



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Probleme der aktienrechtlichen Sanierungsmaßnahmen

Dr. Oliver Kälin

www.kaelin.legal

Beispiel Nr. 1 / Probleme der Bilanzanalyse

- > KMU (AG) mit 20 Angestellten.
- > Durchschnittlicher Jahresumsatz von Fr. 2 Millionen.
- > Dienstleistungsbetrieb.
- > Ältere Büroeinrichtung und Computer.
- > Sozialversicherungsbeiträge sind bezahlt.

Bilanzanalyse (2/9) / Bilanz

Aktiven	CHF	Passiven	CHF
Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Liquide Mittel	40'000	MwSt	800'000
L & L	90'000	Covid-Kredit	200'000
		Übrige Kreditoren	220'000
Anlagevermögen		Eigenkapital	
KK Aktionär 1	470'000	Aktienkapital	200'000
KK Aktionär 2	400'000	Verlustvortrag	- 320'000
Mobile Sachanlagen	100'000	Total Eigenkapital	- 120'000
Total Aktiven	1'100'000	Total Passiven	1'100'000

Bilanzanalyse (3/9) / Erfolgsrechnung

Aufwand	CHF	Ertrag	CHF
Materialaufwand	80'000	Dienstleistungsertrag	2'000'000
Personalaufwand	1'800'000		
Miete	50'000		
Fahrzeugaufwand	50'000		
Versicherungen	20'000		
Verwaltungsaufwand	30'000		
Werbeaufwand	70'000		
Verlust	- 100'000		
Total	2'000'000		2'000'000

Bilanzanalyse (4/9) / Was fällt auf?

- > Eigenkapital ist um Fr. 120'000 negativ.
- > Covid-Kredit (Art. 24 Abs. 1 Covid-19-SBüG): Eigenkapital ist rechnerisch positiv und beträgt Fr. 80'000.
- > Aktivseite: (a) Hohe Darlehensforderungen gegenüber den Aktionären und (b) Frage nach dem Wert des Anlagevermögens.
- > Passivseite: Hohe Mehrwertsteuerschuld gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV).

Bilanzanalyse (5/9) / Problem der Bewertung der Aktiven

- > Vorsichtsprinzip als Grundsatz (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR; Art. 960 Abs. 2 OR).
- > Bilanzieren zu Fortführungswerten (Festhalten am Going Concern) oder zu Liquidationswerten (Art. 958a OR)?
 - > VR will das Unternehmen weiterführen. Die Fortführbarkeit bis zum nächsten Bilanzstichtag erscheint möglich, ist aber unsicher.
 - > Umstellen auf Liquidationswerte (Böckli, Rechnungslegung, 2. A., 2019, Rz. 127).
 - > 1. Folge: Neubewertung der Aktiven.
 - > 2. Folge: Bildung von Rückstellungen für den Aufwand für die Einstellung der Tätigkeit (Art. 958a Abs. 2 OR).

Bilanzanalyse (6/9) / Veräusserungswerte

Aktiven	CHF	Passiven	CHF
Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Kasse	-.-	MwSt	800'000
Post	10'000	Covid-Kredit	200'000
Bank	30'000	Übrige Kreditoren	220'000
L & L	90'000	Rückstellung	20'000
Anlagevermögen		Eigenkapital	
KK Aktionär 1	470'000	Aktienkapital	200'000
KK Aktionär 2	400'000	Verlustvortrag	- 439'000
Mobile Sachanlagen	1'000	Total Eigenkapital	- 239'000
Total	1'001'000	Total	1'001'000

Bilanzanalyse (7/9) / Bewertung der Aktiven

- > Bilanzbereinigung als Sanierungsmassnahme.
- > Bewertung von Aktiven im Allgemeinen (Art. 960a OR): Kostenwertprinzip, Niederstwertprinzip und Vorsichtsprinzip führen letztlich zu einer konservativen Schätzung der Aktiven.
- > Umstellung auf Liquidationswerte verändert die Bilanz (meist zu Ungunsten der Gesellschaft).
- > Beurteilung der Werthaltigkeit der Aktiven, konkret der Darlehensforderungen gegen die Aktionäre (Fr. 470'000 und Fr. 400'000).
- > Pflicht zur Wertberichtigung (Art. 960 Abs. 3, Art. 960a Abs. 3 OR).

Bilanzanalyse (8/9) / Veräusserungswerte

Aktiven	CHF	Passiven	CHF
Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Kasse	-.-	MwSt	800'000
Post	10'000	Covid-Kredit	200'000
Bank	30'000	Übrige Kreditoren	220'000
L & L	90'000	Rückstellung	11'000
Anlagevermögen		Eigenkapital	
KK Aktionär 1	70'000	Aktienkapital	200'000
KK Aktionär 2	100'000	Verlustvortrag	- 1'130'000
Mobile Sachanlagen	1'000	Total Eigenkapital	- 930'000
Total	301'000	Total	301'000

Bilanzanalyse (9/9) / Bewertung der Passiven

- > Nennwertprinzip bei Schulden (Art. 960e Abs. 1 OR: «Verbindlichkeiten müssen zum Nennwert eingesetzt werden.»).
- > Hohe Schuld gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV); Interpretation?
 - > Dienstleistungsbetrieb (Normalsatz von 7.7% nach Art. 25 Abs. 1 MWSTG).
 - > Jahresumsatz von Fr. 2 Millionen.
 - > Gefahr des Abgabebetrugs (Art. 14 VStrR).



Beispiel Nr. 2 / Probleme der Erfolgsrechnungsanalyse

Aufwand	CHF	Ertrag	CHF
Materialaufwand	10'000	Dienstleistungsertrag	2'000
Personalaufwand	80'000		
Miete	12'000		
Verlust	- 100'000		
Total	2'000		2'000

Erfolgsrechnung (2/3) / Angaben zur Gesellschaft

- > Start-up (AG) mit 10 Angestellten.
- > Gründung vor einem Jahr (die Gesellschaft steht am Ende des zweiten Geschäftsjahrs).
- > Softwareentwickler (Computerspiel).
- > NFT (*Non-Fungible Token* [«nicht austauschbar»] / blockchainbasiert):
Verweis als URL (*Uniform Resource Locator*) auf einen Server.

Erfolgsrechnung (3/3) / Diskussion

- > Aus Sicht des Investors (Darlehensgeber): Spekulation oder Investition?
- > Businessplan:
 - > Umsatz.
 - > Zeitachse.
 - > Technische Probleme (Grafik) bei der Entwicklung von Computerspielen.
- > Liquiditätsplan: Abstellen auf Investorengelder.

Beispiel Nr. 3 / Probleme am Ende der Nachlassstundung

Aktiven	CHF	Passiven	CHF
Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Kasse	20'000	L & L	50'000
Bank	30'000	Covid-Kredit	300'000
L & L	60'000	Aktionärsdarlehen (nachrangig)	300'000
Nicht fakturierte Dienstleistungen	70'000	Rückstellung Prozessrisiko	50'000
Warenlager	90'000	Eigenkapital	
Anlagevermögen		Aktienkapital	100'000
Finanzanlagen	80'000	Verlustvortrag	- 350'000
Sachanlagen	150'000	Jahresgewinn	50'000
		Total Eigenkapital	- 200'000
Total Aktiven	500'000	Total Passiven	500'000

Ende der Nachlassstundung (2/4) / Erfolgsrechnung

Aufwand	CHF	Ertrag	CHF
Materialaufwand	2'000'000	Nettoerlöse aus L & L	2'700'000
Personalaufwand	480'000		
Miete	120'000		
Werbung	50'000		
Jahresgewinn	50'000		
Total	2'700'000	Total	2'700'000

Ende der Nachlassstundung (3/4) / Rechtliches

- > Art. 296a Abs. 1 SchKG: *«Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung, so hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amtes wegen auf. Art. 296 gilt sinngemäss.»*
- > Art. 296a Abs. 2 SchKG: *«Der Schuldner und gegebenenfalls der antragstellende Gläubiger sind zu einer Verhandlung vorzuladen. Der Sachwalter erstattet mündlich oder schriftlich Bericht. Das Gericht kann weitere Gläubiger anhören.»*
- > Dauer der Nachlassstundung maximal 8 Monate (provisorisch) und 24 Monate (definitiv) (Art. 293a Abs. 2, Art. 295b Abs. 1 SchKG). 24 Monate indessen nur *«in besonders komplexen Fällen»*.

Ende der Nachlassstundung (4/4) / Diskussion

- > Ist die Gesellschaft überschuldet (Bilanz zu Fortführungswerten)?
- > Lagebeurteilung nach 20 Monaten (8 Monate provisorische und 12 Monate definitive Nachlassstundung).
- > Fr. 50'000 Jahresgewinn; zuvor erwirtschaftete die Gesellschaft Verluste.
- > Rechnerisch wären somit 4 weitere Jahre nötig (bei gleichbleibendem Gewinn), um die Überschuldung abzutragen.
- > Situation der Gläubiger bei Aufhebung der Nachlassstundung?

Beispiel Nr. 4 / Alte und neue Schulden

- > Unterscheidung zwischen «alten» Schulden, die aus der Zeit vor Bewilligung der (provisorischen) Nachlassstundung stammen, und «neuen» Schulden, die danach entstanden sind («Massaschulden»; Terminologie nach Fritzsche/Walder, Band II, 3. A., 1993, § 52 Rz. 19 und FN 28).
- > Problem drittpfandgesicherter Schulden in der Nachlassstundung.
- > Beispiel Bauhandwerkerpfandrecht = Dreiparteienverhältnis zwischen:
 - > (a) Bauunternehmer (Schuldner);
 - > (b) Handwerker / Subunternehmer (Gläubiger);
 - > (c) Grundeigentümer (Drittpfandeigentümer).

Alte und neue Schulden (2/6) / Sachverhalt

- > Die Werklohnforderungen der Handwerker (Gläubiger) gegen den Unternehmer (Schuldner) entstanden vor Bewilligung der Nachlassstundung. Sie sind fällig und unbestritten.
- > Dem Schuldner wird die provisorische Nachlassstundung bewilligt.
- > Weil alte Schulden nicht bedient werden sollen, bezahlt der Unternehmer (Schuldner) die Handwerker (Gläubiger) nicht. Diese lassen Bauhandwerkerpfandrechte auf den Grundstücken der Bauherren (Grundeigentümer) eintragen.
- > Die Gläubiger verlangen Zahlung des Werklohns, Ersatz der (steigenden) Auslagen (Anwaltskosten und Gerichtsgebühren) und Verzugszins.

Alte und neue Schulden (3/6) / Rechtliche Grundlagen

- > Keine Regelung in den Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG).
- > Die Bezahlung alter Schulden kann (Alt-)Gläubiger bevorzugen, wenn sie im Konkursfall eine höhere Dividende erhalten als andere Gläubiger.
- > Neue Schulden: Analoge Anwendung von Art. 211a Abs. 2 SchKG («Soweit die Konkursmasse die Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat, gelten die entsprechenden Gegenforderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, als Masseverbindlichkeiten.»).

Alte und neue Schulden (4/6) / Weisung des Sachwalters?

- > Weisungsbefugnis des Sachwalters stützt sich auf Art. 295 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 296b lit. c, Art. 298 Abs. 4 SchKG.
- > Möglichkeit des Sachwalters, den Schuldner anzuweisen, die Handwerkerforderungen zu bezahlen:
 - > Weisung kann mit Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) angefochten werden (BGE 82 III 131 Erw. 1; BGer 7B.57/2005 Erw. 2.3).
 - > Gefahr der paulianischen Anfechtung im Konkursfall (Art. 285 Abs. 2 und 3 SchKG).
 - > Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) im Konkurs: (a) Zahlungsunfähigkeit, (b) fällige Schuld, (c) Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen.

Alte und neue Schulden (5/6) / Ermächtigung durch das Nachlassgericht oder den Gläubigerausschuss?

- > Aufzählung bewilligungsmöglicher Rechtshandlungen in Art. 298 Abs. 2 SchKG ist abschliessend (BSK SchKG II-Bauer/Luginbühl, 3. A., 2021, Art. 298 N 16).
- > Keine Erweiterung der Ermächtigung des Nachlassgerichts/Gläubigerausschusses in Art. 285 Abs. 3 SchKG, der sich auf die in Art. 298 Abs. 2 SchKG aufgezählten Fälle bezieht.

Alte und neue Schulden (6/6) / Zahlung nach Art. 310 Abs. 1 Satz 2 SchKG?

- > Art. 310 Abs. 1 SchKG: «Der bestätigte Nachlassvertrag ist für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen vor der Bewilligung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Nachlassforderungen). **Ausgenommen sind die Pfandforderungen, soweit sie durch das Pfand gedeckt sind.**»
- > Das Bauhandwerkerpfandrecht ist keine solche pfandgesicherte Forderung: Es sichert die Forderungen gegen den Schuldner gegenüber den Grundeigentümern ab, nicht gegenüber dem Schuldner (Bauunternehmer).

Beispiel Nr. 5 / Problem asymmetrischer Sanierungsbeiträge

- > Sanierung ist grundsätzlich Sache der Gesellschafter (siehe z.B. Kreisschreiben Nr. 32 zur Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV vom 23. Dezember 2010, Ziff. 4.1.2.b und Ziff. 4.3.2.b).
- > Rangrücktritte und Forderungsverzichte durch Eigentümer (Gesellschafter), die zugleich Gläubiger sind, gehören zu den Sanierungsmassnahmen.
- > Problem der Asymmetrien, vor allem bei Forderungsverzichten (aber auch bei Rangrücktritten). Asymmetrien bestehen bezüglich:
 - > (a) der Forderungshöhe (absolut), (b) des Forderungsumfangs (prozentual), (c) der verzichtenden Personen (Haupt- und Kleinaktionär) und (d) der Wirkung (Werte der Aktienpakete steigen).

Asymmetrien (2/6) / Sachverhalt

- > Eine Gesellschaft hat zwei Aktionäre (60% und 40%).
- > Der Minderheitsaktionär leitet die Gesellschaft als Verwaltungsrat, der Mehrheitsaktionär ist nur Gesellschafter, aber auch der grösste Gläubiger.
- > Der Mehrheitsaktionär möchte der Gesellschaft kein neues Geld mehr zur Verfügung stellen, ist aber zu weiteren Rangrücktritten und zu Forderungsverzichten bereit.

Asymmetrien (3/6) / Bilanz

Aktiven	CHF	Passiven	CHF
Umlaufvermögen		Fremdkapital	
Kasse	10'000	L & L	50'000
Bank	40'000	Darlehen Aktionär 1 (davon Fr. 200'000 rangrücktrittsbelastet)	800'000
L & L	100'000	Darlehen Aktionär 2	200'000
		Eigenkapital	
Anlagevermögen		Aktienkapital	100'000
Sachanlagen	600'000	Verlustvortrag	- 300'000
		Jahresverlust	- 100'000
		Total Eigenkapital	- 300'000
Total Aktiven	750'000	Total Passiven	750'000

Asymmetrien (4/6) / Möglichkeiten des Hauptaktionärs

- > (1) Forderungsverzicht über:
 - > (a) die gesamte Forderung (Fr. 800'000)?
 - > (b) einen Teil der Forderung (im Umfang der Überschuldung von Fr. 300'000)?
 - > (c) den rangrücktrittsbelasteten Teil (Fr. 200'000)?
- > (2) Rangrücktritt?
- > (3) Teilweise Forderungsverzicht und teilweise Schuldübernahme durch den Minderheitsaktionär?

Asymmetrien (5/6) / Rangrücktritt und Forderungsverzicht

- > Rangrücktritt: Für sich allein genommen keine Sanierungswirkung.
- > Forderungsverzicht über Fr. 800'000: Der (Substanz)Wert der Aktien steigt. Schenkung an den Minderheitsaktionär? Übersanierung? Emissionsabgabe von 1% auf Fr. 350'000? (Art. 6 Abs. 1 lit. k StG; KS ESTV Nr. 32, Sanierungen, a.a.O., Ziff. 3.3.2, Ziff. 4.1.3.a).
- > Forderungsverzicht im Umfang der Überschuldung von Fr. 300'000: Ist die Gesellschaft saniert?
- > Forderungsverzicht über den rangrücktrittsbelasteten Teil von Fr. 200'000: Die Überschuldung besteht weiterhin.

Asymmetrien (6/6) / Schuldübernahme und Forderungsverzicht

- > Beide Aktionäre verzichten auf Fr. 200'000 -> keine Übersanierung um Fr. 100'000, da der Betrag dem Aktienkapital zugewiesen wird.
- > Schuldübernahme von Fr. 300'000 durch den Minderheitsaktionär (Schuldnerwechsel aus Sicht des Hauptaktionärs).
- > Der Hauptaktionär behält sein Aktienpaket.
- > Der Minderheitsaktionär verpfändet sein Aktienpaket an den Hauptaktionär.
- > Wertberichtigung der Darlehen oder (steuerlich unbeachtlicher) Kapitalverlust?

Herzlichen Dank
