

Oliver Kälin

«Alte» Schulden in der Nachlassstundung



INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Problemstellung

- A. Dilemma des Gläubigers
- B. Dilemma des Schuldners
- C. Zwischenfazit

III. Lösungsansätze

- A. Ordentlicher Nachlassvertrag
- B. Aufschiebende Bedingung
- C. Forderungskauf und Forderungsverzicht
- D. Steuerrechtliche Implikationen

IV. Ergebnis

I. Einleitung

Bewilligt das Gericht einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft¹ die provisorische Nachlassstundung, zieht sie regelmässig einen Schuldenberg hinter sich her. Oft liegt die Überschuldung bereits vor.² Während der bis zu acht Monate³ dauernden provisorischen Nachlassstundung muss die Unternehmensleitung prüfen, mit der Hilfe eines Sachwalters oder ohne (Art. 293b SchKG),⁴ ob eine Sanierung in Frage kommt oder ein Nachlassvertrag möglich ist (Art. 293a Abs. 3 SchKG).

Dem Stundungsgesuch soll ein Sanierungsplan beiliegen (Art. 293 lit. a SchKG). Darin muss der Schuldner aufzeigen, wie und innert welcher Frist er seine Schulden abtragen will.⁵ Diese Schulden, die bei der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung bestehen, werden nachstehend als «*alte Schulden*» bezeichnet.⁶ «*Neue*» Schulden hingegen, die nach der Stundungsbewilligung und mit Zustimmung des Sachwalters entstehen, verpflichten den

¹ Zur Nachlassstundung ist jede natürliche oder juristische Person zugelassen, die als Schuldnerin auf Pfändung oder auf Konkurs betrieben werden kann (Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [Sanierungsrecht], BBl 2010, 6455 ff. [zit. Botschaft Sanierungsrecht], 6479).

² Der Schuldner kann das Nachlassgesuch insbesondere anlässlich der Überschuldungsanzeige (Art. 725 OR) stellen (Botschaft Sanierungsrecht [FN 1], 6479).

³ Maximale Dauer der provisorischen Nachlassstundung nach Art. 293a Abs. 2 SchKG.

⁴ Soll in begründeten Fällen die Stundung ohne öffentliche Bekanntmachung gewährt werden, wird stets ein provisorischer Sachwalter eingesetzt (Art. 293c Abs. 2 lit. d SchKG).

⁵ BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL, Art. 293 N 23e, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN); NATALIE V. STAUBER/PHILIP TALBOT, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, 874 ff., 876 f.

⁶ «*Nachlassforderungen*» (Art. 297 Abs. 3 SchKG), worunter auch die Forderungen fallen, die nach Bewilligung der Stundung ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Art. 310 Abs. 1 SchKG).

Schuldner in vollem Umfang.⁷ Sie werden im Konkursfall⁸ zu Masseverbindlichkeiten,⁹ die vorab zu begleichen sind.¹⁰

Der Sanierungsplan sieht meistens vor, mit Gläubigern darüber zu verhandeln, ob sie ganz oder teilweise auf alte Schulden verzichten.¹¹ Ohne Forderungsverzichte wird es selten gelingen, die Überschuldung während der Nachlassstundung¹² abzutragen. Verhandlungen mit Gläubigern soll der Schuldner aber nicht nur im Hinblick auf eine

Das Dilemma des Gläubigers besteht darin, dass er einschätzen muss, ob die Sanierung gelingt: Wenn ja, erhält er seine Forderung samt Zinsen ausbezahlt; wenn nein, bleibt ihm nur eine Konkurs- oder Nachlassdividende.

Aufhebung der Nachlassstundung führen (Art. 296a Abs. 1 SchKG), sondern auch für die Frage, ob ein Nachlassvertrag zu Stande kommt. Um die Quoren in Art. 305 SchKG zu erfüllen, muss der Schuldner bei den stimmberechtigten Gläubigern abklären, welcher Nachlassdividende sie zustimmen würden.

Ob nun eine Sanierung angestrebt wird oder der Abschluss eines Nachlassvertrags, in beiden Fällen muss der Schuldner die Gläubiger fragen, ob sie bereit sind, auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten. Anfragen wird der Schuldner vor allem Gläubiger, deren (alte) Forderungen in die dritte Klasse fallen (Art. 219 Abs. 4 SchKG).¹³

7 Siehe Art. 310 Abs. 2 SchKG; BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEPHAN KESSELBACH/STEFAN BOSSART, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 297 SchKG N 3.

8 Ebenso beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 113 III 148 E. 2; BGer, 2C.792/2008, E. 2).

9 Genauer «Masseschulden», trotz Art. 211a Abs. 2 SchKG («Masseverbindlichkeiten»), jedoch ist die Terminologie nicht stringent: «Masseverbindlichkeiten» bezeichnen im SchKG Massekosten und -schulden (FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, 464 ff., 464); im OR hingegen umfassen «Verbindlichkeiten» neben Schulden auch Rückstellungen (PETER BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2019, N 342). Siehe WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. A., Bern 2016, § 10 N 72.

10 BSK SchKG II-STAEHELIN/STOJILJKOVIĆ (FN 5), Art. 262 N 26; KURT STÖCKLI/PHILIPP POSSA, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN), Art. 262 N 3.

11 Siehe OLIVER KÄLIN, Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, AJP 2016, 435 ff., 440.

12 Provisorische und definitive Nachlassstundung können insgesamt 20 Monate dauern, in besonders komplexen Fällen 32 Monate (Art. 293a Abs. 2, Art. 295b Abs. 1 SchKG).

13 Sofern Aktiven vorhanden sind, erhalten die (privilegierten) Gläubiger mit Forderungen der ersten und zweiten Klasse im Konkurs eine höhere

II. Problemstellung

A. Dilemma des Gläubigers

Bietet ein Gläubiger an, auf einen Teil seiner alten Forderung zu verzichten, wird er regelmässig¹⁴ verlangen, dass der Rest umgehend bezahlt wird. Damit bringt er letztlich zum Ausdruck, dass er am Erfolg der Sanierung zweifelt.¹⁵ Traut der Gläubiger dem Schuldner die Sanierung hingegen zu, lehnt er einen Forderungsverzicht besser ab. Er verlangt den vollen Betrag samt Zinsen,¹⁶ sobald das Gericht die Nachlassstundung aufhebt.

Das Dilemma des Gläubigers besteht also darin, dass er einschätzen muss, ob die vom Schuldner angestrebte Sanierung gelingt: Wenn ja, erhält er seine Forderung samt Zinsen ausbezahlt; wenn nein, bleibt ihm nur eine Konkurs- oder Nachlassdividende. Die Konkursdividende kann für Dritt-Klass-Gläubiger durchaus minimal ausfallen; die Nachlassdividende richtet sich nach dem Nachlassvertrag und ist oft schwer abschätzbar, insbesondere während der provisorischen Nachlassstundung.

Ausgerechnet aber der sanierungsskeptische – und damit verzichtswillige – Gläubiger trägt zum Gelingen der Sanierung bei: Bei der schuldnerischen Gesellschaft sinkt das Fremdkapital und im gleichen Umfang geht die Überschuldung zurück. Erreicht der Schuldner gar ein positives Eigenkapital, marschiert er geradewegs in Richtung Aufhebung der Nachlassstundung (Art. 296a SchKG). Halten die Gläubiger indessen an ihren vollen Forderungen fest, steigt die Konkursgefahr und es droht eine möglicherweise tiefere Konkursdividende.

Folgender Beispielfall: Eine Gesellschaft in Nachlassstundung ist um 500 überschuldet. 10 Gläubigern schuldet sie insgesamt 1500, den drei grössten zusammen 900. Bei allen Forderungen handelt es sich um solche der dritten Klasse. Diese drei Gläubiger sind bereit, auf ihre Forderungen zu verzichten, sofern sie sofort je 100 erhalten.

Dividende (siehe Art. 220 Abs. 2 SchKG) und haben im Nachlassvertrag Anspruch auf vollständige Bezahlung (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

14 Ausnahmen können bestehen, wenn der Gläubiger zugleich (Haupt-)Aktionär der Schuldnerin ist oder von einer künftigen oder andauernden Geschäftsbeziehung ausgeht.

15 Möglich ist auch, dass der Gläubiger dringend auf Liquidität angewiesen und deshalb zum Forderungsverzicht bereit ist.

16 Obschon der Zinsenlauf während der Nachlassstundung für nicht pfandgesicherte Forderungen stillsteht (Art. 297 Abs. 7 SchKG), lebt er nach Aufhebung der Stundung zufolge Sanierung *ex tunc* wieder auf, wie wenn es keinen Stillstand gegeben hätte (BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL [FN 5], Art. 297 N 36; KUKO SchKG-HUNKELER [FN 10], Art. 297 N 50).

B. Dilemma des Schuldners

Verfügt die schuldnerische Gesellschaft im Beispiel über die nötige Liquidität, könnte sie bei einer Einigung mit den drei grössten Gläubigern einen Gewinn von 600 erzielen. Das würde zu einem positiven Eigenkapital von 100 führen und die Überschuldung beseitigen.

Dieses Vorgehen wird durch das *Gleichbehandlungsgebot* verhindert. Nach Art. 312 SchKG ist jedes Versprechen des Schuldners *ab initio*¹⁷ nichtig (Art. 20 OR), mit dem er einem Gläubiger mehr zusichert, als diesem gemäss Nachlassvertrag zusteht. Das Gleichbehandlungsgebot gilt auch im Konkurs unter gleichrangigen Gläubigern (Art. 220 SchKG)¹⁸ und findet gemäss der Lehre ebenso Anwendung in der Nachlassstundung.¹⁹ Der Schuldner haftet nach Art. 197 SchKG mit seinem gesamten pfändbaren Vermögen und alle Gläubiger – im Rahmen der Vorrechte und Privilegien von Art. 219 SchKG – haben ein gleiches Recht auf Auszahlung.²⁰ Während der Nachlassstundung bleibt ungewiss, ob die Sanierung gelingt, ein Nachlassvertrag zustande kommt oder der Konkurs eröffnet wird. Daher könnte die Zahlung an einen Gläubiger dazu führen, dass dieser faktisch eine höhere Konkurs- oder Nachlassdividende erhält.

Veranschaulicht am Beispielfall: Zahlt die Gesellschaft 300 aus, erhalten die drei Gläubiger im Schnitt 33% ihrer Forderungen. Scheitert die Sanierung und eröffnet das Gericht den Konkurs, wurden die Gläubiger bevorzugt, wenn die anderen Gläubiger weniger als 33% ihrer Forderung erhalten. Dasselbe gilt, wenn es zu einem Nachlassvertrag kommt und die Nachlassdividende 33% unterschreitet.

Für die bezahlten Gläubiger besteht die Gefahr, dass die erhaltenen Beträge nach Art. 62 ff. OR (Bereicherungsrecht) zurückverlangt werden (Art. 312 SchKG).²¹ Es droht sogar der gerichtliche Widerruf des Nachlassvertrags (Art. 313 Abs. 1 SchKG).²² Im Konkursfall²³ wären zudem paulianische Anfechtungsansprüche zu prüfen.²⁴

Ein vom Nachlassgericht bestellter Sachwalter kann die Zahlung während der Nachlassstundung nicht rechtsgültig bewilligen: Nach Art. 285 Abs. 3 SchKG sind nur Handlungen von der paulianischen Anfechtung ausgenommen, welche (a) vom Nachlassgericht oder dem Gläubigerausschuss genehmigt werden und (b) im Katalog von Art. 298 Abs. 2 SchKG stehen.²⁵

Auch das Nachlassgericht und ein Gläubigerausschuss können die Zahlung einer alten Schuld während der Nachlassstundung nicht anfechtungsresistent machen: Art. 298 Abs. 2 SchKG listet die bewilligungsfähigen Handlungen abschliessend auf.²⁶ Die Bezahlung einer alten Schuld, auch unter dem Nennwert, fällt nicht darunter.²⁷ Hinzu kommt, dass der spätere Konkurs das Tor zum Insolvenzstrafrecht aufstösst.²⁸ Eine Zahlung des Schuldners an einen Gläubiger während der Nachlassstundung ist im Hinblick auf Art. 167 StGB heikel, selbst wenn objektiver und subjektiver Tatbestand selten erfüllt sein dürften.²⁹

C. Zwischenfazit

Ein Gläubiger, der bereit ist, seine Forderung zu reduzieren, hilft dem Schuldner bei der Sanierung. Er hilft auch den übrigen Gläubigern, denen so mehr Haftungssubstrat zur Verfügung steht. Eine Auszahlung der reduzierten Schuld

135 III 276 E. 8.1 [Pra 2009, Nr. 112]; 134 III 452 E. 5.2); die Überschuldungsanfechtung wird mutmasslich an den Voraussetzungen von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1–3 SchKG scheitern.

25 Siehe ab 1. Januar 2023 den neuen Art. 285 Abs. 4 SchKG: «Nicht anfechtbar sind ferner andere Verbindlichkeiten, die mit Zustimmung des Sachwalters während der Stundung eingegangen wurden»; dazu Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff. (zit. Botschaft Aktienrecht), 645.

26 BSK SchKG II-BAUER/LUGINBÜHL (FN 5), Art. 298 N 16; FRANCO LORANDI, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, 73 ff., 83.

27 Nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 298 Abs. 2 SchKG bewilligungsfähig ist: Teile des Anlagevermögens zu veräussern oder zu belasten, Pfänder zu bestellen, Bürgschaften einzugehen oder unentgeltliche Verfügungen zu treffen.

28 Konkursöffnung oder Ausstellen eines Verlustscheins ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 163–167 StGB (siehe DIETER GESSLER/CHARLOTTE SCHODER, Insolvenzstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2021, § 16 N 17). Beim angenommenen und bestätigten Nachlassvertrag siehe Art. 171 Abs. 1 StGB.

29 Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) verlangt, dass ein zahlungsunfähiger oder überschuldeter Schuldner (STEFAN TRECHSEL/MARCEL OGG, in: Stefan Trechsel/MARK Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch [StGB], Praxiskommentar, 4. A., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 167 N 2) in Kenntnis seiner Situation beabsichtigt, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen. Die ordnungsgemässe Zahlung einer fälligen Schuld genügt dazu grundsätzlich nicht, sondern die Bevorzugung muss «eine krasse und ungerechtfertigte Ungleichheit zwischen den Gläubigern» schaffen (BGE 117 IV 23 E. 4b; BGer, 9C_111/2007, E. 3.3). Handelt der Schuldner in Sanierungsabsicht, erfüllt er den (subjektiven) Tatbestand kaum (siehe GESSLER/SCHODER [FN 28], § 16 N 112).

17 BSK SchKG II-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH (FN 5), Art. 312 N 14; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 10), Art. 312 N 8.

18 Siehe BSK SchKG II-LORANDI (FN 5), Art. 220 N 2; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 10), Art. 220 N 2.

19 SK-Komm.-HUNKELER/WOHL/HENSELER (FN 7), Art. 312 SchKG N 2; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 10), Art. 312 N 1.

20 BSK SchKG II-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH (FN 5), Art. 312 N 2; STOFFEL/CHABLOZ (FN 9), § 9 N 6.

21 BSK SchKG II-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH (FN 5), Art. 312 N 15; SK-Komm.-HUNKELER/WOHL/HENSELER (FN 7), Art. 312 SchKG N 6.

22 SK-Komm.-HUNKELER/WOHL/HENSELER (FN 7), Art. 312 SchKG N 7.

23 Ebenso unterliegen Handlungen des Schuldners der paulianischen Anfechtung (Art. 331 Abs. 1 SchKG), die vor der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (BGE 134 III 273 E. 4.4.2) vorgenommen wurden (BGE 135 III 276 E. 5 [Pra 2009 Nr. 112]).

24 Im Vordergrund steht die Absichtspauliana nach Art. 288 Abs. 1 SchKG (zur Schädigungsabsicht bei Sanierungsbemühungen allerdings BGE

während der Nachlassstundung kann der Gläubiger indes nicht erreichen: Dies verstösst gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Verzichtet ein Gläubiger auf einen Teil seiner Forderung, muss er warten, zusammen mit den Gläubigern, die nicht verzichten, bis die Nachlassstundung endet. Gelingt die Sanierung und hebt das Gericht die Nachlassstundung auf (Art. 296a SchKG), erhält der verzichtende Gläubiger seine reduzierte Forderung ausbezahlt, während die anderen Gläubiger, die nicht verzichtet haben, voll entschädigt werden. Wird ein Nachlassvertrag abgeschlossen oder kommt es zum Konkurs, berechnet sich die Dividende auf der reduzierten Forderung.³⁰ Der Forderungsverzicht während der Nachlassstundung bringt dem Verzichtenden somit keinen finanziellen Vorteil. Folglich lehnt der Gläubiger eine Reduktion seiner Forderung eher ab.³¹ Wenn aber die alten Schulden unvermindert weiter bestehen, sinken die Chancen auf eine erfolgreiche Sanierung.

III. Lösungsansätze

A. Ordentlicher Nachlassvertrag

Werden die Quoren in Art. 305 Abs. 1 SchKG erreicht, gilt der Nachlassvertrag als angenommen. Das Nachlassgericht bestätigt ihn, wenn die Voraussetzungen in Art. 306 SchKG erfüllt sind. Mit dem Nachlassvertrag werden die nicht zustimmenden Gläubiger gleichsam gezwungen, auf einen Teil ihrer Forderungen zu verzichten (Art. 310, Art. 314 Abs. 1 SchKG).³² Allerdings benötigen die Nachlassvertragsverhandlungen stets eine gewisse Dauer und eine schnelle Einigung erfolgt selten.

Der Faktor Zeit ist das eine, das andere und gravierendere ist, dass mathematische Gegebenheiten den Nachlassvertrag verhindern können: Im Beispielfall beträgt das Fremdkapital der schuldnerischen Gesellschaft 1500 und sie ist um 500 überschuldet. Drei Gläubiger von zehn sind bereit, auf 600 zu verzichten. Damit werden die Quoren in Art. 305 Abs. 1 SchKG nicht erreicht: Weder liegt eine Gläubigermehr-

heit vor, die zugleich zwei Drittel aller Forderungen vertritt,³³ noch der Viertel der Gläubiger, die mindestens drei Viertel des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten.³⁴ Das führt zur Situation, dass die drei Gläubiger mit ihren Forderungsverzichten die Überschuldung zwar (auch zum Vorteil der übrigen Gläubiger) beseitigen könnten, aber nicht in der Lage sind, allein die Bestätigung des Nachlassvertrags zu bewirken.

B. Aufschiebende Bedingung

Zwar darf der Schuldner während der Nachlassstundung die Forderungen der verzichtenden Gläubiger nicht bezahlen, er kann mit ihnen aber vereinbaren, dass sie ihre Forderungen reduzieren, sobald das Gericht die Nachlassstundung aufhebt (Art. 296a SchKG). Der Forderungsverzicht wird somit unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass die Nachlassstundung wegfällt. Eine solche Abmachung bezieht sich nicht auf den Abschluss eines Nachlassvertrags und stellt folglich auch kein nichtiges Nebenversprechen dar (Art. 312 SchKG). Da der Forderungsverzicht aber aufschiebend bedingt ist, lässt er das Fremdkapital des Schuldners während der Nachlassstundung unverändert. Im Ergebnis fehlt einstweilen die sanierende Wirkung. Aufschiebend bedingte Forderungsverzichte sind damit ein Instrument, um dem Nachlassgericht darzutun (Art. 296a Abs. 2 SchKG), dass der Schuldner überlebensfähig ist und nicht umgehend in die Überschuldung zurückfällt, wenn die Nachlassstundung aufgehoben wird.³⁵

C. Forderungskauf und Forderungsverzicht

Erfasst vom Gebot der Gläubigergleichbehandlung wird nur der Schuldner; Dritte hingegen sind durch Art. 312 SchKG nicht gebunden.³⁶ Das gilt, sofern keine Umgehung vorliegt.³⁷

³⁰ Beim Nachlassvertrag gilt dies dann, sofern die Abmachung nichts anderes vorsieht (Art. 314 Abs. 1 SchKG; KUKO SchKG-HUNKELER [FN 10], Art. 314 N 4).

³¹ Ausnahmsweise kann ein Gläubiger trotzdem verzichten, weil er an einer künftigen Geschäftsbeziehung interessiert ist oder sich ausrechnet, dass er auch mit einer reduzierten Forderung besser fährt als mit der mutmasslichen Konkursdividende.

³² HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Zürich 1993, § 75 N 5; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 10), Art. 310 N 5. Die Verbindlichkeit des Nachlassvertrags für die Gläubiger steht unter der Bedingung, dass der Vertrag vom Schuldner erfüllt wird (Art. 316 SchKG; FRITZSCHE/WALDER II [a.a.O.], § 75 N 4).

³³ Art. 305 Abs. 1 lit. a SchKG: Es müssten sechs Gläubiger zustimmen (nicht erfüllt), die insgesamt Forderungen über 1'000 vertreten (nicht erfüllt).

³⁴ Art. 305 Abs. 1 lit. b SchKG: Es müssten drei Gläubiger zustimmen (erfüllt), die insgesamt Forderungen über 1'125 vertreten (nicht erfüllt).

³⁵ Und z.B. der Betreuungsschutz entfällt (Art. 297 Abs. 1 SchKG).

³⁶ Bereits BGE 49 III 205 E. 2: «Die Bestimmung will verhindern, dass Mittel des Schuldners, auf welche ohne den Nachlassvertrag die Gläubiger gleichmässig hätten greifen können, dazu verwendet werden, einen Gläubiger auf Kosten der andern zu begünstigen. Eine derartige Begünstigung aus den Mitteln eines für den Schuldner einspringenden Dritten zu verbieten, besteht dagegen kein Anlass, weil hier den übrigen Gläubigern nichts entzogen wird, woraus sie sich im Falle der Zwangsvollstreckung hätten befriedigen können»; FRITZSCHE/WALDER II (FN 32), § 76 N 1 a.E.

³⁷ Z.B., wenn ein Angebot eines Dritten materiell den Schuldner verpflichtet. BGE 49 III 205 E. 2: «Fraglich kann nur sein, ob sich hinter dem Versprechen dieser Dritten noch ein weiteres Versprechen des Schuldners selbst verbirgt, das ihn als den materiell allein Verpflichteten und die Verpflichtung der beiden Unterzeichner des Schuldscheins lediglich als zur Umgehung des Art. 314 SchKG eingegangen und deshalb als nichtig erscheinen lässt»; unzulässig bleiben auch Versprechen Dritter an Gläubiger,

Zulässig bleibt folgendes Vorgehen: Ein Dritter kauft einem Gläubiger die Forderung gegen den Schuldner unter dem Nennwert ab. Als Gegenleistung erhält der Dritte (Forderungskäufer) die Forderung abgetreten und wird neuer Gläubiger des Schuldners. Anschliessend sind zwei Varianten denkbar: (1) Der Dritte verzichtet auf die Forderung bis zum bezahlten Kaufpreis. Gelingt die Sanierung und wird

Der Forderungsverzicht während der Nachlassstundung bringt dem Verzichtenden keinen finanziellen Vorteil.

die Nachlassstundung aufgehoben, erhält der Dritte den Kaufpreis samt Zinsen³⁸ vom Schuldner zurück. Im Ergebnis erleidet der Dritte keinen Verlust. Sofern die Restforderung den Forderungskaufpreis übersteigt, erzielt er im Gegenteil einen Gewinn. Beim Dritten handelt es sich in aller Regel um eine dem Schuldner nahestehende Person, z.B. den Alleinaktionär. (2) Als andere Möglichkeit erklärt der Dritte als neuer Gläubiger einen aufschiebend bedingten Forderungsverzicht, wie unter obigem Titel beschrieben. Das wird der Dritte tun, solange das Gelingen der Sanierung unklar ist. Fällt die schuldnerische Gesellschaft in Konkurs, erhält er eine Konkursdividende, die sich nach dem ursprünglichen Forderungsbetrag berechnet.

Im Beispielfall kauft ein Dritter den drei Gläubigern ihre Forderungen von insgesamt 900 für 300 ab. Dann verzichtet der Dritte auf 600 – gemäss Variante 1 – und behält eine Forderung in Höhe des Kaufpreises (300) gegen die Gesellschaft. Der Schuldner kommt so in den Genuss der Forderungsverzichte und die verzichtenden Gläubiger erhalten ihr Geld. Verzichtet der Dritte auf 550, wird das Eigenkapital dennoch positiv (50). Hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung auf, hat der Dritte Anspruch auf 350 und bei Bezahlung einen Gewinn von 50 realisiert.

Führt folglich der Forderungskauf durch einen Dritten mit anschliessendem Teilverzicht zu einer gleichwertigen Lösung, wie wenn der Gläubiger direkt verzichtet? Für die Gleichwertigkeit spricht, dass der ursprüngliche Gläubiger (Forderungsverkäufer) und der Schuldner in die gleiche finanzielle Situation gebracht werden: Der Schuldner senkt sein Fremdkapital und der ursprüngliche Gläubiger erhält einen reduzierten Betrag. Der Forderungskauf durch den Dritten hat zudem den Vorteil, dass der Schuldner kei-

ne Liquidität benötigt, um die reduzierten Forderungen zu bezahlen. Allerdings muss ein Dritter bereit sein, eine alte Forderung zu kaufen und im Umfang des bezahlten Kaufpreises das Konkursrisiko zu übernehmen.

D. Steuerrechtliche Implikationen

Im Folgenden ist kurz darauf einzugehen, ob sich die (gewinn-)steuerliche Situation des Schuldners verändert, wenn entweder ein Gläubiger auf die alte Forderung verzichtet oder ein Dritter, der die alte Forderung erworben hat.

Bei sanierungsbedürftigen Gesellschaften und Genossenschaften³⁹ ist zu unterscheiden, ob der Dritte, der die Forderung kauft, unabhängig ist oder ob es sich um einen Gesellschafter (oder *Nahestehenden*)⁴⁰ handelt.

Der *Forderungsverzicht* eines unabhängigen Dritten wird in der Erfolgsrechnung der schuldnerischen Gesellschaft als Ertrag verbucht⁴¹ und führt grundsätzlich zu einem steuerbaren Gewinn⁴² (sogenannter *echter Sanierungsgewinn oder -ertrag*).⁴³ Nachdem sanierungsbedürftige Gesellschaften regelmässig einen Verlustvortrag⁴⁴ aufweisen, kann der Forderungsverzicht damit verrechnet werden (Art. 67 Abs. 2 DBG). Verzichtenden Gläubiger – wie in unserem Beispielfall – auf Forderungen, deren Wert den Verlustvortrag übersteigt, wird die Bilanz der Schuldnerin *übersaniert*.⁴⁵ Der übersanierende Teil des Forderungsverzichts kann nicht verrechnet werden⁴⁶ und wird besteuert. Während eine Übersanierung aus Sanierungssicht

³⁹ Zum Begriff der steuerlich anerkannten Sanierungsbedürftigkeit Kreisreiben Nr. 32 der eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV, Sanierungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, vom 23. Dezember 2010 (zit. KS ESTV Nr. 32), Ziff. 2; siehe ANDREAS HELBING/MICHAEL FELBER, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, DBG, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 4. A., Basel 2022 (zit. BEARBEITER/IN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht), Art. 67 N 60.

⁴⁰ Bezüglich des Forderungsverzichts einer Schwester- oder Tochtergesellschaft KS ESTV Nr. 32 (FN 39), Ziff. 4.1.1.1.b.

⁴¹ Art. 959b Abs. 2 Ziff. 9 OR; DIETER PFAFF, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler/veb.ch (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar mit Berücksichtigung steuerrechtlicher Vorschriften, 2. A., Zürich 2019 (zit. veb.ch Praxiskommentar), Art. 959b OR N 95.

⁴² Allgemein DANIELA SCHMUCKI/ANDREA NORDIN, Sanierung und Steuern, in: Thomas Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich/Basel/Genf 2014, 21 ff., 28; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/TOBIAS F. ROHNER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. A., Zürich 2021, § 64 N 153.

⁴³ HELBING/FELBER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht (FN 39), Art. 67 DBG N 53, N 55; KS ESTV Nr. 32 (FN 39), Ziff. 3.1.b.

⁴⁴ Der Verlustvortrag enthält die kumulierten Verluste aus früheren Geschäftsjahren (siehe Botschaft Aktienrecht [FN 25], 616).

⁴⁵ Übersanierung als Bildung offener und/oder stiller Reserven, die insgesamt den ausgebuchten Verlustvortrag übersteigen (siehe KS ESTV Nr. 32 [FN 39], Ziff. 3.3.3, 5. Aufzählungszeichen).

⁴⁶ Da ein entsprechender Verlustvortrag fehlt.

damit diese an der Gläubigerversammlung so oder anders abstimmen (Art. 168 StGB).

³⁸ Nachweise in FN 16.

wünschenswert ist, muss die schuldnerische *Gesellschaft Gewinnsteuern zahlen*, was Liquidität erfordert und das Kapitalpolster wieder schrumpfen lässt.⁴⁷

Der *Forderungsverzicht eines Gesellschafters* ist im Grundsatz gleich zu behandeln wie der Forderungsverzicht eines Dritten.⁴⁸ Er führt ebenfalls zu einer Gewinnsteuer, soweit er nicht mit dem Verlustvortrag verrechnet werden kann. Allerdings differenziert das Steuerrecht beim Forderungsverzicht eines Gesellschafters zwischen *echten* und *unechten Sanierungsgewinnen*. Während echte Sanierungsge-

Zentral ist die Frage, ob der Forderungsverzicht eines Gesellschafters ein echter Sanierungsgewinn ist oder ein unechter.

winne – wie Forderungsverzichte Dritter – gewinnbesteuert werden, stellen unechte Sanierungsgewinne steuerneutrale Kapitaleinlagen dar (Art. 60 lit. a DBG) und werden *nicht gewinnbesteuert*.⁴⁹

Zentral ist somit die Frage, ob der Forderungsverzicht eines Gesellschafters ein echter Sanierungsgewinn ist oder ein unechter. Ein unechter (steuerneutraler) Sanierungsgewinn ist der Verzicht des Gesellschafters dann, wenn entweder (a) das Gesellschafterdarlehen vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital⁵⁰ behandelt wurde oder (b) das Gesellschafterdarlehen von einem Dritten wegen des schlechten Geschäftsgangs zu den gleichen Bedingungen nicht mehr gewährt worden wäre.⁵¹

Verzichtet ein Gesellschafter auf eine Forderung, die ihm ein Dritter abgetreten hat, kann dieser Betrag selten als verdecktes Eigenkapital qualifizieren.⁵² Auch gewährte der Dritte der Gesellschaft das Darlehen in den meisten Fällen, *bevor* die wirtschaftliche Schieflage eintrat. Somit wird

der Verzicht des Gesellschafters auf eine Forderung, die ursprünglich einem Dritten gehörte, kaum dazu führen, dass der Verzicht als unechter Sanierungsertrag qualifiziert.

Zusammengefasst dürfte es gewinnsteuerlich in der Mehrzahl der Fälle unerheblich bleiben, ob ein Dritter oder ein Gesellschafter einem unabhängigen Gläubiger eine Forderung abkauft und dann (teilweise) darauf verzichtet.⁵³

IV. Ergebnis

Das Gleichbehandlungsgebot verbietet es dem Schuldner, mit einem Gläubiger während der Nachlassstundung eine individuelle Vereinbarung zu treffen, wonach der Gläubiger seine Forderung reduziert und dafür umgehend bezahlt wird. Allerdings dienen Forderungsverzichte der Sanierung und wenn diese gelingt, können die nicht verzichtenden Gläubiger vollständig bedient werden.

Eine Möglichkeit zur Schuldenreduktion bietet der ordentliche Nachlassvertrag: Der angenommene und bestätigte Nachlassvertrag gilt auch für nicht zustimmende Gläubiger. Allerdings erfordert das Zustandekommen eines Nachlassvertrags regelmässig Zeit und das steht einer raschen Sanierung entgegen.

Als andere Möglichkeit kann ein Dritter einem verzichtswilligen Gläubiger dessen Forderung unter dem Nennwert abkaufen und – allenfalls aufschiebend bedingt – teilweise darauf verzichten. Ist ein Dritter dazu bereit, ermöglicht der Forderungskauf mit anschliessendem Teilverzicht nicht nur eine schnelle Schuldenreduktion während der Nachlassstundung, sondern schon überdies die Liquidität des Schuldners.

⁴⁷ In der Praxis werden Sanierungsrückstellungen von den Steuerbehörden daher teilweise anerkannt (siehe HELBLING/FELBER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht [FN 39], Art. 67 DBG N 68).

⁴⁸ KS ESTV Nr. 32 (FN 39), Ziff. 4.1.1.1.a.

⁴⁹ KS ESTV Nr. 32 (FN 39), Ziff. 3.1.b, Ziff. 3.1.c; BRÜLISAUER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht (FN 39), Art. 67 DBG N 53, N 67; Art. 60 N 7 ff., N 48 f.; siehe auch ALTDORFER/DUSS/FELBER, veb.ch Praxiskommentar (FN 41), Abweichende Bilanzvorschriften, 1041, N 30.

⁵⁰ Als *verdecktes Eigenkapital* bezeichnet man denjenigen Teil des Fremdkapitals, dem wirtschaftlich die Funktion von Eigenkapital zukommt (MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2020, § 20 N 62; siehe Art. 29a StHG). Die Umqualifizierung von Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital ist indessen ein rein steuerrechtlicher Vorgang (Kreisschreiben Nr. 6 der eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV, Verdecktes Eigenkapital [Art. 65 und 75 DBG] bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, vom 6. Juni 1997, Ziff. 3.3).

⁵¹ KS ESTV Nr. 32 (FN 39), Sanierungen, Ziff. 4.1.1.1.a.

⁵² Bereits aus dem Grund, dass ein Dritter das Geld verliehen hat und nicht ein Gesellschafter.

⁵³ Zu Stempelsteuer (Emissionsabgabe), Verrechnungssteuer und Mehrwertsteuer siehe OLIVER KÄLIN, Asymmetrische Forderungsverzichte, AJP 2019, 155 ff., 166.