

Forderungsverzicht und andere Debt-Equity-Swaps



Stefan Oesterhelt

dipl. Steuerexperte, Rechtsanwalt, LL. M., Homburger,
Zürich



Susanne Schreiber

dipl. Steuerexpertin, Rechtsanwältin (D), Steuerberaterin,
Bär & Karrer, Zürich

Der Forderungsverzicht ist ein besonders beliebtes Instrument zur Sanierung einer Gesellschaft, aus steuerlicher Sicht aber ein delikates Unterfangen. Da in der COVID-19 bedingten schwierigen Wirtschaftslage Forderungsverzichte und sonstige *Debt for Equity Swaps* aktuell erhebliche Bedeutung haben bzw.

INHALT

- 1 Einleitung
- 2 Forderungsverzicht durch Aktionär
- 3 Forderungsverzicht durch Schwester
- 4 Forderungsverzicht durch Tochter
- 5 Forderungsverzicht von Dritten
- 6 Ausgabe von Besserungsscheinen
- 7 Ausgabe von Sanierungsgenuss scheinen
- 8 Andere Debt-Equity-Swaps
- 9 Exkurs: Begriff der Sanierung
- 10 Fazit

erlangen werden, soll die derzeit geltende Praxis der Verwaltungsbehörden im Rahmen dieses Beitrags einerseits eingehend dargestellt, andererseits kritisch beleuchtet werden. Dabei wird insbesondere auch die teileilweise widersprüchliche Behandlung bei Gewinnsteuer, Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer hervorgehoben und auf (handelsrechtlich und entsprechend auch gewinnsteuerrechtlich) erfolgsneutrale Forderungsverzichte eingegangen. Schliesslich sollen steuerlich effiziente alternative Gestaltungsmöglichkeiten für einen *Debt for Equity Swap* aufgezeigt werden.

1 Einleitung

Ein Forderungsverzicht durch eine nahestehende Person löst eine Reihe steuerlich interessanter Fragen aus. Leider sind diese in der Praxis nicht einheitlich und zwischenzeitlich in diversen Kreisschreiben der ESTV adressiert,¹ was zu erheblichen Widersprüchen führt.² Ein Forderungsverzicht des Aktionärs ist aufgrund der derzeitigen Praxis von ESTV und Rechtsprechung des Bundesgerichts zumindest aus Sicht Gewinnsteuer häufig wenig attraktiv. Die Praxis von ESTV und Rechtsprechung des Bundesgerichts zur gewinnsteuerlichen Behandlung des Forderungsverzichts des Aktionärs vermag uns nicht zu überzeugen und lässt die Frage der erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichte ausser Betracht. Einem Steuerpflichtigen, der sich in schwieriger wirtschaftlicher Lage befindet und deshalb auf einen Schulderrlass seines Aktionärs angewiesen ist, ist regelmässig nur schwer zu vermitteln, dass die vermeintliche Wohltat des Aktionärs beim Schuldner zu Steuerfolgen führen soll, obwohl Einlagen des Aktionärs doch gewinnsteuerneutral sind. Wie im Rahmen dieses Beitrags unter Ziff. 8 schliesslich aufgezeigt wird, kann ein einem Forderungsverzicht vergleichbares wirtschaftliches

Ergebnis auch durch alternative Gestaltungen erreicht werden, bei denen zumindest die negativen Gewinnsteuerfolgen vermieden werden können. Somit kann der Unmut der potentiellen Steuerfolgen ausgesetzten Steuerpflichtigen in Grenzen gehalten werden. Die bilanzielle Sanierung einer Gesellschaft durch einen *Debt for Equity Swap* ist aber ein Gebiet, bei dem ein kundiger Führer durch den Steuerdschungel besonders wichtig ist. Nun ist guter Rat für viele KMU in der COVID-19-bedingten wirtschaftlich angespannten Lage nicht nur teuer, sondern zu teuer. Diesen Steuerpflichtigen und ihren Beratern seien daher das vergleichsweise erschwingliche Abonnement der Steuer Revue und die Lektüre dieses Beitrags empfohlen.

2 Forderungsverzicht durch Aktionär

2.1 Sachverhaltskonstellationen

Während die steuerliche Behandlung des Forderungsverzichts durch einen unabhängigen Dritten im Wesentlichen klar (d. h. ertragswirksam) ist,³ ergeben sich beim Forderungsverzicht durch eine nahestehende Person (Mutter,

¹ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften; ESTV, KS 29b vom 23.12.2019, Kapitaleinlageprinzip; ESTV, KS 27 vom 17.12.2009, Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

² Die unterschiedliche Beurteilung des Forderungsverzichts namhafter Exponenten der Abteilungen «Aufsicht Kantone» sowie «Externe Prüfung» innerhalb der ESTV erinnert an folgende vom grossen Berner Troubadour verewigte Situation: «*Itz schtellet nech vor / Jede bhauptet eifach / So win ärs gseht sigs richtig / Und scho heisi Krach / Si gäbe enander mit Schirme ufs Dach / Dr Zug fahrt*». Der «Kondüktör» ging dem Sachverhalt bekanntlich nicht auf den Grund, aber schliesslich traf der Zug in Rorschach ein, der Exponent der Abteilung «Externe Prüfung» ging schliesslich doch noch in Pension und das KS 29b wurde geändert.

³ Vgl. dazu Ziff. 5.

Schwester, Tochter)⁴ zahlreiche Fragestellungen. Die sowohl praktisch bedeutsamste als auch umstrittenste Konstellation ist der Forderungsverzicht durch den Anteilsinhaber (Aktionär). Dies ist auch der Fall, welcher zum eingangs beschriebenen Zwist innerhalb der ESTV geführt hat.⁵

Vereinfachend ist im Folgenden vom «Forderungsverzicht durch den Aktionär» die Rede. Die nachfolgenden Ausführungen sind dabei aber sowohl für den direkten Anteilsinhaber (Mutter) als auch den indirekten Anteilsinhaber (z. B. Grossmuttergesellschaft) anwendbar. Unterschiede ergeben sich diesbezüglich lediglich im Hinblick auf die Emissionsabgabe und Einlagen aus Kapitaleinlagereserven (KER). Schliesslich sind die Ausführungen grundsätzlich auch auf Minderheitsaktionäre und andere Beteiligungsinhaber (z. B. Inhaber von Partizipations- oder Genussscheinen) anwendbar.

Ob die verzichtende Gläubigerin sodann eine in- oder eine ausländische Gesellschaft ist, spielt für die steuerliche Behandlung bei der inländischen Schuldnergesellschaft ebenfalls keine Rolle.

Im Folgenden ist der Fokus auf den Forderungsverzicht durch eine juristische Person gelegt. Die Ausführungen sind jedoch – mit Ausnahme der Steuerfolgen bei der Gläubigerin – auch auf den Forderungsverzicht durch eine natürliche Person anwendbar.

2.2 Gewinnsteuer bei der Schuldnerin

2.2.1 Anwendung von Art. 60 lit. a DBG bei erfolgswirksamer Verbuchung?

Aus Sicht der Schuldnerin (Tochtergesellschaft) liegt die steuerrechtliche Qualifikation eines Forderungsverzichts des (direkten oder indirekten) Aktionärs nicht zwingend auf der Hand: Während beim Forderungsverzicht eines unabhängigen Dritten unstreitig sowohl handelsrechtlich als auch gewinnsteuerrechtlich ein steuerbarer Ertrag vorliegt,⁶ stellt sich bei Forderungsverzichten des Aktionärs zunächst die Frage, ob diese handelsrechtlich erfolgswirksam oder erfolgsneutral verbucht werden. Wie in Ziff. 2.2.3 noch zu zeigen sein wird, besteht hier eine gewisse Flexibilität. Wird der Forderungsverzicht handelsrechtlich erfolgswirksam verbucht, ist dies aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips grundsätzlich auch für die Gewinnsteuer zu beachten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine gewinnsteuerliche Korrektornorm eine Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip zulässt. Potentiell in Frage kommt diesbezüglich Art. 60 lit. a DBG.

Art. 60 lit. a DBG ist nämlich als steuerliche Korrektornorm zum (grundsätzlich geltenden) Massgeblichkeitsprinzip zu verstehen.⁷ Daraus folgt, dass, gestützt auf Art. 60 lit. a DBG, auch im Falle einer handelsrechtlich erfolgswirksamen Verbuchung der Einlage eine steuerliche

⁴ Vgl. dazu Ziff. 2.2 (Mutter), Ziff. 3 (Schwester) und Ziff. 4 (Tochter).

⁵ Vgl. dazu Fn. 2.

⁶ Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.1.c sowie Ziff. 5.

⁷ So auch PETER BRÜLISAUER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 60 N 2; MADELEINE SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, Zürich 2019, § 6 N 52; a. A. PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, II. Teil: Art. 49–101, Basel 2004, Art. 60 N 2, wonach die Bestimmung eine blosser Auslegungshilfe sei.

Korrektur (mittels Abzug in der Steuererklärung) erfolgen kann. Auch das Bundesgericht hat im Urteil vom 20. Oktober 2014 anerkannt, dass es sich bei Art. 60 lit. a DBG um eine Korrektornorm zum Massgeblichkeitsprinzip handle.⁸ Wie unter Ziff. 8 zu zeigen sein wird, kann das identische wirtschaftliche Ergebnis eines Forderungsverzichts durch einen Zuschuss der Forderung durch die Gläubigerin erzielt werden.⁹ Da ein Zuschuss klarerweise in den Anwendungsbereich von Art. 60 lit. a DBG fällt und somit gewinnsteuerneutral ist, sollte u. E. dasselbe für den direkten Forderungsverzicht des Aktionärs gelten. Letztlich erhöht sich nämlich auch beim Forderungsverzicht durch eine freiwillige Leistung (Verzicht) des Aktionärs das Vermögen der Tochter (durch Wegfall der Verbindlichkeit). Insofern sollte nach hier vertretener Auffassung beim erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht grundsätzlich eine Korrektur nach Art. 60 lit. a DBG zugelassen werden.

Anders mag der Fall zu beurteilen sein, bei dem der Aktionär nicht aufgrund seiner Gesellschafterstellung, sondern wie ein Dritter den Verzicht leistet, d. h., der Verzicht einem Drittvergleich standhält und beim Gläubiger somit geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellt. In dieser (eher selten anzutreffenden) Konstellation wäre es wohl sachgerecht, den Verzicht – analog der früheren Zürcher Praxis und der aktuellen

Praxis der ESTV zum Forderungsverzicht durch eine Schwestergesellschaft – als gewinnsteuerpflichtigen Ertrag bei der Schuldnerin und abzugsfähigen Aufwand bei der Gläubigerin zu qualifizieren und eine Korrektur nach Art. 60 lit. a DBG somit abzulehnen.

2.2.2 Grundsatz der Verwaltungspraxis: steuerbarer Ertrag

Leider wird die hier vertretene Auffassung (zumindest bisher) weder von der ESTV noch vom Bundesgericht geteilt. Ziffer 4.1.1.1.a des KS 32 hält nämlich fest, dass Forderungsverzichte durch Gesellschafter grundsätzlich¹⁰ gleich zu behandeln seien wie Forderungsverzichte Dritter und dass der Gesellschaft dadurch ein ertragswirksamer Vermögenszugang erwachse. Die ESTV beruft sich im KS 32 auf das (noch zum BdBSt ergangene) Urteil des Bundesgerichts vom 28. September 1989.¹¹ Da der Forderungsverzicht hier gewinnsteuerwirksam ist, wird er auch als sogenannt «echter Sanierungsertrag» bezeichnet. Damit erteilt das KS 32 der oben unter Ziff. 2.2.1 vertretenen Auffassung, wonach Art. 60 lit. a DBG u. U. als Korrektornorm bei einem handelsrechtlich erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht angerufen werden kann, eine klare Absage.

Das Bundesgericht hat diese Praxis (nunmehr mit Bezug auf das DBG) im Urteil vom

⁸ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 5.2.3 = StR 2015, 247 ff.

⁹ Analog zu behandeln ist ein Barzuschuss mit Rückzahlung der Schuld durch die Schuldnerin (vgl. Ziff. 8.1), ein Zuschussversprechen mit anschliessender Verrechnung gegen die bestehende Forderung (vgl. Ziff. 8.3), eine Verrechnungslibrierung (vgl. Ziff. 8.4) oder ein Befreiungsversprechen / eine Schuldübernahme i. S. v. Art. 175 f. OR durch die Mutter (vgl. Ziff. 8.5).

¹⁰ Ausnahmen gelten nur im Umfang des verdeckten Eigenkapitals (vgl. Ziff. 2.2.6) sowie für Sanierungskredite (vgl. Ziff. 2.2.7).

¹¹ BGE 115 Ib 269 = ASA 59 (1990/1991), 551 ff.

20. Oktober 2014 bestätigt.¹² Im erwähnten Leit-urteil vom 20. Oktober 2014 lag dem Bundes-gericht ein Fall zur Beurteilung vor, in dem der Forderungsverzicht handelsrechtlich erfolgs-wirksam verbucht war. Zumindest in der *ratio decidendi* hat das Bundesgericht mithin ledig-lich dazu Stellung genommen, dass bei einem erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht – anders als hier vertreten (vgl. oben Ziff. 2.2.1) – eine Korrektur aufgrund von Art. 60 lit. a DBG nur in zwei Ausnahmefällen (vgl. nachfolgend Ziff. 2.2.6 und Ziff. 2.2.7) vorzunehmen sei.

2.2.3 Handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchter Forderungsverzicht

Eine andere Frage ist freilich, wie ein handels-rechtlich erfolgsneutral verbuchter Forde-rungsverzicht gewinnsteuerlich zu beurteilen sei. Eine solche Verbuchung im Eigenkapital ist bei Forderungsverzichten innerhalb des Aktio-närsstrangs nach schweizerischem Rechnungs-legungsrecht nämlich durchaus zulässig. Das Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung (HWP) erklärt die (erfolgsneutrale) direkte Ver-buchung des Forderungsverzichts des Aktionärs im Eigenkapital im Rahmen einer Sanierung ex-plicit für zulässig.¹³ Ob (aus handelsrechtlicher Sicht) eine erfolgsneutrale Verbuchung des For-derungsverzichts ausserhalb einer Sanierung

zulässig ist, wird vom HWP nicht thematisiert, entspricht aber zwischenzeitlich der Praxis – in den meisten Fällen erfolgt inzwischen die Ver-buchung direkt in das Eigenkapital und nicht über die Erfolgsrechnung. Es besteht nämlich kein Grund, wieso eine erfolgsneutrale Verbu-chung eines Forderungsverzichts des (direkten oder indirekten) Anteilsinhabers ausserhalb einer Sanierung nicht zulässig sein soll. Der Erwähnung der «Sanierung» in Ziff. IV.2.28.3 HWP kommt somit keine einschränkende Be-deutung zu.

Aus Sicht des Gewinnsteuerrechts stellt sich da-her die Frage, ob bei einer (handelsrechtlich) erfolgsneutralen Verbuchung das Massgeblich-keitsprinzip zu beachten ist oder ob hier eine gewinnsteuerliche Korrektur vorgenommen werden kann bzw. muss. Das Verwaltungs-gericht Aargau hat im Urteil vom 1. Mai 2019 diesbezüglich entschieden, dass ein Forderungs-verzicht selbst dann gewinnsteuerwirksam sein könne, wenn er handelsrechtlich erfolgsneutral verbucht worden ist, und dass das Massgeblich-keitsprinzip hier nicht zum Tragen komme.¹⁴ Das Bundesgericht hatte diesen Fall bisher nicht zu beurteilen. Letztlich hat das Bundesgericht diese Frage auch *obiter dicta* bisher nicht entschieden. Im Leiturteil vom 20. Oktober 2014 begründet das Bundesgericht die gewinnsteuerwirksame

¹² BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 3.2.3 = StR 2015, 247 ff. Darin wird auch die alte Zürcher Praxis, wonach zu unterscheiden sei, ob der verzichtende Aktionär in der Eigenschaft als Aktionär oder wie ein Dritter handle (vgl. dazu DUSS/HELBING, Sanierung der Zürcher Sanierungspraxis bei Forderungsverzicht?, ST 2011, 527 ff.), abgelehnt.

¹³ Treuhand-Kammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Band 1 «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014, Ziff. IV.2.28.3. So auch bereits in der Voraufgabe von 2009, Ziff. 6.26.2.2. Schon im HWP 1998, Ziff. 2.3833 e) wird in Abgrenzung zum Rangrücktritt Folgendes gesagt: «Beim Forderungsverzicht von Aktionären liegt eine Kapitaleinlage vor, ...».

¹⁴ VGer AG, 1.5.2019, SJZ 2020, 37 ff., 38 f. *In casu* war der Forderungsverzicht aber dennoch nicht gewinnsteuer-wirksam, da die Ausnahme für Sanierungskredite (Ziff. 2.2.7) angewendet werden konnte.

Behandlung des Forderungsverzichts nämlich damit, dass dieser «handelsrechtlich erfolgswirksam zu berücksichtigen» sei, und verneint dort die steuerliche Korrektur nach Art. 60 lit. a DBG.¹⁵ Insofern ist letztlich nicht klar, wie das Bundesgericht den Fall eines handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichts beurteilen würde.

Auch die ESTV nimmt im KS 32 nicht explizit zur Frage Stellung, ob auch ein handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchter Forderungsverzicht gewinnsteuerwirksam sei. Ziff. 4.1.1.1.a des KS 32 hält lediglich allgemein fest, dass ein Forderungsverzicht eines Gesellschafters aus Sicht der Gewinnsteuer ein ertragswirksamer Vermögenszugang sei. Da somit nicht auf die handelsrechtliche Verbuchung abgestellt wird, nimmt die ESTV hier eine Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips in Kauf und unterwirft undifferenziert selbst einen (handelsrechtlich) erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht der Gewinnsteuer.¹⁶

Eine Erfassung eines handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichts und somit eine Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass der Forderungsverzicht unter Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG subsumiert werden kann (siehe nachfolgend Ziff. 2.2.4). Diese Konsequenz wird vom KS 32 zwar nicht explizit gezogen. Wenn die

ESTV aber auch den handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht mit der Gewinnsteuer erfassen will, hat sie u. E. letztlich wohl gar keine Alternative, als diesen unter Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG zu subsumieren. Das Verwaltungsgericht Aargau erwähnt im Urteil vom 1. Mai 2019 die Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG und § 68 Abs. 1 lit. b oder c StG AG mit keinem Wort und macht bloss Ausführungen zum hier nicht einschlägigen Art. 60 lit. a DBG (bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. a StHG sowie § 70 lit. a StG AG).¹⁷ Es hält aber immerhin Folgendes fest: «Kommt aber die Steuerbehörde wie hier zum Schluss, es liege entgegen der Verbuchung in der Jahresrechnung ein erfolgswirksamer Vorgang vor, darf sie für steuerliche Zwecke eine Bilanzberichtigung vornehmen. In diesem Fall hilft der Beschwerdeführerin auch die Bestätigung der handelsrechtskonformen Verbuchung durch die Revisionsstelle nicht weiter.»

Nun: In dieser Absolutheit ist die Aussage des Verwaltungsgerichts Aargau sicherlich nicht zutreffend. Es genügt nämlich nicht, dass die Steuerbehörde «zum Schluss kommt», dass in einem Fall vom Massgeblichkeitsprinzip abgewichen werden kann. Dieser «Schluss» der Steuerverwaltung muss vielmehr auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage beruhen. Dies entspricht der Schutzwirkung des Massgeblichkeitsprinzips

¹⁵ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 3.1 = StR 2015, 247 ff.

¹⁶ In Ziff. 2.1 des Baselbieter Steuerbuchs, Band 2 – Unternehmenssteuerrecht 57 Nr. 2 wird demgegenüber sogar explizit festgehalten, dass erfolgsneutral verbuchte echte Sanierungsgewinne für Gewinnsteuerzwecke aufgerechnet werden müssen.

¹⁷ Als Korrektornorm ist Art. 60 lit. a DBG beim Forderungsverzicht nämlich nur dann anwendbar, wenn dieser handelsrechtlich erfolgswirksam verbucht wurde (vgl. Ziff. 2.2.1).

zugunsten des Steuerpflichtigen, d. h. der handelsrechtskonformen Jahresrechnung.¹⁸ *Tertium non datur*? Anders liegt der Fall allenfalls dann, wenn die Steuerbehörden zum Schluss kämen, dass die erfolgsneutrale Verbuchung des Forderungsverzichts durch die Gesellschaft nicht handelsrechtskonform war. Da das Verwaltungsgericht Aargau einerseits keinen Hinweis auf Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG bzw. § 68 Abs. 1 lit. b oder c StG AG macht, andererseits zur Begründung der oben angeführten Aussage lediglich eine – vom dem Spruchkörper vorstehenden Gerichtspräsidenten MARKUS BERGER selbst verfasste – Literaturstelle anführt, in der die «Bilanzberichtigung» durch die Steuerbehörden auf dem Interpretationsweg propagiert wird,¹⁹ muss wohl davon ausgegangen werden, dass das Verwaltungsgericht hier die Korrektur nicht unter dem Titel von Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG bzw. § 68 Abs. 1 lit. b oder c StG AG verlangt, sondern nur auf dem Weg der «Bilanzberichtigung» durch die Steuerbehörde. Ob diese «Bilanzberichtigung» durch die Steuerbehörde materiell zutreffend war, wird vom Verwaltungsgericht Aargau aber nur unzureichend geprüft. So wird zwar auf das (den Fall eines erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzichts betreffende) Urteil des

Bundesgerichts vom 20. Oktober 2014²⁰ sowie das zu dieser Frage nicht explizit Stellung nehmende KS 32 und allerlei mehr oder weniger einschlägige steuerrechtliche Literatur verwiesen, das HWP (oder anderweitige Literatur zum Rechnungslegungsrecht) dagegen vollkommen ausser Acht gelassen. Da das HWP – die «Bibel» des Schweizer Rechnungslegungsrechts – die erfolgsneutrale Verbuchung des Forderungsverzichts des (direkten oder indirekten) Aktionärs explizit zulässt, scheint die Schlussfolgerung des Verwaltungsgerichts Aargau doch sehr abenteuerlich zu sein – eine Bilanzberichtigung setzt immer noch zweifellos eine handelsrechtswidrige Bilanz voraus und kann nicht als blosser Bilanzänderung im Ermessen der Steuerbehörde liegen.

Auch wenn die rechtliche Einordnung durch die Steuerbehörden letztlich nebulös bleibt, scheinen sich das KS 32 der ESTV wie auch das Verwaltungsgericht Aargau im Ergebnis einig zu sein: Auch ein handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchter Forderungsverzicht ist (grundsätzlich) gewinnsteuerwirksam. Etwas Anderes soll nur dann gelten, wenn entweder die Ausnahme bei verdecktem Eigenkapital (Ziff. 2.2.6) oder für Sanierungskredite (Ziff. 2.2.7) anwendbar ist.

¹⁸ Vgl. BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 58 N 16; PIERRE-MARIE GLAUSER, IFRS et droit fiscal: Les normes true and fair et le principe de détermination en droit fiscal suisse actuel, ASA 74 (2005/2006), 529 ff., 534 hat aus dem Massgeblichkeitsprinzip vier Grundregeln abgeleitet: 1) Eine durch das Handelsrecht geforderte Buchung muss steuerlich anerkannt werden, 2) Eine durch das Handelsrecht verbotene Buchung darf steuerlich nicht akzeptiert werden, 3) Eine durch den Steuerpflichtigen getroffene Wahl bzgl. Verbuchung muss von den Steuerbehörden respektiert werden, 4) Die Steuerbehörden dürfen folglich grundsätzlich nicht von der handelsrechtlichen Bilanz (erstellt nach den anwendbaren Regeln bzw. Grundsätzen) abweichen, ausser dies ist explizit durch eine steuerliche Regelung vorgesehen.

¹⁹ MARKUS BERGER, Probleme der Bilanzberichtigung, ASA 70 (2001/2002), 539 ff., 552 f.

²⁰ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012 = StR 2015, 247 ff.

2.2.4 Forderungsverzicht als Anwendungsfall von Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG?

Wie oben erwähnt, kann von einer handelsrechtskonformen Bilanz nur bei gesetzlicher Grundlage zulasten des Steuerpflichtigen abgewichen werden. Dies entspricht auch dem im Steuerrecht geltenden Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV). Von daher bedarf die gewinnsteuerwirksame Behandlung eines handelsrechtskonform erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichts einer gesetzlichen Grundlage. Potentiell in Frage kommen nur Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG.

Nach Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG setzt sich der steuerbare Reingewinn aus den vor der Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung ausgeschiedenen Teilen des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden, wie insbesondere Einlagen in die Reserven, zusammen. Einlagen in die Reserven erfolgen grundsätzlich erfolgsneutral und können daher nicht zu einer Gewinnaufrechnung führen. Die ausdrückliche Erwähnung von «Einlagen in die Reserven» scheint zwar genau unseren Fall zu erfassen, rechtfertigt aber keine Gewinnaufrechnung, wenn die Einlagen bereits erfolgsneutral verbucht wurden. Nur wenn die Einlage als Aufwand verbucht wurde, rechtfertigt sich eine Korrektur.²¹ Richtigerweise ist dann jedoch der Aufwand, nicht die Einlage zu korrigieren. Zuweisungen innerhalb der Reserven (z. B. gewinnmindernde Rücklagen für zukünftige Aufwendungen) können ebenfalls eine Aufrechnung rechtfertigen, diese betreffen jedoch

nicht den vorliegenden Fall der handelsrechtskonform gebuchten erfolgsneutralen Einlage. Eine Korrektur über Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG erfasst die der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträge mit Einschluss der Kapital-, Aufwertungs- und Liquidationsgewinne. Kapitalgewinne werden regelmässig erfolgswirksam erfasst, Aufwertungsgewinne nach Art. 670 OR dagegen mittels Aufwertungsreserve neutral behandelt, sodass eine steuerliche Korrektur notwendig ist. Mit dieser Norm können erfolgsneutral verbuchte Vorgänge steuerlich gewinnwirksam korrigiert werden oder Gewinnvorwegnahmen (wie z. B. nicht verrechnete Erträge) erfasst werden. Es muss sich um «Erträge» handeln, zu denen allerdings – auch im Einklang mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip und der Besteuerung der eigenen Leistung der Gesellschaft – die Kapitalzufuhr von aussen (z. B. durch Einlagen) nicht zählt.

Die Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip bei handelsrechtskonform erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzichten scheidet u. E. daher an der fehlenden Rechtsgrundlage. Es ist nicht verwunderlich, dass weder das Verwaltungsgericht Aargau noch die ESTV im KS 32 eine gesetzliche Begründung für die Umqualifizierung in steuerbaren Gewinn anführen (können). Letztlich bleibt ihnen nur die undifferenzierte, ergebnisorientierte Gleichbehandlung («jeder Forderungsverzicht des Aktionärs ist grundsätzlich gewinnsteuerwirksam»), die jedoch nicht im Einklang mit dem Massgeblichkeitsprinzip steht. Anders als beim erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht, bei dem der

²¹ Vgl. SIMONEK, (Fn. 7), § 8 N 72.

Steuerpflichtige die steuerliche Korrektur nach Art. 60 lit. a DBG begründen muss, liegt beim erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht die Begründung bzw. die Beweislast für die steuererhöhende Behandlung bei der Steuerbehörde. Diese Begründung wurde bisher weder von der ESTV noch den Gerichten geliefert. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Bundesgericht in dieser Frage positionieren wird.

2.2.5 Zwischenfazit

Aller Kritik zum Trotz scheint mittlerweile zumindest für die Verwaltungspraxis klar zu sein, dass der Forderungsverzicht des Anteilnehmers gewinnsteuerwirksam ist. Daraus folgt zunächst, dass beim erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht die Berufung auf Art. 60 lit. a DBG den zuständigen Steuerbehörden nur noch ein müdes Lächeln abzurufen vermag. Aber auch beim handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht wird gemäss KS 32 das sonst so unantastbare Massgeblichkeitsprinzip über Bord geworfen: Unabhängig vom Vorliegen einer Korrektornorm nach Art. 58 Abs. 1 lit. b oder c DBG und unabhängig von den fehlenden Voraussetzungen für eine Bilanzkorrektur durch die Steuerbehörden ist auch hier der Forderungsverzicht grundsätzlich gewinnsteuerwirksam: einfach und konsequent, im Sinne der Veranlagungsökonomie.

Mit Bezug auf den erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht ist die Frage auch bereits vom Bundesgericht im Sinne der ESTV entschieden worden. Ein Entscheid zum handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht

steht noch aus. Ob der Umstand, dass das Bundesgericht im Urteil vom 20. Oktober 2014 das Hohelied des Massgeblichkeitsprinzips singt, ein Indiz dafür ist, dass diesem nicht nur beim erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht, sondern auch beim handelsrechtlich korrekt erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht zum Durchbruch zu verhelfen ist, muss abgewartet werden und hängt wohl stark von der konkreten Besetzung des Spruchkörpers ab.

Nun streicht das Bundesgericht im erwähnten Leitentscheid zwar durchaus die Bedeutung des Massgeblichkeitsprinzips sowie den Umstand heraus, dass sich der Steuerpflichtige auf die von ihm gewählte «buchhalterische Behandlung» behaften lassen müsse. Im gleichen Satz wird aber auch gesagt, dass sich der Steuerpflichtige «auf die von ihm gewählte rechtliche Ausgestaltung (...) seiner Geschäfte» behaften lassen müsse.²² Durch diese Aussage hält sich das Bundesgericht sozusagen die Tür offen, den (zivilrechtlich) als Forderungsverzicht ausgestalteten Forderungsverzicht auch dann gewinnsteuerwirksam zu behandeln, wenn dieser erfolgsneutral verbucht wird – es wird aber nicht umhinkommen, dafür eine gesetzliche Grundlage anzugeben.

Immerhin eröffnet diese Position des Bundesgerichts für den Steuerpflichtigen aber auch Möglichkeiten, sich durch eine andere zivilrechtliche Strukturierung den mit dem Forderungsverzicht verbundenen Gewinnsteuerfolgen zu entziehen. Dies scheint durchaus auch im Sinne des Bundesgerichts zu sein, da es beim Forderungsverzicht (bzw. einem vergleichbaren Rechtsgeschäft) gerade nicht auf

²² BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 5.2.4 = StR 2015, 247 ff.

den «wirtschaftlichen Gehalt» ankomme. Somit sind wirtschaftlich einem Forderungsverzicht vergleichbare alternative Strukturierungen eines *Debt for Equity Swaps* nach Auffassung des Bundesgerichts aus Sicht des Gewinnsteuerrechts nach Massgabe ihrer rechtlichen (und buchhalterischen) Ausgestaltung und nicht nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen.²³ Ein gewisser Lichtblick ist immerhin, dass nun in Ziff. 2.2.3 KS 29b (mit Bezug auf die Bildung von Kapitaleinlagereserven [KER]) konsequent auf die handelsrechtliche Verbuchung abgestellt wird.²⁴ Der zwischen Ziff. 2.2.3 KS 29b sowie Ziff. 4.1.1.1.a KS 32 bestehende Widerspruch wird – mit Bezug auf KER – klarerweise zu Gunsten des neueren KS 29b gelöst. Konsequenterweise gilt dies nicht nur für die Bildung von KER, sondern auch mit Bezug auf die gewinnsteuerliche Behandlung. Es wäre nämlich widersprüchlich, wenn ein (handelsrechtlich erfolgsneutral verbuchter) Forderungsverzicht einerseits zur Bildung von KER berechtigen würde, andererseits aber gewinnsteuerlich aufgerechnet würde.

Es wird sich zeigen, ob die für die Veranlagung zuständigen kantonalen Steuerbehörden sowie die Abteilung «Aufsicht Kantone» der ESTV in der Praxis hier die erwünschte Entscheidungsharmonie herstellen werden. Mittelfristig ist u. E. klar, dass Ziff. 4.1.1.1.a KS 32 sowohl für Gewinnsteuer²⁵ als auch für KER – im Einklang

mit dem Massgeblichkeitsprinzip – an die in Ziff. 2.2.3 KS 29b enthaltene Regel angepasst werden sollte.

2.2.6 Ausnahme bei verdecktem Eigenkapital

Nur ausnahmsweise ist ein handelsrechtlich erfolgswirksam verbuchter Forderungsverzicht des Aktionärs gemäss Praxis ESTV und Bundesgericht gemäss Art. 60 lit. a DBG gewinnsteuerneutral. Diese Fälle werden als «unechter Sanierungsertrag» bezeichnet. Der erste Fall von «unechtem Sanierungsertrag» betrifft Gesellschafterdarlehen, welche vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurden.²⁶ Dies gilt aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann, wenn die Verbindlichkeit vor dem Forderungsverzicht tatsächlich (seitens des Steuerpflichtigen oder der Steuerbehörde) als verdecktes Eigenkapital behandelt wurde (sog. «Kohärenzerfordernis»). Der Umstand, dass das Gesellschafterdarlehen als verdecktes Eigenkapital hätte qualifiziert werden können, genügt nicht.²⁷

Ob die Verbindlichkeit als verdecktes Eigenkapital behandelt wird, steht u. U. im Zeitpunkt des Verzichts noch nicht fest. Bei noch offener Veranlagung kann der Steuerpflichtige proaktiv die Qualifikation der Verbindlichkeit als verdecktes Eigenkapital deklarieren. Hierzu ist eine rektifizierte Steuererklärung einzureichen. Die

²³ Vgl. dazu Ziff. 8.

²⁴ Vgl. dazu Ziff. 2.4.

²⁵ Für die Gewinnsteuer natürlich auch in Bezug auf Forderungsverzichte von indirekten Aktionären.

²⁶ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.1.a; BGE 115 Ib 269; BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 6.3 = StR 2015, 247 ff.

²⁷ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 6.1.1 = StR 2015, 247 ff.

Behandlung als verdecktes Eigenkapital «vor der Sanierung» bezieht sich nämlich auf die Steuerperiode vor dem Verzicht, nicht auf den Zeitpunkt der Einreichung der Steuererklärung. Hat eine Gesellschaft, welche über verdecktes Eigenkapital verfügt, mehrere Verbindlichkeiten gegenüber nahestehenden Personen, stellt sich zudem die Frage, inwiefern das verdeckte Eigenkapital einem konkreten Darlehen zuzuordnen ist. Dem KS 6²⁸ der ESTV zum verdeckten Eigenkapital kann diesbezüglich keine Regel entnommen werden. Richtigerweise besteht hier ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen. Mit anderen Worten ist die Forderung, auf die verzichtet wird, bis zum Umfang des verdeckten Eigenkapitals stets dem verdeckten Eigenkapital zuzuweisen, solange der Steuerpflichtige nichts Gegenteiliges zum Ausdruck bringt. Diese Sichtweise wird auch durch den Wortlaut von Ziff. 4.1.1.1 KS 32 gestützt, wonach eine steuerneutrale Behandlung erfolgt, «wenn und soweit» Gesellschafterdarlehen als verdecktes Eigenkapital behandelt wurden.

2.2.7 Ausnahme für Sanierungskredite

Ein weiterer Fall von «unechtem Sanierungsertrag» ist gemäss Praxis ESTV und Bundesgericht der Forderungsverzicht auf Gesellschafterdarlehen, die erstmalig oder zusätzlich wegen schlechten Geschäftsgangs gewährt wurden und unter den gleichen Umständen von unabhängigen Dritten nicht zugestanden worden wären (im Folgenden als «Sanierungskredite»

bezeichnet). Entscheidend sind dabei – anders als beim verdeckten Eigenkapital – die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gewährung des entsprechenden Gesellschafterdarlehens.²⁹ Da es sich dabei um eine Ausnahme zur generellen Steuerbarkeit handelt, ist diese – wie auch die unter Ziff. 2.2.6 beschriebene Ausnahme bei verdecktem Eigenkapital – gemäss Bundesgericht eng auszulegen.³⁰ Auch die Ausnahme für Sanierungskredite führt dazu, dass gemäss Art. 60 lit. a DBG ein handelsrechtlich erfolgswirksam verbuchter Forderungsverzicht für Gewinnsteuerzwecke neutralisiert wird.

2.2.8 Forderungsverzichte ausserhalb von Sanierungen

Die Praxis der ESTV zu Forderungsverzichten ist unter dem Titel «Steuerliche Behandlung von Sanierungsmassnahmen» bzw. «Sanierungsbedürftige Gesellschaft» geregelt. Gemäss Ziff. 2 KS 32 ist eine Kapitalgesellschaft dann sanierungsbedürftig, wenn eine echte Unterbilanz vorliegt (d. h., wenn Verluste bestehen, welche weder durch offene noch stille Willkürreserven [jedoch ohne Berücksichtigung von Zwangsreserven nach Art. 960a Abs. 2 OR sowie Aufwertungsreserven nach Art. 670 OR] gedeckt sind). Es stellt sich daher die Frage, ob die oben beschriebenen Regeln (d. h. insbesondere die Ausnahme bei verdecktem Eigenkapital [Ziff. 2.2.6] sowie die Ausnahme für Sanierungskredite [Ziff. 2.2.7]) nur auf sanierungsbedürftige Gesellschaften anwendbar

²⁸ ESTV, KS 6 vom 6.6.1997, verdecktes Eigenkapital.

²⁹ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 6.2.2 = StR 2015, 247 ff. Das Bundesgericht verwarf den Ansatz, wonach der Zeitpunkt der Entscheidung, die Verbindlichkeit nicht einzufordern, massgeblich sei.

³⁰ BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 5.2.4 = StR 2015, 247 ff.

sind, was die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem «Sanierungsertrag» vermuten lassen könnte.

Letztlich gibt es aber keinen Grund, Forderungsverzichte mit Bezug auf nicht sanierungsbedürftige Gesellschaften gewinnsteuerlich anders zu behandeln.³¹ Somit unterliegen Forderungsverzichte von Aktionären für nicht sanierungsbedürftige Gesellschaften konsequenterweise – nach der Auffassung von ESTV und Bundesgericht – grundsätzlich ebenfalls der Gewinnsteuer.³² So unterliegt demnach beispielsweise der Verzicht auf ein Aktionärsdarlehen, welches zwecks Vorfinanzierung³³ einer Akquisition gewährt wurde und auf das die Gläubigerin in der Folge verzichtet («Kapitalisierung des Darlehens»), der Gewinnsteuer.

Konsequenterweise müssen somit auch die Ausnahmen bei verdecktem Eigenkapital (Ziff. 2.2.6) sowie die Ausnahme für Sanierungskredite (Ziff. 2.2.7) unabhängig davon gewährt werden, ob es sich um eine sanierungsbedürftige Gesellschaft handelt oder nicht. Die Kriterien «schlechter Geschäftsgang» sowie «verdecktes

Eigenkapital» knüpfen nämlich nicht an die Sanierungsbedürftigkeit einer Gesellschaft an.

2.2.9 Fazit zur Gewinnsteuer

Wie bereits eingangs dargelegt, vermag uns die derzeit geltende Praxis der ESTV sowie des Bundesgerichts zu Forderungsverzichten nicht zu überzeugen.³⁴ Solange die ESTV sowie die kantonalen Veranlagungsbehörden³⁵ an dieser Praxis festhalten, bleibt dem Steuerpflichtigen aber nichts Anderes übrig, als sich damit zu arrangieren (oder im Vorfeld bei erfolgsneutraler Verbuchung des Forderungsverzichts mit den oben genannten Argumenten im Einzelfall die kantonale Steuerbehörde dazu zu bewegen, die Steuerneutralität zu bestätigen). Und da dasselbe wirtschaftliche Ergebnis auch auf anderem Weg erreicht werden kann, kann sich der (kundige oder zumindest gut beratene) Steuerpflichtige sogar sehr gut damit arrangieren, wie unter Ziff. 8 noch zu zeigen sein wird.

Bestehen Verlustvorträge, erfolgt die Nagelprobe, ob der Forderungsverzicht gewinnsteuerwirksam oder -neutral ist (z. B. wegen der Anwendung der Ausnahmen für verdecktes

³¹ Auch aus handelsrechtlicher Sicht ergeben sich, wie in Ziff. 2.2.3 dargelegt, keine Unterschiede. Unterschiede ergeben sich demgegenüber für die Emissionsabgabe (vgl. dazu Ziff. 2.3).

³² So auch das Bundesgericht in der einleitenden Begründung BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 5.2.1 und 5.2.2 = StR 2015, 247 ff. So wohl auch LOCHER, (Fn. 7), Art. 60 N 22.

³³ Dies ist vergleichbar mit dem «Startdarlehen», auf das im Bundesgerichtsfall vom 20.10.2014 steuerwirksam verzichtet wurde. Die Vorinstanz, VGer ZH, SB.1.4.2010, 2010.00024 hat dies noch anders gesehen.

³⁴ Kritisch auch BRÜLISAUER, (Fn. 7), Art. 60 N 56. Die von BRÜLISAUER vertretene Unterscheidung in monetäre Darlehen und operative Darlehen (vgl. BRÜLISAUER/MAURON, Sanierungen: Präzisierungen zum Kreisschreiben Nr. 32, IFF Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 23./24.8.2016, Folien 27 ff.) geht ebenfalls in Richtung der alten Zürcher Praxis. Die von BRÜLISAUER geäußerte Kritik könnte u. E. einfacher und wertungswiderspruchsfrei durch Anwendung der gleichen Kriterien für Verzichte von Schwestergesellschaften (Drittvergleich) im KS 32 wie für Aktionärsverzichte gelöst werden. Warum es für die Schuldnerin, insbesondere unter Anwendung der Dreieckstheorie im Gewinnsteuerrecht, einen Unterschied machen soll, ob der Verzicht von der Mutter oder einer Schwester kommt, erschliesst sich uns nämlich nicht.

³⁵ Vgl. dazu LINDER/SCHALCHER, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, ST 2014, 123 ff.

Eigenkapital [Ziff. 2.2.6] bzw. für Sanierungskredite [Ziff. 2.2.7]), in der Praxis regelmässig erst Jahre später. Dann nämlich, wenn die Gesellschaft ihre Verlustvorträge mit Gewinnen zur Verrechnung bringen will. Da die Höhe der Verlustvorträge (in den meisten Kantonen) nicht veranlagt wird, ist im Jahr des Verzichts oft unklar, in welcher Höhe Verluste reduziert wurden. Deshalb ist bei einem Forderungsverzicht die vorgängige Kontaktaufnahme mit der Steuerbehörde in aller Regel ratsam.

2.2.10 Erweiterte Verlustverrechnung (Art. 67 Abs. 2 DBG)

Die negativen Gewinnsteuerfolgen des Forderungsverzichts werden zumindest in Sanierungssituationen durch das Instrument³⁶ der erweiterten Verlustverrechnung gemildert oder u. U. sogar ganz beseitigt. Gewinnsteuerwirksame Forderungsverzichte können bei Sanierungen gemäss Art. 67 Abs. 2 DBG nämlich nicht nur mit Verlusten aus den vergangenen sieben Geschäftsjahren, sondern auch mit Verlusten aus früheren Geschäftsjahren verrechnet werden. Dies ist aber nur so weit möglich, als dass der Forderungsverzicht zu einer Beseitigung einer Unterbilanz führt. Dabei ist nicht erforderlich, dass die Unterbilanz vollständig beseitigt wird. Ebenfalls ist weder die Beseitigung einer Überschuldung noch einer qualifizierten Unterbilanz erforderlich.

Dabei ist die Verrechnung zunächst mit den älteren Verlusten (d. h. Verlusten ausserhalb der Siebenjahresfrist von Art. 67 Abs. 1 DBG) vorzunehmen.³⁷ In Bezug auf die Sanierungsbedürftigkeit ist zu begrüssen, dass nach neuerer Praxis³⁸ der ESTV sowohl Zwangsreserven i. S. v. Art. 960a Abs. 2 OR sowie Aufwertungsreserven i. S. v. Art. 670 OR nicht zu beachten sind. Somit verringert sich die mit Bezug auf Art. 67 Abs. 2 DBG relevante Unterbilanz nur durch offene und stille Willkürreserven, die auch handelsrechtlich aufgedeckt werden können.

Beispiel: *Eine Gesellschaft weist in ihrer Bilanz Verluste in Höhe von CHF 10 Mio. aus (Unterbilanz), wobei bloss CHF 4 Mio. noch innerhalb der Siebenjahresfrist von Art. 67 Abs. 1 DBG sind, CHF 6 Mio. sind älter. Sie hat aber noch stille Reserven in Höhe von CHF 9 Mio.: CHF 4 Mio. Reserven auf Beteiligungen, CHF 3 Mio. Zwangsreserven auf einem erworbenen Patent sowie CHF 2 Mio. auf den (wertberechtigten) Debitoren. Somit ist die Gesellschaft im Umfang von CHF 8 Mio. (CHF 10 Mio. Unterbilanz abzüglich stiller Willkürreserven von CHF 2 Mio.) steuerlich sanierungsbedürftig. Verzichtet nun der Aktionär gewinnsteuerwirksam auf ein Darlehen in Höhe von CHF 12 Mio., kann er davon CHF 10 Mio. mit Verlustvorträgen verrechnen (wobei im Umfang von CHF 6 Mio. Verluste geltend gemacht werden können, die älter als sieben Jahre sind). Bis zum Umfang der Beseitigung der*

³⁶ So auch LOCHER, (Fn. 7), Art. 67 N 30 m. H. auf zahlreiche abweichende Lehrmeinungen.

³⁷ So auch FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, 98; HELBING/FELBER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 67 N 79.

³⁸ Diese geht auf einen zur Emissionsabgabe ergangenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.6.2018 (A-3735/2017) zurück (vgl. dazu Ziff. 2.3.3), welcher für die Zwecke von Art. 67 Abs. 2 DBG analog angewendet wird.

steuerlichen Unterbilanz (Unterbilanz abzüglich freiwilliger stiller Reserven und offener Reserven) können ältere Verlustvorträge verrechnet werden (hier bis zu CHF 8 Mio.). Verzichtet der Aktionär nur im Umfang von CHF 7 Mio. auf das Darlehen, kann er den Gewinn vollumfänglich mit Verlusten verrechnen, wobei bloss CHF 1 Mio. der Verluste innerhalb der Siebenjahresfrist von Art. 67 Abs. 1 DBG untergehen, da zuerst mit den älteren Verlusten verrechnet wird.

2.3 Emissionsabgabe

2.3.1 Forderungsverzicht als steuerbarer Zuschuss

Forderungsverzichte des (direkten³⁹) Anteilsinhabers stellen – auch bei ertragswirksamer Verbuchung – einen Zuschuss des Gesellschafters dar, der gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a StG der Emissionsabgabe von 1% unterliegt.⁴⁰ Dies ist auf den ersten Blick nachvollziehbar, da die Gesellschaft im Umfang des Forderungsverzichts tatsächlich eine Leistung (Befreiung von Verbindlichkeit) erhält und somit «bereichert» wird.

Dennoch steht die Unterwerfung des Forderungsverzichts unter die Emissionsabgabe in einem seltsamen Spannungsfeld zur gewinnsteuerlichen Behandlung. Wenn für Zwecke der Gewinnsteuer der Forderungsverzicht nicht als Einlage i. S. v. Art. 60 lit. a DBG, sondern als Ertrag qualifiziert wird, dürfte u. E.

konsequenterweise auch kein stempelabgabepflichtiger Zuschuss vorliegen.⁴¹

In diese Richtung gingen auch die KS 29/29a der ESTV, welche in Ziff. 2.2.3 die Bildung von Kapitaleinlagereserven (KER) auf sogenannte «unechte Sanierungserträge» (d. h. nicht gewinnsteuerwirksame Sanierungserträge) zu beschränken schienen. Dies entsprach aber klarerweise nicht der Verwaltungspraxis⁴² und wurde nunmehr mit der Neufassung des KS 29b auch korrigiert.

Nach hier vertretener Auffassung ist das stossende Ergebnis – dass ein Forderungsverzicht sowohl der Gewinnsteuer als auch der Emissionsabgabe unterworfen wird – auch nicht durch eine Änderung der Praxis zur Emissionsabgabe zu beseitigen. Wie oben unter Ziff. 2.2 bereits ausgeführt wurde, sollte u. E. vielmehr die Praxis zur Gewinnsteuer angepasst und der Forderungsverzicht des Anteilsinhabers als steuerneutrale Kapitaleinlage i. S. v. Art. 60 lit. a DBG qualifiziert werden. Dies entspricht auch der handelsrechtlichen Sicht, wonach der Forderungsverzicht als Einlage gilt und auch erfolgsneutral verbucht werden kann. Es ist auf die Sicht der empfangenden Gesellschaft abzustellen, die im Umfang des Forderungsverzichts bereichert wird. Zu den korrespondierenden Steuerfolgen beim Gläubiger siehe nachfolgend Ziff. 2.5.

³⁹ Anders verhält es sich bei Forderungsverzichten eines bloss indirekten Anteilsinhabers (z. B. einer Grossmuttergesellschaft; vgl. dazu Ziff. 2.3.4).

⁴⁰ Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.3.a.

⁴¹ So auch TADDEI/FELBER, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, StG, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 5 N 66.

⁴² ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.3.a enthielt entsprechend auch keine Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Sanierungsertrag.

2.3.2 Sanierungsfreibetrag

(Art. 6 Abs. 1 lit. k StG)

Keine Emissionsabgabe ist geschuldet, falls und insoweit der (auf CHF 10 Mio. begrenzte) Sanierungsfreibetrag von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG in Anspruch genommen werden kann. Dies ist dann und insoweit der Fall, als der Forderungsverzicht dazu verwendet wird, Verluste (handelsrechtlich) auszubuchen. Ob der Forderungsverzicht gewinnsteuerwirksam ist oder nicht, spielt diesbezüglich keine Rolle. Obwohl gemäss Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG die Anwendung des Ausnahmetatbestands auf «Sanierungen» beschränkt zu sein scheint, ist die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft praxisgemäss keine Anwendungsvoraussetzung.⁴³ Der Freibetrag kann insgesamt pro Gesellschaft⁴⁴ nur einmal, aber in mehreren Transaktionen («soweit») in Anspruch genommen werden.

Da die Inanspruchnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG die handelsrechtliche Ausbuchung von Verlusten voraussetzt, qualifiziert der Forderungsverzicht somit nicht für die Bildung von Reserven aus Kapitaleinlagen (KER) i. S. v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG. Die Verrechnung gegen die an sich als KER qualifizierende Einlage ist – zumindest gemäss rechtskräftigem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts⁴⁵ – definitiv, und die KER können nicht später wieder aufgefüllt werden.

Im Ergebnis muss sich eine Gesellschaft somit zwischen Emissionsabgabeersparnis einerseits und Bildung von KER andererseits entscheiden. Die Praxis der ESTV, wonach die Berufung auf Art. 6 Abs. 1 lit. k StG zwingend die handelsrechtliche Ausbuchung von Verlusten voraussetzt, liegt u. E. nicht zwingend auf der Hand. Die vom Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG vorausgesetzte «Beseitigung von Verlusten» ist nämlich auch durch eine bloss Saldierung mit bestehenden Verlusten (ohne handelsrechtliche Ausbuchung) erfüllt. Für die Zwecke einer Sanierung einer Unterbilanz i. S. v. Art. 725 OR ist nämlich lediglich relevant, dass die Unterbilanz beseitigt wird und Verluste durch Eigenkapital gedeckt sind. Ob die Verluste handelsrechtlich ausgebucht oder «stehen gelassen» werden, ist sowohl aus Sicht des Aktienrechts wie auch wirtschaftlich vollkommen unerheblich. Relevant ist die Frage letztlich bloss aufgrund der – im Lichte der Materialien von Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG u. E. verfehlten⁴⁶ – Praxis der ESTV (und nunmehr auch des BVGer) mit Bezug auf die Bildung von KER. Die ESTV führt in Ziff. 3.3.2.b) des KS 32 aus, dass «bestehende» bzw. «vorhandene» Verluste beseitigt werden müssen. Es ist somit fraglich, ob auch die Verrechnung mit laufenden Verlusten für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG qualifiziert. U. E. steht weder der Wortlaut noch

⁴³ Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 3.3.2.; NORDIN/WILD, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, StG, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 6 N 104L.

⁴⁴ Bei Fusionen muss u. E. der Freibetrag pro Gesellschaft gelten, sodass ein Verbrauch bei der übertragenen Gesellschaft den Freibetrag der übernehmenden Gesellschaft – Steuerumgehung vorbehalten – grundsätzlich nicht reduziert. Andersherum erhöht ein noch nicht verbrauchter Freibetrag der bei der Fusion untergehenden Gesellschaft den Freibetrag bei der übernehmenden Gesellschaft nicht.

⁴⁵ BVGer, 4.6.2015, A-6072/2013, BVGE 2015/25, 357 ff.; so auch ESTV, KS 29b, Ziff. 3.1. Das Bundesgericht musste diese Frage bislang noch nicht entscheiden.

⁴⁶ So bereits STEFAN OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüsse von Gesellschaftern, ST 2010, 881 ff., 884 f.

Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG einer Verrechnung auch mit laufenden Verlusten entgegen. Dies entspricht dem Vernehmen nach auch der Praxis der ESTV.

Beispiel: Die A. AG weist Verluste von CHF 5 Mio. zum 31. Dezember 2019 auf. Aufgrund der COVID-19-Situation ist mit weiteren Verlusten in 2020 zu rechnen. Der Gesellschafter verzichtet auf Forderungen von CHF 9 Mio. im April 2020, die gegen die Verlustvorträge vom 31. Dezember 2019 und laufende Verluste bis zum 31. Dezember 2020 von CHF 3 Mio. verrechnet werden. Im Umfang von CHF 8 Mio. (Verlustverrechnung 2019/2020) kann der Freibetrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG in Anspruch genommen werden.

Variante: Im obigen Beispiel beträgt der laufende Verlust am 30. April 2020 CHF 4 Mio. U. E. kann der Freibetrag somit für den vollständigen Forderungsverzicht von CHF 9 Mio. in Anspruch genommen werden. Dabei muss von der A. AG aber der Nachweis erbracht werden, dass der Zuschuss zur vollständigen Ausbuchung von unterjährigen Verlusten führt.

Dies entspricht dem Vernehmen nach auch der Praxis der ESTV, da andernfalls für Art. 6 Abs. 1 lit. k StG strengere Voraussetzungen als beim Erlass der Emissionsabgabe nach Art. 12 StG gelten würden, für den die Verrechnung mit laufenden Verlusten im Jahr der Sanierung keine «Über-sanierung» darstellt.

Für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ist – im Gegensatz zum Erlass nach Art. 12 StG – kein Gesuch notwendig. Die Ausnahme kann entweder mit Formular 4 (stille Sanierung)

oder mit Formular 3 (offene Sanierung) geltend gemacht werden. Im Formular 4 ist Art. 6 Abs. 1 lit. k StG erwähnt. Im Formular 3 muss der Freibetrag unter Art. 6 Abs. 1 lit. h StG aufgeführt und als Sanierungsfreibetrag spezifiziert werden. Dabei sind die entsprechenden Unterlagen (Vereinbarung über den Zuschuss oder dergleichen) beizulegen. Art. 6 Abs. 1 lit. k StG geht dem Erlass der Emissionsabgabe nach Art. 12 StG vor. Ein Erlass nach Art. 12 StG ist somit nur dann bzw. insoweit möglich, als der Sanierungsfreibetrag von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG bereits ausgeschöpft wurde.

2.3.3 Erlass der Emissionsabgabe (Art. 12 StG)

Sind die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG nicht (oder nur teilweise) erfüllt,⁴⁷ kann die Gesellschaft bei der ESTV einen Antrag auf Erlass der Emissionsabgabe gemäss Art. 12 StG stellen. Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind insofern enger als diejenigen von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG, als ein Erlass nur bei einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft möglich ist. Zudem muss es sich um eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft handeln. Schliesslich ist ein Erlass nach Art. 12 StG nur insoweit möglich, als echte Verluste beseitigt werden. Sowohl offene als auch stille Reserven (neu nach BVGer allerdings ohne Zwangsreserven [auf betrieblichem Anlagevermögen] sowie *obiter dicta* Aufwertungsreserven) müssen diesbezüglich gegengerechnet werden. Schliesslich muss eine

⁴⁷ Ein Erlass nach Art. 12 StG ist nur dann bzw. insoweit möglich, als der Sanierungsfreibetrag von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG bereits aufgebraucht wurde (vgl. Ziff. 2.3.2).

offenbare Härte vorliegen, d. h., die Gesellschaft darf nicht unterkapitalisiert gewesen sein.⁴⁸ Bemerkenswert ist dabei, dass gemäss konstanter Praxis ein Erlass nach Art. 12 StG nur dann gewährt wird, wenn Verluste bei der betroffenen Gesellschaft handelsrechtlich ausgebucht werden.⁴⁹ Die mit Bezug auf Art. 6 Abs. 1 lit. k StG vorgenommene Kritik (vgl. oben Ziff. 2.3.2) ist hier natürlich gleichermassen gültig. Doch erscheint das Erfordernis der handelsrechtlichen Ausbuchung der Verluste mit Bezug auf Art. 12 StG noch bizarrer als mit Bezug auf Art. 6 Abs. 1 lit. k StG. Im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 lit. k StG setzt die Berufung auf Art. 12 StG nämlich voraus, dass eine «sanierungsbedürftige» Gesellschaft vorliegt und «echte Verluste» beseitigt werden. Diesbezüglich sind handelsrechtlich ausgewiesene Verluste mit offenen (und sogar gewissen stillen) Reserven zu verrechnen. Mit hin wird – zu Recht – durch Saldierung eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angewandt. Insofern kommt es einem unzulässigen Methodendualismus gleich, wenn für die Anwendung von Art. 12 StG zusätzlich auch die handelsrechtliche Ausbuchung der Verluste verlangt wird. Die entsprechende Praxis der ESTV wurde zwar vom Bundesrat bestätigt,⁵⁰ aber bisher noch nie von einer richterlichen Behörde überprüft. Gemäss einem neueren Urteil des BVGer sind Zwangsreserven (zumindest auf betriebliches Anlagevermögen) i. S. v. Art. 960a Abs. 2 OR

(damals Art. 665 aOR) mit Bezug auf die Ermittlung der Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft nicht mehr zu berücksichtigen.⁵¹ Das Urteil betraf zwar Art. 665 aOR, muss jedoch u. E. auch auf Aufwertungsreserven nach Art. 670 OR angewendet werden. Dies entspricht dem Verfahren nach auch der Praxis der ESTV.

Beispiel: *Die A. AG verfügt über CHF 15 Mio. Verluste und zugleich über folgende stillen Reserven: CHF 10 Mio. Zwangsreserven auf ein erworbenes Patent für die Entwicklung diverser Produkte, CHF 2 Mio. auf Beteiligungen und CHF 1 Mio. auf wertberichtigte Debitoren. Ihre Muttergesellschaft leistet einen Forderungsverzicht über CHF 13 Mio. Die A. AG verlangt einen Erlass der Emissionsabgabe auf CHF 13 Mio. (der Freibetrag von CHF 10 Mio. nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG war bereits vollständig verbraucht). Nach bisheriger Verwaltungspraxis wäre der relevante Verlust nur CHF 2 Mio. nach Abzug sämtlicher stiller Reserven. Diese Auffassung hat das BVGer differenziert: Zwangsreserven ergeben sich aufgrund des Anschaffungskostenprinzips, wonach Aktiven grundsätzlich nicht über die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten hinaus aktiviert werden würden. Ausnahmen gelten z. B. für kotierte Wertpapiere oder Aufwertungen von Immobilien oder Beteiligungen zum Ausgleich einer Unterbilanz, vgl. Art. 670 Abs. 1 S. 1 OR. Ausserhalb dieser handelsrechtlich zulässigen Aufwertungen können auch für*

⁴⁸ Zu den Voraussetzungen von Art. 12 StG vgl. eingehend (mit vielen Hinweisen) MAURUS WINZAP, in: Oberson/Hinny (Hrsg.), *LT Commentaire droits de timbre / StG Kommentar Stempelabgaben*, Zürich 2006, Art. 12 N 19 ff.

⁴⁹ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 3.3.3; EFD, 3.6.1980, ASA 49 (1980/1981), 342 ff.

⁵⁰ BR, 16.4.1980, VPB 44.87, E. 4.

⁵¹ BVGer, 12.6.2018, A-3735/2017, E. 4.3.2.1 (bestätigt durch BGer, 10.8.2018, 2C_621/2018, wobei dieser Punkt vom Bundesgericht nicht geprüft werden konnte); so bereits WINZAP, (Fn. 48), Art. 12 N 21.

Zwecke des Emissionsabgabeerlasses keine höheren Werte berücksichtigt werden, zumindest keine Zwangsreserven für betriebliches Anlagevermögen. Ebenso können gemäss BVGer auch Aufwertungsreserven nach Art. 670 OR nicht schädlich sein, da diese nicht mit Verlusten verrechnet werden dürfen.⁵² Somit wären nur offene Reserven und stille Reserven, die handelsrechtlich frei aufgewertet werden können (Willkürreserven), schädlich. Der massgebliche Verlust beträgt hier folglich CHF 14 Mio. (CHF 15 Mio. abzüglich CHF 1 Mio. stiller Reserven auf wertberichtigte Debitoren) und deckt den Zuschuss vollständig ab.

In Bezug auf das Kriterium der Unterkapitalisierung sind gemäss dieses neuen Urteils des BVGer die Verkehrswerte – d. h. auch die Zwangsreserven – zu berücksichtigen. Ergibt sich z. B. ein Mindestkapital von CHF 5 Mio. bei einem Aktienkapital von CHF 4 Mio., so liegt aufgrund der Zwangsreserven von CHF 10 Mio. keine Unterkapitalisierung vor. Nach Auffassung des BVGer wird somit nicht nur das «versteppelte Kapital», sondern das Eigenkapital inklusive der Zwangsreserven berücksichtigt, um zu beurteilen, ob eine Unterkapitalisierung vorlag, die den Erlass ausschliessen würde.

2.3.4 Indirekter Zuschuss

Ein Forderungsverzicht unterliegt nur dann der Emissionsabgabe, wenn der verzichtende

Gläubiger (direkter) Gesellschafter (d. h. Inhaber von Aktien, Partizipations- oder Genusscheinen) der Schuldnerin ist.⁵³ Ist der verzichtende Gläubiger bloss ein indirekter Aktionär (z. B. Grossmuttergesellschaft), ist mithin von vornherein keine Emissionsabgabe geschuldet. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um einen ausländischen Gläubiger – so die Konstellation, die dem Urteil des BVGer vom 15. April 2009 zu Grunde lag – oder um einen inländischen Gläubiger handelt.

Ist der direkte Aktionär Gläubiger der fraglichen Forderung, stellt sich die Frage, ob dieser die Emissionsabgabe dadurch vermeiden kann, dass die Forderung vorgängig auf eine andere Gruppengesellschaft (z. B. die Grossmuttergesellschaft) übertragen wird. Ein solches Vorgehen würde aber aller Voraussicht nach von der ESTV als Steuerumgehung beurteilt werden und die Emissionsabgabe würde somit trotz vermeintlich bloss indirektem Zuschuss erhoben werden.⁵⁴

Davon losgelöst ist die Frage zu beurteilen, ob ein indirekter Zuschuss auf Stufe der (inländischen) direkten Tochtergesellschaft der Gläubigerin (d. h. der direkten oder indirekten Muttergesellschaft der Schuldnerin) die Emissionsabgabe auslöst. Die Gläubigerin ist nämlich unzweifelhaft (zivilrechtliche) Gesellschafterin ihrer direkten Tochtergesellschaft, sodass gemäss der Logik der Ausführungen des BVGer

⁵² BVGer, 12.6.2018, A-3735/2017, E. 4.3.2.1.

⁵³ Vgl. BVGer, 15.4.2009, BVGE 2009/21, 259 ff.

⁵⁴ Vgl. OESTERHELT, (Fn. 46), ST 2010, 881 ff., 882 f.

im Urteil vom 15. April 2009 durchaus eine Emissionsabgabe erhoben werden könnte.⁵⁵ Diese direkte Tochter erhält aber bloss einen wirtschaftlichen Zuschuss. U. E. ist aber nicht bloss der Begriff des «Gesellschafters», sondern auch der Begriff des «Zuschusses» für die Emissionsabgabe zivilrechtlich auszulegen. Wenn diese Gesellschaft somit nie Gläubigerin der Forderung wird, erhält diese aus rechtlicher Sicht keinen Zuschuss. Die hier vertretene Auffassung entspricht auch der derzeitigen Praxis der ESTV.⁵⁶

2.4 Bildung von KER

Da ein Forderungsverzicht (zumindest wirtschaftlich gesehen und aus Sicht der Emissionsabgabe, vgl. Ziff. 2.3.1) ein Zuschuss ist, stellt sich die Frage, ob dieser zumindest dann zur Bildung von Kapitaleinlagereserven (KER) i. S. v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG berechtigt, wenn der Gläubiger ein direkter Aktionär ist. Da ein Forderungsverzicht (in aller Regel) aber für die Zwecke der Gewinnsteuer gerade *nicht* als Zuschuss i. S. v. Art. 60 lit. a DBG behandelt wird,⁵⁷ liegt dies nicht zwingend auf der Hand. In der Tat beschränkte Ziff. 2.2.3 des KS 29/29a die Möglichkeit zur Bildung von KER (vermeintlich) auf den sogenannten «unechten Sanierungsertrag» (d. h.

gewinnsteuerneutrale Forderungsverzichte, wie z. B. in den Fällen von verdecktem Eigenkapital [Ziff. 2.2.6] oder Sanierungskrediten [Ziff. 2.2.7]). Eine analoge Regel findet sich auch in Ziff. 4.1.1.1 des KS 32.

Die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Sanierungsertrag stand für die Beurteilung, ob durch einen Forderungsverzicht KER gebildet werden können, seit jeher etwas quer im Raum. Die KER orientieren sich nämlich grundsätzlich konsequent an der handelsrechtlichen Verbuchung. Deshalb wurde die in Ziff. 2.2.3 des KS 29/29a sowie Ziff. 4.1.1.1 KS 32 enthaltene Beschränkung auf den unechten Sanierungsertrag in der Verwaltungspraxis auch nicht konsequent durchgesetzt.⁵⁸

In der revidierten Ziff. 2.2.3 KS 29b wird nun die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Sanierungsertrag (zu Recht) aufgegeben und lediglich festgehalten, dass durch einen (handelsrechtlich) erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht nie KER gebildet werden können. Damit wird das Kreisschreiben an die teilweise bereits jetzt so gelebte Verwaltungspraxis angepasst.⁵⁹ KER können somit bei einem Forderungsverzicht eines (direkten) Anteilinhabers immer dann gebildet werden, wenn dieser (handelsrechtlich) nicht erfolgswirksam

⁵⁵ Die Erhebung der Emissionsabgabe auf Stufe einer (inländischen) Zwischengesellschaft wurde vom BVGer – unter Berufung auf ECKERT/PIGUET, in: Oberson/Hinny (Hrsg.), LT Commentaire droits de timbre / StG Kommentar Stempelabgaben, Zürich 2006, Art. 5 N 55 – explizit offengelassen.

⁵⁶ Vgl. OESTERHELT/DEISS, Aktuelle Entwicklungen Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 22./23.8.2017, Folie 28.

⁵⁷ Vgl. dazu Ziff. 2.2.2.

⁵⁸ Vgl. STEFAN OESTERHELT, KS 29b der ESTV zum Kapitaleinlageprinzip, StR 2020, 102 ff., 113.

⁵⁹ Der gegenteilige Wortlaut von Ziff. 4.1.1.1 KS 32 wird durch das neuere KS 29b ausser Kraft gesetzt.

verbucht wird.⁶⁰ Ob ein unechter oder ein echter Sanierungsertrag vorliegt, spielt somit keine Rolle. Ebenfalls keine Rolle spielt, ob die Gesellschaft sanierungsbedürftig ist oder nicht.

2.5 Steuerfolgen beim Gläubiger

2.5.1 Grundsatz: gewinnsteuerwirksamer Forderungsverzicht

Für den verzichtenden Aktionär (juristische Person⁶¹) ergeben sich korrespondierende Steuerfolgen: Bei echtem Sanierungserfolg (d. h. einem der Gewinnsteuer unterworfenen Ertrag bei der Tochter) kann der Aktionär den Verzicht erfolgs- und steuerwirksam geltend machen.⁶² Die Gestehungskosten an der Tochtergesellschaft werden nicht beeinflusst.

2.5.2 Ausnahme: steuerneutraler Forderungsverzicht

Im Falle eines unechten Sanierungserfolgs (d. h. einem bei der Tochter gewinnsteuerneutralen Zuschuss⁶³) liegt eine Einlage vor, die den Gewinnsteuerwert der Beteiligung an der Tochter und die Gestehungskosten erhöht. Dabei kann u. U. eine steuerwirksame Abschreibung bzw. Wertberichtigung der Gewinnsteuerwerte der Beteiligung an der Tochter erforderlich sein.⁶⁴

Der mit der Abschreibung bzw. Wertberichtigung geltend gemachte Aufwand ist jedoch u. U. nur temporär. Bei einer Werterholung (Art. 62 Abs. 4 DBG) oder bei späterem Verkauf der Tochter zu einem höheren Wert wird die Besteuerung wieder «nachgeholt», wobei gemäss Art. 70 Abs. 4 lit. a DBG kein Teilungsabzug gewährt wird.

Fraglich ist, in welchem Umfang Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten erhöht werden: Gemäss KS 32 ist davon auszugehen, dass der vollständige Nennwert der Forderung (inkl. aufgelaufener Zinsen) auch bei früherer Wertberichtigung der Forderung den Gewinnsteuerwert und die Gestehungskosten erhöht. Argument hierfür ist, dass auch in dieser Höhe (vollständige Verbindlichkeit bei der Tochter) eine Einlage bzw. Eigenkapitalstärkung der Tochter erfolgt. Dagegen könnte sprechen, dass der Verkehrswert der Forderung tiefer ist und daher nur im Wert aus Sicht der einlegenden Mutter eine Erhöhung von Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten erfolgen kann: Hätte die Mutter z. B. die Forderung mit Discount vorher von einem Dritten erworben, würde die Erhöhung des Gewinnsteuerwerts um den Nennwert gegen das Anschaffungskostenprinzip verstossen und zu einem steuerbaren Ertrag bei der

⁶⁰ Eine nicht erfolgswirksame Verbuchung eines Forderungsverzichts ist handelsrechtlich grundsätzlich möglich (vgl. Fn. 13).

⁶¹ Eine natürliche Person, die Aktien und Forderungen im Privatvermögen hält, erzielt als verzichtender Aktionär dagegen einen unbeachtlichen Kapitalverlust.

⁶² Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.2.a. Zu beachten ist jedoch, dass auch ein echter Sanierungsertrag zu Steuerfolgen beim Aktionär führen kann, wenn seine frühere Wertberichtigung auf der Beteiligung an der Tochter, Art. 62 Abs. 4 DBG, aufgrund des Forderungsverzichts nicht mehr gerechtfertigt ist.

⁶³ Die ist grundsätzlich nach KS 32 in den unter Ziff. 2.2.6 und 2.2.7 beschriebenen Fällen gegeben.

⁶⁴ Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.2.a; ESTV, KS 27 vom 17.12.2009, Ziff. 2.5.1, Beispiel 2, wo allgemein von Sanierungszuschüssen gesprochen wird, jedoch auch nur unechte Sanierungserfolge i. S. v. Art. 60 lit. a DBG gemeint sein sollten.

Mutter führen (zumindest später, bei Wertaufholung bzw. Verkauf). Da die vollständige Rückzahlung einer mit Discount erworbenen Forderung auch zu steuerbarem Ertrag führen würde, ist vorliegend das Ergebnis, die Erhöhung von Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten (Wert der Einlage) aus Sicht der begünstigten Tochter zu beurteilen, zutreffend. Hierfür spricht auch der Gedanke, dass ein Forderungsverzicht durch den Aktionär wirtschaftlich nicht unentgeltlich ist, sondern zu einer Wertsteigerung bei der Tochter führt.⁶⁵ Die Wertsteigerung bzw. Bereicherung bei der Tochter entspricht stets dem Nennwert der ausgebuchten Forderung.

2.5.3 Entscheidungsharmonie zwischen Gläubiger und Schuldner?

Die unter Ziff. 2.5.1 beschriebene korrespondierende Behandlung des Forderungsverzichts bei verzichtender Gesellschaft (Gläubiger) einerseits und Schuldnerin andererseits scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein. Sind für Gläubigergesellschaft einerseits und Schuldnergesellschaft andererseits unterschiedliche Steuerbehörden zuständig, kann es aber durchaus zu divergierenden Beurteilungen (und somit Doppelbesteuerungen) kommen. Jede Steuerbehörde entscheidet nämlich autonom, ob auf Ebene der Gesellschaft und für den Gesellschafter ein echter oder unechter Sanierungserfolg vorliegt. So kann z. B. auf Ebene des Gesellschafters ein gestehungskostenerhöhender Zuschuss angenommen werden, obwohl die Veranlagungsbehörde von einem steuerbaren Ertrag bei der

Gesellschaft ausgeht. Wenn der Gläubiger bereits rechtskräftig veranlagt ist, stellt die andere Qualifikation bei der Schuldnerin regelmässig keinen Revisionsgrund (da keine neue Tatsache) dar. In der Praxis sollten daher die Steuerfolgen mit beiden zuständigen kantonalen Steuerverwaltungen (für Gesellschaft und Gesellschafter) vor einem Verzicht aufgenommen werden, um Doppelbesteuerungen zu vermeiden.

Auch bei grenzüberschreitenden Verhältnissen können sich Doppelbesteuerungen ergeben, z. B. für den Schweizer Aktionär, bei dessen deutscher Tochtergesellschaft nach Schweizer Kriterien verdecktes Eigenkapital vorliegt und daher die Gestehungskosten beim Aktionär zu erhöhen sind, obwohl aus deutscher Sicht mangels Werthaltigkeit der Forderung ein steuerbarer Ertrag bei der Tochter ausgelöst wird. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich die Veranlagungsbehörde des Schweizer Aktionärs der steuerlichen Beurteilung im Ausland bei der Tochtergesellschaft anschliessen wird. Auch hier sind regelmässig alternative Gestaltungen zu suchen.

Insbesondere in Fällen, in denen der Forderungsverzicht nicht unmittelbar zu höheren Gewinnsteuerwerten der Tochter führt, ist es wichtig, rechtzeitig Klarheit zu erlangen, ob die Gestehungskosten dem Gewinnsteuerwert entsprechen (mangels Einlage bzw. aufgrund echten Ertrags bei der Tochter) oder nicht.⁶⁶ Da die Gestehungskostentabelle, die der Aktionär zusammen mit seiner Steuererklärung einreicht, nicht von der Rechtskraft der Veranlagung umfasst ist, können sich sonst noch

⁶⁵ Vgl. LOCHER, (Fn. 7), Art. 60 N 18 zum *À-fonds-perdu*-Zuschuss.

⁶⁶ Vgl. hierzu SCHREIBER/WOLFENBERGER, Aktuelle Fälle des Beteiligungsabzugs, IFF Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 10./11.1.2018, Folien 32 ff.

Jahre später, z. B. bei einem Verkauf der Tochter, teure Überraschungen ergeben.

3 Forderungsverzicht durch Schwester

3.1 Gewinnsteuer bei der Schuldnerin

Bei Forderungsverzichten einer Schwes-tergesellschaft (oder einer anderen Konzern- gesellschaft, welche weder eine direkte oder indirekte Mutter⁶⁷ oder Tochtergesellschaft⁶⁸ ist) wird gemäss Praxis der ESTV unterschieden, ob und inwieweit der Verzicht einem Drittver- gleich standhält und geschäftsmässig begrün- det ist (dann Ertrag bei der Schuldnerin und abzugsfähiger Aufwand bei der verzichtenden Schwester) oder inwieweit nicht (dann steuer- neutral bei der Schuldnerin und nicht abzugs- fähig bei der Schwester).⁶⁹ Diese Unterschei- dung entspricht im Wesentlichen der früheren Zürcher Praxis beim Forderungsverzicht von Gesellschafterdarlehen.⁷⁰

Die beim Forderungsverzicht durch Schwes- tergesellschaften angewandte Praxis ist u. E. grundsätzlich sachgerecht. Die Praxis steht in einem offensichtlichen Widerspruch zur Ver- waltungspraxis beim Forderungsverzicht durch den Aktionär. Wieso beim Verzicht durch die Schwester ein im Gesellschaftsverhältnis be- gründeter Verzicht (in Anwendung der Drei- eckstheorie) als steuerneutrale Kapitaleinlage

des Aktionärs behandelt wird, der Verzicht durch den Aktionär selbst hingegen in diesem Fall gewinnsteuerwirksam sein soll, erschliesst sich uns nicht.

Die handelsrechtliche Verbuchung des Forde- rungsverzichts wird im KS 32 der ESTV nicht thematisiert. Da das oben dargestellte Prinzip im KS 32 ohne jede Einschränkung und unter Verweis auf das Bundesgerichtsurteil von 1989, dem ein erfolgswirksamer Forderungsverzicht zugrunde lag, statuiert wird, muss davon aus- gegangen werden, dass dies nach Auffassung der ESTV dann gilt, wenn der Forderungsverzicht bei der Schuldnerin erfolgswirksam verbucht wird, was auch sachgerecht ist. Die Korrektur gegenüber dem Massgeblichkeitsprinzip stützt sich dann auf Art. 60 lit. a DBG.

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob bei einem erfolgsneutral verbuchten Forderungsverzicht eine Korrektur zu Ungunsten des Steuerpflich- tigen vorgenommen werden kann, wenn der Forderungsverzicht dem Drittvergleich stand- hält. Eine solche Verbuchung dürfte aber nicht handelsrechtskonform sein. Insofern stellt sich die Frage nicht, ob hier Art. 58 DBG als Korrek- turnorm angerufen werden könnte.

3.2 Steuerfolgen bei der Gläubigerin

Bei der verzichtenden Schwester liegt zunächst Aufwand vor. Beruht der Verzicht hingegen auf der gesellschaftsrechtlichen Verbindung und ist er somit in Anwendung des Drittvergleichs nicht geschäftsmässig begründet, ist dieser gemäss

⁶⁷ Zum Forderungsverzicht des (direkten oder indirekten) Anteilsinhabers vgl. Ziff. 2.

⁶⁸ Zum Forderungsverzicht der (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaft vgl. Ziff. 4.

⁶⁹ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.1.b.

⁷⁰ Vgl. dazu Duss/HELBING, (Fn. 12), ST 2011, 527 ff.

Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG zum steuerbaren Gewinn hinzuzurechnen.⁷¹

Fraglich ist die Höhe der Gewinnaufrechnung, wenn die Forderung, auf die verzichtet wird, bereits aufwandswirksam wertberichtigt oder abgeschrieben wurde. Die Gewinnaufrechnung bzw. Entreicherung der Schwestergesellschaft kann nur in Höhe des Verkehrswerts der Forderung eintreten, z. B. dem Wert, den ein Dritter gezahlt hätte oder mit dem von einer Einbringlichkeit ausgegangen werden kann. Anders als in Fällen von simulierten Darlehen, bei denen von Anfang an in voller Höhe eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, ist dies bei ursprünglich werthaltigen drittüblichen Forderungen nicht der Fall. Eine Gewinnaufrechnung in Höhe des Nennwerts würde zur Besteuerung eines fiktiven Ertrags führen, wenn der Verkehrswert der Forderung tiefer ist.

Beispiel: *A ist die Mutter von B und C. B hat Forderungen gegen C von 100, die B aufgrund der schlechten Situation von C – wie andere Gläubiger auch – abgeschrieben hat (auf 70).⁷² Aus im Gesellschaftsverhältnis liegenden Gründen verzichtet B schliesslich auf die Forderung. Bei B wird der Aufwand aufgrund des Verzichts in Höhe von 70 gewinnsteuerlich aufgerechnet. Bei C liegt korrespondierend zwar handelsrechtlich ein Ertrag von 100 vor. Gemäss KS 32 liegt ein nicht gewinnsteuerwirksamer unechter Sanierungsertrag bei C vor. Konsequenterweise muss der ganze Ertrag von 100 bei C korrigiert werden,*

da ja der Verzicht (im Zeitpunkt des Verzichts, nicht der früheren Wertberichtigung) insgesamt im Gesellschaftsverhältnis begründet ist. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Korrektur der Erträge bei C und B nicht korrespondiert. Die Differenz von 30 ist dagegen bei der gemeinsamen Mutter zu berücksichtigen (vgl. dazu unten Ziff. 3.3).

3.3 Steuerfolgen bei der Mutter

Für die gemeinsame Muttergesellschaft gilt bei Zuwendungen zwischen Schwestergesellschaften (zumindest für die Zwecke der Gewinnsteuer) grundsätzlich die Dreieckstheorie. Die Dreieckstheorie findet dagegen immer dann keine Anwendung, wenn der Verzicht dem Drittvergleich standhält und somit als geschäftsmässig begründeter Aufwand bei der Schwestergesellschaft und als echter Sanierungsertrag bei der Schuldnerin qualifiziert wird.⁷³ Ein allfälliger Abschreibungsbedarf auf die Beteiligung der verzichtenden Schwester führt in diesem Fall (echter Sanierungsertrag bei der Schuldnerin) mangels Einlage durch die Mutter nicht zu einer korrespondierenden Erhöhung von Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten bei der Schuldnerin.

Soweit der Verzicht dem Drittvergleich nicht standhält und er bei der Schuldnerin somit als unechter Sanierungsertrag behandelt wird, kommt es bei der Mutter u. U. zu einer Anpassung der Gewinnsteuerwerte und Gestehungskosten

⁷¹ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.3.

⁷² In der Praxis führt die Wertberichtigung konzerninterner Forderungen bereits oft (mangels direkten Drittvergleichs) zu Diskussionen über die geschäftsmässige Begründetheit.

⁷³ Vgl. ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.2.b; dann ist der Verzicht nicht gesellschaftsrechtlich veranlasst und daher auch steuerlich nicht über die gemeinsame Muttergesellschaft zu beurteilen.

von Gläubigerin und Schuldnerin. Die Summe der Gewinnsteuerwerte und Gestehungskosten der beiden Gesellschaften bleibt aber grundsätzlich gleich. Eine Anpassung wird nur dann vorgenommen, wenn (mangels stiller Reserven) ein Abschreibungsbedarf auf der Beteiligung an der Gläubigerin besteht (modifizierte Dreieckstheorie).

Beispiel: Auch wenn (im obigen Beispiel) für B nur eine Gewinnaufrechnung von 70 erfolgt, wird die gemeinsame Mutter A um 100 bereichert, da C von einer Verbindlichkeit von 100 befreit wird. Für die Mutter bleibt die Summe von Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten gleich. (Vgl. untenstehende Tabelle.)

Mutter	B	C	Summe
Gewinnsteuerwert	Ursprünglich: 200 Reduziert auf 170 (aufgrund Wertberichtigung) Reduziert auf 100 (nach Verzicht)	300, wertberichtigt auf 100 Erhöhung um 100 aufgrund Verzicht auf 200 bzw. bei Wertberichtigungsbedarf weiterhin 100	300 (200 plus 100) bzw. 200 bei weiterer Wertberichtigung
Gestehungskosten	200 Reduziert um 100 auf 100 (nach Verzicht)	300 Erhöhung um 100 auf 400 (aufgrund Verzicht)	500

In der Praxis ergeben sich hier insbesondere dann Schwierigkeiten bzw. Widersprüche, wenn die betroffenen Gesellschaften (Schuldnerin, Gläubigerin, Mutter) in unterschiedlichen Kantonen ansässig sind und keine Entscheidungsharmonie mit Bezug auf die Frage, ob ein «geschäftsmässig begründeter Verzicht» vorliegt, hergestellt werden kann. Da in Sanierungssituationen das Einholen von entsprechenden Rulings aufgrund der Dringlichkeit nicht immer möglich ist, muss diesem Aspekt im Veranlagungsverfahren besondere Beachtung geschenkt werden.

3.4 Emissionsabgabe und KER

Mangels Leistung des direkten Gesellschafters liegt weder ein emissionsabgabepflichtiger Tatbestand vor noch können KER gebildet werden.⁷⁴

3.5 Verrechnungssteuer

3.5.1 Geldwerte Leistung der verzichtenden Schwester

Der Forderungsverzicht durch die Schwester-gesellschaft ist grundsätzlich eine geldwerte Leistung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG im Umfang des Nominalwerts der Forderung. Eine tiefere Bemessungsgrundlage kann u. U. dann gerechtfertigt sein, wenn vergleichbare Forderungen von Dritten einen tieferen Verkehrswert haben (vgl. oben Ziff. 3.2).

Leistungsbegünstigter (und somit potentiell zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte Person) ist aufgrund der von der ESTV praktizierten sogenannten «Direktbegünstigungstheorie» der Leistungsempfänger. Falls die geldwerte Leistung aber im Rahmen einer

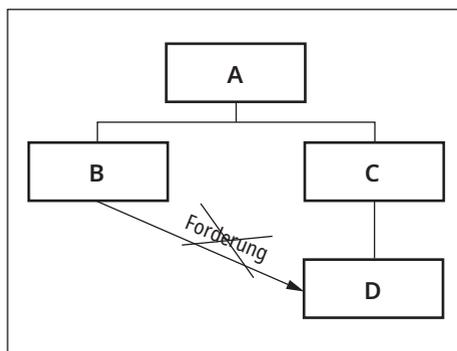
⁷⁴ Vgl. dazu Ziff. 2.3 sowie 2.4.

Sanierung erfolgt, soll gemäss Merkblatt der ESTV vom Februar 2001 die Dreieckstheorie zur Anwendung gelangen.⁷⁵ Die Anwendung der Dreieckstheorie führt grundsätzlich dazu, dass die Muttergesellschaft der verzichtenden Schwestergesellschaft Leistungsempfängerin (und somit zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt) ist.

3.5.2 Leistungsempfängerin: Anwendung des geknickten Dreiecks bei Sanierungen

Die ESTV stellt sich in der neueren Praxis auf den Standpunkt, dass bei einer Sanierung stets die direkte Muttergesellschaft der Schuldnerin die Leistungsempfängerin ist.⁷⁶ Dies hat dann eine praktische Konsequenz, wenn die Muttergesellschaft der verzichtenden Gläubigerin nicht auch die (direkte) Muttergesellschaft der Schuldnergesellschaft ist. In diesen Fällen kommt es zum sogenannten «geknickten Dreieck». Letztlich hat dies nichts mehr mit der Anwendung der Dreieckstheorie zu tun, sondern ist eine Art modifizierte Direktbegünstigungstheorie. (Modifiziert insofern, als dass im Sinne der Direktbegünstigungstheorie Leistungsbegünstigte bei Sanierungen stets die [direkte] Mutter der sanierungsbedürftigen Gesellschaft ist. Die ESTV begründet ihre Praxis damit, dass die [direkte] Mutter als Inhaberin der Beteiligungsrechte für die notwendige Ausstattung ihrer Tochtergesellschaften mit Eigenmitteln und somit auch für Sanierungen verantwortlich ist.⁷⁷)

Beispiel: *A hat zwei Tochtergesellschaften B und C. B verzichtet auf eine Forderung gegenüber D (welche eine Tochter von C ist).*



Gemäss Auffassung der ESTV ist leistungsbegünstigte Gesellschaft nicht A, sondern C. Praktische Konsequenz hat dies insbesondere dann, wenn C keine in der Schweiz ansässige Gesellschaft ist. Selbst wenn C in einem DBA-Staat ansässig ist, führt dies dazu, dass die Rückerstattung (nach Praxis der ESTV erst nach vollständiger Abrechnung der Verrechnungssteuer, vgl. zur Kritik nachfolgend Ziff. 3.5.4) lediglich zum Portfoliosatz (welcher i. d. R. zu einer residualen Verrechnungssteuerbelastung von 15% führt) gewährt wird. Nach hier vertretener Auffassung müsste dagegen konsequent die Dreieckstheorie angewendet und somit A als leistungsbegünstigte (und potentiell zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte) Gesellschaft angesehen werden.

⁷⁵ ESTV, Merkblatt zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer vom Februar 2001.

⁷⁶ Vgl. OESTERHELT/TSCHAN, Aktuelle Entwicklungen Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 21./22.8.2018, Folie 18.

⁷⁷ Vgl. implizit schon in KS 32, Ziff. 4.1.2.

3.5.3 Direktbegünstigungstheorie ausserhalb von Sanierungen

Die Praxis des *geknickten Dreiecks* wird von der ESTV aber nur dann angewendet, wenn die Schuldnerin sanierungsbedürftig ist. Dies ist dann der Fall, wenn diese über eine Unterbilanz verfügt. Die Beurteilung, ob bzw. inwiefern eine Gesellschaft sanierungsbedürftig ist, ist hier rein bilanziell (d. h. aufgrund des letzten OR-Abschlusses vor dem Forderungsverzicht) vorzunehmen. Allfällige stille Reserven sind – im Gegensatz zur Praxis zu Art. 12 StG⁷⁸ – diesbezüglich nicht zu berücksichtigen. Ist die Schuldnerin nicht sanierungsbedürftig, ist diese in Anwendung der (nicht modifizierten) Direktbegünstigungstheorie leistungsbegünstigt und somit potentiell rückerstattungsberechtigt. Übersteigt der Forderungsverzicht die Sanierungsbedürftigkeit der Schuldnerin, ist die geldwerte Leistung aufzuteilen: Im Umfang der Sanierungsbedürftigkeit der Schuldnerin ist die Mutter der Schuldnerin leistungsbegünstigt (und zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer potentiell berechtigt), im darüber hinausgehenden Teil die Schuldnerin selbst.

Beispiel: *B hat gegenüber D eine Forderung von 100. D hat eine bilanzielle Unterbilanz von 60 (welche aber durch stille Reserven vollumfänglich gedeckt ist). Verzichtet B auf ihre Forderung gegenüber D, führt dies im Umfang von 60 zu einer geldwerten Leistung an C und im Umfang von 40 zu einer geldwerten Leistung an D.*

Die bilanzielle Beurteilung ohne Berücksichtigung stiller Reserven ist im Sinne der Klarheit und Praktikabilität zu begrüssen, um

Rechtssicherheit über den Leistungsbegünstigten (und die Verrechnungssteuerfolgen) zu erhalten. Grundsätzlich sollte der Nachweis durch die letzte handelsrechtliche Bilanz oder – in Sanierungsfällen – auch aktuellere Zwischenbilanzen geführt werden können. Im Zweifel ist – angesichts der möglichen substantiellen Verrechnungssteuerfolgen – auch hier die vorgängige Kontaktaufnahme mit der ESTV empfehlenswert. Dies gilt auch in rein schweizerischen Verhältnissen, da die ESTV – trotz der Neuregelung in Art. 20 Abs. 2 Satz 1 VStG – zwischen Schweizer Schwestergesellschaften grundsätzlich kein Meldeverfahren zulässt und auch ein nur temporärer Cash-Abfluss für die Zahlung der Verrechnungssteuer bei Liquiditätsengpässen tödlich sein kann.

3.5.4 Anwendung des Meldeverfahrens nach Art. 20 VStG?

Die Ablieferung und Rückforderung der Verrechnungssteuer stellt – nicht nur, aber insbesondere in Sanierungssituationen – eine unnötige Belastung der Liquidität der betroffenen Unternehmensgruppe dar. Insofern bietet sich die Anwendung des Meldeverfahrens an.

Wenn sowohl Gläubigerin als auch Schuldnerin dieselbe direkte Muttergesellschaft haben, akzeptiert die ESTV gemäss Art. 26a VStV aufgrund der unter Ziff. 3.5.2 dargestellten Regeln das Meldeverfahren. Dies gilt aber – wie unter Ziff. 3.5.3 dargestellt – nur im Umfang der Sanierungsbedürftigkeit (sprich: handelsrechtlichen Unterbilanz) der Schuldnerin.

⁷⁸ Vgl. hierzu Ziff. 2.3.3.

Ist die Leistungsempfängerin der geldwerten Leistung nicht die direkte Muttergesellschaft der verzichtenden Gläubigerin, sehen die Regeln von Art. 24 ff. VStV grundsätzlich keine Anwendung des Meldeverfahrens vor. Dies betrifft einerseits einen Forderungsverzicht, welcher nicht von einer Unterbilanz der Schuldnerin gedeckt ist; aufgrund der Anwendung des *geknickten Dreiecks* aber auch einen Forderungsverzicht bei einer Sanierungssituation, wenn Gläubigerin und Schuldnerin nicht dieselbe direkte Muttergesellschaft haben, wie z. B. im in Ziff. 3.5.2 dargestellten Beispiel. Diese Praxis der ESTV ist aus den oben beschriebenen Gründen (Liquiditätsengpass sowie administrativer Aufwand) u. E. wenig sachgerecht.

Nach der hier vertretenen Auffassung verstösst die Verweigerung des Meldeverfahrens durch die ESTV in diesen Konstellationen zudem gegen den Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 VStG in der seit dem 15. Februar 2017 in Kraft stehenden Fassung.⁷⁹ Im Gegensatz zu Art. 20 aVStG ist die seit dem 15. Februar 2017 geltende Regelung nicht mehr eine reine Delegationsnorm, sondern eine zweistufig aufgebaute Bestimmung: Zunächst wird die Kompetenz zur Umschreibung der Fälle, in welchen das Meldeverfahren anwendbar ist, durch Art. 20 Abs. 2 Satz 1 VStG nach wie vor dem Bundesrat zugewiesen. Diese Delegationsnorm wird aber durch Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG ergänzt, welcher umschreibt, in welchen Fällen das Meldeverfahren von Gesetzes wegen zwingend zuzulassen ist. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG hält nämlich fest, dass das Meldeverfahren

«insbesondere bei Dividendenausschüttungen und geldwerten Leistungen im inländischen und grenzüberschreitenden Konzernverhältnis zuzulassen» sei.

Ein Forderungsverzicht zugunsten einer Konzerngesellschaft ist – abgesehen von den Fällen, in denen der Drittvergleich erfüllt ist und geschäftsmässig begründeter Aufwand vorliegt, vgl. Ziff. 3.2 – eine «geldwerte Leistung» im Konzernverhältnis. Insofern muss u. E. die ESTV hier zwingend das Meldeverfahren akzeptieren, selbst wenn dies in Art. 24 ff. VStV nicht reflektiert ist. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG ist insofern eine Bestimmung mit «Self executing»-Charakter und geht als Gesetz der Rechtsverordnung vor. Ist die Leistungsempfängerin eine im Inland ansässige Gesellschaft, muss somit die Verrechnungssteuerpflicht vollumfänglich im Meldeverfahren erledigt werden können. Ist die Leistungsempfängerin eine in einem DBA-Staat⁸⁰ ansässige Gesellschaft, welche keine (direkte) Muttergesellschaft der verzichtenden Gläubigerin ist, muss u. E. das Meldeverfahren bis zum anwendbaren Residualsatz (von i. d. R. 15%) angesichts des klaren Wortlauts («grenzüberschreitend») gewährt werden. Dies entspricht dem nach früherer Praxis angewendeten sog. «Kurzschlussverfahren».

Dem Vernehmen nach schliesst sich die ESTV aber der hier vertretenen Auffassung (noch?) nicht an und verweigert die Anwendung des Meldeverfahrens nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG in diesen Konstellationen. Damit steht der verzichtende Gläubiger schlechter als bei einer

⁷⁹ Vgl. bereits OESTERHELT/DEISS, (Fn. 56), IFF Seminar 2017, Folien 19 ff.

⁸⁰ D. h. ein Staat, welcher mit der Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, welches analog zur Regel von Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA die teilweise Rückerstattung der Verrechnungssteuer ermöglicht.

geldwerten Leistung, bei der er bei Revision der ESTV in den Genuss des Meldeverfahrens nach Art. 24 Abs. 1 lit. a VStV kommen und den Liquiditätsabfluss vermeiden kann, der in Sanierungssituationen (bzw. sanierungsnahen Situationen) so wichtig wäre. Dass dieses Ergebnis wenig befriedigend ist, liegt auf der Hand.

4 Forderungsverzicht durch Tochter

4.1 Gewinnsteuer bei der Schuldnerin

4.1.1 Praxis ESTV: analoge Behandlung wie bei Schwester

Der Forderungsverzicht durch eine Tochtergesellschaft wird im KS 32 dem Forderungsverzicht der Schwestergesellschaft gleichgestellt.⁸¹ Die entsprechenden Regeln sind – auch wenn dies nicht explizit gesagt wird – sowohl auf direkte als auch indirekte Tochtergesellschaften anzuwenden. Bei der Schuldnerin wird die Verbindlichkeit somit in vollem Umfang erfolgswirksam ausgebucht. Sofern der Verzicht drittüblich ist, liegt bei der Schuldnerin steuerbarer Ertrag vor. Andernfalls (d. h. bei Veranlassung aus dem Gesellschaftsverhältnis) soll gemäss Praxis der ESTV unechter Sanierungsertrag vorliegen.⁸²

4.1.2 Behandlung als Beteiligungsertrag?

Nach hier vertretener Auffassung müsste dies – als umgekehrter Fall der steuerneutralen Einlage – dagegen Beteiligungsertrag darstellen, der zwar steuerbar ist, gemäss Art. 69 DBG (potentiell⁸³) aber vom Teilgebungsabzug profitieren kann. Gesellschaftsrechtlich veranlasste Zuwendungen einer Tochter an ihre Mutter können nämlich nur (verdeckte) Gewinnausschüttungen darstellen – die Kategorie der steuerneutralen «Mittelrückführung» ist dem Schweizer Steuerrecht (ausserhalb von Substanzdividenden bzw. Desinvestitionen)⁸⁴ fremd. Dies gilt sowohl für direkte wie auch für indirekte Tochtergesellschaften.

4.1.3 Höhe des Ertrags

Die Höhe des Ertrags entspricht dem Nominalwert der ausgebuchten Verbindlichkeit. In diesem Umfang wird die Schuldnerin nämlich von ihrer Verpflichtung befreit. Dies gilt selbst dann, wenn die Forderung bei der Tochter bereits wertberichtigt ist. Es stellt sich jedoch die Frage, in welchem Umfang der Ertrag dem Teilgebungsabzug unterliegt. Der Verzicht auf eine wertberichtigte Forderung stellt nur im Umfang des Verkehrswerts der Forderung eine Gewinnausschüttung dar (vgl. Ziff. 3.2 zur vergleichbaren Frage beim Verzicht der Schwestergesellschaft). Soweit der Verzicht einem Drittvergleich entspricht, liegt steuerpflichtiger Ertrag vor, der nicht dem Teilgebungsabzug unterliegt. Die

⁸¹ ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 4.1.1.1.b.

⁸² Vgl. Ziff. 3.1.

⁸³ In einer Verlustsituation ergeben sich hingegen keine Unterschiede, da sowohl Beteiligungsertrag als auch Sanierungsertrag den Verlustvortrag reduzieren.

⁸⁴ Vgl. ESTV, KS 27 vom 17.12.2009, Ziff. 2.5.1.; siehe auch Kritik von DUSS/HELBING, (Fn. 12), ST 2011, 527 ff., 528.

Ausschüttung einer Forderung im Nennwert von 100 mit Verkehrswert von 70 (gemäss Beispiel in Ziff. 3.2, nur mit Verzicht durch eine Tochtergesellschaft) würde somit zu 70 als Dividende (Verkehrswert der Sachausschüttung) dem Beteiligungsabzug unterliegen und zu 30 als sog. «Konfusionsgewinn» aufgrund des Zusammenfallens von Schuldner und Gläubiger ordentlich steuerbar sein.

4.2 Gewinnsteuer der Tochter

Auch mit Bezug auf die gewinnsteuerliche Behandlung der verzichtenden Tochter ist zu unterscheiden, ob der Verzicht einem Drittvergleich standhält und geschäftsmässig begründet ist oder nicht. Hält er dem Drittvergleich nicht stand, liegt eine Gewinnverwendung dar. Der Aufwand ist somit gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG aufzurechnen.

Fraglich ist, ob die Höhe der Ausschüttung (und Gewinnaufrechnung) dem Nennwert der Forderung oder dem Buchwert (unter Berücksichtigung einer vorgängigen Wertberichtigung) entspricht. Die vollständige Aufrechnung in Höhe des Nominalwerts der Forderung würde bei unsicherer Einbringlichkeit zu einer überschiessenden Besteuerung führen (Besteuerung von fiktivem Ertrag). Deshalb kann u. E. – analog zur Situation bei Schwestergesellschaften – nur der aktuelle Verkehrswert der Forderung aufgerechnet werden. Soweit vorher eine Wertberichtigung vorgenommen und steuerlich anerkannt wurde, wird diese im Zeitpunkt des Forderungsverzichts nicht aufgerechnet.

Die Höhe des steuerbaren Ertrags kann somit zwischen Schuldnerin (Ertrag in Höhe der

beseitigten Verbindlichkeit) und Gläubigerin (Ausschüttung der Forderung bzw. Forderungsverzicht in Höhe des Verkehrswerts) abweichen. Der Betrag, der bei der Schuldnerin grundsätzlich dem Beteiligungsabzug unterliegt, deckt sich jedoch mit der Höhe der geldwerten Leistung der Tochter.

4.3 Verrechnungssteuer

Der Verzicht auf die Forderung durch die Tochtergesellschaft stellt eine der Verrechnungssteuer unterliegende geldwerte Leistung i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG dar. Wenn die Mutter (Schuldnerin) in der Schweiz oder einem DBA-Staat ansässig ist, ist zumindest beim Verzicht durch eine direkte Tochtergesellschaft gemäss Art. 26a VStV bzw. Art. 2 DBA-Entlastungsverordnung das Meldeverfahren anwendbar.

Analog zur Situation bei der Gewinnsteuer sowie beim Verzicht durch die Schwestergesellschaft liegt eine geldwerte Leistung grundsätzlich im Umfang des Nominalwerts der Forderung vor. Eine tiefere Bemessungsgrundlage kann u. U. dann gerechtfertigt sein, wenn vergleichbare Forderungen von Dritten einen tieferen Verkehrswert haben.

5 Forderungsverzicht von Dritten

Vergleichsweise unproblematisch präsentiert sich der definitive Forderungsverzicht durch unabhängige Dritte. Für die Schuldnerin ist dies ein gewinnsteuerwirksamer Vorgang (echter Sanierungsertrag). Dabei kann u. U. die erweiterte

Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG in Anspruch genommen werden⁸⁵ (vgl. dazu Ziff. 2.2.10). Für die verzichtende Gläubigerin ist der Verzicht geschäftsmässig begründeter Aufwand. Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe fallen keine an. KER können keine gebildet werden. Anders liegt der Fall, wenn der Dritte seine Forderung für den Erhalt von Aktien (Verrechnungsliberierung) verwendet. Auch wenn der Dritte in dem Zug auf einen Teil seiner Forderung verzichtet, wird dies regelmässig mit Blick auf die zukünftige Gesellschafterstellung erfolgen, was für die Qualifikation als gewinnsteuerneutrale Einlage sprechen würde.

6 Ausgabe von Besserungsscheinen

6.1 Anwendungsbereich

Interessanter präsentiert sich die Situation, wenn die Schuldnerin dem verzichtenden Dritten einen sogenannten «Besserungsschein» ausstellt. Ein Besserungsschein ist eine mit dem Forderungsverzicht verknüpfte bedingte Schuldanererkennung, dergemäss die mit dem Verzicht untergegangene Forderung im Falle einer Verbesserung der Vermögenslage der Schuldnerin ganz oder teilweise wieder auflebt.⁸⁶ In der Praxis sind Besserungsscheine bisher wenig verbreitet.

Gemäss Ziff. 4.2.1.1 des KS 32 sollen die steuerlichen Regeln für den Besserungsschein nur dann gelten, wenn der Gläubiger an der Schuldnerin nicht beteiligt ist (es wird nicht der Begriff der nahestehenden Personen oder verbundenen Gesellschaften verwendet, sodass die Einschränkung nur gegenüber dem [direkt oder indirekt] beteiligten Gesellschafter gilt). Wenn dies tatsächlich so sein soll, machen die Ausführungen zur Emissionsabgabe in Ziff. 4.2.4 des KS 32 aber wenig Sinn. Die dort beschriebene Erhebung der Emissionsabgabe beim vorgängigen Forderungsverzicht setzt nämlich ein (direktes) Beteiligungsverhältnis voraus.

So lag auch dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Juli 2010⁸⁷ ein Forderungsverzicht mit Besserungsschein der Anteilsinhaber (Partizipanten) zugrunde. Das Bundesverwaltungsgericht stellt im Urteil in Bezug auf die Emissionsabgabe klar:⁸⁸ Es gibt somit – trotz gesellschaftsrechtlichen Bedenken betreffend die Abgabe von Besserungsscheinen an die Aktionäre – keinen stichhaltigen Grund, den Forderungsverzicht, der mit einer Besserungsabrede verbunden wird, stempelsteuerrechtlich anders zu behandeln als einen Forderungsverzicht ohne solche Abrede.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich somit nicht daran gestört, dass der Besserungsschein gegenüber einem Anteilsinhaber ausgestellt wurde. Wie noch zu zeigen sein wird, sind die vom Bundesverwaltungsgericht angeführten

⁸⁵ So auch ESTV, KS 32 vom 23.12.2010, Ziff. 3.1.b.

⁸⁶ Siehe statt vieler BAHAR/PEYER, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 657 N 34.

⁸⁷ BVGer, 16.7.2010, A-5872/2008, mit Diskussion der rechtlichen Zulässigkeit in E. 4.5.

⁸⁸ BVGer, 16.7.2010, A-5672/2008, E. 4.6.2.

«gesellschaftsrechtlichen Bedenken» mittlerweile zudem weitgehend obsolet geworden. In der Praxis wird der Besserungsschein denn auch hauptsächlich gegenüber Anteilsinhabern und nicht gegenüber Dritten ausgestellt.

Eine Gleichbehandlung des an den Gesellschafter ausgestellten Besserungsscheines ist auch dadurch gerechtfertigt, dass nach Praxis der ESTV die Gewinnsteuerfolgen des Forderungsverzichts bei der Schuldnerin analog beurteilt werden. Dort, wo sich diesbezüglich Unterschiede ergeben und der Forderungsverzicht bei der Schuldnerin ausnahmsweise nicht gewinnsteuerwirksam ist, bietet sich naturgemäss auch eine unterschiedliche Behandlung des Wiederauflebens der Schuld unter dem Besserungsschein an (vgl. dazu Ziff. 6.2). Es gibt u. E. deshalb wenig Grund, die privilegierte Behandlung des Besserungsscheins auf den Forderungsverzicht von Dritten oder verbundenen Gesellschaften (ohne den Aktionär selbst) zu beschränken.

Das von der ESTV diesbezüglich angeführte Argument, dass die Ausstellung eines Besserungsscheines gegenüber einem Anteilsinhaber gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstosse, verfängt nicht. Die Ansicht der ESTV beruht möglicherweise auf einer Fehlinterpretation einer älteren Minderheitsmeinung, die den Besserungsschein für gesellschaftsrechtlich problematisch hält, weil der Verwaltungsrat damit, vereinfacht gesagt, quasi an den

Aktionären vorbei Anrechte auf einen Gewinnanteil gewähre.⁸⁹

Folgte man dieser Ansicht, wären Besserungsscheine jedoch generell unzulässig, unabhängig davon, an wen sie ausgegeben werden. Dass die erwähnte Lehrmeinung auch inhaltlich nicht zutreffen kann, zeigt schon der Umstand, dass Kapitalgesellschaften ohne Weiteres vom Geschäftsergebnis abhängige Vergütungen ausrichten oder partiarische Darlehen einräumen können, die ebenfalls von der zukünftigen finanziellen Entwicklung des Unternehmens abhängen.⁹⁰ Schlechterdings keine Grundlage im Aktienrecht hat schliesslich das Argument, ein gegenüber einem Anteilsinhaber gewährter Besserungsschein verstosse gegen das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), da dieses sich nur auf geleistete Einlagen bei der Ausgabe von Anteilscheinen bezieht.

Wird ein Besserungsschein gegenüber einem (direkten oder indirekten) Aktionär ausgestellt, der auf eine (schuldrechtliche) Forderung gegenüber der Gesellschaft verzichtet hat – was, wie oben dargestellt, rechtlich zulässig ist –, wird dies von der ESTV für die Zwecke der Gewinnsteuer und der Verrechnungssteuer zurzeit gleich behandelt wie die Ausstellung eines Sanierungsgenusscheines. Mithin ist gemäss Praxis der ESTV das Wiederaufleben der Forderung bei der Gesellschaft kein geschäftsmässig begründeter Aufwand und Zahlungen

⁸⁹ Vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 5 N 85; weitere Nachweise bei BAHAR/PEYER, (Fn. 86), Art. 657 N 34. Viele dieser Lehrmeinungen – BÖCKLI ausgenommen – unterscheiden nicht klar zwischen dem rein schuldrechtlichen Besserungsschein und dem aktienrechtlichen Sanierungsgenusschein, der einen Gewinn- oder Liquidationsanteil oder ein Aktienbezugsrecht vermitteln kann (Art. 657 OR) (dazu Ziff. 7). So etwa JUNG, in: Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 620–659b OR, Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 625 N 112.

⁹⁰ Für weitere Argumente siehe BAHAR/PEYER, (Fn. 86), Art. 657 N 35.

unter dem Besserungsschein sind der Verrechnungssteuer unterliegende geldwerte Leistungen, unabhängig davon, ob der Verzicht bereits beim Schuldner als steuerbarer Ertrag erfasst worden ist.⁹¹ Anders verhält es sich – zumindest mit Bezug auf die Verrechnungssteuer – aber dann, wenn der gegenüber dem Anteilsinhaber ausgestellte Besserungsschein an einen Dritten veräussert wird. In diesem Fall unterliegen die Zahlungen an den Dritten unter dem Besserungsschein mangels Rechtsgrundlage nicht der Verrechnungssteuer.⁹²

6.2 Gewinnsteuer bei der Schuldnerin

Da der Verzicht auf die Forderung bei der Schuldnerin zu einem steuerbaren Ertrag führt, führt das Wiederaufleben der Forderung bzw. eine allfällige (marktkonforme) Verzinsung derselben im Gegenzug zu geschäftsmässig begründetem Aufwand. Nach hier vertretener Auffassung gilt dies grundsätzlich unabhängig davon, ob der Inhaber des Besserungsscheines ein unabhängiger Dritter, eine verbundene Person oder der Gesellschafter ist, sofern der Forderungsverzicht bei der Schuldnerin gewinnsteuerwirksam war. Anders liegt der Fall, wenn der Forderungsverzicht ausnahmsweise nicht gewinnsteuerwirksam sein sollte. In einem solchen Fall kann naturgemäss auch das Wiederaufleben der Forderung keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellen. Die korrespondierende Behandlung zum vorhergehenden Verzicht (steuerwirksamer Ertrag – steuerwirksamer Aufwand beim Wiederaufleben; steuerunwirksame Einlage

– kein geschäftsmässig begründeter Aufwand) ist sinnvoll und lässt sich unabhängig von der Person des Verzichtenden und Inhabers des Besserungsscheines (also auch beim Aktionär) nachvollziehen. Zu beachten ist selbstverständlich, dass es auch hier zu unterschiedlichen Einschätzungen der verschiedenen Steuerbehörden bei Veranlagung der Schuldnerin und der Gläubigerin kommen kann, vgl. Ziff. 2.5.3.

6.3 Verzichtender Gläubiger

Leistungen unter dem Besserungsschein sind für den Inhaber des Besserungsscheines (ob juristische Person oder natürliche Person) grundsätzlich steuerbarer Ertrag. Dies ist folgerichtig, da auch der Forderungsverzicht gewinnsteuerwirksam war. Soweit der Forderungsverzicht gewinnsteuerneutral war und bei Beteiligten nicht zu einer Wertberichtigung der Forderung berechnete, ist das Wiederaufleben u. E. korrespondierend auch steuerneutral. Dies ist u. E. unabhängig von der Person des Gläubigers, d. h. auch in Bezug auf den Anteilsinhaber möglich. Natürliche Personen, welche Leistungen aus einem Besserungsschein erhalten, können diese bis zum Umfang des Nominalwerts der ursprünglichen Forderung steuerfrei vereinbaren. Darüber hinausgehende Zahlungen sind steuerbarer Vermögensertrag. Dies ist insofern folgerichtig, als die Rückzahlung des Nominalwerts einer Forderung beim Empfänger keine steuerbare Leistung ist. Die unterschiedliche Behandlung gegenüber dem Gläubiger, welcher den Besserungsschein hält, ist insofern

⁹¹ Zur Kritik der steuerlichen Behandlung des Sanierungsgenusscheines siehe BRÜLISAUER, (Fn. 7), Art. 60 N 64.

⁹² Vgl. Ziff. 6.4.

gerechtfertigt, als ja auch der Forderungsverzicht im Privatvermögen ein unbeachtlicher Kapitalverlust war. Insofern ist auch das Wiederaufleben der Forderung ein unbeachtlicher Kapitalgewinn.

Diese Regel muss aber noch in den Kontext des Kapitaleinlageprinzips gebracht werden. Die steuerfreie Vereinnahmung von Leistungen aus einem Besserungsschein durch eine natürliche Person ist nämlich nur dann sachgerecht, wenn der Forderungsverzicht nicht zur Bildung von Kapitaleinlagereserven (KER) berechtigt hat. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Gläubiger (und somit der Empfänger des Besserungsscheins) kein Beteiligungsinhaber war. Dasselbe müsste u. E. gelten, wenn der Forderungsverzicht eines Beteiligungsinhabers (gegen Ausgabe eines Besserungsscheins) handelsrechtlich erfolgswirksam verbucht wurde und somit keine KER gebildet wurden.

6.4 Verrechnungssteuer

Zahlungen unter einem Besserungsschein (bei gewinnsteuerwirksamem Verzicht) unterliegen bis zur Höhe des Nominalwerts der ursprünglichen Forderung nicht der Verrechnungssteuer. Zinszahlungen unterliegen so lange nicht der Verrechnungssteuer, als weder eine Kassen- noch eine Anleihenobligation i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG vorliegt. Darüber hinausgehende Zahlungen (über Nominalwert und Verzinsung der ursprünglichen Schuld hinaus) sollen gemäss Ziff. 4.2.3.a KS 32 als geldwerte Leistungen i. S. v.

Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer unterliegen.

Ist der Inhaber des Besserungsscheines nicht an der Schuldnerin beteiligt (und keine nahe-stehende Person), ist zweifelhaft, ob eine Rechtsgrundlage für die Erhebung der Verrechnungssteuer besteht: Im Umfang der Rückzahlung von Nominalwert und Verzinsung der ursprünglichen Schuld an den Dritten ist das aus unserer Sicht – unabhängig von der gewinnsteuerlichen Behandlung des Verzichts bei der Schuldnerin – nicht der Fall.

Dies gilt auch dann, wenn der Besserungsschein ursprünglich an den Anteilsinhaber ausgestellt wird und dieser den Besserungsschein an einen Dritten veräussert. Hier besteht u. E. keine Rechtsgrundlage für die Erhebung der Verrechnungssteuer auf der Rückzahlung (inkl. Zins) an den Dritten.

6.5 Emissions- und Umsatzabgabe

Ein Besserungsschein ist weder ein Beteiligungsrecht i. S. v. Art. 5 Abs. 1 lit. a StG noch eine steuerbare Urkunde i. S. v. Art. 13 Abs. 2 StG. Die Ausgabe des Besserungsscheines unterliegt somit weder der Emissions- noch der Umsatzabgabe. Demgegenüber unterliegt der mit der Ausgabe des Besserungsscheines verbundene vorgängige Forderungsverzicht grundsätzlich der Emissionsabgabe, wenn der verzichtende Gläubiger ein direkter Anteilsinhaber ist.⁹³ Auch hier ist die Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG anwendbar. Zudem schliesst die Ausgabe eines Besserungsscheines das Vorliegen einer

⁹³ Vgl. dazu Ziff. 2.3.

«offenbaren Härte» nicht aus, sodass grundsätzlich auch ein Erlass nach Art. 12 StG möglich ist.⁹⁴ Auch Sekundärmarkttransaktionen unterliegen – mangels Qualifikation als steuerbare Urkunde i. S. v. Art. 13 Abs. 2 StG – nicht der Umsatzabgabe.

7 Ausgabe von Sanierungsgenusssscheinen

Vom Besserungsschein muss der Sanierungsgenusssschein unterschieden werden. Dieser stellt ein eigentliches Beteiligungsrecht dar.

Somit sind Zahlungen unter einem Sanierungsgenusssschein (gewinnsteuerlich unwirksame) Gewinnverwendung, welche gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer unterliegt. Dieses Ergebnis ist steuerlich – verglichen mit dem Besserungsschein – nicht optimal, wenn der vorgängige Verzicht zu steuerwirksamem Ertrag geführt hat.

Die Ausgabe eines Sanierungsgenusssscheines, welcher im Zusammenhang mit einem Forderungsverzicht steht, untersteht als sogenannte «entgeltliche Ausgabe» eines Sanierungsgenusssscheines der Emissionsabgabe.⁹⁵ Die Emissionsabgabe ist in diesem Fall im Umfang des Forderungsverzichts geschuldet, wobei die Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG sowie der Erlass nach Art. 12 StG anwendbar sind.

Sanierungsgenusssscheine sind steuerbare Urkunden i. S. v. Art. 13 Abs. 2 StG, weshalb

Sekundärmarkttransaktionen der Umsatzabgabe von 0,15% unterliegen, wenn ein Effekthändler als Partei oder Vermittler an der Transaktion beteiligt ist. Die Ausgabe des Sanierungsgenusssscheines unterliegt gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a StG hingegen nicht der Umsatzabgabe.

8 Andere Debt-Equity-Swaps

Das Bundesgericht verweigert die Anwendung von Art. 60 lit. a DBG beim handelsrechtlich erfolgswirksam verbuchten Forderungsverzicht durch den Aktionär mit der Begründung, dass sich der Steuerpflichtige auf die gewählte (zivilrechtliche) Rechtsgestaltung sowie die buchhalterische Behandlung behaften lassen müsse.⁹⁶ Bis auf Weiteres werden sich die Steuerpflichtigen trotz aller Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Praxis damit abfinden müssen.

Da somit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die zivilrechtliche Gestaltung im Vordergrund steht, dürfte es in den meisten Fällen für die Steuerpflichtigen nicht allzu schwierig sein, sich mit der Praxis der ESTV zu arrangieren. Weil das erzielte Ergebnis – die Behandlung des Forderungsverzichts als steuerneutrale Kapitaleinlage – das wirtschaftlich sachgerechte Ergebnis darstellt, können diese Gestaltungen auch nicht unter dem Titel der «Steuerumgehung» in Frage gestellt werden. Da die nachfolgend dargestellten alternativen Formen des *Debt for Equity*

⁹⁴ BVGer, 16.7.2010, A-5872/2008, E. 4.

⁹⁵ Bei einer nicht auf einem Forderungsverzicht beruhenden (sog. «unentgeltlichen») Ausgabe eines Sanierungsgenusssscheines beträgt die Emissionsabgabe dagegen gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. d StG bloss CHF 3.– pro Titel.

⁹⁶ Vgl. BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012, E. 5.2.2 und 5.2.4 = StR 2015, 247 ff.

Swaps zudem – allenfalls mit Ausnahme des Barzuschusses nach Ziff. 8.1 – zivilrechtlich auch keineswegs besonders künstliche Gestaltungen darstellen, liegt auch keine «absonderliche Gestaltung» im Sinne einer Steuerumgehung vor. Dies gilt jeweils nur dann, wenn die nachfolgend dargestellten alternativen Formen des *Debt for Equity Swaps* handelsrechtlich erfolgsneutral verbucht werden, was aber grundsätzlich möglich und zulässig ist.

8.1 Barzuschuss mit Rückzahlung des Darlehens

Die einfachste Art und Weise, eine gewinnsteuerneutrale Behandlung zu erzielen, stellt der sogenannte «Cash Roundtrip» dar: Der Gläubiger der Forderung leistet im Umfang des Nominalwerts der Forderung einen Barzuschuss an die Schuldnerin. Diese zahlt mit den erhaltenen Mitteln die Forderung zurück. Ein solcher Zuschuss ist gemäss Art. 60 lit. a DBG u. E. klarerweise gewinnsteuerneutral möglich. Das kurzfristige Hin- und Herzahlen wird von gewissen Steuerverwaltungen unter dem Steuerumgehungsvorbehalt geprüft. Dieser ist u. E. nicht einschlägig, wenn die Gesellschaften tatsächlich das Geld überweisen und sich damit sogar rechtlichen Risiken aussetzen: Zumindes bei sanierungsbedürftigen Gesellschaften wird dieser Weg nämlich nur ungerne beschritten, da die Rückzahlung des Darlehens potentiell paulianischen Anfechtungen ausgesetzt ist.⁹⁷ Wenn sich die Gesellschaften keinem

rechtlichen Risiko aussetzen (z. B. ausserhalb von Sanierungssituationen), ist die Bezahlung dagegen sicher nicht nur steuerlich motiviert.

8.2 Forderungseinlage durch Aktionär

Wegen der (zivilrechtlichen) Nachteile des *Cash Roundtrip* und möglicher Steuerumgehungsvorbehalte stellt die Forderungseinlage durch den Gläubiger den einfacheren, direkteren Weg dar. Legt der (direkte oder indirekte) Aktionär die gegen die (direkte oder indirekte) Tochter bestehende Forderung in diese als Sacheinlage (im Sinne eines Zuschusses in die Reserven) ein, stellt dies einen «À fonds perdu»-Zuschuss i. S. v. Art. 60 lit. a DBG dar. Der Rechtsgrund für den Untergang der Forderung ist mithin nicht der (gewinnsteuerwirksame) Verzicht auf die Forderung, sondern die der Einlage folgende (gewinnsteuerneutrale) Konfusion von Schuldner und Gläubiger. Die Einlage der Forderung ist sicherlich kein absonderlicher Vorgang, sondern führt auf direktem Weg zur Eigenkapitalstärkung der Tochtergesellschaft. Eine Einlage stellt einen typischen Finanzierungsvorgang durch den (direkten oder indirekten) Gesellschafter dar. Mithin ist die Einlage der Forderung in die Reserven nicht gewinnsteuerwirksam. Wenn diese vom direkten Aktionär vorgenommen wird, unterliegt der Vorgang grundsätzlich der Emissionsabgabe, wobei die Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG (sowie potentiell Art. 12 StG) anwendbar ist.

⁹⁷ Freilich könnte man einer paulianischen Anfechtung entgegenhalten, dass die Rückzahlung des Darlehens nur durch den damit verknüpften vorgängigen Zuschuss ermöglicht wurde und dass sich die Position der Drittgläubiger somit verbessert und nicht verschlechtert hat. Es besteht hier aber ein gewisses Restrisiko, dass für SchKG-Zwecke die beiden Vorgänge (Zuschuss und Rückzahlung) nicht holistisch betrachtet werden.

8.3 Zuschuss mit anschliessender Verrechnung

Alternativ zur Einlage der gegen die Tochter bestehenden Forderung kann der (direkte oder indirekte) Aktionär als Gläubiger der bestehenden Forderung in gleicher Höhe einen Zuschuss in die (direkte oder indirekte) Tochter beschliessen und so eine neue Forderung der Tochter gegenüber dem Gläubiger begründen.

Typischerweise wird hier ein Zuschussvertrag (Contribution Agreement) zwischen Gläubiger und Tochter abgeschlossen, wodurch ein Zuschussversprechen begründet wird.

In einem zweiten Schritt erklärt die Tochter die Verrechnung ihrer Schuld mit ihrer Forderung aus dem Zuschussversprechen. Alternativ könnte auch die Mutter die Verrechnung ihrer Verpflichtung aus dem Zuschussversprechen mit der Forderung gegenüber der Tochter erklären. Die für den *Cash Roundtrip* (Ziff. 8.1) geäusserten Bedenken im Hinblick auf eine potentielle paulianische Anfechtung gelten hier ebenfalls. Gemäss Art. 214 SchKG kommt es dabei nicht darauf an, ob die Tochter oder die Mutter die Verrechnung erklärt. Auch hier kann einer paulianischen Anfechtung freilich entgegengehalten werden, dass die Verrechnung erst durch das (wirtschaftlich letztlich damit verknüpfte) Zuschussversprechen ermöglicht wurde.

Beide Vorgehensweisen sind handelsrechtlich steuerneutral zu verbuchen und sind somit auch gewinnsteuerrechtlich neutral. Ist der Gläubiger der direkte Aktionär, unterliegt der Zuschuss der Emissionsabgabe, wobei wiederum die

Ausnahme von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG (sowie potentiell Art. 12 StG) angerufen werden kann.

8.4 Verrechnungsliberierung

Anstelle der Einlage ohne Kapitalerhöhung kann die Forderung auch zur Verrechnungsliberierung im Rahmen einer Kapitalerhöhung bei der Tochtergesellschaft genutzt werden. Während eine Minderheitsmeinung die Werthaltigkeit der Forderung verlangt, wird die Werthaltigkeit nach gängiger Praxis zu Recht nicht als Voraussetzung der Verrechnungsliberierung gesehen. Dies soll künftig so auch im Gesetz festgehalten werden.⁹⁸

Die Einlageverpflichtung wird durch Verrechnung mit der Forderung erfüllt, d. h., sie wird für die Liberierung von Aktienkapital und im Übrigen für Agio bzw. KER verwendet. (Bei einer Sanierungssituation bietet sich eine Kapitalerhöhung um einen Minimalbetrag von z. B. CHF 1.– an, sodass der Rest der Forderung ins Agio gebucht werden kann.) Bei der Verrechnungsliberierung handelt es sich um eine offene Kapitaleinlage des Aktionärs mit neutraler Verbuchung bei der Gesellschaft und beim Aktionär, nicht um einen Verzicht, da die Forderung des Aktionärs zum Erwerb von Beteiligungsrechten verwendet wird. Bei der Tochter wird – unabhängig von einer früheren Wertberichtigung – die Forderung vollumfänglich als Eigenkapital (Aktienkapital, gesetzliche Reserven) erfasst, bei der Mutter im gleichen Umfang Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten

⁹⁸ Vgl. Art. 634a Abs. 2 E-OR, wonach die Verrechnung mit einer Forderung auch als Deckung gilt, wenn die Forderung nicht mehr durch Aktiven gedeckt ist.

erhöht (ggf. gefolgt von einer Wertberichtigung des Gewinnsteuerwerts).

Diese Beurteilung entspricht auch der steuerlichen Beurteilung bei einem Wandeldarlehen. Auch hier führt die Wandlung des Darlehens in Beteiligungsrechte zu einer Verrechnungsliberierung. Dieser Vorgang ist ebenfalls ein gewinnsteuerneutraler Zuschuss i. S. v. Art. 60 lit. a DBG.

8.5 Schuldübernahme durch Mutter

Anstelle eines Forderungsverzichts durch eine Schwester (oder Enkelgesellschaft) kann die Muttergesellschaft eine – gewinnsteuerneutrale – Einlage in die Tochter durch (privative) Schuldübernahme i. S. v. Art. 176 OR erreichen. Die Mutter verpflichtet sich gegenüber der Tochter, – als Zuschuss in die Reserven bzw. KER – ihre Verbindlichkeit z. B. gegenüber der Schwester zu übernehmen, d. h., die Tochter von ihrer Schuld zu befreien. Mit Zustimmung der Gläubigerin wird dadurch die Tochter von ihrer Schuld befreit. Somit kann die ursprüngliche Schuldnerin saniert werden. Nunmehr ist die Mutter Schuldnerin gegenüber einer anderen Gruppengesellschaft (der ursprünglichen Gläubigerin). Eine private Schuldübernahme ist sodann auch mit Bezug auf Verbindlichkeiten bei Dritten möglich.

Ob eine Schuldübernahme auch mit Bezug auf eine eigene Forderung ein gültiges Rechtsgeschäft ist, ist hingegen zweifelhaft. Da Art. 176 OR grundsätzlich auf der sogenannten

«Vertragstheorie» beruht,⁹⁹ ist dies wohl unzulässig, da ein Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer in dieser Konstellation als In-sich-Geschäft nicht möglich ist. Zulässig müsste demgegenüber ein Befreiungsversprechen der Mutter nach Art. 175 OR sein. Ein solches Befreiungsversprechen, welches zum Untergang der Forderung der Mutter gegenüber der Tochter führt, ist handels- und steuerrechtlich ebenfalls gewinnsteuerneutral als Zuschuss in die Tochter zu qualifizieren.

8.6 Exkurs: Rückkauf einer Forderung unter pari

Für die Gesellschaft, die sich bei einem Dritten teuer (d. h. zu einem hohen Zins) fremdfinanziert hat, mag sich ein Rückkauf ausstehender Forderungen (oder Anleihen) anbieten, um sich anschliessend günstiger zu refinanzieren. In den Anleihebedingungen sind die Rückkaufsvoraussetzungen regelmässig bereits geregelt. Um sich hier keinen paulianischen Anfechtungen auszusetzen, darf der Rückkaufpreis aber nicht höher als eine potentielle Konkursdividende sein.

Der Rückkauf der Forderung führt infolge Konfusion von Gläubiger und Schuldner zum Untergang der Forderung. Erfolgt der Rückkauf unter dem Nominalwert, erzielt die Schuldnerin mit dem Rückkauf der Forderung einen steuerbaren Ertrag. Kauft der Schuldner eine Forderung vom (direkten oder indirekten) Aktionär zu einem

⁹⁹ Während es sich dabei nach der sog. «Vertragstheorie» um einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer handelt, soll es sich nach der sog. «Genehmigungstheorie» um einen Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer mit hinzutretender Genehmigung des Gläubigers, welcher sein Recht gegen den Urschuldner verliert, handeln (vgl. hierzu VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 2, Zürich 1974, 383).

unter dem Nominalwert liegenden Betrag zurück, kann sich die Frage stellen, ob die Differenz zwischen Nominalwert und Rückkaufsbetrag steuerlich betrachtet nicht als teilweiser Forderungsverzicht zu behandeln ist. Bei gehandelten Anleihen kann hier u. E. der Drittvergleich geführt werden, dass die Forderung nicht zu einem höheren Wert hätte verwertet werden können, sodass der Aufwand (Verlust) aus dem Verkauf unter dem Nennwert geschäftsmässig begründet ist. Wie bei einer Leistung seitens eines Dritten sollte die Schuldnerin auch hier die Möglichkeit haben, den steuerbaren Ertrag aus dem Forderungsrückkauf gemäss der erweiterten Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG (bei Vorliegen einer Unterbilanz) mit Verlusten ausserhalb der siebenjährigen Verlustperiode verrechnen zu können.

Beim Rückkauf sind die Verrechnungssteuerfolgen für Bruch- und Marchzinsen zu unterscheiden: Aufgelaufene Zinsen, die der Verrechnungssteuer unterliegen (z. B. bei Anleihen), unterliegen beim Rückkauf zur Vernichtung der Verrechnungssteuer; beim Rückkauf zum Weiterverkauf gilt dies nicht.

9 Exkurs: Begriff der Sanierung

Die Ausführungen zum Forderungsverzicht haben gezeigt, dass es sich dabei um eine komplexe Materie handelt und die Betrachtungsweise je nach Steuerart sehr unterschiedlich ist. Für alle Steuerarten gelten für Sanierungen spezielle Regeln. Diesbezüglich ist bemerkenswert, dass der Begriff je nach betroffener Steuerart sehr unterschiedlich ausgelegt wird:

- Mit Bezug auf die Gewinnsteuer ist eine Gesellschaft in dem Umfang «sanierungsbedürftig», als eine echte Unterbilanz vorliegt (wobei sowohl offene als auch stille [nach neuerer Praxis jedoch nur Willkür-]Reserven zu berücksichtigen sind).
- Für die Zwecke der Verrechnungssteuer wird dagegen bloss auf die handelsrechtliche Sicht abgestellt, wobei zwar offene, nicht aber stille Reserven zu berücksichtigen sind.
- Besonders kompliziert ist die Situation bei der Emissionsabgabe: Für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ist lediglich die Ausbuchung von Verlusten relevant – ob die Gesellschaft sanierungsbedürftig ist, spielt dagegen keine Rolle. Ein Erlass nach Art. 12 StG wird nur im Umfang der (echten) Unterbilanz gewährt, wobei auch stille Willkürreserven (nicht aber Zwangsreserven [auf betriebliches Anlagevermögen] i. S. v. Art. 960a Abs. 2 OR und nicht Aufwertungsreserven nach Art. 670 OR) zu berücksichtigen sind.

10 Fazit

Im Wirtschaftsleben kommt dem Forderungsverzicht von verbundenen Gesellschaften bei Sanierungssituationen eine zentrale Bedeutung zu. Infolge der COVID-19-bedingten finanziellen Schieflage vieler Unternehmen stehen derzeit besonders viele Sanierungen an. Die gewinnsteuerliche Behandlung des Verzichts des Aktionärs auf seine Forderung ist aufgrund der

derzeitigen Praxis von ESTV und Bundesgericht leider häufig wenig attraktiv und steht u. E. auch dogmatisch auf sandigem Fundament. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Forderungsverzicht handelsrechtlich erfolgsneutral verbucht wird, fehlt es doch an einer einschlägigen Korrektornorm in Art. 58 DBG. Zudem erschliesst sich uns der Grund für die unterschiedliche gewinnsteuerliche Behandlung des Forderungsverzichts des Anteilnehmers gegenüber demjenigen der Schwestergesellschaft nicht.

Die Unbill der gewinnsteuerlichen Behandlung des Forderungsverzichts wird in Sanierungssituationen oftmals dadurch gemildert, dass der Gesellschaft entsprechende Verluste bzw. Verlustvorträge zur Neutralisierung des steuerlichen Ertrags zur Verfügung stehen. Die für den Steuerpflichtigen vielfach überraschende gewinnsteuerliche Behandlung wird dann erst viel später sichtbar – dann nämlich, wenn es darum geht, vermeintliche Verlustvorträge mit den nach der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft eintretenden Gewinnen zu verrechnen.¹⁰⁰ Auch wenn sich die Freude über diese späte Überraschung in Grenzen halten dürfte, trifft die Gewinnsteuerlast dann immerhin ein grundsätzlich gewinnträchtiges Unternehmen. Anders verhält sich die Situation mit Bezug auf die Emissionsabgabe. Sie ist mit 1% des

Nominalwerts der vom Anteilnehmer erlassenen Forderung zwar vergleichsweise niedrig, wird aber unmittelbar (d. h. 30 Tage nach Erlass der Forderung) fällig und trifft die Gesellschaft somit in einem betriebswirtschaftlich äusserst ungünstigen Zeitpunkt.¹⁰¹ Insofern ist begreiflich, dass immer wieder Rufe nach der vollständigen Abschaffung der Emissionsabgabe laut werden. Nun muss die Staatshilfe zur Bewältigung der COVID-19-Krise ja irgendwie finanziert werden, sodass eine vollständige Abschaffung der Emissionsabgabe automatisch zu Steuererhöhungen in anderen Bereichen führen würde. Um die sanierungsbedürftigen Unternehmen von dieser Steuerbürde zu entlasten, ist aber weder eine vollständige Abschaffung noch eine Gesetzesänderung nötig. Vielmehr steht der ESTV mit den Art. 6 Abs. 1 lit. k StG sowie Art. 12 StG bereits ein Instrumentarium zur Verfügung, um genau diese steuerpolitisch unerwünschten Steuerfolgen zu beseitigen. Weshalb die ESTV die entsprechenden Entlassungsnormen derart restriktiv interpretiert und so Wasser auf die Mühlen derer leitet, welche eine Totalabschaffung der Emissionsabgabe fordern, erschliesst sich uns nicht. Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht, welches sonst nicht unbedingt im Verdacht steht, besonders ESTV-kritisch zu urteilen, ein Einsehen mit den

¹⁰⁰ So auch die Ausgangslage im Leitentscheid des Bundesgerichts zur gewinnsteuerlichen Behandlung des Forderungsverzichts vom 20.10.2014 (BGer, 20.10.2014, 2C_634/2012 = StR 2015, 247 ff.).

¹⁰¹ Die Steuern solle man sich von den «Reichen» und den «Krisengewinnlern» nehmen, nicht von den sanierungsbedürftigen Unternehmern, lautet die Devise ja auch wieder mit Bezug auf die Finanzierung der COVID-19-bedingten Staatsausgaben, was von ANDREA OPEL im Rahmen dieser Sondernummer in verfassungsrechtlicher Hinsicht noch näher unter die Lupe genommen wird (ANDREA OPEL, Corona-Sondersteuer für Profiteure?, StR 2020, 497 ff.).

Steuerpflichtigen und hat die diesbezüglich (zu) restriktive Praxis der ESTV mehrfach empfindlich zurückgebunden.¹⁰²

Noch weniger Verständnis kann der Praxis der ESTV zur Verrechnungssteuer entgegengebracht werden: Verzichtet eine inländische Gesellschaft zugunsten einer anderen Gruppengesellschaft auf eine Forderung, ist nicht ersichtlich, warum hier nicht konsequent (im Umfang der Rückerstattungsberechtigung der Leistungsempfängerin) das Meldeverfahren angewendet werden kann, zumal in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG eine explizite gesetzliche Grundlage bestehen würde. Im Rahmen einer Sanierungssituation sind in der Regel schlicht und einfach nicht die Mittel vorhanden, 35% Verrechnungssteuer an die ESTV abzuführen. Dies wären nun wirklich *low hanging fruits* für die ESTV.¹⁰³ Dass die Praxis des *geknickten Dreiecks* bzw. die Direktbegünstigungstheorie ganz allgemein nicht über jeden Zweifel erhaben ist, ist natürlich ein ganz anderes Thema.¹⁰⁴ Doch das ist – wie der

alte Briest zu sagen pflegte – nun wirklich «ein weites Feld».

Während der Forderungsverzicht des Aktionärs aus zivilrechtlicher Sicht als besonders einfach umzusetzendes (und daher beliebtes) Mittel der Bilanzsanierung einer Gesellschaft erscheint, ist er gewinnsteuerlich aufgrund der derzeitigen rigiden Praxis von ESTV und Rechtsprechung des Bundesgerichts in aller Regel wenig attraktiv. Glücklicherweise kann der kundige (oder zumindest kundig beratene) Steuerpflichtige die Gewinnsteuerfolgen des Forderungsverzichts des Aktionärs durch eine relativ simple (keineswegs absonderliche) Modifikation der Rechtsgestaltung vermeiden.

Aufgrund der Komplexität des Forderungsverzichts bei einer Sanierungssituation ist eine Gesellschaft wohl gut bedient, wenn sie sich (trotz wirtschaftlich bedingten finanziellen Restriktionen) diesbezüglich steuerlich beraten lässt.

¹⁰² So etwa im Urteil vom 15.4.2009, wonach der indirekte Zuschuss nicht der Emissionsabgabe unterliegt (BVGer, 15.4.2009, BVGE 2009/21, 259 ff.; vgl. dazu Ziff. 2.3.4), sowie kürzlich im Urteil vom 12.6.2018 mit Bezug auf Zwangsreserven i. S. v. Art. 960a Abs. 2 OR sowie *obiter dicta* auch in Bezug auf Aufwertungsreserven i. S. v. Art. 670 OR (BVGer, 12.6.2018, A-3735/2017, E. 4.3.2.1; vgl. dazu Ziff. 2.3.3)

¹⁰³ Besonders stossend ist das natürlich in Sanierungssituationen. Letztlich sollte das Meldeverfahren hier aber ganz generell akzeptiert werden.

¹⁰⁴ Vgl. dazu die Motion Etlin 19.4635 vom 20.12.2019 zur Abschaffung der Direktbegünstigungstheorie und zum Wechsel zur konsequenten Dreieckstheorie bei der Verrechnungssteuer im Einklang mit der Gewinn- und Einkommenssteuer.