors consider the legal meaning of the new term imminent insolvency, the board of directors' duties as well as corresponding restructuring activities along with an assessment of whether or not the new legal provisions effectively impose any new obligations upon the companies' bodies at all.

Inhaltsübersicht

Einleitung

I. Die Entwicklung von Art. 725 OR

II. Zahlungsfähigkeit als sicherzustellender Dauerzustand
- **1. Allgemeines**
- **2. Begriff der Zahlungsfähigkeit**

III. Überwachung der Zahlungsfähigkeit als reguläre ständige Aufgabe des Verwaltungsrates (Art. 725 Abs. 1 OR)
- **1. Allgemeines**
- **2. Qualifikation der Überwachungsaufgabe**
- **3. Differenzierte Ausprägung der Überwachungsaufgabe**

IV. Drohende Zahlungsunfähigkeit als Indikator für das Ergreifen von Massnahmen durch den Verwaltungsrat (Art. 725 Abs. 2 OR)
- **1. Allgemeines**
- **2. Drohende Zahlungsunfähigkeit als Ausgangspunkt für die Einleitung von Sanierungsmassnahmen**

V. Die Massnahmen des Sanierungskaskadensystems von Art. 725 Abs. 2 OR
- **1. Allgemeines**
- **2. Unmittelbares Tätigwerden des Verwaltungsrates**
- **3. Vorgängige Abklärung der Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit der Gesellschaft**
- **4. Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit (1. Sanierungsstufe)**
- **5. Erforderlichkeit weiterer Sanierungsmassnahmen (2. Sanierungsstufe)**
- **6. Nötigenfalls Gesuch um Nachlassstundung (3. Sanierungsstufe)**

VI. Handlungspflicht des Verwaltungsrates mit «gebotener Eile» («Prinzip der gebotenen Eile»)
- **1. Allgemeines**
- **2. Verletzung der Handlungspflichten und «Sanierungsverschleppung»**

VII. Schlussbetrachtung

Einleitung

Im Rahmen der am 19.6.2020 durch das eidgenössische Parlament verabschiedeten Aktienrechtsrevision[1] wurden in Ergänzung zum am 1.1.2014 in Kraft getretenen Sanierungsrecht des SchKG sanierungsrechtliche Bestimmungen im OR positiviert.

Im Sinne einer Stufenordnung legen die neuen Art. 725 ff. OR den Grad der wirtschaftlichen und finanziellen Notlage der Gesellschaft fest.

Dabei wird neben den schon *de lege lata* bekannten Termini des *Kapitalverlusts* (Art. 725*a* OR) und der *Überschuldung* (Art. 725*b* OR) neu der nicht kapi-

* Dr. iur. *Dominik Milani*, Rechtsanwalt und *Philipp Schürch*, Rechtsanwalt, beide Geschäftsführer einer Anwaltskanzlei in Zürich.

[1] Die Referendumsfrist lief am 8.10.2020 (vgl. BBl 2020 5573, 5631) ungenutzt ab. Vor diesem Hintergrund wird in diesem Beitrag jeweils auf die neuen revidierten Bestimmungen verwiesen, ohne dass dies speziell mit revOR oder nOR gekennzeichnet wird.

talbezogene Begriff der *«drohenden Zahlungsunfähigkeit»* (Art. 725 OR) eingeführt.[2]

An den Tatbestand der «drohenden Zahlungsunfähigkeit» werden gemäss Art. 725 Abs. 2 OR verschiedene Pflichten des Verwaltungsrates gekoppelt,[3] wobei diese in erster Linie in der privativen Sanierung liegen. Der (privativen) Sanierung ist nach dem Willen des Gesetzgebers denn auch der Vorzug vor der privativen oder konkursrechtlichen Liquidation der Gesellschaft zu geben.[4]

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach dem neuen Art. 725 OR und den zu ergreifenden Sanierungsmassnahmen in diesem Zusammenhang auseinander.

I. Die Entwicklung von Art. 725 OR

Art. 725 OR erfuhr – verglichen mit dem bundesrätlichen Entwurf – im Rahmen der parlamentarischen Beratungen einige Anpassungen.

So wurde insbesondere das Erfordernis des Liquiditätsplans im Falle der begründeten Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit innert sechs Monaten ersatzlos gestrichen.[5] Der Zweck des Liquiditätsplans lag gemäss E-OR darin, es dem Verwaltungsrat zu ermöglichen, künftige Zuflüsse an flüssigen Mitteln im massgeblichen Zeitraum prospektiv abzuschätzen. Er sollte sowohl den Bestand als auch die zu erwartende Veränderung der flüssigen Mittel der Gesellschaft infolge Ein- und Auszahlungen aus der Geschäfts-, Investitions- und Finanzierungstätigkeit darstellen.[6]

Im Zuge der parlamentarischen Debatten wurde in Art. 725 OR zunächst vorgesehen, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft «überwacht».[7] Bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft «ergreift» der Verwaltungsrat sodann Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit.[8] Daran anschliessend und soweit es die Verhältnisse erforderlich machen, trifft der Verwaltungsrat «weitere Massnahmen zur Sanierung» der Gesellschaft oder beantragt der Generalversammlung solche, sofern sie in deren Zuständigkeit fallen.[9] Schliesslich wurde in Art. 725 Abs. 2 OR festgelegt, dass «nötigenfalls» ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen ist.[10]

II. Zahlungsfähigkeit als sicherzustellender Dauerzustand

1. Allgemeines

Art. 725 Abs. 1 OR legt fest, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwacht.

Damit wird vorab einmal klargestellt, dass die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ein *sicherzustellender Dauerzustand*[11] ist, welcher laufender Beobachtung durch den Verwaltungsrat bedarf.

2. Begriff der Zahlungsfähigkeit

Es fällt in*dessen auf, dass der Begriff der* «Zahlungsfähigkeit» durch Art. 725 Abs. 1 OR nicht legaldefiniert wird; er wird vielmehr als bekannt vorausgesetzt.

In Anlehnung an Art. 174 Abs. 2 SchKG bedeutet Zahlungsfähigkeit gemäss h.L. und Praxis, *«dass ausreichend liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden vorhanden sind»*.[12]

2 Qua Art. 764 OR (für die Kommanditaktiengesellschaft), Art. 820 OR (für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und Art. 903 Abs. 1 OR (für die Genossenschaft), Art. 96*d* (für den Verein) und Art. 84*a* ZGB (für die Stiftung) gelangen Art. 725 ff. OR ebenfalls für die übrigen juristischen Personen zur Anwendung.

3 Hierzu im Einzelnen unten V.

4 So auch *Wirz Stefan*, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Diss. BS, Basel 2015, Rz. 550 ff.

5 Vgl. BBl 2017 683, 719.

6 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 23.11.2016, BBl 2017 399 ff., 574; zum Liquiditätsplan auch unten III.1.

7 Hierzu unten III.

8 Hierzu unten V.4.

9 Hierzu unten V.5.

10 Hierzu unten V.6.

11 In diesem Sinne auch *Glanzmann Lukas*, Konzept und Praxis der aktienrechtlichen Sanierung, SZW 2019 465 ff., 476.

12 BGer v. 11.3.2015, 5A_921/2014, E. 3.1; OGer/ZH v. 20.4.2020, PS200091, E. 2.5; KantG/FR v. 17.2.2020, 102 2020 19, E. 2.2; OGer/BE v. 16.4.2018, BlSchK 2018 236 ff., 238; *Talbot Philip*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 18 zu Art. 174 SchKG; *Diggelmann Peter*, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014, N 13 zu Art. 174 SchKG.

Der Begriff der Zahlungsfähigkeit definiert sich folglich funktional.

Unter *«Liquidität»* sind sodann die flüssigen Mittel sowie die kurzfristig gehaltenen Aktiven mit Börsenkurs nach Massgabe von Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR zu verstehen. Hierzu gehören Bargeld (Kassabestände), (in- und ausländische) Sichtguthaben bei Banken mit erstklassiger Bonität und Postfinance-Guthaben sowie kurzfristige Callgeldanlagen.[13] Handelt es sich um Fremdwährungsguthaben, so müssen diese ferner frei konvertibel sein.[14] Damit von flüssigen Mitteln gesprochen werden kann, muss u.E. aber jeweils vorausgesetzt werden, dass die Guthaben kurzfristig verfügbar sind, was dann der Fall ist, wenn diese innerhalb von drei Monaten liquide gemacht werden können.[15] Ein Abstellen auf drei Monate ist u.E. v.a. auch deshalb gerechtfertigt, weil namentlich bei operativen Betrieben laufend Verbindlichkeiten (z.B. Miete, Lohnzahlungen, [Sozial-] Versicherungsbeiträge, Steuern etc.) entstehen, welche durch entsprechende Liquidität abzudecken sind.

Von Gesetzes wegen sind zudem «kurzfristig gehaltene Aktiven mit einem Börsenkurs» den «flüssigen Mitteln» gleichgestellt; dasselbe gilt für Aktiven mit einem beobachtbaren Marktpreis (Art. 960*b* OR) wie z.B. ausserbörsliche Transaktionen («over the counter» Transaktionen).[16] Verlangt wird allerdings gleichsam, dass diese kurzfristig, sprich innert drei Monaten, liquide gemacht werden können;[17] andernfalls handelt es sich nicht mehr um liquide Mittel gemäss Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR.[18]

Im Ergebnis setzt die Zahlungsfähigkeit also voraus, dass die Gesellschaft ständig über die *notwendigen liquiden Mittel* verfügt, um den Betrieb – als eine selbstständig am Wirtschaftsleben teilnehmende, auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit[19] – *dauerhaft aufrechtzuerhalten*.

III. Überwachung der Zahlungsfähigkeit als reguläre ständige Aufgabe des Verwaltungsrates (Art. 725 Abs. 1 OR)

1. Allgemeines

In Art. 725 Abs. 1 OR wird die Pflicht des Verwaltungsrates zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft ausdrücklich statuiert. Schon unter dem bisherigen Recht war nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung davon auszugehen, dass die laufende Überwachung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation der Gesellschaft zu den Aufgaben des Verwaltungsrates gehört, sei dies gestützt auf die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 OR oder gestützt auf die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates nach Art. 716*a* Abs. 1 OR.[20]

In der Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen und insbesondere der finanziellen Lage der Gesellschaft geht selbstredend auch die Pflicht zur

13 *Böckli Peter,* OR-Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Rz. 355; *Lipp Lorenz,* in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister, Wertpapiere – Bucheffektengesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 7 zu Art. 959*a* OR.

14 *Dekker Stephan,* in: Jeannette K. Wibmer (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016, N 6 zu Art. 959*a* OR.

15 *Handschin Lukas,* in: Christine Chappuis/Daniel Girsberger/Sibylle Hofer/Peter V. Kunz/Thomas Sutter-Somm/Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR), Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Band VIII, 9. Teilband, Basel 2016, § 19 Rz. 606; a.M. *Heuberger-Götsch Olivier,* in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar, Obligationenrecht, 2. Aufl., Basel 2014, N 4 zu Art. 959*a* OR, welcher solange von der Kurzfristigkeit ausgeht, als eine Liquidmachung innerhalb eines Jahres möglich ist.

16 *Neuhaus Markus R./Haag Stefan,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 8 zu Art. 960*b* OR; CHK-*Lipp* (Fn. 13), N 8 zu Art. 959*a* OR.

17 *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 19 Rz. 612.

18 Für den Fall, dass die Aktiven innerhalb von mehr als drei Monaten bis zu einem Jahr liquide gemacht werden können, spricht man entweder von übrigen kurzfristigen Forderungen (Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 1 lit. c OR) oder Wertschriften des Umlaufvermögens und falls sie erst nach einem Jahr in Liquidität umgesetzt werden können, sprich man von Finanzanlagen (Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 2 lit. a OR), vgl. *Böckli,* Rechnungslegung (Fn. 13), Rz. 357; OFK-Aktienrecht-*Dekker* (Fn. 14), N 8 zu Art. 959*a* OR.

19 Zum Betriebsbegriff auch BGE 137 III 27, E. 3.2.

20 BGer v. 5.1.2011, 4A_467/2010, E. 3.3; BGE 132 III 564, E 5.1; *Kälin Oliver,* Die Sanierung der Aktiengesellschaft – Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 267 f. sowie Rz. 290 ff.; *Krneta Georg,* Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1238; *Wüstiner Hanspeter,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 9*i* zu Art. 725 OR; *Böckli Peter,* Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 Rz. 712*e*.

Überwachung der Zahlungsfähigkeit auf, wie diese nun in Art. 725 Abs. 1 OR explizit festgehalten wird.[21]

Nur mittels einer laufenden Überwachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne eines Frühwarnsystems kann im Ergebnis auch das rechtzeitige Erkennen einer finanziellen Krisensituation, welche sich – um es mit den Worten von *Böckli* zu sagen – oftmals *«auf leisen Sohlen»* anschleicht,[22] sichergestellt werden. Allgemein wird denn ebenfalls davon ausgegangen, dass der Verwaltungsrat ohne frühzeitiges Erkennen einer sich anbahnenden Krise, durch blosses Abstellen auf die gesetzlichen Tatbestände des hälftigen Kapitalverlustes (Art. 725*a* OR) und der begründeten Besorgnis einer Überschuldung (Art. 725*b* OR), mit der Einleitung von Sanierungsbestrebungen schon sehr spät (wenn nicht gar zu spät) sein wird.[23]

Zur Sicherstellung der Überwachung der Liquidität wird der Verwaltungsrat nach Massgabe seiner *Finanzverantwortung* i.S.v. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR in aller Regel einen Liquiditätsplan erstellen und führen oder erstellen und führen lassen müssen, woraus der erwartete *Liquiditätsbedarf* (Finanzplanung) sowie die *Liquiditätszu- und abflüsse* (Finanzkontrolle) ersichtlich sind.[24] U.E. stellt die Erstellung und zeitgerechte Nachführung eines *Liquiditätsplans* das zentrale Instrument für die Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gemäss Art. 725 Abs. 1 OR und damit eine generelle Pflicht des Verwaltungsrates dar.[25] Entsprechend wurde u.E. zu Recht die in Art. 725 E-OR erst im Zeitpunkt der begründeten Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit vorgesehene Verpflichtung zur Erstellung eines Liquiditätsplans durch eine generelle Überwachungspflicht ersetzt.[26]

Es gilt indessen zu beachten, dass sich die Anforderungen an die Ausgestaltung und insbesondere an die Aktualität des Liquiditätsplans im Falle einer sich anbahnenden Liquiditätskrise erhöhen.[27]

2. Qualifikation der Überwachungsaufgabe

Anders als beispielsweise die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung[28] oder die Benachrichtigung des Gerichts im Falle der Überschuldung (vgl. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 7 OR) wird die Pflicht des Verwaltungsrates zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gemäss Art. 725 Abs. 1 OR nicht explizit als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates in Art. 716*a* OR erwähnt. Art. 716*a* OR definiert die nicht abschliessend aufgezählten[29] Kernkompetenzen des Verwaltungsrates, welche weder an die Generalversammlung noch an die Geschäftsleitung delegiert werden können. Hierzu zählt nicht zuletzt auch die Finanzplanung und die Finanzkontrolle gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR, welche verlangen, dass sich der Verwaltungsrat in Bezug auf seine finanzplanerischen Vorgaben proaktive und reaktive Mittel gibt, welche eine laufende Prüfung erlauben, um zeitgerecht die notwendigen Massnahmen zu ergreifen.[30]

21 Neben der ständigen Überwachung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 725 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat zur Sicherstellung des Zwecks der Gesellschaft sowie der Erstrebung eines materiellen Vorteils für Einzelne gehalten, ständig den Bedarf von Restrukturierungsmassnahmen zu prüfen. Dies umfasst nicht zuletzt auch betriebswirtschaftliche und organisatorische Massnahmen, für welche der Verwaltungsrat nach Massgabe seiner Aufgaben nach Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR und nach Massgabe von Art. 717 OR verantwortlich ist, vgl. auch unten V.5.

22 *Böckli,* Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 712e.

23 BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 9*i* zu Art. 725 OR; *Böckli,* Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 712*h*, wobei Letzterer die drohende Illiquidität schon für einen Spätindikator hält, vgl. *Böckli Peter,* Finanznotlagerecht, SZW 2017 524 ff., 533.

24 *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 15 Rz. 463 ff.

25 So auch *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 15 Rz. 470, der eine – je nach Situation der betroffenen Gesellschaft differenzierte – Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans schon unter bisherigem Recht annimmt; *Böckli,* Finanznotlagerecht (Fn. 23), 529.

26 So noch vorgesehen in Art. 725 Abs. 1 E-OR.

27 Vgl. zur differenzierten Ausgestaltung auch unten III.3.

28 Hierzu im Einzenen unten V.6.

29 *Bühler Christoph B.,* in: Brigitte Tanner/Christoph B. Bühler/Lukas Handschin/Ulrich Haas/Yael Strub/Andreas Bohrer/Angela Kummer (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 3 zu Art. 716*a* OR m.w.H.

30 Vgl. *Chapuis Cédric,* in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht – Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 9 f. zu Art. 716*a* OR; *Böckli,* Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 346 ff.; *Watter Rolf/Roth Pellanda Katja,* in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, N 17 zu Art. 716*a* OR; vgl. auch *Peter Henry/Cavadini Francesca,* in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trinidade (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl., Basel 2017, N 24 ff. zu Art. 716*a* OR.

Vor diesem Hintergrund stellt die Überwachung der Zahlungsfähigkeit trotz der nun ausdrücklichen und separaten Erwähnung in Art. 725 Abs. 1 OR u.E. systemisch einen Bestandteil der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates dar.[31] Demnach ist sie insofern als Konkretisierung von Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR bzw. als *Teilgehalt der Finanzkontrolle* zu verstehen.[32] Art. 725 Abs. 1 OR adressiert im Gegensatz zur Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR, welche sich nach dem Gesetzeswortlaut an die «Mitglieder» des Verwaltungsrates richtet, demzufolge gleichermassen wie Art. 716*a* Abs. 1 OR den Verwaltungsrat als Kollegialorgan.[33]

In Bezug auf die Überwachung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 725 Abs. 1 OR muss u.E. damit konsequenterweise derselbe Massstab wie für die Pflichten gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR gelten: Die oberste Verantwortung zur Sicherstellung der Überwachung verbleibt beim Verwaltungsrat, was jedoch nicht dahingehend fehlinterpretiert werden darf, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates die mit dieser Aufgabe zusammenhängenden Tätigkeiten persönlich zu besorgen hätten.[34] Der Verwaltungsrat hat vielmehr ein wirkungsvolles System auszugestalten und zu implementieren, welches ihm die jederzeitige Überwachung erlaubt.[35]

M.a.W. hat der Verwaltungsrat das notwendige *«Alarmsystem»* zu installieren, welches ihm erlaubt, eine sich anbahnende Krise zu erkennen und rasch darauf reagieren zu können.[36] Diese Grundsätze decken sich auch mit dem Wortlaut von Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR, der lediglich die «Ausgestaltung» der Finanzkontrolle und der Finanzplanung zur unentziehbaren und unübertragbaren Aufgabe des Verwaltungsrates erklärt, nicht jedoch die persönliche Ausführung sämtlicher damit zusammenhängender Aktivitäten verlangt.

Dementsprechend wird der Verwaltungsrat die einzelnen mit der Überwachung der Zahlungsfähigkeit zusammenhängenden Tätigkeiten (so insbesondere die Informationsbeschaffung und Aufbereitung) delegieren können, soweit dies im Rahmen eines vom Verwaltungsrat definierten effektiven Kontrollsystems geschieht.

Wie erwähnt,[37] sollte dieses Kontrollsystem zur Überwachung der Zahlungsfähigkeit seinen Ausfluss in einem stets aktuellen Liquiditätsplan finden. Hierauf gestützt soll der Verwaltungsrat zeitnah seine Schlüsse ziehen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Massnahmen gemäss dem sog. *Sanierungskaskadensystem* von Art. 725 Abs. 2 OR[38] einleiten können.

3. Differenzierte Ausprägung der Überwachungsaufgabe

Grundsätzlich hat der Verwaltungsrat die Liquidität der Gesellschaft permanent zu überwachen.[39] Naturgemäss können jedoch Methodik sowie Umfang der Überwachung nicht ein für alle Mal einheitlich für sämtliche Gesellschaften branchenübergreifend definiert werden. Es bedarf einer Einzelfallbetrachtung.

Als Teil des internen Kontrollsystems ist die Finanzkontrolle und damit auch die Überwachung der

31 Das Bundesgericht hat in BGE 132 III 564, E 5.1 die Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft als Ausfluss der Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR betrachtet.

32 So wohl auch *Böckli,* Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 347, sowie *Krneta* (Fn. 20), Rz. 1230, welche die Sorge um die Liquidität (als Ausfluss der Pflicht zur Überwachung und Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts) respektive den Erhalt der Liquidität der Finanzverantwortung gemäss Art. 716 Abs. 1 Ziff. 3 OR zuordnen; BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 32 zu Art. 725 OR, ordnet dieselbe Pflicht dagegen ausdrücklich Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 1 OR (Oberleitung) zu.

33 Vgl. zu dieser Differenzierung auch *Kälin,* Rechtshandbuch (Fn. 20) Rz. 282 ff.

34 *Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian,* Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 178.

35 *Krneta* (Fn. 20), Rz. 1239; *Böckli,* Aktienrecht, (Fn. 20), § 13 Rz. 348 sowie Rz. 354; *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 8 Rz. 230.

36 *Krneta* (Fn. 20), Rz. 1238.

37 Vgl. oben III.1.

38 Vgl. hierzu unten V.1.

39 *Handschin Lukas,* in: Brigitte Tanner/Christoph B. Bühler/Lukas Handschin/Ulrich Haas/Yael Strub/Andreas Bohrer/Angela Kummer (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698–726 und Art. 731*b* OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, N 156 zu Art. 725 OR; sowie im Zusammenhang mit der konstanten Verfolgung der Fortführungsfähigkeit, deren wesentliches Element die Liquidität bildet: *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 4 Rz. 128; *Maurenbrecher Benedikt/Huber Ueli,* Corona-Aufschub der Konkursanmeldung – quo vadis?, Jusletter 19.10.2020, Rz. 17.

Zahlungsfähigkeit unter Berücksichtigung der *Grösse, Art* sowie der *Struktur* der betroffenen Gesellschaft entsprechend auszugestalten.[40] So werden z.B. bei einer Holdinggesellschaft ohne operativen Betrieb und mit lediglich beschränkten laufenden Verbindlichkeiten weniger hohe Anforderungen an die Genauigkeit und Aktualität der laufenden Überwachung zu stellen sein, als dies beispielsweise bei einer kapitalintensiven Gesellschaft mit vielen Arbeitnehmern im Industriebereich der Fall ist. Gleichermassen ist der Anspruch an die Überwachung der Liquidität bei Gesellschaften mit hohem Eigenkapital und umfassenden Liquiditätsreserven ein anderer als bei stark fremdfinanzierten Unternehmungen mit wenig Reserven.[41] Bei Letzteren ist auch deshalb ein besonderes Augenmerk auf die Planung zu richten, weil sie naturgemäss aufgrund der schon starken Verschuldung weniger Spielraum für die kurzfristige Aufnahme weiteren Fremdkapitals zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen haben.[42]

Die Ausprägung der Überwachungsaufgabe des Verwaltungsrates gemäss Art. 725 Abs. 1 OR ist also einerseits mit Blick auf die Grösse und Art der betroffenen Gesellschaft sowie die Branche, in der sie tätig ist, und andererseits mit Blick auf die jeweilige wirtschaftliche und finanzielle Lage zu definieren.

So kann der Liquiditätsplan[43] in einfachen und stabilen Verhältnissen eine blosse Ableitung der Finanzzahlen gemäss Jahresrechnung oder Saldi gemäss Bankkontoauszug darstellen, währenddem die Anforderungen bezüglich Detaillierungsgrad und Präzision des Liquiditätsplans bei komplexeren Verhältnissen sowie im Falle einer sich anbahnenden Liquiditätskrise um ein Vielfaches höher sind.[44]

Selbst für ein und dieselbe Unternehmung können sich die Anforderungen an den Verwaltungsrat also laufend und u.U. ganz kurzfristig verändern.

IV. Drohende Zahlungsunfähigkeit als Indikator für das Ergreifen von Massnahmen durch den Verwaltungsrat (Art. 725 Abs. 2 OR)

1. Allgemeines

Abs. 2 von Art. 725 OR bestimmt, dass der Verwaltungsrat Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreift, falls die Gesellschaft zahlungsunfähig zu werden droht.

Die *drohende Zahlungsunfähigkeit* bildet somit einen eigentlichen *Indikator* dafür,[45] dass der Verwaltungsrat aktiv werden muss. Ein blosses Überwachen i.S.v. Art. 725 Abs. 1 OR[46] genügt bei drohender Zahlungsunfähigkeit demzufolge nicht mehr.

Anders als die Tatbestände des Kapitalverlusts (Art. 725*a* OR) und der Überschuldung (Art. 725*b* OR), welche statisch auf die Kapitalpositionen des Bilanzbildes der Gesellschaft abstellen, handelt es sich beim Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit um einen *dynamischen, nicht kapitalbezogenen* und – mit Blick auf die geschäfts- und branchenspezifischen Liquiditätserfordernisse[47] – *relativen Warnindikator*.[48]

Selbstredend handelt es sich bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit um einen von den statischen Warnindikatoren (Kapitalverlust und Überschuldung, Art. 725*a* f. OR) unabhängigen Tatbestand.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit als Ausgangspunkt für die Einleitung von Sanierungsmassnahmen

Wann genau Zahlungsunfähigkeit «droht», ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

In Anlehnung an die bisherige Lehre und Rechtsprechung ist Zahlungsunfähigkeit – im Gegensatz zur Zahlungsfähigkeit[49] – dann gegeben, wenn die Gesellschaft ihre *fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann,* da sie *weder über die dazu erforderlichen liquiden Mittel*[50] noch über *den erforderlichen*

[40] *ZK-Bühler* (Fn. 29), N 67 zu Art. 716*a* OR; *Böckli,* Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 349; *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 8 Rz. 230.

[41] *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 15 Rz. 470.

[42] *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 12 Rz. 383 sowie § 15 Rz. 463.

[43] Vgl. zur generellen Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans oben III.1.

[44] Vgl. *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 15 Rz. 470.

[45] Gl.M. *von der Crone Hans Caspar,* Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 1991.

[46] Hierzu im Einzelnen oben III.

[47] Hierzu im Einzelnen oben III.1.

[48] Vgl. auch *von der Crone* (Fn. 45), Rz. 1991.

[49] Hierzu im Einzelnen auch oben II.2.

[50] Hierzu im Einzelnen oben II.2.

Kredit verfügt, sich diese Mittel notwendigenfalls zu beschaffen.[51]

In Anlehnung an *Glanzmann* handelt es sich bei Zahlungsunfähigkeit also um ein *dauerndes Unvermögen der Gesellschaft, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen* (Liquiditätskrise); vorübergehende Liquiditätsengpässe genügen hingegen nicht, um Zahlungsunfähigkeit zu begründen.[52] Zahlungsunfähigkeit bedeutet letztlich immer auch Illiquidität.[53]

Wie dargestellt, setzt Art. 725 Abs. 2 OR indes nicht erst ein, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, sondern vielmehr, wenn die Zahlungsunfähigkeit «droht». Denn droht diese, ist der Verwaltungsrat gehalten, Massnahmen, konkret Sanierungsmassnahmen («mesures d'assainissement»),[54] zu ergreifen. Demnach bildet die drohende Zahlungsunfähigkeit den Auslöser dafür, dass der Verwaltungsrat gehalten ist, die möglichen und zumutbaren Sanierungsmassnahmen zu prüfen und umzusetzen; die drohende Zahlungsunfähigkeit ist insofern also ein Alarmzeichen,[55] welches anhand des vom Verwaltungsrat installierten Früherkennungs- bzw. Alarmsystems zutage tritt.[56]

Zahlungsunfähigkeit ihrerseits «droht», *wenn die Gesellschaft in absehbarer Zeit nicht mehr über die notwendigen liquiden Mittel verfügen wird, um den Betrieb dauerhaft aufrechtzuerhalten*. Dabei kann von drohender Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden, wenn in absehbarer Zeit weder flüssige Mittel noch kurzfristig gehaltene Aktiven mit Börsenkurs (Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR) vorhanden sein werden, welche innert *drei Monaten* liquide gemacht werden können.[57]

U.E. ist für die Beantwortung der Frage, ob innert absehbarer Zeit weder flüssige Mittel noch kurzfristig gehaltene Aktiven mit Börsenkurs (Art. 959*a* Abs. 1 Ziff. 1 lit. a OR) vorhanden sein werden, in zeitlicher Hinsicht auf die *geschäfts- und branchenspezifischen Liquiditätserfordernisse*[58] abzustellen. Denn wie dargestellt, sind beispielsweise die Liquiditätserfordernisse einer «statischen» Holdinggesellschaft in zeitlicher Hinsicht regelmässig anders gelagert als bei einer operativen Gesellschaft.[59]

Letztlich ist die drohende Zahlungsunfähigkeit u.E. ein *relativer Begriff*, welcher sich insbesondere auf der Basis der durch den Verwaltungsrat für den Betrieb festgelegten Liquiditätsplanung bemisst.[60] Zu Recht verzichtet denn auch Art. 725 Abs. 2 OR – anders als noch der bundesrätliche Entwurf[61] – auf starre zeitliche Vorgaben.[62] Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als gerade die ständige und reguläre Überwachungsaufgabe gemäss Art. 725 Abs. 1 OR[63] sicherstellen will, dass der Verwaltungsrat den Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit erkennen kann bzw. nicht verpassen soll.

Zu beachten bleibt u.E., dass die drohende Zahlungsunfähigkeit nicht automatisch auch dazu führt, dass der Rechnungslegung gemäss Art. 958*a* Abs. 2 OR Veräusserungswerte zugrunde zu legen wären. Mithin führt die Bejahung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (ohne Kapitalverlust oder Überschuldung) eben gerade (noch) nicht zwingend dazu, dass die Einstellung der Tätigkeit oder von Teilen davon voraussichtlich nicht abwendbar sein wird (Art. 958*a* Abs. 2 Satz 1 OR) und somit die Fortführungsfähigkeit (Going Concern) nicht mehr bejaht werden kann.[64]

51 BGE 111 II 206, E. 1; OGer/AG v. 6.6.2007, AGVE 2007 31 ff., 32; *Kälin Oliver*, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 2014/2015 135 ff., 138; in diese Richtung zielt auch Art. 25 Abs. 1 SFV ab, wonach eine Vorsorgeeinrichtung oder ein Versichertenkollektiv zahlungsunfähig ist, wenn die Vorsorgeeinrichtung oder das Versichertenkollektiv fällige gesetzliche oder reglementarische Leistungen nicht erbringen kann und eine Sanierung nicht mehr möglich ist.

52 *Glanzmann Lukas*, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 2017 387 ff., 388; *Glanzmann*, SZW (Fn. 11), 476; *Maurenbrecher/Huber* (Fn. 39), Rz. 6.

53 *Kälin*, ZZZ (Fn. 51), 136.

54 Hierzu im Einzelnen unten V.4. und V.5.

55 In diesem Sinne auch BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 9*a* zu Art. 725 OR.

56 Hierzu im Einzelnen auch oben III.

57 Hierzu im Einzelnen auch oben II.2.

58 Hierzu im Einzelnen oben III.3.

59 Hierzu auch oben III.3.

60 Hierzu oben III.1.

61 Gemäss Art. 725 Abs. 2 E-OR (BBl 2017 683 ff., 719) wurde die Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplanes an die begründete Besorgnis geknüpft, dass die Gesellschaft in den nächsten sechs Monaten zahlungsunfähig wird.

62 Richtigerweise aber knüpft Art. 725*b* Abs. 4 Ziff. 2 OR an eine zeitlich klar definierte maximal 90-tägige Toleranzfrist für den Fall, dass begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse behoben werden kann, und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

63 Hierzu oben III.

64 Vgl. auch *Wirz* (Fn. 4), Rz. 444 ff., der selbst für den Fall des Bestehens der begründeten Besorgnis einer Überschuldung (Art. 725*b* Abs. 1 OR) nicht zwingend davon ausgeht, dass die Fortführungsfähigkeit zu verneinen und

Eine Umstellung auf Veräusserungswerte nach Art. 958*a* Abs. 2 OR ist hingegen dann angezeigt, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Liquidität für die Fortführung der Geschäftstätigkeit voraussichtlich nicht gegeben ist,[65] und demnach die Fortführungsfähigkeit verneint werden muss.

Die – wie eben definierte – drohende Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist im Ergebnis der Ausgangspunkt für die Einleitung von Sanierungsmassnahmen. Droht die Zahlungsunfähigkeit, gerät die Gesellschaft folglich in den *Sanierungsmodus* bzw. in die *Sanierungsphase*.

V. Die Massnahmen des Sanierungskaskadensystems von Art. 725 Abs. 2 OR

1. Allgemeines

Bei Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit[66] sieht Art. 725 Abs. 2 OR ein sog. *Sanierungskaskadensystem* mit Handlungspflichten des Verwaltungsrates zur *Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit* vor.

Die Handlungspflichten des Verwaltungsrates sind somit auf die Sanierung ausgerichtet; es besteht folglich eine eigentliche *Sanierungspflicht*. Diese zielt darauf ab, den Fortbestand der Gesellschaft primär durch finanzielle Massnahmen abzusichern.[67] Sekundär sind zur effektiven Überwindung der schwerwiegenden Phase der Gesellschaft in aller Regel auch organisatorische, betriebliche und personelle Massnahmen zu ergreifen.[68]

Das Endziel ist der Sanierungserfolg, welcher in der *Erhaltung der Geschäftstätigkeit unter gleichzeitiger Öffnung des Weges zu einer genügenden Rentabilität und der Sicherung einer gesunden Basis besteht*.[69]

Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist der Verwaltungsrat in einer ersten Stufe dazu angehalten, «Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit» zu ergreifen (*1. Sanierungsstufe;* Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR).

In einer zweiten Stufe, und falls es «erforderlich» werden sollte, hat der Verwaltungsrat «weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft» zu treffen oder solche der Generalversammlung – soweit sie in deren Zuständigkeit fallen – zu beantragen (*2. Sanierungsstufe;* Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR).

«Nötigenfalls» hat der Verwaltungsrat schliesslich in der dritten Stufe ein «Gesuch um Nachlassstundung» gemäss Art. 293 ff. SchKG einzureichen (*3. Sanierungsstufe;* Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR).

Es ist zu beachten, dass es häufig vorkommt, dass neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR kumulativ auch der Tatbestand des Kapitalverlustes (Art. 725*a* OR) oder der Überschuldung (Art. 725*c* OR) gegeben ist. Diesfalls hat der Verwaltungsrat die in Art. 725*a* f. OR vorgesehenen Pflichten (insbesondere die Erstellung einer Zwischenbilanz zu Fortführungswerten und eine solche zu Veräusserungswerten gemäss Art. 725*c* Abs. 1 OR) gleichsam einzuhalten.

2. Unmittelbares Tätigwerden des Verwaltungsrates

Der Gesetzestext legt nahe, dass der Verwaltungsrat seiner Sanierungspflicht schrittweise und entlang des Sanierungskaskadensystems nachgeht.

Ohne dass dies Art. 725 Abs. 2 OR zu entnehmen wäre, ist der Verwaltungsrat gehalten, unmittelbar nach Erkennen der drohenden Zahlungsunfähigkeit seinen Handlungspflichten nachzukommen, was immerhin in Art. 725 Abs. 3 OR zum Ausdruck kommt (*«Prinzip der gebotenen Eile»*).[70]

Dies ist schon allein deshalb gerechtfertigt, weil die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft – wie dargestellt[71] – ein sicherzustellender Dauerzustand ist und es sich bei der Sanierungspflicht bei Vorliegen der finanziellen Notlage der Gesellschaft ohnehin um eine

damit i.S.v. Art. 958*a* Abs. 2 OR auf Veräusserungswerte umzustellen wäre; in der Tendenz auch *Böckli*, Rechnungslegung (Fn. 13), Rz. 126; a.M. *Glanzmann*, SZW (Fn. 11), 476, der dafürhält, dass die Gesellschaft schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit davon ausgehen muss, dass die Einstellung der Geschäftstätigkeit oder von Teilen davon voraussichtlich nicht mehr abwendbar sein wird; unklar ZK-*Handschin* (Fn. 39), N 22 zu Art. 725 OR; *Maurenbrecher/Huber* (Fn. 39), Rz. 27.

65 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1589 ff., 1700.

66 Hierzu oben IV.2.

67 ZK-*Handschin* (Fn. 39), N 27 zu Art. 725 OR.

68 Hierzu im Einzelnen *Böckli*, Aktienrecht, (Fn. 20), § 13 Rz. 752 sowie Rz. 757 ff.; vgl. auch CR-*Peter/Cavadini* (Fn. 30), N 28*a* zu Art. 725 OR.

69 *von der Crone* (Fn. 45), Rz. 2011; in diesem Sinne auch BGE 137 III 268, E. 2.3; BGer v. 8.9.2020, 5A_671/2018, E. 4.1.1.

70 Hierzu im Einzelnen auch unten VI.

71 Hierzu oben II.1.

generelle permanente Pflicht des Verwaltungsrates handelt.[72]

Das Gesetz geht sodann stillschweigend davon aus, dass der Verwaltungsrat erst dann den Handlungspflichten von Art. 725 Abs. 2 OR wieder enthoben wird, wenn der sicherzustellende Dauerzustand der Zahlungsfähigkeit[73] restituiert ist.

3. Vorgängige Abklärung der Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit der Gesellschaft

Ein Durchlaufen der Sanierungskaskade von Art. 725 Abs. 2 OR setzt aber voraus, dass sich der Verwaltungsrat ein Bild darüber macht, ob die Gesellschaft überhaupt sanierungsfähig und sanierungswürdig ist (*Evaluation der Sanierungsaussichten* ganz generell).[74]

Bei der *Sanierungsfähigkeit* wird abgeklärt, wie sich der Sanierungsbedarf überhaupt darbietet, was namentlich die Klärung der Frage beinhaltet, ob die Gesellschaft durch die Sanierung zu genügender Liquidität gelangt und in absehbarer Zeit (wieder) profitabel produzieren kann.[75]

Die *Sanierungswürdigkeit* bezieht sich demgegenüber auf die Zukunftsaussichten der Gesellschaft und damit auf die Frage der Nachhaltigkeit der Sanierung.[76]

Ohne dass dies gemäss Art. 725 ff. OR gefordert wäre,[77] sollten die Sanierungsfähigkeit und die Sanierungswürdigkeit durch den Verwaltungsrat in einem transparenten, vollständigen, objektiven, ernsthaften und realistischen *Sanierungsplan* dargestellt werden.[78] Dieser sollte zum einen die Einschätzung des Verwaltungsrates hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft sowie zum anderen die Ablaufplanung der Sanierung einschliesslich potenziell möglicher und erfolgversprechender Sanierungsmassnahmen beinhalten.[79] Dabei soll der Verwaltungsrat einen *«Strauss von Sanierungsmassnahmen»* in die Evaluation einbeziehen und diese Evaluation im Sanierungsplan wiedergeben.

Bei der privativen Sanierung ist der Sanierungsplan namentlich darauf ausgerichtet, Gläubiger und Aktionäre dazu zu animieren, die Sanierung zu unterstützen, indem diese überzeugt werden, dass die im Sanierungsplan dargestellten Sanierungsmassnahmen den Sanierungserfolg bewerkstelligen können.[80]

Kommt der Verwaltungsrat aber bereits *ex ante* zum Schluss, dass die Sanierungsfähigkeit und/oder Sanierungswürdigkeit nicht gegeben ist bzw. sind, macht es keinen Sinn, dass er den vielfach beschwerlichen Weg der Sanierung auf sich nimmt. Vielmehr soll der Verwaltungsrat in einer solchen Konstellation den Schaden so weit wie möglich begrenzen und eine Liquidation der Gesellschaft (Art. 736 Ziff. 2 OR) beantragen;[81] ist die Gesellschaft darüber hinaus auf der Basis der zwei Zwischenabschlüsse nach Art. 725*b* Abs. 1 OR überschuldet, so ist die Überschuldung beim Gericht zur Anzeige zu bringen (Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 7 i.V.m. Art. 725*b* Abs. 3 OR).

Bei Verneinung der Sanierungsfähigkeit und/oder Sanierungswürdigkeit sind auch der Rechnungslegung i.S.v. Art. 958*a* Abs. 2 OR Veräusserungswerte zugrunde zu legen.[82] Denn diesfalls treten die klaren Anzeichen dafür, dass die Liquidität für die Fortführung der Geschäftstätigkeit voraussichtlich nicht gegeben sein wird, offen zu Tage.[83]

72 ZK-*Handschin* (Fn. 39), N 28 zu Art. 725 OR.

73 Hierzu oben II.1.

74 Gl.M. *Glanzmann*, GesKR (Fn. 52), 390, der sich unter Bezuahme auf den bundesrätlichen Entwurf (Art. 725 Abs. 1 Satz 1 E-OR) für eine breitere Analyse der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ausspricht.

75 *Böckli*, Aktienrecht (Fn. 20), § 13 Rz. 757; *Kälin Oliver*, Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, AJP 2016 435 ff., 439; BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 11 zu Art. 725 OR; ZK-*Handschin* (Fn. 39), N 26 zu Art. 725 OR; weiterführend *Rubli Armand P.*, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. ZH, Zürich/Basel/Genf 2002, 109 ff.

76 BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 11 zu Art. 725 OR; *Kälin*, Sanierungsplan (Fn. 75), 439; weiterführend *Rubli*, Sanierungsmassnahmen (Fn. 75), 109 ff.

77 Zum Sanierungsplan gemäss Art. 293 lit. a SchKG unten Fn. 103.

78 Vgl. hierzu auch *Kälin*, Sanierungsplan (Fn. 75), 438 ff.

79 Vgl. *Kälin*, Rechtshandbuch (Fn. 20), Rz. 112.

80 *Kälin Oliver*, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX – Neue Entwicklungen, Anforderungen an den Sanierungsplan, Zürich/Basel/Genf 2019, 11.

81 BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 11 zu Art. 725 OR; ZK-*Handschin* (Fn. 39), N 26 zu Art. 725 OR.

82 Hierzu oben IV.2.

83 Hierzu oben IV.2.

4. Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit (1. Sanierungsstufe)

Gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR hat der Verwaltungsrat bei drohender Zahlungsunfähigkeit vorab «Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit» zu treffen.

U.E. meint der Gesetzgeber mit der *1. Sanierungsstufe* diejenigen Massnahmen, welche *kurzfristig und möglichst unkompliziert,* d.h. ohne langwierige strukturelle Anpassungen, auf die Beschaffung respektive Optimierung der flüssigen Mittel gerichtet sind; es handelt sich demzufolge um eigentliche Sofortmassnahmen im ausschliesslichen Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, welche weder eine vertiefte Planung noch die Einberufung einer Generalversammlung voraussetzen.[84]

Als offensichtliche Massnahme im Zentrum steht die Aufnahme liquider Mittel in der Form von Darlehen. Je nach Zustand der betroffenen Gesellschaft wird die Kreditfinanzierung – so einfach diese auf den ersten Blick klingen mag – von den jeweiligen Kreditgebern an besondere Bedingungen (Sicherheiten, hohe Zinssätze etc.) geknüpft und damit erschwert.[85]

Des Weiteren muss der Verwaltungsrat versuchen, auch im Rahmen der bestehenden Strukturen angesichts der Krise ein entsprechendes aktuelles Liquiditätsmanagement zu betreiben, indem allgemein gesprochen die Liquiditätsabflüsse möglichst verzögert und die Mittelzuflüsse dagegen möglichst beschleunigt werden sollen.[86]

Möglichkeiten zur Verzögerung des Abflusses liquider Mittel bestehen z.B. in der Verhandlung längerer Zahlungsfristen mit Lieferanten, in der Verhandlung verzögerter Amortisationen sowie der Stundung von Zinszahlungen bei bestehenden Krediten oder in der Einschränkung der Einkaufs- und Investitionstätigkeit, soweit dies betrieblich möglich und sinnvoll ist.[87]

Der Verwaltungsrat hat zu beachten, dass sowohl bei der Aufnahme von Krediten wie auch bei der Verlängerung von Zahlungsfristen (bezüglich Lieferanten und Darlehensgebern) die Bilanzsituation selbstredend nicht (positiv) beeinflusst wird. Dies, weil damit Fremdkapitalpositionen geschaffen werden respektive erhalten bleiben. Mit Blick auf eine mögliche Überschuldung (Art. 725*b* OR) gilt es zudem zu beachten, dass die Darlehensgeber in aller Regel nicht geneigt sein werden, einen Rangrücktritt in Bezug auf ihre Forderung zu erklären; anders verhält es sich u.U. bei Aktionärsdarlehen oder Darlehen von anderen Nahestehenden.

Als Massnahmen zur Beschleunigung des Liquiditätszuflusses kann der Verwaltungsrat darüber hinaus die Verkürzung der Zahlungsfristen für Kunden, den Einzug von Vorschusszahlungen, die Reduktion des Warenlagers, den Verkauf von Forderungen (Factoring) oder das sale and lease back von Betriebsvermögen in Erwägung ziehen.[88]

5. Erforderlichkeit weiterer Sanierungsmassnahmen (2. Sanierungsstufe)

Vielfach werden die Sofortmassnahmen der 1. Sanierungsstufe für die nachhaltige Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht genügen, da diese oftmals nur eine Überbrückung darstellen. Sofern innerhalb der von der Illiquidität bedrohten Gesellschaft (nicht bloss vorübergehende) strukturelle oder wirtschaftliche Probleme vorherrschen und ein Sanierungserfolg ohne entsprechende Korrekturmassnahmen nicht absehbar ist, werden weitere Massnahmen zur Wiederherstellung sowie zur nachhaltigen Erhaltung der Zahlungsfähigkeit erforderlich.

Dies kommt auch in Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR zum Ausdruck, wonach der Verwaltungsrat, «soweit erforderlich», weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft trifft oder der Generalversammlung solche beantragt, soweit sie in deren Zuständigkeit fallen.

Die *2. Sanierungsstufe* folgt nachgelagert zu den Massnahmen der 1. Sanierungsstufe gemäss Art. 725

[84] So auch *Böckli,* Finanznotlagerecht (Fn. 23), 534, der mit Blick auf die bundesrätliche Botschaft Art. 725 Abs. 1 E-OR bereits aus dem Entwurfstext implizit die Erwartung zur Ergreifung von Sofortmassnahmen herausgelesen und empfohlen hat, solche im Gesetzestext explizit zu erwähnen.

[85] *Müller-Ganz Jörg,* Turnaround – Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, 78.

[86] *Handschin,* Rechnungslegung (Fn. 15), § 15 Rz. 469.

[87] Vgl. dazu im Einzelnen *Müller-Ganz* (Fn. 85), 71 ff.

[88] Vgl. dazu im Einzelnen *Müller-Ganz* (Fn. 85), 75 ff.

Abs. 2 Satz 1 OR.[89] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach «soweit erforderlich», d.h. nur sofern und soweit die Sofortmassnahmen gemäss Satz 1 von Art. 725 Abs. 2 OR allein nicht greifen oder nicht ausreichen, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft getroffen werden müssen.

Art. 725 OR setzt sich gemäss seinem Randtitel mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit auseinander. U.E. sind daher auch mit den «weiteren Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft» gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR *Massnahmen mit direkter (positiver) Auswirkung auf die Liquidität* der betroffenen Gesellschaft gemeint. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass sich verschiedene Massnahmen neben der reinen Liquiditätssteigerung auch vorteilhaft auf das Eigenkapital der betroffenen Gesellschaft auswirken können. Mithin versteht sich eine Sanierung u.E. stets als *Gesamtkonzept,*[90] bei welchem sich die liquiditätssteigernden Sanierungsmassnahmen auch positiv auf das Bilanzbild auswirken sollten.

Im Gegensatz dazu haben jedoch Massnahmen zur blossen Bilanzsanierung wie z.B. die Auflösung stiller Reserven, ein Debt-to-Equity-Swap oder die Aufwertung oder Neubewertung von Anlagevermögen keinen direkten Einfluss auf die Liquidität der Gesellschaft und sind daher nicht Kern von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR, sondern vielmehr dazu geeignet, einen hälftigen Kapitalverlust (Art. 725*a* OR) oder eine Überschuldung (Art. 725*b* OR) zu beseitigen.

Die bundesrätliche Botschaft ging davon aus, dass mit den weiteren Massnahmen gemäss Art. 725 Abs. 3 E-OR (damals noch als «weitere Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit» bezeichnet) insbesondere in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallende Massnahmen gemeint seien und nannte explizit den Kapitalschnitt sowie die Kapitalerhöhung.[91] Die Zuführung neuen Eigenkapitals durch eine Kapitalerhöhung mit Barliberierung (u.U. mit vorgängiger Kapitalherabsetzung[92]) stellt unbestrittenermassen ein taugliches Mittel zur Verbesserung der Liquidität und daher u.E. die zentrale Massnahme gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR dar. So wird die notleidende Gesellschaft mit Blick auf die Verwirklichung einer nachhaltigen Sanierung im Rahmen der 2. Sanierungsstufe kaum je um einen Zuschuss von finanziellen Mitteln in der Form von neuem Eigenkapital umhinkommen.[93]

U.E. sind sowohl in den *Kompetenzbereich der Generalversammlung wie auch des Verwaltungsrates fallende Massnahmen* dem Anwendungsbereich des nun redigierten Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR zuzurechnen. Dies ergibt sich einerseits aus dem Gesetzeswortlaut selber, wonach der Verwaltungsrat Massnahmen trifft oder der Generalversammlung Massnahmen beantragt, sowie andererseits aus dem Umstand, dass der Verwaltungsrat nicht sämtliche ihm vorbehaltenen Vorkehrungen unmittelbar, d.h. als Sofortmassnahmen i.S.v. Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR, umsetzen kann.

So bedürfen nicht zuletzt verschiedene organisatorische und betriebliche Anpassungen einer etwas *längeren Vorlaufzeit* und wirken sich in aller Regel erst mit Verzögerung positiv auf die Liquidität der Gesellschaft aus. Dazu gehören beispielsweise Massnahmen wie der Abbau von Personal, die Veräusserung von Vermögen oder Betriebsteilen oder die Schliessung nicht rentabler Geschäftsbereiche sowie der Aufgabe unrentabler Produkte.

In Bezug auf die erwähnten organisatorischen und betrieblichen Massnahmen ist indessen zu beachten, dass den Verwaltungsrat gestützt auf seine allgemeinen Leitungsaufgaben ohnehin eine permanente Restrukturierungspflicht trifft, welche unabhängig vom Vorliegen der gesetzlichen Tatbestände nach Art. 725 ff. OR besteht.[94] Der Verwaltungsrat hat z.B. entsprechend einen verlustträchtigen Geschäftsbereich auch schon ohne Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit zu überprüfen und nötigenfalls zu schliessen. Der vorgenannte Grundsatz kann nicht zuletzt aus Art. 717 OR, dem die generelle Pflicht des Verwaltungsrates zur nachhaltigen Steigerung des Unternehmenswertes entspringt,[95] geschlossen werden.

89 Hierzu im Einzelnen oben V.1.

90 Vgl. dazu *Böckli*, Finanznotlagerecht (Fn. 23), 537, der in Bezug auf Art. 725 Abs. 3 Satz 1 E-OR festhält, dass es keine Massnahmen geben könne, die nur die Zahlungsfähigkeit sicherstellen, ohne Teil einer eigentlichen Sanierung zu sein.

91 Botschaft Aktienrechtsrevision (Fn. 6), 575.

92 Allenfalls innerhalb des statutarisch festgelegten Kapitalbandes i.S.v. Art. 653*s* ff. OR, so auch *von der Crone* (Fn. 45), Rz. 2023.

93 *Krneta* (Fn. 20), Rz. 2193.

94 Vgl. BSK-*Wüstiner* (Fn. 20), N 9*i* zu Art. 725 OR; in diesem Sinne auch *Glanzmann*, SZW (Fn. 11), 477.

95 BSK-*Watter/Roth Pellanda* (Fn. 30), N 16 zu Art. 717 OR; *Krneta* (Fn. 20), Rz. 1793.

6. Nötigenfalls Gesuch um Nachlassstundung (3. Sanierungsstufe)

Dem Sanierungskaskadensystem folgend hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR schliesslich «nötigenfalls» ein Gesuch um Nachlassstundung zu stellen.

Das Gesetz macht klar, dass es sich um die *3. Sanierungsstufe* handelt. Dies, zumal das Gesuch um Nachlassstundung nur «nötigenfalls» und demnach nachgelagert zu stellen ist. Hierbei handelt es sich um eine explizit erwähnte unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates (Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 7 OR). Bevor der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung stellt, muss er aber immerhin gedanklich die 1. Sanierungsstufe und die 2. Sanierungsstufe durchlaufen.

Anders als bis anhin[96] setzt die Einleitung eines Gesuchs um Nachlassstundung mindestens die «drohende Zahlungsunfähigkeit» voraus; dies ergibt sich nun aus Art. 725 Abs. 2 OR, dessen Anwendbarkeit die «drohende Zahlungsunfähigkeit» explizit verlangt.[97]

Sodann wird mit Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR das Sanierungssystem des OR einerseits mit jenem des SchKG verknüpft; Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR nimmt insofern auch eine *Scharnierfunktion* wahr.[98]

Andererseits wird der privativen Sanierung gemäss 1. Sanierungsstufe und 2. Sanierungsstufe aber der Vorzug gegenüber der Nachlassstundung gemäss SchKG gegeben.

Die Gründe dafür sind mehrschichtig: Zunächst ist die provisorische Nachlassstundung – als zwingender Verfahrensschritt[99] – auf maximal vier Monate beschränkt (Art. 293*a* Abs. 2 SchKG)[100] und die an diese anschliessende definitive Nachlassstundung auf weitere vier bis sechs Monate (Art. 294 Abs. 1 SchKG) befristet; dies im Unterschied zur privativen Sanierung, welche – wie erwähnt – zu Recht keine starren Fristen kennt.[101] Ferner ist für den Fall, dass offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, das Nachlassgericht *ex officio* gehalten, den Konkurs zu eröffnen (Art. 293*a* Abs. 3 und Art. 294 Abs. 3 SchKG). Des Weiteren sind die provisorische Nachlassstundung im Regelfall (vgl. aber die «stille Stundung» gemäss Art. 293*c* Abs. 2 SchKG)[102] und die definitive Nachlassstundung (Art. 296 SchKG) stets öffentlich i.S.v. Art. 35 SchKG bekannt zu machen, womit die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft für Dritte jeweils visibel wird. Darüber hinaus sind bereits mit dem Gesuch gemäss Art. 293 lit. a SchKG Beilagen einzureichen, wobei sich der Verwaltungsrat u.a. in einem provisorischen Sanierungsplan[103] rudimentär dazu äussern muss, wie die Sanierung bewerkstelligt werden soll.[104] Darin hat sich der Verwaltungsrat u.E. auch zu den Massnahmen gemäss 1. Sanierungsstufe und 2. Sanierungsstufe bzw. dazu zu äussern, weshalb es angezeigt ist, die Nachlassstundung zu beantragen.

96 Hierzu *Hunkeler Daniel,* in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014, N 9 f. zu Art. 293 SchKG; *Müller Lukas/Wohl Georg J.,* Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020 146 ff., 151.

97 Hierzu im Einzelnen oben V.1.

98 Mit der Aktienrechtsrevision ist der Konkursaufschub nach Art. 725*a* Abs. 1 aOR ersatzlos gestrichen worden.

99 *Umbach-Spahn Brigitte/Kesselbach Stephan/Burkhalter Roland,* in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 3 zu Art. 293*a* SchKG.

100 Auf Antrag des Sachwalters oder, falls kein solcher eingesetzt wurde, auf Antrag des Schuldners kann die provisorische Stundung in begründeten Fällen neu um weitere vier Monate verlängert werden (Art. 293*a* Abs. 2 SchKG).

101 Vgl. auch oben IV.2.

102 In begründeten Fällen kann auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Nachlassstundung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt, wobei diesfalls u.a. ein provisorischer Sachwalter einzusetzen ist (Art. 293*c* Abs. 2 lit. d SchKG).

103 Art. 293 lit. a SchKG setzt anders als Art. 725 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 OR die Ausarbeitung eines provisorischen Sanierungsplans zwingend voraus. Adressat desselben ist primär das Nachlassgericht. Insofern soll sich der provisorische Sanierungsplan insbesondere zu den Aussichten des Sanierungserfolgs äussern, *Kälin,* Anforderungen (Fn. 80), 16. Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie wurde aber gemäss Art. 3 Abs. 1 COVID-19 Verordnung Insolvenzrecht das Erfordernis des provisorischen Sanierungsplans für die Geltungsdauer der bundesrätlichen Notverordnung ausser Kraft gesetzt.

104 SK-SchKG-*Umbach-Spahn/Kesselbach/Burkhalter* (Fn. 99), N 22 zu Art. 293 SchKG; *Luginbühl Tanja/Affolter Marino Anja,* «Exit» aus der Nachlassstundung nach erfolgreicher Sanierung – Erste Erkenntnisse zum neuen Art. 296*a* SchKG, SZW 2019 249 ff., 251; *Bauer Thomas,* in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Basel 2017, ad N 24*d* zu Art. 293 SchKG.

Nicht entscheidend für die 3. Sanierungsstufe ist der Grad der Notlage der Gesellschaft. Der Verwaltungsrat soll – wie erwähnt – aber erst dann den «Schutzschirm» der Nachlassstundung in Anspruch nehmen, wenn der Sanierungserfolg der Gesellschaft nicht im Rahmen der 1. Sanierungsstufe und 2. Sanierungsstufe erzielt werden kann, es keine Anzeichen dafür gibt, dass dies aller Voraussicht nach möglich sein wird, oder wenn sich keine zeitnahen Lösungen in der der 1. Sanierungsstufe oder 2. Sanierungsstufe abzeichnen. Dabei verfügt der Verwaltungsrat aber über erhebliches Ermessen. Er ist also nicht gehalten, alle erdenklichen Möglichkeiten auszuschöpfen, bevor er das Gesuch um Nachlassstundung beim Nachlassgericht stellt.

Die Nachlassstundung ist namentlich dann angezeigt, wenn die Gesellschaft auf die Wirkungen gemäss Art. 297 ff. SchKG[105] – im Besonderen auf das Betreibungsverbot i.S.v. Art. 297 Abs. 1 SchKG – angewiesen scheint oder das Ziel der Nachlassstundung im Wesentlichen im Abschluss sowie der Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages[106] besteht.

VI. Handlungspflicht des Verwaltungsrates mit «gebotener Eile» («Prinzip der gebotenen Eile»)

1. Allgemeines

Art. 725 Abs. 3 OR sieht die Pflicht des Verwaltungsrates zum Handeln «mit gebotener Eile» vor. Nachdem die Überwachung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 725 Abs. 1 OR ohnehin eine laufende Aufgabe des Verwaltungsrates darstellt, welche sich dauernd an einer stets aktuellen Liquiditätsplanung zu orientieren hat,[107] bezieht sich das *Prinzip der gebotenen Eile* in erster Linie auf das Ergreifen von Sofortmassnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit sowie – falls erstere nicht greifen oder nicht ausreichen – auf die weiteren Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.[108]

Die explizite gesetzliche Verankerung der Pflicht zu raschem Handeln führt u.E. in Bezug auf die Aufgaben des Verwaltungsrates zu keinerlei Änderung oder gar Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht. Schon bis anhin war der Verwaltungsrat gehalten, im Falle einer Krise der Gesellschaft die notwendigen Massnahmen ohne Verzug zu treffen und zwecks Ermöglichung kurzfristiger Interventionen insbesondere auch seinen Beschlussrhythmus entsprechend anzupassen.[109] M.a.W. würde das Prinzip der gebotenen Eile auch ohne dessen ausdrückliche Verankerung im Gesetz gelten.[110]

Obwohl die in normalen Zeiten erforderliche strategische Langfristplanung des Verwaltungsrates in der Krisensituation in eine kurzfristige Planung umschlagen muss,[111] darf die *Pflicht zum raschen Handeln des Verwaltungsrates* in der Notlage *nicht mit blindem unmittelbarem Aktivismus* gleichgesetzt werden. Der Verwaltungsrat darf sich nicht unkoordiniert – ja gar kopflos – in die Sanierung stürzen. Vielmehr hat er vorab die Sanierungsfähigkeit und die Sanierungswürdigkeit zwar unmittelbar, aber dennoch *sorgfältig abzuklären und in einem Sanierungsplan* zu reflektieren.[112] Gestützt auf diese Beurteilung hat der Verwaltungsrat schliesslich aus dem Katalog möglicher Sanierungsmassnahmen diejenigen auszuwählen, welche angesichts der konkreten Situation die besten Erfolgsaussichten versprechen. Dabei sollte es sich vorab um rasch umsetzbare Sofortmassnahmen gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR[113] und, sofern nötig, um die geeigneten weiteren Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR[114] handeln.

105 Die Wirkungen gemäss Art. 297 ff. SchKG beziehen sich sowohl auf die provisorische als auch auf die definitive Nachlassstundung (Art. 293c Abs. 1 SchKG).

106 Zumal der Bestätigungsentscheid des Nachlassgerichts bekanntlich die Annahme nach Massgabe des gesetzlich vorgesehenen Quorums voraussetzt (vgl. Art. 305 Abs. 1 SchKG), kann der Nachlassvertrag u.U. auch gegen einen nicht zustimmenden Teil der Gläubiger durchgesetzt werden, vgl. OGer/ZH v. 3.9.2018, ZR 2018 211 ff., 219; im Einzelnen auch *Hunkeler Daniel/Wohl Georg J.*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 2 ff. zu Art. 305 SchKG; *Kren Kostkiewicz Jolanta*, Schuldbetreibung- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Rz. 1852 ff.

107 Vgl. hierzu oben III.1.

108 Vgl. hierzu oben V.4 und V.5.

109 Vgl. *Böckli*, Aktienrecht (Fn. 20), §13 N 485; *Krneta* (Fn. 20), Rz. 2172.

110 Gl.M. *Glanzmann*, SZW (Fn. 11), 478.

111 *Krneta* (Fn. 20), Rz. 2174.

112 Vgl. hierzu im Einzelnen oben V.3.

113 Vgl. hierzu oben V.4.

114 Vgl. hierzu oben V.5.

Auch gemäss Botschaft soll das Prinzip der gebotenen Eile im Übrigen nicht als sofortige Handlungspflicht in jedem Fall, sondern in Analogie zur Praxis des Bundesgerichts zum altrechtlichen Konkursaufschub[115] interpretiert werden, wonach dem Verwaltungsrat *«die nötige Zeit für die Erarbeitung von Sanierungsmassnahmen und gegebenenfalls deren Vorlage zuhanden der Generalversammlung zu gewähren ist»*, sofern begründete Erfolgsaussichten vorhanden sind.[116]

2. Verletzung der Handlungspflichten und «Sanierungsverschleppung»

Sofern der Verwaltungsrat den Handlungspflichten bzw. seiner Sanierungspflicht nicht unmittelbar nachkommt und auch die möglichen und zumutbaren Sanierungsmassnahmen gemäss dem Sanierungskaskadensystem nicht nach Massgabe des Prinzips der gebotenen Eile[117] gemäss Art. 725 Abs. 3 OR an die Hand nimmt, setzt er die Gesellschaft der Gefahr aus, das *Sanierungsmoment zu verpassen*. So besteht die Gefahr, dass die Gesellschaft von der drohenden Zahlungsunfähigkeit in die komplette Illiquidität abdriftet und hierdurch nicht zuletzt auch ihre Kreditfähigkeit einbüsst.[118] Dies verbunden mit der Konsequenz, dass die Geschäftstätigkeit einbricht und schlimmstenfalls nicht mehr erhalten werden kann.

Mithin können im Stadium der Zahlungsunfähigkeit die Forderungen von Lieferanten und Arbeitnehmern nicht mehr befriedigt werden, wodurch sich die Gefahr aktualisiert, dass auch kein Umsatz mehr erzielt werden kann.

Daneben geht in der Folge in den meisten Fällen auch die Pflicht zur *Umstellung auf Veräusserungswerte* gemäss Art. 958*a* Abs. 2 OR einher.[119] So wird die Fortführung unter den gegebenen Umständen in aller Regel als unrealistisch erscheinen;[120] dies mit der meist nicht abwendbaren Konsequenz, dass es zu einer Implosion der Aktiven und einer Explosion der Passiven kommt, was nicht zuletzt zur Besorgnis einer Überschuldung oder gar zu einer effektiven Überschuldung – verbunden mit der Frage der Konkursverschleppung – führen kann.[121]

Sofern der Gesellschaft im Sinne der massgeblichen Differenztheorie hierdurch Schaden entsteht (z.B. durch das Nichteigehen oder die Nichterfüllung von ertragreichen Geschäften mangels Liquidität oder durch die Veräusserung von Aktiven im Sinne eines Notverkaufs unter Marktpreis oder gar zu Veräusserungswerten zur Schaffung von Liquidität), kann der Verwaltungsrat für die sog. *Sanierungsverschleppung* nach Massgabe von Art. 754 OR haftbar gemacht werden. Denn diesfalls hat der Verwaltungsrat die Erfolgsaussichten der Sanierung leichtfertig geschmälert sowie die Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit stark gefährdet.

VII. Schlussbetrachtung

Mit der Aktienrechtsrevision stärkte der Gesetzgeber das privative Sanierungssystem des OR und ergänzte die sanierungsrechtlichen Bestimmungen des SchKG.

Art. 725 Abs. 1 OR auferlegt dem Verwaltungsrat ausdrücklich die Aufgabe, die *Zahlungsfähigkeit*, verstanden als das Vorhandensein von ausreichend liquiden Mitteln zur Begleichung der fälligen Schulden,[122] zu überwachen; damit stellt das Gesetz auch klar, dass es sich bei der Zahlungsfähigkeit um einen *sicherzustellenden Zustand* handelt.[123]

Die *Überwachungsaufgabe* als Teilgehalt der Aufgabe «Finanzkontrolle» i.S.v. Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 3 OR ist zwar an sich nicht neu. Jedoch wird ihr durch die explizite Nennung in Art. 725 Abs. 1 OR ein entsprechend hoher Stellenwert beigemessen, wodurch auch das Bewusstsein des Verwaltungsrates geschärft werden soll.

Inwiefern der Verwaltungsrat seiner Überwachungsaufgabe nachzukommen hat, ist einzelfallweise anhand der *Grösse, Art und Struktur der Gesellschaft* zu definieren. Jedenfalls aber hat der Verwaltungsrat einen auf die tatsächlichen Gegebenheiten

115 Für einen vor Inkrafttreten des neuen Rechts bewilligten Konkursaufschub gelangt nach Art. 5 Übest zur Änderung vom 19.6.2020 bis zu dessen Abschluss das bisherige Recht zur Anwendung.

116 Botschaft Aktienrechtsrevision (Fn. 6), 576.

117 Vgl. hierzu oben VI.

118 Vgl. hierzu oben IV.2.

119 Vgl. hierzu oben IV.2.

120 Vgl. *Eberle Reto/Buchmann René*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht – Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, N 2 zu Art. 958*a* OR

121 Vgl. auch *Böckli*, Rechnungslegung (Fn. 13), Rz. 130.

122 Vgl. hierzu oben II.

123 Vgl. hierzu oben II.1.

abgestimmten und aktuell gehaltenen *Liquiditätsplan* zu erarbeiten, welcher ihm als *Kontrollsystem* dient.[124]

Solange die Zahlungsfähigkeit sichergestellt ist, ergeben sich aus Art. 725 OR keine weiteren Aufgaben oder Pflichten. Sobald hingegen die *Zahlungsunfähigkeit in dem Sinne droht,* als die Gesellschaft in absehbarer Zeit nicht mehr über die notwendigen liquiden Mittel verfügen wird, um den Betrieb dauerhaft aufrechtzuerhalten, tritt diese in den *Sanierungsmodus* bzw. in die *Sanierungsphase*.[125] Art. 725 Abs. 2 OR legt diesfalls ein sog. *Sanierungskaskadensystem* fest, welches aus drei Sanierungsstufen besteht.

Vorab ist der Verwaltungsrat indessen gehalten, unmittelbar abzuklären, ob die Gesellschaft überhaupt *sanierungsfähig* und *sanierungswürdig* ist, was zusammen mit potenziell möglichen und erfolgversprechenden Sanierungsmassnahmen in einem *Sanierungsplan* abgebildet werden sollte, wobei ein eigentlicher «Strauss von Sanierungsmassnahmen» in die Evaluation einzubeziehen ist.[126]

Dem Sanierungskaskadensystem folgend hat der Verwaltungsrat in der *1. Sanierungsstufe* gemäss Art. 725 Abs. 1 Satz 1 OR diejenigen *Sofortmassnahmen* zu treffen, welche kurzfristig und möglichst unkompliziert umgesetzt werden können.[127]

Zumal die Sofortmassnahmen der 1. Sanierungsstufe für die nachhaltige Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zumeist nicht genügen, hat der Verwaltungsrat im Rahmen der *2. Sanierungsstufe* nach Art. 725 Abs. 1 Satz 2 OR «soweit erforderlich» weitere Sanierungsmassnahmen zu treffen oder, soweit sie sich im Zuständigkeitsbereich der Generalversammlung befinden, dieser zu beantragen.

Sofern sich der Sanierungserfolg der Gesellschaft weder im Rahmen der 1. Sanierungsstufe noch der 2. Sanierungsstufe einstellt, es keine Anzeichen dafür gibt, dass der Sanierungserfolg aller Voraussicht nach erzielt werden kann, oder wenn sich keine zeitnahen Lösungen in der der 1. Sanierungsstufe oder 2. Sanierungsstufe abzeichnen, hat der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen. Art. 725 Abs. 2 Satz 3 OR macht klar, dass dieser Weg nur «nötigenfalls» und damit nachgelagert erfolgen soll. Es handelt sich somit um die *3. Sanierungsstufe*.[128] Damit wird aber auch deutlich, dass der Gesetzgeber der privativen Sanierung gemäss 1. Sanierungsstufe und 2. Sanierungsstufe den Vorzug gibt.

Art. 725 Abs. 3 OR legt sodann das *Prinzip der gebotenen Eile* fest.[129] Dieses besagt, dass der Verwaltungsrat in der *Krisensituation kurzfristiger zu planen und rasch zu handeln hat*. Freilich ist dies nicht so zu verstehen, dass der Verwaltungsrat in der Notlage blindem unmittelbarem Aktivismus verfallen dürfte. Vielmehr hat der Verwaltungsrat dem Prinzip der gebotenen Eile dahingehend Rechnung zu tragen, dass er zwar *rasch, aber doch mit der nötigen Sorgfalt* handelt.

Sofern der Verwaltungsrat in Verletzung der vorgenannten Pflichten und Prinzipen, insbesondere dem Prinzip der gebotenen Eile, das Sanierungsmoment verpasst und der Gesellschaft hierdurch Schaden entsteht, kann er schliesslich für die sog. *Sanierungsverschleppung* auf der Basis von Art. 754 OR haftbar gemacht werden.[130]

124 Vgl. hierzu oben III.3.
125 Vgl. hierzu oben IV.2.
126 Vgl. hierzu oben V.3.
127 Vgl. hierzu im Einzelnen oben V.4. und V.5.
128 Vgl. hierzu im Einzelnen oben V.6.
129 Vgl. hierzu VI.1.
130 Vgl. hierzu VI.2.