

FUSION MIT UMSTRITTENER VERLUSTVERRECHNUNG IM KONZERN

Bundesgericht schafft Klarheit

 WALTER JAKOB

 URS SCHÜPFER

 JVO GRUNDLER

Inhaltlich geht es um Anerkennung der Verlustverrechnung bei Absorption von Schwestergesellschaften. Das Bundesgericht setzt voraus, dass betriebswirtschaftliche Gründe für die Fusion vorliegen. Es stellt klar, die gesetzliche Regelung verlange eine dynamische und nicht eine statische, rein bilanzmässige Betrachtungsweise. Die Rolle der nicht aktivierbaren immateriellen Werte wie Kundenkartei und betriebliches Know-how sind zu beurteilen.

Mit Urteil vom 4. Januar 2012 (2C_351/2011) hat das Bundesgericht erfreuliche Präzisierungen zur Anerkennung der Verlustverrechnung von Schwestergesellschaften geschaffen. Im Folgenden werden der Sachverhalt und die wichtigsten Erwägungen des Bundesgerichts, das den Fall in Fünferbesetzung beraten hat, dargestellt.

1. SACHVERHALT UND STREITGEGENSTAND

Zur H-Gruppe gehörten u. a. zwei Tochtergesellschaften (nachstehend X-AG und Z-AG). Die Geschäftstätigkeit der X-AG bestand in der Herstellung und dem Vertrieb von Systemprodukten im Baubereich, während die Z-AG Span- und Spezialbauplatten produzierte, mit denen sie die Möbelindustrie, den Holzfachhandel wie auch die Bauindustrie und den Baufachhandel bediente. Nach mehrfacher Sanierung mittels Forderungsverzichten durch die Konzernholding und einer Kapitalherabsetzung der Z-AG wurde im Rahmen einer umfassenden Konzernreorganisation beschlossen, die Spanplattenproduktion der Z-AG Mitte 2002 einzustellen und anschliessend die beiden Schwestergesellschaften zu fusionieren. Zu diesem Zweck wurden im November 2003 die Anlagen der Z-AG und deren Betriebsgrundstück an Dritte sowie ein Geschäftssegment an einen europäischen Mitbewerber verkauft. Als Folge davon musste der Personalbestand massiv verkleinert werden, was zu Entlassungen und zu einem längeren

Rechtsstreit führte. Bei der Z-AG verblieben zwei Angestellte, die administrative Arbeiten erledigten. In ihrer Bilanz wies die Z-AG Umlaufvermögen in Form von Cash, Intercompany-Guthaben und Warenvorräten sowie Intercompany-Verbindlichkeiten und Eigenkapital aus. Ferner gehörten ihr nicht aktivierbare eigene Immaterialgüterrechte bestehend aus Herstellungs-Know-how und einer Baukundenkartei. Für den Verkauf der restlichen Warenvorräte war eine weitere Gruppengesellschaft besorgt, während die X-AG die Baukundenkartei der Z-AG bereits vor der Fusion nutzen konnte. Nach Abschluss der Rechtsstreitigkeiten übernahm im Dezember 2004 die X-AG die Aktiven und Passiven der Z-AG im Zuge einer Absorptionsfusion. Für die direkte Bundessteuer 2004 brachte die X-AG die substanziellen Verlustvorträge der Z-AG vom ausgewiesenen Gewinn in Abzug. Das Kantonale Steueramt Zürich verweigerte die Verlustverrechnung mit der Begründung, die rechtliche und wirtschaftliche Liquidation der Z-AG sei bereits vor der Übernahme durch die X-AG so weit fortgeschritten gewesen, dass die übernommene Gesellschaft in liquide Form gebracht worden sei, und die Verlustvorträge der Z-AG seien folglich nicht mit den Gewinnen der X-AG zu verrechnen. Rekurskommission und Verwaltungsgericht schützten den Standpunkt des kantonalen Steueramtes. Das Bundesgericht indessen hiess die Beschwerde der X-AG gut.

2. ERWÄGUNGEN DES BUNDESGERICHTS

Einleitend bejaht das Bundesgericht die Zulässigkeit einer Verrechnung von Verlustvorträgen bei einer gewinnsteuerneutralen Fusion, indem es sich auf die Bestimmungen des *Fusionsgesetzes (FusG)* und des Steuerrechts, insbesondere der *Steuersukzession* gemäss Art. 54 Abs. 3 *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)* (mit Hinweis auf die sog. erweiterte *Steuersukzession* von Art. 12 Abs. 2 *Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer, BdBSt*) und die bisherige Rechtsprechung abstützt. Es stellt fest, «was die Übernahme eines allfälligen Verlustvortrags (Art. 67 Abs. 1 *DBG*) betrifft, so enthalten das *DBG* und namentlich dessen Artikel 67 aber keine ausdrückliche Vorschrift»



WALTER JAKOB,
DR. OEC. HSG, STEUER-
BERATER, PARTNER,
BARYON AG, ZÜRICH,
LEHRBEAUFTRAGTER
FÜR STEUERRECHT,
UNIVERSITÄT ST. GALLEN,
WALTER.JAKOB@
BARYON.COM



URS SCHÜPFER,
DIPL. WIRTSCHAFTSPRÜFER,
DIPL. STEUEREXPERTE,
PARTNER, TAX SERVICES,
ERNST & YOUNG AG,
ZÜRICH UND BASEL,
URS.SCHUEPFER@
CH.EY.COM

(Erwägung 2.3). Nach Ansicht des Bundesgerichts beinhaltet aber die Übernahme der Steuerfaktoren nicht nur die Anrechnung der positiven, sondern auch der negativen Ergebnisse im Sinne einer Nettogrösse,

«weil sich anders die bemessungsrechtliche Kontinuität nicht herstellen lässt»

(Erwägung 2.3 mit weiteren Quellenangaben). Dieser Grundsatz gelte jedoch nicht uneingeschränkt, namentlich müsse im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen eine gewisse wirtschaftliche Kontinuität verlangt werden.

«Da aber nach dem Fusionsgesetz auch eine Gesellschaft in Liquidation sich als übertragende Gesellschaft an einer Fusion beteiligen kann (vgl. Art. 5 Abs. 1), darf die steuerneutrale Übertragung der stillen Reserven und die Verlustverrechnung einer Gesellschaft nicht bereits deshalb verweigert werden, weil betriebliches oder Anlagevermögen verwertet worden ist. Es bedarf daher qualifizierter Voraussetzungen, um die Übertragung stiller Reserven, bzw. die gesetzlich vorgesehene Verlustverrechnung ausnahmsweise nicht zuzulassen. Das ist namentlich der Fall, wenn keine sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründe für die Umstrukturierung vorliegen, wobei die blossе Schaffung von Verlustverrechnungspotential nicht als solcher Grund zu qualifizieren ist.»

(Erwägung 3.2)

Ausgehend vom Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 DBG (Stille Reserven einer juristischen Person werden bei Umstrukturierung, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung nicht besteuert, soweit...) hält das Bundesgericht in Erwägung 3.3 zwei wichtige Unterscheidungen fest, nämlich

→ a) dass bei der Fusion – im Gegensatz zu der bei der Spaltung massgebenden Regelung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG – die Weiterführung eines Betriebs nicht mehr erforderlich ist; → b) dass im Unterschied zu der bis 1. Juli 2004 geltenden Fassung von Art. 61 Abs. 1 lit. b unrev. DBG, die revidierte Bestimmung den zu engen Begriff «Unternehmenszusammenschluss» nicht mehr verwendet.

Auf die in der Urteilsbegründung angeführten Erwägungen zum Vorbehalt des Missbrauchsverbotes, unter dem die Verlustverrechnung nach Art. 67 DBG wie generell jede Rechtsausübung stehe, wird hier nicht weiter eingegangen, da gemäss Bundesgericht die Steuerumgehungsdiskussion im beurteilten Fall, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden, entbehrlich war. Somit blieb zu prüfen, ob für die fusionsweise Übernahme der Z-AG durch die X-AG «sachliche bzw. betriebswirtschaftliche Gründe gegeben waren und ob ein missbräuchliches Vorgehen ausgeschlossen werden kann» (Erwägung 4.).

Nach Auffassung der Vorinstanzen war nicht nachgewiesen, dass die Z-AG nach Aufgabe der Produktion eine wenn auch massgeblich reduzierte Geschäftstätigkeit weitergeführt hatte, die im Zuge der Fusion auf die übernehmende X-AG übertragen wurde. Vielmehr sei die Z-AG in liquide Form

«Die gesetzliche Regelung zur gewinnsteuerneutralen Übertragung stiller Reserven im Rahmen einer Fusion auch bei zu liquidierenden Gesellschaften verlangt eine dynamische Betrachtung.»

gebracht worden, was eine Verrechnung der Vorjahrsverluste ausschliesse. Das Bundesgericht hielt dem folgendes entgegen:

«Dieser Auffassung kann nur beschränkt gefolgt werden. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass die genannten Feststellungen tatsächlicher Art nicht auf eine Fortführung des Geschäftsbetriebs im Rahmen der Umstrukturierung schliessen lassen. Dabei handelt es sich aber um eine *statische Betrachtungsweise*, die den Fokus vor allem auf das Vorliegen eines Aktienmantels richtet. Angesichts der grundsätzlichen Zulässigkeit der Übernahme einer Gesellschaft in Liquidation durch Fusion (Art. 5 Abs. 1 FusG), kann auch dem Erfordernis der Betriebsübernahme und -fortführung keine wesentliche Bedeutung zukommen. *Entscheidend* ist nicht in erster Linie der Stand der Liquidation und ob im Zeitpunkt der Fusion bei der annektierten Gesellschaft ein funktionierender Geschäftsbetrieb noch vorhanden ist, sondern *ob für die Fusion betriebswirtschaftliche Gründe vorliegen*.

Die gesetzliche Regelung zur gewinnsteuerneutralen Übertragung stiller Reserven im Rahmen einer Fusion auch bei zu liquidierenden Gesellschaften (Art. 5 Abs. 1 FusG, Art. 61 Abs. 1 DBG) verlangt daher eine *dynamische Betrachtung*. Bei einer solchen Analyse sind weder die Werte gemäss Übernahmebilanz per 30. November 2004 (mit Einschluss der nicht aktivierbaren Vermögenswerte) und die vorausgehende Einstellung der Produktion, noch die Weiterführung der wirtschaftlichen Existenz der annektierten Gesellschaft massgebend. Eine Rolle spielen kann dagegen das Schicksal der nicht aktivierbaren immateriellen Werte (...). Dass gerade der Goodwill und andere immaterielle Werte viel wertvoller sein können als die in der Bilanz ersichtlichen Aktiven, erhellt aus einem vom Bundesgericht kürzlich beurteilten Fall (Urteil 2C_335/2008 vom 13. Oktober 2008, in: StE 2009 B 72.13.22 Nr. 51.)» (Erwägung 4.2, Hervorhebungen durch die Verfasser).

Dass sich die Fusion aus den oben bereits dargestellten Gründen (siehe Sachverhalt) über längere Zeit hinzog und weitere materielle und immaterielle Werte bereits vor der Fusion an Dritte verkauft bzw. auf Gruppengesellschaften übertragen wurden und deshalb die Bilanz per Fusionsstichtag einen verhältnismässig «schwächtigen» Eindruck hinterliess, war für das Bundesgericht allein nicht aussagekräftig. Es hielt fest, dass die mit der Fusion aus Sicht der H-Gruppe anvisierte Bündelung der Kräfte aus ökonomischer Sicht durchaus Sinn mache. Die verschiedenen Massnahmen im Konzern beruhten auf sachlichen Überlegungen



JVO GRUNDLER,
DR. IUR. HSG,
RECHTSANWALT, LL.M.,
MANAGING PARTNER,
LEGAL SERVICES,
ERNST & YOUNG AG,
ZÜRICH,
JVO.GRUNDLER@
CH.EY.COM

zur Stärkung und Erhaltung der H-Gruppe. Dass dabei auch steuerplanerische Aspekte eine Rolle gespielt haben, sei legitim und lasse die Umstrukturierung nicht als rechtsmiss-

*«Das sorgfältig
begründete Urteil setzt wichtige
neue Akzente.»*

bräuchlich erscheinen. Die Verlustverrechnung sei folglich zu anerkennen (vgl. Erwägungen 4.3, 4.4 und 4.5).

Aufgrund dieses klaren Verdikts konnte das Bundesgericht die interessante Frage, welche Bedeutung der Zustimmung der Abteilung Revisorat der *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* zum im vorliegenden Fall eingeholten Ruling vom 30. November 2004 betreffend die Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer (Verneinung des Vorliegens eines sog. Mantel-

handels) für die Auslegung der gewinnsteuerlichen Bestimmungen unter dem Aspekt der harmonisierungsrechtlich postulierten einheitlichen Begriffsanwendung (siehe ESTV-Kreisschreiben Nr. 5 Umstrukturierungen vom 1. Juni 2004, Ziffer 2.3 und 2.4.1) zukommt, offen lassen.

3. FAZIT

Das sorgfältig begründete Urteil setzt nach Auffassung der Verfasser wichtige neue Akzente, welche Kriterien für die Beurteilung der Verlustübernahme bei Fusion von Schwes-tergesellschaften anwendbar und wie diese zu gewichten sind. Aufgrund der Tatsache, dass der Wortlaut von Art. 24 Abs. 3 *Steuerharmonisierungsgesetz (StHG)* und von Art. 61 Abs. 1 DBG sowie vieler kantonaler Umstrukturierungsbestimmungen identisch ist, besteht die Erwartung, dass die vom Bundesgericht postulierte dynamische Betrachtungsweise ebenfalls Eingang in die kantonale Verwaltungs- und Gerichtspraxis finden wird. ■