
Fusionsgewinn und -verlust: Handels- und steuerrechtliche Fragestellungen im Überblick

Teil 1

Die folgende Darstellung soll die Handhabung von Fusionsgewinnen und -verlusten anhand von drei in der Konzernpraxis häufig anzutreffenden Spezialfällen der Fusion – der Tochterabsorption, der Mutterabsorption und der Schwesterabsorption – beleuchten. Nebst einer steuerrechtlichen Analyse werden auch relevante handelsrechtliche Aspekte aufgezeigt.

1 Zivilrechtliche Aspekte

1.1 Tochterabsorption

Bei der *Tochterabsorption* (up-stream merger) übernimmt die Muttergesellschaft sämtliche Aktiven und Passiven einer Tochtergesellschaft, an der sie zuvor zu 100% beteiligt war. Die Tochtergesellschaft wird dabei ohne Liquidation aufgelöst¹ und im Handelsregister gelöscht. Ein Austausch von Beteiligungsrechten (Art. 7 FusG²) oder eine Abfindung (Art. 8 FusG) entfallen. Die Fusion kann zivilrechtlich unter erleichterten Bedingungen erfolgen (Art. 23 f. FusG), d. h. insbesondere eine Fusionsprüfung ist nicht notwendig (Art. 24 Abs. 1 FusG).



Roland Böhi

Dr. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte
Partner, Transaction Tax Services, EY Zürich



Nicole Fröhlich

MLaw UZH, LL.M.
Consultant, Transaction Tax Services, EY Zürich

Die übernehmende Gesellschaft erhält wertmässig, was sie schon vorher in Form von Beteiligungsrechten besessen hat; demnach erfolgt kein Vermögenszugang.

1.2 Mutterabsorption

Bei der *Mutterabsorption* (down-stream merger, bzw. reverse merger) übernimmt die Tochtergesellschaft sämtliche Aktiven und Passiven der Muttergesellschaft, von der sie zuvor zu 100% gehalten wurde³. Die Muttergesellschaft wird dabei ohne Liquidation aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Wie bei der Tochterabsorption entfallen ein Austausch von Beteiligungsrechten oder eine Abfindung (Art. 7 f. FusG). Im Gegensatz zur Tochterabsorption fällt die Mutterabsorption jedoch nicht unter die Bestimmung der erleichterten Fusion⁴.

Da die Tochtergesellschaft im Rahmen der Mutterabsorption sämtliche Aktiven und Verbindlichkeiten der Mutter erhält, kommt sie auch in den Besitz ihrer eigenen Beteiligungsrechte. Diese müssen aufgrund des Fusionsvertrages eine logische Sekunde später aber auf die Inhaberin der Beteiligungsrechte der übertragenden Muttergesellschaft, also auf die Grossmuttergesellschaft, übertragen werden. Die von der Grossmuttergesellschaft gehaltenen Beteiligungsrechte an der untergehenden Muttergesellschaft werden im Zuge der Auflösung der Muttergesellschaft vernichtet.

1.3 Schwesterabsorption

Bei der *Schwesterabsorption* fusionieren zwei Gesellschaften, die von der gleichen Anteilsinhaberin direkt zu 100% gehalten werden. Die übernehmende Gesellschaft erhält sämtliche Aktiven und Passiven der untergehenden Gesellschaft, und die untergehende Gesellschaft wird ohne Liquidation aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Ein Aktientausch nach Art. 7 FusG oder eine Abfindung nach Art. 8 FusG ist selbstredend nicht erforderlich, da die Anteilsinhaberin der beiden Gesellschaften identisch ist. Wie die Tochterabsorption fällt die Schwesterfusion unter die Bestimmung der erleichterten Fusion (Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG).

Liegt bei einer der zu fusionierenden Schwestergesellschaften ein Kapitalverlust vor oder befindet sie sich in Überschuldung, verlangt Art. 6 Abs. 1 FusG, dass die andere Schwwestergesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der Unterdeckung bzw. Überschuldung

Inhaltsübersicht Teil 1

1 Zivilrechtliche Aspekte

- 1.1 Tochterabsorption
- 1.2 Mutterabsorption
- 1.3 Schwesterabsorption

2 Handelsrechtliche Verbuchungsvarianten

- 2.1 Tochterabsorption
 - 2.1.1 Fusionsgewinn
 - 2.1.2 Fusionsverlust
- 2.2 Mutterabsorption
 - 2.2.1 Fusionsagio
 - 2.2.2 Fusionsdisagio
- 2.3 Schwesterabsorption

Teil 2 erscheint in «Steuer Revue» Nr. 5

3 Steuerrechtliche Aspekte

4 Exkurs: Kann eine Akquisition mittels Fremdfinanzierung als Steuerumgehung qualifizieren

5 Fazit

der Schwester verfügt, sodass nach der Fusion weder Kapitalverlust noch Überschuldung vorliegen. Auf dieses Erfordernis kann verzichtet

¹ Soweit nicht ausdrücklich anders vermerkt, beziehen sich sämtliche Ausführungen auf echte Fusionen, d. h., die übertragenden Gesellschaften werden im Anschluss an die Fusion ohne Liquidation aufgelöst.

² Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (SR 221.30; FusG).

³ Soweit nicht ausdrücklich anders vermerkt, beruhen sämtliche Ausführungen auf der Annahme, dass die Tochtergesellschaft zu 100% von der Muttergesellschaft bzw. dass die Schwwestergesellschaften zu 100% durch dieselbe Muttergesellschaft beherrscht werden.

⁴ Art. 23 Abs. 1 FusG e contrario.

werden, sofern Rangrücktritte vorliegen. In diesem Fall muss der Verwaltungsrat einen qualifizierenden Beweis über die Erfüllung der Voraussetzungen zuhanden des Handelsregisteramts erbringen (vgl. Art. 6 Abs. 2 FusG).

2 Handelsrechtliche Verbuchungsvarianten

Grundlage der Verbuchung der Fusion bildet für alle oben genannten Fusionen die Fusionsbilanz⁵. Liegt der Bilanzstichtag bei Abschluss des Fusionsvertrages mehr als sechs Monate zurück oder sind seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten, muss eine Zwischenbilanz erstellt werden (Art. 11 Abs. 1 FusG). Was wichtige Änderungen sind, bleibt im Einzelfall abzuklären, wobei das Prinzip der Wesentlichkeit nach Art. 958c Abs. 1 Ziff. 4 OR⁶ analog anzuwenden ist⁷. Zu denken ist etwa an Vermögensveränderungen, welche die Überlebensfähigkeit einer der Gesellschaften gefährden, oder an wesentliche Veränderungen der Bilanzverhältnisse, wie die Verwendung von Reserven zur Deckung eines Verlustvortrages, die Ausschüttung einer Substanzdividende oder die Durchführung einer deklarativen Kapitalherabsetzung. In der Handelsregister-Praxis sind Bilanzveränderungen von max. 10% der Vermögenslage unproblematisch⁸. Die Zwischenbilanz muss im Grundsatz denselben formellen Anforderungen wie die Jahresschlussbilanz genügen (Art. 11 Abs. 2 FusG). In der Lehre strittig ist, ob aus Art. 11 Abs. 2 FusG abgeleitet werden muss, dass die Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle zu prüfen ist⁹. Die Handelsregister-Praxis verlangt die Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle, sofern die Gesellschaft nicht optiert hat¹⁰.

2.1 Tochterabsorption

In der Bilanz der Muttergesellschaft ist die Beteiligung an ihrer Tochter im Beteiligungskonto

auszubuchen. An Stelle der Beteiligung treten die Aktiven und Passiven der Tochtergesellschaft. Die Aktiven und Passiven stellen denn auch Gegenwert des Beteiligungsbuchwertes und keine Sacheinlage dar. Eine allfällige Differenz zwischen dem Beteiligungsbuchwert und dem Aktivenüberschuss stellt einen Fusionsgewinn (positive Differenz) oder einen Fusionsverlust (negative Differenz) dar. In anderen Worten: Übersteigt der Buchwert der übernommenen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten (Nettoaktiven) den Beteiligungsbuchwert, ergibt sich ein Fusionsgewinn, ist hingegen der Beteiligungsbuchwert höher als der Buchwert der übernommenen Nettoaktiven, so ergibt sich ein Fusionsverlust.

2.1.1 Fusionsgewinn

Resultiert aus einer Tochterabsorption ein *Fusionsgewinn*, so kann dieser auf Stufe der übernehmenden Muttergesellschaft handelsrechtlich auf verschiedene Arten erfasst werden. Insbesondere ist sowohl eine erfolgswirksame als auch eine erfolgsneutrale Verbuchung möglich. Das Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP) erachtet folgende Verbuchungsvarianten als zulässig¹¹:

(a) Erfolgswirksame Erfassung: Für die erfolgswirksame Erfassung des Fusionsgewinns spricht die Tatsache, dass dem Tatbestand der Gewinnrealisierung Rechnung getragen wird¹². Im Umfang der Differenz zwischen dem bisherigen Beteiligungsbuchwert und dem Buchwert der übernommenen Nettoaktiven realisiert die übernehmende Muttergesellschaft einen ausserordentlichen Gewinn. Gegen eine erfolgswirksame Verbuchung hingegen spricht die Tatsache, dass die Übernahme von Aktiven und Passiven im Rahmen einer Tochterabsorption teilweise einlageähnlichen Charakter hat. Für das Vorliegen einer Kapitalerhöhung im Sinne von Art. 650 ff. OR wiederum fehlt es jedoch an einem formellen Kapitalerhebungsbeschluss.

(b) Erfolgsneutrale Erfassung über die gesetzlichen Kapitalreserven: Mit der erfolgsneutralen Erfassung des Fusionsgewinns über die gesetzlichen Kapitalreserven wird dem soeben unter Ziff. 2.1.1 lit. a genannten einlageähnlichen Charakter der Fusion in Analogie zur Behandlung des Fusionsagios bei einer Fusion mit Kapitalerhöhung Rechnung getragen¹³.

(c) Erfolgsneutrale Erfassung über die freiwilligen Gewinnreserven: Bei der erfolgsneutralen Erfassung des Fusionsgewinns über die freiwilligen Gewinnreserven wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei einer Tochterabsorption nicht um eine formelle Kapitaleinlage handelt und daher ein Überschuss dem nicht gebundenen Eigenkapital zugewiesen werden kann. Das HWP empfiehlt dabei im Sinne einer True and Fair View nach Art. 958 Abs. 1 OR auf die so erfolgte Zunahme der freiwilligen Gewinnreserven im Anhang explizit hinzuweisen¹⁴.

2.1.2 Fusionsverlust

Übersteigt der Beteiligungsbuchwert den Buchwert der übernommenen Nettoaktiven, ergibt sich ein *Fusionsverlust*. Ein solcher kann analog zu einem Fusionsgewinn handelsrechtlich entweder erfolgswirksam oder erfolgsneutral zulasten des frei verwendbaren Eigenkapitals erfasst werden¹⁵. Für eine erfolgsneutrale Verbuchung können oftmals betriebswirtschaftliche Gründe sprechen, so etwa die Vermeidung einer Gewinnschmälerung infolge eines Sach-

verhalts, welcher nicht im operativen Geschäft begründet ist.

Im Falle einer erfolgswirksamen Erfassung kann ein Fusionsverlust als Goodwill aktiviert werden und entweder sofort oder aber über die Zeit abgeschrieben werden. Die Aktivierung des Goodwills ist allerdings nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der innere Wert der Beteiligung, d. h. der Unternehmenswert der absorbierten Gesellschaft als Ganzes, mindestens den Beteiligungsbuchwert deckt, mit anderen Worten der Goodwill also werthaltig ist¹⁶. Die Aktivierungsfähigkeit des Differenzwertes ist insofern sachgerecht, als dass der Goodwill vor der Fusion implizit bereits im Beteiligungsbuchwert vorhanden war. Zudem trägt die Aktivierung des Goodwills dem Prinzip der Bilanzierung zu Anschaffungskosten Rechnung, verkörpert doch der Beteiligungsbuchwert die Anschaffungskosten der Beteiligung, nicht die Buchwerte der Tochtergesellschaft¹⁷. Durch die Aktivierung des Goodwills kann auch eine unmittelbare übermässige Reduktion des statutarischen Eigenkapitals verhindert werden.

Eine sofortige Abschreibung des Goodwills kommt im Hinblick auf das ausgewiesene Eigenkapital einer direkten Belastung des frei verwendbaren Eigenkapitals gleich (vgl. oben Ziff. 2.1.1 lit. c). Wird der Goodwill sofort erfolgswirksam abgeschrieben, entstehen stille Reserven. Diese Variante kann insbesondere im Hinblick auf die beim Goodwill oftmals schwer

⁵ Treuhand Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer 2014, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Ziff. IV.7.2, S. 307 (nachfolgend: «HWP B&R»).

⁶ Entspricht Art. 662 Abs. 2 aOR (in Kraft bis 31.12.2012).

⁷ HANS-JAKOB DIEM, in: Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2005, N 12 zu Art. 11 (nachfolgend: «DIEM»).

⁸ ANDREAS C. ALBRECHT, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2012, N 20 zu Art. 11.

⁹ Vgl. DIEM, Art. 11 N 17.

¹⁰ Treuhand Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer, 2013, Eingeschränkte Revision, Ziff. I.5.5.5, S. 89.

¹¹ HWP B&R, Ziff. IV.7.2.2.1, S. 310.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid., Ziff. IV.7.2.2.1, S. 309 f.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

bestimmbare wirtschaftliche Nutzungsdauer als sachgerecht erscheinen. Wird der Goodwill direkt dem frei verwendbaren Eigenkapital belastet, sollten dieser Sachverhalt wie auch der belastete Betrag im Anhang offengelegt werden (Art. 959c Abs. 1 Ziff. 2 OR)¹⁸. Bei der planmässigen (linearen) Abschreibung des aktivierten Goodwills über Zeit wird das Eigenkapital der aufnehmenden Muttergesellschaft nicht sofort vollumfänglich belastet, sondern es erfolgt eine gestaffelte Schmälerung im Umfang der jährlichen Abschreibungen auf dem Goodwill. Bei immateriellen Anlagegütern, bei denen die wirtschaftliche Nutzungsdauer nicht genau bestimmbar ist, wird grundsätzlich eine Abschreibungsdauer von 5 Jahren empfohlen¹⁹. Dies findet im Grundsatz auch Anwendung auf den aktivierten Goodwill²⁰.

Es gilt im Einzelfall vorab zu klären, welche handelsrechtliche Verbuchungsweise sachgerecht ist. Parallel dazu ist die steuerrechtliche Qualifikation in einen «echten» beziehungsweise «unechten» Fusionsverlust mittels Steuervorabbescheid (Ruling) zu vereinbaren (dazu Ziff. 4 unten).

2.2 Mutterabsorption

Bei der Mutterabsorption übernimmt eine Tochtergesellschaft sämtliche Aktiven und Passiven ihrer Muttergesellschaft, von welcher sie vor der Fusion vollständig beherrscht worden ist. In der übernehmenden Tochtergesellschaft werden also sämtliche Aktiven und Passiven der Muttergesellschaft zu Buchwert gemäss Fusionsbilanz (ausgenommen Beteiligung an der Tochtergesellschaft) bilanziert, ohne dass eine andere Bilanzposition entfällt. Der Beteiligungsbuchwert der Tochtergesellschaft wird für die Fusionsbilanz mit dem Eigenkapital der Muttergesellschaft verrechnet. Die Tochter gelangt durch die Fusion in Besitz ihrer eigenen Beteiligungsrechte, die sie an die Beteiligte(n) der Muttergesellschaft (Grossmuttergesellschaft) weiterleitet. Die Muttergesellschaft wird ohne Liquidation aufge-

löst und im Handelsregister gelöscht. Bei der Tochtergesellschaft entsteht in der Höhe der positiven Differenz zwischen den übertragenen Vermögenswerten und Verbindlichkeiten ein Fusionsagio bzw. in der Höhe der negativen Differenz ein Fusionsdisagio.

2.2.1 Fusionsagio

Bei der Mutterabsorption wird das resultierende *Fusionsagio* – wie der Fusionsgewinn bei der Tochterabsorption – nach einer der drei oben in Ziff. 2.1.1 erwähnten Möglichkeiten erfolgswirksam oder erfolgsneutral verbucht²¹.

2.2.2 Fusionsdisagio

Ein *Fusionsdisagio* kann wie der Fusionsverlust bei der Tochterabsorption (vgl. oben Ziff. 2.1.2) erfolgswirksam oder erfolgsneutral über das frei verwendbare Eigenkapital erfasst werden.

Das Fusionsdisagio kann aktiviert werden, wenn die übernommenen Nettverbindlichkeiten stille Reserven enthalten (vgl. oben Ziff. 2.1.2). Alternativ können auch Aktiven im Rahmen der gesetzlichen Höchstbewertungsvorschriften zum Ausgleich des Fusionsdisagios aufgewertet oder frei gewordene Rückstellungen aufgelöst werden²². Entstand das Fusionsdisagio nachweislich aufgrund eines den Marktbedingungen entsprechenden der Fusion vorangehenden Erwerbs der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft, kann unter gegebenen Umständen ein aktivierungsfähiger Goodwill vorliegen, womit die Tochtergesellschaft gewissermassen ihren eigenen Goodwill bilanziert. Hierbei ist der ökonomische Hintergrund in Bezug auf Umgehungstatbestände hin zu prüfen. Zulässig kann ein solches Vorgehen nur dann sein, wenn der Goodwill in einer nicht allzu lange zurückliegenden Transaktion durch die Muttergesellschaft erworben wurde²³. Der aktivierte Goodwill kann bei der erfolgswirksamen Abschreibung ebenfalls (vgl. oben Ziff. 2.1.2) entweder sofort oder innert angemessener Frist planmässig zu-

lasten der Erfolgsrechnung abgeschrieben werden, wobei dieser periodisch auf seine Werthaltigkeit hin zu prüfen ist²⁴.

Entsteht ein Fusionsdisagio im Rahmen einer Sanierung (vgl. unten Ziff. 3.1.3), ist es zwingend mit dem Eigenkapital der übernehmenden Tochtergesellschaft zu verrechnen²⁵.

2.3 Schwesterabsorption

Bei der Schwesterabsorption, einer Fusion zweier verbundener Gesellschaften, übernimmt eine Gesellschaft die Aktiven und Passiven einer anderen Gesellschaft, an der die gleiche Anteilsinhaberin direkt zu 100% beteiligt ist. Es handelt sich dabei um eine Sacheinlage von Aktiven und Passiven an der zu übernehmenden Gesellschaft durch die Anteilsinhaberin in die übernehmende Gesellschaft. Als Gegenleistung für das übertragene Gesellschaftsvermögen gibt die übernehmende Gesellschaft theoretisch eigene Aktien an die Anteilsinhaberin der untergehenden Gesellschaft aus, ergo an die gemeinsame Muttergesellschaft. Bei der übernehmenden Tochtergesellschaft entsteht aus den übertragenen Aktiven und Passiven ein Fusionsagio oder -disagio (analog zur Mutterabsorption, vgl. oben Ziff. 2.2).

Wie bei der Tochter- und der Mutterabsorption kann bei der Schwesterfusion ein allfälliges im Betrag des Nettovermögens der übertragenden Gesellschaft entstehendes *Fusionsagio* bei der

aufnehmenden Gesellschaft entweder erfolgswirksam oder erfolgsneutral über die gesetzlichen Kapitalreserven oder die freiwilligen Gewinnreserven verbucht werden²⁶. Es kann demnach auf die obigen Ausführungen zur Tochterabsorption verwiesen werden (vgl. oben Ziff. 2.1.1).

Ein *Fusionsdisagio* im Rahmen einer Schwesterfusion kann grundsätzlich nur aus einer Sanierungsfusion resultieren, da nur in diesem Fall die übertragenen Verbindlichkeiten die übertragenen Vermögenswerte übersteigen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Fusion nur zulässig ist, wenn nach der Fusion kein Kapitalverlust bzw. keine Überschuldung eintritt, ausser es lägen ausreichende Rangrücktritte vor (Art. 6 Abs. 1 FusG). Die Bilanzierung der übernommenen Nettoaktiven erfolgt zu deren aktienrechtlichem Höchstwert vor der Fusion. Das Fusionsdisagio ist zwingend mit dem Eigenkapital der übernehmenden Schwestergesellschaft zu verbuchen²⁷.

Um den Kapitalverlust bzw. die Überschuldung möglichst tief zu halten, kann die im Zuge der Fusion untergehende Gesellschaft vor der Fusion sämtliche aktienrechtlich zulässigen Sanierungsbuchungen vornehmen, insbesondere also auch gewillkürte stille Reserven auflösen (vgl. unten Ziff. 3.1.3)²⁸.

Teil 2 des Artikels folgt in «Steuer Revue» Nr. 5

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., Ziff. IV.2.16.3, S. 201.

²⁰ Swiss GAAP FER 30, Ziff. 15; PIERRE MARIE GLAUSER, Goodwill et acquisitions d'entreprises – Une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable, in: Droit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, 2006, S. 421 ff.

²¹ HWP B&R, Ziff. IV.7.2.2.3, S. 311.

²² Ibid.

²³ Ibid., Ziff. IV.7.2.2.3, S. 312.

²⁴ Ibid., Ziff. IV.2.16.3, S. 201.

²⁵ Ibid., Ziff. IV.7.2.2.3, S. 312.

²⁶ Ibid., Ziff. IV.7.2.2.2, S. 310.

²⁷ Ibid., Ziff. IV.7.2.2.2, S. 311.

²⁸ Ibid.