

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 147

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV

Herausgeber: Thomas Sprecher

Sanierung und Steuern

Daniela Schmucki
Andrea Nordin

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV

Schulthess § 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-6970-0

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Abschluss der Revision des Sanierungsrechts im Juni 2013	7
<i>Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Gestaltung einer Auffanggesellschaft als „Plan B“	11
<i>Markus Koch, MBA, Partner bei Deloitte Consulting AG, Zürich</i>	
Sanierung und Steuern	21
<i>Daniela Schmucki, Fürsprecherin, dipl. Steuerexpertin, Partnerin bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und lic. iur. Andrea Nordin, dipl. Steuerexpertin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
IT in der Insolvenz	65
<i>Dr. iur. Ralph Wyss, Rechtsanwalt, Zürich</i>	
Die sanierungsbedürftige Gesellschaft im Prozess	79
<i>Dr. iur. Georg Naegeli, Rechtsanwalt, Partner bei Homburger AG, Zürich, und lic. iur. Julian Schwaller, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich</i>	
Fristen im Sanierungsrecht – ausgewählte Aspekte	113
<i>lic. iur. Philipp Känzig, Rechtsanwalt, Partner bei Staiger Schwald & Partner AG, Zürich, und Gaudenz Geiger, Rechtsanwalt, Associate Staiger, Schwald & Partner AG, Zürich</i>	
Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?	143
<i>lic. iur. Thomas Rohde, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich</i>	

Sanierung und Steuern

Daniela Schmucki/Andrea Nordin

Inhalt

I.	Einführung	22
1.	Steuerliche Fragestellungen bei Sanierungen	22
2.	Steuerrechtliche Grundlagen bei Sanierungen	24
3.	Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung	25
4.	Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff	25
II.	Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	27
1.	Gewinnsteuer (Direkte Bundessteuer)	27
a)	Qualifikation des Sanierungsertrags als steuerbarer und nicht steuerbarer Ertrag	27
b)	Steuerfolgen bei echtem Sanierungsertrag	28
c)	Steuerfolgen bei unechtem Sanierungsertrag	29
2.	Emissionsabgabe	30
a)	Grundsatz	30
b)	Ausnahmetatbestände	31
c)	Erlass der Emissionsabgabe in Härtefällen	33
3.	Qualifikation von Sanierungsleistungen unter dem Kapitaleinlageprinzip	34
4.	Verrechnungssteuer	36
5.	Mehrwertsteuer	37
III.	Steuern auf Ebene der Sanierer	37
1.	Unabhängige Dritte als Sanierer	39
a)	Geschäftsvermögen	39
b)	Privatvermögen	39
2.	Gesellschafter als Sanierer	40
a)	Geschäftsvermögen	40
b)	Privatvermögen	41
3.	Den Gesellschaftern nahestehende Personen als Sanierer	41
a)	Drittvergleich	41
b)	Drittvergleich hält nicht stand: Dreieckstheorie	41
IV.	Hinweise zu einzelnen Sanierungsmassnahmen	44
1.	Deklarative Kapitalherabsetzung	44
2.	Kapitalerhöhung	45
3.	A-fond-perdu-Zuschuss durch Gesellschafter	46
4.	Forderungsverzichte	47
a)	Forderungsverzichte durch unabhängige Dritte (Gläubiger)	47
b)	Forderungsverzichte durch Gesellschafter	48
aa)	Praxis der Eidg. Steuerverwaltung	49
bb)	Vormalige Zürcher Praxis (subjektive Betrachtung)	50

cc) Lehrmeinung (objektive Betrachtung).....	51
c) Forderungsverzichte durch den Gesellschaftern nahestehende Personen	52
5. Genuss- und Besserungsscheine	54
a) Besserungsschein (an unabhängige Dritte).....	56
b) Genussschein (an Gesellschafter).....	57
6. Mutter-Tochter-Fusion	58
a) Fusionsverlust und Fusionsgewinn.....	58
b) Doppelte Aufwandwirksamkeit der Verluste.....	58
7. Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften	61
8. Buchmässige Aufwertung.....	63

I. Einführung

1. Steuerliche Fragestellungen bei Sanierungen

Eine Sanierung ist ein komplexer, interdisziplinärer Vorgang. Obwohl die Steuerfolgen einer Sanierung nur einen Aspekt unter vielen darstellen, ist bereits die steuerliche Situation in ihrer Komplexität nicht zu unterschätzen, wie sich aus dem Zusammenspiel folgender Faktoren ergibt:

- Die im Rahmen eines Gesamtpakets ergriffenen Massnahmen werden steuerlich einzeln qualifiziert und können zu ganz unterschiedlichen Steuerfolgen führen. Typische Einzelmassnahmen sind: Kapitalherabsetzung und -erhöhung, à-fonds-perdu-Leistungen, Forderungsverzichte, Sanierungsfusionen, buchmässige Aufwertungen.
- Die Massnahmen wirken sich in aller Regel nicht nur bei der sanierten Gesellschaft, sondern auch bei den beteiligten Gesellschaftern und Gläubigern aus. Je nach steuerlichem Umfeld der Sanierer können sich andere Steuerfolgen ergeben. Es ist relevant, ob es sich beim Sanierer um eine juristische oder eine natürliche Person handelt, und im letzteren Fall, ob im Rahmen des Privat- oder Geschäftsvermögens gehandelt wird. Auch spielt es eine Rolle, ob sich der Sitz bzw. Wohnsitz der zu sanierenden Gesellschaft bzw. des Sanierers im In- oder Ausland befindet.
- Zusätzliche Komplexität ergibt sich, wenn neben den eigentlichen Gesellschaftern und Gläubigern auch diesen nahestehende Personen in die

Sanierung involviert sind, wie dies im Konzernverhältnis oder bei von Alleinaktionären beherrschten Gesellschaften häufig der Fall ist. Hier stellen sich Steuerfragen, welche über die eigentlichen Sanierungsmaßnahmen hinausgehen und in dieser Abhandlung nur am Rande gestreift werden können.

- Bei jeder Massnahme sind verschiedene Steueraspekte zu prüfen. Im Vordergrund stehen bei Sanierungen die Emissionsabgabe, die Gewinnsteuer, die Einkommenssteuer und die Verrechnungssteuer. Diese Steuerarten sind vom Grundsatz her zwar aufeinander abgestimmt, doch können sich aufgrund der unterschiedlichen konkreten Ausgestaltung der Steuerarten unbefriedigende Ergebnisse ergeben (zudem ist zu beachten, dass die auf kantonaler wie auf Bundesebene erhobenen Gewinn- und Einkommenssteuern nicht vollständig harmonisiert sind). Weiter sind – zumeist nur in bestimmten Konstellationen – auch die Mehrwertsteuer, die Sozialversicherungsabgaben¹, Grundstücksteuern sowie die kantonalen Schenkungssteuern zu beachten.

Die vorliegende Darstellung soll einen Überblick über die sich stellenden Fragestellungen aus Schweizer Steuersicht verschaffen. Dabei wird davon ausgegangen, dass es sich bei der sanierten Gesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt. Die daran beteiligten Aktionäre, Partizipanten, Genussscheininhaber oder Gesellschafter werden der Lesbarkeit halber je nach Zusammenhang als Gesellschafter, Anteilsinhaber oder Beteiligte bezeichnet. Die Gewinn- und Einkommenssteuerfolgen werden grundsätzlich nach den für die Direkte Bundessteuer anwendbaren Vorschriften behandelt.² Bei Fragen zu den Steuerfolgen empfiehlt es sich, die geplanten Massnahmen vorab mit den zuständigen Steuerbehörden aufzunehmen und einen schriftlichen Vorbescheid (sog. Tax Ruling) einzuholen. Ausländische Steuerfolgen werden vorliegend nicht behandelt.

¹ Sozialversicherungsabgaben werden in dieser Darstellung nicht weiter abgehandelt. An dieser Stelle sei lediglich erwähnt, dass die Steuerfolgen auf Stufe eines selbständig erwerbenden Sanierers in der Regel auch für die Bemessung seines AHV-pflichtigen Einkommens massgebend sind.

² In Einzelfragen können sich auf kantonaler Ebene Unterschiede ergeben.

2. Steuerrechtliche Grundlagen bei Sanierungen

Die in Sanierungsfällen massgebenden rechtlichen Grundlagen sind für jede Steuerart in den jeweiligen Steuergesetzen und -verordnungen³ enthalten. Grundsätzlich kommen dabei die allgemeinen Steuernormen zur Anwendung, welche lediglich durch einige explizit nur im Sanierungsfall anwendbare Regelungen erweitert werden. Dabei handelt es sich in der Regel um Erleichterungen, welche einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen zugestanden werden. In der Praxis sind auf Bundesebene primär folgende Erleichterungen von Bedeutung:

- Erweiterung der Verlustverrechnung bei der Gewinnsteuer nach Art. 67 Abs. 2 DBG (siehe die ausführliche Beschreibung unten in Abschnitt II.1.b);
- Ausnahme von der Emissionsabgabe für Auffanggesellschaften nach Art. 6 Abs. 1 lit. j StG (siehe Abschnitt II.2.b);
- Erweiterter Freibetrag von 10 Mio. Franken bei der Emissionsabgabe nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG (siehe Abschnitt II.2.b);
- Erlass der Emissionsabgabe in Härtefällen nach Art. 12 StG und Art. 17 StV (siehe Abschnitt II.2.c).

Weiter zu beachten ist eine in Art. 62 Abs. 3 DBG eingeführte Missbrauchsvorschrift, nach welcher die steuerwirksame Abschreibung von zuvor zur Verlustverrechnung aufgewerteten Aktiven eingeschränkt wird (siehe dazu unten, Abschnitt IV.8).

Die kantonalen Gesetze und Praxen, welche in der vorliegenden Darstellung nicht dargestellt werden, sehen die unbeschränkte Verlustverrechnung im

³ Vor allem in den folgenden:

- DBG: Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer
StHG: Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden
VStG: Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer
StG: Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben
StV: Verordnung des Bundesrats vom 3. Dezember 1973 über die Stempelabgaben
MWSTG: Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer.

Sinne von Art. 67 Abs. 2 DBG aufgrund des harmonisierungsrechtlichen Art. 25 Abs. 3 StHG ebenfalls vor. Ob die Kantone eine dem Art. 62 Abs. 3 DBG nachempfundene Missbrauchsvorschrift oder eine entsprechende Steuerumgehungspraxis einführen, liegt dagegen in ihrem Ermessen.

3. Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung

Nach einigen Gesetzesänderungen im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II und nicht zuletzt aufgrund der in Abschnitt 1 dargestellten Komplexität der Materie hat die Eidg. Steuerverwaltung ihre Praxis zu verschiedenen Steuerfragen im Zusammenhang mit Sanierungen in einem Kreisschreiben festgehalten. Im Kreisschreiben Nr. 32 mit dem Titel „Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften“ vom 23. Dezember 2010 (nachfolgend „Kreisschreiben Nr. 32“) legt die Eidg. Steuerverwaltung ihre Praxis zum Sanierungsbegriff und zu verschiedenen Steuerfragen fest. Zudem werden für ausgewählte Sanierungsmassnahmen die steuerlichen Auswirkungen für jede beteiligte Partei hinsichtlich der Direkten Bundessteuer, der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer dargelegt.

In der täglichen Praxis ist dieses Kreisschreiben eine wichtige Hilfe. Dabei ist zu beachten, dass die Eidg. Steuerverwaltung ausschliesslich ihre eigene Ansicht bzw. Praxis zu den genannten Steuern festhält und keine Hinweise auf allenfalls divergierende Meinungen oder kantonale Regelungen enthalten sind.

4. Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff

Im Steuerrecht ist keine Legaldefinition zum Begriff der Sanierung zu finden und es gibt keinen einheitlichen Sanierungsbegriff für alle Steuerarten. Für die erst im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II per 1. Januar 2009 bei der Emissionsabgabe eingeführten Erleichterungen für Auffanggesellschaften und den Sanierungsfreibetrag wurden die Voraussetzungen für diese Ausnahmen explizit in den entsprechenden Art. 6 Abs. 1 lit. j StG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. k StG aufgenommen (siehe unten Abschnitt II.2.b).

In allen anderen Zusammenhängen gilt folgende Praxis der Eidg. Steuerverwaltung:

- Die Sanierungsbedürftigkeit einer Gesellschaft wird aus Steuersicht anerkannt, wenn das Grundkapital nicht voll gedeckt ist und eine echte Unterbilanz vorliegt. Eine solche ist gegeben, wenn handelsrechtliche Verluste bestehen und die Gesellschaft über keine offenen oder stillen Reserven verfügt, über welche die ausgewiesenen Verluste ausgebucht werden könnten.⁴ Als stille Reserven gelten somit (handelsrechtlich aufwertbare) Willkür- und Ermessensreserven, nicht aber Zwangsreserven i.S.v. Art. 670 OR, welche handelsrechtlich nicht gegen die Verluste ausgebucht werden können.⁵
- Eine steuerlich allenfalls privilegiert zu behandelnde Sanierungsmaßnahme liegt nur dann vor, wenn die Verluste der steuerlich anerkannt sanierungsbedürftigen Gesellschaft durch geeignete Massnahmen ganz oder teilweise eliminiert werden.⁶ Keine Sanierung liegt deshalb vor, wenn ein Verlustvortrag lediglich durch bilanzielle Massnahmen reduziert oder beseitigt wird. Solche steuerlich nicht begünstigten Massnahmen liegen zum Beispiel bei Aufwertungen von Wertschriften und Liegenschaften, der Auflösung von nicht benötigten Rückstellungen oder einer Kapitalherabsetzung ohne gleichzeitige Kapitalerhöhung vor. Auch Rangrücktritte führen nicht zu steuerlichen Erleichterungen.

In der Praxis gibt der Sanierungsbegriff selten zu Diskussionen Anlass, da Sanierungsmaßnahmen meist im Zusammenhang mit den handelsrechtlichen Vorschriften nach Art. 725 Abs. 1 OR (häufiger Kapitalverlust) und Art. 725 Abs. 2 OR (Überschuldung) ergriffen werden. In beiden Fällen liegt auch eine steuerlich anerkannte Sanierungsbedürftigkeit vor.

⁴ So Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1 lit. d; in Ziff. 2 des Kreisschreibens Nr. 32 wird allgemein eine wirtschaftliche Betrachtung gefordert, dies ist aber nicht so zu verstehen, dass stille Reserven auch dann berücksichtigt werden müssen, wenn sie handelsrechtlich nicht aufgedeckt und zur Verlustverrechnung verwendet werden können.

⁵ So auch UEBELHART PETER/LINDNER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 183.

⁶ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1; vgl. KUHN STEPHAN/SCHREIBER RENÉ, Sanierung von Unternehmungen – Steuerliche Möglichkeiten und Konsequenzen von Sanierungen, ST 2010/10, 695 ff.; vgl. auch Art. 725 OR.

II. Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft

1. Gewinnsteuer (Direkte Bundessteuer)

a) *Qualifikation des Sanierungsertrags als steuerbarer und nicht steuerbarer Ertrag*

Bei der sanierten Gesellschaft lautet die Grundfrage auf Ebene der Gewinnsteuer, ob die einzelnen Sanierungsmassnahmen zu echtem oder unechtem Sanierungsertrag führen.

- Als sog. unechter Sanierungsertrag wird derjenige Sanierungsertrag bezeichnet, welcher als Kapitaleinlage nach Art. 60 lit. a DBG von vornherein gewinnsteuerneutral ist. Als solche qualifizieren folgende Sanierungsleistungen:
 - Formelle Kapitalerhöhungen;
 - A-fonds-perdu-Leistungen der Gesellschafter; dazu gehören nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung grundsätzlich aber nicht Forderungsverzichte durch Gesellschafter (siehe unten Abschnitt IV.4.b)⁷;
 - Sanierungsleistungen von (den Gesellschaftern) nahestehenden Personen, welche ein unabhängiger Dritter nicht geleistet hätte (Zuschuss unter Anwendung der Dreieckstheorie, siehe unten Abschnitt IV.4.c).
- Als echter und steuerbarer Sanierungsertrag wird derjenige Ertrag bezeichnet, bei welchem es sich aus Sicht der sanierten Gesellschaft nicht um von den Gesellschaftern zugeführte Mittel, sondern um einen eigenen Unternehmenserfolg handelt. Um echten, steuerbaren Sanierungsertrag handelt es sich grundsätzlich in folgenden Fällen:

⁷ Zur Qualifikation der Forderungsverzichte durch Gesellschafter besteht eine dogmatische Kontroverse, welche infolge eines hängigen Präzedenzfalls noch nicht vollständig beigelegt ist, und welche in Abschnitt IV.4.2 dargestellt ist. An dieser Stelle stehen die gesetzgeberische Konzeption und die daraus resultierenden Steuerfolgen im Vordergrund.

- Sämtliche Sanierungsleistungen von unabhängigen Dritten;
- Nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung grundsätzlich die Forderungsverzichte der beteiligten Gesellschafter, vorbehaltlich einiger Ausnahmen (siehe dazu Abschnitt IV.4.b) unten);
- Forderungsverzichte von nahestehenden Personen, welche dem Drittvergleich standhalten, d.h. welche ein unabhängiger Dritter in vergleichbaren Umständen auch geleistet hätte (siehe dazu Abschnitt IV.4.c) unten).

b) *Steuerfolgen bei echtem Sanierungsertrag*

Echter Sanierungsertrag ist gewinnsteuerlich grundsätzlich vollumfänglich steuerbar.⁸

Sanierungsbedürftige Gesellschaften verfügen in aller Regel über steuerliche Verlustvorträge. Die für Steuerzwecke ermittelten Verluste können gemäss der ordentlichen Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 1 DBG jeweils während den folgenden sieben Steuerperioden zur Verrechnung gebracht werden. Im steuerlich anerkannten Sanierungsfall wird die Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG erweitert. Gemäss dieser Bestimmung können Leistungen, die nicht Kapitaleinlagen nach Art. 60 lit. a DBG sind, im Rahmen einer Sanierung zum Ausgleich einer Unterbilanz ohne zeitliche Beschränkung mit noch nicht verrechneten Vorjahresverlusten verrechnet werden. Dabei müssen nachfolgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:⁹

- Es muss eine echte Unterbilanz vorliegen. Eine solche liegt vor, wenn Verluste bestehen und die Gesellschaft über keine offenen und/oder stillen Reserven verfügt, über welche die ausgewiesenen Verluste ausgebucht werden können.
- Es muss eine Sanierung durch Zuflüsse von Sanierungsleistungen zur Beseitigung oder Reduktion einer echten Unterbilanz vorliegen. Keine

⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob die Sanierungsleistungen unter bestimmten Umständen rückzahlbar sind (z.B. bei Ausgabe von Besserungsscheinen), solange die Gesellschaft effektiv saniert wurde und keine Verbindlichkeiten passiviert wurden.

⁹ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1.

Sanierung liegt bei einer Beseitigung eines Verlustvortrages durch rein bilanzielle Massnahmen vor (Aufwertung von Liegenschaften und Beteiligungen, Auflösung von nicht benötigten Rückstellungen, Kapitalherabsetzung ohne gleichzeitige Kapitalerhöhung, Rangrücktritt).

- Es bestehen noch nicht verrechnete, steuerlich anerkannte Vorjahresverluste.

Die echten Sanierungserträge werden jeweils mit den ältesten noch nicht verrechneten Vorjahresverlusten verrechnet. Soweit die noch nicht verrechneten Vorjahresverluste sowie die Verluste der Sanierungsperiode die – nach der Vornahme von Abschreibungen, Rückstellungen und Wertberichtigungen – verbleibenden echten Sanierungserträge übersteigen, können diese im Rahmen der verbleibenden Zeitspanne gemäss Art. 67 Abs. 1 DBG vorgetragen und verrechnet werden. Eine Verlustnovation, d.h. heisst ein Neubeginn der Verlustverrechnungsperiode nach Art. 67 Abs. 1 DBG auf den Sanierungszeitpunkt findet nicht statt.¹⁰

Weiter ist zu beachten, dass echter Sanierungsertrag die Bildung von Kapitaleinlagereserven ausschliesst, und zwar nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung auch dann, wenn er von den Gesellschaftern stammt.¹¹

c) Steuerfolgen bei unechtem Sanierungsertrag

Kapitaleinlagen durch Gesellschafter i.S.v. Art. 60 lit. a DBG sind von vornherein gewinnsteuerunwirksam, so dass diese Sanierungsleistungen nicht zu steuerbarem Ertrag führen. Der unechte Sanierungsertrag konsumiert deshalb keine steuerlichen Verlustvorträge, auch wenn diese handelsrechtlich eliminiert werden.

Im Fall von Abschreibungen und Rückstellungen, welche handelsrechtlich (durch Verwendung eines Sanierungskontos) zu Lasten von unechtem Sanierungsertrag verbucht werden, hat die Eidg. Steuerverwaltung im Kreisschreiben Nr. 32 eine frühere Kontroverse beendet, indem nun zu Gunsten der

¹⁰ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1 lit. e.

¹¹ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1 lit. b und c.

Steuerpflichtigen festgestellt wird, dass diese Abschreibungen und Rückstellungen steuerlich als nicht erfolgt gelten.¹² In der Steuerbilanz der Gesellschaft können deshalb höhere Gewinnsteuerwerte geltend gemacht werden, welche später abgeschrieben werden können. Der Vorteil dieser Regelung besteht darin, dass die Steuerwirksamkeit der Abschreibungen und Rückstellungen nicht potentiell durch die siebenjährige Verlustvortragsperiode eingeschränkt wird.

2. Emissionsabgabe

a) Grundsatz

Die Zuführung von Eigenkapital durch Gesellschafter unterliegt grundsätzlich der Emissionsabgabe. Die Abgabe beträgt 1% und wird auf dem Betrag, welcher der Gesellschaft zufließt, berechnet, mindestens aber auf dem Nennwert bzw. dem Betrag des Zuschusses. Grundsätzlich ist es unerheblich, in welcher Form die Eigenmittel zugeschossen werden, d.h. ob im Rahmen der Gründung oder einer Kapitalerhöhung oder durch einen à-fonds-perdu Zuschuss.¹³

Bei der Emissionsabgabe handelt es sich um eine formal ausgestaltete Steuer. Die Emissionsabgabe wird deshalb auch bei Forderungsverzichten durch Gesellschafter erhoben, welche bei der Direkten Bundessteuer als echter Sanierungsertrag qualifizieren. Dafür hat die Eidg. Steuerverwaltung gestützt auf einen neueren Bundesverwaltungsgerichtsentscheid ihre frühere Praxis aufgegeben, die Emissionsabgabe auch bei Zuschüssen von Grossmutter- und Schwestergesellschaften und anderen nahestehenden Personen zu erheben.¹⁴ Die Emissionsabgabe wird – vorbehaltlich Steuerumgehung,

¹² Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1 lit. b.

¹³ Der allgemeine Freibetrag von 1 Mio. Franken gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b StG ist allerdings nur bei der Gründung und der Kapitalerhöhung, nicht aber beim Zuschuss anwendbar. Zudem ist bei der Berechnung der Emissionsabgabe zu beachten, dass die Emissionsspesen bei einem Zuschuss – im Unterschied zur Gründung und Kapitalerhöhung – nicht abgezogen werden können.

¹⁴ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.3 lit. a; BVGer vom 15. April 2009, A-1592/2006. Siehe auch OESTERHELT STEFAN, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, ST 2010/12, 881 ff.

wobei die Kriterien im Kreisschreiben Nr. 32 nicht weiter konkretisiert werden – nur auf Zuschüssen des zivilrechtlichen Gesellschafters erhoben. Bei Kaskadenzuschüssen (Zuschüssen über mehrere Stufen) fällt die Emissionsabgabe konsequenterweise auf jeder Stufe an, soweit schweizerische, emissionsabgabepflichtige Gesellschaften betroffen sind.

Auch die Ausgabe von Genussscheinen unterliegt der Emissionsabgabe. Sofern die Genussscheine unentgeltlich abgegeben werden, beträgt die Emissionsabgabe 3 Franken pro Genussschein. Falls die Ausgabe als entgeltlich erfolgt (vor allem wenn die Genussscheine im Zusammenhang mit Forderungsverzichten abgegeben werden¹⁵), wird die Emissionsabgabe auf dem Entgelt (Gesamtbetrag der geleisteten Forderungsverzichte) berechnet.

b) Ausnahmetatbestände

Art. 6 StG sieht zahlreiche Ausnahmen von der Abgabepflicht vor. Im Zusammenhang mit Sanierungen sind konkret zwei Ausnahmetatbestände vorgesehen:

- Bei offenen und stillen Sanierungen wird gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ein Freibetrag von 10 Millionen Franken gewährt, sofern bestehende Verluste ganz oder teilweise beseitigt werden. Dies bedingt gemäss der Praxis der Eidg. Steuerverwaltung, dass die Verluste durch Verrechnung mit den Sanierungsleistungen ausgebucht werden und dadurch verrechnungssteuerfrei rückzahlbares Kapital vernichtet wird (siehe dazu auch Abschnitt 3). Als offene Sanierungen gelten dabei Herabsetzungen des Grundkapitals, wenn das Kapital zugleich bis maximal zur Höhe des ursprünglichen Kapitals wieder erhöht wird. Als stille Sanierungen gelten Zuschüsse im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a StG (à-fonds-perdu-Leistungen ohne Kapitalerhöhung), die zur Deckung von Verlusten erfolgen.¹⁶ Im Unterschied zum allgemeinen steuerlichen Sanie-

¹⁵ Gemäss Ziff. 4.2.4 lit. b des Kreisschreibens Nr. 32 schliesst die Eidg. Steuerverwaltung auf eine entgeltliche Abgabe, wenn Gläubiger und Schuldner den Forderungsverzicht als Einheit betrachten. Dies gilt insbesondere, wenn sich die Anzahl ausgegebener Scheine am Umfang der geleisteten Forderungsverzichte orientiert.

¹⁶ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.3.2 lit. a.

rungsbegriff gemäss der in Abschnitt I.4 dargestellten Praxis der Eidg. Steuerverwaltung ist eine echte Unterbilanz aber nicht erforderlich.¹⁷ Der Freibetrag von 10 Millionen Franken kann auf mehrere Sanierungen aufgeteilt werden, in der Höhe ist er jedoch auf den Betrag von 10 Millionen Franken beschränkt.¹⁸ Es gilt zu beachten, dass es keine Rolle spielt, ob alternativ auch ein Erlass von der Emissionsabgabe möglich wäre: Sanierungsleistungen werden zwingend auch dann dem (noch verfügbaren) Freibetrag angerechnet, wenn ein Erlass der Emissionsabgabe möglich wäre.¹⁹

- Weiter entfällt die Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten für Aufgangsgesellschaften, welche Beteiligungsrechte zur Übernahme von Betrieben oder Teilbetrieben mit hälftigem Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR begründen oder erhöhen. Die Abgabebefreiung gilt somit nicht in allen Fällen einer echten Unterbilanz, sondern aufgrund des Wortlauts von Art. 6 Abs. 1 lit. j StG erst, wenn „gemäss letzter Jahresbilanz die Hälfte des Kapitals und der gesetzlichen Reserven (...) nicht mehr gedeckt ist“. Vorbehalten bleiben gemäss Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung Steuerumgehungsfälle bei einer übermässigen Eigenkapitalausstattung.²⁰

Weitere allgemeine Ausnahmen können auch im Zusammenhang mit Sanierungen relevant sein, insbesondere der Ausnahmetatbestand von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG bei Umstrukturierungen oder der allgemeine Freibetrag von 1 Mio. Franken gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. h StG.

¹⁷ So auch UEBELHART PETER/LINDNER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 184.

¹⁸ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.3.2 lit. c.

¹⁹ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.3.2 lit. c., so auch UEBELHART PETER/LINDNER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 184.

²⁰ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.3.1 lit. b.

Gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung wird sodann auf die Erhebung der Emissionsabgabe verzichtet, wenn Zuschüsse im Rahmen einer förmlichen Liquidation erfolgen.²¹

c) Erlass der Emissionsabgabe in Härtefällen

Nach Ausschöpfung des Freibetrags von 10 Mio. Franken wird die Emissionsabgabe gemäss Art. 12 StG erlassen, falls die Erhebung der Emissionsabgabe für die sanierungsbedürftige Gesellschaft eine offenbare Härte bedeuten würde. Die Gesellschaft kann ein entsprechendes Gesuch an die Eidg. Steuerverwaltung richten, wobei die in Art. 17 StV und im Kreisschreiben Nr. 32 (Ziff. 3.3.3.) genannten Voraussetzungen zu beachten sind:

- Anlässlich der Sanierung müssen Verluste beseitigt werden. Dies bedingt nach der gegenwärtigen Praxis der Eidg. Steuerverwaltung, dass die Verluste handelsrechtlich ausgebucht werden (mit dem Resultat, dass allfällige Reserven aus Kapitaleinlagen vernichtet werden (siehe dazu unten Ziff. 3 in diesem Abschnitt); auch eine gewöhnliche Kapitalerhöhung ohne eine gleichzeitige Kapitalherabsetzung gilt somit nicht als erlasswürdige Sanierung).
- Die Sanierung muss nachhaltig sein, ein allfällig verbleibender Verlust darf das Grundkapital nicht übersteigen.
- Es dürfen keine offenen oder stillen Reserven mehr bestehen.
- Die Gesellschaft muss vor der Sanierung mit genügend Eigenkapital ausgestattet gewesen sein. Dieser Nachweis ist in der Regel anhand der letzten drei Bilanzen und gestützt auf die Eigenmittelanforderungen der Eidg. Steuerverwaltung gemäss ihrem Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997 zum verdeckten Eigenkapital zu erbringen.
- Es darf keine Übersanierung vorliegen, es dürfen keine offenen und/oder stillen Reserven gebildet werden, die den ausgewiesenen Verlustvortrag insgesamt übersteigen (der Erlass kann anteilmässig aber bis zum Betrag der steuerlich akzeptierten Sanierung gewährt werden).

²¹ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.3.4.

- Die Sanierungsbedürftigkeit darf nicht durch verdeckte Gewinnausschüttungen verursacht worden sein.
- Die Gesellschaft darf im Zeitpunkt der Sanierung nicht inaktiv, d.h. wirtschaftlich liquidiert sein.
- Die Gesellschaft muss ihre Tätigkeit nach der Sanierung weiterführen.
- Die Gesellschaft darf sich nicht in einer Nachlassliquidation oder im Konkurs befinden.

Die Vereinbarung einer Besserungsabrede bei einem Forderungsverzicht steht einem Erlass der Emissionsabgabe nicht entgegen.²²

In der Praxis ist der Nachweis der genügenden Eigenmittelausstattung vor der Sanierung häufig schwierig zu erbringen, da sanierungsbedürftige Gesellschaften vor der Sanierung häufig über verdecktes Eigenkapital verfügen. Ebenso kann der Grad der Sanierung (Verbot der Übersanierung) zu Diskussionen Anlass geben, wobei die Eidg. Steuerverwaltung Sanierungsrückstellungen in der Regel recht grosszügig zulässt.

3. Qualifikation von Sanierungsleistungen unter dem Kapitaleinlageprinzip

Von den Gesellschaftern zugeführtes Eigenkapital (Nennwert und Kapitaleinlagen) ist unter dem Kapitaleinlageprinzip grundsätzlich verrechnungssteuerfrei an die Aktionäre rückzahlbar.²³ Im Zusammenhang mit Sanierungen ist folgende – restriktive – Praxis der Eidg. Steuerverwaltung zu beachten:

²² BVGer vom 16. Juli 2010, A-5872/2008.

²³ Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG lautet: „Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, wenn die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung meldet“.

- Die vorstehend dargestellten Erleichterungen bei der Emissionsabgabe (Freibetrag von 10 Mio. Franken sowie Erlass in Härtefällen) werden nur gewährt, wenn Verluste durch Ausbuchung beseitigt werden. Mit anderen Worten wird das zugeführte Eigenkapital durch die Verlustverrechnung handelsrechtlich beseitigt und steht dadurch nicht mehr zur verrechnungssteuerfreien Rückzahlung an die Gesellschafter zur Verfügung. Die sanierte Gesellschaft hat sich nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung deshalb zu entscheiden, ob sie
 - a) 1% Emissionsabgabe entrichtet und potentiell die Zuschüsse später verrechnungssteuerfrei als Kapitaleinlagereserven an die Aktionäre zurückführen kann, oder ob sie
 - b) im Zeitpunkt der Sanierung keine Emissionsabgabe entrichtet (sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind) und auf die Kapitaleinlagereserven verzichtet.

Die Entscheidung fällt mitunter schwer, da die Bedeutung der Kapitaleinlagereserven je nach Aktionariat sehr unterschiedlich ist und dieses sich im Laufe der Zeit ändern kann.²⁴ Gleichzeitig möchte die Gesellschaft im Rahmen einer ohnedies angespannten Liquiditätslage nicht „unnötig“ Aufwand generieren. In der Lehre wird die Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung kritisiert und es ist zu erwarten, dass die Frage durch das Bundesgericht geklärt wird.²⁵

- Bei Forderungsverzichten durch Gesellschafter gilt die Qualifikation für die Direkte Bundessteuer auch für das Kapitaleinlageprinzip: Kapitaleinlagereserven können nur durch unechten Sanierungsertrag gebildet werden.²⁶

²⁴ Das Kapitaleinlageprinzip führt insbesondere beim Privatvermögen von natürlichen Personen und für ausländische Gesellschafter zu steuerlichen Vorteilen. Das Vorhandensein von Kapitaleinlagereserven beeinflusst auch den Wert einer Gesellschaft.

²⁵ DUSS MARCO, CATCH-22 – Kapitaleinlage vs. Sanierung, ST 2011/1-2, 71 ff.

²⁶ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.1.1 lit. a; siehe die Kritik von DUSS MARCO/HELBING ANDREAS, Sanierung der Zürcher Sanierungspraxis bei Forderungsverzicht? – corruptio statt sanatio, ST 2011/6-7, 527 ff., Ziff. 4.

- Kapitaleinlagen von nahestehenden Personen, welche unechten Sanierungsertrag darstellen (siehe unten, Abschnitt III.3.b), gelten ebenfalls nicht als Kapitaleinlagereserven, da sie nicht direkt vom Anteilsinhaber stammen, dies entsprechend dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG.

Ob diese durchgehend restriktive Praxis einer gerichtlichen Überprüfung standhält, wird sich weisen. Es ist zu erwarten, dass im Bereich des Kapitaleinlageprinzips das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.

4. Verrechnungssteuer

Im Sanierungsfall werden der sanierungsbedürftigen Gesellschaft Mittel zugeführt, so dass die (auf die Besteuerung von Kapitalerträgen in Form von Ausschüttungen oder anderen geldwerten Leistungen gerichtete) Verrechnungssteuer²⁷ prima vista nicht wesentlich ist.

Im Zusammenhang mit Sanierungen liegen jedoch immer wieder Sachverhalte vor, für welche die Verrechnungssteuer relevant ist, insbesondere in folgenden Fällen:

- Ist bei der Sanierung eine den Beteiligten nahestehende Person involviert, können infolge der Dreieckstheorie Verrechnungssteuerfolgen auftreten (insbesondere wenn die Sanierungsleistung dem Drittvergleich nicht standhält, siehe unten, in III.3.b) und IV.4.c).
- Werden bei einer Sanierung Genussscheine abgegeben, unterliegen spätere diesbezügliche Zahlungen der Verrechnungssteuer. Unter Umständen wird auch bei Besserungszahlungen, welche kein Beteiligungsrecht darstellen, die Verrechnungssteuer erhoben (wenn die Zahlungen die ursprüngliche Schuld und allenfalls eine Verzinsung übersteigen), siehe dazu Abschnitt IV.5.
- Die Ausgabe von Gratisnennwert nach einem sanierungsbedingtem Kapitalschnitt unterliegt grundsätzlich der Verrechnungssteuer; in diesen

²⁷ Neben dem Ertrag des beweglichen Kapitalvermögens erfasst die Verrechnungssteuer auch Lotteriegewinne und gewisse Versicherungsleistungen, siehe Art. 1 VStG.

(wohl seltenen Fällen) kann ein Erlass der Verrechnungssteuer nach Art. 18 VStG beantragt werden.

5. Mehrwertsteuer

Art. 18 Abs. 2 lit. e. MWSTG sieht vor, dass „Einlagen in Unternehmen, insbesondere zinslose Darlehen, Sanierungsleistungen und Forderungsverzichte“ mangels eines Leistungsaustauschs nicht als steuerbares Entgelt qualifizieren. Dies bedeutet, dass die Einlagen nicht zu einer Vorsteuerkürzung bei der sanierten Gesellschaft führen.

Allerdings ist zu beachten, dass sich die Eidg. Steuerverwaltung entgegen der Lehre auf den Standpunkt stellt, dass der Gesetzeswortlaut nur Einlagen von Beteiligten erfasse, und dass Sanierungsleistungen von Dritten nach wie vor als Spende (bei Zuwendungen Privater) oder als Subventionen bzw. andere öffentlich-rechtliche Beiträge (bei Zuwendungen eines Gemeinwesens) qualifizieren. Da Spenden seit der Revision des Mehrwertsteuergesetzes per 1. Januar 2010 ebenfalls als Nicht-Entgelte qualifizieren – welche nicht zu einer Vorsteuerkürzung führen – beschränkt sich die Relevanz dieser Frage auf Sanierungsleistungen von Gemeinwesen, da es lediglich in dieser Konstellation nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung zu einer Vorsteuerkürzung kommen würde.²⁸

Im Weiteren ist zu beachten, dass die im Zusammenhang mit Sanierungen ergriffenen strukturellen und operationellen Reorganisationsmassnahmen als solche sehr wohl zu mehrwertsteuerlichen Konsequenzen führen können.

III. Steuern auf Ebene der Sanierer

Auch auf Ebene der Sanierer stellt sich die Frage, wie sich die Sanierungsleistung auswirkt. Dabei stellt sich primär die Frage, ob und wie die Sanierungsleistung im Zeitpunkt der Erbringung steuerlich „genutzt“ werden kann, d.h. ob sie abzugsfähig ist. Sofern bei der Sanierung Genuss- oder

²⁸ MWST-Info Nr. 04 der ESTV vom Januar 2010, Ziff. 3.4.; GEIGER FELIX, OFK-MWSTG, Art. 18, N 24-26.

Besserungsscheine abgegeben wurden, sind zudem allfällige spätere Zahlungen steuerlich relevant. Die Beantwortung dieser Fragen hängt von folgenden zwei Faktoren ab:

- Welchem Steuerregime untersteht der Sanierer?
 - Kapitalgesellschaften: Gewinnsteuer mit Buchwert- und Gestehungskostenprinzip;
 - Selbständigerwerbende/Geschäftsvermögen: Einkommenssteuer und Buchwertprinzip;
 - Privatpersonen/Privatvermögen: Einkommenssteuer und modifiziertes Nennwertprinzip²⁹.
- Ist der Sanierer Gesellschafter oder Gläubiger (oder beides zusammen) bzw. handelt es sich um echten oder unechten Sanierungsertrag?

Die Steuerfolgen sind in den nachstehenden Abschnitten je nach Beziehung des Sanierers zur sanierten Gesellschaft dargestellt. Unter dem Titel Geschäftsvermögen werden dabei die Steuerfolgen sowohl für Kapitalgesellschaften wie auch für Selbständigerwerbende erläutert, da in beiden Fällen das Buchwertprinzip massgebend ist. Bei den Kapitalgesellschaften sind zusätzlich allfällige Auswirkungen des Gestehungskostenprinzips zu beachten. Bei Selbständigerwerbenden wird die Qualifikation bei der Direkten Bundessteuer in der Regel auch für die Bemessung des AHV-pflichtigen Einkommens als massgeblich erachtet.

Neben der Gewinn- und Einkommensteuer ist bei den Sanierern u.U. auch die Verrechnungssteuer (bei juristischen Personen in den Fällen von Ziff. 3.b) in diesem Abschnitt bzw. Abschnitt IV.4.c) und die kantonale Schenkungssteuer (bei natürlichen Personen in den Fällen von Ziff. 3.b) in diesem Abschnitt bzw. Abschnitt IV.4.c) zu beachten.

²⁹ Das bei der Direkten Bundessteuer bis anhin geltende Nennwertprinzip wurde durch das per 1. Januar 2011 eingeführte Kapitaleinlageprinzip nicht vollständig ersetzt, sondern modifiziert. REICH MARKUS, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, § 13, N 121 ff. spricht deshalb von einem modifizierten Nennwertprinzip.

1. Unabhängige Dritte als Sanierer

a) *Geschäftsvermögen*

Bei unabhängigen Dritten wird davon ausgegangen, dass sie Sanierungsleistungen nur dann erbringen, wenn dies aus ihrer eigenen Perspektive ökonomisch sinnvoll erscheint und der Sanierer mindestens potentiell einen Nutzen daraus zieht. Bei juristischen Personen und Selbständigerwerbenden ist der entsprechend verbuchte Aufwand als geschäftsmässig begründeter Aufwand bei den direkten Steuern abzugsfähig. Dies entspricht spiegelbildlich der Behandlung bei der sanierten Gesellschaft als steuerbarer echter Sanierungsertrag. Konsequenterweise (und ebenfalls spiegelbildlich) werden spätere Besserungszahlungen an den Sanierer als steuerbarer Ertrag erfasst.³⁰

b) *Privatvermögen*

Sollte sich eine natürliche Person mit ihrem Privatvermögen an einer Sanierung beteiligen, stellt die Sanierungsleistung einkommenssteuerrechtlich grundsätzlich einen nicht abzugsfähigen privaten Kapitalverlust dar. Dies gilt unabhängig davon, ob die Leistung unter Ausgabe eines Besserungsscheins oder bedingungslos erbracht wurde.

Spätere Zahlungen unter einem Besserungsschein können steuerfrei vereinnahmt werden, solange der ausbezahlte Betrag die Sanierungsleistung nicht übersteigt und der zugrundeliegende Forderungsverzicht bei der sanierten Gesellschaft als echter Sanierungsertrag behandelt wurde. Über die Sanierungsleistung hinausgehende Beträge sind als Vermögensertrag beim Gläubiger steuerbar.³¹

Ein Besserungsschein ist auf kantonaler Ebene³² nach den allgemeinen Grundsätzen für Vermögenssteuerzwecke als Guthaben zum Marktwert zu deklarieren. Handelt es sich bei der sanierten Gesellschaft um eine ausländische Gesellschaft – bei welcher der Nachweis des echten Sanierungsertrags

³⁰ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.2.2.2 lit. b und c.

³¹ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.2.2.2 lit. a.

³² Art. 13 und 14 StHG.

nicht so einfach zu erbringen sein dürfte – ist dem Gläubiger mit Schweizer Wohnsitz zu empfehlen, den Besserungsschein zum Nominalwert im Vermögen zu deklarieren, so dass eine spätere Zahlung als steuerfreie Rückzahlung der ursprünglichen Schuld identifiziert werden kann.

2. Gesellschafter als Sanierer

a) *Geschäftsvermögen*

Im Geschäftsvermögen von Gesellschaftern kommt es grundsätzlich zu einer spiegelbildlichen Behandlung der Sanierungsleistungen wie bei der sanierten Gesellschaft³³:

- *Unechte* Sanierungsleistungen, welche bei der sanierten Gesellschaft als steuerneutrale Kapitaleinlage behandelt wurden, stellen bei den Gesellschaftern eine auf dem Beteiligungskonto zu aktivierende Investition in die Beteiligung dar. Der steuerbare Gewinn vermindert sich aber im Umfang eines allfälligen Abschreibungsbedarfs.

Bei juristischen Personen, welche bei einem Verkauf der Beteiligung für den allfälligen Kapitalgewinn unter gewissen Voraussetzungen den Beteiligungsabzug geltend machen können, sind als Ausfluss des Gestehungskostenprinzips zudem zwei weitere Aspekte zu beachten:

- Die Gestehungskosten der sanierten Beteiligung erhöhen sich im Umfang der Investition. Die Gestehungskosten sind im Verkaufsfall entscheidend für die konkrete Berechnung des zum Beteiligungsabzug berechtigenden Nettobeteiligungsertrags.
- Bei einer Werterholung werden die Abschreibungen von massgebenden Beteiligungen nach Art. 62 Abs. 4 DBG aufgerechnet (Aufwertungszwang). Diese sog. „wieder eingebrachten Abschreibungen“

³³ Bei Forderungsverzichten durch Gesellschafter mit Sitz oder Wohnsitz in einem anderen Kanton sind aufgrund der in Abschnitt IV.4.2 dargestellten Kontroverse um die Qualifikation als echter oder unechter Sanierungsertrag bis zu einem klärenden letztinstanzlichen Urteil unterschiedliche Qualifikationen möglich, wobei in der Praxis eine Tendenz zur Auslegung gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung zu beobachten ist.

sind voll steuerbar und berechtigen im Verkaufsfall auch nicht zum Beteiligungsabzug.

- *Echte* Sanierungsleistungen können dagegen bei den Sanierern erfolgs- und gewinnsteuerwirksam abgeschrieben werden. Bei juristischen Personen ergeben sich keine Veränderungen der Gestehungskosten an der Beteiligung.

b) Privatvermögen

Im Privatvermögen sind Sanierungsleistungen in jedem Fall nicht vom steuerbaren Einkommen abziehbar, dies unabhängig davon, ob es sich um echte oder unechte Sanierungsleistungen handelt. Falls die Sanierungsleistungen bei der sanierten Gesellschaft als Kapitaleinlagereserven qualifizieren, können diese immerhin steuerfrei zurückbezahlt werden (siehe oben Abschnitt II.3).

3. Den Gesellschaftern nahestehende Personen als Sanierer

a) Drittvergleich

Wenn sich Personen an der Sanierung beteiligen, welche den Gesellschaftern durch die Beteiligungs-, familiäre oder freundschaftliche Verhältnisse nahestehen, besteht die Kernfrage aus steuerlicher Sicht darin, ob die „nahestehende“ Person diese Leistung in ihrem eigenen Interesse oder im Interesse der verbundenen Gesellschafter vorgenommen hat. Sofern die Sanierungsleistung dem sog. Drittvergleich standhält – d.h. wenn auch ein unabhängiger Dritter in einer vergleichbaren Situation die Leistung zu den gleichen Bedingungen erbracht hätte – wird die nahestehende Person wie ein unabhängiger Dritter behandelt und die vorstehend dargestellten Steuerfolgen treten ein. Dabei ist es auch denkbar, dass der Drittvergleich nur für einen Teil der Leistungen bejaht wird.

b) Drittvergleich hält nicht stand: Dreieckstheorie

Soweit ein unabhängiger Dritter bei wirtschaftlicher Betrachtung die Sanierungsleistungen der nahestehenden Person nicht erbracht hätte, wird aus

steuerlicher Sicht davon ausgegangen, dass die Sanierungsleistung ihren eigentlichen Grund in der Beziehung zwischen dem Sanierer und dem Anteilsinhaber hat.

Aus steuerlicher Sicht wird in diesem Fall in Anwendung der sog. Dreieckstheorie^{34, 35} die Sanierungsleistung gedanklich in zwei Teile gegliedert: Der Sanierer erbringt eine Leistung an den Beteiligten, welcher diese Leistung an die sanierungsbedürftige Gesellschaft weiterleitet. Mit anderen Worten fliesst die Sanierungsleistung nicht direkt vom Sanierer an den letztlichen Empfänger, sondern „im Dreieck“ zuerst an den Anteilsinhaber, welcher die Sanierungsleistung als Kapitaleinlage einbringt. Diese Betrachtung führt dazu, dass die Sanierungsleistung steuerlich eine verdeckte Gewinnausschüttung³⁶ an den Anteilsinhaber sowie eine Kapitaleinlage in die sanierungsbedürftige Gesellschaft darstellt. Damit handelt es sich in diesen Fällen auch immer um gewinnsteuerneutralen unechten Sanierungsertrag. Allerdings bilden diese Kapitaleinlagen gemäss der Eidg. Steuerverwaltung keine verrechnungssteuerfrei rückzahlbaren Kapitaleinlagereserven gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG, da sie nicht direkt vom Inhaber der Beteiligungsrechte geleistet werden.³⁷

Auf Stufe der Anteilsinhaber ist zu unterscheiden, ob die reine oder die sog. modifizierte Dreieckstheorie zur Anwendung kommt:

³⁴ SCHALCHER FELIX, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2008, § 8, 121 ff. mit weiteren Verweisen.

³⁵ Die Dreieckstheorie steht im Gegensatz zur Direktbegünstigungstheorie, nach welcher diejenige Person als Leistungsempfänger gilt, welche nach aussen in den Genuss der Leistung gelangt. Als Grundsatz gilt für Gewinn- und Einkommenssteuerzwecke die Dreieckstheorie, bei der Verrechnungssteuer hingegen die Direktbegünstigungstheorie. Im Sanierungsfall gilt als Ausnahme von der Direktbegünstigungstheorie jedoch auch bei der Verrechnungssteuer die Dreieckstheorie (siehe Merkblatt S-02.141 (2.01) der Eidg. Steuerverwaltung zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer vom Februar 2001).

³⁶ Eine verdeckte Gewinnausschüttung führt zu einer Aufrechnung bei der Gewinnsteuer (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG) und zu einer verrechnungssteuerpflichtigen geldwerten Leistung (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG).

³⁷ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 3.1 lit. c; UEBELHART PETER/LINDER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 182 ff.

- Unter dem für Kapitalgesellschaften und Selbständigerwerbende geltenden Buchwertprinzip rechtfertigt es sich, unter der *modifizierten* Dreieckstheorie beim Anteilsinhaber auf eine Besteuerung der (nicht zugeflossenen sondern gedanklichen) geldwerten Leistung zu verzichten, sofern der Anteilsinhaber keine Abschreibung der leistenden Gesellschaft vornimmt. Unter dem Buchwertprinzip wird das latente Steuersubstrat gewahrt.
- Handelt es sich beim gemeinsamen Anteilsinhaber um eine natürliche Person (Privatvermögen, modifiziertes Nennwertprinzip) oder liegt keine gemeinsame Beherrschung vor, wird die verdeckte Gewinnausschüttung beim Anteilsinhaber unter der *reinen* Dreieckstheorie als geldwerte Leistung besteuert. Liegt kein Beherrschungsverhältnis vor – ohne dass es sich um unabhängige Dritte handeln würde – dürfte der Grund der Sanierungsleistung in den persönlichen Beziehungen zwischen den jeweiligen Anteilsinhabern beruhen, so dass auch kantonale Schenkungssteuerfolgen zu prüfen sind.³⁸

Unter der modifizierten und der reinen Dreieckstheorie unterliegt die Sanierungsleistung der Verrechnungssteuer und ist auf den Anteilsinhaber zu überwälzen. Es ist zu prüfen, ob dieser nach Massgabe des VStG oder eines Doppelbesteuerungsabkommens allenfalls ganz oder teilweise rückerstattungsbe-rechtigt ist. Falls die Überwälzung nicht erfolgt bzw. kein Meldeverfahren möglich ist, erfolgt die Aufrechnung ins Hundert bei der sanierten Gesellschaft.

³⁸ Hier sind zwei Konstellationen denkbar: der Forderungsverzicht stammt von einer mit dem Anteilsinhaber der sanierten Gesellschaft verbundenen natürlichen Person oder alternativ von einer durch die verbundene natürliche Person beherrschten Gesellschaft.

IV. Hinweise zu einzelnen Sanierungsmassnahmen

Gestützt auf die vorstehenden allgemeinen Erläuterungen werden in diesem Abschnitt die Steuerfolgen von verschiedenen Sanierungsmassnahmen für jede beteiligte Person tabellarisch zusammengefasst.³⁹ Auf Stufe Gewinn- und Einkommenssteuer wird dabei auf die Behandlung bei der Direkten Bundessteuer abgestellt. Allfällige kantonale Besonderheiten sind im konkreten Einzelfall zu prüfen. Wo angezeigt, werden die Tabellen mit steuerlichen Hinweisen und Überlegungen ergänzt.

In diesem Zusammenhang sei auch auf Ziff. 4 des Kreisschreibens Nr. 32 verwiesen, in welcher in einer anderen Darstellung die einzelnen Steuerfolgen auf Ebene der Direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe dargestellt sind. Dies gilt für folgende Massnahmen: Forderungsverzichte durch Gesellschafter, unabhängige Dritte und durch nahestehende Personen (jeweils mit und ohne Ausgabe von Besserungsscheinen oder Sanierungsgenusscheinen), Sanierungsfusionen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft (Absorption) und zwischen Schwestergesellschaften.

1. Deklarative Kapitalherabsetzung

Wird bei einer Kapitalgesellschaft das nominelle Kapital herabgesetzt, ohne dass die entsprechenden Mittel an die Gesellschafter zurückgeführt werden, kann das bilanzielle Gleichgewicht der Gesellschaft durch Verlustausbuchung verbessert oder wiederhergestellt werden.

Eine Kapitalherabsetzung gilt aus Steuersicht nicht als privilegierte Sanierung, doch führt eine Verlustausbuchung unter Herabsetzung des nominellen Kapitals auch nicht zu unmittelbaren Steuerfolgen:

³⁹ Soweit sich die Steuerfolgen aus den Abschnitten I. bis III. ergeben, wird auf Quellen und Verweise verzichtet.

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Erweiterung der Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG. - Mangels steuerbarem Tatbestand keine Gewinnsteuer, Emissionsabgabe oder andere Steuerfolgen. - Die Kapitalherabsetzung vernichtet verrechnungssteuerfrei rückzahlbares Kapital. - Die handelsrechtliche Verlustausbuchung reduziert die steuerlichen Verlustvorträge nicht.
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Steuerfolgen unter dem Buchwertprinzip, da die Verlustausbuchung nicht zu einer Wertveränderung der Beteiligung führt und für sich alleine keinen Abschreibungsbedarf generiert (Abschreibungen infolge Wertverminderung vorbehalten). - Die Gesteungskosten der Beteiligung bleiben unverändert.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Keine Steuerfolgen unter dem Buchwertprinzip, da die Verlustausbuchung nicht zu einer Wertveränderung der Beteiligung führt und für sich alleine keinen Abschreibungsbedarf generiert (Abschreibungen infolge Wertverminderung vorbehalten).
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Einkommenssteuerneutral. - Verlust von steuerfrei rückzahlbarem Kapital.

2. Kapitalerhöhung

Häufig findet zugleich mit einer deklarativen Kapitalherabsetzung eine Kapitalerhöhung statt (sog. Kapitalschnitt oder Harmonika). Grundsätzlich verbessert bereits eine Kapitalerhöhung ohne vorgängige Kapitalherabsetzung das bilanzielle Verhältnis, doch handelt es sich in diesem Fall nicht um eine steuerlich anerkannte Sanierung.

In der Praxis stellt sich primär die Frage, ob die Voraussetzungen für den Erlass der Emissionsabgabe erfüllt sind.

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Gewinnsteuerneutrale Kapitaleinlage. - 1% Emissionsabgabe, sofern die Freibeträge nach Art. 6 Abs. 1 lit. h und k StG ausgeschöpft sind und kein Erlass gewährt wird (Freibetrag von 10 Mio. Franken und Erlass nur möglich bei Kapitalschnitt). - Die Kapitalerhöhung schafft verrechnungssteuerfrei rückzahlbares Kapital, sofern es nicht mit Verlusten verrechnet wird.
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Die Kapitalerhöhung ist grundsätzlich auf dem Beteiligungskonto zu aktivieren. - Erhöhung der Gestehungskosten im Umfang der Investition.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Die Kapitalerhöhung ist grundsätzlich auf dem Beteiligungskonto zu aktivieren.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Als private Investition führt die Kapitalerhöhung nicht zu Steuerfolgen im Privatvermögen. - Das Kapital ist bei Rückzahlung steuerfrei.

3. A-fond-perdu-Zuschuss durch Gesellschafter

Das Aktienkapital kann auch mittels eines formlosen à-fonds-perdu-Zuschusses wiederhergestellt werden. Man spricht dabei von einer stillen Sanierung, im Gegensatz zu der offenen Sanierung, bei welcher das Aktienkapital – im Handelsregister einsehbar – verändert wird.

Auch beim à-fonds-perdu-Zuschuss stellt sich in der Praxis primär die Frage, ob der Erlass der Emissionsabgabe gewährt wird.

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Gewinnsteuerneutrale Kapitaleinlage. - 1% Emissionsabgabe, sofern der Freibetrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ausgeschöpft ist und kein Erlass gewährt wird. - Bildung von verrechnungssteuerfrei rückzahlbaren Kapitaleinlagereserven, sofern die Kapitaleinlage nicht mit Verlusten verrechnet wurde (diesfalls 1% Emissionsabgabe).
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Der Zuschuss ist grundsätzlich auf dem Beteiligungskonto zu aktivieren. - Erhöhung der Gestehungskosten im Umfang der Investition.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Der Zuschuss ist grundsätzlich auf dem Beteiligungskonto zu aktivieren.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Als private Investition führt ein Zuschuss nicht zu Steuerfolgen im Privatvermögen. - Soweit der Zuschuss eine Kapitaleinlagereserve bildet, ist er später steuerfrei rückzahlbar.

4. Forderungsverzichte

Beim Forderungsverzicht ist aus Steuersicht zu unterscheiden, wer die verzichtende Partei ist und unter welchen Umständen der Forderungsverzicht ausgesprochen wird.

a) *Forderungsverzichte durch unabhängige Dritte (Gläubiger)*

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.1.1 lit. c, 4.1.1.2 lit. c, 4.1.2 lit. c, 4.1.3 lit. c)

Die Steuerfolgen von Forderungsverzichten durch unabhängige Gläubiger sind dogmatisch unbestritten, da bei Sanierungsleistungen von unabhängigen

Dritten grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass diese nur dann erfolgen, wenn sie – im Vergleich zu anderen Optionen bei der gegebenen Ausgangslage – im Interesse des Gläubigers liegen.

Zu beachten ist allerdings, dass die nachstehenden Steuerfolgen nur dann eintreten, wenn der unabhängige Dritte auch nach der Sanierung unbeteiligt bleibt, d.h. wenn ihm nicht im Zuge der Sanierung Beteiligungsrechte (einschliesslich Genussscheine) abgegeben werden.

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Gewinnsteuer: steuerbarer, echter Sanierungsertrag; erweiterte Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG. - Keine Emissionsabgabe. - Keine Verrechnungssteuerfolgen. - Keine Bildung von Kapitaleinlagereserven. - In der Regel keine Mehrwertsteuerfolgen.
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Verbuchter Sanierungsaufwand ist als geschäftsmässig begründeter Aufwand abzugsfähig.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Verbuchter Sanierungsaufwand ist als geschäftsmässig begründeter Aufwand abzugsfähig.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Grundsätzlich steuerlich nicht abzugsfähiger Kapitalverlust.

b) Forderungsverzichte durch Gesellschafter

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.1.1 lit. a, 4.1.1.2 lit. a, 4.1.2 lit. a, 4.1.3 lit. a)

Verzichten Gesellschafter auf bestehende Forderungen gegenüber der sanierten Gesellschaft, stellt sich die Frage, ob aus Steuersicht die Eigenschaft des Verzichtenden als Beteiligter an der sanierten Gesellschaft oder die Eigenschaft als Gläubiger einer Forderung massgebend sein soll. Je nachdem han-

delt es sich um gewinnsteuerneutralen unechten Sanierungsertrag oder um steuerbaren echten Sanierungsertrag. Zu dieser Frage bestehen verschiedene Lehrmeinungen und in der Praxis eine langjährige Kontroverse, zu welcher derzeit ein Präzedenzfall unter der Herrschaft des DBG beim Bundesgericht hängig ist. Da das Urteil in dieser Sache noch aussteht, werden die verschiedenen Meinungen nachstehend kurz zusammengefasst. Ohne auf die Argumentationen im Detail einzugehen, kann festgehalten werden, dass eine konzeptionell unterschiedliche Behandlung von Forderungsverzichten durch Gesellschafter bei der Gewinnsteuer und der Emissionsabgabe aufgrund der Systematik der Steuerarten unbefriedigend ist.

aa) Praxis der Eidg. Steuerverwaltung

Gemäss Kreisschreiben Nr. 32 werden Forderungsverzichte durch Gesellschafter in der Regel gleich behandelt wie Forderungsverzichte Dritter. Durch den Forderungsverzicht erwächst der Gesellschaft grundsätzlich ein echter Sanierungsertrag. Davon ausgenommen sind nur folgende Fälle:

- Gesellschafterdarlehen, die vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurden;
- Gesellschafterdarlehen, die erstmalig oder zusätzlich wegen schlechten Geschäftsgangs gewährt wurden und von unabhängigen Dritten nicht unter den gleichen Umständen gewährt worden wären.⁴⁰

In diesen beiden Fällen werden die Forderungsverzichte der Gesellschafter als unechter Sanierungsertrag im Ergebnis wie à-fonds-perdu-Zuschüsse behandelt, so dass für die Steuerfolgen vollumfänglich auf die in Abschnitt 3 enthaltene Tabelle verwiesen werden kann. Bei allen anderen Forderungsverzichten durch Gesellschafter können die Steuerfolgen gemäss der gegenwärtigen Praxis der Eidg. Steuerverwaltung wie folgt zusammengefasst werden:

⁴⁰ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.1.1 lit. a; vgl. BGE vom 28. September 1989 in StE 1990 B 72.16 Nr. 1.

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Gewinnsteuer: steuerbarer, echter Sanierungsertrag; erweiterte Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG. - 1% Emissionsabgabe, sofern der Freibetrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ausgeschöpft ist oder kein Erlass der Emissionsabgabe möglich ist. - Keine Bildung von Kapitaleinlagereserven, da echter Sanierungsertrag. - Keine Mehrwertsteuerfolgen (Sanierungsleistung ist ein Nicht-Entgelt).
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Der verbuchte Forderungsverzicht ist als geschäftsmässig begründeter Aufwand abzugsfähig.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Der verbuchte Forderungsverzicht ist als geschäftsmässig begründeter Aufwand abzugsfähig.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Steuerlich nicht abzugsfähiger privater Kapitalverlust.

bb) Vormalige Zürcher Praxis (subjektive Betrachtung)

Nach einer subjektiven Betrachtung, welche im Kanton Zürich bis zum 1. Januar 2011 angewandt wurde, wird zur Unterscheidung von echtem und unechtem Sanierungsertrag darauf abgestellt, ob die Leistung im Zeitpunkt der Sanierung vom Leistenden in seiner Eigenschaft als Geschäftspartner (aus geschäftlichen Gründen) oder in seiner Eigenschaft als Anteilsinhaber (aus gesellschaftlichen Gründen) erbracht wird. Die Form der Leistung, ob durch Forderungsverzicht oder durch eine Bareinlage, ist dabei nicht massgeblich.⁴¹ Für diese Beurteilung kann in der Regel auf das Verhältnis abgestellt

⁴¹ DUSS MARCO/HELBING ANDREAS, Sanierung der Zürcher Sanierungspraxis bei Forderungsverzicht? – corruptio statt sanatio, ST 2011/6-7, 527 ff.

werden, nach welchem Beteiligte und/oder Gläubiger Sanierungsleistungen erbringen.

Auch nach der subjektiven Betrachtung erfolgt demnach eine Qualifizierung in unechten und echten Sanierungsertrag, so dass – je nach Ergebnis der Qualifikation – auf die in lit. aa) dieses Abschnitts dargestellten Steuerfolgen verwiesen werden kann. Im Unterschied zur Praxis der Eidg. Steuerverwaltung ist bei der subjektiven Betrachtung aber der Zeitpunkt der Sanierung massgeblich und weniger der Zeitpunkt der Begründung der Forderung.

Um die bestehende Rechtsunsicherheit infolge der Praxis der Eidg. Steuerverwaltung zu beenden, hat der Kanton Zürich per 1. Januar 2011 die Praxis der Eidg. Steuerverwaltung gemäss Kreisschreiben Nr. 32 übernommen, bis ein derzeit noch hängiger Präzedenzfall unter der Herrschaft des DBG entschieden wird.⁴² Andere Kantone mögen diese oder eine ähnliche Praxis weiterhin anwenden.

cc) Lehrmeinung (objektive Betrachtung)

Nach einem Teil der Lehre erübrigt sich eine wie auch immer geartete Qualifikation bei Forderungsverzichten durch Anteilsinhaber. Danach sind aufgrund der in Art. 60 lit. a DBG vorgesehenen Steuerneutralität von Kapitalanlagen durch Anteilsinhaber sämtliche Zuwendungen von Beteiligten an die „eigene“ Kapitalgesellschaft nicht gewinnsteuerwirksam, dies unabhängig davon, in welcher Form sie erbracht werden.⁴³ Bei Anwendung von dieser Lehrmeinung sind bei Forderungsverzichten durch Gesellschafter ausschliesslich die in Abschnitt 3 festgehaltenen Steuerfolgen massgebend.

⁴² Schreiben des Kantonalen Steueramts Zürich vom 6. Mai 2011 an die Treuhandkammer, an Treuhand Suisse sowie an den Zürcher Anwaltsverband ZAV, nicht publ.

⁴³ SCHALCHER FELIX, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2008, § 7, 67, mit weiteren Verweisen; UEBELHART PETER/LINDER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 182 ff., Ziff. 2.3.1 mit Begründung im Überblick.

c) *Forderungsverzichte durch den Gesellschaftern nahestehende Personen*

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.1.1.1 lit. b, 4.1.1.2 lit. b, 4.1.2 lit. b, 4.1.3 lit. b)

Stammt ein Forderungsverzicht von einer Person, welche den Gesellschaftern nahesteht, wird untersucht, ob der verzichtende Gläubiger dem Forderungsverzicht im eigenen Interesse oder im Interesse des nahestehenden Gesellschafters zustimmt. Dabei wird nach betriebswirtschaftlichen Kriterien geprüft, ob der Forderungsverzicht dem sog. Drittvergleich standhält:

- Wenn ein unabhängiger Dritter in einer vergleichbaren Situation dem Forderungsverzicht ebenfalls zustimmen würde, ist der Drittvergleich eingehalten und es treten die gleichen Steuerfolgen ein, wie wenn der Gläubiger ein unabhängiger Dritter wäre. Die Steuerfolgen entsprechen bei allen Beteiligten vollumfänglich denjenigen in Ziff. a) dieses Abschnitts enthaltenen Tabelle. Dies ist auch nur für einen Teil des Forderungsverzichts denkbar.
- Kann aber davon ausgegangen werden, dass ein unabhängiger Dritter in einer vergleichbaren Situation anderweitige Massnahmen oder Konsequenzen (z.B. Einräumung eines Rangrücktritts, Zwangsverwertung) vorziehen würde, wird davon ausgegangen, dass der Grund für den Forderungsverzicht im Verhältnis zu den Gesellschaftern begründet ist. In diesem Fall kommt die Dreieckstheorie zur Anwendung, gemäss welcher die Sanierungsleistung indirekt an den Gesellschafter erbracht wird. Die Steuerfolgen sind in der nachstehenden Tabelle zusammengefasst:

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Steuerneutraler, unechter Sanierungsertrag; Verlustausbuchungen, Abschreibungen und Rückstellungen gelten gewinnsteuerlich als nicht erfolgt. - Grundsätzlich keine Emissionsabgabe; die Eidg. Steuerverwaltung behält sich Steuerumgehungsfälle vor (diesfalls allenfalls Freibetrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. k StG oder Erlass möglich). - Keine Bildung von Kapitaleinlagereserven. - Grundsätzlich keine Mehrwertsteuerfolgen.
Steuerfolgen bei der leistenden nahestehenden Person = gegen aussen auftretender Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - In Höhe des aufwandwirksam verbuchten Forderungsverzichts erfolgt eine Aufrechnung beim steuerbaren Gewinn. - Verdeckte Gewinnausschüttung, welche der Verrechnungssteuer unterliegt (Meldeverfahren vorbehalten). - Allenfalls kantonale Schenkungssteuern bei den Anteilshabern, sofern Anteilshaber des Sanierers natürliche Personen sind, die nicht auch gleichzeitig Anteilshaber der sanierten Gesellschaft sind.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Die Sanierungsleistung wird dem steuerbaren Einkommen hinzugerechnet. - Allenfalls kantonale/kommunale Schenkungssteuer. - Bei natürlichen Personen keine Verrechnungssteuerfolgen.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Allenfalls kantonale/kommunale Schenkungssteuer. - Bei natürlichen Personen keine Verrechnungssteuerfolgen.

Steuerfolgen beim indirekt begünstigten Inhaber der Beteiligungsrechte	
Juristische Person	- In der Regel kein steuerbarer Ertrag (Umbuchung zwischen den Beteiligungen ist nicht gewinnsteuerwirksam).
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	- In der Regel kein steuerbarer Ertrag (Umbuchung zwischen den Beteiligungen ist nicht einkommenssteuerwirksam).
Privatvermögen einer natürlichen Person	- Steuerbares Einkommen aus einem allfälligen geldwerten Vorteil, soweit Reserven vernichtet werden, welche nicht als Reserven aus Kapitaleinlagen qualifizieren (Dreieckstheorie).

5. Genuss- und Besserungsscheine

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.2)

Bei der Abgabe von Genuss- und Besserungsscheinen sind aus steuerlicher Sicht folgende Besonderheiten zu beachten:

- Sanierungsleistungen werden im Sanierungszeitpunkt bei entsprechender Verbuchung immer definitiv steuerlich qualifiziert, auch wenn sie unter Abgabe eines Besserungs- oder Genussscheins getätigt werden. Die Abgabe eines Genuss- oder Besserungsscheins steht dabei einem Erlass der Emissionsabgabe in Härtefällen nicht entgegen.
- Beim Genussschein handelt es sich um ein Beteiligungsrecht⁴⁴. Zahlungen unter einem Genussschein stellen deshalb immer Gewinnverwendung dar. Beim Besserungsschein handelt es sich um eine rein zivilrechtliche Verbindlichkeit und Besserungszahlungen stellen konzeptio-

⁴⁴ Genussscheine sind jedoch keine Beteiligungsrechte im Sinne von Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG und berechtigen daher nicht zum Teilbesteuerungsabzug und einer Besteuerung im Umfang von 60% bei der Direkten Bundessteuer (vgl. Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG und Kreisschreiben Nr. 22 der Eidg. Steuerverwaltung vom 16. Dezember 2008 „Teilbesteuerung der Einkünfte aus Beteiligungen im Privatvermögen und Beschränkung des Schuldzinsabzugs“, Ziff. 2.2.1).

nell keine Gewinnverwendung dar (siehe aber die Präzisierungen in der nachstehenden Tabelle).

- Auf Stufe Emissionsabgabe ist bei der Abgabe von Genussscheinen im Zusammenhang mit Forderungsverzichten zu beachten, dass der Forderungsverzicht u.U. als Entgelt für die Abgabe der Genussscheine qualifiziert und gestützt darauf 1% Emissionsabgabe in Höhe des Forderungsverzichts erhoben wird⁴⁵ (anstelle von 3 Franken pro Genussschein bei der unentgeltlichen Abgabe). Dies gilt auch dann, falls ein Genussschein an einen bislang unbeteiligten Dritten abgegeben würde.
- Die Abgabe eines Besserungsscheins an bestehende Gesellschafter wird von der Eidg. Steuerverwaltung als Genussschein qualifiziert und unterliegt der Emissionsabgabe.⁴⁶

Die Steuerfolgen sind nachstehend pro beteiligte Person zusammengefasst.

⁴⁵ Bei der entgeltlichen Abgabe eines Genussscheins gewährt die Eidg. Steuerverwaltung gemäss mündlicher Auskunft weder einen Erlass der Emissionsabgabe noch den Sanierungsfreibetrag. Es erscheint inkonsequent, für die Qualifikation als entgeltliche Abgabe auf einen zugrundeliegenden Forderungsverzicht abzustellen (für welchen der Sanierungsfreibetrag und ein Erlass der Emissionsabgabe grundsätzlich möglich ist), und gleichzeitig die Abgabe eines Genussscheins als eigenständige Transaktion zu behandeln.

⁴⁶ Im Kreisschreiben Nr. 32 nicht explizit erwähnt, ergibt sich immerhin aus Ziff. 4.2.1.1.

a) *Besserungsschein (an unabhängige Dritte)*

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.2.1.1, 4.2.2.1 lit. a, 4.2.2.2, 4.2.3 lit. a, 4.2.4 lit. a)

<p>Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Die Abgabe des Besserungsscheins ist gewinnsteuerfrei möglich. - Die Rückzahlung der ursprünglichen Schuld und deren allfälliger Verzinsung stellt einen abzugsfähigen, geschäftsmässig begründeten Aufwand dar, sofern der Forderungsverzicht als echter Sanierungsertrag besteuert wurde. - Darüber hinausgehende Zahlungen sind als nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand gewinnsteuerlich nicht abzugsfähig und unterliegen der Verrechnungssteuer.
<p>Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer</p>	
<p>Juristische Person</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Grundsätzlich steuerbarer Ertrag, da der Forderungsverzicht vorher steuerwirksam abgeschrieben werden konnte (im Einzelfall ist die effektive Verbuchung massgebend).
<p>Geschäftsvermögen einer natürlichen Person</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Grundsätzlich steuerbares Einkommen, da der Forderungsverzicht vorher steuerwirksam abgeschrieben werden konnte (im Einzelfall ist die effektive Verbuchung massgebend).
<p>Privatvermögen einer natürlichen Person</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Die Besserungszahlungen sind im Umfang der ursprünglichen Schuld steuerfrei, sofern der Forderungsverzicht als steuerbarer Sanierungsertrag behandelt wurde. - Zinsen und darüber hinausgehende Zahlungen bilden steuerbares Einkommen.

b) *Genussschein (an Gesellschafter)*

(siehe *Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.2.1.2, 4.2.2.1 lit. b, 4.2.2.2, 4.2.3 lit. b, 4.2.4 lit. b*)

Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft	<ul style="list-style-type: none"> - Die Abgabe von Genussscheinen ist emissionsabgabepflichtig. Steht die Abgabe im direkten Zusammenhang mit einem Forderungsverzicht, gilt die Abgabe als entgeltlich, und die Emissionsabgabe wird auf dem Betrag des Forderungsverzichts als Entgelt berechnet. Bei unentgeltlich abgegebenen Genussscheinen beträgt die Emissionsabgabe 3 Franken pro Genussschein. - Zahlungen unter dem Genussschein stellen immer eine Gewinnverwendung dar und unterliegen der Verrechnungssteuer. - Als Gewinnverwendung ist die Zahlung gewinnsteuerlich nicht abzugsfähig, unabhängig davon, ob der Sanierungsertrag als steuerbar oder steuerneutral qualifiziert wurde.
Steuerfolgen auf Ebene der Sanierer	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Zahlungen unter dem Genussschein qualifizieren als steuerbarer Beteiligungsertrag, für welchen grundsätzlich der Beteiligungsabzug geltend gemacht werden kann, sofern die Voraussetzungen von Art. 69 DBG erfüllt sind.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Zahlungen unter dem Genussschein unterliegen als Beteiligungsertrag der Einkommenssteuer (kein Teilbesteuerungsverfahren möglich).
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Zahlungen unter dem Genussschein unterliegen als Vermögensertrag der Einkommenssteuer (kein Teilbesteuerungsverfahren möglich).

6. Mutter-Tochter-Fusion

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.1.1 lit. a, 4.3.1.2 lit. a, 4.3.2 lit. a, 4.3.3 lit. a)

a) Fusionsverlust und Fusionsgewinn

Vorab stellt sich bei jeder Absorption die Frage der steuerlichen Behandlung des buchhalterischen Fusionsverlusts bzw. Fusionsgewinns, welcher sich aus der Differenz zwischen dem Buchwert der Tochtergesellschaft in den Büchern der Mutter und den von der Mutter übernommenen Aktiven und Passiven der Tochter ergibt.

Beim Fusionsverlust ist zwischen dem echten und unechten Fusionsverlust zu unterscheiden. Beim unechten Fusionsverlust wird der Buchverlust durch die stillen Reserven und den Goodwill der übernommenen Gesellschaft kompensiert und kann steuerlich nicht abgezogen werden. Der echte Fusionsverlust resultiert hingegen aus einer Überbewertung der Anteile an der Tochtergesellschaft (bzw. auf einer Wertverminderung) und kann deshalb steuerlich geltend gemacht werden.⁴⁷

Sollte sich ein Fusionsgewinn ergeben, ist dieser Teil des steuerbaren Reingewinns der übernehmenden Gesellschaft. Falls die Beteiligung an der Tochtergesellschaft früher abgeschrieben oder wertberichtigt wurde, prüfen die Steuerbehörden, ob und in welchem Umfang sich der Wert der Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Fusion erholt hat. Im Umfang der Werterholung erfolgt eine gewinnsteuerliche Aufrechnung. Die sog. wieder eingebrachten Abschreibungen sind damit voll steuerbar und der Beteiligungsabzug wird nicht gewährt. Darüber hinaus ist grundsätzlich der Beteiligungsabzug anwendbar, sofern die Voraussetzungen von Art. 69 DBG erfüllt sind.

b) Doppelte Aufwandwirksamkeit der Verluste

Die eigentliche steuerliche Herausforderung ist die doppelte Aufwandwirksamkeit der Verluste. Bei einer Mutter-Tochter-Absorption entsteht auf zwei

⁴⁷ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.1.1 lit. a.

Stufen steuerwirksamer Aufwand: Auf Stufe der Muttergesellschaft ergibt sich infolge der Wertverminderung der Tochtergesellschaft häufig ein Abschreibungsbedarf, welcher bei einem echten Wertverlust gewinnsteuerwirksam ist. Auf Stufe der Tochtergesellschaft sind in der Regel Verlustvorträge vorhanden, welche bei einer Fusion auf die Muttergesellschaft übergehen und von dieser genutzt werden können.

Die doppelte Aufwandwirksamkeit ist systemimmanent und wird von der Eidg. Steuerverwaltung im Grundsatz akzeptiert. Wenn aber die Abschreibung der Beteiligung bei der Muttergesellschaft auf einen Sanierungszuschuss zurückzuführen ist und die Absorption kurz darauf erfolgt, geht die Eidg. Steuerverwaltung von einer Steuerumgehung auf Seiten der Muttergesellschaft aus. In diesem Fall verlangt die Eidg. Steuerverwaltung, dass die Abschreibung auf der Beteiligung zum ausgewiesenen Reingewinn der übernehmenden Gesellschaft hinzugerechnet wird.⁴⁸

Eine Steuerumgehung wird aber auch im Hinblick auf die von der sanierungsbedürftigen Gesellschaft übernommenen Verlustvorträge geprüft, v.a. bei inaktiven oder faktisch liquidierten Gesellschaften. Die Eidg. Steuerverwaltung hat dazu im Kreisschreiben einige Kriterien⁴⁹ definiert, welche zwischenzeitlich von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Grundsatz überholt wurden. Das Bundesgericht verlangt eine wirtschaftliche Kontinuität, welche bei Gesellschaften in liquider Form dadurch erbracht werden kann, dass betriebswirtschaftliche Gründe für die Fusion vorliegen, namentlich indem die übernehmende Gesellschaft einen betriebswirtschaftlichen Nutzen aus den (konkreten) übernommenen Aktiven hat.⁵⁰ Der Vorteil, welcher sich aus einer vereinfachten Gruppenstruktur und dadurch eingesparten Kosten ergibt, genügt dem Bundesgericht dabei nicht.⁵¹ Es wird sich noch

⁴⁸ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.1.1 lit. a.

⁴⁹ Danach liegt eine Steuerumgehung vor, wenn (i) sich die absorbierte Gesellschaft in einem liquidationsreifen Zustand befindet (BGE 2A.583/2003) oder (ii) der übertragene Betrieb der Tochtergesellschaft kurz nach der Fusion eingestellt wird (BGE 2A.583.2003) oder (iii) die absorbierte Gesellschaft im Zeitpunkt der Absorption bereits keine Geschäftstätigkeit mehr ausübt (StE 2004, B 72.15.2 Nr. 5).

⁵⁰ SIMONEK MADELEINE/VON AH JULIA, Unternehmenssteuerrecht, Entwicklungen 2012, Bern 2013, 114 ff.

⁵¹ BGE 2C_701/2012 vom 24. November 2012.

zeigen müssen, was sich durch die neue Rechtsprechung im Ergebnis ändern wird.

Die Steuerfolgen können somit wie folgt zusammengefasst werden:

Steuerfolgen bei der fusionierten Gesellschaft	
Gewinnsteuer	<ul style="list-style-type: none"> - Übernahme der Verlustvorträge der Tochtergesellschaft, Steuerumgehung vorbehalten (siehe oben). - Verlustverrechnung nur im Rahmen der ordentlichen, siebenjährigen Verlustvortragsperiode von Art. 67 Abs. 1 DBG. In der Lehre wird teilweise gefordert, dass in Anlehnung von Art. 67 Abs. 2 auch weiter zurückliegende Verluste der Tochtergesellschaft verrechnet werden können.⁵² - Frühere, steuerwirksame Abschreibungen der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft bleiben in der Regel wirksam, Steuerumgehung vorbehalten (siehe oben).
Emissionsabgabe	<ul style="list-style-type: none"> - In aller Regel keine Emissionsabgabe, da bei einer Tochterabsorption das Grundkapital der Muttergesellschaft nicht erhöht werden muss. - Die allenfalls nach einem Kapitalschnitt vorgenommene, der Verrechnungssteuer unterliegende Gratis-Kapitalerhöhung der Muttergesellschaft ist bis zur Höhe des Grundkapitals der übertragenen Tochtergesellschaft von der Emissionsabgabe ausgenommen.⁵³ - Wird die Tochtergesellschaft vor der Absorption saniert, wird auf diesen Leistungen gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung keine Emissionsabgabe erhoben. Die Leistung der Muttergesellschaft quali-

⁵² UEBELHART PETER/LINDER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften – Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, ST 2011/3, 182 ff., Ziff. 2.6.2.

⁵³ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.3 lit. a mit Verweis auf Kreisschreiben Nr. 5 der Eidg. Steuerverwaltung vom 1. Juni 2004 zu Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.5.4.

	fiziert als Bilanzbereinigung im Zuge des Untergangs der Tochter. ⁵⁴
Verrechnungssteuer	- Nach gängiger Praxis der Eidg. Steuerverwaltung wird die Verrechnungssteuer auf allfällig untergegangenen Reserven nicht erhoben, es ist somit kein Meldeverfahren erforderlich (Reserven gehen unter, wenn der Buchwert der Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft höher ist als das nominelle Kapital und die Kapitaleinlagereserven der Tochtergesellschaft); Steuerumgehung vorbehalten.
Keine Steuerfolgen auf Ebene der Gesellschafter an der Muttergesellschaft, da diese an dieser Sanierungsmassnahme nicht beteiligt sind.	

7. Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften

(siehe Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.1.1 lit. b, 4.3.1.2 lit. b, 4.3.2 lit. b, 4.3.3 lit. b)

Bei einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften geht die Eidg. Steuerverwaltung davon aus, dass die Sanierung einer Gesellschaft mit einer echten Unterbilanz nicht im Interesse der gesunden Schwestergesellschaft erfolgt, sondern lediglich im Interesse der gemeinsamen Muttergesellschaft. Die Dreieckstheorie kommt deshalb nicht nur bei der Direkten Bundessteuer sondern auch bei der Verrechnungssteuer zur Anwendung.

Weiter ist bei dieser Konstellation häufig Art. 62 Abs. 4 DBG zu beachten, wonach unter dem Gestehungskostenprinzip Abschreibungen von massgebenden Beteiligungen jederzeit zum steuerbaren Gewinn gerechnet werden können, wenn sich ihr Wert erholt hat. Die Abschreibungen von sanierungsbedürftigen Gesellschaften erweisen sich nach der Fusion mit einer gesunden Schwestergesellschaft häufig nicht mehr begründet und sind aufzurechnen.

In Einzelnen können die Steuerfolgen wie folgt zusammengefasst werden:

⁵⁴ Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.3 lit. a.

Steuerfolgen bei der fusionierten Gesellschaft	
Gewinnsteuer	<ul style="list-style-type: none">- Die übernehmende Schwestergesellschaft kann grundsätzlich die noch nicht berücksichtigten Vorjahresverluste der Schwestergesellschaft übernehmen, sofern keine Steuerumgehung vorliegt (eine solche liegt gemäss Kreisschreiben Nr. 32, Ziff. 4.3.1.1 lit. b insbesondere dann vor, „wenn die übertragende Gesellschaft wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist oder wenn ein durch Fusion übertragener Betrieb kurz nach der Fusion eingestellt wird“).- Verlustverrechnung nur im Rahmen der ordentlichen, siebenjährigen Verlustvortragsperiode von Art. 67 Abs. 1 DBG. Wie bei der Tochterabsorption könnte auch hier argumentiert werden, dass die erweiterte Verlustverrechnung nach Art. 67 Abs. 2 DBG zuzulassen sei.
Verrechnungssteuer	<ul style="list-style-type: none">- Auf den bei der Fusion untergehenden Reserven ist die Verrechnungssteuer geschuldet und auf den Inhaber der Beteiligungsrechte zu überwälzen (welcher die Verrechnungssteuer allenfalls gestützt auf das VStG oder ein Doppelbesteuerungsabkommen zurückfordern kann).- Die Steuerpflicht kann u.U. durch Meldung der steuerbaren Leistung erfüllt werden, so dass eine Abrechnung entfällt.⁵⁵- Abzurechnen ist über denjenigen Betrag an potentiell verrechnungssteuerbelasteten Reserven, welcher infolge Fusion untergeht (bei einer Schwesterfusion gehen Reserven im Umfang der bestehenden Verluste unter, wobei allfällige stille Reserven berücksichtigt werden).
Emissionsabgabe	<ul style="list-style-type: none">- Keine Emissionsabgabe, da ein Ausnahmetatbestand infolge Umstrukturierung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG vorliegt.

⁵⁵ Art. 20 VStG i.V.m. Art. 24 VStV.

Steuerfolgen bei den Gesellschaftern	
Juristische Person	<ul style="list-style-type: none"> - Kein steuerbarer Beteiligungsertrag unter Anwendung des Buchwert- und Gestehungskostenprinzips: die Gewinnsteuerwerte und Gestehungskosten der fusionierten Beteiligungen werden addiert und bleiben gesamthaft betrachtet unverändert. - Allfällige wiedereingebrachte Abschreibungen sind nach Art. 62 Abs. 4 DBG voll steuerbar.
Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Kein steuerbarer Beteiligungsertrag unter Anwendung des Buchwertprinzips: die Einkommenssteuerwerte der fusionierten Beteiligungen werden addiert und bleiben gesamthaft betrachtet unverändert.
Privatvermögen einer natürlichen Person	<ul style="list-style-type: none"> - Steuerbares Einkommen, sofern infolge der Fusion latentes verrechnungssteuerpflichtiges Ausschüttungssubstrat untergeht (wenn übrige Reserven, welche nicht als Kapitaleinlagereserven qualifizieren, vernichtet werden).

8. Buchmässige Aufwertung

Abschliessend sei noch auf die buchmässige Aufwertung eingegangen, obwohl sich bei dieser rein bilanziellen Massnahme die wirtschaftliche Situation der betroffenen Kapitalgesellschaft nicht verändert.

Eine Aufwertung von Aktiven – soweit dies im Rahmen der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften und im Fall des hälftigen Kapitalverlusts nach Art. 670 OR zulässig ist – führt zu steuerbarem Ertrag. Dies gilt infolge der Korrekturvorschriften in Art. 58 Abs. 1 lit. b und lit. c DBG auch dann, wenn (bzw. obwohl) die Aufwertung handelsrechtlich erfolgsneutral verbucht wird. Bei der Aufwertung von Beteiligungen ist zu beachten, dass der Betei-

lungsabzug aufgrund der expliziten Vorschrift in Art. 70 Abs. 2 lit. c DBG nicht gewährt wird.⁵⁶

Die Aufwertung führt zu neuem Abschreibungssubstrat, da die aufgewerteten Aktiven in einem späteren Zeitpunkt wiederum erfolgswirksam abgeschrieben werden können. Falls der durch die Aufwertung entstandene steuerbare Ertrag mit steuerlichen Verlustvorträgen verrechnet wurde, ist die Missbrauchsvorschrift von Art. 62 Abs. 3 DBG zu beachten. Danach sind Abschreibungen auf Aktiven, die zum Ausgleich von Verlusten höher bewertet wurden, nur dann steuerwirksam, wenn die Aufwertungen handelsrechtlich zulässig waren und die Verluste im Zeitpunkt der Abschreibung nach Art. 67 Abs. 1 DBG verrechenbar gewesen wären. Dadurch wird verunmöglicht, dass Gesellschaften mit Verlustvorträgen, welche die steuerbaren Erträge der siebenjährigen Verlustvortragsperiode übersteigen und zu verfallen drohen, Aufwertungen zum Zweck der Verlustverrechnung vornehmen und damit die ordentliche Verlustvortragsperiode nach Art. 67 Abs. 1 DBG unterlaufen. Diese Norm ist im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern bei Kantonen und Gemeinden nicht vorgesehen, so dass es den Kantonen freigestellt ist, wie sie diesen Sachverhalt regeln. Dazu sei erwähnt, dass einige Kantone zwar keine explizite Norm geschaffen haben, den gleichen Sachverhalt jedoch als Steuerumgehung erfassen.

<p>Steuern auf Ebene der sanierten Gesellschaft</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Aufwertung steuerbar (kein Beteiligungsabzug bei Beteiligungen) - Wurden durch die Aufwertung Verluste verrechnet, ist die spätere Abschreibung der aufgewerteten Aktiven nur steuerwirksam, falls die Verluste im Zeitpunkt der Abschreibung noch nach Art. 67 Abs. 1 DBG verrechenbar gewesen wäre und wenn die Aufwertung handelsrechtlich zulässig war.
<p>Keine Steuerfolgen auf Ebene der Gesellschafter, da diese nicht beteiligt sind.</p>	

⁵⁶ Nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung erhöhen sich in diesem Fall auch die Gesteungskosten der Beteiligung, vgl. Kreisschreiben Nr. 27 vom 17. Dezember 2009, Ziff. 2.5.1; a.M. DUSS MARCO/ALTORFER JÜRIG, DBG-Komm.-DUSS/ALTORFER, Art. 70 DBG, N 40.