

Steuerfragen in schwierigen Zeiten

Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmassnahmen

Dimitri Rotter, lic. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Froriep Renggli Rechtsanwälte
(drotter@froriep.ch)

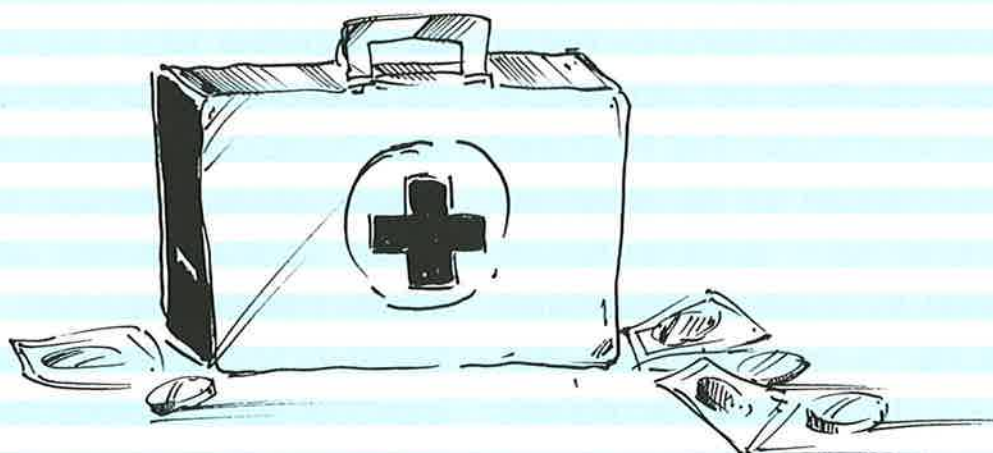


Dimitri Rotter

Hien Le, lic. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Froriep Renggli Rechtsanwälte
(hle@froriep.ch)



Hien Le



1. Allgemeines/Einführung

Einbrechende Umsätze, ungenügende Erträge, Liquiditätsengpässe, Debitorenausfälle und Wertzerfall von Aktiven können dazu führen, dass Unternehmen Sanierungsmassnahmen ergreifen müssen. Die Sanierung von Kapitalgesellschaften ist ein kom-

plexer und zwingend interdisziplinärer Vorgang. Der vorstehende Beitrag zeigt auf, dass dabei den steuerlichen Folgen einer Sanierung die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken ist. Im Folgenden sollen die steuerlichen Auswirkungen der am häufigsten er-

griffenen Massnahmen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften aufgezeigt werden. Auf handelsrechtliche und buchhalterische Ausführungen wird bewusst verzichtet. Aufgrund der Unternehmenssteuerreform II ergeben sich mehrere Entlastungen für die Steuerpflichtigen. Auch die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend «ESTV») hat eine gewisse Entwicklung erfahren, welche sowohl in Sachen Mehrwertsteuer wie auch betreffend direkte Bundessteuer und Emissionsabgaben in neue Publikationen münden könnte.

2. Kapitalherabsetzung

Die Kapitalherabsetzung ohne Rückzahlung an die Aktionäre wird vielfach mit einer anschliessenden Erhöhung des Aktienkapitals auf die ursprüngliche Höhe oder darüber hinaus verbunden. Lediglich die Kapitalherabsetzung bewirkt allerdings eine Sanierung, d. h. eine Eliminierung von Verlusten.

2.1 Folgen für die sanierte Gesellschaft

2.1.1 Gewinnsteuer

Auf die Gewinnsteuer der sanierten Gesellschaft hat die Kapitalherabsetzung keinen Einfluss und eine allfällige Erhöhung ist ebenfalls gewinnsteuerneutral.

2.1.2 Emissionsabgabe

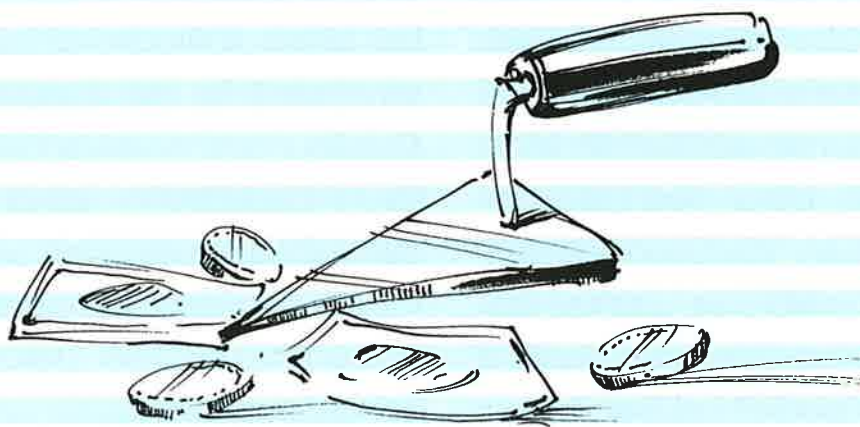
Grundsätzlich ist die Emissionsabgabe auf der Erhöhung des Kapitals geschuldet.

Allerdings ist ein genereller *Freibetrag von 1 Mio.* Schweizer Franken vorgesehen, der jeder Kapitalgesellschaft für die Begründung oder Erhöhung ihres Nennwertes zusteht.¹ Insoweit die Gesellschaft diesen Freibetrag anlässlich ihrer Gründung oder früherer Kapitalerhöhungen noch nicht aufgebraucht hat, entfällt somit die Emissionsabgabe.

Mit der Unternehmenssteuerreform II wurde auf den 1.1. 2009 bei Sanierungen ein *Freibetrag von 10 Mio.* Schweizer Franken eingeführt.² Dieser Freibetrag kann jedoch nur für die Erhöhung bis auf den ursprünglichen Betrag des Aktienkapitals beansprucht werden; darüber hinausgehende Erhöhungen des Aktienkapitals sind nicht befreit.³

Die letzte Möglichkeit besteht im *Erlass oder der Stundung der Emissionsabgabe* in Sanierungsfällen, falls die Erhebung eine offenbare Härte darstellen würde.⁴ Ohne auf die reichhaltige Praxis zu diesem Verfahren eingehen zu wollen, seien trotzdem drei Einschränkungen erwähnt, welche immer wieder zu Diskussionen Anlass geben:

- Eine Sanierung besteht nur insoweit, als nach Berücksichtigung der



stillen und offenen Reserven das Aktienkapital nicht mehr gedeckt ist und die getroffenen Sanierungsmassnahmen Verluste beseitigen. Die Schaffung von zusätzlichem Aktienkapital, welches über das ursprüngliche Kapital hinausgeht, ist keine Sanierungsmassnahme, für welche Erlass gewährt werden könnte.⁵

- Der gesamte Sanierungsplan, welcher weitere Massnahmen beinhalten kann, sollte mindestens dazu führen, dass das Eigenkapital wieder positiv ist. Es ist denkbar, die Sanierung in mehreren Schritten durchzuführen, wie auch die Kapitalerhöhung zeitlich vor der Kapitalherabsetzung vorzunehmen. Allerdings muss in einem solchen Fall nachgewiesen werden, dass beide Massnahmen Teil des gleichen Sanierungskonzeptes sind.⁶

- Das Kriterium der offenbaren Härte ist regelmässig deshalb nicht erfüllt, weil verdecktes Eigenkapital vorliegt. Dies wird damit begründet, dass

die bereits vor der Sanierung bestehende, ungenügende Kapitalisierung nicht belohnt werden soll. In der Praxis wird auf der Basis der letzten drei Jahresrechnungen das verdeckte Eigenkapital schematisch mit einer maximalen Fremdkapitalquote auf den Aktiven ermittelt⁷ (mehr dazu hinten in Ziff. 10.3). Der Nachweis des Drittvergleichs bleibt aber immer möglich. Die Zeichnung von neuem Kapital (im Anschluss an eine Kapitalherabsetzung) durch andere als die bisherigen Aktionäre steht dem Erlass grundsätzlich nicht entgegen.⁸

2.1.3 Mehrwertsteuer

Gemäss publiziertem Merkblatt der ESTV bei Sanierungsleistungen von Gesellschaftern⁹ musste die geschäftsmässig/kaufmännische Begründetheit nachgewiesen werden, ansonsten die Sanierungsbeiträge zu einer verhältnismässigen Vorsteuerabzugskürzung führten. Aufgrund

neuerer Rechtsprechung¹⁰ wurde diese Praxis fallen gelassen, was sich auch im Entwurf zum neuen Merkblatt¹¹ zu Sanierungsleistungen widerspiegelt. Demnach wird bei Finanzierungsbeiträgen der Gesellschafter keine verhältnismässige Vorsteuerabzugskürzung vorgenommen. Vorsicht ist allerdings geboten bei Beiträgen, welche Preisauffüllungen sind und Aktivitäten ermöglichen, welche ohne diese Zuschüsse kaufmännisch nicht überlebensfähig wären oder unter dem Marktwert angeboten werden sollen. Solche Zuschüsse dürften regelmässig als Spenden qualifizieren und demzufolge zu einer entsprechenden Vorsteuerabzugskürzung führen.¹²

2.2 Folgen für die Anteilsinhaber

2.2.1 Anteile im Privatvermögen

Weder die Kapitalherabsetzung noch die Kapitalerhöhung führt zu Folgen bei der Einkommenssteuer.

2.2.2 Anteile im Geschäftsvermögen

Die Kapitalerhöhung muss auf dem Beteiligungskonto aktiviert werden. Oft ist aber gleichzeitig eine Wertberichtigung auf der Beteiligung vorzunehmen.

Für die Belange der Gestehungskosten wird die Kapitalherabsetzung nicht als Desinvestition (also Reduktion der Gestehungskosten) angesehen, die Kapitalerhöhung andererseits stellt

aber eine Erhöhung dar. Spätestens bei einem späteren Verkauf mit Gewinn wird für die Berechnung des Beteiligungsabzuges auf die höheren Gestehungskosten abgestellt, und demzufolge diese Sanierungsleistung mit der Gewinnsteuer erfasst.

3. Forderungsverzicht

3.1 Folgen für die sanierte Gesellschaft

3.1.1 Gewinnsteuer

Bei Forderungsverzichten muss nach Gläubigerkategorien unterschieden werden:

Wird der Forderungsverzicht von *unabhängigen Dritten* geleistet, stellt er steuerbaren Gewinn dar (sogenannter «echter Sanierungsgewinn»).

Erfolgt der Forderungsverzicht durch *Anteilsinhaber*, bestehen verschiedene Auffassungen:

- Die ESTV (für die Zwecke der direkten Bundessteuer) vertritt die Ansicht, dass auch Forderungsverzichte von Anteilsinhabern grundsätzlich als steuerbarer, echter Sanierungsgewinn und nicht als steuerneutrale Kapitaleinlage zu behandeln sind. Davon gibt es zwei Ausnahmen:

1. Das Darlehen wurde in der Vergangenheit als verdecktes Eigenkapital behandelt;
2. Das Darlehen wurde erstmalig oder zusätzlich zu einem Zeitpunkt we-

gen schlechten Geschäftsgangs gewährt und wäre von einem unabhängigen Dritten nicht mehr erhältlich gewesen.

Die Zuger Steuerverwaltung folgt für die Belange der kantonalen Gewinnsteuer¹³ dieser Meinung.

- Eine andere Auffassung besagt, dass unterschieden werden muss, ob der Verzichtende als Anteilsinhaber oder als Dritter (Geschäftspartner) handelt.¹⁴ Handelt er in seiner Eigenschaft als Geschäftspartner, ist der Verzicht grundsätzlich steuerbar, tut er dies in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, ist der Verzicht steuerneutral.
- Eine dritte Lehrmeinung verlangt, dass Forderungsverzichte von Aktio-

nären immer steuerneutral zu behandeln seien.¹⁵

Bei einem Forderungsverzicht *durch einen Nahestehenden* (z. B. Schwes-
tergesellschaft) wird die Dreiecks-
theorie angewandt, d. h. eine Aus-
schüttung an die gemeinsame
Muttergesellschaft, gefolgt von einer
steuerneutralen Einlage in die sanierte
Gesellschaft, angenommen.

Liegt gemäss den oben umschrie-
benen Grundsätzen ein steuerbarer,
echter Sanierungsgewinn vor, hat
die Gesellschaft die Möglichkeit, zum
Ausgleich einer echten Unterbilanz¹⁶
diese Gewinne nicht nur mit Verlust-
vorträgen innerhalb der gewöhnlichen
Verlustvortragsperiode von 7 Jahren,
sondern ebenfalls mit zeitlich weiter



zurückliegenden Verlusten zu verrechnen (sogenannte «ausserordentliche Verlustverrechnung»¹⁷).

Sind die echten Sanierungsgewinne nicht durch Sanierungsaufwendungen desselben Jahres aufgebraucht, wird in der Praxis häufig eine Sanierungsrückstellung gebildet, welche für Sanierungsmassnahmen oder andere Spätfolgen – wie z. B. eine betriebliche Umstellung – in den Folgejahren benutzt werden kann.

3.1.2 Emissionsabgabe

Für die Belange der Emissionsabgabe muss ebenfalls nach dem Verhältnis zwischen Sanierer und sanierter Gesellschaft unterschieden werden:

Forderungsverzichte von *Anteilshabern* unterliegen der Emissionsabgabe, unabhängig davon, ob der Sanierer als Geschäftspartner oder Gesellschafter handelt, während Forderungsverzichte von *Dritten* keine Emissionsabgabe auslösen.

Bei Forderungsverzichten von *Gesellschaften, die vom gleichen Aktionärskreis beherrscht werden* (z. B. Schwestergesellschaften), kam aufgrund eines Merkblattes aus dem Jahre 2001¹⁸ die Dreieckstheorie zur Anwendung, was bedeutet, dass ein Zuschuss des Anteilshabers vorliegt, und damit die Emissionsabgabe anfällt. In der Praxis scheint die ESTV mittlerweile von der strikten Anwen-

dung der Dreieckstheorie bei Sanierung durch Nahestehende teilweise abzurücken. Dies deshalb, weil der Gesetzeswortlaut ausdrücklich nur Zuschüsse von Anteilshabern erfasst.¹⁹

Auch bei einem Forderungsverzicht kann der Freibetrag von 10 Mio. Schweizer Franken gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k STG geltend gemacht werden. Dieser Freibetrag gilt erst ab dem Jahre 2009, weshalb gemäss Praxis der ESTV Forderungsverzichte, welche im Jahre 2009, aber mit Wirkung per 31.12.2008, ausgesprochen werden, noch nicht unter die neue Regelung fallen. Darüber hinaus ist ein Erlassgesuch gemäss Art. 12 STG möglich (siehe vorne 2.1.2).

3.1.3 Mehrwertsteuer

Bei Forderungsverzichten von *Beteiligten* und von *Schwestergesellschaften* oder von Gesellschaften, welche unter einheitlicher Leitung stehen, ist in Anwendung der Dreieckstheorie aufgrund der Rechtsprechung und des in der Praxis teilweise bereits angewendeten Entwurfs eines Merkblattes keine anteilmässige Vorsteuerabzugskürzung vorzunehmen (siehe vorne 2.1.3). Im Unterschied zum publizierten Merkblatt muss der Sanierende nicht mehr Mitglied derselben Mehrwertsteuergruppe sein,²⁰ sondern lediglich unter derselben

einheitlichen Leitung stehen. Forderungsverzichte von *Dritten* führen ebenfalls zu keiner Vorsteuerkorrektur. Handelt es sich dabei aber um einen Verzicht auf Forderungen aus steuerbaren Leistungen, beharrt die ESTV auf einer Vorsteuerkorrektur.²¹

3.2 Folgen für die Sanierenden

3.2.1 Anteile im Privatvermögen

Der Forderungsverzicht führt zu keinen Einkommenssteuerfolgen; es handelt sich um einen privaten Kapitalverlust.

3.2.2 Anteile im Geschäftsvermögen

Der *Forderungsverzicht durch den Beteiligten* bewirkt eine Erhöhung des Wertes der Beteiligung, welche aber durch eine entsprechende Abschreibung der Forderung kompensiert wird, falls diese nicht schon zuvor abgeschrieben war.

Die Gestehungskosten erhöhen sich im Umfang des Forderungsverzichts (siehe vorne 2.2.2).

Erfolgt der *Forderungsverzicht durch einen Dritten*, stellt die Abschreibung für Letzteren erfolgswirksamen Aufwand dar.

Beim *Forderungsverzicht durch eine nahestehende Gesellschaft*, welche zum gleichen Aktionärskreis gehört, muss zuerst ein Drittvergleich angestellt werden. Hält die Gewährung des Darlehens einem Drittvergleich

nicht stand, liegt eine geldwerte Leistung an den gemeinsamen Anteilshaber vor (Dreieckstheorie) – mit entsprechender Gewinnaufrechnung bei der sanierenden Gesellschaft. Auf der geldwerten Leistung ist zudem die Verrechnungssteuer geschuldet. Das Meldeverfahren für Dividenden im Konzernverhältnis ist auf geldwerte Leistungen nicht anwendbar.²² Bei einer ausländischen Muttergesellschaft ist die Rückerstattungsberechtigung nach dem entsprechenden Staatsvertrag zu prüfen.

Für den *gemeinsamen Anteilshaber* ergeben sich verschiedene Folgen, je nachdem, ob er die Beteiligungen im Privatvermögen oder im Geschäftsvermögen hält. Wird die sanierende Gesellschaft im Privatvermögen gehalten, unterliegt diese geldwerte Leistung der Einkommenssteuer soweit Ausschüttungssubstrat der sanierenden Gesellschaft in die sanierte Gesellschaft mit echter Unterbilanz untergeht²³ (sogenannte «reine Dreieckstheorie»). Konsequenterweise müsste diese geldwerte Leistung der privilegierten Dividendenbesteuerung unterliegen, wenn die Beteiligung die geforderten Quoten erreicht.²⁴ Hält der gemeinsame Anteilshaber beide Beteiligungen im Geschäftsvermögen, findet die modifizierte Dreieckstheorie Anwendung. Diese beruht auf der Überlegung, dass der Gewinn der

gemeinsamen Gesellschaft durch die geldwerte Leistung der sanierenden Gesellschaft einerseits und die Sanierungsleistung andererseits per Saldo unverändert bleibt. Dies gilt allerdings nur solange, als der Anteilsinhaber den Buchwert der sanierenden Beteiligung aufgrund ihrer geldwerten Leistung nicht abschreiben muss. Diese Abschreibung wird durch eine allfällige Erhöhung des Einkommenssteuerwertes und der Gestehungskosten der sanierten Beteiligung kompensiert. Die Gestehungskosten können auch im Verhältnis der Verkehrswerte der beiden Beteiligungen aufgeteilt werden.

4. À-fonds-perdu Zuschüsse

Durch Zuschüsse erhält die Gesellschaft einerseits zusätzliche Liquidität und kann andererseits Verluste eliminieren. Dadurch wird im Endeffekt ein ähnliches Ergebnis erreicht, wie mit einer Kapitalherabsetzung mit anschliessender Kapitalerhöhung.

4.1 Folgen für die sanierte Gesellschaft

4.1.1 Gewinnsteuer

À-fonds-perdu Zuschüsse durch den *Anteilsinhaber* sind steuerneutral für die sanierte Gesellschaft. Die Unterscheidungen gemäss Ziffer 3.1.1 erübrigen sich. Zuschüsse von *Nahe-*

stehenden qualifizieren aufgrund der Dreieckstheorie als steuerfreie Kapitaleinlagen. Jedoch sind Zuschüsse von *Dritten* steuerbare, echte Sanierungsgewinne (siehe vorne 3.1.1), für welche die ausserordentliche Verlustverrechnung möglich ist.

4.1.2 Emissionsabgabe

Zuschüsse von *Anteilsinhabern* lösen die Emissionsabgabe aus, während bei Zuschüssen von *nahestehenden Gesellschaften* sich die ESTV eine gewisse Zurückhaltung mit der Erhebung der Emissionsabgabe auferlegt. Darüber hinaus kann auf das unter 3.1.2 Gesagte verwiesen werden. Ein Zuschuss von unabhängigen *Dritten* unterliegt nicht der Emissionsabgabe. Obwohl mittels eines Zuschusses im Hinblick auf die Liquidität und die finanzielle Sanierung ein ähnlicher Effekt wie bei einem Kapitalschnitt mit anschliessender Erhöhung erreicht werden kann, steht der Freibetrag von 1 Mio. Schweizer Franken (Art. 6 Abs. 1 lit. h STG) nicht zur Verfügung, da der Zuschuss nicht entgeltlich ist.

4.1.3 Mehrwertsteuer

Zuschüsse von *Beteiligten* oder von *verbundenen Gesellschaften* führen analog zum Forderungsverzicht zu keiner allgemeinen Vorsteuerabzugs-kürzung. Gemäss Merkblatt Nr. 23 im Entwurf beabsichtigt die ESTV,²⁵

bei à-fonds-perdu Beiträgen von *Dritten* eine allgemeine Vorsteuerabzugskürzung vorzunehmen.

4.2 Folgen für die Sanierer

4.2.1 Anteile im Privatvermögen

Der à-fonds-perdu Zuschuss führt zu keinen Einkommenssteuerfolgen.

4.2.2 Anteile im Geschäftsvermögen

Der Zuschuss eines *Anteilsinhabers* muss aktiviert werden. Unter Umständen muss die Beteiligung aufgrund der Sanierungsbedürftigkeit zusätzlich oder erstmalig wertberichtet werden. Die Gestehungskosten erhöhen sich im Umfang des Forderungsverzichts (siehe vorne 2.2.2).

Zuschüsse von *unabhängigen Dritten* ohne Gegenleistung dürften selten sein, stellen aber steuerwirksamen Aufwand dar. Die Behandlung von Zuschüssen von *nahestehenden Gesellschaften* ist die gleiche wie bei Forderungsverzichten (siehe 3.2.2).

5. Rangrücktritt

Der Rangrücktritt ist lediglich ein Instrument, um die Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abzuwenden und bewirkt keine Sanierung beim begünstigten Unternehmen. Entsprechend zeitigt diese Massnahme beim notleidenden Unternehmen weder bei den Gewinnsteuern, der Emissionsabgabe noch der Verrechnungs-

steuer Folgen. Gemäss Merkblatt Nr. 23 wird die Gewährung eines Darlehens eines Dritten mit gleichzeitigem Rangrücktritt als à-fonds-perdu Beitrag angesehen, was eine entsprechende Vorsteuerabzugskürzung nach sich zieht. Immerhin besteht die Möglichkeit, mittels geeigneter Unterlagen nachzuweisen, dass das Unternehmen selbsttragend weiter geführt und das Darlehen zurückbezahlt werden kann. Inwieweit diese Praxis weitergeführt wird, erscheint angesichts des Entwurfs zum Merkblatt 23 zumindest fraglich.

6. Auffanggesellschaften

Seit dem 1. Januar 2009 fallen keine Emissionsabgaben mehr auf die Begründung oder Erhöhung von Beteiligungsrechten an, wenn die daraus stammenden Mittel zur Übernahme eines Betriebes oder Teilbetriebes einer Gesellschaft mit hälftigem Kapitalverlust dienen.²⁶ Damit wird der Bereich der Sanierung insoweit steuerlich erweitert, als bisher nur die sanierungsbedürftigen Gesellschaften selbst eine Befreiung von der Emissionsabgabe in Anspruch nehmen konnten. In der Botschaft zur UStR II wird nicht ausgeführt, was unter einer Auffanggesellschaft zu verstehen ist.²⁷ Sicherlich fallen Gesellschaften darunter, die im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtret-

tung von den Gläubigern gegründet werden, falls sie die Unternehmung unter neuer Leitung und nach Zuführung von neuem Eigenkapital als lebensfähig betrachten.²⁸ In Frage kommen aber auch Konzerngesellschaften, die zur Vermeidung einer Vermögenszerschlagung Betriebs- teile einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft übernehmen und hierfür ihre Beteiligungsrechte erhöhen. Die Sanierungsbedürftigkeit wird vom Vorliegen eines hälftigen Kapitalverlustes abhängig gemacht, was stempelsteuerlich eine Abweichung von der sonstigen Voraussetzung der blossen Unterbilanz bedeutet.²⁹

7. Auflösung stiller Reserven

Grundsätzlich sind Aufwertungen von Aktiven nur bis zum Anschaffungs- bzw. Herstellungswert zulässig.³⁰ Ausnahmsweise dürfen Aufwertungen auf Grundstücken und Beteiligungen bis zu den Verkehrswerten vorgenommen werden, wenn ein *hälftiger Kapitalverlust*³¹ vorliegt. In diesem Fall sind hierfür im Umfang der Aufwertung *Reserven*, deren Auflösung nur durch Umwandlung in Aktienkapital, durch Wiederabschreibung oder durch Veräusserung statthaft ist,³² zu bilden.

Es gilt zu beachten, dass für *Aufwertungsgewinne* bloss die zeitlich beschränkte, d.h. ordentliche Verlust-

verrechnung gilt. Insoweit dient die Verlustverrechnung mit offenen und stillen Reserven als Vorstufe zur Feststellung, ob ein hälftiger Bilanzverlust besteht oder nicht. Es handelt sich dabei nicht um eine steuerlich relevante Sanierungsmassnahme.

Wiederabschreibungen von seinerzeitig zur Verlustausgleichung aufgewerteten Aktiven werden steuerlich nur dann anerkannt, wenn diese geschäftsmässig begründet sind, die damaligen Aufwertungen handelsrechtlich zulässig waren und die Verluste im Zeitpunkt der (Wieder-) Abschreibung nach wie vor verrechenbar wären.³³ Dementsprechend muss auf diese versteuerten stillen Reserven Rücksicht genommen werden, welche einen allfälligen späteren Veräusserungsgewinn schmälern.

Die *Umwandlung von Aufwertungsreserven* in Aktienkapital gilt für die Belange der Verrechnungssteuer und Emissionsgabe als steuerbare Gratisnennwertemission.

8. Sanierung durch Fusion und Abspaltung

8.1 Gewinnsteuer

Die *Absorption* einer Gesellschaft oder Kombination von Gesellschaften mit echter Unterbilanz ist steuerneutral möglich, soweit die Steuerpflicht

der übernehmenden Gesellschaft in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden. Unter dem Vorbehalt einer Steuerumgehung können Vorjahresverluste der übertragenen Gesellschaft übernommen werden. Eine Steuerumgehung wird insbesondere angenommen, wenn die übertragene Gesellschaft wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist (sog. Mantelhandel) oder wenn ein übertragener Betrieb kurz nach der Fusion eingestellt wird.³⁴ Bei der *Abspaltung* unterliegen die mitübertragenen stillen Reserven bei der übertragenden Gesellschaft der Gewinnsteuer, wenn diese bei der Sanierung der übernehmenden Gesellschaft untergehen.³⁵

8.2 Einkommenssteuer

Handelt es sich bei den an der Fusion oder an der Abspaltung beteiligten Gesellschaften um von Privatpersonen beherrschte Gesellschaften, so wird unter Anwendung der Dreiecks-*theorie* eine steuerbare Ausschüttung im Umfang der damit zur Verrechnung gebrachten Verluste an die Anteilhaber fingiert.³⁶ Werden die Anteilsrechte von einer juristischen Person oder von einer natürlichen Person im Geschäftsvermögen gehalten, so gilt die gleiche steuerliche Betrachtungsweise, wobei die sog. *modifizierte Dreieckstheorie* in Anspruch genommen werden kann. Hierbei wird gestützt auf eine «Saldobetrachtung» vorläufig auf die Besteuerung bei den Anteilhabern verzichtet.³⁷



8.3 Verrechnungssteuer

Sanierungsfusionen zwischen verbundenen, vom gleichen Aktionärskreis beherrschten Gesellschaften unterliegen im Umfang der übernommenen Verluste der Verrechnungssteuer von 35%, welche zwingend auf die Anteilsinhaber zu überwälzen ist.³⁸ Wird die Überwälzung unterlassen, droht der übernehmenden Gesellschaft eine Aufrechnung ins Hundert, d.h. sie hat auf den übernommenen Verlusten rund 53.8% der ESTV abzuliefern.

8.4 Emissionsabgabe

Die Sanierungsfusion ist ausdrücklich von der Emissionsabgabe ausgenommen.³⁹ Die Abspaltung zwecks Sanierung zwischen verbundenen, vom gleichen Aktionärskreis beherrschten Gesellschaften, ist laut dem Merkblatt der ESTV vom Februar 2001 unter Anwendung der Dreieckstheorie emissionsabgabepflichtig.⁴⁰ Unter dem Vorbehalt der Steuerumgehung scheint die ESTV – wie bereits erwähnt – in der Zwischenzeit davon abgerückt zu sein (vgl. Ziffer 3.1.2).

8.5 Mehrwertsteuer

Das Merkblatt Nr. 11 der ESTV in der Fassung vom 1. Januar 2008 hält fest, dass bei einer Sanierungsfusion gestützt auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die Fusion, Spaltung, Um-

wandlung und Vermögensübertragungen (FusG) das Meldeverfahren zur Anwendung kommt, soweit die beteiligten Gesellschaften mehrwertsteuerpflichtig sind und die Transaktion der Mehrwertsteuer unterliegt.⁴¹ Ob durch die Sanierungsfusion etwaige Vorsteuerabzugskürzungen vorzunehmen sind, richtet sich nach den Ausführungen in Ziffer 3.1.3 hievor.

9. Besserungs- und Genusssscheine

Seitens der ESTV gibt es Bestrebungen, den bisherigen, steuerlichen Widerspruch bei den Besserungsscheinen zu beheben. Das Aufleben der ursprünglichen Forderung gestützt auf einen *Besserungsschein*⁴² stellt nunmehr einen *geschäftsmässig begründeten Aufwand* bei der ehemals sanierten Gesellschaft dar, wenn der Forderungsverzicht als echter Sanierungsertrag behandelt wurde. Damit besteht inskünftig eine widerspruchsfreie steuerliche Behandlung von empfangenen Sanierungsleistungen (steuerbarer Sanierungsgewinn) und Leistungen gestützt auf einen Besserungsschein (geschäftsmässig begründeter Aufwand).

Hingegen sollen Leistungen aufgrund eines *Sanierungsgenussscheines keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand* für die ehemals sanierte Gesellschaft darstellen, auch wenn der Forderungsverzicht als echter Sanie-

rungsertrag behandelt wurde. Wes- halb bei Sanierungsgenusssscheinen nicht mit der gleichen steuerlichen Konsequenz wie bei Besserungs- scheinen vorgegangen wird, ist nicht ersichtlich. Richtigerweise müsste die Ausgabe von Sanierungsgenus- scheinen gestützt auf Sanierungslei- stungen gewinnsteuerneutral erfolgen können. Allfällige Genusssscheins- zahlungen sind sodann als blosser Gewinnverwendungen zu betrachten, d. h. steuerlich als geschäftsmässig nicht begründeter Aufwand.⁴³

10. Exkurs: Steuerliche Aspekte bei Finanzierungen durch Fremdkapital

10.1 Steuerliche Grenzen für Fremdkapitalzinsen

An Gesellschafter oder diesen nahe- stehende Personen von der Gesell- schaft gewährte Darlehen müssen einen Mindestzinssatz aufweisen. Umgekehrt dürfen von diesen Per- sonen an die Gesellschaft gewährte Darlehen einen Höchstzinssatz nicht überschreiten. Die ESTV publiziert hierzu jährlich angepasste Zinssätze, welche als «Safe-haven-rules» zu be- trachten sind.⁴⁴ Dementsprechend steht bei abweichenden Zinssätzen immer der Nachweis des Fremd- vergleichs offen. Insbesondere Dar- lehensofferten von Banken für Ge-

sellschaften, welche zusätzliche Li- quidität benötigen, sind ein probates Mittel, welche im Rahmen eines Ru- lings vorgebracht werden können. In der Praxis zeigt sich denn auch, dass Fremdkapitalzinssätze aner- kannt werden, welche ein Vielfaches der publizierten Richtsätze betragen. Ein Zinsaufwand oder ein Zinsertrag ausserhalb der erwähnten Bandbreite führt zu einer gewinnsteuerlichen Auf- rechnung. Überdies ist auf der jeweili- gen Differenz zwischen dem tatsäch- lichen und zulässigen Zins von der AG oder GmbH die Verrechnungssteuer von 35 Prozent an die ESTV abzulie- fern.

10.2 Zinsabreden – Gross Up-Klausel

Unter dem Begriff der «Gross Up- Klausel» wird eine Vereinbarung ver- standen, bei welcher der Schuldner dem Gläubiger einen Mindestzins verspricht, welcher im Falle der Ver- rechnungssteuerpflicht entsprechend höher ausfallen soll. Wesentlich ist dabei, dass eine solche Vereinbarung nicht bloss in einer Steuerklausel, sondern in der eigentlichen Zinsab- rede enthalten sein muss.⁴⁵ In einem solchen Fall muss die Verrechnungs- steuer auf dem effektiv geleisteten Zinsbetrag berechnet werden, d.h. inkl. Verrechnungssteuer (sog. Be- rechnung «ins Hundert»).

10.3 Fremdkapital als steuerlich verdecktes Eigenkapital

Die Steuerbehörde kann aufgrund des Bilanzbildes einer Gesellschaft die geltend gemachten Zinszahlungen auf von Gesellschaftern und diesen nahestehenden Personen gewährtem Fremdkapital verweigern, mit der Begründung, es handle sich um verdecktes Eigenkapital, auf dem keine Zinszahlungen möglich sind. Zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals hat die ESTV eine Richtlinie herausgegeben.⁴⁶ Diese basiert auf der Annahme, dass eine Gesellschaft nur bis zu einem bestimmten Umfang ihrer Aktiven Fremdkapital erhalten würde. Im Umfang der Überschreitung dieses gemäss Richtlinie erhältlichen Fremdkapitals wird verdecktes Eigenkapital angenommen. Von Dritten tatsächlich erhaltenes Fremdkapital gilt nie als verdecktes Eigenkapital. Auf verdecktem Eigenkapital bezahlte Zinsen werden steuerlich korrigiert, mit der Folge, dass der steuerbare Gewinn der Gesellschaft erhöht wird. Auch wird das verdeckte Eigenkapital zur Bemessung der kantonalen Kapitalsteuer herangezogen. In gewissen Kantonen wird (lediglich für die Belange der Kapitalsteuer) bei Darlehen unter Rangrücktritt insoweit kein verdecktes Eigenkapital angenommen, als der Bilanzverlust die offenen und stillen Reserven übersteigt.⁴⁷ Die Ge-

sellschaft hat auf den nicht zulässigen Zinszahlungen die Verrechnungssteuer von 35 Prozent an die ESTV abzuliefern.

10.4 Der verrechnungssteuerliche Obligationenbegriff – 10-/20-Rule

Auch die Fremdkapitalfinanzierung innerhalb einer Konzerngruppe hat sich steuerlich an den vorstehend beschriebenen Vorgaben der Mindestverzinsung und -kapitalisierung auszurichten. Aus Sicht der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe ist von Bedeutung, ob die Aufnahme von Fremdkapital als Einzeldarlehen oder aber in Form von Obligationen oder Kundenguthaben erfolgt. In den letzten zwei Fällen unterliegen die Zinsen der Verrechnungssteuer. Bei der Ausgabe von Obligationen ist die Emissionsabgabe geschuldet. Gemäss Praxis der ESTV⁴⁸ qualifiziert eine Fremdkapitalaufnahme steuerlich als Obligation, wenn bei mehr als 10 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkenntnissen Geld zu identischen Bedingungen aufgenommen wird und die Schuldsumme mindestens CHF 500 000 beträgt. Die fortlaufende Aufnahme von Geldern bei mehr als 20 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkenntnissen zu variablen Bedingungen wird von der ESTV als Ausgabe von

Kassenobligationen qualifiziert. Bankengläubiger fallen bei der Anzahl Gläubiger (10 oder 20) dabei ausser Betracht. Die Überschreitung der entsprechenden Limiten führt dazu, dass auf der Darlehensaufnahme eine Emissionsabgabe zu entrichten und auf den Zinszahlungen die Verrechnungsteuer abzuliefern ist.⁴⁹ In der Praxis kann dies bedeuten, dass Darlehen von mehr als 20 verschiedenen Gläubigern zur Verrechnungsteuerpflicht führen. Problematisch ist insbesondere die Abtretung oder Syndizierung von Darlehen durch einen Gläubiger, was die Anzahl Gläubiger erhöht.

11. Schlussbetrachtung

Die im Rahmen der USTR II verwirklichten steuerlichen Erleichterungen von Sanierungsmassnahmen greifen angesichts der existenzbedrohenden Lage eines Unternehmens zu wenig weit. Die geltende steuerrechtliche Praxisregelung von Sanierungsmassnahmen ist nach wie vor verbesserungswürdig. So wäre es beispielsweise wünschenswert, wenn Forderungsverzichte von Anteilsinhabern als steuerneutrale Kapitaleinlagen behandelt würden. Sicherlich im gleichen Sinne sind die zum Teil widersprüchlichen Praxisregelungen bei Besserungs- und Sanierungsgenuss-scheinen einer sanierungsfördernden

Regelung zuzuführen. Als Fortschritt wäre eine Abkehr der ESTV von der Anwendung der Dreieckstheorie im Bereich der Emissionsabgabe zu werten. Das sich nach wie vor in Entwurfsform befindliche Merkblatt Nr. 23 der ESTV für die Belange der Mehrwertsteuer zeigt gute Ansätze für eine kohärentere Behandlung von Sanierungsmassnahmen auf. Jedoch müsste besser oder überhaupt klar gestellt werden, wie einzelne bisherige Praxisregelungen unter der Ägide des neuen Merkblattes fortgeführt werden.

Es bleibt zu hoffen, dass sich das Steuerrecht in eine die Sanierungsmassnahmen unterstützende Richtung fortentwickelt und nicht bei der heutigen Rechtslage, welche zum Teil einer erfolgversprechenden Sanierungsmassnahme im Wege steht, verharret.

¹ Art. 6 Abs. 1 lit. h des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (nachfolgend «STG»)

² Art. 6 Abs. 1 lit. k STG

³ Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), BBl 2005 S. 4839

⁴ Art. 12 StG und Art. 17 der Verordnung über die Stempelabgaben vom 3. Dezember 1973 (nachfolgend «StV»).

⁵ Stockar/Hochreutener; Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Art. 12, Ziff. 2 STG, Ziff. Nr. 35.

⁶ Stockar/Hochreutener; Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Art. 12, Ziff. 2 STG, Ziff. Nr. 36.