

12.05.2021

## Sanierung von Kapitalgesellschaften

Die COVID-19-Pandemie hat bei verschiedenen Unternehmungen zu finanziellen Erschwernissen geführt, welche nur teilweise durch Kreditgewährungen und/oder Härtefallentschädigungen überbrückt werden können. Daraus können sich auch Fragen in Bezug auf allfällige Sanierungen oder ähnlich gelagerte Massnahmen zugunsten von Kapitalgesellschaften ergeben. In der Praxis steht dabei der Forderungsverzicht des Gesellschafters an erster Stelle. Weil die steuerliche Behandlung dieses Verzichts den betroffenen Personen oft nur schwer zu erklären ist, soll diese Problematik nachfolgend näher dargestellt werden.

### Begriff der steuerrechtlichen Sanierungsbedürftigkeit

Gemäss Kreisschreiben Nr. 32 vom 23.12.2010 der Eidg. Steuerverwaltung wird für die Beurteilung der Sanierungsbedürftigkeit eine betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise angewandt. Demnach hat eine echte Unterbilanz vorzuliegen. Diese Voraussetzung ist wesentlich, damit die Sanierungsmassnahmen auch steuerrechtlich anerkannt werden, womit der Gesellschaft gewisse Erleichterungen zugestanden werden können (u.a. unbegrenzte Verlustverrechnungsmöglichkeit; Befreiung von der Emissionsabgabe). Im Gegensatz zu den handelsrechtlichen Vorschriften (OR 725 Abs. 1 bzw. 2 hälftiger Kapitalverlust bzw. Überschuldung) fordert das Steuerrecht kein Ergreifen von Sanierungsmassnahmen. Wenn nach diesen handelsrechtlichen Normen Sanierungsmassnahmen ergriffen werden, wird steuerrechtlich ebenfalls von einer anerkannten Sanierungsbedürftigkeit ausgegangen.

#### Beispiel einer echten Unterbilanz

Aktiven (Buchwert) (enthalten stille Reserven von 300; Verkehrswert 2'700)	2'400	Fremdkapital	1'800
		Aktienkapital	2'000
		Gesetzliche Reserven	200
Verlustvortrag	2'000	Freie Reserven	400
Total	4'400	Total	4'400

- Die formelle buchmässige Unterbilanz beläuft sich vorliegend auf: 1'400
  - Die echte Unterbilanz unter Berücksichtigung der stillen Reserven beträgt: 1'100
- Handelsrechtlich liegt ebenfalls ein hälftiger Kapitalverlust nach OR 725 Abs. 1 vor, nicht jedoch die Überschuldung nach OR 725 Abs. 2.

Das Aktienkapital ist nicht mehr voll gedeckt bzw. es besteht ein Nettoverlustvortrag, der nicht mehr durch offene oder stille Reserven abgedeckt wird. Als anrechenbare stille Reserven gelten die handelsrechtlich aufwertbaren Willkür- und Ermessensreserven ohne die Zwangsreserven nach Art. 960a Abs. 2 OR und Aufwertungsreserven nach Art. 670

OR, welche handelsrechtlich nicht gegen die Verluste ausgebucht werden können. Im vorliegenden Fall werden allfällige Sanierungsmassnahmen somit auch steuerrechtlich unterstützt, sofern die Verluste durch geeignete Massnahmen ganz oder teilweise eliminiert werden.

### **Steuerlich privilegierter unechter Sanierungsgewinn**

Vorab kann festgehalten werden, dass keine privilegierte Sanierungsmassnahme vorliegt, wenn Verlustvorträge lediglich durch bilanzielle Massnahmen reduziert oder beseitigt werden (Aufwertung von Warenlager / Wertschriften / Auflösung nicht benötigter Rückstellungen) oder lediglich ein Rangrücktritt zugestanden wird. In solchen Fällen wird die zeitlich unbegrenzte Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 nicht zugestanden.

In Bezug auf die Sanierungsleistungen ist die steuerrechtliche Abgrenzung zwischen den echten und unechten Sanierungserträgen vorzunehmen. Die unechten Sanierungsgewinne, erbracht von den Anteilhabern, werden als steuerneutral behandelt, wobei in Bezug auf den Forderungsverzicht eine besondere Qualifikation erfolgt (vgl. nachfolgend). Die Verlustverrechnungen sowie Abschreibungen und Rückstellungen, welche zulasten unechter Sanierungsgewinne vorgenommen werden, gelten steuerrechtlich als nicht erfolgt. Somit bleibt die ordentliche Verlustverrechnungsmöglichkeit nach Art. 67 Abs. 1 DBG unverändert bestehen. Demgegenüber werden die echten Sanierungsgewinne, welche in der Regel von Drittpersonen erbracht werden, gewinnsteuerwirksam behandelt. Verlustverrechnungen, Abschreibungen und Rückstellungen sind steuerlich somit als erfolgt zu betrachten. Für die Verrechnung der echten Sanierungsgewinne werden jedoch die zeitlich unbeschränkten Verluste nach Art. 67 Abs. 2 DBG zugelassen.

### **Forderungsverzicht des Gesellschafters zugunsten der Gesellschaft**

Nach Kreisschreiben Nr. 23; Ziffer 4.1.1.1. lit. a:

In der Praxis stellt der definitive Forderungsverzicht von Seiten des Gesellschafters die weitaus häufigste Sanierungsmassnahme dar. Dabei steht dieser Forderungsverzicht in Bezug auf die steuerrechtliche Qualifikation als echter oder unechter Sanierungsgewinn unter dem kritischen Blickwinkel der Steuerbehörden. Gemäss Kreisschreiben Nr. 32 vom 23.12.2010 gilt der Grundsatz, wonach Forderungsverzichte durch Gesellschafter gleich zu behandeln sind wie Forderungsverzichte Dritter. Damit werden diese als echte Sanierungsgewinne qualifiziert, womit zwar die aufgelaufenen Verluste zeitlich unbeschränkt verrechnet werden können, jedoch grundsätzlich als erfolgswirksam betrachtet werden. Eine Ausnahme in dieser Qualifikation wird unter folgender Bedingung gemacht, womit der vorteilhaftere unechte und somit steuerneutrale Sanierungsgewinn resultiert (d.h. keine Konsumation steuerlicher Verlustvorträge):

- wenn und soweit Gesellschafterdarlehen vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurden
- bei Gesellschafterdarlehen, die erstmalig oder zusätzlich wegen schlechten Geschäftsganges gewährt wurden und unter den gleichen Umständen von unabhängigen Dritten nicht zugestanden worden wären.

In diesen beiden Fällen wird der Forderungsverzicht der Gesellschafter als unechter Sanierungsgewinn übereinstimmend zum à-fonds-perdu-Zuschuss (Art. 60 lit. a DBG) steuerneutral behandelt, womit er der Kapitaleinlagereserve gutgeschrieben werden kann.

Dabei gilt der Grundsatz, dass das passivierte Gesellschafterdarlehen im Rahmen des Veranlagungsverfahrens tatsächlich als verdecktes Eigenkapital festgehalten wurde und nicht nur, dass dieses als solches hätte qualifiziert werden können. In Bezug auf die alternative Voraussetzung der Darlehensgewährung zufolge schlechten Geschäftsganges, hat dieses Merkmal bereits im Zeitpunkt der Darlehensgewährung bzw. –Erhöhung vorzuliegen.

Mit dem erwähnten Kreisschreiben wurde insbesondere die frühere grosszügigere Veranlagungspraxis abgelöst, wonach die Gesellschafterdarlehen generell als unechte Sanierungsgewinne qualifiziert werden konnten. Die Form der Leistungserbringung zugunsten der Gesellschaft – ob durch Forderungsverzicht oder durch Bareinlage (à-fonds-perdu) – war für die damalige Beurteilung nicht massgeblich. Nach dieser subjektiven Betrachtungsweise war der Zeitpunkt der Sanierung und weniger der Zeitpunkt der Forderungsbegründung massgebend.

Die im Kreisschreiben festgeschriebene Praxis stützte sich auf die damalige bundesgerichtliche Rechtsprechung, die aber noch zum Bundesbeschluss (BdBSt) ergangen war (Hinweis im Kreisschreiben auf BGE vom 28.9.1989; ASA 59, 551 ff; StE 1990 B 72.16 Nr. 1). Diese Rechtsprechung stützte sich auf objektive Kriterien. Demnach basieren die Beurteilungskriterien nicht auf der Gesellschafter-Eigenschaft, sondern auf der Form und Art der erbrachten Leistung und Geschäftsumstände der Gesellschaft. Nach dem Grundsatz, wonach der Gesellschafter grundsätzlich als unbeteiligte Drittperson gegenüber seiner Gesellschaft aufzutreten hat, sind daher die Forderungen des Gesellschafters grundsätzlich gleich zu behandeln wie Dritt-Forderungen – also erfolgswirksam. Eine Gleichbehandlung mit dem à-fonds-perdu-Zuschuss nach Art. 60 lit. a DBG ist somit nur eingeschränkt möglich, weil die involvierten Personen sich auf die von ihnen gewählten rechtlichen Ausgestaltungen und die buchhalterischen Behandlungen zu behaften haben (BGer 20.10.2014, 2C\_634/2012, E.5.2.4).

Das Abstellen auf objektive Kriterien steht dennoch unter dem Vorbehalt des Drittvergleichs. Sofern dieser nicht eingehalten ist – also beispielsweise Darlehen zugestanden werden, welche von Drittpersonen nicht mehr geleistet worden wären – kann auf die Gesellschafter-Eigenschaft Bezug genommen werden, was somit die Qualifikation als unechten bzw. steuerneutralen Forderungsverzicht zulässt. Diese bisherige Praxis nach BdBSt hat das Bundesgericht im Leiturteil vom 20.10.2014 (StR 2015, Seite 247 ff) nun auch für das DBG vollumfänglich bestätigt. Dabei war ein erfolgswirksam verbuchter Forderungsverzicht zu beurteilen.

In Bezug auf diese nicht einfachen Qualifikations- und Beurteilungskriterien besteht unter Steuerexperten eine langjährige und kontroverse Meinungsvielfalt. In Anbetracht dieser bestehenden Konfliktsituation wird in neuster Zeit wieder vermehrt nach Lösungen gesucht, welche zu differenzierteren Ergebnissen führen sollte.

### **Lösungsvorschlag nach Brülisauer:**

So stellt Peter Brülisauer im IFF Forum für Steuerrecht 2017, Seite 3, eine einzelfallbezogene subjektive Betrachtungsweise an. Demnach reiche die von der EStV praktizierte undifferenzierte Qualifikation einer Forderung als verdecktes Eigenkapital nicht aus, um den Sanierungsertrag steuerrechtlich sachgerecht zu qualifizieren. Als Lösungsvorschlag wird die «doppelte» Drittvergleichsprüfung in Bezug auf die Forderung dargestellt. Damit soll der Nachweis offenstehen, dass im spezifischen Einzelfall ein «unzumutbarer Härtefall» gegeben sei, der es rechtfertige, den grundsätzlich echten Sanierungsertrag als unechten und damit als steuerfreie Kapitaleinlage zu qualifizieren.

### **Lösungsvorschlag nach Schreiber / Oesterhelt:**

In Steuerrevue 6/2020, Seite 438, setzen sich Schreiber / Oesterhelt ebenfalls eingehend mit der steuerrechtlichen Qualifikation des Forderungsverzichts auseinander. Dabei wird die Meinung vertreten, dass der direkte Forderungsverzicht des Gesellschafters in Übereinstimmung mit dem Zuschuss nach Art. 60 lit. a DBG bei der begünstigten Gesellschaft ebenfalls steuerneutral zu behandeln sei. Es wird dabei u.a. die Frage erörtert, wie ein handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchter Forderungsverzicht gewinnsteuerlich zu beurteilen ist (die erfolgsneutrale Verbuchung wird gemäss Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung im Rahmen einer Sanierung ausdrücklich zugelassen). Die Verfasser begründen detailliert, wonach ein erfolgsneutral verbuchter Forderungsverzicht aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips und letztlich zufolge fehlender Rechtsgrundlage keine steuerrechtliche Korrektur nach sich ziehen könnte. Somit bleibe eine steuerliche Umqualifikation in einen erfolgswirksamen Vermögenszugang ausgeschlossen. Diese Betrachtungsweise steht jedoch im Widerspruch zum KS Nr. 32 der EStV und nun auch zu einem Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 1.5.2019 (SJZ 2020, 37 ff). Dieses Urteil spricht diesbezüglich von einer steuerlich zulässigen Bilanzberichtigung, ohne jedoch eine gesetzmässige Begründung anzubringen. In diesem Disput sehen die Verfasser einen Lichtblick im KS Nr. 29b vom 23.12.2019 der EStV (Ziff. 2.2.3; bei Kapitaleinlagen aus Sanierungen), welches mit Bezug auf die Bildung von steuerfreien Kapitaleinlagereserven konsequent auf die handelsrechtliche Verbuchung abstellt. Damit wird gleichzeitig die Forderung aufgestellt, die beiden Kreisschreiben bezüglich Massgeblichkeit mittelfristig in Übereinstimmung zu bringen und somit einen erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht auch gewinnsteuerlich als Kapitaleinlage zu behandeln.

### **Neustes BGer-Urteil vom 17.8.2020:**

Im Anschluss an die oben erwähnte Publikation in StR 6/2020 ist am 17.8.2020 ein Bundesgerichtsurteil über die Beurteilung eines erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichts im Betrag von rund CHF 6.6 Mio. ergangen (BGE 2C\_576/2020). Die Steuerverwaltung Thurgau hat übereinstimmend mit dem kantonalen Verwaltungsgericht diesen Darlehensverzicht vorab als erfolgswirksam qualifiziert und anschliessend als echten, steuerwirksamen Sanierungserfolg behandelt. Nach zeitlich unbeschränkter Verlustverrechnung verblieb im konkreten Fall ein steuerbarer Reingewinn von CHF 637'400. Im Einspracheverfahren beantragten die betroffenen Personen (Genossenschaft und Anteilhaber), den Forderungsverzicht rückgängig zu machen, aufgrund eines entschuldbaren Irrtums über die Steuerfolgen. Es wurde eine entsprechend berichtigte Jahresrechnung eingereicht. Eine Bilanzänderung konnte aufgrund des Verfahrensstandes nicht mehr zugestanden werden, womit die Genossenschaft auf der eingereichten Steuererklärung zu behaften war.

Schliesslich hält das Bundesgericht dazu fest, dass der Gegenwert aus einem Forderungsverzicht einen betriebswirtschaftlichen Erfolg begründet. Dementsprechend sei er handelsrechtlich als Ertrag zu verbuchen und führe auch steuerlich zu einem Erfolg (das BGer verweist dabei auf die Literatur zur obligationenrechtlichen Rechnungslegung, nicht jedoch auf das Wirtschaftsprüferhandbuch oder auf die oben erwähnten Fachpublikationen). Letztlich urteilte das BGer im Sinne des vorliegenden Kreisschreibens Nr. 32 und erblickte auch keine Ausnahmetatbestände, um den Forderungsverzicht als unechten Sanierungsgewinn zu behandeln (kein verdecktes Eigenkapital / seinerzeitige Darlehensgewährung erfolgte im Rahmen eines Drittvergleichs).

## Fazit

Es kann durchaus im Interesse der Gesellschaft liegen, dass ein passiviertes Gesellschafterdarlehen rechtzeitig als verdecktes Eigenkapital deklariert und veranlagt wird. Dadurch kann die Veranlagungsbehörde einen späteren Forderungsverzicht unbeschwerter als erfolgsneutralen Sanierungsgewinn behandeln. Zudem dürfte sich auch eine proaktive Sachverhaltsdarlegung bezüglich des fehlenden Drittvergleichs im Zeitpunkt einer Darlehensgewährung bzw. –Erhöhung als wertvoll erweisen, um nicht im Nachhinein den Nachweis zu erbringen, dass die Finanzierung durch eine unabhängige Drittperson nicht mehr geleistet worden wäre. Für diese beiden Qualifikationskriterien «verdecktes Eigenkapital» und «schlechter Geschäftsgang» ist nämlich die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft noch kein zwingendes Erfordernis.

Aufgrund der oben dargestellten aktuellen Rechtsprechung und der kontroversen Meinungsvielfalt unter Experten kann es den zuständigen Veranlagungsbehörden nicht verübelt werden, wenn sie sich im Rahmen des Massenveranlagungsverfahrens an das wegleitende Kreisschreiben Nr. 32 der EStV halten.

Unter Einbezug der gesamten Umstände verbleibt in der Einzelfallbetrachtung dennoch ein gewisser Ermessensspielraum in Bezug auf die steuerrechtliche Qualifikation eines Forderungsverzichts. Bei wesentlichen Beträgen ist somit eine vorgängige Sachverhaltsdarstellung gegenüber der Steuerbehörde empfehlenswert, damit ein allfälliger Forderungsverzicht sowie die daraus resultierenden Steuerfolgen rechtzeitig beurteilt werden können.

## Autor/Kontakt

Josef Habermacher, Juristische Personen  
041 228 65 84, [josef.habermacher@lu.ch](mailto:josef.habermacher@lu.ch)



---

Finanzdepartement  
**Dienststelle Steuern**  
Buobenmatt 1  
Postfach 3464  
6002 Luzern