



## Asymmetrische Forderungsverzichte

OLIVER KÄLIN\*

*Forderungsverzichte in Sanierungssituationen erfolgen meist asymmetrisch und führen zu Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Gläubigern. Die Gesellschaft gewinnt an Wert und die Gesellschafter profitieren vom Wertzuwachs ihrer Anteile. Der Aufsatz geht der Frage nach, ob ein Forderungsverzicht zivilrechtlich eine Schenkung des verzichtenden Gläubigers an die Gesellschafter darstellt. Wenn ja, könnten die Gesellschafter die Schenkung ablehnen und dadurch eine Sanierung erschweren. Es sind verschiedene Sachverhalte denkbar, in denen Gesellschafter Forderungsverzichte missbilligen. Der Aufsatz indessen zeigt, dass die Gesellschafter nicht Adressaten der Forderungsverzichte an die Gesellschaft sind, weshalb sie diese weder annehmen noch ablehnen können. Zudem handelt ein verzichtender Gläubiger regelmässig in Sanierungsabsicht, womit der animus donandi fehlt. Ausführungen zu steuerrechtlichen Folgen für Gesellschaft und Gesellschafter stehen im zweiten Teil des Aufsatzes und zeigen, dass die zivil- und die steuerrechtliche Beurteilung sanierender Forderungsverzichte im Grundsatz übereinstimmen.*

*Les abandons de créances dans les cas d'assainissement s'effectuent le plus souvent de manière asymétrique et conduisent à des transferts d'actifs entre la société, les associés et les créanciers. La société prend de la valeur et les associés profitent de la plus-value de leurs parts. L'article s'attache à la question de savoir si un abandon de créances peut être considéré, sur le plan du droit civil, comme une donation du créancier renonçant en faveur des associés. Si oui, les associés pourraient refuser la donation et donc compliquer l'assainissement. On peut envisager plusieurs situations où les associés pourraient désapprouver des abandons de créances. L'article montre toutefois que les abandons de créances en faveur de la société ne s'adressent pas aux associés, raison pour laquelle ces derniers ne peuvent ni les accepter ni les refuser. En outre, il est fréquent qu'un créancier qui renonce à sa créance agisse avec une volonté d'assainissement, l'animus donandi faisant dès lors défaut. La deuxième partie de l'article est consacrée aux conséquences fiscales pour la société et les associés ; ces explications révèlent que les abandons de créances en vue d'un assainissement sont en principe jugés de la même manière sur le plan fiscal et civil.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wirkung des Forderungsverzichts
  - A. Allgemeines
  - B. Sanierungsinstrument
  - C. Wirkung auf den Substanzwert der Gesellschaft
  - D. Wirkung auf den Wert der Beteiligungen
- III. Forderungsverzicht als Schenkung?
  - A. Schenkung an die Gesellschaft
  - B. Schenkung an die Gesellschafter
  - C. Zusammenfassung
- IV. Steuerfolgen
  - A. Direkte Bundessteuer
    1. Steuerpflicht der Gesellschaft
    2. Steuerpflicht der Gesellschafter
  - B. Stempelsteuer, Verrechnungssteuer und Mehrwertsteuer
  - C. Schenkungssteuer
    1. Steuerpflicht der Gesellschaft
    2. Steuerpflicht der Gesellschafter
- V. Ergebnis

### I. Einleitung

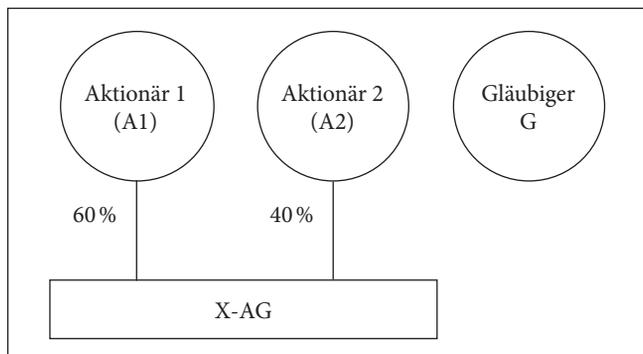
Gerät eine Gesellschaft in eine wirtschaftliche Schiefelage, werden meist zunächst Rangrücktritte und dann Forderungsverzichte diskutiert. Während Rangrücktritte eine günstige Grundlage für Sanierungsmassnahmen erst schaffen,<sup>1</sup> wirken Forderungsverzichte bereits sanierend. Damit ein Forderungsverzicht zu Stande kommt, fragt die Unternehmensleitung Gläubiger an, ob sie bereit sind, ganz oder teilweise auf ihre Forderungen zu verzichten. Meist angefragt werden Gläubiger mit einem erhöhten Interesse an der Gesellschaft (z.B. ein Grossaktionär) und Gläubiger, die bereits Rangrücktrittserklärungen unterschrieben haben. Oft wird es sich dabei allerdings um dieselben Personen handeln.

Kommen Forderungsverzichte zu Stande, fliesst der Gesellschaft wohl kein neues Geld zu, aber die Gesellschaftsschulden nehmen ab. Ist die Gesellschaft überschuldet und kann nur dank Rangrücktritten von der Benachrichtigung des Gerichts abgesehen werden (Art. 725 Abs. 2 OR), können Forderungsverzichte dazu führen, dass die Überschuldung wegfällt und positives Eigenkapital entsteht. Somit steigt das Reinvermögen der Gesell-

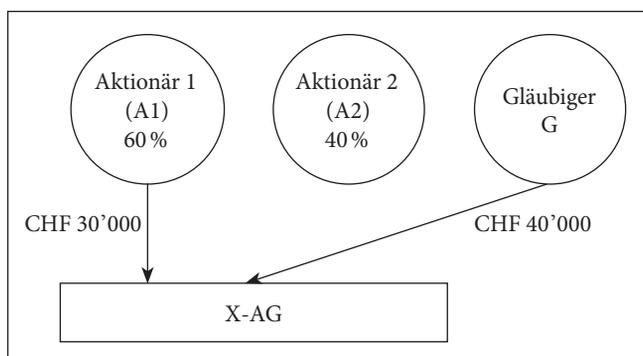
\* OLIVER KÄLIN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, kaelin.legal, Zürich. Der Autor dankt Raimondo Salis, dipl. Steuerexperte, Fidinter Treuhand AG, Zürich, für hilfreiche Anregungen und wertvolle Diskussionen.

<sup>1</sup> BGer, 4A\_282/2008, 28.2.2009, E. 3.5; 4C\_47/2003, 2.7.2003, E. 2.2.

schaft.<sup>2</sup> Als Folge steigt der Wert der Gesellschaftsanteile. Die Gesellschafter profitieren also ebenfalls von den Forderungsverzichten. Folgender Sachverhalt dient der Veranschaulichung:



Das Aktienkapital der X-AG beträgt CHF 100'000 und ist eingeteilt in 100 Namenaktien zu CHF 1000. Aktionär A1 hält 60 Aktien, Aktionär A2 hält 40 Aktien. Gläubiger G ist an der Gesellschaft nicht beteiligt. Die X-AG hat mit A1 und mit G Darlehensverträge abgeschlossen. Sie schuldet A1 CHF 30'000 (plus Zinsen), G schuldet sie CHF 40'000 (plus Zinsen). Offene Reserven hat die X-AG bereits aufgelöst (Art. 671 Abs. 3 OR). Über stille Reserven verfügt die Gesellschaft nicht mehr.<sup>3</sup> Die beiden Aktionäre A1 und A2 sowie Gläubiger G sind natürliche Personen und halten die Aktien und die Forderungen in ihrem Privatvermögen.



Die Bilanz der X-AG sieht folgendermassen aus:

Aktiven		Passiven	
Umlaufvermögen	CHF 40'000	Fremdkapital	CHF 70'000
Anlagevermögen	CHF 90'000	Aktienkapital	CHF 100'000
		Verlustvortrag	CHF -40'000
<b>Total Aktiven</b>	<b>CHF 130'000</b>	<b>Total Passiven</b>	<b>CHF 130'000</b>

Überschuldet ist die X-AG nicht: Ihre Aktiven (CHF 130'000) übersteigen das Fremdkapital (CHF 70'000) weit. Ein hälftiger Kapitalverlust liegt ebenfalls nicht vor: Das Reinvermögen der Gesellschaft beläuft sich auf CHF 60'000<sup>4</sup> und liegt über der Hälfte des Aktienkapitals (CHF 50'000). Allerdings besteht eine echte Unterbilanz.<sup>5</sup> Sie zählt CHF 40'000 und entspricht dem Verlustvortrag.<sup>6</sup>

Die X-AG hat in der Vergangenheit Verluste erzielt und weist einen Verlustvortrag aus. Nachdem Verluste ein Indiz für eine Krise sind<sup>7</sup> und weil Sanierungsmassnahmen am besten wirken, wenn sie frühzeitig eingeleitet werden,<sup>8</sup> handelt der Verwaltungsrat und beginnt mit Sanierungsmassnahmen.<sup>9</sup> Er bittet die beiden Gläubiger A1 und G um Forderungsverzichte. Mit Erfolg: A1 verzichtet auf seine gesamte Forderung (CHF 30'000), G verzichtet auf die Hälfte (CHF 20'000). Beide Gläubiger verzichten zudem auf eine Verzinsung ihrer Darlehen. Das Reinvermögen der Gesellschaft steigt um CHF 50'000 und beträgt neu CHF 110'000. Die Bilanz präsentiert sich wie folgt:

<sup>4</sup> Aktiven von CHF 130'000 minus Fremdkapital von CHF 70'000.

<sup>5</sup> Eine *echte Unterbilanz* liegt vor, wenn der Bilanzverlust durch offene und/oder stille Reserven nicht mehr gedeckt ist (abgestellt wird auf den «echten» Wert des Vermögens); übersteigen die Reserven den Verlust, spricht man von einer *unechten Unterbilanz* (MAX BOEMLE/RALF LUTZ, Der Jahresabschluss, 5. A., Zürich 2008, 279 f.; siehe Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 32, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, 23. Dezember 2010 [zit. KS ESTV Nr. 32], Ziff. 2, Ziff. 3.1 lit. d).

<sup>6</sup> CHF 100'000 Aktienkapital abzüglich Reinvermögen von CHF 60'000.

<sup>7</sup> OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016, N 38 ff.

<sup>8</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 749d, N 763; Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399 ff., 462; Erläuternder Bericht vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), 2, 51.

<sup>9</sup> Zu Sparmassnahmen KÄLIN (FN 7), N 154 ff.

<sup>2</sup> Das Reinvermögen ergibt sich aus: Aktiven minus Fremdkapital (BGE 140 III 533 E. 4.1).

<sup>3</sup> Siehe PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014, N 1118, mit dem Hinweis auf das Verschwinden stiller Reserven in Unternehmenskrisen.

Aktiven		Passiven	
Umlaufvermögen	CHF 40'000	Fremdkapital	CHF 20'000
Anlagevermögen	CHF 90'000	Aktienkapital	CHF 100'000
		Gewinnvortrag	CHF 10'000
Total Aktiven	CHF 130'000	Total Passiven	CHF 130'000

Die Forderungsverzichte im Sachverhaltsbeispiel sind asymmetrisch. Asymmetrien bestehen bezüglich:

- der Forderungshöhe* (A1 verzichtet auf CHF 30'000, G verzichtet auf CHF 20'000),
- des Forderungsumfangs* (A1 verzichtet auf 100 % seiner Forderung, G verzichtet auf 50 %),
- der verzichtenden Personen* (A1 ist Hauptaktionär der X-AG, G hält keine Beteiligung) und
- der Wirkung* (durch die Forderungsverzichte steigen der Wert der X-AG und der Wert der Aktienpakete).

Auch in der Praxis kommen asymmetrische Forderungsverzichte oft vor. Der Hauptgrund liegt darin, dass Gläubiger meist verschieden hohe Forderungen gegen die Gesellschaft haben. Entsprechend unterschiedlich ist das Interesse am Überleben der Gesellschaft. Oder Gläubiger machen ihren Forderungsverzicht vom Umfang anderer Forderungsverzichte abhängig und empfinden es als ungerecht, wenn ein grösserer Gläubiger prozentual auf weniger verzichtet. Die Asymmetrien führen zu Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft, Gläubigern und Gesellschaftern: Das Vermögen der Gesellschafter wächst, wenn Gläubiger auf Forderungen gegen die Gesellschaft verzichten. Da die Gesellschafter ohne Gegenleistung eine Zuwendung erhalten, insbesondere wenn sie selbst keine Forderungsverzichte abgeben, liegt nach dem allgemeinen Wortsinn eine Schenkung vor.

Die Schenkung ist ein Vertrag (Art. 1 OR) und so muss die Schenkungsofferte vom Beschenkten angenommen werden.<sup>10</sup> *Zivilrechtlich* stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter beschenkt wird, wenn ein Gläubiger auf eine

Forderung gegen die Gesellschaft verzichtet. Ist das der Fall, könnte jeder Gesellschafter die Schenkung und damit den Forderungsverzicht ablehnen. Damit würde eine Sanierung erschwert oder gar verhindert. Im Allgemeinen wird kein Gesellschafter Forderungsverzichten entgegenstehen. Ausnahmen sind aber denkbar. Zum Beispiel, wenn ein Gesellschafter an einer Konkurrentin beteiligt ist und möchte, dass die Gesellschaft den Betrieb einstellt. Oder ein Gesellschafter ist an den Geschäftsräumen interessiert und denkt, dass der Vermieter im Konkursfall rasch neu vermieten will und günstige Konditionen anbietet.<sup>11</sup> Vielleicht rechnet sich ein Gesellschafter aber auch aus, noch vorhandenes Vermögen aus der Konkursmasse günstig zu erwerben, z.B. das Lager<sup>12</sup>. Oder ein Gesellschafter macht seine Zustimmung von Gegenleistungen der Gesellschaft abhängig.

*Steuerrechtlich* bestehen ebenfalls Unklarheiten: Wie sind asymmetrische Forderungsverzichte gewinnsteuerrechtlich zu behandeln? Lösen sie bei den Gesellschaftern Schenkungssteuern aus?

Die folgenden Ausführungen sollen diese Fragen klären.

## II. Wirkung des Forderungsverzichts

### A. Allgemeines

Der Forderungsverzicht (auch: Schuldverlass) ist ein formloser zweiseitiger Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner.<sup>13</sup> Rechtsgrundlage ist Art. 115 OR über den Aufhebungsvertrag.<sup>14</sup> Der Aufhebungsvertrag stellt das Verfügungsgeschäft dar.<sup>15</sup> Als zugrundeliegendes Ver-

<sup>10</sup> HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, 2. A., Zürich 1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 239 OR N 20; PIERRE CAVIN, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, siebenter Band, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, erster Halbband, Basel 1977 (zit. CAVIN, SPR VII/1), 183; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. A., Bern 2017, 215; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR, Band I, Bern 2012, § 7 N 32 f.

<sup>11</sup> Der Konkurs beendet das Mietverhältnis zwischen Konkursitin und Vermieter nicht automatisch (BGE 104 III 84 E. 2; BGER, 4C.252/2005, 6.2.2006, E. 5.1). Der Mietvertrag kann aber eine Vertragsauflösungsklausel für den Konkursfall vorsehen (BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 211a N 8, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., Basler Kommentar, Basel 2017). Selbst wenn der Mietvertrag den Konkursfall nicht regelt, kann der Vermieter für künftige Mietzinse Sicherheiten verlangen (Art. 266h Abs. 1 OR). Werden die Sicherheiten nicht geleistet, kann der Vermieter das Mietverhältnis fristlos kündigen (Art. 266h Abs. 2 OR).

<sup>12</sup> Vorräte (Art. 960c OR) als Teil des Umlaufvermögens (Art. 959a Abs. 1 lit. d OR).

<sup>13</sup> BGE 131 III 586 E. 4.2.3.4, in: Pra 2006, Nr. 109, 759.

<sup>14</sup> BGER, 4C.437/2006, 13.3.2007, E. 2.3.2 (E. nicht publiziert in BGE 133 III 356).

<sup>15</sup> BGER, 4A\_49/2008, 9.4.2008, E. 2.1 (Verfügungsvertrag); VIKTOR AEPPLI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 114–126 OR, Das Erlöschen der Obligation, 3. A., Zürich 1991 (zit. ZK-AEPLI), Art. 115 OR N 10.

pflichtungsgeschäft kommt z.B. eine Schenkung in Frage.<sup>16</sup> Durch den Forderungsverzicht erlöschen (aus Gläubigersicht) die Forderung und (aus Schuldnersicht) die Schuld. Soweit nichts anderes vereinbart wird – was die Regel darstellt<sup>17</sup> –, gehen aufgelaufene Zinsen ebenfalls unter (Art. 114 Abs. 2 OR).

## B. Sanierungsinstrument

Der Forderungsverzicht wirkt sanierend auf die Gesellschaft: Er führt dazu, dass die Schulden sinken und das Gesellschaftsvermögen steigt. Barmittel fliessen der Gesellschaft keine zu und die Liquidität verändert sich nicht. Da die Schuldnerin keine Zinsen mehr bedienen muss, wird ihre Liquidität aber geschont.

Im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel erlassen die beiden Gläubiger A1 und G der X-AG Schulden von insgesamt CHF 50'000. Die Forderungsverzichte beseitigen die Unterbilanz. Die X-AG verbucht einen ausserordentlichen Ertrag von CHF 50'000 und verrechnet diesen mit dem Verlustvortrag von CHF 40'000. Das führt zu einem Gewinnvortrag von CHF 10'000 (oder zu Reserven aus Kapitaleinlagen).<sup>18</sup> Finanziell ist die Gesellschaft damit saniert.<sup>19</sup>

## C. Wirkung auf den Substanzwert der Gesellschaft

Ein Forderungsverzicht verändert die Bilanz der Gesellschaft. Das Fremdkapital nimmt ab und die Passivseite schrumpft. Die Aktivseite bleibt gleich. Das bewirkt, dass der *Netto-Substanzwert* der Gesellschaft steigt. Dieser bezeichnet das Reinvermögen und ergibt sich aus der Summe des bilanzierten Umlauf- und Anlagevermögens und den stillen Reserven abzüglich des Fremdkapitals.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 79.04.

<sup>17</sup> Siehe MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, Unternehmungsfinanzierung, Band 2, 14. A., Zürich 2012, 282.

<sup>18</sup> Näheres dazu unten unter IV.

<sup>19</sup> Obschon eine Gesellschaft mit Forderungsverzichten allein (ohne betriebliche Massnahmen) gewöhnlich nicht langfristig saniert wird, sind Forderungsverzichte massgebend für die finanzielle Gesundung des Unternehmens und ein wesentliches Sanierungsinstrument (vgl. zum Sanierungszweck BGE 138 III 204 E. 3.3.1; 121 III 420 E. 2b).

<sup>20</sup> MARCUS A. HAUSER/ERNESTO TURNES, Unternehmensbewertung und Aktienanalyse, 3. A., Zürich 2017, 30; JEAN-PAUL THOMMEN, Investitionsrechnung und Unternehmensbewertung, Zürich 2011, 48; siehe Schweizerische Steuerkonferenz, Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008 (zit. KS SSK Nr. 28), N 11 ff.

Durch einen Forderungsverzicht erhöht sich das Reinvermögen der Gesellschaft um den entsprechenden Betrag – oder um den überschüssenden Betrag, wenn die Gesellschaft zuvor überschuldet war. Der *Brutto-Substanzwert* verschiebt sich hingegen nicht: Er umfasst die Summe der Aktiven und der stillen Reserven,<sup>21</sup> d.h. das Bruttovermögen der Gesellschaft ohne die Schulden. Der Forderungsverzicht wirkt sich auf den Brutto-Substanzwert nicht aus.

Im Sachverhaltsbeispiel steigt der Netto-Substanzwert der X-AG um die Summe der Forderungsverzichte (CHF 50'000) von CHF 60'000 auf CHF 110'000. Der Brutto-Substanzwert beträgt unverändert CHF 130'000.

## D. Wirkung auf den Wert der Beteiligungen

Steigt das Reinvermögen der Gesellschaft, steigt auch der Wert der Gesellschaftsanteile. Für bisherige Gesellschafter stellt sich die Frage nach der Folgebewertung ihrer Wertpapiere.

Werden die Wertpapiere an einer Börse gehandelt und sind die obligationenrechtlichen Buchführungsbestimmungen anwendbar, richtet sich die Bewertung nach Art. 960b OR. Die Bestimmung sieht für die Folgebewertung ein Wahlrecht vor zwischen dem Marktpreis und dem Anschaffungspreis. Bei Wertpapieren von Gesellschaften in finanziellen Schwierigkeiten dürfte das Vorsichtsprinzip meist zur Bewertung zum (tieferen) Marktpreis führen.<sup>22</sup>

Besteht keine Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung, weil es sich beispielweise – wie in unserem Sachverhaltsbeispiel – bei den Gesellschaftern um natürliche Personen handelt,<sup>23</sup> fehlt entsprechend eine handelsrechtliche Bewertung und es kann auf die steuerrechtliche Bewertung abgestellt werden. Dabei ist zu unterscheiden, ob die börsenkotierten Wertpapiere im Geschäftsvermögen oder im Privatvermögen gehalten werden. Wertpapiere im Geschäftsvermögen werden nach dem Einkommenssteuerwert bewertet (Art. 14 Abs. 3 StHG),<sup>24</sup>

<sup>21</sup> HAUSER/TURNES (FN 20), 28 f., wobei grundsätzlich auf Fortführungswerte abgestellt wird, ausser bei nicht betriebsnotwendigen Aktiven (bei denen auf Veräusserungswerte abgestellt wird).

<sup>22</sup> Siehe LORENZ LIPP, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere, Bucheffektengesetz, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 960b OR N 33.

<sup>23</sup> Aber nicht um ein Einzelunternehmen mit einem Umsatz von mindestens CHF 500'000 im letzten Geschäftsjahr, was wiederum die Buchführungspflicht auslöst (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

<sup>24</sup> BSK StHG-DZAMKO-LOCHER/TEUSCHER, Art. 14 N 24 (d.h. der Buchwert mit allfälligen steuerrechtlichen Korrekturen bzw. der

für Wertpapiere im Privatvermögen ist der Verkehrswert massgebend (Art. 14 Abs. 1 StHG). Dieser entspricht dem Schlusskurs des letzten Börsentages der entsprechenden Steuerperiode.<sup>25</sup>

Werden die Papiere *nicht* an der Börse gehandelt und besteht kein verfügbarer Kurs, stellen die Steuerbehörden auf die sog. *Praktikermethode* ab.<sup>26</sup> Diese Methode bezeichnet eine Formel zur Bestimmung des Gesellschaftswerts und lautet wie folgt: Der Gesellschaftswert ergibt sich aus der Addition des doppelten Ertragswerts und des einfachen Substanzwerts, wobei die Summe der drei Zahlen durch 3 dividiert wird.<sup>27</sup>

Der *Ertragswert* bezeichnet den künftigen Einzahlungsüberschuss, d.h., die zukünftigen Erträge werden kapitalisiert.<sup>28</sup> Der Ertragswert einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft ist naturgemäss tief und verändert sich durch Forderungsverzichte grundsätzlich nicht.<sup>29</sup> Im Ergebnis führt die Praktikermethode daher dazu, dass der Wert einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft einem Drittel ihres Substanzwerts entspricht. Erhöht sich der Substanzwert, erhöht sich auch der Wert der Gesellschaft und damit der Wert der Beteiligungen.

Im Sachverhaltsbeispiel der X-AG verhält es sich folgendermassen: Unter der Annahme, dass der Ertragswert vor den Forderungsverzichten Null betrug, war das Aktienpaket von A1 vor den Forderungsverzichten (nach der Praktikermethode) CHF 12'000 wert (ein Drittel der 60% von CHF 60'000 Reinvermögen). Nach den Forderungsverzichten beträgt der Wert der Aktien CHF 22'000 (ein Drittel der 60% von CHF 110'000 Reinvermögen). Das Vermögen von A1 nimmt dadurch, dass er auf sei-

ne Forderung verzichtet, zunächst um den Wert der Forderung ab (CHF 30'000). Das gilt, wenn die Forderung werthaltig ist, wovon bei einer nicht überschuldeten Gesellschaft grundsätzlich ausgegangen werden kann.<sup>30</sup> Aufgrund der Wertsteigerung der Beteiligung durch die beiden Forderungsverzichte nimmt das Vermögen von A1 um CHF 10'000 wieder zu, so dass er nach den Forderungsverzichten CHF 20'000 ärmer ist als zuvor. Der Forderungsverzicht von CHF 30'000 kostet A1 im Ergebnis lediglich CHF 20'000.

Auch das Vermögen von A2 verändert sich. Sein Aktienpaket war vor den Forderungsverzichten CHF 8'000 wert (ein Drittel der 40% von CHF 60'000 Reinvermögen). Nach den Forderungsverzichten beträgt der Wert des Aktienpakets CHF 14'666 (ein Drittel der 40% von CHF 110'000 Reinvermögen). A2 hat keine Forderung gegen die Gesellschaft, auf die er verzichten könnte. Somit ist A2 nach den Forderungsverzichten CHF 6'666 reicher als zuvor.

Gläubiger G ist an der X-AG nicht beteiligt. Er profitiert nicht von der Wertveränderung und erleidet durch seinen Forderungsverzicht einen Verlust von CHF 20'000 (sofern von einer werthaltigen Forderung ausgegangen wird).

Tabellarisch lassen sich die Vermögensveränderungen folgendermassen darstellen:

	Vermögensabnahme durch Forderungsverzicht	Vermögenszunahme (Praktikermethode)	Differenz
A1	CHF – 30'000	CHF 10'000	CHF – 20'000
A2	0	CHF 6'666	CHF 6'666
G	CHF – 20'000	0	CHF – 20'000
Total	CHF – 50'000	CHF 16'666	CHF – 33'334

Im Ergebnis nimmt das Gesamtvermögen der Aktionäre A1 und A2 und von G um insgesamt CHF 33'334 ab.<sup>31</sup>

mittels Aufzeichnungen und Abschreibungstabellen geltend gemachte steuerrechtskonforme Wert [ebd., Art. 14 N 26]), in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK StHG-Verfasser).

<sup>25</sup> KS SSK Nr. 28 (FN 20), N 2 Abs. 1, mit Hinweis auf die jährlichen Kurslisten der ESTV; BSK StHG-DZAMKO-LOCHER/TEUSCHER (FN 24), Art. 14 N 12. Sind die Wertpapiere nicht an der Börse kotiert, werden aber regelmässig ausserbörslich gehandelt, gilt der letzte verfügbare Kurs der entsprechenden Steuerperiode als Verkehrswert (KS SSK Nr. 28 [FN 20], N 2 Abs. 2).

<sup>26</sup> KS SSK Nr. 28 (FN 20), N 2 Abs. 3, sofern keine massgebliche Handänderung unter unabhängigen Dritten stattgefunden hat (ebd., N 2 Abs. 4); siehe VGer ZH, SB.2014.78, 27.8.2014, in: ZStP 2015, 44 ff.

<sup>27</sup> KS SSK Nr. 28 (FN 20), N 34.

<sup>28</sup> BOEMLE/LUTZ (FN 5), 160; THOMMEN (FN 20), 50; zur Berechnung auch KS SSK Nr. 28 (FN 20), N 8 ff.

<sup>29</sup> Ausserordentliche Positionen (z.B. Rückstellungen oder Erträge aus Forderungsverzichten) werden bei der Berechnung des Jahresergebnisses nicht berücksichtigt (KS SSK Nr. 28 [FN 20], N 9 Abs. 2).

<sup>30</sup> Für die Werthaltigkeit ist auf die Vermögenslage des Schuldners im Zeitpunkt des Forderungsverzichts abzustellen (VGer ZH, SB.2012.188, 10.7.2013, in: ZStP 2014, 113 ff.).

<sup>31</sup> Nach utilitaristischem Verständnis wird das Gemeinschaftsinteresse (Gemeinwohl) an der Summe der Interessen der Mitglieder gemessen (HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin/Heidelberg 2012, 25 f., zur Kritik am Utilitarismus 28 f.). Durch die Forderungsverzichte im Sachverhaltsbeispiel nimmt das Gemeinwohl von A1, A2 und G zwar um CHF 33'334 ab, was aber weniger ist als die Summe der Forderungsverzichte (CHF 50'000). Somit vermögen die Forderungsverzichte sozioökonomisch effizientes Verhalten darzustellen. Je nach Berechnung des Unternehmenswerts ist denkbar, dass

Diese Vermögensabnahme ist ungleich – asymmetrisch – verteilt: Das Vermögen von A1 nimmt ab und wieder zu, das Vermögen von A2 nimmt zu und das Vermögen von G nimmt ab. Wie sind diese Vermögensverschiebungen schenkungsrechtlich zu beurteilen?

### III. Forderungsverzicht als Schenkung?

#### A. Schenkung an die Gesellschaft

Als Schenkung gilt eine Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert (Art. 239 Abs. 1 OR).

Die Schenkung kommt in zwei Formen vor, als Handschenkung (Art. 242 OR) und als Schenkungsversprechen (Art. 243 OR).<sup>32</sup> Bei der Handschenkung fallen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen, beim Schenkungsversprechen sind das Verpflichtungsgeschäft (Schenkungsversprechen) und das Verfügungsgeschäft (Übergabe des Schenkgegenstands) auseinanderzuhalten.<sup>33</sup> Ein Forderungsverzicht kann eine Handschenkung darstellen.<sup>34</sup> Umgesetzt wird der Forderungsverzicht mittels Aufhebungsvertrag (Art. 115 OR). Dabei fällt der Aufhebungsvertrag als Verfügungsgeschäft<sup>35</sup> mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammen.

Begrifflich weist die Handschenkung (wie das Schenkungsversprechen) vier Merkmale auf, drei objektive und ein subjektives.

(1) Eine Schenkung bedeutet eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers in das Vermögen des Beschen-

ten. Als Folge nimmt das Vermögen des Beschenkten zu, dasjenige des Schenkers nimmt ab.<sup>36</sup> Der Verzicht auf eine Forderung gilt ebenfalls als Vermögenszuwendung.<sup>37</sup> Ist der verzichtende Gläubiger zugleich Gesellschafter, nimmt sein Vermögen durch den Forderungsverzicht zunächst ab und durch die Wertsteigerung seiner Beteiligung wieder zu. Der Forderungsverzicht bleibt aber eine Zuwendung aus dem Vermögen des Gläubigers in das Vermögen der schuldnerischen Gesellschaft. Die Wertsteigerung der Beteiligung stellt vielmehr eine Reflexwirkung dar und tritt ein, nachdem der Vorgang der Zuwendung durch den Forderungsverzicht abgeschlossen ist.

(2) Die Schenkung erfolgt unentgeltlich.<sup>38</sup> Verlangt der Gläubiger vom Schuldner eine Gegenleistung dafür, dass er auf seine Forderung verzichtet, liegt keine Schenkung vor. Übergibt die sanierungsbedürftige Gesellschaft dem Gläubiger beispielsweise Besserungs- oder Sanierungsgenusssscheine,<sup>39</sup> entfällt eine Schenkung.

(3) Die Schenkung ist ein Vertrag und ein Konsens nach Art. 1 OR ist nötig.<sup>40</sup> Das bedeutet, dass der Beschenkte die Schenkungsofferte annehmen muss.<sup>41</sup> Die Annahme kann stillschweigend erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR) und wird vermutet, solange mit der Schenkung keine Auflagen verbunden sind (Art. 6 OR).<sup>42</sup> Für einen bedingungslosen Forderungsverzicht bedeutet das, dass er zustande kommt, wenn der Schuldner schweigt.<sup>43</sup>

(4) Als subjektives Merkmal muss der Schenker einen Schenkungswillen haben (*animus donandi*).<sup>44</sup> Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Schenkungswille vor-

das Gemeinwohl zunimmt, nämlich dann, wenn der Anstieg des Gesamtvermögens der Beteiligten (in unserem Fall A1, A2 und G) über dem Wert der Forderungsverzichte liegt.

<sup>32</sup> CAVIN, SPR VII/1 (FN 10), 187.

<sup>33</sup> BGE 136 III 142 E. 3.3, in: Pra 2010, Nr. 100, 693 f.; BGE 105 II 104 E. 3a; BGer, 5C.273/2005, 14.3.2006, E. 5.1; ARNOLD F. RUSCH, Schenkung als Vertrag, in: Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 835 ff., 836 f., 849.

<sup>34</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 10), Art. 239 OR N 41, N 4; HERMANN BECKER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. A., Bern 1945, Nachdruck 1974 (zit. BK-BECKER), Art. 115 OR N 10; BSK OR II-VOGT/VOGT, Art. 239 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); zutreffend RUSCH (FN 33), 837, wonach der Verzicht auf das Geltendmachen einer Forderung (nicht deren Erlass) keine Schenkung darstellt.

<sup>35</sup> ZK-AEPLI (FN 15), Art. 115 OR N 10; siehe BSK OR II-VOGT/VOGT (FN 34), Art. 239 N 9.

<sup>36</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 10), Art. 239 OR N 6; CAVIN, SPR VII/1 (FN 10), 185.

<sup>37</sup> ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 10), Art. 239 OR N 3 f.; EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A., Zürich 1988, 148; CAVIN, SPR VII/1 (FN 10), 185.

<sup>38</sup> BGer, 4C.278/2001, 20.2.2002, E. 4b; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 10), Art. 239 OR N 12; BSK OR II-VOGT/VOGT (FN 34), Art. 239 N 1.

<sup>39</sup> Zu Besserungs- bzw. Sanierungsgenusssscheinen siehe KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.2.1; KÄLIN (FN 7), N 170 ff.

<sup>40</sup> Nachweise oben unter FN 10.

<sup>41</sup> Der Gläubiger kann nicht einseitig auf seine Forderung verzichten und sie z.B. analog zu Art. 729 ZGB derelinquieren (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3118).

<sup>42</sup> BGE 136 III 142 E. 3.3, in: Pra 2010, Nr. 100, 693; BGE 64 II 359 E. 2a.

<sup>43</sup> BGE 128 III 212 E. 3b/cc, in: Pra 2002, Nr. 153, 833; ZK-AEPLI (FN 15), Art. 115 OR N 42.

<sup>44</sup> BGE 98 II 352 E. 3b; 50 II 370 E. 1 (Schenkungsabsicht ist «begriffswesentlich»); a.M. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 10), Art. 239 OR N 19, N 24 (*animus donandi* ist nicht Begriffsmerkmal der Schenkung).

liegt, wenn die Vermögenszuwendung ausgerichtet wird und kein Wille besteht, eine Gegenleistung zu verlangen.<sup>45</sup> Wenn indessen ein Gläubiger einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft auf eine Forderung verzichtet und keine Gegenleistung verlangt, wird der Gläubiger nicht in Schenkungs-, sondern in *Sanierungsabsicht* handeln. Der verzichtende Gläubiger wird auf seine Forderung in aller Regel nur verzichten, wenn er sich einen Vorteil erhofft, nämlich dass sich die Gesellschaft erholt und verbleibende oder künftige Forderungen wiederum bezahlen wird. Der Gläubiger will die Gesellschaft letztlich nicht beschenken, sondern sanieren.<sup>46</sup> Eine Schenkungsabsicht könnte angenommen werden, wenn eine Übersanierung vorliegt, d.h., wenn der Gläubiger auf einen wesentlich höheren Teil seiner Forderung verzichtet, als zur finanziellen Sanierung der Gesellschaft nötig ist (und daher die Begünstigung der Aktionäre überwiegt).

Ein höchstrichterlicher Entscheid zur Abgrenzung von Schenkungs- und Sanierungsabsicht ist, soweit ersichtlich, noch nicht ergangen. Werden Schenkungs- und Sanierungsabsicht einander gleichgestellt, stellt der Forderungsverzicht regelmässig eine Handschenkung dar.<sup>47</sup> Das würde bedeuten, dass, wenn ein Gläubiger zu Gunsten einer notleidenden Gesellschaft ganz oder teilweise auf seine Forderung verzichtet, meist eine Schenkung an die Gesellschaft vorliegt. Sind Schenkungs- und Sanierungsabsicht indessen nicht gleichzusetzen, was vorliegend vertreten wird, stellt ein sanierender Forderungsverzicht keine Schenkung an die Gesellschaft dar. Für das Zustandekommen ergeben sich indessen keine Unterschiede: Der Forderungsverzicht kommt zustande, wenn der Schuldner nicht ablehnt (Art. 6 OR).

## B. Schenkung an die Gesellschafter

Wie oben ausgeführt,<sup>48</sup> steigt durch Forderungsverzicht nicht nur der Wert der Gesellschaft, sondern auch der Wert der Beteiligungen. Da die Gesellschaft durch Forderungsverzichte eine Zuwendung erfährt, ist zu klären, ob die Gesellschafter beschenkt werden. Anders formuliert ist zu fragen, ob zwischen einem verzichtenden Gläubiger und den Gesellschaftern ein Schenkungsvertrag entsteht.

Wenn ja, müssten die Gesellschafter die Schenkung annehmen, damit der Forderungsverzicht zustande kommt.<sup>49</sup> Soweit ein Forderungsverzicht mit keinen Lasten verbunden ist, wird die Annahme zwar vermutet.<sup>50</sup> Trotzdem könnte jeder Gesellschafter – unabhängig der Grösse seiner Beteiligung – den Forderungsverzicht ablehnen und die Sanierung erschweren oder verhindern.

Von den drei objektiven Schenkungsmerkmalen<sup>51</sup> liegen beim Forderungsverzicht zu Gunsten der Gesellschaft zwei Merkmale gewöhnlich auch gegenüber den Gesellschaftern vor, nämlich Merkmal Nr. 1, Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers, und Merkmal Nr. 2, Unentgeltlichkeit. Was die Vermögenszuwendung angeht, nimmt das Vermögen des verzichtenden Gläubigers durch den Forderungsverzicht ab, das Vermögen der Gesellschafter nimmt zu. Dass der Vermögenszuwachs indirekt erfolgt, steht der Schenkung nicht entgegen. Ebenso ist unerheblich, dass die Vermögensabnahme beim Schenker betragsmässig der Vermögenszunahme beim Beschenkten nicht entspricht.<sup>52</sup>

Fehlen wird allerdings meist das Schenkungsmerkmal Nr. 3, das Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschafter. Für das Zustandekommen eines Vertrags verlangt Art. 1 OR, dass die Willensäusserung des Offerierenden an den Vertragspartner gerichtet ist.<sup>53</sup> Die Offerierte des Gläubigers, auf seine Forderung gegen die Gesellschaft zu verzichten, richtet sich in aller Regel aber (und nur) an die Gesellschaft. Die Gesellschafter sind nicht Adressaten der Verzichtsofferte. Die positive Wirkung, die der Forderungsverzicht im Vermögen der Gesellschafter erzielt, bleibt damit ein Nebenergebnis der Zuwendung des Gläubigers an die Gesellschaft. Eine Schenkung an die Gesellschafter liegt also deshalb nicht vor, weil die Offerierte an die Gesellschafter fehlt. Folglich können die Gesellschafter den offerierten Forderungsverzicht nicht annehmen oder ablehnen. Die Gesellschafter bleiben Dritte, die vom Forderungsverzicht zwar profitieren, am Austausch der Willensäusserungen (Art. 1 OR) aber nicht beteiligt sind.

<sup>45</sup> BGer, 2C\_597/2017, 27.3.2018, E. 3.1.2 (mit Hinweisen).

<sup>46</sup> Zutreffend das Zürcher Obergericht zu Aktionärszuschüssen: «Entscheidend ist, dass solche Zuzahlungen regelmässig nicht aus Wohltätigkeit, sondern aus wirtschaftlichen Beweggründen geleistet werden» (OGer ZH, LB11006-O, 12.7.2012, E.II.3.d.bb).

<sup>47</sup> Die Normen betreffend Schenkung und Schuldverlass (Art. 115 OR) sind entsprechend parallel anzuwenden (BUCHER [FN 37], 149).

<sup>48</sup> Siehe unter II.D.

<sup>49</sup> Weil die Schenkung ein Vertrag darstellt und der Annahme bedarf (siehe oben unter III.A.).

<sup>50</sup> Nachweise unter FN 42.

<sup>51</sup> Zu den Merkmalen der Schenkung siehe oben unter III.A.

<sup>52</sup> SANDRA MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg, Freiburg 1996, N 76.

<sup>53</sup> BK-BECKER (FN 34), Art. 1 OR N 2; ANDREAS VON THUR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/2, 3. A., Zürich 1979, 166 f.; siehe AHMET KUT, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 1 OR N 6.

Auch das subjektive Schenkungsmerkmal (*animus donandi*) dürfte fehlen: Ein allfälliger Schenkungswille des verzichtenden Gläubigers wird sich in den meisten Fällen nicht auf die Gesellschafter erstrecken. Dies gilt indes nur, wenn überhaupt ein Schenkungswille des verzichtenden Gläubigers vorliegt. Wie dargestellt,<sup>54</sup> dürfte ein Gläubiger regelmässig in Sanierungsabsicht handeln, wenn er gegenüber einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft auf eine Forderung verzichtet. Damit fehlt es am Schenkungswillen überhaupt.

Anders zu beurteilen wäre der Fall, wenn ein Gläubiger z.B. dem Haupt- oder Alleinaktionär anbietet, auf eine Forderung gegen «dessen» Gesellschaft zu verzichten. Ist die Gesellschaft nicht sanierungsbedürftig und handelt der Gläubiger entsprechend nicht in Sanierungsabsicht – oder liegt eine wesentliche Übersanierung vor, d.h., die Forderungsverzichte führen zu einem hohen ausserordentlichen Gewinn –, stellte die Verzichtsofferte des Gläubigers ein Schenkungsversprechen an den Gesellschafter dar und müsste schriftlich vorliegen (Art. 243 Abs. 1 OR). Nimmt der Hauptgesellschafter den Vertrag und die Gesellschaft die Schenkung an, wird meist ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (der Gesellschaft) nach Art. 112 OR entstehen.<sup>55</sup>

### C. Zusammenfassung

Die Gesellschafter profitieren von Forderungsverzichten zu Gunsten der Gesellschaft, weil sich der Wert ihrer Beteiligung erhöht. Die Gesellschafter stehen indes in keiner (schenkungs-)vertraglichen Beziehung zum verzichtenden Gläubiger. Auch dürfte – ausser bei Übersanierung – kein Schenkungswille des Verzichtenden bezüglich der Gesellschafter bestehen. Somit fehlen meistens gleich zwei Schenkungsmerkmale und die Gesellschafter gelten zivilrechtlich nicht als beschenkt.

## IV. Steuerfolgen

Während ein Forderungsverzicht zivilrechtlich kaum eine Schenkung des verzichtenden Gläubigers an die Gesellschaft oder an die Gesellschafter darstellt, geht es nachfolgend um die steuerlichen Konsequenzen. Wie im eingangs dargestellten Sachverhaltsbeispiel wird auch im Folgenden davon ausgegangen, dass die Gesellschaft eine juristische Person ist, d.h. eine Kapitalgesellschaft oder

eine Genossenschaft, und die Gesellschafter die Beteiligungen im Privatvermögen halten.

### A. Direkte Bundessteuer

#### 1. Steuerpflicht der Gesellschaft

Der Gegenwert aus einem Forderungsverzicht begründet bei der empfangenden Gesellschaft einen betriebsfremden Ertrag und ist in der Erfolgsrechnung zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Entsprechend unterliegt der daraus resultierende (buchhalterische) Gewinn grundsätzlich der Gewinnsteuer (Art. 57 DBG; § 63 StG/ZH).<sup>57</sup> Zu prüfen bleibt, ob ein erfolgsneutraler Vorgang nach Art. 60 DBG vorliegt, d.h., ob es sich um eine Kapitaleinlage handelt (Art. 60 lit. a DBG) – oder um eine Schenkung (Art. 60 lit. c DBG).<sup>58</sup>

Besteht bei der empfangenden Gesellschaft Sanierungsbedarf, was im steuerrechtlichen Sinn der Fall ist, wenn die Gesellschaft eine echte Unterbilanz ausweist,<sup>59</sup> wird die Sache komplizierter: Ob der Ertrag aus dem Forderungsverzicht besteuert wird, hängt zum einen vom Verhältnis ab, in dem der verzichtende Gläubiger zur Gesellschaft steht. Zu unterscheiden ist, ob es sich beim Gläubiger um einen Gesellschafter, eine Schwester- oder Tochtergesellschaft oder einen unabhängigen Dritten handelt. Zum anderen hängt die Besteuerung davon ab, ob der Forderungsverzicht zu *echtem* oder *unechtem Sanierungsertrag* führt.<sup>60</sup> Auf echtem Sanierungsertrag wird die direkte Bundessteuer erhoben, auf unechtem Sanierungsertrag nicht.<sup>61</sup>

Verzichtet ein *Gesellschafter* auf eine Forderung gegen eine sanierungsbedürftige Gesellschaft, stellt der dadurch entstehende Ertrag grundsätzlich *echten* Sanierungsertrag dar und wird besteuert.<sup>62</sup> Kein steuerbarer Gewinn entsteht, wenn der Forderungsverzicht als Kapitaleinlage<sup>63</sup> qualifiziert (Art. 60 lit. a DBG; Art. 24

<sup>56</sup> BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 3.1, in: ZStP 2015, 57 ff., 59.

<sup>57</sup> BGE 115 Ib 269 E. 4b.

<sup>58</sup> Dazu unten IV.C.

<sup>59</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 2.

<sup>60</sup> BGer, 2C\_686/2013, 17.4.2014, E. 2.1; KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 3.1, Ziff. 4.1; zum Meinungsstand vor Inkrafttreten des KS ESTV Nr. 32 FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2008, 62 ff.

<sup>61</sup> BSK DBG-HELBING/FELBER, Art. 67 N 53, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK DBG-Verfasser).

<sup>62</sup> BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 3.2.3; KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 3.1 lit. b, Ziff. 4.1.1.1 lit. a.

<sup>63</sup> Kapitaleinlagen sind geldwerte Leistungen der beteiligten natürlichen oder juristischen Personen an die von ihnen gehaltenen Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, wobei die Einleger nicht

<sup>54</sup> Oben unter III.A.

<sup>55</sup> Siehe BGE 69 II 50 E. b, in: Pra 1943, Nr. 149, 387.

Abs. 2 lit. a StHG). Eine Kapitalanlage führt zu *unechtem* Sanierungsertrag. Dieser ist erfolgsneutral. Allerdings stellen Forderungsverzichte von Gesellschaftern nur in zwei Fällen Kapitaleinlagen dar:<sup>64</sup> (a) Ein Gesellschafter verzichtet auf die Rückzahlung eines Darlehens und die Steuerbehörden haben das Darlehen vor der Sanierung als verdecktes Eigenkapital behandelt;<sup>65</sup> (b) ein Gesellschafter gewährt der Gesellschaft erstmalig oder zusätzlich ein Darlehen wegen schlechten Geschäftsgangs, wobei ein unabhängiger Dritter ein solches Darlehen unter den gleichen Umständen nicht gewährt hätte.<sup>66, 67</sup>

*Echten* (steuerbaren) Sanierungsertrag kann die Gesellschaft mit Verlusten aus früheren Geschäftsjahren

entreichert werden, weil der Wertabgang der eingeleiteten Mittel durch die Wertvermehrung der Beteiligungsrechte kompensiert wird (MARKUS REICH, Steuerrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, § 20 N 9).

<sup>64</sup> BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 3.2.2. Nach dem Wortlaut von Art. 60 lit. a DBG stellen nur A-fonds-perdu-Zuschüsse der Gesellschafter Kapitaleinlagen dar, Forderungsverzichte hingegen nicht (BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 5.2.2; KS ESTV Nr. 32 [FN 5], Ziff. 3.1 lit. b, Ziff. 4.1.1.1 lit. a; kritisch BSK DBG-BRÜLISAUER [FN 61], Art. 60 N 56; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Handkommentar zum DBG, 3. A., Zürich 2016 [zit. DBG-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER], Art. 60 DBG N 5; MARCO DUSS/ANDREAS HELBING, Sanierung der Zürcher Sanierungspraxis bei Forderungsverzicht?, ST 2011, 527 ff.).

<sup>65</sup> BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 6.1.1: «Diese Ausnahme bezieht sich auf eine Darlehensforderung, die vor der Sanierung als verdecktes Eigenkapital behandelt wurde. Damit ist eine doppelte Kohärenzforderung verbunden: Einerseits gilt für die Steuerbehörde, wenn sie ein Darlehen als verdecktes Eigenkapital behandelt hat, dass sie bei der Beurteilung der nachfolgenden Sanierung nicht auf einmal den Standpunkt vertreten kann, es liege in Wirklichkeit ein Darlehensverzicht und somit ein echter Sanierungsgewinn vor. Andererseits gilt das Kohärenzfordernis gegenüber dem Steuerpflichtigen: In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Massgeblichkeitsprinzip ist der Darlehensnehmer auf seiner Buchführung zu behaften; er kann nicht den erhaltenen Kredit und die von ihm diesbezüglich geleisteten Zinszahlungen als Aufwand verbuchen, um dann nachträglich den Steuerbehörden vorzuwerfen, sie hätten erkennen müssen, dass es sich in Wirklichkeit um verdecktes Eigenkapital gehandelt habe.» Das *Massgeblichkeitsprinzip* besagt, dass die kaufmännische Bilanz und Erfolgsrechnung massgeblich sind für den zu besteuern den Ertrag (Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG; BGE 141 II 83 E. 3.1; ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 325 f.; REICH [FN 63], § 15 N 61).

<sup>66</sup> BGer, 2C\_634/2012, 20.10.2014, E. 6.1.2: «Diese Ausnahme setzt ein Aktionärsdarlehen voraus, das im Hinblick auf den schlechten Geschäftsgang gewährt worden ist.»

<sup>67</sup> Siehe allerdings die Übersicht über die kantonalen Unterschiede bei der Anwendung des KS ESTV Nr. 32 (FN 5) bei THOMAS LINDER/FELIX SCHALCHER, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Überblick über ausgewählte Praxisfragen und die Steuerfolgen der Sanierungsfusion, ST 2014, 123 ff., 126 f.

unbegrenzt verrechnen, sofern die Verluste noch nicht mit Gewinnen verrechnet werden konnten (Art. 67 Abs. 2 DBG; Art. 25 Abs. 3 StHG).<sup>68</sup> Der Verlustvortrag entspricht dabei der Summe der verrechenbaren Vorjahresverluste,<sup>69</sup> wobei der steuerrechtliche und der handelsrechtliche Verlustvortrag verschieden sein können.<sup>70</sup> Die erfolgsneutralen *unechten* Sanierungserträge können mit dem Verlustvortrag nicht verrechnet werden.<sup>71</sup> Der steuerrechtlich massgebende Verlustvortrag bleibt davon unberührt.

Auch wenn eine *Schwester- oder Tochtergesellschaft* auf eine Forderung verzichtet, ist nach echten und unechten Sanierungserträgen zu unterscheiden. Die Regelung ist wie folgt:<sup>72</sup> Hält ein Forderungsverzicht dem Drittvergleich<sup>73</sup> stand, gilt der Ertrag aus dem Forderungsverzicht als geschäftsmässig begründet und stellt eine echte Sanierungsleistung dar. Den daraus entstehenden Gewinn kann die Gesellschaft nach Art. 67 Abs. 2 DBG und Art. 25 Abs. 3 StHG mit dem Verlustvortrag unbegrenzt verrechnen. Hält der Forderungsverzicht dem Drittvergleich *nicht* stand, führt dies zu unechtem Sanierungsertrag. Eine Einlage in die Reserven aus Kapitaleinlagen stellt der Forderungsverzicht nicht dar, sondern gehört zu den übrigen Reserven, da er nicht direkt durch die Inhaber der Beteiligungsrechte geleistet wird.<sup>74</sup>

Verzichtet ein *unabhängiger Dritter* auf eine Forderung, stellt der Ertrag echten Sanierungsertrag dar. Dieser ist gewinnsteuerpflichtig und kann mit (noch nicht verrechneten) Verlusten aus früheren Geschäftsjahren unbegrenzt verrechnet werden (Art. 67 Abs. 2 DBG; Art. 25 Abs. 3 StHG).<sup>75</sup>

Im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel verzichten Aktionär A1 und der unabhängige Dritte G auf

<sup>68</sup> Also nicht nur mit den Verlusten aus den sieben der Steuerperiode vorangegangenen Jahre nach Art. 67 Abs. 1 DBG und Art. 25 Abs. 3 StHG.

<sup>69</sup> BSK DBG-HELBING/FELBER (FN 61), Art. 67 N 6; BSK StHG-BRÜLISAUER/KRUMMENACHER (FN 24), Art. 25 N 86.

<sup>70</sup> PETER MÄUSLI-AlLENSPACH/MATHIAS OERTLI, Das schweizerische Steuerrecht, 9. A., Muri b. Bern 2018, 214; BSK DBG-HELBING/FELBER (FN 61), Art. 67 N 13; BSK StHG-BRÜLISAUER/KRUMMENACHER (FN 24), Art. 25 N 89.

<sup>71</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 3.1 lit. b, Ziff. 4.1.1.1 lit. a.

<sup>72</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.1.1 lit. b.

<sup>73</sup> Mit dem Drittvergleich wird überprüft, ob die Konditionen eines Rechtsgeschäfts von denjenigen abweichen, die gewöhnlich unter unabhängigen Drittpersonen vereinbart werden (REICH [FN 63], § 18 N 7; siehe BGer, 2C\_276/2018, 15.6.2018, E. 2.3).

<sup>74</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.1.1 lit. b; Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 29a, Kapitaleinlageprinzip neues Rechnungslegungsrecht, 9. September 2015 (zit. KS ESTV Nr. 29a), Ziff. 2.2.1.

<sup>75</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.1.1 lit. c.

ihre Forderungen. Der Forderungsverzicht von A1 über CHF 30'000 muss die X-AG als echten Sanierungsertrag versteuern und kann ihn mit dem Verlustvortrag von CHF 40'000 verrechnen (Art. 67 Abs. 2 DBG). Nicht versteuern müsste die Gesellschaft den Ertrag, wenn der Forderungsverzicht als Kapitaleinlage qualifiziert. Das wäre der Fall, wenn es sich bei der Schuld um ein Darlehen handelt, das steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurde, oder wenn A1 das Darlehen als Sanierungsdarlehen zu günstigen Konditionen gewährt hat (die ein Dritter nicht gewährt hätte). Der Forderungsverzicht von G über CHF 20'000 stellt eine echte Sanierungsleistung dar. Die Gesellschaft muss den Ertrag versteuern, kann ihn jedoch mit dem (verbleibenden)<sup>76</sup> Verlustvortrag verrechnen. Es resultiert ein steuerbarer Gewinn von CHF 10'000.

## 2. Steuerpflicht der Gesellschafter

Hält der Steuerpflichtige seine Beteiligung im *Privatvermögen*, sind Erträge daraus steuerbar (Art. 20 Abs. 1 DBG; Art. 7 Abs. 1 StHG). Zu den Vermögenserträgen gehören Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und *geldwerte Vorteile aus Beteiligungen* aller Art.<sup>77</sup> Als Beteiligung gelten sämtliche Kapitals- und Gewinnanteilsrechte (also Aktien, Stammanteile, Anteilsscheine, Partizipationsscheine und Genussscheine).<sup>78</sup> Geldwerte Vorteile sind «alle durch Zahlung, Überweisung, Gutschrift, Verrechnung oder auf andere Weise bewirkten in Geld messbaren Leistungen, die der Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte unter irgendeinem Titel aufgrund dieser Beteiligung von der Gesellschaft erhält und welche keine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile darstellen».<sup>79</sup>

Demgegenüber werden *Kapitalgewinne* auf beweglichem Privatvermögen<sup>80</sup> nicht besteuert (Art. 16 Abs. 3

DBG; § 16 Abs. 3 StG/ZH). Abzugsgrenzen ist daher, ob der Wertzuwachs beim (im Privatvermögen gehaltenen) Gesellschaftsanteil einen geldwerten Vorteil aus einer Beteiligung darstellt und damit als Vermögensertrag der Einkommenssteuer unterliegt oder ob er einen Kapitalgewinn bedeutet, der beim Verkauf der Beteiligung steuerfrei realisiert wird.

Die Abgrenzung zwischen Vermögensertrag und Kapitalgewinn wird meist nach dem Kriterium des Substanzverzehrsvorges vorgenommen.<sup>81</sup> Danach gilt als Vermögensertrag jeder geldwerte Vorteil, den ein Vermögenobjekt als Ertragsquelle abwirft, ohne dass die Substanz des Vermögenswerts dadurch ganz oder teilweise verzehrt wird.<sup>82</sup> Wird die Wertveränderung indessen durch Veräusserung eines Vermögenswerts geschaffen, führt das zu einem Kapitalgewinn oder -verlust: Gibt der Steuerpflichtige einen Vermögenswert weg (z.B. durch Verkauf) und erhält er dafür eine Gegenleistung (z.B. den Kaufpreis), resultiert ein Kapitalgewinn oder -verlust, je nachdem, ob die Gegenleistung mehr oder weniger wert ist als der weggegebene Vermögensgegenstand.<sup>83</sup> Ein Vermögensertrag liegt nicht vor, da ein Vermögenswert in einen anderen eingetauscht wird.<sup>84</sup>

Bewirken Forderungsverzichte, dass im Privatvermögen gehaltene Beteiligungen einen Mehrwert erfahren, bleibt dieser Mehrwert bis zur Veräusserung der Beteiligung steuerlich grundsätzlich unbeachtlich (abgesehen von den höheren Vermögenssteuern).<sup>85</sup> Es bestehen aber Ausnahmen.

Das Bundesgericht hatte die Fusion einer sanierungsbedürftigen (überschuldeten) mit einer gesunden AG zu beurteilen. Beide Gesellschaften wurden von denselben Aktionären beherrscht. Die überschuldete Gesellschaft übernahm die gesunde. Das führte dazu, dass die überschuldete Gesellschaft nach der Fusion wieder ein positives Eigenkapital auswies.<sup>86</sup> Das Bundesgericht hat ent-

<sup>76</sup> Zur Reihenfolge der Verlustverrechnung KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 3.1 lit. e («Mit echten Sanierungserträgen sind vorab die ältesten noch nicht verrechneten Vorjahresverluste zu verrechnen»); BSK DBG-HELBING/FELBER (FN 61), Art. 67 N 78 ff., insb. N 82; DBG-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 64), Art. 67 N 23.

<sup>77</sup> Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG; eine entsprechende Bestimmung findet sich im Zürcher Steuergesetz (§ 20 Abs. 1 lit. c StG/ZH), die übereinstimmend mit dem DBG auszulegen ist (BGer, 2C\_961/2010 / 2C\_962/2010, 30.1.2012, E. 8 [E. in BGE 138 II 57 nicht publiziert]); Art. 7 Abs. 1 StHG.

<sup>78</sup> BSK DBG-REICH/WEIDMANN (FN 61), Art. 20 N 39; REICH (FN 63), § 13 N 113; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., Zürich 2013 (zit. StG/ZH-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER), § 20 N 97.

<sup>79</sup> BGE 138 II 57 E. 2.2.

<sup>80</sup> Kapitalgewinne auf unbeweglichem Privatvermögen (Liegenschaften) werden vom Bund ebenfalls nicht besteuert (Art. 16 Abs. 3

DBG). Grundstückgewinnsteuern werden von den Kantonen erhoben (Art. 2 Abs. 1 lit. d, Art. 12 StHG).

<sup>81</sup> BGE 139 II 363 E. 2.3; BGer, 2C\_1155/2014, 1.2.2016, E. 3.2.6.

<sup>82</sup> REICH (FN 63), § 13 N 34 («Vermögensertrag wird danach als ein der Frucht vergleichbares Produkt der Substanz verstanden»); BSK DBG-REICH/WEIDMANN (FN 61), Art. 20 N 3.

<sup>83</sup> Siehe REICH (FN 63), § 13 N 40; MÄUSLI-AlLENSPACH/OERTLI (FN 70), 136.

<sup>84</sup> REICH (FN 63), § 13 N 38; BSK DBG-REICH/WEIDMANN (FN 61), Art. 20 N 7.

<sup>85</sup> Mehrwert verstanden als eine Steigerung des inneren Werts des Vermögenobjekts, unabhängig davon, ob der Eigentümer des Vermögenobjekts an der Bildung des Mehrwerts mitgewirkt hat (ERNST HÖHN, Die Besteuerung der privaten Gewinne, Kapitalgewinnbesteuerung, Diss. Zürich, Winterthur 1955, 74 f.).

<sup>86</sup> BGer, 2A.53/2000, 15.8.2000, in: Pra 2000, Nr. 182.

schieden, dass die Aktionäre durch die Sanierungsfusion «offensichtlich einen geldwerten Vorteil erlangt» haben. Denn die Beseitigung von Kapitalverlust und Überschuldung ohne Fusion wäre nur durch Sanierungsbeiträge aus dem Privatvermögen der Aktionäre möglich gewesen.<sup>87</sup>

Das Bundesgericht qualifizierte den Wertzuwachs bei Beteiligungen im Fall einer Fusion als geldwerte Leistung nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG.<sup>88</sup> Zu diesem Ergebnis kam das Bundesgericht, weil durch die Umstrukturierung Mittel der gesunden Gesellschaft nicht besteuert wurden, obschon sie einer latenten Ausschüttungssteuerlast unterlagen.<sup>89</sup> Der Gewinnvortrag der gesunden Gesellschaft wurde durch ihre Fusion mit der sanierungsbedürftigen Gesellschaft vermindert und der Gewinn konnte in der Folge nicht mehr ausgeschüttet (und besteuert) werden.<sup>90</sup>

Analog dürfte der Fall zu beurteilen sein, in dem eine Schwestergesellschaft zu Gunsten einer anderen einen Forderungsverzicht abgibt. Hält der Forderungsverzicht einem Drittvergleich nicht stand und werden bei der verzichtenden Gesellschaft Reserven vernichtet, die nicht Kapitaleinlagereserven sind, erlangen die beherrschenden Gesellschafter – unter Anwendung der Dreieckstheorie<sup>91</sup> – einen (steuerbaren) geldwerten Vorteil (Art. 20 Abs. 1 lit. c, Art. 20 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG).<sup>92</sup> Die Dreieckstheorie ist im Grundsatz anzuwenden, wenn eine nahe Verbundenheit zwischen Anteilsinhaber und unmittelbarem Leistungsempfänger besteht und die Vorteilszuwendung gerade aufgrund dieser Beziehung erbracht wurde.

Liegt indessen keine Sanierungsfusion vor und kein Forderungsverzicht zu Gunsten einer Schwestergesellschaft, sondern verzichten Gesellschafter und unabhängige Dritte ganz oder teilweise auf ihre Forderungen, wird kein latent steuerbarer Gewinn zum Vorteil der Gesellschafter vermindert.<sup>93</sup> Der dadurch geschaffene Mehrwert der Beteiligungen muss einkommenssteuerlich daher unbeachtlich bleiben.

Der Wertzuwachs der Beteiligungen (im Privatvermögen der Gesellschafter) ist im Rahmen der kantonalen Vermögensbesteuerung zu berücksichtigen.<sup>94</sup> Veräussert ein Gesellschafter seine (zum Privatvermögen gehörende) Beteiligung mit Gewinn, stellt der Verkaufserlös grundsätzlich einen steuerfreien Kapitalgewinn dar,<sup>95</sup> vorbehaltlich der Überprüfung einer allfälligen indirekten Teilliquidation oder Transponierung (Art. 20a Abs. 1 DBG).<sup>96</sup>

Somit würde es sich im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel folgendermassen verhalten: A1, der auf eine Forderung von CHF 30'000 aus seinem Privatvermögen verzichtet, erleidet einen steuerneutralen Kapitalverlust. Die Wertsteigerung seines Aktienpakets auf CHF 22'000 – sowie die Wertsteigerung des Aktienpakets von A2 auf CHF 14'666 – wird von der direkten Bundessteuer nicht erfasst, sondern unterliegt der Vermögensbesteuerung auf Stufe Staats- bzw. Kantons- und Gemeindesteuer.

<sup>87</sup> BGer, 2A.53/2000, 15.8.2000, E. 2d/bb, in: Pra 2000, Nr. 182, 1120 f.

<sup>88</sup> So auch KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.3.1.2 lit. b, sowie Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 5, Umstrukturierungen, 1. Juni 2004, Ziff. 4.1.4.3.2.

<sup>89</sup> BGer, 2A.53/2000, 15.8.2000, E. 2d, in: Pra 2000, Nr. 182, 1120 ff.

<sup>90</sup> BGer, 2A.53/2000, 15.8.2000, E. 2d/bb a.E., in: Pra 2000, Nr. 182, 1121 («Auch ging mit der fraglichen Umstrukturierungsmassnahme eine Reduktion der der latenten Ausschüttungssteuerlast unterliegenden Mittel einher, wurden diese doch buchmässig um CHF 425'190 vermindert. Somit ist auch aus steuersystematischen Gründen ein steuerbarer Vermögensertrag von insgesamt CHF 425'190 zu bejahen»).

<sup>91</sup> Nach der *Dreieckstheorie* fliesst die geldwerte Leistung für eine logische Sekunde von der leistenden Gesellschaft an den Gesellschafter, wo sie als Ertrag aus beweglichem Vermögen (verdeckte Gewinnausschüttung) erfasst wird, und von dort an die dem Gesellschafter nahestehende Schwestergesellschaft (verdeckte Kapitaleinlage) (BGE 138 II 57 E. 4.2; BGer, 2C\_16/2015, 6.8.2015, E. 2.4.2; REICH [FN 63], § 13 N 131).

<sup>92</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.1.2 lit. b. Das entspricht der Praxis im Kanton Zürich (nicht publizierte Referat von Dr. JOHANNES HUGI, Stv. Chef Dienstabteilung Recht, KStA Zürich, über die steuerliche Behandlung von asymmetrischen Sanierungsbeiträgen anlässlich des Sanierungsseminars der STS Schweizerischen Treuhänder Schule am 29. November 2017).

<sup>93</sup> Inwieweit Gesellschafter und Dritte die Forderung vom steuerbaren Einkommen abziehen können, hängt unter anderem davon ab, ob sie die Forderungsverzichte im Privatvermögen oder im Geschäftsvermögen halten oder ob es sich bei den Verzichtenden um juristische Personen handelt (KS ESTV Nr. 32 [FN 5], Ziff. 4.1.1.2 lit. a und lit. c).

<sup>94</sup> Das Vermögen unterliegt der Staats- und Gemeindesteuer und wird vom Bund nicht besteuert (§ 38 Abs. 1 StG/ZH). Die Bewertung des Vermögens erfolgt zum Verkehrswert (§ 39 Abs. 1 StG/ZH). Der Verkehrswert kotierter Wertpapiere entspricht dem Börsenkurs des Bewertungsstichtags, der Verkehrswert nicht kotierter Wertpapier ist nach KS SSK Nr. 28 (FN 20) zu ermitteln (StG/ZH-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER [FN 78], § 39 N 21, N 23).

<sup>95</sup> Art. 7 Abs. 4 lit. g StHG; § 16 Abs. 3 StG/ZH («Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei. Vorbehalten bleibt die Grundstückgewinnsteuer»).

<sup>96</sup> Siehe Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 14, Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten («Indirekte Teilliquidation»), 6. November 2007; KS ESTV Nr. 29a (FN 74), Ziff. 4.2.5; vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 6, Transponierung, 3. Februar 1987 (das KS ist nicht mehr gültig: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/kreisschreiben.html> [Abruf 27.12.2018]).

## B. Stempelsteuer, Verrechnungssteuer und Mehrwertsteuer

Stempelsteuer, Verrechnungssteuer und Mehrwertsteuer spielen bei Forderungsverzichten meist eine untergeordnete Rolle.

Der Bund erhebt eine *Emissionsabgabe* bei der Ausgabe inländischer Beteiligungsrechte, also z.B. auf die Ausgabe von Aktien (Art. 1 Abs. 1 lit. a. Ziff. 1 StG).<sup>97</sup> Die Emissionsabgabe wird auch auf A-fonds-perdu-Zuschüsse der Gesellschafter erhoben, weil Zuschüsse der Begründung von Beteiligungsrechten gleichgestellt sind (Art. 5 Abs. 2 lit. a StG). Forderungsverzichte von Gesellschaftern stellen im Grundsatz Zuschüsse dar<sup>98</sup> und unterliegen der Emissionsabgabe ebenfalls (sofern die Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG nicht greift<sup>99</sup> und die Emissionsabgabe nicht nach Art. 12 StG erlassen wird).<sup>100</sup> Solange keine Abgabenumgehung vorliegt, unterstehen Forderungsverzichte von Schwestergesellschaften und Dritten der Emissionsabgabe nicht.<sup>101</sup>

Forderungsverzichte sind auch von der *Verrechnungssteuer* grundsätzlich nicht betroffen. Das gilt sowohl für Forderungsverzichte von Gesellschaftern wie für Forderungsverzichte von unabhängigen Dritten.<sup>102</sup> Verzichtet eine Schwestergesellschaft auf eine Forderung und hält die Leistung dem Drittvergleich nicht stand, wird die Verrechnungssteuer erhoben und nach der Dreieckstheorie auf die Gesellschafter überwält.<sup>103</sup>

Was abschliessend die *Mehrwertsteuer* betrifft, sofern die verzichtenden Gläubiger mehrwertsteuerpflichtig sind (Art. 10 ff. MWSTG), stellen Forderungsverzichte keine mehrwertsteuerpflichtigen Leistungen dar und werden nicht besteuert (Art. 18 Abs. 2 lit. e MWSTG).

<sup>97</sup> Abgabepflichtig ist die Gesellschaft (Art. 10 StG).

<sup>98</sup> BSK StG-DUSS/VON AH/SIEBER, Art. 5 N 58, N 63, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Basler Kommentar, Basel 2006 (zit. BSK StG-Verfasser); MÄUSLI-ALLENSPACH/OERTLI (FN 70), 400.

<sup>99</sup> Der Freibetrag für Sanierungsleistungen von Gesellschaftern beträgt CHF 10 Millionen; KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.3 lit. a.

<sup>100</sup> Der Bund kann der Gesellschaft die Emissionsabgabe stunden oder erlassen, wenn sie eine offenbare Härte darstellt (zu den Voraussetzungen KS ESTV Nr. 32 [FN 5], Ziff. 3.3.3 [siehe insbesondere bei Übersanierung, 5. Aufzählungszeichen]; BSK StG-BAUMGARTNER [FN 98], Art. 12 N 45 ff.).

<sup>101</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.3 lit. b und lit. c; Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Merkblatt zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer, Februar 2001, Ziff. II.

<sup>102</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.2 lit. a und lit. c.

<sup>103</sup> KS ESTV Nr. 32 (FN 5), Ziff. 4.1.2 lit. b (auf Stufe der empfangenden Gesellschaft wirkt sich der Forderungsverzicht bei der Verrechnungssteuer nicht aus).

## C. Schenkungssteuer

Die Schenkungssteuer fällt in die Kompetenz der Kantone (Art. 3 BV). Die Kantone können Schenkungen besteuern, aber nicht alle tun das<sup>104</sup> und nicht im gleichen Umfang.<sup>105</sup> Steuerpflichtig ist der Beschenkte.<sup>106</sup>

### 1. Steuerpflicht der Gesellschaft

Juristische Personen können grundsätzlich Subjekt der Schenkungssteuer sein, obschon Schenkungen an Unternehmen selten sind.<sup>107</sup> Bei einem Forderungsverzicht an eine Gesellschaft sind aber Art. 60 lit. c DBG und Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG zu beachten. Die Bestimmungen sehen vor, dass durch Kapitalzuwachs aus einer Schenkung kein steuerbarer Gewinn entsteht. Allerdings sind Forderungsverzichte meist entweder Kapitaleinlagen der Gesellschafter (und können mangels Entreicherung keine Schenkungen sein),<sup>108</sup> oder sie unterliegen der Gewinnsteuer (Art. 57 DBG) und werden deshalb nicht von der Schenkungssteuer erfasst.<sup>109</sup> Raum für eine Schenkung durch einen Dritten bleibt kaum und wohl nur ausserhalb einer Sanierung.<sup>110</sup> Verzichtet ein unabhängiger Dritter im Rahmen einer Sanierung auf seine Forderung, liegt bei

<sup>104</sup> Keine Schenkungssteuern erheben die Kantone Schwyz, Ob- und Nidwalden und Luzern (wobei der Kanton Luzern nach § 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1908 betreffend die Erbschaftssteuern [EstG; SRL 630] Schenkungen in den letzten fünf Jahren vor dem Tod des Erblassers als Erbschaften besteuert).

<sup>105</sup> Im Kanton Zürich von der Steuerpflicht befreit sind der Ehegatte, der eingetragene Partner und die Nachkommen des Schenkers (§ 11 des Gesetzes vom 28. September 1986 über die Erbschafts- und Schenkungssteuer [ESchG; LS 632.1]); ebenso im Kanton Bern, inkl. Stief- und Pflegekindern (Art. 9 des Gesetzes vom 23. November 1999 über die Erbschafts- und Schenkungssteuer [ESchG; BSG 662.1]) und im Kanton Thurgau (§ 7 Abs. 1<sup>bis</sup> des Gesetzes vom 15. Juni 1989 über die Erbschafts- und Schenkungssteuer [ESchG; RB 641.8]).

<sup>106</sup> Z.B. § 8 Abs. 1 ESchG/ZH; Art. 4 Abs. 1 lit. c ESchG/BE; § 8 Abs. 1 ESchG/TG.

<sup>107</sup> BGer, 2C\_224/2008, 1.4.2009, E. 2.2; FELIX RICHNER/WALTER FREI, Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Zürich 1996 (zit. ESchG/ZH-RICHNER/FREI), § 4 N 174.

<sup>108</sup> BSK DBG-BRÜLISAUER (FN 61), Art. 60 N 74.

<sup>109</sup> DBG-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 64), Art. 58 N 66; StG/ZH-RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 78), § 24 N 7; ESchG/ZH-RICHNER/FREI (FN 107), § 1 N 143; HÖHN (FN 85), 110.

<sup>110</sup> Sofern die Forderung werthaltig ist, auf die der Dritte verzichtet (ESchG/ZH-RICHNER/FREI [FN 107], § 4 N 21; REMIGIUS KAUFMANN, Die steuerliche Behandlung des Schuldnerlasses, Diss. Freiburg, Bern 1986, N 394).

der empfangenen Gesellschaft keine Schenkung vor, sondern ein echter Sanierungsertrag.<sup>111</sup>

Zusammengefasst sind fast keine Sachverhalte denkbar, in denen Forderungsverzichte an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft der Schenkungssteuer unterliegen.

## 2. Steuerpflicht der Gesellschafter

Steigt der Wert der Gesellschaftsanteile durch die Forderungsverzichte, stellt sich die Frage, ob der Vermögenszuwachs bei den Gesellschaftern die Schenkungssteuerpflicht auslöst.

Um zu bestimmen, ob ein Forderungsverzicht zu Gunsten einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft eine steuerrechtliche Schenkung an einen Gesellschafter darstellt, ist vom steuerrechtlichen Schenkungsbegriff auszugehen. Dieser wird selbständig bestimmt.<sup>112</sup> Der steuerrechtliche und der zivilrechtliche Schenkungsbegriff müssen daher nicht übereinstimmen. Vielmehr kann der steuerrechtliche Schenkungsbegriff – bei entsprechender gesetzlicher Grundlage – weiter gehen als der zivilrechtliche.<sup>113</sup> Beiden Begriffen sind indessen gemeinsam: Vermögenszuwendung, Unentgeltlichkeit und Zuwendungswille.<sup>114</sup> Das Merkmal des Zuwendungswillens ist jedoch umstritten.<sup>115</sup> Der steuerrechtliche Schenkungsbegriff kann ferner vom Vertragsmerkmal absehen und einen rein wirtschaftlichen Vermögensübertrag genügen lassen.<sup>116</sup>

Somit sind die Kantone in drei Kategorien einteilbar: (1) In Kantone, die keine Schenkungssteuer erheben. Dort stellt sich die Frage nach einer Schenkungssteuer nicht. (2) In Kantonen, die auf den zivilrechtlichen Schenkungsbegriff abstellen,<sup>117</sup> löst der Forderungsverzicht für die Gesellschafter keine Schenkungssteuer aus, da zivilrechtlich keine Schenkung des verzichtenden Gläubigers an die Gesellschafter erfolgt.<sup>118</sup> (3) In Kantonen, deren steuerrechtlicher Schenkungsbegriff über den zivilrechtlichen hinausgeht, dürfte der Schenkungswille das massgebende Abgrenzungskriterium sein.<sup>119</sup> Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt der Schenkungswille auch für den steuerrechtlichen Schenkungsbegriff.<sup>120</sup> Bei sanierenden Forderungsverzichten liegt nach hier vertretener Auffassung allerdings in den wenigsten Fällen ein Schenkungswille vor; vielmehr handeln die verzichtenden Gläubiger in Sanierungsabsicht. Wie es sich allerdings verhält, wenn das kantonale Gesetz den Zuwendungswillen nicht verlangt,<sup>121</sup> wurde – soweit ersichtlich – höchstrichterlich noch nicht entschieden. Da die Schenkung vom Beschenkten angenommen werden muss, scheint es aber zweckwidrig, wenn ein Gesellschafter eine Steuerfolge tragen müsste (Schenkungssteuer), ohne die Möglichkeit zu haben, das Geschenk abzulehnen (weil zivilrechtlich keine Schenkung vorliegt). Das Argument, dass die Kantone unter der Schenkungssteuergesetzgebung Zuwendungen besteuern können, die zivilrechtlich keine Schenkungen darstellen, wäre in Sanierungssituationen oft mit dem Argument zu kontern, dass die Forderungen offensichtlich nicht mehr werthaltig waren. Zudem wird ein verzichtender Gläubiger nicht in Schenkungs-, sondern in Sanierungsabsicht handeln. Die Sanierungsabsicht schliesst die Schenkungsabsicht aus.

Ungeklärt bleibt die Frage, wie ein Forderungsverzicht zu qualifizieren ist, der zu einer Übersanierung führt, d.h. zur Bildung eines ausserordentlichen Gewinns (wie im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel). Richtigerweise bleibt bei Forderungsverzichten an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft aufgrund der Sanierungsabsicht des Gläubigers kein Raum für Zuwendungen an die Gesellschafter. Die Sanierungsabsicht wird selbst dann zu bejahen sein, weil die Sanierung im Vordergrund steht,

<sup>111</sup> BSK DBG-BRÜLSAUER (FN 61), Art. 60 N 73; BSK StHG-BRÜLSAUER/KRUMMENACHER (FN 24), Art. 24 N 443; ESchG/ZH-RICHNER/FREI (FN 107), § 4 N 177.

<sup>112</sup> ESchG/ZH-RICHNER/FREI (FN 107), § 4 N 6; ADRIAN MUSTER, Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Das bernische Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer, Diss. Bern, Bern 1990, 295 f.; KARIN BEERLI-LOOSER, Die Erbschafts- und Schenkungssteuer im Kanton Thurgau, Diss. Zürich, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 106.

<sup>113</sup> BGE 118 Ia 497 E. 2b/aa; vgl. Art. 6 ZGB.

<sup>114</sup> BGE 118 Ia 497 E. 2b/aa (zum Schenkungsbegriff nach aESchG/BE); BGer, 2C\_597/2017, 27.3.2018, E. 3.1.2 (zum Schenkungsbegriff nach DBG); ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 248 f.

<sup>115</sup> BSK DBG-HUNZIKER/MAYER-KNOBEL (FN 61), Art. 24 N 7; MÄUSLI-ALLENSPACH/OERTLI (FN 70), 528; PETER MÄUSLI-ALLENSPACH, Erbschaft- und Schenkungssteuern in der Schweiz – ein Überblick, Teil 1: Schweizerische Erbschaft- und Schenkungssteuern, successio 2010, 179 ff., 183; siehe Art. 106a Abs. 1 StG/GR: «Der Schenkungssteuer unterliegt unbekümmert einer Schenkungsabsicht jede freiwillige Zuwendung unter Lebenden, mit der jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.»

<sup>116</sup> MUSTER (FN 112), 296 (mit Hinweis auf das Beispiel einer versicherungsrechtlichen Hauptbegünstigungsklausel).

<sup>117</sup> Z.B. der Kanton Wallis, dessen Art. 111 Abs. 1 Steuergesetz (StG; SGS 642.1) explizit auf Art. 239–252 OR verweist; aber auch der Kanton Zürich, dessen § 4 ESchG im Wesentlichen dem Wortlaut von Art. 239 Abs. 1 OR entspricht.

<sup>118</sup> Siehe oben unter III.B.

<sup>119</sup> So auch SCHALCHER (FN 60), 129.

<sup>120</sup> Nachweise in FN 114.

<sup>121</sup> Siehe z.B. Art. 106a Abs. 1 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1986 für den Kanton Graubünden (StG; BR 720.000).

wenn ein Gläubiger auf mehr verzichtet, als zur exakten Beseitigung der Überschuldung oder Unterbilanz nötig wäre. Eine Reserve ist in Sanierungssituationen regelmässig rasch aufgebraucht. Es handelt sich damit um eine Zuwendung an die Gesellschaft, nicht an die Gesellschafter, so dass es auch am Zuwendungsmerkmal fehlt. Anders kann es freilich sein, wenn Gläubiger übermässige Forderungsverzichte vornehmen, so dass der Sanierungscharakter verloren geht und tatsächlich eine Zuwendung an die Gesellschafter vorliegt.<sup>122</sup>

Im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel lösen die Forderungsverzichte von A1 und G zwar einen Wertanstieg der Beteiligungen von A1 und A2 aus. Nachdem der dadurch erzielte Gewinn der Gesellschaft aber kaum als übermässig bezeichnet werden kann, löst der Wertzuwachs nach hier vertretener Auffassung keine Schenkungssteuer aus, selbst in Kantonen, die den Zuwendungswillen für den steuerrechtlichen Schenkungsbegriff nicht verlangen. Hinzu kommt der prozessuale Aspekt: A1 und G werden argumentieren, dass sie in Sanierungsabsicht gehandelt haben. Es ist dann Sache der Steuerbehörden, die Schenkungsabsicht zu beweisen.<sup>123</sup> Verkaufen A1 und A2 ihre (im Privatvermögen gehaltenen) Beteiligungen, erzielen sie einen steuerfreien Kapitalgewinn oder -verlust, der im Rahmen der Vermögenssteuer zu berücksichtigen ist.

## V. Ergebnis

Forderungsverzichte an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft treten in der Praxis oft asymmetrisch auf und verschieben Vermögen zwischen Gläubigern, Gesellschaft und Gesellschaftern. Zivilrechtlich können Forderungsverzichte zwar Schenkungen an die Gesellschaft darstellen. Das ist meistens aber nicht der Fall, da der verzichtende Gläubiger nicht in Schenkungsabsicht handelt, sondern in Sanierungsabsicht, und damit eine Schenkungsvoraussetzung fehlt.

Die Gesellschafter, deren Beteiligungen aufgrund der Forderungsverzichte im Wert steigen, sind nicht Beschenkte. Die Forderungsverzichte der Gläubiger richten sich an die Gesellschaft und nicht an die Gesellschafter.

Die Gesellschafter können die Forderungsverzichte somit weder annehmen noch ausschlagen.

Steuerrechtlich liegt kaum je eine Schenkung an die Gesellschaft vor. Forderungsverzichte werden von der Gewinnsteuer erfasst. Sie stellen entweder steuerbaren Sanierungsertrag dar oder erfolgsneutrale Kapitaleinlagen. Es sind praktisch keine Sachverhalte denkbar, ausser bei Übersanierung, in denen Forderungsverzichte an eine sanierungsbedürftige Gesellschaft eine Schenkungssteuerpflicht der Gesellschafter auslösen.

Somit fallen die zivilrechtliche und die steuerrechtliche Beurteilung sanierender Forderungsverzichte im Grundsatz gleich aus. Das stimmt überein mit dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, wonach das Steuerrecht der Idee nach dem Zivilrecht folgt.<sup>124</sup> Dennoch bleibt bei Sanierungen ratsam, die steuerlichen Folgen mittels Steuervorbescheiden (Rulings)<sup>125</sup> zu klären, sowohl bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung ESTV (für die Emissionsabgabe und die Verrechnungssteuer) wie auch bei den kantonalen Steuerämtern (für die direkten Bundessteuern sowie für die Staats- bzw. Kantons- und Gemeindesteuern).

<sup>122</sup> Siehe ESchG/ZH-RICHNER/FREI (FN 107), § 4 N 176; MUSTER (FN 112), 348 f.

<sup>123</sup> Zur Beweislastverteilung im Steuerrecht etwa BGE 142 II 488 E. 3.8.2; 140 II 248 E. 3.5; BGer, 2C\_597/2017, 27.3.2018, E. 3.2 («Die Steuerbehörde trägt die Beweislast für die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen, die steuerpflichtige Person trägt die Beweislast für die steueraufhebenden und -mindernden Tatsachen»).

<sup>124</sup> BGE 143 II 685 E. 4.2.1; BGer, 2C\_142/2014, 13.4.2015, E. 3.4.2.

<sup>125</sup> Dazu PETER LOCHER, «Steuerruling» – ein problematisches Modewort, ZStP 2015, 255 ff., passim.