

AKTIENRECHTS- REVISION – AUSGEWÄHLTE (SANIERUNGS-)THEMEN IN DER PRAXIS

Die Aktienrechtsrevision brachte per 1. Januar 2023 auch verschiedene Neuerungen im Sanierungsrecht mit sich. Das Sanierungsrecht wurde dabei in gewissen Teilen präzisiert und neue Handlungspflichten wurden für den Verwaltungsrat eingeführt.

Verwaltungsräte von Gesellschaften in (drohender) finanzieller Schieflage sind daher gut beraten, die Änderungen im Sanierungsrecht genau zu studieren. Unmittelbarer Handlungsbedarf besteht unter Umständen im Zusammenhang mit bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen. Zudem ist bei fehlenden Rangrücktritten neu die strikte 90-Tage-Frist für die aussergerichtliche Sanierung zu beachten.

Am 1. Januar 2023 ist die Aktienrechtsrevision in Kraft getreten. Aufgrund der grundsätzlichen Übergangsfrist von zwei Jahren für die Anpassung der Statuten und Reglemente (s. Art. 2 der Übergangsbestimmungen zum BG/Aktienrecht) besteht für Gesellschaften in den meisten Fällen aber kein unmittelbarer Handlungsbedarf. Möchte man jedoch von den Neuerungen profitieren und beispielsweise bereits jetzt das Kapitalband in den Statuten verankern oder virtuelle Generalversammlungen ermöglichen, wären die Statuten und Reglemente bereits heute anzupassen. Für eine Übersicht über die wichtigsten Anpassungen und Änderungen verweisen wir auf unsere [Guidelines zur Aktienrechtsrevision vom November 2022](#).

Dieser Beitrag beschränkt sich auf zwei Themen im Sanierungsrecht, die für Gesellschaften in (drohender) finanzieller Schieflage bereits heute – und nicht erst nach Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist – relevant werden können. Dies sind: (a) der Rangrücktritt und seine Ausgestaltung, sowie (b) die 90-Tage-Frist für die aussergerichtliche Sanierung.

Rangrücktritt und seine Ausgestaltung

(a) Was sind Rangrücktrittsvereinbarungen?

Besteht begründete Besorgnis, dass die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft nicht mehr durch ihre Aktiven gedeckt sind, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, unverzüglich je einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten und Veräusserungswerten zu erstellen (s. Art. 725b Abs. 1 OR). Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenabschlüssen überschuldet, so hat der Verwaltungsrat das Gericht (d.h. das Konkursgericht oder das Nachlassgericht) zu benachrichtigen (Art. 725b Abs. 3 OR).

Die Benachrichtigung des Gerichts kann jedoch unter anderem dann unterbleiben, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen, einschliesslich Zinsen, stunden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Mit anderen Worten: Wenn also die Gesellschaft mit einem oder mehreren Gesellschaftsgläubigern eine Rangrücktrittsvereinbarung (auf Englisch auch «Subordination Agreement» genannt) abschliesst. Bei einem Rangrücktritt wird vereinbart, dass der im Rang zurücktretende Gläubiger in einem Insolvenz- oder Liquidationsverfahren erst

befriedigt wird, nachdem alle anderen, nicht rangrücktrittsbelasteten Gläubiger befriedigt wurden. Solange ein Rangrücktritt besteht, kann der Gläubiger die Forderung nicht geltend machen und die Gesellschaft darf die Forderung nicht tilgen.

Ein Rangrücktritt kann grundsätzlich erst dann aufgehoben werden, wenn ein zugelassener Revisor bestätigt, dass alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gedeckt sind und keine Überschuldung mehr vorliegt.

Rangrücktrittsvereinbarungen sind in der Praxis wichtige (Sanierungs-)Instrumente und spielen insbesondere bei Start-ups eine zentrale Rolle, da sie der Gesellschaft und dem Verwaltungsrat Zeit für Sanierungsmassnahmen oder für die Beschaffung neuen Kapitals einräumen. Typischerweise werden auf Aktionärsdarlehen (auch Intercompany Darlehen) Rangrücktritte vereinbart.

(b) Relevante Neuerungen der Aktienrechtsrevision

Bis vor Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision war es den Parteien überlassen, ob sie im Rahmen einer Rangrücktrittsvereinbarung die Zinsen auf der Hauptforderung ebenfalls dem Rangrücktritt unterstellen oder nicht. So oder so erfüllte ein Rangrücktritt die Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 aOR.

Dies hat sich durch die Aktienrechtsrevision nun aber geändert. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR verlangt neu, dass auch Zinsen dem Rangrücktritt unterliegen, ansonsten erfüllt die Rangrücktrittsvereinbarung wohl die Anforderungen an Art. 725b OR nicht, wodurch auch die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts nicht entfällt. Der Verwaltungsrat der entsprechenden Gesellschaft muss also sicherstellen, dass neu abgeschlossene Rangrücktrittsvereinbarungen auch eine Stundung und Subordination der Zinsen enthält und weder die Hauptforderung noch die aufgelaufenen Zinsen bezahlt werden.

(c) Übergangsbestimmungen

Es stellt sich somit die Frage, was mit bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen passiert, die den Anforderungen von Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR nicht mehr genügen.

Gemäss Art. 6 der Übergangsbestimmungen gilt für «altrechtliche Verträge» eine Übergangsfrist von zwei Jahren. D.h. per 1. Januar 2023 bestehende Verträge sind bis 31. Dezember 2024

«WIR VERTRETEN DIE ANSICHT, DASS BEZÜGLICH BESTEHENDER RANGRÜCKTRITTSVEREINBARUNGEN ART. 1 FF. SCHLT ZGB (UND NICHT ART. 6 DER ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN) EINSCHLÄGIG SIND UND EINE ANPASSUNG BESTEHENDER RANGRÜCKTRITTSVEREINBARUNGEN NICHT NOTWENDIG IST.»

an das neue Recht anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist sind die Vorschriften des neuen Rechts auf diese Verträge anwendbar.

Aus den Materialien zur Aktienrechtsrevision (namentlich aus den Kommissionsprotokollen) geht jedoch hervor, dass sich Art. 6 der Übergangsbestimmungen ausschliesslich auf Vertragsverhältnisse mit Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung und des Beirats (s. Art. 735b OR) bezieht, und nicht auch auf andere Vertragsverhältnisse. Rangrücktrittsvereinbarungen qualifizieren demnach nicht als altrechtliche Verträge i.S.v. Art. 6 der Übergangsbestimmungen. Die zweijährige Übergangsfrist findet somit nach unserer Ansicht auf bestehende Rangrücktrittsvereinbarungen keine Anwendung. Stattdessen sind die Schlusstitel des Zivilgesetzbuches zu konsultieren (s. Art. 1 der Übergangsbestimmungen).

Wir vertreten die Ansicht, dass sich aus der Auslegung der Art. 1 ff. SchLT ZGB ergibt, dass bestehende Rangrücktrittsvereinbarungen, die vor Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision abgeschlossen wurden und den Anforderungen von Art. 725 Abs. 2 aOR genügen, auch weiterhin den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Gerichts befreien. Dies, auch wenn die Zinsen vom Rangrücktritt ausgenommen sein sollten. Aus unserer Sicht ist dies auch im Resultat richtig. Es kann nicht angehen, dass trotz bestehender Rangrücktrittsvereinbarungen, die unter Art. 725 Abs. 2 aOR gültig abgeschlossen wurden, der Verwaltungsrat einer überschuldeten Gesellschaft nun plötzlich, per 1. Januar 2023, nicht mehr von der Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts befreit sein soll.

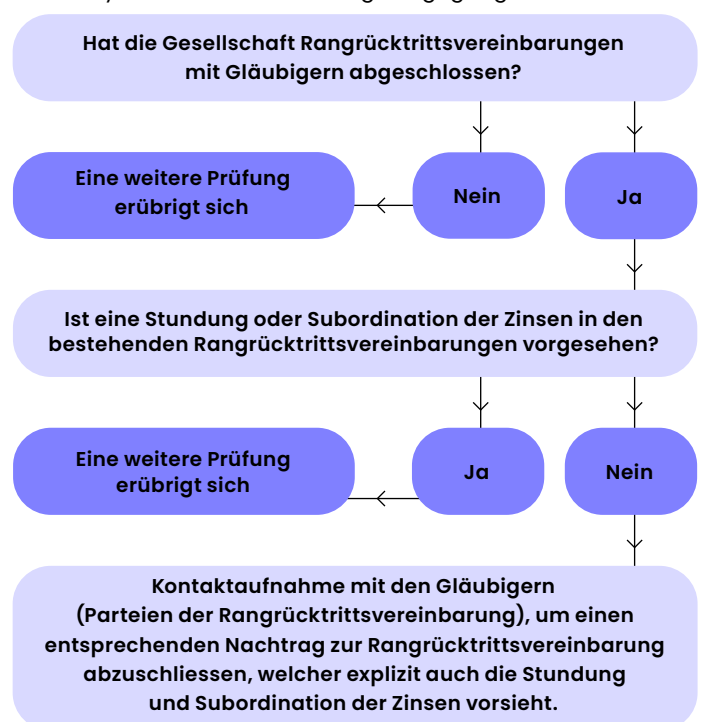
Die Frage, was mit bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen geschieht, die keine Subordination der Zinsen vorsehen, ist insbesondere auch für Wirtschaftsprüfer von Bedeutung. Diese trifft namentlich eine selbständige Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts bei Überschuldung der Gesellschaft (s. Art. 728c OR). EXPERTSuisse, der Expertenverband für Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand äusserte sich zur Frage der anwendbaren Übergangsbestimmung jedoch zurückhaltend. In einem am 12. Juli 2022 von der Kommission für Wirtschaftsprüfung veröffentlichten Dokument betreffend die Übergangsbestimmungen zu den neuen Schweizer Standards zur Abschlussprüfung (SA-CH) findet sich folgende Aussage:

«Es besteht ein Risiko, dass vorbestehende Rangrücktrittsvereinbarungen, in welchen eine ausdrückliche Zinsensubordination fehlt, unter dem neuen Recht als ungültig betrachtet werden. Aufgrund des wenig Spielraum bietenden Gesetzeswortlauts sollte der Verwaltungsrat daher mit dem

Gläubiger einen entsprechenden Nachtrag zum Rangrücktritt vereinbaren, mit Blick auf Art. 6 Übergangsbestimmungen zum revidierten Aktienrecht allenfalls bis spätestens 31. Dezember 2024. In heikleren Fällen kann sich die Revisionsstelle aus eigenen Risikoüberlegungen auch bereits vor diesem Datum zur Benachrichtigung des Gerichts veranlasst sehen, wenn der Rangrücktritt nicht nachgebessert wird.»

Wie dargelegt, vertreten wir entgegen EXPERTSuisse die Ansicht, dass bezüglich bestehender Rangrücktrittsvereinbarungen Art. 1 ff. SchLT ZGB (und nicht Art. 6 der Übergangsbestimmungen) einschlägig sind und deshalb eine Anpassung von bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen, die keine Subordination der Zinsen vorsehen, nicht notwendig ist. Es ist jedoch nicht vorhersehbar wie die Praxis (namentlich die Wirtschaftsprüfer) und Rechtsprechung sich zu dieser Frage positionieren werden.

Vor diesem Hintergrund sollte der vorsichtige Verwaltungsrat die bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen analysieren und gegebenenfalls versuchen diese anzupassen. Bei der Analyse könnte dabei wie folgt vorgegangen werden:



90-Tage-Frist für die aussergerichtliche Sanierung

Wie soeben ausgeführt, kann bei Überschuldung die Benachrichtigung des Gerichts zunächst unterbleiben, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen, einschliesslich Zinsen, stunden (Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR). Können Rangrücktritte nicht im nötigen Umfang abgeschlossen werden, darf die Benachrichtigung des Gerichts nur noch unterbleiben, sofern begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber innert 90 Kalendertagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann. Dabei dürfen die Forderungen der Gläubiger während des Aufschubs der Benachrichtigung nicht zusätzlich gefährdet werden.

Da die 90-Tage-Frist für die aussergerichtliche Sanierung (d.h. für die Umsetzung der Sanierungsmassnahmen) erst mit Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse zu laufen beginnt, kann die Gesellschaft bzw. der Verwaltungsrat die Frist faktisch dadurch erstrecken, indem mehr Zeit für die Erstellung der Zwischenabschlüsse, die allfällige Suche nach einem zugelassenen Revisor (bei Fehlen einer Revisionsstelle) sowie für die Absprache mit dem Revisor bzw. Revisionsstelle aufgewendet wird. Der möglichen Versuchung, mit einer systematischen Verzögerung des Prüfberichts die Fristauslösung übermässig zu verzögern, steht jedoch die Pflicht gemäss Art. 725b Abs. 6 OR entgegen, mit der gebotenen Eile zu handeln. Diese Pflicht erfasst neben dem Verwaltungsrat auch den zugelassenen Revisor bzw. die Revisionsstelle.



Download Guideline

Weiterführende Informationen zur Aktienrechtsrevision finden Sie in unseren Guidelines.

Keyfacts

- 01** Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR verlangt neu, dass auch Zinsen einer Stundung und einem Rangrücktritt unterliegen, ansonsten erfüllt eine Rangrücktrittsvereinbarung die Voraussetzungen von Art. 725b OR nicht, wodurch auch die Pflicht zur Benachrichtigung des Gerichts nicht entfällt.
- 02** Art. 6 der Übergangsbestimmungen, welcher eine zweijährige Übergangsfrist für die Anpassung von «altrechtlichen Verträgen» vorsieht, gilt nicht für Rangrücktrittsvereinbarungen.
- 03** Wir vertreten die Ansicht, dass bezüglich bestehender Rangrücktrittsvereinbarungen Art. 1 ff. SchIT ZGB einschlägig sind und deshalb eine Anpassung von bestehenden Rangrücktrittsvereinbarungen, die keine Stundung und Subordination der Zinsen vorsehen, nicht notwendig ist.



Daniel Oehri

Partner
d.oehri@wengervieli.ch
+41 58 958 53 45



Alessa Waibel

Associate
a.waibel@wengervieli.ch
+41 58 958 55 01

Wenger Vieli ist Ihr verlässliches Gegenüber in Rechts- und Steuerfragen. Wir sind nicht nur fachlich exzellent, erfahren und verantwortungsbewusst, wir sind auch neugierig! Statt Grenzen sehen wir Möglichkeiten, entwickeln Lösungen und eröffnen Perspektiven. Dies tun wir mit Freude. In der Schweiz, Europa und der restlichen Welt.