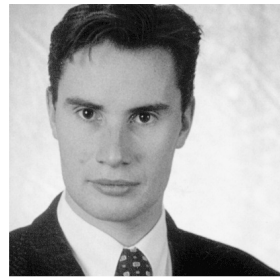


# Die Emissionsabgabe im Umfeld der gewinnsteuerlichen Gesetzesänderungen aufgrund des Fusionsgesetzes

Prof. Dr. oec. Peter Athanas / Lic. oec. publ. Stefan Widmer



*Peter Athanas, Prof. Dr. oec., Country Managing Partner Schweiz der Arthur Andersen AG, Titular-Professor für Steuerrecht an der Universität St. Gallen*



*Stefan Widmer, lic. oec. publ., Stv. Leiter Konzern-Steuern, Zürich Financial Services*

## Inhalt

- 1 Einführung
- 2 Unterschiede zwischen Gewinnsteuer und Emissionsabgabe in der Behandlung von Unternehmensumstrukturierungen
  - 2.1 Grundsätzliche Unterschiede
  - 2.2 Vergleich der Voraussetzungen bei den einzelnen Formen von Umstrukturierungen
    - 2.2.1 Gewinnsteuerliche Voraussetzungen
      - 2.2.1.1 Fusion, Umwandlung und Spaltung
      - 2.2.1.2 Fusionsähnlicher Zusammenschluss
      - 2.2.1.3 Vermögensübertragung im Konzern
      - 2.2.1.4 Sperrfristregelungen
    - 2.2.2 Emissionsabgaberechtliche Voraussetzungen
      - 2.2.2.1 Fusion und Umwandlung
      - 2.2.2.2 Fusionsähnlicher Zusammenschluss
        - 2.2.2.2.1 Exkurs: Fusionsähnliche Zusammenschlüsse innerhalb eines Konzerns
      - 2.2.2.3 Vermögensübertragung im Konzern
      - 2.2.2.4 Sperrfristregelung
      - 2.2.2.5 Emissionsabgabespezifische Voraussetzungen

## 3 Zusammenfassung und Postulat

### Quellen

## 1 Einführung

Die im Rahmen der Umsetzung des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragungen («Fusionsgesetz»; «FusG») vorgesehenen Anpassungen des Stempelsteuerrechts beziehen sich ausschliesslich auf die Umsatzabgabe. Im Bereich der Emissionsabgabe hingegen sieht das FusG keine Gesetzesänderungen vor. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe «Steuern bei Umstrukturierungen», die Emissionsabgabe bei Umstrukturierungen auf den Nennwert der ausgegebenen Beteiligungsrechte zu beschränken, fand im Hinblick auf die aus einer Privatisierung hervorgehenden Gesellschaften insbesondere aus Gründen der Rechtsgleichheit keinen Eingang in den Gesetzesentwurf.<sup>1</sup> Darüber hinaus lassen sich jedoch weder den Materialien der Arbeitsgruppe noch der Botschaft zum FusG Ansätze zu einer Reform der Emissionsabgabe entnehmen. Anscheinend war man sowohl in der Arbeitsgruppe «Steuern bei Umstrukturierungen» als auch bei der parlamentarischen Beratung des FusG der Ansicht, dass die bestehende emissionsabgaberechtliche Ausnahmebestimmung für Umstrukturierungen in Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG ausreichend sei, und hat somit diesbezüglich keinen weiteren Handlungsbedarf geortet.

Diese Ansicht verkennt, dass auch die in dem kürzlich veröffentlichten Merkblatt (Merkblatt betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Stempelsteuern (StG) der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Mai 2001, nachfolgend «die Emissionsabgaberrichtlinien») ausgeführten Voraussetzungen für emissionsabgabefreie Umstrukturierungen bereits gegenüber dem beste-

<sup>1</sup> Vgl. Botschaft, 4379.

henden Gewinnsteuerrecht erhebliche Unterschiede aufweisen, so dass es heute in der Praxis eine Vielzahl von Umstrukturierungsfällen gibt, deren Beurteilung unter gewinnsteuerlichen und emissionsabgaberechtlichen Gesichtspunkten zu einem unterschiedlichen Ergebnis führt.

Durch die im Fusionsgesetz vorgesehenen Änderungen im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), die eine offenere Beschreibung der gewinnsteuerlich privilegierten Umstrukturierungstatbestände mit sich bringt, vergrössert sich der Unterschied zur Emissionsabgabe. Mit dem erklärten Ziel der steuerlichen Anpassungen aufgrund des FusG<sup>2</sup>, zu verhindern, dass die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch deren steuerliche Behandlung vereitelt werden, besteht ein erhebliches Interesse daran, die Umstrukturierungstatbestände über die verschiedenen Steuerarten hinweg zu vereinheitlichen.

Nach einigen grundsätzlichen Überlegungen zum Unterschied zwischen Gewinnsteuer und Emissionsabgabe sollen im Folgenden aufgrund einer übersichtsmässigen Darstellung der gewinnsteuerlichen Umstrukturierungsbestimmungen die Unterschiede zwischen dem DBG nach Umsetzung des FusG und den bestehenden Richtlinien zur Emissionsabgabebefreiung aufgezeigt werden. Gleichzeitig soll geprüft werden, inwieweit die emissionsabgaberechtlichen Voraussetzungen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Natur der Emissionsabgabe als Rechtsverkehrssteuer an die Vorschriften für die direkten Steuern angepasst werden könnten. Abschliessend sollen die gewonnenen Erkenntnisse in einem Postulat zusammengefasst werden.

## 2 Unterschiede zwischen Gewinnsteuer und Emissionsabgabe in der Behandlung von Unternehmensumstrukturierungen

### 2.1 Grundsätzliche Unterschiede

Die Emissionsabgabe steht im Zwiespalt zwischen ihrer Natur als formell konzipierter Rechtsverkehrssteuer und den Bedürfnissen der Wirtschaft, den unternehmerischen Strukturwandel, der in vielen Fällen eine offene und/oder verdeckte Zuführung von Eigenkapital bei den betroffenen Gesellschaften mit sich bringt, nicht mit steuerlichen Hürden zu erschweren. Dieses Spannungsfeld wird auch in den

von der Eidg. Steuerverwaltung veröffentlichten Emissionsabgaberrichtlinien deutlich: Einerseits zeichnen sich die darin enthaltenen Bestimmungen durch ihre Regeldichte sowie die grundsätzlich starren, objektiv feststellbaren Voraussetzungen aus; andererseits tritt in diesen Bestimmungen auch die Bestrebung zu Tage, die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Einzelfall, beispielsweise bei der Sperrfrist für börsenkotierte Unternehmungen, nicht ausser Acht zu lassen.<sup>3</sup> Mit dem Einbezug wirtschaftlicher Überlegungen verwischen sich jedoch die Grenzen zwischen einer direkten, dem wirtschaftlichen Leistungsprinzipsprinzip verpflichteten Steuer und einer reinen Rechtsverkehrssteuer, die bei Eintritt spezifischer, gesetzlich normierter Tatbestände ohne Ansehen der zugrundeliegenden Umstände anfällt.

Bei aller wünschenswerten Vereinheitlichung kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die zur Privilegierung von Unternehmensumstrukturierungen geforderten Voraussetzungen für Emissionsabgabe und Gewinnsteuer unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Während die gewinnsteuerlichen Bedingungen – als Erfordernisse zum Verzicht auf eine Realisation – vor allem der Sicherstellung der objektiven und subjektiven Verknüpfung der von der Umstrukturierung betroffenen stillen Reserven dienen<sup>4</sup>, bezwecken die Emissionsabgaberrichtlinien die Vermeidung von abgabefreien Eigenkapitalzuführungen ohne Vorliegen einer «echten», wirtschaftlich begründeten Umstrukturierung. Weiter gilt es festzuhalten, dass eine gewinnsteuerliche Privilegierung aufgrund der geforderten Buchwertfortführung lediglich einen *Besteuerungsaufschub* bedeutet, währenddem die Emissionsabgabebefreiung einer Transaktion einen endgültigen Verzicht des Fiskus auf das entsprechende Steuersubstrat darstellt.

### 2.2 Vergleich der Voraussetzungen bei den einzelnen Formen von Umstrukturierungen

#### 2.2.1 Gewinnsteuerliche Voraussetzungen

Zur Darstellung der Unterschiede zwischen Gewinnsteuer und Emissionsabgabe bedarf es zunächst eines kurzen Überblickes über die im Rahmen des Fusionsgesetzes geänderten gewinnsteuerlichen Voraussetzungen<sup>5</sup>.

2 Vgl. Botschaft, 4368.

3 Diese Tendenz, in zunehmenden Masse Unterscheidungen zu treffen, setzt sich auch in den neuen Richtlinien fort, welche neu bspw. ein unterschiedliches anrechenbares Aktienkapital bei fusionsähnlichen Zusammenschlüssen von ausländischen Beteiligungen mit geringem Nominalkapital und hohem Agio vorsehen.

4 Nach neuerer Ansicht der ESTV handelt es sich bei den von der Umstrukturierung betroffenen stillen Reserven nicht zwingend um die übertragenen stillen Reserven (vgl. REICH, 15).

5 Eine ausführliche Darstellung der gewinnsteuerlichen Aspekte des Fusionsgesetzes findet sich in REICH, 4 ff. und der dort erwähnten Literatur.

### 2.2.1.1 Fusion, Umwandlung und Spaltung

Neben den für sämtliche Umstrukturierungsformen geltenden, für die Emissionsabgabe jedoch unbeachtlichen gewinnsteuerlichen Voraussetzungen des Fortbestandes der Steuerpflicht in der Schweiz und der Fortführung der Gewinnsteuerwerte verlangt Art. 61 Abs. 1 Bst. b E-DBG, dass die der übertragenden Gesellschaft zufließende Gegenleistung Beteiligungsrechte einschliesst, und – im Fall der Spaltung – ein oder mehrere Teilbetriebe übertragen werden.

Mit der einzigen Bedingung, dass die Gegenleistung Beteiligungsrechte einzuschliessen hat, lassen sich die drei genannten Umstrukturierungsformen insbesondere bei beschränkt vorhandenen stillen Reserven nur sehr ungenügend von eigentlichen Verkaufsgeschäften unterscheiden. Eine solche klare Abgrenzung wird von der Botschaft zum Fusionsgesetz jedoch als eine Leitlinie für die Revision des Steuerrechtes angesehen.<sup>6</sup> Diese Bestimmung, die im Ergebnis praktisch jegliche Buchwertübertragungen ohne Berücksichtigung des Grundsatzes der Weiterführung des wirtschaftlichen Engagements zulässt, ist denn auch auf heftige Kritik in der Lehre gestossen.<sup>7</sup>

### 2.2.1.2 Fusionsähnlicher Zusammenschluss

Art. 61 Abs. 1 Bst. c E-DBG enthält keine ausdrücklich genannten Voraussetzungen, die bei fusionsähnlichen Zusammenschlüssen zur Erlangung der Steuerneutralität erforderlich wären.

Im Gegensatz zu Umwandlung, Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung ist der fusionsähnliche Zusammenschluss im FusG nicht geregelt. Dennoch lässt sich aus den Materialien zum FusG eine Begriffsbeschreibung ableiten, die wiederum Aufschluss darüber gibt, welche Eigenschaften eine Umstrukturierungstransaktion aufweisen muss, um als «fusionsähnlicher Zusammenschluss» zu gelten: Gemäss der Definition in der Botschaft werden fusionsähnliche Zusammenschlüsse als «Tauschgeschäfte, durch welche eine Gesellschaft gegen Hingabe eigener Beteiligungsrechte die Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft erwirbt», charakterisiert.<sup>8</sup> Die Berücksichtigung der in der Botschaft erwähnten Fusionsrichtlinie der EU<sup>9</sup> ergibt zudem, dass für das Vorliegen eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses die Barentschädigung an die einbringenden Gesellschafter 10% des Nennwertes der im Austausch ausgegebenen Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft nicht übersteigen darf. Dieser (fast) ausschliesslichen Einräumung von Beteiligungsrechten steht der Text von Art. 61 Abs. 1 Bst. c E-DBG nicht entgegen. Im Gegensatz zu den in

Bst. b geregelten Umwandlungen, Fusionen und Spaltungen wird hier nicht lediglich der Einschluss von Mitgliedschaftsrechten gefordert.

Als Bedingungen für das Vorliegen eines gewinnsteuerlich privilegierten fusionsähnlichen Zusammenschlusses können somit gefolgert werden, dass (a) eine *Mehrheit* der Beteiligungsrechte erworben wird und (b) die *Barentschädigung* an die übertragenden Gesellschafter auf 10% des *Nennwerts* beschränkt wird.

### 2.2.1.3 Vermögensübertragung im Konzern

Nach Massgabe von Art. 61 Abs. 2 E-DBG können sowohl massgebliche Beteiligungen als auch Aktivengesamtheiten, die Betriebe oder Teilbetriebe darstellen, innerhalb eines Konzerns gewinnsteuerneutral übertragen werden.

Die Vermögensübertragung kann nach ihrer zivilrechtlichen Umschreibung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. Beinhaltet das Entgelt für die Vermögensübertragung Beteiligungsrechte an der empfangenden Gesellschaft, so handelt es sich nicht um eine Vermögensübertragung, sondern um eine Spaltung. Damit lassen sich Vermögensübertragungen zivilrechtlich zweifelsfrei von Spaltungen abgrenzen.

### 2.2.1.4 Sperrfristregelungen

Für die Fälle der Spaltung sowie der Vermögensübertragung im Konzern sind fünfjährige Sperrfristen vorgesehen, während welchen die übertragenen stillen Reserven bzw. die diese verkörpernden Beteiligungsrechte nicht veräussert werden dürfen. Die Sperrfrist ist dabei unterschiedlich ausgestaltet, subjektiv bei der Spaltung, objektiv bei der Vermögensübertragung.

Als Verletzung der Sperrfrist gelten nach dem Entwurf zum FusG analog der heutigen Praxis lediglich *entgeltliche* Beteiligungsübertragungen. Keine Sonderregel ist vorgesehen für Beteiligungsrechte an Publikumsgesellschaften. Dennoch soll gemäss Botschaft zum FusG die bisherige Praxis, wonach die Veräusserung von kleinen, an der Börse gehandelten Beteiligungspaketen zu keinen Steuerfolgen führt, auch unter dem geänderten DBG fortgesetzt werden.<sup>10</sup>

Obwohl aus dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 1<sup>bis</sup> E-DBG nicht ersichtlich, wird in der Botschaft zum FusG davon ausgegangen, dass im Fall der Spaltung bei der Veräusserung von Beteiligungsrechten in jedem Fall eine Sperrfristverletzung vorliege, ungeachtet, ob es sich bei den veräusserten Beteiligungsrechten um diejenigen an der übertragenden oder der aufnehmenden Gesellschaft handelt.

6 Botschaft, 4369.

7 Vgl. REICH, 11 f.

8 Botschaft, 4508.

9 Art. 2 Bst. d EU-Fusionsrichtlinie.

10 Vgl. Botschaft, 4509.

Schliesslich stellt die Bestimmung von Art. 61 Abs. 1<sup>bis</sup> E-DBG klar, dass bei einer teilweisen Veräusserung von Beteiligungsrechten lediglich eine anteilmässige Abrechnung über die stillen Reserven erfolgt.<sup>11</sup>

## 2.2.2 Emissionsabgaberechtliche Voraussetzungen

### 2.2.2.1 Fusion und Umwandlung

Die Emissionsabgaberrichtlinien sehen für Fusion, Umwandlung und Spaltung insbesondere vor, dass die Entschädigung für die Übertragung der Aktivengesamtheit grundsätzlich *ausschliesslich* aus Beteiligungsrechten bestehen muss. Im Falle der Umwandlung ist lediglich eine Barabfindung an diejenigen Aktionäre zulässig, die keine Anteile an der umgewandelten Gesellschaft erwerben wollen.

Bei Berücksichtigung der bei Gewinnsteuer und Emissionsabgabe unterschiedlichen Bedeutung der Privilegierung einer Umstrukturierung (vgl. oben 2.1.) ergibt sich, dass das Erfordernis der gleichbleibenden Beteiligungsverhältnisse als Abgrenzungskriterium zur Unternehmensveräusserung bei der Emissionsabgabe beinahe zwingend über den Einschluss von Beteiligungsrechten als Entschädigung hinausgehen muss. Die gewinnsteuerliche Voraussetzung der Buchwertfortführung, welche sicherstellt, dass durch die Umstrukturierung kein Steuersubstrat verloren geht, greift bei der Emissionsabgabe, wie bereits erwähnt, nicht. Eine emissionsabgaberechtliche Privilegierung stellt einen endgültigen Verzicht auf die Abgabeerhebung sowohl auf der offenen wie auch der verdeckten Eigenkapitalerhöhung dar. Folglich erstaunt es nicht, dass hier die Voraussetzung der gleichbleibenden Beteiligungsverhältnisse ungleich strenger formuliert ist als bei den direkten Steuern nach dem Entwurf des FusG. Wie oben erwähnt, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Entwurf zum DBG in diesem Bereich noch Änderungen erfahren wird, die im Ergebnis zu einer Annäherung an die emissionsabgaberechtlichen Voraussetzungen führen werden.

Ansonsten stimmen die Voraussetzung für privilegierte Fusionen, Umwandlungen und Spaltungen grundsätzlich überein, obwohl in der Praxis das Betriebserfordernis bei Abspaltungen bei der Emissionsabgabe weniger eng ausgelegt wird als bei den Gewinnsteuern.<sup>12</sup>

### 2.2.2.2 Fusionsähnlicher Zusammenschluss

Die Emissionsabgaberrichtlinien kennen drei Formen von fusionsähnlichen Zusammenschlüssen: die Quasifusion, die Kapitalerhöhung einer Gesellschaft mit Beteiligungen

sowie die Holdinggründung. Allen drei Arten ist gemeinsam, dass *mindestens zwei Drittel der Stimmrechte* an der übernommenen Gesellschaft übertragen werden müssen, sowie – zum Zweck der Abgrenzung gegenüber einem Verkaufsgeschäft – die Übertragenden *höchstens* im Umfang von *50% des Verkehrswertes* der übertragenen Beteiligung auf andere Weise als durch Anteilsrechte an der aufnehmenden Gesellschaft abgefunden werden dürfen.

Mit diesen Voraussetzungen kennt die Emissionsabgabe im Verhältnis zur Gewinnsteuer einerseits eine engere, andererseits aber eine weitere Umschreibung des Begriffes des fusionsähnlichen Zusammenschlusses. Wie oben (vgl. 2.2.1.2) ausgeführt, verlangt die als Vorlage für die neue Bestimmung im DBG dienende Fusionsrichtlinie der EU auf der einen Seite lediglich eine *Übernahme der Mehrheit* der Stimmrechte, dagegen beschränkt sie die *Barentschädigung* für die übertragenden Gesellschafter auf *10% des Nennwertes* der ausgegebenen Anteile. Eine Anpassung der Emissionsabgaberrichtlinien an die gewinnsteuerlichen Abgrenzungsmerkmale erscheint in diesem Bereich auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Zwecksetzung der beiden Steuerarten möglich. Die wenig übersichtliche Aufteilung der fusionsähnlichen Zusammenschlüsse in die erwähnten drei Unterarten würde damit entfallen.

#### 2.2.2.2.1 Exkurs: Fusionsähnliche Zusammenschlüsse innerhalb eines Konzerns?

Nach den bisherigen Emissionsabgaberrichtlinien (Stand April 1997) konnte die Übertragung von Beteiligungen gegen (zumindest teilweise) Ausgabe von Anteilsrechten an der empfangenden Gesellschaft sowohl als fusionsähnlicher Zusammenschluss, als auch – sofern die übertragenen Beteiligungen Betriebsqualität aufwiesen – als Ausgliederung gewürdigt werden. Die neuen Emissionsabgaberrichtlinien beschränken nun die Anwendbarkeit der für fusionsähnliche Zusammenschlüsse geltenden Voraussetzungen auf die Zusammenführung von Beteiligungen durch unabhängige Dritte und auf Fälle, in denen es sich bei den Aktionären sowohl der übertragenden als auch der aufnehmenden Gesellschaft um eine natürliche Person handelt. Die Umgruppierung von Beteiligungspaketen innerhalb eines Konzerns hingegen wird unter dem Blickwinkel der Spaltung (Ausgliederung oder Abspaltung) gewürdigt. Aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Höhe der möglichen Kapitalerhöhung, insbesondere jedoch aufgrund der fehlenden Sperrfrist bei fusionsähnlichen Zusammenschlüssen, ist diese Unterscheidung emissionsabgaberechtlich von Bedeutung.

11 Unklar erscheint, über welche stillen Reserven abzurechnen ist (vgl. REICH, 15).

12 Vgl. ATHANAS/KUHN, 56.

Die unterschiedliche emissionsabgaberechtliche Qualifikation einer Umstrukturierung als fusionsähnlicher Zusammenschluss bzw. Spaltung, abhängig davon, ob es sich bei der übertragenden Person um eine natürliche oder eine juristische Person handelt bzw. ob die Beteiligten gesellschaftsrechtlich miteinander verbunden sind, erscheint schwer verständlich. Auch die von der ESTV angeführte Begründung, dass «Beteiligungen, welche in einer Gesellschaft vereinigt waren, durch Übertragung auf eine neue Rechtsträgerin aufgliedert und eben nicht fusioniert werden», vermag diese Unterscheidung nicht überzeugend zu erklären.<sup>13</sup>

Hinsichtlich des Kerns der Frage, d.h. wie fusionsähnliche Zusammenschlüsse eindeutig von Spaltungen zu unterscheiden sind, bringt auch eine Annäherung der emissionsabgaberechtlichen Umstrukturierungsvorschriften an die gewinnsteuerlichen gemäss Entwurf zum FusG keine Klärung, obwohl diese Unterscheidung auch bei den direkten Steuern grundsätzlich nicht unerheblich ist: Art. 61 Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 61 Abs. 2<sup>bis</sup> E-DBG sehen für Spaltungen und konzerninterne Vermögensübertragungen Sperrfristen vor, währenddem fusionsähnliche Zusammenschlüsse keinen Veräusserungsbeschränkungen unterliegen. Bei der hier angesprochenen Übertragung von Beteiligungspaketen kommt dieser Abgrenzungsfrage jedoch eine geringere Bedeutung zu, da die Übertragung in aller Regel keine Änderung in der gewinnsteuerlichen Qualifikation der Beteiligung beim Aktionär nach sich zieht.

Aufgrund einer genaueren Betrachtung der zivilrechtlichen Umstrukturierungsformen gemäss FusG drängt sich lediglich eine Abgrenzung zwischen Übertragungen natürlicher und juristischer Personen auf: Bei fusionsähnlichen Zusammenschlüssen juristischer Personen handelt es sich zivilrechtlich mangels Untergangs der übertragenden Gesellschaft nicht um eine Fusionsform, sondern um einen Spezialfall der Spaltung.<sup>14</sup> Insoweit lässt es sich nach der hier geäusserten Ansicht durchaus vertreten, fusionsähnliche Zusammenschlüsse, bei denen die Sacheinleger juristische Personen sind, generell als Spaltungen zu betrachten. Eine unterschiedliche Qualifikation der Umstrukturierung in Abhängigkeit der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zwischen übertragender und empfangender Gesellschaft ist allerdings nicht angebracht. Der Überlegung, dass gruppeninterne Umstrukturierungen ein erhöhtes Missbrauchspotenzial aufweisen, kann – analog zur Nominalkapitalerhöhungsbeschränkung bei Fusionen – durch eine spezifische Bestimmung Rechnung getragen werden, wonach fusionsähnliche Zusammenschlüsse unter Dritten von der bei Spaltungen anwendbaren Sperrfrist zu befreien sind.

Fusionsähnliche Zusammenschlüsse lägen somit nur noch bei Übertragungen von natürlichen Personen vor, in welchen Fällen zivilrechtlich keine Spaltung möglich ist. Aus Gründen der Rechtsgleichheit ist jedoch auch hier eine Sperrfrist für diejenigen fusionsähnlichen Zusammenschlüsse vorzusehen, bei denen Überträger und Empfänger der Beteiligungspakete identisch oder einander nahestehend sind.

### 2.2.2.3 Vermögensübertragung im Konzern

Die Möglichkeit der privilegierten Vermögensübertragung, wie sie nun in Art. 61 Abs. 2 E-DBG vorgesehen ist, ist der Emissionsabgabe nicht grundsätzlich neu. Verschiedene Umstrukturierungsformen, die gewinnsteuerlich nach dem FusG unter den neu zu schaffenden Art. 61 Abs. 2 E-DBG fallen, darunter insbesondere die Tatbestände der unechten Fusion und der Ausgliederung, sind in den Emissionsabgabebereichen heute an einem anderen Ort geregelt. Obwohl die Mehrzahl der Vermögensübertragungen, nämlich diejenigen auf Mutter- und Schwestergesellschaften, emissionsabgaberechtlich unerheblich sind, würde die generelle Aufnahme der in Art. 61 Abs. 2 E-DBG beschriebenen Vermögensübertragungen in den Katalog der von der Emissionsabgabe befreiten Umstrukturierungstatbestände nicht bloss zu einer wünschenswerten Vereinheitlichung von Emissionsabgabe und Gewinnsteuer führen, sondern auch die sachgerechte Gleichbehandlung der vorgenannten Reorganisationsformen sicherstellen.

In einem Punkt ist die gewinnsteuerliche Umschreibung privilegierter Vermögensübertragungen im Konzern für Emissionsabgabezwecke zu eng: Art. 61 Abs. 2 E-DBG enthält eine Einschränkung, wonach die privilegierte Vermögensübertragung lediglich «zwischen inländischen Kapitalgesellschaften» zur Anwendung gelangen soll. Dieser Wortlaut, der für die Zwecke der Gewinnsteuer korrekt ist, da es um die Realisation von stillen Reserven bei der übertragenden (im Inland steuerpflichtigen) Gesellschaft geht, ist zu eng für die Emissionsabgabe. Entsprechend müsste die Voraussetzung für die bevorzugte Behandlung bei der Emissionsabgabe so ausgelegt werden, dass diese immer dann zur Anwendung gelangt, wenn die bei der Vermögensübertragung übergeführten stillen Reserven nicht der (schweizerischen) Gewinnsteuer unterliegen.

### 2.2.2.4 Sperrfristregelung

Im Bezug auf die steuerlichen Folgen einer Veräusserung der Beteiligung an einer vom Spaltungsvorgang betroffenen Gesellschaft bringt das FusG insoweit eine Annäherung an die emissionsabgaberechtliche Regelung, als dass

13 TANNER, Begleitbrief.

14 Vgl. Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 29 Abs. 1 FusG.

Art. 61 Abs. 1<sup>bis</sup> E-DBG nun festhält, dass sowohl die Veräusserung der Beteiligung an der übertragenden als auch an der aufnehmenden Gesellschaft innerhalb von fünf Jahren einen nachträglichen Verlust der gewährten Steuerprivilegierung zur Folge hat. Demgegenüber soll dem Steuerpflichtigen nun die Möglichkeit geboten werden, den Nachweis zu erbringen, dass im Spaltungszeitpunkt keine Veräusserungsabsicht bestand.

Ein weiterer Unterschied zu den Emissionsabgaberrichtlinien besteht darin, dass bei den direkten Steuern eine *teilweise Beteiligungsveräusserung* nur zu einer anteilmässigen Besteuerung führt, während die Emissionsabgabe bei Verletzung der Sperrfrist in jedem Fall im vollen Umfang nachträglich geschuldet ist. Schliesslich spielen für Emissionsabgabezwecke die Einzelheiten des Gesellschafterwechsels – mit Ausnahme von Änderungen in den Beteiligungsverhältnissen aufgrund von wiederum privilegierten Umstrukturierungen – keine Rolle; insbesondere ist der Veräusserungspreis ohne Belang.

Es stellt sich hier die Frage, inwieweit die Natur der Emissionsabgabe einer Beachtung der Umstände im Einzelfall und somit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überhaupt zugänglich ist. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Ansetzung einer Sperrfrist im Anschluss an eine gesetzlich privilegierte Transaktion aus dem Umgehungsgedanken geboren ist und somit an sich bereits Ausfluss einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise darstellt. Würde nämlich ausschliesslich auf den wirklichen «Inhalt der Urkunden oder Rechtsvorgänge»<sup>15</sup> abgestellt, bliebe kein Raum für die Berücksichtigung einer Sperrfrist. Entsprechend erscheint es angebracht, dass auch bei der *Auslegung der Sperrfristbestimmung* dem Gedanken der wirtschaftlichen Betrachtungsweise Rechnung getragen wird.

Im Sinne einer Annäherung der emissionsabgaberechtlichen Vorschriften an diejenigen der direkten Bundessteuer wird an dieser Stelle die Meinung vertreten, dass auch bei den Voraussetzungen für eine Sperrfristverletzung eine Anlehnung an die Gewinnsteuerpraxis vertretbar sei. Mit anderen Worten soll eine Verletzung der Sperrfrist bei der Emissionsabgabe immer dann – aber nur dann – angenommen werden, wenn eine solche auch für direkte Bundessteuerzwecke gegeben ist. Dies würde insbesondere dazu führen, dass Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen aufgrund von unentgeltlichen Anteilsübertragungen (insbesondere durch Schenkung oder Erbgang) keine nachträglichen Emissionsabgabefolgen auslösen würden.

Hingegen lässt es sich unter Beachtung des Hintergrundes der nur anteilmässigen Abrechnung bei der Gewinnsteuer – Vorliegen einer nur anteilmässigen Reservenrealisation<sup>16</sup> –, dessen zugrundeliegendes Prinzip den Grundsätzen der Emissionsabgabe fremd ist, durchaus rechtfertigen, dass bei einer Sperrfristverletzung die Emissionsabgabe nachträglich in vollem Umfang geschuldet ist.

#### 2.2.2.5 Emissionsabgabespezifische Voraussetzungen

Aufgrund der spezifischen Natur von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG, dem abschliessenden Verzicht auf die Erhebung der Emissionsabgabe auf Eigenkapitalzuführungen bei qualifizierten Umstrukturierungstatbeständen, enthalten die Emissionsabgaberrichtlinien eine ganze Reihe von Bestimmungen, deren Zweck es ist, zu vermeiden, dass zum einen wirtschaftlich unmotiviert Umstrukturierungen mit dem alleinigen Ziel der emissionsabgabefreien Schaffung von Eigenkapital in den Genuss der steuerlichen Privilegierung gelangen, und zum anderen nicht im Rahmen von echten Unternehmensumstrukturierungen nominelles Eigenkapital im Übermass («Kapital auf Vorrat») ohne Stempelsteuererfolg geschaffen werden kann.

Zur ersten Kategorie gehören die Verweigerung der Emissionsabgabebefreiung bei Fusionen mit (noch) inaktiven oder in Liquidation befindlichen Gesellschaften sowie die Einbringung von inaktiven Gesellschaften im Rahmen von fusionsähnlichen Zusammenschlüssen. Zur zweiten Kategorie gehört die Beschränkung des befreiten Aktienkapitals auf dasjenige der untergehenden bzw. übernommenen Gesellschaft(en) bei Fusionen, fusionsähnlichen Zusammenschlüssen und Umwandlungen bzw. auf ein Nominalkapital nach den Grundsätzen des Kreisschreibens Nr. 6 vom 6. Juni 1997 bei Spaltungen.

Die detaillierte Umschreibung dieser eigentlichen Steuerumgehungstransaktionen bei Unternehmensumstrukturierungen in den Emissionsabgaberrichtlinien führt zu schwierigen und zum Teil beinahe willkürlich gelösten Abgrenzungsproblemen. Exemplarisch kann hier auf die Bundesgerichtspraxis zur Fusion bzw. zum fusionsähnlichen Zusammenschluss mit einer inaktiven Gesellschaft verwiesen werden.<sup>17</sup> Diese «verobjektivierten» Umgehungstatbestände können denn auch den Umständen im Einzelfall vielfach nicht gerecht werden. So ist nicht einzusehen, warum beispielsweise ein ausländischer Konzern, der in der Schweiz durch Ausgliederung von Beteiligungen eine vollständig eigenfinanzierte schweizerische Zwischenhol-

15 Art. 27 StG.

16 Vgl. ATHANAS/KUHN, 87.

17 Vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 05.02.1996, in: Praxis, N 3 zu Art. 6 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG-1. Fusion, und Entscheid des Bundesgerichtes vom 12.12.1997, in: Praxis, N 3 zu Art. 6 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG-2. Fusionsähnlicher Zusammenschluss.

ding gründet, nach den Regeln über die Bemessung des «Kapitals auf Vorrat» dann Steuerumgehung begehen soll, wenn er diese Gesellschaft ausschliesslich mit Nominalkapital ausstattet, dagegen nicht, wenn er Agio begründet. Die Attraktivität der Schweiz als Holdingstandort wird durch eine derartige, zwangsweise Schaffung von Verrechnungssteuersubstrat (mit Hilfe der Emissionsabgabe) kaum gestärkt.

Vorzuziehen ist deshalb eine generelle Missbrauchsklausel, aufgrund welcher im Einzelfall abzuklären ist, ob die Unternehmensumstrukturierung nicht mit dem alleinigen Ziel der Einsparung der Emissionsabgabe vorgenommen wird und andererseits sicherstellt, dass das Ausmass des im Rahmen von konzerninternen Umstrukturierungen abgabefrei geschaffenen Nominalkapitals wirtschaftlich begründet ist. Solche «Einzelfallbetrachtungen» widersprechen zwar an sich dem Rechtsverkehrscharakter der Emissionsabgabe, sind jedoch insbesondere bei der Beurteilung von Kapitalerhöhungen im Zusammenhang mit Fusionen bereits seit Inkraftsetzung der nun ausgelaufenen Emissionsabgabeberichtlinien vom April 1997 Gegenstand der veröffentlichten Praxis zur emissionsabgaberechtlichen Befreiung von Unternehmensumstrukturierungen.

### 3 Zusammenfassung und Postulat

Obwohl die Abgrenzung der einzelnen Tatbestände in Art. 61 E-DBG noch nicht vollständig klar ist, lässt sich doch feststellen, dass sich durch die Ausweitung der Umschreibung der Unternehmensumstrukturierungen und insbesondere der Einführung der privilegierten Vermögensübertragung in Art. 61 Abs. 2 E-DBG der Unterschied zwischen den steuerneutral möglichen Restrukturierungen bei den direkten Steuern gegenüber der Emissionsabgabe weiter vergrössert. Dies gilt, obwohl die neuen Emissionsabgabeberichtlinien mit der Möglichkeit der emissionsabgabefreien Übertragung von Minderheitsbeteiligungen eine wichtige Lücke geschlossen haben.<sup>18</sup> Im Weiteren führt die Subjektivierung der Sperrfrist bei Spaltungen gemäss Art. 61 Abs. 1 Bst. b E-DBG dazu, dass sich auch die zu erfüllenden Voraussetzungen im Anschluss an eine steuerprivilegierte Unternehmensumstrukturierung weiter voneinander entfernen.

Im Sinne der Zielsetzung der Revision des Steuerrechtes im Rahmen des FusG, die neuen zivilrechtlichen Umstrukturierungsmöglichkeiten steuerlich nicht zu behindern, ist eine Vereinheitlichung der Bedingungen für steuerprivilegierte Reorganisationen über die einzelnen Steuerarten hinweg von erheblicher Bedeutung. Die umstrukturierungswillige Gesellschaft bzw. deren Aktionär sollte davon ausgehen können, dass eine Transaktionsform, die die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Reservenübertragung bei der Gewinnsteuer erfüllt, auch keine anderen Steuerfolgen nach sich zieht.

Die weit gefasste Umschreibung der steuerprivilegierten Umstrukturierungstatbestände in Art. 61 E-DBG soll sicherstellen, dass der in der Praxis in einer Vielzahl von Formen vorkommende unternehmerische Strukturwandel möglichst umfassend gewinnsteuerfrei erfolgen kann. Die Emissionsabgabeberichtlinien vermögen mit ihren detaillierten und starren Regelungen den Bedürfnissen einer zunehmend komplexeren Wirtschaft, die stetig neue Spielarten von Umstrukturierungen hervorbringt, nicht mehr zu genügen.<sup>19</sup>

Eine allgemein gehaltene, an die Voraussetzungen für die Gewinnsteuer geknüpfte Bestimmung wäre wünschenswert. In diesem Sinne könnte Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> StG in der Art formuliert werden, dass Kapitalzuführungen im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen, welche aufgrund von Art. 61 DBG von der direkten Bundessteuer ausgenommen sind, auch von der Emissionsabgabe befreit wären. Vorbehalten blieben grundsätzlich wirtschaftlich unbegründete Umstrukturierungen sowie übermässige Kapitalerhöhungen bei gruppeninternen Transaktionen, wobei die Umstände im konkreten Fall massgebend wären. Getrennte Umstrukturierungsvorschriften für die Emissionsabgabe wären damit überflüssig. Eine solche Regelung würde sicherlich wesentlich zu einer verbesserten Übersicht über die Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen beitragen und somit die Ziele des FusG nachhaltig unterstützen.

18 Dabei erscheint die entsprechende Bestimmung innerhalb des Abschnitts über Spaltungen, wonach auch «die Ausgliederung einer Minderheitsbeteiligung als privilegierter Tatbestand» gilt, sowohl im Wortlaut als in ihrer redaktionellen Eingliederung, eher als Einschub in letzter Minute denn als Frucht wohlüberlegter Abwägungen, die mehr Fragen offen lässt, als sie beantwortet (jede Minderheitsbeteiligung? Streubesitz? Übertragung einer Minderheitsbeteiligung als separater privilegierter Tatbestand?).

19 Die Einsicht, dass den emissionsabgaberechtlichen Bestimmungen über privilegierte Umstrukturierungen im Rahmen des FusG grundlegende Änderungen bevorstehen, scheint sich auch bei der ESTV durchgesetzt zu haben, wird dies doch vom Chef der Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben im Vorspann zu den kürzlich veröffentlichten Emissionsabgabeberichtlinien ausdrücklich festgestellt.

## Quellen

ATHANAS PETER/KUHN STEPHAN (Hrsg.), Übersicht und Fallbeispiele zur steuerlichen Behandlung von Unternehmensteilungen, Basel, Genf, München, 1998, 56 (zitiert «ATHANAS/KUHN»)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG), BBl. 2000, 4337 ff. (zitiert «Botschaft»)

Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben etc., Bd. 1 (zitiert «Praxis»)

Entwurf Änderungen des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, BBl. 2000, 4574 f. (zitiert «E-DBG»)

Merkblatt betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Mai 2001

REICH MARKUS, Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, in: FStR 2001, 4 ff. (zitiert «REICH»)

Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft: Dritte Richtlinie 78/855/EWG vom 9. Oktober 1978 sowie Sechste Richtlinie 82/891/EWG vom 17. Dezember 1982 gemäss Art. 54 Abs. 3 Bst. g des Vertrages betreffend die Verschmelzung bzw. Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. 1978 L 295/36 vom 20.10.1978 sowie ABl. 1982 L 378/47 vom 31.12.1982 (zitiert «EU-Fusionsrichtlinie»)

TANNER SAMUEL, Begleitbrief zum Merkblatt betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Mai 2001 (zitiert «TANNER»)