FRANCO LORANDI

DER BLICK VOM INSOLVENZ- AUF DAS REVISIONSRECHT

Die grossen Sünden des Gesetzgebers – und welche Chancen sich durch das revidierte Aktienrecht bieten

Wenn man das Revisions- und das Aktienrecht aus der Optik des Insolvenzrechts betrachtet, lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, wo das Gesellschaftsrecht Schwächen aufweist und Fehlanreize setzt. Ausgehend von solchen Systemmängeln werden einige konkrete Verbesserungsvorschläge für das Gesellschaftsrecht unterbreitet.

1. EINLEITUNG

Auch der Gesetzgeber folgt gewissen Trends. Einer davon ist, die Regulierungskosten für Unternehmen zu senken. Kind dieses Trends ist das Opting-out für Mikrounternehmen von der Pflicht zur eingeschränkten Revision. Dabei übersieht oder ignoriert der Gesetzgeber, was die negativen Folgen für die Wirtschaft im Insolvenzfall des Unternehmens sind. Dieser Beitrag befasst sich mit der Korrelation zwischen den gesellschaftsrechtlichen Lockerungen und den insolvenzrechtlichen Folgen.

2. DIE GESETZLICHEN KONZEPTE UND DIE PRAKTISCHE REALITÄT

2.1 Im Gesellschaftsrecht

2.1.1 Die Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht. Um die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens beurteilen zu können, ist die Rechnungslegung von grosser Bedeutung. Sie dient dem Eigenkapitalschutz, als Führungsinstrument und Rechenschaftsablage für die Leitungs- und Verwaltungsorgane [1].

Das Gesellschaftsrecht statuiert für alle juristischen Personen eine Buchführungs- und eine Rechnungslegungspflicht (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR).

Die ordnungsgemässe Buchführung erfordert spezifische Kenntnisse und Fähigkeiten. Bei KMU, insb. Mikrounternehmen mit weniger als zehn Arbeitnehmenden, mangelt es den Führungskräften häufig am Verständnis und am Bewusstsein für die Wichtigkeit der Finanzzahlen und damit der Buchführung [2]. Aufgrund dessen fehlt es insb. Jung- und Mikrounternehmen häufig an einer zeitnah und verlässlich geführten Buchhaltung und an der Zahlengrundlage, um festzustellen, wie es um ihre Zahlungsfähigkeit und Rentabilität steht und wann eine Zahlungsunfähigkeit, ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung drohen bzw. vorliegen [3].

Die Praxis zeigt, dass bei Unternehmen, welche bei der Buchhaltung externe Hilfe in Anspruch nehmen, die Qualität und Verlässlichkeit des verfügbaren Zahlenmaterials deutlich besser ist als bei solchen, welche die Buchhaltung ohne qualifiziertes Personal inhouse erledigen [4].

2.1.2 Revision und Opting-out. Publikumsgesellschaften und «grosse» Gesellschaften unterliegen zwingend einer ordentlichen Revision (Art. 727 OR). Alle anderen Gesellschaften sind grundsätzlich nur zu einer eingeschränkten Revision verpflichtet (Art. 727*a* OR). Von den rund 400 000 AG und GmbH entfallen rund 10 000 auf «grosse» Unternehmen, welche einer ordentlichen Prüfung unterliegen, sodass rund 390 000 Unternehmen einer eingeschränkten Revision unterstehen (würden) [5].

Der Revisionsstelle kommt eine wichtige Funktion zu. Sie überprüft die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Rechnungslegung (Art. 727 ff. OR). Sie ist Kontrollorgan, dient den Interessen der Gesellschafter und Gesellschafterinnen, der Gläubiger und Gläubigerinnen sowie der Allgemeinheit [6], erstattet dem Verwaltungsrat (Art. 728*b* Abs. 2, Art. 728*c* Abs. 1 OR) und der Generalversammlung (Art. 728*b* Abs. 2, Art. 728 Abs. 1 und 7, Art. 729*c* OR) Bericht, beruft nötigenfalls eine Generalversammlung ein (Art. 699 Abs. 1 i. V. m. Art. 725 OR) und benachrichtigt nötigenfalls das Konkursgericht, wenn das Leitungsorgan untätig bleibt (Art. 728*c* Abs. 3, Art. 729*c* OR). Aufgrund dessen wird der Revision durch eine externe Prüfstelle als Frühwarnsystem eine wichtige Rolle zugesprochen [7].

FRANCO LORANDI, PROF. DR. IUR., RECHTSANWALT, HOLENSTEIN BRUSA LTD LEGAL + TAX

Gesellschaften mit nicht mehr als zehn Vollzeitstellen (sog. Mikrounternehmen) können mit der Zustimmung sämtlicher Aktionäre und Aktionärinnen auf die eingeschränkte Revision verzichten (sog. Opting-out; Art. *727a* Abs. 2 OR). Dies ist auch schon bei der Gründung möglich. Diese Möglichkeit wird (v. a., aber nicht nur) von neugegründeten Gesellschaften exzessiv in Anspruch genommen: Im Jahr 2020 machten bei der Gründung 89,05 % der AG und 99,13 % der GmbH vom Opting-out Gebrauch [8].

Nimmt man alle AG und GmbH als Grundlage, ist die Quote der Gesellschaften mit Revisionsstelle von 64 % im Jahr 2005 auf unter 20 % im Jahr 2020 [9] bzw. auf aktuell rund 16 % gesunken [10]. Die Ausnahme des Opting-out wurde damit zur Regel. Die eingeschränkte Revision findet damit nur noch selten statt. Der Grossteil der schweizerischen KMU agiert damit ohne Revision bzw. ohne Revisionsstelle.

2.1.3 Die Überschuldungsanzeige an das Konkursgericht (Art. 725 OR). Bei hälftigem Kapitalverlust ist das Verwaltungsorgan verpflichtet, eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (Art. 725 Abs. 1, Art. 820 Abs. 1, Art. 903 OR). Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, muss ein Zwischenabschluss zu Fortführungs- und Liquidationswerten erstellt und einem zugelassenen Revisor oder einer zugelassenen Revisorin zur Prüfung vorgelegt werden. Zeigt sich eine Überschuldung, welche nicht durch Rangrücktritte gedeckt ist, so muss das Verwaltungsorgan das Konkursgericht benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2, Art. 820 Abs. 1, Art. 903 Abs. 2 OR).

Ist die Gesellschaft offensichtlich überschuldet und unterlässt es das Verwaltungsorgan, das Konkursgericht zu benachrichtigen, so ist die Revisionsstelle verpflichtet, dies zu tun (Art. *728c* Abs. 3, Art. *729c*, Art. 818 Abs. 1, Art. 906 Abs. 1 OR). Hat das Unternehmen eine Revisionsstelle, so kann diese auch schon im Vorfeld dergestalt auf eine zeitnahe Bilanzdeponierung hinwirken, indem sie auf das Verwaltungsorgan einwirkt, seinen Pflichten rasch nachzukommen [11]. Da der Grossteil der KMU aufgrund von Opting-out keine Revisionsstelle aufweist, entfällt diese Möglichkeit der Einflussnahme.

2.2 Im Insolvenzrecht

2.2.1 Konkurseröffnung infolge Überschuldungsanzeige der Verwaltungsorgane. Als Folge der Benachrichtigung des Konkursgerichts eröffnet dieses von Amtes wegen den Konkurs (Art. 192 SchKG). Diese Anzeigen finden in der Praxis zwar irgendwann einmal statt, in vielen Fällen aber massiv zu spät [12]. Empirische Untersuchungen dazu gibt es nach Kenntnis des Autors zwar nicht. Die insolvenzrechtliche Realität lässt aber ziemlich verlässliche Rückschlüsse auf die Säumnisse zu [13]:

Mehr als 58 % aller (eröffneten) Konkursverfahren werden sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt (58,57 % über die

Jahre 2011 bis 2020) [14]. Grund dafür ist, dass bei Konkurseröffnung nicht einmal (mehr) genügend liquide Mittel vorhanden sind, um die Kosten des Konkursverfahrens zu decken. Bedenkt man, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle (rund 85 %) nur ca. CHF 3000 bis CHF 5000 notwendig sind, um die Kosten des Konkursverfahrens zu decken [15], dann ist es evident, dass dieser Befund mit den gesellschaftsrechtlichen Pflichten der Verwaltungsorgane in keiner Weise in Einklang zu bringen ist. Findet ein Konkursverfahren schon gar nicht statt, erleiden sämtliche Gläubiger [16] und Gläubigerinnen, auch solche von privilegierten Forderungen, einen Totalausfall [17].

Nach einer Einschätzung des schweizerischen Gläubigerverbands Creditreform resultieren für die Drittklassgläubiger und -gläubigerinnen in rund 95 % aller [18] eröffneten Konkursverfahren (über Private und Unternehmen) gar keine oder nur eine geringe Dividende [19]. Bis 1973 [20] erhob der Bund die Gläubigerverluste in allen Konkursverfahren schweizweit (gesamthaft für pfandgesicherte, privilegierte und Kurantgläubiger und -gläubigerinnen) und wies diese mit Werten zwischen 72 % und 84 % aus [21] (durchschnittlich 78,3 % [22]).

Dieser niederschmetternde Befund von der insolvenzrechtlichen Seite lässt den Rückschluss zu, dass ein Grossteil der Verwaltungsorgane ihrer gesetzlichen Pflicht zur rechtzeitigen Benachrichtigung des Konkursgerichts viel zu spät nachkommen, weshalb erstens nicht genügend liquide Mittel und zweitens kaum noch werthaltige Aktiven vorhanden sind.

2.2.2 Konkurseröffnung auf Betreiben eines Gläubigers/einer Gläubigerin. Gläubiger oder Gläubigerinnen, die einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl erwirkt haben, können über die schuldnerische Gesellschaft bzw. Genossenschaft den Konkurs eröffnen lassen (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 8 bis 10 SchKG).

In der Praxis findet dies im Wesentlichen aus zwei Gründen zu selten bzw. zu spät statt: Zum einen sind Zeit- und Kostenaufwand, um einen Rechtsvorschlag der Schuldnerperson gerichtlich zu beseitigen (Art. 79 ff. SchKG), in vielen Fällen zu gross. Zum anderen haftet der antragstellende Gläubiger bzw. die antragstellende Gläubigerin nicht nur für die Kosten des Gerichts, um den Konkurs eröffnen zu lassen, sondern auch für die Kosten des Konkursverfahrens, die bis zu dessen Einstellung mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf anfallen (Art. 169 SchKG). In den meisten Fällen beträgt das letztgenannte Kostenrisiko zwischen CHF 3000 und CHF 5000 [23].

Der «Winkelried»-Gläubiger trägt damit das Kostenrisiko zugunsten der Allgemeinheit der Gläubiger und Gläubigerinnen [24]. Das Risiko, gutem Geld noch schlechtes nachzuwerfen, ist vielen Gläubigern und Gläubigerinnen verständlicherweise zu gross. Angesichts dessen, dass sich dieses Risiko heutzutage in mehr als der Hälfte der Fälle (58 %) auch tatsächlich manifestiert [25], wird die Haftung zu einem effektiven praktischen Hindernis für die rechtzeitige Insolvenzeröffnung.

2.2.3 Unmöglichkeit für den Staat, als «Insolvenzpolizei» zu agieren. Einer Gläubigerkategorie wäre es zuzumuten, unbesehen der Haftung für die ungedeckten Konkurskosten als «Insolvenzpolizei» die Konkurseröffnung im Sinne einer «Flurbereinigung» für die Allgemeinheit zu bewirken, nämlich dem Staat bzw. der öffentlichen Hand. Just diesem ist es aber nach geltendem Recht [26] untersagt, auf Konkurs zu betreiben (Art. 43 Ziff. 1bis SchKG). Folge davon ist, dass der Staat auf Pfändung betreiben muss und auf diesem Weg häufig in die letzten Aktiven vollstreckt, ohne die Geschäftstätigkeit der Unternehmung beenden zu können. Folge davon ist, dass der Konkurs erstens erst später eröffnet wird und dannzumal zweitens für die anderen Gläubiger (so gut wie) nichts mehr übrigbleibt. Diese Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Forderungen ist sachlich nicht gerechtfertigt, erschwert Sanierungen und erleichtert rechtsmissbräuchliches Verhalten der Schuldner und Schuldnerinnen [27].

2.2.4 Insolvenzhäufigkeit und korrelierende Faktoren. Es gibt verschiedene Faktoren, welche auf die Insolvenzwahrscheinlichkeit eines Unternehmens einen Einfluss haben:

Die Daten des Bundesamts für Statistik zeigen, dass das Risiko zu scheitern bei neu gegründeten Unternehmen in den ersten drei Jahren besonders hoch ist. Die sog. Überlebensrate beträgt im ersten Jahr 83,9 %, nach zwei Jahren 70,9 % und nach drei Jahren noch 61,7 % [28]. Unternehmen sind damit in den ersten drei Jahren ihrer Geschäftstätigkeit besonders anfällig und gefährdet [29]. Innert der ersten fünf Jahre verschwinden mehr als die Hälfte der neu gegründeten Unternehmen [30].

Diese Werte divergieren (teilweise stark) nach Wirtschaftssektor (primärer, sekundärer oder tertiärer), Region, Branche [31] und Grösse der Unternehmen [32]. Erst nach rund 15 Jahren Geschäftstätigkeit stabilisiert sich die «Sterberate» auf tiefem, relativ konstantem Niveau [33]. Dann entspricht das Insolvenzrisiko noch etwa 10 % des Risikos im ersten Geschäftsjahr [34].

Aufgrund der zu Beginn sehr hohen und nachfolgend im Zeitablauf (über Jahre) abnehmenden «Sterberate» überrascht es nicht, dass ein grosser Teil der Insolvenzen auf Jungunternehmen entfällt, welche weniger als fünf Jahre tätig sind [35]. Unter den Jungunternehmen machen die sog. Mikrounternehmen mit weniger als zehn Arbeitnehmenden einen grossen Teil aus [36]. Grund für die hohe Sterberate ist, dass diese von zu optimistischen oder gar unrealistischen Einschätzungen der Geschäftsmöglichkeiten ausgehen [37].

Bei Unternehmen, welche innerhalb der ersten fünf Jahre insolvent werden, sind meist finanzielle Gründe ausschlaggebend [38]. Demgegenüber sind bei Unternehmen, welche zwischen dem sechsten und dem 15. Altersjahr insolvent werden, häufig interne Probleme (wie schlechte Geschäftsführung, zwischenmenschliche Krisen oder Kommunikationsprobleme) ausschlaggebend [39].

Eine Studie aus dem Jahr 2012 über die Insolvenzeröffnungen zeigt, dass Unternehmen ohne eingetragene Revisionsstelle ein deutlich höheres Insolvenzrisiko haben. AG ohne Revisionsstelle wiesen ein 1,63-mal höheres und GmbH ohne Revisionsstelle sogar ein 2,05-mal höheres Insolvenzrisiko auf als Gesellschaften mit Revisionsstelle [40]. Die Studie unterstreicht die wichtige Rolle der Revisionsstelle als Frühwarnsystem [41].

Zu einem ähnlichen Befund kommt eine Studie der Universität St. Gallen vom Mai 2020: Unabhängig von der Unternehmensgrösse zeigt sich, dass der Anteil der Unternehmen mit schlechter Bonität 3,3 % beträgt, wenn sie über eine Revisionsstelle verfügen, während der Anteil 11,6 % beträgt, wenn sie keine Revisionsstelle haben [42]. Bei Mikrounternehmen (d. h. solche mit weniger als zehn Mitarbeitenden) ohne Revisionsstelle beträgt das Konkursrisiko 5,3 %, während dieses bei Unternehmen mit Revisionsstelle nur bei 1,9 % liegt [43].

3. FOLGERUNGEN

Es herrscht Einigkeit darüber, dass ein Grossteil der Konkurse über juristische Personen (viel) zu spät eröffnet wird – nicht um «fünf vor zwölf», sondern um «fünf nach zwölf» [44] bzw. eher um «halb eins». Evident ist sodann, dass verzögerte Konkurseröffnungen den Gläubigerschaden vergrössern [45]. Die jährlichen Verluste der Gläubiger und Gläubigerinnen werden auf ca. CHF 11 Mia. geschätzt [46]. Sie sind deshalb von volkswirtschaftlicher Bedeutung.

Die Gründe für das Scheitern von Unternehmen sind vielfältig [47]. Demgegenüber kann die Verantwortung für die viel zu späte Insolvenzeröffnung klar zugeordnet werden: Die Verwaltungsorgane reagieren schlicht viel zu spät. Die Gründe dafür sind unterschiedlich: keine verlässlichen bzw. belastbaren resp. aktuellen Zahlen zum Geschäftsgang und zur finanziellen Situation der Gesellschaft, zu langes Festhalten am Geschäftsmodell, Verdrängen der negativen Anzeichen, Unkenntnis der Zusammenhänge, Unterschätzung der grossen Dynamik in Zeiten der Krise, Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge aus den letzten Mitteln, um die persönliche Haftung der Leitungsorgane zu vermeiden (Art. 52 AHVG) [48], bis zum gezielten Beiseiteschaffen der letzten liquiden Mittel bzw. Aktiven, damit kein Konkurs durchgeführt werden kann, womit auch keine gesellschaftsrechtlichen Haftungsansprüche der Gläubiger und Gläubigerinnen (Art. 752 ff. OR) geltend gemacht werden können [49].

Für viele dieser Umstände gibt es zwei wirksame «Gegenmittel»: eine extern und zeitnah geführte Buchhaltung und eine Überprüfung der Abschlüsse durch eine Revisionsstelle. Dies ist so lapidar wie offenkundig.

4. STOSSRICHTUNGEN UND DILEMMA IN DER GESETZGEBUNG

Der Gesetzgeber ist dem Dilemma ausgesetzt, dass er Ziele anstrebt, welche (zumindest teilweise) diametral entgegengesetzte Stossrichtungen verfolgen: Zum einen verfolgt er seit einiger Zeit das Ziel, die administrative Belastung und die Regulierungskosten für Unternehmen zu reduzieren. Vor diesem Hintergrund wurde auch geprüft, ob das Opting-out nicht erleichtert bzw. ausgebaut werden kann und soll [50].

Zum anderen gibt es einzelne Vorstösse, wie etwa jenen zur Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse [51], mit welchen eine Verschärfung der rechtlichen Bestimmungen für Unternehmen angestrebt wird. Dies führt unausweichlich zu Zielkonflikten und damit auch zu Widersprüchen in den gesetzgeberischen Vorhaben [52].

Das gesetzgeberische Dilemma manifestiert sich darin, dass Massnahmen zur Erreichung des einen Ziels das andere

verhindern oder doch wesentlich einschränken [53]. Nicht geteilt wird die Ansicht des Bundesamts für Justiz, wonach die Risiken, welche sich infolge der Reduktion der Regulierungskosten manifestieren, bei der Gesetzgebung «bereits wertend in Betracht gezogen [worden]» seien [54]. Dies mag zwar der Fall sein (oder auch nicht) – am Zielkonflikt ändert dies jedoch nichts.

5. VERBESSERUNGSVORSCHLÄGE

Wer kritisiert, soll auch Verbesserungsvorschläge machen. Nachfolgend werden einige solche Vorschläge unterbreitet, namentlich solche mit Blick auf das Gesellschaftsrecht [55].

5.1 Vorbemerkung. M. E. wird in der Diskussion (so sie denn überhaupt stattfindet) um die Senkung der administrativen Kosten für Unternehmen ein wesentlicher Umstand unterschlagen: Alle Unternehmer und Unternehmerinnen sind frei, die Rechtsform zu wählen, in welcher sie ihr Geschäft betreiben wollen. Wenn sie als Einzelunternehmung tätig sind (Art. 931, Art. 945 OR), dann sind ihre gesetzlichen Restriktionen gering, dafür haften sie mit ihrem gesamten Vermögen. Wenn sich der Unternehmer oder die Unternehmerin dagegen für die Rechtsform einer juristischen Person entscheidet, dann tun er oder sie dies v. a. oder zumindest auch, um diesbezüglich die eigene persönliche Haftung zu vermeiden. Dies ist legitim. Nur: Dann muss auch das engere gesetzliche Korsett für juristische Personen akzeptiert werden. Den «Fünfer und das Weggli» gibt es auch in dieser Hinsicht nicht.

5.2 Modifiziertes Opting-out. Die Erkenntnisse aus den genannten Studien zeigen, dass das Insolvenzrisiko bei neu gegründeten Unternehmen in den ersten (fünf) Jahren besonders hoch ist, dieses bei Mikrounternehmen besonders ausgeprägt ist und es bei Gesellschaften ohne Revisionsstelle deutlich höher liegt als bei solchen mit Revisionsstelle [56]. Weiter hat sich gezeigt, dass eine extern geführte Buchhaltung und eine Überprüfung der Abschlüsse durch eine Revisionsstelle wirksame «Gegenmittel» gegen die zu späte Insolvenzeröffnung sind [57].

Erhellend ist die Stellungnahme der betroffenen KMU im Rahmen einer Studie vom November 2020: 85 % der befragten KMU und sechs von sieben befragten Branchenverbänden lehnen eine Abschaffung der eingeschränkten Revision ab [58]. Das Nutzen-Kosten-Verhältnis wird von den befragten KMU als angemessen wahrgenommen [59]. Rund 75 % der befragten KMU schätzen den Nutzen der eingeschränkten Revision als mittel bis sehr hoch ein [60]. Damit zeigt sich, dass die betroffenen Unternehmen die Rechnungslegung und deren Prüfung als hilfreich, wichtig und erschwinglich betrachten.

Trägt man diesen Realitäten Rechnung, so muss dies zu einer Anpassung des Opting-out führen: Neu gegründete Gesellschaften können nicht ab der Gründung ein Opting-out vornehmen – sie müssen sich dieses erst «verdienen», indem sie über die ersten (zwei bis vier) Geschäftsjahre, während derer das grösste Gläubigerrisiko besteht, beweisen, dass sie erfolgreich wirtschaften können. Erst wenn dies der Fall ist und sofern das Kapital dannzumal intakt ist, soll ihnen ein Opting-out offenstehen [61].

5.3 Sonstige Verbesserungen im Gesellschaftsrecht. Das Mindestkapital für eine GmbH beträgt lediglich CHF 20 000 (Art. *773* OR) und ist damit unrealistisch tief. Berücksichtigt man nur schon die Inflation in der Periode seit Inkrafttreten dieser Norm (1. Januar 1936) und heute, so ergibt sich ein (inflationsbereinigter) Betrag von mehr als CHF 160 500 [62]. Eine massgebliche Erhöhung des Mindestkapitals ist dringend geboten [63]. Wer dieses Kapital nicht aufbringt, kann als Einzelunternehmung wirtschaften.

Prüfenswert erscheint auch, Unternehmen zu verpflichten, ihre (geprüften) Abschlüsse zu hinterlegen (z. B. beim Handelsregisteramt) bzw. offenzulegen. Einer solchen Pflicht kommt eine erheblich präventive Wirkung zu [64].

Schliesslich ist das «Frühwarnsystem» von Art. *725* OR anzupassen. Anstatt auf die vergangenheitsbezogenen Werte der Bilanz sollte – zumindest auch – auf die Rentabilität abgestellt werden, welche aus der Erfolgsrechnung ersichtlich ist. Damit einhergehend muss die Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, *vor* einem hälftigen Kapitalverlust einsetzen [65]. Im Rahmen der im Sommer 2020 verabschiedeten (aber noch nicht in Kraft gesetzten [66]) Revision des Aktienrechts wurde dies leider verpasst bzw. in verschiedener Hinsicht noch verschlimmbessert.

Der im Entwurf des Bundesrats noch vorgesehene Kapitalverlust von einem Drittel (Art. *725a* Abs. 1 E-OR) wurde wieder auf die Hälfte erhöht (Art. *725a* revOR). Der im Entwurf enthaltene Liquiditätsplan (Art. *725* E-OR) wurde fallen gelassen zugunsten einer unspezifischen Pflicht des Verwaltungsrats, die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen (Art. *725* Abs. 1 revOR). Trotz festgestellter Überschuldung kann die Anzeige an das Konkursgericht unterbleiben, wenn begründete Aussicht besteht, die Überschuldung innert 90 Tagen zu beseitigen (Art. *725b* Abs. 4 Ziff. 2 revOR). Damit wird einer weiteren Verzögerung der Insolvenzeröffnung noch Vorschub geleistet!

5.4 Neue «OR-Wegweiser» zur Nachlassstundung als Chance für ein Umdenken. Die Leitungsorgane kommen ihren gesetzlichen Pflichten (i. S. v. Art. *725* OR) schon nach geltendem Recht auch dadurch nach, dass sie beim Gericht eine Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) erwirken [67]. Diese Schnittstelle zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht ist bisher gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, weshalb sie auch nicht im Bewusstsein der Organe ist. Im Rahmen der 2020 verabschiedeten [68] Aktienrechtsrevision werden neu zwei «Wegweiser» zur Nachlassstundung im Gesellschaftsrecht platziert (Art. *716a* Abs. 1 Ziff. *7* und Art. *725* Abs. 2 Satz 2 revOR). Dabei ist von Bedeutung, dass die Anrufung des Gerichts bei Überschuldung mittels Gesuchs um Nachlassstundung oder Überschuldungsanzeige erfolgen kann; beide Wege sind gleichwertig [69].

Dies ist zu begrüssen, und es sind davon in verschiedener Hinsicht positive Wirkungen zu erwarten: Die Leitungsorgane und die Revisionsstellen werden die Nachlassstundung als Alternative zum Konkurs dadurch viel eher auf dem «Radar» haben (zumal der Konkursaufschub [Art. *725a* OR] abgeschafft wird). Hiermit seien die Revisoren und Revisorinnen als Fachleute dazu aufgerufen, die Leitungsorgane

auf die Möglichkeit und die Vorteile eines Nachlassverfahrens hinzuweisen. Weiter ist zu hoffen, dass mit dem Institut auch dessen Vorteile verstärkt ins Bewusstsein der Agierenden treten, welche folgendermassen zusammengefasst werden können:

Während einer provisorischen Nachlassstundung wird in aller Regel ein Sachwalter oder eine Sachwalterin eingesetzt (Art. 293*c* SchKG). Mit diesem bzw. dieser tritt eine neutrale Stelle hinzu, welche nicht nur die schuldnerische Gesellschaft überwacht (Art. 295 Abs. 2 lit. b SchKG), sondern auch die Interessen der Gläubigerschaft bestmöglich wahrt [70]. Den Leitungsorganen fehlt in aller Regel die Erfahrung mit existenziellen Krisen eines Unternehmens. Aufgrund dessen halten sie häufig viel zu lang am bisherigen Geschäftsmodell fest und unterschätzen die rasante (und sich stetig akzentuierende) negative Dynamik einer Krise massiv. Dieses Manko vermögen erfahrene Sachwaltende zu kompensieren, sodass viel rascher und entschiedener die notwendigen Entscheide getroffen und Massnahmen umgesetzt werden.

Selbst wenn eine Sanierung der Gesellschaft (als Rechtsträgerin) nicht (mehr) möglich ist, bietet eine Nachlassstundung Vorteile, indem durch die Veräusserung von «lebenden» Geschäftsteilen oder -sparten während der Stundung ein für die Gläubigerschaft viel besseres Ergebnis erzielt werden kann als bei einer späteren Verwertung der Einzelteile im Konkurs. Insofern kann man die Nachlassstundung als eigentliches Sanierungsinstrument bezeichnen [71].

Insgesamt ist aufgrund der doppelten Verankerung der Nachlassstundung im Gesellschaftsrecht sowie durch deren Gleichstellung mit der Benachrichtigung des Konkursgerichts im Interesse der Gläubiger und Gläubigerinnen zu hoffen und anzustreben, dass dieses wichtige Institut an der Schnittstelle zwischen Leben und Tod eines Unternehmens eine spürbar grössere Beachtung und eine deutlich häufigere [72] Anwendung erfährt. Dem Berufsstand des Treuhänders bzw. der Revisorin (in seinen verschiedenen Funktionen) kommt dabei grosse Bedeutung zu. ■

Fussnoten: 1) Peter Böckli, OR-Rechnungslegung, Zürich 2019, N 4 ff.; Bericht über mögliche Massnahmen zur Weiterentwicklung des Opting-out-Systems des Bundesamtes für Justiz vom 15. Februar 2021, 3 (nachfolgend Bericht BJ; https://www.parlament.ch/centers/documents/de/19-043-bericht-massnahmen-zur-weiterentwicklung-des-opting-out-system-rk-s-d.pdf; Aufruf 26. Oktober 2021). **2)** Franco Lorandi, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, 1396 ff., 1406; Bericht BJ (Fn. 1), 21. **3)** Lorandi (Fn. 2), 1406; David Rüetschi, Die direkte Sanierung – Neue Möglichkeiten im SchKG und laufende Revision des OR, in: Anette Dolge (Hrsg.), SchKG und ZPO – Neuerungen, Erfahrungen und Aussichten im schweizerischen und internationalen Vollstreckungsrecht, Zürich 2014, 14 f.; Bericht BJ (Fn. 1), 22. **4)** Andreas Bergmann/Sandro Fuchs/Andreas Baur/Iris Rauskala/Sandra Fuhrimann, Regulierungskostenanalyse des Rechnungslegungs- und Revisions-(aufsichts)rechts, Schlussbericht, Winterthur 2013, 5, 34; Lorandi (Fn. 2), 1406; Bericht BJ (Fn. 1), 22. **5)** Oliver Vögele/Beatrice Meyer, Eingeschränkte Revision, Prüfung der Massnahmen zur Senkung der Regulierungskosten der eingeschränkten Revision, November 2020, 7 (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Standortforderung/studien/regulierungskosten_der_eingeschraenkten_revision.html; Aufruf xx 2021). **6)** BGE 133 III 453 E. 7.3; 106 II 232 E. 2c (Pra 1980 Nr. 32); BGer 4C/1997 vom 19.12.1997 E. 4.a (Pra 1998 Nr. 121). **7)** Lorandi (Fn. 2), 1408; Bericht BJ (Fn. 1), 3. **8)** Bericht BJ (Fn. 1), 5 (Zahlen gemäss einer internen Auswertung des EHRA). **9)** Quelle: https://auditorstats.ch/ (dort unter Entwicklung des Schweizerischen Revisionsmarkts; Abruf 26. Oktober 2021); Bericht BJ (Fn. 1), 6; Heiko Bergmann/Michael Schreiner, Auswirkungen eines Opting-out, St. Gallen Mai 2020, 8 (https://www.alexandria.unisg.ch/260459/1/Bergmann%20Heiko_Schreiner%20Michael%20%282020%29%20-%20Auswirkungen%20eines%20Opting-out.%20Studie%20auf%20Basis%20von%20Bonit%C3%A4tsdaten%20des%20Schweizerischen%20Verbands%20Creditreform.pdf; Aufruf 26. Oktober 2021). **10)** Vögele/Meyer (Fn. 5), 7. **11)** Vögele/Meyer (Fn. 5), 53. **12)** Rüetschi (Fn. 3), 15. **13)** Vgl. auch Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Justiz, Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Missbrauch des Konkursverfahrens verhindern) vom 22. April 2015 (nachfolgend Erläuternder Bericht), 4 (https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/konkursmissbrauch.html; Aufruf 26. Oktober 2021). **14)** Zahlen des BfS (https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.16564142.html; Aufruf 26. Oktober 2021). Die Extremwerte betrugen 56,23 % (2020) bzw. 61,38 % (2012), **15)** Konkurseinstellung-praxis.ch (https://www.konkurseinstellung-praxis.ch/art-230-schkg/#art-230-2-2; Aufruf 26. Oktober 2021) dort unter Höhe der Sicherheit. **16)** Pfandgesicherte Gläubiger und Gläubigerinnen können in Bezug auf die Pfandsache (trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven) eine Spezialliquidation gemäss Art. 230a SchKG verlangen. Dazu, wie oft dies der Fall ist, werden vom Bund keine statistischen Daten erhoben. In den wenigen Kantonen, welche Spezialliquidationen gemäss Art. 230a SchKG statistisch erfassen, werden solche in (lediglich) 2 % bis 4 % aller eingestellten Konkursverfahren durchgeführt. **17)** Diese Ausfälle finden in keiner Statistik ihren Niederschlag, da sie (mangels Durchführung des Konkursverfahrens) gar nicht erfasst werden (können). **18)** Dies umfasst nicht nur Konkurse über juristische Personen, sondern auch über natürliche Personen. In der Praxis werden jedoch Konkurse über natürliche Personen (bedeutend) häufiger durchgeführt als solche über juristische Personen, sodass die Quote für letztere separat betrachtet noch schlechter ist. **19)** Raoul Egeli, Bonitätsrisiken – erkennen, bewerten, vermeiden, 2. A., Zürich 2018, 210; darauf Bezug nehmend: Ernst & Young, Étude 2: Analyse explicative du taux de recouvrement, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010, 51; BBl 2010 6475; vgl. auch Ernst & Young, Modul 2: Analyse der Einflussfaktoren auf die Konkurs- und Nachlassdividende in der Schweiz, 6. **20)** Seither werden diese Daten nicht mehr erhoben. **21)** Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1975, 532 (https://www.bfs.admin.ch/asset/de/hs-b-00.01-jb-1975; Aufruf 26. Oktober 2021). **22)** Dies ist der Durchschnitt der für die Jahre 1960 sowie 1964 bis 1973 ausgewiesenen Verluste in Prozent. **23)** Vgl. vor Fn. 15. **24)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 6. **25)** Vgl. oben II. B 1. **26)** Im Rahmen der laufenden Revision zur Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses schlägt der Bundesrat neu ein Wahlrecht der öffentlich-rechtlichen Gläubiger und Gläubigerinnen vor, ob sie auf Pfändung oder Konkurs betreiben wollen (Art. 43 E-SchKG; BBl 2019 5223). Dies wird am heutigen Zustand wenig bis nichts ändern, da i. d. R. weiterhin auf Pfändung betrieben werden wird. Ob die öffentliche Hand von der zusätzlich vorgesehenen Möglichkeit, für Verlustscheinforderungen innerhalb von sechs Monaten eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 4 E-SchKG), Gebrauch machen wird, muss sich zeigen. **27)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 10/11. **28)** Überlebensraten neuer Unternehmen (Zahlen gemäss BfS; aktualisiert im Dezember 2020; https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.html; Aufruf 26. Oktober 2021). Vgl. auch Unternehmensdemografie, Analysen der Daten von 2013 bis 2017, Ziff. 7.1. (https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.10848319.html; Aufruf 26. Oktober 2021). **29)** Paul H. Dembinski, Ursachen von Konkursen bei Schweizer Unternehmen, Genf, Juni 2002 (nachfolgend Ursachen), 5. **30)** Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik 7. Dezember 2020 (https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.14960838.html; Aufruf 26. Oktober 2021). **31)** Das Branchenrisiko ist sehr unterschiedlich, vgl. Creditreform Report 2013, 18 ff. (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich). **32)** Paul H. Dembinski/Claudio Bologna, Critères économiques pour le déclenchement des procédures d'insolvabilité, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010, 98 f.; Paul H. Dembinski, Causes des faillites des entreprises suisse, Juli 1996 (nachfolgend Causes), 5, 17 ff.; vgl. die anschauliche Darstellung bei Marc Surchat, Revision des Konkursrechts als integraler Bestandteil der Wachstumspolitik des Bundesrates, in: Die Volkswirtschaft 5/2010, 21; Unternehmensdemografie, Analysen der Daten von 2013 bis 2017, Ziff. 5.3. (https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/ueberlebensraten.assetdetail.10848319.html; Aufruf 26. Oktober 2021); Bisnode D&B, Konkurse und Gründungen, 15. Januar 2020, 7 (https://www.bisnode.ch/globalassets/switzerland/medienmitteilungen/konkurse-und-grundungen-gesamtjahr-2019.pdf; Aufruf 26. Oktober 2021). **33)** Dembinski, Causes (Fn. 32), 15 f.; ders., Wie geraten Unternehmen in Konkurs?, Die Volkswirtschaft – Magazin für Wirtschaftspolitik 7/1996 (nachfolgend Konkurs), 40. **34)** Dembinski, Causes (Fn. 32), 5, 15 f. **35)** Dembinski/Bologna (Fn. 32), 115. **36)** Dembinski, Ursachen (Fn. 29), 5 f. **37)** Dembinski, Ursachen (Fn. 29), 2, 8. **38)** Dembinski, Causes (Fn. 32), 16. **39)** Dembinski, Causes (Fn. 32), 16. **40)** Sonderstudie zur Revisionslandschaft Schweiz der Credita AG vom 9. Februar 2012, 6 (nachfolgend Credita-Studie; https://www.yumpu.com/de/document/read/40581133/sonderstudie-credita-revision-firmen-schweiz-pdf-497-kb; Aufruf 26. Oktober 2021); Bericht BJ (Fn. 1), 6 f. **41)** Credita-Studie (Fn. 40), 5 f.; Bericht BJ (Fn. 1), 7. **42)** Bergmann/Schreiner (Fn. 9), 8 f.; Rüetschi (Fn. 3), 15. **43)** Bergmann/Schreiner (Fn. 9), 12. **44)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 9. **45)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 5. **46)** Lorandi (Fn. 2), 1403; Creditreform Report 2013, 9 (dieses Dokument ist nicht allgemein zugänglich). Das BfS weist einzig die Summe der ausgestellten Konkursverlustscheine (aus durchgeführten Konkursverfahren) aus, welche über die Jahre im Bereich von ca. CHF 2 Mia. liegt. Verluste aus Pfändungen aus nicht durchgeführten Konkursen sowie aus Nachlassverfahren werden vom BfS nicht erfasst. **47)** Auf diese wird in diesem Beitrag nicht eingegangen. **48)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 4. **49)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 6, 8, 14. **50)** Bericht BJ (Fn. 1), 9. **51)** Vgl. zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20113925 (Aufruf 26. Oktober 2021). **52)** Bericht BJ (Fn. 1), 17 f.; Erläuternder Bericht (Fn. 13), 12. **53)** Vgl. auch Erläuternder Bericht (Fn. 13), 16. **54)** Erläuternder Bericht (Fn. 13), 13. **55)** Für weitere Vorschläge unter Einbezug des Insolvenzrechts vgl. Lorandi (Fn. 2), 1413 ff. **56)** Vgl. II. B. 4. **57)** Vgl. III. **58)** Vögele/Meyer (Fn. 5), 1, 47, 59. **59)** Vögele/Meyer (Fn. 5), 1. **60)** Vögele/Meyer (Fn. 5), 1, 41 f., 59. **61)** Vgl. dazu näher Lorandi (Fn. 2), 1417. **62)** https://lik-app.bfs.admin.ch/de/lik/rechner?periodType=Monatlich&start=01.1936&ende=06.2021&basis=AUTO&betrag=20000 (Aufruf 26. Oktober 2021). **63)** David Rüetschi, Das neue Sanierungsrecht – Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte, in: Thomas Sprecher/Brigitte Umbach-Spahn/Dominik Vock (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, 25; Lorandi (Fn. 2), 1415. **64)** Ernst & Young, Étude 1, Comparisation internationale du droit des faillites suisse, in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, SECO, Bern 2010, 10; Rüetschi (Fn. 63), 26; Lorandi (Fn. 2), 1416. **65)** Lorandi (Fn. 2), 1416 f. m. w. H. **66)** Nach Information des Bundesamts für Justiz ist Ende 2021 mit einem Entscheid des Bundesrats über das Datum des Inkrafttretens zu rechnen, und das Datum wird auf Anfang 2023 vermutet. **67)** Hanspeter Wüstiner, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II (Art. 530–964 OR), 5. A., Basel 2016, Art. 725 OR N 40b m. w. H.; BGE 62 III 22, 25. **68)** Zum Inkrafttreten vgl. Fn. 66. **69)** Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff., 578 f., 629. **70)** Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff., 466. **71)** Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399 ff., 465, 569. **72)** In der jüngeren Vergangenheit wurden bei ca. 7500 Konkurseröffnungen über juristische Personen nur ca. 70 Nachlassverfahren pro Jahr durchgeführt (Alessando Farsaci/Tobias Fritsche, Schweizer Nachlassverfahren: Quo vadis?, ZZZ 2021, 533 ff., 537 f.).