

August 2021 / Nr. 77



Zuger Steuer Praxis

Sanierung, Konkurs, Liquidation

Editorial	5
<u>Sanierung, Konkurs, Liquidation</u>	
Michael Annen: Rechnungslegungsfragen bei drohender Überschuldung und Konkurs	7
Malik Ong, Lukas Müller, Patrik Odermatt: Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung im revidierten Aktienrecht	19
Marc Buchmann: Steuerliche Fragestellungen bei Schieflage eines Unternehmens	31
Andreas Fuchs, Andreas Bischof: Persönliche Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge und für Steuerausstände sowie deren Versicherbarkeit	37
<u>Aktuell</u>	
Samuel Bussmann, Joel Bernhard: Tonnagesteuer	45

Herausgeberin

Zuger Steuer-Vereinigung (ZSV) Zug

mit Unterstützung von:

Advokatenverein des Kantons Zug

Zuger Treuhändervereinigung (ZTV)

Zuger Wirtschaftskammer

Redaktionskommission

Lukas Wadsack, Vorsitz

Dr. Urs Felder

Philipp Moos

Dr. Frank Lampert

Dr. Guido Jud

Christian Lingg

Dr. Samuel Bussmann

Pascal Zraggen

unter ständiger Mitarbeit
der Kantonalen Steuerverwaltung Zug

Gestaltungskonzept

Speck Medien AG, Zug

Zeichnungen

Rolf Rüegg

Manuskripte und Rezensionsexemplare
sind zu adressieren an das Sekretariat
der Zuger Steuer-Vereinigung (ZSV) Zug,
Bahnhofstrasse 7, 6301 Zug.

Der Nachdruck der Originalartikel ist nur
mit Zustimmung der Redaktion und mit
Quellenangabe gestattet. Anfragen sind
an deren Vorsitzenden zu richten.

Verlag

Speck Medien AG, Zug

Druck

Druckerei Camenzind

Tramweg 35, 6414 Oberarth

Abonnemente

Speck Medien AG

Poststrasse 14, 6300 Zug

Telefon 041 729 78 78

Fax 041 729 78 88

Jahresabonnement inkl. Online-Abonne-
ment Fr. 75.-, inkl. MwSt.

Die Zuger Steuer Praxis erscheint
3x jährlich im April, August und Dezember.

Redaktionsschluss
je Ende Februar, Juni und Oktober.

Inserate/Preise

1/1 Seite farbig, letzte Seite Umschlag
Grösse 148 x 210 mm **Fr. 1000.-**

1/1 Seite farbig, Innenteil
Grösse 148 x 210 mm **Fr. 800.-**

1/2 Seite farbig, Innenteil
Grösse 148 x 105 mm **Fr. 450.-**

Anzeigenverwaltung

Speck Medien AG

Poststrasse 14, 6300 Zug

Telefon 041 729 78 78

Fax 041 729 78 88



Liebe Leserin, lieber Leser

Das Leben bringt so manche Überraschung mit sich und man muss sich immer wieder neu orientieren. Dies betrifft auch das Geschäftsleben. Unternehmen durchlaufen typischerweise in ihrem Lebenszyklus vielerlei Herausforderungen, manche können jedoch leider nicht erfolgreich gemeistert werden. Die vorliegende Ausgabe der Zuger Steuerpraxis widmet sich den finanziellen Problemen von Unternehmen, bis hin zur deren Liquidation.

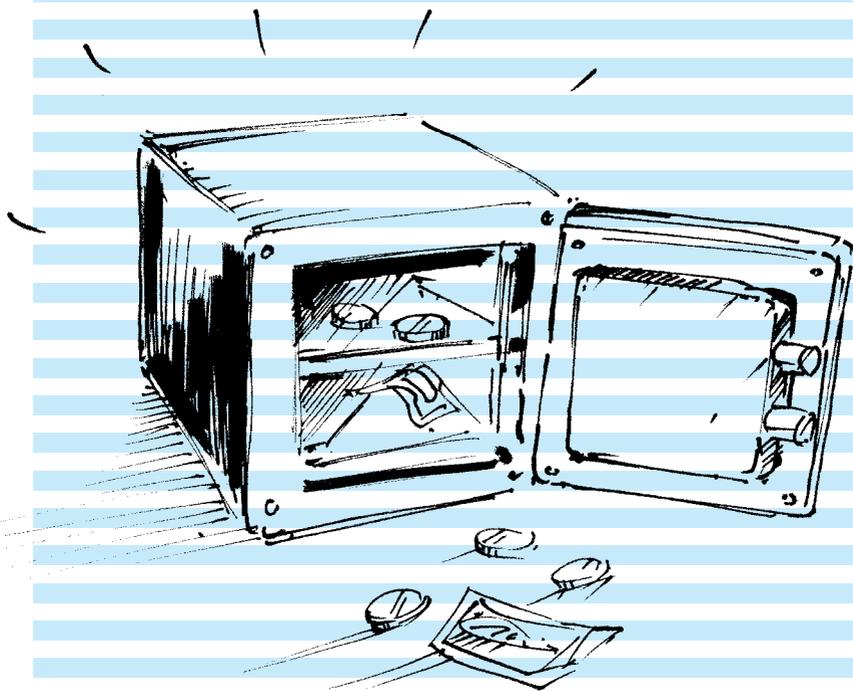
In einer drohenden Überschuldung und Konkurs stellen sich zunächst Fragen des Rechnungslegungsrechts. So muss zuerst festgestellt werden, ob eine Situation besteht, bei welcher Massnahmen getroffen werden. In einem nächsten Schritt ist es für die Organe einer Gesellschaft von grösster Wichtigkeit, die eigenen Rechte und Pflichten zu kennen und so eigene sowie unternehmerische

Risiken abzuwenden. Es sind jedoch nicht nur zivilrechtliche Aspekte zu berücksichtigen, sondern auch steuerliche, vor allem dann, wenn man mit Darlehen die Liquiditätsengpässe zu überbrücken versucht. Schliesslich ist den Organen einer Gesellschaft geraten, unbezahlte Sozialversicherungsbeiträge und Steuern stets zu überwachen, da die entsprechenden Behörden ansonsten die Rechnung privat an den Verwaltungsrat senden.

Nicht minder interessant sind die Entwicklungen rund um die Tonnagesteuer, welche im letzten Artikel näher erläutert wird.

Ich wünsche Ihnen eine angeregte Lektüre und hoffe auf weitere warme Sommertage.

Ihr Lukas Wadsack



Rechnungslegungsfragen bei drohender Überschuldung und Konkurs

Michael Annen
lic. oec. HSG, dipl. Wirtschaftsprüfer
Managing Partner
brag Buchhaltungs und Revisions AG



Michael Annen

Dieser Artikel setzt sich mit den Rechnungslegungsfragen bei drohender Überschuldung und Konkurs auseinander, welche zu beachten sind und zeigt mögliche Sanierungsmassnahmen bei Überschuldung und Konkurs auf.

Kapitalverlust nach Art. 725

Abs. 1 OR

Ein Kapitalverlust im Sinne des Aktienrechtes (Art. 725 Abs. 1. OR) ist dann gegeben, wenn mit dem Bilanzverlust die Summe von Aktienkapital¹ und gesetzlichen Reserven mindestens zur Hälfte, aber noch nicht vollständig aufgezehrt ist. Dieser Tatbestand wird in der Praxis oft als hälftiger Kapitalverlust bezeichnet und stellt eine qualifizierte Form der Unterbilanz dar. Der hälftige Kapitalverlust gilt als kritische Schwelle, bei deren Erreichen die Aktionäre von der angespannten Situation einer Gesellschaft Kenntnis erhalten und über Sanierungsmassnahmen

befinden sollen. Hingegen liegt eine Unterbilanz bereits vor, wenn der Bilanzverlust einen Teil des Aktienkapitals aufgezehrt hat. Dabei sieht das Gesetz noch keine Massnahmen vor. Aktienrechtlich wird der Begriff Unterbilanz im Zusammenhang mit einer Kapitalherabsetzung (Art. 735 OR) und bei der Aufwertung (Art. 670 Abs. 1 OR) verwendet, wobei bei der Aufwertung nach Art. 670 Abs. 1 OR ein Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR vorliegen muss². Vorliegend eine grafische Darstellung des Kapitalverlustes nach Art. 725 Abs. 1 OR, welche auch qualifizierte Form der Unterbilanz genannt wird:



$$\text{Aktiven} > \text{FK} \text{ aber } < 1/2 (\text{AK} + \text{ges. Reserven} + \text{FK})$$

- Qualifizierte Form der Unterbilanz
- AK umfasst auch Partizipationsscheinkapital
- Gesetzliche Reserven:
 - gesetzliche Kapitalreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. b OR)
 - gesetzliche Gewinnreserve (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. c OR)
 - Aufwertungsreserve (Art. 670 Abs. 2 i.V.m. 671b OR)
 - Reserve für *indirekt* durch mehrheitlich beherrschtes Unternehmen erworbene eigene Aktien
- Basis: normalerweise Fortführungswerte der letzten Jahresbilanz

3

Das Zahlenbeispiel für den hälftigen Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR, nach dem ein Teil des Aktienkapitals noch vorhanden ist⁴:

Abbildung 1: **Hälftiger Kapitalverlust**
Zahlenbeispiel

Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR			
Umlaufvermögen, insgesamt	105	150	Fremdkapital
Anlagevermögen, insgesamt	120	100	Aktienkapital
Verlustvortrag	75	50	Gesetzliche Reserven
Bilanzsumme	300	300	

Im Gegensatz zur Vorgabe von Art. 959 a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. d OR wurde hier zur Fokussierung auf den Kapitalverlust der kumulierte Verlust nicht vom Eigenkapital in Abzug gebracht, sondern im Soll aufgeführt.

Bereits bei Erreichen der ersten Schwelle d.h. bei einem hälftigen Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR hat der Verwaltungsrat zu handeln. Er hat die Ursache des Kapitalverlustes zu suchen, die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft zu beurteilen, den erforderlichen Sanierungsbedarf zu ermitteln und Sanierungsmassnahmen

der Generalversammlung vorzuschlagen. Sanierungsmassnahmen umfassen alle Massnahmen im Sinne einer finanziellen Gesundung der Unternehmung. Diese Massnahmen können betrieblich, organisatorisch oder finanzieller Natur sein. Der enger ausgelegte bilanzrechtliche Sanierungsbegriff umfasst ausschliess-

lich Massnahmen zur unmittelbaren Bereinigung der Bilanz, namentlich der Beseitigung des Kapitalverlustes oder der Überschuldung. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Aufwertung der Aktiven möglich ist die Beseitigung des Kapitalverlustes durch Fremdkapital reduziert werden kann, indem Gläubiger auf Forderungen verzichten (z.B. durch Auflösung stiller Reserven oder à fond perdu Leistungen).

Überschuldung nach Art. 725 Abs. 2 OR

Bei einer Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR) hat der Bilanzverlust das Aktienkapital vollständig aufgezehrt, d.h. die vorhandenen Aktiven decken das Fremdkapital nur noch teilweise oder anders ausgedrückt, das Eigenkapital ist negativ⁶:

nicht leugnen lässt», d.h. jeder Bilanzleser sieht ohne weitere Abklärungen, dass eine Überschuldung offensichtlich ist. In der Praxis ist dies sehr bedeutend, ist doch nicht in jedem Falle eine Überschuldung offensichtlich, beispielsweise, wenn Aktivpositionen überbewertet oder wertlos sind und keine (notwendige) Wertberichtigung erfolgte. Aus «beschönigten» Bilanzen ist u.U. buchmässig keine Überschuldungssituation auf Anhieb ersichtlich. Damit aus Rechnungslegungssicht Klarheit über die Überschuldungssituation herrscht, hat der Verwaltungsrat eine Bilanz zu Fortführungswerten und eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen. Während die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten in Anwendung der Bewertungsvorschriften des Aktienrechtes folgt, namentlich dem Anschaffungswertprin-

Abbildung 2: Überschuldung Zahlenbeispiel			
Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR			
Umlaufvermögen, insgesamt	55	150	Fremdkapital
Anlagevermögen, insgesamt	94	100	Aktienkapital
Verlustvortrag	151	50	Gesetzliche Reserven*
Bilanzsumme	300	300	
* Die gesetzlichen Reserven umfassen: die allgemeine gesetzliche Reserve, die Reserve für eigene Aktien sowie die Aufwertungsreserve.			

Eine offensichtliche Überschuldung liegt vor (Art. 728c Abs. 3 OR), wenn sich die Überschuldung «auch bei optimistischer Betrachtungsweise

zip, erfolgt die Erstellung der Bilanz zu Veräusserungswerten in Abweichung zum Anschaffungskostenprinzip. Das Anschaffungs- bzw. Herstellungskos-

tenprinzip wird durch Tages- oder Veräußerungswerte abgelöst und Liquidationskosten sind zusätzlich zu berücksichtigen. Es versteht sich von selbst, dass die Werte zu Fortführung und die Werte zu Veräußerungswerten (Liquidationswerten) sich erheblich unterscheiden können. In der Praxis gibt es immer wieder Unternehmen, welche unter der Bedingung zu Fortführungswerten ein intaktes Eigenkapital vorweisen, bei einer Bewertung zu Liquidationswerten ihre Aktiven umfassend wertberichtigen müssen. Dieser Fall kommt vor, wenn kein Käufer oder Interessent vorhanden ist, welche diese Aktiven weiter nutzen kann.

Wertbeeinträchtigung und Unternehmensfortführung

Wertbeeinträchtigungstests, oder der sogenannte Impairment Test, hat bei der Bilanzierung von Aktivpositionen eine besondere Bedeutung: Gibt es Anzeichen einer Wertbeeinträchtigung eines Aktivums, ist zu prüfen, ob neben den ordentlichen Abschreibungen, zusätzliche, ausserordentliche Abschreibungen oder Wertberichtigungen zu verbuchen sind. Diese Frage stellt sich unabhängig, ob es sich um eine Bilanzierung zu Fortführungswerten oder Liquidationswerten handelt. Der Zeitpunkt und Umfang der Wertkorrektur wird sich allerdings je nach Bewertungsprinzip unter-



scheiden. Es ist allerdings vertretbar, gewisse Vereinfachungen bei der Erstellung von Zwischenabschlüssen für diesen Zweck vorzunehmen. Massgebend ist die eindeutige Aussage, dass die Gesellschaft überschuldet ist – oder eben nicht. Besonders die Bewertung zu Liquidationswerten kann eine Herausforderung sein, da oft keine exakten Liquidationswerte zur Verfügung stehen. Es genügt deshalb die Überschuldung anhand eines Höchst- oder Mindestwertes festzustellen.

Bei einer drohenden Überschuldung muss der Verwaltungsrat die Frage klären, ob die Fortführung der Unternehmenstätigkeit noch gegeben ist. Ist die Fortführung verunmöglicht, kommt nur noch die Bewertungsbasis für die Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten in Frage. Es liegt in der Verantwortung des Verwaltungsrats eine Einschätzung zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit vorzunehmen. Diese ist für die Rechnungslegung bedeutend, damit auf korrekter Bewertungsbasis bilanziert werden kann. Im Normalfall ist von der gesicherten Unternehmensfortführung auszugehen; bei drohender Überschuldung oder Konkursgefahr kommt der (schriftlichen) Stellungnahme der Unternehmensleitung zur Unternehmensfortführung eine besondere Bedeutung zu: Neben den

finanzwirtschaftlichen Aspekten sind dabei auch betriebliche Aspekte zu beachten. Das Nichtbeachten von Covenants oder von Kreditbedingungen kann zu Kündigung der Finanzierung führen und damit auch schnell die Fortführung infolge Liquiditätsproblemen gefährden. Die Zahlungsunfähigkeit führt zur Unmöglichkeit die Unternehmung fortzuführen. Die daraus folgenden zu verbuchenden Wertbeeinträchtigungen von Aktiven und zusätzlichen Rückstellungen resultieren dann meist in einer Überschuldung oder im schlechtesten Fall in einem Konkurs. Eine Überschuldung lässt der Unternehmung noch einen Handlungsspielraum, die Gesellschaft zu sanieren. Im Konkursfall liegt ein allfälliger Handlungsspielraum beim Konkursrichter und nicht mehr in der Hand der Unternehmung. Bei gefährdeter oder unmöglicher Fortführungsfähigkeit der Unternehmung sind die zugrundeliegenden Annahmen des Verwaltungsrates im Anhang angemessen offenzulegen.

Rangrücktritt und Sanierung

Keine Sanierungsmassnahmen sind Rangrücktritte auf Darlehen, welche wirtschaftlich Darlehen faktisch als Eigenkapital qualifizieren. Der Rangrücktritt muss sowohl eine Stundung der Forderungen und ein bedingter Verzicht bewirken, bis die Befriedi-

gung der übrigen Gläubiger feststeht. Rangrücktritte können helfen, der Unternehmung mehr Zeit zu geben und nachhaltige, umfassendere Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, sei es organisatorischer, betrieblicher oder finanzieller Natur. Ein Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR erfordert keinen Rangrücktritt, da mit dem Kapitalverlust keine unmittelbaren Handlungspflichten verbunden sind⁶, welche so einschneidend sind, wie sie sich aus einer Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ergeben. Bei Eintritt eines negativen Eigenkapitals, d.h. einer Überschuldung, hat der Verwaltungsrat unmittelbar Sanierungsmassnahmen umzusetzen, einen ausreichenden Rangrücktritt auf Darlehen zu besorgen, oder zum letzten Akt zu schreiten: Gelingt es dem Verwaltungsrat nicht mit kurzfristigen Sanierungsmassnahmen die Überschuldung zu überwinden oder einen Rangrücktritt auf bestehenden Darlehen zu vereinbaren, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Eine Überschuldungssituation ist für den Verwaltungsrat, aber auch für die Revisionsstelle besonders kritisch. Dabei gibt es einen engen zeitlichen Zeitrahmen, welcher einzuhalten ist: Ab Feststellung der offensichtlichen Überschuldung sollte vier bis sechs Wochen nicht überschritten werden, um erfolgreich Sanierungsmassnah-

men umzusetzen. Andernfalls ist der Richter durch den Verwaltungsrat – oder bei Untätigkeit durch die Revisionsstelle – zu benachrichtigen. Die subsidiäre Anzeigepflicht der Revisionsstelle ist im Gesetz gemäss Art. 729 c OR verankert und lässt in der Praxis keinen Spielraum.

Liegt dann ein Kapitalverlust oder Überschuldung vor, hat der Verwaltungsrat in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Bilanz mittels einer Bereinigung ohne «harte» Sanierungsmassnahmen wieder instand gestellt werden kann:

Sind einzelne Aktiven unter- bzw. Verpflichtungen überbewertet und kann die Unternehmung eine drohende Überschuldung vermeiden? Dabei steht im Vordergrund ob stille Reserven noch aufgelöst werden können, welche sich durch verschiedene Situationen ergeben haben:

Das Bilanzbild kann durch auflösen von nicht mehr benötigte Rückstellungen (z.B. pauschale Garantierückstellungen und pauschale Rückstellungen auf Liegenschaften) oder bei Vermögen durch Wiedereinbringen/Rückgängigmachung von früheren Abschreibungen/Wertberichtigungen bis maximal zu den historischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten «aufgewertet» werden (z.B. Auflösung von pauschalen Wertberichtigungen auf Forderungen oder Warenlager

wie das Warendrittel, Korrektur der zu hohen Abschreibungen auf Anlagevermögen bis max. zum Anschaffungswert⁷.

Falls Entwicklungskosten vorhanden sind, ist zu prüfen, ob eine Aktivierung zulässig ist, falls dies bisher nicht geschehen ist. Dabei ist allerdings acht darauf zu geben, dass die Rechnungslegungsanforderungen an die Aktivierung für immaterielle Aktiven erfüllt sind:

- Die selbständig erarbeiteten immateriellen Werte sind identifizierbar und stehen in der Verfügungsgewalt der Organisation
- Der selbst erarbeitete immaterielle Wert wird einen für die Organisation messbaren Nutzen über mehrere Jahre bringen.
- Die zur Schaffung des selbst erarbeiteten immateriellen Werts angefallenen Aufwendungen können separat erfasst und gemessen werden.
- Es ist wahrscheinlich, dass die zur Fertigstellung und Vermarktung oder zum Eigengebrauch des immateriellen Werts nötigen Mittel zur Verfügung stehen oder zur Verfügung gestellt werden.⁸

Es versteht sich von selbst, dass bei einer Aktivierung von immateriellen Anlagen oder Entwicklungskosten vorsichtig vorzugehen ist. Bei Start-

up oder Gesellschaften mit hohen Entwicklungskosten und anfänglich fehlenden Erträgen ist es allerdings zwingend notwendig sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen, um eine vorzeitige, drohende Überschuldung oder Unterbilanz abzuwenden, denn meist fehlen in den ersten Jahren Erträge um die Kosten zu decken.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass eine Unternehmung welche bereits einen Kapitalverlust nach 725 Abs. 1 OR oder gar eine Überschuldung ausweist, bereits die stillen Reserven aufgelöst hat und andere bilanzielle Möglichkeiten für Aufwertungen bis zum Anschaffungswert ausgeschöpft hat. Dazu kommt, dass damit die Bilanz aus Sicht der Rechnungslegung bereinigt werden kann, aber das Liquiditätsproblem nicht gelöst ist.

Das aktuelle Rechnungslegungsrecht sieht punktuelle Möglichkeiten vor, um das Anschaffungs- bzw. Herstellkostenprinzip zu durchbrechen und davon abzuweichen: Aktiven mit Börsenkurs oder einem anderen beobachtbaren Marktpreis in einem aktiven Markt dürfen zum Kurs oder Marktpreis am Bilanzstichtag bewertet werden. Oft liegt das Problem in dieser Bestimmung, dass kein aktiver Markt vorliegt und demnach auch kein Marktpreis. Unbestritten sind Anlagen mit Börsenkurs und hohem Handelsvolumen; eine Aktie,



welche an einer Nebenbörse oder Nebensegment gehandelt wird und selten ein Kurs gestellt wird, ist auch kein aktiver Markt und erfüllt das Kriterium dieser Bestimmung nicht. Kunstgemälden, Oldtimern oder Liegenschaften können keine Marktwerte zugewiesen werden, da es sich nicht um aktive Märkte handelt. Fazit: Wertschriften oder Rohstoffe welche aktiv gehandelt werden erfüllen die Markterfordernisse in der Regel am ehesten, bei allen anderen Aktiven wird es schwierig die Kriterien zu erfüllen. Mit einer Umstellung auf eine Marktbewertung lässt sich unter Umständen die bilanzielle Situation der Unternehmung verbessern. Aufgrund der Kursschwankungen ist eine nachhaltige Bilanzsanierung mittels Umstellung auf Marktwerte meist nicht gegeben. Aus Sicht der Rechnungslegung ist zu beachten, dass bei Änderung der Bewertungsmethode im Anhang der Jahresrechnung eine umfassende Offenlegung zur Bewertungsänderung zu erfolgen hat. Damit soll auch dem Prinzip «Abweichung zur Stetigkeit» angemessen Rechnung getragen werden. Fazit: Bei Bewertung zu höheren Marktwerten als Anschaffungswerte ist Vorsicht angezeigt, da die Hürden zur Erfüllung der beiden Bedingungen «aktiver Markt» und «beobachtbarer Marktpreis» hoch sind.

Weiter besteht die Möglichkeit Grundstücke und Beteiligungen gemäss Art. 670 OR über den Anschaffungswert aufzuwerten, wobei die Pflicht zur Bildung einer gesetzlichen Aufwertungsreserve besteht und die Aufwertung nach Art. 670 OR (neu Art. 725c OR⁹) an strenge Kriterien geknüpft ist. Die Aufwertung über den Anschaffungswert muss mittels eines unabhängigen Bewertungsgutachtens belegt werden, da die Revisionsstelle die Aufwertung zu Handen der Generalversammlung zu bestätigen hat. Dieser Aufwertungswert – auch als wirklicher Wert bezeichnet – kann nicht immer ein Marktwert sein, sondern ist eher ein subjektiver Geschäftswert oder ein Nutzwert. Die Differenz zwischen aktuellem Buchwert und Anschaffungswert kann als wiedereingebrachte Abschreibungen erfolgswirksam verbucht werden, während der Aufwertungsbetrag über dem Anschaffungswert als gesonderte Aufwertungsreserve im Eigenkapital auszuweisen ist. Die Aufwertungsreserve ist eine gesetzliche Gewinnreserve und unterliegt der Ausschüttungssperre. Diese bilanzielle Aufwertung verschönert wohl die Bilanz und vermeidet die Konsequenzen bei drohender Überschuldung oder Konkurs, aber eine echte Sanierung – insbesondere Liquiditätssicherung – ist damit noch nicht

umgesetzt. Die Aufwertung nach Art. 670 OR ist daher eine reine Bilanzsanierung und war im Rahmen der Beratung des revidierten Aktienrechtes umstritten¹⁰.

Nach wie vor beliebt sind bei Bilanzsanierung die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital, dabei steht die Möglichkeit offen, Darlehen durch Kapitalerhöhung in Eigenkapital umzuwandeln oder einen Forderungsverzicht oder à fond perdu Zuschuss zu leisten.

Die Verrechnungslibrierung folgt den Regeln der qualifizierten Kapitalerhöhung. Zuschüsse können als direkte Einlagen in die Kapitaleinlagereserve erfolgen oder ertragswirksam als ausserordentlicher Sanierungsertrag gezeigt werden. Forderungsverzichte sind handelsrechtlich ertragswirksam zu erfassen, wobei die steuerliche Beurteilung unterschiedlich ist. Die Verrechnungslibrierung bei überschuldeten Gesellschaften ist zeitweilig in der Lehre umstritten, da die Werthaltigkeit der Forderung des Gläubigers resp. der echte Substanzzufluss in Frage gestellt wird. Die herrschende Lehrmeinung und das revidierte Aktienrecht lassen hingegen diese Verrechnungslibrierung bei überschuldeten Gesellschaften weiterhin zu, sofern die Überschuldung vollständig beseitigt wird und die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden¹¹. Damit

wird die Praxis bestätigt: Jede unbestrittene Forderung eines Gläubigers, welche in Eigenkapital umgewandelt wird, verbessert die Situation der Unternehmung und stärkt das Eigenkapital¹².

Die deklarative Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz ist ein vereinfachtes Verfahren zur Sanierung. Sofern die Kapitalherabsetzung die Unterbilanz nicht übersteigt, kann auf den Gläubigeraufruf und Sicherstellung der Gläubiger verzichtet werden. Wird die Kapitalherabsetzung mit einer gleichzeitigen Kapitalerhöhung mindestens im gleichen Ausmass verbunden (Harmonika) erfolgt eine effektive Sanierung mit Zuführung von Liquidität.

Neben diesem formellen Verfahren ist auch eine «stille Sanierung» in der Praxis möglich: Aktionäre verzichten auf Forderungen, bringen neue Mittel in die Gesellschaft als à fonds perdu Beiträge in Form von Kapitaleinlagen ein. Verfahrenskosten und unerwünschte Publizität lassen sich so vermeiden.

Eine weitere Sanierungsmöglichkeit ist die Fusion von Gesellschaften mit Kapitalverlust und Überschuldung. Gemäss Art. 6 Abs. 1 FusG kann eine Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft fusionieren, sofern eine davon über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung

und ggf. Überschuldung verfügt. Alternativ ist das Vorliegen eines Rangrücktrittes möglich¹³.

Schlussfolgerung und Fazit

Eine Sanierung – sei es durch Verrechnungsliberierung, durch Zuschüsse neuen Kapitals oder anderen beschriebenen Massnahmen – muss nachhaltig sein. Dies bedeutet eine vollständige Beseitigung der Überschuldung als Ziel. Nachhaltig bedeutet auch, dass die Gesellschaft mindestens ein Jahr ein intaktes Eigenkapital vorweisen kann. Keine nachhaltige Sanierung wäre vorliegend, wenn die Gesellschaft schon nach kurzer Zeit wieder überschuldet

wäre. Daher ist mit jeder Sanierung zur Vermeidung der Überschuldung auch die Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft für einen Zeithorizont von 12 bis 14 Monaten zu beurteilen. Die Bilanzsanierung mit einer Aufwertung nach Art. 670 OR zu verbinden, ist meist aufwendig und daher in der Praxis nicht erste Lösung. Oft lässt sich eine nachhaltige Sanierung, neben organisatorischen und betrieblichen Massnahmen, nur mit Zuführung neuer Mittel erreichen. Sanierungsmassnahmen und die Überwindung der Überschuldung sind wie Unsicherheiten in der Unternehmensfortführung angemessen im Anhang darzulegen.

¹ inkl. Partizipationskapital

² Schweizer Prüfungsstandard PS Ausgabe 2013, PS 290: Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung

³ Auszug Präsentation Expert Suisse, Zertifikatslehrgang Eingeschränkte Revision, Teil 6 Kapitalverlust, Überschuldung, Verantwortlichkeit, Zürich 2016

⁴ Abbildung 1 und 2 aus Expert Focus 2018/5: Evelyn Teitler, Lorenz Lipp: Beseitigung eines Kapitalverlusts durch Aufwertung von Aktiven?

⁵ Abbildung 1 und 2 aus Expert Focus 2018/5: Evelyn Teitler, Lorenz Lipp: Beseitigung eines Kapitalverlusts durch Aufwertung von Aktiven?

⁶ Mit Ausnahme der bereits genannten Handlungen: die Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft beurteilen, den erforderlichen Sanierungsbedarf ermitteln und Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung vorschlagen.

⁷ Expert Focus 2018/5: Evelyn Teitler, Lorenz Lipp: Beseitigung eines Kapitalverlusts durch Aufwertung von Aktiven?

⁸ Swiss GAAP FER 10, Immaterielle Werte, Ziff. 4, Fachempfehlung zur Rechnungslegung, Stand: 1. Januar 2020

⁹ Die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen sind im revidierten Aktienrecht, welches Stand heute am 1.1.2023 in Kraft tritt, in Artikel 725c OR geregelt.

¹⁰ ExpertFocus 2021/6: Loser: Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen gemäss Art. 725c OR

¹¹ Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer, Band Betriebswirtschaftliche Prüfungen und verwandte Dienstleistungen, IV 3.1.5.2, RZ 83/84, Seite 176/177

¹² dazu auch Expert Focus 2020/11. Martin Aeschlimann, Mario Marti: Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung in Sanierungsfällen

¹³ Mehr dazu: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer, Band Betriebswirtschaftliche Prüfungen und verwandte Dienstleistungen, IV 8.6.3, RZ 253/255, Seite 240/241



Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung im revidierten Aktienrecht



Malik Ong*

Ein Überblick über die Art. 725 ff. des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020



Lukas Müller**



Patrik Odermatt***

I. Einleitung

Unter dem Eindruck des Swissair-Groundings vor 20 Jahren nahmen sich Recht, Politik und Gesellschaft des Problems der «Zahlungsunfähigkeit» an. Im Verlauf der jüngsten Aktienrechtsreform wurden einige Erkenntnisse aus diesen Debatten ins neue Recht überführt. Das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020

wird voraussichtlich 2022 oder 2023 in Kraft treten.¹ Wesentliche Änderungen umfassen die Pflicht des Verwaltungsrats, die Zahlungsfähigkeit und die Aktiven respektive die Verschuldungsquote des Unternehmens stärker als bisher zu überwachen. Der vorliegende Beitrag liefert einen allgemeinen Überblick über das Konzept der Zahlungsunfähigkeit, des Kapi-

talverlusts und der Überschuldung im revidierten Aktienrecht sowie der damit verbundenen Pflichten und Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats. Er konzentriert sich dabei lediglich auf die Regelungen, die sich aus dem revidierten Aktienrecht ergeben. Für die speziellen Regelungen des Covid-19-Rechts wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.²

II. Zahlungsunfähigkeit

A. Begriff und Konzept

Art. 725 revOR regelt die drohende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und die sich daraus ergebenden Pflichten des Verwaltungsrats. Dabei wird in Art. 725 revOR nicht ausdrücklich definiert, was unter dem Begriff «Zahlungsunfähigkeit» zu verstehen ist. Zahlungsunfähigkeit liegt gemäss Lehre und Rechtsprechung vor, wenn die Gesellschaft nicht über die Mittel verfügt, die sie braucht, um ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und diese auch nicht beschaffen kann.³ Eine einmalige, kurze Zahlungsunfähigkeit begründet für sich alleine noch keine Zahlungsunfähigkeit im sanierungsrechtlichen Sinne.⁴ Die Botschaft zum Aktienrecht erwähnt, dass eine Gesellschaft im sanierungsrechtlichen Sinne zahlungsunfähig ist, wenn Hinweise bestehen, dass Zahlungsverpflichtungen in den nächsten sechs⁵ Monaten nicht er-

füllt werden können; dann könne von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn das Unternehmen fällige Forderungen nicht durch kurzfristige Geldbeschaffungen – etwa durch Aufnahme eines Darlehens oder durch Verkauf von Vermögenswerten – begleichen kann.⁶ Der Schuldner gilt zudem gemäss der Rechtsprechung im sanierungsrechtlichen Sinne als zahlungsunfähig, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation erkennbar sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.⁷ Im Rechnungslegungsrecht ist dabei oft auch die Rede von der «Fortführungsannahme» bzw. vom «going concern». Hier geht es um die Frage, ob ein Unternehmen oder Betriebsteile weiterbestehen oder weitergeführt werden können.⁸

Der revidierte Art. 725 revOR legt ein Kaskadensystem für die Sanierung fest. Dieses besteht aus drei Sanierungsstufen, die bei drohender Zahlungsunfähigkeit durchlaufen und vom Verwaltungsrat überwacht werden müssen.⁹ Die erste Stufe der Handlungspflicht sieht vor, dass der Verwaltungsrat bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit zu ergreifen hat.¹⁰

Reichen diese Massnahmen nicht aus, so hat er als zweite Stufe weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft zu treffen oder bei der Generalversammlung zu beantragen, soweit die Massnahmen in deren Zuständigkeitsbereich fallen.¹¹ Die Einbeziehung der Generalversammlung ist für Fälle vorgesehen, in denen ein Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist. Dies wäre zum Beispiel bei einem Kapitalschnitt oder einer Kapitalerhöhung der Fall.¹² Die dritte und letzte Stufe sieht «nötigenfalls» die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung vor.¹³ Gefordert wird die letzte Sanierungsstufe, wenn die aktienrechtlichen Sanierungsmassnahmen nicht ausreichen. Die beschriebenen Regelungen zeigen, dass es bei vorliegender Gesetzesnovelle um die Prävention einer Liquiditäts- und Überschuldungskrise geht.

B. Pflichten des Verwaltungsrats

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 725 Abs. 1 revOR die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu überwachen. Stellt der Verwaltungsrat die drohende Zahlungsunfähigkeit fest, hat er Massnahmen zu ergreifen, die auf deren Beseitigung gerichtet sind.¹⁴

Eine geeignete Massnahme um dieser Pflicht nachzukommen, ist die Erstellung bzw. die Führung eines Liquiditätsplans und die anschlies-

sende Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft.¹⁵ Beim Liquiditätsplan handelt es sich um eine prospektive Abschätzung der künftigen Zuflüsse der flüssigen Mittel im massgeblichen Zeitraum.¹⁶ Ausgehend vom aktuellen Bestand der flüssigen Mittel wird durch die Budgetierung von Geldzuflüssen und -abflüssen die zukünftige Liquiditätslage der Unternehmung abgeschätzt.¹⁷ Der Liquiditätsplan ist ohnehin – auch ausserhalb einer Situation der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft – ein unverzichtbares Instrument der finanziellen Unternehmensführung und somit keine besondere Pflicht, die nur in Krisensituationen greift.¹⁸ Anders kann der Verwaltungsrat die Finanzen einer Gesellschaft gar nicht steuern.¹⁹ Hinzu kommt, dass die Erstellung eines Liquiditätsplans im Hinblick auf ein etwaiges Gesuch um Nachlassstundung sinnvoll ist, da dieses ohnehin die Einreichung einer Liquiditätsplanung vorsieht.²⁰ Das Ziel von Sanierungsmassnahmen muss es sein, den Ertrag zu steigern, Aufwand zu reduzieren, die Liquidität zu sichern und die Bilanz der Gesellschaft zu verbessern.²¹ Dabei wird in der Praxis zwischen kurzfristigen und längerfristigen Sanierungsmassnahmen unterschieden.²² Kurzfristige Sanierungsmassnahmen sollen in erster Linie verhindern, dass die

Bilanz beim Gericht deponiert oder eine Nachlassstundung beantragt werden muss. Dies kann durch Rangrücktritte, Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung²³ und Sparmassnahmen²⁴ erreicht werden.²⁵ Genügen die Sofortmassnahmen nicht, sind in jedem Fall längerfristige Sanierungsmassnahmen in Betracht zu ziehen. Diese umfassen unter anderem Forderungsverzichte, den Verkauf von nicht betriebsnotwendigen Gesellschaftsaktiven sowie arbeits- und mietvertragliche Massnahmen.²⁶ Falls sich herausstellt, dass die Sanierungsmassnahmen nicht ausreichen, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden, muss der Verwaltungsrat nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen.²⁷ All dies hat der Verwaltungsrat mit gebotener Eile zu tun.²⁸

III. Kapitalverlust

A. Begriff und Konzept

Der revidierte Artikel zur Überschuldung führt den Kapitalverlust und die

Überschuldung in zwei verschiedenen Artikeln auf. Neu wird der Kapitalverlust in Art. 725a revOR geregelt sein, während Art. 725b revOR die Überschuldung thematisiert. Der Tatbestand des Kapitalverlusts ist erfüllt, wenn die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten die Hälfte der Summe aus Aktienkapital sowie gesetzlicher Kapital- und Gewinnreserve nicht mehr gedeckt sind (siehe Abbildung 1). Hierzu ist die letzte Jahresrechnung für die Ermittlung des Kapitalverlusts heranzuziehen. Somit liegt ein Kapitalverlust vor, wenn das bilanzielle Eigenkapital die Hälfte des geschützten Kapitals unterschreitet.²⁹ Ist dies der Fall, so hat der Verwaltungsrat Massnahmen zur Beseitigung dieses Zustands und gegebenenfalls zur Sanierung der Gesellschaft zu ergreifen oder solche Massnahmen bei der Generalversammlung zu beantragen.³⁰

B. Änderung zum bisherigen Recht

Der bisherige Art. 725 OR dient unmittelbar dem Schutz der Gesellschaft

Abbildung 1: Kapitalverlust (UV + AV - FK < 50% geschütztes EK)

Aktiva		Passiva	
Umlaufvermögen (UV)	400	Fremdkapital (FK)	500
		Eigenkapital (EK)	240
		Aktienkapital	400
Anlagevermögen (AV)	340	Partizipationskapital	20
		Gesetzliche Kapitalreserve	40
		Gesetzliche Gewinnreserve	40
		Gewinnvortrag/-verlustvortrag	-260
Total Aktiva	740	Total Passiva (EK + FK)	740

und ihrer Aktionäre und stellt im Prinzip eine Kennzahlenanalyse dar, welche (i) die Aktiven mit dem Aktienkapital und den gesetzlichen Reserven (Abs. 1) sowie (ii) die Aktiven mit den Verbindlichkeiten (Abs. 2) ins Verhältnis setzt.³¹

Nach bisherigem Recht ist der Verwaltungsrat zum Handeln verpflichtet, wenn ein Kapitalverlust oder eine begründete Besorgnis der Überschuldung vorliegt. Ein Kapitalverlust liegt nach geltendem Recht vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht gedeckt ist. Liegt eine solche Situation vor, muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen.³² Art. 725a revOR betreffend den Kapitalverlust stellt im Vergleich zum geltenden Recht daher nur eine minimale Änderung dar, die aber klare Vorgaben schafft und letztlich zu mehr Rechtssicherheit beiträgt. Nach revidiertem Recht muss der Verwaltungsrat bei einem Kapitalverlust nicht mehr die Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen (wobei er dies weiterhin tun kann).³³

Stattdessen muss eine Gesellschaft ohne Revisionsstelle ihre letzte Jahresrechnung einer eingeschränkten Revision durch einen zugelassenen Revisor unterziehen.³⁴ Diese Pflicht

entfällt, wenn der Verwaltungsrat ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.³⁵

C. Pflichten des Verwaltungsrats

Liegt ein Kapitalverlust vor, so hat der Verwaltungsrat Massnahmen zu ergreifen, die zur Beseitigung dieses Zustandes führen. Ist die Gesellschaft sanierungsbedürftig, hat er Sanierungsmassnahmen zu treffen.³⁶ Der Kapitalverlust ist ein bilanzbezogener Tatbestand, weshalb die (Sanierungs-)Massnahmen entweder auf die Reduktion des Aufwands oder die Erhöhung des Ertrages in der Erfolgsrechnung abzielen. Solange die Gesellschaft nicht (betriebswirtschaftlich) sanierungsbedürftig ist, kann durch eine Auflösung der stillen Reserven der Bilanzverlust bereinigt werden, ohne dass das Eigenkapital vergrössert wird.

Dazu gehört auch die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen nach Art. 725c revOR.³⁷ Andernfalls müssen weitere Sanierungsmassnahmen nach Abschnitt II. B. getroffen werden. Der Verwaltungsrat muss auch hier mit gebotener Eile handeln.³⁸

IV. Überschuldung

A. Begriff und Konzept

Eine begründete Besorgnis der Überschuldung liegt vor, wenn die Verbind-

Abbildung 2: Überschuldung (UV + AV < FK)

Aktiva		Passiva	
Umlaufvermögen (UV)	140	Fremdkapital (FK)	500
		Eigenkapital (EK)	-10
		Aktienkapital	400
		Partizipationskapital	20
		Gesetzliche Kapitalreserve	40
		Gesetzliche Gewinnreserve	40
		Gewinnvortrag/-verlustvortrag	-510
Total Aktiva	490	Total Passiva (EK + FK)	490

lichkeiten der Gesellschaft nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind (siehe Abbildung 2). In einer solchen Situation muss der Verwaltungsrat unverzüglich zwei Zwischenabschlüsse gemäss Art. 960f revOR erstellen; einen zu Fortführungswerten und einen zu Veräusserungswerten. Hierzu gibt es zwei Ausnahmen.

Weist der Zwischenabschluss zu Fortführungswerten keine Überschuldung auf und ist die Fortführungsannahme gemäss Art. 958a OR erfüllt, kann auf die Erstellung eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten verzichtet werden. Dies ist also dann erfüllt, wenn das Geschäft weiterbestehen kann. Dagegen ist die Erstellung eines Zwischenabschlusses zu Veräusserungswerten ausreichend, wenn das Geschäft aufgegeben werden soll bzw. die Annahme der Fortführung nicht mehr gegeben ist.³⁹

B. Änderung zum bisherigen Recht

Nach bisherigem Recht muss der

Verwaltungsrat zunächst bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz errichten und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (d.h. die Aktiven sind in beiden Fällen kleiner als das Fremdkapital), so hat der Verwaltungsrat das Gericht zu benachrichtigen, es sei denn, Gesellschaftsgläubiger treten im Umfang dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurück.⁴⁰

Zudem muss der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während des Zeitraums der Überschuldung umfassen.⁴¹ Die Berechnung des notwendigen Rangrücktritts erfolgt auf Basis der betragsmässig geringeren Überschuldungsbilanz.⁴²

Darüber hinaus muss das Gericht nicht benachrichtigt werden, wenn



begründete Aussicht⁴³ besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.⁴⁴ Der Antrag auf Konkursaufschub ist nach revidiertem Recht im OR nicht mehr vorgesehen.⁴⁵

C. Pflichten des Verwaltungsrats

Besteht begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat die in Abschnitt IV.A. beschriebenen Zwischenabschlüsse zu erstellen. Ist die Gesellschaft gemäss der beiden Zwischenabschlüsse überschuldet, muss der Verwaltungsrat das Gericht benachrichtigen, wenn keine abweichende Gründe nach Art. 725b Abs. 4 revOR bestehen.⁴⁶

Das heisst insbesondere, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der Rangrücktritt den geschuldeten Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung umfasst. Die Benachrichtigung des Gerichts kann zudem unterbleiben, solange gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert

angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden. Der Verwaltungsrat hat in jedem Fall gemäss Art. 725b Abs. 6 revOR mit gebotener Eile zu handeln.

V. Fazit

Durch das revidierte Aktienrecht vom 19. Juni 2020 beabsichtigt der Gesetzgeber, das schweizerische Sanierungssystem und insbesondere die Finanzverantwortung des Verwaltungsrates zu stärken. Mit der Ratifizierung des neuen Tatbestands der drohenden Zahlungsunfähigkeit und den (rechtzeitig und mit gebotener Eile) zu treffenden Massnahmen zuhanden der Gesellschaft, sollen Anzeichen einer Überschuldung frühzeitig erkannt und einer solchen entgegengewirkt werden.⁴⁷

Der neu eingeführte Gesetzesartikel zur Zahlungsunfähigkeit ist zu begrüssen, besonders wenn man berücksichtigt, dass neun von zehn Konkursen auf Liquiditätsengpässe zurückzuführen sind und dass zwei Drittel der Unternehmen, denen eine Nachlassstundung gewährt wurde, letztlich liquidiert werden.⁴⁸

Es empfiehlt sich daher, dass Verwaltungsräte ihren gesetzlichen Handlungspflichten im Rahmen ihrer

Finanzverantwortung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 725 Abs. 1 revOR frühzeitig nachkommen, indem sie das Instrument der systematischen und kontinuierlichen Liquiditätsplanung einführen und so dazu in der Lage sind, die Gesellschaft best-

möglich vor einem Liquiditätsengpass mit Konkursfolge zu schützen. Dies nicht zuletzt, da Verwaltungsräte bei Verletzung ihrer Handlungspflichten nach Massgabe von Art. 754 OR wegen Konkursverschleppung haftbar gemacht werden können.

¹ MALIK ONG, M.A. HSG in Law and Economics, wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

^{**} LUKAS MÜLLER, Dr. oec. HSG, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., MA UZH, Lehrbeauftragter an den Universitäten Freiburg, St. Gallen und Zürich, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

^{***} PATRIK ODERMATT, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt und Notar, patentierter Sachwalter, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

¹ Vgl. hierzu KARIN POGGIO, Modernes und flexibles Aktienrecht vom Parlament verabschiedet, EF 6/2021, 246 f.

² Vgl. z.B. JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. A., Zürich 2021, § 8 N 137; LUKAS MÜLLER/GEORG J. WOHL, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung – Eine wirtschaftliche und rechtliche Betrachtungsweise der Sanierung, ZZZ, 2020, 161 ff.

³ Vgl. Urteil des BVGer B-3380/2015 vom 21.8.2017 E. 5.2.1; Urteil des BGer 5A_606/2014 vom 19.11.2014 E. 3.1; BGE 111 II 206, E. 1; Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, 573 in fine (zit. BBI 2017 399); vgl. für die allgemeine Begriffsdefinition der Zahlungsunfähigkeit OLIVER KÄLIN, Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit, ZZZ 2014, 135 f.

⁴ Vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 574 m.w.H. auf BGE 109 III 77 E. 2; PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich 2014, N 126; vgl. Art. 725 revOR.

⁵ Bei Gesellschaften, die von Gesetzes wegen der Pflicht der ordentlichen Revision unterstehen, beträgt der Zeitraum zwölf Monate; vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 573 f.

⁶ Vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 573 f.; LUKAS MÜLLER/NAGIHAN MUSLIU, Die drohende Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundenen finanziellen Führungsaufgaben des Verwaltungsrats, in Peter Jung/Frédéric Krauskopf/Conradin Cramer (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts – Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich/Basel/Genf 2020, 510 ff.

⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-3380/2015 vom 21.8.2017 E. 5.2.1; Urteil des BGer 5A_606/2014 vom 19.11.2014 E. 3.1.

- ⁸ Vgl. LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, Art. 958a N 4 ff., in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxis-Kommentar, 2. A., Zürich 2019.
- ⁹ Art. 725 Abs. 1 revOR.
- ¹⁰ Art. 725 Abs. 2 revOR.
- ¹¹ Art. 725 Abs. 2 revOR.
- ¹² Vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 575; in fine; vgl. für Kapitalschnitt und -erhöhung unter neuem Recht: THOMAS WERLEN/REMO DECURTINS, Die Harmonika als Schnittmenge der Verfahren zu Kapitalherabsetzung, -erhöhung und Sanierung in: Matthias P. A. Müller/Lucas Forrer/Floris Zuur (Hrsg.): Das Aktienrecht im Wandel, Festschrift für Hans-Ueli Vogt, Zürich/St. Gallen 2020, 235 ff.
- ¹³ Art. 725 Abs. 2 revOR.
- ¹⁴ Art. 725 Abs. 2 revOR.
- ¹⁵ Vgl. DOMINIK MILANI/PHILIPP SCHÜRCH, Die Pflichten des Verwaltungsrates bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach neuem Aktienrecht, SZW 2020, 522.
- ¹⁶ Vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 574; PETER BÖCKLI, Liquiditätsplan – Neuer Fokus in einer Finanznotlage, SZW 5/2015, 499 f.
- ¹⁷ Der Entwurf hatte dies noch in Art. 725 Abs. 2 E-OR ausdrücklich aufgeführt. Das Erfordernis des Liquiditätsplans wurde im Verlauf der parlamentarischen Beratung jedoch nicht im Gesetzestext belassen und fehlt entsprechend in Art. 725 Abs. 2 revOR. Die Pflicht, eine Liquiditätsplanung zu führen ergibt sich jedoch bereits aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR und implizit aus Art. 725 Abs. 1 revOR.
- ¹⁸ Vgl. MÜLLER/MUSLIU (FN 6), 502 ff.
- ¹⁹ Vgl. MÜLLER/MUSLIU (FN 6), 502 ff.
- ²⁰ Art. 293 Bst. a SchKG
- ²¹ Vgl. URS SCHENKER, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 2009, 488.
- ²² Vgl. OLIVER KÄLIN, Chancen und Risiken der aktienrechtlichen Sanierung – ein Überblick, in: Thomas Sprecher (Hrsg.): Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X – Die aktienrechtliche Sanierung, Zürich/Basel/Genf 2020, 14.
- ²³ Liquidität kann etwa beschafft werden, indem Forderungen einkassiert, kürzere Zahlungsfristen vorgegeben, An- und Akontozahlungen eingefordert, Kundenforderungen über Factoring bewirtschaftet oder Kreditlimiten voll ausgenützt werden: vgl. Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, KMU-Portal, Immer zahlungsfähig dank Liquiditätsplanung, 12.3.2020. Abgerufen am 25.6.2021: <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/finanzielles/buchhaltung-und-revision/buchhaltungsplanung/liquiditaetsplanung.html> (zit. KMU-PORTAL).
- ²⁴ Sparmassnahmen können beispielsweise durch das Aushandeln längerer Zahlungsfristen, das Aufschieben nicht dringender Käufe oder die Reduzierung des Lagerbestands erreicht werden: vgl. KMU-PORTAL (FN 23).
- ²⁵ Vgl. KÄLIN (FN 22), 14.
- ²⁶ Vgl. KÄLIN (FN 22), 15f.
- ²⁷ Art. 725 Abs. 2 revOR.
- ²⁸ Art. 725 Abs. 3 revOR.
- ²⁹ Vgl. LUKAS GLANZMANN/BENEDIKT L. RUTSCHEIDT, Die Finanzverantwortung des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen, EF 6/2021, 311.
- ³⁰ Art. 725a Abs. 1 revOR.
- ³¹ Vgl. MÜLLER/MUSLIU (FN 6), 506; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 OR N 3, in: Heinrich Honsell/Ne-dim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).
- ³² Art. 725 Abs. 1 OR.
- ³³ Art. 725a Abs. 1 revOR.
- ³⁴ Art. 725a Abs. 2 revOR.
- ³⁵ Art. 725a Abs. 3 revOR.

³⁶ Art. 725a Abs. 1 revOR.

³⁷ Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (FN 2), § 8 N 116.

³⁸ Art. 725a Abs. 4 OR.

³⁹ Art. 725b Abs. 1 revOR.

⁴⁰ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁴¹ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 revOR.

⁴² Vgl. GLANZMANN/RUTSCHEIDT (FN 29), 314.

⁴³ Zu diesbezüglichen Fragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und der Business Judgement Rule vgl. MÜLLER/MUSLIU (FN 6), 515 ff.

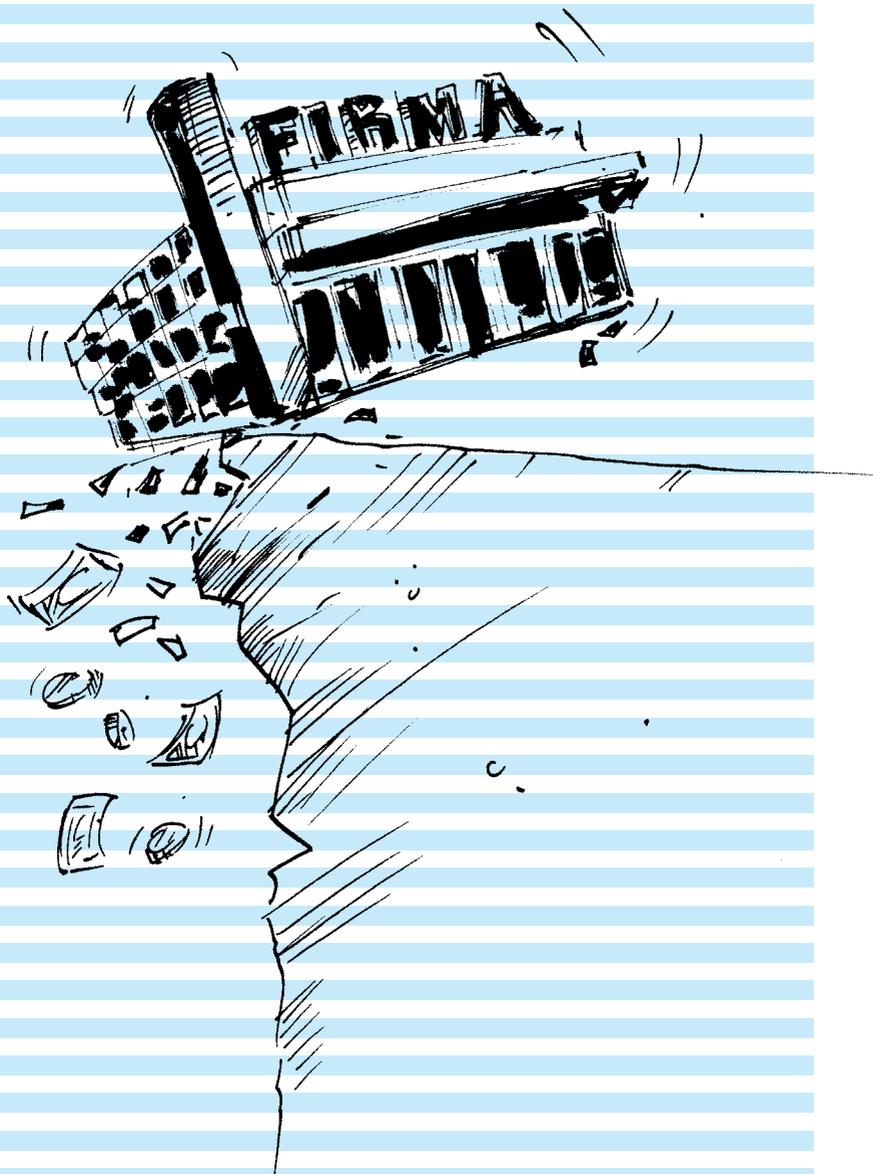
⁴⁴ Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR.

⁴⁵ Art. 725a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 725b revOR.

⁴⁶ Art. 725b Abs. 3 und Abs. 4 revOR; vgl. Abschnitt IV.B.

⁴⁷ Vgl. BBI 2017 399 (FN 3), 576.

⁴⁸ Vgl. KMU-PORTAL (FN 23); vgl. LUKAS MÜLLER/RONJA LIND, Fünf Jahre neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen – Die Schweiz auf dem Weg zum «Swiss Chapter 11»? , Expert Focus, 2019, 641.



Steuerliche Fragestellungen bei Schieflage eines Unternehmens



Marc Buchmann

Marc Buchmann
dipl. Steuerexperte, Rechtsanwalt
Partner, Fischer Ramp Buchmann AG
Hottingerstrasse 21, Postfach, 8024 Zürich
D + 41 44 515 36 32
marc.buchmann@frb-law.ch, www.frb-law.ch

1. Einleitung

Zulieferer können nicht erfüllen, Umsätze und Gewinn brechen plötzlich ein, Kunden begleichen die Rechnungen nicht oder nicht innerhalb der vereinbarten Zahlungsfrist.

Diese Ereignisse führen dazu, dass sich auch bis anhin erfolgreiche Unternehmen plötzlich in einer Schieflage befinden. Nebst bspw. haftungs-, arbeits- und konkursrechtlichen Fragen öffnen sich oftmals auch steuerliche Problemfelder oder zumindest stellen sich Fragen, die mit den Massnahmen zur Fortführung des Unternehmens verbunden sind.

Massnahmen, die oftmals zur Sicherung der Fortführung des Unternehmens ergriffen werden, können grob in folgende Bereiche unterteilt werden:

1. Sicherstellung der Liquidität; und
2. Abwendung des Konkurses.

In der Praxis war und ist auch heute

noch die Sicherstellung der Liquidität für Unternehmen das Hauptanliegen, wobei anzunehmen ist, dass auch der zweite Bereich möglicherweise zukünftig an Gewicht gewinnen wird, da gewisse Branchen immer noch stark unter der Pandemie leiden.

Nachfolgend wird auf Massnahmen zur Sicherung der Liquidität eingegangen, wobei sich mit Liquidität sichernden Massnahmen möglicherweise auch ein Konkurs abwenden lässt. Dabei wird insbesondere auf Massnahmen eingegangen, die im Zuge der Pandemie immer wieder zu Diskussionen führten und immer noch führen.

2. Massnahmen ausserhalb des Sanierungsbereiches – Beschaffung und Sicherung von Liquidität

a. Verzögerung von Steuerzahlungen

Die Steuerverwaltungen reagierten sowohl auf Bundes- wie auch auf

kantonaler Ebene rasch auf die möglichen Liquiditätseingpässe der Unternehmen und erhoben bis am 31. Dezember 2020 für die Mehrwertsteuer, besondere Verbrauchssteuern, Lenkungsabgaben und Zollabgaben keine Verzugszinsen.¹

Gleiches galt für die Direkte Bundessteuer. Auch die Kantone hatten die gleichen oder ähnliche Massnahmen wie auf Bundesebene ergriffen. Verzugszinsen wurden auch im Bereich dieser Steuerarten ebenfalls bis am 31. Dezember 2020 keine erhoben oder zumindest wurden die Zinssätze gesenkt. Der befristete Verzicht auf die Erhebung von Verzugszinsen respektive die Senkung der Zinssätze galten in der Regel sowohl für Steuerforderungen der Steuerperiode 2020 als auch für Steuerforderungen früherer Steuerperioden, sofern jeweils die Fälligkeit der provisorischen oder definitiven Rechnung im Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 31. Dezember 2020 lag.²

Weiterhin Verzugszinsen erhoben wurden bei den Verrechnungs- und Stempelsteuern. Insbesondere Unternehmen, die früh im Jahr 2020 bereits die Auszahlung beschlossen hatten, nachträglich aber die Aktionäre die Dividendenansprüche als Darlehen stehenlassen wollten, wurden empfindlich getroffen, da die Verrechnungssteuer trotzdem abgeführt

werden musste. Sind Jahresrechnungen abgenommen und Dividenden beschlossen, können Dividendenbeschlüsse grundsätzlich nicht rückgängig gemacht werden.

Die Erleichterungen bei der Direkten Bundessteuer, Mehrwertsteuer usw. wurden im Zuge der weiteren Pandemiewelle Anfang 2021 nicht nochmals in Kraft gesetzt. Unternehmen, die derzeit nicht in der Lage sind, Steuerzahlungen pünktlich zu leisten, sind deshalb gut beraten, wenn der Kontakt mit der Steuerverwaltung gesucht wird.

Art. 166 DBG sieht nämlich vor, dass u.a. für Unternehmen, für die die Zahlung von Steuern, Zinsen, Kosten oder einer Busse wegen einer Übertretung innert der vorgeschriebenen Frist für den Zahlungspflichtigen mit einer erheblichen Härte verbunden wären, Zahlungserleichterungen gewährt werden können. Weiter kann die Steuerverwaltung auch auf die Erhebung von Zinsen wegen eines Zahlungsaufschubs verzichten.

In der Praxis empfiehlt es sich, das Gespräch mit den Steuerbehörden frühzeitig zu suchen. In der Regel zeigen sich die Behörden mit ihrer Prüfung wohlwollend.

b. Gewährung von Gruppendarlehen

Nebst den oben beschriebenen faktisch zinsfreien Krediten sah man in

der Praxis eine Zunahme von Gruppendarlehen.

Obwohl grundsätzlich Gruppendarlehen unproblematisch sind, antizipierten Unternehmen teilweise nicht, dass sich aufgrund der teils angespannten Lage des Unternehmens (Schuldners) die Aktivseite der Bilanz veränderte. Da sich die Berechnung des verdeckten Eigenkapitals auf die Aktivseite³ der Bilanz bezieht und in Krisenzeiten oftmals die Aktivseite abnimmt, reduzierte sich damit auch der maximal zulässige Betrag an Fremdkapital von Nahestehenden.⁴ Diese Problematik stellt man derzeit bei den Jahresrechnungen 2020 respektive im Zusammenhang mit den Steuererklärungen 2020 fest.

Übersteigt der tatsächliche Zinsaufwand den maximal zulässigen Zinsaufwand gemäss dem Kreisschreiben Nr. 6 und kann kein Drittvergleich erbracht werden, führen die Zinszahlungen zu Gewinn-, Verrechnungs- und u.U. auch Kapitalsteuerfolgen.

Sind die Gläubiger nahestehende Schweizer Gesellschaften, treffen zudem gegenteilige Interessen aufeinander, da die Gläubigerin einen Mindestzins zu verlangen hat. Obwohl gerade im jetzigen (Zins-)Umfeld oftmals auch Dritte auf Zinsforderungen verzichteten und somit grundsätzlich ein Drittvergleich theoretisch erbracht werden könnte, gestalten sich solche

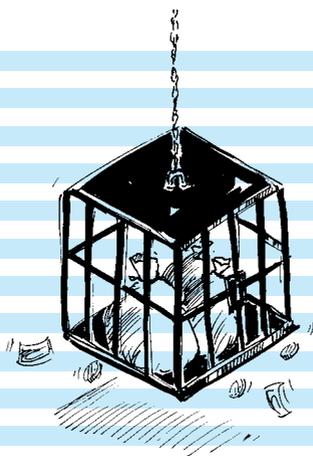
Diskussionen in der Praxis als kompliziert.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben betreffend verdecktes Eigenkapital und insbesondere der Interessenkonflikte zwischen nahestehenden Gläubigern und Schuldnern kann, u.U. vereinfacht formuliert, folgendes sinnvoll sein:

- Finanzierung der Schweizer Gesellschaft über eine ausländische Gesellschaft (vorausgesetzt, dies hat keine nachteiligen Steuerfolgen im Ausland);
- Finanzierung über die Muttergesellschaft (oder noch vereinfachter: von oben nach unten, Einzelfallprüfung zwingend).⁵

c. Darlehen von Dritten mit Sicherheiten von Nahestehenden

Nebst der Finanzierung innerhalb des Konzerns oder sonstigen Nahestehenden forderten Drittgläubiger oftmals weitere Garantien, da die Schuldner Kreditbestimmungen (bspw. Finanzkennzahlen) nicht mehr einhalten konnten. Von Nahestehenden garantierte Kredite sind für die Berechnung des verdeckten Eigenkapitals einzubeziehen.⁶ Somit sind von Nahestehenden garantierte Bankkredite wie vom Aktionär direkt zur Verfügung gestelltes Fremdkapital zu behandeln.⁷ Heikel in diesem Zusammenhang ist insbesondere die



Frage, ob Zinszahlungen an den Drittgläubiger eine geldwerte Leistung darstellen können. Hier ist gemäss Praxis der ESTV wohl davon auszugehen, dass selbst bei garantierten Drittdarlehen eine geldwerte Leistung vorliegen kann und damit die entsprechenden Gewinn- und Verrechnungssteuerfolgen eintreten können.⁸

Hinzu kommt, dass die herkömmlichen Vorlagen zur Berechnung des verdeckten Eigenkapitals aufgrund der steigenden Komplexität nur noch beschränkt unverändert verwendet werden können. Wird ein Bankkredit unter dem Jahr als Darlehen von Nahestehenden betrachtet, erfordert dies Anpassungen bei den Berechnungen des Zinsaufwandes.

d. Covid-Kredite (Kredite mit Solidarbürgschaft)

In der Praxis ebenfalls wichtig sind die Covid-Kredite, da zahlreiche Unter-

nehmen einen solchen beantragten und dieser auch gewährt wurde.

Mit Blick auf die Berechnung des verdeckten Eigenkapitals stellt sich die Frage, wie die Covid-Kredite zu berücksichtigen sind.

Gemäss Praxis der ESTV hängt die steuerliche Behandlung in Bezug auf die Berechnung des verdeckten Eigenkapitals davon ab, ob (i) der Covid-Kredit vollumfänglich (100%) oder (ii) zu 85% der Kreditsumme durch letztendlich den Bund garantiert wird. Für die Zwecke der Direkten Bundessteuer sowie der Verrechnungssteuer gelten diese Kredite im Umfang der durch den Bund verbürgten Quote für die Berechnung der Eigen-/Fremdkapital-Quote als neutral.

Jener Teil, der nicht durch den Bund verbürgt wird (15%), stellt Fremdkapital dar und ist als solches in die Berechnungen einzubeziehen.⁹ Konsequenterweise sind auch die erhaltenen

Aktiven im Umfang des als bilanzneutral geltenden Teils der Kredite nicht zu berücksichtigen. Dies allerdings nur, soweit mit den Krediten nicht laufende Kosten finanziert wurden. Der Nachweis über die Verwendung der Mittel obliegt dem Schuldner.

3. Zusammenfassung und Fazit

Wie oben gezeigt, führen die Finanzierungen durch Aktionäre, aber auch durch Dritte, immer wieder zu Fragen betreffend verdecktes Eigenkapital. Ein vermeintlich einfaches Thema erweist sich plötzlich als relativ komplex und unklar. Obwohl die Grundpfeiler für die Berechnung des verdeckten

Eigenkapitals verständlich sind, wäre es wünschenswert, wenn das mehr als 20 Jahre alte Kreisschreiben überarbeitet und insbesondere Fragen betreffend von Nahestehenden garantierten Drittkrediten aufgenommen werden würden.

Für von der Pandemie betroffenen Unternehmen empfiehlt es sich, die Jahresrechnung 2020 auf allfällige Steuerrisiken zu prüfen. Zwar dürfte eine Korrektur des vergangenen Jahres in den meisten Fällen nicht mehr zulässig sein, es könnten aber wenigstens für die kommenden Jahre mögliche Anpassungen vorgenommen werden.

¹ Vgl. Verordnung über den befristeten Verzicht auf Verzugszinsen bei verspäteter Zahlung von Steuern, Lenkungsabgaben und Zollabgaben sowie Verzicht auf die Darlehensrückerstattung durch die Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredit (SR 641.207.2), nicht mehr in Kraft.

² Vgl. Rundschreiben Zahlungserleichterungen bei der direkten Bundessteuer als Massnahme wegen des Coronavirus, 24. März 2020.

³ Die Berechnungen beziehen sich auf die Verkehrswerte und nicht Buchwerte.

⁴ Vgl. Kreisschreiben Nr. 6, Verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

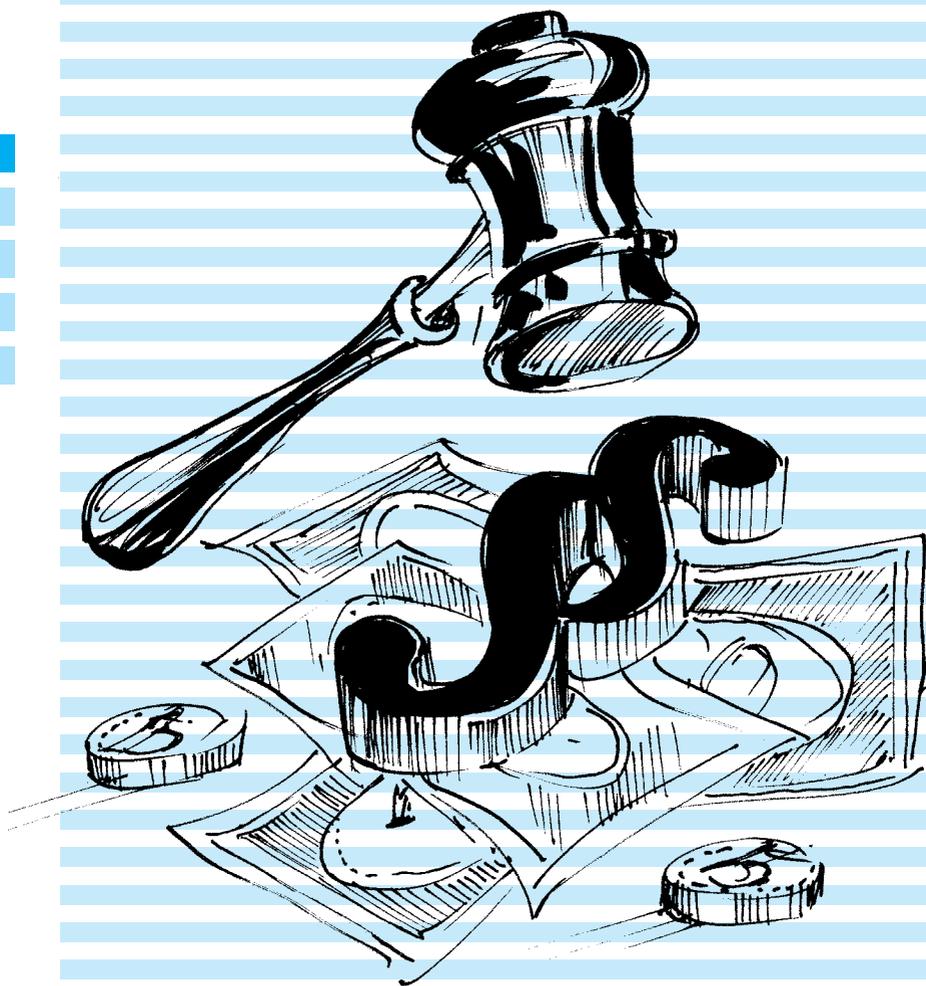
⁵ Prüfung im Einzelfall vorbehalten und zwingend.

⁶ Vgl. Kreisschreiben Nr. 6, Verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

⁷ Vgl. Oesterhelt Stefan, Zinssätze auf Aktionärsdarlehen, Darlehen von und an Aktionäre in Schweizer Franken und Fremdwährungen, Expert Focus, 3/2018, S. 186.

⁸ Vgl. BGE 142 II 355 (betrifft nicht die Verrechnungssteuern).

⁹ Vgl. Massnahmen aufgrund des Coronavirus, ESTV, <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/covid19/news.html>, Stand 7. Mai 2021.



Persönliche Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge und für Steuerausstände sowie deren Versicherbarkeit



Andreas Fuchs

Andreas Fuchs
Dr. iur. Rechtsanwalt
Leiter Schaden Vermögensschadenhaftpflichtversicherung
AXA Versicherungen AG (andreas.fuchs@axa.ch)



Andreas Bischof

Andreas Bischof
Betriebswirtschafter
Experte Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen
AXA Versicherung AG (andreas.bischof@axa.ch)

1. Einleitung

Die Organe juristischer Personen verpflichten die juristische Person durch ihr Verhalten¹, darüber hinaus unterliegen sie einer persönlichen Haftung². Neben dieser zivilrechtlichen Verantwortlichkeit sehen verschiedene Gesetze, namentlich aus dem Bereich der Sozialversicherungen, eine Haftung für nicht einbringliche Beitragsausstände vor. Ähnliche Regelungen kennt auch das Steuerrecht. Nachfolgend soll – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ein Überblick über diese Haftung gegeben und im Anschluss daran Möglichkeiten der Versicherbarkeit solcher Risiken aufgezeigt werden.

2. Persönliche Verantwortlichkeit für Beitrags- oder Steuerausstände

2.1. Relevanz der Problematik

In den Medien können immer wieder Schlagzeilen gelesen werden, wie etwa die Folgende:

«Firmenchef muss nach Konkurs 155000 Franken an AHV zahlen.»

Diese Art von Ereignissen sind keine Einzelfälle. Susanne Keller, die sich in ihrer Masterarbeit³ auch mit der Anzahl von Organhaftungsfällen auseinandergesetzt hat, führt zusammenfassend aus:

«Gestützt auf die Untersuchung der publizierten sozialversicherungsrechtlichen Entscheide konnte im Vergleich mit den zivilrechtlichen Kla-

gen eine viel höhere Anzahl von Fällen ermittelt werden. Bereits anhand dieser Untersuchung kann bestätigt werden, dass die Klagen basierend auf Art. 52 AHVG in der Gerichtspraxis eine gewichtigere Stellung als die zivilrechtlichen Fälle einnehmen. Auch wenn die Anfrage beim Bundesgericht in Luzern ergeben hat, dass die Fallzahlen in Bezug auf Art. 52 AHVG rückläufig sind, so zeigen die Angaben des Bundesamtes für Sozialversicherung, dass das Risiko, mit einer solchen Klage konfrontiert zu werden, beträchtlich ist. Es werden jährlich ca. 2100 neue Fälle registriert.»

2.2. Überblick über die wichtigsten Fälle der persönlichen Haftung im Sozialversicherungsrecht

2.2.1. Haftung für ausstehende AHV-Beiträge

Die Arbeitgebenden haben vom Lohn der Arbeitnehmenden die AHV-Beiträge abzuziehen und diese zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse abzuliefern⁴. Art. 52 Abs. 1 und 2 AHVG statuieren zunächst eine Haftung des Arbeitgebers für absichtlich oder grobfahrlässig der AHV verursachte Schäden. Subsidiär wird eine solidarische Haftung der Mitglieder der Verwaltung und aller mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen festgeschrieben⁵.

Da es sich um eine subsidiäre Haftung handelt, hat die Ausgleichskasse sich zunächst an die Arbeitgebenden zu halten. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit derselben können die Organe direkt belangt werden. Als Organe gelten sowohl die formellen als auch die faktischen Organe.

Voraussetzung für diese subsidiäre Haftung ist, dass ein Organ schuldhaft die einschlägigen Vorschriften missachtet und dadurch (adäquat kausal) einen Schaden verursacht hat. Der Schaden besteht im Ausfall der gesetzlich geschuldeten Beiträge (inklusive Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Veranlagungskosten, Mahngebühren und Betreibungskosten⁶). Die Missachtung von Vorschriften liegt häufig in der Nichterfüllung der den Arbeitgebenden vorgeschriebenen Beitrags- und Abrechnungspflicht begründet. Die subsidiäre Organhaftung stellt keine Kausalhaftung dar, sondern setzt immer ein qualifiziertes Verschulden, mindestens in Form von grober Fahrlässigkeit voraus.⁷ Allerdings liegt ein grobfahrlässiges oder vorsätzliches Handeln nach der Rechtsprechung bereits vor, wenn die Arbeitgebenden den Arbeitnehmerbeitrag vom Lohn abgezogen, diesen aber nicht weiter geleitet haben⁸. Bei Aktiengesellschaften werden strenge Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Organe gestellt.

Die Delegation von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen an Dritte entbindet die Organe nicht von ihrer Überwachungspflicht. Bei offenkundigen Verlusten von bedrohlichem Ausmass sind Auskünfte über die Ablieferung und Abrechnung der Beiträge einzuholen und Weisungen zu erteilen sowie dieselben zu kontrollieren, ansonsten Grobfahrlässigkeit angenommen wird.⁹

Somit hat das Organ faktisch sicherzustellen, dass die Beiträge abgeliefert werden, ansonsten ein grobfahrlässiges Verhalten und damit letztlich eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG vorliegt.

2.2.2. Haftung für Beitragsausstände weiterer Sozialversicherungen

Die Invalidenversicherung¹⁰, die Erwerbsersatzordnung¹¹, die Arbeitslosenversicherung¹² und das Familienzulagengesetz¹³ verweisen auf Art. 52 AHVG¹⁴.

Diese Bestimmung wird in den genannten Sozialversicherungszweigen mithin sinngemäss angewendet. Aus diesem Grund kann an dieser Stelle auf die vorstehenden Ausführungen zur AHV verwiesen werden.

2.3. Solidarische Haftung mit dem Steuerpflichtigen

2.3.1. Mithaftung der Liquidatoren

Verschiedene Steuergesetze sehen

insbesondere bei der Liquidation einer juristischen Person eine solidarische Mithaftung der mit ihrer Verwaltung und Liquidation betrauten Personen für die geschuldeten Steuern bis zum Liquidationsergebnis vor.

Zu nennen sind:

– Art. 55 Abs. 1 DBG

– Art. 15 Abs. 1 und 2 VStG

– Art. 15 Abs. 1 lit. e MWSTG

Die Liquidatoren sind somit gehalten, die Bezahlung der geschuldeten Steuern sicher zu stellen, bevor sie das Liquidationsergebnis verteilen.

2.3.2. Veräusserung und Verwertung von Betriebsstätten und Sitzverlegungen ins Ausland

Mit dem Steuerpflichtigen haften diejenigen Personen solidarisch, welche Geschäftsbetriebe oder Betriebsstätten in der Schweiz auflösen oder in der Schweiz gelegene Grundstücke oder durch solche gesicherte Forderungen veräussern oder verwerten¹⁵. Eine Mithaftung für geschäftsführende Organe bei Sitzverlegungen ins Ausland sieht auch das Mehrwertsteuergesetz¹⁶ vor.

Somit ist auch bei der Veräusserung und Verwertung von Betriebsstätten sowie bei Sitzverlegungen ins Ausland die Bezahlung der geschuldeten Steuern sicher zu stellen, um eine persönliche Haftung dafür zu vermeiden.

2.3.3. Mithaftung bei Straftaten

Nach Art. 177 Abs. 1 DBG ist diejenige Person strafbar und haftet überdies für die hinterzogene Steuer solidarisch, die vorsätzlich zu einer Steuerhinterziehung anstiftet, Hilfe leistet oder als Vertreter des Steuerpflichtigen diese bewirkt oder daran mitwirkt.

Art. 12 Abs. 3 VStrR sieht zudem vor, dass bei Steuerhinterziehung und Erschleichung von Beiträgen auch die Teilnehmenden an der Tat für die nachzuentrichtenden oder zurückzuerstattenden Beträge solidarisch mit den Zahlungspflichtigen haften.

Den Steuerberatern und Organen ist daher dringend zu empfehlen, an Steuerdelikten der Kunden nicht mitzuwirken, schriftlich davon abzuraten und das Mandat niederzulegen, sofern der Kunde nicht davon absehen möchte.

3. Versicherbarkeit der Verantwortlichkeit für Beitrags- und Steuer ausstände

3.1. Im Rahmen von D&O-Versicherungen

Die D&O (Directors and Officers liability insurance) ist eine Organhaftpflichtversicherung, welche alle materiellen und faktischen Organe eines Unternehmens absichert. Dabei handelt es sich um eine sog. Versicherung zu Gunsten Dritter, d.h. Versi-

cherungsnehmer und Prämienzahler ist die juristische Person – versicherte Personen sind deren Organe.

Während einzelne D&O-Versicherer Ansprüche im Zusammenhang mit nichtbezahlten Steuern und Sozialversicherungsabgaben aus risikotechnischer Sicht generell ausschliessen, übernehmen andere Anbieter die Kosten für die Abwehr unberechtigter Ansprüche im Zusammenhang mit unbezahlten Steuern und Sozialversicherungsabgaben. Eine derart auf Abwehr unberechtigter Ansprüche limitierte Versicherungsdeckung erweist sich nur in den seltensten Fällen für die versicherte Person als zielführend, da insbesondere die Haftung für nicht bezahlte Sozialversicherungsabgaben sehr streng gehandhabt wird und regelmässig zu einer Verantwortlichkeit führt.

Bei der Wahl der D&O-Versicherung sollte daher darauf geachtet werden, dass diese eine erweiterte Deckung für nichtbezahlte Steuern und Sozialversicherungsabgaben einschliesst, wie dies bei der AXA möglich ist. Dabei erstreckt sich der Versicherungsschutz im Falle der Insolvenz bzw. des Konkurses des Arbeitgebers sowohl auf die Abwehrkosten als auch auf die nichtbezahlten Steuern und Sozialversicherungsabgaben selbst¹⁷. Generell kein Versicherungsschutz besteht, wenn die unterlassene Be-

zahlung der Steuern und Sozialversicherungsabgaben auf einer bewussten Entscheidung eines versicherten Organs beruht.

3.2. *Im Rahmen der Berufshaftpflichtversicherung des Treuhänders oder Steuerberaters*

Berufshaftpflichtversicherungen decken grundsätzlich die typische berufliche Tätigkeit des Versicherungsnehmers, zum Beispiel die Tätigkeit als Treuhänder oder Steuerberater. Haftpflichtansprüche aufgrund fehlerhafter Beratung bezüglich Steuern und Sozialversicherungsabgaben fallen unter den Versicherungsschutz. Der standardisierte Ausschluss «Steuern und Sozialversicherungsbeiträge» bezieht sich – jedenfalls bei der AXA – nur auf die den Versicherten persönlich auferlegten Verbindlichkeiten aus direkten und indirekten Steuern bzw. Sozialversicherungsabgaben. Nicht unter diesen Ausschluss fällt die zivilrechtliche Haftung aus der Beratung.

Treuhänder und Steuerberater können zudem die Haftpflicht aus ihren Drittmandaten (Haftung aus der Eigenschaft oder Funktion als Organ einer juristischen Drittgesellschaft) über die Berufshaftpflichtversicherung mitversichern. Dabei handelt es sich um eine unkomplizierte und normalerweise prämiengünstige Versiche-

rungslösung. Bei solchen Drittmandatsdeckungen kann bei einzelnen Anbietern, so auch bei der AXA, auch die erweiterte Deckung für nichtbezahlte Steuern und Sozialversicherungsabgaben im Insolvenzverfahren der Drittgesellschaft eingekauft werden, was dringend empfohlen wird. Wie bei der D&O besteht auch hier kein Versicherungsschutz, wenn die unterlassene Bezahlung der Steuern und Sozialversicherungsabgaben auf einer bewussten Entscheidung eines versicherten Organs basiert.

3.3. *Kein Versicherungsschutz für Straftaten*

Alle Versicherer kennen einen Ausschluss für Ansprüche aus Straftaten bzw. für wissentlich oder vorsätzlich begangenen Pflichtverletzungen der Versicherten. Die in Ziffer 2.3.3. vorstehend erwähnten Fälle der Mithaftung für Straftaten fallen somit nicht unter den Versicherungsschutz einer Berufs- oder Organhaftpflichtversicherung.

4. Fazit und Tipps

Organe unterliegen bei versäumter Begleichung von Sozialversicherungsbeiträgen von Gesetzes wegen einer strengen Haftung. Dasselbe gilt für Organe und Berater bei der Entrichtung von Steuern namentlich bei der Liquidation und Sitzverlegung. Sie

können neben den primär Leistungspflichtigen mitverpflichtet werden. Es ist in solchen Konstellationen somit die notwendige Vorsicht geboten.

Bei der Liquidation einer Gesellschaft ist die Entrichtung der Steuern genauso wie bei einer Sitzverlegung ins Ausland mit der gebotenen Sorgfalt vorzunehmen und das Liquidationsergebnis für die Bezahlung der Steuern zu verwenden, bevor es verteilt wird.

Die Grenze zwischen rechtmässiger Steueroptimierung und der Teilnahme an Steuerdelikten ist von eminenter Bedeutung und zu respektieren.

Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge ist zu empfehlen:

- Stellen Sie sicher, dass die Sozialversicherungs-Beiträge vollumfänglich und zeitnah an die Ausgleichskasse überwiesen werden und verlassen Sie sich nicht allein auf eingeholte Auskünfte.
- Kontrollieren Sie die Abrechnungen der SVA genauestens. Die Abrechnungen können fehlerbehaftet bzw. die daraus abgeleiteten Forderungen bereits verjährt sein.
- Die Haftung der Gesellschaftsorgane besteht nur für Forderungen, die vor der Konkureröffnung entstanden sind. Alle neueren Forderungen fallen weg – denn nach Konkureröffnung ist den Organen die Kontrolle über die Gesellschaft

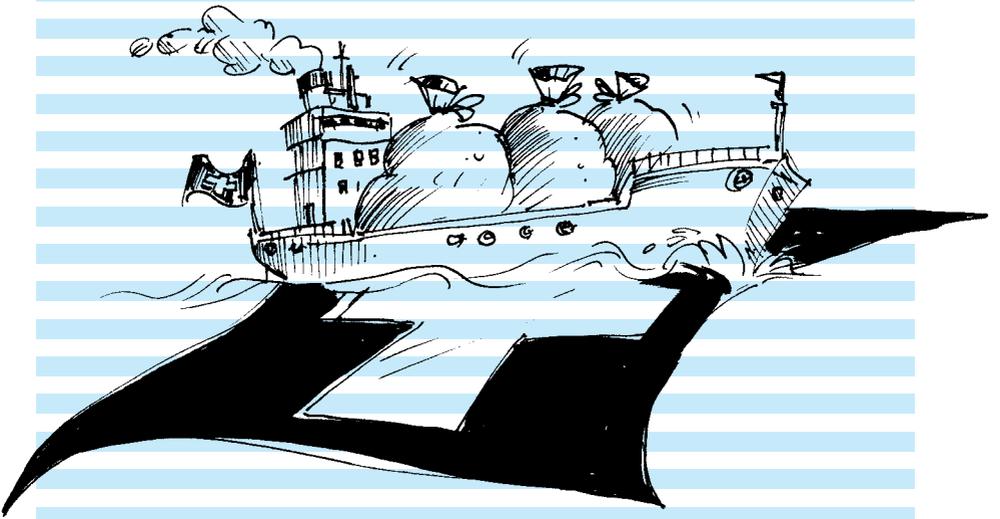
entzogen, weshalb die Voraussetzungen für die Haftung nicht mehr erfüllt sind.

- Sie haften nur für Forderungen, die während Ihrer Amtszeit entstanden sind. Kontrollieren Sie, dass Ihnen nicht Schäden vorgehalten werden, für die Sie noch nicht oder nicht mehr verantwortlich waren.
- Suchen Sie frühzeitig einen Anwalt auf, um die Rechtmässigkeit und Höhe der Forderungen zu prüfen.
- Beachten Sie die laufenden Fristen und reagieren Sie sofort. Die Kontrolle der Abrechnungen, das Aktienstudium sowie die Ausarbeitung einer Rechtsschrift brauchen ausreichend Zeit.

Neben diesen konkreten Vorsichtsmassnahmen bei der täglichen Arbeit empfiehlt es sich, eine optimale Versicherungslösung abzuschliessen. Dabei ist auf Folgendes zu achten:

- Prüfen Sie Ihre (Organ- bzw. Berufs-) Haftpflichtversicherung, ob und in welchem Umfang die hier diskutierten Forderungen versichert sind.
- Prüfen Sie, ob die Höhe der vereinbarten Versicherungssumme ausreichend ist.
- Sofern Sie über eine Versicherungsdeckung verfügen, melden Sie den Schadenfall frühzeitig der Versicherung an.

- ¹ Art. 55 Abs. 2 ZGB.
- ² Art. 55 Abs. 3 ZGB und Art. 754 OR für die Exekutivorgane der Aktiengesellschaft, Art. 827 OR bei der GmbH, Art. 916 f. OR bei der Genossenschaft.
- ³ Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Bedeutung und Entwicklung zivilrechtlicher Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, 2011, teilweise publiziert in Jusletter vom 24. Oktober 2011. Neuere Publikationen zu Fallzahlen sind nicht bekannt.
- ⁴ Vgl. Art. 51 AHVG.
- ⁵ Detaillierte Ausführungen zum Bezug dieser Beiträge und der Haftung sowie der Praxis dazu finden sich in der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 1. Januar 2021 über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO (WBB), 318.102.04 d, namentlich ab S. 161 ff.
- ⁶ BGE 121 III 382; 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018, Erw. 3.1.
- ⁷ 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018, Erw. 4.2.1.
- ⁸ Es kann auf die in FN 6 erwähnte Wegleitung und die dort zitierten Entscheide verwiesen werden
- ⁹ BGE 114 V 19.
- ¹⁰ Art. 66 IVG.
- ¹¹ Art. 21 Abs. 2 EOG.
- ¹² Art. 6 AVIG.
- ¹³ Art. 25 lit. c FamZG, SR 836.2.
- ¹⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichtes 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018, Erw. 2; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 4. Juli 2013 S 2013 34 betreffend Schadenersatzforderung im Zusammenhang mit der Auszahlung der Zulagen gestützt auf Art. 25 lic. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG.
- ¹⁵ vgl. Art. 13 Abs. 3 lit. d DBG.
- ¹⁶ Art. 15 Abs. 1 lit. f MWSTG.
- ¹⁷ Gemäss C7 Allgemeine Vertragsbedingungen Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe (D&O), Ausgabe 04.2021 der AXA gilt: «Versichert sind Ansprüche im Zusammenhang mit nicht abgeführten direkten und indirekten Steuern (z.B. Mehrwertsteuer) und Sozialversicherungsbeiträgen (z.B. AHV, BVG) nur, sofern eine versicherte Person im Falle der Insolvenz des Versicherungsnehmers und/oder eine seiner Tochtergesellschaften persönlich dafür haftet. Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche, wenn die unterlassene Bezahlung dieser Steuern und/oder Sozialversicherungsabgaben auf einer bewussten Entscheidung einer versicherten Person basiert.»



Tonnagesteuer

Dr. Samuel Bussmann
Tax Partner
T +41 41 726 99 73
samuel.bussmann@mme.ch
MME Legal, Tax, Compliance
Gubelstrasse 22, CH-6300 Zug
www.mme.ch



Samuel Bussmann

Joel Bernhard
Tax Consultant
T +41 41 726 99 66
joel.bernhard@mme.ch
MME Legal, Tax, Compliance
Gubelstrasse 22, CH-6300 Zug
www.mme.ch



Joel Bernhard

I. Ausgangslage

Dass die Schweiz als Binnenland eine eigene Hochseeflotte betreibt, ist historisch bedingt und versorgungs- sowie wirtschaftspolitischen Gründen geschuldet.¹ Obwohl erste Bestrebungen für eine Schweizer Flotte bereits in den Anfängen der Gründungsjahre des schweizerischen Bundesstaats festzustellen waren, ist deren Einführung insbesondere auf den Ersten Weltkrieg zurückzuführen.² Um die Beschaffung der notwendigen Schiffe zur Versorgung des Landes in Kriegszeiten zu sichern, gewährte der Bund privaten Reedereien finanzielle Unterstützung. Erst in Form von vorteilhaften Darlehen, später durch Bürgschaften zur Risikodeckung gegenüber privaten Kreditinstituten.³

Aufgrund von substanziellen Ausfällen und damit verbundenen Kosten in Millionenhöhe standen diese Bürgschaftsvereinbarungen in den letzten Jahren vermehrt in der Kritik.⁴ Im Jahre 2016 entschied der Bundesrat, dass keine neuen Bürgschaften gewährt werden.

Heute belegt die von in der Schweiz ansässigen Unternehmen betriebene Flotte gemessen an der Bruttotonnage in Europa Platz 4 und weltweit Platz 10.⁵ Von in der Schweiz ansässigen Unternehmen werden mehr als 900 Schiffe betrieben.⁶ Ein erstaunlicher Fakt für ein Land ohne direkten Meereszugang! Zu den in der Schweiz domizilierten Unternehmen gehören auch zentrale Akteure des

maritimen Sektors wie die Mediterranean Shipping Company (MSC), eine seit 1978 in Genf registrierte Gesellschaft, welche eine Flotte von mehr als 550 Schiffen unterhält und die zweitgrösste Containerschiffahrtsgesellschaft der Welt darstellt. Allerdings befindet sich die Schweizer Hochseeschiffahrt seit Jahren in einer Krise. Durch das Verschwinden bestimmter Schiffseigner oder -betreiber hat sich die unter Schweizer Flagge verkehrende Flotte in den letzten vier Jahren von 50 auf 18 verringert.⁷ Für das Funktionieren des internationalen Handels und der Weltwirtschaft generell ist die Hochseeschiffahrt jedoch äusserst wichtig. Heute wird mehr als 90% des globalen Handels über den Seeweg abgewickelt.⁸

Mitschuld am Bedeutungsverlust der Hochseeschiffahrt in der Schweiz hat der nicht auf die Bedürfnisse des maritimen Sektors abgestimmte Rechts- und Regulierungsrahmen. Während die in der Schweiz ansässigen Schiffahrtsgesellschaften der ordentlichen Besteuerung unterstehen, sehen ausländische Staaten zumeist privilegierte Besteuerungsmodelle für diesen Sektor vor. Diese lassen sich einteilen in die Tonnagesteuer sowie andere spezifische Sonderregelungen für im maritimen Bereich tätige Unternehmen. Im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) hat sich insbesondere das Modell der

Tonnagesteuer durchgesetzt.⁹ Dies ist insoweit bemerkenswert, als dass Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ein grundsätzliches Verbot (mit Genehmigungsvorbehalt) staatlicher Beihilfen statuiert. Angesichts der strategischen und wirtschaftlichen Bedeutung des maritimen Sektors sieht die Europäische Kommission hierfür eine dieser seltenen Genehmigungen vor. Die jeweiligen Tonnagesteuerregelungen der EU-Mitgliedstaaten unterliegen als Beihilferegulungen einer fortlaufenden Prüfung durch die Europäische Kommission und werden unter Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den EU-Beihilfavorschriften in der Regel für eine Dauer von zehn Jahren genehmigt.¹⁰ Um den international bestehenden Wettbewerbsnachteil für schweizerische Schiffahrtsunternehmen zu beheben und so den Wirtschaftsstandort Schweiz zu stärken, wurde die Einführung einer schweizerischen Tonnagesteuer bereits im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III als mögliche Massnahme geprüft. Am Ende wurde das Thema allerdings durch das Parlament vom grossen Reformpaket herausgelöst und der Bundesrat beauftragt, dafür eine separate Vorlage zu erarbeiten. Diesem Auftrag ist der Bundesrat nun nachgekommen, indem er den Entwurf zum Bundesgesetz über die Tonnagesteuer auf

Seeschiffen (nachfolgend «Tonnagesteuergesetz») in die Vernehmlassung schickte. Mit Blick auf die internationale Akzeptanz der Schweizer Tonnagesteuer hat sich der Bundesrat für eine EU-konforme Ausgestaltung entschieden.¹¹ Es handelt sich hierbei jedoch nicht, wie vom Namen suggeriert, um ein eigenständiges Gesetz, sondern die Bestimmungen würden im Falle einer Einfügung als Ergänzungen im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) und im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) Eingang finden. Nachfolgend sollen die wichtigsten Eckpunkte des Tonnagesteuerentwurfs dargelegt und allfälliges Verbesserungspotenzial aufgezeigt werden.

II. Inhalt der Vorlage

Charakteristisch für die Tonnagesteuer ist, dass die Steuerbemessung vom Frachtvolumen (Brutto oder Nettoraumzahl) des Schiffes abhängt und nicht mehr vom tatsächlich erwirtschafteten Gewinn, wie dies bei der ordentlichen Besteuerung der Fall ist. Die Tonnagesteuer ist daher nicht als spezielle Steuer zu verstehen, sondern vielmehr als Methode zur Steuerbemessung. Für die Schifffahrtsunternehmen bringt dies Kalkulations- und Planungssicherheit. Da durch das Abstellen auf das Frachtvolumen das

effektive Geschäftsergebnis in den Hintergrund rückt, sind auch Verluste aus dem operativen Geschäft nicht mehr beachtlich. Davon profitieren die Steuerbehörden, welche auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten mit gewissen Fixeinnahmen rechnen können.

A. Steuerlicher Anknüpfungspunkt und Anwendungsbereich

Der Tonnagesteuerentwurf des Bundesrates sieht in Bezug auf die Unterstellung unter das Tonnagesteuerregime die Freiwilligkeit vor.¹² Das hätte zur Folge, dass den Schifffahrtsunternehmen fortan ein Wahlrecht zwischen ordentlicher Besteuerung und der Besteuerung nach den Regeln der Tonnagesteuer zukommen würde. Falls die Wahl auf die Tonnagesteuer fällt, gilt eine Lock-in-Periode von zehn Jahren.¹³ Damit sollen schädliche Steuerplanungsmöglichkeiten eingeschränkt werden, indem verhindert wird, dass bei absehbaren Verlusten vorübergehend aus dem Regime ausgestiegen wird, um so eine Besteuerung zu verhindern.

Um zu prüfen, ob für die Tonnagesteuer optiert werden kann, sind 2 Voraussetzungen zu erfüllen: Einerseits sind unternehmensbezogene Anforderungen vorgesehen, andererseits werden Anforderungen an die Schiffe selbst gestellt. In Bezug auf das Unternehmen wird die steuerliche

Ansässigkeit in der Schweiz verlangt. Überdies kann ein Unternehmen ein Schiff nur der Tonnagesteuer unterstellen, wenn es dieses auch betreibt. Als Betrieb im Sinne des Tonnagesteuergesetzes gilt im Wesentlichen die Bereederung (u.a. Fracht- und Passagierbeförderung), die Befrachtung (Abwicklung von Transportaufträgen auf See) und die Vercharterung (Vermietung von Seeschiffen inkl. Ausrüstung und Besatzung).¹⁴

Abschliessend wird verlangt, dass mindestens 60% der Tonnage der vom steuerpflichtigen Unternehmen betriebenen Flotte im Register der schweizerischen Seeschiffe oder eines Mitgliedstaates des EWR eingetragen ist.¹⁵

Bei den Anforderungen an das Schiff stehen die damit ausgeführten Aktivitäten im Zentrum. Die gesetzlich zugelassenen Tätigkeiten, und damit durch die Tonnagesteuer abgegoltenen Einkünfte, sind in Art. 73 Abs. 1 Tonnagesteuergesetz abschliessend aufgeführt. Diese sind: Gütertransport, Personentransport, Rettungs- und Unterstützungsdienste, Kabel- und Rohrverlegung, Errichtung von Offshore-Bauwerken sowie wissenschaftliche Meeresforschung. Der Gewinn aus Nebentätigkeiten an Bord würde ebenfalls unter die Tonnagesteuer fallen, sofern er 50 Prozent des Gewinns aus dem Betrieb des

Schiffs nicht überschreitet. Fallen im Unternehmen noch weitere, schiff-fahrtsfremde Einkünfte an oder üben die Schiffe sowohl zur Tonnagesteuer berechnete als auch nicht-berechnete Tätigkeiten aus, so sind die entsprechenden Einkünfte mittels Spartenrechnung auszusondern und ordentlich zu besteuern.¹⁶

B. Berechnung der Tonnagesteuer

In Bezug auf die Berechnung der Tonnagesteuer lassen sich grundsätzlich zwei Berechnungsmodelle unterscheiden: das EU-Modell sowie das griechische Modell. Staaten wie Kroatien und Zypern sehen Kalkulationsmodelle vor, die von den Grundmodellen abweichen.

Beim EU-Modell erfolgt die Ermittlung des steuerbaren Gewinns pro Schiff anhand eines fiktiv vordefinierten Gewinnschlüssels pro Nettotonnage pro Betriebstag. Der resultierende Gewinn unterliegt dann dem länderspezifischen ordentlichen Steuersatz. Für dieses Berechnungsmodell hat sich auch der Bundesrat im Tonnagesteuerentwurf entschieden. Zusätzlich sieht er die Berücksichtigung ökologischer Kriterien vor, indem für emissionsarme Schiffe eine Reduktion des Gewinnschlüssels von bis zu 20% vorgesehen ist. Damit nimmt die Vorlage ein wesentliches Element aktueller Entwicklungen und Diskussionen in der

Schiffahrtindustrie auf, welche sich an den Emissionsreduktionszielen der International Maritime Organization (IMO) orientieren. Berechnungsbeispiel siehe Abbildung 1.

Beim griechischen Modell basiert der steuerbare Gewinn auf der Bruttoreaumzahl, multipliziert mit einem vordefinierten, von der Bruttoreumzahl abhängigen Koeffizienten sowie einem Steuersatz, der in Abhängigkeit zum Alter des Schiffs steht. Der vordefinierte Gewinn (beim EU-Modell) resp. der Koeffizient (beim griechischen Modell) pro Frachtvolumen ist dabei degressiv ausgestaltet, da grössere Schiffe in der Regel mit kleineren Margen pro Volumeneinheit rechnen.

III. Kritische Punkte

Der Tonnagesteuerentwurf geht in die richtige Richtung. Um internat. konkurrenzfähig zu sein, bedarf er jedoch insbesondere in den folgenden drei Bereichen der Verbesserung: (i) beim Flaggenerfordernis, (ii) beim grundsätzlichen Ausschluss von Einkünften aus der Vercharterung auf Bareboat-Basis sowie (iii) bei der Steuerlast.

A. Flaggenerfordernis

Wie bereits erwähnt, muss gemäss des Tonnagesteuergesetzes mindestens 60% der von der steuerpflichtigen Person betriebenen Flotte im Register der schweizerischen Seeschiffe oder eines EWR-Staates eingetragen

Abbildung 1:

Berechnungsbeispiel der schweizerischen Tonnagesteuer

Steuerlast = (Nettoraumzahl x fiktiver Gewinn pro Nettotonne x Betriebstag) x ordentlicher Gewinnsteuersatz

Sachverhalt: Ein Frachtschiff eines Schweizer Schiffahrtsunternehmens mit einer Nettoraumzahl von 50 000, das im Geschäftsjahr 330 Tage im Betrieb war.

Nettoraumzahl pro Schiff	Fiktiver Gewinn pro Tag pro 100 Nettotonnen (NT)
--------------------------	--------------------------------------------------

Bis 1000 NT:	CHF 1.09
Zwischen 1000 tons und 10 000 NT:	CHF 0.8
Zwischen 10 000 und 25 000 NT:	CHF 0.52
Über 25 000 NT:	CHF 0.26

Steuerbarer Gewinn/Tag: CHF 1.09 x 10 + CHF 0.8 x 10 x 9 + CHF 0.52 x 10 x 15 + CHF 0.26 x 10 x 25 = CHF 225.9

Steuerbarer Gewinn/Jahr: CHF 225.9 x 330 Betriebstage = CHF 74 547

Steuerlast: CHF 74 547 x ordentlicher Gewinnsteuersatz

sein, damit ein Unternehmen für die Tonnagesteuer optieren kann. Diese Anforderung kann von der überwiegenden Mehrheit der schweizerischen Schifffahrtsunternehmen so nicht erfüllt werden. Insbesondere im Rohstoffhandel ist aus historischen sowie politischen Gründen eine Mehrheit der Flotte ausserhalb des EWR eingetragen. Dies wurde auch von der Europäischen Kommission so erkannt, welche in ihren Leitlinien das Flaggenanfordernis bereits als erfüllt ansieht, wenn der EWR-Flaggenanteil bei Eintritt ins System erhöht oder zumindest gehalten wird, wobei beim Eintritt zumindest ein Schiff unter EWR-Flagge fahren muss.¹⁷ Diese Regelung sollte auch in der schweizerischen Tonnagesteuer Eingang finden.

B. Vercharterung auf Bareboat-Basis
Gemäss Art. 73 Abs. 2 Tonnagesteuergesetz ist die Vercharterung eines Schiffs unter den Begriff des Betriebs zu subsumieren. Hierbei gilt es zwischen Time- und Voyage-Charter sowie Bareboat-Charter zu unterscheiden: Beim Time- und Voyage-Charter handelt es sich um die Vermietung des bereederten Schiffs, d.h. inklusive Ausrüstung und Mannschaft, wohingegen beim Bareboat-Charter lediglich das «nackte» Schiff vermietet wird. Kontrovers ist insbesondere das Bareboat-Chartering, da es sich hierbei nicht um

eine eigentliche Schifffahrts-, sondern primär um eine Finanzierungsaktivität handelt. So sollen Einkünfte aus Bareboat-Chartering gemäss dem erläuternden Bericht zum Tonnagesteuergesetz auch nicht in den Geltungsbereich der Tonnagesteuer fallen.¹⁸ Der grundsätzliche Ausschluss des Bareboat-Charterings wird der Komplexität und Bedeutung dieses Themas nicht gerecht. So gilt es zunächst zwischen konzerninternen Verhältnissen und Rechtsgeschäften mit Dritten zu unterscheiden. Bareboat-Chartering innerhalb einer Gruppe sollte unbeschränkt zulässig sein, da es sich hierbei lediglich um eine Frage der Konzernstrukturierung handelt. Bei Rechtsgeschäften mit Dritten sind Vorbehalte durchaus berechtigt; doch ist für Unternehmen eine gewisse Flexibilität unabdinglich, um auf temporäre Überkapazitäten adäquat reagieren zu können. Werden diese Einkünfte von der Tonnagesteuer komplett ausgenommen, hätte dies aufwändige buchhalterische Abgrenzungen zur Folge, womit im Zweifel aus administrativen Gründen auf die Vercharterung verzichtet werden müsste. Dies wäre bereits aus Gründen der Ressourceneffizienz nicht wünschenswert. Einkünfte aus dem Bareboat-Chartering sollten daher vom Geltungsbereich der Tonnagesteuer eingeschlossen sein, sofern sie auf Überkapazitäten zurückzuführen sind.

Eine solche Regelung wäre auch mit der von der Europäischen Kommission ausgearbeiteten Entscheidungspraxis vereinbar.

C. Steuerlast

Inwiefern die Tonnagesteuer im innerstaatlichen Verhältnis, d. h. im Vergleich zur ordentlichen Besteuerung, zu einer vorteilhafteren Steuerlast führt, lässt sich anhand der derzeitigen Informationslage nicht abschliessend bewerten. Die gemäss Tonnagesteuergesetz vorgesehene Steuerlast liegt international nur im Mittelfeld.¹⁹ Dies wird aufgrund der grossen ausländischen Konkurrenz wohl kaum genügen, vermehrt maritime Aktivitäten in der Schweiz

anzusiedeln. Die Steuerlast sollte sich daher an den Vorreiterstaaten der Europäischen Union orientieren.

IV. Fazit

Die Vernehmlassungsfrist zum Tonnagesteuergesetz ist am 31. Mai 2021 ausgelaufen. Es bleibt abzuwarten, inwiefern es noch zu Anpassungen am Gesetzestext kommt und wie die Räte darüber befinden. Gerade mit Blick auf eine mögliche Steuersatzerhöhung aufgrund von BEPS 2.0 stellt die Tonnagesteuer als international breit akzeptiertes und zukunftssträchtiges Instrument für die Standortförderung eine interessante Option dar, welches durch die Schweiz unbedingt genutzt werden sollte.

¹ Bericht über die Schifffahrtspolitik der Schweiz vom 14. Oktober 2009, Bericht Schifffahrtspolitik, BBl 2009 7683 ff., S. 7693.

² WALTER ZÜRCHER, Schweizer Flagge zur See, Die Geschichte der schweizerischen Hochseeschifffahrt, Bern 1986, S. 18 (nachfolgend «ZÜRCHER»).

³ ZÜRCHER, S. 54.

⁴ Siehe hierzu: <https://www.nzz.ch/schweiz/hochseeschiff-buergschaften-kosten-den-bund-weitere-130-millionen-id.1520469>.

⁵ IHS Seaweb, Ultraflash, Stability in the Danish Operated Merchant Fleet 2020.

⁶ Swiss Shipowners Association, Weißbuch der Schweizer Hochseeschifffahrt, Vorschläge für Notmassnahmen zum Schutz der Flotte unter Schweizer Flagge und für strukturelle Massnahmen zur Wiederherstellung der Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz im maritimen Sektor, S. 5 f. (nachfolgend «Weissbuch»).

⁷ Schweizerisches Seeschiffahrtsamt, Seeschiffe unter Schweizer Flagge (Bestand 23.12.2020), <<https://www.eda.admin.ch/dam/smno/mehrsprachig/documents/Flottenliste.pdf>>.

⁸ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsverfahren zum Bundesgesetz über die Tonnagesteuer auf Seeschiffen vom 24. Februar 2021, S. 3 (nachfolgend: «Erläuternder Bericht»).

⁹ Norwegen, das Vereinigte Königreich sowie 21 der 27 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union kennen derzeit eine Tonnagesteuer.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 9.

¹¹ Erläuternder Bericht, S. 17.

¹² Erläuternder Bericht, S. 19.

¹³ Art. 73 Abs. 2 Tonnagesteuergesetz.

¹⁴ Erläuternder Bericht, S. 23.

¹⁵ Art. 74 Abs. 1 Tonnagesteuergesetz.

¹⁶ Erläuternder Bericht, S. 25.

¹⁷ Mitteilung C (2004) 43 der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, C 13/7 (nachfolgend: «Mitteilung 2004»).

¹⁸ Erläuternder Bericht, S. 24.

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 17 f.

Ihr Berater bei Immobilienfragen

Wir haben langjährige Erfahrung in der interdisziplinären Steuer- und Rechtsberatung bezüglich Immobilien. Vom Einfamilienhausbesitzer bis zur börsenkotierten Immobiliengesellschaft decken wir alle steuerlichen und rechtlichen Fragen ab.

Wir bieten Ihnen Dienstleistungen aus einer Hand an, gehen auf Ihre individuellen Bedürfnisse ein und kämpfen für Ihre Interessen.



Andreas Müller
Corporate Tax Partner



Roland Reding
VAT Partner



Christoph Rechsteiner
Individual Tax Partner



Dr. Christoph Nater
Legal Partner



Michèle Landtwing
Legal Partner | Notarin



Andreas Rudolf
Legal Partner | Notar