



Fachartikel: Vorsicht bei Aktionärsdarlehen

29. Oktober 2018

Hanspeter Baumann, dipl. Treuhandexperte, Lukas Kretz, dipl. Steuerexperte, Partner

Teil 1 - Aktivdarlehen (Guthaben der Gesellschaft)

Aktionärsdarlehen kommen bei KMU häufig vor. Sie werden immer wieder ohne vertiefte Abklärungen oder Vorkehrungen gewährt oder bezogen. Wo liegen die Herausforderungen? Was kann schiefgehen?

Aktionärsdarlehen können auf der Aktiv- oder auf der Passivseite der Bilanz erscheinen: Erstere stellen Guthaben, letztere Schulden der Gesellschaft dar.

Der vorliegende Artikel widmet sich Aktivdarlehen, welche die Gesellschaft einem Aktionär gewährt und als Forderung in der Bilanz der Gesellschaft eingestellt hat. In diesem Zusammenhang getroffene Aussagen beziehen sich nicht nur auf Aktiengesellschaften, sondern auf **alle Kapitalgesellschaften**.

Die meisten der unten aufgeführten Punkte gelten für Darlehen gegenüber Privatpersonen, aber auch gegenüber Konzerngesellschaften. Wir beschränken uns der Einfachheit halber auf Aktiengesellschaften, die Darlehen an nahestehende Personen in deren Privatvermögen gewähren. Was gilt es dabei zu beachten?

Warum sind aktive Aktionärsdarlehen heikel?

Verantwortlich für die Darlehensgewährung an Aktionäre **ist der Verwaltungsrat**^[1]. Er muss aus diesem Grunde über die potenziellen Risiken Bescheid wissen. Oftmals ist in KMU der Darlehensnehmer gleichzeitig Aktionär und Verwaltungsrat. Falls eine Gesellschaft in den Händen mehrerer Aktionäre ist, dürfen die **Minderheitsaktionäre** durch die Handlungen der Mehrheitsaktionäre nicht benachteiligt werden.

Zusätzlich gilt es in kleineren Gesellschaften und insbesondere in Einmanngesellschaften, Art. 718b OR zu beachten. Hiernach können Verträge, die ein Verwaltungsrat mit der Gesellschaft schliesst, ein Selbstkontrahieren (Insichgeschäft) darstellen. Insichgeschäfte müssen schriftlich dokumentiert werden (siehe BDO Newsletter vom November 2015: «Insichgeschäfte - Wie vorgehen?»).

Möglich Risiken bei Aktivdarlehen

Aktivdarlehen können einerseits **handelsrechtlich** heikel sein, da sie möglicherweise gegen das sogenannte **«Verbot der Einlagenrückgewähr»** verstossen.

Andererseits können sie aus **steuerrechtlicher Sicht** als unechte oder fiktive Darlehen, sogenannte **«simulierte Darlehen»**, qualifiziert werden.

Die Bezeichnung ist unwesentlich

Die Bezeichnung eines Guthabens spielt keine Rolle. Nicht jedes Aktionärsdarlehen ist als solches bezeichnet. Auch andere Guthaben der Gesellschaft gegenüber Aktionären sind mit denselben Massstäben zu beurteilen. Guthaben können als Kundenguthaben, aktive Rechnungsabgrenzung oder als **Kontokorrent-Guthaben** bezeichnet sein. In Konzernen sind zudem Cash-Pool-Guthaben kritisch zu

beurteilen. In der OR-Jahresrechnung ist ferner Art. 959a Abs. 4 OR zu beachten, wonach Forderungen gegenüber direkt und indirekt Beteiligten und Organen in der Bilanz oder im Anhang gesondert auszuweisen sind.

Es muss nicht unbedingt ein Aktionär selbst Darlehensnehmer sein. Die nachfolgend diskutierten Aspekte gelten auch für Darlehen an **Nahestehende**, z.B. an den Ehepartner oder Verwandte des Aktionärs.

Verbot der Einlagenrückgewähr (verbotene Kapitalrückzahlung) - handelsrechtliche Beurteilung

Der Aktionär darf das einbezahlte Aktienkapital weder direkt noch indirekt von der Gesellschaft zurückfordern (Art. 680 Abs. 2 OR, sogenanntes «Verbot der Einlagenrückgewähr»). Das Aktienkapital stellt das Mindest-Haftungssubstrat für die Gläubiger der Gesellschaft dar. Die **Gewährung eines Aktionärsdarlehens** kann faktisch zur Rückzahlung des Aktienkapitals führen. Der Verwaltungsrat muss sich deshalb mit der Frage einer möglichen Einlagenrückgewähr befassen. Während die Praxis zu Art. 680 OR in der Vergangenheit relativ pragmatisch gehandhabt wurde, hat ein Urteil des Bundesgerichts vom Herbst 2014 die Grenze des Zulässigen spürbar eingeschränkt und die formalen Vorgaben faktisch erweitert (BGE 4A-138/2014 vom 16. Oktober 2014).

Darlehensgewährung unter der Optik der Einlagenrückgewähr

Aktionärsdarlehen und andere Guthaben mit Finanzierungscharakter können dann einen **Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr** darstellen, **wenn sie nicht zu Markt- oder Drittbedingungen ausgerichtet** wurden. Der Drittvergleich zeigt, ob die kreditgebende Gesellschaft einem Dritten unter denselben Bedingungen ein Darlehen zu vergleichbaren Konditionen anbieten würde.

Ein massgebliches Darlehen von beispielsweise 250'000 Franken an einen Dritten würde wohl nur gewährt, wenn ein schriftlicher Vertrag besteht, übliche Zinsen bezahlt werden, die Schuld innert angemessener Frist amortisiert wird, Kündigungsmöglichkeiten bestehen und allenfalls **werthaltige Sicherheiten** gewährt werden. Das Darlehen darf für die Darlehensgeberin nicht zu einem Klumpenrisiko führen, der Darlehensnehmer muss willens und fähig sein, das Darlehen zurückzubezahlen (ausreichende Bonität).

Aktionärsdarlehen werden häufig **ohne ausreichende Sicherheiten** gewährt. Die strengen Anforderungen an marktkonforme Konditionen werden allzu oft nicht erfüllt. Aktionärsdarlehen sind in der Praxis - aus Sicht des Verbots der Einlagenrückgewähr - grundsätzlich als potenziell schädlich zu beurteilen.

Exkurs: Sicherheiten

Abgesehen davon, dass die Bonität des Garanten oder Bürgen intakt sein muss, gelten für die Sicherheiten folgende Kriterien:

Sicherheiten müssen

- das ganze Darlehen plus aufgelaufenen Zins abdecken;
- werthaltig sein (der Schuldbrief im 3. Rang reicht oft nicht);
- verwertet werden können (Pfandverwertung, Selbsteintritt, Verkauf, etc.);
- sich in den Darlehensbedingungen niederschlagen;
- und formell gültig sein (Verfügungsmacht beim Faustpfand, qualifizierte Schriftlichkeit wie etwa bei der Bürgschaft, beim Wechsel, etc.).

Die reine Übergabe eines Namensschuldbriefs oder von Namenaktien ist nicht ausreichend, es braucht dazu noch ein **Indossament** oder eine **schriftliche Abtretungserklärung**.

Bei Garantien von anderen Aktionären oder Konzerngesellschaften ist zu fragen, ob sich ein unabhängiger Dritter mit einer derartigen Garantie zufriedengeben würde. Dies ist insbesondere dann fraglich, wenn die andere Konzerngesellschaft dem gleichen Cash Pool angeschlossen ist.

Ein **Faustpfand** ist nur dann gültig, wenn der Pfandgegenstand dem Gläubiger übergeben wurde und der Pfandgeber keinen Zugriff auf die verpfändete Sache hat. Es empfiehlt sich, die Konditionen in einem Faustpfandvertrag festzuhalten.

Ein nicht zu Drittkonditionen gewährtes Darlehen stellt jedoch nicht in jedem Fall einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dar. Unter dem Aspekt von Art. 680 Abs. 2 OR ist das Darlehen erst dann problematisch, wenn es zu einer «faktischen Ausschüttung» von Aktienkapital führen würde. Dies hängt von der konkreten Struktur des Eigenkapitals ab.

Folgen bei einem Gesetzesverstoss

Falls eine Revisionsstelle gewählt wurde, wird sie die Problematik anlässlich der Revisionsbesprechung erläutern und einen Vorbehalt im Revisionsstellenbericht anbringen (Modifikation, Hinweis auf den Gesetzesverstoss).

Die EXPERTsuisse hat einen Behelf mit Fragen und Antworten zu diesem Thema publiziert, welches bezüglich Problemstellung und Folgen detaillierte Antworten enthält[2].

Wichtig: Dieser Gesetzesverstoss führt zur Nichtigkeit des Darlehensvertrags und zum Wiederaufleben der Liberierungspflicht des betroffenen Aktionärs. Allenfalls besteht ein Rückerstattungsanspruch zu Gunsten der Gesellschaft gemäss Art. 678 Abs. 2 OR.

Verbot der Einlagenrückgewähr - steuerrechtliche Beurteilung

Steuerrechtlich kann eine Gesellschaft mit ihren Beteiligten Verträge (u.a. auch Darlehensverträge) abschliessen. Die Darlehensgewährung muss jedoch zu Bedingungen erfolgen, wie sie unter unabhängigen Dritten üblich sind (at arm's length).

Steuerlicher Zins

Die Eidgenössische Steuerverwaltung erlässt jedes Jahr ein Rundschreiben «Steuerlich anerkannte Zinssätze 201x für Vorschüsse oder Darlehen». In diesem Rundschreiben sind die Mindestzinssätze geregelt, zu welchen ein Aktivdarlehen gegenüber Beteiligten zu verzinsen ist. Vorbehalten bleibt der Nachweis, dass auch ein unabhängiger Dritter andere als im Rundschreiben festgelegte Zinssätze gewähren würde.

Unechte (simulierte) Darlehen

Je nach Sachlage im Einzelfall kann die Steuerverwaltung ein Darlehen als fiktiv qualifizieren (verdeckte Gewinnausschüttung). Aktionärsdarlehen kommen typischerweise bei Einmann- oder Familienaktiengesellschaften vor, wenn der Allein- oder Hauptaktionär oder eine ihm nahestehende Person bevorzugt behandelt werden, indem diesen Gesellschaftsmittel ohne angemessene Gegenleistungen bzw. Sicherheiten zugewendet werden. Ein simuliertes Darlehen liegt offensichtlich vor, wenn eine Rückzahlung von vornherein nicht möglich oder beabsichtigt war.

Welche Elemente sind aus steuerlicher Sicht schädlich?

- Fehlen eines **schriftlichen Darlehensvertrags**.
- Nicht marktkonforme **Zinsen**.
- Keine angemessenen Kündigungsbestimmungen für den Darlehensgeber.
- **Fehlende Rückzahlungsvereinbarung** oder übermässig lange Laufzeit. (Zinsen sind zwar vereinbart, werden aber laufend zur Schuld geschlagen oder erhöhen das Darlehen oder den Kontokorrent laufend.)
- Verwendung der Darlehensbeiträge für die Bestreitung des privaten Lebensaufwandes (z.B. Finanzierung von Konsumgütern).
- Keine **ausreichenden Sicherheiten**.
- Ungenügende **Bonität** oder fehlender Rückzahlungswille beim Darlehensnehmer.
- Das Aktionärsdarlehen stellt ein **Klumpenrisiko** für die Gesellschaft dar oder führt zu **Liquiditätsproblemen**.
- Darlehen ist nicht zu vereinbaren mit dem **Gesellschaftszweck**.

Was sind die Folgen einer Umqualifikation durch die Steuerverwaltung?

Stufe Beteiligter

Der massgebende Zeitpunkt für die Besteuerung beim Empfänger ist der Zeitpunkt, ab dem der Empfänger die Mittel der Gesellschaft faktisch entzieht oder diese Absicht für die Behörden erkennbar wird.

Auf Stufe Aktionär unterliegt die geldwerte Leistung der **Besteuerung als Dividendenertrag**, wobei das Dividendenprivileg, falls anwendbar, gewährt wird. Zudem unterliegt die geldwerte Leistung auch der Verrechnungssteuer.

Stufe Gesellschaft:

Auf Stufe Gesellschaft wird das Darlehen als Nonvaleur behandelt (Bildung einer Minusreserve in der Steuerbilanz). Im Zeitpunkt der Abschreibung wird der Aufwand steuerlich nicht zum Abzug zugelassen und mit der Minusreserve verrechnet.

Fazit

Aktionärsdarlehen können - wie aufgezeigt - heikel sein. Die **Darlehen sollten dem Drittvergleich standhalten**, wobei die Anforderungen dafür hoch sind. Insbesondere müssen die Zinsen marktkonform sein und Kündigungs- und Rückzahlungsmodalitäten müssen vereinbart werden. Wesentliche Darlehen sind in der Regel ausreichend zu sichern.

Es ist Teil der **Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrates**, die Interessen der Gesellschaft zu wahren. Die Beachtung des Verbots der Einlagenrückgewähr ist von grosser Wichtigkeit, die Missachtung kann zu Haftungsrisiken beim Verwaltungsrat führen. Forderungen aller Art gegenüber Aktionären und nahestehende Personen, welche gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstossen, sind als faktische Dividendenausschüttungen zu betrachten.

Falls ein Aktionärsdarlehen von der Steuerverwaltung als simuliert beurteilt wird, hat dies gravierende Steuerfolgen für den kreditnehmenden Aktionär.

[1] Art. 716a Abs. 1 OR

[2] Ausgewählte Fragen und Antworten bei der Beurteilung konzerninterner Forderungen, Cash Pooling und Dividenden im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR

DRUCKEN ODER TEILEN



Weitere Artikel und Publikationen finden Sie über das obenstehende Suchfeld oder im Menü unter «Themen».

Sichern Sie sich Ihren Wissensvorsprung und abonnieren Sie die BDO News und Einblicke.

Ansprechpartner



HANSPETER BAUMANN ►

Leiter Spezialmandate, Partner - Treuhand
Liestal
061 927 87 05

LUKAS KRETZ ►

Partner
Aarau



062 834 91 03