

Von den verschiedenen im Unternehmenssteuerreformgesetz II (USTRG II) vorgesehenen Massnahmen zugunsten von Kapitalgesellschaften hat das Kapitaleinlageprinzip bisher wenig Beachtung gefunden, obwohl diese kurz gehaltene Bestimmung einige Unklarheiten mit sich bringt. Diese Unklarheiten werden aufgezeigt und soweit möglich Lösungsansätze angeboten.

CHRISTOPH
RECHSTEINER
JONAS SIGRIST

DAS KAPITALEINLAGEPRINZIP DER USTR II

Unklarheiten in der Praxis klären und vorbeugend handeln

1. EINLEITUNG

Das in nArt. 20 Abs. 3 DBG (*Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*), nArt. 7b StHG (*Steuerharmonisierungsgesetz*) und nArt. 5 Abs. 1^{bis} VStG (*Verrechnungssteuergesetz*) festgehaltene Kapitaleinlageprinzip bildet Bestandteil des Bundesgesetzes über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (USTRG II) [1]. Anders als mit den übrigen Massnahmen wurde mit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips nicht primär eine Verbesserung der steuerlichen Standortattraktivität, sondern die Beseitigung der fast einhellig kritisierten und als stossend empfundenen Auswirkungen des reinen Nennwertprinzips [2] angestrebt. Der klar erscheinende, knapp gehaltene Wortlaut hat dazu geführt, dass die Einführung des Kapitaleinlageprinzips zu Unrecht eher als ein Mauerblümchen denn als Grundpfeiler der *Unternehmenssteuerreform II (USTR II)* betrachtet worden ist. Dabei wird die neue Bestimmung nicht bloss einige Unklarheiten mit sich bringen (dazu Ziff. 5); auch deren wirtschaftliche Bedeutung darf nicht vernachlässigt werden. In welchem Umfang aus dem Umstand, dass Kapitaleinlagen gewinn- und verrechnungssteuerfrei an die Anteilsinhaber zurückgeführt werden können, Steuerausfälle resultieren, lässt sich kaum zuverlässig abschätzen [3]. Die Autoren gehen davon aus, dass Kapitalgesellschaften infolge der steuerlichen Gleichbehandlung der Kapitaleinlagen mit dem Nennkapital zunehmend diese Finanzierungsform anstelle einer Nennwerterhöhung wählen dürften, um eine grössere Flexibilität in ihrer Eigenkapitalbeschaffung zu erreichen [4].

2. RÜCKBLICK

Mit einem Transponierungsentscheid vom 15. August 2008 [5] hat das Bundesgericht implizit bestätigt, dass im Privatvermögensbereich für das Recht der direkten Bundessteuer aufgrund der weitgehenden Übereinstimmung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG mit Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt (Bundesratsbeschluss über die Erhebung der direkten Bundessteuer) weiterhin das reine Nennwertprinzip gelte. Über den Wortlaut der Norm hinaus unterliegt heute jede Eigenkapitalrückzahlung, welche keine Nennwertherabsetzung darstellt, der Einkommenssteuer und gemäss Art. 20 Abs. 1 VStV (*Verrechnungssteuerverordnung*) [6] der Verrechnungssteuer [7]. Zu Recht wird der Auffassung des Bundesgerichts entgegen gehalten, dass der Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG lediglich die Besteuerung von Gratisaktien und -nennwerterhöhungen festhält und somit der Anwendung des sachgerechteren modifizierten Kapitaleinlageprinzips nicht entgegenstehen würde [8].

Die Mehrheit der Kantone kennt bis anhin ebenfalls das reine Nennwertprinzip. Eine Minderheit der Kantone kennt entweder das reine Kapitaleinlageprinzip [9] oder das modifizierte Kapitaleinlageprinzip [10]. Bei letzterem sind wie beim reinen Kapitaleinlageprinzip sämtliche Eigenkapitaleinlagen steuerfrei an den Anteilsinhaber rückzahlbar, Gratisnennwerterhöhungen hingegen steuerbar.

3. TERMINOLOGIE

Die bis anhin verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Gemäss der Botschaft zur USTR II ist der Begriff Kapitalein-



CHRISTOPH RECHSTEINER,
DIRECTOR, TAX AND
LEGAL SERVICES,
PRICEWATERHOUSE-
COOPERS AG,
ZÜRICH



JONAS SIGRIST,
CAND. IUR., ASSISTANT,
TAX AND LEGAL SERVICES,
PRICEWATERHOUSE-
COOPERS AG, ZÜRICH

lageprinzip dem bisher geläufigen Terminus Kapitalrückzahlungsprinzip vorzuziehen, weil letzterer den Eindruck erwecken könne, er liesse die steuerfreie Rückzahlung nur an die Person des Einlegers zu [11]. Aufgrund der Marginalie «Kapitaleinlageprinzip» in nArt. 7b StHG hat sich dieser Begriff mittlerweile weitgehend durchgesetzt, wobei die beiden Begriffe inhaltlich identisch sind [12]. Der Terminus

«Auf Bundesebene wird das modifizierte Kapitaleinlageprinzip eingeführt.»

modifiziertes Kapitaleinlageprinzip (früher: modifiziertes Kapitalrückzahlungsprinzip) wird bis anhin von einem Grossteil der Lehre als modifiziertes Nennwertprinzip bezeichnet [13].

4. DAS NEUE KAPITALEINLAGEPRINZIP IM ALLGEMEINEN

Der Wortlaut der neuen Bestimmung besagt lediglich, dass die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, gleich behandelt wird wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital. Die Gratisaktienbesteuerung wird demgegenüber mangels Änderung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG und Erwähnung in nArt. 20 Abs. 1^{bis} DBG bestehen bleiben. Auf Bundesebene wird somit das *modifizierte Kapitaleinlageprinzip* eingeführt, wobei diese Regelung erst am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird [14]. Den Kantonen wird es freigestellt bleiben, ob sie die Ausgabe von Gratisaktien weiterhin besteuern oder im Sinne des reinen Kapitaleinlageprinzips auf eine Gratisaktienbesteuerung verzichten und entsprechende Nennwertrückzahlungen besteuern, soweit die Gratisaktien aus thesaurierten Gewinnen liberiert worden sind. Mit anderen Worten hält das USTRG II das modifizierte Kapitaleinlageprinzip harmonisierungsrechtlich als Mindeststandart fest [15].

Weil bei einer Ausschüttung dem Steuerpflichtigen die Beweislast der Rückzahlung einer nach 1996 geleisteten Einlage als steuerhemmende Tatsache obliegen wird, ist den betroffenen Gesellschaften dringend zu empfehlen, alle entsprechenden Einlagen gut zu dokumentieren. Die Berücksichtigung aller seit 1997 geleisteten Einlagen ist unbedenklich, denn die Steuerfreiheit bezieht sich nur auf nach dem Inkrafttreten des Kapitaleinlageprinzips vorgenommene Kapitalrückzahlungen. Damit beschränkt sich die Anwendbarkeit der neuen Norm auf Sachverhalte, welche sich vor ihrem Inkrafttreten noch nicht abschliessend verwirklicht haben und ist daher als unechte Rückwirkung zu qualifizieren, die mangels einer Verletzung berechtigten Vertrauens unproblematisch ist [16].

5. EINZELNE ASPEKTE

5.1 Ausschüttungszulässigkeit. Obwohl in Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR (*Obligationenrecht*) nur ausdrücklich für Agio vorgesehen ist, dürfte weitgehend unbestritten sein, dass alle Ka-

pitaleinlagen grundsätzlich der gesetzlichen Reserve zuzuweisen sind und damit der Ausschüttungsbeschränkung von Art. 671 Abs. 3 OR unterliegen [17]. Ein Teil der Lehre ist demgegenüber viel restriktiver: Gemäss *Untersander* erfasst das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) nicht nur das Aktienkapital, sondern *sämtliche* Kapitaleinlagen. Nach Art. 660 Abs. 1 OR habe der Aktionär nur ein Recht auf einen Anteil am Bilanzgewinn; jede Rückzahlung von Kapitaleinlagen sei nur mittels einer die Gläubigerrechte schützenden Kapitalherabsetzung zulässig [18]. Die wohl vorherrschende Meinung subsumiert mit Hinweis auf Art. 624 Abs. 1 OR nur – aber immerhin – Agios unter das Verbot der Einlagerückgewähr und lässt damit dessen Ausschüttung im Emissionsjahr nicht zu [19]. Während eine Minderheitsmeinung Agios zeitlich unbeschränkt dem Verbot der Einlagerückgewähr unterstellt [20], halten die meisten Autoren die Ausschüttung von Agio in den Folgejahren nach dessen Zuweisung zur allgemeinen Reserve für zulässig [21]. In der Praxis wird der wohl vorherrschenden liberaleren Auffassung gefolgt [22]. Mangels Statuierung eines ausdrücklichen Ausschüttungsverbots ist dieser Auffassung als Ausfluss der Privatautonomie zuzustimmen [23]. Auch der Bundesrat scheint in der Botschaft davon auszugehen, dass eine Kapitalrückzahlung in der Form einer Substanzdividende zulässig ist [24, 25].

5.2 Ausschüttungsreihenfolge. Zu klären ist die Frage, in welchem Verhältnis thesaurierte Gewinne und Kapitaleinlagen ausschüttbar sind. *Untersander* hat sich dem Grundsatz nach für eine serielle Ausschüttungsreihenfolge ausgesprochen, wonach zuerst alle Gewinnrücklagen auszuschütten seien, soweit nicht eine Teil- oder Totalliquidation erfolge [26]. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte bei jeder Dividende zulasten der allgemeinen Reserve eine proportionale Ausschüttung zulässig sein. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber von der Aufführung der Kapitaleinlagen als separater Bilanzposten ausgeht [27], spricht sogar dafür, der ausschüttenden Gesellschaft das Wahlrecht zu belassen, ob sie eine ausserordentliche Gewinnausschüttung oder eine Kapitalrückzahlung zu Lasten der allgemeinen Reserve vornehmen möchte. Ein solches Wahlrecht wäre mit dem Wahlrecht zwischen der Vornahme einer ausserordentlichen Gewinnausschüttung und einer Kapitalherabsetzung kongruent und der einzige konsequente Weg, die Eigenkapitalbeschaffung zu flexibilisieren. Ein solches Wahlrecht ist zudem praktikabel und wirkt sich aufgrund der Rückzahlungsschranke nach Art. 671 Abs. 3 OR nicht negativ auf die Gläubigerinteressen aus. Im Gegenteil ist eine Flexibilisierung der Eigenkapitalfinanzierung aus Gläubigersicht wünschenswert, denn im Gegensatz zu einer Fremdkapitalbeschaffung bleibt den Anteilinhabern die Rückzahlung geleisteter Kapitaleinlagen verwehrt, wenn sich die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschlechtert.

Eine Gesellschaft könnte in Betracht ziehen, den unter das Kapitaleinlageprinzip fallenden Anteilinhabern Kapitaleinlagen und den unter das Buchwertprinzip fallenden Aktionären thesaurierte Gewinne auszuschütten. Ein entsprechender GV-Beschluss wäre nicht nur äusserst unpraktikabel

und infolge einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 66o OR) anfechtbar, sondern geradezu rechtsmissbräuchlich. Eine solche Ausschüttung aus verschiedenen «Töpfen» wäre zivilrechtlich bedeutungslos und wirtschaftlich absonderlich, womit sie als Steuerumgehung zu qualifizieren wäre.

Mit der Revision des Rechnungslegungsrechts wird die Verwendbarkeit der gesetzlichen Kapitalreserve zuzuweisenden Kapitaleinlagen ausdrücklich geregelt (Art. 671 E-OR) [28]. Es ist zu hoffen, dass die restriktiven Verwendungsmöglichkeiten der Kapitalreserve überarbeitet und den Verwendungsmöglichkeiten der allgemeinen Reserve (unter neuem Recht: «gesetzliche Gewinnreserve») angepasst werden.

5.3 Offene und verdeckte Einlagen des Anteilnehmers.

Aus dem Wortlaut von nArt. 20 Abs. 3 DBG, nArt. 7b StHG und nArt. 5 Abs. 1^{bis} VStG ist ersichtlich, dass grundsätzlich alle Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse, welche die Inhaber der Gesellschaft aufgrund des Beteiligungsverhältnisses geleistet haben, als steuerfrei rückzahlbare Kapitaleinlagen zu qualifizieren sind. Unter den Begriff der Kapitaleinlage fallen daher neben Agios und Zuschüssen auch sanierungshalber vorgenommene Forderungsverzichte der Beteiligten, soweit die Forderung verdecktes Eigenkapital darstellte oder das Darlehen aufgrund der schlechten Geschäftslage von einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wäre [29].

Die Tatsache, dass auf die in Art. 20 Abs. 3 lit. b E-DBG [30] vorgesehene Pflicht zur Führung eines gesonderten Bilanzpostens für Kapitaleinlagen und die Meldepflicht von Kontostandsänderungen gegenüber der Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) verzichtet wurde, indiziert, dass auch verdeckte Kapitaleinlagen privilegiert zu behandeln sind. Auch verdeckte Kapitaleinlagen sind nach Art. 60 lit. a DBG nicht erfolgswirksam und unterliegen gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a StG (Bundesgesetz über die Stempelabgaben) der Emissionsabgabe. Der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV, Bundesverfassung) spricht ebenfalls für die Gleichbehandlung verdeckter mit offenen Kapitaleinlagen bezüglich der steuerfreien Rückzahlung.

Allerdings statuiert Art. 125 Abs. 3 revDBG die Pflicht zur Deklaration der in der Handelsbilanz aufgeführten Kapitaleinlagen i. S. v. nArt. 20 Abs. 3 DBG. Zudem ist es nicht gelungen, den Begriff der Kapitaleinlage mit Art. 60 lit. a DBG zu verknüpfen [31]. Dies spricht dafür, dass verdeckte Kapitaleinlagen aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips zumindest vor der Rückzahlung nicht nur in der Steuer-, sondern auch in der Handelsbilanz offengelegt werden müssen. Infolge der heute bestehenden handelsrechtlichen Höchstwertvor-

«Verdeckte Kapitaleinlagen sollten bezüglich der Einkommenssteuer ohne nachträgliche Aufführung in der Handelsbilanz steuerfrei rückzahlbar sein, soweit der Verlauf des Kapitaleinlagebestands lückenlos dokumentiert werden kann.»

schriften und der weitgehenden Möglichkeit zur Bildung stiller Reserven (vgl. Art. 669 Abs. 3 OR) sind indessen Inkongruenzen zwischen der Handels- und Steuerbilanz unvermeidbar. Deshalb sollten verdeckte Kapitaleinlagen bezüglich der Einkommenssteuer ohne nachträgliche Aufführung in der Handelsbilanz steuerfrei rückzahlbar sein, soweit der Verlauf des Kapitaleinlagebestands lückenlos dokumentiert werden kann [32].

Der Entwurf der Revision des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts sieht die separate Bilanzierung von Kapitaleinlagen als gesetzliche Kapitalreserve vor [33]. Diese Massnahme zielt aber gemäss der Botschaft nicht auf den Ausschluss verdeckter Kapitaleinlagen ab, sondern bezweckt die Vermeidung der Doppelbesteuerung der eingeschossenen Mittel [34] – auch dies ein Grund, die einkommenssteuerfreie Einlagenrückzahlung einzig von einer lückenlosen Dokumentation des Einlagenbestands abhängig zu machen.

nArt. 5 Abs. 1^{bis} VStG knüpft die verrechnungssteuerfreie Ausschüttung von Kapitaleinlagen ausdrücklich an die Füh-

zung eines separaten Kontos in der Handelsbilanz und an die Meldung jeder Kontostandsveränderung der ESTV gegenüber. Diese Pflicht zur Nachführung eines nur steuerrechtlich massgeblichen Tatbestands [35] in der Handelsbilanz führte jedoch zu einem umgekehrten Massgeblichkeitsprinzip, welches im Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Obligationen- und Rechnungslegungsrechts entschieden abgelehnt worden ist und deshalb im Entwurf keinen Niederschlag gefunden hat [36]. Aufgrund des klaren Wortlauts von nArt. 5 Abs. 1^{bis} VStG dürfte jedoch die separate Aufführung in der Handelsbilanz und die Meldung an die ESTV zur verrechnungssteuerfreien Rückzahlung von Kapitaleinlagen unumgänglich sein. Eine unterschiedliche Anwendung des Kapitaleinlageprinzips bei der Einkommens- und der Verrechnungssteuer würde allerdings dem Sicherungssteuerkonzept letzterer nicht gerecht.

5.4 Einlage von Nahestehenden. Der Entwurf des USTRG II sah die steuerfreie Rückzahlungsmöglichkeit nur für Kapitaleinlagen vor, welche *unmittelbar* durch die Inhaber der Beteiligungsrechte geleistet worden sind [37]. Von einem nahestehenden Dritten geleistete Einlagen (z. B. Zuschuss einer Schwestergesellschaft) wären demnach vom Kapitaleinlageprinzip ausgenommen gewesen [38]. Die Streichung des Wortes «unmittelbar» in der definitiven Vorlage lässt daher nur den Schluss zu, dass auch Leistungen Dritter, welche aufgrund des Beteiligungsverhältnisses erbracht worden sind, als privilegierte Kapitaleinlagen zu qualifizieren sind. Die Berücksichtigung der Einlagen Nahestehender drängt sich auch aufgrund der im Bereich der direkten Bundessteuer herrschenden Dreieckstheorie [39] auf, denn die Zuwendung des nahestehenden Dritten ist für den (privaten) Anteilinhaber der begünstigten Gesellschaft bereits im Zeitpunkt der Ausrichtung der geldwerten Leistung steuerwirksam.

5.5 Verlustverrechnung. Gemäss Art. 671 Abs. 3 OR können Kapitaleinlagen als Bestandteil der allgemeinen Reserve in jedem Fall zur Verlustausbuchung verwendet werden. Soweit eine solche Verlustverrechnung erfolgt, geht die so verwendete Kapitaleinlage unter und kann daher nicht mehr an den

Anteilinhaber zurückgeführt werden [40]. Eine Wiederherstellung mit Verlusten verrechneter Kapitaleinlagen muss aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips abgelehnt werden, weshalb die Betroffenen auf die Vornahme solcher Verlustverrechnungen verzichten sollten. Allerdings gilt im Rahmen von Sanierungen die Beseitigung von Verlusten als Voraussetzung für den Erlass der Emissionsabgabe [41]. Diese Praxis müsste auf eine rechnerische und nicht auf eine buchhalterische Beseitigung beschränkt werden. Der Entwurf der Aktien- und Rechnungslegungsrechtsrevision lässt in Art. 674 Abs. 1 Ziff. 4 OR die Verrechnung der Kapitaleinlagen mit Verlusten nur soweit zu, als keine thesaurierten Gewinne mehr vorhanden sind [42].

5.6 Transponierung. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis können die Steuerfolgen einer Transponierung unter Geltung des Nennwertprinzips mittels der sogenannten Agio-Lösung vermieden werden. Danach bleibt die den Nennwert der veräusserten Beteiligung übersteigende Gegenleistung steuerfrei, sofern dieser Betrag einem Reservenkonto der selbstbeherrschten Gesellschaft gutgeschrieben wird, welcher aufgrund des Nennwertprinzips bei der Auszahlung steuerbar ist [43]. In der Botschaft zur USTR II wurde die Agio-Lösung unter Geltung des Kapitaleinlageprinzips als unzulässig erachtet und vorgeschlagen, statt dem Agio könnte die Gegenleistung den offenen Reserven zugewiesen werden [44]. Letzteres verstiesse gegen zwingendes Handelsrecht und ist daher abzulehnen [45]. *Poltera/Walk* sind der Ansicht, dass die Agio-Lösung auch unter dem Kapitaleinlageprinzip durch Zuweisung des Erlöses an die nicht privilegierte Reserve zulässig sei [46]. Der Wortlaut von nArt. 20 Abs. 3 DBG bzw. nArt. 7 b StHG liefert keine Anhaltspunkte, wonach durch eine unterlassene separate Ausweisung der Kapitaleinlagen in der Handelsbilanz eine nicht privilegierte Kapitaleinlage entstände. Wenn der hier vertretenen Auffassung gefolgt wird, sind bei den steuerfrei rückzahlbaren Kapitaleinlagen Differenzen zwischen Handels- und Steuerbilanz möglich. Danach können also handelsrechtlich ausgewiesene Einlagen als steuerlich nicht privilegiert gelten. Dies gilt bestimmt für Einlagen, die vor 1997 gemacht wurden; das

sollte aber auch für Einlagen im Rahmen einer Agio-Lösung möglich sein.

6. FAZIT UND HANDLUNGSBEDARF

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einführung des Kapitaleinlageprinzips verschiedene Unklarheiten mit sich bringen wird, welche die Praxis zu klären hat. Insbesondere wird abzuwarten sein, ob bezüglich der Ausschüttungsreihenfolge und der Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen der hier vertretenen Auffassung entsprochen oder eine andere Stossrichtung verfolgt wird.

Die erforderliche Rechtssicherheit wird voraussichtlich erst mit dem Inkrafttreten des revidierten Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts hergestellt. Dabei ist zu hoffen,

dass die Verwendung der separat auszuweisenden Kapitaleinlagen nicht restriktiver als jene der übrigen gesetzlichen Reserven geregelt wird.

Solange die mit der bevorstehenden Einführung des Kapitaleinlageprinzips verbundenen Unklarheiten noch nicht beseitigt sind, besteht für die betroffenen Gesellschaften folgender Handlungsbedarf:

1. Dokumentation aller seit dem 1.1.1997 getätigten Einlagen.
2. Offenlegung aller Kapitaleinlagen in der Handelsbilanz.
3. Keine Rückzahlung von Kapitaleinlagen bis 2011.
4. Keine Verrechnung der Einlagen mit Verlustvorträgen.

Anmerkungen: 1) Vgl. BBl 2007, S. 2323, S. 2326 und S. 2328; AS 2008, S. 2895, S. 2898 und S. 2900. 2) Vgl. statt vieler Reich Markus, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Basel 2008, 2. Aufl., N 37 f. zu Art. 20 DBG, m. w. H. 3) Vgl. EFD Rohstoff, Die Unternehmenssteuerreform II begünstigt den Wirtschaftsstandort Schweiz, S. 13, <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/6.pdf>, besucht am 8. August 2008. 4) Eine Flexibilisierung der Eigenkapitalbeschaffung ist auch im Rahmen der geplanten Änderung des Aktienrechts mittels Einführung eines Kapitalbands nach Art. 653 ff. E-OR geplant (BBl 2008, S. 1652 ff. und S. 1763). Gemäss dem Entwurf gelten jedoch Kapitaleinlagen als gesetzliche Kapitalreserven (Art. 671 Abs. 1 E-OR) und dürfen als solche nur zur Verlustdeckung, für Massnahmen gegen schlechten Geschäftsgang und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verwendet werden (Art. 671 Abs. 2 E-OR) (BBl 2008, S. 1659 und S. 1767 f.). Mit der Einführung dieser Ausschüttungsrestriktion würde die Rückzahlung von Kapitaleinlagen ausser in Liquidationsfällen faktisch verunmöglicht und damit die steuerlich neu geschaffene Flexibilität handelsrechtlich vereitelt, weshalb Art. 671 Abs. 2 E-OR einer Überarbeitung oder Streichung bedarf (vgl. Röthlisberger René/Pflüger-Niggli Sarah, Steueraspekte gemäss Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, in: Der Schweizer Treuhänder 6–7/2008, S. 478; Glanzmann Lukas, Die grosse Aktienrechtsrevision, in: Der Schweizer Treuhänder 9/2008, S. 671). 5) Entscheid 2A.53/2000 = ASA 70, 289 = StE 2001 B 24.4 Nr. 60 = Pra 2000, Nr. 182 = StR 12/2000, S. 802 ff. 6) Art. 20 Abs. 1 VStV statuiert für die Verrechnungssteuer explizit das reine Nennwertprinzip, wobei der Bundesrat über seine Vollziehungskompetenz (Art. 73 Abs. 1 VStG, Art. 182 Abs. 2 BV) hinaus, ohne Einhaltung der allgemeinen Delegationsgrundsätze, eine gesetzesvertretende Bestimmung erlassen hat. Trotzdem wurde die Gesetzmässigkeit von Art. 20 Abs. 1 VStV vom Bundesgericht mit Ausnahme der Rückübertragung unterbewertet bzw. verdeckt eingebrachter Sachwerte (sog. Rückübertragung in specie) bejaht (vgl. BGE 97 I 438; 98 Ib 140; 107 Ib 325). Die EstV wendet das reine Nennwertprinzip ohne Ausnahme an und die vorbehaltlose Anwendung von Art. 20 Abs. 1 VStV durch das Bundesgericht in neuerer Zeit (Entscheid vom 29. Januar 1992 = ASA 61, S. 74) legt den Schluss nahe, dass die Praxis der EstV vollumfänglich geschützt würde (vgl. Bauer-Balmelli Maja, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Diss. Zürich 2001, S. 72 f.; Untersander Oliver, Kapitalrückzahlungsprinzip im schwei-

zerischen Steuerrecht, Diss. Zürich 2003, S. 81 ff.; Neuhaus Markus, Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht, in: Neuhaus/Zumoffen Fruttero/Voyame/Raemy/Javet/Scherrer/Watter/Marti (Hrsg.), Verdeckte Gewinnausschüttungen, Zürich 1997, S. 30). 7) Vgl. statt vieler Untersander, a. a. O., S. 77 f., m. w. H. 8) Vgl. Untersander, a. a. O., S. 79.; Reich, a. a. O., N. 37 f. zu Art. 20 DBG, Höhn Ernst/Waldburger Robert, Steuerrecht, Band II, Bern/Stuttgart/Wien 2002, N 99 f. zu § 39. 9) So dem Grundsatz nach gemäss § 20 Abs. 1 lit. c S. 1 StG der Kanton Zürich. Zu den bedeutenden Einschränkungen in der Praxis siehe Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan/Meuter Hans Ulrich, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. Aufl., Zürich 2006, N 15, N 117 ff. und N 200 zu § 20; siehe auch unten Anm. 25. 10) Vgl. dazu die Aufstellung bei Untersander, a. a. O., S. 95 ff., welcher zudem eine feingliedrigere eigene Terminologie verwendet. 11) BBl 2005, S. 4801. 12) Vgl. Untersander Oliver, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, Zürich 2005, Anm. 12. 13) So z. B. Reich, a. a. O., N 38 zu Art. 20 DBG; Neuhaus, a. a. O., S. 30 f.; Bauer-Balmelli, a. a. O., S. 73. 14) AS 2008, S. 2902. 15) Untersander, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 11. 16) Vgl. Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 342. 17) Vgl. Neuhaus Markus/Schönbächler Bruno, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 18 und N 36 zu Art. 671 OR. Soweit die allgemeine Reserve 50% des Aktienkapitals übersteigt, wird in der Praxis eine direkte Zuweisung an die freie Reserve vorgenommen (vgl. Treuhänder-Kammer [Hrsg.], Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Zürich 1998, S. 434. [zit. HWP I]). 18) Untersander, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, S. 68 f. und 126 f.; relativierend hinsichtlich der Botschaft derselbe, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 28 f. 19) Neuhaus/Schönbächler, a. a. O., N 36 zu Art. 671 OR; Kurer Peter, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 19 zu Art. 680 OR, m. w. H.; Gegen diese Einschränkung der Kapitalrückzahlung hingegen Binder Peter, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Aktienrecht, Diss. Zürich 1981, S. 26 und S. 31. 20) So insbesondere Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Basel 2004, N 526 ff. zu § 12, mit einem Hinweis auf die Vertreter der verschiedenen Auffassungen in Anm. 913. 21) So insbesondere die in Anm. 19 erwähnten Autoren. 22) HWP I, S. 426 f. 23) Weil unter der Geltung des Nennwertprinzips die Ausschüttung von Agio an

Stelle einer Nennwertreduktion aus steuerrechtlicher Sicht unsinnig wäre, wurde das Bundesgericht noch nie dazu veranlasst, zu dieser Frage Stellung zu nehmen (in BGE 132 III 668, E. 3.2.1. wird das Agio im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz erwähnt, ohne dass die Frage der späteren Ausschüttbarkeit angesprochen würde). 24) BBl 2005, S. 4800; siehe auch Untersander, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 28 f. und S. 36. 25) Die bisherige zürcherische Praxis liess demgegenüber die steuerfreie Kapitalrückzahlung nur bei einer formellen Liquidation oder Kapitalherabsetzung zu (Entscheid der Steuerrekurskommission vom 30. Januar 1997 = StE 1997 B 24.4 Nr. 44). Diese Beschränkung des Kapitaleinlageprinzips auf Liquidationstatbestände wird unseres Erachtens mit nArt. 7 b StHG nicht vereinbar sein. 26) Untersander, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 28 f. und S. 53 f. 27) Dazu unten, Ziff. 5.3. 28) BBl 2008, S. 1768; siehe auch Anm. 4. 29) Vgl. Ziff. 3 lit. b des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV vom 1. Juli 1981; HWP I, S. 366; BBl 2005, S. 4802. 30) BBl 2005, S. 4878. 31) Vgl. den diesbezüglichen Vorschlag von Untersander, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 41 f. 32) Gegen eine solche Nachführungspflicht der Handelsbilanz auch Untersander, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, S. 42; Uebelhart Peter/Morf Catherine, Unternehmenssteuerreform II – erste kritische Übersicht, in: Der Schweizer Treuhänder 9/2005, S. 711. 33) Siehe dazu Anm. 4. 34) BBl 2008, S. 1659. 35) Nach der hier vertretenen Ansicht kommt aus handelsrechtlicher Sicht dem Umstand, inwiefern die Mittel der allgemeinen Reserve aus thesaurierten Gewinnen oder aus Kapitaleinlagen stammen, zum heutigen Zeitpunkt keine Bedeutung zu. Dies wird sich voraussichtlich mit der Revision des Rechnungslegungsrechts aufgrund der geplanten Einführung eines separaten Bilanzpostens «gesetzliche Kapitalreserve», worunter sämtliche Kapitaleinlagen fallen werden, ändern (vgl. dazu Anm. 4). 36) Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern 2007, S. 32 f. Siehe auch Röthlisberger/Pflüger-Niggli, a. a. O., S. 475. 37) BBl 2005, S. 4878 und 4881. 38) Vgl. BBl 2005, S. 4802. 39) Vgl. dazu statt vieler Reich, a. a. O. N 52 ff. zu Art. 20 DBG. 40) Die Verlustausbuchung mittels Kapitaleinlagen sollte unter Geltung des Kapitaleinlageprinzips selbstverständlich nicht erfolgswirksam sein und deshalb später steuerwirksam nachgeholt werden können (vgl. auch Ziff. 1 des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV vom 1. Juli 1981 betreffend Forderungsverzicht bei Sanierung).

41) Siehe Ziff. 2.3.3. des Entwurfs 1.2 der ESTV vom 20. Juni 2008 zum Kreisschreiben «Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften». 42) BBl 2008, S. 1769. 43) Bundesgerichtsentscheid 2A.513/1995 = ASA 68 S. 422, E. 2c; Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 3. Februar 1987, in: ASA 55 S. 497f. Die Legaldefinition der

Transponierung in Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 7a Abs. 1 lit. b StHG steht der Agio-Lösung nicht entgegen (Reich, a.a.O., N 35 zu Art. 20a DBG). 44) BBl 2005, S. 4807. 45) Vgl. Altorfer Jürg/Altorfer Jürg B., Transponierung und indirekte Teilliquidation im neuen gesetzlichen Kleid, in: ISIS Seminar «Aktuelle Probleme und Reform der

Unternehmensbesteuerung», Flims 29./30. Januar 2007, S. 34. Siehe auch oben Ziff. 5.1. 46) Poltera Flurin/Walk Annette, Steuerliche Gestaltung der Nachfolge bei Kapitalgesellschaften, in: Der Schweizer Treuhänder 5/2007, S. 403 Anm. 10.

RÉSUMÉ

Le principe de l'apport en capital dans la réforme de l'imposition des entreprises II

Le principe de l'apport en capital entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011 dans le cadre de la loi sur la réforme de l'imposition des entreprises II. En vertu du nouvel article 20 alinéa 3 LIFD (*loi sur l'impôt fédéral direct*) et de l'article 7b LHID (*loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes*), le remboursement d'apports, d'agios et de versements supplémentaires effectués après 1996 sera traité de la même manière qu'un remboursement du capital nominal. Actuellement, le remboursement des apports en capital dépassant le capital nominal est traité de différentes manières sur le plan privé. La Confédération et la plupart des cantons appliquent le principe de la valeur nominale, selon lequel tout remboursement du capital propre à un titulaire de parts qui détient sa participation dans sa fortune privée est soumis à l'impôt sur le revenu dans la mesure où il ne s'agit pas d'un remboursement du capital nominal. Une minorité de cantons applique le principe dit de l'apport en capital, selon lequel tous les apports de fonds propres effectués par le titulaire de parts sont remboursables en franchise d'impôt sur le revenu. Les actions gratuites et les augmentations gratuites de la valeur nominale ne sont taxées qu'au moment du remboursement et uniquement si elles ont été libérées au moyen de bénéfices thésaurisés. Le principe de l'apport en capital modifié, qu'une grande partie de la doctrine désigne aussi par principe de la valeur nominale modifiée, diverge du principe de base en ce sens que toutes les augmentations gratuites de la valeur nominale sont soumises à l'impôt sur le revenu au moment de leur émission

(comme avec le principe de la valeur nominale). S'agissant de l'impôt fédéral direct, l'imposition des actions gratuites sera maintenue malgré l'application du principe de l'apport en capital. Le traitement fiscal des augmentations gratuites de la valeur nominale est laissé à la discrétion des cantons. La réforme de l'imposition des entreprises II institue donc, par le biais du droit de l'harmonisation fiscale, le principe de l'apport en capital modifié comme standard minimal.

Malgré son libellé très succinct, cette disposition soulève quelques questions. Il faut tout d'abord examiner sous quelles conditions des apports en capital peuvent être distribués et ensuite quelle est la relation entre les distributions et les bénéfices réalisés. Selon la doctrine dominante, les apports en capital doivent être affectés à la réserve générale et sont donc distribuables lorsque cette dernière dépasse la moitié du capital nominal (cf. art. 671 al. 3 CO). Si des apports en capital sont distribuables au sens du droit commercial, nous sommes d'avis que la société a le droit de choisir entre une distribution de bénéfices thésaurisés ou d'apports en capital. Ce droit découle de l'autonomie privée et de la possibilité qu'ont les sociétés de préférer une réduction de la valeur nominale à une distribution de bénéfices.

En raison de la divergence entre les nouveaux articles 20 al. 3 LIFD et 7b LHID, d'une part, et le nouvel article 5 al. 1^{bis} LIA (*loi fédérale sur l'impôt anticipé*), d'autre part, il faut en outre se demander dans quelle mesure la comptabilisation des apports en capital sur un compte spécial du bilan commercial est

aussi une condition à leur exonération fiscale en cas de remboursement. Les apports en capital dissimulés étant prévus par l'article 60 let. a LIFD et soumis au droit de timbre d'émission en vertu de l'article 5 al. 2 let. a LT (*loi fédérale sur les droits de timbre*), les auteurs sont partisans – au vu du principe de l'imposition selon la capacité économique (art. 127 al. 2 Constitution fédérale) – d'une possibilité de remboursement en franchise d'impôt pour les apports en capital dissimulés, pour autant que leur existence puisse être documentée sans faille. Si l'on suit ce raisonnement jusqu'au bout, une solution devrait aussi être possible pour les agios en cas de transformation de l'entreprise. L'apport visé devra alors être enregistré comme «non privilégié» aux fins fiscales.

Si des apports en capital sont compensés par des pertes, les premiers disparaissent. Une réintégration des apports en capital compensés par des pertes ne doit pas être permise en raison du principe d'autorité du bilan commercial pour l'impôt (*Massgeblichkeitsprinzip*).

Étant donné ces insécurités juridiques, il est recommandé à toutes les sociétés qui disposent d'apports en capital effectués après 1996 de tenir un inventaire complet et actualisé de ces apports et de les faire apparaître dans le bilan commercial. Pour éviter la disparition d'un substrat remboursable en franchise d'impôt, il convient en outre de ne pas compenser des apports en capital avec des pertes reportées et de ne procéder à aucun remboursement d'apport jusqu'en 2011. CR/JS/PB