



zsis)



Einkommenssteuerfreie Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage an den Aktionär

QUICK READ Die X. AG mit Sitz in Y., Kt. NW, ist zu 100 % gehalten von A. mit Wohnsitz in Z., Kt. NW. Die X. AG erwarb mit Kaufvertrag vom 10. Dezember 2003 für einen Kaufpreis von EUR 4'610'000 eine Hotelliegenschaft in W., Deutschland. Die Tilgung des Kaufpreises erfolgte durch die Übernahme von Hypothekarschulden von A. bei der deutschen C. Bank AG über EUR 4'577'983.69. Die Regressforderung von X. AG gegen A. aus dieser Schuldübernahme wurde (teilweise) mit der Forderung von A. gegen X. AG aus der Baurechtsübertragung von EUR 4'500'000 verrechnet. A. löste daraufhin mit eigenen Mitteln die Hypothekarschuld bei der C. Bank ab, ohne dass gemäss Akten eine Regressforderung von A. gegenüber X. AG geltend gemacht wurde. X. AG verbuchte keine Verbindlichkeit gegenüber A. aus dieser Rückübernahme der Hypothekarschuld durch A.

A. deklarierte in ihrem Wertschriftenverzeichnis ihr Guthaben gegenüber der X. AG, wobei sie dieses in den folgenden Steuerjahren wertberichtigte, wenn zu erwarten war, dass es nur noch teilweise wieder einbringlich war.

Im Zeitpunkt des Verkaufs der Liegenschaft im Jahr 2015 betrug deren Buchwert in der Bilanz der X. AG CHF 3'426'930 (EUR 2'850'199). X. AG konnte die Liegenschaft für insgesamt EUR 5'546'357.60 verkaufen. Die direkten Kosten des Verkaufs betragen EUR 378'914.22, womit ein Nettoerlös aus dem Verkauf von EUR 5'167'443.38 resultierte. Die effektiven Anlagekosten der Liegenschaft betragen EUR 5'435'891.48, womit ein Verlust von EUR 268'448.10 entstand. Die X. AG wurde nach dem Verkauf der Liegenschaft in Deutschland mangels anderen Zwecks in Liquidation gesetzt. Die EStV stimmte der Löschung zu. Das Kant. Steueramt Nidwalden veranlagte die X. AG für das Liquidationsjahr 2015 basierend auf einem in der Schweiz (Kant. Nidwalden) steuerbaren Gewinn von CHF 0 und einem Kapital von CHF 50'000.

Bei der A. veranlagte das Kant. Steueramt Nidwalden jedoch eine verdeckte Gewinnausschüttung aus der X. AG für das Steuerjahr 2015 im Umfang der Differenz des Verkaufserlöses der Liegenschaft und dessen Buchwert, rund CHF 2.275 Mio.

Das Bundesgericht setzt sich in Fünferbesetzung zunächst mit einigen Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Verbuchungen auseinander und schliesst, dass es sich bei der gegenleistungslosen Rückübernahme der Schuld durch A um eine verdeckte Kapitaleinlage handelt. Streitbetreffend ist somit die Frage, ob die Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage unter Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG fällt und steuerbaren Vermögensertrag darstellt (laut Auffassung der Vorinstanz), oder ob sie steuerfrei erfolgen kann, gestützt auf Art. 20 Abs. 3 DBG.



Julia VON AH

Prof. Dr. oec. publ., dipl. Steuerexpertin
 Inhaberin, Geschäftsführerin | von Ah & Partner AG
julia.vonah@vonahpartner.ch



Branko BALABAN

lic. iur., Rechtsanwalt, Notar, dipl. Steuerexperte
 Partner | Tax Team AG, Zug
branko.balaban@tax-team.ch



Nach Auslegung des Begriffs «Rückzahlung von Einlagen» in Art.20 Abs.3 DBG kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass dessen Wortlaut, die Systematik und die Entstehungsgeschichte dagegensprechen, dass ausgeschüttete Kapitaleinlagen zwingend verbucht worden sein müssen, damit sie einkommenssteuerfrei zurückbezahlt werden können. Das Bundesgericht lehnt auch das Kongruenz-Argument der EStV ab, wonach aufgrund des Sicherungszwecks der Verrechnungssteuer für die Einkommenssteuer ein Zusammenhang zwischen beiden Steuern bestehe und deshalb das Verbuchungserfordernis aus Art.5 Abs.1 bis VStG auch für die Einkommenssteuer gelte. Weder vermöge das Einkommenssteuerrecht für die Erhebung der Verrechnungssteuer eine gesetzliche Grundlage zu schaffen noch vice versa.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und entscheidet, dass die Ausschüttung der verdeckten Kapitaleinlage der X. AG an die A. bei letzterer nicht der Einkommenssteuer (direkte Bundessteuer und Nidwaldner Kantons- und Gemeindesteuern) unterliegt, sondern eine steuerfreie Rückzahlung einer Kapitaleinlage darstellt. Dieses Urteil hat auch Auswirkungen auf verdeckte Kapitaleinlagen bei Transponierungen ohne Agio-Lösung.



QUICK READ 30**HAUPTTEIL** 32

1. Sachverhalt 32

2. Bundesgerichtliche Ausführungen 34

3. Fazit 37

1. Sachverhalt

Die X. AG mit Sitz in Y., Kt. NW, ist zu 100 % gehalten von A. mit Wohnsitz in Z., Kt. NW. Die X. AG erwarb mit Kaufvertrag vom 10. Dezember 2003 für einen Kaufpreis von EUR 4'610'000 (CHF 6'851'382, umgerechnet zu 1.4862) eine Hotelliegenschaft in W., Deutschland. Die Tilgung des Kaufpreises erfolgte durch die Übernahme von Hypothekarschulden von A. bei der deutschen C. Bank AG über EUR 4'577'983.69. Die Regressforderung von X. AG gegen A. aus dieser Schuldübernahme wurde (teilweise) mit der Forderung von A. gegen X. AG aus der Baurechtsübertragung von EUR 4'500'000 verrechnet. A. löste daraufhin mit eigenen Mitteln die Hypothekarschuld bei der C. Bank ab, ohne dass gemäss Akten eine Regressforderung von A. gegenüber X. AG geltend gemacht wurde. A. deklarierte in ihrem Wertschriftenverzeichnis ihr Guthaben gegenüber der X. AG, wobei sie dieses in den folgenden Steuerjahren wertberichtigte, wenn zu erwarten war, dass es nur noch teilweise wieder einbringlich war, da trotz Verkaufsbemühungen der X. AG kein Käufer bereit war, die Liegenschaft mindestens zum früheren Kaufpreis zu übernehmen.⁹¹

A. beglich mangels Liquidität der X. AG auch die im Rahmen des Liegenschaftenskaufs anfallenden Kosten (Grundbuch, Notar, Grunderwerbssteuer etc.) von EUR 192'131 (umgerechnet CHF 285'545). Die Anlagekosten betragen mithin EUR 4'802'131; umgerechnet in CHF betragen sie CHF 7'136'927.

Die X. AG bilanzierte die Hotelliegenschaft im Jahr 2003 fälschlicherweise zum Betrag von CHF 1'865'995 und passivierte die durch A. übernommene Hypothekarschuld ursprünglich nicht oder nur teilweise, obwohl sie rechnungslegungstechnisch zur vollständigen Verbuchung der Verbindlichkeiten der X. AG gegenüber A. verpflichtet gewesen wäre.⁹² In den

⁹¹ S. dazu auch nachfolgend.

⁹² Art. 662a Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 663a Abs. 3 OR i.d.F. bis zum 31. Dezember 2012, danach Art. 958c Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 959 Abs. 5 und Art. 960e Abs. 1 OR, Urteil des Bundesgerichts 9C_678/2021 vom 17. März 2023 (zit. BGer 9C_678/2021) E. 3.5.



- Folgejahren wurden verschiedene Aktivierungen auf der Hotelliegenschaft auf der Basis der ursprünglich bilanzierten Anlagekosten von CHF 1'865'995 vorgenommen. Damit erhöhte sich zwar der Buchwert der Hotelliegenschaft in der Bilanz der X. AG, blieb jedoch weit unter den Anlagekosten von EUR 4'802'131 bzw. CHF 7'136'927. Dies wurde vom neuen Verwaltungsrat der X. AG im Jahr 2010 erkannt. Hinzu kam, dass das Hotel wegen schlechten Geschäftsgangs geschlossen werden musste. Es gab zwar Interessenten, welche einen Erwerb der Hotelliegenschaft in Betracht zogen, jedoch lagen die Angebotspreise zwischen EUR 2'000'000 bis EUR 3'000'000 und damit weit unter den damaligen Anlagekosten von EUR 4'802'131. In Absprache mit dem Kant. Steueramt Nidwalden wurde über eine Bewertungsrückstellung von EUR 2'000'000 gesprochen und der Buchwert der Liegenschaft auf den damals mutmasslichen Verkehrswert von EUR 2'802'131 (umgerechnet CHF 3'503'924) lediglich in der Bilanz korrigiert. Das Kant. Steueramt Nidwalden akzeptierte dieses Vorgehen, weil die Steuerhoheit für die Liegenschaft Deutschland zustand. Das Kant. Steueramt Nidwalden verzichtete damit implizit auf die Korrektur der zu tief bilanzierten Anlagekosten der Hotelliegenschaft.
- 4 Wie bereits erwähnt wurde zwischen 2004 und 2014 der Buchwert der Liegenschaft laufend angepasst. Im Zeitpunkt des Verkaufs der Liegenschaft im Jahr 2015 betrug er CHF 3'426'930 (EUR 2'850'199). X. AG fand einen Käufer, der für die Liegenschaft insgesamt EUR 5'546'357.60 (bestehend aus EUR 5'280'000 sowie Vorverkäufen von EUR 266'357) bezahlte. Die direkten Kosten des Verkaufs betragen EUR 378'914.22, womit ein Nettoerlös aus dem Verkauf von EUR 5'167'443.38 resultierte. Die effektiven Anlagekosten der Liegenschaft betragen EUR 5'435'891.48, womit ein Verlust von EUR 268'448.10 entstand.
- 5 Die X. AG wurde nach dem Verkauf der Liegenschaft in Deutschland mangels anderen Zwecks in Liquidation gesetzt. Der Revisionsexperte gab am 5. April 2016 seine Prüfungsbestätigung zur vorzeitigen Auflösung des Vermögens der X. AG gemäss Art. 745 Abs. 3 OR ab. Die Liquidationserfolgsrechnung 2015 zeigte einen Nettoerlös aus dem Verkauf von EUR 5'167'443 und einen Verlust von EUR 268'448 (EUR 5'167'443 minus EUR 5'435'891 [Anlagekosten]). Die EStV stimmte der Löschung nach einigen weiteren Abklärungen zu. Im Rahmen dieser Abklärungen konnte die X. AG der EStV nachweisen, dass die Anlagekosten für die Hotelliegenschaft höher waren als die verbuchten Kosten und damit kein Gewinn, sondern ein Verlust resultierte. Das Kant. Steueramt Nidwalden war aufgrund der Besprechungen im Jahre 2010 orientiert, dass die Anlagekosten höher waren als der Buchwert der Liegenschaft und stellte der X. AG für das Liquidationsjahr 2015 basierend auf einem in der Schweiz (Kant. Nidwalden) steuerbaren Gewinn von CHF 0 und einem Kapital von CHF 50'000 die Mindeststeuer von CHF 500 in Rechnung.
- Mit Veranlagungsverfügung vom 5. Oktober 2018 ⁶ rechnete das Kant. Steueramt Nidwalden A. für das Steuerjahr 2015 für die direkte Bundessteuer und die Nidwaldner Kantons- und Gemeindesteuern einen Betrag von CHF 2'284'214 (Begründung zur Veranlagung) resp. CHF 2'212'929 (Veranlagungsziffern) als Einkommen aus verdeckter Gewinnausschüttung der X. AG auf. Zur Begründung führte das Kant. Steueramt Nidwalden an, dass der Veräusserungserlös für die Hotelliegenschaft höher als der in der Bilanz der X. AG ausgewiesene Buchwert gewesen sei, womit in der Differenz eine verdeckte Gewinnausschüttung der X. AG an A. von CHF 2'284'214 vorliege. A. erhob gegen die Veranlagungsverfügung vom 5. Oktober 2018 Einsprache.
- Mit Einspracheentscheid vom 1. September 2020 ⁷ erhöhte das Kant. Steueramt Nidwalden die verdeckte Gewinnausschüttung auf CHF 2'275'164 (CHF 5'702'094 [Verkaufserlös] minus CHF 3'426'930 [Buchwert der Liegenschaft]). Zur weiteren Begründung führte das Kant. Steueramt Nidwalden an, die verdeckte Gewinnausschüttung resultiere aus den verdeckten Kapitaleinlagen, die beim Kauf der Liegenschaft und in den darauffolgenden Jahren von A. geleistet worden seien.



- 8 Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden wies die Beschwerde von A. ab und schützte die Auffassung des Kant. Steueramtes Nidwalden im Urteil vom 19. April 2021 (Versand 12. August 2021).
- 9 A. gelangte mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. September 2021 ans Bundesgericht und beantragte sinngemäss, die Aufrechnung der verdeckten Gewinnausschüttung sei aufzuheben, weil die Vorinstanz für ihre Gewinnberechnung handelsrechtswidrigerweise auf den Buchwert von CHF 3'426'930 abstelle anstatt auf die Anlagekosten von EUR 5'435'891, die über dem Verkaufserlös lagen. Deshalb sei aus dem Verkauf ein Verlust entstanden, was das Kant. Steueramt Nidwalden und die EStV auf der Ebene der X. AG im Rahmen deren Liquidation für die Belange der Gewinn- und Verrechnungssteuer auch festgestellt und bestätigt hätten. Die X. AG habe Darlehen an die A. zurückbezahlt, was bei A. steuerfrei sei, ungeachtet der handelsrechtswidrigen teilweisen Nichtverbuchung dieser Verpflichtung bei der X. AG.

2. Bundesgerichtliche Ausführungen

2.1 Allgemeines

- 10 Das Bundesgericht setzt sich in Fünferbesetzung zunächst mit einigen Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Verbuchungen auseinander. Die Beschwerdeführerin hat in sämtlichen Verfahren geltend gemacht, dass die X. AG die Anlagekosten der Hotelliegenschaft sowie die Verpflichtungen gegenüber A. aus der übernommenen Hypothekarschuld nicht korrekt in der Bilanz aufgenommen hat, und die Bilanz damit handelsrechtswidrig ist. Eine handelsrechtswidrige Bilanz könne nicht Grundlage für die Steuerbilanz sowie die steuerliche Beurteilung der Zahlung von rund CHF 2'200'000 an die Beschwerdeführerin sein. Das Bundesgericht stellt mit Hinweis auf die handelsrechtlichen Vorschriften fest, dass die X. AG grundsätzlich zur vollständigen Verbuchung ihrer Verbindlichkeiten verpflichtet ist. Weil die Beschwerdeführerin weder behauptet noch nachgewiesen hat, dass ihr aus der Schuldübernahme eine Regressforde-

rung gegen die X. AG zusteht, ist das Bundesgericht nicht näher auf die behauptete Handelsrechtswidrigkeit der Bilanz eingegangen.

Die Vorinstanz hat die geldwerte Leistung aus dem Vermögensstandsabgleich abgeleitet, weil A. ungefähr ein Betrag von CHF 2'200'000 als Zahlung aus der Liquidation der X. AG zugeflossen ist. Laut Ansicht des Bundesgerichts ist diese Annahme nicht offensichtlich unrichtig.⁹³ Dagegen ist die Begründung der Vorinstanz, dass eine Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage in besagter Höhe vorliegen soll, nach Einschätzung des Bundesgerichts nicht leicht nachvollziehbar. Die Differenz zwischen den Anschaffungskosten und dem Buchwert könne zwar in einer verdeckten Kapitaleinlage begründet sein, jedoch wie der Grundstückkaufvertrag aus, dass A. die Hypothekarschuld der X. AG gegenüber der C. Bank (in der Höhe von EUR 4'577'983.69) ohne Regressforderung oder sonstiger Gegenleistung zulasten X. AG (privat) rückübernommen habe.

Weiter hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Beurteilung des Kant. Steueramtes Nidwalden und der EStV auf der Ebene der X. AG bei deren Liquidation für die Belange der Gewinn- und Verrechnungssteuer auch auf der Ebene der Alleinaktionärin zu übernehmen sei. Sowohl das Kant. Steueramt Nidwalden als auch die EStV haben der Liquidation – ohne Steuerfolgen – zugestimmt.⁹⁴ Das Bundesgericht verweist auf seine Praxis, wonach eine erneute rechtliche Beurteilung auf Ebene der Aktionärin unerlässlich sei, da es sich um zwei voneinander vollständig unabhängige Rechts- und Steuersubjekte handle.⁹⁵ Immerhin könne die Veranlagung auf Ebene der Gesellschaft Anlass geben für gewisse beweisrechtliche Erleichterungen in Form natürlicher Vermutungen.⁹⁶ Es sei je-

⁹³ Urteil des Bundesgerichts 9C_677/2021 vom 23. Februar 2023 (zit. BGer 9C_677/2021) E. 3.3.

⁹⁴ S. dazu Ziff. 1 in fine.

⁹⁵ BGer 9C_678/2021 E. 5.3 m.w.Hw. auf frühere Urteile, insb. Urteil des Bundesgerichts 2C_630/2021 vom 17. Mai 2022 (zit. BGer 2C_630/2021) E. 2.2.1.

⁹⁶ BGer 9C_678/2021 E. 5.3 m.V. auf BGer 2C_630/2021 E. 2.2.2.



doch der Steuerbehörde nicht verboten, den Sachverhalt anders darzustellen, wenn sie zur Überzeugung gelange, es habe sich anders zugetragen.

2.2 Verdeckte Kapitaleinlage

- 13** Das Bundesgericht prüft, ob diese gegenleistunglose Rückübernahme der Hypothekarschuld eine Kapitaleinlage der Aktionärin bei der X. AG im Sinne von Art.20 Abs.3 DBG darstellt.⁰⁷ Diese gegenleistunglose Schuldübernahme ist laut Bundesgericht im Kontext von Art.20 Abs.3 DBG gleich zu behandeln wie ein Zuschuss von Barmitteln in die X. AG, mit der diese ihre Schulden selbst begleicht. Die vorliegende gegenleistunglose Schuldübernahme stellt somit eine Kapitaleinlage im Sinne von Art.20 Abs.3 DBG dar. Da die X. AG die mit dem Forderungsverzicht erfolgte Kapitaleinlage buchhalterisch nicht abbildete, liegt eine verdeckte Kapitaleinlage vor. Die X. AG war zum Zeitpunkt der Schuldübernahme nicht sanierungsbedürftig im Sinne von KS EStV Nr.32 vom 23.12.2010, Ziff.3.1.b, und verbuchte diesen Forderungsverzicht nicht als Ertrag. Somit stellt sich die Frage eines Ertrags aus Forderungsverzicht im Sanierungsfall von vornherein nicht.⁰⁸ Das Bundesgericht schützt somit im Ergebnis die vorinstanzliche Qualifikation, wonach die Zahlung der X. AG an A. als Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage zu betrachten ist.⁰⁹
- 14** Streitbetroffen ist somit die Frage, ob die Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage unter Art.20 Abs.1 lit.c DBG fällt und steuerbaren Vermögensertrag darstellt (laut Auffassung der Vorinstanz), oder ob sie steuerfrei erfolgen kann, gestützt auf Art.20 Abs.3 DBG.
- 15** Die EStV vertritt diesbezüglich im KS Nr.29c vom 23.12.2022, Ziff.2.1 und 3.2, ebenso wie in dessen früheren Fassungen¹⁰ die Auffassung, dass Kapitaleinlagen im Sinne von Art.20 Abs.3 DBG nur dann vorliegen, wenn diese direkt von Inhabern von Beteiligungsrechten geleistet wurden und in der Handelsbilanz der empfangenden Gesellschaft verbucht und offen ausgewiesen werden.

Diese streitbetroffene Frage wurde vom Bundesgericht bisher nicht entschieden. Im Urteil vom 17. Juli 2017¹¹, wo es um die Dividende einer deutschen börsenkotierten Gesellschaft an eine im Kant. Aargau ansässige natürliche Person ging und streitbetroffen war, ob diese Dividende, da sie dem steuerlichen Kapitaleinlagekonto entnommen wurde, steuerneutral erfolgen könne oder steuerbarer Vermögensertrag bilde, befand das Bundesgericht, dass es sich um einen steuerbaren Vermögensertrag handle, da die ausschüttende Gesellschaft gegenüber der EStV schriftlich bestätigen liess, dass die Dividendenausschüttung gemäss deutschem Handelsrecht aus dem Gewinnvortrag stamme.¹²

2.3 Auslegung des Kapitaleinlagereservebegriffs in Art. 20 Abs. 3 DBG

Der Wortlaut von Art.20 Abs.3 DBG verlangt keine Verbuchung der Kapitaleinlagereserve auf einem separaten Konto. Entstehungsgeschichtlich zeigt sich, dass die bundesrätliche Botschaft zu Art.20 Abs.3 DBG noch von einer Verbuchung auf einem gesonderten Konto in der Handelsbilanz ausging und Veränderungen der EStV zu melden gewesen wären. Auf Antrag der WAK-S wurden die zusätzlichen Voraussetzungen in Art. 20 Abs. 3 E-DBG gestrichen, und die Gesellschaft wurde in Art. 125 Abs. 3 DBG verpflichtet, «*das ihrer Veranlagung zur Gewinnsteuer dienende Eigenkapital am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht auszuweisen. Dieses besteht aus dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital, den in der Handelsbilanz ausgewiesenen Reserven aus Kapitaleinlagen nach Artikel 20 Absätze 3-7, den offenen und den aus versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven sowie aus jenem Teil des Fremdkapitals, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt.*»

⁰⁷ BGer 9C_677/2021 E. 4.1 auch zum Folgenden.

⁰⁸ BGer 9C_678/2021 E. 4.1.

⁰⁹ BGer 9C_677/2021 E. 4.2.

¹⁰ KS EStV Nr. 29b vom 23.12.2019, Ziff. 2.1 und 3.2; KS EStV Nr. 29a vom 9.9.2015, Ziff. 2.1 und 3.2, KS EStV Nr. 29 vom 9.12.2010, Ziff. 2.1 und 3.2.

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_69/2017 vom 17. Juli 2017 (zit. BGer 2C_69/2017) E. 5.4.

¹² BGer 2C_69/2027 E. 5.3.



- 18 Das Bundesgericht zieht vorliegend die Kommissionsprotokolle der WAK-S zu Rate¹³ und zeigt auf, dass diese Änderung im Wortlaut darauf abzielte, dass beim Anteilshaber auch dann keine Einkommenssteuer anfallen sollte, wenn die Gesellschaft die Kapitaleinlage nicht bzw. nicht korrekt verbuchte hatte. Eine unrichtige bzw. unvollständige Verbuchung bei der Gesellschaft soll nicht dem Anteilshaber angelastet werden können. Die Gesellschaft sollte mit Art.125 Abs.3 DBG zur korrekten Verbuchung verpflichtet werden. In der WAK-N hingegen vertrat ein Mitarbeiter der Verwaltung später die Auffassung, dass die offene, separate Verbuchung dennoch – trotz der Änderung des Wortlauts von Art.20 Abs.3 DBG – Voraussetzung für die Einkommenssteuerfreiheit sei.
- 19 Der Gesetzessystematik von Art.125 Abs.3 DBG¹⁴ lässt sich damit eine verfahrensrechtliche Vorschrift ableiten, jedoch keine materielle. ¹⁵Weiter betrifft diese Bestimmung nach dem klaren Wortlaut die Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, nicht jedoch die Anteilshaber.
- 20 In der Literatur¹⁶ besteht die überwiegende Meinung, dass auch verdeckte Kapitaleinlagen steuerfrei zurückzubezahlen sein müssen, gestützt auf Art.20 Abs.3 DBG. Zu berücksichtigen ist auch die erleichterte Praxis der EStV gem. KS Nr.29c¹⁷, Ziff. 4.1, bei ausländischen Gesellschaften, wonach in der Schweiz ansässige Beteiligungsinhaber den Nachweis über das Vorliegen und die Rückzahlung von Kapitaleinlagen auch auf andere Art als durch den gesonderten Ausweis von Kapitaleinlagereserven in der Handelsbilanz erbringen können.¹⁸
- 21 Der Gesetzeswortlaut, die -systematik und in der Tendenz auch die Entstehungsgeschichte sprechen laut Bundesgericht dagegen, dass ausgeschüttete Kapitaleinlagen zwingend verbucht worden sein müssen, damit sie einkommenssteuerfrei zurückbezahlt werden können.¹⁹
- Das Bundesgericht wendet sich dann dem «Kongruenz»-Argument der EStV zu.²⁰ Danach besteht aufgrund des Sicherungszwecks der Verrechnungssteuer für die Einkommenssteuer ein Zusammenhang zwischen beiden Steuern, sodass das Verbuchungserfordernis aus Art.5 Abs.1bis VStG auch für die Einkommenssteuer gelte.
- Das Bundesgericht verneint diese Kongruenz mit Verweis auf frühere Urteile: Weder mag das Einkommenssteuerrecht für die Erhebung der Verrechnungssteuer eine gesetzliche Grundlage zu schaffen²¹ noch vice versa.²² Auch aus Praktikabilitätsüberlegungen kann nach Meinung des Bundesgerichts vorliegend keine Kongruenz zwischen Verrechnungs- und Einkommenssteuer abgeleitet werden. Die Verrechnungssteuer ist eine Selbstveranlagungssteuer, und das Verbuchungserfordernis nach Art.5 Abs.1bis VStG dient nach einer Lehrmeinung²³ dazu, dass die ausschüttende Gesellschaft im Ausschüttungszeitpunkt Gewissheit hat darüber, ob die Ausschüttung der Verrechnungssteuer unterliegt oder nicht. Bei der direkten Bundessteuer gilt demgegenüber die Untersuchungsmaxime: Die kantonale Steuerbehörde stellt zusammen mit dem Steuerpflichtigen die für eine vollständige und richtige Besteuerung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fest. Anders als bei der Verrechnungssteuer braucht die steuerliche Qualifikation einer Leistung nicht bereits bei deren Ausrichtung geklärt zu sein. Die Veranlagungs-

¹³ BGer 9C_678/2021 E. 5.2.3.

¹⁴ Im fünften Teil: Verfahrensrecht, dritter Titel: Veranlagung im ordentlichen Verfahren, 2. Kapitel: Verfahrenspflichten.

¹⁵ BGer 9C_678/2021 E. 5.2.4.

¹⁶ BGer 9C_678/2021 E. 5.2.5 mit w.Hw.

¹⁷ Vom 23.12.2022.

¹⁸ BGer 9C_678/2021 E. 5.2.3 in fine.

¹⁹ BGer 9C_678/2021 E. 5.3.

²⁰ BGer 9C_678/2021 E. 5.3 auch zum Folgenden.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_123/2016 vom 21. November 2017 E. 4.2.3.

²² Urteil des Bundesgerichts 2C_119/2018 vom 14. November 2019 E. 4.1

²³ Altorfer J./Greter M., in: Zweifel M./Beusch M./Bauer-Balmelli M. (Hrsg.), Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 5 N 154.



behörde prüft im Rahmen der Veranlagung, ob ausgerichtete Leistungen aus einer Kapitaleinlage stammen oder nicht. In der Regel liegt der Veranlagungsbehörde ein Ausweis der ausschüttenden Gesellschaft im Sinne von Art.125 Abs.3 DBG vor. Wie bei ausländischen Gesellschaften gezeigt, kann der Anteilshaber jedoch auch auf andere Weise nachweisen, dass eine Leistung aus einer Kapitaleinlage stammt und deshalb steuerfrei bleiben muss. Damit ergibt sich, so das Bundesgericht zusammenfassend, aus keiner der relevanten Auslegungsmethoden ein überzeugendes Argument, um vom Wortlaut von Art.20 Abs.3 DBG abzuweichen und eine steuerfreie Ausschüttung von Kapitaleinlagen nur dann zuzulassen, wenn Letztere bei der Gesellschaft separat verbucht worden war.²⁴

- 24 Die Vorinstanz hatte verbindlich festgestellt, dass die Auszahlung der X. AG an A. aus einer verdeckten Kapitaleinlage stammte. Sie entschied jedoch zu Unrecht, dass Art.20 Abs.3 DBG – abweichend von dessen Wortlaut – eine separate Verbuchung der Kapitaleinlage erfordere, und dass somit die vorliegende Ausschüttung dieser verdeckten Kapitaleinlage nicht unter Art.20 Abs.3 DBG falle. Das Bundesgericht hat gestützt auf die erwähnte Auslegung von Art.20 Abs.3 DBG die Beschwerde gutgeheissen und entschieden, dass die Ausschüttung der verdeckten Kapitaleinlage der X. AG an die A. bei letzterer nicht der Einkommenssteuer (direkte Bundessteuer und Nidwaldner Kantons- und Gemeindesteuern) unterliegt, sondern eine steuerfreie Rückzahlung einer Kapitaleinlage darstellt.

3. Fazit

- 25 Diejenige Situation, welche die WAK-S zur Änderung des Wortlauts von Art.20 Abs.3 DBG veranlasste, trat vorliegend ein, nämlich eine unrichtige bzw. unvollständige Verbuchung der Kapitaleinlage der A. in die X. AG. Dass das Bundesgericht dem geänderten Wortlaut von Art.20 Abs.3 DBG – entgegen der Auffassung der EStV – zum Durchbruch verhilft, ist sachrichtig und erfreulich. Es ist ferner aus steuersystematischen

Überlegungen nicht nachvollziehbar, weshalb für die Rückzahlung von offenen und verdeckten Kapitaleinlagen unterschiedliche Besteuerungsregelungen gelten sollen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gem. KS EStV Nr. 22a²⁵, Ziff. 2.2.3., die Teilbesteuerung auf Einkünften aus Beteiligungen im Privatvermögen nicht nur für offene Gewinnausschüttungen gewährt wird, sondern auch für verdeckte Gewinnausschüttungen. Es kommt demnach nicht auf die Form der Gewinnausschüttungen an. Dies muss auch bei der Rückzahlung von Kapitaleinlagen gelten.

Das Bundesgericht erweitert den Anwendungsbereich von Art.20 Abs.3 DBG auf die Rückzahlung von verdeckten Kapitaleinlagen. Das Bundesgericht hat der guten Ordnung halber festgehalten, dass die Regelung von Art.20 Abs.3 DBG mit derjenigen von Art.7b StHG (in der Fassung bis am 31.Dezember 2019)²⁶ übereinstimmt, womit die einkommenssteuerfreie Rückzahlung von Kapitaleinlagen (Privatvermögen) auch für die Staats- bzw. Kantons- und Gemeindesteuern gilt.

Im vorliegenden Entscheid hat sich das Bundesgericht mit einer verdeckten Kapitaleinlage beschäftigt, welche aus der Ablösung einer Verbindlichkeit der X. AG durch die Alleinaktionärin stammt. Es stellt sich die Frage, wie es sich mit weiteren verdeckten Kapitaleinlagen verhält. Um Einkommenssteuerfolgen aufgrund einer Transponierung im Sinne von Art.20a Abs.1 Bst. b DBG zu verhindern, muss ein Aktionär die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aus dem Privatvermögen zum Nennwert (zuzüglich KER) in die selbst beherrschte Kapitalgesellschaft einbringen. Sofern der Verkehrswert der Beteiligungsrechte über dem Nennwert (zuzüglich KER) liegt, erfolgt mit der Übertragung zum Nennwert (zuzüglich KER) eine verdeckte Kapitaleinlage, sofern die Agio-Lösung nicht beansprucht wird. Nach dem klaren Wortlaut regelt

²⁴ BGer 9C_678/2021 E. 5.4.

²⁵ Vom 31.1.2020.

²⁶ BGer 9C_678/2021 E. 6.



die Bestimmung von Art.20a Abs.1 Bst.b DBG nur die Einkommenssteuerfolgen bei der Einbringung der Beteiligungsrechte. Die Steuerfolgen bei einer Rückübertragung der Beteiligungsrechte von der Gesellschaft an den Einbringer sind vom Regelungsinhalt von Art.20a Abs.1 Bst.b DBG nicht abgedeckt. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung muss nun bedeuten, dass die eingebrachten Beteiligungsrechte ohne Einkommenssteuerfolgen bis zur Höhe des Verkehrswerts bei Einbringung von der Gesellschaft an den Einbringer rückübertragen werden können.²⁷ Und betreffend Verrechnungssteuer bestätigte das Bundesgericht schon zu Beginn der 1970er Jahre²⁸, dass bei einer sog. Rückübertragung-in-specie die Differenz zwischen dem Verkehrswert im Einbringungszeitpunkt und dem Anrechnungspreis keinen Ertrag im Sinne von Art.4 Abs.1 VStG bildet und demnach steuerfrei zurückbezahlt werden kann.

- 28** Fragen wirft das Bundesgerichtsurteil im vorliegenden Sachverhalt (Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage, die durch eine nicht oder nur teilweise verbuchte Schuld entstand) hinsichtlich der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf. Diese Frage hatte das Bundesgericht nicht zu entscheiden, da die Verrechnungssteuer nicht Gegenstand der Streitfrage war. Sie hat jedoch praktische Relevanz. Aus Praktikabilitätsüberlegungen liegt nach Meinung des Bundesgerichts keine Kongruenz zwischen der Verrechnungs- und der Einkommenssteuer vor. Hinzu kommt, dass nach Art.5 Abs.1bis VStG eine verrechnungssteuerfreie Ausschüttung von Kapitaleinlagen nur möglich ist, wenn die Kapitaleinlage in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen ist und Veränderungen der EStV gemeldet werden. Dies kann bei verdeckten Kapitaleinlagen nicht zutreffen, weshalb bei der Ausschüttung von verdeckten Kapitaleinlagen die Verrechnungssteuer zu erheben wäre. Nach Art.23 VStG ist die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verwirkt, wenn die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkünfte oder Vermögen nicht angegeben werden. Betreffend die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf verdeckten Kapitaleinlagen muss es deshalb ausreichend sein, wenn der

entsprechende Vermögenswert in der Steuererklärung deklariert wird, sofern zwischen der verdeckten Kapitaleinlage und Rückübertragung derselben mindestens ein Kalenderjahr abgeschlossen wurde.²⁹ Weil die Verrechnungssteuer als Sicherungssteuer ausgestaltet ist, macht aufgrund der bundesgerichtlichen Präzisierung zu Art.20 Abs.3 DBG die Vorgabe von Art.5 Abs.1 bis VStG in Bezug auf die Verbuchung und Meldung der Kapitaleinlagen wenig Sinn und führt bei Inländern zu administrativem Leerlauf: Obwohl keine einkommenssteuerrelevante Leistung vorliegt, muss die Verrechnungssteuer abgeliefert und zurückgefordert und -erstattet werden. Dem Ursprung nach richtig wäre jedoch, dass die Rückzahlung einer verdeckten Kapitaleinlage gar nicht Ertrag im Sinne von Art.4 Abs.1 lit. b VStG darstellt, da nicht Ertrag aus beweglichem Kapitalvermögen ausgeschüttet wird, sondern der Gesellschaft zur Verfügung gestelltes Kapital.

²⁷ Liegt der Verkehrswert bei Rückübertragung über dem Verkehrswert bei Einbringung, stellt die Differenz eine Gewinnausschüttung dar.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts ASA 1972/73, 49 vom 11. Juni 1971 E. 3; Praxis der Rückübertragung-in-specie bestätigt in: Urteil des Bundesgerichts ASA 1974/75, 337 vom 25. Februar 1972.

²⁹ Wird die verdeckte Kapitaleinlage vor Abschluss des ersten Kalenderjahrs rückübertragen, muss der Nachweis der Einbringung durch den Aktionär in die rückübertragende Kapitalgesellschaft reichen.

