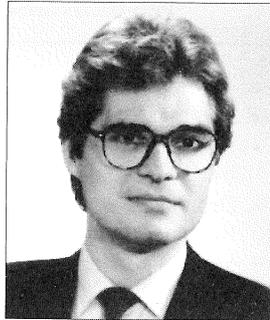


# Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft



Dr. iur.  
Alexander Brunner,  
Bezirksrichter, Zürich

## Inhaltsübersicht

- A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen
  - I. Vermögensverfall
  - II. Bilanzrecht und Revision
    - 1. Bilanzrecht
      - 1.1. Unterbilanz
      - 1.2. Zahlungsunfähigkeit
      - 1.3. Überschuldung
    - 2. Revision
  - III. Sanierung und Liquidation
    - 1. Sanierung
      - 1.1. Aussergerichtliche Sanierung
      - 1.2. Gerichtliche Sanierung
    - 2. Liquidation
      - 2.1. Aussergerichtliche Liquidation
      - 2.2. Gerichtliche Liquidation
- B. Insolvenz der Aktiengesellschaft
  - I. Voraussetzung der Konkurseröffnung
  - II. Legitimation zur Insolvenzerklärung
    - 1. Materielle Legitimation
    - 2. Formelle Legitimation
  - III. Gerichtsentscheid nach Insolvenzerklärung
    - 1. Materielle Voraussetzung
    - 2. Formelle Voraussetzung (Kostenvorschuss)
- C. Überschuldung der Aktiengesellschaft
  - I. Voraussetzung der Konkurseröffnung
    - 1. Prüfung der Bilanz nach altem Aktienrecht
    - 2. Prüfung der Bilanz nach neuem Aktienrecht
      - 2.1. Befähigung des Revisors
      - 2.2. Unabhängigkeit des Revisors
  - II. Legitimation zur Überschuldungsanzeige
    - 1. Materielle Legitimation
      - 1.1. Gesamtverwaltungsrat
      - 1.2. Mehrheitsbeschluss?
      - 1.3. Delegation?
        - a. Legitimation der Generalversammlung?
        - b. Legitimation durch Reglement?
        - c. Legitimation durch Gesetz?
    - 2. Formelle Legitimation
      - 2.1. Rechtsnatur der Überschuldungsanzeige
      - 2.2. Form der Überschuldungsanzeige

- III. Gerichtsentscheid nach Überschuldungsanzeige
  - 1. Konkurseröffnung
    - 1.1. Materielle Voraussetzung
    - 1.2. Formelle Voraussetzung (Kostenvorschuss)
  - 2. Konkursaufschub (konkursrichterliche Sanierung)
    - 2.1. Formelle Voraussetzungen der Sanierung
      - a. Sanierungsantrag
      - b. Überschuldungsanzeige
      - c. Kostenvorschuss
    - 2.2. Materielle Voraussetzungen der Sanierung
      - a. Überschuldung
      - b. Aktienrechtlicher Sanierungsplan
    - 2.3. Aufsicht über den aktienrechtlichen Sachwalter
- D. Zusammenfassung

## A. Wirtschaftsrechtliche Grundlagen

### I. Vermögensverfall

Nach mikroökonomischer Theorie streben die privaten Haushalte nach Nutzenmaximierung und die Unternehmen nach Gewinnmaximierung. Beide Faktoren haben einen engen Bezug zueinander, der über die gemeinsame Beteiligung am Marktgeschehen vermittelt wird. Der Wettbewerb soll dabei beide Teile begünstigen – Haushalte wie Unternehmen – und über die Konsumenten- und Produzentenrenten<sup>1</sup> zu **Vermögensvermehrung** bei beiden Teilen führen. Dies ist jedoch nicht immer der Fall.

Externe und interne Ursachen können beim Unternehmen dazu führen, dass keine Vermögensvermehrung, sondern eine **Vermögensverminderung** eintritt. Externe Ursachen können sein: Höhere Gewalt (bspw. Krieg), grundlegende Veränderung der Nachfrage (bspw. Mode), Änderung der Marktstrukturen durch Unternehmenskonzentration und Kartellbildung (bspw. Verdrängungswettbewerb), aber auch staatliche Massnahmen. Interne Ursachen sind innerhalb des Unternehmens zu orten: Mangelhafte Unternehmensführung und Betriebsorganisation, unzureichendes Rechnungswesen, ungünstiger Kapitalaufbau (bspw. hohes kurzfristiges Fremdkapital) oder ungeeignete Unternehmensgrösse mit Über- oder Unterka-

1 R. L. FREI, *Wirtschaft, Staat und Wohlfahrt*, 6. A. Basel 1990, 49–51; angemessene Konsumentenrenten werden allerdings durch die Kartellrenten der Unternehmen verhindert, vgl. dazu P. A. SAMUELSON/W. D. NORDHAUS, *Volkswirtschaftslehre, Grundlagen der Makro- und Mikroökonomie*, Bd. 2, 8. A., Köln 1987, 147–150.

pazitäten<sup>2</sup>. Werden die Ursachen der Vermögensverminderung nicht rechtzeitig erkannt und beseitigt, tritt mit hoher Wahrscheinlichkeit der **Vermögensverfall** (Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) ein. Dabei gilt es zu bedenken, dass die Vermögensverminderung in den Unternehmen an eine solche der privaten Haushalte **gekoppelt**<sup>3</sup> ist, indem das von Privaten investierte Kapital verlorenght und ihre Arbeitsplätze gefährdet sind. Die Erhaltung des Vermögens der Unternehmen liegt daher im allgemeinen Interesse.

Soweit **externe Ursachen** für Vermögensverminderungen in den Unternehmen überwiegen und sich diese durch aktive und innovative Unternehmenspolitik nicht beseitigen lassen, stehen übergeordnete staatliche Massnahmen im Vordergrund. Dazu gehören beispielsweise strukturpolitisch motivierte, zeitlich beschränkte Hilfen an gefährdete Wirtschaftszweige<sup>4</sup> und die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Diesen Fragen und den damit zusammenhängenden Problemen der Strukturhaltung oder -bereinigung soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

Soweit **interne Ursachen** für Vermögensverminderungen in den Unternehmen überwiegen, stellt das Gesellschaftsrecht und vor allem das Aktienrecht ein Frühwarnsystem zur Verfügung (Bilanzrecht und Revision), womit ein wirksamer Gläubigerschutz erreicht werden soll. Beim Gläubigerschutz handelt es sich einerseits um die Absicherung von Forderungen der privaten Haushalte, die den Unternehmen Arbeit und Kapital anbieten (Arbeitnehmer- und Anlegerschutz), andererseits um die Absicherung von Forderungen anderer Unternehmen, die Waren und Dienstleistungen anbieten. Diesem Umstand trägt auch das revidierte<sup>5</sup> Aktienrecht Rechnung. Der aktienrechtliche Gläubigerschutz wurde zudem bereits bisher durch das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie das Wirtschaftsstrafrecht<sup>6</sup> verstärkt.

Im folgenden sind einige Grundbegriffe des aktienrechtlichen Frühwarnsystems kurz zu erörtern.

## II. Bilanzrecht und Revision

### 1. Bilanzrecht

Die ordentliche Jahresbilanz<sup>7</sup> soll den **aktuellen finanziellen Status des Unternehmens** aufzeigen und enthält auf der Aktivseite das Vermögen (Umlauf- und Anlagevermögen) und auf der Passivseite das Kapital (Fremd- und Eigenkapital). Bei Vermögensverminderung<sup>8</sup> kann es zu Unterbilanz, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung kommen. Diese drei Rechtsbegriffe sind auseinanderzuhalten, da sie unterschiedliche Rechtsfolgen zeitigen.

#### 1.1. Unterbilanz

Unterbilanz ist nicht mit Überschuldung gleichzusetzen. Nicht jede Unterbilanz weist bereits eine Überschuldung auf, jede Überschuldung qualifiziert sich aber als Unter- bzw. Verlustbilanz. Die **Legaldefinition** der Unterbilanz wurde im revidierten Aktienrecht **erweitert**. Nach altem

Recht war Bezugsgrösse lediglich das Grundkapital<sup>9</sup>, nach neuem Recht ist es das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven<sup>10</sup>.

Bei der Unterbilanz lassen sich verschiedene **Stadien**<sup>11</sup> unterscheiden:

Die **unechte Unterbilanz** zeitigt keine gesetzlichen Folgen. Bei der unechten Unterbilanz ist ein Verlust ohne Beeinträchtigung des Aktienkapitals durch die Reserven gedeckt, welche sich aus den gesetzlichen bzw. Zwangsreserven<sup>12</sup>, den Ermessensreserven<sup>13</sup> und den Willkürreserven<sup>14</sup> des Verwaltungsrates zusammensetzen, letztere eine Eigenart des schweizerischen Bilanzrechts. Ein solcher Verlust kann ohne weiteres auf die neue Rechnung vorgetragen werden in der Hoffnung, er werde durch spätere Gewinne abgedeckt.

Ebenfalls keine gesetzlichen Folgen zeitigen Verluste, die zwar das Aktienkapital beeinträchtigen, jedoch die Hälfte des Aktienkapitals und die Hälfte der gesetzlichen Reserven nicht überschreiten. Dabei darf die allgemeine Reserve, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung solcher Verluste<sup>15</sup> verwendet werden. Zudem ist bei dieser Art der Unterbilanz eine rein bilanztechnische Sanierung durch **Aufwertung**<sup>16</sup> bestimmter Teile **des Anlagevermögens**<sup>17</sup> möglich, indem Grundstücke oder Beteiligungen<sup>18</sup>, deren wirklicher Wert über die Anschaffungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden dürfen. Der Aktienkapitalverlust kann aber auch entweder auf die neue

2 Vgl. zu den internen und externen Ursachen, M. BOEMLE, Unternehmensfinanzierung, 6. A., Zürich 1983, 401.

3 Nach einer internen Statistik des Konkursrichters des Bezirkes Zürich verlaufen die Konkurse von Unternehmen und von Privaten seit Jahrzehnten parallel; vgl. Tages-Anzeiger 23.1.1992. Ein genereller Missbrauch der privaten Insolvenzerklärung ist damit nicht ersichtlich.

4 Zu erinnern ist an die Strukturhaltungsmassnahmen für die Stickerei- oder die Uhren-Industrie; das Uhren-Statut konnte erst kürzlich aufgehoben werden.

5 Inkrafttreten 1. Juli 1992.

6 Vgl. vor allem die Konkursdelikte gemäss Art. 165–172 StGB.

7 Art. 663a revOR.

8 Verlust i. S. v. Art. 663 Abs. 4 revOR.

9 Art. 725 Abs. 1 aOR.

10 Art. 725 Abs. 1 revOR; Art. 663a Abs. 3; Art. 670 Abs. 1; Art. 671 Abs. 1.

11 Vgl. zum folgenden auch: K. BLUMER, Die kaufmännische Bilanz, 10. A., Zürich 1989, 184–185.

12 Art. 671 Abs. 1 revOR.

13 Abschreibungsgrundsätze nach Art. 662a Abs. 2 Ziff.3–4 und Abs. 4; Art. 669 Abs. 1 revOR.

14 Art. 669 Abs. 2–4 revOR.

15 Art. 671 Abs. 3 revOR.

16 Art. 670 Abs. 1 revOR.

17 Art. 663a Abs. 2, letzter Satzteil revOR.

18 Art. 665a revOR.

Rechnung vorgetragen oder mittels **Kapitalherabsetzung**<sup>19</sup> ausgeglichen werden.

Gesetzliche Folgen sind mit dem Erreichen des Grenzfalles verbunden, der dann gegeben ist, wenn der Verlust rechnerisch der Hälfte des Aktienkapitals und der Hälfte der gesetzlichen Reserven entspricht. Zeigt die letzte Jahresbilanz eine solche Unterbilanz, so hat der Verwaltungsrat nach Art. 725 Abs. 1 revOR wie bereits nach altem Recht *unverzüglich* eine *Generalversammlung* einzuberufen und ihr (aussergerichtliche) **Sanierungsmassnahmen** zu beantragen.

Eine solche Unter- bzw. Verlustbilanz kann – muss aber nicht – bereits Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Aktiengesellschaft sein.

### 1.2. Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit ist nicht mit Überschuldung gleichzusetzen. Eine Überschuldung wird zwar in der Regel zur Zahlungsunfähigkeit führen. Möglich sind indessen Fälle, bei welchen Unterbilanz und Überschuldung nicht zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit führen müssen. Andererseits ist Zahlungsunfähigkeit sogar in solchen Fällen möglich, die keine Überschuldung und nicht einmal eine Unterbilanz aufweisen. Dementsprechend kommt es bei der Zahlungsunfähigkeit nicht in erster Linie auf das Bilanzgleichgewicht an, vielmehr auf die Bilanzstruktur. Entscheidend ist die **Einschränkung der Liquidität**, was sich vor allem beim Umlaufvermögen<sup>20</sup> durch ungenügende flüssige Mittel bemerkbar macht.

Unter Zahlungsunfähigkeit (*Insolvenz*) ist demnach die Unfähigkeit zu verstehen, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen. Gesetzliche Folge der Zahlungsunfähigkeit ist die Möglichkeit der Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG (nachfolgend B.).

### 1.3. Überschuldung

Weist die Unterbilanz einen Verlust aus, womit **das Fremdkapital**<sup>21</sup> **durch das Vermögen**<sup>22</sup> **nicht mehr gedeckt** ist, so ist Unterdeckung<sup>23</sup> d. h. Überschuldung der Aktiengesellschaft gegeben. Da das revidierte Aktienrecht nunmehr das Partizipationskapital normiert, hatte der Gesetzgeber auch über dessen bilanztechnische Behandlung bei Überschuldung zu entscheiden. Das Partizipationskapital wird nicht dem Fremdkapital, sondern dem Eigenkapital, insbesondere dem Aktienkapital zugeordnet<sup>24</sup>. Die bei Verdacht auf Überschuldung zu erstellende Zwischenbilanz kann im Unterschied zum alten Recht nicht bloss zu Veräusserungswerten<sup>25</sup>, sondern neu auch zu Fortführungswerten<sup>26</sup> erstellt werden, und eine Überschuldung wird nur dann angenommen, wenn sich eine solche kumulativ nach beiden Bewertungskriterien ergibt. Es handelt sich hier um eine begrüssenswerte Neuerung, die sowohl im Interesse der Gläubiger als auch des Unternehmens liegt.

Soweit nicht Gesellschaftsgläubiger im Umfang der Überschuldung im Rang<sup>27</sup> hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten, hat der Verwaltungsrat

gemäss Art. 192 SchKG den Richter zu benachrichtigen (nachfolgend C.).

## 2. Revision

Neben dem Bilanzrecht dient auch das Recht der Revision<sup>28</sup> wie bisher dem Schutz der Gläubigerinteressen<sup>29</sup>. So darf die Generalversammlung die Jahresrechnung nur dann abnehmen und über die Verwendung des Bilanzgewinnes beschliessen, wenn ein Revisionsbericht vorliegt und ein Revisor anwesend ist. Liegt kein Revisionsbericht vor, so sind diese Beschlüsse nichtig<sup>30</sup>.

Stösst die Revisionsstelle bei der Prüfung der Jahres- oder Zwischenbilanz auf Tatsachen, die eine Überschuldung der Aktiengesellschaft ausweisen und unterlässt der Verwaltungsrat die entsprechende Anzeige, so hat sie den Richter zu benachrichtigen; dies allerdings nur unter der Voraussetzung "offensichtlicher"<sup>31</sup> Überschuldung, im Gegensatz zum Verdacht<sup>32</sup> auf Überschuldung. Diese Benachrichtigungspflicht der Revisionsstelle entfällt für den Konzernprüfer<sup>33</sup>.

Präventiv wirken auch die im revidierten Aktienrecht geregelten Einsichtsrechte und Informationspflichten, wonach den Gläubigern unter gewissen Voraussetzungen die Jahresrechnung und die **Revisionsberichte offenzulegen**<sup>34</sup> sind. Im Streitfall entscheidet der Richter.

Der Revisionsstelle kommt im übrigen im Hinblick auf ihre Fachkenntnisse<sup>35</sup> eine wichtige Funktion bei der Beurteilung der Frage zu, ob für eine überschuldete Aktien-

19 Art. 735 revOR.

20 Art. 663a Abs. 2 revOR.

21 Forderungen der Gesellschaftsgläubiger; Art. 663a Abs. 3, erster Satzteil revOR.

22 Art. 663a Abs. 2 revOR.

23 Art. 725 Abs. 2 revOR.

24 Art. 656b Abs. 3 revOR.

25 Art. 725 Abs. 2 aOR.

26 Art. 725 Abs. 2 revOR.

27 Rangrücktritt nach Art. 725 Abs. 2 revOR; aussergerichtliche Stundung bzw. Nachlass.

28 Art. 727–731a revOR.

29 Vgl. dazu A. ZÜND, Revisionslehre, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhänder- und Revisionskammer, Bd. 53, Zürich 1982, 197–325; C. HELBLING, Anpassung von Rechnungslegung und Revision an das revidierte Aktienrecht, in: Der Schweizer Treuhänder 11/91, 560–563; sowie den die Bankenrevision betreffenden Entscheid des Einzelrichters in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juli 1988, in: ZR 88 (1989) Nr. 25, 65–81 = SZW 1990, 20–32, mit Anmerkung.

30 Art. 729c revOR.

31 Art. 729b Abs. 2 revOR.

32 Art. 725 Abs. 2 revOR.

33 Art. 731a Abs. 2 revOR.

34 Art. 697h revOR.

35 Art. 727a revOR.

gesellschaft die Sanierung oder die Liquidation eingeleitet werden soll.

### III. Sanierung und Liquidation

Bilanzrecht und Revision sollen eine stete Information und Kontrolle über die finanzielle Lage des Unternehmens gewährleisten und damit zur Verhinderung von Verlusten beitragen. Andere Ursachen können jedoch dazu führen, dass gleichwohl Vermögensverminderungen eintreten. Je nach Art und Umfang der Verluste erscheint eine Gesundung des Unternehmens dann noch als sinnvoll (Sanierung). Ist dies nicht mehr der Fall oder will sich die Gesellschaft aus anderen Gründen auflösen, erfolgt die Verflüssigung der verbleibenden Vermögensteile unter Zuweisung an die Gläubiger und Aktionäre (Liquidation). Mit der Sanierung soll der **Fortbestand** der Aktiengesellschaft garantiert, mit der Liquidation deren **Auflösung** eingeleitet werden. Ob das eine oder andere angestrebt wird, entscheidet sich nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten und kann in vielen Fällen nicht zum voraus bestimmt werden. Im einen Fall folgt auf die Sanierungsbemühungen die Liquidation, im andern Fall verläuft der Vorgang umgekehrt. Vorliegend interessieren vor allem die *rechtlichen Rahmenbedingungen* dieser betriebswirtschaftlichen Möglichkeiten.

## 1. Sanierung

### 1.1. Aussergerichtliche Sanierung

Der Begriff der aussergerichtlichen Sanierung ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Es fallen darunter alle **betriebswirtschaftlichen Massnahmen**, welche vor allem die vorgenannten internen<sup>36</sup> Ursachen betreffen.

In einem engeren Sinne sind darunter jene **privatrechtlichen Massnahmen** zu verstehen, die ohne Beteiligung und Aufsicht staatlicher Instanzen zu einer Sanierung der Aktiengesellschaft führen können. Diese bereits erörterten aussergerichtlichen Sanierungsmassnahmen betreffen Vermögensverminderungen, die normalerweise durch die Aktiengesellschaft und ihre Organe selber lösbar sind und nur indirekt oder teilweise Gläubigerinteressen berühren. Zusammenfassend handelt es sich um folgende rechtliche Massnahmen: Auflösung von Reserven, Aufwertung bestimmter Teile des Anlagevermögens, Kapitalherabsetzung, Massnahmen gemäss Generalversammlungsbeschluss auf Antrag und nach Sanierungsplan des Verwaltungsrates sowie Rangrücktritt einzelner Gesellschaftsgläubiger.

In der Praxis häufig ist sodann auch die Gewährung langfristiger Aktionärsdarlehen. In diesem Zusammenhang ist aber auch auf die Möglichkeit des aussergerichtlichen Nachlassvertrages hinzuweisen.

Erst dann, wenn die genannten betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Sanierungsmassnahmen nicht zu einer Gesundung führen, ist eine gerichtliche Sanierung erforderlich.

### 1.2. Gerichtliche Sanierung

Erweisen sich die vorgenannten privatrechtlichen Möglichkeiten als wirkungslos, kann die *überschuldete* Aktiengesellschaft versuchen, mit den Mitteln des öffentlichen Rechts eine Sanierung des Unternehmens herbeizuführen. Der Gesetzgeber stellt hierfür ein *vikariierendes System* zur Verfügung, das auf entsprechenden Antrag hin anwendbar ist: Einerseits den **ordentlichen Nachlassvertrag**<sup>37</sup> vor der Nachlassbehörde, andererseits den **Konkursaufschub mit Sanierungsplan** nach Art.725a revOR vor dem Konkursrichter<sup>38</sup>.

Inhaltlich sind indessen der Nachlassvertrag und der Sanierungsplan verschieden. Beide Massnahmen bedürfen zwar der Genehmigung durch eine richterliche Instanz, betreffen aber aufgrund des Gesetzeswortlautes unterschiedliche Sanierungsmittel. Der Zwangsvergleich bezweckt einerseits eine bilanzrechtliche Verminderung des Fremdkapitals<sup>39</sup>, indem die Gläubiger anteilmässig<sup>40</sup> auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten, andererseits eine Verbesserung der Bilanzstruktur bei Liquiditätsproblemen<sup>41</sup>, indem die Gläubiger unter Aufrechterhaltung ihrer Forderungen Stundung<sup>42</sup> gewähren. Der aktienrechtliche Sanierungsplan kann sich hingegen auf alle möglichen betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Massnahmen<sup>43</sup> erstrecken, welche geeignet sind, das Unternehmen zu erhalten. Der ordentliche Nachlassvertrag erweist sich damit gegenüber dem aktien- und konkursrechtlichen Sanierungsplan als das einfachere, raschere und vor allem speziell geregelte Sanierungsmittel, weshalb er in der Praxis<sup>44</sup> häufiger zur Anwendung gelangt.

Hinzu kommt, dass ein Gesuch um Nachlassvertrag unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs vor und nach der Konkurseröffnung bei der zuständigen Nachlassbehörde

36 Vgl. dazu insbesondere Art. 716a revOR sowie vorstehende FN 2.

37 Zwangsvergleich nach Art. 293–316 SchKG; vgl. H. FRITZSCHE, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, 2. A., Zürich 1968, 305.

38 Vgl. Art. 725 Abs. 4 aOR.

39 Art. 663a Abs. 3 revOR.

40 Prozentvergleich bei Überschuldung; vgl. H. FRITZSCHE (FN 37), 307.

41 Art. 663a Abs. 2, erster Satzteil, revOR.

42 Stundungsvergleich bei vorübergehender Zahlungsunfähigkeit; vgl. H. FRITZSCHE (FN 37), 306.

43 Einschliesslich Forderungsverzichte von Gläubigern bzw. Nachlässe und Stundung; vgl. FN 40–42. P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ, *Einführung in das schweizerische Aktienrecht*, 3. A., Bern 1983, § 29 Rn. 32, erwähnen nur die Möglichkeit der Stundung.

44 In der Praxis nehmen das Nachlassgericht und der Sachwalter zudem umfassende Sanierungskompetenzen wahr, die weit über eine blosser Stundung oder einen Nachlass hinausgehen; vgl. dazu auch: E. GANAHL, *Entscheidungskriterien für die Wahl und die Bestätigung eines Nachlassvertrages* gemäss SchKG, St.Gallen 1978.

beantragt werden kann. Im ersten Fall verfügt der Konkursrichter den Konkursaufschub<sup>45</sup>, und das Verfahren nimmt bei der zuständigen Nachlassbehörde seinen Fortgang. Im zweiten Fall (nach Konkurseröffnung) tritt die Konkursverwaltung an die Stelle des Sachwalters, und der Konkursrichter verfügt den Widerruf<sup>46</sup> des Konkurses, falls die Nachlassbehörde den Zwangsvergleich genehmigt. Auf weitere Einzelheiten des Nachlassvertrages ist hier nicht einzugehen; dagegen wird auf die Massnahme des aktienrechtlichen Sanierungsplans gemäss Art. 725a revOR zurückzukommen sein (nachfolgend C. III. 2.).

## 2. Liquidation

### 2.1. Aussergerichtliche Liquidation

Analog zur aussergerichtlichen Sanierung ist auch die Möglichkeit einer aussergerichtlichen Liquidation der Aktiengesellschaft gegeben, allerdings nur in den rechtlichen Schranken des Gläubigerschutzes. Insbesondere dürfen die Gläubiger durch eine aussergerichtliche Liquidation nicht zu Verlust kommen, es sei denn, sie stimmen einem **aussergerichtlichen<sup>47</sup> Liquidationsvergleich** zu.

Meistens sind es finanzielle Schwierigkeiten, die zur Auflösung der Gesellschaft durch Liquidation führen; es sind aber auch andere Gründe denkbar. Erfolgt die Auflösung nicht durch Konkurs oder richterliches Urteil, tritt die Gesellschaft in Liquidation<sup>48</sup>, die durch den Verwaltungsrat<sup>49</sup> besorgt wird. Die Verwaltungsräte bzw. Liquidatoren haben wie bereits im alten Recht die laufenden Geschäfte zu beendigen, die **Aktiven<sup>50</sup> zu verwerten und die Verpflichtungen<sup>51</sup> der Gesellschaft zu erfüllen<sup>52</sup>**. Stellen sie dabei jedoch eine Überschuldung der Aktiengesellschaft fest, so haben auch die Liquidatoren die Pflicht, die Verlustbilanz beim Richter zu hinterlegen, der die Konkurseröffnung verfügt. Eine aussergerichtliche Liquidation kann dementsprechend wie die aussergerichtliche Sanierung nur in dem Masse durchgeführt werden, als die *Gesellschaft nicht überschuldet* ist bzw. die Gläubigerinteressen nicht gefährdet sind. Das revidierte Aktienrecht hat daher folgerichtig darauf verzichtet, die vorzeitige Verteilung des Liquidationserlöses an die Aktionäre von der Genehmigung durch den Richter<sup>53</sup> abhängig zu machen; immerhin verlangt das Gesetz eine Revision der Liquidationsbilanz durch einen besonders befähigten Revisor<sup>54</sup>.

### 2.2. Gerichtliche Liquidation

Analog zur gerichtlichen Sanierung stellt das öffentliche Recht der *überschuldeten* Aktiengesellschaft auch bei der gerichtlichen Liquidation ein *vikariierendes System* zur Verfügung, das auf entsprechenden Antrag hin anwendbar ist: einerseits den **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>55</sup>** vor der Nachlassbehörde, andererseits die Konkurseröffnung durch den Konkursrichter nach **Insolvenzerklärung** oder **Überschuldungsanzeige** durch die Aktiengesellschaft.

Mit dem Liquidationsvergleich soll die Konkurseröffnung vermieden werden, die vor allem in früheren Zeiten nicht nur wirtschaftliche Nachteile mit sich brachte. Sämtliche Aktiven der Aktiengesellschaft<sup>56</sup> werden zwecks Verwertung den Gläubigern überlassen und die Gesellschaft im Nachlassverfahren liquidiert. Voraussetzung des Liquidationsvergleiches ist indessen unter anderem das *Vorhandensein angemessener Vermögensbestandteile* trotz Überschuldung der Aktiengesellschaft; andernfalls wird sich keine Gläubigermehrheit für den Nachlassvertrag finden lassen. In einem solchen Fall bleibt der Aktiengesellschaft nur noch der Konkurs.

Hat sich das Vermögen der Aktiengesellschaft derart vermindert, dass die Konkursverwaltung nach der Konkurseröffnung *keine Vermögensbestandteile* mehr vorfindet, verfügt der Konkursrichter die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven<sup>57</sup>, es sei denn, ein Gesellschaftsgläubiger beantrage innert zehn Tagen nach Publikation gegen Sicherheitsleistung die Durchführung des Konkursverfahrens<sup>58</sup>. Bleibt es bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, so erfolgt die **Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister**, wenn nicht innert drei Monaten nach Publikation der Eintragung der Einstellung gegen die Löschung begründeter Einspruch<sup>59</sup> erhoben wird. Beim ordentlichen Konkurs und beim Liquidationsvergleich erfolgt die Löschung bereits mit dem Entscheid auf amtliche Mitteilung<sup>60</sup> hin.

Die zehntägige und die dreimonatige Frist bei der Kurseinstellung mangels Aktiven der Aktiengesellschaft dient ebenfalls dem Gläubigerschutz. Insbesondere beim vollständigen Vermögensverfall stellt sich jeweils die Frage nach der **privat- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates**. Im Vordergrund steht die aktienrechtliche Verantwortlichkeit<sup>61</sup> im

45 Art. 173a SchKG i. V. m. Art. 725a Abs. 1 revOR.

46 Art. 317 SchKG.

47 Es gilt hier die Einstimmigkeit der Gläubiger im Gegensatz zum gerichtlichen Liquidationsvergleich.

48 Art. 737 i. V. m. Art. 738 revOR.

49 Art. 740 Abs. 1 revOR.

50 Art. 663a Abs. 2 revOR.

51 Art. 663a Abs. 3, erster Satzteil, revOR.

52 Art. 743 Abs. 1 revOR.

53 Vgl. Art. 745 Abs. 3 aOR.

54 Vgl. Art. 745 Abs. 3 revOR und Art. 727b revOR.

55 Liquidationsvergleich nach Art. 316a–316t SchKG, vgl. H. FRITZSCHE (FN 37), 348.

56 Art. 663a Abs. 2 und Art. 665–667 revOR.

57 Art. 230 Abs. 1 SchKG.

58 Art. 230 Abs. 2 SchKG.

59 Art. 66 Abs. 2 HRV.

60 Art. 66 Abs. 2 und Abs. 3 HRV.

61 Vgl. dazu P. FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987.

Konkurs<sup>62</sup>. Für die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte massgebend sind neben den allgemeinen Unternehmensführungspflichten<sup>63</sup> die Pflicht zur Buchführung<sup>64</sup> sowie das Verbot der Verletzung der entsprechenden strafrechtlichen Normen durch den Verwaltungsrat<sup>65</sup>. Anzuführen sind insbesondere die Strafnormen betreffend leichtsinnigen Konkurs und Vermögensverfall<sup>66</sup>, Unterlassung der Buchführung<sup>67</sup> und ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher<sup>68</sup>. Einem effizienten Gläubigerschutz dienen auch die Bestimmungen des revidierten Aktienrechts über die Rückerstattungspflicht<sup>69</sup> der Aktionäre und Verwaltungsratsmitglieder.

Nachfolgend sind vor dem Hintergrund des Konkursrechts die aktienrechtliche Insolvenz und Überschuldung<sup>70</sup> näher zu betrachten. In der Praxis bereitet die Unterscheidung zwischen Art. 191 und Art. 192 SchKG bei Unternehmenskonkursen teilweise Schwierigkeiten, was sich auch in einer uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte zeigt.

## B. Insolvenz der Aktiengesellschaft

### I. Voraussetzungen der Konkursöffnung

Jeder Schuldner, mithin auch eine Aktiengesellschaft<sup>71</sup>, kann sich gemäss Art. 191 SchKG beim Gericht als zahlungsunfähig erklären und damit die Konkursöffnung bewirken. Demzufolge ist zu unterscheiden zwischen Insolvenzen von *Unternehmen*<sup>72</sup> und von *Privaten*. Für Private gilt nur Art. 191 SchKG, für bestimmte Gesellschaftsformen nebst Art. 191 SchKG auch Art. 192 SchKG (nachfolgend C.). Einzige materielle Voraussetzung ist die schuldnerische **Erklärung** der Zahlungsunfähigkeit beim Gericht. Die effektive Vermögenslage hat keine Bedeutung. Der Schuldner hat weder zu behaupten noch glaubhaft zu machen, dass er sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet<sup>73</sup>.

Die Qualifikation von Unternehmenskonkursen zufolge Zahlungsunfähigkeit<sup>74</sup> einerseits und Überschuldung<sup>75</sup> andererseits bereitet der Praxis indessen teilweise Schwierigkeiten. So finden sich Entscheide, die selbst dann die genannten Voraussetzungen von Art. 191 SchKG gelten lassen, wenn der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft die Überschuldungsbilanz beim Richter deponierte. In diesen Entscheiden<sup>76</sup> wird denn auch nicht zwischen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung unterschieden. Beide Tatbestände können zwar zur Konkursöffnung führen, beinhalten jedoch die Erfüllung unterschiedlicher Voraussetzungen.

## II. Legitimation zur Insolvenzerklärung

### 1. Materielle Legitimation

Die **Erklärung der Zahlungsunfähigkeit** ist ein Recht, nicht eine Pflicht; dies im Unterschied zur Pflicht der Bilanzdeponierung bei Überschuldung. Legitimiert dazu ist der Schuldner. Bei einer Aktiengesellschaft stellt sich die Frage, wer dieses Recht ausüben kann und somit berechtigt ist, die Insolvenzerklärung abzugeben. Die Insolvenzerklärung beruht auf dem freien Willen der Gesellschaft und führt zu ihrer Auflösung.

Bei der Aktiengesellschaft ist der **Beschluss** über die freiwillige Auflösung von **der Generalversammlung**<sup>77</sup> zu fassen. Er gehört zu den unübertragbaren<sup>78</sup> Rechten der Generalversammlung.

62 Art. 757 revOR.

63 Art. 716a revOR.

64 Art. 957–964 OR i. V. m. Art. 662 ff. revOR.

65 Art. 172 und Art. 326 StGB.

66 Art. 165 StGB.

67 Art. 166 StGB.

68 Art. 325 StGB.

69 Art. 678–679 revOR.

70 Vgl. dazu die folgende Literaturübersicht: K. AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Zürich 1988; W. BAUMANN, Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1979; E. BLUMENSTEIN, Schuldbetreibungsrecht, Bern 1911; R. GENTINETTA, Die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung, Freiburg 1932; R. GIROUD, Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 1986; C. JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 3. A., Zürich 1911; B. LANTER, Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen, Zürich 1976; G. SCHECH, Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht, Zug 1938; vgl. dazu auch die Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (insb. Art. 191 und Art. 192 SchKG).

71 R. GENTINETTA (FN 70), 40.

72 Im vorliegenden Zusammenhang: AG, GmbH, Genossenschaft.

73 R. GENTINETTA (FN 70), 38; vgl. aber de lege ferenda, Botschaft SchKG (FN 70), 117.

74 Vorstehende FN 20.

75 Vorstehende FN 21–26.

76 Vgl. dazu: Cour de justice civile (GE), Entscheid SJ 1967 408, mit Korrektur durch das gleiche Gericht in: SJ 1989 264. Unzutreffende Bezugnahme auf Art. 191 SchKG auch in BGE 99 II 288: "L'avis d'insolvabilité au juge est un dépôt de bilan. Le juge doit déclarer la faillite. C'est un cas particulier d'application de la faillite sans poursuite préalable, sur déclaration du débiteur (art. 191 LP)".

77 Art. 736 Ziff. 2 revOR; gleich wie nach aOR; vgl. dazu SOG 1987, 31f.

78 Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 revOR.

## 2. Formelle Legitimation

Der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung bei der Aktiengesellschaft bedarf der **öffentlichen Beurkundung**<sup>79</sup>, selbst wenn er einstimmig gefasst worden ist. Ein nicht beurkundeter Generalversammlungsbeschluss über die Auflösung ist ungültig<sup>80</sup>.

Zur Durchführung des Generalversammlungsbeschlusses ist – eine andere gewählte Regelung vorbehalten – der **Verwaltungsrat**<sup>81</sup> zuständig. Der Generalversammlung fehlt daher grundsätzlich die Befugnis, beim Richter die Zahlungsunfähigkeit zu erklären. Der Richter hat sich zu vergewissern, dass derjenige, welcher die Insolvenz der Aktiengesellschaft erklärt, die erforderlichen Nachweise erbringt, um die Gesellschaft rechtsgültig zu verpflichten.

In der Praxis stellt sich die Frage, ob der Notar den öffentlich beurkundeten Auflösungsbeschluss der Generalversammlung dem Handelsregisteramt mitzuteilen und von diesem im Schweizerischen Handelsamtsblatt<sup>82</sup> zu veröffentlichen sei. Dies ist nicht erforderlich, da die Auflösung zwecks Insolvenzerklärung erfolgt und danach der Konkurs ausgesprochen wird. Dieser bewirkt ebenfalls die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, was dem Handelsregisteramt ohnehin mitgeteilt wird.

## III. Gerichtsentscheid nach Insolvenzerklärung

### 1. Materielle Voraussetzung

Nach einer die Anforderungen erfüllenden Insolvenzerklärung hat der Konkursrichter über die Aktiengesellschaft den Konkurs zu eröffnen. Einzige Schranke bildet das Rechtsmissbrauchsverbot, das jedoch nur in seltenen Einzelfällen<sup>83</sup> verletzt sein wird. Rechtsmissbrauch ist allerdings dann möglich, wenn in Missachtung der aktienrechtlichen Kompetenzordnung einzelne Verwaltungsräte oder gar Geschäftsführer zur Insolvenzerklärung zugelassen werden. Damit werden einerseits die Rechte der Generalversammlung beeinträchtigt, andererseits nicht selten die Pflichten des Verwaltungsrates zur erforderlichen Bilanzdeponierung und die Rechte der Gläubiger auf Sanierungsantrag umgangen. Dies ist indessen keine Frage des Rechtsmissbrauchs, sondern – bei fehlender Prüfung der materiellen und formellen Legitimation – eine Frage unzureichender Rechtsanwendung.

### 2. Formelle Voraussetzung

Der Konkursrichter kann einen sich als zahlungsunfähig erklärenden Schuldner zu einem **Kostenvorschuss** anhalten. Leistet er diesen nicht, wird der Konkurs nicht eröffnet<sup>84</sup>. Die Kostenvorschusspflicht bei der Insolvenzerklärung gilt ohne weiteres auch für Aktiengesellschaften.

## C. Überschuldung der Aktiengesellschaft

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Konkursgrund der Überschuldung in erster Linie, die *Gesellschaftsgläubiger* zu schützen. Es soll vermieden werden, dass einzelne Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft vor den übrigen befriedigt und somit bevorzugt werden. Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige<sup>85</sup> schützt aber nicht nur die Gesellschaftsgläubiger, sondern auch die *Allgemeinheit*. Jede Person könnte nämlich mit der überschuldeten Gesellschaft in Verbindung treten und allein dadurch Schaden erleiden. Diese Gefahr zu verhindern ist ein öffentliches Anliegen.

### I. Voraussetzung der Konkurseröffnung

Zu den formellen Voraussetzungen der Konkurseröffnung aufgrund von Art. 192 SchKG gehört die rechtmässige Benachrichtigung des Richters. Mit der Überschuldungsanzeige ist die Bilanz beim Richter zu hinterlegen. Während die Insolvenzerklärung ein freiwilliger<sup>86</sup> Konkursgrund ist, besteht bei der Überschuldung eine **Anzeigepflicht**<sup>87</sup>. Die Anzeige der Überschuldung geht von der Aktiengesellschaft aus. Der Richter hat aber bei der *Überschuldung* – im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit – deren Vorhandensein zu *prüfen*. Die Konkurseröffnung im Falle von Art. 192 SchKG setzt voraus, dass eine Überschuldung<sup>88</sup> tatsächlich besteht, was aufgrund einer Bilanz zu Veräusserungs- oder Fortführungswerten *materiell* abzuklären ist. Falls keine Überschuldung vorliegt, darf der Richter den Konkurs nicht eröffnen<sup>89</sup>.

Nach bisher geltendem Aktienrecht konnte der Konkursrichter bei dieser Aufgabe im Regelfall lediglich auf die Angaben des Verwaltungsrates und dessen Bilanzun-

79 Art. 736 Ziff. 2 revOR; wie bereits nach aOR.

80 F. W. BÜRGI, Komm. Art. 736 OR, Rn 17.

81 Art. 716 Abs. 2 revOR; vgl. Art. 721 Abs. 1 aOR.

82 Vermerk im SHAB: "Gesellschaft in Liquidation".

83 Der Rechtsmissbrauch hat Ausnahmecharakter; vgl. E. ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zürich 1981, 371–373 und 388–389. Es ist daher gesetzestechnisch fragwürdig, einzelne Fälle zum Anlass von Gesetzesänderungen zu nehmen, was bei Art. 191 SchKG vorgeschlagen wird, Botschaft SchKG, FN 70, 116–117.

84 Art. 169 i. V. m. Art. 191 SchKG; vgl. indessen zum Kostenvorschuss bei der Überschuldungsanzeige FN 141–148.

85 Vgl. demgegenüber das Recht zur Insolvenzerklärung, vorstehend B. II. 1.

86 Art. 191 SchKG bezieht sich bei der Aktiengesellschaft auf Art. 736 Ziff. 2 revOR.

87 Art. 192 SchKG bezieht sich bei der Aktiengesellschaft auf Art. 725 Abs. 2 revOR.

88 Vgl. dazu vorstehend FN 21–26.

89 R. GIROUD (FN 70), 54f.

terlagen abstellen. Im revidierten Aktienrecht wurde nunmehr zufolge der generellen Aufwertung der Revision<sup>90</sup> bestimmt, dass die einzureichende Überschuldungsbilanz mit dem Prüfungsbericht<sup>91</sup> der Revisionsstelle einzureichen ist. Mit dieser begrüssenswerten Neuregelung ist Gewähr für eine sachgerechte Beurteilung der betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragen geboten.

## 1. Prüfung der Bilanz nach altem Aktienrecht

Nachfolgend ist beispielhaft auf die Rechtsprechung zum alten Recht hinzuweisen, womit sich auch gelegentliche Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Überschuldung der Aktiengesellschaft zeigen.

In einem Genfer Entscheid<sup>92</sup> wurde eine formell mangelhafte Zwischenbilanz als *Beweismittel für die Überschuldung* der Gesellschaft zurückgewiesen und deshalb das vorinstanzliche Konkursdekret aufgehoben. Das Gericht führte folgendes aus: "En l'occurrence, l'administration a produit le bilan au 31 décembre 1987 sur lequel on a simplement ajouté: 'Provisoire au 30.6.88'. Le compte de pertes et profits, quant à lui, montre la même perte d'exploitation qu'au 31 décembre 1987, seuls un poste au crédit et un au débit ayant été réctifiés. En outre, ce bilan au 31 décembre 1987 n'a pas été signé, a été contesté par les autres actionnaires et n'a pas été approuvé par l'assemblée générale du 16 décembre 1988. Dès lors il ne peut valoir comme moyen de preuve pour déterminer si les conditions de l'article 725 alinea 3 CO sont réalisées (ATF 103 IV 23 = JdT 1978 IV 140). Le premier juge ne pouvait donc se fonder sur ce bilan pour prononcer la faillite." Entscheidend war somit, dass für ein halbes Jahr Geschäftstätigkeit in der Bilanz überhaupt keine und in der Erfolgsrechnung lediglich eine einzige Veränderung ausgewiesen wurde und diese offenbar erst noch nur eine Berichtigung ("ayant été réctifié") darstellte. Dabei wird allerdings ausser acht gelassen, dass diese Gesellschaft ihre Tätigkeit eingestellt haben könnte, weshalb nichts mehr zu verbuchen war. Auf jeden Fall richtig ist jedoch das Erfordernis einer Bilanz neuesten Datums. Die beiden anderen Gründe, weshalb die Bilanz zurückgewiesen wurde (fehlende Unterzeichnung, keine Genehmigung durch die Generalversammlung) werden lediglich hilfsweise herangezogen ("en outre"). Die Genehmigung der Überschuldungsbilanz durch die Generalversammlung ist weder im alten noch im neuen Aktienrecht vorgesehen und daher unbeachtlich.

Noch unter dem alten Recht entschied das Zürcher Obergericht<sup>93</sup>, bei einer kleinen, stark persönlichkeitsbezogenen Gesellschaft lasse sich die *Überschuldung nicht bloss aufgrund einer Bilanz, sondern auch auf andere Weise* nachweisen. Das Gericht führte aus, es sei zu prüfen, "ob vorgängig der Meldung an den Richter noch eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen gewesen wäre. Dies ist – mit Rücksicht auf den Zweck des Vorgehens nach Art. 192 SchKG in Verbindung mit Art. 725 Abs. 3 OR – zu verneinen: Es leuchtet ein, dass der Kon-

kursgrund der Überschuldung in erster Linie dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient (GIROUD, a. a. O., § 5 N 76). Bei der im vorliegenden Fall gegebenen Sachlage erweist sich dann aber ein umgehendes Konkursdekret als die zweckmässigste Interessenwahrung. Ein Zuwarren, bis bilanzmässig quantifizierte Sicherheit über einen Zustand besteht, der aufgrund des Gesamtbildes bereits hinreichend erwiesen ist, liesse sich mit eben diesen Gläubigerinteressen nicht vereinbaren. Dass damit zugleich dem Interesse der heutigen Verwaltung, ihre Verantwortlichkeit im Rahmen des Möglichen einzugrenzen, entsprochen wird, ändert nichts daran, dass von einer missbräuchlichen Herbeiführung des Konkursdekretes nicht die Rede sein kann. Eine weitergehende Belegung des Gesamtzustandes der Unternehmung vor der Konkurseröffnung zu verlangen, stände im übrigen auch mit dem *summarischen Charakter* des vorliegenden Verfahrens in Widerspruch, der auch bei Vorliegen einer Bilanz zu Veräusserungswerten angesichts des unvermeidlichen Ermessensspielraums keine höhere Gewissheit über den Zustand der Gesellschaft gewinnen liesse." Nach revidiertem Aktienrecht lässt sich kaum mehr vorstellen, dass die Frage der Überschuldung ohne Vorhandensein einer Bilanz überprüft werden kann, da mit der Bilanz ohnehin ein Revisionsbericht einzureichen ist, der diese betriebswirtschaftlich kritisch zu würdigen hat.

## 2. Prüfung der Bilanz nach neuem Aktienrecht

Die Zwischenbilanz, welche die Überschuldung der Aktiengesellschaft nachweisen soll, ist zu Fortführungs- und Veräusserungswerten der *Revisionsstelle* zur Prüfung vorzulegen<sup>94</sup>. Neben der weiterhin nötigen formellen und materiellen Prüfung der Bilanz ist inskünftig auch abzuklären, ob die Revisionsstelle den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

### 2.1. Befähigung des Revisors

Im Normalfall müssen die Revisoren *befähigt*<sup>95</sup> sein, ihre Aufgaben bei der zu prüfenden Gesellschaft zu erfüllen. In gesetzlich genau bestimmten Fällen<sup>96</sup> ist zu prüfen, ob die Revisoren den vom Bundesrat umschriebenen fachlichen Anforderungen an *besonders befähigte*<sup>97</sup> Revisoren genügen. Letzere Situation liegt vor, wenn die Gesellschaft Anleiheobligationen ausstehend hat, die Aktien

90 Vgl. dazu vorstehend FN 30–35.

91 Art. 725 Abs. 2 revOR.

92 Cour de justice (GE) vom 6.3.1989, in: SJ 1989 264.

93 ZR 86/1987 Nr. 44 E. 3c, 102.

94 Art. 725 Abs. 2 revOR.

95 Art. 727a revOR.

96 Art. 727b Abs. 1 revOR.

97 Art. 727b Abs. 2 revOR.

der Gesellschaft an der Börse kotiert sind oder vorbörslich gehandelt werden oder zwei der folgenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschritten wurden: Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, Umsatzerlös von 40 Millionen Franken oder 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt. Bei der Wahl einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft als Revisor haben Personen die Prüfung zu leiten, welche die Anforderungen an die Befähigung erfüllen<sup>98</sup>.

## 2.2. Unabhängigkeit des Revisors

Die Revisoren müssen vom Verwaltungsrat und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein<sup>99</sup>. Bei Wahl einer Handelsgesellschaft oder Genossenschaft als Revisorenstelle haben Personen die Prüfung zu leiten, welche die Anforderungen an die Befähigung erfüllen<sup>100</sup>. Das Erfordernis der Unabhängigkeit gilt sowohl für die Gesellschaft selber als auch für alle Personen, welche die Prüfung durchführen<sup>101</sup>.

## II. Legitimation zur Überschuldungsanzeige

### 1. Materielle Legitimation

Legitimiert zur Überschuldungsanzeige ist einzig der **Verwaltungsrat**<sup>102</sup> und im Falle der Liquidation die **Liquidatoren**<sup>103</sup>. Sonst ist niemand dazu berechtigt<sup>104</sup>. Nicht berechtigt zur Anzeige sind namentlich die Direktion, die Generalversammlung<sup>105</sup>, einzelne Aktionäre<sup>106</sup> und Aktionärgruppen<sup>107</sup>, die Kontrollstelle<sup>108</sup>, Gläubiger<sup>109</sup> oder irgend ein Dritter<sup>110</sup>.

Die Verwaltung bedarf zur Abgabe einer Überschuldungsanzeige auch keiner Ermächtigung der Generalversammlung. Der bereits angeführte Entscheid des Zürcher Obergerichts<sup>111</sup> ist für diese Rechtsfrage auch nach revidiertem Aktienrecht massgeblich; das Gericht führte in diesem Zusammenhang aus: "Zum Vorgehen gestützt auf Art. 725 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 192 SchKG ist nach unbestrittener Auffassung die *Verwaltung zuständig* (statt vieler, GIROUD, a. a. O., 5 N. 91 mit weiteren Nachweisen). Sie kann damit von sich aus handeln, wenn nach ihrer Auffassung die entsprechenden Voraussetzungen eingetreten sind, ohne durch einen Generalversammlungsbeschluss ausdrücklich zu diesem Vorgehen ermächtigt worden zu sein".

#### 1.1. Gesamtverwaltungsrat

Die **Überschuldungsanzeige** übersteigt die Vertretungsmacht eines einzelnen – allenfalls auch einzelzeichnungsberechtigten<sup>112</sup> – Verwaltungsratsmitgliedes und nicht lediglich dessen Vertretungsbefugnis, da es **keine Vertretungshandlung** ist, die sich irgendwie aus dem Gesellschaftszweck ergibt. Daraus folgt, dass der Gesamtverwaltungsrat die Überschuldungsanzeige zu erstatten hat. Dies führt der Berner Appellationshof<sup>113</sup> zutreffend aus: "Die Vorinstanz hat nun angenommen, weil

X wie die beiden andern Verwaltungsräte einzelzeichnungsberechtigt ist, sei er auch als zur Konkursanmeldung legitimiert zu betrachten (. . .). Nach Art. 718 Abs. 1 OR sind freilich die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen ermächtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Dabei ist diese Bestimmung, die dem Schutz gutgläubiger Dritter dient, weit zu interpretieren. . . . Die Konkursanmeldung nach Art. 192 SchKG ist keine solche Vertretungshandlung, die sich irgendwie aus dem Gesellschaftszweck ergibt. Sie führt zur *Auflösung der Gesellschaft* (Art. 736 Ziff. 3 OR), und dies *hat mit dem Gesellschaftszweck nichts zu tun* (BÜRGI, Kommentar, N. 5 zu Art. 718 OR; HESS, a. a. O., S. 80; VON STEIGER, a. a. O., S. 131)".

Derselbe Grundsatz wird auch in einem Genfer Entscheid<sup>114</sup> bestätigt: "Considérant que, selon l'article 725 CO al. 3, dès que l'actif ne couvre plus les dettes, l'administration est tenue d'en informer le juge, que c'est là une obligation qui, d'après la loi, *incombe à l'administration comme telle* (SCHUCANY, Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht ad art. 721 chiffre 1 et 2, page 160; BÜRGI ad art. 721 p. 600) et non à chaque membre de l'administration pris individuellement (voir aussi GUHL p. 476 et DE STEIGER p. 223), ... Que de ce fait, et en raison de la gravité de la décision, il importe que la déclaration d'insolvabilité *qui engage l'existence même de la société émane bien de l'organe de la société anonyme comme tel et non pas d'un simple représentant*, fût-il administrateur avec pouvoir d'engager et de gérer individuellement celle-ci; ce dernier ne pouvant agir valablement à cet égard que muni de pouvoirs spéciaux conférés par l'administration comme telle."

98 Art. 727d Abs. 2 revOR.

99 Art. 727c Abs. 1, erster Satz, revOR; zur Unabhängigkeit im Konzern auf Verlangen eines Aktionärs oder Gläubigers vgl. Art. 727c Abs. 2 revOR.

100 Art. 727d Abs. 2 revOR.

101 Art. 727d Abs. 3 revOR.

102 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR.

103 Art. 743 Abs. 2 revOR; wie bisher aOR.

104 GENTINETTA (FN 70), 46.

105 BGE 99 Ia 16.

106 BGE 99 Ia 16.

107 SJZ 18 (1921/1922) 95 Nr. 23; BÜRGI, Komm. Art. 725 OR, Rn. 12 Abs. 3.

108 BGE 99 Ia 16.

109 BGE 99 Ia 16; SJZ 27 (1930/1931) 55 Nr. 11.

110 SJZ 18 (1921/1922) 95 Nr. 23.

111 Vgl. vorstehende FN 93; ZR 86/1987 Nr. 44 E. 4a, 102.

112 Einzelzeichnungsberechtigung ist im revidierten Aktienrecht die Regel; Art. 718 Abs. 1 revOR.

113 ZBJV 108 (1972) 320 in: M. PEDRAZZINI, Gesellschaftsrechtliche Entscheide, 3. A., Bern 1989, Nr. 78, 305 f.

114 SJ 1967 409.

## 1.2. Mehrheitsbeschluss?

Die Rechtsprechung lässt nun aber tendenziell einen **Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates**<sup>115</sup> genügen: "Que, cela étant, l'on peut se demander si la déclaration d'insolvabilité d'une société anonyme émanera, sans décision contraire des statuts, de tous les membres de l'administration, comme le soutient JAEGER ad art. 191 chiffre 1 page 198, ou si au contraire une simple décision majoritaire suffira (BÜRGI ad 716 note 23) ... Qu'il paraît, en dépit de l'opinion de JAEGER, qu'une simple décision majoritaire du conseil d'administration suffit (voir à cet égard F. DE STEIGER: Le droit des sociétés anonymes en Suisse p. 238 et Funk: Kommentar OR, das Recht der Gesellschaft ad art. 725 CO p. 389 ch. 4 in fine) ...".

Auch das Zürcher Obergericht<sup>116</sup> bestätigt diese Auffassung: "Dass ein einstimmiger Beschluss erforderlich gewesen wäre, machen die Rekurrenten nicht geltend. Damit ist ohne Belang, ob die Rekurrentin I tatsächlich – wie die Rekursgegnerin behauptet – ordnungsgemäss an dieser Beschlussfassung hätte teilnehmen können; auch in ihrer Abwesenheit konnte ein gültiger Mehrheitsbeschluss der übrigen Verwaltungsratsmitglieder ergehen."

Wesentlich ist jedoch, dass alle Verwaltungsräte die Möglichkeit haben, an der Beschlussfassung mitzuwirken.

## 1.3. Delegation?

### a. Legitimation der Generalversammlung?

Zuständig zur Abgabe der Überschuldungsanzeige ist der Verwaltungsrat und nicht die Generalversammlung. Selbst ein einstimmiger Beschluss der Generalversammlung kann nicht mit der Begründung in einen solchen des Verwaltungsrates umgewandelt werden, es hätten alle Mitglieder des Verwaltungsrates an der Generalversammlung teilgenommen und jenem Beschluss zugestimmt. Die **aktienrechtliche Ordnung** ist demnach bei der Abgabe der Überschuldungsanzeige **formell einzuhalten**, auch wenn personelle Identität zwischen den verschiedenen Gesellschaftsorganen bestehen sollte<sup>117</sup>.

### b. Legitimation durch Reglement?

Die Pflicht zur Überschuldungsanzeige gehört zu den Organisationsvorschriften der Aktiengesellschaft, und zwar zu den Normen über den Verwaltungsrat. Dem Verwaltungsrat ist es grundsätzlich gestattet, die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu übertragen<sup>118</sup>. Die Ansichten, ob das auch mit der Pflicht zur Überschuldungsanzeige vereinbar sei, gingen nach altem Recht auseinander, insbesondere mit Bezug auf die Frage, ob die Übertragung dann möglich ist, wenn die **Statuten oder ein Reglement** einen oder mehrere Verwaltungsräte zur Geschäftsführung und Vertretung der AG ermächtigen oder ob die Statuten ausdrücklich einzelne Verwaltungsratsmitglieder mit der Aufgabe der Überschuldungsanzeige betrauen dürfen<sup>119</sup>.

Diese Streitfrage hat der Gesetzgeber nunmehr im revidierten Aktienrecht entschieden, indem er die Benach-

ichtigung des Richters im Falle der Überschuldung zur **unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe des Verwaltungsrates**<sup>120</sup> erklärte. Damit sind auch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit klare Voraussetzungen gegeben.

### c. Legitimation durch Gesetz?

Eine andere Frage stellt sich bei überschuldeten Aktiengesellschaften, die keinen Verwaltungsrat mehr aufweisen. Hier werden aber *keine Anzeigen* mehr erstattet und ehemalige Verwaltungsräte sind aktienrechtlich verantwortlich<sup>121</sup>. Solche Aktiengesellschaften sind zudem in der Regel nicht mehr aktiv und sie werden nach einem besonderen Verfahren von Amtes wegen gelöscht<sup>122</sup>.

In der Praxis kommt es aber häufig vor, dass ausserhalb jeglicher aktienrechtlicher Kompetenzordnung die Aktiengesellschaft durch "Geschäftsführer" weiter betrieben wird. Diese sind, wie bereits erwähnt, zur Überschuldungsanzeige nicht legitimiert. Ein solcher, die Aktivitäten der Gesellschaft weiter betreibender Geschäftsführer haftet den Gesellschaftsgläubigern allenfalls als *falsus procurator*<sup>123</sup>.

Auch die **Legitimation** eines vormundschaftlichen Beistandes **ex lege**<sup>124</sup> für die handlungsunfähige Körperschaft ist abzulehnen, da dieser Tatbestand im Aktienrecht besonders geregelt ist. Fehlt es der Aktiengesellschaft an den vorgeschriebenen Organen und damit an der Möglichkeit zur Überschuldungsanzeige, so kann der Richter auf Begehren eines Aktionärs oder eines Gläubigers die Auflösung verfügen, sofern die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzmässigen Zustand wieder herstellt<sup>125</sup>.

Bei Überschuldung erfolgt die Auflösung über die Konkursöffnung und die konkursamtliche Liquidation<sup>126</sup>.

115 Vgl. vorstehende FN 114.

116 ZR 86/1987 Nr. 44 E. 4b, 102.

117 Zum Paritätsprinzip im Verhältnis der Organe zueinander, P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ (FN 43), §16 Rn 6.

118 Art. 716b revOR.

119 Vgl. zum alten Recht: Bejahend: BÜRGI Komm. Art. 712 OR N 19 und 21 f.; Art. 725 OR N 12. Verneinend: P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ (FN 43), §24 N 28; GIROUD (FN 70), 74.

120 Art. 716a Abs. 1, Ziff. 7 revOR.

121 Vorstehende FN 61–69.

122 Art. 89 HRV; die revidierte HRV ist z. Z. noch nicht publiziert.

123 Art. 38 OR.

124 Art. 54 i. V. m. Art. 393 Ziff. 4 ZGB.

125 Art. 625 Abs. 2 revOR; wie bisher aOR; vgl. auch Art. 89 HRV.

126 Vgl. dazu aber vorstehende FN 57–62.

## 2. Formelle Legitimation

### 2.1. Rechtsnatur der Überschuldungsanzeige

Das Gesetz spricht davon, der Richter sei zu "benachrichtigen"<sup>127</sup>. Es wird nicht erwähnt, der Verwaltungsrat habe einen Antrag auf Konkursöffnung zu stellen. Auch in Lehre und Rechtsprechung wird nicht von einem Antrag gesprochen, sondern von einer *Überschuldungsanzeige*<sup>128</sup> oder es wird ebenfalls einfach von "benachrichtigen" gesprochen<sup>129</sup>. Unklar ist jedoch GENTINETTA, der als Titel "Die Antragspflicht" aufführt, im folgenden aber ebenfalls von Anzeige spricht<sup>130</sup>.

Die Überschuldungsanzeige stellt **keinen Antrag auf Konkursöffnung** dar<sup>131</sup>. Anzeigen gelten als Vorstellungsäusserungen im Gegensatz zu den eigentlichen Willensäusserungen<sup>132</sup>. Es geht demnach darum, dass der Richter von der Überschuldung erfährt. Damit hat der Verwaltungsrat seine gesetzliche Pflicht erfüllt, und das weitere Verfahren nimmt von Amtes wegen seinen Lauf. Hätte das Gesetz wirklich, bevor der Richter tätig zu werden hat, einen Antrag verlangt, so wäre dies, insbesondere im revidierten Aktienrecht, entsprechend ausformuliert worden. Insofern besteht auch eine Analogie zur Insolvenzerklärung<sup>133</sup>. Der Verwaltungsrat hat demnach nur eine Anzeige zu machen, ein formeller Antrag auf Konkursöffnung ist nicht Voraussetzung für das Tätigwerden des Richters.

Andererseits kann der Richter ohne Anzeige nicht von sich aus Massnahmen ergreifen. Das Bundesgericht<sup>134</sup> hat in diesem Zusammenhang folgendes ausgeführt: ". . . keinesfalls hingegen kann der Richter bei Unterlassung der Anzeige die in Art. 725 Abs. 4 OR vorgesehenen Massnahmen von Amtes wegen anordnen, d. h. unter Umständen den *Konkurs von Amtes wegen anordnen, wenn er auf andere Weise von der Überschuldung Kenntnis erhält*. Dass die Regelung des Art. 725 OR nicht nur den Interessen der bereits Beteiligten, d. h. namentlich der Gläubiger dient, sondern auch den Schutz allfälliger zukünftiger Kreditgeber im Auge hat und insoweit ein öffentliches Interesse verfolgt, ändert nichts. Es ist nach der dargelegten gesetzlichen Ordnung *allein dem verantwortlichen Gesellschaftsorgan anheimgestellt*, ob und zu welchem Zeitpunkt eine richterliche Intervention nach Art. 725 Abs. 4 OR erfolgen soll."

Einzige Schranke bildet die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates.

### 2.2. Form der Überschuldungsanzeige

Mit der Überschuldungsanzeige ist auch die **Bilanz** beim Richter zu **hinterlegen**. Deshalb hat sich auch der Begriff "die Bilanz deponieren" für die Benachrichtigung des Richters eingebürgert<sup>135</sup>. Geht der Verwaltungsrat nun davon aus, um sich zu entlasten genüge es, die Bilanz zu deponieren, ohne eine besondere Anzeige als solche zu erstatten, so ist nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass mit dem Deponieren der Bilanz die Überschuldungsanzeige erstattet werden wollte. Allenfalls hat der

Richter, falls Unklarheiten bestehen, im Sinne der richterlichen Fragepflicht eine Frist anzusetzen, um dem Verwaltungsrat Gelegenheit zu geben, die oftmals *kommentarlos eingereichte oder mangelhafte Bilanz* mit Bezug auf die Überschuldung zu kommentieren, unter der Androhung, dass andernfalls die mangelhafte Bilanz *nicht als Überschuldungsanzeige* gelten könne und der Verwaltungsrat von der gesetzlichen Anzeigepflicht und Verantwortlichkeit nicht entbunden sei. Nach revidiertem Aktienrecht werden solche Fälle indessen zufolge des ebenfalls pflichtgemäss einzureichenden **Revisionsberichts** seltener werden.

Die Überschuldungsanzeige hat als prozessuale Eingabe an das Gericht die Unterschrift von vertretungsberechtigten Personen zu tragen<sup>136</sup>.

## III. Gerichtsentscheid nach Überschuldungsanzeige

### 1. Konkursöffnung

#### 1.1. Materielle Voraussetzung

Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes geht hervor, dass der Richter nach Erhalt der Überschuldungsanzeige den Konkurs zu eröffnen<sup>137</sup> hat. Er hat demnach grundsätzlich – nach materieller Prüfung der *Überschuldung* – den Konkurs auszusprechen, damit nicht noch weiterer Schaden für die bisherigen oder künftigen Gläubiger entsteht.

Da sich aber die Gläubigerinteressen nicht immer mit der Durchführung des Konkurses am besten wahren lassen, ist der Richter ermächtigt, die Konkursöffnung aufzuschieben, sofern die Verwaltung der Gesellschaft oder ein Gläubiger einen Sanierungsantrag stellt und begründete Aussicht auf Sanierung besteht<sup>138</sup>. Bei **Fehlen eines Sanierungsantrages** hat der Richter die Konkursöffnung auszusprechen, er hat keine andere Möglichkeit<sup>139</sup>.

127 Art. 725 Abs. 2 revOR.

128 GIROUD (FN 70), 70 f.; SJZ 80 (1984) Nr. 7; BGE 99 Ia 16.

129 VON STEIGER, Handelsrecht, SPR, Bd. 8, Bern 1982, 222; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ (FN 43), 208; AMONN (FN 70), 309; T. GUHL/M. KUMMER/J. N. DRUEY, 8. A., Zürich 1991, 659; BLUMENSTEIN (FN 70), 605.

130 GENTINETTA (FN 70), 45 f.

131 SOG 1987 Nr. 10.

132 BÜRGI, Komm. Art. 725 OR, N 15.

133 Vgl. Botschaft SchKG, vorstehende FN 83. Das geltende Recht qualifiziert die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit auch nicht als Antrag.

134 BGE 99 Ia 16.

135 GIROUD (FN 70), 71; vgl. SJZ 80 (1984) Nr. 7.

136 JdT 1977 II 108.

137 Art. 725a Abs. 1, erster Satz, revOR.

138 AMONN (FN 70), 309; vgl. SJZ 80 (1984) Nr. 7.

139 GIROUD (FN 70), 110.

Im übrigen weist auch die Entstehungsgeschichte dieser Regelung darauf hin, dass grundsätzlich nach der Anzeige der Überschuldung und nach deren materieller Überprüfung der Konkurs auszusprechen ist. Erst später wurde zur Wahrung der Gläubigerinteressen die Möglichkeit eingeführt, den Konkurs aufzuschieben und andere zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens dienliche Anordnungen zu treffen<sup>140</sup>.

## 1.2. Formelle Voraussetzung (Kostenvorschuss)

Wie bei der Insolvenzerklärung<sup>141</sup> kann der Konkursrichter ebenso anlässlich der Überschuldungsanzeige einen Kostenvorschuss verlangen. Umstritten ist, ob der Konkurs auch zu eröffnen sei, wenn der auferlegte Kostenvorschuss nicht erbracht wird oder gegebenenfalls die Konkurskosten nicht anderweitig sichergestellt sind.

In Lehre und Rechtsprechung wird zum Teil die Meinung vertreten, die Konkurseröffnung sei auch bei der Überschuldungsanzeige von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen<sup>142</sup>. Auch das Zürcher Obergericht<sup>143</sup> hat sich dahingehend geäußert, dass "der Schuldner, der sich als insolvent erklärt, für die Konkurseröffnungs- und Konkurskosten haftet, weshalb er kostenvorschusspflichtig ist und der Insolvenzerklärung keine Folge gegeben wird, solange der Vorschuss nicht geleistet ist. Das gilt auch für die Insolvenzerklärung von Aktiengesellschaften und Genossenschaften nach den Art. 725 und 903 OR." Die Mehrheit der Autoren vertritt jedoch die gegenteilige Ansicht<sup>144</sup>.

Der herrschenden Lehre ist zuzustimmen, wonach die Konkurseröffnung nicht von einem Kostenvorschuss abhängig gemacht werden soll. Der Verwaltungsrat und allenfalls die Liquidatoren haben eine gesetzliche Pflicht, bei einer Überschuldung den Richter zu verständigen. Es kann daher nicht Sinn des Prozessrechts sein, das von Amtes wegen gebotene Handeln nach der Überschuldungsanzeige zu vereiteln<sup>145</sup>. Zudem ist zu beachten, dass sich die Konkurseröffnung nach Art. 192 SchKG von den übrigen Fällen grundsätzlich unterscheidet. Die Konkurseröffnung erfolgt nicht auf Begehren eines Gläubigers oder des Schuldners selbst (Art. 191 SchKG), sondern ist Folge der gesetzlich vorgeschriebenen Überschuldungsanzeige. Sie liegt deshalb auch nicht im Interesse des Schuldners, wie dies bei der Insolvenzerklärung der Fall ist. Der Sinn der Anzeigepflicht liegt vielmehr darin, die Gläubiger und die Allgemeinheit zu schützen. Dieser besondere, materielle Konkursgrund dient in besonderer Art den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, indem er *verhindern* soll, dass die Gesellschaft ihren Betrieb so lange weiterführen kann, bis vom Gesellschaftsvermögen nichts<sup>146</sup> mehr vorhanden ist. Die unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates zur Überschuldungsanzeige soll verhindern, dass zum Schaden der Allgemeinheit überschuldete juristische Personen im Verkehr bleiben. Gläubiger und Allgemeinheit verdienen deshalb besonderen Schutz, weil die Haftung der Aktiengesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. Es widerspricht deshalb dem materiellen

Recht, die Konkurseröffnung von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen<sup>147</sup>.

Könnte eine Aktiengesellschaft durch Nichtleisten des Kostenvorschusses die Konkurseröffnung verhindern, wäre der Normzweck nicht erreicht und der Schutz der Allgemeinheit nicht gewahrt. Ausserdem wäre die Vorschrift sinnlos, wenn die Verwaltung zwar ihrer gesetzlichen Pflicht nachkommt und die Überschuldung anzeigt, dies aber bei Nichtleisten des Kostenvorschusses gar keine Wirkung zeitigt. Folgerichtig sieht die Botschaft zum revidierten SchKG daher ausdrücklich vor, dass bei der Überschuldungsanzeige die **Kostenvorschusspflicht entfällt**<sup>148</sup>.

## 2. Konkursaufschub (konkursrichterliche Sanierung)

### 2.1. Formelle Voraussetzungen der Sanierung

#### a. Sanierungsantrag

Der Richter darf den Konkursaufschub<sup>149</sup> nur auf Sanierungsantrag hin und nicht von Amtes wegen anordnen<sup>150</sup>. Antragsberechtigt sind einzig der **Verwaltungsrat oder ein Gesellschaftsgläubiger**. Allen anderen, wie etwa der Generalversammlung, den Aktionären, den Liquidatoren oder den Behörden fehlt das Antragsrecht<sup>151</sup>.

Wie aber erhält ein Gläubiger Kenntnis von der Überschuldungsanzeige und der Hinterlegung der Bilanz? In der Regel kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Gläubiger bereits durch den Verwaltungsrat informiert worden sind. Sobald die Überschuldung nachgewiesen ist, sollte die Überschuldungsanzeige daher im Interesse der Gesellschaftsgläubiger im Schweizerischen Handelsamtsblatt mit Fristansetzung für einen allfälligen Sanierungsantrag publiziert werden. Der Sanierungsantrag hat aber den nachfolgend noch zu erörternden materiellen Voraussetzungen zu genügen. Demgegenüber ist

140 SCHECH (FN 70), 1ff.

141 Vgl. dazu vorstehende FN 84.

142 JAEGER (FN 70), Art. 192 N 2, Art. 194 N 1; GENTINETTA (FN 70), 71; BÜRGI, Komm. Art. 725 OR N 17.

143 SJZ 36 (1939), 349.

144 GIROUD (FN 70), 71/72; BAUMANN (FN 70), 98; SCHECH (FN 70), 18; BLUMENSTEIN (FN 70), 604 Anm. 26.

145 Vgl. GIROUD (FN 70), 71/72.

146 Vgl. dazu vorne FN 57–62.

147 Vgl. zutreffend zum bisherigen Art. 725 aOR, SOG 1987 Nr. 10. Dies entspricht auch der Praxis des Zürcher Handelsgerichtspräsidenten als Konkursrichter über die Banken und bankenähnliche Unternehmen.

148 Botschaft (FN 70), 118, 119 und 249.

149 SCHECH (FN 70), II f.

150 Art. 317o SchKG untersagt den Konkursaufschub, wenn das Ende einer gewährten Notstundung weniger als ein Jahr zurückliegt, GIROUD (FN 70), 111.

151 GIROUD, FN 70, 108.

der in der Folge genehmigte Konkursaufschub als solcher nur dann zu veröffentlichen, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist<sup>152</sup>.

Soweit der Sanierungsantrag vom Verwaltungsrat ausgeht, darf mit ihm die gesetzliche Ordnung der konkursamtlichen Liquidation nicht umgangen werden<sup>153</sup>.

### b. Überschuldungsanzeige

Unabdingbare Voraussetzung, um den Konkurs aufzuschieben zu können, ist die Überschuldungsanzeige, da der Konkursaufschub die Ausnahme von der Regel ist<sup>154</sup>. Durch diese Ausnahmeregelung soll verhindert werden, dass der Richter trotz Fehlens einer Betreibung den Konkurs gegen den Willen und gegen den Vorteil aller Beteiligten eröffnen muss, obgleich Sanierungsaussichten bestehen<sup>155</sup>. Aus diesem Grunde ist es auch möglich, bei Vorliegen einer Überschuldungsanzeige den Konkursaufschub zu gewähren, wenn gleichzeitig ein *Begehren eines betreibenden Gläubigers auf Konkurseröffnung* pending ist<sup>156</sup>. Der Konkursaufschub ist aber nicht möglich, wenn ein Gläubiger zwar ein Konkursbegehren stellt, der Verwaltungsrat jedoch vorgängig keine Überschuldungsanzeige einreichte. In diesem Fall steht als Sanierungsmöglichkeit nur noch der Nachlassvertrag im Konkurs zur Verfügung<sup>157</sup>.

### c. Kostenvorschuss

Für die im Verlaufe des Verfahrens anfallenden Kosten hat der Konkursrichter angemessene Vorschüsse zu verlangen<sup>158</sup>. In der Regel wird ein Kostenvorschuss in beträchtlicher Höhe anfallen, da die Tätigkeit eines fachlich ausgewiesenen Sachwalters sicherzustellen ist. Wird der Kostenvorschuss nicht erbracht, verweigert der Richter den Konkursaufschub oder lässt den bestehenden dahinfallen<sup>159</sup>.

## 2.2. Materielle Voraussetzungen der Sanierung

### a. Überschuldung

Materielle Voraussetzung der konkursrichterlichen Sanierung ist der Nachweis der Überschuldung<sup>160</sup>. Hier besteht allerdings ein gewisser betriebswirtschaftlicher *Ermessensspielraum*, der sich nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung zu richten hat. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der Reserven<sup>161</sup>. Das revidierte Aktienrecht bestimmt<sup>162</sup>, dass Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen vorgenommen werden müssen, soweit sie nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen notwendig sind. Rückstellungen sind insbesondere zu bilden, um ungewisse Verpflichtungen und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu decken. Neu ist daher ein **Anhang zur Bilanz**<sup>163</sup> erforderlich, um solche Eventualverpflichtungen auszuweisen; dazu gehören unter anderem Bürgschaften, Garantieverpflichtungen, Pfandbestellungen oder langfristige Leasingverbindlichkeiten.

Diese **Eventualverpflichtungen** sind bei der Beurteilung der Überschuldung vor allem im Hinblick auf einen

allfälligen aktienrechtlichen Sanierungsplan zu berücksichtigen. Der Begriff der Überschuldung nach Aktienrecht deckt sich diesbezüglich mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Falle der Gläubigerbevorzugung gemäss Strafrecht<sup>164</sup>. Dementsprechend ist eine Aktiengesellschaft nicht nur dann zahlungsunfähig bzw. überschuldet, wenn fällige Forderungen nicht mehr gedeckt sind. Die Deckung muss auch solche Forderungen erfassen, die erst in naher Zukunft fällig werden. Die Aktiengesellschaft ist von Gesetzes wegen verpflichtet, für Vermögenseinbussen, die aus Eventualverpflichtungen, aus der späteren Erfüllung von Lieferungs- und Abnahmeverpflichtungen oder ähnlichen schwebenden Geschäften zu erwarten sind, in der Bilanz durch Rücklagen Deckung zu verschaffen. Die Höhe der Rückstellungen ist so zu bemessen, dass sie mindestens jene Verluste decken, die mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind<sup>165</sup>. Dementsprechend werden auch Forderungen mit aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit im Konkurs zum vollen Betrag zugelassen und nach Eintritt der Bedingung bzw. des Verfalltages mit einer Dividende abgefunden<sup>166</sup>.

Die *Gleichsetzung* des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit bei der Gläubigerbevorzugung mit demjenigen der Überschuldung der Aktiengesellschaft gewährleistet aber auch die Anzeigepflicht des Verwaltungsrates bei Überschuldung der Gesellschaft als Voraussetzung für den aktienrechtlichen Sanierungsplan. Insbesondere hat der Verwaltungsrat die Straffolgen zu bedenken, die bei Zahlungen an einzelne Gläubiger trotz Überschuldung getätigt werden. Problematisch wird die Situation bei einer Aktiengesellschaft, die sich bereits – wenn auch nur faktisch – in Liquidation befindet. Ein Erlös aus der Veräusserung von Vermögensbestandteilen muss unter diesen Umständen bereits vor der Konkurseröffnung bzw. Genehmigung eines aktienrechtlichen Sanierungsplanes der Gesamtheit der Gläubiger zur Verfügung gehalten werden<sup>167</sup>. Ein solcher Erlös kann nach erfolgter Überschuldungsanzeige und vor Genehmigung des aktien-

152 Art. 725a Abs. 3 revOR.

153 Vgl. zutreffend Rep. 1969, 358 f.

154 GIROUD (FN 70), 110.

155 SJZ 29, 250.

156 SJZ 18, 73; ZBJV 103, 200; GIROUD (FN 70), 124 ff.

157 Vgl. SJZ 80, 46; sowie vorstehende FN 46.

158 Art. 194 SchKG i. V. m. Art. 725a; vgl. Art. 169 SchKG; vgl. dazu nachfolgende FN 176.

159 GIROUD (FN 70), 111.

160 Vgl. dazu vorstehende FN 21–26.

161 Vgl. vorstehende FN 12–14.

162 Art. 669 Abs. 1 revOR.

163 Art. 663b revOR.

164 Art. 167 StGB.

165 BÜRGI, Komm. Art. 670 N. 6–7.

166 Vgl. Art. 210 SchKG; BGE 104 IV 83.

167 Vgl. dazu ausführlich: BGE 117 IV 26.

rechtlichen Sanierungsplanes zur Entlastung des Verwaltungsrates beim Konkursrichter zuhanden des Sachwalters *hinterlegt* werden<sup>168</sup>. Vor der Anzeige der Überschuldung dürfte sich allerdings kein Hinterlegungsanspruch und keine konkursrichterliche Zuständigkeit herleiten lassen.

#### b. Aktienrechtlicher Sanierungsplan

Im Hinblick auf den aktienrechtlichen Sanierungsplan hat der Konkursrichter die zur Erhaltung des Vermögens geeigneten Massnahmen<sup>169</sup> zu treffen. Das bedeutet aber nicht, dass er über die Art und Weise der Sanierung befinden soll. Er hat insbesondere nicht die Aufgabe, für die überschuldete Aktiengesellschaft einen betriebswirtschaftlichen Sanierungsplan<sup>170</sup> zu entwerfen. Er hat lediglich zu beurteilen, ob ein solcher von der **Verwaltung oder** allenfalls von einem **Gläubiger** beantragte Sanierungsplan voraussichtlich zu einer Gesundung der Aktiengesellschaft führt<sup>171</sup>.

Der beantragte Sanierungsplan muss zudem zu einer **dauerhaften** Gesundung der Gesellschaft führen, weshalb mit einem entsprechenden Antrag und der erforderlichen Überschuldungsanzeige nicht zu lange zugewartet werden darf. Zudem muss die **Eignung** der mit dem Sanierungsplan vorgeschlagenen Massnahmen gegeben sein, die Gesundung des Unternehmens herbeizuführen. Bloss bilanztechnische Sanierungsmassnahmen<sup>172</sup> genügen in diesem Stadium der Unterbilanz nicht mehr; vielmehr sind unternehmerische und betriebswirtschaftliche Massnahmen erforderlich. Dabei können unter anderem auch die Regeln über den ordentlichen Nachlassvertrag zur Anwendung gelangen, soweit es sich um jenen Teil im Rahmen der Sanierung handelt, der eine Verminderung des Fremdkapitals bezweckt. Im Vordergrund stehen aber unternehmerische Entscheide.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>173</sup>, das in diesem Zusammenhang folgendes ausführte: "Seul un assainissement financier effectif, fondé sur une nouvelle structure économique assurant à l'entreprise une activité rentable et des débouchés pour ses produits, aurait permis d'envisager l'avenir avec optimisme. Or ces conditions ne sont pas réalisées. En 1969, la société a bien procédé à un assainissement. Mais d'une partie cette mesure était *tardive*, la société étant *insolvable depuis deux ans* (art. 725 al. 3 et 4 CO; RO 76 I 162). D'autre part, les mesures envisagées (*réduction du capital, avec émission de nouvelles actions*) ne pouvait avoir d'effet favorable sur la marche de la société parce que les nouvelles actions étaient souscrites par la Caisse d'épargne . . . en compensation d'une créance contre la société. Mise à part une économie d'intérêts, il n'y avait aucun apport nouveau, de nature à équilibrer l'exploitation." Die Liberierung durch Verrechnung war insbesondere ein untaugliches Sanierungsmittel, weil *keine Änderung* der seit langem defizitären *Geschäftsführung* ins Auge gefasst wurde, demnach eine nur vorübergehende Besserung der Situation der Gesellschaft herbeigeführt worden wäre.

### 2.3. Aufsicht über den aktienrechtlichen Sachwalter

Der Konkursrichter kann einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen<sup>174</sup>. Die Kompetenz zum Entzug der Verfügungsbefugnis des Verwaltungsrates und die Möglichkeit der Genehmigungspflicht von Verwaltungsratsbeschlüssen ist durch das revidierte Aktienrecht neu eingeführt worden und soll eine möglichst effiziente Sanierung der Aktiengesellschaft vor allem in jenen Fällen gewährleisten, bei welchen vorwiegend interne Ursachen zur Überschuldung geführt haben<sup>175</sup>. Der vom Konkursrichter eingesetzte **Sachwalter untersteht nicht der Aufsichtsbehörde über die Betriebs- und Konkursämter**; die Entschädigung des Sachwalters bestimmt daher auch nicht die Aufsichtsbehörde, sondern wird vom Konkursrichter in analoger Anwendung des Gebührentarifs festgelegt<sup>176</sup>.

Das Bundesgericht<sup>177</sup> führt diesbezüglich folgendes aus: "Lorsque les autorités de surveillance ... fixent la rémunération due pour l'activité déployée par les organes qui ont agi dans la procédure d'exécution forcée et dans la procédure d'assainissement, elles le font dans l'exercice du devoir de surveillance qui leur incombe sur les organes en question. A la différence du commissaire dans la procédure de concordat (act. 295 al. 3 Lp.; RO 42 III 460, JdT 1917 II 49; RO 82 III 134, JdT 1956 II 118), le *curateur* que le juge de la faillite désigne en vertu de l'art. 725 al. 4 CO *n'est pas soumis à la surveillance de ces autorités*" ... "d'après son article premier, tel qu'il est formulé dans les versions de 1957 et de 1971, le tarif des frais ne peut être appliqué directement à la rémunération du curateur dans le sens de l'art. 725 al. 4 CO, ce qui n'exclut pas d'avance qu'on ne puisse pas l'appliquer dans certains cas par analogie".

Der vom Konkursrichter ernannte aktienrechtliche Sachwalter untersteht damit im Gegensatz zum Sachwalter, der von der Nachlassbehörde ernannt wird, der **Aufsicht des Konkursrichters**, womit auch eine Beschwer-

168 In Anwendung von Art. 170 SchKG; zur Befugnis des Konkursrichters zum Erlass einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 ZGB, vgl. ZBGR 54, 363.

169 Art. 725a Abs. 1, letzter Satzteil, revOR. Der Ausdruck "aktienrechtliches Moratorium" trifft den Tatbestand nur ungenau. Es geht um mehr als eine blosser Stundung der Forderungen.

170 Vgl. dazu auch vorstehende FN 43.

171 GIROUD (FN 70), 126.

172 Vgl. vorstehende FN 12–19.

173 BGE 99 II 289.

174 Art. 725a Abs. 2 revOR.

175 Vgl. vorstehende FN 2 und 36.

176 Vgl. dazu Art. 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum SchKG vom 1.7.1971/Fassung vom 17.6.1991, SR 281.35.

177 JdT 1972 II 93 f.

de an die Aufsichtsbehörde gegen Massnahmen des aktienrechtlichen Sachwalters unzulässig ist. Ein Entscheid der Konkurskammer des Freiburger Kantonsgerichts<sup>178</sup> führt dazu auch für das revidierte Aktienrecht zutreffend aus: "Or, à la différence du commissaire, dans la procédure de concordat (...), le curateur que le juge de la faillite désigne en vertu de l'article 725 al. 4 CO n'est pas soumis au contrôle des autorités de surveillance: au juge seul il rendra compte de sa gestion (...). La position du curateur est comparable à celle du commissaire désigné par le juge du sursis bancaire: ce commissaire est placé sous la surveillance du juge et, contre ses décisions, il peut être recouru dans les dix jours auprès dudit juge (art. 30 al. 2 et 3 de la LF du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne)."

Der Konkursrichter wird sich indessen bei der Aufsicht auf die Kognition willkürlicher Massnahmen und Ermessensüberschreitungen des aktienrechtlichen Sachwalters beschränken. Als Sanktion dürften Weisungen und als ultima ratio auch die **Entlassung** aus dem Amt **des Sachwalters** in Frage kommen.

Die richterliche Umschreibung der Aufgaben des aktienrechtlichen Sachwalters hat sich an den vom Verwaltungsrat oder einem Gläubiger beantragten und vom Konkursrichter genehmigten Sanierungsplan zu halten. Zu dessen Aufgaben gehört die Erstattung eines Schlussberichts über die erfolgreiche Sanierung der Aktiengesellschaft. Mit der Genehmigung dieses Sachwalterberichtes findet die aktienrechtliche Sanierung ihren Abschluss; andernfalls ist in Aufhebung des Entscheides über den Konkursaufschub nachträglich der Konkurs über die Aktiengesellschaft zu eröffnen.

## D. Zusammenfassung

Im Sinne eines Hinweises für die Praxis sind die Voraussetzungen der Insolvenzerklärung und der Überschuldungsanzeige bei der Aktiengesellschaft kurz zusammenzufassen.

Im Falle der Insolvenzerklärung der Aktiengesellschaft ist dem Konkursrichter ein öffentlich beurkundeter

Generalversammlungsbeschluss über die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit samt Kostenvorschuss durch den Verwaltungsrat einzureichen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, erfolgt ohne Weiterungen die Konkurseröffnung.

Im Falle der Überschuldungsanzeige ist der Konkursrichter durch Beschluss des Gesamtverwaltungsrates von der Überschuldung der Aktiengesellschaft zu benachrichtigen. Der Überschuldungsanzeige beizulegen ist eine Bilanz, aus welcher sowohl nach Fortführungswerten als auch nach Veräusserungswerten die Überschuldung materiell überprüfbar hervorgeht, weshalb auch die Erfolgs- bzw. Verlustrechnung und der Anhang zur Bilanz sowie der Revisionsbericht einzureichen sind. Der Revisionsbericht hat sich zur Frage der Überschuldung auszusprechen. Ist die Überschuldung materiell nachgewiesen, verfügt der Konkursrichter über die Aktiengesellschaft den Konkurs.

Der Verwaltungsrat oder ein Gesellschaftgläubiger haben nach Einreichung der Überschuldungsanzeige bzw. Deponierung der Bilanz und bei materiellem Nachweis der Überschuldung das Recht, einen Antrag auf aktienrechtliche Sanierung des Unternehmens zu stellen. Dem Konkursrichter ist hierfür ein Sanierungsplan einzureichen, der sich über die Aussichten der vorgeschlagenen Massnahmen ausspricht und eine dauernde Gesundung des Unternehmens gewährleistet. Zudem ist ein Kostenvorschuss in beträchtlicher Höhe zu leisten. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, verfügt der Konkursrichter den Konkursaufschub und genehmigt den aktienrechtlichen Sanierungsplan. Ein allfälliger Sachwalter untersteht der Aufsicht des Konkursrichters. Mit der Genehmigung des Schlussberichtes des aktienrechtlichen Sachwalters findet das Verfahren seinen Abschluss; andernfalls erfolgt die Aufhebung des Konkursaufschubes und die Eröffnung des Konkurses.

---

178 Extraits 1977 49 f.