

ZZZ-Talk

Insolvenzrechtlicher Blick auf die Revision der Art. 725 ff. OR

Melanie Gasser, Sébastien Bettschart und Lukas Glanzmann diskutierten an der Jahresversammlung der SchKG-Vereinigung Vorteile und offene Fragen der Revision und nahmen insbesondere die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats genauer unter die Lupe.

Lors de l'assemblée annuelle de l'Association LP, Melanie Gasser, Sébastien Bettschart et Lukas Glanzmann ont discuté des avantages qu'apportent la révision et des questions qu'elle laisse ouvertes ; ils se sont attardés plus longuement sur la responsabilité du conseil d'administration.

Einleitung durch Franco Lorandi

Das revidierte Aktienrecht wird per 1. Januar 2023 in Kraft treten. Wir befassen uns heute mit den geänderten Bestimmungen von Art. 725 ff. revOR. Diesbezüglich sind die wesentlichen Änderungen, auf welche unsere Panelisten nachfolgend näher eingehen werden, folgende:

Neu nennt das Gesetz unter den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates ausdrücklich die Einreichung eines Gesuchs um *Nachlassstundung* (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR). Auch in Art. 725 Abs. 2 und Art. 725a Abs. 3 revOR wird dies explizit erwähnt. Damit stellt der Gesetzgeber insgesamt *drei* «Wegweiser» für den Verwaltungsrat zum Nachlassverfahren auf, was sehr zu begrüssen ist. Zudem wird das Nachlassverfahren mit Aufhebung des Konkursaufschubs (Art. 725a OR) zum einzigen formalisierten Schutzverfahren.

Art. 725 revOR regelt die *Pflichten* des Verwaltungsrates *bei drohender Zahlungsunfähigkeit* (Abs. 2), wozu auch Massnahmen zur Sanierung (und allenfalls das Stellen eines Gesuchs um Nachlassstundung) gehören. Als Daueraufgabe hat der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen. Er hat mit der gebotenen Eile zu agieren (Abs. 3).

Die *Pflichten* bei (qualifiziertem) *Kapitalverlust* werden neu in Art. 725a revOR geregelt. Verfügt die Gesellschaft (zufolge Opting-out) über keine Revisionsstelle, so muss die letzte Jahresrechnung einer eingeschränkten Revision durch einen zugelassenen Revisor unterzogen werden (Abs. 2). Diese Pflicht entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung stellt (Abs. 3). Er hat insgesamt mit der gebotenen Eile zu handeln (Abs. 4).

Die *Pflichten bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung* finden sich neu in Art. 725b revOR; dabei ist auf zwei Neuerungen hinzuweisen: Zum einen wird geklärt, dass bei einem Rangrücktritt (welcher erlaubt, trotz Überschuldung die Geschäftstätigkeit fortzusetzen) auch die Zinsen dem Rangrücktritt unterstellt sein müssen (Abs. 4 Ziff. 1 revOR). Im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates wird (in Art. 757 Abs. 4 revOR) geändert, dass bei der Schadensberechnung Rangrücktrittsforderungen nicht mit einzubeziehen sind. Zum anderen erlaubt das Gesetz neu eine «stille Sanierung», solange begründete Aussicht besteht, die Überschuldung innert angemessener Frist von längstens 90 Tagen zu beseitigen, und sofern die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden (Abs. 4 Ziff. 2).

Geklärt wird, dass eine *Verrechnungsliberierung* (sog. «debt equity swap») in der Krise der Gesellschaft auch dann möglich ist, wenn die Werthaltigkeit der Forderung des Gläubigers (zufolge Überschuldung der Gesellschaft) nicht mehr gegeben ist (Art. 634a Abs. 2 revOR).

Impulsreferat von Melanie Gasser

In unserer praktischen Tätigkeit als Insolvenzrechtler stellen wir immer wieder fest, dass sich Unternehmer in der Krise des Unternehmens – wenn überhaupt – erst dann um ein Nachlassverfahren bemühen, wenn die liquiden Mittel bereits aufgebraucht sind. Damit kann der notwendige Kostenvorschuss meist nicht mehr geleistet werden. Aufgrund dessen richte ich meinen Fokus darauf, welche Bedeutung der *Liquiditätsplanung* im Rahmen der Revision zukommt.

Die Paneldiskussion fand anlässlich der Jahresversammlung der SchKG-Vereinigung am 30. August 2022 in Bern statt.

Sébastien Bettschart, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner Oberson Abels SA, Genf.

Melanie Gasser, Rechtsanwältin, LL.M., Partnerin Transliq AG, Bern.

Lukas Glanzmann, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner BakerMcKenzie, Zürich.



Die Teilnehmenden lauschten der Paneldiskussion interessiert.

Gemäss Botschaft und Entwurf von 2016 sollte das neue Sanierungsverfahren nach OR einem allfälligen Nachlassverfahren zeitlich vorgelagert sein. Mit spezifischen Handlungspflichten des Verwaltungsrates sollten Sanierungsschritte möglichst frühzeitig erfolgen. Durch die Neugestaltung der Frühwarnsysteme sollte das Bewusstsein des Verwaltungsrates bezüglich Liquidität und Kapitaldeckung geschärft werden. Als wichtige Neuerung wurde die primäre Pflicht des Verwaltungsrates zur Liquiditätsplanung genannt, wobei darauf hingewiesen wurde, dass die Missachtung der Handlungspflichten die Verantwortlichkeit begründen kann. Das klingt soweit an sich sehr gut.

Die im Entwurf noch vorgesehene ausdrückliche Pflicht des Verwaltungsrates zur Erstellung eines *Liquiditätsplans* wurde jedoch im Verlauf des Gesetzgebungsprozesses wieder gestrichen. Was bedeutet dies?

Das revidierte Recht sieht allgemein vor, dass der Verwaltungsrat die *Zahlungsfähigkeit* der Gesellschaft überwachen muss – und zwar nicht erst bei drohender Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 Abs. 1 revOR). Wie dies zu geschehen hat, wird dem Verwaltungsrat überlassen. Meines Erachtens kann der Verwaltungsrat dieser Daueraufgabe nur dann gerecht werden, wenn er einen Liquiditätsplan führt bzw. sich einen solchen regelmässig vorlegen lässt. Nur so ist die mit dem neuen Sanierungsverfahren nach OR beabsichtigte möglichst frühzeitige Reaktion des Verwaltungsrates überhaupt realisierbar.

Ein der Grösse und Komplexität der Geschäftstätigkeit entsprechender Liquiditätsplan, welcher den aktuellen Stand der flüssigen Mittel und die zu erwartenden Ein- und Auszahlungen berücksichtigt (Art. 725 Abs. 2 E-OR),

ist schliesslich auch keine «Rocket Science». In der Regel schaffen es auch Privatpersonen, ein Budget unter Beachtung ihrer periodischen Aufwendungen zu erstellen. Umso mehr sollte dies von Unternehmen erwartet werden dürfen. Bei solchen mit Revisionsstelle dürfte diese schon für die Beurteilung der Fortführungsfähigkeit ohnehin eine Liquiditätsplanung verlangen. Gerade die kleineren Opting-out-Unternehmen müssen aber genauso ihre Hausaufgaben machen und sich im Klaren darüber sein, worauf sie sich einlassen.

Eine Liquiditätsplanung erhöht nicht nur die Erfolgchancen der Unternehmung, sondern hilft auch, Gläubigerbevorzugungen zu vermeiden und vermindert das Verlustrisiko der *Investoren und Geschäftspartner*. Diesen sei vor einer wesentlichen Investition, einer Kreditvergabe oder einer Vorausleistung sehr empfohlen, sich soweit als möglich über die Zahlungsfähigkeit der Unternehmung zu orientieren. Gerade ein grosser Kreditgeber, wie eine Bank, müsste eigentlich darauf bestehen, vorgängig sowie während der Kreditlaufzeit periodisch über die erwartete Liquiditätsentwicklung dokumentiert zu werden. Dies ist nach unseren Erfahrungen bis anhin allerdings längst nicht immer der Fall.

Zu bezweifeln wage ich, dass Art. 725 revOR eine massgebliche Änderung in Bezug auf die *aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates* bewirkt. Immerhin aber begründet die ausdrückliche und andauernde Pflicht, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen, die Erwartung, eine drohende Zahlungsunfähigkeit oder eine Unterdeckung zeitnah erkennen zu müssen. Dies impliziert eine möglichst frühzeitige Reaktion des Verwaltungsrates. Im Konkursfall könnte dies dazu führen, dass für einen Verschleppungsschaden an einen früheren Zeitpunkt an-



geknüpft werden kann, als dies nach geltendem Recht der Fall ist.

Als *Fazit* ist festzuhalten, dass das revidierte Recht den Fokus auf die Liquidität setzt. Ob sich dadurch am tatsächlichen Verhalten der Verwaltungsräte etwas ändert, wird sich zeigen müssen.

Impulsreferat von Sébastien Bettschart

Je vais vous parler de *la suppression de l'ajournement de faillite* [Abschaffung des Konkursaufschubs gemäss Art. 725a OR], sujet qui ne va probablement pas intéresser la majorité de cette audience, puisqu'il s'agit d'une institution plutôt romande. Néanmoins, ce n'est pas tous les jours que l'on enterre une institution vieille de 150 ans. L'ajournement de faillite figurait en effet déjà dans le Code des obligations (CO) de 1881, toutefois uniquement à la demande de créanciers, et dans le CO de 1937, sous sa forme actuelle.

C'est certes un instrument « rudimentaire », à savoir un seul article dans la loi, mais très flexible et sans limite temporelle. C'est ce côté rudimentaire et flexible qui est – était – très apprécié en Suisse romande, correspondant peut-être mieux à nos mœurs latines.

La suppression était déjà envisagée en 2005 par le Groupe d'experts LP. Elle a été rejetée par le Parlement dans le cadre de la révision de la LP en 2013 selon l'adage «Nützt nüt, so schadt's nüt!». Cela me semblait être une assez bonne manière de résoudre le problème. Cette institution existait, elle ne servait – en tout cas pour certains – à rien, mais elle ne nuisait pas non plus. Finalement, l'ajournement de faillite a été supprimé dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (SA) du 19 juin 2020.

En vérité, on a voulu intégrer l'ajournement de faillite dans l'institution du sursis concordataire [Nachlassstundung], considérant que la cohabitation des deux institutions l'une à côté de l'autre ne faisait pas beaucoup de sens. Cette intégration de l'ajournement de faillite dans le sursis concordataire a été faite en réalité en deux temps. La première étape, substantielle, lors de la révision du droit de l'assainissement en 2013 et la seconde étape dans le cadre de la révision du droit de la SA du 19 juin 2020. Dans cette seconde étape, la modification s'est en réalité limitée à allonger le sursis concordataire de quatre à huit mois, modification qui est déjà en vigueur depuis le 20 octobre 2020.

En réponse à une question de notre confrère Franco Lorandi, je ne suis pas sûr qu'il *manque quelque chose dans la LP par rapport à l'ajournement de faillite*, mais plutôt qu'il y a trop de choses. Voici trois questions que je me pose.

- (1) La non-publication du sursis provisoire n'est-elle pas soumise à des conditions trop restrictives (art. 293c al. 2 LP) ?
- (2) Est-ce que la possibilité que connaît l'ajournement de faillite de ne pas publier et de ne pas avoir de curateur, possibilité plutôt théorique dans mon expérience, valait-elle la peine d'être conservée dans le cadre du sursis provisoire ?
- (3) Le rôle du commissaire provisoire n'est-t-il pas défini de manière trop étendue si le sursis provisoire a pour but l'assainissement de la société ?

Ce sont les quelques mots introductifs que je souhaitais dire concernant la suppression de l'ajournement de la faillite.

Le deuxième sujet, c'est la nouveauté qui consiste, si certaines conditions sont remplies, à pouvoir retarder l'avis au juge *de 90 jours* après la constatation du surendettement, conformément à l'art. 725b al. 4 ch. 2 nCO.

Je souhaite d'emblée attirer votre attention sur le fait que la version allemande, modifiée dans le cadre des travaux parlementaires, ne correspond ni à la version française ni à la version italienne. Dans la version allemande le délai de 90 jours commence en effet à courir dès l'établissement des comptes intermédiaires *révisés*, ce qui n'a pas été corrigé dans les versions française et italienne.

Ce délai de 90 jours est *une vraie nouveauté*. La jurisprudence et la doctrine majoritaire ont toujours dit qu'un certain délai existait mais le Tribunal fédéral s'est toujours gardé d'en fixer la durée. Un délai de quatre à six semaines était parfois évoqué. Le délai est maintenant ancré dans la loi.

Outre la durée, *deux conditions de fond* doivent être remplies: il faut des raisons sérieuses d'admettre qu'il est possible de supprimer le surendettement en temps utile

mais au plus tard dans les 90 jours, et que l'exécution des créances ne s'en trouve pas davantage compromise.

Deux questions se posent à mon avis. D'une part, ce délai de 90 jours est-il trop rigide ou au contraire privilégié-t-il la sécurité du droit? D'autre part, comment faut-il interpréter les conditions de fond?

Impulsreferat von Lukas Glanzmann

Ich möchte auf drei Themen eingehen: Die (drohende) Zahlungsunfähigkeit, den Kapitalverlust und den Rangrücktritt bei der Überschuldung.

An die *drohende Zahlungsunfähigkeit* knüpft das Gesetz (Art. 725 revOR) gewisse Pflichten des Verwaltungsrates. Damit stellt sich einerseits die Frage, was Zahlungsunfähigkeit heisst – das Gesetz definiert den Begriff nicht – und andererseits, wann diese einzutreten droht. Wir kennen den Begriff der Zahlungsunfähigkeit aus Art. 83 OR. Gemäss Bundesgericht ist dies das dauerhafte Unvermögen der Gesellschaft, den fälligen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Aus systematischen Gründen bin ich der Auffassung, dass dieselbe Bedeutung auch in Bezug auf Art. 725 Abs. 2 revOR gilt.

Die Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere vom *bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass* abzugrenzen; letzter bedeutet noch keine Zahlungsunfähigkeit, was auch der Botschaft zu entnehmen ist. Ob somit das eine oder das andere vorliegt, bedarf einer *Prognose*.

Die Pflichten des Verwaltungsrates werden nicht erst mit der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, sondern schon mit der *drohenden Zahlungsunfähigkeit* ausgelöst. Damit ist eine weitere Prognose vorzunehmen, wobei sich die Frage stellt, innert welcher *Frist* die Zahlungsunfähigkeit eintreten muss. In Anlehnung an das Rechnungslegungsrecht bezüglich der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft (Art. 958a Abs. 2 OR) bin ich der Auffassung, dass die Frist von *zwölf Monaten* massgeblich sein sollte.

Damit liegt eine drohende Zahlungsunfähigkeit vor, wenn die Gesellschaft in den nächsten zwölf Monaten ihre fälligen finanziellen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann, und klare Anzeichen erkennbar sind, dass eine Refinanzierung voraussichtlich nicht stattfinden kann. In dieser Situation ist das «Ende der Fahnenstange» erreicht.

Zur *Prüfpflicht bei Gesellschaften mit einem Kapitalverlust und einem Opting-out* möchte ich folgende These aufstellen: Eine Gesellschaft mit einem Opting-out muss ihre letzte Jahresrechnung prüfen lassen, wenn sie einen Kapitalverlust aufweist (Art. 725a Abs. 2 revOR). Die *Folge* einer Unterlassung ist, dass der GV-Beschluss über die Ge-



Sébastien Bettchart

nehmigung der Jahresrechnung und die Verwendung des Bilanzgewinns nichtig ist, da der erforderliche Prüfbericht der Revisionsstelle nicht vorliegt (Art. 731 Abs. 3 OR).

Für die Praxis stellt sich die Frage, ob der Kapitalverlust eine *einmalige Prüfpflicht* auslöst oder ob das Opting-out dauerhaft entfällt. M.E. gilt ersteres; gegen ein generelles Entfallen des Opting-out sprechen nicht nur die Rechtssicherheit und der Wortlaut von Art. 725a Abs. 2 revOR, sondern es gibt einen Entscheid des Bundesgerichts¹ zu einer ähnlichen Frage, nämlich zur Zwischenbilanz nach Art. 725 OR, in welchem das Bundesgericht zum Ergebnis gelangte, dass sich die Voraussetzungen für ein Opting-out alleine nach Art. 727a OR richten und deshalb bei einer Überschuldung nicht entfallen.

Für den Verwaltungsrat bedeutet dies, dass die Anforderungen gestiegen sind. In der Praxis dürften diese Pflichten häufig verletzt werden, nur schon, weil bei Gesellschaften mit Opting-out niemand merkt, dass ein Kapitalverlust vorgelegen hat. Wenn später der Konkurs eintritt, ist der Schaden auch evident, sodass nur noch der Kausalzusammenhang darzulegen ist. Dies führt m.E. faktisch zu einer *nicht unwesentlichen Erhöhung des Haftungsrisikos des Verwaltungsrats*.

Gemäss dem neuen Recht muss ein *Rangrücktritt* auch die *Zinsforderungen* während der Dauer der Überschuldung umfassen, damit der Rangrücktritt gültig ist (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Damit stellt sich die Frage, was gilt, wenn die Rangrücktrittsvereinbarung die Zinsen nicht dem Rangrücktritt unterstellt. Die Auslegung, in diesem Fall sei der Rangrücktritt ungültig oder der Aufschub der

¹ BGer, 4A_589/2017, E. 2.4.2.



Melanie Gasser

Benachrichtigung sei pflichtwidrig, ist m.E. unzutreffend, da eine sofortige Konkursöffnung bei genügend Rangrücktritten auf dem Kapital aus Gläubigersicht in der Regel keinen Sinn macht. Die Bestimmung sollte vielmehr so ausgelegt werden, dass die Zinsen *ex lege* ebenfalls dem Rangrücktritt unterliegen. Dies dürfte meistens die befriedigendere Lösung sein.

Diskussion mit dem Publikum

Abschaffung des Konkursaufschubs

Daniel Staehelin Herr Bettschart, Sie haben die Rollen des Sachwalters in der Nachlassstundung und beim Konkursaufschub verglichen und die Auffassung vertreten, die Rolle des Sachwalters bei der Nachlassstundung sei zu kompliziert. Was stört Sie dort konkret?

Sébastien Bettschart La systématique légale n'est pas très heureuse. Concernant le rôle du commissaire provisoire, l'art. 293b al. 1 2^e phrase, LP renvoie simplement, par analogie, aux dispositions générales concernant le commissaire définitif, à savoir l'art. 295 LP, qui lui-même renvoie aux art. 298 à 302 et 304 LP. Je pense que c'est à la fois excessivement rigide et flou. Est-ce qu'il faut vraiment, à titre d'exemple, dresser un inventaire dès le premier jour d'un sursis provisoire visant l'assainissement de la société par le biais d'une augmentation du capital-actions par des nouveaux investisseurs? Je n'en suis pas convaincu.

Andreas Wiede Ist der Umstand, dass in der Romandie der Konkursaufschub so beliebt ist, als Misstrauen gegenüber den Konkursämtern zu verstehen?

Sébastien Bettschart Je ne suis pas en mesure de me prononcer de manière définitive. Je pense que c'est une vision différente de la situation où se trouvent les sociétés en difficultés financières. Avec le curateur dans l'ajournement de faillite, on reste dans le CO, dans le monde du droit privé. Avec le commissaire dans le sursis concordataire, on passe dans autre monde, le monde du droit public, qui est formaliste et impératif. Finalement, le système tel qu'on le connaît à Genève ou dans le canton de Vaud ne fonctionnait pas si mal. Cela donnait beaucoup plus de liberté au juge pour fixer le rôle du curateur pendant l'ajournement de faillite. Aujourd'hui, on est dans un système qui est beaucoup plus rigide. Concernant la durée, on a vu des ajournements de faillite qui duraient des années.

Franco Lorandi Herr Bettschart, wie viele Konkursaufschübe in der Romandie haben Sie schon selbst erlebt und wie viele davon haben in den Konkurs geführt bzw. wie häufig konnte sich die Gesellschaft sanieren?

Sébastien Bettschart J'en ai vu quelques-uns qui, de mémoire, ont presque tous conduit à l'assainissement des sociétés concernées. J'ai également en mémoire des cas de sursis concordataire où la société a été assainie pendant la durée du sursis. Quand une société arrive à un stade où les administrateurs demandent un sursis concordataire, il est vraisemblable que ceux-ci se soient préalablement entourés de conseils et qu'ils demandent donc le sursis pour de bonnes raisons. Cela dit, je viens du monde du conseil en droit des sociétés et, de ce fait, j'ai probablement une vision biaisée puisque j'ai plutôt vu des sociétés dont le but était d'être assainies et non pas d'obtenir, par exemple, un concordat par abandon d'actifs.

Franco Lorandi Folgende Fragen an die drei Panelisten mit Bitte um knappe Beantwortung: Ist die Abschaffung des Konkursaufschubs aus Ihrer Sicht ein Verlust?

Melanie Gasser Ich hatte in meiner Praxis mit dem Konkursaufschub noch nichts zu tun, weshalb ich mir kein Urteil anmasse. Ich frage mich jedoch, wer bei einem Konkursaufschub – vor allem wenn kein Sachwalter eingesetzt wird – dafür schaut, dass keine Gläubigerbenachteiligungen passieren.

Sébastien Bettschart En théorie, je pense que c'est bien d'avoir une seule institution pour résoudre la même difficulté. Je n'ai pas de problème avec la suppression de l'ajournement de faillite en tant que tel. En revanche, je pense que l'on devrait réfléchir à nouveau sur le rôle du commissaire provisoire et sur ce qu'il doit faire dans le cadre du sursis provisoire. Je pense qu'il faudrait prévoir des assouplisse-

ments et être plus précis sur ce qui est attendu du commissaire pendant ces premiers mois, au risque d'avoir sans cela un effet d'« overkill ».

Lukas Glanzmann Meine Antwort auf die Frage lautet: Jein. Der Konkursaufschub, wie er im bisherigen Recht vorgesehen ist, ist mir zu unbestimmt und mit zu viel Rechtsunsicherheit behaftet, weshalb ich in meiner bisherigen Praxis versucht habe, ihn zu vermeiden. Jedoch vermisse ich ein Sanierungsverfahren ausserhalb des SchKG. Bei einem solchen könnte man zumindest darüber diskutieren, ob es ein Insolvenzverfahren ist oder nicht. Hintergrund davon ist, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahren auch materiellrechtlich gravierende Konsequenzen für den Schuldner haben kann: es kann Kündigungsrechte von Gegenparteien auslösen, Bewilligungen oder Konzessionen können entfallen. Es wäre zudem auch niederschwelliger für die Organe, ein solches Verfahren in Anspruch zu nehmen, als ein Nachlassstundungsgesuch zu stellen.

Pflicht zur Liquiditätsplanung

Thomas Bauer Art. 725 OR wurde im Rahmen der Revision aus drei Gründen geändert: Erstens sollte das Tätigwerden des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Unternehmenskrise zeitlich vorverlegt werden. Die Erfahrung hat nämlich gezeigt, dass der Blick auf das Bilanzbild allein nicht ausreicht und der Verwaltungsrat häufig zu spät handelt. Deshalb wurde etwa beim Kapitalverlust ein früheres Handeln vorgeschlagen.

Zweitens wurde die Liquiditätsplanung in den Fokus des Verwaltungsrates aufgenommen. Drittens sollte die Unsicherheit beseitigt werden, wann die «begründete Besorgnis» einer Überschuldung besteht. Diesbezüglich sollten gewisse Vorgaben und Leitplanken gesetzt werden. Dabei wurden die Bestimmungen des Entwurfs vom Parlament da und dort wieder «abgeschliffen» und verallgemeinert, etwa indem nicht ins Gesetz aufgenommen wurde, dass der Liquiditätsplan die Dauer von zwölf Monaten abdecken muss.

Ich würde deshalb empfehlen, nicht nur den vom Parlament verabschiedeten Gesetzestext, sondern auch die etwas detaillierteren Bestimmungen anzuschauen, welche sich im Entwurf des Bundesrates (d.h. in der Botschaft) finden. Da das Parlament zum Teil etwas generellere Formulierungen verabschiedet hat, möchte ich folgende *Auslegungsthese* vertreten: Wenn bei der Auslegung des Gesetzestextes und der Deutung der Handlungspflichten des Verwaltungsrates Zweifel bestehen, dann hilft eine Konsultation des Entwurfstextes, da ich davon ausgehen würde, dass, wer



Lukas Glanzmann

die Anforderungen gemäss Entwurf erfüllt, auch die Anforderungen des verabschiedeten Gesetzes erfüllt.

Melanie Gasser Indem der Entwurf des Bundesrates durch das Parlament generalisiert bzw. «abgeschliffen» wurde, wie Sie dies bezeichnet haben, ist das Gesetz meines Erachtens auslegungsbedürftiger geworden. Aufgrund dessen pflichte ich Ihnen insoweit bei, dass wenn man sich an den Entwurf hält, man auf der sicheren Seite ist.

Lukas Glanzmann Ich sehe das, soweit es den Liquiditätsplan angeht, etwas anders: Das Parlament hat das Wort «Liquiditätsplan» explizit nicht in das Gesetz schreiben wollen. Der Verwaltungsrat ist zur Finanzplanung verpflichtet (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Jede Finanzplanung bedarf der Liquiditätsplanung, womit der Verwaltungsrat zur Liquiditätsplanung verpflichtet ist. Aus irgendwelchen Gründen – vermutlich um die KMU zu schützen – hat man sich gestraubt, das Wort «Liquidität» bzw. «Liquiditätsplanung» ins Gesetz zu schreiben. Deshalb ist m.E. das, was in Art. 725 revOR steht, nicht mehr, als was nach geltendem Recht schon gilt.

Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

Lukas Glanzmann Die neuen Regeln über die drohende Zahlungsunfähigkeit (Art. 725 Abs. 2 revOR) greifen m.E. auf der Zeitachse viel zu spät, als dass diese Bestimmungen ein «Game Changer» sein könnten. Besser hätte man die Pflichten des Verwaltungsrates an «Zahlungsschwierigkeiten» anknüpfen sollen. Dies versteht jeder Verwaltungsrat – und nicht nur jener, welcher ökonomisch oder juristisch gebildet ist. Das Gesetz knüpft aber an die «drohende Zahlungsunfähigkeit» an und keiner weiss, was dies genau bedeutet. Nüchtern betrachtet, ist dies ein zu später Zeitpunkt, sodass

wohl auch in Zukunft – wie Frau Gasser erwähnt hat – die Gesellschaft häufig keinen Vorschuss für eine Nachlassstundung mehr leisten kann. Ich bin über diese Bestimmung sehr ernüchtert.

Rodrigo Rodriguez Die Entstehungsgeschichte ist eine sehr besondere. Das Parlament hat sich am Anfang sehr viel vorgenommen, indem es das gesamte Sanierungsverfahren lieber im OR als im SchKG regeln wollte, denn das SchKG hat einen «Leichengeruch». Die Kommission ist diesem Vorhaben zum Glück nicht gefolgt, hat aber dafür ein umfassendes Konzept vorgestellt. Die Verwaltung hat dieses Konzept dann ein bisschen geschliffen in der Hoffnung, der Entwurf kommt damit einfacher durchs Parlament. Denkste. Auch dieser war noch nicht geschliffen genug, weshalb das Parlament der Vorlage noch ein paar Zähne gezogen hat. Dies ist der Hintergrund des Gesetzestextes. Insofern klaffen – wenn man das ursprüngliche Vorhaben betrachtet – Anspruch und Ergebnis weit auseinander.

Daniel Hunkeler Das Gesetz sieht neu vor, dass der Verwaltungsrat bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung stellen muss (Art. 725 Abs. 2 letzter Satz revOR). Der Verwaltungsrat ist m.E. bei gegebenen Voraussetzungen zwar schon nach bisherigem Recht verpflichtet, ein Gesuch um Nachlassstundung zu stellen. Es ist aber zu begrüßen und stellt einen Fortschritt dar, dass dies nun *expressis verbis* im Gesetz steht – und zwar bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit. Zudem steht diese Pflicht auf gleicher Stufe wie die weiteren Massnahmen zur Sanierung. Dies scheint mir ein deutliches Signal für die Verwaltungsräte zu sein, rechtzeitig zu handeln. Die Pflicht, ein Gesuch um Nachlassstundung zu stellen, findet sich für den Fall des Kapitalverlusts (Art. 725a revOR) und vor allem im Fall der Überschuldung (Art. 725b Abs. 3 revOR) leider nicht ausdrücklich im Gesetz. Dies ist schade.

Grösste Vorteile der Revision

Franco Lorandi Was sind nach Ihrer Einschätzung in Bezug auf die Art. 725 ff. revOR die grössten Vorteile der Revision?

Lukas Glanzmann Es wird Klarheit darüber geschaffen, dass auch in der Sanierungssituation die Verrechnungslieferung («debt equity swap») zulässig ist (Art. 634a Abs. 2 revOR). Zumindest nicht schädlich ist, dass man die stille Sanierung explizit regelt (Art. 725b Abs. 4 revOR). Ob die 90 Tage richtig sind, darüber kann man sich streiten. Positiv ist auch die Abschaffung der Pflicht, bei einem Kapitalverlust eine GV einberufen zu müssen.

Sébastien Bettschart Je rejoins ce qui a été dit sur l'art 725 nCO et la menace d'insolvabilité (avec tous les «caveats» qu'on peut faire) notamment sur le fait que les choses sont maintenant dites *expressis verbis*, ce qui est un plus pour la pratique. Le deuxième avantage, s'il faut en trouver un, c'est la codification de la pratique qui donne des *guidelines* plus clairs que ce qui existait jusqu'à maintenant.

Melanie Gasser Ich hege die Hoffnung, dass der Verwaltungsrat seinen sofortigen Handlungspflichten i.S.v. Art. 725 revOR in Zukunft vermehrt nachkommen wird. In Bezug auf Verantwortlichkeitsansprüche ist es sicher hilfreich, dass nun klar geregelt wird, dass Rangrücktrittsforderungen für die Schadensberechnung nicht berücksichtigt werden (Art. 757 Abs. 4 revOR).

Vereinfachung bei der Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen?

Franco Lorandi Schafft das revidierte Recht namentlich im nachgelagerten Konkurs nach Ihrer Einschätzung bessere Möglichkeiten, um die Organe für Pflichtverletzungen haftbar zu machen?

Melanie Gasser Ich hoffe es.

Sébastien Bettschart Je ne suis pas sûr d'avoir une réponse à cette question. Par contre, le fait d'exclure les créanciers postposés pour le calcul du dommage est peut-être discutable pour les nouveaux créanciers.

Lukas Glanzmann Ich meine, die Haftung der Organe wird verschärft. Zum einen gibt es mehr Pflichten und mehr Unklarheiten, wie etwa die Pflicht, bei einem Kapitalverlust die letzte Jahresrechnung durch einen Revisor prüfen zu lassen. Ich denke, diese Pflicht wird in der Praxis oft verletzt werden. Der Schaden ist gegeben. Den Konkursverwaltern fällt es in der Regel nicht sehr schwer, einen Kausalzusammenhang herzustellen. Dasselbe gilt, wenn beim Rangrücktritt keine ausdrückliche Subordination für Zinsforderungen vorgesehen ist.