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

Teil 2

3 Steuerrechtliche Aspekte

3.1 Allgemeines

3.1.1 Eintrag ins Handelsregister und steuerliche Rückwirkung

Die Rückwirkung der Fusion (auf einen im Grundsatz beliebig zu wählenden Stichtag) wird steuerlich nur anerkannt, sofern die Anmeldung zusammen mit dem Fusionsbeschluss innerhalb von sechs Monaten seit dem Stichtag der Übernahmebilanz beim zuständigen Handelsregisteramt eingetroffen ist und die Eintragung ohne irgendwelche Weiterungen zum Eintrag geführt hat²⁹. Steuerpflicht, Steuerperiode und Steuerbemessungsgrundlage der aus der Fusion hervorgehenden Gesellschaft beginnen und die Steuerpflicht der untergehenden Gesellschaft endet sodann mit dem Übernahmestichtag, sofern die rückwirkende Fusion akzeptiert wird. Wird die Rückwirkung steuerlich nicht anerkannt, wird für die Festsetzung des steuerbaren Gewinnes auf den Zeitpunkt des Handelsregistereintrages abgestellt³⁰.

3.1.2 Übernahme Verlustvorträge

Bei der Berechnung des steuerbaren Reingewinns können noch nicht berücksichtigte Vor-



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

jahresverluste der Tochtergesellschaft von der übernehmenden Muttergesellschaft nach Art. 67 Abs. 1 DBG bzw. Art. 25 Abs. 2 StHG grundsätzlich geltend gemacht werden. Die Übernahme der Vorjahresverluste ist gemäss bisheriger Praxis ausgeschlossen, wenn sich die absorbierte Gesellschaft in einem liquidationsreifen Zustand befindet, wenn der übertragene Betrieb der Tochtergesellschaft kurz nach der Fusion eingestellt wird oder wenn die Tochtergesellschaft kurze Zeit vor der Fusion durch die Muttergesellschaft saniert wurde und sich diese Sanierung bei der Tochtergesellschaft steuerlich nicht erfolgswirksam ausgewirkt hat³¹. Diese Praxis wurde allerdings durch neuere bundesrichterliche Rechtsprechung relativiert³². So hat das Bundesgericht entschieden, dass die Übernahme von Verlustvorträgen nicht bereits deshalb ver-

weigert werden dürfe, weil betriebliches Vermögen oder Anlagevermögen schon vor der Übernahme verwertet worden sei. Es bedürfe qualifizierter Voraussetzungen, um die gesetzlich vorgesehene Verlustverrechnung ausnahmsweise nicht zuzulassen. Dies sei etwa der Fall, wenn keine sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründe für die Umstrukturierung vorlägen, wobei die blossе Schaffung von Verlustverrechnungspotential nicht als solcher Grund zu qualifizieren sei³³. Art. 67 DBG stehe unter dem der Schweizer Rechtsordnung inhärenten Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB, gestützt worauf die Verlustübernahme ausgeschlossen sei, wenn eine Steuerumgehung oder ein Mantelhandel vorliege. Die Frage der Steuerumgehung stelle sich aber nur, wenn durch richtige Auslegung und Anwendung der Norm einer missbräuchlichen Rechtsgestaltung oder einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Rechten nicht beizukommen sei³⁴.

Dieselben Regelungen finden im Prinzip auf die Mutterabsorption Anwendung. Wenn aber die Muttergesellschaft nur die Beteiligung an der Tochtergesellschaft hält, mithin steuerlich als Holdinggesellschaft qualifiziert, dann sind die Verlustvorträge der Muttergesellschaft nur für Zwecke der Direkten Bundessteuer auf Stufe der (fusionierten) Tochtergesellschaft zu anerkennen. Allgemein dürfen in dieser Konstellation

Teil 1 des Beitrages ist in Steuer Revue Nr. 4 erschienen

Inhaltsübersicht Teil 1

- 1 Zivilrechtliche Aspekte**
- 2 Handelsrechtliche Verbuchungsvarianten**

Inhaltsübersicht Teil 2

3 Steuerrechtliche Aspekte

- 3.1 Allgemeines
 - 3.1.1 Eintrag ins Handelsregister und steuerliche Rückwirkung
 - 3.1.2 Übernahme Verlustvorträge
 - 3.1.3 Steuerfolgen von der Fusion vorangehenden Sanierungsmassnahmen
 - 3.1.4 Untersuchungsgegenstand
- 3.2 Gewinnsteuer
 - 3.2.1 Tochterabsorption
 - 3.2.2 Mutterabsorption
 - 3.2.3 Schwesterabsorption
- 3.3 Verrechnungssteuer
 - 3.3.1 Tochterabsorption
 - 3.3.2 Mutterabsorption
 - 3.3.3 Schwesterabsorption
- 3.4 Emissionsabgabe
 - 3.4.1 Tochterabsorption
 - 3.4.2 Mutterabsorption
 - 3.4.3 Schwesterabsorption
- 3.5 Umsatzabgabe
 - 3.5.1 Tochterabsorption
 - 3.5.2 Mutterabsorption
 - 3.5.3 Schwesterabsorption
- 3.6 Mehrwertsteuer

4 Exkurs: Kann eine Akquisition mittels Fremdfinanzierung als Steuerumgehung qualifizieren

5 Fazit

²⁹ Kreisschreiben Nr. 5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Juni 2004 betreffend Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.2.2.3 (nachfolgend «KS 5»).

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid., Ziff. 4.1.5.2.4.

³² Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4. Januar 2012; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_85/2012 vom 6. September 2012 und Urteil des Bundesgerichts 2C_701/2012 vom 24. November 2012.

³³ Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.2.

³⁴ Ibid., E. 3.4.

die Verluste nicht von Abschreibungen auf der Beteiligung resultieren, weil ansonsten eine Verdoppelung der Verlustviträge ermöglicht würde.

3.1.3 Steuerfolgen von der Fusion vorangehenden Sanierungsmassnahmen

Sofern im Rahmen einer Fusion auch Sanierungsmassnahmen ergriffen werden (vgl. oben Ziff. 2.3), sind sie sorgfältig auf ihre steuerliche Auswirkungen zu prüfen. Denkbare Sanierungsmassnahmen, die einer Fusion vorangehen, sind etwa À-fonds-perdu-Zuschüsse, Forderungsverzichte, eine Kapitalherabsetzung, die Ausgabe von Besserungs- und Genussscheinen sowie die Auflösung von stillen Ermessens-, Willkür- oder Verwaltungsreserven³⁵.

Weiter ist im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen regelmässig die Auflösung stiller Reserven ein Thema. Aus gewinnsteuerlicher Sicht stellt die buchmässige Realisation von stillen Reserven steuerbaren Ertrag dar (vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. c, Art. 62 Abs. 4 und Art. 63 Abs. 2 DBG). Die Erfolgsrechnung erfährt eine entsprechende Verbesserung, wobei zu beachten ist, dass die Gewinnsteuerwerte von den handelsrechtlichen Buchwerten abweichen können³⁶. Sind bei Aktiven die Gewinnsteuerwerte höher bzw. bei Passiven tiefer als die handelsrechtlichen Buchwerte, liegen versteuerte stille Reserven vor³⁷. Von der Gewinnsteuer wird jedoch nur die Auflösung von un versteuerten stillen Reserven als Ertrag erfasst, welcher in die Ermittlung des aktuellen steuerlichen Periodenergebnisses miteinzubeziehen ist³⁸. Zur gesamten steuerlichen Würdigung der Auflösung stiller Reserven und der hier erwähnten Sanierungsmassnahmen sei einerseits auf die Spezialliteratur³⁹ verwiesen, andererseits auf die weiteren Ausführungen gem. Ziff. 3.2 ff. unten.

3.1.4 Untersuchungsgegenstand

Mit dem Inkrafttreten des FusG per 1. Juli 2004 wurden die zivilrechtlichen Möglichkeiten und

Erfordernisse sowie die steuerrechtlichen Folgen von Umstrukturierungen umfassend neu geregelt. Nicht alle mit dem FusG eingeführten zivilrechtlichen Umstrukturierungen sind steuerneutral⁴⁰. Nachfolgend soll auf die gewinnsteuer-, die verrechnungssteuer-, die mehrwertsteuer- sowie die emissions- und umsatzabgaberechtlichen Folgen der oben dargelegten Fusionstatbestände mit Fokus auf Fusionsgewinn bzw. -verlust eingegangen werden.

3.2 Gewinnsteuer

Aus gewinnsteuerlicher Perspektive wird für eine steuerneutrale Übertragung der un versteuerten stillen Reserven auf die übernehmende Gesellschaft nur – aber immerhin – vorausgesetzt, dass kumulativ a) die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und b) die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden (Art. 61 Abs. 1 DBG; Art. 24 Abs. 3 StHG). Die untergehende Gesellschaft hat nach vollendeter Fusion keine gewinnsteuerrechtlichen Verpflichtungen mehr (Art. 54 Abs. 3 DBG)⁴¹.

3.2.1 Tochterabsorption

Entsteht bei einer Tochterabsorption durch Übernahme der Aktiven und Passiven ein Buchgewinn auf Stufe der übernehmenden Gesellschaft (*Fusionsgewinn*), so ist dieser Bestandteil des steuerbaren Reingewinns⁴². Eine solche steuerrechtliche Handhabung eines allfälligen Fusionsgewinnes aus Tochterabsorption erfolgt unabhängig davon, ob der Fusionsgewinn handelsrechtlich erfolgswirksam oder erfolgsneutral verbucht wurde. Bei der erfolgsneutralen Verbuchung erfolgt eine gewinnsteuerliche Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip zulasten des Steuerpflichtigen, da aus steuerlicher Sicht grundsätzlich von einer erfolgswirksamen Erfassung ausgegangen wird. Dies ergibt sich aus Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG, wonach der nach handelsrechtlichen Bestimmungen korrekt ausgewiesene Saldo der Er-

folgsrechnung für steuerliche Zwecke korrigiert werden kann, um sich aus der konsequenten Abstellung auf die Handelsbilanz potentiell ergebende Besteuerungslücken zu füllen⁴³. Entsprechend kann der Fusionsgewinn auch nicht steuerneutral als Reserve aus Kapitaleinlage ausgewiesen werden, sondern ist den übrigen Reserven zuzurechnen (dazu Ziff. 3.3.1 unten)⁴⁴. Eine Gewinnsteuerbelastung eines allfälligen Fusionsgewinnes kann zwar allenfalls durch den Beteiligungsabzug gemildert werden, doch greift diese Milderung infolge der Konzeption der indirekten Freistellung des Beteiligungsertrages beim Vorliegen von steuerlichen Verlustvorträgen auf Stufe der übernehmenden Muttergesellschaft nicht, bzw. ohne steuerliche Verlustvorträge resultiert je nach Sachverhaltskonstellation eine teilweise Besteuerung (indi-

rekte Freistellung des Nettobeteiligungsertrages, d. h. nach Abzug von Verwaltungskosten und anteilmässigem Finanzierungsaufwand)⁴⁵. Der Fusionsgewinn unterliegt aber nicht dem Geste-hungskostenprinzip, d. h., nicht mehr gerechtfertigte Abschreibungen auf Beteiligungen von mind. 10% können nur über die Anwendung von Art. 62 Abs. 4 DBG und nicht über das Geste-hungskostenprinzip gem. Art. 70 Abs. 4 lit. a DBG wieder eingebracht werden⁴⁶.

Der durch die Fusion entstehende *Fusionsver-lust* ist nach Art. 61 Abs. 5 DBG⁴⁷ nicht abzugsfä-hig⁴⁸. Entgegen dem Wortlaut ebengenannter Bestimmung gilt dies allerdings nur für unechte Fusionsverluste⁴⁹. Von einem echten Fusionsver-lust wird gesprochen, wenn auch die stillen Re-serven und der Goodwill⁵⁰ der übernommenen Gesellschaft nicht für den Buchverlust der über-

³⁵ Vgl. FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapital-gesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Diss. 2008, N 213 ff. und 508 ff. (nachfolgend: «SCHALCHER»).

³⁶ SCHALCHER, N 214.

³⁷ SCHALCHER, N 214 m. Verw. auf PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl. 2004, § 8 N 156.

³⁸ Vgl. SCHALCHER, N 214 m. Verw. auf ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht Bd. 1, 9. Aufl. 2001, § 18 N 42.

³⁹ SCHALCHER, N 205 ff. und N 508 ff.; Kreisschreiben Nr. 27 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 17. Dezember 2009 betreffend Beteiligungsabzug (nachfolgend «KS 27»); STEPHAN KUHN/RENÉ SCHREIBER, Sanierung von Unternehmungen – Steuerliche Möglichkeiten und Konsequenzen von Sanierungen, in: ST 10/2010, S. 695 ff.

⁴⁰ KS 5, Ziff. 1.

⁴¹ Keine entsprechende Norm im StHG.

⁴² Art. 61 Abs. 5 DBG.

⁴³ PETER BRÜLSAUER/FLURIN POLTERA, in: Kommen-tar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. I/2a, 2. Aufl. 2008, N 256 zu Art. 58.

⁴⁴ Kreisschreiben Nr. 29 der Eidgenössischen Steuerver-waltung vom 9. Dezember 2010 betreffend Kapital-einlageprinzip, Ziff. 5.2.3 (nachfolgend: «KS 29»).

⁴⁵ KS 27, Ziff. 2.4.1; MARKUS REICH, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. I/2a, 2. Aufl. 2008, N 194 zu Art. 61 (nachfolgend: «REICH»).

⁴⁶ MARCO DUSS/JÜRGEN ALTORFER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. I/2a, 2. Aufl. 2008, N 49 zu Art. 70 (nachfolgend: «DUSS/ALTORFER»); anders und rechtlich unpräziser aber die ESTV in KS 5, Ziff. 4.1.5.2.5, wonach im Zuge der Veranlagung der letzten Steuerperiode vor der Fusion zu prüfen sei, inwieweit Abschreibungen und Rückstellungen auf der Betei-ligung der untergehenden Tochtergesellschaft noch geschäftsmässig begründet seien bzw. bei Werterholung aufgerechnet würden.

⁴⁷ Keine entsprechende Norm im StHG.

⁴⁸ KS 5, Ziff. 4.1.5.2.2.

⁴⁹ DUSS/ALTORFER, N 50 zu Art. 70; REICH, N 45 zu Art. 61; KS 5, Ziff. 4.1.5.2.2.

⁵⁰ Unter Goodwill wird hier der Betrag der Differenz zwischen dem Verkehrswert der Beteiligungen und dem Eigenkapital der Tochtergesellschaft verstanden. Ein solcher Goodwill ergibt sich insbesondere, wenn die Muttergesellschaft beim Erwerb der Tochter nicht nur für deren Eigenkapital, sondern auch für deren Zukunftspotential bezahlt hat.

nehmenden Gesellschaft kompensieren. Ein unechter Fusionsverlust liegt hingegen vor, wenn die stillen Reserven und der Goodwill der übernommenen Gesellschaft den Buchverlust kompensieren. Ökonomisch betrachtet ist ein unechter Fusionsverlust kein Verlust, da lediglich der Buchwert der Nettoaktiven der übernommenen Gesellschaft, nicht aber deren Verkehrswert, tiefer ist als der Buchwert der Beteiligung. Sofern der unechte Fusionsverlust direkt der Erfolgsrechnung der übernehmenden Muttergesellschaft belastet wird, erfolgt eine entsprechende Aufrechnung für Gewinnsteuerzwecke. Dies gilt auch im Falle einer Aktivierung des unechten Fusionsverlustes: In diesem Fall wird die entsprechende Abschreibung des Goodwills für Steuerzwecke aufgerechnet⁵¹. Im steuerbaren Kapital ist aber eine Negativreserve zu berücksichtigen, um die steuerbilanzielle Neutralität des Fusionsverlustes sicherzustellen⁵².

Von der steuerlich interessanten Frage des unechten Fusionsverlustes losgelöst sei der Hinweis erlaubt, dass bei der handelsrechtlich erlaubten Aktivierung des Goodwills trotz einer Veränderung der Buchwerte noch immer die Voraussetzungen der gewinnsteuerneutralen Fusion erfüllt sind.

Ein echter Fusionsverlust hingegen kann steuerlich geltend gemacht werden, da die Ursache dafür in einer Überbewertung der Anteile an der Tochtergesellschaft begründet ist⁵³. Der Entstehungsgrund, welcher zur Überbewertung geführt hat, ist grundsätzlich nicht relevant. Der massgebende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob ein echter oder unechter Fusionsverlust vorliegt, ist der Fusionsstichtag. Die beigezogenen Grundlagen für die Qualifikation als echt bzw. unecht lassen sich aber nicht für jeden Fall einheitlich festlegen; diesbezüglich muss vielmehr eine sachgerechte Beurteilung der individuellen Umstände möglich sein. Wenn sich z. B. die ökonomischen Umstände des Betriebs unerwartet aufgrund exogener Faktoren nach der Übernahme der Aktien an der

(neuen) Tochtergesellschaft stark negativ verändern, kann sich ein vermeintlich unechter Fusionsverlust in einen echten Fusionsverlust umqualifizieren. Eine solche Beurteilungsdifferenz kann sich z. B. zwischen Fusionsstichtag und Veranlagungsdatum herauskristallisieren (Ex-post-Betrachtung) und müsste im Veranlagungsverfahren gebührend berücksichtigt werden.

Im Falle einer erfolgswirksamen Verbuchung eines echten Fusionsverlustes ist demnach der Aufwand auch für Steuerzwecke geschäftsmässig begründeter Natur. Die gewinnsteuerliche Abzugsfähigkeit ist unseres Erachtens – insbesondere aufgrund steuersystematischer Überlegungen im Zusammenhang mit der oben dargestellten Handhabung des Fusionsgewinnes – auch im Falle der erfolgsneutralen Verbuchung eines echten Fusionsverlustes zu gewähren. Diesfalls erfolgt wie bei der erfolgsneutralen Verbuchung eines Fusionsgewinns ebenfalls eine gewinnsteuerliche Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip, diesmal jedoch zugunsten des Steuerpflichtigen.

Auf Ebene der Grossmuttergesellschaft verändern sich im Zuge einer Tochterabsorption die Gestehungskosten nicht, da weder eine Investition noch eine Desinvestition in die Beteiligungen der Muttergesellschaft vorgenommen wird⁵⁴.

3.2.2 Mutterabsorption

Eine Mutterabsorption stellt grundsätzlich eine Kapitaleinlage der Anteilseigner der Muttergesellschaft in die übernehmende Tochtergesellschaft dar, die gem. Art. 60 lit. a DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. a StHG nicht zur Entstehung von steuerbarem Gewinn führt. Die Differenz zwischen den übertragenen Aktiven (ohne die Tochterbeteiligungen) und Passiven stellt ein steuerneutrales *Fusionsagio* bzw. *-disagio* bei der übernehmenden Tochtergesellschaft dar⁵⁵. Die handelsrechtliche Verbuchungsweise (erfolgsneutral oder -wirksam; vgl. oben Ziff. 2.1.1 lit. a–c) ist für Steuerzwecke nicht relevant⁵⁶.

Im Umfang, in dem das Fusionsagio aus einbezahltem Grund- oder Stammkapital oder aus bestehenden Reserven aus Kapitaleinlage der übernommenen Gesellschaft besteht, kann es in der übernehmenden Tochtergesellschaft als Reserve aus Kapitaleinlage ausgewiesen werden (dazu Ziff. 3.3.2 unten)⁵⁷.

Auf Ebene der Grossmuttergesellschaft findet bei der Mutterabsorption ein steuerneutraler Beteiligungsaustausch statt (Beteiligung an der Muttergesellschaft werden ersetzt durch Beteiligung an der Tochtergesellschaft). Demnach verändern sich deren Gestehungskosten nicht⁵⁸.

3.2.3 Schwesterabsorption

Für die Verschmelzung von Schwestergesellschaften gelten hinsichtlich der Gewinnsteuer grundsätzlich die oben erwähnten Grundsätze zur Mutterabsorption (vgl. oben Ziff. 3.2.2). Die Differenz zwischen den übertragenen Aktiven und Passiven der untergehenden Gesellschaft stellt bei der übernehmenden Gesellschaft ein *Fusionsagio oder -disagio* dar⁵⁹.

Soweit das Fusionsagio aus einbezahltem Grund- oder Stammkapital oder bestehenden Reserven aus Kapitaleinlage der übernommenen Gesellschaft besteht, kann es in der übernehmenden Gesellschaft als Reserve aus Kapitaleinlage ausgewiesen werden (dazu Ziff. 3.3.3 unten)⁶⁰.

Auf Ebene der Muttergesellschaft werden die Beteiligungen an der untergehenden Gesellschaft gegen Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft eingetauscht, wobei der untergehende Buchwert zu jenem der übernehmenden Tochtergesellschaft addiert wird. Dadurch ändert

sich grundsätzlich nichts an den (addierten) Gestehungskosten⁶¹.

Da Schwesterfusionen oftmals im Rahmen von Sanierungen stattfinden, ist zudem auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Weist die übernehmende oder übertragende Gesellschaft eine echte Unterbilanz auf, erlangen die Gesellschafter (Privatpersonen) dieser sanierungsbedürftigen Gesellschaft eine geldwerte Leistung (Anwendung der reinen Dreieckstheorie). Eine solche Fusion lässt sich nämlich nur damit erklären, dass beide Gesellschaften in gleichem Masse von derselben Anteilsinhaberin beherrscht werden. Die Fusion erfolgt zulasten der Reserven und Gewinnvorräte der anderen Gesellschaft, womit sich die latente Ausschüttungssteuerlast auf diesen Reserven und Gewinnen reduziert. Aus steuersystematischen Gründen hat daher eine Besteuerung einzutreten und die modifizierte Dreieckstheorie (Aufschub der Besteuerung) kann demnach keine Anwendung finden⁶².

Auf Ebene der Muttergesellschaft erhöhen sich die Gestehungskosten in der Höhe des Sanierungszuschusses⁶³.

3.3 Verrechnungssteuer

Steuerobjekt der Verrechnungssteuer sind auf dem Ertrag von beweglichem Kapitalvermögen unter anderem Gewinnanteile und sonstige Erträge auf den von einem Inländer ausgegebenen Aktien oder Stammanteilen (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG). Darunter fallen auch die bei einer Fusion den Inhabern der Beteiligungsrechte zukommende Ausgleichszahlungen, Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen und sonstigen Erträge,

⁵¹ KS 5, Ziff. 4.1.5.2.3.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid., Ziff. 4.1.5.2.2.

⁵⁴ Ibid., Ziff. 4.6.2.4; DUSS/ALTORFER, N 48 f. zu Art. 70.

⁵⁵ KS 5, Ziff. 4.1.6.

⁵⁶ HWP B&R, Ziff. IV.7.2.2.3, S. 312.

⁵⁷ KS 29, Ziff. 5.2.4.

⁵⁸ Vgl. FN 54.

⁵⁹ KS 5, Ziff. 4.1.4.2 i. V. m. Ziff. 4.1.2.2.

⁶⁰ KS 29, Ziff. 5.2.2 i. V. m. 5.2.1.

⁶¹ KS 5, Ziff. 4.6.2.4; DUSS/ALTORFER, N 48 zu Art. 70.

⁶² KS 5, Ziff. 4.1.4.3.2.

⁶³ Vgl. KS 27, Ziff. 2.5.1.

sofern sie zulasten der Reserven einer inländischen Kapitalgesellschaft erfolgen⁶⁴.

Von der Verrechnungssteuer ausgenommen sind Reserven und Gewinne einer Kapitalgesellschaft, die bei einer Umstrukturierung nach Art. 61 DBG in die Reserven einer aufnehmen- oder umgewandelten inländischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft übergehen (Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG). Zweck dieses Aufschubtatbestandes ist die Erhaltung des latenten Verrechnungssteuersubstrates⁶⁵. Aus diesem Grund wird grundsätzlich auch verlangt, dass der übernehmende Rechtsträger Inländer i. S. v. Art. 9 VStG ist und über Kapital nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG verfügt, dessen Erträge der Verrechnungssteuer unterliegen. Als letzte Voraussetzung ist zudem die unveränderte Steuerhaftung gefordert, d. h., die mit der Fusion übertragenen Reserven und Gewinne müssen in die Reserven und Gewinne der übernommenen Gesellschaft übergehen⁶⁶.

Weiter ist zu beachten, dass seit dem im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II eingeführten Kapitaleinlageprinzip gem. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, welche direkt von Inhabern der Beteiligungsrechte geleistet wurden und in der Handelsbilanz der empfangenden Gesellschaft verbucht und offen ausgewiesen sind, nicht der Verrechnungssteuer unterliegen⁶⁷. Kapitaleinlagereserven i. S. v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG werden nicht unter die «Reserven und Gewinne» i. S. v. Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG subsumiert, sondern als separate Reservenkategorie betrachtet.

3.3.1 Tochterabsorption

Die gewinnsteuerneutrale Tochterabsorption zeugt im Grundsatz keine Verrechnungssteuerfolgen, sofern die übergehenden Reserven und Gewinne unter den Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG subsumiert werden können. Ein *Fusionsgewinn* qualifiziert als übrige Reserve und nicht als Reserve aus Kapitaleinlage⁶⁸. Das

Kapitaleinlagekonto bei der Tochtergesellschaft geht durch die Fusion unter und kann nicht übernommen werden. Die Verbuchung des aktivierten *Fusionsverlusts* führt aber zu einer Reduktion von potentiell mit Verrechnungssteuer belastetem Substrat. Mit anderen Worten werden offene Reserven in stille Reserven umgewandelt. Soweit es sich nicht um Kapitaleinlagereserven gem. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG handelt, ist auf den untergehenden Reserven die Verrechnungssteuer geschuldet⁶⁹.

Auf diesem (verrechnungssteuerrechtlichen) Fusionsverlust wird in der Praxis regelmässig die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG verneint, was steuersystematisch eigentlich nicht korrekt ist, denn nur – aber immerhin – werden die Reserven der Muttergesellschaft, nicht der untergehenden Tochtergesellschaft durch den Fusionsverlust verringert⁷⁰. Mangels alternativer Deklarationsmöglichkeiten ist der ESTV die Verrechnungssteuerschuld auf diesem Betrag grundsätzlich innert 30 Tagen nach Fusionsvollzug zu melden (Art. 20 VStG, Art. 24 ff. VStV). Die ESTV kann im Konzernverhältnis das sogenannte «interne Meldeverfahren» akzeptieren, sodass keine Verrechnungssteuerformulare einzureichen sind. Sind die Voraussetzungen von Art. 24 VStV, Art. 26a VStV oder für das internationale Meldeverfahren erfüllt, kann der Gesellschaft gestattet werden, die Steuerpflicht durch Meldung der steuerbaren Leistung zu erfüllen. Der untergehende Betrag, welcher nicht dem gewinnsteuerlichen bzw. buchhalterischen Fusionsverlust entspricht, ist wie folgt zu bestimmen: Differenz zwischen dem Buchwert der Beteiligung der Tochtergesellschaft (auf Stufe der Muttergesellschaft) und dem tieferen Grundkapital der Tochtergesellschaft inkl. der untergehenden Kapitaleinlagereserven der absorbierten Tochtergesellschaft.

3.3.2 Mutterabsorption

Unseres Erachtens löst auch die gewinnsteuerneutrale Mutterabsorption keine Verrechnungs-

steuer aus, weil der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG einschlägig ist⁷¹. Zwar wird in der Literatur auch die Meinung vertreten, dass die Absorption einer Muttergesellschaft, die als einziges Aktivum Beteiligungsrechte an einer Tochtergesellschaft hält, letztlich einer letzten Ausschüttung einer Sachdividende an die Anteilshaber gleichkommt, wobei dieser Vorgang bei der Muttergesellschaft die steuerliche Realisation der stillen Reserven auf den Beteiligungen mit einer anschliessenden Ausschüttung der Reserven an die Anteilshaber zur Folge hätte⁷². Dieser Ansatz ist umfassend abzulehnen, da nicht ersichtlich ist, weshalb die Tochterabsorption, die aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise zum gleichen Ergebnis führt wie die Mutterabsorption, grundsätzlich verrechnungssteuerneutral möglich ist, die Mutterabsorption hingegen nicht⁷³. Die ratio legis der Verrechnungssteuer – in erster Linie die Eindämmung der Steuerhinterziehung durch den originär berechtigten inländischen Leistungsempfänger – wird bei einer Mutterabsorption nicht verletzt⁷⁴. Sofern die Fusion allerdings in einer Erhöhung der Summe von Nennwert und Kapitaleinlagereserve der Tochtergesellschaft im Vergleich zur selben Summe auf Stufe der Mutter-

gesellschaft resultiert, erhalten die Gesellschafter im Endergebnis eine Gratisnennwerterhöhung, womit eine der Verrechnungssteuer unterliegende geldwerte Leistung vorliegt⁷⁵.

Zum Thema der Reduktion von potentiell mit Verrechnungssteuer belastetem Substrat infolge Einbuchung eines *Fusionsdisagio* wird im Grundsatz auf die Ausführungen in Ziff. 3.3.1 verwiesen. Bei einer Mutterabsorption gehen Reserven und Gewinne der Muttergesellschaft auf die übernehmende Tochtergesellschaft über, ohne dass deren Aktienkapital erhöht wird. Die Übertragung der mit Verrechnungssteuer behafteten Reserven ist aber nur vollständig, wenn auf Stufe der Muttergesellschaft der Buchwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft den Nennwert des Grundkapitals bzw. die Kapitaleinlagereserven der Muttergesellschaft nicht übersteigt. Andernfalls wird der eingebrachte Aktivenüberschuss insofern reduziert, als dass das eingebrachte Agio tiefer ist als die offenen Reserven der Muttergesellschaft. Diesfalls gehen im Prinzip verrechnungssteuerbehaftete Reserven in stille Reserven über, die jedoch in der Veranlagungspraxis, vorbehaltlich der Nennwerterhöhung, nicht besteuert werden⁷⁶.

⁶⁴ KS 5, Ziff. 4.1.2.4.1.

⁶⁵ KS 5, Ziff. 4.1.2.4.1; Kreisschreiben Nr. 32 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 23. Dezember 2004, Ziff. 3.2 (nachfolgend: «KS 32»); vgl. auch JÜRGEN ALTORFER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 2012, N 10 zu Art. 5 (nachfolgend «ALTORFER»).

⁶⁶ ALTORFER, N 11 zu Art. 5.

⁶⁷ KS 29, Ziff. 1.

⁶⁸ Ibid., Ziff. 5.2.3; ALTORFER, N 25a zu Art. 5.

⁶⁹ ALTORFER, N 11 zu Art. 5; KS 29, Ziff. 5.2.3.

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen ALTORFER, N 23 zu Art. 5.

⁷¹ KS 5, Ziff. 4.1.6.4 i. V. m. Ziff. 4.1.2.4; ALTORFER, N 26 zu Art. 5.

⁷² Übersicht bei ALTORFER, N 16 zu Art. 5.

⁷³ Vgl. MARKUS REICH/MARCO DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 1996, S. 287 f. (nachfolgend «REICH/DUSS»).

⁷⁴ Ausführliche Erläuterungen zum Sicherungszweck der Verrechnungssteuer MÄJA BAUER-BALMELLI/MARKUS REICH, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl. 2012, Vorbemerkungen N 64 ff.

⁷⁵ JÜRGEN ALTORFER/JÜRGEN B. ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip (2. Teil), in: ST 5/2009, S. 309 ff., S. 314 (nachfolgend: «ALTORFER/ALTORFER, ST 5/2009»).

⁷⁶ KS 5, Ziff. 4.1.6.4; ALTORFER, N 28 zu Art. 5; Theoretische Berechnung der untergehenden Reserven: im Umfang der Nennwerterhöhung erbringt die Muttergesellschaft eine geldwerte Leistung an die Beteiligten, und die restliche Reduktion der Reserven gehen in die stillen Reserven der übernehmenden Tochtergesellschaft über.

Ein allfälliges *Fusionsagio* stellt nur in dem Umfang eine ausweisbare Reserve aus Kapitaleinlage dar, soweit es dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital und den bestehenden Reserven aus Kapitaleinlagen der übernommenen Muttergesellschaft entspricht und das bereits bestehende Aktienkapital und die Reserven aus Kapitaleinlagen der Tochtergesellschaft übersteigt⁷⁷. Andernfalls ist das Fusionsagio als freie Reserven einzubuchen. Diese enge Auslegung wird zu Recht von der Lehre kritisiert, denn steuersystematisch und auch wirtschaftlich stellt die Mutterabsorption eine klassische Einlage des Nettoaktivenüberschusses in die Tochtergesellschaft dar, die im gesamten Umfang auch dem Kapitaleinlageprinzip folgen sollte⁷⁸.

3.3.3 Schwesterabsorption

Auch die Schwesterabsorption löst grundsätzlich keine Verrechnungssteuerfolgen aus, soweit Reserven und Gewinne der übertragenden Gesellschaft in die Reserven der übernehmenden Gesellschaft überführt werden (Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG) und das übertragene Verrechnungssteuersubstrat erhalten bleibt⁷⁹. Dasselbe gilt für die Kapitaleinlagereserven (Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG). Demnach ist Verrechnungssteuerneutralität gegeben, wenn die Summe von Kapitaleinlagereserven von übrigen Reserven und Gewinnen der fusionierten Gesellschaft deckungsgleich mit der Summe der Kapitaleinlagekonti und der Grundkapitalkonti der einzelnen Gesellschaften ist⁸⁰. Dies wird insbesondere dann nicht der Fall sein, wenn der Betrag der Kapitalerhöhung der aufnehmenden Gesellschaft das Grundkapital der übernommenen Gesellschaft übersteigt. Die Verrechnungssteuer ist hier geschuldet, weil der Sachverhalt wirtschaftlich einer Ausgabe von Gratisaktien an die Muttergesellschaft gleichkommt⁸¹.

Zum Thema der Reduktion von potentiell mit Verrechnungssteuer belastetem Substrat infolge Einbuchung eines *Fusionsdisagio* wird im Grund-

satz auf die Ausführungen in Ziff. 3.3.1 verwiesen. Der rechnerische Reservenverlust bei der Schwesterfusion entspricht der Erhöhung der Summe von Nennwert und Kapitaleinlagereserven bei der aufnehmenden Gesellschaft im Vergleich zu der Summe der beiden einzelnen Gesellschaften⁸². Dieser Reservenverlust qualifiziert als mit der Verrechnungssteuer behaftete geldwerte Leistung an die Aktionäre bzw. kann nicht unter Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG subsumiert werden.

Wie bei den Gewinnsteuerfolgen (vgl. Ziff. 3.2.3 oben) ist bei einer Schwesterfusion im Rahmen einer Sanierung zu beachten, dass nicht die Direktbegünstigungstheorie, sondern die Dreieckstheorie anwendbar ist, wenn eine der involvierten Gesellschaften eine echte Unterbilanz aufweist⁸³.

Ein allfälliges *Fusionsagio* stellt nur in dem Umfang eine ausweisbare Reserve aus Kapitaleinlage dar, soweit es dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital und den bestehenden Reserven aus Kapitaleinlagen der übernommenen Schwestergesellschaft entspricht und das bereits bestehende Aktienkapital und die Reserven aus Kapitaleinlagen der Schwestergesellschaft übersteigt⁸⁴. Andernfalls ist das Fusionsagio als freie Reserven einzubuchen.

3.4 Emissionsabgabe

Gegenstand der Emissionsabgabe sind unter anderem die entgeltliche oder unentgeltliche Begründung und Erhöhung des Nennwertes von Beteiligungsrechten in Form von Aktien inländischer Aktiengesellschaften (Art. 5 Abs. 1 lit. a StG). Ebenso unterliegen der Emissionsabgabe sämtliche Zuschüsse von Gesellschaftern an die Gesellschaft ohne entsprechende Gegenleistungen, durch welche das Aktienkapital nicht erhöht wird (Art. 5 Abs. 2 lit. a StG).

Das Stempelgesetz sieht jedoch diverse Ausnahmen vor. So sind etwa nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen begründet oder

erhöht werden, von der Emissionsabgabe ausgenommen.

Nicht abgabebefreit, vorbehaltlich Art. 6 Abs. 1 lit. d StG (Ausgabe von Beteiligungsrechten unter Verwendung früherer Aufgelder und Zuschüsse, auf welche nachweislich bereits die Emissionsabgabe entrichtet wurde), sind allerdings Kapitalerhöhungen der übernehmenden Gesellschaft, die das nominelle Kapital der übertragenden Gesellschaft übersteigen, sofern die Merkmale der Abgabenumgehung erfüllt sind. Auch eine zusätzliche Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft oder eine Kapitalerhöhung der übertragenden Gesellschaft im Hinblick auf eine Fusion kann nicht unter den Ausnahmetatbestand Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG subsumiert werden⁸⁵.

3.4.1 Tochterabsorption

Die Muttergesellschaft begründet im Rahmen der Tochterabsorption in der Regel keinen neuen Nennwert, und es fließen ihr auch keine Mittel der Gesellschafter zu. Damit liegt kein Tatbestand vor, der die Emissionsabgabe auslösen könnte. Nimmt die Muttergesellschaft allerdings eine Kapitalerhöhung vor, ist diese nur bis zur Höhe des Kapitals der übertragenden Tochtergesellschaft von der Emissionsabgabe ausgenommen⁸⁶. Ein allfälliger Fusionsgewinn ist nicht Steuerobjekt der Emissionsabgabe⁸⁷.

3.4.2 Mutterabsorption

Der Ausnahmetatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG ist auf die Mutterabsorption anwendbar. Auch

bei der Mutterabsorption ist eine Kapitalerhöhung der Tochtergesellschaft bis zur Höhe des Kapitals der übertragenden Muttergesellschaft von der Emissionsabgabe ausgenommen (Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG). Ein allfälliges *Fusionsagio* ist nicht Steuerobjekt der Emissionsabgabe⁸⁸.

3.4.3 Schwesterabsorption

Für die Schwesterfusion greift ebenso der Ausnahmetatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG, soweit eine allfällige Kapitalerhöhung das Kapital der übertragenden Gesellschaft nicht übersteigt⁸⁹. Ein allfälliges *Fusionsagio* ist nicht Steuerobjekt der Emissionsabgabe⁹⁰.

3.5 Umsatzabgabe

Gegenstand der Umsatzabgabe ist die entgeltliche Übertragung von Eigentum an steuerbaren Urkunden, sofern eine der Vertragsparteien Effektenhändler ist (Art. 13 Abs. 1 StG). Von der Abgabe ausgenommen sind jedoch insbesondere die Ausgabe von Aktien im Rahmen einer Emission (Art. 14 Abs. 1 lit. a StG) sowie die Sacheinlage von steuerbaren Urkunden zur Liberierung von Aktien (Art. 14 Abs. 1 lit. b StG). Von der Umsatzabgabe ausgenommen ist ferner die mit einer Fusion verbundene Übertragung steuerbarer Urkunden (Art. 14 Abs. 1 lit. i StG i. V. m. Art. 61 DBG)⁹¹.

3.5.1 Tochterabsorption

Bei der Tochterabsorption findet weder eine Aktienemission noch eine Sacheinlage statt, daher sind die oben genannten Ausnahmetatbestände

⁷⁷ KS 29, Ziff. 5.2.4.

⁷⁸ Vgl. Übersicht bei ALTORFER, N 28 zu Art. 5.

⁷⁹ ALTORFER, N 20 zu Art. 5; KS 5, Ziff. 4.1.3.4 i. V. m. Ziff. 4.1.2.4.

⁸⁰ KS 29, Ziff. 5.2.1; ALTORFER/ALTORFER, ST 5/2009, S. 314.

⁸¹ REICH/DUSS, S. 275.

⁸² KS 5, Ziff. 4.1.2.3.2; ALTORFER, N 22 zu Art. 5.

⁸³ KS 5, Ziff. 4.1.4.4.2; KS 32, Ziff. 4.3.1.2.

⁸⁴ KS 29, Ziff. 5.2.2 i. V. m. Ziff. 5.2.1.

⁸⁵ KS 5, Ziff. 4.1.2.5.

⁸⁶ Ibid., Ziff. 4.1.5.4.

⁸⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. a StG e contrario.

⁸⁸ Art. 5 Abs. 2 lit. a StG e contrario.

⁸⁹ KS 5, Ziff. 4.1.4.5 i. V. m. Ziff. 4.1.2.5.

⁹⁰ Art. 5 Abs. 2 lit. a StG e contrario.

⁹¹ KS 5, Ziff. 4.1.2.6.

nicht anwendbar. Überträgt die Tochtergesellschaft daher nach Stempelgesetz steuerbare Urkunden auf die Muttergesellschaft, wird grundsätzlich die Umsatzabgabe ausgelöst, wenn die Absorption als entgeltlicher Vorgang i. S. v. Art. 13 Abs. 1 StG erscheint und eine der Gesellschaften als Effektenhändlerin gem. Art. 13 Abs. 3 StG qualifiziert, insbesondere also wenn Mutter- oder Tochtergesellschaft in ihrer Bilanz steuerbare Urkunden im Wert von mehr als CHF 10 Mio. ausweisen (Art. 13 Abs. 3 lit. d StG). In einem älteren Entscheid⁹² hat das Bundesgericht entschieden, die Absorption sei insofern ein entgeltlicher Vorgang, als dass die Muttergesellschaft mit der Übertragung der Passiven der Tochtergesellschaft auch Verpflichtungen gegenüber Dritten übernimmt. Allerdings sieht Art. 14 Abs. 1 lit. i StG i. V. m. Art. 61 DBG vor, dass die mit einer Fusion verbundene Übertragung steuerbarer Urkunden von der Umsatzabgabe ausgenommen ist⁹³. Der zitierte BGE ist demnach überholt.

3.5.2 Mutterabsorption

Auch für die Mutterabsorption ist der Ausnahmetatbestand nach Art. 14 Abs. 1 lit. i StG i. V. m. Art. 61 DBG anwendbar, wonach die mit einer Fusion in Verbindung stehende Übertragung steuerbarer Urkunden von der Umsatzausgabe ausgenommen ist⁹⁴.

3.5.3 Schwesterabsorption

Schliesslich ist auch für die Schwesterabsorption aufgrund des Ausnahmetatbestandes nach Art. 14 Abs. 1 lit. i StG i. V. m. Art. 61 DBG grundsätzlich keine Umsatzabgabe geschuldet⁹⁵.

3.6 Mehrwertsteuer

Die mit der Fusion einhergehende Übertragung von Vermögenswerten unterliegt grundsätzlich der Mehrwertsteuer, sofern die übertragende Person steuerpflichtig ist und die Übertragung steuerbar ist (Art. 18 Abs. 1 MWSTG). Allerdings findet

für die Erfüllung der Steuerpflicht obligatorisch das Meldeverfahren Anwendung, wenn bei einer Umstrukturierung nach Art. 61 DBG die Veräusserung an eine eng verbundene Person erfolgt (Art. 38 Abs. 1 lit. a MWSTG)⁹⁶. Von eng verbundenen Personen ist im Falle der konzerninternen Fusion immer auszugehen (Art. 3 lit. h MWSTG). Erfolgswirksam verbuchter *Fusionsgewinn bzw. -verlust* ist mehrwertsteuerlich nicht relevant (Art. 18 Abs. 1 *e contrario* MWSTG).

4 Exkurs: Kann eine Akquisition mittels Fremdfinanzierung als Steuerumgehung qualifizieren

Im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen, insbesondere auch durch ausländische Käufer, werden regelmässig inländische Akquisitionsvehikel («NewCo») als übernehmende Gesellschaften verwendet. Diverse nicht-steuerliche Gründe können dafür sprechen, dass das Akquisitionsvehikel im Anschluss an den Unternehmenskauf mit der Zielgesellschaft fusioniert wird. So kann etwa, wie von den Banken typischerweise gefordert, nur auf diese Art die Besicherung der Akquisitionsverbindlichkeiten durch die operativen Vermögenswerte realisiert werden⁹⁷.

Für eine effiziente Akquisitionsstrukturierung ist es unerlässlich, dass die Kosten der Finanzierung der Umstrukturierung steuerlich wirksam abgezogen werden können. Im System des schweizerischen Steuerrechts gehören Schuldzinsen denn auch grundsätzlich zu den geschäftsmässig begründeten Aufwendungen, die für die Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung, die Grundlage für die Bestimmung des steuerbaren Reingewinns bildet (Art. 58 f. DBG; Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 StHG), ausgeschieden werden können.

In der Praxis stellt sich bei der Fusion der Zielgesellschaft mit einem Akquisitionsvehikel aber oftmals das Problem, dass der übernehmenden Gesellschaft nach der Fusion der steuerlich

wirksame Abzug der Schuldzinsen, die ihr im Rahmen der Aufnahme von Fremdkapital für die Akquisition entstanden sind, verweigert wird. Dies mit der Begründung, dieser «debt-push-down» der Akquisitionsfinanzierung zum operativen Cashflow stelle eine verpönte Steuerumgehung dar. Die geltend gemachten Zinsen werden dann in der Regel während fünf Jahren oder gar bis zur vollständigen Amortisation des Finanzierungskredits nicht zum Abzug zugelassen⁹⁸.

Nach konstanter Praxis und Rechtsprechung wird für die Annahme einer Steuerumgehung verlangt, dass kumulativ a) die vom Steuerpflichtigen gewählte Rechtsgestaltung sachwidrig oder absonderlich, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint, b) anzunehmen ist, dass der Steuerpflichtige diese Wahl missbräuchlich getroffen hat, lediglich in der Absicht, Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären, und c) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer Steuerersparnis führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde⁹⁹.

Fremdfinanzierte Unternehmenskäufe gehören zur wirtschaftlichen Realität, sind somit angesichts der wirtschaftlichen Gegebenheiten angemessen und keine aus steuerlichen Überlegungen getriebene unternehmerische Entscheidung. Primär sprechen oftmals Gründe der Isolierung der Haftung bzw. die direkte Besicherung der

Akquisitionsverbindlichkeiten für eine solche Sachverhaltsgestaltung¹⁰⁰. Angesichts der fehlenden gesetzlichen Grundlage und unter Verneinung eines Anwendungsfalls der sehr allgemein gehaltenen Steuerumgehungs doktrin kann die Abzugsfähigkeit der Akquisitionsschuldzinsen im Nachgang an eine Fusion nicht weiter generell-pauschal verneint werden. Das Bundesgericht hat sich unseres Wissens bisher noch nie zur Frage der Steuerumgehung in einem Szenario wie oben beschrieben geäußert. Es scheint jedoch, dass das höchste Gericht zunehmend Zurückhaltung bei der Annahme einer Steuerumgehung anwendet. So hat es in einem jüngeren Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass eine Steuerumgehung nur in ganz ausserordentlichen Situationen in Frage komme. Der Sachverhalt müsse völlig unangemessen sein, denn eine Steuerumgehung könne deshalb lediglich dann vorliegen, wenn eine Sachverhaltsgestaltung vorliege, die – wenn man von den steuerlichen Aspekten absehe – jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liege. Die Annahme einer Steuerumgehung bleibe aber ausgeschlossen, wenn andere als blosse Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine wesentliche Rolle spielen¹⁰¹. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht möglichst bald mit einem solchen Fall konfrontiert wird und der rigiden Praxis mancher kantonalen Steuerverwaltungen so ein Riegel geschoben wird.

⁹² BGE 108 Ib 450 E. 5.

⁹³ KS 5, Ziff. 4.1.5.5 i. V. m. Ziff. 4.1.2.6.

⁹⁴ Ibid., Ziff. 4.1.6.6 i. V. m. Ziff. 4.1.2.6.

⁹⁵ Ibid., Ziff. 4.1.4.6 i. V. m. Ziff. 4.1.2.6.

⁹⁶ Ausführliche Erläuterungen in MWST-Info 11 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Januar 2010.

⁹⁷ ALBERTO LISSI/GERNOT ZITTER, Ausgewählte steuerliche Aspekte der Fremdfinanzierung von Akquisitionen, in: ASA 81, 3/2012, S. 123 ff., S. 141.

⁹⁸ Vgl. DANIEL U. LEHMANN, Steuerliche Behandlung fremdfinanzierter Unternehmenskäufe, in: Unternehmen – Transaktion – Recht, 2008, S. 302 ff.; vgl. auch MADELEINE SIMONEK/OLIVER TRIEBOLD, Akquisitionsstrukturierung bei «Leveraged Buy-outs (LBO)», in: GesKR 2013, S. 357 ff., S. 362 (nachfolgend: «SIMONEK/TRIEBOLD»).

⁹⁹ BGE 107 Ib 315 E. 4.

¹⁰⁰ Vgl. SIMONEK/TRIEBOLD, S. 364 m. w. H.

¹⁰¹ BGE 138 II 239 E. 4.1.

5 Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Fusionen innerhalb des Konzerns regelmässig komplexe steuerliche Folgen auf Bundes- wie auch auf kantonaler/kommunaler Ebene nach sich ziehen, die einer sorgfältigen und umfassenden Analyse bedürfen. Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips müssen bereits bei der handelsrechtlichen Verbuchung eines allfälligen

Fusionsgewinns oder -verlusts die steuerlichen Implikationen richtig abgebildet werden. Da die Würdigung des Sachverhaltes durch die Steuerverwaltung im nachgelagerten Veranlagungsprozess oftmals nicht einfach abzuschätzen ist, empfiehlt es sich sehr, diese vor der zivilrechtlichen Umsetzung der Fusion in Form von steuerlichen Vorabbescheiden (Tax Ruling) bestätigen zu lassen.