



zsis)



Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften

QUICK READ Handelsrechtlich gilt eine Gesellschaft als sanierungsbedürftig, wenn ihre Bilanz einen hälftigen Kapitalverlust i.S.v. Art. 725a des Obligationenrechts (OR) oder eine Überschuldung i.S.v. Art. 725b OR ausweist. Steuerrechtlich liegt hingegen die Sanierungsbedürftigkeit vor, wenn Verluste bestehen und die Gesellschaft über keine offenen und/oder stillen Reserven verfügt, welche die ausgewiesenen Verluste abdecken (echte Unterbilanz).

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss eine gewisse wirtschaftliche Kontinuität im Rahmen einer Sanierungsfusion gegeben sein, damit die Übernahme von Verlustvorträgen steuerlich anerkannt werden kann. Dafür wird verlangt, dass dynamisch betrachtet betriebswirtschaftliche Gründe für die Fusion vorhanden sind. Es ist hingegen nicht entscheidend, ob im Zeitpunkt der Fusion bei der sanierungsbedürftigen Gesellschaft ein funktionierender Geschäftsbetrieb noch vorhanden ist und ob dieser nach der Fusion auch weitergeführt wird. Die Übernahme der Vorjahresverluste ist überdies ausgeschlossen, wenn eine Steuerumgehung vorliegt.

Einkommenssteuerfolgen treten für Anteilshaber auf, wenn sie ihre Beteiligungen an den fusionierten Gesellschaften im Privatvermögen halten und im Rahmen der Sanierungsfusion übrige Reserven untergehen (Anwendung der reinen Dreieckstheorie). Hingegen führt eine Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften grundsätzlich zu keinen Einkommens- bzw. Gewinnsteuerfolgen für den Anteilshaber, der die Beteiligungsrechte im Geschäftsvermögen hält. Dies gilt jedoch nur, wenn sich die Summe der Einkommens- bzw. Gewinnsteuerwerte der Beteiligungen nicht ändert (Anwendung des Buchwertprinzips und der modifizierten Dreieckstheorie).

Führt eine Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften zum Untergang von übrigen Reserven, liegt zudem eine der Verrechnungssteuer unterworfenen geldwerten Leistung vor. Da die Sanierung Sache der Gesellschafter der sanierungsbedürftigen Gesellschaft ist, gilt der Anteilshaber als Leistungsempfänger und die Verrechnungssteuer ist auf diese Person zu überwälzen (Anwendung der modifizierten Direktbegünstigungstheorie).



Lisa AIROLDI

M.A. HSG, Dipl. Steuerexpertin
Inhaberin | LCA Tax Consulting SA
lisa.airoldi@lca-tax.ch



QUICK READ	30	1. Handelsrecht
HAUPTTEIL	31	
1. Handelsrecht	31	Handelsrechtlich wird die Zulässigkeit einer Fusion, an der eine sanierungsbedürftige Gesellschaft beteiligt ist, im Art.6 des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) geregelt.
2. Steuerrecht	32	
3. Schluss	39	Sanierungsbedürftig ist eine Gesellschaft beim Vorliegen eines hälftigen Kapitalverlustes oder einer Überschuldung. ⁰¹ Die Bilanz einer Kapitalgesellschaft weist einen hälftigen Kapitalverlust aus, wenn die Aktiven abzüglich der Verbindlichkeiten (Nettoaktiven) die Hälfte der Summe aus Aktien- (inkl. Partizipations-) oder Stammkapital und nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve sowie gesetzlicher Gewinnreserve ⁰² nicht mehr decken (Art.725a OR). Eine Überschuldung liegt dann vor, wenn die Aktiven die Verbindlichkeiten sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten nicht mehr decken (Art.725b OR). Unabhängig davon, ob der hälftige Kapitalverlust bzw. die Überschuldung bei der übernehmenden oder bei der übertragenden Gesellschaft besteht, kommt Art.6 FusG zur Anwendung. Die drohende Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft i.S.v. Art.725 OR fällt hingegen nicht in den Anwendungsbereich des Art.6 FusG. ⁰³
		Art.6 FusG bezweckt primär, die berechtigten Interessen der Gläubiger der an der Sanierungsfusion beteiligten Gesellschaften zu schützen. ⁰⁴ Damit eine Sanierungsfusion zulässig ist, wird somit vorausgesetzt, dass der Umfang der Unterdeckung und der Überschuldung der sanierungsbedürftigen Gesellschaft

⁰¹ Erni Stephan, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Tschäni Rudolf/Daeniker Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz (FusG), 2. Aufl., Basel 2015, Art. 6 N 14 FusG (zit. Autor, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Komm. FusG 2015).

⁰² Art.671 OR, Art.672 OR, Art.659b OR und Art.725c OR.

⁰³ Triebold Oliver, in: Amstutz Marc/Atamer Yesim M. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 8 Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 6 N 6 FusG. (zit. Autor, in: Amstutz/Atamer, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 2023).

⁰⁴ Erni Stephan, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Komm. FusG 2015, Art. 6 N 30 f.; von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./von der Crone Brigitte/Ingber Karin, Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2017, § 6 N 1049 f.



durch frei verwendbares Eigenkapital der anderen an der Fusion beteiligten Gesellschaft gedeckt sein muss. Als frei verwendbares Eigenkapital gelten jene Eigenmittel, welche das Aktien- (inkl. Partizipations-) oder Stammkapital zuzüglich nicht an die Aktionäre zurückzahlbarer gesetzlicher Kapitalreserve sowie gesetzlicher Gewinnreserve überschreiten.⁰⁵

- 4 Die Voraussetzung des frei verwendbaren Eigenkapitals entfällt, soweit Gläubiger der an der Sanierungsfusion beteiligten Gesellschaften Rangrücktritte im Umfang des Kapitalverlustes sowie der Überschuldung erklären.⁰⁶ Die Rangrücktrittserklärungen erfolgen unwiderruflich und bedingungslos gegenüber allen anderen Gläubigern der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaften.⁰⁷
- 5 Das Erfüllen der Voraussetzung betreffend das frei verwendbare Eigenkapital und das Vorliegen genügender Rangrücktritte ist von zugelassenen Revisonsexperten zu prüfen und zu bestätigen.⁰⁸

2. Steuerrecht

2.1 Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsfusion

- 6 Der Begriff der Sanierungsbedürftigkeit im Steuerrecht ist nicht identisch mit dem Begriff der Sanierungsbedürftigkeit im Handelsrecht.
- 7 Steuerrechtlich gilt eine Gesellschaft als sanierungsbedürftig, wenn eine echte Unterbilanz vorliegt. Dies ist der Fall, wenn Verluste bestehen und die Gesellschaft über keine offenen und/oder stillen Reserven verfügt, welche die ausgewiesenen Verluste abdecken.⁰⁹ Hingegen spricht man im Handelsrecht von einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft bereits bei einem unechten hälftigen Kapitalverlust. Diese Divergenz ergibt sich daraus, dass im Handelsrecht der Gläubigerschutz im Vordergrund steht, während im Steuerrecht der Untergang des latenten Einkommens- und Verrechnungssteuersubstrats vermieden werden soll. Die unterschiedlichen Konzepte der Sanierungsbedürftigkeit im Handels- und Steuerrecht können allenfalls dazu führen, dass eine Fusion nur aus handels-

rechtlicher oder nur aus steuerrechtlicher Perspektive als Sanierungsfusion qualifizieren würde.¹⁰

Eine Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften liegt im Steuerrecht daher nur dann vor, wenn eine Gesellschaft mit echter Unterbilanz mit einer anderen Gesellschaft fusioniert, welche über Reserven verfügt, und die Reserven der finanziell gesunden Gesellschaft zur Deckung der echten Unterbilanz verwendet werden, wobei die an der Fusion beteiligten Gesellschaften von demselben Anteilhaber beherrscht werden.¹¹

2.2 Direkte Steuern

2.2.1 Auf Ebene der fusionierten Gesellschaften – Gewinnsteuer

Gemäss Art.61 Abs.1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) bzw. Art.24 Abs.3 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) können bei einer Fusion die unversteuerten stillen Reserven grundsätzlich ohne Gewinnsteuerfolgen auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden.¹²

Wenn allerdings eine bilanziell gesunde Gesellschaft durch eine sanierungsbedürftige Gesellschaft absor-

⁰⁵ Triebold Oliver, in: Amstutz/Atamer, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 2023, Art. 6 N 10 FusG; vgl. dazu auch Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022, § 4 N 34.

⁰⁶ Art. 6 Abs. 1bis FusG.

⁰⁷ von der Crone Hans Caspar/Gersbach Andreas/Kessler Franz J./von der Crone Brigitte/Ingber Karin, Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2017, § 6 N 1051; Triebold Oliver, in: Amstutz/Atamer, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 2023, Art. 6 N 11 FusG.

⁰⁸ Art. 6 Abs. 2 FusG.

⁰⁹ Kreisschreiben Nr. 32 der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) vom 23. Dezember 2010 betreffend Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 2 (zit. KS 32 ESTV, Sanierung).

¹⁰ Schalcher Felix, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Universität St. Gallen Nr. 3528, Bern/Stuttgart/Wien, 2008, Nr. 593-594. (zit. Schalcher, 2008).

¹¹ Schalcher, 2008, Nr. 596, 604.

¹² Kreisschreiben Nr. 5a der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) vom 1. Februar 2022 betreffend Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.2.2.1 (zit. KS 5a ESTV, Umstrukturierungen).



biert wird und deren offene Reserven zur Beseitigung der Verluste der übernehmenden Gesellschaft nicht ausreichen, ist Vorsicht geboten. Denn die Gefahr besteht, dass die stillen Reserven der bilanziell gesunden Gesellschaft in dem Umfang als realisiert gelten, in welchem deren offene Reserven nicht zur Beseitigung der Verluste der absorbierenden Gesellschaft ausreichen. Als Folge davon, würde der Verlustvortrag i.S.v. Art. 67 DBG bei der übernehmenden Gesellschaft nicht nur im Umfang der offenen Reserven der absorbierten Gesellschaft untergehen, sondern auch im Umfang ihrer stillen Reserven. Dies jedoch nur, sofern und soweit die sanierungsbedürftige Gesellschaft ihren Verlustvortrag nicht mit eigenen stillen Reserven kompensieren kann, da in diesem Fall keine latente Steuerlast der übernommenen gesunden Gesellschaft untergeht. Die Realisierung der stillen Reserven der übernommenen Gesellschaft wäre somit auf die echte Unterbilanz der absorbierenden Gesellschaft zu beschränken. Im Falle einer solchen Realisation von stillen Reserven, kann die übernehmende Gesellschaft eine entsprechende versteuerte stille Reserve geltend machen.¹³ Obwohl im Kreisschreiben Nr.5a der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) vom 1. Februar 2022 betreffend Umstrukturierungen über die Realisation der stillen Reserven bei der übernommenen bilanziell gesunden Gesellschaft im Rahmen einer Sanierungsfusion nichts gesagt wird, sind entsprechende Ausführungen im erwähnten Kreisschreiben im Zusammenhang mit der Spaltung¹⁴ sowie der Vermögensübertragung im Konzern¹⁵ enthalten. Es ist daher davon auszugehen, dass dies für die Steuerbehörden auch mit Bezug auf die Fusion gilt. Dieses Vorgehen wird in der Literatur kritisiert und abgelehnt.¹⁶

- 11 Grundsätzlich kann zudem bei einer Fusion die übernehmende Gesellschaft die noch nicht verrechneten Verluste der absorbierten Gesellschaft nach Art.67 Abs.1 DBG bzw. Art.25 Abs.2 StHG steuerwirksam geltend machen.¹⁷
- 12 Gemäss Bundesgericht seien jedoch bei der Übernahme von Verlustvorträgen im Rahmen einer Unternehmensumstrukturierung Grenzen zu setzen.¹⁸ Denn

Verlustvorträge seien mit dem Unternehmen verknüpft und eine gewisse wirtschaftliche Kontinuität für die Übernahme von diesen Verlustvorträgen bei einer Sanierungsfusion müsse daher verlangt werden. Da sich aber nach dem Fusionsgesetz¹⁹ auch eine Gesellschaft in Liquidation als übertragende Gesellschaft an einer Fusion beteiligen kann, dürfe die steuerneutrale Übertragung der stillen Reserven und die Verlustverrechnung einer Gesellschaft nicht bereits deshalb verweigert werden, weil betriebliches oder Anlagevermögen verwertet worden sei. Gemäss Bundesgericht müssen qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sein, um die steuerneutrale Übertragung stiller Reserven bzw. die gesetzlich vorgesehene Verlustverrechnung ausnahmsweise nicht zuzulassen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn keine sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründe für die Umstrukturierung vorliegen, wobei die blossе Schaffung von Verlustverrechnungspotential nicht als solcher Grund zu qualifizieren sei.

Mit Entscheid vom 4. Januar 2012²⁰ hielt das Bundesgericht fest, dass zur Beurteilung, ob sachliche bzw. betriebswirtschaftliche Gründe für die Umstrukturierung gegeben sind, eine dynamische auf die Weiter-

¹³ Reich Markus/Taddei Pascal/Oesterhelt Stefan, in: Zweifel Martin/Beusch Michael (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 4. Aufl., Basel 2022, Art. 61 N 80 ff. (zit. Autor, in: Zweifel/Beusch, Komm. DBG).

¹⁴ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.3.2.15.

¹⁵ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.5.2.13.

¹⁶ Vgl. dazu Schalcher, 2008, Nr. 610 ff.; Linder Thomas/Schalcher Felix, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Der Schweizer Treuhänder 1-2 2014, S. 125 f.; Reich Markus/Taddei Pascal/Oesterhelt Stefan, in: Zweifel/Beusch, Komm. DBG, Art. 61 N 83; Oesterhelt Stefan/Taddei Pascal, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Riedweg Peter/Oesterhelt Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, § 3 Nr. 146 ff. (zit. Autor, in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt, Komm. Umstrukturierungen).

¹⁷ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.2.2.4; KS 32 ESTV, Sanierung, Ziff. 4.3.1.1.

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4.1.2012, E. 3-3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_85/2012 vom 6.9.2012, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_701/2012 vom 24.11.2012, E. 2.2.

¹⁹ Art. 5 Abs. 1 FusG.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4.1.2012, E. 4.2.



führung der wirtschaftlichen Existenz der annektierten Gesellschaft gerichtete Analyse massegebend sei. Hingegen sei eine statische auf die Fortführung des Betriebes gerichtete Betrachtungsweise nicht angebracht. Entscheidend sei somit nicht in erster Linie die Unternehmensbilanz oder der Stand der Liquidation im Zeitpunkt der Fusion oder ob im Zeitpunkt der Fusion bei der annektierten Gesellschaft ein funktionierender Geschäftsbetrieb noch vorhanden sei, sondern ob für die Fusion betriebswirtschaftliche Gründe vorliegen.

- 14 Im erwähnten Urteil vom 4. Januar 2012 ging es um eine Fusion zwischen zwei Konzerngesellschaften. Die übertragende Gesellschaft hatte ihre Produktion eingestellt und die Betriebsliegenschaft verkauft. Ihre Produktionsanlagen waren bereits vor der Fusion abgebaut und das bilanzierte betriebliche Anlagevermögen liquidiert bzw. veräussert worden. Bei der Gesellschaft verblieben nicht aktivierbare immaterielle Werte wie abgelaufene Patente, Know-how und Kundenkartei. Im Fusionszeitpunkt wies die übertragende Gesellschaft einen bedeutenden Verlustvortrag aus. Für die Zulassung der Verlustübertragung spielten eine entscheidende Rolle das Schicksal der nicht aktivierbaren immateriellen Werte der übernommenen Gesellschaft sowie der betriebswirtschaftliche Vorteil aus der Fusion für die übernehmende Gesellschaft (Verbesserung der Ertragslage, Bündelung der Kräfte). Dass dabei auch steuerplanerische Aspekte eine Rolle gespielt haben, sei gemäss Bundesgericht legitim und lasse die Umstrukturierung nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen.²¹

- 15 Eine Übernahme der Vorjahresverluste ist überdies ausgeschlossen, wenn eine Steuerumgehung vorliegt. Das Bundesgericht führte jedoch aus, dass sich die Frage einer allfälligen Steuerumgehung erst stelle, wenn durch richtige Auslegung und Anwendung der Norm einer missbräuchlichen Rechtsgestaltung oder einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Rechten nicht beizukommen sei. Erst danach greife allenfalls das Instrument der Steuerumgehung.²²

2.2.2 Auf Ebene der Anteilhaber

16 Im Rahmen einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften können Steuerfolgen für die Anteilhaber der betroffenen Gesellschaften entstehen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Anteile im Privatvermögen natürlicher Personen oder im Geschäftsvermögen natürlicher bzw. juristischer Personen gehalten werden.

2.2.2.1 Anteile im Privatvermögen (natürliche Personen)

17 Übernimmt eine Gesellschaft mit echter Unterbilanz durch Absorption die Aktiven und Passiven einer von den gleichen Anteilhabern (Privatpersonen) beherrschten Gesellschaft mit Reserven und Gewinnvortrag, erlangen die Anteilhaber durch diese Sanierung einen nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 7 Abs. 1 StHG der Einkommenssteuer unterliegenden geldwerten Vorteil, wenn und soweit durch die Fusion übrige Reserven untergehen (Anwendung der reinen Dreieckstheorie). Die Teilbesteuerung nach Art. 20 Abs. 1 bis DBG bzw. Art. 7 Abs. 1 StHG kommt zur Anwendung, sofern die jeweiligen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

18 Gleiches gilt auch im umgekehrten Fall. Die Sanierungsfusion führt zu einer Reduktion des latenten Einkommenssteuersubstrats auf übrige Reserven und, aufgrund der Anwendung der reinen Dreieckstheorie, zu einem für die Anteilhaber steuerbaren geldwerten Vorteil, unabhängig davon, ob die sanierungsbedürftige Gesellschaft die übernehmende oder die übernommene Gesellschaft ist.²³

19 Aus einer etwaigen Reduktion der Reserven aus Kapitaleinlagen infolge einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften entstehen keine Einkommenssteuerfolgen für die Anteilhaber.²⁴

²¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4.1.2012, E. 4.2-4.4.

²² Urteil des Bundesgerichts 2C_351/2011 vom 4.1.2012, E. 3.4.

²³ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.4.3.2; KS 32 ESTV, Sanierung, Ziff. 4.3.1.2.b); mehr dazu Oesterhelt Stefan/Taddei Pascal, in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt, Komm. Umstrukturierungen, § 3 Nr. 149 ff.

²⁴ Kreisschreiben Nr. 29c der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) vom 23. Dezember 2022 betreffend Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 6.2.2.a) (zit. KS 29c ESTV, Kapitaleinlageprinzip).



2.2.2.2 Anteile im Geschäftsvermögen (natürliche und juristische Personen)

- 20** Wenn die Anteile der an der Sanierungsfusion beteiligten Schwestergesellschaften im Geschäftsvermögen einer natürlichen oder juristischen Person gehalten werden, kommen das Buchwertprinzip und die modifizierte Dreieckstheorie zur Anwendung. Sofern sich die Summe der Einkommens- bzw. Gewinnsteuerwerte der Beteiligungen nicht ändert, führt die Sanierungsfusion zu keinen Einkommens- bzw. Gewinnsteuerfolgen für die Anteilsinhaber.²⁵

2.3 Verrechnungssteuer

- 21** Damit der Ausnahmetatbestand von Art.5 Abs.1 lit. a des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG) bei einer Umstrukturierung nach Art.61 DBG angewendet werden kann, muss im Rahmen einer Fusion das Verrechnungssteuersubstrat erhalten bleiben.²⁶ Übernimmt jedoch eine Gesellschaft mit echter Unterbilanz eine über Reserven verfügende Gesellschaft oder umgekehrt, erlangen die Anteilsinhaber im Umfang der untergehenden übrigen Reserven eine der Verrechnungssteuer unterworfenen geldwerte Leistung i.S.v. Art. 4 Abs.1 lit. b VStG.²⁷
- 22** Bei der Verrechnungssteuer gilt grundsätzlich die Direktbegünstigungstheorie.²⁸ Da die Sanierung einer notleidenden Gesellschaft Sache des Gesellschafters der sanierungsbedürftigen Gesellschaft ist, ist die leistungsbegünstigte Person der Anteilsinhaber der sanierungsbedürftigen Gesellschaft. Die Verrechnungssteuer ist somit auf die Inhaber der Beteiligungsrechte der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zu überwälzen und eine allfällige Rückerstattungsberechtigung auf Ebene dieser Gesellschafter zu prüfen. Gemäss dem Kreisschreiben Nr.32 der ESTV vom 23. Dezember 2010 betreffend Sanierungen (Ziff.4.3.2.b) sowie den alten Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV vom 1. Juni 2004 betreffend Umstrukturierungen (Ziff.4.1.4.4.2) und Kreisschreiben Nr. 29b der ESTV vom 23. Dezember 2019 betreffend das Kapitaleinlageprinzip (Ziff.6.2.2.b) gelte bei einer Sanierungsfusion die Dreieckstheorie (vgl. dazu auch MB ESTV, Leistungsempfänger Verrechnungssteuer, Ziff. II.1.b). In den neu-

eren Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV vom 1. Februar 2022 betreffend Umstrukturierungen (Ziff.4.1.4.4.2) sowie Kreisschreiben Nr.29c der ESTV vom 23. Dezember 2022 betreffend das Kapitaleinlageprinzip (Ziff.6.2.2.b) wurde den Hinweis auf die Anwendung der Dreieckstheorie im Rahmen einer Sanierungsfusion gestrichen. Inzwischen wird auch von der modifizierten Direktbegünstigungstheorie gesprochen.²⁹

Sofern die Voraussetzungen von Art.24 der Verordnung über die Verrechnungssteuer (VStV), von Art.26a VStV oder des internationalen Meldeverfahrens erfüllt sind, kann die Steuerpflicht durch Meldung der steuerbaren Leistung erfüllt werden.³⁰

Sollte infolge einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften ein Untergang von Reserven aus Kapitaleinlagen resultieren, würden keine Verrechnungssteuerfolgen entstehen (Art.5 Abs.1bis VStG).³¹

Bei einer Sanierungsfusion mit Untergang von übrigen Reserven hängt die Höhe der geldwerten Leistung davon ab, ob die sanierungsbedürftige Gesellschaft ihre bilanziell gesunde Schwester absorbiert oder umgekehrt.

Wird eine sanierungsbedürftige Gesellschaft von ihrer bilanziell gesunden Schwestergesellschaft übernommen, werden Reserven im Umfang der Überschuldung

²⁵ KS 32 ESTV, Sanierung, Ziff. 4.31.2.b); Schalcher, 2008, Nr. 616; Oesterhelt Stefan/Taddei Pascal, in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt, Komm. Umstrukturierungen, § 3 Nr. 154.

²⁶ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 2.3; 4.1.2.4.1.

²⁷ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.4.4.2.

²⁸ Merkblatt S-02.141 der ESTV vom Februar 2001 betreffend die Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer, Ziff. I) (zit. MB ESTV, Leistungsempfänger Verrechnungssteuer).

²⁹ Oesterhelt Stefan/Schreiber Susanne, Das neue Kreisschreiben betreffend Umstrukturierungen, IFF Forum für Steuerrecht, 2022/1, Ziff. 4.9; Taddei Pascal/Oesterhelt Stefan, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Bauer-Balmelli Maja (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 3. Aufl., Basel 2024, Art. 5 N 36 (zit. Autor, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Komm. VStG).

³⁰ KS 32 ESTV, Sanierung, Ziff. 4.31.2.b).

³¹ KS 29c ESTV, Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 6.2.2.b).



der sanierungsbedürftigen Gesellschaft vernichtet. Der Betrag der geldwerten Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG entspricht somit der Unterbilanz abzüglich des Aktienkapitals der sanierungsbedürftigen Gesellschaft. Die Bildung von Reserven aus Kapitaleinlagen ist ausgeschlossen, da es kein Fusionsagio gibt.³²

- 27 Wird eine bilanziell gesunde Gesellschaft von ihrer sanierungsbedürftigen Schwestergesellschaft übernommen, werden Reserven im Umfang des verrechneten Verlustes (Unterbilanz) der sanierungsbedürftigen Gesellschaft vernichtet und in diesem Umfang erhalten die Anteilhaber der sanierungsbedürftigen Gesellschaft eine geldwerte Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG.³³ Das aus dieser Sanierungsfusion resultierende Fusionsagio stellt nur in dem Umfang Reserven aus Kapitaleinlagen dar, als es aus einbezahltem Aktien- oder Stammkapital oder bestehenden Reserven aus Kapitaleinlagen der übernommenen Gesellschaft stammt.³⁴

2.4 Emissionsabgabe

- 28 Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen begründet oder erhöht werden, sind von der Emissionsabgabe ausgenommen (Art. 6 Abs. 1 Bst. abis des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben, StG).³⁵

- 29 Sollte jedoch im Rahmen einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften eine Kapitalerhöhung erfolgen, ist diese von der Emissionsabgabe ausgenommen, sofern das nominelle Kapital der übernehmenden Gesellschaft nicht um mehr als das nominelle Kapital der übernommenen Gesellschaft erhöht wird.³⁶

2.5 Umsatzabgabe

- 30 Die im Rahmen einer Fusion erfolgte Übertragung steuerbarer Urkunden ist von der Umsatzabgabe ausgenommen (Art. 14 Abs. 1 Bst. i StG i.V.m. Art. 61 DBG).³⁷

2.6 Beispiel

2.6.1 Ausgangslage

Die A AG ist eine bilanziell gesunde Gesellschaft, welche vom gleichen Anteilhaber der B AG gehalten wird. Die beiden Gesellschaften sind im gleichen Wirtschaftsbereich tätig, üben jedoch komplementäre Funktionen aus.

Die B AG hat in den vergangenen Jahren bedeutende Verluste erwirtschaftet. Nach dieser schwierigen Phase erzielt sie nun wieder Gewinne. Sie verfügt über keine offenen und/oder stillen Reserven, welche ihre Verluste beseitigen könnten.

Um eine optimierte Nutzung der betrieblichen Funktionen und somit eine Verbesserung der Ertragslage der Gruppe sowie gleichzeitig die B AG bilanzmassig zu sanieren, überlegt sich der gemeinsame Aktionär die A AG und die B AG zu fusionieren.

Die Bilanzen der beiden Gesellschaften präsentieren sich vor der Fusion wie folgt:

A AG			
Aktiven		Passiven	
Aktiven	7'000'000	Fremdkapital	2'000'000
		Aktienkapital	1'000'000
		Kapitaleinlagereserven	1'500'000
		Übrige Reserven	2'500'000
Total Aktiven	7'000'000	Total Passiven	7'000'000

B AG			
Aktiven		Passiven	
Aktiven	3'000'000	Fremdkapital	4'500'000
		Aktienkapital	1'000'000
		Bilanzverlust	-2'500'000
Total Aktiven	3'000'000	Total Passiven	3'000'000

³² Taddei Pascal/Oesterhelt Stefan, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Komm. VStG, Art. 5 N. 41.

³³ Taddei Pascal/Oesterhelt Stefan, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli, Komm. VStG, Art. 5 N. 40.

³⁴ KS 29c ESTV, Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 6.2.1.a).

³⁵ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.2.5.

³⁶ Oesterhelt Stefan/Taddei Pascal, in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt, Komm. Umstrukturierungen, § 3 Nr. 162 f.

³⁷ KS 5a ESTV, Umstrukturierungen, Ziff. 4.1.2.6.



37 Nachfolgend werden die Steuerfolgen der Übernahme der B AG durch die gesunde A AG und umgekehrt erläutert.

2.6.2 Bilanziell gesunde Gesellschaft (A AG) übernimmt sanierungsbedürftige Schwestergesellschaft (B AG)

38 Im Rahmen der Umstrukturierung soll die bilanziell gesunde Gesellschaft (A AG) ihre sanierungsbedürftige Schwestergesellschaft (B AG) absorbieren. Die Eröffnungsbilanz der A AG nach der Fusion präsentiert sich wie folgt:

39

Eröffnungsbilanz A AG nach Fusion			
Aktiven		Passiven	
Aktiven	10'000'000	Fremdkapital	6'500'000
		Aktienkapital	1'000'000
		Kapitaleinlagereserven	1'500'000
		Übrige Reserven	1'000'000
Total Aktiven	10'000'000	Total Passiven	10'000'000

40 Im vorliegenden Fall liegt eine steuerlich anerkannte Sanierungsfusion vor, da die Reserven der bilanziell gesunden A AG zur Deckung der echten Unterbilanz der B AG verwendet werden.

2.6.2.1 Gewinnsteuer auf Ebene der fusionierten Gesellschaften

41 Die Übertragung allfälliger unverteuerter stiller Reserven auf die übernehmende A AG ist grundsätzlich ohne Gewinnsteuerfolgen möglich, da die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden (Art.61 Abs.1 DBG bzw. Art.24 Abs.3 StHG).

42 Sofern dynamisch betrachtet betriebswirtschaftliche Gründe für eine Fusion gegeben sind³⁸ und keine Steuerumgehung vorliegt, kann die übernehmende A AG die noch nicht verrechneten und steuerlich anerkannten Verluste der absorbierten B AG in Höhe von CHF 2.5 Millionen nach Art.67 Abs.1 DBG bzw. Art.25 Abs.2 StHG steuerwirksam geltend machen.

2.6.2.2 Einkommenssteuer auf Ebene der Anteilshaber (Privatvermögen)

43 Durch die Absorption der sanierungsbedürftigen B AG durch die über Reserven verfügende Schwestergesellschaft A AG gehen bei der A AG im Umfang der Überschuldung von CHF 1.5 Millionen übrige Reserven unter.

44 Aufgrund der Anwendung der reinen Dreieckstheorie erlangen die Anteilshaber (Privatvermögen) durch diese Sanierungsfusion einen der Einkommenssteuer unterliegenden geldwerten Vorteil in Höhe der untergegangenen übrigen Reserven (Art.20 Abs.1 lit.c DBG bzw. Art.7 Abs.1 StHG). Die Teilbesteuerung nach Art.20 Abs.1bis DBG bzw. Art.7 Abs.1 StHG ist anwendbar, sofern die jeweiligen Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

45 Hätte hingegen die A AG das Fusionsdisagio ausschliesslich zu Lasten der Kapitaleinlagereserven ausgebucht, wären keine Einkommenssteuerfolgen für die Anteilshaber entstanden.³⁹

2.6.2.3 Einkommens- bzw. Gewinnsteuer auf Ebene der Anteilshaber (Geschäftsvermögen)

46 Mit der Anwendung des Buchwertprinzips und der modifizierten Dreieckstheorie führt die Sanierungsfusion zu keinen Einkommens- bzw. Gewinnsteuerfolgen für die Anteilshaber, sofern sich die Summe der Einkommens- bzw. Gewinnsteuerwerte der Beteiligungen nicht ändert.

³⁸ Vgl. dazu Kapitel 2.2.1.

³⁹ Aufgrund des neuen am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Art. 674 OR müssen jedoch Verluste in der Reihenfolge mit Gewinnvortrag, freiwilligen Gewinnreserven, gesetzlichen Gewinnreserven und – zuletzt – gesetzlichen Kapitalreserven verrechnet werden. Der vom KS 29c ESTV, Kapitaleinlageprinzip, verwendete Begriff «freie Kapitalreserven» ist im OR nicht zu finden. Das OR spricht nur von «gesetzlichen Kapitalreserven» und die durch den Inhaber von Beteiligungsrechten geleisteten Einlagen und Zuschüsse gehören auch dazu (Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Folglich sollte eine Gesellschaft im Rahmen einer Sanierungsfusion handelsrechtlich keine freie Wahl bei der Reihenfolge der Verlustverrechnung mit Eigenkapitalpositionen mehr haben.



2.6.2.4 Verrechnungssteuer

47 Mit vorliegender Sanierungsfusion werden ausschliesslich übrige Reserven vernichtet und der Ausnahmetatbestand von Art.5 Abs.1 lit.a VStG kann auf das untergegangene Verrechnungssteuersubstrat nicht angewendet werden. Es liegt somit eine geldwerte Leistung i.S.v. Art.4 Abs.1 lit.b VStG im Umfang der Überschuldung von CHF 1.5 Millionen vor.

48 Hätte hingegen die A AG das Fusionsdisagio ausschliesslich zu Lasten der Kapitaleinlagereserven ausbuchet, würde keine der Verrechnungssteuer unterworfenen geldwerte Leistung vorliegen.⁴⁰

49 Da die Sanierung Sache des Anteilinhabers der sanierungsbedürftigen Gesellschaft ist, gilt der Aktionär der sanierungsbedürftigen Gesellschaft als Empfänger der geldwerten Leistung und die Verrechnungssteuer ist auf diese Person zu überwälzen (modifizierte Direktbegünstigungstheorie). Sofern die Voraussetzungen von Art. 24 VStV, Art. 26a VStV oder für das internationale Meldeverfahren erfüllt sind, kann das Meldeverfahren angewendet werden.

50 Die A AG darf keine Reserven aus Kapitaleinlagen bilden, da kein Fusionsagio aus der Sanierungsfusion entsteht. Nach vorliegender Sanierungsfusion beträgt daher das verrechnungssteuerfrei rückzahlbare Kapital der B AG (Aktienkapital und Kapitaleinlagereserven) CHF 2.5 Millionen.

2.6.2.5 Emissionsabgabe

51 Gemäss Art.6 Abs.1 lit.a bis StG ist vorliegende Sanierungsfusion von der Emissionsabgabe ausgenommen.

2.6.2.6 Umsatzabgabe

52 Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. i StG ist vorliegende Sanierungsfusion von der Umsatzabgabe ausgenommen.

2.6.3 Sanierungsbedürftige Gesellschaft (B AG) übernimmt bilanziell gesunde Schwestergesellschaft (A AG)

53 Im Rahmen der Umstrukturierung soll die sanierungsbedürftige Gesellschaft (B AG) ihre bilanziell gesunde Schwestergesellschaft (A AG) absorbieren.

Die Eröffnungsbilanz der B AG nach der Fusion präsentiert sich wie folgt:

Eröffnungsbilanz B AG nach Fusion			
Aktiven		Passiven	
Aktiven	10'000'000	Fremdkapital	6'500'000
		Aktienkapital	1'000'000
		Kapitaleinlagereserven	2'500'000
		Übrige Reserven	0
Total Aktiven	10'000'000	Total Passiven	10'000'000

55 Im vorliegenden Fall liegt eine steuerlich anerkannte Sanierungsfusion vor, da die Reserven der bilanziell gesunden A AG zur Deckung der echten Unterbilanz der B AG verwendet werden.

2.6.3.1 Gewinnsteuer auf Ebene der fusionierten Gesellschaften

56 Betreffend Gewinnsteuerneutralität und Verlustübernahme gelten grundsätzlich die gleichen Ausführungen wie im umgekehrten Fall.

57 Wenn jedoch die offenen Reserven der absorbierten bilanziell gesunden A AG nicht ausreichen, um den Verlustvortrag der sanierungsbedürftigen B AG zu decken, könnte die Gefahr bestehen, dass die Steuerbehörden die stillen Reserven der übernommenen bilanziell gesunden Gesellschaft im Umfang der durch offene Reserven nicht gedeckten echten Unterbilanz besteuern. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall.

2.6.3.2 Einkommenssteuer auf Ebene der Anteilinhaber (Privatvermögen)

58 Mit der Absorption der über Reserven verfügenden A AG durch die sanierungsbedürftige Schwestergesellschaft B AG gehen bei der A AG im Umfang des Verlustes von CHF 2.5 Millionen übrige Reserven unter.

59 Aufgrund der Anwendung der reinen Dreieckstheorie erlangen die Anteilinhaber (Privatvermögen) durch diese Sanierungsfusion einen der Einkommenssteuer unterliegenden geldwerten Vorteil in Höhe der untergegangenen übrigen Reserven (Art.20 Abs.1 lit.c DBG bzw. Art.7 Abs.1 StHG).

⁴⁰ Jedoch, vgl. dazu Fn. 39.



60 Im Übrigen wird es auf die Ausführungen für den umgekehrten Fall verwiesen.

2.6.3.3 Einkommens- bzw. Gewinnsteuer auf Ebene der Anteilhaber (Geschäftsvermögen)

61 Es wird auf die Ausführungen für den umgekehrten Fall verwiesen.

2.6.3.4 Verrechnungssteuer

62 Mit vorliegender Sanierungsfusion werden ausschliesslich übrige Reserven vernichtet, und der Ausnahmetatbestand von Art.5 Abs.1 lit.a VStG kann auf den untergegangenen Verrechnungssteuersubstrat nicht angewendet werden. Es liegt somit eine geldwerte Leistung i.S.v. Art.4 Abs.1 lit. b VStG im Umfang des Bilanzverlustes der B AG von CHF 2.5 Millionen vor.

63 Es wird zudem auf die Ausführungen für den umgekehrten Fall verwiesen.

64 Da aus der Sanierungsfusion ein Fusionsagio resultiert, darf die B AG Reserven aus Kapitaleinlagen im Umfang des untergehenden Aktienkapitals der A AG von CHF 1 Million und der untergehenden Reserven aus Kapitaleinlagen der A AG von CHF 1.5 Millionen bilden. Nach vorliegender Sanierungsfusion beträgt daher das verrechnungssteuerfrei rückzahlbare Kapital der B AG (Aktienkapital und Kapitaleinlagereserven) CHF 3.5 Millionen.

2.6.3.5 Emissionsabgabe

65 Gemäss Art.6 Abs.1 lit.a bis StG ist vorliegende Sanierungsfusion von der Emissionsabgabe ausgenommen.

2.6.3.6 Umsatzabgabe

66 Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. i StG ist vorliegende Sanierungsfusion von der Umsatzabgabe ausgenommen.

3. Schluss

67 Je nachdem, ob eine bilanziell gesunde Gesellschaft ihre sanierungsbedürftige Schwestergesellschaft ab-

sorbiert oder umgekehrt, führt eine Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften zu unterschiedlichen Einkommenssteuerfolgen für Anteilhaber, welche ihre Beteiligungsrechte im Privatvermögen halten, sowie zu unterschiedlichen Verrechnungssteuerfolgen.

68 Wenn die über Reserven verfügende Schwestergesellschaft eine sanierungsbedürftige Gesellschaft übernimmt, entsteht eine geldwerte Leistung grundsätzlich nur im Umfang der Überschuldung. Dies jedoch, nur sofern und soweit übrige Reserven (anstatt Reserven aus Kapitaleinlagen) untergehen.

69 Im umgekehrten Fall, d.h. bei der Absorption der bilanziell gesunden Gesellschaft durch eine sanierungsbedürftige Gesellschaft, erhöht sich die Bemessungsgrundlage der geldwerten Leistung auf den Bilanzverlust. Des Weiteren, da aus der Sanierungsfusion ein Fusionsagio resultiert, darf die übernehmende Gesellschaft Reserven aus Kapitaleinlagen im Umfang des untergehenden Aktienkapitals und der untergehenden Reserven aus Kapitaleinlagen der übernommenen Gesellschaft bilden.

70 Bei der Planung einer Sanierungsfusion zwischen Schwestergesellschaften sind diese unterschiedlichen Steuerfolgen je nach Vorgehen, neben den durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts festgelegten Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung der Übernahme von Verlustvorträgen, unbedingt zu berücksichtigen.

