



Universität St.Gallen

Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht
und Law and Economics

Die steuerneutrale Holdingspaltung im Schweizer Steuerrecht

Adrian Schwarz

IFF-HSG Working Papers

Working Paper No. 2023-16

July 2023

Institute of Public Finance,
Fiscal Law and Law & Economics (IFF-HSG)



Universität St.Gallen

Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik

Die steuerneutrale Holdingspaltung im Schweizer Steuerrecht

Adrian Schwarz
Domänenstrasse 8
9008 St. Gallen
+41 (0) 79 884 99 06
adrian.schwarz@student.unisg.ch
18-618-546

Masterarbeit
Master of Arts in Law and Economics (MLE)
Universität St.Gallen

Referent: Prof. Dr. Peter Hongler
Korreferent: Prof. Dr. Ralf Imstepf

Vorgelegt am 19. Februar 2023

Abstract

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Holdinggesellschaft steuerneutral gespalten werden kann, wird in der Lehre nicht erst seit Inkrafttreten des FusG kontrovers diskutiert. Besondere Probleme bereitet dabei die Zuordnung der Tätigkeit von Holdinggesellschaften zum Betriebsbegriff gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG. Das Urteil des Bundesgerichts vom 11. März 2019 zur Holdingspaltung und das Erscheinen des aktualisierten Kreisschreibens Nr. 5a der ESTV bieten Anlass für die vorliegende Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Holdinggesellschaft sich als Betrieb qualifizieren und somit steuerneutral spalten kann. Hierzu erfolgt sowohl die Darstellung der diesbezüglichen Lehrmeinungen und Verwaltungspraxis als auch eine kritische methodenpluralistische Auslegung. Für die Untersuchung des sog. Holdingbetriebs erweist sich die wertschöpfende Funktion einer Holdinggesellschaft als zentral. Quantitative Kriterien sind aufgrund des Typuscharakters des Betriebsbegriffs aber abzulehnen. Als betrieblich lässt sich regelmässig die Tätigkeit einer sog. Führungsholding qualifizieren, nicht aber jene einer Vermögensholding. Das vom Bundesgericht anerkannte Transparenzprinzip erlaubt es jedoch auch Gesellschaften, die selbst keine betriebliche Tätigkeit aufweisen, sich die Betriebe ihrer Tochtergesellschaften zuzurechnen. Dadurch kann sich auch eine Vermögensholding unter gewissen Voraussetzungen steuerneutral spalten. Als Voraussetzung für die Zurechnung eines Betriebs der Tochtergesellschaft ist jedoch eine qualifizierte Mehrheit zu fordern. Im Bereich der Qualifikation der Beteiligungsausschüttung, und dieser gleichkommenden mehrstufigen Umstrukturierungen, als steuerneutrale Spaltung sind ausserdem Flexibilisierungen angezeigt.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-------------|
| Abstract | I |
| Literaturverzeichnis | IV |
| Materialienverzeichnis | XIII |
| Praxisfestlegungen der Steuerverwaltungen | XIV |
| Weitere Quellen | XV |
| Abbildungsverzeichnis | XVI |
| Abkürzungsverzeichnis | XVII |
| I. Einleitung | 1 |
| 1. Ausgangslage | 1 |
| 2. Problemstellung..... | 1 |
| 3. Vorgehen..... | 2 |
| II. Steuerneutrale Umstrukturierungen | 3 |
| 1. Begriff der steuerlichen Umstrukturierung | 3 |
| 2. Unabhängigkeit des Steuerrechts von der zivilrechtlichen Ausgestaltung..... | 3 |
| III. Steuerneutrale Spaltung | 7 |
| 1. Spaltungstatbestand..... | 7 |
| 2. Doppeltes Betriebserfordernis..... | 8 |
| a) Betriebsdefinition..... | 9 |
| b) Betriebsfortführung..... | 15 |
| 3. Übertragung von angemessenem Eigenkapital | 16 |
| 4. Fehlende Veräußerungssperrfrist..... | 19 |
| 5. Steuerneutralität im Umfang des Fortbestands der Steuerpflicht und Fortführung der Gewinnsteuerwerte..... | 21 |
| 6. Steuerfolgen für die Anteilshabenden | 22 |
| IV. Die Holdingspaltung | 23 |
| 1. Die betriebswirtschaftliche Holding..... | 23 |
| 2. Der Holdingbetrieb..... | 25 |
| a) Verwaltungspraxis | 25 |
| b) Zuordenbarkeit zum Betriebsbegriff..... | 25 |
| c) Anzahl an Beteiligungen und Beteiligungsgrad..... | 29 |
| d) Überwiegende Beteiligung an aktiven Gesellschaften..... | 31 |
| 3. Transparenzprinzip | 32 |
| a) Begründung des Transparenzprinzips | 32 |
| b) BGer-Entscheid zum Transparenzprinzip | 35 |
| c) Massgebliche Beteiligung..... | 36 |
| d) Betriebszurechnung..... | 39 |
| e) Exkurs: Transparenzprinzip im Geschäftsvermögen | 40 |
| 4. Betriebsfortführung bei der Holdingspaltung | 42 |

| | |
|---|-----------|
| V. Varianten der Holdingspaltung..... | 43 |
| 1. Absorptionsfusion und Spaltung | 43 |
| 2. Beteiligungsausschüttung als Spaltung | 44 |
| 3. Doppelte Spaltung..... | 47 |
| VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick..... | 49 |
| Anhang | XX |

Literaturverzeichnis

- VON AH JULIA, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 3. Aufl., Zürich 2022
- ALTENBURGER PETER/CALDERAN MASSIMO/LEDERER WERNER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004
- AMSTUTZ MARC/MABILLARD RAMON, Fusionsgesetz Kommentar, Basel 2008
- BAYER WALTER/HOFFMANN THOMAS, Holdingstrukturen bei deutschen HDax-Börsenkonzernen, Die Aktiengesellschaft 7/2020, 88 ff.
- BEHNISCH URS, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Basel 1996
- Spaltung im Recht der direkten Steuern, ASA 71 (2002/2003), 711 ff.
 - in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 8. Aufl., Zürich 2023
- BÖCKLI PETER, Fusions- und Spaltungssteuerrecht: Gelöste und ungelöste Probleme, ASA 67 (1998/99), 1 ff.
- Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022
 - Neue OR-Rechnungslegung, Basel 2014, zit. BÖCKLI, *Rechnungslegung*
- BOIVIN DENIS, Ist eine Holdingstruktur noch attraktiv?, RR-VR 6/2021, 8 f.
- BOUVIER NATHAN, L'impact des dernières jurisprudence en matière de scission sur les conditions des restructurations, dans le domaines des impôts directs et de l'impôts anticipé, Genf 2020
- BÜCHI RAFFAEL, Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Bern 2001
- BÜHNER ROLF, Management-Holding, Unternehmensstruktur der Zukunft, 2. Aufl., Landsberg am Lech 1992
- EBERHARD STEFAN, La scission de la societe anonyme en droits allemand, américain et suisse, Lausanne 1999
- EGGENBERGER CHRISTIAN, Steuerfolgen der Spaltung von Kapitalunternehmen, St. Gallen 2004
- ENGISCH KARL, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968

- FISCHELS ANDRÉ, *Der Arbeitnehmerbegriff, Typologik, Dogmatik und Systematisierung*,
Münster 2019
- FLORSTEDT TIM, *Typusbegriffe im Steuerrecht*, *StuW* 2007, 314 ff.
- FORSTMOSE PETER/ZINDEL GAUDENZ G./MEYER BAHAR VALERIE, *Zulässigkeit der
Interimsdividende im Schweizerischen Recht*, *SJZ* 2009, 205 ff.
- GLANZ STEPHAN/ZIHLER FLORIAN, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian
Zihler (Hrsg.), *Rechnungslegungsrecht nach Obligationenrecht*, veb.ch Praxiskommentar,
2. Aufl., Zürich 2019
- GLANZMANN LUKAS, *Numerus clausus der zulässigen Fusionen im Schweizer Fusionsgesetz*,
ZVglRWiss 2013, 246 ff.
- *Umstrukturierungen*, 3. Aufl., Bern 2014
- GLAUSER PIERRE-MARIE/OBERSON XAVIER, in: Yves Noël/Florence Aubry Girardin (Hrsg.),
Commentaire Romand, LIFD, 2. Aufl., Basel 2017
- GRETER MARCO, *Spaltung von juristischen Personen und direkte Steuern*, *ASA* 65 (1996/97),
849 ff.
- GRETER MARCO/DIETSCHI MARC, *Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur
Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2019*, *ASA* 88
(2019/2020), 459 ff.
- GRÜNBLATT DIETER/RIEDWEG PETER, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter
Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*,
Umstrukturierungen, 1. Aufl., Basel 2016, zit. GRÜNBLATT/RIEDWEG, *Umstrukturierungen
2016*
- HALLER AXEL, *Wertschöpfungsrechnung: Ein Instrument zur Steigerung der Aussagefähigkeit
von Unternehmensabschlüssen im internationalen Kontext*, Stuttgart 1997
- HEUBERGER RETO/GRÜNBLATT DIETER, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter
Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*,
Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. HEUBERGER/GRÜNBLATT,
Umstrukturierungen
- HOFER CÉDRIC/SCHREIBER SUSANNE, *Aktuelle Umstrukturierungsfälle*, IFF-Seminar zur
Unternehmensbesteuerung vom 25./26. August 2015
- HOFFMANN FRIEDRICH, *Der Konzern als Gegenstand betriebswirtschaftlicher Forschung*, in:
Friedrich Hoffmann (Hrsg.), *Konzernhandbuch*, Wiesbaden 1993
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, *Steuerrecht*, Band II, 9. Aufl., St. Gallen 2002

- HUBER MARKUS/MAHAWATTAGE SITA/FIEDLER CAJETAN/ZENGAFFINEN DAVID, *Blickpunkt BEPS*, StR 2017, 772 ff.
- HUG THOMAS, *Verrechnungspreisliche Fragestellungen bei M&A Transaktionen*, EF 2019, 332 ff.
- JELLINEK GEORG, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1914
- JUNG MARCEL RENÉ, *Steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen im harmonisierten Steuerrecht*, Basel 2004
- KELLER THOMAS, *Unternehmensführung mit Holdingkonzepten*, 2. Aufl., Köln 1993
- KLEINDIEK DETLEF, *Konzernstrukturen und Corporate Governance*, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel v. Werder (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl., Köln 2009
- KOLLRUSS THOMAS/EDIGER MARINA, *Implementierung einer schweizerischen Holdingstruktur im Lichte des Europarechts und Freizügigkeitsabkommen*, FStR 2021, 244 ff.
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl., Bern 2019
- KUMSCHICK MARIO, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Bern 2015, 853 ff.
- KUNZ PETER V., *Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz*, Bern 2016
- KUNZ THOMAS, *Holdingstatus: Update betreffend steuerlicher Sonderfragen (Teil 2)*, StR 2011, 838 ff.
- KUNZ THOMAS/LEUENBERGER DANIEL, *Immobilien in Umstrukturierungen gemäss Fusionsgesetz, Gewinnsteuern, Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern bei juristischen Personen*, ST 2005, 413 ff.
- KÜTTEL REMO/REMUND ANDREAS, *Änderungen im Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV für die direkten Steuern (Stand Anhörung)*, IFF-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 23./24. August 2021
- *Änderungen im Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV für die direkten Steuern, IFF-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht (Wiederholung) vom 11./12. Januar 2022*, zit. KÜTTEL/REMUND, *IFF-Seminar 2021 (Wiederholung)*
- LARENZ KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1969
- LAWALL ARNE CHRISTIAN, *Die virtuelle Holding nach deutschem Aktienrecht*, Frankfurt 2006
- LEENEN DETLEF, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin 1971
- LINGNAU VOLKER/BEHAM FLORIAN, *Das erwerbswirtschaftliche Prinzip neu*

- definiert – Wertschöpfung als Alternative zur traditionellen Gewinn- bzw. Shareholder Value-Orientierung, in: Patrick Ulrich/Björn Baltzer (Hrsg.), Wertschöpfung in der Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 2019
- LISSI ALBERTO/DUSS PASCAL, Übertragung im Konzern und Ersatzbeschaffung von Beteiligungen – Gewinnsteuerliche Behandlung unter dem neuen Fusionsgesetz (Teil 1), ST 2003, 866 ff.
- LISSI ALBERTO/GERBER ANNELIES, Managementdienstleistungen im grenzüberschreitenden Konzernverhältnis, FStR 2015, 148 ff.
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, II. Teil: Art. 49-101 DBG, Basel 2004, zit. LOCHER, *Kommentar DBG, 1. Aufl.*
- Kommentar zum DBG, I. Teil: Art. 1-48 DBG, 2. Aufl., Basel 2019
- LOCHER PETER/GIGER ERNST/PEDROLI ANDREA, Kommentar zum DBG, II. Teil: Art. 49-101 DBG, 2. Aufl., Basel 2022
- LOCHER PETER/MARANTELLI ADRIANO/OPEL ANDREA, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019
- LUDWIG HUBERTUS/WAMISTER OLIVER, in: Nadia Tarolli Schmidt/Alain Villard/Andreas Bienz/Thomas Jaussi (Hrsg.), Kommentar zum Basler Steuergesetz, Basel 2019
- LUTTER MARCUS/BAYER WALTER, in: Marcus Lutter/Walter Bayer (Hrsg.), Holdinghandbuch, 6. Aufl., Köln 2020
- LUTZ GEORG, Abkommensmissbrauch, 2. Aufl., Zürich 2020
- MALACRIDA RALPH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015
- MATTEOTTI RENÉ/GASSMANN GREGOR/FELDER VALERIA, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 2019, 356 ff.
- MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Entgeltliche Unternehmensnachfolge von KMU mit Schwerpunkt steuerliche Analyse, Bern 2009
- MEUTER HANS-ULRICH, Umsetzung des Fusionsgesetzes im Zürcher Steuerrecht, ZStP 2005, 295 ff.
- MILES DAVID/SCOTT ANDREW/BREEDON FRANCIS, Makroökonomie, Weinheim 2014
- MÖLLER MARIT ANETTE, Der Holdingstandort Schweiz – Ermittlung der steuerlichen Attraktivität im Vergleich zu Deutschland, Wiesbaden 1998
- MÖLLERS THOMAS, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023
- NAUMANN JÖRG-PETER, Strategische Holding, in: Friedrich Hoffmann (Hrsg.), Konzernhandbuch, Wiesbaden 1993, 237 ff.

- NEUHAUS MARKUS/BAUR DAVID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.),
Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Aufl., Basel 2016
- NEUHAUS MARKUS/HAAG STEFAN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter
(Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Aufl., Basel 2016
- OESTERHELT STEFAN, In vino veritas (non semper est), StR 2018, 922 ff.
- Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2018/2019 (Teil 1), FStR 2019, 163 ff.
 - Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2020/2021 (Teil 1), FStR 2021, 259 ff.
 - Steuerfolgen von öffentlichen Übernahmen, GesKR 2021, 89 ff.
 - in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. OESTERHELT, *Umstrukturierungen*
- OESTERHELT STEFAN/DEISS ALPHONS, Entwicklungen im Bereich Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFF-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 22./23. August 2017
- OESTERHELT STEFAN/MARTIN CÉLINE, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.),
Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, StHG, 4. Aufl., Basel 2022
- OESTERHELT STEFAN/REMUND ANDREAS/SCHREIBER SUSANNE, Update überarbeitetes
Kreisschreiben Nr. 5a (Umstrukturierungen), Fisca-Seminar vom 16. März 2022
- OESTERHELT STEFAN/SCHREIBER SUSANNE, Teilweise steuerneutrale Umstrukturierungen,
FStR 2018, 108 ff.
- Das neue Kreisschreiben betreffend Umstrukturierungen, FStR 2022, 3 ff.
- OESTERHELT STEFAN/STRAHM DANIEL, Aktuelles zur Besteuerung von
Unternehmensumstrukturierungen, ISIS-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom
21./22. März 2022, zit. OESTERHELT/STRAHM, *ISIS-Seminar 2022*
- Lösungshinweise zu: Aktuelles zur Besteuerung von Unternehmensumstrukturierungen,
ISIS-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 21./22. März 2022,
zit. OESTERHELT/STRAHM, *Lösungshinweise ISIS-Seminar 2022*
- OESTERHELT STEFAN/TADDEI PASCAL, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter
Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht,
Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. OESTERHELT/TADDEI, *Umstrukturierungen*
- OESTERHELT STEFAN/TSCHAN DAVID, Entwicklungen Verrechnungssteuer und
Stempelabgaben, IFF-Seminar zum Unternehmenssteuerrecht vom 20./21. August 2019
- Das neue Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV betreffend Umstrukturierungen –
Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, IFA-Mitgliederversammlung vom
4. November 2021

- PAHLKE ARMIN, Typusbegriff und Typisierung, DStR 2011, 66 ff.
- PFEIFER MICHAEL/DOBRÝ OESCH KAROLINA, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012
- PORTER MICHAEL E., Wettbewerbsvorteile – Spitzenleistungen erreichen und behaupten, 8. Aufl., Frankfurt 2014
- PUPPE INGEBORG, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl., Göttingen 2019
- REGLI FLORIAN, Grundlagen der Konzernbesteuerung im schweizerischen Steuerrecht, 2. Aufl., Bern 2021
- REICH MARKUS, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983, zit. REICH, *Realisation*
- Die steuerneutrale Reservenübertragung bei Unternehmensumstrukturierungen – neuere Entwicklungen und Tendenzen, in: Markus Reich/Martin Zweifel (Hrsg.), Das schweizerische Steuerrecht – Eine Standortbestimmung, Festschrift für Ferdinand Zuppinger, Bern 1989, 379 ff.
 - Von der normativen Leistungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Steuererhebungsprinzipien, in: Ernst Höhn/Klaus Vallender (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift für Francis Cagianut, Bern 1990, 97 ff.
 - Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Basel 2000, zit. REICH, *Grundriss*
 - Der Betriebsbegriff im Umstrukturierungsrecht, ST 2004, 949 ff.
 - Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020, zit. REICH, *Steuerrecht*
- REICH MARKUS/VON AH JULIA, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 4. Aufl., Basel 2022
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Zürich 1996
- REICH MARKUS/NEUHAUS HANS-JÖRG, Spaltung und Ausgliederung von Unternehmen, ISIS-Seminar zu aktuellen Problemen der Unternehmensbesteuerung vom 2./3. Juni 2005
- REICH MARKUS/TADDEI PASCAL/OESTERHELT STEFAN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 3. Aufl., Basel 2017, zit. REICH/TADDEI/OESTERHELT, 3. Aufl.
- in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 4. Aufl., Basel 2022, zit. REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl.
- REICH MARKUS/WEIDMANN MARKUS, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, DBG, 4. Aufl., Basel 2022

- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/ROHNER TOBIAS, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Aufl., Zürich 2021
- RIEDWEG PETER, Steuerrechtliche Aspekte des schweizerischen Fusionsgesetzes – nationale und internationale Umstrukturierungen, IStR 2006, 6 ff.
- Umstrukturierungen, Holdingspaltung, Verlustvorträge bei Spaltung, IFF-Seminar zur Unternehmensbesteuerung vom 23./24. August 2016
- RIEDWEG PETER/DAENIKER DANIEL, Holdingspaltung im Zivil- und Steuerrecht, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Bökli, Zürich 2006, 111 ff.
- RIEDWEG PETER/MARTIN CÉLINE, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. RIEDWEG/MARTIN, *Umstrukturierungen*
- RIEDWEG PETER/RIEDWEG LAURENT, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. RIEDWEG/RIEDWEG, *Umstrukturierungen*
- ROUILLER ANDRÉ, Unternehmensteilungen, ASA 56 (1987/88), 303 ff.
- RÜEGG-STÜRM JOHANNES/GRAND SIMON, Das St. Galler Management-Modell, 3. Aufl., Bern 2017
- SCHEFFLER EBERHARD, Konzernmanagement, 2. Aufl., München 2005
- in: Lutter/Bayer (Hrsg.), Holding-Handbuch, 6. Aufl., Köln 2020, zit. SCHEFFLER, *Handbuch*
- SCHREIBER SUSANNE/KUMASHOVA ELENA, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg/Stefan Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. SCHREIBER/KUMASHOVA, *Umstrukturierungen*
- SCHREIBER SUSANNE/UTZINGER FABIAN, Spaltungen, ExpertSuisse-Seminar zur steuerlichen Umstrukturierung von Unternehmen vom 17. November 2021
- SCHULTE CHRISTOF, Holding-Strategien, Erfolgspotentiale nutzen durch die Beherrschung von Grösse und Komplexität, Wiesbaden 1992
- SCHWARTZKOPFF WOLFGANG, Holdingstrukturen im Bankbereich, Bern 1993
- SETHE ROLF/FAHRLÄNDER LUKAS, Nebenstrafrecht – Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt, in: Daniel Jositsch/Christian

- Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 499 ff.
- SIMONEK MADELEINE/EITEL PAUL/MÜLLER KARIN, Unternehmensrecht II – Nachfolge und Umstrukturierung, 3. Aufl., Zürich 2022
- SPORI PETER, Die Umstrukturierung von Unternehmen nach neuem Bundessteuerrecht, in: Ernst Höhn/Peter Athanas (Hrsg.), Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, Bern 1993, 285 ff.
- SPORI PETER/MOSE MARTIN, Fusionsgesetz – Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, ZBJV 2004, 301 ff.
- STÄHLIN WALO/BAUMBERGER ARISTE, Spaltungen nach Wegfall der Veräusserungssperrfrist – Mögliche Gestaltungsspielräume, ST 2004, 963 ff.
- STOCKAR CONRAD, Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz, ST 1998, 51 ff.
- TADDEI PASCAL, Die gewinnsteuerneutrale Buchwertübertragung von Vermögenswerten auf Tochtergesellschaften, Zürich 2012
- TEUSCHER HANNES, Konzerninterne Vermögensübertragung – quo vadis?, Bern 2021
- TSCHÄNI RUDOLF/GABERTHÜEL TINO, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015
- VALLENDER KLAUS A./WIEDERKEHR RENÉ, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014
- VISCHER FRANK, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV 1999 (Sonderband), 9 ff.
- WALKER BEAT, Umstrukturierungen und Steuern, Bern 2001
- WANK ROLF/MATIES MARTIN, Die Auslegung von Gesetzen, 7. Aufl., München 2023
- WATTER ROLF/BÜCHI RAFAEL, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015
- WEIDMANN MARKUS, Die Fusionsrichtlinie und ein Blick auf das schweizerische Recht, ASA 81 (2012/2013), 601 ff.
- Steuerfragen bei Umstrukturierungen, in: Laurence Uttinger/Daniel P. Rentsch/Conradin Luzi (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, Zürich 2014, 289 ff.
- WEIDMANN MARKUS/KOHLER ROBIN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch/Peter Riedweg Stefan Oesterheld (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Basel 2022, zit. WEIDMANN/KOHLER, *Umstrukturierungen*

WEIS BERND, Praxishandbuch Innovation, Wiesbaden 2012

WERDICH HANS, Finanzholding, in: Friedrich Hoffmann (Hrsg.), Konzernhandbuch,
Wiesbaden 1993, 305 ff.

WIENBRACKE MIKE, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Heidelberg 2020

WINISTÖRFER MARC, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung,
Zürich 2021

ZUPPINGER FERDINAND, Die Revision des zürcherischen Steuergesetzes, StR 1981, 183 ff.

ZWEIFEL MARTIN, Holdinggesellschaft und Konzern, Zürich 1973

Materialienverzeichnis

Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen vom 12. Juni 1996 (aktualisierte

Fassung von August 1997), zit. *Arbeitsgruppe Steuern*

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und

Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000 (Fusionsgesetz; FusG), BBl 2000, 4337 ff.,

zit. *Botschaft FusG*

EXPERTSUISSE, Stellungnahme zum Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV "Umstrukturierungen"

vom 1. Juni 2004, Zürich 2021

KOMMISSION STEUERHARMONISIERUNG DER KONFERENZ STAATLICHER STEUERBEAMTER,

Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Muri b. Bern 1995, zit. *Kommission*

Steuerharmonisierung

SWISSHOLDINGS, Stellungnahme zur Aktualisierung des Kreisschreibens Nr. 5 der ESTV

"Umstrukturierungen" vom 1. Juni 2004, Bern 2021

Praxisfestlegungen der Steuerverwaltungen

Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV vom 1. Juni 2004 betreffend Umstrukturierungen, zit. *ESTV*,

KS 5 vom 1.6.2004

Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV vom 1. Februar 2022 betreffend Umstrukturierungen, zit.

ESTV, KS 5a vom 1.2.2022

Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 10. März 2011 betreffend Umsatzabgabe, zit. *ESTV*,

KS 12 vom 10.3.2011

Weitere Quellen

OECD, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final Reports, Paris 2015, zit. *OECD-Alignment*

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022, Paris 2022, zit. *OECD-Guidelines*

Abbildungsverzeichnis

| | |
|---|--------|
| Abbildung 1: Spaltung nach FusG | XX |
| Abbildung 2: Altrechtliche Spaltung | XXI |
| Abbildung 3: Verkauf zu Buchwerten | XXII |
| Abbildung 4: Ausgliederung Holdingfunktion auf Managementgesellschaft | XXIII |
| Abbildung 5: Gesamtverkauf versus Teilverkauf | XXIV |
| Abbildung 6: Zurechnung operativer Betrieb über mehrere Ebenen | XXV |
| Abbildung 7: Zurechnung eines Holdingbetriebs | XXVI |
| Abbildung 8: Abspaltung einer Beteiligung | XXVII |
| Abbildung 9: Absorptionsfusion mit anschließender Spaltung | XXVIII |
| Abbildung 10: Spaltung mit folgender Absorptionsfusion | XXX |
| Abbildung 11: Beteiligungsausschüttung | XXXII |
| Abbildung 12: Beteiligungsausschüttung nach Ausgliederung | XXXIII |
| Abbildung 13: Unternehmensverkauf nach Absorption | XXXIV |
| Abbildung 14: Doppelte Spaltung | XXXV |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|---|
| a | (vor Erlass oder Artikel) alt |
| AB | Amtliches Bulletin |
| Abs. | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AK | Aktienkapital |
| a.M. | anderer Meinung |
| Art. | Artikel |
| ASA | Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern) |
| Aufl. | Auflage |
| BBI | Bundesblatt |
| BdBST | Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (vgl. auch DBG) (SR 642.11) |
| BEPS | Base Erosion and Profit Shifting |
| BFH | Bundesfinanzhof (Deutschland) |
| BFHE | Bundesfinanzhof-Entscheidungen |
| BGE | Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne) |
| BGer | Bundesgericht |
| bspw. | beispielsweise |
| BStBl | Bundessteuerblatt (Berlin, Deutschland) |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| bzw. | beziehungsweise |
| CR | Commentaire Romand |
| DBG | Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11) |
| ders. | derselbe (Autor) |
| dies. | dieselbe (Autorin), dieselben (Autoren) |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (München, Deutschland) |
| E | Entwurf |
| E. | Erwägung |
| EF | Expert Focus (Zürich; bis 7/2015: Der Schweizer Treuhänder) |
| ESTV | Eidgenössische Steuerverwaltung |
| etc. | et cetera |
| f. | und folgende (Seite, Note usw.) |
| ff. | und folgende (Seiten, Noten usw.) |
| Fn. | Fussnote |
| FS | Festschrift |
| FStR | IFF Forum für Steuerrecht (St. Gallen) |
| FusG | Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung; Fusionsgesetz (SR 221.301) |
| GesKR | Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich) |
| gl.M. | gleicher Meinung |
| GV | Generalversammlung |
| h.L. | herrschende Lehre |
| HR | Human Resources |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.d.R. | in der Regel |

| | |
|------------|---|
| i.H.v. | in Höhe von |
| i.S. | im Sinne |
| i.S.d. | im Sinne der/des |
| i.S.v. | im Sinne von |
| IFA | International Fiscal Association |
| IFF | Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der HSG |
| inkl. | inklusive |
| ISIS | Institut für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht |
| IStR | Internationales Steuerrecht (München, Deutschland) |
| KER | Kapitaleinlagereserven |
| KMU | kleine und mittlere Unternehmen |
| KS | Kreisschreiben |
| LIFD | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (SR 642.11) (= Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11]) |
| lit. | litera (= Buchstabe) |
| M.a.W. | Mit anderen Worten |
| m.E. | meines Erachtens |
| m.w.Hinw. | mit weiteren Hinweisen |
| N | Note |
| NR | Nationalrat |
| Nr. | Nummer |
| o.D. | ohne Datum |
| OECD | Organization for Economic Co-Operation and Development |
| OR | Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220) |
| p.m. | pro memoria (= zur Erinnerung) |
| Reserv. | Reserven |
| rev. | revidiert |
| RR-VR | Recht Relevant für Verwaltungsräte (Zürich) |
| Rz. | Randziffer |
| SA | Société Anonyme |
| sh. | siehe |
| SJZ | Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich) |
| sog. | sogenannt(e) |
| SR | Ständerat |
| ST | Der Schweizer Treuhänder (Zürich; seit 8/2015: Expert Focus) |
| STAF | Steuerreform und AHV-Finanzierung |
| StE | Der Steuerentscheid (Basel) |
| StG BS/... | Steuergesetz des Kantons Basel Stadt/... |
| StHG | Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14) |
| StR | Steuer Revue (Muri/Bern) |
| StuW | Steuer und Wirtschaft |
| u.a. | unter anderem |
| u.U. | unter Umständen |
| UmwStG | Umwandlungssteuergesetz (Deutschland) |
| Verbindl. | Verbindlichkeiten |
| VGer | Verwaltungsgericht (gefolgt von der amtlichen Abkürzung des Kantons) |
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |

| | |
|-----------|---|
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern) |
| Ziff. | Ziffer(n) |
| zit. | zitiert |
| ZStP | Zürcher Steuerpraxis (Zürich) |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart, Deutschland) |

I. Einleitung

1. Ausgangslage

- 1 Die Schweiz ist international als Standort für Holdinggesellschaften beliebt.¹ Dies ist trotz der Abschaffung des Holdingprivilegs durch die 2020 in Kraft getretene STAF-Vorlage weiterhin der Fall.² Das Holdingprivileg ersparte vormals Holdinggesellschaften die Besteuerung ihrer Gewinne auf kantonaler Ebene und reduzierte die Kapitalsteuerlast solcher Gesellschaften.³
- 2 Insbesondere in Konzernstrukturen werden Holdinggesellschaften häufig verwendet, um die verschiedenen Aktivitäten zu strukturieren und rechtlich zu trennen.⁴ Angesichts eines immer dynamischer werdenden wirtschaftlichen Umfelds, zur Realisierung von Synergien oder zwecks Diversifikation kann es häufig innerhalb besagter Konzernstrukturen wirtschaftlich sinnvoll sein, Anpassungen vorzunehmen. Dies geht regelmässig mit Veränderungen der rechtlichen Struktur einher, den sog. Umstrukturierungen.⁵ Wichtig für die Unternehmen – und somit auch für die Schweiz als Standortfaktor –⁶ ist die Bereitstellung ausreichender rechtlicher Flexibilität bei diesen Umstrukturierungen. Als zentralen Faktor hierfür identifizierte der Gesetzgeber bei der Vorbereitung des Fusionsgesetzes die Steuerneutralität der Umstrukturierungen.⁷
- 3 Die Spaltung ist für eine Holdinggesellschaft eine der bedeutendsten Umstrukturierungsformen. Sie erlaubt es, bisher verbundene Geschäftsbereiche steuerneutral voneinander zu trennen und so die Gesellschaftsstrukturen an veränderte wirtschaftliche Bedürfnisse anzupassen. So können die Konzentration auf einen oder mehrere Geschäftsbereiche, das Heben von Unternehmenswerten durch Beseitigung eines sog. Corporate Discounts und die Reduzierung von organisatorischer Komplexität Gründe für eine Spaltung sein.⁸ Während die Holdingspaltung somit insbesondere in Konzernstrukturen eine bedeutende Funktion erfüllt, gestaltete sich die Praxis der Steuerverwaltungen betreffend die Steuerneutralität der Spaltung von Holdinggesellschaften bis zum Jahr 2019 tendenziell restriktiv.⁹ Dies änderte sich durch das bundesgerichtliche Verdikt vom 11. März 2019, in dem sich das BGer dem von REICH vertretenen Transparenzprinzip anschloss und damit eine Lockerung der bisherigen Verwaltungspraxis bewirkte.¹⁰

2. Problemstellung

- 4 Das Urteil des BGers vom 11. März 2019 wie auch das aktuelle Kreisschreiben Nr. 5a der ESTV bieten Anlass für die Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Holdinggesellschaft sich als Betrieb qualifizieren und somit steuerneutral spalten kann. Besagtes Urteil des BGers lässt diverse Fragestellungen zur Holdingspaltung und Anwendung des Transparenzprinzips offen. Unbeantwortet bleibt insbesondere, ob und unter

¹ Vgl. zur steuerrechtlichen Entwicklung der Schweizer Holdinggesellschaft MÖLLER, 6 f.

² KOLLRUSS/EDIGER, FStR 2021, 244 ff., 245.

³ BOIVIN, RR-VR, 8 f., 8; vgl. ferner REICH, Steuerrecht, § 23 N 14 ff.

⁴ Ausführlich zu den Gründen für den Einsatz von Holdinggesellschaften LUTTER/BAYER, § 1 N 1.2 ff.

⁵ Vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 159 f.

⁶ Vgl. Kommission Steuerharmonisierung, 55; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 16.

⁷ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368; vgl. VISCHER, ZBJV 1999, 9 ff., 10 der von „Wertungskongruenz zwischen Zivil- und Steuerrecht“ spricht.

⁸ Vgl. zum Ganzen BÜCHI, 18 ff.; EGGENBERGER 20 ff.; EBERHARD, 5 ff.

⁹ ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 4.3.2.6; zur Praxis vor 2019 vgl. GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 66 ff.

¹⁰ BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018; REICH, FS Zuppinger, 379 ff., 390; vgl. die Urteilsbesprechung in OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 169.

welchen Voraussetzungen die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft selbst einen sog. Betrieb darstellen kann.¹¹ Diese Frage wird in der Lehre seit langem kontrovers diskutiert.¹² Im Zentrum dieser Frage steht die Problematik, dass eine Holding selbst keine Vorleistungen verarbeitet, veredelt oder umwandelt und somit keine klassische wertschöpfende Funktion erfüllt. Dies macht die Zuordnung der Tätigkeit einer Holding zum Betriebsbegriff herausfordernd. Darüber hinaus ist es schwierig, die (Haupt-)Tätigkeit einer Holding – das Halten und Verwalten von (wesentlichen) Beteiligungen – von der Vermögensverwaltung abzugrenzen. Dies ist jedoch äusserst relevant, da die Vermögensverwaltung keinen Betrieb darstellen kann.¹³ Unklar bleiben ebenfalls Detailfragen zur Anwendung des sog. Transparenzprinzips, bspw. die Frage der notwendigen Beteiligungshöhe für eine Betriebszurechnung und ob dabei auf die stimmen- oder die kapitalmässige Beteiligung abzustellen ist. Zusätzlich stellt sich die Frage der Zurechnung über mehrere Ebenen. Ungeklärt bleiben auch die Fragen, ob das Transparenzprinzip im Geschäftsvermögen Anwendung findet, ob eine Beteiligungsausschüttung steuerlich als Spaltung qualifiziert werden kann und ob es möglich ist, eine sog. doppelte Spaltung steuerneutral durchzuführen.

3. Vorgehen

- 5 Ziel der vorliegenden Arbeit ist eine umfassende Darstellung der Holdingspaltung mit den damit verbundenen Fragestellungen. Dabei sollen zum einen die aktuelle **Verwaltungspraxis** und **Lehrmeinungen** dargestellt werden. Zum anderen erfolgt mittels Auslegung nach dem Methodenpluralismus eine **kritische Auseinandersetzung** mit den jeweiligen Fragestellungen und der diesbezüglichen Verwaltungspraxis. Die Überlegungen konzentrieren sich dabei auf die gewinnsteuerlichen Aspekte der Holdingspaltung. Nicht untersucht werden die Aspekte der Verrechnungssteuer, der Stempelabgaben und der Mehrwertsteuer.
- 6 Zunächst erfolgt in Kapitel II eine allgemeine Darstellung der steuerneutralen Umstrukturierungen und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Umstrukturierungsrecht. Anschliessend werden in Kapitel III die Grundzüge der steuerneutralen Spaltung dargestellt. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf dem für die Spaltung wichtigen doppelten Betriebserfordernis. Auf der Grundlage des vorangehenden Kapitels wird in Kapitel IV die eigentliche Holdingspaltung untersucht. Dabei steht zunächst die Frage im Zentrum, unter welchen Voraussetzungen eine Holdinggesellschaft selbst einen Betrieb führen kann. Anschliessend erfolgt eine Auseinandersetzung mit der davon abzugrenzenden Frage, wann ein Betrieb einer Tochtergesellschaft einer Holding transparent zugerechnet werden kann. Auf Grundlage dieser Ausführungen werden in Kapitel V weiterführende Fragen zur Holdingspaltung und Anwendung des Transparenzprinzips behandelt. Abschliessend erfolgen in Kapitel VI eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit und ein Ausblick auf mögliche weitere Fragestellungen.

¹¹ Vgl. BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 4.2 wo das Gericht diesbezüglich jedoch lediglich die aktuelle publizierte Verwaltungspraxis wiedergibt.

¹² Vgl. STOCKAR, ST 1998, 51 ff., 53; ROUILLER, ASA 56 (1987/88), 303 ff., 308 f.; BÖCKLI ASA 67 (1998/99), 1 ff., 11 f.; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 123.

¹³ BGer, 23.1.2004, 2A.52/2003, E. 2.5 = ASA 74 (2004/2005), 737 ff. = StE 2004 A 21.14 Nr. 5; BGE 110 Ib 17 E. 3a; in diesem Sinne auch BGer, 24.05.2016, 2C_390/2015, E. 3.2, E. 3.4.1; vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 66; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

II. Steuerneutrale Umstrukturierungen

1. *Begriff der steuerlichen Umstrukturierung*

7 Über eine **einheitliche Definition** des steuerlichen Umstrukturierungsbegriffs besteht in der Lehre **Uneinigkeit**. LOCHER/GIGER/ERNST kritisieren den Begriff, da dieser „nicht die Präzision, die ein gesetzlicher Begriff haben sollte“, aufweise, und bezeichnen diesen daher als „konturlos“.¹⁴ HÖHN/WALDBURGER hingegen unterscheiden zwischen „Umstrukturierung“ und „Umgestaltung“. Wesensmerkmal einer Umstrukturierung sei die betriebliche Änderung, welche eine Umgestaltung (vor allem die Umwandlung) nicht aufweise.¹⁵ REICH definiert die Umstrukturierung als „Umgestaltung der rechtlichen Struktur“, stellt aber fest, dass auch verschiedene Tatbestände als Umstrukturierung gelten, die sich nicht unter diese Definition subsumieren lassen.¹⁶

8 Eine **Definition** des Begriffs der steuerlichen Umstrukturierung scheint insofern nur durch die darunter **subsumierbaren Tatbestände** möglich. Dazu gehören die vom Gesetzeswortlaut aufgezählten Formen (Fusion, Spaltung und Umwandlung).¹⁷ Der Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 DBG lässt durch die Formulierung ‚insbesondere‘ aber bereits erkennen, dass es sich hierbei um eine nicht abschliessende Aufzählung handelt.¹⁸ So gehören auch die Quasifusion gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG, die Ausgliederung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG und die Konzernübertragung gemäss Art. 61 Abs. 3 DBG zu den steuerlichen Umstrukturierungsformen.

9 Die **Notwendigkeit einer steuerlichen Umstrukturierungsnorm** ergibt sich insbesondere daraus, dass ohne eine solche Norm die mit Umstrukturierungen verbundenen Vorgänge zur Realisierung der stillen Reserven auf den Aktiven der übertragenen Betriebe führen können.¹⁹ Daneben können Umstrukturierungen aber auch zu weiteren steuerlichen Konsequenzen führen, bspw. zur Erhebung der Emissionsabgabe, falls die Umstrukturierung mit einer Kapitalerhöhung verbunden ist.²⁰ Zentrales Argument der Steuerneutralität ist, ökonomisch sinnvolle Anpassungen an der rechtlichen Ausgestaltung der Unternehmen nicht durch steuerliche Benachteiligung zu behindern.²¹

2. *Unabhängigkeit des Steuerrechts von der zivilrechtlichen Ausgestaltung*

10 Zunächst stellt sich die Frage, ob die Qualifikation als steuerneutrale Umstrukturierung i.S.v. Art. 61 DBG das **zivilrechtliche Vorgehen nach FusG** voraussetzt.²² Die Klärung dieser Frage wird im weiteren Verlauf der Arbeit wesentlich sein, damit bestimmt werden kann, wann eine Spaltung im steuerlichen Sinne vorliegt.

11 Der offene Begriff der Umstrukturierung in Art. 61 Abs. 1 DBG spricht ebenso gegen eine restriktive Interpretation wie der Umstand, dass ‚insbesondere‘ die Fusion, Spaltung und

¹⁴ LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 10.

¹⁵ HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 157.

¹⁶ REICH, Steuerrecht, § 20 N 33.

¹⁷ Art. 61 Abs. 1 DBG.

¹⁸ Vgl. REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 15; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 15.

¹⁹ Vgl. REICH/DUSS, 11; ausführlich REICH, Realisation, 177 ff.

²⁰ Vgl. bspw. zur Emissionsabgabe bei Quasifusionen OESTERHELT, GesKR 2021, 89 ff., 96 f.

²¹ Botschaft FusG, BBl 2000, 4337 ff., 4368.

²² So im umstrittenen Entscheid BGer, 8.10.2018, 2C_503/2017; kritisch hierzu OESTERHELT, StR 2018, 922 ff.; vgl. auch MATTEOTTI/GASSMANN/FELDER, SJZ 2019, 356 ff., 359 f.; anders der Entscheid BGer, 14.4.2021, 2C_564/2020; vgl. hierzu OESTERHELT, FSr 2021, 259 ff., 260 ff; RIEDWEG/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 154.

Umwandlung als solche genannt werden.²³ Dies lässt auf eine nicht abschliessende Aufzählung der Tatbestände schliessen.²⁴ Der **Wortlaut** lässt daher keine restriktive, strikt auf das zivilrechtliche Vorgehen nach FusG beschränkte Auslegung des Umstrukturierungsbegriffs vermuten.

- 12 Gemäss der **Botschaft** zum FusG soll die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG als Alternative zur Fusion, Spaltung und Umwandlung dienen. Damit soll dasselbe wirtschaftliche Ergebnis – nur auf andere Weise – erzielt werden können.²⁵ In diesem Sinne stellt die Botschaft klar, dass Umstrukturierungen via Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG steuerneutral möglich sein sollen, sofern sie „der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung wirtschaftlich gleichkommen“.²⁶ Der Wortlaut der Botschaft legt somit zumindest dann eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nahe, wenn das Ergebnis auf dem Weg der fusionsgesetzlichen Vermögensübertragung erreicht wird. An anderer Stelle stellt die Botschaft hingegen generell die gegenleistungslose Betriebsübertragung auf eine verbundene Gesellschaft steuerlich der Spaltung gleich.²⁷ Das fusionsgesetzliche Vorgehen wird von der Botschaft somit nicht als Voraussetzung der Steuerneutralität verstanden.
- 13 Es würde auch keinen Sinn ergeben, einerseits bei einer Umstrukturierung auf dem Weg der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG (mit Universalsukzession) eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorzunehmen, andererseits hingegen bei einer Vermögensübertragung nach Art. 181 OR (Singularsukzession) auf das zivilrechtliche Vorgehen abzustellen.²⁸ Es kann mithin für die steuerliche Qualifikation keinen Unterschied machen, ob privatrechtlich mittels **Universal- oder Singularsukzession** übertragen wird. Bei historischer Auslegung ist somit klar von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Umstrukturierungsrecht auszugehen.
- 14 **Materialien** sind gemäss BGER bei der Auslegung jedoch **nur zu beachten**, sofern sie eine konkrete Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage geben und einen Niederschlag im Gesetz gefunden haben.²⁹ Beides ist vorliegend der Fall.³⁰
- 15 **Historisch** ebenfalls zu berücksichtigen ist die geltende Rechtslage bis zum 1. Juli 2004, da diese den Ausgangspunkt der Revision darstellte.³¹ Ergeben sich bei der Auslegung keine Anhaltspunkte, die anderes vermuten lassen, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Fortführung der früheren Praxis beabsichtigt. Bereits in der steuerlichen Praxis unter dem früheren Recht war die zivilrechtliche Abwicklung unerheblich für die steuerliche

²³ Vgl. vorn N 8.

²⁴ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4371.

²⁵ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4362.

²⁶ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4372.

²⁷ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4507.

²⁸ WEIDMANN, FS Reich, 289 ff., 293.

²⁹ BGE 139 III 368 E. 3.2; BGE 137 V 167, E. 3.2; BGE 115 V 347 E. 1c; BGE 114 Ia 191 E. 3b; ausführlich KRAMER, 145 ff.; zustimmend SETHE/FAHRLÄNDER, FS Donatsch, 499 ff., 508.

³⁰ Die Botschaft äussert sich klar dazu, dass auch bei einer Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG eine Umstrukturierung im steuerlichen Sinne vorliegen kann sofern wirtschaftlich damit dasselbe Ergebnis erzielt wird wie bei einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung. Damit wird zumindest in diesem Kontext eindeutig eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vertreten. Durch die nicht abschliessende Aufzählung von Art. 61 Abs. 1 DBG fand dieser Wille des Gesetzgebers ausserdem einen Niederschlag im Gesetz.

³¹ Die Botschaft stellt diesbezüglich klar, dass „es dem Gesetzgeber vor allem um eine Fortführung der bisher gehandhabten Praxis“ geht, Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368.

- Qualifikation.³² Eine beabsichtigte Änderung dieser Praxis ist den Materialien zum FusG nicht zu entnehmen.³³
- 16 Aus **systematischer Sicht** ist anzumerken, dass das FusG die im Steuerrecht nicht definierten Begriffe der Fusion, Spaltung und Umwandlung ausführlich definiert. Grundsätzlich kann aufgrund der Einheit der Rechtsordnung davon ausgegangen werden, dass die durch den Gesetzgeber privatrechtlich definierten Begriffe im Steuerrecht dieselbe Bedeutung haben. Dies ist jedoch nur gegeben, sofern nicht gewichtige Gründe gegen eine solche Anknüpfung an die zivilrechtliche Ausgestaltung sprechen.³⁴ Insofern kann systematisch argumentiert werden, die Begriffe der Fusion, Spaltung oder Umwandlung seien i.S.d. Fusionsgesetzes zu verstehen, womit die zivilrechtliche Ausgestaltung für die steuerliche Beurteilung massgeblich wäre.³⁵
- 17 **Ziel des FusG** ist es, „eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Rechtsformen“ zu schaffen und somit „eine optimale rechtliche Organisation von Unternehmen“ zu ermöglichen.³⁶ Aus diesem Grund sind zivilrechtlich auch weiterhin Umstrukturierungen ausserhalb des FusG – bspw. in Form der Vermögensübertragung gemäss Art. 181 OR – zulässig.³⁷ M.a.W. schliesst die Normierung von Fusion, Spaltung oder Umwandlung im Fusionsgesetz zivilrechtlich nicht die Erreichung desselben Ergebnisses auf anderem, privatrechtlichem Weg aus.³⁸ Primärer Zweck der parallelen Änderungen im Steuerrecht ist es, „zu verhindern, dass die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch das Steuerrecht vereitelt werden“.³⁹ Eine steuerliche Benachteiligung alternativer zivilrechtlicher Wege zur Erreichung desselben wirtschaftlichen Ergebnisses wäre nicht mit den beschriebenen Zielen und mit dem Grundsatz der Entscheidungsneutralität⁴⁰ vereinbar. Andernfalls wären viele Umstrukturierungen ausserhalb des FusG in der Praxis nicht möglich und so wäre die faktische Flexibilität eingeschränkt. Nur wenn die verschiedenen zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten steuerlich gleichbehandelt werden, führt dies zur beabsichtigten grösstmöglichen Beweglichkeit.
- 18 Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen wird im Folgenden davon ausgegangen, dass in Übereinstimmung mit der h.L.,⁴¹ der Verwaltungspraxis⁴² und dem BGer⁴³ entscheidend sein muss, ob das gewählte zivilrechtliche Vorgehen wirtschaftlich das gleiche Ergebnis wie eine Spaltung nach FusG erzielt. Somit ist im steuerlichen Umstrukturierungsrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden. Es erscheint daher zentral, nachstehend

³² Vgl. REICH/DUSS, 263; LOCHER, Kommentar DBG, 1. Aufl., Art. 61 N 30 f.

³³ Vgl. WEIDMANN, FS Reich, 289 ff., 292 f.

³⁴ Vgl. ausführlich zur Frage des Anknüpfungspunkts im Steuerrecht BLUMENSTEIN/LOCHER, 40 ff.; zu möglichen Argumenten gegen eine solche Anknüpfung vgl. vorn N 15 und hinten N 17.

³⁵ Vgl. WEIDMANN, FS Reich, 289 ff., 293.

³⁶ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4338.

³⁷ MALACRIDA, Art. 69 FusG N 3.

³⁸ Mithin besteht kein Numerus Clausus der Umstrukturierungsformen im Zivilrecht, vgl. GLANZMANN, N 943 ff.; davon abzugrenzen (für die vorliegend behandelten Fragestellungen aber nicht relevant) ist die Frage, ob ein Numerus Clausus innerhalb der Umstrukturierungsformen besteht; vgl. ausführlich zu dieser Frage GLANZMANN, ZVglRWiss 2013, 246 ff.

³⁹ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368.

⁴⁰ Vgl. JUNG, 48 zum Grundsatz der Entscheidungsneutralität m.w.Hinw.

⁴¹ WEIDMANN/KOHLER, Umstrukturierungen, § 1 N 1 f.; REICH, Grundriss, 4; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 208; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 15 f.; JUNG, 222; ausführlich auch OESTERHELT, Umstrukturierungen, § 17 N 28 ff.; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 82 ff., insbesondere N 89.

⁴² ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 2.2.1.

⁴³ BGer, 14.4.2021, 2C_564/2020; implizit BGE 138 II 557 E. 6.2; vgl. vorn Fn. 22; vgl. ferner VGer BS, 19.11.2020, VD.2020.150, E. 3.2.3.

zunächst den steuerlichen Spaltungstatbestand zu definieren, um anschliessend die Subsumierbarkeit der Holdingspaltung unter diesen prüfen zu können.

III. Steuerneutrale Spaltung

1. Spaltungstatbestand

- 19 Bei der zivilrechtlichen Spaltung überträgt eine Gesellschaft einen Teil ihres Vermögens (**Abspaltung**)⁴⁴ oder ihr gesamtes Vermögen (**Aufspaltung**),⁴⁵ unter Wahrung der Kontinuität der Mitgliedschaft der Anteilshabenden,⁴⁶ an mindestens eine (Abspaltung) bzw. mehrere (Aufspaltung) andere Gesellschaften.
- 20 Die **Gegenleistung** für das übertragene Vermögen fliesst dabei stets an die Anteilshabenden der übertragenden Gesellschaft und besteht bei der zivilrechtlichen Spaltung in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft(en).⁴⁷ Da die Gegenleistung an die Anteilshabenden der übertragenden Gesellschaft und nicht an die Gesellschaft selbst fliesst, wird aus Sicht der übertragenden Gesellschaft gegenleistungslos Vermögen übertragen. Dies resultiert in einer Entreicherung dieser Gesellschaft.⁴⁸
- 21 Die **Entreicherung** der Gesellschaft ist ein zentrales Abgrenzungskriterium der Spaltung im Steuerrecht,⁴⁹ insbesondere von der sog. Ausgliederung. Diese war im Vernehmlassungsentwurf des FusG noch als dritte zivilrechtliche Form der Spaltung vorgesehen.⁵⁰ Bei einer Ausgliederung sollten ebenfalls Vermögenswerte auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, die Gegenleistung wäre jedoch an den übertragenden Rechtsträger geflossen.⁵¹ Insbesondere sollte damit die Gründung von Tochtergesellschaften mittels Universalsukzession ermöglicht werden. Die Regelung wurde jedoch zugunsten der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG verworfen. Im Steuerrecht wird die Ausgliederung dagegen in Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG explizit geregelt. I.S.d. zuvor erörterten wirtschaftlichen Betrachtungsweise handelt es sich aber bei einer Vermögensübertragung an eine Tochtergesellschaft steuerlich um eine Spaltung, wenn die Anteile an der (übernehmenden) Tochtergesellschaft zeitnahe an die Anteilshabenden der (übertragenden) Muttergesellschaft ausgeschüttet werden.⁵²
- 22 Werden die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft gleichmässig nach Massgabe ihrer bisherigen Beteiligung an die Anteilshabenden der übertragenden Gesellschaft ausgerichtet, liegt eine **symmetrische Spaltung** vor. Ist die Verteilung ungleichmässig, handelt es sich hingegen um eine **asymmetrische Spaltung**.⁵³
- 23 Ebenfalls wird zwischen der **Spaltung zur Übernahme** und der **Spaltung zur Neugründung** unterschieden. Bei Ersterer gehen die übertragenen Vermögenswerte an eine bestehende Gesellschaft. Bei Letzterer erfolgt die Übertragung auf eine oder mehrere, im Rahmen der Spaltung neu zu gründende(n), Gesellschaft(en).⁵⁴

⁴⁴ Art. 29 lit. b FusG.

⁴⁵ Art. 29 lit. a FusG.

⁴⁶ Art. 31 Abs. 1 FusG.

⁴⁷ Art. 29 FusG.

⁴⁸ BEHNISCH, 244 f.; vgl. BEHNISCH, ASA 71 (2002/2003), 711 ff., 715; EGGENBERGER 87.

⁴⁹ LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 71; REICH/DUSS, 301; vgl. BGer, 7.7.2009, 2C_784/2008, E. 3.5.

⁵⁰ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4357.

⁵¹ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4360.

⁵² Vgl. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 11; RIEDWEG/RIEDWEG, Umstrukturierungen, § 7 N 16.

⁵³ Art. 31 Abs. 2 FusG; vgl. ausführlich AMSTUTZ/MABILLARD, 427 f.

⁵⁴ Vgl. GLANZMANN, N 120.

- 24 Die zivilrechtliche Spaltung untersteht dem Grundsatz der **Kontinuität der Mitgliedschaft**.⁵⁵ Dies bedeutet, dass die übernehmende Gesellschaft die Anteilshabenden der übertragenden Gesellschaft mit eigenen Anteilsrechten für die vermögensmässige Entreichung der übertragenden Gesellschaft (und somit für die Wertreduktion ihrer Beteiligung) entschädigt.⁵⁶ Aus wirtschaftlicher Sicht bedeutet dies (vereinfacht gesagt), dass die Anteilshabenden, bezüglich des Werts ihrer Beteiligung(en), nach der Transaktion gleich oder ähnlich gestellt werden müssen wie vor der Transaktion.⁵⁷ Eine tatsächliche Übertragung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten ist daher steuerrechtlich nicht vorauszusetzen, wenn es sich bspw. um Schwestergesellschaften handelt.⁵⁸
- 25 Zusammengefasst liegt damit ein Spaltungstatbestand vor, wenn durch das zivilrechtliche Vorgehen:⁵⁹
- Vermögen unter Entreichung der Gesellschaft auf mindestens eine andere Gesellschaft übertragen wird und die übertragende Gesellschaft dabei bestehen bleibt (Abspaltung)
 - oder Vermögen unter Entreichung der Gesellschaft auf mehrere andere Gesellschaften übertragen wird und der übertragende Rechtsträger aufgelöst wird (Aufspaltung)
 - und dabei die Kontinuität der Mitgliedschaft der Anteilshabenden gewahrt bleibt.
2. *Doppeltes Betriebserfordernis*
- 26 Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG erfordert die Steuerneutralität der Spaltung die **Übertragung** mindestens eines Betriebs oder Teilbetriebs sowie die **Weiterführung eines Betriebs oder Teilbetriebs** durch die nach der Spaltung verbleibenden Gesellschaften. Der Gegenstand der steuerlichen Spaltung ist somit enger gefasst als jener der zivilrechtlichen,⁶⁰ da der Gegenstand der Übertragung ein qualifiziertes Vermögen sein muss.⁶¹ Eine zu spaltende Gesellschaft muss somit vor der Spaltung zumindest zwei Betriebe führen, sodass sie einen von diesen übertragen und einen weiteren selbst weiterführen kann (Abspaltung) bzw. jeweils mindestens einen Betrieb an die übernehmenden Rechtsträger übertragen kann (Aufspaltung).
- 27 **Durch das doppelte Betriebserfordernis** soll sichergestellt werden, dass die stillen Reserven weiterhin mit ihrem Betrieb objektiv verknüpft bleiben und somit einer wirtschaftlichen Tätigkeit dienen.⁶² Damit soll insbesondere verhindert werden, dass einzelne Wirtschaftsgüter (bzw. ‚unwanted assets‘) steuerneutral abgespalten oder veräussert werden können.⁶³ Eine Besteuerung soll (noch) nicht stattfinden, weil (bzw. soweit) die stillen

⁵⁵ Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 FusG.

⁵⁶ Ausführlich WATTER/BÜCHI, Art. 31 FusG N 3 ff.; GLANZMANN, N 198 ff.; PFEIFER/DOBRY, Art. 31 FusG N 1 ff.; zum Erfordernis der Entreichung REICH/DUSS, 301; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 279; JUNG, 223.

⁵⁷ Vgl. ausführlich zur Kontinuität der Mitgliedschaft WATTER/BÜCHI, Art. 31 FusG N 3 ff. unter Verweis auf TSCHÄNI/GABERTHÜEL, Art. 7 FusG N 9 ff.

⁵⁸ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 5; vgl. den diesbezüglich angepassten Wortlaut in ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.1; vgl. hierzu OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 18.

⁵⁹ Vgl. zur Verdeutlichung Anhang, Beispiel 1 und Beispiel 2.

⁶⁰ STÄHLIN/BAUMBERGER, ST 2004, 963 ff., 968; SPORI/MOSE, ZBJV 2004, 301 ff., 338; vgl. JUNG, 223; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 58.

⁶¹ BGer, 5.9.2017, 2C_732/2016, 2C_733/2016, E. 2.3.2.

⁶² REICH, Realisation, 164 f., 189 f.; vgl. auch REICH, ST 2004, 949 ff., 949; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, 337; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 220.

⁶³ JUNG, 223 f.; GLAUBER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 41; vgl. auch HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 58 m.w.Hinw.

Reserven weiterhin mit einem (Teil-)Betrieb verhaftet bleiben.⁶⁴ Insofern stellt das Betriebserfordernis das zentrale Kriterium zur Abgrenzung der steuerneutralen Spaltung von einer Veräusserung bzw. Teilliquidation dar.⁶⁵

a) Betriebsdefinition

aa) Allgemeines

- 28 Der Betriebsbegriff bzw. Teilbetriebsbegriff ist in besonderem Masse auslegungsbedürftig. Es handelt sich nämlich um einen rein **steuerrechtlichen Begriff**, der dem Zivilrecht fremd ist und der keine Definition durch den Gesetzgeber erfahren hat.⁶⁶ Das Betriebserfordernis bestand im Steuerrecht bereits vor Inkrafttreten des FusG. Der damalige Gesetzeswortlaut sprach noch von „in sich geschlossenen Betriebsteilen“ bzw. „Geschäftsbetrieben“.⁶⁷ Dennoch muss der bereits damals verwendete Betriebsbegriff i.S.d. historischen Auslegung als Ausgangspunkt dienen.⁶⁸
- 29 Bereits unter dem **früheren Recht** wurde der Geschäftsbetrieb als „jeder organisatorisch-technische Komplex von Vermögenswerten, welcher im Hinblick auf die unternehmerische Leistungserstellung eine relativ unabhängige, organische Einheit bildet“, definiert.⁶⁹ Dieser sollte sich durch Autonomie und Unabhängigkeit auszeichnen und durch den planmässigen Einsatz von Kapital und Arbeit auf die Gewinnerzielung ausgerichtet sein.⁷⁰ Vorausgesetzt wurde ausserdem eine tatsächliche Wertschöpfung und nicht nur eine (passive) Abschöpfung von Erträgen auf dem eingesetzten Kapital.⁷¹ Die bereits unter dem alten Recht etablierte Definition hat sich auch in der neueren Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt.⁷²
- 30 Im Zuge der Vernehmlassung zum FusG wurde jedoch auf die in der Lehre teilweise geforderte Autonomie⁷³ bzw. selbständige Überlebensfähigkeit,⁷⁴ welche im Vorentwurf noch als ‚**Selbständigkeit**‘ in den Wortlaut Eingang fand, verzichtet.⁷⁵ Daraus kann m.E. geschlossen werden, dass die Selbständigkeit keine notwendige Bedingung der Betriebsqualifikation, aber nach wie vor ein Merkmal eines Betriebs ist.⁷⁶ Auch die Einführung des Teilbetriebsbegriffs spricht m.E. für eine solche Interpretation, zeichnet den

⁶⁴ Ausführlich REICH, Realisation, 189 ff.; vgl. auch KUMSCHICK, 853 ff., 871.

⁶⁵ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 101; REICH, Realisation, 189; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 90; RIEDWEG, IStR 2006, 6 ff., 10; KUNZ/LEUENBERGER, ST 2005, 413 ff., 414; so auch im Grundsatz BGE 138 II 557 E. 6.4; BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 4.1.

⁶⁶ Vgl. BEHNISCH, 249.

⁶⁷ Vgl. Art. 61 Abs. 1 lit. c aDBG in der Fassung bis zum 01.07.2004; vgl. auch LOCHER, Kommentar DBG, 1. Aufl., Art. 61 N 46 ff.; HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326; REICH/DUSS, 43.

⁶⁸ Zum Willen des Gesetzgebers betr. Fortführung der bisherigen Praxis vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368; insbesondere spricht dafür auch, dass der Hintergrund der Wortlautänderung wohl primär eine beabsichtigte sprachliche Präzisierung war, nicht aber materielle Änderungen an dem Erfordernis selbst; vgl. Arbeitsgruppe Steuern, Ziff. 5.2.

⁶⁹ REICH/DUSS, 43; ZUPPINGER, StR 1981, 183 ff., 211; vgl. auch REICH, Realisation, 191.

⁷⁰ REICH/DUSS, 43 f.

⁷¹ Dies zwecks Abgrenzung zur rein vermögensverwaltenden Tätigkeit, die nie als Betrieb gilt; vgl. GRETER, ASA 65 (1996/97), 849 ff., 860; kritisch HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 74 f.

⁷² BGE 142 II 283 E. 3.2; BGer, 4.3.2020, 2C_1/2020, E. 2.5; BGer, 5.9.2017, 2C_732/2016, E. 2.3.2; REICH, Steuerrecht, § 20 N 50; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 61 ff.

⁷³ REICH/DUSS, 43.

⁷⁴ HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326; vgl. auch BÖCKLI, ASA 67 (1998/99), 1 ff., 10.

⁷⁵ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4350.

⁷⁶ Vgl. BGE 138 II 557 E. 6.4; REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 59 ff. die von Unabhängigkeit bzw. Autonomie sprechen; ferner auch BOUVIER, 15.

Teilbetrieb doch vor allem aus, dass er Teil eines grösseren Betriebs ist und somit wesentliche Abhängigkeiten zu diesem bestehen können.⁷⁷

- 31 Die Mehrheit der Lehre ist sich darin einig, dass es sich beim Betriebsbegriff um einen **Typusbegriff** handelt.⁷⁸ Der Gesetzgeber orientierte sich bei der Neuformulierung des Betriebserfordernisses an der europäischen Fusionsrichtlinie.⁷⁹ Daher erscheint es sinnvoll, den (in der Schweizer Methodenlehre kaum beleuchteten) Typusbegriff auch anhand europäischer Methodenlehre zu beleuchten.⁸⁰ Bei einem Typusbegriff handelt es sich um einen Rechtsbegriff, welcher nur durch eine unbestimmte Mehrzahl von Merkmalen beschrieben werden kann.⁸¹ Dabei müssen diese nicht kumulativ vorliegen, sondern es besteht eine „Elastizität der Merkmale“⁸² und eine „Abstufbarkeit“,⁸³ wobei auf einzelne Merkmale sogar ganz verzichtet werden kann, wenn dafür andere Merkmale in ausreichender Intensität vorliegen.⁸⁴ Es ist mithin lediglich eine Zuordnung zu, nicht aber eine Subsumtion unter einen Typusbegriff möglich.⁸⁵ Feste quantitative Kriterien eignen sich daher nicht, um zu bestimmen, ob ein Lebenssachverhalt sich einem Typusbegriff zuordnen lässt.⁸⁶ Typusbegriffe können weit gefasst werden und daher unter einem Begriff äusserlich sehr unterschiedliche Sachverhalte erfassen und derselben Rechtsfolge unterwerfen.⁸⁷
- 32 Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Meinung ist für die Frage, ob ein Betrieb vorliegt, streng zwischen Indizien und Merkmalen zu unterscheiden. Merkmale machen den Betrieb selbst aus, entscheiden somit darüber, ob sich ein Lebenssachverhalt zum Betriebsbegriff zuordnen lässt. Indizien weisen hingegen lediglich auf das Vorhandensein dieser Merkmale hin. So sind es nach hier vertretener Meinung, ausgehend von der zuvor dargelegten Betriebsdefinition, die folgenden Merkmale, die einen Betrieb ausmachen: i) die **organisch-technische Abgrenzbarkeit**, ii) die **wertschöpfende Tätigkeit** und iii) die **Unabhängigkeit bzw. Selbständigkeit** des (Teil-)Betriebs.
- 33 Die **organisch-technische Abgrenzbarkeit** dient der klaren Zuordenbarkeit, welche Vermögenswerte, Verträge und zur betrieblichen Tätigkeit notwendigen Mittel dem Betrieb zuzurechnen sind (technische Abgrenzbarkeit). Der Organcharakter drückt aus, dass es sich

⁷⁷ A.M. noch LOCHER, Kommentar DBG, 1. Aufl., rev. Art. 61 N 84, welcher auch bei einem Teilbetrieb die Selbständigkeit als wichtiges Merkmal erachtet.

⁷⁸ REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 61; REICH, ST 2004, 949 ff., 950; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 62; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 92; SPORI/MOSE, ZBJV 2004, 301 ff., 340; vgl. auch ZUPPINGER, StR 1981, 183 ff., 211, welcher eine Erfüllung „sämtliche[r] Merkmale“ für die Betriebsqualifikation voraussetzt.

⁷⁹ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4507; vgl. WEIDMANN, ASA 81 (2012/2013), 601 ff., 604.

⁸⁰ Auch das VGer ZH orientiert sich bei der Auslegung von Typusbegriffen an europäischer Literatur zur Methodenlehre; vgl. VGer ZH, 25.08.2010, SB.2010.00056, E. 2.4.2; VGer ZH, 20.01.2010, SB.2009.00056, E. 2.4.2; ausführlich zum Typusbegriff PUPPE, 60 ff.; vgl. ferner PAHLKE, DStR 2011, 66 ff.

⁸¹ FLORSTEDT, StuW 2007, 314 ff., 315; vgl. auch BFH, 21.2.1974 – IV B 28/73 –, BFHE 112, 51, BStBl II 1974, 404, Rn. 20, bezugnehmend auf LARENZ, 427 f. und 440 f.; kritisch zur Verwendung von Typusbegriffen im Allgemeinen WANK/MATIES, 47; zum ‚Typus‘ bereits JELLINEK, 30 ff.

⁸² WIENBRACKE, 29.

⁸³ PUPPE, 60; vgl. auch LEENEN, 56.

⁸⁴ FISCHELS, 77; PAHLKE, DStR 2011, 66 ff.; ARNOLD, ASA 67 (1998/99), 593 ff., 598; vgl. auch BGer, 29.7.2011, 2C_766/2010 und 2C_767/2010, E. 2.3 = StE 2011 B 23.11 Nr. 71, mit Bezug auf den Typusbegriff der selbständigen Erwerbstätigkeit; explizit in Bezug auf den Betriebsbegriff REICH, ST 2004, 949 ff., 951; a.M. PUPPE, 62, welche fordert, dass alle Merkmale zumindest im Ansatz vorliegen müssen.

⁸⁵ MÖLLERS, § 14 N 61 f.; vgl. ENGISCH, 243.

⁸⁶ Vgl. SPORI/MOSE, ZBJV 2004, 301 ff., 340.

⁸⁷ PUPPE, 62.

bei einem Betrieb nicht nur um einzelne Vermögenswerte bzw. Wirtschaftsgüter handeln darf.⁸⁸ Es muss vielmehr ein Mindestmass an Organisation und Struktur zwischen den Wirtschaftsgütern bestehen, welche diese zu einer „organische[n] Einheit“ verbinden.⁸⁹ Als Indizien für die technische Abgrenzbarkeit können bspw. eine räumliche Trennung von den anderen Betrieben oder die Nutzung eigener Betriebsmittel dienen. Gegen das Vorliegen eines Betriebs spricht nach hier vertretener Meinung, wenn die Betriebsmittel nicht im Mit- oder Gesamteigentum des (Teil-)Betriebs stehen, sondern lediglich ein vertraglicher Anspruch auf deren Nutzung besteht.⁹⁰ Dies gilt auch für den Fall, dass Mitarbeitende nicht beim (potenziellen) Betrieb selbst angestellt sind, sondern nur ein vertraglicher Anspruch auf deren Arbeitsleistung besteht. Grund hierfür ist, dass ansonsten dieselben Betriebsmittel oder Mitarbeitenden bei mehreren Gesellschaften als Indiz für die Betriebsqualifikation beigezogen werden könnten. Mögliche Indizien für die Bildung einer organischen Einheit können hingegen eigene Administrationsfunktionen oder Hilfsfunktionen wie eine eigene Buchführung oder IT-Systeme sein.⁹¹

- 34 Das Merkmal der **wertschöpfenden Tätigkeit** des Betriebs ist eng mit dem Zweck der Steuerneutralität und deren ökonomischer Rechtfertigung verknüpft. Die stillen Reserven sollen nur steuerneutral übertragen werden, wenn sie weiterhin einer ökonomisch sinnvollen, wertschöpfenden Tätigkeit dienen.⁹² Es handelt sich mithin um einen „steuerrechtlichen Wirtschaftsbegriff“, der nach wirtschaftlichen Kriterien auszuleuchten ist.⁹³ In der Betriebswirtschaft wird Wertschöpfung als Differenz zwischen Produktionswert und Vorleistungen definiert.⁹⁴ Eine Wirtschaftseinheit übernimmt Vorleistungen von anderen Wirtschaftseinheiten, verarbeitet diese, wandelt sie um oder veredelt sie, um das Ergebnis anschliessend an eine nächste (nachgelagerte) Wirtschaftseinheit weiterzugeben.⁹⁵ Ob der geschaffene Mehrwert tatsächlich abgeschöpft wird, kann dabei aber keine Rolle spielen. Wertschöpfung kann auch durch gemeinnützige bzw. nicht gewinnorientierte Tätigkeiten erfolgen.⁹⁶
- 35 Als wertschöpfend sind somit in erster Linie jene Wirtschaftsprozesse zu verstehen, welche unmittelbar Teil dieses Verarbeitungs-, Umwandlungs- oder Veredelungsprozesses sind (sog. **Primäraktivitäten**).⁹⁷ Am Beispiel eines Bekleidungsunternehmens kann dies die Produktion der Stoffe, das Design der Kollektion oder die Distribution der Produkte sein. Ebenfalls wertschöpfend sind jene Aktivitäten, die zwar nicht unmittelbar an der Leistungserstellung beteiligt sind, jedoch eine notwendige Voraussetzung der Leistungserstellung darstellen und mittelbar einen Beitrag zur Leistungserstellung leisten (sog. **unterstützende Aktivitäten**).⁹⁸ Dazu gehören bspw. Personalmanagement (HR),

⁸⁸ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4371; JUNG, 223 f.; HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 117.

⁸⁹ BGE 142 II 283 E. 3.3.1; REICH, Realisation, 191 f.

⁹⁰ A.M. REICH, ST 2004, 949 ff., 951.

⁹¹ Vgl. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 66, welche diesen Indizien jedoch kein Gewicht beimessen.

⁹² Vgl. REICH, ST 2004, 949 ff., 949 f., der davon spricht, dass die stillen Reserven nicht besteuert werden dürfen, sofern das Unternehmen die Wertschöpfungsaktivitäten fortsetzt.

⁹³ BLUMENSTEIN/LOCHER, 47; vgl. ferner BGE 138 II 57 E. 2.1 sowie BGer, 21.5.2014, 2C_874/2013, E. 2.1 zu der wirtschaftlichen Auslegung des Begriffs Ertrag bzw. Schuldzinsen.

⁹⁴ PORTER, 68; vgl. MILES/SCOTT/BREEDON, 38 f.; LINGNAU/BEHAM, 32.

⁹⁵ HALLER, 30; vgl. ferner MILES/SCOTT/BREEDON, 38 f.

⁹⁶ Vgl. RÜEGG-STÜRM/GRAND, 126.

⁹⁷ PORTER, 68 f.

⁹⁸ PORTER, 69 ff.; WEIS, 83; vgl. auch REICH, ST 2004, 949 ff., 952, welcher ausführt, dass im Umstrukturierungsrecht eine weniger strenge Betrachtung als im Doppelbesteuerungsrecht angezeigt

- strategisches Management, Finanzverwaltung, Rechtsabteilung, Compliance, Controlling und Planungsmanagement.
- 36 Ein Teilzweck des Kriteriums der wertschöpfenden Tätigkeit ist es, die **aktive Schaffung** von Mehrwert von der **passiven Abschöpfung** des Mehrwerts **abzugrenzen**.⁹⁹ Die Verwaltung des eigenen Vermögens stellt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Betriebstätigkeit dar, selbst wenn es sich um ein grosses Vermögen handelt und zum Zweck der laufenden Orientierung eine kaufmännische Buchhaltung geführt wird.¹⁰⁰
- 37 Als **Indizien** für die wertschöpfende Tätigkeit können die von der **ESTV aufgestellten Anforderungen** dienen:¹⁰¹ So verlangte die ESTV unter dem KS 5 kumulativ, dass ein Betrieb Leistungen auf dem Markt oder an verbundene Unternehmen erbringen und über Personal verfügen muss. Ausserdem müsse der Personalaufwand des Unternehmens in sachgerechtem Verhältnis zum Ertrag stehen.¹⁰² Diese ‚Erfordernisse‘ sind zwar Indizien für eine aktive wertschöpfende Tätigkeit, jedoch muss die Betriebsführung bspw. auch möglich sein, ohne auf dem Markt in Erscheinung zu treten. Ein Beispiel hierfür können interne Dienstleistungsgesellschaften in Konzernstrukturen sein. Die ESTV hat auf die Kritik seitens der Lehre¹⁰³ mit Veröffentlichung des KS 5a reagiert und den Wortlaut von „Ein Betrieb oder Teilbetrieb liegt nur dann vor“ auf „Ein Betrieb oder Teilbetrieb liegt dann vor“ angepasst.¹⁰⁴ Damit soll verdeutlicht werden, dass die Kriterien lediglich beispielhaft und nicht abschliessend sind.¹⁰⁵
- 38 Die **Unabhängigkeit bzw. Selbständigkeit** des Betriebs erfordert zum einen, dass diesem die für seine Leistungserstellung notwendigen Wirtschaftsgüter zur Verfügung stehen.¹⁰⁶ Dabei ist es nach REICH nicht erforderlich, dass sich diese im Eigentum des Betriebs befinden, er muss lediglich über sie verfügen können.¹⁰⁷ Ein weiteres Element bei der Beurteilung der Selbständigkeit bzw. Unabhängigkeit eines potenziellen Betriebs ist die Abhängigkeit von verbundenen Betrieben bei der Beschaffung von Vorleistungen oder beim Absatz. So wäre m.E. die Selbständigkeit nur eingeschränkt anzunehmen, wenn eine sehr grosse Industrieliegenschaft abgespalten und anschliessend ausschliesslich an die übertragende Gesellschaft vermietet wird.¹⁰⁸ Es wird jedoch teilweise (m.E. zu Recht) argumentiert, der Begriff des Teilbetriebs relativiere das Kriterium der Unabhängigkeit.¹⁰⁹

sei, in welchem Hilfs- und Administrationstätigkeiten nicht als ‚aktive‘ Geschäftstätigkeit gewertet werden würden.

⁹⁹ Vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 66; vgl. ferner hinten N 42 zur Abgrenzung von selbständiger Erwerbstätigkeit und ‚schlichter‘ Vermögensverwaltung.

¹⁰⁰ BGer, 23.1.2004, 2A.52/2003, E. 2.5 = ASA 74 (2004/2005), 737 ff. = StE 2004 A 21.14 Nr. 5; BGE 110 Ib 17 E. 3a; in diesem Sinne auch BGer, 24.05.2016, 2C_390/2015, E. 3.2, E. 3.4.1; vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 66; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

¹⁰¹ Wobei die Forderung nach einem kumulativen Vorliegen dieser Anforderungen unter ESTV, KS 5 vom 1.4.2004, Ziff. 3.2.2.3 und Ziff. 4.3.2.5 in der Lehre kritisiert wurde, vgl. REICH, ST 2004, 949 ff., 951; TEUSCHER, 85; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 43.

¹⁰² ESTV, KS 5 vom 1.4.2004, Ziff. 3.2.2.3 und Ziff. 4.3.2.5.

¹⁰³ Vgl. statt vieler HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 62.

¹⁰⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 3.2.2.3 und Ziff. 4.3.2.5.

¹⁰⁵ SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 31.

¹⁰⁶ Wobei hier eine Überschneidung zur organisch-technischen Abgrenzbarkeit besteht.

¹⁰⁷ REICH, ST 2004, 949 ff., 951; zur hier vertretenen gegenteiligen Meinung sh. vorn N 33.

¹⁰⁸ Was aber i.S.d. Typusbegriffs nicht automatisch bedeutet, dass eine solche Liegenschaft nicht als Betrieb qualifizieren könnte, wenn der Unterhalt der Liegenschaft wesentlichen Aufwand mit sich bringt welcher durch mehrere Mitarbeitende bewältigt wird; vgl. hierzu die Verwaltungspraxis gemäss ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.8.

¹⁰⁹ Vgl. hinten N 41 ff. zum Teilbetrieb.

ba) Teilbetrieb

- 39 In der Lehre ist umstritten, welche Bedeutung dem **Teilbetrieb** zukommen soll. In der Verwaltungspraxis wird dieser definiert als „kleinster für sich lebensfähiger Organismus eines Unternehmens“.¹¹⁰ Diese Definition wird auch von der Lehre übernommen.¹¹¹ Die Bedeutung, die dem zukommen soll, ist jedoch umstritten. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass mit der Einführung des Begriffs die Anforderungen an die Spaltung gemildert werden sollten.¹¹² Ein anderer Teil nimmt hingegen an, dass diesem keine eigene Bedeutung zukommt, da auch der Teilbetrieb ohnehin sämtliche Anforderungen an einen Betrieb erfüllen müsse.¹¹³ SCHREIBER/UTZINGER vertreten die Ansicht, die Einführung des Teilbetriebs Sorge dafür, dass keine strikte Trennung der beteiligten Gesellschaften notwendig sei.¹¹⁴
- 40 M.E. kann grundsätzlich bei bewusster Einführung einer neuen Terminologie durch den Gesetzgeber davon ausgegangen werden, dass mit dieser eine Wirkung erzielt werden sollte. Besondere Bedeutung sollte dem Teilbetriebsbegriff dann zukommen, wenn keine Primärtätigkeiten ausgeübt werden, sondern lediglich Unterstützungstätigkeiten für die Primärtätigkeiten eines (Haupt-)Betriebs. Auch wenn der potenzielle Betrieb nur Unterstützungsaktivitäten aufweist, erscheint daher die Qualifikation als (Teil-)Betrieb grundsätzlich möglich. An das Merkmal der Unabhängigkeit dürfen aufgrund des Teilbetriebsbegriffs mithin nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden.¹¹⁵

ca) Selbständige Erwerbstätigkeit versus Betriebserfordernis

- 41 Es stellt sich auch die Frage, ob nicht jede Tätigkeit, die als selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert, automatisch das Betriebserfordernis erfüllt. Dies wird von REICH/VON AH vertreten, welche somit für eine sehr weite Auslegung des Betriebsbegriffs eintreten.¹¹⁶ Insbesondere mit Bezug auf die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft würde diesfalls immer dann ein Betrieb vorliegen, wenn auch die Kriterien für den sog. Beteiligungshandel erfüllt sind.¹¹⁷
- 42 Als **selbständig erwerbstätig gilt**, wer durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei gewählter Organisation, auf eigenes Risiko, anhaltend, planmässig und nach aussen sichtbar zum Zweck der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.¹¹⁸ Es handelt sich dabei, wie beim Betriebsbegriff, um einen Typusbegriff.¹¹⁹ Als selbständige Erwerbstätigkeit

¹¹⁰ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 3.2.2.3.

¹¹¹ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 66; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 121 f.; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, 337.

¹¹² HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 66; HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326; so wohl auch BÖCKLI, ASA 67 (1998/99), 1 ff., 10 f.; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 121 f.

¹¹³ REICH, ST 2004, 949 ff., 951; REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 64; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 91; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, 337; wohl auch RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 61 DBG N 205 ff.

¹¹⁴ SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 35.

¹¹⁵ Vgl. vorn N 30 zum Verzicht auf das Kriterium der Selbständigkeit im Gesetzeswortlaut.

¹¹⁶ Insbesondere REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 65 ff.

¹¹⁷ Dieser zeichnet sich ebenso wie die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft durch wesentliche wirtschaftliche Engagements über längere Zeit aus, BGer, 25.9.2012, 2C_115/2012, 2C_116/2012, E. 2.1; vgl. auch BGer, 12.9.2011, 2C_385/2011, E. 2 = StR 2011, 950 ff.; ferner auch BGer, 9.5.2016, 2C_1131/2015 und 2C_1132/2015.

¹¹⁸ BGE 125 II 113 E. 5b = ASA 67 (1998/99), 648 ff. = StE 1999 B 23.1 Nr. 41; REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 14 m.w.Hinw.; LOCHER, Kommentar DBG, Art. 18 N 7 m.w.Hinw.

¹¹⁹ Vgl. BGE 125 II 113 E. 5b = ASA 67 (1998/99), 648 ff. = StE 1999 B 23.1 Nr. 41 wo dieser Begriff zwar nicht verwendet, jedoch klar umschrieben wird; vgl. ferner REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 15 m.w.Hinw.

gilt auch die Vermögensverwaltung, wenn diese über die sog. ‚schlichte Vermögensverwaltung‘ hinausgeht.¹²⁰ Zur Abgrenzung der schlichten Vermögensverwaltung (und des damit verbundenen steuerfreien Kapitalgewinns bei allfälligen Wertsteigerungen) von den verschiedenen Ausprägungen der als Erwerbstätigkeit zu qualifizierenden Vermögensverwaltung hat die Rechtsprechung eine ausführliche und komplexe Praxis entwickelt. Merkmale bzw. Elemente des Beteiligungshandels sind nach Praxis des BGRs die Berufsnähe, eingesetzte Spezialkenntnisse, die Fremdfinanzierung, das eingegangene unternehmerische Risiko und ein besonders systematisches und planmässiges Vorgehen.¹²¹

- 43 Nun stellt sich die Frage, ob diese Kriterien *mutatis mutandis* auch auf die Betriebsqualifikation angewendet werden können und ob somit jede selbständige Erwerbstätigkeit auch einen Betrieb darstellt. Hiergegen spricht zunächst bereits der **Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 DBG**. Dieser erklärt neben den Einkünften aus einem *Betrieb* (Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb) auch Einkünfte aus freien Berufen sowie ‚jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit‘ als steuerbar. Damit legt bereits der Wortlaut eine weite Auslegung nahe, welche den Betrieb zwar einschliesst, jedoch über diesen hinausgeht.¹²²
- 44 Aus Sicht einer **verfassungskonformen systematischen** Auslegung ist der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit zwecks Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung grundsätzlich extensiv auszulegen.¹²³ Der Grund hierfür ist, dass die Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen im Privatvermögen (Art. 16 Abs. 3 DBG) als systemwidrig und mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) unvereinbar erscheint.¹²⁴
- 45 Die Spaltung nach Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. die Betriebsübertragung nach Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG ermöglichen es, stille Reserven, die latent bei Ausschüttung oder Verkauf einer Besteuerung unterliegen, steuerneutral an eine juristische Person zu übertragen.¹²⁵ Die dabei geschaffenen oder erhaltenen Gesellschaftsanteile können anschliessend veräussert werden, wobei im Privatvermögen ein steuerfreier Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG realisiert wird.¹²⁶ Da dies ein grosses Missbrauchspotenzial birgt, ist das zentrale Kriterium der Steuerneutralität (nach Wegfall der fünfjährigen Sperrfrist bei der Spaltung und somit dem Kriterium der subjektiven Verknüpfung) das Betriebserfordernis.¹²⁷ Daher rechtfertigt sich bei der Betriebsdefinition eine extensive Auslegung wie bei der selbständigen Erwerbstätigkeit gerade nicht. Es ist *e contrario* sogar eine **restriktive**

¹²⁰ Noch bzgl. der Praxis unter dem BdBSt, BGR, 2.10.1992, ASA 63 (1994/95), 43 ff. E.3a = StE 1993 B 23.1 Nr. 27; die Praxis wurde jedoch auch unter dem Geltungsbereich des DBG fortgeführt, vgl. statt vieler BGE 125 II 113 E. 5e und 6a; m.w.Hinw. REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 7 ff.

¹²¹ Vgl. BGR, 9.5.2016, 2C_1131/2015 und 2C_1132/2015, E. 3.1.2; BGR, 12.9.2011, 2C_385/2011, 2C_386/2011, E. 2.2 = StE 2011 B 23.1 Nr. 72 = StR 2011, 950 ff.; vgl. m.w.Hinw. LOCHER, Kommentar DBG, Art. 18 N 58; REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 16c.

¹²² BGE 142 II 283 E. 3.3.1; vgl. REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 13.

¹²³ REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 46c; vgl. BGR, 3.4.2015, 2C_618/2014, E. 5.1.

¹²⁴ REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 46; LOCHER, Kommentar DBG, Art. 16 N 72 m.w.Hinw.; vgl. BGE 142 II 197 E. 5.6; BGE 139 II 363 E. 2.2; BGE 115 Ib 238 E. 4 = StE 1990 B 24.4 Nr. 2; BGE 114 Ia 221 E. 5.

¹²⁵ Auch Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG enthält dabei den Betriebsbegriff, welcher sich mit jenem der Spaltung deckt, vgl. SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 177.

¹²⁶ Vgl. BEHNISCH, 254 f.

¹²⁷ Vgl. vorn N 27; bei der Betriebsübertragung nach Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG besteht jedoch nach wie vor eine fünfjährige Sperrfrist nach Art. 19 Abs. 2 DBG.

Haltung einzunehmen, um einer ausufernden Überführung von stillen Reserven in den steuerfreien Bereich von Art. 16 Abs. 3 DBG vorzubeugen.¹²⁸

- 46 Das **BGer** nahm unter Bezug auf die vor allem von REICH/VON AH vertretene Lehrmeinung in seiner Rechtsprechung ausführlich Stellung zur Abgrenzung von selbständiger Erwerbstätigkeit und Betriebserfordernis.¹²⁹ Gemäss diesem Urteil sei die selbständige Erwerbstätigkeit weiter auszulegen als das Betriebserfordernis, da der Betrieb im Gegensatz zur selbständigen Erwerbstätigkeit den organisierten Einsatz von Arbeit und Kapital erfordere. Des Weiteren werde eine Gleichsetzung des Betriebserfordernisses mit der selbständigen Erwerbstätigkeit auch nicht durch eine **historische Auslegung** und angesichts des „insoweit klaren Wortlaut[es] von Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG“ gestützt.¹³⁰
- 47 Es erscheint somit klar, dass nicht jede selbständige Erwerbstätigkeit automatisch das Betriebserfordernis erfüllt. Ferner hat sich gezeigt, dass der Betriebsbegriff im Gegensatz zur selbständigen Erwerbstätigkeit nicht extensiv ausgelegt werden darf, da er das zentrale Element zur Missbrauchsverhinderung darstellt.

b) Betriebsfortführung

- 48 Unter der alten Fassung, welche bis 1. Juli 2004 in Kraft war, forderte der Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 lit. c aDBG eine **unveränderte Fortführung des übertragenen Betriebs**.¹³¹ Dieses Erfordernis wurde in der verabschiedeten Fassung **bewusst nicht übernommen**.¹³² Sowohl die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen als auch die Kantone sprachen sich dafür aus, dieses Erfordernis zu lockern.¹³³ Die Ratio dessen war, dass eine rechtliche Strukturanpassung oftmals auch mit wirtschaftlich sinnvollen Anpassungen in der betrieblichen Tätigkeit einhergehe und das (Steuer-)recht solchen gerade nicht entgegenstehen solle.¹³⁴
- 49 Auch aus **teleologischer Sicht** ist dieses Argument sinnvoll, ist es doch nach REICH zentral, dass die stillen Reserven weiterhin objektiv mit einem Betrieb verknüpft bleiben und die wirtschaftliche Kontinuität gewahrt wird.¹³⁵ Letztere ist bspw. auch weiterhin gegeben, wenn ein Unternehmen sich nach einer Umstrukturierung nur noch auf einen Teil seines bisherigen Kundenkreises konzentriert oder seine Produkte nur noch im Internet vertreibt, nicht aber durch eine physische Vertretung vor Ort.¹³⁶ Fraglich ist jedoch, ob diese Verknüpfung erhalten bleibt, wenn zwar eine betriebliche Tätigkeit fortgesetzt wird, diese aber keinerlei Bezug zur vorigen Tätigkeit aufweist. Das Ziel des FusG und der korrespondierenden Änderungen im Steuerrecht, unternehmerische Freiheit und Flexibilität zu fördern,¹³⁷ spricht zumindest dafür, das Kriterium nicht eng zu handhaben. Wenn ein Betrieb fortgeführt wird,

¹²⁸ A.A. hingegen BEHNISCH, 257, welcher zwar ebenfalls das Missbrauchspotential bejaht, jedoch dafür plädiert, dass die Anforderungen „nicht zu hoch geschraubt werden sollten“ und der für eine Korrektur auf der Ebene der Anteilshabenden argumentiert.

¹²⁹ BGE 142 II 283 E. 3.3 = StE 2016 B. 23.1 Nr. 87 = StR 2016, 685 ff.

¹³⁰ BGE 142 II 283 E. 3.3.3 = StE 2016 B. 23.1 Nr. 87 = StR 2016, 685 ff.

¹³¹ In der Praxis wurde dieses Kriterium aber bereits von Inkrafttreten der Revision 2004 flexibel gehandhabt, vgl. LOCHER, Kommentar DBG, 1. Aufl., Art. 61 N 50 m.w.Hinw.

¹³² Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG; vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4350, 4507; Arbeitsgruppe Steuern, Ziff. 5.2.

¹³³ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4350.

¹³⁴ Arbeitsgruppe Steuern, Ziff. 5.2; vgl. auch Kommission Steuerharmonisierung, 67; ferner bereits HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 329.

¹³⁵ REICH, ST 2004, 949 ff., 949.

¹³⁶ Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 61 DBG N 197d; SPORI, 285 ff., 300 f.

¹³⁷ Botschaft FusG, BBI 2000, 4437 ff., 4338, 4354 und 4368.

auch wenn dieser nur wenig Ähnlichkeit mit dem ursprünglichen Betrieb aufweist, sollte das Steuerrecht dies nicht unterbinden, indem es die übertragenen stillen Reserven besteuert.

- 50 In der Lehre umstritten ist jedoch die Frage, ob das Erfordernis der Betriebsfortführung i.S. einer konkreten **Sperrfrist umzusetzen** ist (mit einer Tendenz zur Verobjektivierung), während welcher der Betrieb fortgeführt werden muss, oder ob auf eine Veräusserungsabsicht im Umstrukturierungszeitpunkt abzustellen ist.¹³⁸ Die Umsetzung als Sperrfrist birgt für die Steuerpflichtigen den Vorteil einer erhöhten Rechtssicherheit, da nach Ablauf dieser Frist keine negativen Steuerfolgen mehr befürchtet werden müssen. Auch den Steuerverwaltungen ist damit geholfen, da die Einhaltung oder Verletzung einer Sperrfrist i.S.d. Verfahrensökonomie leichter festzustellen ist als das Vorliegen innerer Absichten (wie im konkreten Fall einer Liquidationsabsicht im Umstrukturierungszeitpunkt). In der Praxis wird das Fortführungserfordernis durch die Steuerverwaltungen tendenziell als Sperrfrist verstanden.¹³⁹
- 51 Ein abzugrenzendes Element der Betriebsfortführung stellt nach hier vertretener Meinung die **ausreichende Ausstattung mit Eigenkapital** der resultierenden Betriebe dar. Dieses Kriterium gilt es mithin abzugrenzen vom Erfordernis der Übertragung von angemessenem (offenen) Eigenkapital, welches nachfolgend ausführlich behandelt wird. Die aus der Spaltung resultierenden Betriebe müssen ausreichend kapitalisiert sein, um tatsächlich den Betrieb fortführen zu können.¹⁴⁰ Dies lässt sich mit dem Zweck des doppelten Betriebserfordernisses ohne Weiteres rechtfertigen, wonach dieses die Steuerneutralität von verdeckten Veräusserungsgeschäften oder Liquidationshandlungen verhindern soll.¹⁴¹ Werden die Betriebe nicht mit ausreichend Kapital zur Fortführung ausgestattet, führt dies über kurz oder lang zu einer Liquidation, wobei die Ursache bereits im Umstrukturierungszeitpunkt besteht. Somit mangelt es in einem solchen Fall bereits zum Zeitpunkt der Spaltung am erforderlichen Fortführungswillen.
- 52 Im Fall der **Abspaltung** ist (anders als beim Erfordernis der Übertragung von angemessenem Eigenkapital) nicht die Höhe des übertragenen Nettoaktivenüberschusses relevant. Das Erfordernis wäre mithin auch ohne die Übertragung von Eigenkapital erfüllt, wenn die übernehmende Gesellschaft bereits sehr gut kapitalisiert ist und damit die Fortführung des übertragenen Betriebs sicherstellt. Nach OESTERHELT/SCHREIBER soll dabei die individuelle ‚Lebensfähigkeit‘ der Gesellschaft entscheidend sein, wobei ein Abstellen auf das KS 6 der ESTV vom 6. Juni 1997 betreffend verdecktes Eigenkapital verneint wird.¹⁴²
3. *Übertragung von angemessenem Eigenkapital*
- 53 In der **Verwaltungspraxis** wird für eine steuerneutrale Spaltung zusätzlich zu den zuvor ausgeführten Voraussetzungen die Übertragung von angemessenem (offenen) Eigenkapital

¹³⁸ Für eine Sperrfrist treten KUNZ/LEUENBERGER, ST 2005, 413 ff., 414 ein, welche sich für eine Weiterführungspflicht von 5 Jahren aussprechen, dies jedoch als Faustregel bezeichnen; vgl. auch WALKER, 143; für eine individuelle Betrachtung nach den wirtschaftlichen Umständen EGGENBERGER, 147; HOFER/SCHREIBER, IFF-Seminar 2015, Folie 47; RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, § 67 StG ZH N 202; MEUTER, ZStP 2005, 295 ff., 310; OESTERHELT/MARTIN, Art. 24 StHG N 721; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 42.

¹³⁹ OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 167, Fn. 25, wonach erfahrungsgemäss eine Betriebsfortführung von ca. zwei bis drei Jahren gefordert wird; vgl. auch HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 100 ff., m.w.Hinw.

¹⁴⁰ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 39.

¹⁴¹ Vgl. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 101; vorn N 27.

¹⁴² OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 19; MEIER-MAZZUCATO, 352 sieht hingegen das KS 6 mutatis mutandis anwendbar; für ein Abstellen auf das KS 6 auch SWISSHOLDINGS, Ziff. 4.3.2.4.

- gefordert.¹⁴³ Eine entgeltliche Übertragung (bei der eine Gegenleistung an die übertragende Gesellschaft geleistet wird) qualifiziert gemäss dieser Praxis grundsätzlich nicht für eine steuerneutrale Spaltung, sondern kann nur als Konzernübertragung gemäss Art. 61 Abs. 3 DBG erfolgen, wobei hierbei eine fünfjährige Sperrfrist in Kauf zu nehmen ist.¹⁴⁴ Damit stellt die Verwaltungspraxis streng auf die übertragenen Buchwerte ab.
- 54 Zunächst ist fraglich, ob sich dieses Erfordernis auf eine **ausreichende Grundlage** stützen lässt. Ist dies der Fall, stellt sich ferner die Frage, ob ein Verkauf unter **Verkehrswert** ebenfalls als Eigenkapitalübertragung ausreicht oder ob bei der Eigenkapitalübertragung auf **Buchwerte** abzustellen ist.
- 55 In der **Lehre** wird das sog. Abgeltungsverbot bzw. das Abstellen auf den Buchwert mehrheitlich kritisiert, während das Erfordernis der Eigenkapitalübertragung mehrheitlich akzeptiert wird. So argumentieren REICH/TADDEI/OESTERHELT, dass die zentrale Voraussetzung für die Steuerneutralität die (objektive) Verknüpfung der stillen Reserven mit den übertragenen Aktiven und Verbindlichkeiten sei, welche durch eine Barabgeltung nicht verletzt werde.¹⁴⁵ Des Weiteren liege keine funktionale Veräusserung vor, solange nur der Buchwert abgefunden werde, die stillen Reserven jedoch nicht geldwert vergütet werden.¹⁴⁶
- 56 Diese Sichtweise vertreten auch REICH/DUSS, welche zwar in der Entreicherung der Gesellschaft ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der Spaltung erkennen,¹⁴⁷ jedoch ebenfalls gegen ein Barabgeltungsverbot argumentieren und eine Vergütung bis zum Buchwert als zulässig betrachten.¹⁴⁸
- 57 Auch HEUBERGER/GRÜNBLATT kritisieren das Abgeltungsverbot, wobei vor allem auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Norm verwiesen wird.¹⁴⁹ Ebenfalls argumentieren sie, dass die Höhe des Nettoaktivenüberschusses durch die beteiligten Gesellschaften wesentlich beeinflussbar sei (bspw. durch Zuordnung von Finanzmitteln, Forderungen etc.) und damit das Kriterium ohnehin formalistisch sei. Explizit befürworten sie das Abstellen auf die Verkehrswerte, indem sie eine Berücksichtigung der offenen und stillen Reserven fordern.¹⁵⁰
- 58 GLAUSER/OBERSON schliessen sich der Kritik am Abgeltungsverbot an und vertreten ebenfalls die Zulässigkeit einer Abgeltung bis zum Buchwert. Begründet wird dies einerseits mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der Intention des Gesetzgebers, Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen zu erleichtern. Andererseits spreche gegen das Abgeltungsverbot, dass bei einer Abgeltung zum Buchwert zwischen Schwestergesellschaften die ausschüttbaren stillen Reserven nicht erhöht werden, jedoch bei Verweigerung der Steuerneutralität diese doppelt besteuert würden (bei der Übertragung und bei der Ausschüttung).¹⁵¹
- 59 Das **BGer** hatte sich im Jahr 2009 (soweit ersichtlich) das einzige Mal mit dem Erfordernis der Eigenkapitalübertragung auseinandersetzen.¹⁵² Das Gericht erachtete das Erfordernis der Eigenkapitalübertragung zumindest nicht als willkürlich, liess jedoch offen, wie das

¹⁴³ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.4.

¹⁴⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.4 und Beispiel Nr. 12; vgl. ferner OESTERHELT/STRAHM, ISIS-Seminar 2022, Folien 12 f.; vgl. auch verdeutlichend Anhang, Beispiel 3.

¹⁴⁵ REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 217.

¹⁴⁶ REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 218.

¹⁴⁷ REICH/DUSS, 301.

¹⁴⁸ DIES., 323 f. wobei ebenfalls für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise argumentiert wird.

¹⁴⁹ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 38.

¹⁵⁰ DIES., Umstrukturierungen, § 6 N 39.

¹⁵¹ Zum Ganzen GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 56.

¹⁵² BGer, 7.7.2009, 2C_784/2008, E. 3.5 und 3.8.

- Ergebnis mit einer freien Prüfung von Art. 61 DBG ausgefallen wäre. Bedeutend erscheint auf den ersten Blick ausserdem die allgemeine Aussage des BGRs, dass der blosser Verkauf eines Betriebs keine steuerneutrale Spaltung darstelle.¹⁵³ Dabei bleibt allerdings unklar, ob das BGR sich hierbei auf einen Verkauf zu Buchwerten oder Verkehrswerten bezog.
- 60 Anders als das doppelte Betriebserfordernis ist das Erfordernis der Übertragung von angemessenem Eigenkapital nicht direkt dem **Wortlaut** von Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG zu entnehmen. Abgeleitet werden kann es jedoch aus dem Spaltungsbegriff selbst.¹⁵⁴ Danach muss die Gegenleistung für die Übertragung zwingend an die Anteilshabenden fliessen und die übertragende Gesellschaft somit entreichert werden.¹⁵⁵ Bei einem Verkauf fliesst aber die Entschädigung an die Gesellschaft. Es findet aus Sicht der übertragenden Gesellschaft lediglich eine aktivseitige Umbuchung (z.B. Maschinen an Bank) und keine Entreichung statt. Das Kriterium erscheint daher grundsätzlich als gerechtfertigt. Offen bleibt jedoch, ob dem (absoluten) Abgeltungsverbot zuzustimmen ist und ob auf Buch- oder Verkehrswerte abzustellen ist.
- 61 Im Vorentwurf der Arbeitsgruppe Steuern wurde noch explizit gefordert, dass die Übertragung mit Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten entschädigt werden muss.¹⁵⁶ Die Arbeitsgruppe Steuern vertrat diesbezüglich die Ansicht, dass die Übertragung eines Betriebs gegen andere Vermögensleistungen nicht als steuerneutrale Spaltung gelten solle.¹⁵⁷ Diese Ansicht setzte sich im Vernehmlassungsverfahren jedoch nicht durch. So vertraten die Kantone die Ansicht, dass die Schaffung eines angemessenen Eigenkapitals ausreichen sollte, wobei unklar blieb, ob damit offenes Eigenkapital gemeint war.¹⁵⁸ Da die **Materialien** keine eindeutige Antwort bezüglich des Abstellens auf Buch- oder Verkehrswert ergeben, sind sie bei der Auslegung nicht zu berücksichtigen.¹⁵⁹
- 62 Aus **systematischer** Sicht argumentiert GRETER, dass die Übertragung von angemessenem offenes Eigenkapital auch der Abgrenzung der Spaltung von einer Veräusserung oder der Konzernübertragung diene.¹⁶⁰ Diese Meinung wird jedoch unter Verweis auf die bereits ausreichende Abgrenzung durch das doppelte Betriebserfordernis und die zuvor ausführlich behandelte wirtschaftliche Betrachtungsweise¹⁶¹ in der Lehre wohl zu Recht mehrheitlich abgelehnt.¹⁶²
- 63 Mit der Einführung des Fusionsgesetzes und der korrespondierenden Änderungen im Steuerrecht wurde im Kern die Erleichterung von Umstrukturierungen durch den **Gesetzgeber beabsichtigt**.¹⁶³ Das Steuerrecht darf dabei die durch das Zivilrecht bereitgestellte Flexibilität nicht wieder einschränken.¹⁶⁴ Dies soll zwar nicht dazu führen, dass es zu einem Verzicht auf die Besteuerung von stillen Reserven kommt. Die Besteuerung soll jedoch an der tatsächlichen Realisation der stillen Reserven bzw. der Unternehmensgewinne und nicht an der Umstrukturierung anknüpfen.¹⁶⁵ Das

¹⁵³ BGR, 7.7.2009, 2C 784/2008, E. 3.5.

¹⁵⁴ Vgl. hierzu vorn N 20 f.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 29 FusG.

¹⁵⁶ Vgl. Arbeitsgruppe Steuern, Anhang.

¹⁵⁷ Arbeitsgruppe Steuern, Ziff. 5.3.

¹⁵⁸ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4350.

¹⁵⁹ Vgl. vorn N 14.

¹⁶⁰ GRETER, ST 1996, 633 ff., 638; vgl. auch ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.4.

¹⁶¹ Vgl. vorn N 10 ff.

¹⁶² Vgl. REICH/DUSS, 324; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 38; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 217.

¹⁶³ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4346, 4354.

¹⁶⁴ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368.

¹⁶⁵ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4369.

Abgeltungsverbot schränkt m.E. die Flexibilität bei Umstrukturierungen ein, da die Unternehmen bei der Spaltung keine Gestaltung wählen können, bei der die übertragende Gesellschaft eine direkte Gegenleistung erhält. Auch käme es ohne Abgeltungsverbot, wie von GLAUSER/OBERSON dargestellt, nicht zu einem Verzicht der Besteuerung der stillen Reserven.¹⁶⁶ In diesem Sinne spricht eine teleologische Auslegung gegen das Abgeltungsverbot.

- 64 Im Zuge der Vernehmlassung zur **Revision des Kreisschreibens Nr. 5** der ESTV wurde – der überwiegenden Lehre folgend – angeregt, nur noch die Übertragung von Reserven (anstatt offener Reserven) zu fordern.¹⁶⁷ Dies hätte möglicherweise die Qualifikation eines Verkaufs als steuerneutrale Spaltung ermöglicht, sicherlich jedoch die steuerneutrale Übertragung eines p.m. bilanzierten Vermögenswerts.¹⁶⁸ Die ESTV lehnt dies allerdings ab und verlangt auch in ihrer aktuellen Praxis die Übertragung von offenen Reserven und erachtet einen Verkauf grundsätzlich nicht als steuerneutrale Spaltung.¹⁶⁹
- 65 Es lässt sich somit **zusammenfassen**, dass sich das Erfordernis der Übertragung von angemessenem Eigenkapital sowohl auf die Entstehungsgeschichte als auch den Wortlaut von Art. 61 DBG stützen lässt. Jedoch sollte, entgegen der aktuellen Verwaltungspraxis und unter Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, auch ein Verkauf unter dem Verkehrswert als Eigenkapitalübertragung qualifizieren können. Die Fortführung der Praxis zum sog. Abgeltungsverbot erscheint ungerechtfertigt.

4. *Fehlende Veräusserungssperrfrist*

- 66 Im Entwurf der Arbeitsgruppe Steuern (der auch in die Vernehmlassung ging) war bei der Spaltung eine fünfjährige Sperrfrist vorgesehen, während der die Anteilshabenden ihre Anteilsrechte nicht veräussern durften (sog. **subjektive Verknüpfung** der stillen Reserven).¹⁷⁰ Die Verletzung dieser Sperrfrist hätte die Besteuerung der übertragenen stillen Reserven auf Gesellschaftsebene zur Folge gehabt. Dies ist insofern bemerkenswert, als dadurch die Ebene der Anteilshabenden mit jener der Gesellschaft vermischt worden wäre, sodass Handlungen der Anteilshabenden steuerliche Konsequenzen auf Gesellschaftsebene hätten.¹⁷¹ Die Regelung wurde insbesondere kritisiert, da die Umsetzung bei Gesellschaften mit einem sehr breiten Kreis an Beteiligten (vor allem kotierte Gesellschaften) in der Praxis kaum möglich wäre,¹⁷² eine Ungleichbehandlung der kotierten und nichtkotierten Gesellschaften jedoch nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar erscheint.¹⁷³
- 67 Stände- und Nationalrat **verzichteten** auf dieses Erfordernis und strichen die fünfjährige Sperrfrist bei der Spaltung, behielten sie jedoch bei der Ausgliederung und der Konzernübertragung bei.¹⁷⁴ Daraus ergeben sich verschiedene Konsequenzen.

¹⁶⁶ GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 56.

¹⁶⁷ Vgl. EXPERTSUISSE, Ziff. 6.4.

¹⁶⁸ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 18 f.

¹⁶⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.4.

¹⁷⁰ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4369 f., 4509; vgl. REICH/DUSS, 320; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 79.

¹⁷¹ Kritisch hierzu LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 79; BEHNISCH, ASA 71 (2002/2003), 711 ff., 721.

¹⁷² Vgl. REICH/DUSS, 322 wobei diese kein Problem in der Ungleichbehandlung zwischen kotierten und nicht-kotierten Gesellschaften sehen.

¹⁷³ BEHNISCH, ASA 71 (2002/2003), 711 ff., 720 f.; zustimmend LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 79.

¹⁷⁴ AB SR 2001, 143 ff., 166; AB NR 2003, 228 ff., 254; vgl. Art. 61 Abs. 2 DBG und Art. 61 Abs. 4 DBG.

- 68 Einerseits, da die Sperrfrist für andere Umstrukturierungsarten explizit im Wortlaut enthalten ist und da der Gesetzgeber auf die Sperrfrist bewusst verzichtete, kann *e contrario* gefolgert werden, dass entgegen der früheren Praxis keine Sperrfrist auf einen Beteiligungsverkauf kurz nach der Spaltung angewandt werden darf.¹⁷⁵ Die Besteuerung eines Beteiligungsverkaufs nach der Spaltung hat sich somit auf die **Fälle der Steuerumgehung zu beschränken**, die angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens nicht leichtfertig angenommen werden dürfen.¹⁷⁶
- 69 Andererseits folgt aus diesem Verzicht des Gesetzgebers auch, dass die **Stufe der Anteilshabenden** und deren Verhalten **keinen Einfluss auf die Ebene der Gesellschaft** und deren Besteuerung haben dürfen (sog. Trennungsprinzip).¹⁷⁷ Dies gilt zum einen für die Realisation der stillen Reserven infolge eines Beteiligungsverkaufs durch die Anteilshabenden, zum anderen m.E. aber auch für die Frage, ob die Zusammensetzung der Anteilshabenden einen Einfluss auf die Anforderungen an die Steuerneutralität auf Gesellschaftsebene haben darf. Es darf mithin keinen Unterschied für die Steuerneutralität auf Gesellschaftsebene machen, ob die Anteilshabenden der spaltenden Gesellschaft natürliche Personen sind, die die Anteile im Privatvermögen halten und bei einem Verkauf daher einen steuerfreien Kapitalgewinn realisieren (gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG), oder ob es sich um juristische Personen handelt, welche für den Verkaufserlös u.U. den Beteiligungsabzug (gemäss Art. 70 Abs. 4 DBG) geltend machen können.
- 70 Vertretbar ist m.E. hingegen, dass die Möglichkeit zur Erzielung eines (systemwidrigen)¹⁷⁸ steuerfreien Kapitalgewinns zu einer generell **restriktiven Handhabung des Betriebserfordernisses** als verbleibendes Anti-Missbrauchskriterium rechtfertigt. Dies ist unabhängig davon, ob an der spaltenden Gesellschaft tatsächlich natürliche Personen beteiligt sind, welche die Anteile im Privatvermögen halten. Gegen eine zu restriktive Handhabung spricht jedoch deren Potenzial, die vom Gesetzgeber beabsichtigte Flexibilität im Umstrukturierungsrecht zunichtezumachen. Das Betriebserfordernis sollte daher nicht zu leichtfertig bejaht werden, jedoch auch nicht so restriktiv gehandhabt werden, dass wirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen dadurch verhindert werden.
- 71 Ferner kann aufgrund der Aufgabe des Erfordernisses der subjektiven Verknüpfung m.E. argumentiert werden, dass der **Teilverkauf** eines Unternehmens eine steuerliche Gleichbehandlung mit dem Verkauf des gesamten Unternehmens erfährt.¹⁷⁹ Ob zwei wirtschaftlich selbständige bzw. unabhängige Betriebe unter einem einheitlichen Rechtsträger geführt werden oder rechtlich von Anfang an getrennt wurden, darf i.S.d. Entscheidungsneutralität für die steuerlichen Folgen bei einem Verkauf keine Rolle spielen.¹⁸⁰ Dies macht auch Sinn, würde andernfalls doch eine unerwünschte Anreizstruktur geschaffen, bei der für die Anteilshabenden ein Anreiz entsteht, das gesamte Unternehmen

¹⁷⁵ GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 45; vgl. auch JUNG, 193 ff.; zur Praxis noch unter Art. 61 Abs. 1 lit. c aDBG vgl. LOCHER, Kommentar DBG, 1. Aufl., Art. 61 N 52; HÖHN/WALDBURGER § 48 N 330.

¹⁷⁶ Vgl. REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 213; gl.M. RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, § 67 StG ZH N 206; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 45; vgl. auch Anhang, Beispiel 8.

¹⁷⁷ Vgl. ESTV, KS 5 vom 01.06.2004, Ziff. 4.3.2.3; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 46; BEHNISCH, ASA 71 (2002/2003), 711 ff., 721; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 79; zum Trennungsprinzip vgl. REGLI, 65 m.w.Hinw.

¹⁷⁸ Vgl. vorn N 44.

¹⁷⁹ Solange dieser Teilverkauf nicht einzelne Wirtschaftsgüter, sondern ganze Betriebe umfasst.

¹⁸⁰ Verdeutlichend Anhang, Beispiel 5; vgl. zur Entscheidungsneutralität BEHNISCH, Art. 127 BV N 22 f.; REICH, Steuerrecht, § 4 N 76; WINISTÖRFER, 511 f.

zu verkaufen (um einen steuerfreien Kapitalgewinn zu erzielen), obwohl wirtschaftlich eigentlich eine Teilveräußerung sinnvoller erscheint.

5. *Steuerneutralität im Umfang des Fortbestands der Steuerpflicht und Fortführung der Gewinnsteuerwerte*

- 72 Den **Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz** haben alle Umstrukturierungsformen des Art. 61 DBG als Erfordernis gemein.¹⁸¹ Die stillen Reserven werden nicht besteuert, soweit sie weiterhin der Steuerpflicht in der Schweiz unterliegen, der Schweiz demnach nicht Steuersubstrat entzogen wird. Dies ist bspw. bei einer sog. Emigrationspaltung nicht mehr der Fall (ausser die stillen Reserven bleiben über eine inländische Betriebsstätte mit der Schweiz verknüpft).¹⁸² Dieses Erfordernis lässt sich direkt aus dem Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herleiten.¹⁸³ Es gilt als gewahrt, sofern die stillen Reserven weiterhin zumindest einer gleichwertigen Steuer unterliegen.¹⁸⁴
- 73 Das Erfordernis der **Fortführung der Gewinnsteuerwerte** haben ebenfalls alle Umstrukturierungsarten von Art. 61 DBG gemein. Die stillen Reserven werden nicht besteuert, soweit die übertragenen Vermögenswerte nicht steuerwirksam aufgewertet werden und die stillen Reserven somit latent weiterhin der Besteuerung unterliegen.
- 74 Bei dem Fortbestand der Steuerpflicht und der Fortführung der Gewinnsteuerwerte handelt es sich genauer betrachtet jeweils um einen **Teil der Rechtsfolge**, nicht um eine Voraussetzung. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung von Art. 61 Abs. 1 DBG: „soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden“. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber bewusst „soweit“ (bzw. „pour autant que“ und „in quanto“ im Französischen und Italienischen) und nicht „wenn“ (bzw. „à condition que la person morale reste asujettie“ und „a condizione che la persona giuridica rimanga assoggettata all'imposta“ im Französischen und Italienischen) wählte, kann geschlossen werden, dass auch sog. **teilweise steuerneutrale Umstrukturierungen** möglich sind.¹⁸⁵
- 75 Dies entspricht auch dem **Zweck** von Art. 61 DBG. Die Besteuerung der stillen Reserven wird aufgeschoben, sofern eine Besteuerung durch die Schweiz zu einem späteren Zeitpunkt sichergestellt wird. Es würde danach keinen Sinn ergeben, *sämtliche* stillen Reserven sofort zu besteuern, nur weil diese *teilweise* nicht mehr der Steuerpflicht unterliegen bzw. weil Teile davon steuerwirksam aufgewertet werden. Dass es sich bei beiden Elementen um einen Teil der Rechtsfolge, nicht um Tatbestandselemente handelt, ist insbesondere im Hinblick auf die Umstrukturierungsnormen der anderen Steuerarten von Bedeutung.¹⁸⁶
- 76 Die Steuerneutralität der Umstrukturierung bleibt daher nur in jenem Umfang gewahrt, als die stillen Reserven weiterhin latent der schweizerischen Steuerpflicht unterliegen und die

¹⁸¹ Art. 61 Abs. 1 DBG; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 18 ff.; OESTERHELT/MARTIN, Art. 24 StHG N 515 ff.

¹⁸² Vgl. dazu RIEDWEG/MARTIN, Umstrukturierungen, § 11 N 299 ff.; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 14.

¹⁸³ REICH/DUSS, 51.

¹⁸⁴ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 136; REICH/DUSS, 51: REICH, Realisation, 252 f.; VON AH, 239.

¹⁸⁵ Zum Ganzen OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2018, 108 ff., 110 f.; vgl. ferner OESTERHELT/DEISS, IFF-Seminar 2017, Folien 28 ff.; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 22 f.; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 107; ferner bereits HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 195; REICH/DUSS, 324 f.

¹⁸⁶ Ausführlich OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2018, 108 ff.; vgl. auch OESTERHELT/TADDEI, Umstrukturierungen, § 3 N 23 f.

übertragenen Vermögenswerte nicht aufgewertet werden. Dies wird auch von der ESTV anerkannt.¹⁸⁷

6. *Steuerfolgen für die Anteilshabenden*

- 77 Die Frage der **Steuerneutralität** auf der Ebene der Anteilshabenden wird **im Gesetz nur teilweise adressiert**.¹⁸⁸ Die Steuerneutralität der Spaltung ergibt sich für Anteile im Privatvermögen aus Art. 16 Abs. 3 DBG (steuerfreier Kapitalgewinn),¹⁸⁹ für Anteile im Geschäftsvermögen aus Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG (unter Verweis auf Art. 61 DBG) und für von juristischen Personen gehaltene Anteile aus Art. 61 DBG selbst.¹⁹⁰
- 78 Dass eine auf Gesellschaftsebene steuerneutrale Spaltung auch für die Anteilshabenden steuerneutral sein muss, ergibt sich bereits aus der zentralen Überlegung des Gesetzgebers, dass die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch das Steuerrecht nicht verhindert werden dürfen.¹⁹¹ Würden bei der Spaltung die stillen Reserven der Gesellschaft zwar nicht besteuert, jedoch Buchgewinne auf Ebene der Anteilshabenden steuerwirksam realisiert werden, würden viele Umstrukturierungen in der Praxis schon an der Zustimmung der Anteilshabenden scheitern.

¹⁸⁷ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 2.2.1 und Ziff. 2.2.2; anders noch ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 2.2.1 und Ziff. 2.2.2; vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 6.

¹⁸⁸ Die Problematik wurde zwar durch den Gesetzgeber erkannt, jedoch nicht explizit im Gesetz adressiert, vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368.

¹⁸⁹ Die Steuerneutralität wird vom BGer explizit bestätigt in BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 5.3 = StE 2019 B 72.15.3 Nr. 4 = StR 2019, 464 ff., jedoch nicht unter Verweis auf Art. 16 Abs. 3 DBG, sondern auf die europäische Fusionsrichtlinie und den steuerneutralen Anteilstausch mangels Realisationstatbestand; in diesem Sinne auch ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.3.1; hingegen unter Verweis auf Art. 16 Abs. 3 DBG HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 125; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 242.

¹⁹⁰ Ausführlich zur Ebene der Anteilshabenden HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 120 ff.; REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 241.

¹⁹¹ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4368; bestätigt in BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 5.3; vgl. bereits REICH/DUSS, 252.

IV. Die Holdingspaltung

- 79 Nachfolgend sollen die zuvor erarbeiteten Grundlagen als Ordnungsrahmen für die Holdingspaltung dienen. Hierzu wird zunächst untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit einer Holding selbst als Betrieb qualifizieren kann (sog. Holdingbetrieb). Anschliessend soll die transparente Zurechnung (sog. Transparenzprinzip) von Betrieben, die durch Beteiligungsgesellschaften einer Holding geführt werden, untersucht werden. Damit verbunden ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Holding gespalten werden kann, ohne dass diese selbst einen Betrieb führt.
- 80 Wichtig zu erwähnen ist, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG (bewusst)¹⁹² die Holding bzw. die Holdingspaltung nicht erwähnt. Es kann daher vorliegend nicht um die Erarbeitung einer (juristischen) Definition einer Holding gehen. Vielmehr muss untersucht werden, inwiefern sich die in der wirtschaftlichen Realität vorhandenen Holdinggesellschaften und deren Tätigkeiten dem steuerrechtlichen Betriebsbegriff zuordnen lassen. Daher erscheint vorgängig eine Untersuchung der betriebswirtschaftlichen Holding als unerlässlich.

1. Die betriebswirtschaftliche Holding

- 81 Bei einer Holding handelt es sich um eine **praktische Organisationsstruktur**, die keine einheitliche Definition aufweist.¹⁹³ Gemeinsam ist jedoch allen Holdings, dass deren Hauptzweck das Halten und Verwalten von einer oder mehreren Beteiligungen an rechtlich selbständigen Unternehmen ist.¹⁹⁴ Die Holding beabsichtigt dabei i.d.R. ein längerfristiges wirtschaftliches Engagement an ihren Beteiligungen.¹⁹⁵ Sie produziert selbst keine Güter und erbringt auch keine Dienstleistungen an Dritte. In Beschaffungs- und Absatzmärkten tritt sie somit nicht auf. Allenfalls auf dem Personal- und Finanzmarkt mag ein Auftritt erfolgen.¹⁹⁶ Abzugrenzen ist die Holding somit von einem sog. Stammhaus. Bei einem Stammhaus wurden die operativen Tätigkeiten des Unternehmens (mehrheitlich) nicht auf einzelne Tochterunternehmen ausgegliedert, sondern werden nach wie vor von der ‚Muttergesellschaft‘ wahrgenommen.¹⁹⁷
- 82 Zentral erscheint für die folgenden Überlegungen eine **funktionale Unterscheidung** nach den Aufgaben, die auf Holdingebene angesiedelt sind, und der Intensität der Führung der Beteiligungen.¹⁹⁸ In diesem Sinne kann idealtypisch in die Führungs- bzw. Managementholding und die Vermögens- bzw. Finanzholding unterschieden werden.¹⁹⁹
- 83 Die **Führungsholding** zeichnet sich dadurch aus, dass die operative Führung den einzelnen Beteiligungsgesellschaften überlassen wird, die strategische Ausrichtung jedoch von der

¹⁹² Vgl. Arbeitsgruppe Steuern, Anhang, Art. 61 Abs. 1^{bis} E-DBG; Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4378.

¹⁹³ LUTTER/BAYER, § 1 N 1.11; KELLER, 31; SCHWARTZKOPFF, 7; vgl. bereits ZWEIFEL, 35.

¹⁹⁴ Vgl. LUTTER/BAYER, § 1 N 1.1; SCHEFFLER, 60; LAWALL, 35 f.; HOFFMANN, 12.

¹⁹⁵ LUTTER/BAYER, § 1 N 1.11; KELLER 32.

¹⁹⁶ LUTTER/BAYER § 1 N 1.16.

¹⁹⁷ SCHULTE, 32; HOFFMANN, 12.

¹⁹⁸ In Frage kämen bspw. auch regionale oder hierarchische Unterscheidungen zwischen den verschiedenen Holdingarten.

¹⁹⁹ Im Folgenden werden die Begriffe Führungs- und Vermögensholding verwendet. Andere Formen wie die virtuelle Holding oder die Mischholding werden vorliegend nicht weiter beleuchtet, da diese in unterschiedlichem Ausmass selbst operative Tätigkeiten auf Holdingebene aufweisen. Insofern stellt sich die Schwierigkeit der Betriebsqualifikation nicht in gleicher Weise wie bei der Führungs- und Vermögensholding.

Holding vorgegeben wird.²⁰⁰ Die Tätigkeit beschränkt sich somit nicht auf das reine Halten der Beteiligungen, sondern diese werden von der Holding auch strategisch geführt.²⁰¹ Typische Funktionen einer Führungsholding sind bspw. eine gemeinsame Personalpolitik (inkl. der Ausbildung zukünftiger Führungskräfte und des Besetzens konkreter Führungspositionen), die Steuerung des Kapital- und Liquiditätsflusses (inkl. Cash-Management und Cash-Pooling), das Erbringen interner Leistungen im Gesamtunternehmen wie ein konzernweites Controlling oder Compliance und die Zielkontrolle.²⁰² Die Tätigkeit einer Führungsholding erfordert meist nur einen geringen Personalaufwand im Verhältnis zur Anzahl an Mitarbeitenden in den operativen Betrieben. Eine praktische Untersuchung der im deutschen HDax gelisteten Gesellschaften im Jahr 2020 ergab eine durchschnittliche Mitarbeiterzahl von deutlich unter 10 % in der jeweiligen kotierten Gesellschaft im Vergleich zu den gesamten Beschäftigten im Konzern. In zwei Fällen wiesen die Unternehmen sogar keinerlei angestellte Mitarbeitende auf Holdingebene auf.²⁰³

- 84 **Mögliche Gründe für die Errichtung einer Führungsholding** können bspw. sein: Realisierung von Synergiepotenzialen, Reduktion und Beherrschung von Komplexität sowie Schaffung von Transparenz in grossen Unternehmen, Erhöhung der Flexibilität, insbesondere hinsichtlich möglicher Strukturanpassungen, die Professionalisierung bei konzernübergreifenden Leistungen und die Kostenreduktion durch gemeinsame Finanzierung und Cash-Management.²⁰⁴
- 85 Im Gegensatz zur Führungsholding beschränkt sich die Tätigkeit der **Vermögensholding** darauf, ihre Aktionärsrechte wahrzunehmen sowie u.U. die Aktivitäten durch die Wahl von Repräsentanten in den Verwaltungsrat der Gesellschaften zu überwachen.²⁰⁵ Dies formulieren LUTTER/BAYER wie folgt: „Es steht dabei eben nicht das aktive, planende strategische Element (...) im Vordergrund, sondern das reaktive kontrollierende Element“.²⁰⁶ Auch die **Gründe für die Errichtung einer Vermögensholding** sind divers und nicht abschliessend aufzählbar. Mögliche Gründe sind die Haftungsbeschränkung, die höhere Beteiligungsquote und somit Stimmrechtsmacht durch das Zusammenfassen von Beteiligungen, die Herstellung von Führungskontinuität, indem sich Veränderungen im Kreis der Anteilshabenden nicht direkt auf die Beteiligungen auswirken, sowie die Erschliessung neuer Kapitalquellen bzw. besserer Finanzierungsbedingungen durch Bildung einer grossen Unternehmensgruppe.²⁰⁷

²⁰⁰ Vgl. LUTTER/BAYER, § 1 N 1.16 ff.; KLEINDIEK, 787 ff., 792; LAWALL, 37; vgl. auch NAUMANN, 237 ff. wobei dieser von einer Strategieholding spricht. In der Praxis bestehen jedoch starke Unterschiede in der Intensität der Führung durch die Holding. So ist auch eine Einwirkung auf operative Entscheide denkbar.

²⁰¹ LUTTER/BAYER, § 1 N 1.17; BÜHNER, 34.

²⁰² LUTTER/BAYER, § 1 N 1.2, N 1.17; vgl. auch LAWALL, 37 f.; SCHEFFLER, 62; NAUMANN, 237 ff.

²⁰³ BAYER/HOFFMANN, Die Aktiengesellschaft 7/2020, 88 ff., 89. Bei den arbeitnehmerlosen Führungsholdings handelte es sich um die Sartorius AG und die LEG Immobilien AG. Die Management- und Verwaltungsleistungen wurden in diesen Fällen an eigene Service Gesellschaften ausgelagert.

²⁰⁴ LUTTER/BAYER, § 1 N 1.2; SCHEFFLER, Handbuch, § 2 N 2.58 ff.; NAUMANN, 237 ff., 238 f.

²⁰⁵ Vgl. LUTTER/BAYER, § 1 N 1.22; SCHEFFLER, 60 f.; betreffend die Bezeichnung als Finanzholding wird in der Literatur teilweise die Meinung vertreten, dass eine solche auch Finanzierungsfunktionen und Verantwortung für die Besetzung von Führungspositionen wahrnehmen könne, vgl. WERDICH, 305 ff., 308; nach der hier vertretenen Meinung würde es sich damit aber um eine Führungsholding handeln weswegen zur begrifflichen Abgrenzung der Begriff ‚Vermögensholding‘ und nicht ‚Finanzholding‘ Verwendung findet.

²⁰⁶ LUTTER/BAYER, § 1 N 1.22.

²⁰⁷ Vgl. SCHEFFLER, Handbuch, § 2 N 2.27 f. und N 2.45 ff. wobei letzteres nur eingeschränkt für die ‚reine Vermögensholding‘ gilt, da diese ja keine eigentliche Finanzierungsfunktion einnimmt.

2. Der Holdingbetrieb

a) Verwaltungspraxis

- 86 Die Verwaltungspraxis unter dem Kreisschreiben 5a der ESTV vom 1.2.2022 erachtet die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft als Betrieb, sofern diese: mehrheitlich Beteiligungen an aktiven Gesellschaften hält,²⁰⁸ welche mindestens 20 % des Grund- oder Stammkapitals ausmachen oder eine anderweitige massgebliche Kontrolle z.B. über einen Aktionärsbindungsvertrag ermöglichen, und die Holdinggesellschaft eine Holdingfunktion mit eigenem Personal wahrnimmt (in Form der Koordination der Geschäftstätigkeit bzw. der strategischen Führung).²⁰⁹
- 87 Diese Praxis soll nachfolgend überprüft werden, indem die Zuordenbarkeit der betriebswirtschaftlichen Holding zum Betriebsbegriff untersucht wird. Davon abzugrenzen ist die Frage, ob der Holding die Betriebe der Tochtergesellschaft(en) transparent zugerechnet werden können.²¹⁰

b) Zuordenbarkeit zum Betriebsbegriff

- 88 Ein wesentlicher Grund für das Errichten einer Holdingstruktur kann sein, Transparenz zu schaffen, indem verschiedene Geschäftsbereiche rechtlich und organisatorisch getrennt werden.²¹¹ Die Vermögenswerte einer Holding beschränken sich im Wesentlichen auf die von ihr gehaltenen Beteiligungen.²¹² Diese können somit klar der Holdinggesellschaft zugerechnet werden. Die betriebliche Tätigkeit einer Holding wird daher i.d.R. *technisch-abgrenzbar* sein. Auch wird innerhalb von Holdingstrukturen organisatorische Verantwortung meist klar zugewiesen, bspw. in Form einer ressortorientierten Holdingführung.²¹³ Eine Holding präsentiert sich daher nicht nur als Verbund von einzelnen Vermögenswerten, sondern wird durch komplexe Organisationsstrukturen zu einem ‚Organismus‘ verbunden.²¹⁴ Auch wenn eine Einzelbetrachtung der konkreten Umstände unabdingbar erscheint, ist es daher vertretbar, davon auszugehen, dass die meisten Holdinggesellschaften eine **organisch-technische Abgrenzbarkeit** als Merkmal (in unterschiedlicher Ausprägung) aufweisen.
- 89 Zur Erfüllung der Hauptaufgabe der Holding ist bzw. sind die von ihr selbst gehaltene(n) Beteiligung(en) notwendig. Die für die Leistungserstellung²¹⁵ erforderlichen Wirtschaftsgüter stehen daher regelmässig im Eigentum der Holding. Eine mögliche Problematik kann sich jedoch ergeben, wenn auch die Verwaltungs- oder Führungstätigkeit der Holding an Tochtergesellschaften ausgelagert wurde, die Holding demnach selbst nicht über jenes Personal verfügt, welches zur Erfüllung ihrer Funktionen notwendig ist. In Bezug auf die Unabhängigkeit bzw. Selbständigkeit erscheint dies als Indiz für einen Mangel an Selbständigkeit.²¹⁶ Einer Holding werden i.d.R. eigene Kompetenzen und Verantwortungen innerhalb eines Konzerns oder einer Holdingstruktur zugewiesen. In der Praxis wird sie daher

²⁰⁸ Vgl. GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 74, welche den Begriff ‚aktive Gesellschaft‘ mit dem Betriebsbegriff gleichsetzen.

²⁰⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6; der Begriff aktive Gesellschaft ist wohl so zu verstehen, dass diese selbst einen Betrieb führen müssen, vgl. vorn Fn. 208.

²¹⁰ Vgl. hinten N 111 ff.

²¹¹ Vgl. vorn N 84.

²¹² Vgl. vorn N 81.

²¹³ Vgl. LAWALL, 38.

²¹⁴ Vgl. vorn N 33.

²¹⁵ Vgl. nachfolgend N 91 ff.

²¹⁶ Vgl. die zuvor genannten Beispiele unter Fn. 203; bezüglich der Frage der Wertschöpfung der Holdinggesellschaft in diesem Fall vgl. nachfolgend N 95.

regelmässig eine mehr oder weniger ausgeprägte Unabhängigkeit aufweisen. Auch die **Unabhängigkeit bzw. Selbständigkeit** der Holdinggesellschaft in ihrer Tätigkeit erscheint somit nicht als ‚Knock-out‘-Kriterium, welches die Zuordnung zum Betriebsbegriff ausschliesst.

- 90 Als entscheidendes Merkmal der Betriebsqualifikation erscheint somit die Frage der **wertschöpfenden Tätigkeit der Holdinggesellschaft**. Erschwert wird dies dadurch, dass Holdinggesellschaften keine ‚Primärtätigkeiten‘ ausführen, selbst demnach keine Verarbeitung, Veredelung oder Umwandlung von Vorleistungen vornehmen.²¹⁷ Zumindest eine Führungsholding übernimmt jedoch Unterstützungsaktivitäten für die eigentliche Leistungserstellung ihrer Beteiligungsgesellschaften,²¹⁸ z.B. die strategische Führung, Ausbildung und Besetzung von Führungskräften, die Finanzierung der Tochtergesellschaften oder die Steuerung von Kapitalflüssen.²¹⁹
- 91 Solche Aktivitäten werden in Konzernverhältnissen regelmässig gegenseitig **verrechnet**, womit die geleistete Wertschöpfung marktüblich messbar gemacht werden soll.²²⁰ Im Bereich des internationalen Steuerrechts hat sich die OECD im Rahmen des BEPS-Projekts mit der Verrechnung von konzerninternen Dienstleistungen beschäftigt. Leitlinie der Änderungen in den Aktionspunkten acht bis zehn war die Übereinstimmung von Verrechnungspreisen mit der Wertschöpfung.²²¹ Da sich auch das sog. ‚Transfer-Pricing‘ am Wertschöpfungsgedanken orientiert und somit der Frage nachgeht, ob eine bestimmte Tätigkeit wertschöpfend ist, können die diesbezüglich erarbeiteten Grundsätze m.E. *mutatis mutandis* auf die Betriebsqualifikation übertragen werden.²²²
- 92 Nicht verrechenbar sind im Transfer-Pricing die sog. ‚**Shareholder-Activities**‘, welche Aktivitäten beschreiben, die eine Gesellschaft nur in ihrer Eigenschaft als Anteilseigner durchführt und deren Ursache somit in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung zu verorten ist.²²³ Als solche gelten bspw. Kosten im Zusammenhang mit der Leitung und Organisation des Konzerns, Kosten im Zusammenhang mit dem Konzernreporting oder Kosten im Zusammenhang mit der Finanzierung eines Beteiligungserwerbs.²²⁴ Ausgehend von dem hier vertretenen Verständnis einer Vermögensholding und deren üblicherweise wahrgenommenen Funktionen²²⁵ ist anzunehmen, dass sich die Aktivitäten einer Vermögensholding i.d.R. auf solche Shareholder-Activities beschränken. Diese sind nicht verrechenbar und daher auch nicht als wertschöpfend anzusehen. Verrechenbar sind hingegen bspw. Finanzierungsleistungen, bei denen die Holding den Beteiligungen

²¹⁷ Vgl. vorn N 81.

²¹⁸ Für die Frage der Unterstützungstätigkeiten und ihrer Relevanz für die Betriebsqualifikation vgl. vorn N 35.

²¹⁹ Vgl. vorn N 83.

²²⁰ I.d.R. dürfte es sich dabei gemäss der OECD-Guidelines um sog. ‚Low-Value-Adding-Services‘ handeln, die mit der Kostenaufschlagsmethode mit einem Gewinnaufschlag von 5% verrechnet werden können, vgl. OECD-Guidelines, Ziff. 7.44 ff.; vgl. LOCHER/MARANTELLI/OPEL, 506 f.; ausführlich zur Verrechnung von Managementdienstleistungen im Konzernverhältnis LISSI/GERBER, FStR 2015, 148 ff.

²²¹ OECD-Alignment, 9 ff.; vgl. HUBER/MAHAWATTAGE/FIEDLER/ZENGAFFINEN, StR 2017, 772 ff., 784.

²²² Vgl. die ähnlichen Überlegungen von REICH, ST 2004, 949 ff., 952, welcher jedoch auf den ‚Aktivitätstest‘ im Doppelbesteuerungstest Bezug nimmt.

²²³ LISSI/GERBER, FStR 2015, 148 ff., 150; vgl. OECD-Guidelines, Ziff. 7.9; HUG, EF 2019, 332 ff., 332.

²²⁴ LISSI/GERBER, FStR 2015, 148 ff., 151; LOCHER/MARANTELLI/OPEL, 501; vgl. auch HUG, EF 2019, 332 ff., 332.

²²⁵ Vgl. vorn N 85.

Fremdkapital zur Verfügung stellt,²²⁶ Management und Beratungsleistungen²²⁷ und die sog. ‚Low-Value-Adding-Services‘ wie Personaldienstleistung, Compliance oder Informatik.²²⁸ Typischerweise führt eine Führungsholding eine oder mehrere dieser Aktivitäten aus. Verrechnet eine Führungsholding solche Leistungen berechtigterweise an ihre Beteiligungen, kann m.E. von einer wertschöpfenden Tätigkeit ausgegangen werden.

- 93 Die von einer Führungsholding typischerweise erbrachten Leistungen²²⁹, welche über das reine Halten und Verwalten der Beteiligungen hinausgehen und somit wertschöpfend wirken, werden für die Zwecke dieser Arbeit als das Erfüllen einer **Holdingfunktion** bezeichnet.²³⁰ Ob für die Wahrnehmung der Holdingfunktion zwingend Mitarbeiter vorauszusetzen sind oder ob die Tätigkeit des Verwaltungsrates der Holdinggesellschaft ausreicht, ist i.S.d. Typuscharakters von den konkreten Umständen abhängig zu machen.²³¹ Wird durch die Holdinggesellschaft bspw. ein grosser Konzern strategisch geführt, ist wohl kaum davon auszugehen, dass diese Führungsfunktion durch den Verwaltungsrat der Holdinggesellschaft allein erfüllt werden kann. Ferner müssen, aufgrund der zuvor erarbeiteten restriktiven Handhabung der Betriebsqualifikation,²³² die verrechenbaren bzw. wertschöpfenden Tätigkeiten jedoch (insbesondere im Verhältnis zur Grösse der Beteiligungen) ein qualifiziertes Mass erreichen.
- 94 Praktische Schwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen zwar **Holdingfunktionen** gegenüber den Beteiligungsunternehmen wahrgenommen werden, diese aber an eine andere Tochtergesellschaft (z.B. eine Managementgesellschaft) **ausgelagert** wurden.²³³ Das Eigentum an den Beteiligungen wird somit von der Leistungserbringung rechtlich getrennt, sodass die Holding u.U. keine eigenen Angestellten beschäftigt.²³⁴ In einem solchen Fall erfüllt die Holding nach hier vertretener Meinung selbst keine eigene Wertschöpfungsfunktion mehr und weist einen Mangel an organisch-technischer Abgrenzbarkeit auf.²³⁵ Sie führt damit regelmässig selbst keinen Betrieb.²³⁶
- 95 Während die Tätigkeit der Führungsholding somit als wertschöpfend angesehen werden kann, ist dies bei der **Vermögensholding** nicht der Fall. Diese erbringt (wie zuvor ausgeführt)²³⁷ keine Unterstützungstätigkeiten, die wertschöpfend sind. Zwar kann auch eine

²²⁶ LOCHER/MARANTELLI/OPEL, 516 ff.

²²⁷ Ausführlich hierzu und zur Abgrenzung von den Shareholder-Activities LISSI/GERBER, FStR 2015, 148 ff., 151 f.

²²⁸ OECD-Guidelines, Ziff. 7.49; vgl. LOCHER/MARANTELLI/OPEL, 507.

²²⁹ Vgl. vorn N 83.

²³⁰ Der Begriff der Holdingfunktion wird in der juristischen Literatur und Rechtsprechung (abhängig von Kontext bzw. Rechtsgebiet) unterschiedlich verwendet. Ein Teil der Lehre erblickt bereits im Halten und Verwalten von (mehreren) Beteiligungen eine Holdingfunktion (vgl. bspw. KUNZ, StR 2011, 838 ff., 843; LUTZ, 210; FORSTMOSER/ZINDEL/MEYER, SJZ 2009, 205 ff., Fn. 39) während der andere Teil sowie die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis für eine Holdingfunktion weitere Aktivitäten wie die Koordination, strategische Führung oder Finanzierung der Beteiligungsunternehmen fordert (vgl. KUMSCHICK, 853 ff., 871; BGer, 15.6.2020, 2C_220/2020; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6).

²³¹ A.M. wohl LUDWIG/WAMISTER, § 72 StG BS N 34 die grundsätzlich davon ausgehen, dass der Verwaltungsrat allein die Holdingfunktion erfüllen kann.

²³² Vgl. vorn N 70.

²³³ Vgl. KUNZ, 73 f.; vgl. auch verdeutlichend Anhang, Beispiel 4.

²³⁴ Vgl. bereits vorn Fn. 203 betr. die Beispiele der Sartorius AG und die LEG Immobilien AG.

²³⁵ Vgl. vorn N 33.

²³⁶ A.M. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 77 welche davon ausgehen, dass die Holdingfunktion auch über beauftragte Personen wahrgenommen werden kann; ebenso ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²³⁷ Vgl. vorn N 93.

Vermögensholding Finanzierungen aufnehmen und somit am Kapitalmarkt als Akteurin auftreten. Wird eine solche Finanzierung dann aber lediglich für den Erwerb der Beteiligungen verwendet und nicht um die Beteiligungsunternehmen mit (günstigeren) Finanzmitteln auszustatten,²³⁸ handelt es sich dabei nicht um eine Unterstützungsaktivität. Eine Wertschöpfung durch Unterstützung der Leistungserstellung der Beteiligungen liegt somit nicht vor.

- 96 Die Tätigkeit einer Vermögensholding entspricht ausserdem im Kern der **Vermögensverwaltung** einer natürlichen Person, welche bspw. aus Vermögensstrukturierungsüberlegungen oder Haftungsüberlegungen in eine juristische Person ausgegliedert wurde. Die reine Vermögensverwaltung, auch wenn das Vermögen gross ist und eine kaufmännische Buchhaltung zur laufenden Orientierung geführt wird, stellt grundsätzlich keinen Betrieb dar.²³⁹ Im Kern stellt die Tätigkeit einer Vermögensholding die passive Abschöpfung von geschaffenem Mehrwert durch die Beteiligungsunternehmen dar.²⁴⁰ Eine reine Vermögensholding führt daher keinen eigenen Betrieb.²⁴¹
- 97 Auch in der geltenden **Verwaltungspraxis** und in der **Literatur** wird für das Vorliegen eines Holdingbetriebs das Erfüllen einer Holdingfunktion (in Form der Koordination der Geschäftstätigkeit mehrerer Tochtergesellschaften oder der strategischen Führung) gegenüber den Beteiligungen gefordert.²⁴² Keine Erwähnung finden hingegen Leistungen wie Finanzierungen, Beratungen oder Personalleistungen, welche nach hier vertretener Meinung ebenfalls Holdingfunktionen darstellen können. In der Praxis scheint dem Erfordernis der Holdingfunktion jedoch wenig Beachtung geschenkt zu werden.²⁴³ Anders als hier vertreten, erlaubt die Praxis der ESTV auch die Wahrnehmung der Holdingfunktion über beauftragte Personen.²⁴⁴
- 98 Es kann somit festgestellt werden, dass eine Holding nach der hier vertretenen Meinung nur einen (Teil-)Betrieb führen kann, wenn es sich um eine Führungsholding handelt bzw. wenn eine Holdingfunktion im hier verwendeten Sinne gegenüber den Beteiligungen wahrgenommen wird.²⁴⁵ Ist dies gegeben, kann es sich um einen Betrieb i.S.d. allgemeinen

²³⁸ Ansonsten würde es sich nach hier vertretener Meinung um eine Führungsholding und nicht eine Vermögensholding handeln.

²³⁹ BGER, 23.1.2004, 2A.52/2003, E. 2.5 = ASA 74 (2004/2005), 737 ff. = StE 2004 A 21.14 Nr. 5; vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 66; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁴⁰ Vgl. hierzu vorn N 36 und N 85.

²⁴¹ Dies deckt sich auch mit der zuvor erörterten Notwendigkeit einer restriktiven Handhabung des Betriebsbegriffs; vgl. vorn N 45 und N 70.

²⁴² Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6; OESTERHELT/MARTIN, Art. 24 StHG N 731; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 77; BOUVIER, 29 f.; a.M. hingegen RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 130 f., welche das Erfordernis der Holdingfunktion aufgrund der Ausführungen in der Botschaft und in den Beratungen zur Holdingspaltung ablehnen (vgl. hinten N 112), da damit ein zweifaches Erfüllen des Betriebserfordernisses (sowohl auf Beteiligungs- als auch auf Holdingebene) gefordert werde; vgl. dazu hinten N 108.

²⁴³ Vgl. RIEDWEG, IFF-Seminar 2016, Folien 15 ff.; KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021, Folien 13 ff. wo die Holdingfunktion jedoch weder in den Sachverhalten noch in den Lösungen weiter adressiert wird.

²⁴⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁴⁵ A.M. LUDWIG/WAMISTER, § 72 StG BS N 34 welche davon ausgehen, dass eine Holding zwar eine Holdingfunktion wahrnehmen muss um steuerneutral gespalten werden zu können, die der Holding aber dennoch den Betriebscharakter absprechen und auf die Betriebsqualifikation der Tochtergesellschaften abstellen; ebenso wohl STOCKAR, ST 1998, 51 ff., 53 der davon ausgeht, dass eine Holding keinen Betrieb darstellt (unklar jedoch, ob dies seine eigene Meinung wiedergibt oder nur die aus seiner Sicht h.L.).

Betriebsbegriffs handeln.²⁴⁶ Zu klären bleibt jedoch, ob eine bestimmte Zahl an Beteiligungen und ein bestimmter Beteiligungsgrad vorauszusetzen sind sowie ob es sich bei den Beteiligungen mehrheitlich um aktive Beteiligungen handeln muss.

c) Anzahl an Beteiligungen und Beteiligungsgrad

- 99 Von dem Gedanken ausgehend, dass die Holding eine **Holdingfunktion** erfüllen muss, ist m.E. mindestens zu fordern, dass jede Holdinggesellschaft nach der Spaltung mindestens eine Beteiligung hält, gegenüber der sie bspw. Finanzierungsleistungen erbringt oder eine strategische Führungsposition einnimmt. Wie zuvor aufgezeigt, besteht eine Holdingfunktion (nach dem hier vertretenen, wertschöpfungsbasierten Verständnis) nicht in der Konsolidierung mehrerer Beteiligungen. Eine Unterstützung von Primärtätigkeiten kann vielmehr auch gegenüber nur einer einzelnen Tochtergesellschaft erfolgen. Mehrere Beteiligungen sind danach für das Erfüllen der Holdingfunktion nicht erforderlich.
- 100 Bei der Betrachtung der **Entstehungsgeschichte** der heutigen Regelung ergibt sich ein differenziertes Bild. Die Arbeitsgruppe Steuern sprach sich für eine Flexibilisierung der Holdingspaltung in Form eines Verzichts auf das Betriebserfordernis aus.²⁴⁷ Begründet wurde der Verzicht damit, dass durch das Erfordernis der subjektiven Verknüpfung durch die Sperrfrist (auf welches später verzichtet wurde)²⁴⁸ verhindert werden könne, dass die Spaltung nur im Hinblick auf eine Veräusserung durch die Anteilshabenden vorgenommen werde. Die Botschaft hingegen geht davon aus, dass Spaltungen von Holdinggesellschaften bereits unter der früheren Praxis möglich waren, „sofern die Spaltung einer Holding mit der Übertragung von Beteiligungen an Betriebs- oder Handelsgesellschaften verbunden ist“, und stellt fest, dass diese Praxis fortgesetzt werden könne.²⁴⁹ Aus diesem Grund wurde auf eine explizite Aufnahme einer Flexibilisierung in den Wortlaut des Gesetzes verzichtet.²⁵⁰ Da die Botschaft von Beteiligungen im Plural sprach, welche übertragen werden müssen, wurde teilweise angenommen, dass mindestens zwei Beteiligungen übertragen werden müssen, um als Holdingspaltung zu qualifizieren.²⁵¹ Die Massgeblichkeit der Botschaft wird in diesem Kontext vom BGer aber mit der Begründung abgelehnt, dass diese sich auf das alte Recht beziehe und keine Stütze in Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG finde.²⁵²
- 101 In der **Literatur** wird zumeist das von der Verwaltungspraxis verlangte Erfordernis von zwei Beteiligungen wiedergegeben. Häufig wird dabei nicht genauer begründet, weshalb mindestens zwei Beteiligungen erforderlich sein sollen.²⁵³ Ein Teil der Literatur begründet dieses Erfordernis jedoch damit, dass eine Holdingfunktion nur bei mehreren gehaltenen

²⁴⁶ In der Lehre wird der Holdingbetrieb hingegen teilweise als ‚Sonderfall‘ verstanden, vgl.

SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 32.

²⁴⁷ Arbeitsgruppe Steuern, Ziff. 5.5.

²⁴⁸ Vgl. vorn N 67.

²⁴⁹ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4378; vgl. hinten N 118 zu der Frage, auf welche Praxis sich die Botschaft bezog.

²⁵⁰ Vgl. Art. 61 Abs. 1^{bis} E-DBG der Arbeitsgruppe Steuern.

²⁵¹ Vgl. MEUTER, ZStP 2005, 295 ff., 333; auch LUDWIG/WAMISTER, § 72 StG BS N 34 plädieren für mindestens 2 Beteiligungen, wobei sie sich auf „den Wortlaut des Gesetzes“ berufen, welcher von Beteiligungen im Plural spräche. Unklar bleibt an dieser Stelle auf welchen Gesetzeswortlaut sich die Autoren beziehen da weder Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG noch § 72 Abs. 1 lit. b StG BS (welche sich allesamt auf die Spaltung beziehen) von Beteiligungen, sondern lediglich von Betrieben sprechen. Es bleibt zu vermuten, dass der Wortlaut der Botschaft gemeint war.

²⁵² BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 4.6.

²⁵³ Vgl. BOUVIER, 30; SIMONEK/EITEL/MÜLLER, 360; TADDEI, 206 f.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 61 DBG N 210 ff.

Beteiligungen ausgeübt werden könne.²⁵⁴ Diesem Ansatz scheint allerdings ein anderes Verständnis von Holdingfunktion zugrunde zu liegen, nämlich i.S. einer Koordinations- und Konsolidierungsfunktion bezüglich der Beteiligungsunternehmen. Nach hier vertretener Auffassung ist die Holdingfunktion aber weiter zu verstehen.²⁵⁵ Daher muss entscheidend sein, ob die jeweilige Holdingfunktion mindestens zwei gehaltene Beteiligungen voraussetzt, um als wertschöpfend zu gelten. Bei den meisten beschriebenen Funktionen von Führungsholdings wird das nicht der Fall sein.

- 102 Es stellt sich auch die Frage, ob ein **Mindestbeteiligungsgrad** an den Beteiligungen für einen Holdingbetrieb vorauszusetzen ist. Zu differenzieren ist diesbezüglich m.E. nach der Art von **Holdingfunktion**, welche die Holding gegenüber den gehaltenen Gesellschaften erfüllt. Die Übernahme einer Managementfunktion i.S.d. Strategievorgabe oder das Einwirken auf operative Entscheidungen bedarf einer Mindestbeteiligung oder eines anderen Faktors, welcher eine Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft erlaubt.²⁵⁶ Andere Holdingfunktionen wie Beratungs- oder Finanzierungsleistungen setzen hingegen keine solche Möglichkeit zur Einflussnahme voraus. Es ist daher unverständlich, weshalb an Holdinggesellschaften, die für ihre Beteiligungen bspw. Beratungsleistungen erbringen, strengere Anforderungen für die Betriebsqualifikation gestellt werden sollten als an Unternehmen, welche diese an externe Kunden erbringen. Vielmehr ist eine einzelfallbasierte Beurteilung i.S.d. Typuscharakters des Betriebsbegriffs vorzunehmen.
- 103 In der **Literatur** werden hingegen mehrheitlich feste Mindestbeteiligungen an den gehaltenen Unternehmen gefordert. GRÜNBLATT/RIEDWEG argumentieren bspw. für eine einheitliche Auslegung mit dem Begriff der Tochtergesellschaft i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG, welcher die Ausgliederung regelt (20 % Beteiligung an Grund- oder Stammkapital).²⁵⁷ RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER fordern ebenfalls eine Beteiligung von 20 % am Grund- oder Stammkapital, leiten diese jedoch aus dem zum Entstehungszeitpunkt von Art. 61 DBG geltenden Schwellenwert für den Beteiligungsabzug ab. Gleichzeitig stellen sie aber fest, dass eine (mit der Senkung beim Beteiligungsabzug im Zuge der Unternehmenssteuerreform II) korrespondierende Senkung auf 10 % die Wahrnehmung einer strategischen Führungsfunktion unwahrscheinlich mache.²⁵⁸
- 104 Nimmt die Holding eine Funktion wahr, welche einen **Mindesteinfluss** auf die Beteiligungsunternehmen als **notwendig** erscheinen lässt, kann m.E. nicht die kapitalmässige Beteiligung entscheidend sein. Bereits das Kreisschreiben stellt schliesslich auf eine ‚massgebende Kontrolle‘ ab und akzeptiert deren Vorliegen bspw. auch über einen Aktionärsbindungsvertrag.²⁵⁹ Entscheidend muss daher die Einflussmöglichkeit einer Holding auf die Beteiligungsunternehmen sein. Für diese Einflussmöglichkeit ist jedoch nicht die kapitalmässige Beteiligung entscheidend, sondern die stimmenmässige. Dies zeigt sich am Beispiel der Roche Holding AG: Die kapitalmässige Beteiligung des ‚Aktionärspools‘ der Familien Hoffmann und Oeri liegt unter 10 %, der Stimmanteil

²⁵⁴ So RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, § 67 StG ZH N 220; MEUTER, ZStP 2005, 295 ff., 333 f.; vgl. auch HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 78, welche diese Überlegungen auch bei der Verwaltungspraxis vermuten.

²⁵⁵ Vgl. vorn N 94.

²⁵⁶ Zu denken ist hier an Einflussmöglichkeiten über einen Aktionärsbindungsvertrag oder Stimmrechtsaktien, vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁵⁷ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 73.

²⁵⁸ Im Vernehmlassungsverfahren zum KS 5a wurde angeregt, den Schwellenwert analog zum Beteiligungsabzug auf 10% zu senken, vgl. EXPERTSUISSE, Ziff. 6.6; von der ESTV wurde dies jedoch abgelehnt, vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁵⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

hingegen bei 67.5 %.²⁶⁰ Trotz der kapitalmässig niedrigen Beteiligung ist davon auszugehen, dass der ‚Aktionärspool‘ eine massgebliche Kontrolle über die Gesellschaft ausübt. Dies zeigt sich u.a. daran, dass die Familien momentan den Vizepräsidenten des Verwaltungsrats und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied stellen.²⁶¹ Für das Abstellen auf die Stimmrechte spricht auch die Beteiligungsdefinition im Rechnungslegungsrecht. Diese stellt für das Vorliegen eines massgeblichen Einflusses ebenfalls auf die Stimmrechtsbeteiligung ab. Der massgebliche Einfluss wiederum wird für das Vorliegen einer Beteiligung vorausgesetzt.²⁶²

- 105 Zu untersuchen ist daher im jeweiligen **Einzelfall**, ob ausreichende Einflussmöglichkeiten auf strategische und operative Entscheidungen des Beteiligungsunternehmens bestehen. Dies muss (dem Typuscharakter des Betriebsbegriffs Rechnung tragend) unter Berücksichtigung sämtlicher Einzelumstände erfolgen, wie allfälliger Stimmrechtsaktien, Stimmrechtsbeschränkungen und vertraglicher Bindungen. Eine Einflussmöglichkeit sollte in jedem Fall bejaht werden, wenn die Beteiligungen unter einheitlicher Leitung i.S.v. Art. 61 Abs. 3 DBG stehen.²⁶³

d) Überwiegende Beteiligung an aktiven Gesellschaften

- 106 Abgesehen von der Anzahl und dem Beteiligungsgrad der Beteiligungen stellt sich auch die Frage, ob es sich (wie von der Verwaltungspraxis gefordert)²⁶⁴ bei den Beteiligungen um aktive Gesellschaften bzw. um Gesellschaften, die das Betriebserfordernis selbst ebenfalls erfüllen, handeln muss. Kritisiert wird die Forderung nach einer Erfüllung des Betriebserfordernisses auf beiden Ebenen (Holding und Beteiligung) u.a. von RIEDWEG/DAENIKER.²⁶⁵

- 107 Bezugnehmend auf die wertschöpfende Tätigkeit einer Holding in Form von **Unterstützungstätigkeiten** ergibt sich jedoch bereits aus logischen Überlegungen, dass die Beteiligungsgesellschaften dazu korrespondierende Primärtätigkeiten ausüben müssen, andernfalls die Unterstützungstätigkeit der Holding ihre wertschöpfende Eigenschaft verliert. Insofern erscheint die Forderung nach einem Erfüllen des Betriebserfordernisses auf zwei Ebenen für die Qualifikation als Holdingbetrieb gerechtfertigt.

- 108 Das Betriebserfordernis auf Beteiligungsebene kann jedoch ebenfalls erfüllt werden, wenn es sich bei der Beteiligung selbst um eine Holding handelt, welche wiederum einen Holdingbetrieb führt.²⁶⁶ Die Unterstützungstätigkeiten können sich in einem Konzernverhältnis auch über mehrere Gesellschaftsebenen erstrecken. Mithin erscheint es daher auch bei einer Beteiligung an einer Holding gerechtfertigt, von einer aktiven Gesellschaft auszugehen, sofern diese Holding selbst einen Betrieb darstellt und Beteiligungen hält, welche Primärtätigkeiten ausüben.²⁶⁷ Gleiches muss gelten, wenn die

²⁶⁰ Informationen gemäss Stand per 16. Februar 2023, abgerufen von <https://www.roche.com/investors/shares/#2b22ef3d-2ff8-442e-bdb4-61ef4caedc59>.

²⁶¹ Informationen gemäss Stand per 16. Februar 2023, abgerufen von <https://www.roche.com/de/about/governance/board-of-directors>.

²⁶² Art. 960d Abs. 3 OR; der massgebliche Einfluss kann aber auch auf andere Weise ausgeübt werden, vgl. NEUHAUS/HAAG, Art. 960d OR N 13 f.

²⁶³ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 128.

²⁶⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁶⁵ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 130 f., wobei vor allem die Forderung nach dem Betrieb auf Holdingebene als problematisch erachtet wird. Zu dem aus ihrer Kritik folgenden Transparenzprinzip vgl. hinten N 111 ff.

²⁶⁶ Vgl. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 80; Anhang, Beispiel 7.

²⁶⁷ Vgl. Anhang, Beispiel 7.

gehaltene Beteiligung selbst keinen Betrieb führt, ihr jedoch i.S.d. Transparenzprinzips ein Betrieb zugerechnet wird.²⁶⁸

- 109 Dass es sich bei den gehaltenen Beteiligungen **überwiegend** um **aktive Gesellschaften** handeln muss (wie von der Verwaltungspraxis gefordert),²⁶⁹ erscheint ebenfalls gerechtfertigt. Ist das Betriebserfordernis im Allgemeinen erfüllt, können grundsätzlich auch **nicht betriebsnotwendige Aktiven** steuerneutral übertragen werden.²⁷⁰ Die Grenze dessen bildet der Missbrauchstatbestand, wonach der Betrieb im Verhältnis zu den nicht betriebsnotwendigen Aktiven nicht nur von untergeordneter Bedeutung sein darf. Nicht aktive Beteiligungen steuern nicht zur Wertschöpfung der unterstützenden Tätigkeit der Holding bei, sodass sie als nicht betriebsnotwendige Aktiven anzusehen sind und somit im Verhältnis zu den aktiven Beteiligungen nicht höher gewichtet sein dürfen.

3. *Transparenzprinzip*

a) Begründung des Transparenzprinzips

- 110 Bis zum Jahr 2019 war die zuvor beschriebene Verwaltungspraxis zum Holdingbetrieb²⁷¹ die einzige Möglichkeit zur Spaltung einer Holdinggesellschaft. Hielt eine Holding bspw. nur zwei Beteiligungen zu je 100 % an operativen Gesellschaften, war eine steuerneutrale Spaltung nicht möglich. Die Verwaltungspraxis nahm in diesem Fall an, dass die zurückbleibenden Holdinggesellschaften keinen Holdingbetrieb darstellen würden, da hierfür jeweils zwei Beteiligungen erforderlich wären. Daher läge eine Verletzung des Erfordernisses zur Betriebsfortführung vor.²⁷² In der Lehre wurde diese Praxis aus verschiedenen Gründen kritisiert.
- 111 RIEDWEG/DAENIKER vertraten unter Berufung auf die wirtschaftliche bzw. ergebnisorientierte Betrachtungsweise die Ansicht, dass es keinen Unterschied machen dürfe, ob eine Gesellschaft selbst einen Betrieb führe oder ob dieser an eine Tochter- oder Enkelgesellschaft ausgegliedert wurde.²⁷³ In diesem Sinne müsse ein (Teil-)Betrieb der Tochter- oder Enkelgesellschaft i.S. einer transparenten Betrachtung der Muttergesellschaft zugerechnet werden. Die rechtlichen Strukturen müssten m.a.W. auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse hin durchleuchtet werden.²⁷⁴ Ebenfalls kritisierten sie die Praxis der ESTV, da die Botschaft zum FusG die Holdingspaltung zulassen wollte, sofern „Beteiligungen an Betriebs- oder Handelsgesellschaften“ übertragen werden. Damit hätte die Praxis der ESTV, die Erfüllung des Betriebserfordernisses auf Holding- und Beteiligungsebene zu fordern, gegen den gesetzgeberischen Willen verstossen.²⁷⁵
- 112 Auch REICH/NEUHAUS kritisierten die Verwaltungspraxis. Sie argumentierten, dass die Ausgliederung des Betriebs der erste Schritt einer „altrechtlichen Spaltung“ sei und es nun

²⁶⁸ Vgl. hinten N 111 ff.

²⁶⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

²⁷⁰ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 61; REICH, ST 2004, 949 ff., 952; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 132.

²⁷¹ Vgl. vorn N 86.

²⁷² Vgl. zum Ganzen GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 74; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 61 DB N 210 f.; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 99; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, 397.

²⁷³ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 127; vgl. die Argumentation vorn N 71.

²⁷⁴ Vgl. bereits REICH/DUSS, 316.

²⁷⁵ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 130; vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4378; vgl. bereits vorn N 108.

- lediglich noch darum ginge, dass die Beteiligungsrechte an der ausgegliederten Gesellschaft an die Beteiligten ausgeschüttet werden.²⁷⁶
- 113 REICH/TADDEI/OESTERHELT teilen die Kritik von REICH/NEUHAUS.²⁷⁷ Zusätzlich argumentierten sie, dass bei der Abspaltung von Beteiligungen, welche das Betriebserfordernis erfüllen, die objektive Verknüpfung der stillen Reserven mit dem übertragenen Betrieb erhalten bleibe.²⁷⁸
- 114 GLAUSER/OBERSON übten hingegen grundsätzlich Kritik an den schematischen Kriterien der ESTV und plädierten dafür, der tatsächlichen Tätigkeit der Beteiligungen mehr Beachtung zu schenken.²⁷⁹
- 115 GRÜNBLATT/RIEDWEG führten aus, dass die Regelung keinen Sinn mache, da eine Holding, die ihre Betriebe bereits ausgegliedert hat, diese auch wieder absorbieren und anschliessend steuerneutral abspalten könne.²⁸⁰ Dieses Argument hat insofern an Schlagkraft verloren, als die ESTV inzwischen die Absorption eines ausgegliederten Betriebs in Vorbereitung einer Spaltung als Fall einer Steuerumgehung betrachtet. Der Grund dafür ist, dass die Voraussetzungen zur Erfüllung der Betriebsqualifikation erst im Hinblick auf die Spaltung geschaffen wurden.²⁸¹
- 116 Nach hier vertretener Meinung spricht der **Wortlaut** von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG für die Anwendung des sog. Transparenzprinzips. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung verlangt, dass mindestens ein (Teil-)Betrieb übertragen wird. Unter Anwendung der im Umstrukturierungsrecht grundsätzlich geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise²⁸² werden bei der Spaltung einer Beteiligung nicht nur Gesellschaftsanteile übertragen, sondern es wird auch ein Rechtsträger übertragen, der als „Aufhänger für Rechte und Pflichten“ eben auch die durch ihn geführten (Teil-)Betriebe umfasst.²⁸³ Die Frage, ab wann aus wirtschaftlicher Sicht nicht nur Gesellschaftsanteile, sondern auch der jeweilige Rechtsträger mitsamt seinen Betrieben übertragen wird, ist dabei gesondert zu untersuchen.²⁸⁴
- 117 Wie zuvor aufgezeigt, steht im Zentrum des doppelten Betriebserfordernisses der Gedanke, dass die stillen Reserven weiterhin mit einem Betrieb **objektiv verknüpft** bleiben und insofern (weiterhin) eine wirtschaftlich sinnvolle – wertschöpfende – Funktion erfüllen.²⁸⁵ Wird eine Beteiligung (welche einen oder mehrere Betriebe führt) übertragen, bleiben die stillen Reserven des Betriebs der übertragenen Gesellschaft weiterhin mit diesem objektiv verknüpft. Der Betrieb ist von dieser Übertragung im Grundsatz nicht betroffen und kann ohne Weiteres fortgeführt werden. Insofern bleibt bei Anwendung des Transparenzprinzips der Zweck des doppelten Betriebserfordernisses, nämlich die Abgrenzung zur Veräusserung bzw. zur (Teil-)Liquidation, gewahrt. Gleichzeitig erweitert das Transparenzprinzip auch die faktische Beweglichkeit bzw. Flexibilität bei der Anpassung der rechtlichen Strukturen der

²⁷⁶ REICH/NEUHAUS, ISIS-Seminar 2005, 9; gl.M. REICH/DUSS, 316.

²⁷⁷ REICH/TADDEI/OESTERHELT, 3. Aufl., Art. 61 DBG N 201.

²⁷⁸ DIES., 3. Aufl., Art. 61 DBG N 201.

²⁷⁹ GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 61 N 43.

²⁸⁰ GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 72; vgl. auch REICH/DUSS, 316; EGGENBERGER, 152.

²⁸¹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.5. wonach der Betrieb nicht nur zum Zwecke einer steuerneutralen Spaltung geschaffen worden sein darf; vgl. auch OESTERHELT/TSCHAN, IFF-Seminar 2019, Folien 29 f.; OESTERHELT, FSr 2019, 163 ff., 167, Fn. 25; darüber hinaus wird auch argumentiert, dass im Ergebnis eine Beteiligungsausschüttung vorliege, vgl. hinten N 153.

²⁸² Vgl. vorn N 10 ff.

²⁸³ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 126; verdeutlichend Anhang, Beispiel 8.

²⁸⁴ Vgl. hinten N 126 ff.

²⁸⁵ Vgl. vorn N 27.

Wirtschaftsteilnehmer und dient damit diesem übergeordneten Zweck der Umstrukturierungsnorm.²⁸⁶ Insbesondere sorgt das Transparenzprinzip für mehr steuerliche Entscheidungsneutralität bei der Frage, ob für ein Unternehmen eine Stammhaus- oder eine Holdingstruktur wirtschaftlich sinnvoller ist.

- 118 Die **Botschaft** hält zur Holdingspaltung fest, dass die „geltende Praxis“ die steuerneutrale Spaltung von Holdinggesellschaften akzeptiere, sofern diese „mit der Übertragung von Beteiligungen an Betriebs- oder Handelsgesellschaften“ verbunden sei.²⁸⁷ Diese Praxis könne fortgeführt werden.²⁸⁸ Aus dieser Formulierung schliesst ein Teil der Lehre, dass eben mehrere Beteiligungen übertragen werden müssen,²⁸⁹ während ein anderer Teil in der Formulierung einen Hinweis auf das Transparenzprinzip erblickt.²⁹⁰ Unklar bleibt, auf welche „geltende Praxis“ sich die Botschaft bezieht. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang u.a. auf ROUILLER und BEHNISCH verwiesen, welche die Spaltung von Holdinggesellschaften unter unterschiedlichen Voraussetzungen zulassen wollten.²⁹¹ ROUILLER vertrat dabei das Konzept des Holdingbetriebs, indem er eine unternehmerische Tätigkeit der Holding mit eigenem Personal und unternehmerischer Tätigkeit als Voraussetzung der Betriebsqualifikation erachtete. BEHNISCH hingegen stellte mehr auf die Grösse der zu spaltenden Holdinggesellschaft und die Kontrollmöglichkeiten ab. Er argumentierte insbesondere dafür, die steuerneutrale Spaltung zumindest bei Holdinggesellschaften, die mehrere Divisionen an Beteiligungen zusammenfassten, zuzulassen.²⁹² Andere frühere Lehrmeinungen verneinten hingegen die steuerneutrale Holdingspaltung gänzlich.²⁹³ Insofern bestand eben keine einheitliche etablierte Praxis, welche gemäss den Ausführungen der Botschaft fortgesetzt werden könnte. Die Botschaft gibt damit keine eindeutige Antwort auf die Frage des Transparenzprinzips und die Überlegungen haben keinen Niederschlag im Gesetz gefunden. Den Grundsätzen zur Auslegung von Materialien des BGers folgend, sind die Ausführungen in der Botschaft daher unbeachtlich.²⁹⁴
- 119 Fraglich ist, ob die Anwendung des Transparenzprinzips aufgrund einer **systematisch-verfassungskonformen** Auslegung angezeigt ist. Es ist anzuführen, dass die Ablehnung der Steuerneutralität der (Ab-)Spaltung einer Beteiligung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 BV bzw. den Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung gemäss Art. 127 Abs. 2 BV verstösst.²⁹⁵ Demnach „sind Personen, die sich in gleichen Verhältnissen befinden, in derselben Weise mit Steuern zu belasten und müssen wesentliche Ungleichheiten in den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechend unterschiedlichen Steuerbelastungen führen“.²⁹⁶ Der Grundsatz der Gleichmässigkeit wird

²⁸⁶ Vgl. Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4354, 4368; vgl. RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 126 f.

²⁸⁷ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4378.

²⁸⁸ Botschaft FusG, BBI 2000, 4337 ff., 4378.

²⁸⁹ Vgl. vorn N 101 und Fn. 253.

²⁹⁰ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli 111 ff., 126, Fn. 38; LISSI/DUSS, ST 2003, 866 ff., 868.

²⁹¹ ROUILLER, ASA 56 (1986/87), 303 ff., 308 f.; BEHNISCH, 250.

²⁹² BEHNISCH, 250.

²⁹³ Vgl. STOCKAR, ST 1998, 51 ff. 53; kritisch auch GRETER, ASA 65 (1996/97), 849 ff., 862 f. welcher argumentiert, dass eine Beteiligung das Betriebserfordernis nicht erfüllen könne.

²⁹⁴ Vgl. vorn N 14.

²⁹⁵ Vgl. zur Frage, ob dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung gegenüber Art. 8 BV überhaupt eine eigene Bedeutung zukommt REICH, FS Cagianut, 97 ff., 103; das BGER geht davon aus, dass Art. 127 Abs. 2 BV eine Konkretisierung von Art. 8 Abs. 1 BV darstellt, vgl. BGE 145 II 206 E. 2.4.2; BGE 137 I 145 E. 2.1.

²⁹⁶ BGE 137 I 145 E. 2.1; BGE 136 I 65 E. 5.2; vgl. BGE 114 Ia E. 2c; vgl. ferner VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 BV N 37.

dabei vom BGer häufig in Verbindung mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit behandelt.²⁹⁷ Nicht abgelehnt wird die Steuerneutralität mithin bei einer zweistufigen Spaltung. Bei der zweistufigen Spaltung (auch ‚altrechtlich‘ genannt) wird der zu übertragende Betrieb meist in einem ersten Schritt in eine neue Tochtergesellschaft eingebracht. In einem zweiten Schritt erfolgt die Ausschüttung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft.²⁹⁸ Übertragungsgegenstand gegenüber den Anteilshabenden stellt somit eine Beteiligung dar und nicht der Betrieb selbst. Weil diese Übertragung zeitlich nahe auf das ‚Herabstossen‘ der betrieblichen Tätigkeit erfolgt, wird die Steuerneutralität akzeptiert.²⁹⁹ Bei fehlender zeitlicher Nähe wurde die Spaltungsqualifikation der Beteiligungsübertragung hingegen abgelehnt. Fraglich ist, ob der zeitliche Unterschied in den Abläufen einen relevanten Unterschied in den Verhältnissen bewirkt, welcher eine unterschiedliche Besteuerung zu rechtfertigen vermochte.³⁰⁰ M.E. ist dies nicht der Fall, insbesondere da der zeitliche Unterschied nicht zu Veränderungen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei der übertragenden Gesellschaft führt. Eine Gesellschaft sollte somit bei der Spaltung steuerliche Gleichbehandlung erfahren, unabhängig davon, ob sie einen Betrieb selbst führt oder diesen zu einem früheren Zeitpunkt auf eine Tochtergesellschaft ausgegliedert hat. Mithin sollte somit Entscheidungsneutralität zwischen Stammhaus- oder Holdingstruktur hergestellt werden. Dies wird beim Transparenzprinzip (ähnlich wie im Rechnungslegungsrecht)³⁰¹ durch die Einheitsfiktion von rechtlich unabhängigen Unternehmen erreicht. Ob die beschriebene Ungleichbehandlung angesichts des ‚erheblichen Spielraums‘ des Gesetzgebers unter dem Grundsatz der Gleichmässigkeit (und Art. 8 BV)³⁰² ausreicht, um das Transparenzprinzip zwingend zur Anwendung zu bringen, darf bezweifelt werden. Dennoch ist sie bei der Auslegung zu berücksichtigen und führt m.E. gemeinsam mit der grammatikalischen und teleologischen Auslegung zu einer gerechtfertigten Anwendung des Transparenzprinzips.

- 120 Es hat sich somit gezeigt, dass das Transparenzprinzip von Wortlaut wie auch Sinn und Zweck des Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG getragen wird und sich als verfassungskonform darstellt. Holdinggesellschaft und operative Beteiligung sind daher bei der Betriebsqualifikation (der wirtschaftlichen Realität Rechnung tragend) als fiktive rechtliche Einheit zu betrachten. Nachfolgend muss jedoch die Frage beleuchtet werden, wann der durch eine Beteiligung geführte Betrieb als Gegenstand der Übertragung erscheint und nicht nur Anteile an einer Gesellschaft übertragen werden. Zunächst soll jedoch die Entscheidung des Bgers zum Transparenzprinzip dargestellt werden.

b) BGer-Entscheid zum Transparenzprinzip

- 121 Mit dem Entscheid vom 11.3.2019 erhält das BGer (soweit ersichtlich) erstmals die Chance, sich zur Spaltung einer Holdinggesellschaft zu äussern.³⁰³ In dem zugrunde liegenden **Sachverhalt** geht es im Kern darum, dass eine bestehende Holdinggesellschaft mit Domizil Genf (C. SA) eine einzelne Beteiligung (zu 100 % gehaltene operative F. SA) auf die neu gegründete Schwester-Holding E. SA abspalten wollte. Die Steuerverwaltung des Kantons Genf lehnte die Steuerneutralität aufgrund einer Verletzung des Betriebserfordernisses auf Stufe der E. SA jedoch ab, da diese nach der Transaktion lediglich eine aktive Beteiligung

²⁹⁷ BEHNISCH, Art. 127 BV N 27; vgl. VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 BV N 37.

²⁹⁸ Vgl. zur zweistufigen Spaltung OESTERHELT/MARTIN, Art. 24 StHG N 708; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 6.

²⁹⁹ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 6.

³⁰⁰ Vgl. Anhang, Beispiel 11 und Beispiel 12.

³⁰¹ Vgl. GLANZ/ZIHLER, Art. 963 OR N 4 f.

³⁰² BEHNISCH, Art. 127 BV N 27; BIAGGINI, Art. 8 BV N 11.

³⁰³ BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018; vgl. GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 68; LOCHER/GIGER/ERNST, Kommentar DBG, Art. 61 N 100.

(nämlich die übertragene F. SA) hielt und somit die Voraussetzungen eines Holdingbetriebs gemäss Verwaltungspraxis nicht erfüllte.³⁰⁴

122 Das BGer lehnt jedoch das von der Steuerverwaltung aufgestellte Erfordernis der Übertragung von mindestens zwei Beteiligungen ab. Begründet wird dies damit, dass dieses Erfordernis sich nicht aus dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG ergebe und dass die entsprechenden Ausführungen in der Botschaft sich lediglich auf die frühere Praxis beziehen würden. Die Übertragung der Beteiligung an der F. SA stellte gemäss BGer i.S. einer **transparenten Betrachtung** die Übertragung des Unternehmens und somit des von der F. SA geführten Betriebs dar. Somit sei das Betriebserfordernis i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG gewahrt.³⁰⁵

123 Das **BGer schliesst sich** somit in diesem Entscheid dem auf REICH zurückgehenden und u.a. von GRÜNBLATT/RIEDWEG und RIEDWEG/DAENIKER vertretenen **Transparenzprinzip an**.³⁰⁶ Das Urteil hat aber keine Auswirkung auf die Betriebsqualifikation selbst, sondern nur auf die Zurechnung eines Betriebs unter Berufung auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise.³⁰⁷ Aus dem Urteil wird in der Lehre geschlossen, dass das Betriebserfordernis bei der Spaltung einer Holding anstatt auf Ebene der Holding (i.S.d. Holdingbetriebs)³⁰⁸ auch nur auf Ebene der Beteiligungen verwirklicht werden kann.³⁰⁹ Umgekehrt bedarf jedoch (nach hier vertretener Meinung) die Betriebsqualifikation auf Stufe der Holdinggesellschaft nach wie vor auch einer Betriebsqualifikation auf Stufe der Beteiligungen.³¹⁰

124 Da in dem zugrunde liegenden Sachverhalt die F. SA zu 100 % im Eigentum der Holdinggesellschaft stand, ist jedoch nach wie vor unklar, welche Beteiligungsquote für die Zurechnung zu fordern sei und ob die Kapitalbeteiligung oder die stimmrechtmässige Beteiligung entscheidend sein sollte. Ebenso offen lässt das Urteil, wie das Transparenzprinzip mit Bezug auf indirekte Beteiligungsverhältnisse an operativen Gesellschaften anzuwenden ist. Diese Fragen sollen daher nachfolgend untersucht werden.

c) Massgebliche Beteiligung

125 Bezüglich der massgeblichen Beteiligungsquote, ab welcher sich eine Zurechnung i.S.d. Transparenzprinzips rechtfertigen lässt, vertritt OESTERHELT die Auffassung, dass sich nur bei einer Mehrheitsbeteiligung die Zurechnung rechtfertige. Er fordert daher eine kapitalmässige Mindestbeteiligung von 50 % plus eine Aktie an der Gesellschaft.³¹¹

126 GRÜNBLATT/RIEDWEG vertreten hingegen den Standpunkt, dass bei der Möglichkeit einer Einflussnahme auf die betriebliche Tätigkeit eine Zurechnung möglich sei. Sie argumentieren

³⁰⁴ Ausführlich zu dem Entscheid OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff.; vgl. auch BOUVIER, 33 ff.; GRETER/DIETSCHI, ASA 88 (2019/2020), 459 ff., 465 f.

³⁰⁵ Zum Ganzen BGer, 11.3.2019, 2C_34/2018, E. 4.6.

³⁰⁶ REICH, FS Zuppinger, 379 ff., 390; GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 70 ff.; RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 129 f.; vgl. auch HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 334.

³⁰⁷ BOUVIER, 35.

³⁰⁸ Vgl. vorn N 87 ff.

³⁰⁹ Vgl. OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 166; OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 19 f.; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 84 ff.

³¹⁰ Vgl. vorn N 108; a.M. BOUVIER, 36.

³¹¹ OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 167; a.M. hingegen REICH/TADDDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 235.

- daher für eine massgebliche kapitalmässige Beteiligung von 20 % nach dem Vorbild von Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG.³¹²
- 127 BOUVIER fordert hingegen eine 50%ige kapitalmässige Beteiligung für die transparente Zurechnung. Er begründet dies damit, dass die Zurechnung eine gewisse Wesentlichkeit des Eigentums voraussetze.³¹³
- 128 I.S. einer Rechtsvergleichung halten RIEDWEG/DAENIKER fest, dass die deutsche Praxis für die Zurechnung gemäss § 15 Abs. 1 Satz 3 UmwStG eine 100%ige Beteiligung an einem Teilbetrieb fordert. Unklar bleibt, inwiefern dies auf die schweizerische Praxis übertragbar sein sollte.³¹⁴
- 129 Die ESTV stellt in ihrer Praxis unter dem KS 5a auf die stimmrechtmässige Beteiligung ab und verlangt dabei mehr als 50 % der Stimmrechte an einer (aktiven) Gesellschaft für eine Zurechnung nach dem Transparenzprinzip.³¹⁵ Damit handhabt die ESTV die Praxis zum Transparenzprinzip strenger als bei der Quasifusion, bei welcher praxisgemäss bereits 50 % der Stimmrechte ausreichen.³¹⁶
- 130 Dem von OESTERHELT und der Verwaltungspraxis verlangten Erfordernis einer **Mehrheitsbeteiligung** ist m.E. zuzustimmen.³¹⁷ Dies lässt sich mit der Vermeidung einer mehrfachen Zurechnung begründen: Das Transparenzprinzip leitet sich aus der rechtlichen Fiktion einer (wirtschaftlich betrachteten) Einheit von Mutter- und Tochtergesellschaft ab. Die Tochtergesellschaft wird somit so betrachtet, als sei sie eine Betriebsstätte der Muttergesellschaft.³¹⁸ M.a.W. wird eine Stammhausstruktur fingiert. In einem Stammhaus gehören jedoch die Betriebsstätten ausschliesslich zu einem und nicht zu mehreren Stammhäusern. Der Einheitsgedanke schliesst eine mehrfache Zurechnung somit begriffsbedingt aus. Eine (Tochter-)Gesellschaft kann keine wirtschaftliche Einheit mit mehr als einer (Mutter-)Gesellschaft darstellen. Dies stellt in der Praxis insbesondere Joint Ventures vor eine Herausforderung, an welchen jeweils Anteile von 50 % gehalten werden. Die Einschränkungen in der Flexibilität, welche jene Gesellschaften aufgrund des Mehrheitserfordernisses treffen, sind jedoch angesichts der zuvor beschriebenen Überlegungen hinzunehmen.³¹⁹ Ginge man hingegen davon aus, dass bereits eine Beteiligung von 20 % für die Zurechnung ausreicht, wäre es denkbar, dass ein Betrieb über das Transparenzprinzip bis zu fünf verschiedenen (Mutter-)Gesellschaften zugerechnet wird. Dies ist aufgrund des Charakters des Betriebserfordernisses als Anti-Missbrauchsbestimmung m.E. klar abzulehnen.³²⁰
- 131 Nach der hier vertretenen Meinung ist das alleinige Abstellen auf die **stimmrechtmässige Beteiligung beim Transparenzprinzip nicht gerechtfertigt**. Eine solche legt zwar der Blick auf das Rechnungslegungsrecht nahe, welches für die Konsolidierungspflicht auf die

³¹² GRÜNBLATT/RIEDWEG, Umstrukturierungen 2016, § 5 N 73; vgl. auch RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 128; ebenfalls auf die Einflussmöglichkeit auf die unternehmerischen Entscheidungen abstellend HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326.

³¹³ BOUVIER, 39; so wohl auch KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021, Folien 18 f., jedoch nur bei Zurechnung eines Holdingbetriebs, nicht eines operativen Betriebs; anders hingegen KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021 (Wiederholung), Folien 17 f.

³¹⁴ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 134.

³¹⁵ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6; vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20.

³¹⁶ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.7.1; zustimmend OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20.

³¹⁷ Vgl. vorn N 126 und N 130.

³¹⁸ Vgl. zur Einheitsfiktion im Rechnungslegungsrecht GLANZ/ZIHLER, Art. 963 OR N 4.

³¹⁹ Diesen steht jedoch als Alternative immerhin die Konzernübertragung zur Verfügung, vgl. hinten N 161.

³²⁰ Vgl. vorn N 70.

Kontrolle über eine Beteiligung abstellt.³²¹ Diese ist wiederum primär abhängig von einer Mehrheit an Stimmrechten.³²² Grundgedanke der Konsolidierungspflicht ist ebenfalls die Fiktion eines ‚einheitlichen Unternehmens‘, auch wenn dieses in verschiedene Untergesellschaften aufgeteilt wurde.³²³ Dennoch sollte m.E. die reine Stimmenmehrheit nicht zur Zurechnung führen. Zum einen bleibt die Einheitsfiktion im Rechnungslegungsrecht anders als im Steuerrecht ohne Rechtsfolge. Es entstehen weder Haftungsansprüche noch Folgen für die Gewinnausschüttung oder die Kapitalschutzvorschriften.³²⁴ Hauptsächlicher Zweck der Konzernrechnung bleibt somit die Funktion als Informationsmittel für Aussenstehende.³²⁵ Im Steuerrecht bzw. genauer im steuerlichen Umstrukturierungsrecht resultiert aus der Einheitsfiktion von Mutter- und Tochtergesellschaft, wie zuvor dargestellt, eine wesentliche Konsequenz, nämlich die potenzielle Steuerneutralität einer Spaltung. Im Zentrum der Zurechnung unter dem Transparenzprinzip steht ausserdem nicht die Frage der Kontrollmöglichkeiten über die betriebliche Tätigkeit der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft.³²⁶ Dies ist relevant für die Frage, ob die Muttergesellschaft selbst (wie beim Holdingbetrieb) eine betriebliche Tätigkeit ausübt, für die die Einflussnahme auf unternehmerische Entscheidungen der Beteiligung vorauszusetzen ist.³²⁷ Die Fiktion einer wirtschaftlichen Einheit von Mutter- und Tochtergesellschaft lässt sich vielmehr durch die Gleichbehandlung von Stammhaus- und Holdingstruktur erklären.³²⁸ Bei einer reinen Stimmenmehrheit ist jedoch eine solche gerade nicht angezeigt, da ein Stammhaus, welches zu einer Holdingstruktur wechselt, regelmässig die Kapital- und Stimmenmehrheit (tendenziell sogar 100 %) halten wird. Nur dann rechtfertigt sich aufgrund der Gleichheit der Umstände auch eine steuerliche Gleichbehandlung.

- 132 Würde auf die Stimmrechte abgestellt, wäre im Extremfall denkbar, dass eine Holding eine Stimmenmehrheit i.H.v. 55 % der Stimmen an der Beteiligung (deren Rechtsform eine AG ist) hält, jedoch lediglich mit 5.5 % am Kapital der (operativen) Beteiligung beteiligt ist.³²⁹ In diesem Fall erscheint es offensichtlich nicht gerechtfertigt, von einer wirtschaftlichen Einheit von Holding- und Beteiligungsgesellschaft auszugehen. Dafür spricht auch, dass die Muttergesellschaft gesellschaftsrechtlich nicht in der Lage wäre, den Betrieb der übertragenen Beteiligung zu absorbieren oder mit einer Schwestergesellschaft zu fusionieren, um bspw. vorhandene Synergiepotenziale zu realisieren.³³⁰ Mit einer reinen Stimmenmehrheit kann somit nicht frei über den Betrieb verfügt werden. Diesem Gedanken folgend ist es m.E. angebracht, eine **qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen und absolute Mehrheit des Kapitals** für die Zurechnung zu fordern. Die Fiktion einer wirtschaftlichen Einheit setzt damit voraus, dass die Holdinggesellschaft auch tatsächlich über die notwendigen Mehrheiten verfügt, um aus eigener Kraft von einer Holding- zu einer

³²¹ Art. 963 Abs. 1 OR.

³²² Art. 963 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

³²³ BÖCKLI, § 6 N 982; GLANZ/ZIHLER, Art. 963 OR N 3.

³²⁴ NEUHAUS/BAUR, Art. 963 OR N 2; GLANZ/ZIHLER, Art. 963 OR N 6; vgl. auch BÖCKLI, Rechnungslegung, N 1189 ff.

³²⁵ GLANZ/ZIHLER, Art. 963 OR N 6.

³²⁶ Wie bspw. von HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 326 und RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 128 vertreten.

³²⁷ Vgl. vorn N 103.

³²⁸ Vgl. vorn N 120.

³²⁹ Vgl. Art. 693 Abs. 2 OR.

³³⁰ Dies gilt nur, sofern die Beteiligung nur einen Betrieb führt. Sowohl der Beschluss zur Absorptionsfusion als auch eine (faktische) Liquidation erfordern zusätzlich zur Mehrheit des an der GV vertretenen Kapitals auch eine Zweidrittelmehrheit der vertretenen Stimmen gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG bzw. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR.

Stammhausstruktur zurückzukehren.³³¹ Darüber hinaus spricht für diese Lösung auch, dass sich die praxisgemässe Zurechnung über mehrere Gesellschaftsebenen hierdurch erklären lässt.³³²

- 133 Wäre doch die Kontrolle über die Gesellschaft das massgebliche Kriterium, müsste neben der Kontrolle durch eine stimmrechtmässige Mehrheit auch eine **Kontrolle anderer Art**, bspw. in Form eines Aktionärsbindungsvertrags oder eines Beherrschungsvertrags (die bspw. bei deutschen Gesellschaften oft vorkommen), zugelassen werden. Dafür spricht auch ein vergleichender Blick auf die Konsolidierungspflicht im Rechnungslegungsrecht gemäss Art. 963 OR. Diese stellt ebenfalls auf die Kontrolle (bzw. den beherrschenden Einfluss gemäss Art. 963 Abs. 2 Ziff. 3 OR) über die Beteiligung ab,³³³ lässt aber neben einer Mehrheit der Stimmen auch eine Kontrolle auf vertraglichem oder statutarischem Wege zu.³³⁴ Hieran zeigt sich wiederum, dass die Kontrolle über die Gesellschaft nicht das massgebende Kriterium sein kann, da andernfalls eine Gruppe von Gesellschaften, welche gemeinsam eine operative Gesellschaft halten und über einen Aktionärsbindungsvertrag verbunden sind, jede für sich das Betriebserfordernis erfüllen würde. Somit läge wiederum eine mehrfache Zurechnung vor.³³⁵
- 134 Wird hingegen dem zuvor ausgeführten **Gleichbehandlungsgedanken** der (Ab-)Spaltung einer Beteiligung mit einer altrechtlichen Spaltung gefolgt,³³⁶ wäre analog dem deutschen Recht sogar eine 100%ige Beteiligung zu fordern.³³⁷ Schliesslich stösst bei einer zweistufigen Spaltung die Muttergesellschaft ihre betrieblichen Aktivitäten üblicherweise in eine neu gegründete Tochtergesellschaft ‚hinunter‘, an welcher sie demzufolge 100 % hält. Für eine solche Auslegung spricht auch, dass bei einer transparenten Betrachtung ansonsten nicht der gesamte Betrieb, sondern eben nur ein Teil des Betriebs übertragen würde.
- 135 Entscheidend ist nach hier vertretener Meinung somit, ob die Holding unmittelbar über eine **qualifizierte Mehrheit i.S.d. Zivilrechts** verfügt. Diese – im Vergleich zur Verwaltungspraxis – strengere Praxis trägt auch dem Umstand Rechnung, dass das Betriebserfordernis eine Anti-Missbrauchsfunktion erfüllt.³³⁸ Das Betriebserfordernis sollte daher nicht leichtfertig auf Stufe Holding angenommen werden und künstlich zu schaffen sein (wie es bei reinem Abstellen auf die Stimmenmehrheit möglich wäre). Ebenfalls wird somit eine mehrfache Zurechnung eines Betriebs verhindert.

d) Betriebszurechnung

- 136 Wird eine Beteiligung bzw. ein von dieser geführter Betrieb i.S.d. Transparenzprinzips zugerechnet, handelt es sich nach der Praxis der ESTV um eine **umfassende Zurechnung**.³³⁹ Bei der Zurechnungsfrage über mehrere Ebenen wird somit nicht auf die mittelbare Beteiligung abgestellt. So ist es möglich, den Betrieb einer Enkelgesellschaft der Grossmuttergesellschaft zuzurechnen, wenn jeweils eine qualifizierte Beteiligung vorliegt

³³¹ Verdeutlichend Anhang, Beispiel 6.

³³² Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20 zur umfassenden Zurechnung; ausführlich hinten N 136 ff.

³³³ Art. 963 Abs. 1 OR.

³³⁴ Art. 963 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 OR.

³³⁵ Vgl. vorn N 131.

³³⁶ Vgl. vorn N 119.

³³⁷ Vgl. RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 134; vgl. bereits vorn N 129.

³³⁸ Vgl. vorn N 70.

³³⁹ OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20; vgl. auch SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 23; vgl. zur Verdeutlichung des Begriffs der umfassenden Zurechnung Anhang, Beispiel 6.

(obwohl die indirekte Beteiligungsquote u.U. niedriger liegt).³⁴⁰ Gemäss OESTERHELT/SCHREIBER ist dies auf die stimmrechtsmässige Beherrschung zurückzuführen.³⁴¹

137 Nach **hier vertretener Meinung** lässt sich die umfassende Zurechnung nur dann rechtfertigen, wenn eine qualifizierte Mehrheit i.S.d. Zivilrechts zur Zurechnung verlangt wird.³⁴² Nur wenn eine solche qualifizierte Mehrheit vorliegt, könnte die Holding in jedem Fall potenziell auch den Betrieb einer Enkel- oder Urenkelgesellschaft absorbieren und somit (aus eigener Kraft) von einer Holding- zu einer Stammhausstruktur zurückkehren.³⁴³ Dies ist bei reiner Stimmenmehrheit nicht der Fall, zumindest dann, wenn ein solcher Betriebsübergang eine faktische Liquidation oder Zweckänderung für die Enkel- oder Urenkelgesellschaft darstellt.

138 Die Zurechnung nach dem Transparenzprinzip ist **nicht auf Holdinggesellschaften begrenzt**.³⁴⁴ Dies ist sachgerecht, da das Gesetz keine spezielle Regelung für Holdinggesellschaften vorsieht.³⁴⁵ So kann bspw. auch ein Stammhaus, welches selbst einen Betrieb führt und zusätzlich eine Tochtergesellschaft mit einem Betrieb hält, wahlweise entweder seine Beteiligung oder den von ihm geführten Betrieb abspalten, ohne dass zuvor eine Absorption der Beteiligung notwendig wäre.

139 Als Betrieb **zugerechnet werden kann** nicht nur ein Betrieb, der Primäraktivitäten aufweist, sondern **auch ein Holdingbetrieb**.³⁴⁶ Die Zurechnung erfolgt unter identischen Voraussetzungen.³⁴⁷ In der Verwaltungspraxis wird ein durch das Transparenzprinzip zugerechneter Betrieb in Abgrenzung zu einem Holdingbetrieb als operativer Betrieb bezeichnet.³⁴⁸

e) Exkurs: Transparenzprinzip im Geschäftsvermögen

140 Eine bislang (soweit ersichtlich) in der Lehre noch kaum thematisierte Frage ist, ob das zuvor erläuterte **Transparenzprinzip** auch **im Geschäftsvermögen** Anwendung finden kann.

141 Zivilrechtlich kann eine **Personenunternehmung nicht gespalten** werden.³⁴⁹ Eine Aufteilung kann zivilrechtlich jedoch bspw. durch eine Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG erreicht werden.³⁵⁰ Steuerrechtlich sieht Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG eine Möglichkeit zur steuerneutralen Übertragung von Betrieben auf eine juristische Person vor. Diese unterscheidet sich von der Spaltung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG insofern, als keine Kontinuität der Mitgliedschaft bzw. keine Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten gefordert wird.³⁵¹ Ebenso wird lediglich die Übertragung eines Betriebs gefordert, nicht aber, dass ein Betrieb zurückbleibt. M.a.W. reicht für eine

³⁴⁰ Vgl. OESTERHELT/REMUND/SCHREIBER, Fisca-Seminar 2022, Folie 60; vgl. Anhang, Beispiel 6.

³⁴¹ OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20; ebenso SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 23 mit Verweis auf die Praxis zu Art. 61 Abs. 3 DBG.

³⁴² Vgl. zur Begründung vorn N 133.

³⁴³ Vgl. Anhang, Beispiel 6.

³⁴⁴ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

³⁴⁵ Vgl. vorn N 80.

³⁴⁶ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6; vgl. OESTERHELT/REMUND/SCHREIBER, Fisca-Seminar 2022, Folie 59; KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021 (Wiederholung), Folie 18; siehe auch Anhang, Beispiel 7.

³⁴⁷ Anders noch KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021, Folien 18 f.; angepasst in KÜTTEL/REMUND, IFF-Seminar 2021 (Wiederholung), Folien 17 f.

³⁴⁸ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

³⁴⁹ Art. 30 FusG; vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 28.

³⁵⁰ Vgl. Art. 69 Abs. 1 FusG.

³⁵¹ M.w.Hinw. SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 182 f.

steuerneutrale Übertragung nach Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG ein Betrieb aus, ein doppeltes Betriebserfordernis besteht nicht. Des Weiteren wird keine Betriebsfortführung von der übernehmenden juristischen Person verlangt.³⁵² Anders als bei der Spaltung unterliegt die Betriebsübertragung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG jedoch einer fünfjährigen Veräusserungssperrfrist gemäss Art. 19 Abs. 2 DBG.

- 142 In der **Verwaltungspraxis** wird die Anwendung des Transparenzprinzips bei Übertragung einer Beteiligung vom Geschäftsvermögen auf eine juristische Person abgelehnt. Eine solche Übertragung wird daher als steuerbare Privatentnahme i.S.v. Art. 18 Abs. 2 DBG behandelt und führt zu einer Besteuerung der stillen Reserven auf der Beteiligung.³⁵³ Begründet wird dies damit, dass eine Personenunternehmung keinen Holdingbetrieb führen könne.³⁵⁴
- 143 Diese Begründung ist aus zwei Gründen abzulehnen. Zunächst handelt es sich bei einem Holdingbetrieb um einen ‚gewöhnlichen Betrieb‘, welcher i.d.R. Unterstützungsaktivitäten für die gehaltenen Beteiligungen ausführt.³⁵⁵ Diese **Unterstützungsaktivitäten erscheinen auch einer Personenunternehmung möglich**. Eine solche kann sowohl Beteiligungen halten als auch eine Holdingfunktion im hier verwendeten Sinn erfüllen. Mithin ist es einer Personenunternehmung möglich, sowohl Beratungs- oder Personalleistungen zu erbringen als auch eine Führungsfunktion wahrzunehmen.³⁵⁶
- 144 Darüber hinaus ist der Betriebsbegriff von Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG anerkanntermassen identisch mit jenem von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.³⁵⁷ Insofern ist nicht ersichtlich, weshalb eine Personenunternehmung keinen Holdingbetrieb führen können soll. Unabhängig davon ist aber die Frage, ob eine Personenunternehmung einen Holdingbetrieb führen kann (Betrieb auf Stufe der Unternehmung) unerheblich für die Frage, ob das Transparenzprinzip im Geschäftsvermögen Anwendung findet. Grund dafür ist, dass das **Transparenzprinzip** zwar für Holdinggesellschaften praktisch am bedeutsamsten ist, es aber dennoch als **grundsätzliches Prinzip** zu verstehen ist. Es findet somit auch auf andere Gesellschaften, die keine Holding darstellen, Anwendung.³⁵⁸
- 145 Zu überprüfen ist daher, ob sich die Überlegungen zum Transparenzprinzip³⁵⁹ analog auf das Geschäftsvermögen übertragen lassen. Dafür spricht zunächst, dass auch der **Wortlaut** von Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG von der ‚Übertragung eines Betriebs‘ spricht, wobei bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise³⁶⁰ mit einer Beteiligung ebenfalls der durch diese geführte Betrieb übertragen wird.³⁶¹
- 146 Ebenfalls bleibt die **objektive Verknüpfung** der stillen Reserven mit dem Betrieb gewahrt, da dieser ohnehin nicht unmittelbar von der Umstrukturierung betroffen ist. Die Abgrenzung zur Veräusserung bzw. Teilliquidation bleibt daher gewahrt. Zusätzlich ist mit einer solchen

³⁵² Vgl. bereits den Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG; SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 176.

³⁵³ OESTERHELT/STRAHM, ISIS-Seminar 2022, Folien 33 ff., welche sich auf die Praxis der Steuerverwaltung Bern und der ESTV beziehen.

³⁵⁴ DIES., ISIS-Seminar 2022, Folie 36.

³⁵⁵ Vgl. vorn N 91 und N 99.

³⁵⁶ Vgl. vorn N 83 und N 91 ff.

³⁵⁷ Vgl. SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 177; GLAUSER/OBERSON, CR LIFD, Art. 19 N 25; RICHTNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 19 DBG N 57 ff.

³⁵⁸ Vgl. vorn N 139.

³⁵⁹ Vgl. vorn N 117 ff.

³⁶⁰ Die für Art. 19 DBG ebenso gilt wie für Art. 61 DBG, vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 4; SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 38; OBERSON/GLAUSER, CR LIFD, Art. 19 N 19; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 2.2.1.

³⁶¹ Vgl. vorn N 117.

Umstrukturierung eine Sperrfrist von fünf Jahren verbunden, welche auch dieser Abgrenzung dient.³⁶² Die Anwendung des Transparenzprinzips im Geschäftsvermögen führt ausserdem zu **zusätzlicher Flexibilität** bei der Anpassung von rechtlichen Strukturen, was ein zentrales Ziel des Gesetzgebers war.³⁶³ Auch der zuvor ausgeführte Gleichbehandlungsgedanke ist auf das Geschäftsvermögen übertragbar.³⁶⁴ Ob eine betriebsführende Beteiligung übertragen wird oder der durch die Personenunternehmung geführte Betrieb in eine neu gegründete juristische Person im Rahmen einer Umwandlung eingebracht wird,³⁶⁵ sollte i.S.d. Entscheidungsneutralität keinen Unterschied machen.

147 Es zeigt sich somit, dass gute Gründe dafür bestehen, das Transparenzprinzip auch bei Übertragung einer Beteiligung aus dem Geschäftsvermögen auf eine juristische Person gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG anzuwenden.

4. Betriebsfortführung bei der Holdingspaltung

148 Wie zuvor dargestellt, handelt es sich bei einem **Holdingbetrieb** um einen ‚gewöhnlichen‘ Betrieb i.S.d. allgemeinen Betriebsbegriffs.³⁶⁶ Daher unterliegt der Holdingbetrieb auch bei der Betriebsfortführung den allgemeinen Anforderungen. Sowohl die übertragende als auch die aufnehmende Holdinggesellschaft müssen insofern selbst einen (Holding-)Betrieb fortführen.³⁶⁷

149 Bei einem **operativen Betrieb** ist dagegen lediglich zu fordern, dass der Betrieb der Tochtergesellschaft fortgeführt wird, nicht aber, dass die Voraussetzungen für die Zurechnung aufrechterhalten werden. Dies kann mit der Beibehaltung der objektiven Verknüpfung der stillen Reserven begründet werden. In diesem Sinne ist auch ein Verkauf oder eine Absorption der Tochtergesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Betriebsfortführung unschädlich, sofern diese ihren Betrieb fortführt.³⁶⁸

³⁶² Art. 19 Abs. 2 DBG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG; vgl. SCHREIBER/KUMASHOVA, Umstrukturierungen, § 2 N 198 ff.

³⁶³ Vgl. Botschaft FusG, BBl 2000, 4337 ff., 4354, 4368.

³⁶⁴ Vgl. vorn N 119.

³⁶⁵ Zur steuerlichen Umwandlung einer Personenunternehmung in eine juristische Person vgl. REICH/VON AH, Art. 19 DBG N 48 f.

³⁶⁶ Vgl. vorn N 99.

³⁶⁷ Vgl. OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 167; a.M. LUDWIG/WAMISTER, § 72 StG BS N 34, welche der Betriebsfortführung beim Holdingbetrieb keine Bedeutung zumessen.

³⁶⁸ Vgl. OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 167 f.

V. Varianten der Holdingspaltung

150 Nachdem zuvor die Grundlagen des Holdingbetriebs und des Transparenzprinzips erarbeitet wurden, sind im Folgenden weiterführende Fragen im Zusammenhang mit der Holdingspaltung zu beleuchten. Begleitet werden die angestellten Überlegungen von Beispielfällen im Anhang, welche die erörterten Problemstellungen verdeutlichen sollen.

1. Absorptionsfusion und Spaltung

151 Wie von RIEDWEG/DAENIKER ausgeführt, war es vor der Anerkennung des Transparenzprinzips u.U. nötig, eine Absorptionsfusion in Vorbereitung einer Spaltung durchzuführen, um unter der damaligen Praxis der ESTV eine steuerneutrale Abspaltung eines ausgegliederten Betriebs zu ermöglichen.³⁶⁹

152 Die Praxis der ESTV behandelt jedoch inzwischen die Absorption des Betriebs der Tochtergesellschaft, gefolgt von einer Abspaltung des absorbierten Betriebs als nicht steuerneutrale Spaltung.³⁷⁰ Dies wird teilweise mit dem Argument vertreten, dass die **Betriebsvoraussetzung erst im Hinblick auf die Spaltung geschaffen** worden sei und somit eine Steuerumgehung vorliege.³⁷¹ Andererseits wird aber auch argumentiert, dass Absorption und Spaltung wirtschaftlich als ein Vorgang zu betrachten seien und dass das **wirtschaftliche Ergebnis der Ausschüttung einer Beteiligung gleichkäme**.³⁷²

153 Letzteres Argument wird auch mit Bezug auf den **umgekehrten Vorgang** vertreten, bei dem eine Gesellschaft ihre Beteiligung zunächst auf eine Schwestergesellschaft abspaltet und diese die Beteiligung anschliessend zeitnah absorbiert.³⁷³

154 Die Argumentation der Schaffung des Betriebserfordernisses im Hinblick auf die Spaltung ist seit Einführung des Transparenzprinzips zurückzuweisen. Die **Betriebsvoraussetzung** war diesfalls schliesslich bereits vor Absorption der Tochtergesellschaft auf Stufe der Muttergesellschaft durch Zurechnung erfüllt.³⁷⁴ Ein Fall der Steuerumgehung kann somit nicht vorliegen.

155 Wie bereits zuvor erläutert, ist jedoch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Umstrukturierungsrecht vorzunehmen. Das Ergebnis einer Absorptionsfusion gefolgt von einer Spaltung entspricht in **wirtschaftlicher Betrachtungsweise jenem einer Beteiligungsausschüttung**.³⁷⁵ Gleiches gilt für eine zeitnahe Mutter-Tochterfusion kurze Zeit nach der Abspaltung,³⁷⁶ jedoch vor einem Verkauf an eine Drittpartei.³⁷⁷ In der neueren Praxis zeichnet sich inzwischen sogar die Tendenz der Steuerverwaltungen ab, eine Absorption innerhalb eines Jahres nach der Spaltung und nach einem Verkauf ebenfalls als Anlass zur nachträglichen Umqualifikation zu nehmen.³⁷⁸ Zu untersuchen ist daher nachfolgend, ob eine Beteiligungsausschüttung als Spaltung qualifizieren kann. Wäre dies zu bejahen, müssten konsequenterweise sowohl die Absorptionsfusion gefolgt von einer

³⁶⁹ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 127 f.; gl.M. REICH/DUSS, 316; vgl. Anhang, Beispiel 9.

³⁷⁰ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Beispiel Nr. 11 (Variante C).

³⁷¹ Vgl. SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 27; OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20 f.

³⁷² Vgl. OESTERHELT/TSCHAN, IFF-Seminar 2019, Folie 30; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Beispiel Nr. 11 (Variante C).

³⁷³ Vgl. Anhang, Beispiel 10.

³⁷⁴ Zumindest sofern die fragliche Beteiligungsschwelle erreicht war, vgl. vorn N 136.

³⁷⁵ Vgl. Anhang, Beispiel 9.

³⁷⁶ Vgl. Anhang, Beispiel 10.

³⁷⁷ Vgl. OESTERHELT/TSCHAN, IFF-Seminar 2019, Folie 34; OESTERHELT/TSCHAN, IFA 2021, Folie 20; SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 20.

³⁷⁸ Vgl. OESTERHELT/STRAHM, Lösungshinweise ISIS-Seminar 2022, 10.

Spaltung als auch die Spaltung gefolgt von einer Absorptionsfusion ebenfalls steuerneutral möglich sein.

2. *Beteiligungsausschüttung als Spaltung*

- 156 Eine Beteiligungsausschüttung qualifiziert gemäss **aktueller Verwaltungspraxis** grundsätzlich nicht als steuerneutrale Spaltung, sondern wird von dieser als steuerbare Naturaldividende verstanden.³⁷⁹ Diese Praxis soll im Folgenden zunächst durch eine Subsumtion unter die Spaltungsvoraussetzungen sowie anschliessend durch eine steuersystematische und teleologische Auslegung untersucht werden.
- 157 **Eine (Ab-)Spaltung liegt vor**, wenn Vermögen unter Entreichung der Gesellschaft auf mindestens eine andere Gesellschaft übertragen wird und die übertragende Gesellschaft dabei bestehen bleibt.³⁸⁰ Die steuerneutrale Spaltung bedarf ausserdem der Erfüllung des doppelten Betriebserfordernisses.³⁸¹
- 158 Bei einer Beteiligungsausschüttung wird klarerweise **Vermögen übertragen**, da eine Beteiligung i.d.R. einen positiven (Buch-)Wert aufweist. Aus steuerrechtlicher Sicht muss es sich ausserdem um ein qualifiziertes Vermögen handeln, nämlich um einen Betrieb.³⁸² Nach hier vertretener Meinung handelt es sich bei einer Beteiligung an einer Gesellschaft, die selbst einen Betrieb führt, dann um einen (operativen) Betrieb, wenn eine qualifizierte Beteiligung i.S.v. Art. 704 Abs. 1 OR übertragen wird.³⁸³ Davon wird im Folgenden ausgegangen. Bei der Beteiligungsausschüttung handelt es sich somit um eine Betriebsübertragung.
- 159 Die Ablehnung der Steuerneutralität einer Beteiligungsausschüttung seitens der **Verwaltungspraxis** stützt sich vor allem darauf, dass das Kriterium der Übertragung von ausreichendem (offenen) Eigenkapital nicht erfüllt wird.³⁸⁴ Wird dieser Vorgang aus Sicht der übertragenden Gesellschaft betrachtet, trifft dies nicht zu. Diese überträgt gegenleistungslos Vermögen und reduziert dadurch ihr Eigenkapital.³⁸⁵ Aus Sicht der (übernehmenden) Anteilshabenden erhöht sich jedoch das Eigenkapital in der Tat nicht, da sich im Wert der Ausschüttung ihr Beteiligungswert verringert.³⁸⁶ Die Beteiligungsausschüttung weist somit formal keine Übertragung von Eigenkapital auf.
- 160 Bei einer **konsolidierten Betrachtungsweise** wird gemäss HEUBERGER/GRÜNBLATT jedoch Eigenkapital übertragen.³⁸⁷ Eine solche ist dem Schweizer Steuerrecht aber bislang fremd.³⁸⁸ Ein (weiteres) Argument gegen die Sichtweise der Verwaltungspraxis stellt die wirtschaftliche Betrachtungsweise dar. Nach dieser entspricht eine Beteiligungsausschüttung

³⁷⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Beispiel Nr. 11 (Variante B); vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 89.

³⁸⁰ Vgl. vorn N 25.

³⁸¹ Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.

³⁸² BGer, 5.9.2017, 2C_732/2016, 2C_733/2016, E. 2.3.2.

³⁸³ Bzw. um eine qualifizierte Mehrheit i.S.v. Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG; gemäss der Verwaltungspraxis sind hingegen mehr als 50% der Stimmrechte erforderlich, vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.6.

³⁸⁴ Vgl. OESTERHELT, FStR 2019, 163 ff., 166; BOUVIER, 46 f.; HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 89; zur Entreichungsthematik vgl. vorn N 20 f. und N 60.

³⁸⁵ Vgl. Anhang, Beispiel 9.

³⁸⁶ Vgl. Anhang, Beispiel 9.

³⁸⁷ HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 89, unklar bleibt jedoch, ob eine solche konsolidierte Betrachtungsweise durch die Autoren befürwortet wird; ausdrücklich für eine solche Auslegung des Transparenzprinzips hingegen REICH/TADDEI/OESTERHELT, 4. Aufl., Art. 61 DBG N 236.

³⁸⁸ Vgl. bereits BEHNISCH, ASA 71 (2002/2003), 711 ff., 721 und vorn N 69 bzgl. der Kritik an einer Vermischung der Stufe von Anteilshabenden und Gesellschaft.

einem zweistufigen Vorgehen aus Spaltung und Absorptionsfusion.³⁸⁹ Bei der Wahl eines solchen (zivilrechtlichen) Vorgehens wird durch den Spaltungsvorgang offenes Eigenkapital bei der übertragenden Gesellschaft reduziert, während sich dieses bei der übernehmenden Gesellschaft erhöht.³⁹⁰ Da das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vorgangs der Beteiligungsausschüttung entspricht, muss die Übertragung von Eigenkapital auch bei der Beteiligungsausschüttung bejaht werden.

- 161 Ein Argument gegen die Steuerneutralität stellt hingegen das Kriterium der **Übertragung auf eine andere Gesellschaft** dar.³⁹¹ Handelt es sich bei der anteilshabenden Person um eine natürliche Person, wird bei der Beteiligungsausschüttung klarerweise der Betrieb nicht an eine Gesellschaft übertragen. Handelt es sich dagegen um eine Gesellschaft, verfängt dieses Argument nicht. In diesem Fall kann bei Ablehnung des Spaltungstatbestands aufgrund der fehlenden Eigenkapitalübertragung die Übertragung immerhin als Konzernübertragung behandelt werden.³⁹² Dies hat jedoch zur Folge, dass eine fünfjährige Sperrfrist eingehalten werden muss.³⁹³
- 162 Es kann somit festgehalten werden, dass eine Beteiligungsausschüttung aufgrund der fehlenden Übertragung von Eigenkapital formal nicht als steuerneutrale Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG qualifiziert. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erscheint jedoch auch die gegenteilige Ansicht vertretbar. Die Steuerneutralität scheitert im Fall von natürlichen Personen als Anteilshabende zusätzlich daran, dass das Vermögen nicht auf eine Gesellschaft übertragen wird. Zu untersuchen ist im Folgenden, ob eine Beteiligungsausschüttung aus steuersystematischen und teleologischen Überlegungen heraus als steuerneutrale Spaltung qualifizieren sollte.
- 163 Von der Subsumierbarkeit unter den Spaltungsbegriff abgesehen, wird die Ablehnung der Steuerneutralität einer Beteiligungsausschüttung auch mit dem Zweck des doppelten Betriebserfordernisses als **Missbrauchsregelung** begründet. Dieses solle verhindern, dass potenziell steuerbarer Vermögensertrag in steuerfreien Kapitalgewinn umgewandelt wird.³⁹⁴
- 164 Wie bereits dargestellt, stellt das doppelte Betriebserfordernis das zentrale Abgrenzungskriterium zur (Teil-)Liquidation bzw. Veräußerung dar. Dies gilt aber nur gegenüber der **Veräußerung von einzelnen Wirtschaftsgütern**, die keinen Betrieb darstellen.³⁹⁵ Dagegen soll die Übertragung von qualifiziertem Vermögen in Form eines (Teil-)Betriebs steuerneutral ermöglicht werden.³⁹⁶ Insofern wird bei jeder Spaltung potenziell steuerbarer Vermögensertrag in steuerfreien Kapitalgewinn umgewandelt, wenn die Anteilshabenden der spaltenden Gesellschaft natürliche Personen sind, die ihre Beteiligung im Privatvermögen halten. Dies ist unter den spezifischen Voraussetzungen von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG ausdrücklich so gewollt.³⁹⁷ Die zentrale Anti-Missbrauchsbestimmung gegen eine ausufernde Überführung von stillen Reserven in den steuerfreien Bereich von Art. 16 Abs. 3 DBG stellt das Betriebserfordernis dar, welches daher eher restriktiv zu handhaben ist.³⁹⁸ Das Missbrauchsargument verfängt somit nicht, da

³⁸⁹ Vgl. vorn N 156.

³⁹⁰ Vgl. Anhang, Beispiel 9.

³⁹¹ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FStR 2022, 3 ff., 20.

³⁹² Art. 61 Abs. 3 DBG; vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Beispiel Nr. 11 (Variante C); dies gilt jedoch nur, solange es sich bei den beteiligten Gesellschaften um Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften handelt.

³⁹³ Art. 61 Abs. 4 DBG.

³⁹⁴ Vgl. OESTERHELT/STRAHM, Lösungshinweise ISIS-Seminar 2021, 28 ff.

³⁹⁵ Vgl. vorn N 27.

³⁹⁶ Vgl. BGer, 5.9.2017, 2C_732/2016, 2C_733/2016, E. 2.3.2.

³⁹⁷ Vgl. vorn N 66 ff.

³⁹⁸ Vgl. vorn N 45 und N 70.

- bei der Beteiligungsausschüttung durch das Transparenzprinzip das doppelte Betriebserfordernis gewahrt bleibt.³⁹⁹
- 165 Für die Qualifikation der Beteiligungsausschüttung als steuerneutrale Spaltung spricht, dass ähnlich wie bereits von RIEDWEG/DAENIKER und REICH/DUSS argumentiert,⁴⁰⁰ der **erste Schritt zu einer altrechtlichen Spaltung** bereits vollzogen wurde („Herabstossen der betrieblichen Tätigkeit“) und nun noch die Ausschüttung erfolgen muss. Aus dieser Sichtweise wurde auf die (spätere) Schwestergesellschaft durchaus Eigenkapital übertragen, jedoch bereits zu einem früheren Zeitpunkt.⁴⁰¹ Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Gesellschaft, die ihre betriebliche Tätigkeit schon zu einem früheren Zeitpunkt ausgegliedert hat, steuerlich gegenüber einer Gesellschaft, die das zeitlich eng aufeinanderfolgend vollzieht, benachteiligt werden sollte.⁴⁰² Demnach sind sowohl die Beteiligungsausschüttung als auch die Absorptionsfusion mit folgender Spaltung und die Spaltung mit folgender Absorptionsfusion steuerneutral zuzulassen.
- 166 Hierfür spricht auch, dass durch die Verwaltungspraxis die **Flexibilität** der Unternehmen in ihrer rechtlichen Aufstellung wesentlich beeinträchtigt wird. Die Unternehmen sollen durch die Änderungen im Zuge des FusG ihre rechtlichen Strukturen nach betriebswirtschaftlichen Kriterien anpassen können, „sei dies durch das Verschmelzen von Gesellschaften oder durch deren Aufteilung“.⁴⁰³ Muss nun die Ausgliederung von betrieblichen Tätigkeiten, z.B. im Zuge der Vorbereitungen für eine M&A-Transaktion oder als Teil einer ‚Post-Merger-Integration nach dem Verkauf‘, rückgängig gemacht werden (Wechsel von Holding- zu Stammhauskonzept), ist auch dies steuerneutral zuzulassen, solange die stillen Reserven mit ihrem jeweiligen Betrieb objektiv verknüpft bleiben.
- 167 Wird eine Beteiligung (die einen Betrieb beinhaltet) ausgeschüttet und anschliessend an einen Dritten verkauft, handelt es sich dabei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise um den Verkauf eines Teils des Unternehmens durch die Anteilshabenden. Hierfür sind verschiedene wirtschaftliche Gründe denkbar.⁴⁰⁴ Verkaufen die Anteilshabenden das **gesamte Unternehmen**, realisieren sie auf dem Wertzuwachs ihrer Beteiligung grundsätzlich einen (im Privatvermögen steuerfreien) Kapitalgewinn.⁴⁰⁵ Dies gilt auch dann, wenn in Vorbereitung des Verkaufs die gehaltenen Beteiligungen absorbiert werden (Wechsel von Holding- zu Stammhauskonzept) oder wenn sich der Erwerber nach dem Verkauf zu einem solchen Vorgehen entschliesst. Dabei kommen die Anteilshabenden in direkten Besitz der zuvor indirekt gehaltenen Betriebe. Steuerlich haben die Absorptionsfusionen keine nachteiligen Folgen für die Anteilshabenden.⁴⁰⁶
- 168 Veräussern die Anteilshabenden jedoch nur einen Teil des Unternehmens, indem sie dieses vorgängig spalten, und erfolgt eine Absorptionsfusion vor oder nach der Spaltung, realisieren die Anteilshabenden keinen steuerfreien Kapitalgewinn, sondern einen steuerbaren Vermögensertrag.⁴⁰⁷ Insofern werden der **Gesamt- und der Teilverkauf steuerlich unterschiedlich behandelt**. Eine solche Ungleichbehandlung drängt sich aber m.E. gerade

³⁹⁹ Vgl. vorn N 111 ff. und Anhang, Beispiel 11.

⁴⁰⁰ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 127; REICH/DUSS, 316.

⁴⁰¹ Vgl. Anhang, Beispiel 11.

⁴⁰² Vgl. RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 127; REICH/DUSS, 316; JUNG, 229 f.

⁴⁰³ RIEDWEG/DAENIKER, FS Böckli, 111 ff., 127; vgl. vorn N 63.

⁴⁰⁴ Bspw. Beseitigung eines ‚Corporate Discounts‘ oder Spezialisierung auf nur einen Teil der Wertschöpfungskette.

⁴⁰⁵ Art. 16 Abs. 3 DBG.

⁴⁰⁶ Vgl. zum Gesamtverkauf Anhang, Beispiel 13.

⁴⁰⁷ Vgl. Anhang, Beispiel 9 und 10; ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Beispiel Nr. 11 (Variante C).

nicht auf, solange tatsächlich ein Betrieb den Veräusserungsgegenstand darstellt.⁴⁰⁸ Die Streichung der fünfjährigen Sperrfrist ermöglicht es den Anteilshabenden schliesslich ausdrücklich, sich von einem Teil ihres wirtschaftlichen Engagements steuerneutral zu trennen, sofern dabei nicht nur einzelne Wirtschaftsgüter veräussert werden und die stillen Reserven weiterhin objektiv verhaftet bleiben.⁴⁰⁹ Insofern erscheint sowohl die Verweigerung der Steuerneutralität bei vorgängiger Abspaltung als auch die nachträgliche Umqualifikation bei einer Absorption nach der Spaltung als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Da mit einer Beteiligungsausschüttung wirtschaftlich das gleiche Ergebnis wie bei diesen Vorgängen erzielt wird, gilt das Gesagte auch für diese.

- 169 Es lässt sich somit zusammenfassen, dass die Subsumtion der Beteiligungsausschüttung unter den Spaltungsbegriff aus formaler Sicht Schwierigkeiten bereitet. Aus teleologischer und systematischer Sicht drängt es sich jedoch auf, die Beteiligungsausschüttung als steuerneutrale Spaltung zuzulassen. Ist die Beteiligungsausschüttung steuerneutral möglich, müssen auch die Absorptionsfusion gefolgt von einer Abspaltung ebenso wie die Abspaltung gefolgt von einer Absorptionsfusion steuerneutral ermöglicht werden.

3. *Doppelte Spaltung*

- 170 Ebenfalls als nicht steuerneutral wird eine Spaltung angesehen, bei der das doppelte Betriebserfordernis durch eine der eigentlichen Spaltung vorangehende Spaltung geschaffen wurde.⁴¹⁰ Begründet wird dies damit, dass das Betriebserfordernis erst im Hinblick auf die Spaltung geschaffen wurde und somit ein Fall der Steuerumgehung vorliege.⁴¹¹
- 171 Fraglich ist zunächst, ob das Betriebserfordernis tatsächlich **im Hinblick auf die Spaltung geschaffen** wurde. Die Veränderung der betrieblichen Struktur ist nämlich nach hier vertretener Meinung grundsätzlich unschädlich, sofern die entsprechenden Betriebe bereits zuvor bestanden und der Muttergesellschaft zugerechnet werden konnten. Somit stellt sich die Frage, ob auch die Zurechnung von zwei Betrieben nach dem Transparenzprinzip über eine Beteiligung möglich ist. Ist dies der Fall, wurde das Betriebserfordernis bereits vor der ersten Spaltung erfüllt, da die oberste Holding zwei Betriebe führte.
- 172 Unbestritten ist, dass eine Gesellschaft als Rechtsträger mehrere Betriebe umfassen kann (ansonsten wäre eine Erfüllung des doppelten Betriebserfordernisses ohne das Transparenzprinzip nicht möglich). Bei Geltung des Transparenzprinzips werden Mutter- und Tochtergesellschaft als wirtschaftliche Einheit betrachtet. In konsequenter **transparenter Betrachtung** führte die Muttergesellschaft über ihre (eine) Tochtergesellschaft daher vor der ersten Spaltung bereits zwei Betriebe und führt auch nach dieser weiterhin zwei Betriebe (nur eben über zwei separate Tochtergesellschaften). Insofern kann keine Rede davon sein, dass das Betriebserfordernis erst im Hinblick auf die Spaltung geschaffen wurde.
- 173 Auch ist nicht ersichtlich, weshalb eine (Mutter-)Gesellschaft steuerlich nur deshalb benachteiligt werden sollte, weil sie zu einem früheren Zeitpunkt ihre betrieblichen Aktivitäten auf **eine Tochtergesellschaft statt auf zwei separate** Tochtergesellschaften ausgegliedert hat. Diese (zum damaligen Zeitpunkt betriebswirtschaftlich sinnvolle) Organisation nun im Hinblick auf eine Spaltung dem Fall anzugleichen, bei dem bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Betriebe auch rechtlich getrennt wurden, darf steuerlich nicht verhindert werden.

⁴⁰⁸ Vgl. vorn N 71; Anhang, Beispiel 5.

⁴⁰⁹ Vgl. vorn N 27 und N 66 ff.

⁴¹⁰ SCHREIBER/UTZINGER, ExpertSuisse-Seminar 2021, Folie 28; vgl. Anhang, Beispiel 14.

⁴¹¹ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.5.

174 Dafür spricht auch, dass bei einem solchen Vorgehen die **objektive Verknüpfung** der stillen Reserven zu jedem Zeitpunkt gewahrt bleibt und der Spaltungstatbestand bei den zwei einzelnen Spaltungen jeweils erfüllt wird. Im Übrigen ist das wirtschaftliche Ergebnis auch nicht identisch mit der sog. ‚Spaltung nach oben‘, welche nicht als Spaltung, sondern lediglich als Konzernübertragung qualifiziert.⁴¹² Dieses würde nur erreicht werden, wenn auf die zweite Spaltung noch eine Absorptionsfusion der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft erfolgen würde.

⁴¹² Vgl. HEUBERGER/GRÜNBLATT, Umstrukturierungen, § 6 N 14.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick

- 175 Die Spaltung von Holdinggesellschaften stellt eine komplexe Materie dar. Wie im gesamten Umstrukturierungsrecht gilt es, dabei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustrengen. Insofern ist stets zu untersuchen, ob das gewählte Vorgehen wirtschaftlich dem zivilrechtlich orientierten Spaltungstatbestand entspricht. Da nicht der zivilrechtliche Weg entscheidend ist, mit dem das Ziel erreicht wird, kann es jedoch mitunter schwierig sein, eine steuerneutrale Spaltung von einer steuerwirksamen Veräusserung oder (Teil-)Liquidation abzugrenzen. Die Ergänzung des zivilrechtlichen Spaltungstatbestands durch das doppelte Betriebserfordernis stellt hierfür das zentrale Kriterium dar. Dies gilt umso mehr angesichts der Entscheidung des Gesetzgebers, die Steuerneutralität der Spaltung nicht von der Einhaltung einer Sperrfrist abhängig zu machen. Insofern erweist sich eine restriktive Handhabung des Betriebserfordernisses als angezeigt. Der Betriebsbegriff selbst zeichnet sich durch seine Eigenschaft als Typusbegriff aus, weswegen keine Subsumtion unter, sondern lediglich eine Zuordnung zu dem Begriff möglich erscheint. Der Betriebsbegriff erscheint daher unvereinbar mit festen quantitativen Kriterien. In die Beurteilung sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls miteinzubeziehen.
- 176 Für die Qualifikation als Holdingbetrieb erscheint es als zentral, nicht von einem steuerlichen (Vor-)Verständnis einer Holding auszugehen, sondern die Holding als wirtschaftlichen Lebenssachverhalt zu verstehen, dessen Zuordenbarkeit zum Betriebsbegriff untersucht werden muss. Idealtypisch werden dabei die Führungs- und die Vermögensholding unterschieden. Insbesondere bei der Erfüllung des Wertschöpfungsmerkmals als Teil des Betriebsbegriffs kristallisieren sich dabei wesentliche Unterschiede heraus. In Anlehnung an das ‚Transfer-Pricing‘ im internationalen Steuerrecht steht diesbezüglich die Unterscheidung zwischen wertschöpfenden (bzw. verrechenbaren) Aktivitäten und schlichter Vermögensverwaltung (bzw. ‚Shareholder-Activities‘) im Mittelpunkt. Hieraus ergibt sich, dass die Tätigkeiten einer Vermögensholding mangels Wertschöpfung regelmässig nicht als betrieblich qualifizieren, während eine Führungsholding (die eine Holdingfunktion im hier verwendeten Sinne aufweist) durchaus einen Betrieb führen kann. Wichtig ist auch die Frage, auf welcher Ebene der Gesellschaftsstruktur das Betriebserfordernis zu erfüllen ist. Die diesbezügliche Praxis der ESTV, für das Vorliegen eines Holdingbetriebs sowohl auf Ebene der Holding als auch auf Ebene der Beteiligung(en) das Vorliegen eines Betriebs zu fordern, erscheint gerechtfertigt. Die bisherige Verwaltungspraxis erscheint jedoch bei der Frage, wann eine sog. Holdingfunktion vorliegt, wie viele Beteiligungen zu fordern sind und welcher Beteiligungsgrad vorauszusetzen ist, als zu eng und quantitativ. Eine qualitativer Beurteilung, mit der Holdingfunktion im Mittelpunkt, erscheint angebracht. Beim Beteiligungsgrad rechtfertigt es sich ausserdem, entgegen der Praxis der ESTV, für die Qualifikation eines Holdingbetriebs auf die stimmrechtmässige und nicht die kapitalmässige Beteiligung abzustellen.
- 177 Die mit dem Transparenzprinzip entstandene Flexibilisierung ist grundsätzlich zu begrüßen. Dieses wird durch den Wortlaut, den Sinn und Zweck der Umstrukturierungsnorm sowie eine systematische Auslegung gestützt. Die durch das Transparenzprinzip entstehende rechtliche Fiktion einer Einheit von Mutter- und Tochtergesellschaft erweist sich dabei als besonders bedeutsam für weiterführende Überlegungen. Insbesondere gilt dies für die Gleichbehandlung von Holding- und Stammhausstrukturen bei den Voraussetzungen für eine steuerneutrale Spaltung. Bei der Anwendung des Transparenzprinzips erscheint es jedoch als gerechtfertigt, nicht nur auf die stimmrechtmässige Beteiligung abzustellen, sondern jeweils eine qualifizierte Mehrheit i.S.d. Zivilrechts zu verlangen. Dies sollte zum einen aufgrund der beschriebenen Einheitsfiktion erfolgen. Andererseits lässt sich dadurch aber auch die praxismässig umfassende Zurechnung unter dem Transparenzprinzip begründen. Das

Transparenzprinzip ist dabei nicht nur auf reine Holdinggesellschaften anzuwenden, sondern ist als allgemeines Prinzip zu verstehen. Es hat sich gezeigt, dass sogar eine Ausdehnung des Geltungsbereichs auf das Geschäftsvermögen denkbar erscheint.

- 178 Dass nicht nur Betriebe als unmittelbare Übertragungsgegenstände gelten können, sondern auch Beteiligungen, sofern diese einen Betrieb führen, führt zu weiteren schwierigen Abgrenzungsfragen. Dies gilt in besonderem Mass, wenn der beabsichtigte Umstrukturierungsvorgang mehrere Schritte beinhaltet und bspw. die Spaltung durch eine Absorptionsfusion ergänzt. Insbesondere die Qualifikation einer Kombination von Spaltung und Absorptionsfusion lässt sich auf die Frage zurückführen, ob auch eine Beteiligungsausschüttung die Voraussetzungen einer steuerneutralen Spaltung zu erfüllen vermag. Die aktuelle Praxis erscheint diesbezüglich zu restriktiv, da auch die Beteiligungsausschüttung selbst als steuerneutrale Spaltung qualifiziert werden kann. In der Praxis zeichnet sich dagegen eine Tendenz zur Verschärfung ab. So wird mittlerweile nicht mehr nur bei der Beteiligungsausschüttung die Steuerneutralität verneint, sondern darüber hinaus auch bei der Spaltung mit anschliessendem Verkauf und darauffolgender Mutter-Tochter-Fusion. Dies führt zu einer Einschränkung der Flexibilität, die so vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war. Mit kritischem Blick sind auch Argumentationen gegen die Steuerneutralität zu betrachten, welche sich auf ein künstliches Erfüllen des Betriebserfordernisses im Hinblick auf die Spaltung durch einen vorangehenden Umstrukturierungsvorgang berufen. Aufgrund der Geltung des Transparenzprinzips ist dies oftmals nicht der Fall, da durch die Zurechnung von Betrieben der Tochtergesellschaften das Betriebserfordernis bereits im Vorhinein erfüllt war. Mit Spannung ist daher abzuwarten, inwiefern die Steuerverwaltungen weitere Flexibilisierungen im Zusammenhang mit dem Transparenzprinzip zulassen und wann das BGer eine weitere Chance erhält, seine Rechtsprechung zur Holdingspaltung zu konkretisieren.

Anhang

1. Beispiel: Spaltung nach FusG

Die inländische A. AG führt zwei Betriebe und wird von der im Inland ansässigen natürlichen Person X. gehalten. Die A. AG möchte einen Betrieb abspalten, um sich zukünftig auf die Tätigkeit des anderen Betriebs konzentrieren zu können. Hierzu gründet X. eine neue Gesellschaft, C. AG, auf welche der Betrieb in der Folge im Spaltungsverfahren nach Art. 29 ff. FusG übertragen wird.

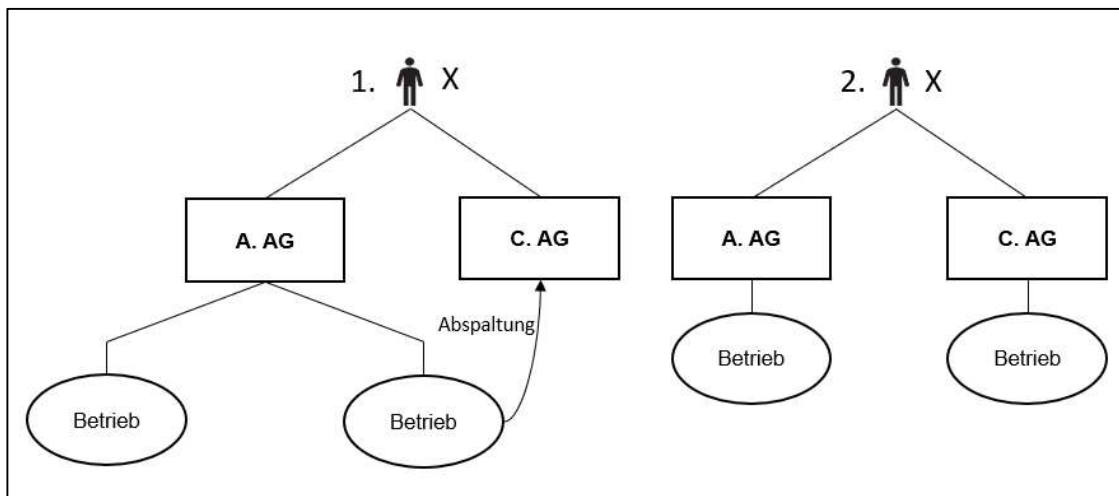


Abbildung 1: Spaltung nach FusG

Es handelt sich klarerweise um einen Spaltungstatbestand. Die A. AG verringert ihr Eigenkapital und überträgt dieses (offen) auf ihre neu gegründete Schwestergesellschaft, bei welcher das Eigenkapital zunimmt. Übertragungsgegenstand stellt ein Betrieb dar, den die C. AG nach der Spaltung fortführt. Auch die A. AG führt einen Betrieb nach der Spaltung fort. Der Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz und die Fortführung der Gewinnsteuerwerte werden angenommen. Die Kontinuität der Mitgliedschaft wird gewahrt, da X. beide Gesellschaften vor und nach der Transaktion zu 100 % hält. Es handelt sich somit um eine gewinnsteuerneutrale Spaltung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.

2. Beispiel: Altrechtliche Spaltung

Die inländische A. AG führt zwei Betriebe und wird von der im Inland ansässigen natürlichen Person X. gehalten. Die A. AG möchte einen Betrieb abspalten, um sich zukünftig auf die Tätigkeit des anderen Betriebs konzentrieren zu können. Um das langwierige Verfahren der Spaltung nach Art. 29 ff. FusG zu vermeiden, wird eine altrechtliche Spaltung angestrebt. Hierzu gründet die A. AG zunächst eine neue Tochtergesellschaft (C. AG) und legt im Rahmen einer Sacheinlagegründung einen Betrieb in diese ein. Anschliessend wird die C. AG an X. als Naturaldividende ausgeschüttet.

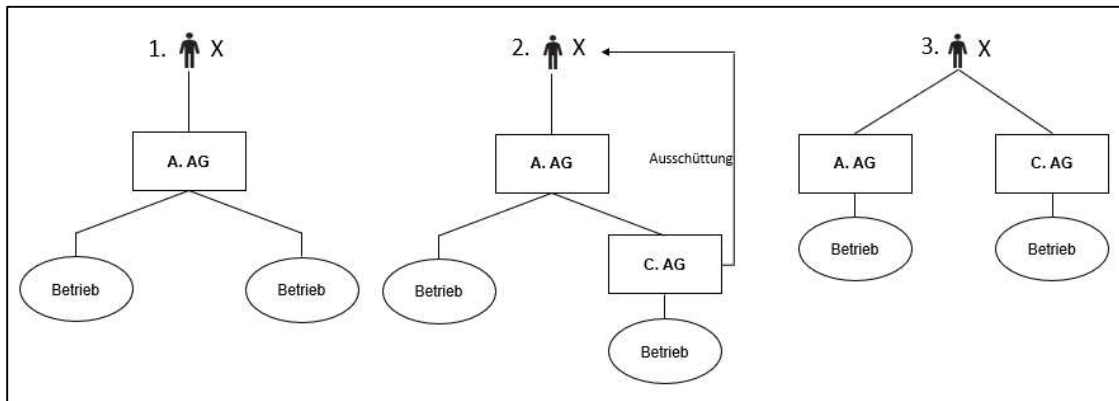


Abbildung 2: Altrechtliche Spaltung

Der Vorgang führt zum selben wirtschaftlichen Ergebnis wie eine Spaltung nach Art. 29 ff. FusG. Durch die Sacheinlage und anschliessende Ausschüttung verringert die A. AG ihr Eigenkapital und überträgt dieses (offen) auf ihre neue Schwestergesellschaft, die C. AG. Übertragungsgegenstand stellt ein Betrieb dar, den die C. AG auch nach der Spaltung fortführt. Auch die A. AG führt nach der Spaltung einen Betrieb fort. Der Fortbestand der Steuerpflicht und die Fortführung der Gewinnsteuerwerte werden für beide Gesellschaften angenommen. Es handelt sich somit um eine gewinnsteuerneutrale Spaltung nach Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.

3. Beispiel: Verkauf zu Buchwert

Die inländische A. AG führt zwei Betriebe und wird von der im Inland ansässigen natürlichen Person X. gehalten. Die A. AG möchte einen Betrieb abspalten, um sich zukünftig auf die Tätigkeit des anderen Betriebs konzentrieren zu können. Um das langwierige Verfahren der Spaltung nach Art. 29 ff. FusG zu vermeiden, verkauft die A. AG einen Betrieb an ihre Schwestergesellschaft C. AG zum Buchwert von CHF 100. Der verkaufte Betrieb weist stille Reserven i.H.v. CHF 100 auf. Die Bilanz der A. AG stellt sich vor und nach der Transaktion wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-----------|----------------------------|----------------------------|-----------|
| Cash | 100 | 100 | Verbindl. |
| Betrieb 1 | 100 (200) | 100 (300) | Reserven |
| Betrieb 2 | 100 (200) | 100 | AK |
| | 300 (500) | 300 (500) | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-----------|----------------------------|----------------------------|-----------|
| Cash | 200 | 100 | Verbindl. |
| Betrieb 2 | 100 (200) | 100 (200) | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 300 (400) | 300 (400) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

Die Bilanz der C. AG stellt sich hingegen vor und nach der Transaktion wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|------|----------------------------|----------------------------|-----------|
| Cash | 300 | 100 | Verbindl. |
| | | 100 | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 300 (300) | 300 (300) | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-----------|----------------------------|----------------------------|-----------|
| Cash | 200 | 100 | Verbindl. |
| Betrieb I | 100 (200) | 100 (100) | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 300 (400) | 300 (400) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

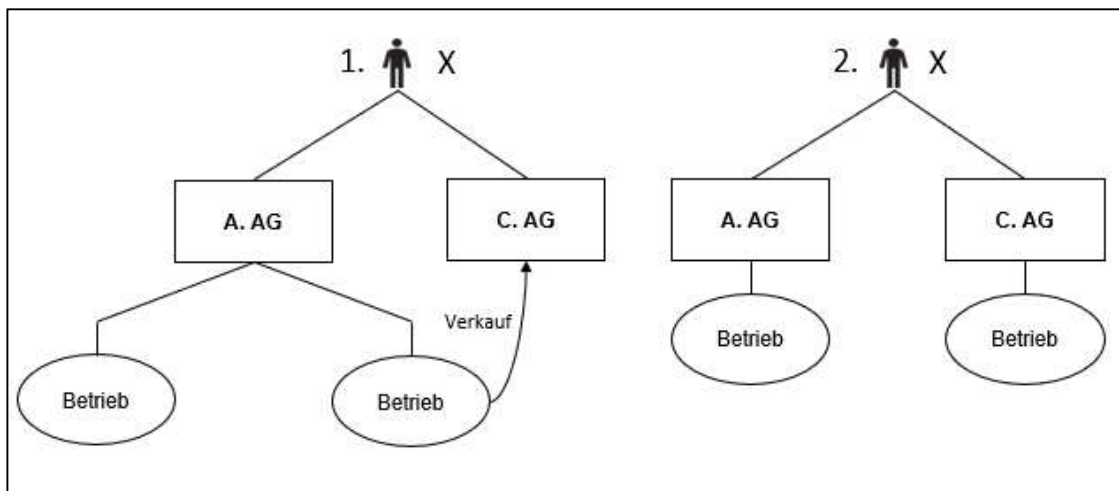


Abbildung 3: Verkauf zu Buchwerten

Der Vorgang führt zum gleichen wirtschaftlichen Ergebnis wie eine Spaltung nach FusG (vgl. Beispiel 1). Die A. AG überträgt jedoch kein offenes Eigenkapital, da sie den Betrieb zum Buchwert verkauft. Das bilanziell ausgewiesene Eigenkapital wird bei der A. AG nicht verringert und nimmt bei der C. AG nicht zu. Wirtschaftlich entreichert sich die A. AG jedoch i.H.v. CHF 100, da sie den Betrieb unter Verkehrswert verkauft, während die C. AG in gleicher Höhe bereichert wird. Nach hier vertretener Meinung ist auf den Verkehrswert abzustellen, womit wirtschaftlich eine Übertragung von Eigenkapital vorliegt. Übertragungsgegenstand stellt ein Betrieb dar, den die C. AG auch nach der Spaltung fortführt. Auch die A. AG führt nach der Spaltung einen Betrieb fort. Der Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz und die Fortführung der Gewinnsteuerwerte werden angenommen. Es handelt sich somit um eine gewinnsteuerneutrale Spaltung nach Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG. Nach der aktuellen Verwaltungspraxis würde hingegen die Qualifikation als steuerneutrale Spaltung versagt werden, da kein offenes Eigenkapital übertragen wird.

4. Beispiel: Ausgliederung der Holdingfunktion auf eigene Managementgesellschaft

Die inländische A. AG ist eine reine Holdinggesellschaft, die Beteiligungen an mehreren operativen Tochtergesellschaften hält. Die A. AG übte ursprünglich diverse Funktionen gegenüber den Tochtergesellschaften aus. So erbrachte sie u.a. Beratungsleistungen, Finanzierungsleistungen und gab eine gemeinsame Unternehmensstrategie vor. Aus wirtschaftlichen Überlegungen entschloss sich die A. AG jedoch vor zwei Jahren, diese

Tätigkeiten auf eine neue Management-Tochtergesellschaft, die Y. AG, ausgliedern und fortan selbst nur noch die Beteiligungen zu halten. Nun möchte die A. AG ihre Beteiligung an der C. AG, welche selbst einen Betrieb führt, abspalten. Hierfür wählt sie das Spaltungsverfahren nach Art. 29 ff. FusG.

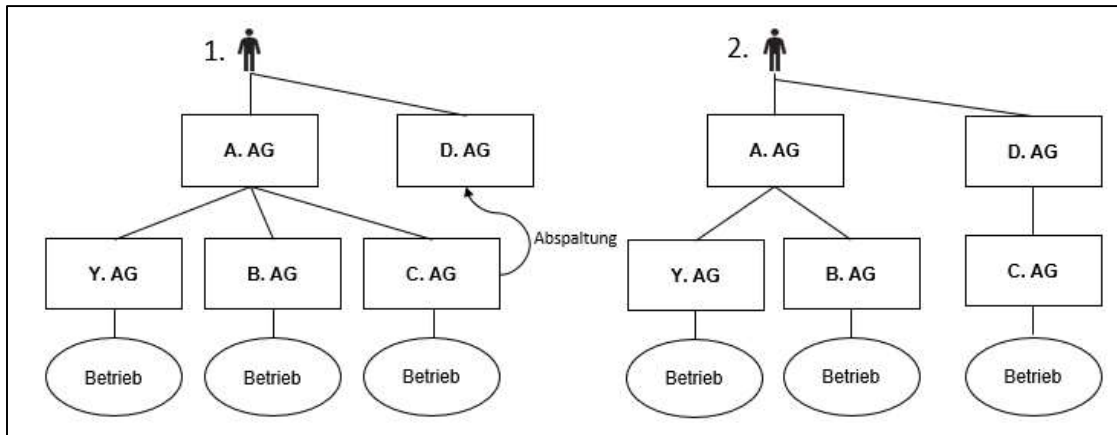


Abbildung 4: Ausgliederung Holdingfunktion auf Managementgesellschaft

Es handelt sich klarerweise um einen Spaltungstatbestand i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG. Die A. AG verringert ihr Eigenkapital und überträgt dieses (offen) auf ihre neu gegründete Schwestergesellschaft, bei welcher das Eigenkapital zunimmt. Übertragungsgegenstand stellt eine Beteiligung dar, welche aufgrund des Transparenzprinzips auch einen Betrieb darstellt. Über die Zurechnung des Betriebs der C. AG führt die D. AG daher auch nach der Transaktion einen Betrieb fort. A. AG führt nach der Transaktion nach hier vertretener Meinung keinen (Holding-)Betrieb selbst fort, da sie ihre Holdingfunktionen (Finanzierungs- und Beratungsleistungen sowie Strategiefunktion) an die Y. AG ausgegliedert hat. Sie führt jedoch über das Transparenzprinzip zwei Betriebe (jene der Y. AG und der B. AG) durch Zurechnung fort. Der Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz und die Fortführung der Gewinnsteuerwerte werden angenommen. Es handelt sich somit um eine steuerneutrale Spaltung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.

5. Beispiel: Gesamtverkauf versus Teilverkauf

Die natürliche Person X. beabsichtigt in zwei verschiedenen Geschäftsfeldern unternehmerisch tätig zu werden (Betrieb B und Betrieb C). Es wird davon ausgegangen, dass sich trotz der unterschiedlichen Branchen Synergien zwischen diesen ergeben könnten. Aus diesem Grund werden Betrieb B und Betrieb C unter einem gemeinsamen Rechtsträger (D. AG) betrieben (Variante: Betrieb A und Betrieb B werden auf zwei Schwestergesellschaften [D. AG und E. AG] aufgeteilt). Fünf Jahre später stellt sich im Rahmen einer strategischen Überprüfung heraus, dass sich die erhofften Synergien nicht eingestellt haben. Der Betrieb C hat in diesen fünf Jahren jedoch eine wesentliche Wertsteigerung erfahren, die Zukunftsaussichten stellen sich aus der Sicht von X. allerdings nicht mehr so gut dar. X. beschliesst daher, den Betrieb C zu verkaufen und nur den Betrieb B weiterzuführen. Zu diesem Zweck gründet X. eine neue Gesellschaft (E. AG). Die D. AG spaltet den Betrieb C auf ihre neue Schwestergesellschaft ab. Anschliessend veräussert X. die Anteile an der E. AG an einen unabhängigen Dritten (Variante: X. verkauft direkt seine Beteiligung an der E. AG an einen Dritten).

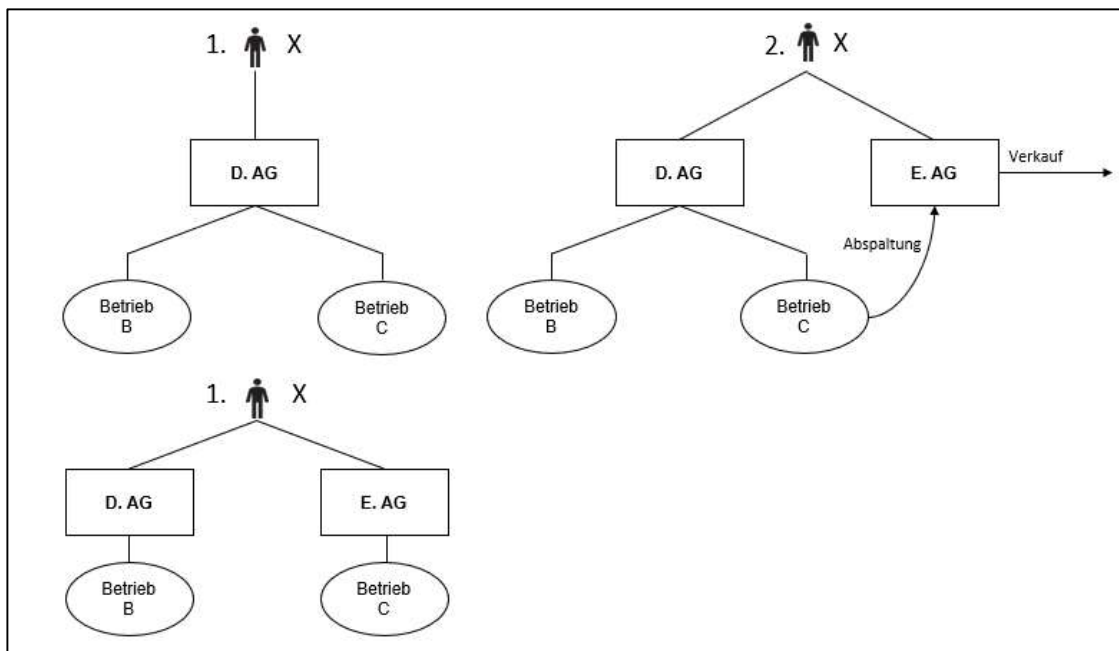


Abbildung 5: Gesamtverkauf versus Teilverkauf

Ohne die Möglichkeit zur Spaltung müsste die D. AG den Betrieb C verkaufen. Dabei würde die Differenz zwischen dem Buchwert und dem Verkaufserlös mit der Gewinnsteuer erfasst werden. Anschliessend müssten die so erlösten Mittel an X. ausgeschüttet werden, wobei diese als Beteiligungsertrag zu 70 % teilbesteuert werden (Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG). Alternativ könnte X. den Verkauf der gesamten D. AG beschliessen und sich somit auch von Betrieb B trennen (den er aber eigentlich nicht veräussern möchte). In diesem Fall würde A. vollumfänglich auf dem Veräusserungserlös einen steuerfreien Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG erzielen.

Die Umstrukturierungsnorm ermöglicht es X. jedoch, bei einem Teilverkauf die gleichen steuerlichen Folgen zu erzielen, wie wenn die Betriebe von Anfang an rechtlich getrennt worden wären (vgl. Variante). Die Spaltung auf die E. AG kann grundsätzlich gewinn- und einkommenssteuerneutral erfolgen, da ein Betrieb Gegenstand der Spaltung ist. X. muss keine Veräusserungssperrfrist beachten und kann die Anteile an der E. AG unverzüglich nach der Spaltung veräussern, um dabei einen steuerfreien Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG zu

erzielen. Es besteht für X. daher kein Anreiz, sich aus steuerlichen Gründen von Betrieb B zu trennen.

6. Beispiel: Zurechnung eines operativen Betriebs über mehrere Ebenen

A. AG führt einen Betrieb unmittelbar selbst und hält zusätzlich 70 % des Kapitals (und der Stimmrechte) an B. AG. B. AG führt selbst keinen Betrieb, hält jedoch wiederum 70 % (Variante: 51 %) des Kapitals und der Stimmrechte an C. AG, welche einen Betrieb führt. A. AG möchte den von ihr unmittelbar geführten Betrieb an eine Schwestergesellschaft abspalten und nur noch die Beteiligung an der B. AG weiterführen (Wechsel von gemischtem Stammhaus- zu reinem Holdingkonzept).

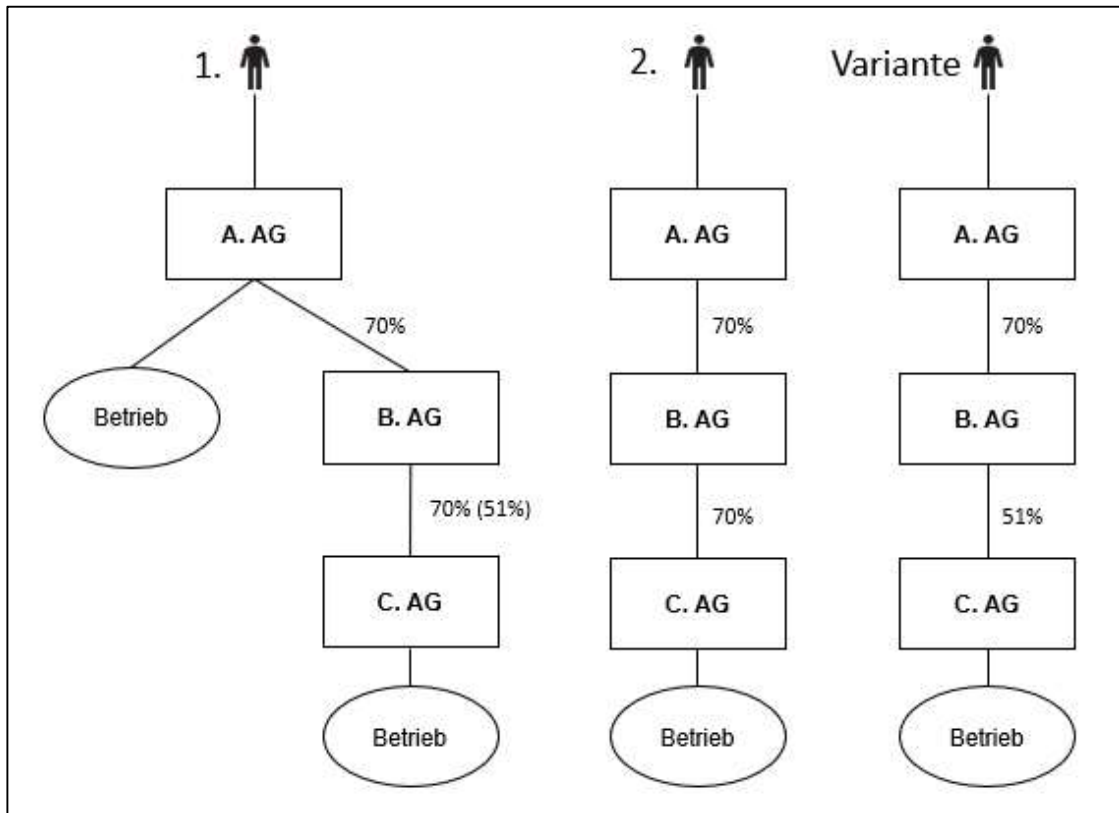


Abbildung 6: Zurechnung operativer Betrieb über mehrere Ebenen

Entscheidend ist die Frage, ob der Betrieb der C. AG der A. AG nach dem Transparenzprinzip zugerechnet werden kann. Nach hier vertretener Meinung erfordert eine Zurechnung unter dem Transparenzprinzip eine qualifizierte Mehrheit i.S.v. Art. 704 Abs. 1 OR bzw. Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG, um als wirtschaftliche Einheit zu erscheinen. Vorliegend ist dies auf beiden Ebenen der Fall. Die B. AG könnte mit ihrer Mehrheit an Stimmen und Kapital eine Absorption oder Ausschüttung des Betriebs der C. AG aus eigener Kraft erzwingen. Gleiches gilt anschliessend für das Verhältnis zwischen A. AG und B. AG. A. AG wäre daher (hypothetisch) in der Lage, den Betrieb der C. AG selbst zu führen. Somit rechtfertigt sich auch eine umfassende Zurechnung: Der Betrieb der C. AG kann der A. AG zugerechnet werden, obwohl ihre mittelbare Beteiligung nur bei 49 % an der C. AG liegt. A. AG führt daher auch nach der Spaltung einen Betrieb fort. Das doppelte Betriebserfordernis gilt als gewahrt. Es handelt sich um eine steuerneutrale Spaltung gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG.

Gleiches gilt nicht in der Variante. Hier hält die B. AG lediglich 51 % der Stimmen und des Kapitals an der C. AG. Diese Mehrheit reicht nicht aus, um den Betrieb der C. AG aus eigener Kraft auszuschütten oder zu absorbieren. Daher rechtfertigt sich nach hier vertretener Meinung

die Fiktion einer wirtschaftlichen Einheit nicht. Nach aktueller Verwaltungspraxis wäre eine Zurechnung hingegen möglich, da die A. AG mehr als 50 % der Stimmrechte an der B. AG hält und diese wiederum mehr als 50 % der Stimmrechte an der C. AG. Dies wäre der Fall, obwohl die A. AG nicht aus eigener Kraft den Betrieb der C. AG absorbieren könnte und die mittelbare Beteiligung an der C. AG nur bei 26 % liegt.

7. Beispiel: Zurechnung eines Holdingbetriebs

A. AG führt einen Forstbetrieb unmittelbar selbst und hält zusätzlich 70 % des Kapitals an B. AG. B. AG hält zwei Beteiligungen (C. AG und D. AG), wobei der Beteiligungsgrad 20 % (Variante: 10 %) des Kapitals und der Stimmrechte an beiden Gesellschaften beträgt. B. AG erbringt (ausschliesslich) gegenüber ihren Beteiligungsgesellschaften Beratungsdienstleistungen und gibt ausserdem eine gemeinsame Strategie vor. Hierfür beschäftigt B. AG zehn Mitarbeitende. Die Beteiligungen C. AG und D. AG sind beide operativ und betreiben einerseits eine Papierproduktion und andererseits einen Papiervertrieb. A. AG möchte ihren eigenen Betrieb (Forstbetrieb) auf eine ihrer Schwestergesellschaften abspalten, da die Hoffnung besteht, mit dieser Synergien realisieren zu können. Fraglich ist, ob die Beteiligung an der B. AG ausreicht, damit die A. AG auch nach der Spaltung einen Betrieb fortführt und somit das doppelte Betriebserfordernis erfüllt.

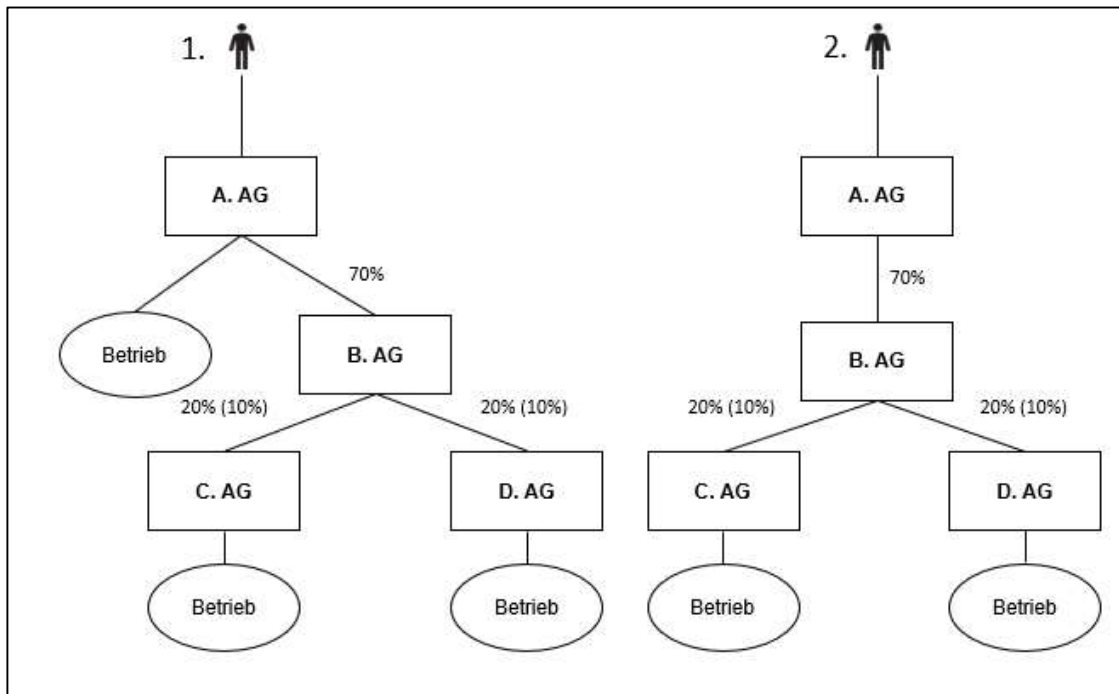


Abbildung 7: Zurechnung eines Holdingbetriebs

Entscheidend ist die Frage, ob B. AG einen Betrieb führt und falls ja, ob dieser der A. AG zugerechnet werden kann. Die A. AG hält eine qualifizierte Beteiligung i.S.v. Art. 704 Abs. 1 OR bzw. Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG an B. AG. Eine Zurechnung ist nach hier vertretener Meinung somit möglich. Die B. AG nimmt selbst eine Holdingfunktion wahr, da sie mit eigenem Personal Leistungen gegenüber den Tochtergesellschaften erbringt. Bei den Beteiligungen handelt es sich ausserdem überwiegend um solche an operativen Gesellschaften. Nach hier vertretener Meinung ist die Beteiligungshöhe an den gehaltenen Beteiligungen unerheblich, solange die betriebliche Tätigkeit auf Stufe der Holding wesentlich genug erscheint, um einen Betriebscharakter zu bejahen. Somit wäre sowohl beim Grundsachverhalt als auch bei der Variante ein Holdingbetrieb auf Stufe der B. AG zu bejahen, welcher aufgrund des Transparenzprinzips der A. AG auch zugerechnet werden kann.

Nach der geltenden Verwaltungspraxis würde hingegen nur beim Grundsachverhalt ein Holdingbetrieb vorliegen, da diese eine Mindestbeteiligung von 20 % am Kapital der Gesellschaften verlangt.

8. *Beispiel: Abspaltung einer Beteiligung*

Die inländische A. AG hält zwei Beteiligungen, die jeweils einen Betrieb führen (B. AG und C. AG). A. AG wird (vollständig) von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person (X) gehalten. A. AG spaltet die Beteiligung an der C. AG im Spaltungsverfahren nach Art. 29 ff. FusG auf die neu gegründete Schwestergesellschaft D. AG ab. Anschliessend veräussert X die D. AG an eine dritte Person.

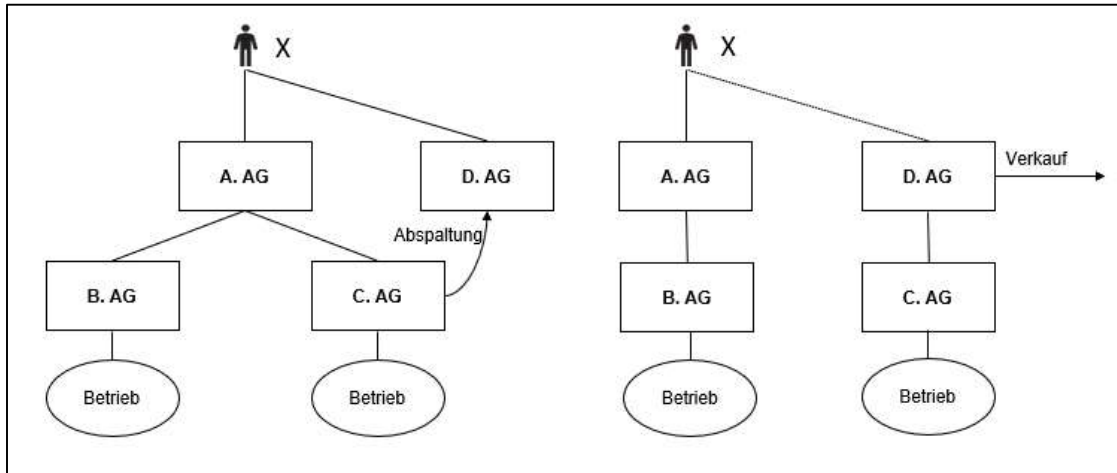


Abbildung 8: Abspaltung einer Beteiligung

Die Spaltung ist als gewinnsteuerneutrale Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG zu qualifizieren. Die A. AG führt durch den operativen Betrieb der B. AG nach dem Transparenzprinzip auch weiterhin einen Betrieb fort. Gegenstand der Spaltung ist in transparenter Betrachtung der Betrieb der C. AG. Über die Zurechnung des Betriebs der C. AG führt nach der Spaltung auch die D. AG einen Betrieb fort. Der Verkauf der D. AG durch X. hat nach eindeutigem gesetzgeberischem Willen keine nachträgliche Umqualifikation der steuerneutralen Spaltung zur Folge. X. realisiert beim Verkauf einen steuerfreien Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG.

9. *Beispiel: Absorptionsfusion mit anschliessender Spaltung*

Die inländische A. AG ist eine reine Holdinggesellschaft ohne betriebliche Tätigkeit, welche ihre Betriebe vor fünf Jahren in zwei Tochtergesellschaften ausgegliedert hat. Sie hält momentan zwei Beteiligungen, die jeweils einen Betrieb führen (B. AG und C. AG). A. AG wird wiederum von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person (X) gehalten. A. AG möchte den Betrieb der C. AG abspalten und absorbiert als Vorbereitung durch eine Mutter-Tochter-Fusion den Betrieb der C. AG. In einem zweiten Schritt spaltet die A. AG den absorbierten Betrieb auf ihre neu gegründete Schwestergesellschaft D. AG ab. Anschliessend veräussert X die D. AG an eine dritte Person.

Die Bilanz der A. AG vor und nach der Transaktion stellt sich wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|--------------------------------|--------------------------------|-----------|
| Cash | 100 | 150 | Verbindl. |
| B. AG | 500 (1'000) | 250 | KER |
| C. AG | 500 (1'000) | 600 | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 1'100 (2'100) | 1'100 (2'100) | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|------------------------------|------------------------------|-----------|
| Cash | 100 | 150 | Verbindl. |
| B. AG | 500 (1'000) | 250 | KER |
| | | 100 | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 600 (1'100) | 600 (1'100) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

Die Bilanz der D. AG vor und nach der Transaktion stellt sich wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|------|------------|------------|----------|
| Cash | 200 | 0 | Reserven |
| | | 100 | KER |
| | | 100 | AK |
| | 200 | 200 | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|---------|------------------------------|------------------------------|----------|
| Cash | 200 | 500 | Reserven |
| Betrieb | 500 (1'000) | 100 | KER |
| | | 100 | AK |
| | 700 (1'200) | 700 (1'200) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

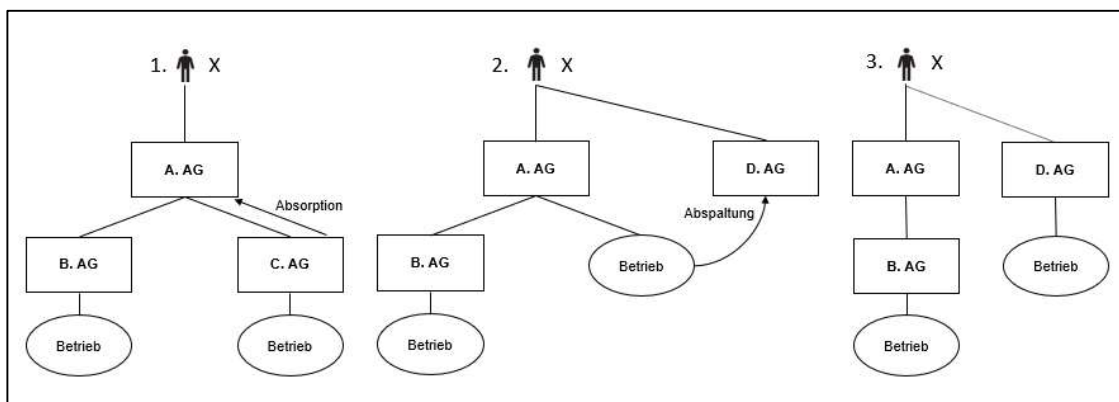


Abbildung 9: Absorptionsfusion mit anschließender Spaltung

Grundsätzlich handelt es sich um eine steuerneutrale Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG gefolgt von einer Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG. Der Spaltungstatbestand ist dabei klarerweise erfüllt, da es sich um eine Spaltung nach FusG handelt. Dabei wird ausserdem ausreichendes (offenes) Eigenkapital übertragen (von A. AG auf D. AG). Übertragungsgegenstand stellt unmittelbar der Betrieb der C. AG dar. A. AG und D. AG führen grundsätzlich anschliessend einen Betrieb fort (A. AG über die Zurechnung des Betriebs der B. AG). Die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Spaltung sind erfüllt.

Das doppelte Betriebserfordernis wird vorliegend auch nicht erst im Hinblick auf die Spaltung durch die Absorptionsfusion erfüllt. Aufgrund des Transparenzprinzips führt die A. AG vor und nach der Absorptionsfusion zwei Betriebe und hätte den Betrieb der C. AG auch durch Übertragung der Beteiligung an der C. AG der D. AG zukommen lassen können. Eine

Verweigerung der Steuerneutralität aufgrund der Erfüllung des Betriebserfordernisses erst im Hinblick auf den Spaltungsvorgang erscheint daher nicht gerechtfertigt.

Betrachtet man die Absorptionsfusion und die Spaltung wirtschaftlich anhand des erzielten Ergebnisses, wird klar, dass mit dieser Transaktion dasselbe Ergebnis erzielt wird wie mit einer Beteiligungsausschüttung. Nach der hier vertretenen Meinung kann aber auch eine Beteiligungsausschüttung eine Spaltung darstellen. Daher ist auch mit dieser Argumentation keine Verweigerung der Steuerneutralität gerechtfertigt. Die Verwaltungspraxis verweigert hingegen die Steuerneutralität, da sie die Beteiligungsausschüttung nicht als Spaltung ansieht.

10. Beispiel: Spaltung mit anschliessender Absorptionsfusion vor Verkauf

Die inländische A. AG ist eine reine Holdinggesellschaft ohne betriebliche Tätigkeit, welche ihre Betriebe vor fünf Jahren in zwei Tochtergesellschaften ausgegliedert hat. Sie hält momentan zwei Beteiligungen, die jeweils einen Betrieb führen (B. AG und C. AG). A. AG wird wiederum von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person (X) gehalten. A. AG möchte den Betrieb an der C. AG auf ihre Schwestergesellschaft D. AG abspalten. Zu diesem Zweck wird zunächst im Spaltungsverfahren nach Art. 29 ff. FusG die Beteiligung an der C. AG auf D. AG abgespalten. In einem zweiten Schritt absorbiert D. AG ihre neue Tochtergesellschaft C. AG im erleichterten Verfahren nach Art. 23 Abs. 1 FusG. Die Beteiligung an der D. AG wird von X. in der Folge an einen Dritten veräussert.

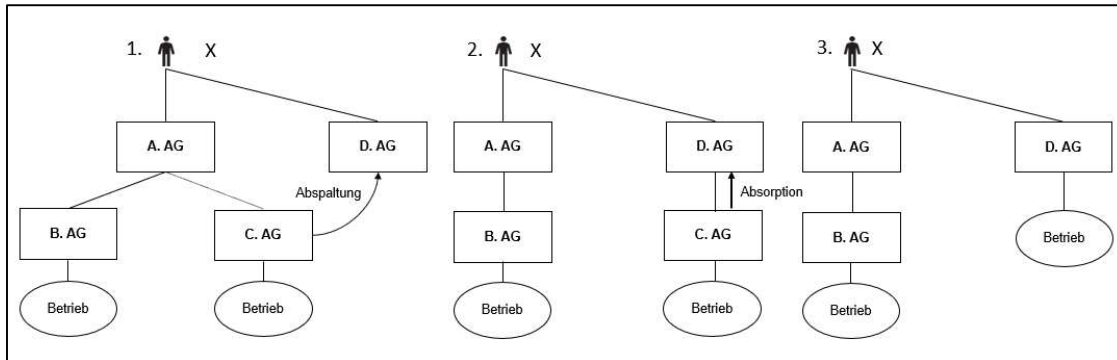


Abbildung 10: Spaltung mit folgender Absorptionsfusion

Grundsätzlich handelt es sich um eine steuerneutrale Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG gefolgt von einer Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG. Der Spaltungstatbestand ist dabei erfüllt, da es sich um eine Spaltung nach FusG handelt. Dabei wird ausserdem ausreichendes (offenes) Eigenkapital übertragen. Übertragungsgegenstand stellt aufgrund des Transparenzprinzips der Betrieb der C. AG dar. A. AG und D. AG führen anschliessend jeweils einen Betrieb fort (jeweils über die Zurechnung des Betriebs ihrer Tochtergesellschaften). Die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Spaltung sind erfüllt. Die folgende Absorptionsfusion ist dabei grundsätzlich unschädlich.

Betrachtet man die Absorptionsfusion und die Spaltung wirtschaftlich anhand des erzielten Ergebnisses, wird klar, dass mit dieser Transaktion dasselbe Ergebnis erzielt wird wie mit einer Beteiligungsausschüttung. Nach der hier vertretenen Meinung kann aber auch eine Beteiligungsausschüttung eine Spaltung darstellen. Daher ist auch mit dieser Argumentation keine Verweigerung der Steuerneutralität gerechtfertigt. Die Verwaltungspraxis verweigert hingegen die Steuerneutralität, da sie die Beteiligungsausschüttung nicht als Spaltung ansieht.

11. Beispiel: Beteiligungsausschüttung

Die inländische A. AG hält zwei Beteiligungen, die jeweils einen Betrieb führen (B. AG und C. AG). A. AG wird von einer in der Schweiz ansässigen, juristischen Person gehalten (X. AG). A. AG möchte den Betrieb der C. AG abspalten und schüttet hierzu die Beteiligung an der C. AG direkt zum Buchwert und zu Lasten der Reserven an die Anteilshaberin X. AG aus.

Die Bilanz der A. AG vor und nach der Ausschüttung stellt sich wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|--------------------------------|--------------------------------|-----------|
| Cash | 100 | 150 | Verbindl. |
| B. AG | 500 (1'000) | 250 | KER |
| C. AG | 500 (1'000) | 600 | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 1'100 (2'100) | 1'100 (2'100) | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|------------------------------|------------------------------|-----------|
| Cash | 100 | 150 | Verbindl. |
| B. AG | 500 (1'000) | 250 | KER |
| | | 100 | Reserven |
| | | 100 | AK |
| | 600 (1'100) | 600 (1'100) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

Die Bilanz der X. AG vor und nach der Ausschüttung stellt sich wie folgt dar:

Bilanz vor Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|------------------------------|------------------------------|-----------|
| Cash | 200 | 200 | Verbindl. |
| A. AG | 500 (1'000) | 0 | Reserven |
| | | 200 | KER |
| | | 100 | AK |
| | 700 (1'200) | 700 (1'200) | |

Bilanz nach Transaktion*

| | Aktiven | Passiven | |
|-------|--------------------------------|--------------------------------|-----------|
| Cash | 200 | 200 | Verbindl. |
| A. AG | 500 (1'000) | 500 | Reserven |
| C. AG | 500 (1'000) | 200 | KER |
| | | 100 | AK |
| | 1'200 (2'200) | 1'200 (2'200) | |

*Werte in Klammern: bewertet zu Verkehrswerten

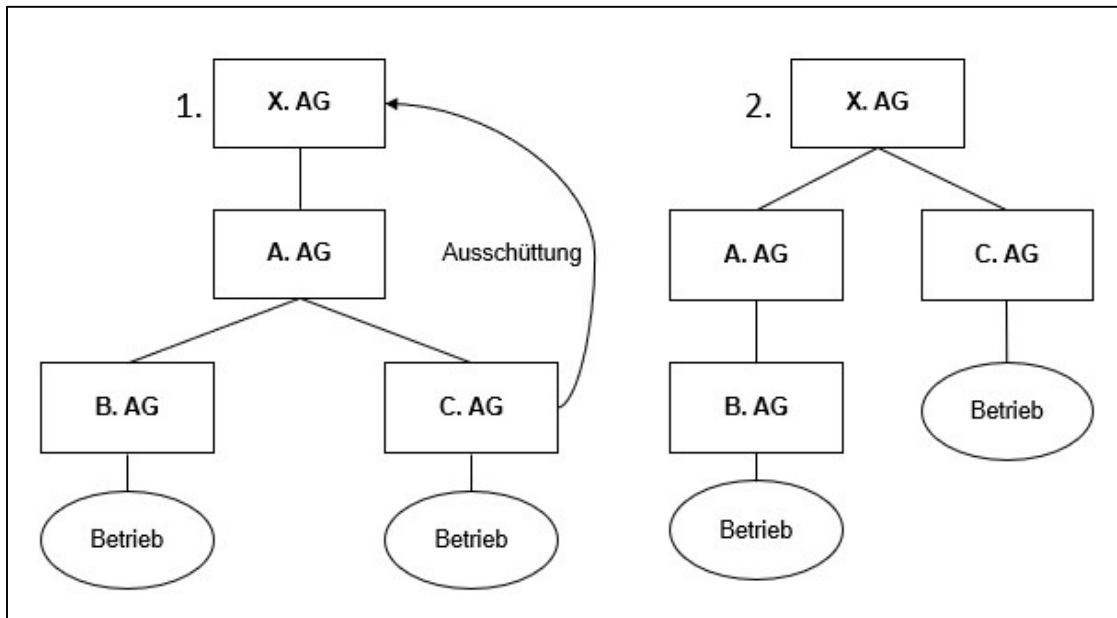


Abbildung 11: Beteiligungsausschüttung

Gemäss aktueller Verwaltungspraxis handelt es sich bei dem Vorgang aufgrund der fehlenden Übertragung von offenem Eigenkapital (vgl. die unveränderte Eigenkapitalposition der X. AG) nicht um einen Spaltungstatbestand. Die Transaktion kann hingegen als steuerneutrale Übertragung zwischen Konzerngesellschaften qualifiziert werden (gemäss Art. 61 Abs. 3 DBG). Die stillen Reserven auf der Beteiligung an der C. AG (Verkehrswert CHF 1'000 – Buchwert CHF 500) i.H.v. CHF 500 werden daher durch die Naturaldividende nicht steuerwirksam auf Ebene der A. AG realisiert. Auf Ebene der X. AG wird ein Beteiligungsertrag i.H.v. CHF 500 erzielt, welcher jedoch durch die korrespondierende Abschreibung auf der Beteiligung an der A. AG egalisiert wird. Die X. AG muss bezüglich ihrer neuen Beteiligung an der C. AG die fünfjährige Veräusserungssperrfrist gemäss Art. 61 Abs. 4 DBG beachten.

Nach hier vertretener Meinung ist die Beteiligungsausschüttung hingegen als steuerneutrale Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG zu qualifizieren. Die stillen Reserven auf der Beteiligung an der C. AG würden daher ebenfalls nicht realisiert werden, die X. AG müsste jedoch darüber hinaus auch keine Veräusserungssperrfrist beachten.

12. Beispiel: Beteiligungsausschüttung nach Ausgliederung mit zeitlichem Abstand

Die inländische A. AG hält eine 100%ige Beteiligung an der ebenfalls inländischen B. AG, welche zwei Betriebe (C und D) führt. Im Jahr 2020 entschliesst sich die B. AG ihren Betrieb C in eine separate Tochtergesellschaft (E. AG) auszugliedern. Im Jahr 2022 soll die E. AG an die A. AG ausgeschüttet werden.

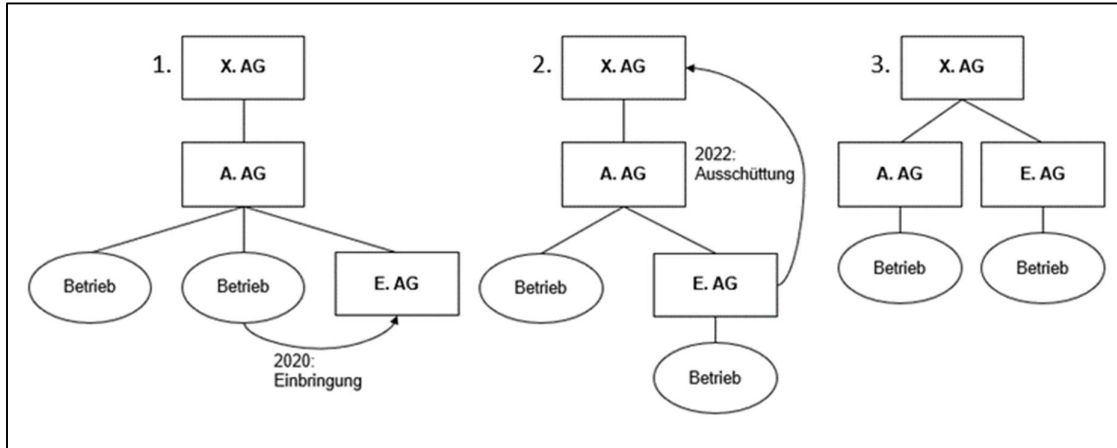


Abbildung 12: Beteiligungsausschüttung nach Ausgliederung

Der Vorgang entspricht einer altrechtlichen Spaltung. Zunächst gliedert A. AG ihre betriebliche Tätigkeit in eine neu gegründete Tochtergesellschaft aus. In einem zweiten Schritt wird die Beteiligung an der Tochtergesellschaft ausgeschüttet. Aufgrund der zeitlichen Differenz wird der Vorgang von der Verwaltungspraxis nicht als Einheit betrachtet, weswegen dieser als simple Beteiligungsausschüttung behandelt wird. Diese wiederum qualifiziert grundsätzlich nicht als steuerneutrale Spaltung. Nach hier vertretener Meinung ist die Beteiligungsausschüttung jedoch als Spaltung zu qualifizieren und der Vorgang somit gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG steuerneutral.

13. Beispiel: Verkauf des gesamten Unternehmens mit vorgängiger Absorption

Die inländische A. AG ist eine Holdinggesellschaft mit zwei Beteiligungen, welche jeweils einen eigenen Betrieb führen. A. AG wird wiederum von X, einer inländischen natürlichen Person, gehalten. X plant, die gesamten Aktivitäten der A. Unternehmensgruppe zu veräussern. In Vorbereitung dessen absorbiert A. AG ihre beiden Tochtergesellschaften und kehrt damit von einer Holdingstruktur zu einer Stammhausstruktur zurück. Anschliessend veräussert X die A. AG vollständig an einen unabhängigen Dritten.

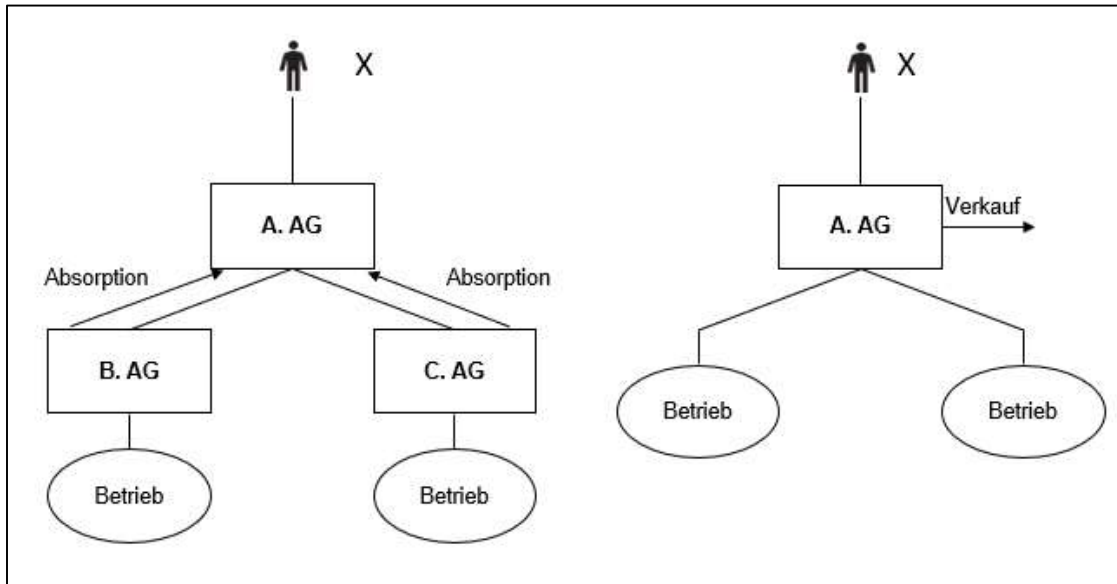


Abbildung 13: Unternehmensverkauf nach Absorption

Bei der Absorption der Tochtergesellschaften handelt es sich um eine steuerneutrale Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG. Ein eventueller Fusionsgewinn stellt dabei einen steuerbaren Ertrag bei der A. AG dar, welcher u.U. vom Beteiligungsabzug profitiert. Auf die Einkommenssteuer von X. haben die Absorptionsfusionen keinen Einfluss. Die Veräusserung der A. AG führt für X. anschliessend zu einem steuerfreien Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG.

14. Beispiel: Doppelte Spaltung

Die inländische B. AG führt zwei voneinander unabhängige Betriebe. Sie wird zu 100 % von ihrer Muttergesellschaft, der A. AG, gehalten. Die A. AG möchte ultimativ einen der Betriebe der B. AG an die Schwestergesellschaft der A. AG, die D. AG, abspalten. Hierzu spaltet die B. AG in Vorbereitung der Transaktion den fraglichen Betrieb auf eine neu gegründete Schwestergesellschaft, die C. AG, ab. Anschliessend spaltet die A. AG die Beteiligung an der C. AG auf ihre Schwestergesellschaft, die D. AG, ab.

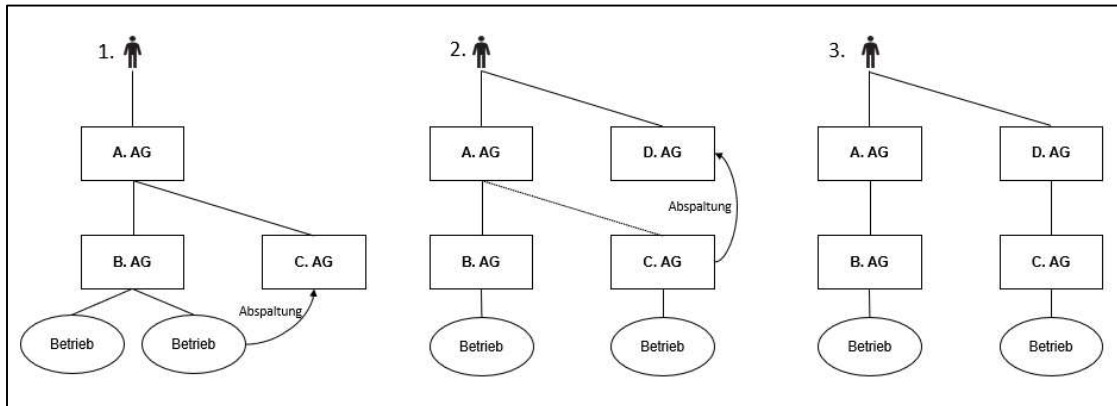


Abbildung 14: Doppelte Spaltung

I.S.d. Transparenzprinzips führte die A. AG bereits vor der ersten Spaltung zwei Betriebe. Ob sie diese durch eine einzige Tochtergesellschaft oder auf zwei unterschiedliche aufgeteilt führt, darf in der Beurteilung keinen Unterschied machen. Hätte A. AG ihre betrieblichen Aktivitäten von Anfang an auf zwei unterschiedliche Tochtergesellschaften aufgeteilt, wäre es ihr ohne Weiteres möglich, eine ihrer Tochtergesellschaften auf eine Schwestergesellschaft abzuspalten. Gleiches muss auch gelten, wenn eine Tochtergesellschaft zwei Betriebe führt. Das doppelte Betriebserfordernis wird daher vorliegend gewahrt. Übertragungsgegenstand stellt jeweils ein Betrieb dar. Ausserdem wird jeweils ein Betrieb durch die Gesellschaften fortgeführt. Es handelt sich nach hier vertretener Meinung daher um einen steuerneutralen Vorgang gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG. Nach aktueller Verwaltungspraxis wird das Betriebserfordernis für die Abspaltung der C. AG hingegen erst durch die vorgängige Spaltung geschaffen, weswegen die Steuerneutralität verneint wird.