



<b>Entscheidinstanz:</b>	Steuerrekurskommissionen
<b>Geschäftsnummer:</b>	StRK_4DB.2002.46
<b>Datum des Entscheids:</b>	6. Januar 2003
<b>Rechtsgebiet:</b>	Steuerrecht
<b>Stichwort:</b>	Fusion, Absorption, Verluste Tochtergesellschaft
<b>verwendete Erlasse:</b>	Art. 54 Abs. 3 Bundesgesetz über die direkte Bundesteuer 67 Abs. 1 DBG

**Zusammenfassung:**

Zusammenschluss (Absorption einer Tochtergesellschaft); spätere Anrechenbarkeit von Verlusten der Tochter. Nimmt die Mutter aufwandwirksam Sanierungsmassnahmen zugunsten ihrer Tochter vor und bleiben solche Massnahmen bei dieser als Kapitalzuschüsse (gewinn)steuerfrei, so ist die Übernahme verrechenbarer Verluste ausgeschlossen, wenn die Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Absorption keine Geschäftstätigkeit mehr ausübt (Art. 54 Abs. 3 und 67 Abs. 1 DBG). Ausschluss der Aufwandverdoppelung bei der Mutter.

**Anonymisierter Entscheidtext:**

Sachverhalt:

- A. Die Genossenschaft X (nachfolgend die Pflichtige) in W bezweckt laut Handelsregistereintrag unter anderem die Führung von Geschäften der Branche A, die Herstellung und den Verkauf von Eigenspezialitäten sowie die Beteiligung an Unternehmen. Im Geschäftsjahr 1999 führte sie Geschäfte in den Ortschaften D, E, F und G.

Am ... Juli 1991 wurde die B Logistik AG (kurz Y AG) als Tochtergesellschaft der Pflichtigen gegründet. Diese bezweckte die Erbringung von Dienstleistungen für A-Geschäfte in Einkauf, Lagerhaltung und Logistik sowie die Beteiligung an Unternehmen. Unmittelbar nach der Gründung erwarb sie sämtliche Aktien der Z AG mit Sitz in W (nachfolgend Z AG), deren Zweckbestimmung ebenfalls im Bereich Handel, Fabrikation sowie Import von Gütern der A-Branche lag. Den Kaufpreis von 8 Mio. Franken (Zahlen fiktiv) finanzierte die Y AG weitgehend aus Fremdmitteln, insbesondere einem Darlehen der Muttergesellschaft (der Pflichtigen) von 5,3 Mio. Franken. Bereits im Geschäftsjahr 1993 stellte sich offenbar heraus, dass der Erwerbspreis für die Z AG weit übersetzt war, weshalb eine Wertberichtigung von 5 Mio. Franken erfolgte. Im gleichen Jahr wurde der zuvor aus der Z AG ausgegliederte und an die Y AG übertragene Betriebsteil "Engroshandel" veräussert, was zu einem ausserordentlichen Ertrag von 1 Mio. Franken führte. Ab diesem Zeitpunkt entfaltete die Y AG keine eigene Betriebstätigkeit mehr. Im Geschäftsjahr 1995 wurde der Buchwert der Beteiligung Z AG schliesslich auf Fr. 500 000 korrigiert.



Seit ihrer Gründung wies die Tochtergesellschaft der Pflichtigen jährliche Verluste aus, welche sich bis Ende 1995 auf rund Fr. 7,9 Mio. beliefen. Die Pflichtige hatte der Y AG bis Ende 1995 Darlehen von insgesamt Fr. 10 Mio. gewährt. Zwecks Sanierung der überschuldeten Tochtergesellschaft verzichtete die Pflichtige auf diese Darlehensforderungen. Sie verbuchte die Abschreibung der Forderung erfolgswirksam als ausserordentlichen Aufwand, während der Forderungsverzicht auf Seiten der Y AG als verdeckte Kapitaleinlage bzw. als unechter Sanierungsgewinn behandelt und von der Besteuerung desselben abgesehen wurde (indes wurde die Emissionsabgabe erhoben).

Durch Generalversammlungsbeschluss vom ... Juni 1996 wurde die Y AG infolge Fusion (Absorption) mit der Pflichtigen aufgelöst. Letztere übernahm gemäss Fusionsbilanz Aktiven von Fr. 505 000 (welche im Wesentlichen aus der buchmässigen Beteiligung an der Z AG von Fr. 500 000 bestanden) sowie Passiven in Form von Fr. 3000 Fremdkapital sowie entsprechendem Eigenkapital.

- B. Für die Bundessteuerperiode 1.1.-31.12.1999 brachte die Pflichtige vom Reingewinn von Fr. 1 Mio. einen eigenen Verlustvortrag von Fr. 300'000.- sowie – im verfügbaren Rest – die bei der nunmehr fusionierten Y AG aufgelaufenen Vorjahresverluste von Fr. 10 Mio. zum Abzug.

Der Steuerkommissär veranlagte die Pflichtige für die direkte Bundessteuerperiode 1.1.–31.12.1999 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 0,7 Mio. Die Verlustübernahme aus der ehemaligen Y AG lehnte er ab und hielt zur Begründung fest, diese Verluste seien bei der Pflichtigen bereits im Zusammenhang mit dem Sanierungsaufwand geltend gemacht worden.

- C. Der hiergegen gerichteten Einsprache war ebenso wenig Erfolg beschieden wie der nachfolgenden Beschwerde, welche die Bundessteuer-Rekurskommission mit der nachfolgenden Begründung abwies.

#### Erwägungen:

1. Der Rechtsstreit dreht sich vorliegend einzig um die Frage, ob die bei der ehemaligen Y AG aufgelaufenen Verlustvorträge als Folge der Absorption auf die Pflichtige übergegangen sind und daher von dieser steuerwirksam geltend gemacht werden können. Eine Besonderheit liegt insbesondere darin, dass die Pflichtige kurz vor der Fusion gegenüber ihrer Tochtergesellschaft mittels Forderungsverzicht eine Sanierungsleistung erbracht und diese in ihrer eigenen Gewinn- und Verlustrechnung erfolgswirksam verbucht hatte. Insbesondere gestützt auf diesen Umstand verfiicht das kantonale Steueramt die Auffassung, es dürfe nicht gewissermassen zu einer mehrfachen Aufwandswirksamkeit der Sanierungsmassnahmen kommen. Gegebenenfalls sei darin eine Steuerumgehung zu erblicken. Die Pflichtige stützt sich demgegenüber auf die Universalsukzession bzw. Übernahme der Steuerfaktoren durch die absorbierende Gesellschaft und die uneingeschränkte Anwendung der gesetzlichen Verlustverrechnungsklauseln.
2. a) Vom Reingewinn der Steuerperiode können laut Art. 67 Abs. 1 DBG Verluste aus sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren abgezogen werden, soweit



sie bei der Berechnung des steuerbaren Reingewinns dieser Jahre nicht berücksichtigt werden konnten. Überträgt eine juristische Person Aktiven und Passiven auf eine andere juristische Person, so sind die von ihr geschuldeten Steuern von der übernehmenden juristischen Person zu entrichten (Art. 54 Abs. 3 DBG). Letztere Bestimmung regelt mithin die Frage der Steuernachfolge für die in Art. 61 Abs. 1 lit. a und b DBG (Umwandlungen, Zusammenschlüsse) vorgesehenen gewinnsteuereutralen Restrukturierungstatbestände, soweit diese die Auflösung der juristischen Person zur Folge haben (Bauer-Balmelli/Robinson in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2000, Art. 54 N 35 DBG).

- aa) Gestützt auf systematische Überlegungen, aber auch auf die vorerwähnten Bestimmungen über die Verlustverrechnung und über die Steuerfolgen von Umstrukturierungen herrscht in Lehre und Praxis zumindest dem Grundsatz nach Einigkeit darüber, dass als Ausfluss des zur Übernahme der Steuerfaktoren entwickelten Gedankenguts die absorbierende Gesellschaft Verluste, die der übernommene Betrieb im Schoss der angestammten Gesellschaft erlitten habe, mit den eigenen Gewinnen verrechnen können muss (Markus Reich, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, 2000, S. 112). Dies wird auch vom kantonalen Steueramt nicht bestritten.
- aaa) Uneins ist sich die Lehre hingegen dort, wo die Muttergesellschaft – wie hier – zunächst aufwandwirksame Sanierungsmassnahmen vorgenommen hat und diese Massnahmen dann bei der Tochtergesellschaft als Kapitalzuschüsse steuerfrei geblieben sind. Für einige Autoren (z.B. Reich, S. 113 und Urs Behnisch, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, 1996, S. 233) ist die mehrfache Aufwandwirksamkeit von Verlusten der Tochtergesellschaft ohne Weiteres systemgerecht. Sie erachten die Aufwandverdoppelung im Mutter-Tochterverhältnis als ebenso sachgemäss wie die doppelte Steuerverhaftung der von der Tochtergesellschaft erarbeiteten Gewinne. Dem widerspricht etwa Marco Greter (Neues aus der zürcherischen Steuerpraxis, in StR 1991, 210 f.), welcher zumindest in jenen Fällen, da eine aufwandwirksame Sanierungsmassnahme der Muttergesellschaft bei der Tochtergesellschaft als Kapitalzuschuss steuerfrei geblieben sei, eine nochmalige Aufwandwirksamkeit nach einer späteren Absorption ablehnt. Bei der Tochtergesellschaft angefallene Verluste seien daher jedenfalls unter solchen Umständen nur einmal zu berücksichtigen.
- bbb) Cagianut/Höhn stimmen der Übernahme von verrechenbaren Verlusten im Grundsatz zwar zu, bringen aber für jene Fälle einen Vorbehalt an, in denen mit der Fusion nicht ein Zusammenschluss der betrieblichen Kapazitäten, sondern lediglich die Schaffung von Verlustverrechnungsmöglichkeiten beabsichtigt ist, welche ohne Fusion nicht bestehen würden (Cagianut/Höhn, Unternehmenssteuerrecht, 3. A., 1993, § 18 N 31). Eine ähnliche Einschränkung bringt schliesslich Markus Reich an, wenn er die Übernahme von Verlustvorträgen an den Fortbestand des übernommenen Unternehmens in der aufnehmenden Gesellschaft knüpft (Markus Reich, in: Reich/Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 1996, S. 272, auch zum Folgenden). Wird das übernommene Unternehmen gleich nach der Übernahme wirtschaftlich liquidiert, so ist die steuerrechtliche Liquidation auf den Zeitpunkt der Übernahme zu verlegen. Voraussetzung der steuerrechtlichen Kontinuität bei Umstrukturierungen bildet nach dieser Auffassung die wirtschaftliche Kontinuität. Aus dem gleichen Grund lehnt der Autor denn auch die Verrechnung von Verlustvorträgen der übernommenen Gesellschaft ab,



wenn diese bereits vor der Übernahme wirtschaftlich liquidiert war bzw. nur noch aus einem Aktienmantel bestand.

Sowohl der Vorbehalt von Cagianut/Höhn als auch die letzterwähnte Einschränkung von Reich beruhen nicht auf der – mitunter umstrittenen – Maxime der Steuerumgehung. Sie gründen vielmehr auf einer sinngemässen Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zur Übernahme der Steuerfaktoren bzw. der Verlustverrechnungsklauseln (und dem Beginn und Ende der Steuerpflicht bzw. der Steuernachfolge).

- bb) Der Ansicht von Cagianut/Höhn sowie Reich (in Reich/Duss, S. 272 f.) ist beizupflichten. Ihre Vorbehalte gründen auf einer sachgerechten Auslegung der einschlägigen Bestimmungen, was sich gerade am vorliegend zu beurteilenden Fall zeigt:

Wird eine Gesellschaft, welche bereits vor oder spätestens bei der Fusion durch die (Mutter-)Gesellschaft keinerlei Geschäftstätigkeit mehr entfaltet, insbesondere da sie über keine bzw. keine ausreichenden betriebsnotwendigen Einrichtungen mehr verfügt, aufgelöst, liegt in steuerrechtlicher Hinsicht keine Auflösung durch Fusion vor; denn sie hat bereits vorher (im Extremfall bloss eine logische Sekunde) aufgehört zu existieren. Mit der Veräusserung des betriebsnotwendigen Vermögens hat die Liquidation faktisch bzw. wirtschaftlich schon stattgefunden. Dies ungeachtet dessen, ob ein Mantelhandel vorliegt oder nicht. Vielmehr genügt es, wenn die (Tochter-)Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr ausübt. Wurde die (zivilrechtlich absorbierte) Gesellschaft schon vor der Fusion aufgelöst, sind mit der Auflösung auch sämtliche steuerlich relevanten Verlustvorträge bereits damals untergegangen; damit ergibt sich von selbst, dass solche Verluste bei der übernehmenden Gesellschaft nicht mehr in Anschlag gebracht werden können.

Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch mit Blick auf den Sinn der im Bundessteuerrecht und den (meisten) kantonalen Rechten statthaften Verlustübertragung. Sie mildert die strengen Auswirkungen des Periodizitätsprinzips, ohne diese jedoch ganz zu beseitigen (Cagianut/Höhn, § 5 N 17). Mit ihr soll mit andern Worten dem Unternehmen die Möglichkeit eröffnet werden, früher entstandene Verluste mit den in einer bestimmten Anzahl von späteren Steuerperioden erzielten Gewinnen zu verrechnen und die Verluste auf diese Weise steuerlich wirksam werden zu lassen. Entfaltet eine Gesellschaft indes keine Geschäftstätigkeit mehr, ist nicht mit künftigen Gewinnen zu rechnen. Damit verlieren die Vorjahresverluste (ebenfalls) ihre Bedeutung. Weshalb es sich damit in einem Fall, in welchem eine inaktive bzw. ausgeprägt nachhaltig verlustträchtige Gesellschaft mit einer gesunden fusioniert, anders verhalten sollte, ist nicht einzusehen, denn die (künftigen) Gewinne der neuen Gesellschaft haben in einer solchen Konstellation nicht das Geringste mit den früheren Verlusten des eingebrachten Unternehmens zu tun.

- b)aa) Die Y AG erzielte seit ihrer Gründung im Jahr 1991 bis zur Auflösung per ... 1996 ausnahmslos Verluste. Sie vermochte sich einzig durch verschiedene Darlehen (bzw. dank dem Verzicht auf die betreffenden Forderungen mittels verdeckter Kapitalzuschüsse) am Leben zu erhalten. Handelsrechtlich hätte sie längst die Eröffnung des Konkurses beantragen müssen, sofern nicht ihre Mutter, die Pflichtige, den Rangrücktritt erklärt hätte (Art. 725 Abs. 2 OR). Spätestens seit dem Geschäftsjahr 1993, als die Y AG die Sparte Engroshandel der Z AG veräusserte, entfaltete sie keinerlei betriebliche Tätig-



keit mehr, der Umsatz aus dem Warenverkauf sank auf Fr. 0. Die Pflichtige führt in der Beschwerdeschrift denn auch selbst aus, die Y AG habe sich danach auf das Halten der Beteiligung der Z AG beschränkt. Auch diese Beteiligung warf keinerlei Ertrag ab. Die Pflichtige führte sodann weiter aus, der Verwaltungsrat der Y AG sei an weiteren neuen Aktivitäten dieser Gesellschaft nicht interessiert gewesen.

Unter Würdigung der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass die Y AG bereits mit der Veräusserung der zuvor aus der Z AG ausgegliederten Handelssparte bzw. mit dem Entscheid des Verwaltungsrats, keine betriebliche Tätigkeit mehr aufzunehmen, faktisch liquidiert worden ist und damit als aufgelöst betrachtet werden muss. Zwar stellt auch das blosses Halten von Beteiligungen einen legitimen Gesellschaftszweck dar und wird von den Steuerbehörden üblicherweise (so übrigens auch hier) zu Recht ohne weiteres akzeptiert. Anders liegen die Dinge indes hier, wo der einzige Zweck der Y AG gleichsam noch darin bestand, den bei ordentlicher Gestaltung der Verhältnisse sonst verlorenen Verlustvortrag steuerlich zu «retten», d.h. in die Pflichtige zu transferieren. Dem normalen Lauf hätte es entsprochen, die Beteiligung an der Z AG, in deren Halten sich die Aktivität der Y AG erschöpfte, auf die Pflichtige zu übertragen und die Y AG hernach zu liquidieren. Das aber ist nicht geschehen. Unter solchen Umständen kann, wenngleich noch kein eigentlicher Mantelhandel vorliegt, nicht mehr von einer Weiterführung der Geschäftstätigkeit gesprochen werden. Nach alledem führte aber die Fusion auch nicht zu einem Zusammenschluss der betrieblichen Kapazitäten, sondern, wirtschaftlich betrachtet, zum blossen Erwerb eines Aktivums, nämlich der Beteiligung an der Z AG.

Inwiefern die Aussage des kantonalen Steueramts, die Y AG hätte die aufgelaufenen Verluste mit ihren künftigen Gewinnen (bzw. Beteiligungserträgen) nie mehr vollständig verrechnen können, hypothetisch und unangebracht sein soll, wie die Pflichtige meint, bleibt im Dunkeln. Vielmehr ist nicht zuletzt in Anbetracht der (bloss) siebenjährigen Verlustverrechnungsperiode davon auszugehen, dass in näherer Zukunft den Verlustvorträgen keine nennenswerten Gewinne gegenüber gestanden hätten. Etwas anderes hat auch die Pflichtige nicht behauptet, geschweige denn substantiiert dargetan.

- bb) Bei alledem spielt keine Rolle, welcher Doktrin nachgelebt wird. Sowohl nach der Auffassung von Cagianut/Höhn, wonach die Verlustverrechnung ausgeschlossen sei, wenn mit der Fusion nicht ein Zusammenschluss der betrieblichen Kapazitäten, sondern lediglich die Schaffung von Verlustverrechnungsmöglichkeiten beabsichtigt sei, als auch nach der von Reich/Duss vertretenen Einschränkung, dass das übernommene Unternehmen nicht gleich nach der Übernahme wirtschaftlich liquidiert werden dürfe, ist der Pflichtigen die Übernahme und der Vortrag der Vorjahresverluste der Y AG versagt.

Aus steuerrechtlicher Sicht hat nämlich gar keine Fusion bzw. Umstrukturierung stattgefunden; vielmehr ist die Y AG bereits vor der zivilrechtlichen Fusion faktisch aufgelöst worden. Damit findet keine Universalsukzession in dem Sinn statt, dass die Verlustvorträge nunmehr auf die Pflichtige übergegangen wären. Die steuerrechtliche Liquidation der absorbierten Gesellschaft ist mit andern Worten auf den Zeitpunkt der Übernahme (bzw. eine logische Sekunde davor) zu verlegen. Von einer Fortsetzung der wirtschaftlichen Kontinuität als Voraussetzung der steuerrechtlichen Kontinuität kann mithin nicht die Rede sein.



- c)aa) Zum gleichen Ergebnis führt auch folgende Betrachtungsweise, in welche der Umstand, dass kurz vor der Fusion eine Sanierung der Tochtergesellschaft durchgeführt worden war, einbezogen wird: Wie erwähnt wurde die Sanierungsleistung, d.h. der Forderungsverzicht der Pflichtigen gegenüber der Y AG, als unechter Sanierungsgewinn behandelt und demzufolge dort von der Besteuerung als Ertrag ausgenommen. Dem lag übereinstimmend der Gedanke zu Grunde, dass die Darlehen an die Tochtergesellschaft angesichts deren Sanierungsbedürftigkeit bzw. deren schlechten Geschäftsganges von einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wäre (vgl. Kuhn/Brülisauer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2000 Art. 60 N 44 DBG, mit Hinweisen). Diese Beurteilung wird vom kantonalen Steueramt denn heute zu Recht nicht in Frage gestellt. Wäre die Sanierungsleistung hingegen als echter Sanierungsgewinn behandelt worden, so hätten die bis zum Geschäftsjahr 1995 aufgelaufenen Jahresverluste mit diesem Gewinn bei der Y AG vollumfänglich verrechnet werden können und hätten im Zeitpunkt der kurz darauf erfolgten Fusion keine verrechenbaren Verlustvorträge mehr bestanden. Auch ohne auf eine Steuerumgehung schliessen zu müssen, erschiene es unter diesen Umständen als sachwidrig und stossend, bei der Verlustverrechnung nach der Fusion (bzw. Absorption) die vorherige Sanierung unberücksichtigt zu lassen. Stattdessen muss sich die Pflichtige die von ihr bzw. der Y AG gewählte Rechtsgestaltung entgegen halten lassen. Die Übernahme der Verlustvorträge trotz zuvor steuerfrei erzielter Sanierungsgewinne zuzulassen, bedeutete mithin nebenbei eine unzulässige Benachteiligung unbeteiligter Dritter, deren Forderungsverzicht zu einem echten und damit steuerbaren Sanierungsgewinn mit anschliessendem Untergang der Verlustvorträge geführt hätte.
- bb) Dasselbe ergibt sich bei umgekehrter Betrachtungsweise: Hätte die Pflichtige nicht auf ihre (wirtschaftlich betrachtet ohnehin wenig werthaltige) Forderung verzichtet, wäre die Forderung nach abgeschlossener Fusion zufolge Vereinigung von Schuldner und Gläubigereigenschaft ohnehin erloschen, und zwar ohne dass eine erfolgswirksame Abschreibung derselben hätte vorgenommen werden können. Damit wäre auch bei dieser Konstellation keine erfolgswirksame Sanierungsleistung mit anschliessender Übernahme der Verlustvorträge möglich gewesen. Dass die von der Pflichtigen effektiv gewählte Rechtsgestaltung nicht zu einem andern Ergebnis führen kann, ergibt sich nach alledem durch die systematische und teleologische Auslegung der Verlustverrechnungsklausel in Art. 67 Abs. 1 DBG.