

In diesem ersten Teil des Beitrags werden die Tragweite der Gesetzesänderung, das bisherige Recht und die Veranlagungspraxis sowie das neue Recht nach dem Unternehmenssteuerreformgesetz II behandelt.

JÜRIG ALTORFER

JÜRIG B. ALTORFER

DAS KAPITALEINLAGEPRINZIP

Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen (1. Teil)*

1. EINLEITUNG

Im Zuge der *Unternehmenssteuerreform II (USTR II)* hat das Parlament einen bemerkenswerten und seit langem geforderten Systemwechsel vom Nennwert- zum Kapitaleinlageprinzip geschaffen. Ein grober Systemfehler des schweizerischen Steuerrechts wurde damit beseitigt. Die Analyse der Auswirkungen und verschiedener Fallkonstellationen zeigt, dass der Umgang mit den neuen Gesetznormen neue Fragestellungen aufwirft und in unerwartet vielen Bereichen ein Umdenken der Pflichtigen, der Berater, der Steuerbehörden und der Gerichte erfordert. Im vorliegenden ersten Teil werden die Hintergründe der neuen Normen, die Gesetzesgrundlagen und die handelsrechtlichen Erfordernisse untersucht. «Der Schweizer Treuhänder» publiziert den zweiten Teil, der verschiedenste konkrete Fragestellungen behandelt, in der nächsten Ausgabe (ST 09/5).

2. PROBLEMSTELLUNG

2.1 Tragweite der Gesetzesänderung. Der Übergang vom Nennwert zum Kapitaleinlageprinzip wird als Systemwechsel bei der Besteuerung des Vermögensertrags wahrgenommen. Bei genauer Betrachtung zeigt sich indessen, dass nur diejenigen Vermögenserträge betroffen sind, welche auf ein Beteiligungsrecht im Privatvermögen einer natürlichen Person bzw. einer ausländischen Person und innerhalb dieser Kategorie nur jene Rückflüsse, die auf eine frühere Einlage in das Eigenkapital der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zurückgehen. Dennoch ist die Tragweite der Gesetzesänderung in technischer Hinsicht nicht zu unterschätzen und es erstaunt, dass die Ausführungen dazu in der Botschaft

zur USTR II [1] nur vier Seiten umfassen und wichtige Fragen für die Anwendung in der Praxis aus der Optik des historischen Gesetzgebers offen lassen.

2.2 Rückflüsse aus Beteiligungsrechten im Privatvermögen. Aus *finanzwirtschaftlicher* Sicht entstehen geldwerte Vorteile aus Beteiligungen entweder bei der Ausschüttung von Mitteln durch die Gesellschaft, an welcher die Beteiligungsrechte gehalten werden, an die Inhaber der Beteiligungsrechte oder wenn Mittel, die ursprünglich von Inhabern der Beteiligungsrechte in die Gesellschaft in Form von Eigenkapital investiert wurden, an die Inhaber der Beteiligungsrechte zurückgeführt werden. Diese Unterscheidung ist auch in *steuerlicher* Hinsicht vorzunehmen.

2.2.1 Vermögensertrag. Das *Bundesgesetz über die direkten Bundessteuern (DBG)* und die meisten kantonalen Steuergesetze folgen bei der Definition des Vermögensertrages der sogenannten objektbezogenen Betrachtungsweise. Ausgehend von der Behandlung in der Gesellschaft bildet jeder geldwerte Vorteil aus Beteiligungen Vermögensertrag, welcher keine Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital darstellt. Sämtliche Mittel, die von der Gesellschaft erwirtschaftet wurden, sind im Zeitpunkt ihrer Ausschüttung gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG als Vermögensertrag steuerbar. Die Verhältnisse beim empfangenden Steuersubjekt, welches die Beteiligungsrechte im Privatvermögen hält, bleiben unberücksichtigt, weshalb die Steuerfolgen insbesondere unabhängig vom Erwerbspreis der Beteiligungsrechte sind. Die Nichtachtung der Tatsache, dass mit den Beteiligungsrechten regelmässig eine latente



JÜRIG ALTORFER,
DR. OEC. HSG,
DIPL. STEUEREXPERTE,
PARTNER, DOZENT,
SCHWEIZERISCHES
INSTITUT FÜR STEUER-
LEHRE, ALTORFER
DUSS & BEILSTEIN AG,
ZÜRICH, WWW.ADBTAX.CH



JÜRIG B. ALTORFER,
DR. OEC. PUBL., KONSULENT
UNTERNEHMENSSTEUERN,
KANTONALES STEUERAMT
ZÜRICH, VORSITZENDER
DER SSK-ARBEITSGRUPPE
UNTERNEHMENSSTEUERN,
DOZENT UND FACHBEIRAT
AM SIST, ZÜRICH

Steuerlast erworben wird, heisst landläufig «Den letzten beißen die Hunde». Lediglich die Kantone Graubünden und Basel-Stadt folgen auch im Privatvermögen dem Gestehungskostenprinzip, wonach als Liquidationsüberschuss die Differenz zwischen Liquidationserlös und Gestehungskosten steuerbar ist (*subjektive Betrachtungsweise*) [2].

2.2.2 Rückzahlung von Eigenkapital. Nach Reich [3] gilt in den meisten Kantonen, nicht aber beim Bund, schon heute ein *Kapitaleinlageprinzip* oder *Kapitalrückzahlungsprinzip*, wonach nicht nur das einbezahlte Aktienkapital, sondern jede nachweisbar von den Aktionären getätigte Kapitaleinlage bzw. jeder Kapitalzuschuss steuerfrei rückzahlbar ist. Als Vermögensertrag ist nur steuerbar, was in der Gesellschaft über die von Aktionärsseite zur Verfügung gestellten Mittel hinaus erwirtschaftet und den Aktionären ausgeschüttet wird.

Der Bund hingegen folgt dem *Nennwertprinzip*, welches das steuerfrei rückzahlbare Kapital nicht an sachbezogenen, sondern an formalen Kriterien misst. Steuerfrei rückzahlbar sind nur die nominalen Kapitalanteile [4]. Der daraus resultierende, nur mit Praktikabilitätsgründen zu rechtfertigende Systemfehler, steht schon seit langem zur Korrektur an.

2.3 Konsequentes oder modifiziertes Kapitaleinlageprinzip? Der Blick in die Veranlagungspraxis zeigt, dass auch in jenen Kantonen, welche sich vom Nennwertprinzip gelöst haben, das Kapitaleinlageprinzip nicht mit letzter Konsequenz gilt, sondern nur punktuelle Annäherungen erfolgt sind. In diesen Fällen sollte besser von einem *modifizierten Nennwertprinzip* [5] gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund ist der gesetzgeberische Entscheid zu sehen, mit der USTR II konsequent zum Kapitaleinlageprinzip überzugehen und damit nicht nur eine vertikale und horizontale Harmonisierung bei den Einkommenssteuern zu bewirken, sondern auch den Abgleich mit der Verrechnungssteuer.

2.4 Kapitaleinlage- oder Kapitalrückzahlungsprinzip. In der Botschaft wird vermerkt, dass der Ausdruck *Kapitalrückzahlungsprinzip* zu vermeiden sei, weil damit der Anschein erweckt werde, dass einbezahltes Agio nur derjenigen Person einkommenssteuerfrei zurückbezahlt werden könne, welche es seinerzeit einbezahlt hat [6]. Im folgenden wird daher auch hier der Ausdruck *Kapitaleinlageprinzip* verwendet, wo es nicht um bisheriges kantonales Recht geht.

3. BISHERIGES RECHT UND VERANLAGUNGSPRAXIS

3.1 Gesetzliche Grundlagen. Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG sind Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aller Art (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen und dgl.) als Ertrag aus beweglichem Privatvermögen steuerbar. Die Anwendbarkeit des Nennwertprinzips ist durch die Nennung von Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen als geldwerte Vorteile ausdrücklich verankert [7]. Die stets kritisierte Anwendung des Nennwertprinzips auf Kapitalzuschüsse und Aufgelder lässt sich dagegen dem Gesetz selbst nicht entneh-

men, sondern geht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zurück [8].

3.2 Rechtsprechung

3.2.1 Gratisaktien. Sogenannte Gratisaktien entstehen aus einer Erhöhung des Aktienkapitals zu Lasten der Reserven. Die Aktiengesellschaft nimmt dabei keine Ausschüttung aus Gesellschaftsmitteln vor, und sie überträgt auch keine Vermögensrechte auf den Aktionär [9]. Der Gesellschafterbeschluss, die Kapitalerhöhung aus Reserven durchzuführen, bewirkt lediglich eine Kapitalumschichtung, und die quotenmässige Beteiligung jedes ihrer Aktionäre am Gewinn und Liquidationsergebnis bleibt, bezogen auf seinen gesamten Aktienbesitz vor und nach der Kapitalerhöhung, unverändert. Ein als Einkommen steuerbarer Vermögensertrag ist nicht zu erkennen, weil dem Aktionär kraft Mitgliedschaft vermögensrechtlich ein Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn und am Ergebnis der Liquidation zukommt, nicht etwa an Kapital und Reserven der Gesellschaft [10].

Während Gratisaktien im DBG ausdrücklich zu den steuerbaren «geldwerten Vorteilen» zählen, fehlte deren Erwähnung in dem bis Ende 1998 geltenden *Steuergesetz des Kantons Zürich (StG-ZH)*. Gestützt auf einen Entscheid der Oberrekurskommission Zürich von 1952 wurden die Ausgabe von Gratisaktien und seit 1959 auch die Gratisnennwerterhöhungen steuerlich deswegen auch nicht mehr erfasst. Angebracht wurde aber der Vorbehalt der Steuerumgehung, welche dann anzunehmen sei, wenn die Gratiserhöhung des Kapitals regelmässig erfolge oder die Kapitalerhöhung keine notwendige Anpassung an ein umfangreicher gewordenenes Betriebsvolumen der Gesellschaft darstelle. Ferner sei zu prüfen, inwieweit bei Veräusserung von Aktien, die aus Mitteln der Gesellschaft liberiert wurden, ein Kapitalgewinn erzielt worden sei [11].

Ein weiterer Vorbehalt erfolgte für Kapitalerhöhungen aus dem Gewinn oder aus einem Dividendenausgleichsfonds, weil darin eine durch Verrechnung mit einem unentziehbaren Dividendenanspruch getilgte Einzahlungspflicht des Aktionärs erblickt wurde [12], woraus auf eine Kapitaleinzahlung aus zuvor steuerbarem Einkommen zu schliessen war.

Diese alte Praxis hatte dann Eingang gefunden in § 20 Abs. 1 lit. c des harmonisierten Zürcher Steuergesetzes vom 8. Juni 1997, wo präzisierend normiert wurde, dass Gratisaktien im Zeitpunkt der Kapitalrückzahlung als Vermögensertrag steuerbar seien.

3.2.2 Ausländische Anlagevehikel. Betreffend ausländische Anlagevehikel – in casu eine Gesellschaft nach dem Recht der British Virgin Islands – hat das *Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (VGer)* festgestellt, dass die Regelung des Vermögensertrages vom Gesetzgeber aus der Sicht der leistenden Gesellschaft und nicht aus derjenigen des empfangenden Steuerpflichtigen konzipiert worden sei [13]. Das VGer ist somit der objektbezogenen Betrachtungsweise gefolgt.

Bei nennwertlosen ausländischen Beteiligungsrechten lässt sich das mitgliedschaftliche und vermögensrechtliche Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär nicht durch Anknüpfung an ein Nominalkapital ermitteln, son-

dern nur aus der anwendbaren Rechtsprechung und den Gesellschaftsstatuten. Massgebend sind die bei der juristischen Person gegebenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse und deren konkrete Auswirkung auf den Aktionär. Daher – so das VGer ZH in einem diesbezüglichen Entscheid – könne es nicht darauf ankommen, welcher schweizerischen juristischen Person eine ausländische Gesellschaft oder Körperschaft gleichgestellt würde. Aus dieser Optik erweise sich auch bei nennwertlosen Anteilen der vom Aktionär anlässlich der Aktienemission einbezahlte Betrag als Einzahlung in das Gesellschaftskapital und dessen Rückzahlung folglich als steuerfrei [14]. Auch dieser Entscheid beruht also auf dem Kapitalrückzahlungsprinzip, und in dessen Folge hat das Kantonale Steueramt Zürich seine Praxis zur Besteuerung von Anteilen an Société d'investissement à capital variable (SICAV) geändert [15].

3.2.3 Darlehenssimulation. Eine weitere Einschränkung ergibt sich bei Vorliegen eines simulierten Darlehens an den Inhaber der Beteiligungsrechte. Laut *Bundesgericht* (BGer) kann keine steuerfreie Rückzahlung von Kapitaleinlagen angenommen werden, wenn mit der Darlehenssimulation im Ergebnis eine Rückzahlung von Grundkapital erfolgt [16].

3.2.4 Transponierung. Typisierender Sachverhalt: Eine Gesellschaft mit einem Grundkapital von 100 erwirbt von ihrem beherrschenden Gesellschafter Beteiligungsrechte mit einem Nennwert von 200 in Liberierung einer Kapitalerhöhung oder gegen Gutschrift von 200. Da weder die Rückzahlung des nominellen Kapitals der Gesellschaft noch die Rückzahlung des Darlehens in der Folge die Einkommenssteuerpflicht auszulösen vermögen, wird mit dieser Umgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem einbringenden Gesellschafter und seinen Gesellschaften die latente Ausschüttungssteuerlast bei der erwerbenden Gesellschaft aufgehoben.

Dieser Betrachtung folgten nicht nur das BGer (verständlicherweise) für die direkte Bundessteuer [17], sondern auch die Instanzen des Kantons Zürich [18], welche dem Kapitalrückzahlungsprinzip verpflichtet gewesen wären [19]. Die Besteuerung der Differenz zwischen Einbringungswert und Nominalwert und die in der Praxis zur Vermeidung eines steuerbaren Transponierungsgewinnes angewandte Agiolösung gründen auf dem Nennwertprinzip.

3.3 Kritik am konsequenten Nennwertprinzip. Das Nennwertprinzip steht nicht nur im Widerspruch zum Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, welcher «weder im Wortlaut noch in der Teleologie des DBG eine Stütze» finden soll [20]. Das BGer verwickelt sich darüber hinaus auch noch selbst in Widersprüche, wenn es in der Vermögensertragsklausel hartnäckig eine Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten erblickt und gleichzeitig aus fiskalischen Gründen an der formalen Anwendung des Nennwertprinzips festhält.

An der Problematik, dass beim Verkauf einer Beteiligung eine latente Steuerlast an den Käufer mitgegeben wird, ändert sich durch das Kapitaleinlageprinzip grundsätzlich

nichts. Immerhin wird die latente Ausschüttungssteuerlast auf den Reserven aber betragsmässig auf denjenigen Teil reduziert, der nicht offen durch Inhaber von Beteiligungsrechten eingelegt wurde.

3.4 Zusammenfassung. Aus der Praxis des Kantons Zürich zur steuerlichen Behandlung von Gratisaktien wurde allgemein abgeleitet, der Kanton Zürich folge grundsätzlich dem Kapitaleinlage-, genauer dem Kapitalrückzahlungsprinzip [21]. Bei Gratisaktien handelt es sich aber nicht um einen Zufluss in das Eigenkapital der Gesellschaft aus dem Privatvermögen der Inhaber der Beteiligungsrechte, welcher steuerfrei sein muss. Mit der alten Praxis, welche im harmonisierten StG-ZH normiert wurde, ist der Besteuerungszeitpunkt der Mittel, welche in der Gesellschaft erarbeitet wurden, zwar auf den Zeitpunkt der Kapitalrückzahlung verschoben, gleichzeitig aber festgelegt worden, dass die Kapitalrückzahlung als solche steuerbar sei, soweit sie auf Gratisaktien zurückgeht. Die Erhöhung des Eigenkapitals der Gesellschaft erfolgt letztlich also aus Mitteln der Inhaber der Beteiligungsrechte, welche als Vermögensertrag besteuert werden. Mithin beschlägt die Gratisaktienpraxis nicht die Frage der Anwendung des Nennwert- oder Kapitaleinlageprinzips, sondern die Frage des Zeitpunktes der Besteuerung von in der Gesellschaft erarbeiteten Mitteln, welche zur Erhöhung des Aktienkapitals verwendet werden.

Der Kanton Zürich folgt also nicht dem Kapitaleinlageprinzip, sondern hat sich lediglich punktuell daran angenähert, und vorzuziehen ist dafür der Begriff «modifiziertes Nennwertprinzip» [22].

4. NEUES RECHT NACH DEM USTR-GESETZ II

4.1 Gesetzeswortlaut

Art. 20 Abs. 3 DBG

³ Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital.

Art. 125 Abs. 3 DBG

³ ... Dieses besteht aus dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital, den in der Handelsbilanz ausgewiesenen Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen im Sinne Art. 20 Absatz 3, den offenen und den aus versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven sowie aus jenem Teil des Fremdkapitals, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt.

Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG

Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, wenn die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden, und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung meldet.

Bereits auf den ersten Blick zeigen sich Widersprüche zwischen den neuen Bestimmungen des DBG und des *Verrech-*

nungssteuergesetzes (VStG). Die Botschaft hatte für das DBG noch folgenden Wortlaut vorgeschlagen:

Art. 20 Abs. 3 E-DBG

³Die Rückzahlung von *unmittelbar* [23] durch die Inhaber der Beteiligungsrechte geleisteten Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, wenn die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse:

- a. nach dem 31. Dezember 1996 geleistet wurden; und
- b. von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden, und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung meldet.

Abgesehen von der bei der Einkommenssteuer und der Verrechnungssteuer ungleichen Voraussetzung (separater Ausweis in der Handelsbilanz), welche in der Botschaft des Bundesrates koordiniert war, fällt die Streichung des Wortes «unmittelbar» auf. Weiter wurde die Ergänzung in Art. 125 Abs. 3 DBG im parlamentarischen Prozess eingefügt. Schliesslich ist auf die Steuerfolge der Rückzahlung von Kapitaleinlagen hinzuweisen – die als «Gleichbehandlung» mit der Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital formuliert wurde. Diese Feststellungen sind bei der Auslegung der neuen Bestimmungen zu berücksichtigen.

4.2 Normzweck und Absicht des Gesetzgebers. In der Botschaft wird festgehalten, dass das Steuerrecht mit dem Nominalwertprinzip ein Prinzip übernommen habe, welches unserer Wirtschaftsordnung zugrunde liege. Solange die Aktionäre, welche die Kapitalgesellschaft finanzierten, ihre Beteiligungsrechte bis zur Liquidation behielten, führe das Nennwertprinzip zu einer sachgerechten steuerlichen Be-

handlung. Probleme ergäben sich aber beim originären Aktionär und bei multinationalen Unternehmungen, welche einen Teil des Eigenkapitals in Form von Agio einlegten. Bei den Folgeaktionären verschärften sich die Probleme dann, weil mit der Veräusserung der Aktien eine latente Einkommenssteuerlast auf künftigen Ausschüttungen mitverkauft werde. Schliesslich wirke sich die Erhebung der Verrechnungssteuer standortpolitisch nachteilig aus, wenn aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen eine Sockelsteuer auf dem Agio hängenbleibe. Obwohl die latente Einkommenssteuerlast bei Beteiligungstransaktionen unter Dritten im Kaufpreis berücksichtigt werden könne, lasse sich

«die Steuerbarkeit von als Agio einbezahlem Eigenkapital nicht mehr rechtfertigen (...). Es drängt sich somit eine dahingehende harmonisierte Massnahme im Recht der direkten Steuern und eine Anpassung des Verrechnungssteuergesetzes auf, damit das Kapitaleinlageprinzip (...) ins schweizerische Steuerrecht eingeführt wird.» [24]

Danach sollen nur unmittelbar durch die Inhaber der Beteiligungsrechte geleistete Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse im Sinne von Art. 60 lit. a DBG [25] der Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital gleichkommen [26].

Dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 DBG kann keine Beschränkung der Anwendung des Kapitaleinlageprinzips auf offene Kapitaleinlagen entnommen werden. Laut Botschaft ist aber vorgesehen, dass Sacheinlagen, die wertmässig über den Nennwert des Aktienkapitals oder eine Forderung des Einlegers hinaus gehen, zwar vorübergehend in einer Steuerbilanz berücksichtigt werden können, die Handelsbilanz jedoch «möglichst unverzüglich» anzupassen sei [27]. Daraus kann geschlossen werden, dass *verdeckte Kapitaleinlagen* nicht unter das Kapitaleinlageprinzip gestellt werden sollen. Betroffen sind von dieser Einschränkung verdeckte Gewinnausschüttungen, die sich bei Rückgabe von Sach-

einlagen ergeben, welche vormalig unter dem Verkehrswert eingelegt wurden. Ferner stellt sich noch die Frage, ob verdeckte Kapitaleinlagen nach dem Übergang zum Kapitaleinlageprinzip steuerplanerisch überhaupt noch sinnvoll sein können.

Weiter wurde Art. 125 Abs. 3 DBG durch die in der Botschaft noch nicht enthaltene Deklarationspflicht von

«in der Handelsbilanz ausgewiesenen Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen im Sinne von Artikel 20 Absatz 3»

ergänzt. Offensichtlich handelt es sich dabei um eine Verschiebung der Ausweisungspflicht, welche in der Botschaft noch in Art. 20 Abs. 3 DBG vorgesehen war, an die richtige Stelle im Gesetz, denn Art. 125 Abs. 3 DBG statuiert eine Sachdarstellungspflicht, die zu einer Erweiterung der Steuererklärungspflicht führt [28]. Damit wird die Koordination zwischen Einkommens- und Verrechnungssteuer wieder hergestellt. Andernfalls würde die Sicherungsfunktion der Verrechnungssteuer unterlaufen [29].

Schliesslich wurde – trotz Änderungen gegenüber der Fassung in der Botschaft – mit dem für die Verrechnungssteuer massgebenden Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG ausdrücklich verlangt, dass

«die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden».

Daraus ist trotz abweichenden Auffassungen in der Lehre [30] zu schliessen, dass das Kapitaleinlageprinzip gemäss Art. 20 Abs. 3 DBG nur dann zum Tragen kommt, wenn die Einlage offen erfolgt, verbucht und in der Handelsbilanz ausgewiesen ist.

Das Kapitaleinlageprinzip erscheint also nicht mit letzter Konsequenz verwirklicht, denn aus dogmatischer Sicht sollte es für die steuerliche Behandlung der Rückführung an die Inhaber der Beteiligungsrechte grundsätzlich nicht darauf ankommen, in welcher Form, offen oder verdeckt, die Kapitaleinlage erfolgte. Aus steuersystematischer Sicht bleiben grundsätzlich beide Formen im Zeitpunkt der Einlage ohne Steuerfolgen auf Ebene Aktionär und Gesellschaft. Die Abhängigkeit von der rein formalen Verbuchungsweise kann aber trotzdem dazu führen, dass sich eben doch solche steuersystematischen und damit materiellen Ungereimtheiten ergeben.

4.3 Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz.

Aus Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG

(«Der steuerbare Reingewinn setzt sich zusammen aus: a. dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldovortrags des Vorjahres ...»)

wird der Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Berechnung des steuerbaren Gewinnes abgeleitet [31]. Ist der handelsrechtskonforme Abschluss Grundlage für den steuerrechtlich massgebenden Gewinnausweis [32], so hat das folgende Konsequenzen:

→ Die Steuerpflichtigen sind an die vorgenommenen Buchungen gebunden und müssen diese im Veranlagungsverfahren gegen sich gelten lassen. → Die Steuerbehörden dürfen Buchungen, die das Handelsrecht vorschreibt, nicht verbieten und Buchungen, die das Handelsrecht untersagt, nicht

verlangen. Der steuerliche Nachvollzug von handelsrechtlich zulässigen Buchungen ist jedoch gestattet.

Handelsrechtlich sind die Grundsätze der Vollständigkeit, Richtigkeit und das Prinzip der zeitlichen und sachlichen Abgrenzung zu beachten [33].

Grundsätzlich haben sich die Steuerbehörden an die von der Generalversammlung genehmigte Handelsbilanz (nach Gewinnverteilung) zu halten. Verstösse gegen das Handelsrecht sind zu berichtigen (Bilanzberichtigung). Andererseits steht es dem Steuerpflichtigen zu, eine handelsrechtskonforme Bilanz durch eine andere, ebenfalls handelsrechtskonforme Bilanz zu ersetzen, sofern auch diese durch die Generalversammlung abgenommen ist und eingereicht wird, bevor die Steuerbehörden mit der Bearbeitung der Steuererklärung begonnen haben (Bilanzänderung).

4.4 Frage der Berücksichtigung in der Steuerbilanz.

Kapitaleinlagen, für welche die steuerfreie Rückzahlung gemäss Art. 20 Abs. 3 DBG geltend gemacht wird, müssen verbucht sein und ausgewiesen werden [34]. Die Voraussetzung der Verbuchung von Kapitaleinlagen auf einem separaten Konto in der Finanzbuchhaltung dürfte in der Praxis kaum zu Schwierigkeiten führen. Hingegen ist zu prüfen, ob und wie der Ausweis in der Jahresrechnung nach den handelsrechtlichen Vorschriften möglich ist:

4.4.1 Ausweis der Kapitaleinlagen im geltenden Rechnungslegungsrecht. Das geltende Recht unterscheidet zwischen den allgemeinen Reserven (Art. 671 *Obligationenrecht* [OR]), den Reserven für eigene Aktien (Art. 671 a OR), der Aufwertungsreserve (Art. 671 b OR) und den statutarischen Reserven (Art. 672 OR).

Ein Mehrerlös, welcher bei der Ausgabe von Aktien nach Deckung der Ausgabekosten über den Nennwert hinaus erzielt und nicht zu Abschreibungs- oder Wohlfahrtszwecken verwendet worden ist, ist der allgemeinen Reserve gutzuschreiben (Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Somit sind nach geltendem Recht sämtliche Leistungen der Aktionäre, die keine Liberierung von Aktienkapital darstellen, wie insbesondere das Agio und à-fonds-perdu-Beiträge, den offenen Reserven zuzuführen [35].

Die allgemeine Reserve darf, soweit sie die Hälfte [36] des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsgangs das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mildern (Art. 671 Abs. 3 OR).

4.4.2 Ausweis der Kapitaleinlagen nach neuem Rechnungslegungsrecht. Am 21. Dezember 2007 hat der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktien- und Rechnungslegungsrecht) unterbreitet [37]; darin eingeschlossen die Änderungen des Rechnungslegungsrechts.

Bei den Reserven wird neu unterschieden zwischen *Gewinnreserven*, welche aus einbehaltenen Gewinnen gebildet werden, und gesetzlichen *Kapitalreserven*, welche von den Eigenkapitalgebern einbezahlt worden sind.

Der Kapitalreserve ist der Erlös zuzuweisen, der bei der Ausgabe von Aktien über den Nennwert und die Ausgabekosten hinaus erzielt wird (Agio; Art. 671 Abs. 1 Ziff. 1 E-OR). Mit Blick auf das mit der USTR II geschaffene Kapitaleinlage-

«Bis eine definitive rechnungslegungsrechtliche Ordnung vorliegt, muss die steuerrechtlich verlangte Voraussetzung des separaten Ausweises in der Handelsbilanz als unzumutbar betrachtet werden.»

prinzip verlangt Art. 671 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR auch die Buchung aller weiteren Einlagen und Zuschüsse, welche durch Inhaber von Beteiligungsrechten geleistet werden, in die gesetzlichen Kapitalreserven in der Absicht, damit auch die steuerliche Voraussetzung des Ausweises auf einem gesonderten Konto herbeizuführen. Die Buchung habe den Vorteil, dass aus der Bilanz ersichtlich sei, dass diese Mittel nicht aus unternehmerischer Tätigkeit stammten.

Gleichzeitig wird in der Botschaft auch darauf hingewiesen, dass die Kapitalreserve in ihrer Verwendbarkeit beschränkt sei [38]. Gemäss Art. 671 Abs. 2 E-OR darf die gesetzliche Kapitalreserve nur verwendet werden (abschliessende Aufzählung) zur Deckung von Verlusten, für Massnahmen zur Weiterführung des Unternehmens bei schlechtem Geschäftsgang und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und zur Milderung ihrer Folgen.

Die unter dem steuerlichen Kapitaleinlageprinzip verlangte rechnungslegungsmässige Trennung von Kapitaleinlagen und erarbeiteten Mitteln der Gesellschaft ist zwar erfüllt, eine Rückführung der Einlagen an die Aktionäre vor der Liquidation der Gesellschaft aber bestenfalls über «Kunstgriffe» möglich (z. B. Umwandlung der Kapitalreserve in

Aktienkapital mit nachfolgender formeller Kapitalherabsetzung), deren Zulässigkeit unklar ist. Die Flexibilisierung der Kapitalrückzahlungsmöglichkeiten, wie sie in Anerkennung wirtschaftlicher Bedürfnisse im Steuerrecht angestrebt wird, erscheint verunmöglicht, weshalb zu Recht eine diesbezügliche Korrektur durch die eidgenössischen Räte gefordert wird [39].

4.4.3 Fazit. Während die Umsetzung der Voraussetzung der Verbuchung in der Praxis keine Probleme bereitet, fehlen für den separaten Ausweis schon im geltenden Rechnungslegungsrecht die Voraussetzungen. Es steht der Gesellschaft aber immerhin frei, die Position «allgemeine Reserven» geeignet zu detaillieren (Unterscheidung zwischen gesetzlich verlangten Zuweisungen aus dem Gewinn und Kapitaleinzahlungen) und sich im Hinblick auf eine Kapitalrückzahlung auf Art. 671 Abs. 3 OR zu berufen [40]. Bis eine definitive rechnungslegungsrechtliche Ordnung vorliegt, muss die steuerrechtlich verlangte Voraussetzung des separaten Ausweises in der Handelsbilanz aber als unzumutbar betrachtet werden.

Hingegen können die Steuerbehörden auf dem Ausweis auf einem separaten Konto in der Saldobilanz (im folgenden Kapitaleinlagekonto genannt) in Verbindung mit der Deklaration gemäss Art. 125 Abs. 3 DBG und einem Ausweis im Anhang zur Jahresrechnung mit guten Gründen bestehen. Dieser Weg ist auch der Gesellschaft zuzumuten, weil sie damit den Nachweis der Kapitaleinlagen auf einfache Weise erbringen kann.

Die Unterscheidung zwischen Reserven aus Kapitaleinlagen und übrigen Reserven ist nur steuerlich relevant. Aus handelsrechtlicher Sicht unter geltendem Recht ist sie bedeutungslos. Steuerlich entscheidend ist, ob die Ausschüttungen zu Lasten der Reserven aus Kapitaleinlagen oder zu Lasten der übrigen Reserven *verbucht* werden. Ob es gesellschaftsrechtlich dem Verwaltungsrat oder der Generalversammlung obliegt, die Verbuchung festzulegen, kann deswegen dahingestellt bleiben. ■

Anmerkungen: *) Leicht überarbeitete Fassung eines am ISIS-Seminar vom 26./27. Januar 2009 in Flims abgegebenen Referates. Die Autoren vertreten in diesem Beitrag ihre persönliche Auffassung. **1)** Botschaft Unternehmenssteuerreform II, S. 4733 ff. **2)** Markus Reich, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b (DBG-Kommentar), Art. 20 N 29 und 30. **3)** Markus Reich, DBG-Kommentar, N 31 und 32. **4)** Markus Reich, DBG-Kommentar Art. 20 N 33. **5)** Kantonales Steueramt Zürich, Kommission für kaufmännisches Steuerrecht 18. 2. 2003. **6)** Botschaft Unternehmenssteuerreform II, S. 4801. **7)** Markus Reich, DBG-Kommentar, Art. 20 N 34. **8)** BGER 15. 8. 2000, StE 2001 B 24.4 Nr. 57. **9)** Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 19 lit. c und d StG, N 45 a. **10)** Art. 660 Abs. 1 und 2 OR; VGer Zürich 24. 10. 1974, RB 1974 Nr. 32. **11)** RB 1952 Nr. 11 sowie mit Bezug auf das damals neue StG-ZH 1959 Nr. 8, zit. in: Reimann/Zuppinger/Schärner, § 19 lit. c und d StG, N 44 ff. **12)** Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband, § 19 lit. c und d

StG, N 45 a. **13)** VGer Zürich 22. 10. 1997 (RB 1997 Nr. 28). **14)** VGer Zürich 10. 9. 2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 69. **15)** Merkblatt über die Besteuerung körperschaftlich organisierter ausländischer Anlagevehikel vom 12. 12. 2004 (Zürcher Steuerbuch I 15/300). **16)** BGER 13. 12. 1996, StE 1997 B 24.4 Nr. 43. **17)** Z. B. BGER 17. 1. 2005, StE 2005 B 24.4 Nr. 72. **18)** Steuerrekurskommission Zürich 30. 8. 2006 (ZStP 2007 S. 41); VGer Zürich 5. 7. 2000, StE 2001 B 24.4 Nr. 56. **19)** So Untersander Oliver, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, Zürich 2003, S. 99, Anmerkung 329. **20)** Markus Reich, DBG-Kommentar, Art. 20 N 37 f. auch zum Folgenden. **21)** Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. Auflage, Zürich 2006, § 20 N 14 und 117 ff. **22)** Kantonales Steueramt Zürich, Kommission für kaufmännisches Steuerrecht 18. 2. 2003. **23)** Kursiv durch die Autoren. **24)** Botschaft Unternehmenssteuerreform II, S. 4801. **25)** «Kein steuerbarer Gewinn entsteht durch a. Kapitaleinlagen von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, einschliesslich Aufgelder und Leistungen à fonds perdu». **26)** Botschaft Unter-

nehmenssteuerreform II S. 4802. **27)** Botschaft Unternehmenssteuerreform II S. 4802. **28)** Zweifel, Martin, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b (DBG Kommentar), Art. 125 DBG N 38. **29)** Gleicher Meinung Rechsteiner, Christoph/Sigrist, Jonas: Das Kapitaleinlageprinzip in der USTR II, in: Der Schweizer Treuhänder 2008/10, S. 786. **30)** Untersander, Oliver, S. 36; Rechsteiner, Christoph/Sigrist, Jonas, S. 785. **31)** Brülisauer Peter/Poltera Flurin, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b (DBG Kommentar), Art. 58 DBG N 11. **32)** Art. 58 Abs. 1 DBG; Art. 24 Abs. 1 StHG. **33)** Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, 2. 22. **34)** Vorne, Abschnitt 4.1. **35)** Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 1, S. 225. **36)** Ausnahme Holdinggesellschaften (Art. 671 Abs. 4 OR). **37)** BBl 2008 S. 1589 ff. **38)** Botschaft Aktienrecht, S. 1659. **39)** Röthlisberger, René/Pflügger-Niggli, Sarah, Steueraspekte gemäss Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht, in: Der Schweizer Treuhänder 2008/6–7, S. 478. **40)** Herrschende Meinung; vgl. Neuhaus in: Honsell/Vogt/Watter 2. A., Kommentar zu Art. 671 OR N 28 ff.