

Fusionsgesetz – Steuerfolgen bei Verletzung von Sperrfristen

Steuerbilanz, Massgeblichkeitsprinzip, Nennwertprinzip, Mehrfachbesteuerungen, Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und anderes

Dr. iur. Markus R. Neuhaus



*Markus R. Neuhaus, Dr. iur.,
dipl. Steuerexperte; Partner,
PricewaterhouseCoopers,
Steuer- und Rechtsabteilung,
Zürich; Global Leader
Mergers & Acquisitions Tax
Services; Präsident der
Fachgruppe Steuern der
Treuhand-Kammer*

Inhalt

1	Fusionsgesetz: Sperrfristen – Korrekturmechanismen	2.4	Analyse der möglichen Lösungen
1.1	Gesetzliche Grundlage	2.4.1	In diesem Zusammenhang steuerrechtlich relevante Grundsätze
1.1.1	Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft	2.4.1.1	Massgeblichkeitsprinzip
1.1.2	Spaltung einer juristischen Person	2.4.1.1.1	Grundsatz
1.1.3	Vermögensübertragung im Konzern	2.4.1.1.2	Anwendung/Auswirkung in concreto
1.2	Analyse dieser Sperrfristen	2.4.1.2	Bindung an das zivilrechtlich Verwirklichte oder selbständige steuerrechtliche Beurteilung
1.2.1	Umwandlung einer Personenunternehmung	2.4.1.3	Verdeckte Kapitaleinlagen
1.2.2	Spaltung einer juristischen Person	2.4.1.3.1	Sachverhalt
1.2.3	Vermögensübertragung im Konzern	2.4.1.3.2	Heutige Praxis
1.3	Verletzung der Sperrfristen	2.4.1.3.3	Rückübertragung in specie
1.4	Anteilmässige Verletzung der Sperrfrist	2.4.1.3.4	Kritik
1.5	Verfahren zur Besteuerung	2.4.1.3.5	Abgrenzung einer gewöhnlichen verdeckten Kapitaleinlage vom Fall der Nachbesteuerung einer Umstrukturierung
1.6	Steuerfolgen der Verletzung von Sperrfristen bei Gesellschaft und Aktionär	2.4.1.4	Vermögensertragsbegriff, Nennwertprinzip
1.6.1	Stufe juristische Person	2.4.1.5	Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit
1.6.1.1	Nachträgliche Besteuerung der Umstrukturierung im Nachsteuerverfahren	2.5	Konklusion
1.6.1.2	Als Gewinn versteuerte stille Reserve	2.5.1	Lösung
1.6.1.3	Revision der der Umstrukturierung folgenden Steuerjahre	2.5.2	Weiterer Handlungsbedarf
1.6.2	Stufe Aktionär	2.5.2.1	Ausgangslage
1.6.2.1	Umwandlung einer Personenunternehmung	2.5.2.2	Vom Nennwertprinzip zum Kapitalrückzahlungsprinzip
1.6.2.2	Spaltung einer juristischen Person	2.5.2.3	Vom objektivierten zum subjektivierten Vermögensertragsbegriff
1.6.2.3	Vermögensübertragung im Konzern	2.5.2.4	Umfassende Regelung verdeckter Kapitaleinlagen
2	Steuerbilanz für stille Reserven – Ungelöste Problematik der Gegenbuchung – Latente Ausschüttungsbelastung	2.5.2.5	Privatisierungen
2.1	Problemstellung	2.5.2.6	Umfassende Regelung des Corresponding Adjustment im interkantonalen Verhältnis
2.2	Beispiel zur Illustration der Problematik	2.5.3	Abschliessende Bemerkungen
2.3	Lösungsmöglichkeiten		Literatur
2.3.1	Gegenbuchung auf Reserven		
2.3.2	Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto		
2.3.3	Qualifikation der Gegenbuchung, abhängig von steuerlicher Behandlung des Transfers dieser Mittel an den Aktionär		
2.3.4	Steuerliche Verzinsung des Aktionärskreditorenkontos?		

Der Entwurf zum Fusionsgesetz¹ knüpft an verschiedene Umstrukturierungstatbestände Sperrfristen an. Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen sind primär die geplanten steuerrechtlichen Korrekturmechanismen im Falle der Verletzung einer Sperrfrist. Danach werden gestützt auf dieses Sperrfristenkonzept andere Aspekte unseres Steuersystems analysiert, wie das Massgeblichkeitsprinzip, das Nennwertprinzip, Fragen zum Verhältnis zwischen Aktionär und seiner Gesellschaft, verdeckte Kapitaleinlagen und deren Rückleistung an den Aktionär etc.

Es soll auf heute bestehende und im Entwurf zum Fusionsgesetz weitergeführte Ungereimtheiten hingewiesen sowie der Versuch unternommen werden, ein konsistenteres, sich besser an den verfassungsmässigen Grundlagen orientierendes System aufzuzeigen.

1 Fusionsgesetz: Sperrfristen – Korrekturmechanismen

1.1 Gesetzliche Grundlage

Der Entwurf zum Fusionsgesetz sieht in folgenden Fällen Sperrfristen vor:

1.1.1 Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft

Art. 19 Abs. 1 Bst. b Entwurf DBG²:

Stille Reserven einer Personenunternehmung (Einzel-firma, Personengesellschaft) werden bei Umstrukturierungen, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung, nicht besteuert, wenn die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte übernommen werden:

...

b) bei der Übertragung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs auf eine juristische Person, sofern die Gegenleistung der juristischen Person die Gewährung von Beteiligungsrechten einschliesst;

...

Art. 19 Abs. 2 Entwurf DBG:

Bei einer Umstrukturierung nach Absatz 1 Buchstabe b werden die übertragenen stillen Reserven im Verfahren nach den Artikeln 151 – 153 nachträglich besteuert,

soweit während den der Umstrukturierung nachfolgenden fünf Jahren Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert werden; die juristische Person kann in diesem Fall entsprechende, als Gewinn versteuerte stille Reserven geltend machen.

1.1.2 Spaltung³ einer juristischen Person⁴

Art. 61 Abs. 1 Bst. b Entwurf DBG:

Stille Reserven einer juristischen Person werden bei Umstrukturierungen, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung, nicht besteuert, wenn die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden:

...

b) bei der Übertragung auf eine andere juristische Person, sofern die Gegenleistung der anderen juristischen Person die Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten einschliesst und im Fall der Spaltung ein oder mehrere Betriebe oder Teilbetriebe übertragen werden:

...

Art. 61 Abs. 1^{bis} Entwurf DBG:

Werden im Fall der Spaltung während der ihr nachfolgenden fünf Jahre Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert, so werden in diesem Umfang die entsprechenden stillen Reserven im Verfahren nach den Artikeln 151 – 153 nachträglich besteuert; die betroffene juristische Person kann in diesem Fall entsprechende, als Gewinn versteuerte stille Reserven geltend machen. Die Nachsteuer wird nicht erhoben, wenn der Nachweis erbracht wird, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Veräusserungsabsicht bestand.

Art. 20 Abs. 1 Bst. g Entwurf DBG:

Steuerbar sind die Erträge aus beweglichem Vermögen, insbesondere:

...

g) der anteilmässige Gegenwert der offenen und der stillen Reserven des Betriebs oder Teilbetriebs, soweit die von einer Spaltung betroffenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte innerhalb von fünf Jahren zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert werden. Die Steuer wird im Verfah-

1 Wenn hier und nachfolgend von Fusionsgesetz gesprochen wird, so wird nicht bloss auf den zivilrechtlichen Teil verwiesen, sondern immer auch auf die geplanten Änderungen des Steuerrechts, obwohl diese nicht im eigentlichen Fusionsgesetz selbst enthalten sein werden. Teilweise wird auch auf «Entwurf DBG» verwiesen, um direkt auf die geplanten neuen steuerrechtlichen Normen zu verweisen.

2 Botschaft zum Fusionsgesetz: BBl. 2000, 4337 ff.; Entwurf des Gesetzeswortlautes: BBl. 2000, 4531 ff.; Steuerrechtlicher Teil: BBl. 2000, 4574 ff.

3 Spaltung meint hier: vertikale Spaltung (Abspaltung oder Aufspaltung), nicht horizontale, welche neu vom Begriff der Vermögensübertragung im Konzern erfasst wird. Den Begriff der Ausgliederung wird es nicht mehr geben.

4 Dem Vernehmen nach wird die Frage, ob bei vertikaler Spaltung tatsächlich eine Sperrfrist gelten soll, im Rahmen der parlamentarischen Verhandlungen intensiv diskutiert. Allenfalls wird sie hier vollständig entfallen.

ren nach den Artikeln 151 – 153 nachträglich festgesetzt. Sie wird nicht erhoben, wenn der Nachweis erbracht wird, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Veräusserungsabsicht bestand.

1.1.3 Vermögensübertragung im Konzern

Art. 61 Abs. 2 Entwurf DBG:

Zwischen inländischen Kapitalgesellschaften, welche nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung einer andern Kapitalgesellschaft zusammengefasst sind, können Beteiligungen von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer anderen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, Betriebe oder Teilbetriebe zu den bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werten übertragen werden.

Art. 61 Abs. 2^{bis} Entwurf DBG:

Werden im Fall der Übertragung von Beteiligungen, Betrieben oder Teilbetrieben auf inländische Konzerngesellschaften während der nachfolgenden fünf Jahre diese Betriebe oder Teilbetriebe oder entsprechende Beteiligungsrechte veräussert, so werden die übertragenen stillen Reserven im Verfahren nach den Artikeln 151 – 153 nachträglich besteuert. Die begünstigte juristische Person kann in diesem Fall eine als Gewinn versteuerte stille Reserve geltend machen.

1.2 Analyse dieser Sperrfristen

1.2.1 Umwandlung einer Personenunternehmung

Die Sperrfrist im Rahmen der Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft ist verobjektiviert und folgt damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵.

1.2.2 Spaltung einer juristischen Person

Die Sperrfrist im Rahmen von Spaltungen von juristischen Personen wird subjektiv ausgestaltet sein, d.h. der Nachweis der fehlenden Veräusserungsabsicht im Zeitpunkt der Reorganisation wird zugelassen werden, was bei Gelingen zur Folge hat, dass die Sperrfrist als nicht verletzt gilt.

1.2.3 Vermögensübertragung im Konzern

Die Sperrfrist bei Vermögensübertragungen im Konzern hat wieder objektiven Charakter.

1.3 Verletzung der Sperrfristen

Die entgeltliche Veräusserung der im Rahmen einer Umwandlung geschaffenen oder im Rahmen einer Spaltung vorbestehenden oder neu geschaffenen Anteilsrechte zu einem über dem Nennwert liegenden Preis, die Veräusserung des innerhalb eines Konzerns übertragenen Betriebes oder der übertragenen Beteiligung und die Veräusserung der Anteilsrechte an einer von einer Vermögensübertragung betroffenen Gesellschaft⁶ stellen eine Verletzung der Sperrfrist dar.

1.4 Anteilmässige Verletzung der Sperrfrist

Der Entwurf DBG⁷ sieht eine anteilmässige Besteuerung bei anteilmässiger Verletzung der Sperrfrist vor.

1.5 Verfahren zur Besteuerung

Die Besteuerung bei Verletzung einer Sperrfrist erfolgt im Nachsteuerverfahren nach den Artikeln 151 – 153 DBG. Dabei handelt es sich um eine Ex-tunc-Besteuerung, auf den Zeitpunkt der Umstrukturierung zurück, gestützt auf den damals vorliegenden Sachverhalt und die damals vorliegenden Werte.

Neu regelt das Fusionsgesetz klar, dass es direkt die von der Veräusserung betroffene Gesellschaft ist, die Steuersubjekt ist. Dies stellt bei Spaltungen gegenüber heute eine Veränderung dar, ist heute doch jedenfalls die spaltende Gesellschaft Steuersubjekt⁸, selbst wenn die Aktien der abgespaltenen Gesellschaft innert der Sperrfrist veräussert werden.

1.6 Steuerfolgen der Verletzung von Sperrfristen bei Gesellschaft und Aktionär

1.6.1 Stufe juristische Person

1.6.1.1 Nachträgliche Besteuerung der Umstrukturierung im Nachsteuerverfahren

Die Verletzung der Sperrfrist führt zur nachträglichen Besteuerung der im Zeitpunkt der Umstrukturierung vorhandenen stillen Reserven.

1.6.1.2 Als Gewinn versteuerte stille Reserve

Die im Falle einer Umwandlung oder Spaltung betroffene und im Falle einer Vermögensübertragung begünstigte juristische Person kann als Folge einer Sperrfristenverletzung und Nachbesteuerung eine ent-

5 BGE vom 28. Dezember 1998, in ASA 68, 71 ff., Steuerentscheid 1999 B 23.7 Nr. 9 und StR 1999, 343.

6 Dies steht zwar nicht explizit im Gesetzestext, scheint aber die klare Meinung der ESTV zu sein.

7 Siehe auch heute: BGE in ASA 38, 508.

8 REICH, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, 72.

sprechende, als Gewinn versteuerte stille Reserve geltend machen.

Damit soll neu explizit festgehalten werden, was in der Vergangenheit oft der Praxis⁹ entsprach, oft aber auch Anlass für Unklarheiten war.

Der steuerpflichtigen Gesellschaft wird demnach erlaubt, in Abweichung von der Handelsbilanz eine Steuerbilanz zu führen und gestützt darauf den steuerbaren Gewinn zu ermitteln. Die Massgeblichkeit der Handelsbilanz wird durchbrochen¹⁰.

Die Steuerbilanz wird rückwirkend auf den Zeitpunkt der Nachbesteuerung erstellt, und es werden die Werte in die Steuerbilanz aufgenommen, welche im Nachsteuerungsverfahren als Grundlage dienen.

Es wird somit der Zustand hergestellt, der bestehen würde, falls von Anfang an keine steuerfreie Umstrukturierung, sondern ein steuerbarer Vorgang vorgelegen hätte. Steuerrechtlich wird demnach als Folge der Verletzung der Sperrfrist ex tunc ursprüngliche Steuerbarkeit angenommen.

Konkret bedeutet dies, dass die betroffene Gesellschaft stille Reserven auf den Aktiven oder Passiven und einen Geschäftswert / Goodwill in der Steuerbilanz geltend machen kann¹¹. Die steuerrechtliche Gewinnermittlung, insbesondere Abschreibungen, Rückstellungen etc., sowie das steuerbare Kapital oder Verhältniskapital zur Renditebestimmung basieren danach auf diesen Steuerwerten und nicht auf den Werten der handelsrechtlichen Jahresrechnung.

Die Nachführung einer Steuerbilanz soll bewirken, dass nicht dasselbe Substrat, welches als Folge der Sperrfristenverletzung mit Wirkung ex tunc nachbesteuert wird, später erneut latent oder tatsächlich zur Besteuerung gelangt.

1.6.1.3 Revision der der Umstrukturierung folgenden Steuerjahre

Das Nachführen einer Steuerbilanz ex tunc muss sich auch auf die Folgesteuerjahre auswirken. Diese sind ebenfalls neu zu veranlagern. Die Neuveranlagung hat im Revisionsverfahren nach Art. 147 ff. DBG zu erfol-

gen, da zugunsten des Steuerpflichtigen, oder im offenen Verfahren, für noch nicht definitiv veranlagte Steuerjahre. Eine neue, von der Handelsbilanz abweichende Steuerbilanz bildet die Grundlage der steuerrechtlichen Gewinnermittlung für die Steuerjahre ab rückwirkend steuerbarer Umstrukturierung. Diese Steuerbilanz ist für alle Folgejahre ab Umstrukturierung «massgeblich», bis Steuer- und Handelsbilanz wieder übereinstimmen.

1.6.2 Stufe Aktionär

1.6.2.1 Umwandlung einer Personenunternehmung

Die Verletzung der Sperrfrist im Zusammenhang mit einer Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft führt zur nachträglichen Besteuerung des Unternehmers als natürliche Person. Es sind Einkommensteuern zu entrichten; zudem fallen auch Sozialversicherungsabgaben an.

1.6.2.2 Spaltung einer juristischen Person

Art. 20 Abs. 1 Bst. g Entwurf DBG hält explizit fest, dass natürliche Personen als Aktionäre gespaltener Gesellschaften steuerbaren Ertrag aus beweglichem Vermögen realisieren, falls die Sperrfrist verletzt wird¹².

Bezüglich natürlicher Personen, welche ihre Anteile im Geschäftsvermögen halten, und bezüglich juristischer Personen schweigt sich der Entwurf DBG aus. Dies muss als qualifiziertes Schweigen verstanden werden, da im Sinne der modifizierten Dreieckstheorie¹³ bei diesen Steuerpflichtigen als Folge der Verletzung der Sperrfrist bei Spaltung keine Steuerfolgen eintreten¹⁴.

1.6.2.3 Vermögensübertragung im Konzern

Die Verletzung der Sperrfrist im Nachgang zu einer steuerfreien Vermögensübertragung im Konzern betrifft dann Aktionäre, wenn Anteile an von der Vermögensübertragung betroffenen Gesellschaften veräussert werden. Eine steuerneutrale Vermögensübertragung soll bloss im Konzern zulässig sein, also mit gemeinsamer juristischer Person als Muttergesellschaft und nicht mit einer natürlichen Person als direkte Aktionärin der in

9 BGE vom 5. Juli 1979, StR 35, 26 ff.; REICH, Unternehmensumstrukturierungen, 209 und Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, 73.

10 REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33, 496 ff., insbesondere 511 ff.

11 REICH, Kommentar zum DBG, Art. 19 N 49.

12 Dies entspricht auch der heutigen Rechtslage: KONFERENZ STAATLICHER STEUERBEAMTER, 90; Botschaft zum Fusionsgesetz, Ziff. 226.

13 Zur modifizierten Dreieckstheorie, siehe: REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 639 ff.

14 REICH, Unternehmensumstrukturierungen, 326; REICH, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, 78; REICH, Kommentar DBG Art. 61 N 66 in fine; a.M. zur modifizierten Dreieckstheorie bei Spaltungen: ATHANAS/KUHN, Übersicht und Fallbeispiele zur steuerlichen Behandlung von Unternehmensteilungen, 90.

eine steuerfreie Vermögensübertragung involvierten Gesellschaften. Entsprechend erfolgt bei Veräusserung von Aktien der in die Vermögensübertragung direkt involvierten Gesellschaften sowieso eine Besteuerung auf Stufe Aktionär, weshalb sich eine weitere Nachbesteuerung erübrigt. Dies muss auch dann gelten, wenn der Kapitalgewinn auf der veräusserten Gesellschaft nach Art. 70 Abs. 4 DBG unter den Beteiligungsabzug fällt.

2 Steuerbilanz für stille Reserven – Ungelöste Problematik der Gegenbuchung – Latente Ausschüttungsbelastung

2.1 Problemstellung

Das Nachführen einer Steuerbilanz als Folge einer ex tunc steuerbaren Umstrukturierung im Ausmass der nachträglich besteuerten stillen Reserven auf Aktiven oder Passiven ist sachgerecht, löst jedoch bloss das Gewinnsteuerproblem. Es wird vermieden, dass das nachbesteuerte Steuersubstrat bei späterer buchmässiger Realisierung einer nochmaligen Besteuerung unterworfen wird.

Nicht beantwortet wird damit jedoch die Frage, auf welches Konto die steuerliche Gegenbuchung der steuerlichen Aufwertung von Aktiven oder Abwertung von Passiven zu erfolgen hat, mithin welches die Gegenbuchung in der Steuerbilanz ist.

Die Beantwortung dieser Frage kann, muss aber nicht zwingenderweise die Steuerfolgen im Rahmen einer späteren Überführung dieser Werte an den Aktionär determinieren.

Dabei sind drei Lösungen denkbar: Die Gegenbuchung kann auf Reserven erfolgen, sie kann auf Aktionärskreditorenkonto erfolgen oder auf eine steuerlich spezifisch gekennzeichnete, steuerfrei auf den Aktionär übertragbare Position.

Eine Qualifikation als Reserven führt zu einer latenten Ausschüttungsbelastung, während die beiden anderen Qualifikationen erlauben, diese Mittel später steuerfrei auf den Aktionär zu überführen.

2.2 Beispiel zur Illustration der Problematik

Die Problematik sei anhand des Beispiels einer Umwandlung einer Einzelunternehmung in eine Akti-

engesellschaft quantifiziert: Der Einzelunternehmer wandelt sein Geschäft mit buchmässigen Eigenmitteln von 100 steuerneutral zu Buchwerten um. Im Zeitpunkt dieser Umwandlung bestehen 200 an stillen Reserven. Nach drei Jahren veräussert er sämtliche Aktien, was zur Nachbesteuerung ex tunc von 200 führt. Basierend auf einer Maximalbesteuerung von 40 %, plus 10 % Sozialversicherungsabgaben, führt dies zu Abgaben von 100 (50 % Belastung). Die Aktiengesellschaft darf eine Steuerbilanz führen und bucht die Nettoaktiven rückwirkend zu 300 ein. Erfolgt die Gegenbuchung auf Reserven und gelangen diese Reserven von 200 zur Ausschüttung an den Aktionär als natürliche Person, so erfolgt eine weitere Besteuerung von 80 (40 %). Im Total werden die 200 im Zeitpunkt der Umwandlung bestehenden stillen Reserven mit 180 besteuert, was einer 80 %-igen Belastung mit Steuern und 10 % Belastung mit Sozialversicherungsabgaben entspricht.

Das Nachführen einer Steuerbilanz vermeidet, dass eine zusätzliche Belastung mit Gewinnsteuern von ca. 50 eintritt (25 % auf 200). Die Ausschüttung würde dann auf 150 limitiert und die Ausschüttungsbelastung auf 60 (150 x 40%). Daraus würde sich eine Gesamtabgabebelastung von 210 oder 105 % ergeben¹⁵.

2.3 Lösungsmöglichkeiten

2.3.1 Gegenbuchung auf Reserven

Insbesondere REICH hat die Meinung vertreten, die Gegenbuchung in einer Steuerbilanz als Folge einer Nachbesteuerung stiller Reserven habe auf Reserven zu erfolgen.

«Die entsprechende Gutschrift hat auf einem Reserven-, nicht etwa auf einem Aktionärskreditorenkonto zu erfolgen (ZUPPINGER / SCHÄRRER / FESSLER / REICH, § 45 N 186).¹⁶»

REICH begründet seine Ansicht wie folgt: «Handelsrechtlich bleiben die anlässlich der Sacheinlagegründung verdeckt eingelegten Mittel trotz rückwirkender Besteuerung des Liquidationsgewinnes der Gesellschaft verhaftet. Durch die rückwirkende Besteuerung auf der Ebene des Personenunternehmers wird die Sacheinlage nicht rückgängig gemacht. Deren Rückleistung an den Anteilsinhaber ist deshalb keine Rückzahlung eines der Gesellschaft gewährten Darlehens, sondern Rückleistung von verdeckt eingelegtem Kapital (gl.M. HÖHN/WALDBURGER, II, 409)»¹⁷.

15 100 bei nachträglicher Belastung der stillen Reserven von 200 bei Umwandlung, 50 Gewinnsteuern (25% auf 200), 60 Ausschüttungsbelastung (40% auf 150 = 200 abzüglich Gewinnsteuern von 50): Total von 210 bei ursprünglichen stillen Reserven von 200, was einer gesamten Steuer- und Sozialversicherungsbelastung von 105% gleichkommt.

16 REICH, Kommentar zum DBG, Art. 19 N 49; REICH, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 210.

17 REICH, Kommentar zum DBG, Art. 19 N 49.

REICH verweist dann aber sogleich auf die Steuerfolgen der Rückführung dieser Mittel an den Aktionär: «Mit einer solchen Verbuchung des Geschäftsvorfalles wird allerdings die Steuerbarkeit der Rückleistung beim Anteilsinhaber nicht präjudiziert. Die Rückzahlung von der Gesellschaft zur Verfügung gestelltem Kapital bildet nicht Vermögensertrag, sondern steuerfreie Vermögensumlagerung (REICH, in: FS HÖHN, 255 ff.; REICH, StR 35 (1980) 30).¹⁸⁾»

In einer anderen Quelle begründet REICH seinen Standpunkt wie folgt: «Vom zivilrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, verstösst die Gutschrift auf dem Kreditorenkonto Z. gegen zwingende aktienrechtliche Bestimmungen. Die nachträgliche Aktivierung des bei der Umwandlung verdeckt eingelegten Goodwills hat entweder über ein Eigenkapitalkonto oder über die Gewinn- und Verlustrechnung zu erfolgen (s. dazu REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33 1978, S. 496, insb. S. 509, 519). Die anlässlich der Sacheinlagegründung eingelegten stillen Reserven bleiben der Gesellschaft trotz rückwirkender Besteuerung des Liquidationsgewinnes verhaftet. Eine direkte Rückleistung der Kapitaleinlage über die Gutschrift auf dem Kreditorenkonto bedeutet eine Verletzung der Kompetenzen der Generalversammlung und einen Verstoß gegen Vorschriften des Obligationenrechts zum Schutze der Gläubiger. Die Rückleistung der Fr. 100'000.– von der C. AG an Z. ist deshalb keine Rückzahlung eines der Gesellschaft gewährten Darlehens, sondern Rückleistung von verdeckt eingelegtem Kapital. Auf diese zivilrechtliche Rechtslage ist auch steuerrechtlich abzustellen, was allerdings die Steuerbarkeit der Rückleistung beim Anteilseigner Z. nicht präjudiziert (REICH M., a.a.O. S. 516). Auch die Rückzahlung von der Gesellschaft offen oder verdeckt zur Verfügung gestelltem Kapital kann als steuerfreie Vermögensumlagerung qualifiziert werden.¹⁹⁾»

Analysiert man REICH'S Ausführungen, so wird zweierlei deutlich: einerseits die Bindung an das zivilrechtlich Verwirklichte, was seiner Meinung nach zwingend zu einer Gegenbuchung auf Reserven führt, und andererseits die davon unabhängig zu beantwortende Frage der steuerlichen Qualifikation der Übertragung dieser

Reserven auf den Aktionär. Bei letzterer Frage folgt REICH konsequent dem Kapitalrückzahlungsprinzip.

Gleicher Meinung wie REICH sind ZUPPINGER/SCHÄRRER/FESSLER/REICH²⁰⁾ sowie REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER²¹⁾, ohne dies jedoch weiter zu begründen.

Auch die Eidg. Steuerverwaltung vertritt die Meinung, die Gegenbuchung hätte auf Reserven zu erfolgen²²⁾. Sie stimmt der Kapitalrückzahlungstheorie jedoch nicht zu, sondern will strikt das Nennwertprinzip anwenden²³⁾, was zur oben beschriebenen Gesamtbelastung von 90 % führt.

2.3.2 Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto

Eine andere Meinung geht davon aus, man müsse den involvierten Steuerpflichtigen im Zuge einer Nachbarsteuerung einer ursprünglich steuerfreien Umstrukturierung die Möglichkeit gewähren, den Zustand herzustellen, den sie bewirkt hätten, hätten sie von Anfang an gewusst, dass der Vorgang steuerbar und nicht steuerfrei abzuwickeln sei.

SCHÄRRER vertrat die Ansicht, dass es «gleichgültig sei, ob die Gegenbuchung auf dem Reservekonto oder auf dem Fremdkapitalkonto des Aktionärs erfolgt.²⁴⁾»

Demnach soll es dem Steuerpflichtigen offen stehen, die Gegenbuchung ganz oder teilweise, mindestens aber im Ausmass von steuerlich zulässigem Fremdkapital²⁵⁾, auf ein steuerliches Aktionärskreditorenkonto zu buchen.

Diese Betrachtungsweise trennt strikt zwischen zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Betrachtung.

Die steuerrechtliche Konsequenz aus der Buchung auf Aktionärskreditorenkonto ist, dass die Rückzahlung dieses Betrages an den Aktionär jedenfalls einen steuerfreien Vorgang darstellt und nicht als steuerbarer Vermögensertrag zu qualifizieren ist.

18 REICH, Kommentar zum DBG, Art. 19 N 49.

19 REICH, StR 35, 30.

20 ZUPPINGER/SCHÄRRER/FESSLER/REICH, Ergänzungsband zum Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 45 N 186.

21 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 45 N 186.

22 Ebenso MASSHARDT, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2. A., Art. 21 Abs.1 Bst. c N 76.

23 AGNER/JUNG/STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 20 N 11.

24 SCHÄRRER, Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft, ASA 43, 285.

25 Art. 65 DBG.

2.3.3 Qualifikation der Gegenbuchung abhängig von steuerlicher Behandlung des Transfers dieser Mittel an den Aktionär

HÖHN/WALDBURGER²⁶ gehen grundsätzlich von einer Gegenbuchung auf Reserven aus. Dabei unterstellen sie die Anwendung des Kapitalrückzahlungsprinzips und lehnen das Nennwertprinzip auf verdeckten Kapitaleinlagen ab.

Bei strikter Anwendung des Nennwertprinzips treten sie jedoch für eine Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto ein: «Sollte konsequent dem Nennwertprinzip nachgelebt werden, müsste es möglich sein, die Gegenbuchung in der Steuerbilanz auf einem Darlehenskonto vorzunehmen, um damit eine latente doppelte Einkommensbesteuerung zu verhindern.²⁷»

2.3.4 Steuerliche Verzinsung des Aktionärskreditorenkontos?

Tritt man für eine Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto ein, so stellt sich die Frage, ob diese Position für Steuerzwecke dem Aktionär gegenüber verzinst werden kann oder nicht, mit den entsprechenden Steuerfolgen für die Gesellschaft und den Aktionär.

Diese Frage muss wohl verneint werden. Trotz Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto liegt kein vertraglich vereinbartes verzinsliches Geschäft vor. Dies wäre aber Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zinsabzuges auf Stufe Gesellschaft und die steuerliche Erfassung von steuerbarem Zinseinkommen beim Aktionär. Es ist somit von einer unverzinslichen Kreditorenposition auszugehen.

2.4 Analyse der möglichen Lösungen

2.4.1 In diesem Zusammenhang steuerrechtlich relevante Grundsätze

2.4.1.1 Massgeblichkeitsprinzip

2.4.1.1.1 Grundsatz

Nach Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG setzt sich der steuerbare Reingewinn aus dem Saldo der Erfolgsrechnung zusammen, unter Einbezug gewisser steuerlicher Korrekturbestimmungen. Daraus leitet sich das Massgeblichkeitsprinzip ab.

«Dem Grundsatz nach ist die Handelsbilanz sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für die Steuerbehörden verbindlich.

...

Die Schutzfunktion der Handelsbilanz zeigt sich darin, dass der Steuerpflichtige – soweit nicht ausdrücklich steuergesetzliche Korrekturvorschriften eingreifen – nicht gezwungen werden kann, steuerlich einen höheren Gewinn auszuweisen als er in der Handelsbilanz ausweist.

...

Umgekehrt muss der Steuerpflichtige den Gewinnausweis in der Handelsbilanz auch gegen sich gelten lassen; er wird bei dem von ihm ausgeübten Ermessen behaftet.²⁸»

2.4.1.1.2 Anwendung/Auswirkung in concreto

Als Folge der Nachbesteuerung einer Umstrukturierung wird der steuerpflichtigen Gesellschaft erlaubt, eine Steuerbilanz unter Offenlegung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Umstrukturierung zu erstellen. Die steuerliche Gewinnermittlung erfolgt danach gestützt auf diese Gewinnsteuerwerte. Eine Aufwertung in der Handelsbilanz könnte als Verstoss gegen die Höchstwertprinzipien nach Art. 664 ff. OR gewertet werden²⁹. Das Massgeblichkeitsprinzip wird demnach als Folge der Nachbesteuerung einer ursprünglich steuerfreien Umstrukturierung durchbrochen³⁰.

2.4.1.2 Bindung an das zivilrechtlich Verwirklichte oder selbständige steuerrechtliche Beurteilung

Aufgrund der Tatsache, dass das Massgeblichkeitsprinzip als Folge einer Nachbesteuerung einer ursprünglich steuerfreien Umstrukturierung nicht gilt und die steuerliche Gewinnermittlung von einer Steuerbilanz ausgeht, ist die steuerrechtliche Beurteilung der Vorgänge unabhängig von der zivilrechtlichen. Die zivilrechtlichen Gegebenheiten sind steuerrechtlich nicht mehr umfassend von determinierender Bedeutung. Die steuerrechtliche Beurteilung hat aufgrund steuerrechtlicher Bewertungsprinzipien zu erfolgen.

Demnach muss die Tatsache, dass die Errichtung einer Steuerbilanz zivilrechtlich kein Darlehen zwischen Aktionär und Gesellschaft entstehen lässt, steuerrechtlich vorerst neutral und damit ohne bindende Wirkung bleiben. Die Frage der Gegenbuchung in der Steuer-

26 HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht Band II, 8. A., 409 N 191.

27 HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht Band II, 8. A., 409 N 191.

28 REICH, Realisation stiller Reserven, 41 f.

29 Wobei sich wohl auch mit Fug vertreten lässt, der handelsrechtliche Höchstwert eines mit stillen Reserven eingelegten Gutes liege bei seinem Verkehrswert im Zeitpunkt der Einbringung, handelt es sich bei der Sacheinlage doch nicht um einen klassischen Fall von Anschaffung i.S. von Art. 665 OR.

30 Siehe BGE vom 5. Juli 1979, StR 35, 29.

bilanz muss allein aufgrund steuerrechtlicher Kriterien erfolgen.

Es gibt keinen plausiblen Grund, die Unabhängigkeit des Steuerrechts von der Handelsbilanz per se auf Aktiv- oder Passivpositionen mit stillen Reserven zu beschränken, somit auf Bewertungsfragen, und darüber hinaus eine Bindung an das Zivilrecht zu unterstellen.

Würde man zur Gegenbuchung auf Aktionärskreditorenkonto das Vorliegen eines zivilrechtlich gültigen Darlehensvertrages verlangen, so führte dies zu einer Bindung an das zivilrechtlich Verwirklichte, was dem Massgeblichkeitsprinzip entspricht. Dieses gilt jedoch gerade nicht.

Gestützt auf diese einführenden Bemerkungen sei folgende Aussage von REICH kritisch hinterfragt: «Der Aktionär, der seiner Gesellschaft einen offenen oder verdeckten Kapitalzuschuss leistet, erwirbt der Gesellschaft gegenüber keinen Anspruch auf Rückerstattung, sondern er äufnet ihre offenen bzw. stillen Reserven. Diese Reserven sind der Gesellschaft nach Massgabe der handelsrechtlichen Bestimmungen verhaftet. Die direkte Rückleistung der verdeckten Kapitaleinlage über die Gutschrift auf einem Aktionärskreditorenkonto ist handelsrechtlich unzulässig. Dies würde eine Verletzung der Kompetenzen der Generalversammlung und ein Verstoß gegen zwingende Vorschriften des Obligationenrechts zum Schutze der Gläubiger bedeuten.

...

Abzustellen ist auch steuerrechtlich auf die von den Steuerpflichtigen tatsächlich gewählte Konstruktion.

...

Auch in der Steuerbilanz kann nicht über System und Struktur der Kapitalgesellschaft hinweggesehen werden.^{31»}

Es ist tatsächlich richtig, dass der Aktionär als Folge einer Nachbesteuerung einer verdeckten Kapitaleinlage zivilrechtlich keine Forderung der Gesellschaft gegenüber erwirbt. Dies muss steuerrechtlich vorerst jedoch bedeutungslos bleiben, weil sich das Steuerrecht zur Beantwortung der steuerrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang vom Zivilrecht abgekoppelt hat. Entsprechend können auch keine Kompetenzen der Generalversammlung oder Gläubigerrechte verletzt werden. Zivilrechtlich verbleiben die still eingelegten Reserven der Gesellschaft. Einzig die Generalversammlung kann über deren Verwendung befinden, und sie verbleiben den Gläubigern als Haftungssubstrat. Dies gilt vollkommen unabhängig von der steuerrechtlichen Qualifikation und Behandlung derselben Werte. Damit setzt

sich das Steuerrecht auch nicht über die Struktur der Kapitalgesellschaft hinweg.

Das Argument der Bindung an die tatsächlich gewählte Konstruktion muss ebenfalls hinterfragt werden. Es erfolgt ja eine rückwirkende Umqualifikation. Das ursprünglich Gewollte besteht gerade nicht fort. Fiskus und Steuerpflichtiger stehen demnach vor einer Neu Beurteilung der Lage, weshalb nach Treu und Glauben eine Bindung des Steuerpflichtigen an eine Struktur, welche steuerrechtlich nachträglich umqualifiziert wird, nicht zulässig scheint. Auch geht es nicht an, dass bloss der Fiskus einseitig eine Neu beurteilung vornehmen kann, währenddem der Steuerpflichtige bei seiner ursprünglichen Aussage zu behaften sei.

Im Weiteren kann auch nicht argumentiert werden, eine steuerrechtliche Qualifikation der Gegenbuchung als Aktionärskreditorenkonto verletze die Sacheinlagebestimmungen des Obligationenrechts. Aufgrund der steuerrechtlichen Qualifikation der Gegenbuchung ändern sich die Qualität und der Wert der Sacheinlage nicht, und es werden der Gesellschaft keine Mittel entzogen.

Demnach ist die zivil- von der steuerrechtlichen Beurteilung streng auseinander zu halten und je unabhängig voneinander vorzunehmen. Dies gilt nicht bloss für Bewertungsfragen, sondern betrifft auch weitere rechtliche Qualifikationen.

Damit ist noch nicht abschliessend festgestellt, wie weit die steuerrechtliche Unabhängigkeit gegenüber dem zivilrechtlich Verwirklichten tatsächlich geht. Andere steuerrechtliche Prinzipien können die Unabhängigkeit des Steuerrechts vom Zivilrecht wieder einschränken resp. trotz Unabhängigkeit des Steuerrechts vom Zivilrecht dieselben Steuerfolgen bewirken, welche bei gegenseitiger Bindung eintreten würden (z.B. die Regeln zu den verdeckten Kapitaleinlagen oder das Nennwertprinzip).

2.4.1.3 Verdeckte Kapitaleinlagen

2.4.1.3.1 Sachverhalt

Verdeckte Kapitaleinlagen erfolgen entweder mittels Gewinnverzicht oder Kostenübernahme der Aktionärin zugunsten der Gesellschaft oder durch Übertragung von Aktiven zu einem tieferen Wert als dem Verkehrswert von der Aktionärin auf die Gesellschaft.

Grundsätzlich gehören verdeckte Kapitaleinlagen nach Art. 60 Bst. a DBG nicht zum steuerbaren Gewinn.

31 REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33, 519 f.

2.4.1.3.2 Heutige Praxis

Obwohl aus theoretischer Sicht nach wie vor einige Unklarheiten im Zusammenhang mit verdeckten Kapitaleinlagen bestehen, kann in der Praxis von folgender steuerlicher Behandlung ausgegangen werden: Die empfangende Gesellschaft hat grundsätzlich das Recht, die verdeckte Kapitaleinlage erfolgs- und damit steuerneutral offenzulegen³². Sie muss dies jedoch in ihrer Handelsbilanz tun und zwar innerhalb des die verdeckte Kapitaleinlage umfassenden Geschäftsjahres. Eine Steuerbilanz allein genügt bloss dann, wenn es der Gesellschaft aus rechtlichen Gründen verwehrt ist, in der Handelsbilanz eine Aufwertung vorzunehmen³³. Eine Offenlegung zu einem späteren Zeitpunkt wird aufgrund der Bindung an die eigene Willensdeklaration abgelehnt³⁴.

Die Gegenbuchung hat auf Reserven zu erfolgen, nicht auf Aktionärskreditorenkonto.

Verzichtet demnach eine Gesellschaft auf die Offenlegung einer verdeckten Kapitaleinlage gemäss diesen Regeln, so wird sie darauf behaftet. Dies gilt bezüglich der Bewertungsansätze und auch bezüglich der latenten Ausschüttungssteuerlast. Die spätere buchmässige Realisation der verdeckt eingelegten stillen Reserven führt zu steuerbarem Gewinn. Die Ausschüttung der stillen Reserven, die im Zuge der Offenlegung in der Handelsbilanz ausgewiesen oder die buchmässig realisiert wurden, stellt steuerbaren Vermögensertrag dar.

2.4.1.3.3 Rückübertragung in specie

Unter dem Thema der Rückübertragung in specie wird der Fall behandelt, bei welchem ein Gesellschafter Sachwerte unter dem Verkehrswert in eine Gesellschaft einbringt und danach wieder in gleicher Form, ebenfalls unter dem Verkehrswert, der Gesellschaft entnimmt. Aus steuerlicher Sicht ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob im Ausmass der eingelegten stillen Reserven im Zuge der späteren Entnahme durch den Einbrin-

ger eine verdeckte Gewinnausschüttung oder eine steuerneutrale Rückführung stattfindet.

Aus verrechnungssteuerlicher Sicht ist seit einiger Zeit klar, dass solche Rückübertragungen steuerbare Leistungen darstellen³⁵. Aus einkommensteuerlicher Sicht fehlt es soweit ersichtlich an einem (publizierten) Präjudiz. Als Konsequenz aus dem Fall Bellatrix schloss jedoch STOCKAR, dass damit die Zeit der steuerfreien Rückübertragungen der Vergangenheit angehört³⁶.

2.4.1.3.4 Kritik

Verdeckt eingelegte stille Reserven verstärken die Eigenkapitalbasis, sie können jedoch im Sinne von Art. 60 Bst. a DBG nicht zum steuerbaren Gewinn gerechnet werden. Sie bilden nicht Bestandteil der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Gesellschaft, da sie nicht von ihr selbst erarbeitet worden sind.

Entsprechend sollte es einer Gesellschaft möglich sein, die verdeckt eingelegten stillen Reserven entweder sofort in einer Steuerbilanz offen zu legen oder sie spätestens im Zeitpunkt der buchmässigen Realisation steuerlich geltend machen zu können.

2.4.1.3.5 Abgrenzung einer gewöhnlichen verdeckten Kapitaleinlage vom Fall der Nachbesteuerung einer Umstrukturierung

Eine verdeckte Kapitaleinlage, welche nicht im Zusammenhang mit einer vorerst steuerfreien und später mit Wirkung ex tunc nachbesteuerten Umstrukturierung steht, unterscheidet sich von einem nachbesteuerten Umstrukturierungsvorgang dadurch, dass sie freiwillig von Anfang an in voller Kenntnis der Steuerfolgen geschieht. Demgegenüber treten die Steuerkonsequenzen als Folge der Verletzung einer Sperrfrist ex tunc ein, anders als sich der Steuerpflichtige dies vorgestellt hat. Dies stellt einen gewichtigen Grund dar, ihm hier

32 Die Steuerfolgen des einbringenden Aktionärs sind unabhängig davon zu prüfen.

33 Dies gilt z.B. bei privatisierten Banken, welche aus bankenrechtlicher Sicht keine Aufwertung vornehmen dürfen. Dies entspricht der heutigen Praxis der ESTV. Siehe auch REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 634 N 75.

34 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 633 f.; AGNER/STEINMANN/JUNG, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 60 N 1. Aussagen, dass eine solche Aufwertung jederzeit auch später steuerfrei zulässig sei, entsprechen nicht mehr der heute vorherrschenden Praxis: siehe noch REICH, Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33, 513 unten.

35 Siehe z.B. STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis, VStG Art. 4 Abs. 1 Bst. b Nr. 122. Das Bundesgericht hatte einst entschieden, solche Rückübertragungen könnten verrechnungssteuerfrei erfolgen (BGE 94 I 151 ff. = ASA 37, 162 ff.). Es hat sich danach aber dem massiven Druck der ESTV gebeugt (siehe PFUND, ASA 37, 176 ff.) und seine Praxis wieder angepasst (BGE 97 I 444 ff. = ASA 41, 55 ff.) und die Steuerfreiheit auf die Rückübertragung in specie auf den einlegenden Aktionär beschränkt.

36 STOCKAR, Überlegungen zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichts in Sachen Bellatrix SA betreffend die Erfassung untersetzter Mietzinse als geldwerte Leistungen bei Mieter-Aktiengesellschaften, ASA 53, 183.

selbst dann die Möglichkeit zur eigenen steuerlichen Neugestaltung zu gewähren, wenn Steuerpflichtige ansonsten auf ihren verdeckten Kapitaleinlagen behaftet werden.

2.4.1.4 Vermögensertragsbegriff, Nennwertprinzip

Im Bundesbeschluss über die direkte Bundessteuer war das Nennwertprinzip explizit statuiert. In die Berechnung des steuerbaren Einkommens fiel jedes Einkommen aus beweglichem Vermögen, das keine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile darstellte (Art. 21 Abs. 1 Bst. e BdBSSt).

Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer hat diesen Vermögensertragsbegriff nicht wörtlich übernommen. Steuerbar sind die Erträge aus beweglichem Vermögen, insbesondere Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen u. dgl.) (Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG).

Insbesondere REICH³⁷ hat dargelegt, dass dem DBG nicht mehr das strikte Nennwertprinzip entnommen werden könne, sondern neu das Kapitalrückzahlungsprinzip statuiert sei (auch modifiziertes Nennwertprinzip). Demnach seien Kapitaleinlagen bei deren Rückführung an den Aktionär steuerfrei.

Die Eidg. Steuerverwaltung vertritt jedoch die Auffassung, dass das DBG sich bezüglich Nennwertprinzip nicht vom BdBSSt unterscheide.

Folgt man der engen Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung, so stellt sich in der Tat die Frage, ob sich gestützt auf das obige Zwischenergebnis, wonach das Steuerrecht in der Qualifikation der Gegenbuchung in einer Steuerbilanz vom Zivilrecht unabhängig ist, vermeiden lässt, dass die Überführung dieser einst verdeckt eingelegten Mittel auf den Aktionär steuerfrei erfolgen könne.

Gilt das Nennwertprinzip umfassend, so gibt es aus steuerrechtlicher Sicht keine andere Position als nominales Aktienkapital, welches die Gesellschaft dem Aktionär steuerfrei zuführen kann. Das Nennwertprinzip ist immer zwingend an die zivilrechtliche Qualifikation von Eigen- oder Fremdkapital gebunden und lässt eine steuerliche Umqualifikation nicht zu.

Damit stehen zwei mögliche Lösungsalternativen zur Verfügung. Entweder wendet man das Nennwertprinzip nicht in seiner vollen Härte an und anerkennt minde-

stens für den Fall der Nachbesteuerung ursprünglich steuerfreier Reorganisationen das Bedürfnis, die latente Ausschüttungsbelastung zu vermeiden oder zu begrenzen, indem dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit gewährt wird, das Verhältnis von Eigen- zu Fremdfinanzierung aus steuerrechtlicher Sicht neu zu gestalten. Dies würde noch keinen generellen Wechsel zum Kapitalrückzahlungsprinzip bedeuten. Ist man jedoch der Auffassung, die heutige gesetzliche Grundlage erlaube bloss die strikte Anwendung des Nennwertprinzips, anerkennt man aber trotzdem das Bedürfnis nach Entschärfung dieser Situation, so ist eine entsprechende gesetzliche Norm zu statuieren. Diese Norm müsste das Nennwertprinzip nicht gesamthaft beseitigen; vielmehr könnten die Grundsatzfragen zur Zukunft des Nennwertprinzips im Rahmen der nächstens zu führenden Diskussion über die nennwertlose Aktie behandelt werden. Vorderhand geht es bloss um den kleinen ersten Schritt zur Beseitigung einer besonders stossenden Konstellation, im Rahmen eines neu zu entwickelnden gesetzlichen Umstrukturierungskonzeptes.

Es besteht letztlich kein plausibler Grund, warum man die potentielle steuerliche Doppelbelastung auf Gesellschaftsstufe nun gesetzlich beseitigt, die latente dritte Ausschüttungsbelastung aber nicht. Es ist demnach nur konsequent, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, welche beide Aspekte behandelt.

Das Argument, das Nennwertprinzip stehe der Lösung des Problems der Ausschüttungsbelastung entgegen, sticht offensichtlich nicht. Ansonsten würde das «mindestens ebenso heilige» Massgeblichkeitsprinzip der Anerkennung einer Steuerbilanz auch entgegen stehen.

2.4.1.5 Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Art. 127 Abs. 2 BV statuiert, dass, soweit es die Art der Steuer zulässt, die Grundsätze der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten sind.

Es ist offensichtlich, dass ein Konzept, welches zu einer wie oben dargestellten Gesamtabgabebelastung von 90 % führt, den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verletzt.

Der Gesetzgeber ist demnach verpflichtet, dem verfassungsmässigen Auftrag nachzukommen und ein Konzept zu entwickeln, welches die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berücksichtigt. Abgabebelastungen von 90 %, plus Vermögensteuern, gehören in den Bereich der konfiskatorischen Besteuerung.

37 REICH, Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in: FS Höhn, 278 ff. und 282 oben.

Auch aus diesem Grund ist es demnach zwingend, dass entweder der Vermögensertragsbegriff derart ausgelegt wird, dass die Gegenbuchung steuerlich auf Aktionärskreditorenkonto erfolgen kann, mit anschliessend steuerfreier Rückzahlung an den Aktionär. Oder, falls dies mittels Auslegung nicht möglich sein sollte, ist jetzt im Rahmen des Fusionsgesetzes eine Norm zu schaffen, welche sicherstellt, dass im Zuge von Umstrukturierungen verdeckt eingelegte Reserven, welche aufgrund einer Sperrfristverletzung nachbesteuert werden, gemäss dem Willen der involvierten Steuerpflichtigen in steuerliches Eigen- und Fremdkapital aufgeteilt werden können.

2.5 Konklusion

2.5.1 Lösung

Die Frage der steuerrechtlichen Gegenbuchung in einer Steuerbilanz als Folge einer Verletzung von Sperrfristen ist anhand verschiedener steuerrechtlicher Grundsätze zu beurteilen.

Dabei handelt es sich insbesondere um das Massgeblichkeitsprinzip, das Nennwertprinzip, den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und Treu und Glauben.

Gewissen Prinzipien kommt verfassungsmässiger Rang zu, andere sind bloss auf Gesetzesebene statuiert. Daraus ergibt sich eine Prioritätenordnung in der Bedeutung dieser Grundsätze, welche insbesondere den Gesetzgeber verpflichtet. Die Gewinnbesteuerung verdeckt eingelegter Kapitaleinlagen und die Einkommensbesteuerung von rückbezahlten (offenen oder stillen) Kapitaleinlagen verstossen offensichtlich gegen das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Zeigt sich, dass gewisse bestehende Prinzipien des Steuerrechts zu stossenden Resultaten führen und höherrangige Prinzipien verletzen, so hat der Gesetzgeber jede sich bietende Chance zu nutzen, diese Mängel zu beseitigen.

Zusammenfassend lässt sich demnach für die hier behandelte Frage sagen: Das Nennwertprinzip führt insbesondere dann zu stossenden Lösungen, wenn Kapitaleinlagen bei deren Rückführung an den Aktionär mit der Einkommensteuer belegt werden. Ganz besonders krass zeigt sich dies als Folge einer nachbesteu-

ten Umstrukturierung. Vertritt man die Ansicht, die heutige gesetzliche Grundlage lasse eine Gegenbuchung in der Steuerbilanz auf Aktionärskreditorenkonto mit anschliessender steuerfreier Rückzahlung an den Aktionär nicht zu, so ist man gezwungen, eine entsprechende gesetzliche Grundlage zu schaffen. Nur so erzielt man eine Lösung, welche auch den anderen steuerrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, genügen kann und damit eine sachgerechte anstelle einer stossenden Lösung herbeiführt.

2.5.2 Weiterer Handlungsbedarf

2.5.2.1 Ausgangslage

Das hier analysierte Beispiel der steuerlichen Erfassung der Rückzahlung verdeckter Kapitaleinlagen, welche als Folge der Verletzung einer Sperrfrist nachbesteuert werden, dient als Beispiel für eine weitergehende Beurteilung von Schwachstellen des heutigen Steuersystems. Die Auflistung dieser Schwachstellen bringt keinerlei Neuigkeiten; sie sind alle bekannt, doch haben sie sich mit erstaunlicher Hartnäckigkeit gehalten.

2.5.2.2 Vom Nennwertprinzip zum Kapitalrückzahlungsprinzip

Insbesondere REICH³⁸ hat immer wieder auf die Unzulänglichkeiten des Nennwertprinzips hingewiesen. Gewisse Kantone sind denn auch bereits auf das Kapitalrückzahlungsprinzip übergegangen.

Es ist nun an der Zeit, diesen Schritt auch für die direkte Bundessteuer und selbstverständlich für die Verrechnungssteuer zu vollziehen.

Dies soll spätestens im Rahmen der Diskussion um die nennwertlose Aktie geschehen³⁹.

2.5.2.3 Vom objektivierten zum subjektivierten Vermögensertragsbegriff

Der heute objektivierte Vermögensertragsbegriff nimmt weder Rücksicht auf die tatsächliche Bereicherung des steuerbaren Empfängers noch auf die Entreicherung der leistenden Gesellschaft. Ein solches System verletzt den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Der Gesetzgeber ist gefordert, ein adäquateres System zu entwickeln.

38 REICH, Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in: Cagianut/Vallender, FS Höhn, 256 ff.; REICH, Kommentar zum DBG, Art. 20 N 31.

39 Es wäre übrigens ein fataler Irrglaube anzunehmen, dass die nennwertlose Aktie das Problem des Nennwertprinzips automatisch aus der Welt schaffe. Im Gegenteil: Wird die nennwertlose Aktie ohne steuerrechtliche Neuerungen eingeführt, so wird es an jedem irgendwie steuerfrei rückzahlbarem Substrat fehlen, und alles wird steuerbar sein.

2.5.2.4 Umfassende Regelung verdeckter Kapitaleinlagen

Verdeckte Kapitaleinlagen sind umfassend von der Besteuerungsgrundlage der empfangenden Gesellschaft auszunehmen. Dies ist an sich bereits in Art. 60 Bst. a DBG vorgezeichnet. Es bedarf jedoch einer Ausdehnung dieses Prinzips. Dazu gehört eine gewisse «Liberalisierung» des Massgeblichkeitsprinzips. Dies dürfte kaum zu grösseren praktischen Schwierigkeiten führen, ist doch der Steuerpflichtige dafür verantwortlich, das Bestehen einer Steuerbilanz nachzuweisen.

Eine solche Anpassung der heutigen Praxis erfordert an sich keine Gesetzesrevision. Teilt man diese Ansicht nicht, so ist im Zusammenhang mit dem Übergang zum Kapitalrückzahlungsprinzip eine entsprechende gesetzliche Basis zu schaffen, welche verdeckte Kapitaleinlagen umfassend unter Art. 60 Bst. a DBG stellt.

2.5.2.5 Privatisierungen

Als Bestandteil einer umfassenden Regelung verdeckter Kapitaleinlagen ist auch die Frage der Eröffnungsbilanzen im Zuge von Privatisierungen einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Es müsste der Gesellschaft erlaubt sein, die stillen Reserven in einer Steuerbilanz nachzuführen und zwar auch dann, wenn sie handelsrechtlich eine Aufwertung vornehmen dürfte.

2.5.2.6 Umfassende Regelung des Corresponding Adjustment im interkantonalen Verhältnis

In interkantonalen und internationalen Verhältnissen kommt es immer wieder zu Gewinnberichtigungen und zur Frage, welchen Einfluss solche Gewinnberichtigungen auf die involvierte Gegenpartei haben.

Die Schweiz hat im internationalen Verhältnis berechtigterweise einen Vorbehalt gegenüber Art. 9 Abs. 2 OECD Musterabkommen angebracht, der die automatische Gegenberichtigung fordert.

Im interkantonalen Verhältnis muss jedoch eine automatische Gegenberichtigung die Regel werden, und zwar unabhängig von verfahrens- und kollisionsrechtlichen Fragen⁴⁰.

Hiezu bedarf es einer Klärung auf Gesetzesebene.

2.5.3 Abschliessende Bemerkungen

Die Analyse der Steuerfolgen einer Verletzung einer Sperrfrist bei Umstrukturierungen zeigt gewisse stossende Resultate auf. Diese sind zu beseitigen, entweder über eine Änderung der Praxis oder durch den Gesetzgeber. Beides hat im Zuge der Verabschiedung des Fusionsgesetzes zu erfolgen, sei es durch eine klare Äusserung der Verwaltung zur zukünftigen Behandlung dieser Frage durch die Praxis oder durch den Gesetzgeber.

Basierend auf denselben Erkenntnissen ist sogleich der weitere Reformbedarf anzugehen. Hiezu braucht es den Gesetzgeber. Er soll gewisse besonders stossende Schwachstellen unseres Steuersystems beheben.

Unsere Steuergesetze haben sich an den verfassungsmässigen Prinzipien zu orientieren. Ein objektivierter Vermögensertragsbegriff, der sich weder an der tatsächlichen Bereicherung des Steuersubjektes noch an der Entreicherung der Gesellschaft orientiert, verletzt den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Überdies ist darauf zu achten, dass Vorgänge bei allen involvierten Steuerpflichtigen innerhalb der Schweiz⁴¹ möglichst konsistent beurteilt werden⁴².

Es liegt demnach am Gesetzgeber, solche und andere Schwachstellen auszumerzen. Hier wurden bloss einige aufgezeigt, ausgehend vom konkreten Beispiel der Gegenbuchung in der Steuerbilanz nach verletzter Sperrfrist. Diese Analyse hat aufgezeigt, dass wohl mehr Spielraum zur Gestaltung sachgerechter Lösungen besteht, als zum Teil gestützt auf gewisse Dogmen behauptet wird. Selbstverständlich ist die hier aufgeführte Liste von Schwachstellen nicht komplett und ein Steuersystem auch nie perfekt. Trotzdem ist es Zeit zu handeln.

Literatur

AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN
GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995

ATHANAS PETER/KUHN STEPHAN, Übersicht und Fallbeispiele zur steuerlichen Behandlung von Unternehmensteilungen, Basel/Genf/München 1998

40 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 640 ff.; NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht, 47 ff.

41 Im grenzüberschreitenden Bereich können sich durchaus unterschiedliche rechtliche Beurteilungen ergeben. Dies muss im Einzelfall analysiert werden.

42 Als kleines Beispiel sei erwähnt (siehe Kreisschreiben Nr. 9 der ESTV): Es ist nicht ersichtlich, warum einer juristischen Person als Verkäuferin von Aktien die steuerrechtliche Umqualifikation eines ursprünglichen Kapitalgewinns in Beteiligungsertrag verwehrt werden soll, wenn die Aktien von der Käuferin als eigene Aktien erworben wurden und nicht innerhalb der Sechsjahresfrist wieder veräussert werden. Die natürliche Person als Verkäuferin wird demgegenüber selbstredend nach 6 Jahren besteuert.

- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht Bd. II, 8. A., Bern/Stuttgart/Wien 1999
- KONFERENZ STAATLICHER STEUERBEAMTER, Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Muri/Bern 1995
- MASSHARDT HEINZ, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, 2. A., Zürich 1985
- NEUHAUS MARKUS R., Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 150, Winterthur 1996, 13 ff.
- PFUND W. ROBERT, Anmerkung des Referenten zum Bundesgerichtsentscheid vom 31. Mai 1968, ASA 37, 176 ff.
- REICH MARKUS, Anmerkung zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. Juli 1979, StR 35, 29 f.
- Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983
 - Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33, 496 ff.
 - Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Basel/Genf/München 2000
 - In: REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt am Main 1996 (zit: Unternehmensumstrukturierungen)
 - In: ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (HRSG.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel 2000 (zit.: Kommentar zum DGB), Art. 19 – 20, 61
 - Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 639 ff.
 - Vermögensertragsbegriff und Nennwertprinzip, in: CAGIANUT/VALLENDER (HRSG.), Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Höhn, 255 ff.
- REIMANN AUGUST/ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bern 1961
- SCHÄRRER ERWIN, Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft, ASA 43, 285 ff.
- STOCKAR CONRAD, Überlegungen zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichts in Sachen Bellatrix SA betreffend die Erfassung untergesetzter Mietzinse als geldwerte Leistung bei Mieter-Aktiengesellschaften, ASA 53, 177 ff.
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS-PETER, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 1: Stempelabgaben, Basel (Loseblattsammlung)
- ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN/FESSLER FERDINAND/REICH MARKUS, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband zum Kommentar Bd. I – IV, Bern 1978