

Die Unternehmens-Sanierung im Lichte
des Aktien- und des Steuerrechtes

Peter Reinarz, Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte, Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
 - A. Allgemeiner Begriff der Unternehmens-Sanierung
 - B. Aktienrechtlicher Sanierungsbegriff
 - 1. Anzeigepflichten des Verwaltungsrates
 - a. bei "Kapitalverlust": Art. 725 Abs. 1 OR
 - b. bei Überschuldung: Art. 725 Abs. 2 OR
 - 2. Konkursöffnung oder -aufschub: Art. 725a OR
 - a. Konkursöffnung
 - b. Konkursaufschub
 - 3. Schlussfolgerungen für den aktienrechtlichen Sanierungsbegriff
 - C. Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff
 - 1. Sanierungsbedürftigkeit
 - 2. Weiterführung des Unternehmens
 - 3. Mittelbeschaffung
 - 4. Sichtbarkeit nach aussen
 - 5. Aussergewöhnlichkeit
- II. Die finanziellen Sanierungsmassnahmen im einzelnen
 - A. Einleitung
 - 1. Charakteristik, Erscheinungsformen
 - 2. Sanierung durch buchmässige Wertkorrekturen?
 - 3. Sanierung durch Rangrücktritt?
 - B. Sanierung durch Veränderung des Eigenkapitals
 - 1. Begriffe "Unterbilanz" und "Überschuldung"
 - 2. Kapitalschnitt und Sanierungszuschuss
 - 3. Sanierung durch Kapitalherabsetzung
 - a. Arten der Herabsetzung
 - b. Deklarative Kapitalherabsetzung
 - c. Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung
 - d. Alternative: "stille" Sanierung
 - e. Herabsetzung des PS-Kapitals
 - 4. Sanierung durch Zuführung neuen Eigenkapitals
 - a. Freiwillige Zuzahlungen auf Aktien: "stille" Sanierung
 - b. Kapitalerhöhung/Ausgabe neuer Aktien
 - C. Sanierungsmassnahmen im Bereich des Fremdkapitals
- III. Steuerfolgen der finanziellen Sanierungsmassnahmen
 - A. Buchhalterische Grundlagen
 - 1. Das Sanierungskonto
 - 2. Der "Sanierungsgewinn"
 - B. Steuerliche Behandlung der Sanierungsbuchungen
 - 1. Behandlung der Mittelzuflüsse
 - a. Nur "echte" Sanierungsgewinne sind steuerbar
 - b. Das Problem des Forderungsverzichts des Aktionärs

- 2. Behandlung der Mittelverwendung
 - a. Abzugsfähiger "Sanierungsaufwand"
 - b. Frühere Praxis: Steuerliches "Nachholen" von Sanierungsaufwand
 - c. Neue Praxis seit Inkrafttreten des DBG
- 3. Zeitlich unbeschränkte Verlustverrechnung bei Sanierung
 - a. Grundsatz
 - b. Einschränkungen
- 4. Steuerliche Gewinnermittlung in den Folgejahren
 - a. Sanierte Steuerbilanz liefert massgebende Werte
 - b. Steuerliche Behandlung der Sanierungsrückstellung
 - c. Rückzahlung sanierungshalber erlassener Schulden
- C. Erlass von Ertrags- und Kapitalsteuern
- D. Emissionsabgabe auf Sanierungsleistungen
 - 1. Abgabepflichtige Vorgänge
 - 2. Erlass der Emissionsabgabe bei Sanierung
- E. Verrechnungssteuer und Sanierung
- IV. Sanierungs-Genussscheine und Besserungsscheine
 - A. Der Sanierungs-Genussschein
 - 1. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen
 - 2. Bilanzierung von Sanierungs-Genussscheinen?
 - 3. Besteuerung des Sanierungs-Genussscheins
 - a. Emissionsabgabe
 - b. Verrechnungssteuer
 - c. Ertrags- und einkommensteuerliche Behandlung der Zahlungen auf Genussscheinen
 - B. Der Besserungsschein
 - 1. Keine gesellschaftsrechtliche, sondern vertragsrechtliche Grundlage
 - 2. Steuerliche Behandlung des Besserungsscheins
- V. Steuerfolgen der Sanierung beim Sanierer; Sanierung im Konzern
 - A. Sanierung durch den Aktionär, bzw. die Muttergesellschaft
 - 1. Beteiligung im Privatvermögen
 - 2. Beteiligung im Geschäftsvermögen
 - B. Gläubiger (unabhängige Dritte) als Sanierer
 - C. Schwestergesellschaften als Sanierer

I. Einleitung

Nicht immer arbeiten Wirtschaftsunternehmen erfolgreich. Verschiedenste innere und äussere Umstände können ein Unternehmen in eine Krise stürzen und in eine finanzielle Notlage geraten lassen, so dass es zu einem Sanierungsfall wird. Durch das Ergreifen geeigneter Sanierungsmassnahmen soll eine Gesundung des krisengeschüttelten, in seinem Fortbestand gefährdeten Unternehmens herbeigeführt werden. Erste, unmittelbare Aufgabe der Sanierungsmassnahmen ist es, den drohenden Zusammenbruch und Konkurs des Unternehmens zufolge akuten Kapital- und/oder Liquiditätsmangels abzuwenden. In einer weiteren Perspektive sind die Sanierungsmassnahmen darauf ausgerichtet, auch mittel- und längerfristig die Zahlungs-

fähigkeit des Unternehmens zu erhalten und seine Rentabilität wiederherzustellen.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit den gesellschafts- und steuerrechtlichen Gesichtspunkten von Massnahmen zur Sanierung von Unternehmen in der in der Schweiz am häufigsten verwendeten Rechtsform, der Aktiengesellschaft.

A. Allgemeiner Begriff der Unternehmens-Sanierung

Der Begriff der Sanierung resp. der Sanierungsmassnahmen taucht in verschiedenen aktien- und steuerrechtlichen Gesetzesbestimmungen auf¹; eine Umschreibung des Begriffes ist in den Gesetzesbestimmungen jedoch nicht zu finden. Kurz umschrieben, bedeutet Sanierung das Gesundmachen eines Unternehmens, welches in einer lebensbedrohlichen Krise steckt. Sie umfasst namentlich alle Massnahmen organisatorischer und finanzieller Art zur Beseitigung der Unterbilanz, Überschuldung oder Illiquidität und zur Wiederherstellung der Rentabilität des Unternehmens.

Im allgemeinen wird zwischen organisatorischen und finanziellen Sanierungsmassnahmen unterschieden.

Die *organisatorischen* Sanierungsmassnahmen betreffen primär die rein betriebliche Ebene. Sie sind regelmässig auf die Redimensionierung und Rationalisierung der betrieblichen Abläufe zum Zwecke der Kosteneinsparung ausgerichtet. Solche Massnahmen sind oft mit dem Abbau von Arbeitsplätzen verbunden, woraus sich, namentlich im Falle sogenannter Massenentlassungen², vor allem arbeitsrechtliche Probleme ergeben können; besondere gesellschafts- und steuerrechtliche Fragen werfen die organisatorischen, betrieblichen Massnahmen jedoch in der Regel nicht auf.³

Die *finanziellen* Sanierungsmassnahmen zielen dagegen auf eine Verbesserung der Kapitalstruktur, die Beseitigung von Verlusten, die Verbesserung der Liquidität und die Schaffung einer Sanierungsreserve. Solche Massnahmen berühren die Bilanz und gegebenenfalls die Erfolgsrechnung des Unternehmens. Sie erfordern teilweise besondere aktienrechtliche Schritte und haben in der Regel bestimmte steuerliche Auswirkungen, welche nachstehend aufzuzeigen sind.

B. Aktienrechtlicher Sanierungsbegriff

Das Obligationenrecht erwähnt die Begriffe der "Sanierung", resp. der "Sanierungsmassnahmen" in den Artikeln 725a Abs. 1 und 725 Abs. 1, ohne sie jedoch zu definieren. Der aktienrechtliche Sanierungsbegriff ist daher aus dem Inhalt und dem Normzweck der genannten Bestimmungen abzuleiten.

Die Art. 725 und 725a OR stehen unter dem Titel "Kapitalverlust und Überschuldung". Sie sind zum Schutz der Allgemeinheit, der Gläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft selbst aufgestellt und sollen verhindern, dass die Gesellschaft ohne eigene Mittel, mithin ohne Haftungs-

und Kreditbasis am Geschäftsverkehr teilnimmt. Art. 725 OR bezweckt unmittelbar den Schutz des Aktienkapitals als minimales Haftungssubstrat⁴.

1. Anzeigepflichten des Verwaltungsrates

a. bei "Kapitalverlust": Art. 725 Abs. 1 OR

Die erste Stufe der Handlungspflicht des Verwaltungsrates ist erreicht, wenn aufgrund der letzten Jahresbilanz die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven⁵ nicht mehr gedeckt ist oder, anders ausgedrückt, wenn der bilanzierte Verlustsaldo die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen (einer Ausschüttungssperre unterliegenden) Reserven übersteigt. Der Verwaltungsrat ist alsdann verpflichtet, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr "Sanierungsmassnahmen" zu beantragen.

Das Gesetz sagt nichts darüber aus, welche Arten von Sanierungsmassnahmen in Betracht kommen. Dies wird von den Umständen im Einzelfall abhängen. In manchen Fällen wird die buchmässige Aufwertung von Aktiven im Rahmen des gesetzlich Zulässigen genügen. Wo dies der Fall ist, ist der Kapitalverlust ein "unechter", da er durch noch vorhandene stille Reserven gedeckt ist. In gravierenderen Fällen sind dagegen weitergehende, die Gläubiger und/oder die Aktionäre direkt berührende Massnahmen wie Schulderrass, Kapitalschnitt und dergleichen erforderlich.

Die Anzeigepflicht bei "Kapitalverlust" bezweckt primär den *Schutz des Aktionärs*. Ihm ist die gefährdete finanzielle Situation der Gesellschaft vom Verwaltungsrat anzuzeigen, bevor das ganze Eigenkapital verloren ist.

b. bei Überschuldung: Art. 725 Abs. 2 OR

Sobald "begründete Besorgnis einer Überschuldung" besteht, ist der Verwaltungsrat zur Erstellung einer *Zwischenbilanz* verpflichtet. Die Überschuldung ist gegeben, wenn aufgrund dieser Zwischenbilanz die Verbindlichkeiten die Aktiven übersteigen, d.h. wenn die Aktiven weder bei Bewertung zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreichen. Überschuldung bedeutet den Verlust des gesamten Eigenkapitals. Bei bloss "unechter" Überschuldung ist lediglich

1 Z.B. in Art. 725 und 725a OR, Art. 67 Abs. 2 DBG, Art. 25 Abs. 3 StHG.

2 Vgl. Art. 335d, 335e, 335f und 335g OR; es bestehen teilweise auch kantonale Meldevorschriften.

3 Allerdings können gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme etwa dann entstehen, wenn zur Mittelbeschaffung wichtige Unternehmensteile veräussert werden müssen. Zu solchen Teil-Liquidationshandlungen dürfte die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich sein; gegebenenfalls müssen auch die Gesellschaftsstatuten angepasst werden.

4 WÜSTNER in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, H. HONSELL (Hrsg.), N. 1 ad Art. 725 OR.

5 Allgemeine Reserve nach Art. 671 OR, Reserve für eigene Aktien nach Art. 671a OR und Aufwertungsreserve nach Art. 671b OR.

das buchmässige Eigenkapital verloren; unter Berücksichtigung noch vorhandener stiller Reserven ergibt sich hingegen noch ein positives Eigenkapital.

Die unter der Verantwortung des Verwaltungsrates zu erstellende Zwischenbilanz – keine ordentliche Bilanz, sondern ein ausserordentlicher Status, für den die aktienrechtlichen Bewertungsgrundsätze, namentlich das Niederstwertprinzip, nicht gelten – ist der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen. Ergibt sich daraus sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten tatsächlich eine Überschuldung, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, diese unverzüglich dem Konkursrichter anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht besteht nicht, wenn Gesellschaftsgläubiger mindestens im Umfange der Überschuldung mit ihren Forderungen im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Ferner darf der Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Konkursrichters absehen, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen⁶, oder wenn ein Gesuch um Nachlass-Stundung eingereicht wird⁷.

Bei der Pflicht zur Überschuldungsanzeige steht der *Schutz der Gesellschaftsgläubiger* im Vordergrund. Es soll damit eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt und die Verschleppung des Konkurses verhindert werden. Gleichzeitig sollen Dritte vor Schädigungen aus der Gewährung neuer Kredite an die kein Eigenkapital mehr aufweisende Gesellschaft bewahrt werden.

2. Konkursöffnung oder -aufschub: Art. 725a OR

a. Konkursöffnung

Der Konkursrichter ist aufgrund Art. 725a Abs. 1 OR grundsätzlich dazu verpflichtet, den Konkurs über die Gesellschaft zu eröffnen, wenn ihm die Überschuldung formgerecht angezeigt worden ist. Dies geschieht normalerweise durch den Verwaltungsrat aufgrund eines Verwaltungsratsbeschlusses, allenfalls durch die Liquidatoren oder durch die Revisionsstelle. Die geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten ist der Anzeige beizulegen. Materiell ist vorausgesetzt, dass die Gesellschaft tatsächlich überschuldet ist und dass weder ein Antrag noch die Voraussetzungen eines Konkursaufschubes gegeben sind.

b. Konkursaufschub

Nach dem Gesetzeswortlaut *kann* der Richter den Konkurs aufschieben, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

In formeller Hinsicht ist vorausgesetzt, dass dem Richter einerseits eine Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates und andererseits ein Antrag auf Konkursaufschub vorliegt; dieser Antrag ist entweder vom Gesamt-Verwaltungsrat oder von einem Gesellschaftsgläubiger zu stellen. Weiter ist die Leistung des richterlich verfügbaren Kostenvorschusses und das Fehlen einer Notstundung nach Art. 317o SchKG im vorausgegangenem Jahr vorausgesetzt.

Materielle Bedingungen sind die Überschuldung, ein Interesse der Gläubiger – sie dürfen durch den Aufschub nicht schlechter gestellt werden als im Falle der sofortigen

Konkursöffnung – und schliesslich das Bestehen einer *berechtigten Aussicht auf Sanierung*. Die Sanierungsaussicht besteht, sofern während der Aufschubsfrist eine "dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und ihre Ertragskraft wiederhergestellt werden kann"⁸. Dies geht über eine reine Bilanzsanierung hinaus. Die Sanierungsaussicht ist vom Gesuchsteller darzutun und vom Richter anhand der vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen zu prüfen.

Der Konkursaufschub bewirkt einen Rechtsstillstand. Betreibungs- und Verwertungsbegehren gegen die Gesellschaft dürfen nicht mehr bewilligt werden. Ab Publikation oder Kenntnisnahme des Konkursaufschubes gilt das Verrechnungsverbot nach Art. 213 SchKG. Der Richter hat in jedem Falle geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens und zur Sicherstellung der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger anzuordnen. Die Massnahmen bestehen regelmässig in Beschränkungen der Verfügungs- und Vertretungsrechte der Gesellschaftsorgane. Weiter kann der Richter eine oder mehrere Personen als Sachwalter bestellen, deren Aufgaben und Kompetenzen er genau zu umschreiben hat.

3. Schlussfolgerungen für den aktienrechtlichen Sanierungsbegriff

Unter dem engeren Gesichtspunkt des Art. 725 OR umfassen die Sanierungsmassnahmen alle finanziellen Massnahmen, die unmittelbar auf die Gewährleistung des Fortbestandes der Gesellschaft und die Verhinderung der Liquidation abzielen⁹. Zur Beurteilung der Sanierungsaussicht als Voraussetzung des Konkursaufschubes nach Art. 725a OR bei bestehender Überschuldung ist hingegen von einem weiteren Sanierungsbegriff auszugehen, der nicht lediglich die blosser Bilanzsanierung durch rein finanzielle Massnahmen wie Kapitalherabsetzung, à-fonds-perdu-Zuschüsse und Schuldenerlass, sondern darüber hinaus alle Massnahmen umfasst, die auf eine dauerhafte Gesundung des Unternehmens und Wiederherstellung seiner Ertragskraft ausgerichtet sind.

C. Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff

Für die Zwecke des Steuerrechtes gelten nur die finanziellen, direkt bilanzwirksamen Massnahmen als Sanierungsmassnahmen. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (EStV) anerkennt als Sanierungsmassnahmen finanzielle Massnahmen, die zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichtes einer notleidenden Gesellschaft getroffen werden, wobei die dabei erzielten Buchgewinne zur Ausbuchung von Verlusten und Verlustvorträgen zu verwenden

6 BGE 116 II 541.

7 BGE 62 III 25.

8 WÜSTINER (FN 4), N. 7 ad Art. 725a OR; BGE 99 II 289.

9 WÜSTINER (FN 4), N. 10 ad OR 725.

den sind.¹⁰ In der steuerrechtlichen Doktrin wurde die Sanierung etwa umschrieben als "die aussergewöhnliche und nach aussen erkennbare Mittelbeschaffung eines notleidenden Unternehmens zum Zwecke der Weiterexistenz"¹¹ oder "die Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichts (Bilanzbereinigung) durch ausserordentliche Massnahmen unter Inanspruchnahme von Leistungen oder Verzicht der Eigenkapital- und Fremdkapitalgeber"¹².

Damit im steuerrechtlichen Sinne eine Sanierung angenommen werden kann, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Sanierungsbedürftigkeit

Das Unternehmen muss sanierungsbedürftig sein, sich in einer wirklichen finanziellen Notlage befinden. Dies ist der Fall, wenn sich nach der Auflösung aller offenen und stillen Reserven¹³ zumindest eine *Unterbilanz* ergibt, d.h. wenn die Aktiven nach Abzug der Verbindlichkeiten das Aktienkapital nicht mehr voll decken.¹⁴ Eine *Überschuldung* liegt vor, wenn aufgrund der Bilanz das Aktienkapital ganz verloren ist und auch die Verbindlichkeiten durch die Aktiven nicht mehr vollständig gedeckt sind.¹⁵ Damit die finanzielle Notlage als Ausgangspunkt für finanzielle Sanierungsmassnahmen steuerlich anerkannt wird, darf sie zudem nicht auf verdeckte, steuerlich (noch) nicht erfasste Gewinnausschüttungen zurückzuführen sein. Es gilt ausserdem der allgemeine Vorbehalt der Steuerumgehung.¹⁶

2. Weiterführung des Unternehmens

Sanierungsmassnahmen sind nur solche, die auf die *Weiterführung* des Unternehmens und der Gesellschaft und nicht auf deren Liquidation zielen. Dies kann unter Umständen mit neuen Eigen- oder Fremdkapitalgebern oder in geänderter Rechtsform geschehen. Umstrukturierungs-Massnahmen wie Umwandlung, Zusammenschluss (Fusion und ähnliche Tatbestände) oder Teilung (z.B. Abspaltung eines Unternehmensteils in eine Aufgangsgesellschaft) können durchaus Teil eines Sanierungskonzeptes bilden und sind dann als Sanierungsmassnahmen steuerlich anzuerkennen.

3. Mittelbeschaffung

Die getroffenen Massnahmen müssen der tatsächlichen Mittelbeschaffung dienen, sei es durch Zufluss neuer Eigenmittel, sei es durch Verminderung der Schulden oder Reduktion des Aktienkapitals. Die steuerliche Anerkennung der Sanierung setzt grundsätzlich *finanzielle Opfer* der Gläubiger und/oder der Aktionäre voraus. Lässt sich eine Unterbilanz durch blosser Auflösung offener oder stiller Reserven, d.h. durch rein buchmässige Vorgänge beseitigen, so gilt dies für Steuerzwecke nicht als Sanierung¹⁷.

4. Sichtbarkeit nach aussen

Sowohl die Finanznot als auch die dagegen getroffenen Massnahmen müssen nach aussen erkenntlich sein und sich in der Bilanz des Unternehmens niederschlagen.¹⁸

5. Aussergewöhnlichkeit

Echte Sanierungen haben stets aussergewöhnlichen Charakter. Es mag vorkommen, dass ein Unternehmen mehrmals nacheinander saniert werden muss. "Sanierungen", die zum voraus in den Geschäftsplan eingebaut sind, sind jedoch steuerlich unbeachtlich (Steuerumgehung), da die Aktiengesellschaft als Wirtschaftsunternehmen grundsätzlich gewinnorientiert konzipiert ist.

- 10 HEINZ MASSHARDT, Kommentar zu Direkten Bundessteuer, 2. A., Zürich 1985, 281, Rz 11 zu Art. 49 Abs. 1 lit. a BdBSt.
- 11 MARKUS EDELMANN, Steuerliche Aspekte der Unternehmenssanierung, Diss. Zürich 1976.
- 12 HEINZ WEIDMANN, Die steuerliche Behandlung von Sanierungen, in StR 37, 1.
- 13 Das neue Aktienrecht erlaubt nun ausdrücklich die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen auch über den Anschaffungs- oder Herstellungskostenwert hinaus bis auf den wirklichen Wert, wenn eine qualifizierte Unterbilanz in dem Sinne vorliegt, dass infolge eines Bilanzverlustes die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, vgl. Art. 670 Abs. 1 OR. Der Aufwertungsbetrag ist einer speziellen Aufwertungsreserve zuzuweisen, welche nur durch Umwandlung in Aktienkapital oder durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven wieder aufgelöst werden darf, vgl. Art. 670 Abs. 1 letzter Satz und Art. 671b OR. Die Aufwertung bedingt überdies eine Prüfung und schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle zuhanden der Generalversammlung (!) betreffend die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen bei der Aufwertung.
- 14 Der Verwaltungsrat hat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, Art. 725 Abs. 1 OR.
- 15 Besteht eine begründete Besorgnis einer Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat für die Erstellung einer Zwischenbilanz zu sorgen und diese durch die Revisionsstelle prüfen zu lassen. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Konkursrichter zu benachrichtigen ("Hinterlegung der Bilanz"), es sei denn, es finden sich Gläubiger dazu bereit, im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten; Art. 725 Abs. 2 OR.
- 16 Beispiel: Eine Gesellschaft, die ihrer Muttergesellschaft oder anderen nahestehenden Personen in der Vergangenheit Leistungen ohne angemessenes Entgelt erbracht hat und nun einer Bilanzsanierung bedarf, kann die allfällig privilegierte steuerliche Behandlung der erforderlich gewordenen Sanierungsmassnahmen nicht beanspruchen.
- 17 Dies gilt auch für die aktienrechtlich als Sanierungsmassnahme zulässige Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen auf den Verkehrswert nach Art. 670 OR.
- 18 Dieses Kriterium ist nicht unumstritten, ist doch die Notlage oftmals aus der Bilanz gerade nicht ersichtlich, weil die nötigen Wertkorrekturen nach unten wegen fehlender Gewinne noch nicht verbucht werden konnten.

II. Die finanziellen Sanierungsmassnahmen im einzelnen

A. Einleitung

1. Charakteristik, Erscheinungsformen

Finanzielle Sanierungsmassnahmen *ändern* den *Kapitalaufbau* des Unternehmens. Die Änderungen betreffen das *Eigenkapital* – verschiedene Formen der Kapitalherabsetzung, Zuführung von neuem Eigenkapital – oder das *Fremdkapital* – Gläubigerverzicht als individueller Schuldverlass, privater oder gerichtlicher Nachlassvertrag – oder beides – Umwandlung von Schulden in Beteiligungskapital.

Während einige Sanierungsmassnahmen wie Kapitalzuzahlungen oder à-fonds-perdu-Zuschüsse mit dem Zufluss neuer Mittel verbunden sind, ist dies bei anderen Massnahmen wie der Kapitalherabsetzung, dem Schuldverlass/Forderungsverzicht oder der Umwandlung von Schulden in Beteiligungskapital nicht der Fall.

Wie bereits erwähnt, werden von den Steuerbehörden nur solche Massnahmen als Sanierung anerkannt, die direkt zur Eliminierung aufgelaufener Verluste aus der Bilanz führen und somit eine Unterbilanz zu beseitigen vermögen. Diese Voraussetzung erfüllen nur gerade drei Arten von Massnahmen:

- a. die Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung,
- b. der Forderungsverzicht von Gläubigern und
- c. der Kapitalzuschuss à fonds perdu (ohne Erhöhung des Grundkapitals).

Diese eigentlichen Bilanzsanierungsmassnahmen werden oft mit weiteren Massnahmen zur Verstärkung der Eigenkapitalbasis oder Zufuhr betriebsnotwendiger Liquidität kombiniert, namentlich mit einer Erhöhung des Aktienkapitals mittels Bareinzahlung, Sacheinlage oder Einzahlung durch Verrechnung mit Schulden. Diese zusätzlichen Massnahmen sind jedoch für sich allein nicht in der Lage, Bilanzverluste zu beseitigen.

2. Sanierung durch buchmässige Wertkorrekturen?

Rein buchmässige Wertkorrekturen, wie namentlich die Aufwertung von Bilanzaktiven oder die Auflösung von Rückstellungen, können Bilanzverluste reduzieren oder eliminieren. Solche Wertkorrekturbuchungen sind gleichbedeutend mit der Auflösung stiller Reserven. Eine Mittelbeschaffung in Form des Zuflusses neuer Eigenmittel, der Verminderung von Schulden oder der Amortisation des nominellen Aktienkapitals ist jedoch nicht gegeben; weder die Fremd- noch die Eigenkapitalgeber erbringen der Gesellschaft ein finanzielles Opfer. Eine wirkliche finanzielle Notlage im Sinne einer "echten" Unterbilanz liegt gar nicht vor, wenn sich der Bilanzverlust durch blosser Verbuchung von Wertkorrekturen ausbuchen lässt. Die rein buchmässige Sanierung ist deshalb steuerlich nicht anerkennungsfähig; die dabei entstehenden Buchgewinne wer-

den steuerlich normal erfasst. Allerdings werden solche Gewinne regelmässig zur steuerlichen Kompensation von Verlustvorträgen aus früheren Perioden verwendet werden können, so dass im Zeitpunkt der "Sanierung" keine effektiv zahlbare Steuerschuld entsteht. Die soeben angestellten Überlegungen gelten erst recht dann, wenn der bilanzielle Verlustvortrag noch durch offene Reserven abgedeckt ist, die zum Zwecke der Verlustausbuchung aufgelöst werden.

Die eigentliche Problematik liegt darin, dass die auf dem Vorsichts- und Niederstwertprinzip beruhenden aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften¹⁹ zu sogenannten Zwangsreserven führen können. So darf namentlich das Anlagevermögen höchstens zu den Anschaffungs- oder den Herstellungskosten in die Bilanz eingestellt werden.²⁰ Dieser Umstand kann zum Ausweis einer Unterbilanz, eines Verlustsaldos in der Handelsbilanz führen, obwohl bei einer Bewertung zu wirklichen, betriebswirtschaftlichen Werten das Eigen- resp. Aktienkapital noch vollständig intakt wäre. In einer solchen Situation besteht regelmässig das Bedürfnis, namentlich Anlagegüter über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten hinaus auf den wirklichen Wert (Verkehrswert) aufzuwerten. Dies ist gemäss Art. 670 Abs. 1 OR zu Sanierungszwecken zulässig für Grundstücke und Beteiligungen, sofern jede der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

1. Vorliegen eines "Kapitalverlustes" im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR: Die aufgelaufenen, bilanzierten Verluste sind so hoch, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind.
2. Der wirkliche Wert der Grundstücke oder Beteiligungen ist über die Anschaffungs- oder Herstellungskosten gestiegen. Der Mehrwert sollte erheblich und durch eine sorgfältige und vorsichtige Bewertung erhärtet sein.
3. Der Aufwertungsbetrag darf nicht direkt zur Ausbuchung von Bilanzverlusten verwendet werden. Stattdessen ist er in der Bilanz gesondert als *Aufwertungsreserve* auszuweisen. Die Aufwertungsreserve kann später nur durch Umwandlung in Aktienkapital oder durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven wieder aufgelöst werden²¹, sie unterliegt mithin einer Ausschüttungssperre. Der Gegenstand und der Betrag der Aufwertung sind im Anhang zur Jahresrechnung detailliert offenzulegen.²²
4. Es muss eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle zuhanden der Generalversammlung vorliegen, wonach die gesetzlichen Bestimmungen bei der Aufwertung eine schriftliche Bestätigung der Revisionsstelle eingehalten sind.

Die Auflösung *blosser Ermessens- oder Willkürreserven*²³ ist uneingeschränkt zulässig.

19 Art. 664 ff. OR.

20 Art. 665 OR.

21 Art. 671b OR.

22 Art. 663b Ziff. 9 OR.

23 Solche entstehen namentlich bei Ausschöpfung der steuerlich zulässigen Abschreibungs- und Rückstellungsmöglichkeiten.

Sowohl die Aufwertung von Aktiven als auch die Auflösung von Rückstellungen sind erfolgswirksame Vorgänge. Der dadurch entstehende Buchgewinn gilt *steuerlich* als normaler, steuerbarer Ertrag. In der Regel wird dieser Ertrag zur Kompensation aufgelaufener steuerlicher Verlustvorträge verwendet werden können und somit nicht sofort zu Steuerausgaben führen.

Da die Sanierungs-Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen nach Art. 670 OR für Steuerzwecke nicht als Sanierungsmassnahme anerkannt ist, ist die in Art. 67 Abs. 2 DBG vorgesehene, zeitlich unbeschränkte steuerliche Verlustverrechnung nicht anwendbar. Zudem ist die Wiederabschreibung auf den aufgewerteten Aktiven aufgrund von Art. 62 Abs. 3 DBG steuerlich eingeschränkt. Sie ist nur insoweit zulässig, als der Verlust, wäre keine Aufwertung erfolgt, im Zeitpunkt der Wiederabschreibung des aufgewerteten Aktivums steuerlich noch verrechenbar resp. abzugsfähig wäre.

Bezüglich der Aufwertung von Grundstücken kann sich allerdings eine abweichende Behandlung auf der Ebene der kantonalen Steuern ergeben. Zürich und einige andere Kantone erfassen die geschäftlichen Gewinne auf Grundstücken – soweit die Wertzuwachs- und nicht die Abschreibungsquote betroffen ist – mit einer Spezialsteuer, der Grundstückgewinnsteuer. Deren Erhebung setzt indessen voraus, dass eine Handänderung an dem Grundstück stattgefunden hat, was bei einer blossen Aufwertung nicht der Fall ist.

Wird die Aufwertungsreserve zur Liberierung von neuem nominellem Aktienkapital verwendet, so gilt sie als Gratisaktienausgabe bzw. Gratisnennwerterhöhung. Der Umbaubetrag unterliegt bei der Gesellschaft der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe, auf der Ebene des privaten Aktionärs zudem der Einkommenssteuer bei der direkten Bundessteuer und in denjenigen Kantonen, die Gratisaktien als Einkommen besteuern.

3. Sanierung durch Rangrücktritt?

Das Vorliegen eines gültigen Rangrücktrittes von Gesellschaftsgläubigern im Umfange mindestens der Unterdeckung der Verbindlichkeiten berechtigt den Verwaltungsrat dazu, trotz bestehender Überschuldung von der Benachrichtigung des Konkursrichters abzusehen.²⁴

Der Rangrücktritt besteht üblicherweise in einer Vereinbarung zwischen der Schuldner-Gesellschaft und einem Gläubiger, worin dieser zusagt, im Falle des Konkurses, einer Nachlassstundung oder einer Liquidation der Gesellschaft in dem Umfange auf Befriedigung für seine Forderung zu verzichten, als das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gläubiger benötigt wird.

Der "klassische" Rangrücktritt enthält *keinen sofort wirksamen Forderungsverzicht*, sondern lediglich eine Stundung der Forderung. Die Schuld muss deshalb weiterhin in ihrem vollen Betrag bilanziert werden; ein allfälliger Erlass der Schuld wird erst im Konkurs wirksam. Der Rangrücktritt ohne sofort wirksamen Forderungsverzicht hat deshalb keine unmittelbare Auswirkung auf die Bilanz;

namentlich vermag er keine Unterbilanz oder gar Überschuldung zu beseitigen. Der Rangrücktritt ist deshalb keine echte Sanierungsmassnahme, insbesondere nicht für Steuerzwecke.

B. Sanierung durch Veränderung des Eigenkapitals

1. Begriffe "Unterbilanz" und "Überschuldung"

"Unterbilanz" meint eine Situation, bei der infolge von Verlusten das Aktienkapital nicht mehr vollständig gedeckt ist. "Überschuldung" ist eine qualifizierte Form der Unterbilanz, indem nun das gesamte Aktienkapital verloren ist und auch die Verbindlichkeiten durch die Aktiven nicht mehr vollständig gedeckt sind.

2. Kapitalschnitt und Sanierungszuschuss

Die beiden hauptsächlichen Sanierungsmassnahmen zur Wiederherstellung des Eigenkapitals sind:

- Die Kapitalherabsetzung ohne Ausschüttung²⁵
- Zuzahlungen der Anteilsinhaber ohne Anrechnung auf das Aktienkapital: sogenannte *Zuschüsse à fonds perdu*.

Beide Massnahmen werden häufig mit einer Kapitalerhöhung kombiniert. Die Erhöhung des Aktienkapitals allein vermag den Verlustvortrag *nicht* zu beseitigen.

3. Sanierung durch Kapitalherabsetzung

a. Arten der Herabsetzung

Das Aktienrecht kennt zwei verschiedene Arten der Kapitalherabsetzung:

- Die sog. *konstitutive* Kapitalherabsetzung mit Ausschüttung von Mitteln oder Verzicht auf eine ausstehende Liberierungsverpflichtung²⁶;
- die *deklarative* Kapitalherabsetzung ohne Mittel-Ausschüttung, zwecks Beseitigung einer Unterbilanz.²⁷

b. Deklarative Kapitalherabsetzung

Vereinfachtes Verfahren; Voraussetzungen

Als Sanierungsmassnahme kommt nur die *deklarative* Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung ("Kapitalabschreibung") in Betracht. Sie bezweckt im Grunde die Anpassung des Grundkapitals an das noch vorhandene Vermögen, d.h. eine reine Bilanzbereinigung. Art. 735 OR sieht dafür ein gegenüber der konstitutiven Herabsetzung *vereinfachtes Verfahren* vor. Der in Art. 733 OR verlangte Schuldenruf und die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger entfallen. Das vereinfachte Verfahren ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

24 Art. 725 Abs. 2 OR.

25 Art. 735 OR.

26 Vgl. Art. 732–734 OR.

27 Vgl. Art. 735 OR.

1. Es liegt eine *Unterbilanz* vor.
2. Die Unterbilanz ist *durch Verluste entstanden*.
3. Das Aktienkapital wird um höchstens den Betrag der Unterbilanz, d.h. des Verlustvortrages herabgesetzt.

Vermögensbewertung zur Ermittlung der Unterbilanz
Für die Ermittlung der Unterbilanz i.S.v. Art. 735 OR sind die Vermögenswerte zu den *aktienrechtlich zulässigen Höchstwerten* einzusetzen. In der Regel ist auf *Fortführungswerte* abzustellen, es sei denn, es bestehe die Gefahr der Überschuldung. Die Unterbilanz darf weder durch offene noch durch stille Reserven gedeckt sein. Allerdings sind sogenannte Zwangsreserven (stille Reserven, die sich aus den aktienrechtlichen Höchstbewertungsvorschriften ergeben) für die Feststellung der "Unterbilanz" nicht aufzulösen.

Volldeckung der Schulden, besonderer Revisionsbericht
Wie die konstitutive ist auch die vereinfachte Kapitalherabsetzung nur zulässig, wenn danach die *Forderungen der Gläubiger voll gedeckt* sind. Dies muss durch einen besonders befähigten Revisor²⁸ in einem speziellen Revisionsbericht festgestellt worden sein.²⁹ Der Revisor muss an der beschlussfassenden Generalversammlung anwesend sein. Der Beschluss der Generalversammlung hat das Ergebnis des Revisionsberichtes festzustellen und Art der Durchführung der Kapitalherabsetzung anzugeben, d.h. durch Reduktion der Anzahl oder des Nennwertes der Aktien³⁰.

Kapitalschnitt bei Überschuldung?
Ist die Gesellschaft *überschuldet*, so lässt sich der Bilanzverlust auch durch vollständige Kapitalabschreibung nicht völlig eliminieren. Wenn keine Gläubiger in genügendem Ausmasse zu Rangrücktritten bereit sind, so hat der Verwaltungsrat den Konkursrichter zu benachrichtigen; dieser kann bei dargetaner Sanierungsaussicht allenfalls einen Konkursaufschub gewähren.³¹

Grenzen des vereinfachten Verfahrens
Wenn der Herabsetzungsbetrag grösser ist als der Verlustvortrag, so muss das vollständige Herabsetzungsverfahren mit Schuldenruf durchgeführt werden. Das Bundesgericht fand allerdings, die Beschränkung der Herabsetzung im vereinfachten Verfahren auf den Betrag der Unterbilanz sei nicht kleinlich auszulegen, und es sei sogar die Anlage bescheidener offener Reserven zur Förderung des Erfolgs der Sanierung nicht ausgeschlossen.³²

Statutenänderung, Formalitäten
Die Kapitalherabsetzung erfordert grundsätzlich eine *Statutenänderung*, die von einer Generalversammlung in öffentlicher Urkunde zu beschliessen und dem Handelsregister zur Eintragung anzumelden ist. Von dieser formellen Voraussetzung ausgenommen ist die Herabsetzung mit direkt anschliessender Wiedererhöhung des Aktienkapitals auf den ursprünglichen Betrag.³³

Grenzen
Das *Aktienkapital* muss nach der Sanierung die gesetzliche Mindesthöhe von Fr. 100 000.– aufweisen. Der Nennwert bestehender Aktien kann im Sanierungsfall bis auf Null

herabgesetzt werden. Das Stimmrecht der im Nennwert reduzierten oder abgeschriebenen Aktien kann dem ursprünglichen Nennwert entsprechend beibehalten werden. Neue Aktien, die im Rahmen einer gleichzeitigen Kapitalerhöhung ausgegeben werden, müssen den gesetzlichen Mindest-Nennwert von Fr. 10.– aufweisen. Der Aktionär behält auch bei vollständiger Abschreibung des Aktien-Nennwertes mindestens *eine Stimme*, sofern der Herabsetzungsbeschluss nicht die Beibehaltung des Stimmrechts entsprechend dem ursprünglichen Nennwert vorsieht³⁴. Die eine Reststimme kann dem Aktionär folglich nur mit dessen Zustimmung entzogen werden.

c. Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung

Auf die in Sanierungsfällen häufig praktizierte *Kapitalherabsetzung (oft bis auf Null) mit gleichzeitiger Wiedererhöhung auf (mindestens) den ursprünglichen Betrag* durch neues, vollständig einbezahltes Kapital sind die Verfahrensregeln von Art. 732 ff. OR *nicht* anwendbar. Es handelt sich hierbei *nicht* um eine echte Kapitalherabsetzung im Rechtssinne.³⁵

Auch die Herabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung erfordert aber einen öffentlich beurkundeten Generalversammlungsbeschluss. Es genügt dafür das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen³⁶, wenn die Statuten nichts anderes vorsehen. Das formelle Kapitalerhöhungsverfahren ist vollständig durchzuführen. Mindestens bis zum ursprünglichen Betrag muss das neu ausgegebene Kapital *voll liberiert* sein. Die Liberierung kann auch durch Verrechnung mit Forderungen erfolgen; in diesem Falle ist ein Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrates mit Angaben über den Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld sowie eine Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle erforderlich³⁷. Eine Statutenänderung ist nur nötig, wenn das Kapital über den bisherigen Betrag hinaus erhöht oder anders aufgeteilt wird.

Die Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung kann auch bei Überschuldung der Bilanz noch durchgeführt werden. Es ist zu beachten, dass diese Massnahme für sich allein unter Umständen die Überschuldung,

28 Mit speziellen, vom Bundesrat festgelegten fachlichen Qualifikationen, vgl. Art. 727b OR und Verordnung vom 15.6.1992 über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren, AS 1992 S. 1210, SR 221.302.

29 Art. 732 Abs. 2 OR.

30 Art. 732 Abs. 3 OR.

31 In BGE 116 II 533 ff. relativierte das Bundesgericht die Anzeigepflicht insoweit, als bei sofortiger Sanierung und auch bei Bestehen einer konkreten Sanierungsaussicht keine Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters mehr bestehe.

32 BGE 86 II 86.

33 Art. 732 Abs. 1 OR und Art. 647 Abs. 1 und 2 OR.

34 Art. 692 Abs. 3 OR.

35 Vgl. Art. 732 Abs. 1 OR.

36 Art. 703 OR.

37 Vgl. Art. 652e Ziff. 2 und Art. 652f Abs. 1 OR.

keinesfalls aber alle Verluste aus der Bilanz eliminieren kann, es sei denn, die Wiedererhöhung des Kapitals erfolge zu einem Überpari-Ausgabepreis, so dass das Emissionsagio zur Ausbuchung des verbleibenden Bilanzverlustes verwendet werden kann.

d. Alternative: "stille" Sanierung

Das wirtschaftlich gleiche Resultat wie bei der Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung lässt sich durch freiwillige Zuzahlungen der Aktionäre auf ihre bereits voll liberierten Aktien oder durch Übernahme von Verpflichtungen der Gesellschaft erreichen. Da das nominelle Aktienkapital unverändert bleibt, ist kein öffentlich beurkundeter Generalversammlungsbeschluss und keine Handelsregistereintragung nötig; jegliche Publizität entfällt.

e. Herabsetzung des PS-Kapitals

Die Bestimmungen über die Herabsetzung des Aktienkapitals gelten *nicht* für die Herabsetzung des Partizipations-Kapitals. Wenn auf allen Titelkategorien proportional der gleiche Kapitalschnitt vorgenommen wird, ist die Zustimmung der Mehrheit des PS-Kapitals nicht erforderlich.

4. Sanierung durch Zuführung neuen Eigenkapitals

Ist die Gesellschaft überschuldet und/oder zahlungsunfähig, so lässt sie sich nicht mehr allein durch Herabsetzung des Aktienkapitals sanieren. Soweit die Gläubiger nicht bereit sind, ihre Forderungen mindestens teilweise zu erlassen oder wenigstens zu stunden, ist eine Rettung nur noch mittels Zufuhr neuer Eigenmittel möglich. Die Eigenmittelzufuhr geschieht bei der AG entweder in Form freiwilliger Zuzahlungen der Aktionäre auf ihre bereits voll liberierten Aktien – sogenannte *Zuschüsse à fonds perdu* – oder gegen Ausgabe neuer Aktien, resp. (Wieder-)Erhöhung des Nennwertes bestehender Aktien.

a) Freiwillige Zuzahlungen auf Aktien: "stille" Sanierung

Die finanziellen Pflichten des Aktionärs gegenüber der AG erschöpfen sich in der vollen Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien; weitere Pflichten können ihm auch durch die Statuten nicht auferlegt werden³⁸. Weitere Zuzahlungen der Aktionäre ohne Gegenleistung der Gesellschaft erfolgen daher immer auf freiwilliger, allenfalls auf vertraglicher Basis. Wenn alle, resp. alle betroffenen Aktionäre zustimmen, so kann die Generalversammlung eine solche Zuzahlung gültig beschliessen. Ob dies auch durch Mehrheitsbeschluss zulässig ist, ist umstritten; auf jeden Fall bindet ein solcher Beschluss nur diejenigen Aktionäre, die sich zur unbedingten Zuzahlung selbst im Falle der Nichtbeteiligung anderer Aktionäre an der Zuzahlung verpflichten.

Allerdings können die Aktionäre in einer Unterbilanz-Situation einem faktischen Zwang ausgesetzt sein, indem der – in der Regel vom Verwaltungsrat vorbereitete – Gene-

ralversammlungsbeschluss die Aktionäre vor die Wahl stellt, entweder Zuzahlungen ohne Anrechnung auf das Aktienkapital zu leisten oder eine entsprechende Herabsetzung ihres Aktienennwertes zu dulden. Ein anderes beliebtes Mittel, die Aktionäre zu Zuzahlungen zu bewegen, besteht darin, die Aktien der Zuzahlenden zu privilegieren durch Umwandlung in *Prioritätsaktien* oder den Zuzahlenden *Genussscheine* auszugeben. Ein Beschluss der Generalversammlung, der eine derartige Privilegierung der zuzahlenden gegenüber den nicht zuzahlenden Aktionären vorsieht, dürfte jedenfalls solange nicht anfechtbar sein, als das finanzielle Opfer der Zuzahlenden mindestens gleichwertig mit den dafür erhaltenen Privilegien ist.

b. Kapitalerhöhung/Ausgabe neuer Aktien

Die Kapitalerhöhung ist dann mit der Zufuhr neuer Mittel in die Gesellschaft verbunden, wenn die neuen Aktien oder die Nennwerterhöhung bestehender Aktien durch Barzahlung oder Sacheinlage einbezahlt werden.³⁹ Regelmässig verstärkt die Kapitalerhöhung die Eigenkapitalbasis.⁴⁰ Dies ist auch der Fall bei "Umwandlung" von Fremd- in Aktienkapital, welches durch bisherige Gesellschaftsgläubiger mittels Verrechnung mit ihren Forderungen liberiert wird.

In keinem Falle jedoch vermag die Kapitalerhöhung, für sich allein betrachtet, Verluste aus der Bilanz zu beseitigen; dazu ist eine vorausgehende Kapitalherabsetzung ohne Mittelauschüttung oder eine "stille" Sanierung durch Forderungsverzicht oder Zuschuss à fonds perdu erforderlich.

Mit der Aktienrechtsreform von 1992 erfuhr die Kapitalerhöhung eine wesentlich detailliertere Regelung als bisher.⁴¹ Neben der ordentlichen Kapitalerhöhung⁴² wurden die besonderen Formen der genehmigten und der bedingten Kapitalerhöhung eingeführt;⁴³ das Sukzessivverfahren wurde abgeschafft.

Die Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung, bzw. über die Schaffung eines bedingten oder genehmigten Kapitals, steht der Generalversammlung zu, während die Durchführung grundsätzlich dem Verwaltungsrat obliegt. Jeder Aktionär hat grundsätzlich ein proportionales Bezugsrecht im Verhältnis zu seinem bisherigen Aktienbesitz.⁴⁴ Die Generalversammlung darf indessen das Bezugsrecht aus wichtigen Gründen aufheben. "Als wichtige Gründe gelten insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder Beteiligungen sowie die Betei-

38 Art. 680 Abs. 1 OR.

39 Nicht aber bei Liberierung aus Reserven, namentlich durch Umwandlung einer Aufwertungsreserve in nominelles Aktienkapital.

40 Nicht jedoch bei Liberierung zulasten der Gesellschaftsreserven.

41 Vgl. Art. 650–653i OR.

42 Art. 650 OR.

43 Art. 651 und 651a OR; Art. 653–653i OR.

44 Art. 652b Abs. 1 OR.

ligung der Arbeitnehmer. Durch die Aufhebung des Bezugsrechtes darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden.⁴⁵ Andererseits kann kein Aktionär durch den Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung dazu verpflichtet werden, neues Kapital zu zeichnen. Die Darstellung der einzuhaltenden Formalitäten der verschiedenen Kapitalerhöhungsformen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

C. Sanierungsmassnahmen im Bereich des Fremdkapitals

Die Rechtsquellen der Sanierungsmassnahmen im Bereiche des Fremdkapitals finden sich in erster Linie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes. Es bedarf dafür der Mitwirkung und der Opferbereitschaft der *Gesellschaftsgläubiger*. Die Gläubiger haben oftmals ein Interesse daran, den Konkurs der Schuldner-Gesellschaft abzuwenden, um wenigstens einen Teil des zur Verfügung gestellten Fremdkapitals zu retten. Im Falle blosser Liquiditätskrisen mögen Massnahmen wie Zinserleichterungen, Forderungsstundung, verschiedene Formen der Umschuldung, z.B. Umwandlung von kurzfristigem in langfristiges Fremdkapital, genügen. Zur Beseitigung einer einfachen Unterbilanz oder einer Überschuldung taugen diese Massnahmen indessen nicht; hierzu bedarf es eines vollständigen oder teilweisen *Forderungsverzichtes* der Gläubiger.

Für die Sanierungsmassnahmen im Bereich des Fremdkapitals stehen verschiedene Vertragsformen zur Verfügung. Als Beispiele sind zu nennen:

- a. *Individueller*, einfacher *Schulderlass* einzelner Gläubiger nach Art. 115 OR.
- b. *Aussergerichtlicher* ("gütlicher") *Nachlassvertrag* aller Gläubiger mit der Schuldnergesellschaft. Dieser beurteilt sich ebenfalls nach Art. 115 OR. Ungleichbehandlung der Gläubiger ist zulässig, wenn sie allen Gläubigern bekannt ist.
- c. *Gerichtlicher Nachlassvertrag* (Zwangsvergleich) nach Art. 293–317 SchKG, insbesondere der Stundungsvergleich und der Prozentvergleich.
- d. Sog. "*debt/equity swap*" (Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital). Ist der bisherige Fremdkapitalgeber nicht bereits zugleich Aktionär der zu sanierenden Gesellschaft, so bedingt diese Umwandlung eine *Kapitalerhöhung*, wobei das neue Aktienkapital durch Verrechnung mit der umzuwandelnden Forderung liberiert wird. Im Normalfall wird der Gläubiger nur dann bereit sein, seine Forderung in Beteiligungs-, d.h. Risikokapital umzuwandeln, wenn die bisherigen Aktionäre zuvor den Verlustvortrag in der Bilanz eliminieren durch deklarative Kapitalherabsetzung oder à-fonds-perdu-Zuschüsse.
- e. Weitere Massnahmen wie etwa Zinserleichterungen, Umschuldungen, Umwandlung von kurz- in langfristiges Fremdkapital etc.

III. Steuerfolgen der finanziellen Sanierungsmassnahmen

A. Buchhalterische Grundlagen

1. Das Sanierungskonto

Das Sanierungskonto ist ein besonderes Abwicklungskonto zur buchhalterischen Erfassung namentlich derjenigen Sanierungsvorgänge, die in der Finanzbuchhaltung *sowohl ein Bestandeskonto als auch ein Erfolgskonto* berühren, nämlich die Kapitalherabsetzung ohne Ausschüttung, die Forderungsverzichte und die à-fonds-perdu-Zuschüsse zur Beseitigung von Verlusten und zur Finanzierung von Abschreibungen und Rückstellungen (vgl. Beispiel im Anhang). Zuflüsse, die nur Bestandeskonti berühren, insbesondere aus Kapitalerhöhung zu pari – auch wenn es sich um die Umwandlung von Schulden in Aktienkapital handelt – werden entweder nicht über das Sanierungskonto verbucht, oder sie werden als Durchlaufposten sowohl im Soll als auch im Haben erfasst.

Die *Habenseite* (rechts) des Sanierungskontos zeigt die *Mittelherkunft*. Hier werden alle buchmässigen Erträge oder "Gewinne" gutgeschrieben, die durch Schuldnerlass von Gläubigern, à-fonds-perdu-Zuschüsse oder Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung entstehen.

Die *Sollseite* des Sanierungskontos (links) zeigt dagegen die *Verwendung* der Mittelzuflüsse aus den Sanierungsmassnahmen, d.h. der "Sanierungsgewinne": Die Ausbuchung von Verlustvorträgen, die (nachgeholten) Abschreibungen und Rückstellungen, die Bildung einer Sanierungsreserve oder -rückstellung für künftige Ertragseinbussen oder Folgekosten, kurz, den "*Sanierungsaufwand*"⁴⁶.

Nach der vollständigen Durchführung und Verbuchung der Sanierung ist das Sanierungskonto ausgeglichen.

2. Der "Sanierungsgewinn"

Sanierungsgewinn ist der *Buchgewinn*, der infolge einer *Kapitalherabsetzung*, eines *Gläubigerverzichtes* oder eines *à-fonds-perdu-Zuschusses* entsteht. Für Steuerzwecke wird der Sanierungsgewinn als "*echt*" bezeichnet, wenn er auf einem *erfolgswirksamen* Vorgang beruht, und als "*unecht*", wenn er durch einen *erfolgsneutralen* Vorgang, d.h. eine Kapitaleinlage entstanden ist.

B. Steuerliche Behandlung der Sanierungsbuchungen

1. Behandlung der Mittelzuflüsse

a. Nur "echte" Sanierungsgewinne sind steuerbar

Für die Beurteilung der Ertragssteuerfolgen ist entscheidend, ob ein Mittelzufluss aus einer Sanierungsmassnahme

45 Art. 652b Abs. 2 OR.

46 Nicht zu verwechseln mit den direkten Sanierungskosten für Beratung, Stempelsteuern etc., die der ordentlichen Erfolgsrechnung zu belasten sind.

erfolgswirksam oder erfolgsneutral zu verbuchen ist. Erfolgsneutrale Zugänge, sogenannte "unechte" Sanierungsgewinne, berühren nur Bestandeskonti, nicht aber Erfolgskonti. Sie fliessen dementsprechend nicht in die steuerliche Gewinnberechnung ein. Erfolgswirksame Zugänge – "echte Sanierungsgewinne" – sind dagegen grundsätzlich Bestandteil des steuerbaren Gewinnes.

Erfolgsneutrale Zugänge, d.h. unechte Sanierungsgewinne entstehen bei der Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung sowie grundsätzlich bei allen Formen der Eigenkapitaleinlage, d.h. der Aktienkapitalerhöhung (auch für das allfällige Emissionsagio), bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital und auch bei den à-fonds-perdu-Kapitalzuschüssen von Aktionären⁴⁷. Verluste, die gegen diese neutralen Zugänge ausgebucht werden, gelten für Ertragssteuerzwecke als noch nicht verrechnet und können deshalb steuerlich später – innerhalb der gesetzlichen Verlustvortragsperiode – noch geltend gemacht werden.

Erfolgswirksam sind dagegen die Forderungsverzichte der Gläubiger und die à-fonds-perdu-Kapitalzuschüsse von Dritten. Sie bewirken "echte", grundsätzlich steuerbare Sanierungsgewinne. Die dagegen ausgebuchten Verluste sind auch steuerlich verrechnet.

b. Das Problem des Forderungsverzichtes des Aktionärs

Oft ist ein Aktionär – Eigenkapitalgeber – zugleich Gläubiger – Fremdkapitalgeber – der sanierungsbedürftigen Gesellschaft. Verzichtet der Aktionär nun sanierungshalber auf die ihm gegenüber der Gesellschaft zustehende Forderung, so stellt sich die Frage, ob dieser Verzicht resp. Schuldenerlass wie der Verzicht jedes anderen Gläubigers steuerlich als erfolgswirksamer Vorgang, d.h. als echter Sanierungsgewinn zu behandeln ist, oder ob er vielmehr eine besondere Form der Kapitaleinlage, eines à-fonds-perdu-Zuschusses darstellt und demgemäss erfolgsneutral zu verbuchen und als unechter Sanierungsgewinn zu behandeln ist. Diese Frage ist in Doktrin und Praxis umstritten; sie wird vom Bundesgericht, von verschiedenen Steuerverwaltungen und von Vertretern der Lehre jeweils anhand unterschiedlicher Kriterien beantwortet.

1. Standpunkt der EStV und des Bundesgerichtes

Die EStV⁴⁸ und mit ihr das Bundesgericht⁴⁹ sind der Auffassung, durch den Verzicht des Aktionärs auf Rückzahlung seiner Darlehensforderung gegenüber der notleidenden Gesellschaft erwachse dieser in der Regel ein echter, erfolgswirksamer und damit steuerbarer Sanierungsgewinn, wie durch jeden anderen Forderungsverzicht eines ausstehenden Dritten. Lediglich in zwei Ausnahmefällen wird nach dieser Auffassung der Forderungsverzicht des Aktionärs analog einer Kapitaleinlage als erfolgsneutraler Vorgang anerkannt:

1. wenn und soweit das Aktionärsdarlehen vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurde, oder
2. wenn das Aktionärsdarlehen erstmalig oder zusätzlich wegen schlechten Geschäftsganges gewährt wurde und

unter den gleichen Umständen von unabhängigen Dritten nicht erhältlich gewesen wäre.

2. Steuerpraxis in den Kantonen

Die Praxis in den Kantonen zur steuerlichen Behandlung der Forderungsverzichte von Aktionären ist unterschiedlich; manche Kantone halten sich an die Richtlinien für die direkte Bundessteuer⁵⁰; andere Kantone wie Zürich und Aargau⁵¹ qualifizieren den Forderungsverzicht des Aktionärs zu Sanierungszwecken grundsätzlich als steuerfreie Kapitaleinlage, genau gleich wie einen à-fonds-perdu-Zuschuss.

3. Überwiegende Lehrmeinung

Die Mehrheit der Doktrin stellt nicht auf die Form der Sanierungsmassnahme ab, sondern darauf, ob die Sanierungsleistungen, inkl. Forderungsverzichte, von den Anteilshabern in ihrer Eigenschaft als Beteiligte gleich erbracht werden wie von allen anderen Beteiligten: In diesem Falle sind die Leistungen ohne Rücksicht auf ihre Form – Kapitalherabsetzung ohne Ausschüttung, à-fonds-perdu-Zuschuss oder Forderungsverzicht/Schulderlass – als Kapitaleinlagen und damit als erfolgsneutrale Wertzugänge zu behandeln. Nur wenn der Aktionär die Leistung, den Forderungsverzicht, als Geschäftspartner der Gesellschaft im gleichen Ausmass wie die übrigen ausstehenden Gesellschaftsgläubiger erbringt, liegt keine Kapitaleinlage, sondern ein steuerbarer Ertrag vor⁵². Diese Auffassung lässt sich damit begründen, dass der Forderungsverzicht des Beteiligten nichts anderes ist als eine Form des Kapitalzuschusses ohne Anrechnung auf das Grundkapital. Der Zuschuss kann in bar, durch Sacheinlage oder eben durch Forderungsverzicht/Schulderlass erbracht werden. Für die Zwecke der Emissionsabgabe wird denn auch der Forderungsverzicht des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft als Eigenkapital-Zuschuss behandelt und der Abgabe unterworfen.

2. Behandlung der Mittelverwendung

a. Abzugsfähiger "Sanierungsaufwand"

Die im Zuge der Sanierung gewonnenen Mittel werden zu dreierlei verwendet: (i) zur Beseitigung, Ausbuchung von Verlustvorträgen, (ii) zur (nachträglichen) Verbuchung von Abschreibungen und Rückstellungen, und (iii) zur Bildung

47 Dies ist nun ausdrücklich in Art. 60 lit. a DBG und in Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG festgehalten: "Kein steuerbarer Gewinn entsteht durch Kapitaleinlagen von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, einschliesslich Aufgelder und Leistungen à fonds perdu."

48 Kreisschreiben Nr. 14 vom 1. Juli 1981.

49 BGE 115 Ib 269.

50 Z.B. Zug und Schwyz, s. StR 1/88, 39 ff.

51 AGVE 1973, 420.

52 Vgl. CAGLIANUT/HÖHN, Unternehmungssteuerrecht, 3. A., § 12, N. 28, 445 f.

einer besonderen Sanierungsrückstellung ("Sanierungsreserve"). Alle diese "Sanierungsaufwendungen" gelten auch steuerlich grundsätzlich als *Aufwand*. Dieser Aufwand kann für die steuerliche Gewinnermittlung *von den steuerbaren "echten" Sanierungsgewinnen abgezogen* werden. Was aber geschieht, wenn der gesamte Sanierungsaufwand die "echten", steuerbaren Sanierungsgewinne übersteigt?

b. Frühere Praxis: Steuerliches "Nachholen" von Sanierungsaufwand

Rein buchhalterisch ist das Sanierungskonto nach Durchführung aller Sanierungsmassnahmen ausgeglichen, die Sanierungsgewinne sind mit dem Sanierungsaufwand verrechnet. Nach der Praxis zum bisherigen Recht der direkten Bundessteuer galten bei der Ertragssteuer die Ausbuchung von Verlusten und die Vornahme von Abschreibungen und Rückstellungen insoweit als *steuerlich* noch nicht erfolgt, als sie mit "unechten", erfolgsneutralen, steuerfreien Sanierungsgewinnen verrechnet wurden. Diese Aufwendungen konnten somit – obwohl schon im Zeitpunkt der Sanierung auf dem Sanierungskonto verbucht – *steuerlich* später noch *nachgeholt* und mit künftigen Gewinnen verrechnet werden. Dies führte insoweit zu einer Abweichung der Steuerbilanz von der Handelsbilanz nach Sanierung.

Soweit die Verlustausbuchung sowie die Verbuchung von Abschreibungen und Rückstellungen hingegen aus steuerbarem "echtem" Sanierungsgewinn finanziert waren, galten sie auch steuerlich als erfolgt und konnten nicht mehr von späteren Gewinnen abgezogen werden.

c. Neue Praxis seit Inkrafttreten des DBG

Die EStV wendet seit dem Inkrafttreten des DBG eine neue, geänderte Praxis an bezüglich der anlässlich der Sanierung gebuchten (nachgeholten) Abschreibungen und Rückstellungen, soweit diese aus "unechten" Sanierungsgewinnen finanziert sind. Bisher galten diese Abschreibungen und Rückstellungen als steuerlich noch nicht vollzogen; sie konnten in der Steuerbilanz zu einem beliebigen Zeitpunkt nachgeholt werden⁵³. Neu gelten hingegen alle anlässlich der Sanierung in Form von Abschreibungen, Rückstellungen und dergleichen verbuchten ("nachgeholten") Sanierungsaufwendungen sofort als steuerlich vollzogen, auch wenn sie mit "unechten", neutralen Sanierungsgewinnen verrechnet, resp. daraus finanziert werden. Diese Abschreibungen und Rückstellungen gehen in die (handelsrechtliche und steuerliche) Erfolgsrechnung des Sanierungsjahres ein. Führen sie in diesem Jahr zu einem Verlustausweis, so kann der Verlust innerhalb der gesetzlichen Verlustverrechnungsperiode von 7 Jahren steuerlich vorgetragen und zur Verrechnung mit künftigen Gewinnen gebracht werden. Diese neue Praxis stützt sich zum einen auf das allgemeine Prinzip der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung und andererseits auf eine analoge Anwendung der Bestimmung von Art. 62 Abs. 3 DBG, die sich gegen die missbräuchliche Ausweitung der Verlustvortragsmöglichkeiten richtet⁵⁴.

3. Zeitlich unbeschränkte Verlustverrechnung bei Sanierung

a. Grundsatz

Für die allgemeine steuerliche Gewinnermittlung gilt das *Periodizitätsprinzip*: Der Gewinn jeder Bemessungsperiode ist periodengerecht abzugrenzen. Das Prinzip ist aber bereits im ordentlichen Gewinnsteuerrecht durchbrochen, indem die Steuergesetze den Abzug von Verlusten aus einer limitierten Anzahl von Vorperioden zulassen⁵⁵. Art. 67 Abs. 2 DBG und Art. 25 Abs. 3 StHG sehen nun ausdrücklich vor, was etwa im Kanton Zürich schon bisher Praxis war: Mit *Leistungen zum Ausgleich einer Unterbilanz im Rahmen einer Sanierung*, die *nicht Kapitaleinlagen* im Sinne von Art. 60 lit. a DBG, resp. Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG sind, können auch Verluste verrechnet werden, die in früheren Geschäftsjahren entstanden und noch nicht mit Gewinnen verrechnet werden konnten. Dies bedeutet, dass gegen "echte" Sanierungsgewinne alle steuerlich noch nicht verrechneten Verluste steuerwirksam ausgebucht werden können, auch wenn sie zeitlich weiter als die Dauer der ordentlichen Verlustverrechnungsmöglichkeit zurückliegen.

b. Einschränkungen

Die unbeschränkte Verlustverrechnung gilt nur für "Leistungen zum Ausgleich einer Unterbilanz im Rahmen einer Sanierung". Darunter fallen nicht die blossen Aufwertungsbuchungen und Auflösungen von nicht mehr nötigen Rückstellungen, auch nicht die aktienrechtlich an sich als Sanierungsmassnahme vorgesehene Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen bis auf den Verkehrswert.

Es kommt vor, dass in der *Steuerbilanz* nach erfolgter Sanierung noch ein Verlustvortrag verbleibt, weil die "echten" Sanierungsgewinne nicht zur Kompensation aller aufgelaufener Verluste ausreichen; die Handelsbilanz wird mit Hilfe "unechter" Sanierungsgewinne aus Kapitalherabsetzungen, à-fonds-perdu-Leistungen der Aktionäre etc. ausgeglichen. Der verbleibende steuerliche Verlustvortrag – dessen Höhe auch von den anlässlich der Sanierung nachgeholten Abschreibungen und Rückstellungen beeinflusst wird – kann nur innerhalb der ordentlichen steuerlichen Verlustvortragsperiode mit späteren Gewinnen verrechnet werden. Dies hat letztlich zur Folge, dass, falls innerhalb dieser limitierten Periode keine genügenden Gewinne zur Verfügung stehen, die an sich erfolgsneutralen, steuerfreien

53 Kommentar HEINZ MASSHARDT, 2. A. 1985, Rz 11 zu Art. 49 Abs. 1 lit. a BdBST, 281 f.

54 Vgl. PETER RIEDWEG, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung – Standortbestimmung und neue DBG-Normen, in ST 4/1995, 248.

55 So bestimmen Art. 67 Abs. 1 DBG und Art. 25 Abs. 2 StHG: "Vom Reingewinn der Steuerperiode können Verluste aus sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren abgezogen werden, soweit sie bei der Berechnung des steuerbaren Reingewinnes dieser Jahre nicht berücksichtigt werden konnten."

"unechten" Sanierungsgewinne dennoch zur Besteuerung gelangen – die unbeschränkte Verlustverrechnung gilt ausschliesslich für Vorjahresverluste, die gegen "echte" Sanierungsgewinne ausgebucht werden können.

1. Steuerliche Gewinnermittlung in den Folgejahren

a. Sanierte Steuerbilanz liefert massgebende Werte

Ausgangspunkt für die steuerlichen Gewinnermittlungen in den Bemessungsperioden nach der Sanierung bildet die *sanierte Steuer-Bilanz*. Da nach neuer Praxis auch die durch erfolgsneutrale Vorgänge ("unechte" Sanierungsgewinne) ermöglichten nachträglichen Abschreibungen und Rückstellungen steuerlich als sofort vollzogen gelten, wird ein Auseinanderfallen von Handels- und Steuerbilanz weniger häufig vorkommen. Die Unterscheidung in echte und unechte Sanierungsgewinne im Sanierungszeitpunkt dürfte damit nur noch für die Frage relevant sein, welche der im selben Zeitpunkt ausgebuchten Verluste steuerlich später noch zur Verrechnung gebracht werden können – nämlich diejenigen, die gegen unechte Sanierungsgewinne ausgebucht wurden.

b. Steuerliche Behandlung der Sanierungsrückstellung

Ein allfälliger Überschuss der – echten und unechten – Sanierungsgewinne über den Sanierungsaufwand in Form von Verlustausbuchungen sowie der nachträglichen Verbuchung von Abschreibungen und Rückstellungen wird regelmässig zur Bildung einer besonderen *Sanierungsrückstellung* oder einer *Sanierungsreserve* verwendet. Die Rückstellung hat Fremdkapital-Charakter, die Reserve gilt dagegen als Eigenkapital. Beide Positionen sollen weiteren Sanierungsaufwand in der Zukunft abdecken. Während die Bildung der Sanierungsrückstellung mitunter als steuerlich abzugsfähiger Aufwand anerkannt wird, gilt die Bildung einer Sanierungsreserve als nicht abzugsfähige Gewinnverwendung.

Die Auflösung einer Sanierungsrückstellung, deren Bildung die Steuerbehörden als erfolgswirksamen, gewinn schmälern den Vorgang anerkannt haben, ist ebenfalls erfolgswirksam und führt zu steuerbarem Gewinn. Erweist sich die Rückstellung nach der Sanierung wegen nachhaltig verbesserter Ertragslage als überflüssig, so können die Steuerbehörden ihre erfolgs- und *steuerwirksame Auflösung* verlangen. Die Auflösung einer Sanierungsrücklage oder Sanierungsreserve, wie auch einer von den Steuerbehörden bei der Bildung nicht anerkannten Sanierungsrückstellung, ist dagegen ein erfolgsneutraler Vorgang.

c. Rückzahlung sanierungshalber erlassener Schulden

Es kommt vor, dass ein saniertes Unternehmen nachträglich *Rückzahlungen auf Schulden* leistet, die ihm anlässlich der Sanierung erlassen wurden. Solche Rückzahlungen werden entweder freiwillig geleistet, was seltener vorkommen dürfte, oder weil der à-fonds-perdu-Zuschuss oder der Forderungsverzicht bei der Sanierung mit einer beding-

ten (Rück-)Zahlungsverpflichtung der sanierten Gesellschaft verbunden wurde⁵⁶. Hierbei stellt sich die Frage, wie das Wiederaufleben der Schuld gewinnsteuerlich zu behandeln ist. Richtigerweise sollte den Ausschlag geben, ob der à-fonds-perdu-Zuschuss oder der Schuldverlass bei der Sanierung einen steuerbaren, "echten" oder einen neutralen, "unechten" Sanierungsgewinn ausgelöst hat.

– Wurde der Vorgang bei der Sanierung als *erfolgs- und steuerwirksam* behandelt, so sollte konsequenterweise auch das Wiederaufleben der Rückzahlungsschuld als abzugsfähiger Aufwand anerkannt werden. Die EStV schliesst sich indessen dieser logischen Betrachtungsweise nicht an; sie erachtet das Wiederaufleben der Rückzahlungspflicht grundsätzlich als erfolgsneutralen Vorgang. Danach ist die effektive Rückzahlung Gewinnverwendung.

– Wurden die betreffenden Zuwendungen dagegen als "unechte" Sanierungsgewinne behandelt, so darf ihre Rückzahlung nicht der steuerlichen Erfolgsrechnung belastet werden. Bei der *direkten Bundessteuer* ist ausserdem zu beachten, dass die Rückzahlung von Zuzahlungen des Aktionärs über den Nennwert seiner Aktien hinaus (als Emissionsagio oder als à-fonds-perdu-Zuschuss) zufolge des *Nennwertprinzips* als *Gewinnm Ausschüttung* gilt und deshalb beim Aktionär der *Einkommensteuer* unterliegt.

C. Erlass von Ertrags- und Kapitalsteuern

Jeder Steuererlass setzt zunächst eine *rechtskräftig festgestellte Steuerforderung* voraus. Ferner muss ein *Erlassgrund* vorliegen. Die Sanierung ist in den Steuergesetzen über die direkten Steuern in der Regel nicht ausdrücklich als Grund für einen vollständigen oder teilweisen Steuererlass genannt. Im Recht der direkten Bundessteuer können geschuldete Steuerbeträge sowie Zinsen und Übertretungsbussen ganz oder teilweise erlassen werden, wenn der Steuerpflichtige in eine *Notlage* geraten ist und deshalb die Bezahlung der geschuldeten Beträge für ihn eine *grosse Härte* bedeuten würde (Art. 167 Abs. 1 DBG). In Sanierungsfällen setzt die Anerkennung der Notlage voraus, dass die Steuerforderung die Existenz des Unternehmens ernsthaft bedroht. Die Härte wird durch ein unzumutbares Missverhältnis zwischen der Steuerforderung und der Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners begründet. In den kantonalen Steuergesetzen sind die Erlassgründe ähnlich geregelt.

D. Emissionsabgabe auf Sanierungsleistungen

1. Abgabepflichtige Vorgänge

Der eidgenössischen Emissionsabgabe zum Satz von 2% (0% in Sonderfällen wie Fusion, Teilung etc.) unterliegt

56 Beispiel: Sogenannter Besserungsschein, wonach die sanierungshalber erlassene Schuld später unter bestimmten Voraussetzungen wieder auflebt; vgl. unten.

die entgeltliche Begründung und Erhöhung des Nennwertes von Beteiligungsrechten, namentlich in Form von Aktien inländischer Aktiengesellschaften sowie Genuss- und Partizipationsscheinen inländischer Gesellschaften⁵⁷. Der Begründung von Beteiligungsrechten sind unter anderem die Kapitalzuschüsse gleichgestellt, die der Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung der Gesellschaft erbringt, ohne dass das im Handelsregister eingetragene Gesellschaftskapital erhöht wird⁵⁸. Als grundsätzlich der Emissionsabgabe unterliegender Kapitalzuschuss gilt namentlich auch der *Forderungsverzicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft*.

Berechnungsgrundlage der Emissionsabgabe ist bei der Begründung oder Nennwerterhöhung von Beteiligungsrechten der Betrag, welcher der Gesellschaft als Gegenleistung für die Beteiligungsrechte zufließt, mindestens aber der Nennwert⁵⁹, bei Kapitalzuschüssen der Betrag des Zuschusses⁶⁰. Gibt die Gesellschaft als Gegenleistung für freiwillige Zuzahlungen der Aktionäre oder Zuschüsse Dritter *Genussscheine* aus, so ist die Emissionsabgabe auf dem Betrag des Zuschusses geschuldet. Wenn bei einer Kapitalherabsetzung neue Titel anstelle herabgestempelter oder zusammengelegter Aktien ausgehändigt werden, so liegt darin keine Begründung oder Erhöhung von Beteiligungsrechten, und es fällt keine Emissionsabgabe an.

Kommt es im Rahmen einer Sanierung zu einer Fusion oder zu einem fusionsähnlichen Tatbestand, zu einer Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine andere oder zu einer Unternehmensteilung (Aufspaltung), so sind die in diesem Zusammenhang begründeten oder erhöhten Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe ausgenommen⁶¹. Zur Begründung neuer Beteiligungsrechte kommt es dagegen bei Sanierungen durch *Fusion*, durch *Spaltung* und durch *Umwandlung* (Änderung der Rechtsform). Kommt es zur Gründung etwa einer Auffanggesellschaft, so sind die bei der Gründung ausgegebenen Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe befreit, sofern der Gesellschaft bei der Gründung nicht mehr als Fr. 250 000.– an eigenen Mitteln zufließen.

2. Erlass der Emissionsabgabe bei Sanierung

Nach Art. 12 StG und Art. 17 StV kann die Emissionsabgabe gestundet oder erlassen werden, wenn kumulativ (i) eine offene oder stille *Sanierung* und (ii) eine offenbare *Härte* gegeben ist.

Als *Sanierung* werden alle Massnahmen anerkannt, die ein *notleidendes* Unternehmen retten und seinen Fortbestand sichern sollen, insbesondere alle finanziellen Massnahmen zur *Eliminierung von Verlustvorträgen* (Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung, Zuschüsse und Forderungsverzichte der Gesellschafter, Umwandlung von Gläubigerforderungen in Beteiligungsrechte).

- Das Unternehmen muss eine echte Unterbilanz aufweisen, die nicht durch noch vorhandene offene oder stille Reserven gedeckt ist.
- Die *Beseitigung der aufgelaufenen Verluste* ist unbedingte Voraussetzung für den Stempelerslass; eine bloss

Kapitalerhöhung ohne vorherige Kapitalherabsetzung zur Ausbuchung der Verluste genügt daher nicht.

- Der Emissionsabgabe-Erlass für die Abfindung von Drittgläubigern mit Aktien oder Genussscheinen wird nur gewährt, wenn diese Gläubiger durch die Notlage der sanierenden Gesellschaft veranlasst oder durch rechtliche Verfahren wie Nachlassvertrag oder Beschluss der Gläubigergemeinschaft gezwungen sind, ihre Forderungen in neue Beteiligungsrechte an der Schuldnergesellschaft umzuwandeln.
- Bei einer Kapitalherabsetzung mit anschliessender Wiedererhöhung wird der Erlass nur für den der Herabsetzung entsprechenden Betrag gewährt, nicht aber für den Betrag, um den das neue das bisherige Grundkapital übersteigt.
- Die Neugründung einer Gesellschaft, z.B. einer Auffanggesellschaft, wird grundsätzlich *nicht* als erlassfähige Sanierung anerkannt.

Bei Anerkennung der Sanierung wird das Vorliegen der *offenbaren Härte* vermutet. Hingegen wird der Erlass in der Praxis in folgenden Fällen *verweigert*:

- wenn die Verluste mit noch vorhandenen Reserven hätten gedeckt werden können;
- wenn die Sanierungsbedürftigkeit auf *verdeckte Gewinnausschüttungen* zurückzuführen ist;
- wenn die Gesellschaft *unterkapitalisiert* ist⁶²;
- wenn die Bilanz nach der Massnahme immer noch überschuldet ist;
- wenn sich die abgabepflichtige Gesellschaft im *Konkurs* oder in *Nachlassliquidation* befindet;
- wenn die erlassene Forderung aufgrund einer besonderen Vereinbarung (Besserungsschein) wieder aufleben kann⁶³.

Ein echter *Rangrücktritt* eines Gläubigers, der zugleich Anteilinhaber der Schuldnergesellschaft ist, begründet *keinen* emissionsabgabepflichtigen Tatbestand. Ergibt die Vertragsauslegung aber, dass ein *resolutiv bedingter Forderungsverzicht* im Sinne eines *Besserungsscheines* (Wiederaufleben der Forderung, soweit künftige Gewinne die nachträgliche Befriedigung erlauben) vorliegt, so gilt dieser Forderungsverzicht als emissionsabgabepflichtiger *Zuschuss*. Der Erlass wird in diesen Fällen stets abgelehnt.

57 Art. 5 Abs. 1 lit. a StG.

58 Art. 5 Abs. 2 lit. b StG.

59 Art. 8 Abs. 1 lit. a StG.

60 Art. 8 Abs. 1 lit. b StG.

61 Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG.

62 Als Mindeststandards für die Eigenmittelunterlegung gelten: 20 % für Liegenschaften, 50 % für übriges Anlagevermögen, 1/7 für Umlaufvermögen.

63 Die Ausgabe von Genussscheinen als Gegenleistung für den Forderungsverzicht steht dem Erlass der Emissionsabgabe hingegen nicht im Wege; indessen unterliegen die Genussscheine selbst der Emissionsabgabe zu Fr. 3.– pro Genussschein, Art. 9 Abs. 1 lit. d StG. Die Abgabe auf den Genussscheinen wird grundsätzlich nicht erlassen.

E. Verrechnungssteuer und Sanierung

Im Zusammenhang mit Sanierungen kann die Verrechnungssteuer auf dem Ertrag beweglichen Kapitalvermögens eine Rolle spielen. Solche Einkommensbestandteile können insofern verrechnungssteuerpflichtig sein, als sie weder Rückzahlung von einbezahlem Aktien-Nennkapital oder Partizipationsschein-Kapital noch Rückzahlung von Schulden darstellen. Die massgebenden Bestimmungen finden sich in Art. 4 Abs. 1 VStG und Art. 20 Abs. 1 VStV.

Sanierungsleistungen der Aktionäre können praktisch nie auf das Aktienkapital angerechnet werden (ausser bei blossen "Liquiditätsspritzen"), weil mit der Kapitalerhöhung allein keine Beseitigung des Verlustvortrages möglich ist. Alle Rückzahlungen von Sanierungsleistungen auf körperschafts- bzw. beteiligungsrechtlicher Grundlage sind deshalb verrechnungssteuerpflichtig, insbesondere die Gratis-Wiedererhöhung des sanierungshalber abgeschrieben Aktienkapitals und alle Zahlungen auf Sanierungs-Genussscheinen mit Ausnahme der Rückzahlung des Nennwertes⁶⁴. Allerdings kann die Verrechnungssteuerforderung, die bei der "Aufwertung" sanierungshalber amortisierter Beteiligungsrechte oder bei der Einlösung von Sanierungs-Genussscheinen entstanden ist, erlassen werden, soweit der Steuerbezug eine offenbare Härte gegen den Empfänger der steuerbaren Leistung bedeuten würde⁶⁵.

Die rein *schuldrechtliche* Rückzahlung erlassener Schulden – freiwillig oder in Erfüllung einer Besserungsscheinschuld – bedeutet dagegen *Schuldentilgung* und ist *nicht* verrechnungssteuerpflichtig.

IV. Sanierungs-Genussscheine und Besserungsscheine

Zur finanziellen Unternehmenssanierung müssen die Gläubiger und/oder die Eigenkapitalgeber in der Regel finanzielle Opfer erbringen, namentlich als Aktionäre eine Amortisation der Aktiennennwerte erdulden oder als Gläubiger auf Forderungen gegenüber der Gesellschaft verzichten. Dazu sind die Kapitalgeber oft nur unter bestimmten Bedingungen bereit. Eine typische Bedingung stellt die Abfindung mit Sanierungs-Genussscheinen oder mit Besserungsscheinen dar.

A. Der Sanierungs-Genussschein

Im Unterschied zum Besserungsschein begründet der Genussschein ein *gesellschaftsrechtliches Beteiligungsrecht*; seine Rechtsgrundlage findet sich im Aktienrecht in Art. 657 OR.

1. Gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Die Ausgabe von Genussscheinen bedarf der Grundlage in den Gesellschaftsstatuten. Die statutarische Grundlage für die Schaffung von Genussscheinen kann in den ursprünglichen Statuten oder durch spätere Statutenänderung geschaffen werden⁶⁶. Die Statuten haben die Zahl der ausgebenen Genussscheine und den Inhalt der damit ver-

bundenen Rechte anzugeben⁶⁷; die gleichen Informationen sind auch in das Handelsregister einzutragen⁶⁸.

Nach heutigem Aktienrecht können Genussscheine statutarisch zugunsten solcher Personen vorsehen, die mit der Gesellschaft durch frühere Kapitalbeteiligung oder als Aktionäre, Gläubiger, Arbeitnehmer oder in ähnlicher Weise verbunden sind.

Genussscheine können den Berechtigten nur vermögensmässige Mitgliedschaftsrechte, nämlich Ansprüche auf einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Liquidationsergebnis sowie Bezugsrechte auf neue Aktien verleihen, jedoch *keine Mitwirkungsrechte*. Sanierungs-Genussscheine können einen Dividendenanspruch oder auch bloss einen Anspruch auf Rückzahlung eines bestimmten, im Sanierungsplan und in den Statuten genannten Betrages gewähren. Die Emittentin behält sich regelmässig ein Rückkaufsrecht für alle oder einen Teil der Genussscheine zu einem bestimmten Preis vor.

Anders als die gesondert geregelten Partizipationsscheine dürfen die Genussscheine *keinen Nennwert* aufweisen, nicht "Partizipationsschein" genannt und auch nicht gegen eine in der Bilanz aktivierbare Einlage ausgegeben werden. Als Kapitalbeschaffungsmittel fällt der Genussschein somit ausser Betracht; hierfür ist zwingend der neu geregelte Partizipationsschein vorgesehen. Damit wird der Genussschein hauptsächlich zum Sanierungspapier, mit welchem die von Gläubigern und Aktionären erbrachten Sanierungsoffer abgegolten werden sollen. Doktrin und Rechtsprechung verlangen, dass den durch die Genussscheine eingeräumten Vorteilen stets eine Gegenleistung der Genussberechtigten gegenüberzustehen hat⁶⁹.

Die Genuss-Berechtigten sind von Gesetzes wegen den Bestimmungen über die Anleihe-Gläubigergemeinschaft⁷⁰ unterstellt.

Die Leistungen an die Genuss-Berechtigten aufgrund des Genussscheins sind ein Akt der *Gewinnverwendung* der Gesellschaft; sie belasten deshalb die Erfolgsrechnung nicht.

2. Bilanzierung von Sanierungs-Genussscheinen?

Da Genussscheine keinen Nennwert aufweisen und nicht gegen eine aktivierbare Einlage ausgegeben werden dürfen, wird eine Bilanzierung des Genussscheins bei der ausgebenen Gesellschaft ausser Betracht fallen. Der

64 Seit der letzten Aktienrechtsrevision sind Genussscheine nur noch nennwertlos möglich.

65 Art. 18 VStG.

66 Der statutenändernde Generalversammlungsbeschluss zur Einführung von Genussscheinen erfordert seit der letzten Aktienrechtsreform kein besonderes Quorum mehr (sofern die Statuten nichts anderes vorsehen), sondern kann mit dem absoluten Mehr der vertretenen Aktienstimmen gefasst werden, Art. 703 OR.

67 Art. 657 Abs. 1 OR.

68 Art. 641 Ziff. 7 OR.

69 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 47, N. 29, 624; BGE 93 II 399.

Genussschein als Sanierungsmittel hat regelmässig die Funktion, Gläubiger oder Aktionäre für einen Schuldverlust, einen à-fonds-perdu Zuschuss oder eine Kapitalabschreibung zu entschädigen. Es ist aber denkbar, die Verpflichtungen aus den Genussscheinen in der Bilanz "unter dem Strich" oder im Anhang⁷¹ aufzuführen. Eine gesetzliche Verpflichtung besteht diesbezüglich nicht, es kann sich aber im Interesse neuer Aktionäre empfehlen, denn die Aktionäre sind durch die Genussrechte belastet⁷².

3. Besteuerung des Sanierungs-Genussscheins

a. Emissionsabgabe

Die Ausgabe von Genussscheinen inländischer Gesellschaften unterliegt grundsätzlich der Emissionsabgabe. Als Genussscheine für die Zwecke der Emissionsabgabe gelten Urkunden über Ansprüche auf einen Anteil am Reingewinn oder am Liquidationsergebnis⁷³. Die Emissionsabgabe auf Genussscheinen beträgt grundsätzlich Fr. 3.– pro Titel, wenn diese – was die Regel ist – unentgeltlich ausgegeben werden⁷⁴. Sollten Genussscheine ausnahmsweise entgeltlich ausgegeben werden, so unterliegt die der Gesellschaft zufließende Gegenleistung der Emissionsabgabe zum Satz von 2%. Ein Erlass der Emissionsabgabe ist unter den allgemeinen Voraussetzungen (Sanierung, offenbare Härte) möglich. Lässt sich ein Aktionär für einen à-fonds-perdu-Zuschuss oder einen Forderungsverzicht mit Genussscheinen entschädigen, so wird kein Vorliegen einer Härte anerkannt und somit die Emissionsabgabe nicht erlassen.

b. Verrechnungssteuer

Jede auf einem Genussrecht beruhende geldwerte Leistung an den Berechtigten unterliegt der Verrechnungssteuer⁷⁵. Darunter fallen namentlich alle Zahlungen aufgrund von Sanierungs-Genussscheinen, auch die Rückzahlung, die Tilgung und der Rückkauf, auch wenn der Genussschein einen Nennwert aufweist (was nach früherem Aktienrecht möglich war)⁷⁶. Nach Art. 18 VStG kann die Verrechnungssteuer auf der Einlösung von Sanierungs-Genussscheinen erlassen werden, aber nur bis zur Höhe der tatsächlich erbrachten Sanierungsleistungen. Vorausgesetzt ist weiter für jeden einzelnen Empfänger eine offenbare Härte. Diese besteht nicht, wenn der Empfänger einen Verrechnungssteuer-Rückerstattungsanspruch hat, was für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz grundsätzlich zutrifft.

c. Ertrags- und einkommensteuerliche Behandlung der Zahlungen auf Genussscheinen

Die Befriedigung von Genussrechten wird in aller Regel als *Gewinnausschüttung* und nicht als Befriedigung eines Gläubigerrechtes, resp. Tilgung einer Kapitalschuld betrachtet. Alle Zahlungen der Gesellschaft auf Genussscheinen gelten somit beim Empfänger als *steuerbarer Vermögensertrag*, soweit es sich nicht um die Rückzahlung eines allfälligen – altrechtlichen – Nennwertes handelt.

B. Der Besserungsschein

Die Ausgabe von Besserungsscheinen erfolgt meist in Verbindung mit Forderungsverzichten von Gläubigern. Die

Schuldnergesellschaft verspricht darin, die erlassene Schuld unter bestimmten Bedingungen (Erwirtschaften bestimmter Mindestgewinne in der Zukunft) ganz oder teilweise zurückzahlen. In Verbindung mit der Ausgabe von Besserungsscheinen gilt der Forderungsverzicht deshalb bloss als auflösend bedingt gewährt.

1. Keine gesellschaftsrechtliche, sondern vertragsrechtliche Grundlage

Der Besserungsschein begründet kein körperschaftsrechtliches, sondern ein rein schuldrechtliches Rechtsverhältnis. Er verbrieft keine genuss- oder vermögensmässige Beteiligungsrechte wie der Genussschein, sondern gewährt bedingte Gläubigerrechte, auch wenn die Rückzahlungspflicht von den künftigen Geschäftsergebnissen der Schuldnergesellschaft abhängt. Der Abschluss des Besserungsscheinvertrages bedarf deshalb keiner Aufnahme in die Statuten. Die Gewinne, von denen die Besserungsscheinforderungen gewöhnlich abhängen, brauchen nicht mit dem handels- oder steuerrechtlich massgebenden Gewinn übereinzustimmen, sondern können auch nach besonderen vertraglichen Regeln ermittelt werden.

2. Steuerliche Behandlung des Besserungsscheins

Die Besserungsschein-Ausgabe gilt *nicht* als emissionsabgabepflichtiges Geschäft, da weder Beteiligungsrechte begründet werden noch ein Zuschuss vorliegt. Zahlungen in Erfüllung von Besserungsschein-Verpflichtungen sind zivilrechtlich Schuldentilgung und nicht Vermögens-(Beteiligungs-)ertrag. Sie unterliegen deshalb auch *nicht* der *Verrechnungssteuer*.

Die *ertragssteuerliche* Behandlung von Zahlungen aufgrund von Besserungsscheinen hängt davon ab, ob der (bedingte) Forderungsverzicht bei der Sanierung als "echter" oder als "unechter", erfolgsneutraler Sanierungsgewinn behandelt wurde: Galt der Forderungsverzicht als steuerlich erfolgswirksam im Sinne eines echten Sanierungsgewinnes, so ist die Rückzahlung aufgrund des Besserungsscheines gewinnschmälernd als Aufwand zu berücksichtigen⁷⁷. Soweit indessen der Forderungsverzicht erfolgs-

70 Art. 1157 ff. OR.

71 Art. 663b OR.

72 Dies zeigte sich etwa im "Hallenstadion-Fall" (BGE 93 II 393), als die Zürcher Hallenstadion-Gesellschaft 20 Jahre nach erfolgter Sanierung noch Genussscheine an die damaligen Erbringer von Sanierungsleistungen ausgab. Die Minderheit der nicht zustimmenden Aktionäre machte erfolglos geltend, dadurch würden ihr wohlverworbene Dividendenrecht und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt.

73 Art. 5 Abs. 1 lit. a StG.

74 Art. 9 Abs. 1 lit. d StG.

75 Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG, Art. 20 Abs. 2 VStV.

76 Die Verrechnungssteuerpflicht gründet sich auf die Tatsache, dass Leistungen aufgrund von Genussscheinen als Akte der Gewinnverwendung angesehen werden.

77 Anders aber noch ZR 41, Nr. 127, wonach die Abtragung einer Gewinntilgungs- oder Besserungsscheinschuld den steuerpflichtigen Reingewinn nicht mindere.

neutral, als unechter Sanierungsgewinn behandelt wurde, stellt die Vergütung an den Gläubiger aufgrund des Besserungsscheins eine geldwerte Leistung dar, welche der Verrechnungssteuer unterliegt und dem steuerbaren Gewinn der Gesellschaft aufzurechnen ist, sofern sie als Aufwand verbucht wurde.

V. Steuerfolgen der Sanierung beim Sanierer; Sanierung im Konzern⁷⁸

Für die Beurteilung der Steuerfolgen der Sanierung bei Sanierer ist dessen Beziehung zur sanierten Gesellschaft von hervorragender Bedeutung. Zu unterscheiden sind drei Hauptfälle: der Sanierer ist (a) ein Aktionär, bzw. die Muttergesellschaft, (b) ein Gläubiger, oder (c) eine Schwestergesellschaft.

A. Sanierung durch den Aktionär, bzw. die Muttergesellschaft

1. Beteiligung im Privatvermögen

Sanierungsmassnahmen des privaten Aktionärs wirken sich auf seine Einkommenssteuer nicht aus; sowohl Kapitalgewinne als auch Kapitalverluste auf privaten Beteiligungen sind einkommenssteuerlich neutral in allen Kantonen sowie bei der direkten Bundessteuer. Beim steuerbaren Vermögen ergibt sich oft eine Abnahme als Folge eines Forderungsverzichts oder einer Kapitalherabsetzung. Erhält der Aktionär Leistungen aus Genussscheinen, die ihm als Entgelt für die Sanierungsleistungen ausgegeben wurden, so bilden diese steuerbares Einkommen. Ein Vermögenssteuerwert kommt den Genussscheinen in der Regel nicht zu.

2. Beteiligung im Geschäftsvermögen

Die steuerlichen Auswirkungen der Sanierungsmassnahmen sind im Prinzip spiegelbildlich zu den Wirkungen bei der sanierten Gesellschaft. Kapitalherabsetzungen und Forderungsverzichte führen zu entsprechenden Abschreibungen beim Aktionär oder der Muttergesellschaft. A-fonds-perdu-Zuschüsse werden auf dem Beteiligungskonto aktiviert, anschliessend wird die Beteiligung wertberichtigt bzw. abgeschrieben, soweit nötig. In diesem Rahmen werden die Abschreibungen auch steuerlich anerkannt, Steuerumgehungsfälle vorbehalten. Beim Forderungsverzicht gegen Besserungsschein entsteht steuerbares Einkommen bzw. steuerbarer Ertrag, sobald die neue Forderung aus dem Besserungsschein entsteht. Wenn die Tilgung der Besserungsscheinforderung bei der Schuldner-Gesellschaft als geldwerte Leistung behandelt wird, so muss die entsprechende Leistung beim Gläubiger als Beteiligungsertrag qualifiziert werden, für den gegebenenfalls das Holdingprivileg bzw. der Beteiligungsabzug anwendbar ist, wenn der Empfänger eine Kapitalgesellschaft ist. Leistungen aus Genussscheinen qualifizieren sich regelmässig als Beteiligungsertrag.

B. Gläubiger (unabhängige Dritte) als Sanierer

Jeglicher Sanierungsaufwand bei einem unabhängigen Drittgläubiger ist steuerlich anzuerkennen; soweit er später noch Leistungen, etwa aus Genuss- oder Besserungsscheinen erhält, bilden diese steuerbares Einkommen bzw. Ertrag.

C. Schwestergesellschaften als Sanierer

In der Regel werden Sanierungsleistungen von nahestehenden, zur gleichen Unternehmensgruppe (Konzern) gehörenden Gesellschaften, die nicht auch Aktionäre der sanierten Gesellschaften sind, nicht als steuerlich abzugsfähiger Aufwand anerkannt⁷⁹. Solche Leistungen unterliegen regelmässig der Verrechnungssteuer⁸⁰ und werden dem Gewinn der leistenden Gesellschaft aufgerechnet. Bei den direkten Steuern können sich zudem Steuerfolgen beim Aktionär bzw. der Muttergesellschaft der leistenden Gesellschaft aufgrund der Dreieckstheorie ergeben⁸¹.

78 Eine ausführlichere Abhandlung dieses Themas findet sich bei STEPHAN KUHN, Sanierung von Aktiengesellschaften, in ST 12/1993, 887 f.

79 Wenn allerdings eine Schwestergesellschaft in gleicher Weise wie andere, unabhängige Drittgläubiger auf Forderungen gegenüber der Schuldnergesellschaft verzichten muss, so wäre es angemessen, den entsprechenden Abschreibungsaufwand steuerlich anzuerkennen.

80 Die Überwälzung der Verrechnungssteuer hat auf die direkt begünstigte Gesellschaft zu erfolgen; gegebenenfalls ist das Meldeverfahren anwendbar.

81 Nach der Dreieckstheorie ist die Begünstigung einer Schwestergesellschaft als geldwerte Leistung an den Aktionär bzw. die Muttergesellschaft anzusehen, gefolgt von einer Kapitaleinlage des/der letzteren bei der Schwestergesellschaft. Für Einzelheiten vgl. MARKUS REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, in ASA, 54, 635 ff.

L'article qui précède expose les conditions et notions de droit fiscal et de droit des sociétés en matière d'assainissement. L'auteur présente de façon détaillée les mesures d'assainissement d'ordre financier. Ces mesures peuvent être différentes selon qu'il s'agit de fonds propres ou étrangers. Elles doivent en outre être différenciées des pures corrections comptables et de la postposition des créances.

L'article traite ensuite les aspects fiscaux des mesures d'assainissement. Après une présentation des principes comptables, l'auteur décrit le traitement fiscal de l'afflux de moyens et de l'utilisation de ces moyens dans le cadre d'un assainissement. La question de la compensation fiscale des pertes, celle de la remise de l'impôt direct ainsi que celle de l'impôt anticipé et du droit de timbre sont également traitées. Le traitement fiscal des bons de jouissance et des engagements conditionnels pris par la société de rembourser une dette remise ("Besserungsschein") est également présenté. Enfin, l'auteur aborde les questions et conséquences fiscales dans le cadre d'une procédure d'assainissement au sein d'un groupe de sociétés.