

## Entscheidbesprechungen Discussions d'arrêts actuels

1. **Verfassungs- und Verwaltungsrecht/  
Droit constitutionnel et administratif**
- 1.12. **Abgaben- und Finanzrecht/  
Finances et droit fiscal**
- 1.12.6. **Stempel- und Registerabgaben/  
Droit de timbre et émoluments de registre**

### Sanierung – Verlustausbuchung und die Inanspruchnahme des Erlasses bzw. des Freibetrags bei der Emissionsabgabe

Besprechung von BGer, 9C\_610/2022, 7.9.2023  
(zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, III. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 9C\_610/2022 vom 7. September 2023 (zur Publikation vorgesehen), Eidgenössische Steuerverwaltung gegen A. AG, Emissionsabgabe, Abgabeperiode 2015.



MATTHIAS GARTENMANN\*



PASCAL A. KRÜTZMANN\*\*

*Für die Gewährung des Sanierungsfreibetrags von CHF 10 Mio. bei der Emissionsabgabe müssen die Verluste definitiv beseitigt werden und eine entsprechende Ausbuchung der Verluste zulasten der (Kapitaleinlage-)Reserven handelsrechtlich vorgenommen werden.*

### I. Sachverhalt

Die A. AG hat seit dem Jahr 2007 ihren steuerrechtlichen Sitz in der Schweiz. Gemäss ihren Statuten bezweckt sie Tätigkeiten im Bereich von pharmazeutischen und verwandten Produkten. Die A. AG gehört einem internationalen Konzern an und wird von einer ausländischen Gruppengesellschaft gehalten.

Seit dem Geschäftsjahr 2012/2013 erzielte die A. AG operative Verluste. In ihrer Schlussbilanz vom 31. März 2015 zum Geschäftsjahr 2014/2015 wies sie Verluste aus der laufenden Periode und den Vorperioden von insgesamt CHF 783'164'863 aus. Dadurch ergab sich eine Überschul-

dung von rund CHF 650'000'000, weshalb ein Sanierungskonzept erarbeitet wurde.

Am 21. September 2015 führte die A. AG in einem ersten Schritt eine Kapitalerhöhung um CHF 500'000 (nebst Zahlung eines erheblichen Aufgeldes) durch und in einem zweiten Schritt eine Umwandlung von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft. Die Erhöhung des Stammkapitals auf CHF 2'000'000 erfolgte durch Verrechnung mit Passivdarlehen, die zugunsten der Aktionärin bestanden hatten (Verrechnungsliberierung). Die Aktionärin leistete einen Zuschuss von CHF 1'083'865'098.15. Das Aufgeld (Agio) wurde durch Verrechnung mit Passivdarlehen erbracht und den Reserven gutgeschrieben. Die A. AG rechnete am 25. September 2015 mit dem Formular 3 über die Emissionsabgabe ab, wobei sie ausschliesslich die Anhebung des Nominalkapitals als steuerbar erachtete. Infolgedessen gelangte die A. AG bei einem Satz von 1,0% zu einer Emissionsabgabe von CHF 5000.

Die A. AG legte in einem Schreiben an die ESTV dar, dass beabsichtigt sei, den empfangenen Zuschuss zur Ausbuchung des Bilanzverlustes zu verwenden. Ihrer Ansicht nach sei der Vorgang als Sanierungsmassnahme zu qualifizieren, weshalb sie den Freibetrag von CHF 10 Mio. beanspruchen könne. Was den weitergehenden Betrag angehe, seien die Bedingungen für den Erlass der Emissionsabgabe ihrer Ansicht nach grundsätzlich erfüllt. Da das Stammkapital jedoch das erforderliche Mindestkapital unterschreite, scheidet ein Erlass insofern aus. Gemäss den testierten Jahresrechnungen zu den drei Geschäftsjahren 2012/2013, 2013/2014 und 2014/2015 habe am 31. März 2015 eine Unterkapitalisierung von CHF 46'652'389 bestanden. Die in diesem Zusammenhang anfallende Emissionsabgabe betrage somit CHF 466'524 und werde mit Formular 4 deklariert. Auf dem verbleibenden Zuschuss wird um Abgabeerlass ersucht. Im Jahr 2017 gab die Abgabepflichtige der ESTV eine Veränderung ihrer Kapitaleinlagereserven bekannt. Dem Formular 170 zufolge lag am 1. April 2015 noch keine Kapitaleinlagereserve vor. Bis zum Ende des Geschäftsjahres 2015/2016 betrug diese CHF 16'049'279'461. Den Beilagen konnte entnommen werden, dass die Kapitaleinlagen aufgrund von Aufgeldern aus insgesamt fünf Kapitalerhöhungen entstanden sind. Im genannten Total von CHF 16'049'279'461 war auch das hier interessierende Agio von CHF 1'083'865'098.15 enthalten, das im Zuge der Verrechnungsliberierung im Jahr 2015 entstanden war. Anlässlich der externen Kontrolle durch die ESTV wurde festgestellt, dass das Agio von CHF 1'083'865'098.15 der Kapitaleinlagereserve gutgeschrieben und somit nicht zur Verlustausbuchung herangezogen wurde. Der Betrag

\* MATTHIAS GARTENMANN, lic. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte.

\*\* PASCAL A. KRÜTZMANN, MLaw, dipl. Steuerexperte.