

---

IFF Institut für Finanzwirtschaft  
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

---

# IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Dr. Thomas Meister	<b>Gewerbmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?</b>
Dr. Thomas Elser	<b>Der private Wertpapierhandel im deutschen Einkommensteuerrecht nach der Unternehmensteuerreform</b>
Eric Hess, Fürsprecher	<b>Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an eine amerikanische S-Corporation</b>
Dr. Ivo P. Baumgartner	<b>Kompetenzzentrum MWST, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer</b>
Dr. Thomas Meister	<b>Kapitaleinlagen und Kapitalgewinne bei Vorratsaktien</b>
Dr. Ivo Baumgartner	<b>Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (1. Teil)</b>
Dr. Bruno Scherrer	<b>Der Bericht über die Machbarkeit einer Zahlstellensteuer</b>
Prof. Dr. Robert Waldburger	<b>Rechtsprechung im Jahr 2000</b>
Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Agostino Cozzio	<b>Gesetzgebungs-Agenda 2001/2</b>

# 2001/2

---

---

## Impressum

### IFF Forum für Steuerrecht

Publikation des Instituts für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Universität St.Gallen (IFF-HSG)

### Herausgeber und Verlag

Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Universität  
St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen  
Telefon: +41 (0)71 224 25 20  
Telefax: +41 (0)71 224 26 70  
E-Mail: fstr-iff@unisg.ch  
Internet-Website: www.iff.unisg.ch

### Redaktion

Leitung: Dr. rer. publ. Ruedi Baumann  
Stellvertreter: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender  
Unternehmensteuer: Prof. Dr. oec. Peter Athanas  
Einkommensteuer: Dr. iur. Thomas Meister, LL. M. (Tax)  
Umsatzsteuer und Verkehrsteuern: Dr. oec. publ. Ivo P. Baumgartner  
Internationales Steuerrecht: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert  
Waldburger und Dr. rer. publ. Ruedi Baumann  
Steuerverfahrens- und Steuerstrafrecht: Dr. iur. Bruno Scherrer †  
Steuerrechts-System: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender  
Rechtsprechungs-Überblick: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert  
Waldburger  
Gesetzgebungs-Agenda: Lic. iur. Rainer Zigerlig

### Erscheinungsweise

Pro Jahr erscheinen vier Hefte; Erscheinungsdaten sind jeweils der  
15.2., 15.5., 15.8. und 15.11.

### Bezugspreis

Jahres-Abonnement: CHF 390.– (Studenten: 50 % Rabatt für Neu-  
Abonnemente), Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag, Ein-  
zelhefte: CHF 97.50. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie  
die Mehrwertsteuer enthalten. Es werden die effektiven Versand-  
kosten verrechnet. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahres-  
anfang.

### Bestellungen

Beim Verlag

### Abbestellungen

Schriftlich beim Verlag bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende

### Manuskripte und Rezensionsexemplare

Bitte an den Verlag

### Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und  
Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheber-  
rechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vor-  
heriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere  
für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und  
Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder  
anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen  
nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt  
werden.

### Konzept und Gestaltung

Designalltag Zürich, Ruedi Rüegg, Zürich

### Druck

Cavelti AG, Satz Druck Verlag, CH-9201 Gossau

### Internet-Auftritt

Die Zeitschrift verfügt über eine eigene Abteilung im Website des IFF

### Abkürzungsvorschlag

FStR

ISSN 1424-9855

*Fortsetzung letzte Innenseite*

---

IFF Institut für Finanzwirtschaft  
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

---

# **IFF Forum für Steuerrecht**

**2001/2**

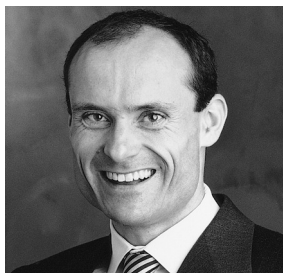
---

# Inhalt

	Artikel	
Dr. Thomas Meister	<b>Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?</b>	<b>91</b>
Dr. Thomas Elser	<b>Der private Wertpapierhandel im deutschen Einkommensteuerrecht nach der Unternehmensteuerreform</b>	<b>110</b>
	Praxis-Forum	
Eric Hess, Fürsprecher	<b>Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an eine amerikanische S-Corporation</b>	<b>124</b>
	Literatur-Forum	
Dr. Ivo P. Baumgartner	<b>Kompetenzzentrum MWST, Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer</b>	<b>127</b>
	Judikatur-Forum	
Dr. Thomas Meister	<b>Kapitaleinlagen und Kapitalgewinne bei Vorratsaktien</b>	<b>129</b>
	Gesetzgebungs-Forum	
Dr. Ivo P. Baumgartner	<b>Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (1. Teil)</b>	<b>137</b>
Dr. Bruno Scherrer	<b>Der Bericht über die Machbarkeit einer Zahlstellensteuer</b>	<b>146</b>
	Rechtsprechungs-Überblick	
Prof. Dr. Robert Waldburger	<b>Rechtsprechung im Jahr 2000</b>	<b>151</b>
	Gesetzgebungs-Agenda	
Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Agostino Cozzio	<b>Gesetzgebungs-Agenda 2001/2</b>	<b>165</b>

# Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?

Dr. iur. Thomas Meister



*Thomas Meister, Dr. iur.,  
LL.M. (Tax)  
dipl. Steuerexperte, Rechts-  
anwalt  
Mitglied Prüfungskommission  
Steuerexperten  
Partner, Pestalozzi Lachenal  
Patry, Zürich*

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>4</b>	<b>Ansätze für eine Neuordnung</b>
<b>2</b>	<b>Stand der Rechtentwicklung</b>	<b>4.1</b>	<b>Spekulationsgewinne</b>
<b>2.1</b>	<b>Gesetzgebung</b>	<b>4.2</b>	<b>Beteiligungsgewinne</b>
<b>2.2</b>	<b>Bundesgerichtliche Rechtsprechung</b>	<b>4.3</b>	<b>Übrige Kapitalgewinne</b>
<b>2.3</b>	<b>Bericht Behnisch</b>	<b>4.4</b>	<b>Reflexwirkungen</b>
<b>2.4</b>	<b>Volksinitiativen und Unternehmenssteuerreform</b>	<b>5</b>	<b>Schlussbetrachtung</b>
<b>3</b>	<b>Problemfelder</b>		<b>Literatur</b>
<b>3.1</b>	<b>Fremdfinanzierung</b>		
3.1.1	Finanzierungsmodell		
3.1.2	Schuldenallokation		
3.1.3	Schuldzinsenabzug		
3.1.4	Sonderfälle		
3.1.4.1	IPO's		
3.1.4.2	Beteiligungspläne		
3.1.5	Fazit		
<b>3.2</b>	<b>Transaktionen, Besitzesdauer, Umsatz und Reinvestition</b>		
<b>3.3</b>	<b>Kapitalgewinne – Vermögenssteuer</b>		
<b>3.4</b>	<b>Kapitalgewinne – Progression</b>		
<b>3.5</b>	<b>Kapitalgewinne – Präponderanz</b>		
3.5.1	Geschäfts- oder Privatvermögen		
3.5.2	Gewillkürtes Geschäftsvermögen		
3.5.3	Überführungswerte		
3.5.4	Realisation		
<b>3.6</b>	<b>Pauschalbesteuerung</b>		
<b>3.7</b>	<b>Steuerausscheidung</b>		
3.7.1	Interkantonal		
3.7.2	International		
<b>3.8</b>	<b>Fazit</b>		

«One might say that this is one of those areas of the tax law where the virtues of vagueness exceed its vices; that courts must look to all facts and circumstances of each case to see what is really <intended> or what has <substantial economic reality>; and that it is salutary to tell taxpayers only that there is a danger zone which they enter at their peril.»<sup>1</sup>

«Perhaps I could never succeed in intelligibly defining it, but I know it when I see it.»<sup>2</sup>

## 1 Einleitung

Vielleicht ist es nicht möglich, ein für allemal festzulegen, welche *Tatbestandsmerkmale* aus einem Privatanleger einen *gewerbmässigen Wertschriftenhändler* machen. Zwar unternahm der Bundesgesetzgeber im Rahmen des Stabilisierungsprogramms 1998 einen solchen Versuch, der aber im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil vom 8. Januar 1999<sup>3</sup> abgebrochen worden ist. Bei den Parlamentariern herrschte offenbar die Meinung vor, dass das Bundesgericht durch Urteilsspruch die unklare Rechtslage beseitigt habe und der Versuch des Gesetzgebers, eine Klärung der Rechtslage auf dem Wege der Gesetzgebung herbeizuführen, gegenstandslos geworden sei. So löblich die Hochachtung ist, die der Bundesgesetzgeber gegenüber dem Bundesgericht und seiner Rechtsprechung hegt, so zaghaft war der Versuch, etwas zu klären, an dessen Klärung der Fiskus das geringste Interesse hatte. Ist einmal eine scharfe Trennlinie zwischen privater Anlagetätigkeit und gewerbmässigem Wertschriftenhandel gezogen, dürfte die Spezies «gewerbmässiger Wertschriftenhändler» vom Aussterben bedroht sein, zumindest soweit es um Fälle der Gewinn- und nicht der Verlustrealisation geht. Aus diesem Grund dürfte der Bundesgesetzgeber wohl eher von der «virtue of vagueness» in seinem gesetzgeberischen Eifer gehemmt worden sein. Dies umso mehr, als sich Mon Repos in seiner Entscheidung vom 8. Januar 1999 die Fähigkeit zusprach, das Undefinierbare im Einzelfall jeweils sicher zu erkennen.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund dürften die

angeführten Zitate den Bundesgesetzgeber und das Bundesgericht in ihrer Zuversicht bestätigen, dass die verbleibende «danger zone» eine disziplinierende Wirkung auf die Pflichtigen hat und es am Status quo von Gesetzgebung und Rechtsprechung zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel nichts zu rütteln gibt.

## 2 Stand der Rechtsentwicklung

### 2.1 Gesetzgebung

Der bis Ende 1994 geltende Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer (BdBSt) vom 9. Dezember 1940 sah in Art. 21 Abs. 1 eine Dreiteilung vor:

- Einkommen aus einer Tätigkeit;<sup>5</sup>
- Kapitalgewinne aus dem Betriebe eines zur kaufmännischen Buchführung verpflichteten Unternehmens;<sup>6</sup> und
- Kapitalgewinne auf dem Privatvermögen.<sup>7</sup>

Kapitalgewinne, die bei der privaten Verwaltung eigenen Vermögens oder in Ausnützung einer sich zufällig bietenden Gelegenheit erzielt wurden, waren unter dem BdBSt steuerfrei. Hingegen zählte die Verwaltungs- und Gerichtspraxis Gewinne aus einer die schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Tätigkeit zum (steuerbaren) Einkommen aus Erwerbstätigkeit.<sup>8</sup>

Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 am 1. Januar 1995 gilt Folgendes: Steuerbar sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen *selbständigen* Erwerbstätigkeit.<sup>9</sup> Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen.<sup>10</sup> Ausdrücklich vorgesehen ist, dass Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen steuerfrei sind.<sup>11</sup> Anlass zu zahlreichen Äusserungen im Schrifttum gaben die «Einkünfte aus jeder anderen

1 Zitat zur Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften («thin capitalization») aus BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., 4–19.

2 Zitat zur Umschreibung der Pornographie aus: BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., 4–17.

3 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327.

4 Bei der Umschreibung der Spezies «gewerbmässiger Wertschriftenhändler» kommt es einem manchmal vor, als ob Justitia – mit ihrer Augenbinde, einer Blinden gleich – in einem leeren dunklen Raum eine schwarze Katze sucht und sich immer wieder darauf beruft, sie doch deutlich gesehen zu haben.

5 Art. 21 Abs. 1 Bst. a BdBSt.

6 Art. 21 Abs. 1 Bst. d und f BdBSt.

7 Art. 21 Abs. 1 BdBSt e contrario.

8 Anstelle vieler: BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654), mit weiteren Hinweisen.

9 Art. 18 Abs. 1 DBG.

10 Art. 18 Abs. 2 Satz 1 DBG.

11 Art. 16 Abs. 3 DBG.

*selbständigen* Erwerbstätigkeit». Kontrovers war, ob die unter dem bisherigen Recht steuerbaren Gewinne aus einer die schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Tätigkeit als Gewinne aus einer *selbständigen* Erwerbstätigkeit qualifizieren. Indem das Bundesgericht dies bestätigte, erweiterte es den Begriff der *selbständigen* Erwerbstätigkeit.<sup>12</sup>

Im Rahmen des Sanierungsprogramms 1998 schlugen Bundesrat und Parlament eine Änderung von Art. 18 DBG (und Art. 8 StHG) vor. Der *Bundesrat* liess sich von der Sorge leiten, dass mit dem Inkrafttreten von Art. 16 Abs. 3 und 18 Abs. 1 DBG Gewinne aus Tätigkeiten, welche die schlichte Vermögensverwaltung zwar übersteigen, aber noch nicht den Schwellenwert einer *selbständigen* Erwerbstätigkeit erreichen, unter der Geltung des neuen Rechts nicht mehr besteuert werden können.<sup>13</sup> Art. 18 Abs. 1 DBG hätte daher durch einen zweiten Satz ergänzt werden sollen:

«Als *selbständige* Erwerbstätigkeit gilt auch die Veräusserung von Vermögenswerten, namentlich von Wertschriften und Liegenschaften, soweit die Veräusserung nicht im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens erfolgt.»

Der *Nationalrat* war eher von der Sorge geleitet, dass die Besteuerung zu weit geht und die Rechtssicherheit sowie die Vorhersehbarkeit der Steuer gefährdet sind, weshalb er folgende Ergänzung zu Art. 18 Abs. 1 DBG vorschlug:

«Die Veräusserung von Wertschriften ausserhalb einer geschäftlichen Tätigkeit des Veräusserers gilt dann ausnahmsweise als *selbständige* Erwerbstätigkeit, wenn Veräusserungen, im Vergleich zur üblichen privaten Vermögensverwaltung solcher Vermögenswerte, häufig und nach kurzer Besitzesdauer erfolgen und zur Finanzierung dieser Geschäfte erhebliche fremde Mittel eingesetzt werden.»

Gemäss dieser Definition mussten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit von einem gewerbsmässigen Wertschriftenhandel ausgegangen werden konnte:

- häufige Veräusserungen;
- Veräusserungen nach kurzer Besitzesdauer; und
- Einsatz erheblicher Fremdmittel beim Erwerb.

Die Präzisierung bezog sich allerdings nur auf den *Wertschriftenhändler*, nicht hingegen auf den gewerbsmässigen *Liegenschaftenhändler*.

Die vorberatende Kommission des Ständerats sah in ihrem Vorschlag vor, dass eine *selbständige* Erwerbstätigkeit vermutet wird, wenn zwei von vier Merkmalen vorliegen:

- häufige Veräusserungen;
- Veräusserung nach kurzer Besitzesdauer;
- Einsatz erheblicher Fremdmittel;
- Inkaufnahme besonderer Risiken.

Nachdem im Verlauf des *Differenzbereinigungsverfahrens* Bundesrat und Ständerat sich zugunsten der Beibehaltung des status quo aussprachen und zur gleichen Zeit die Publikation des Bundesgerichtsentscheids vom 8. Januar 1999 erfolgte, wurde das Gesetzgebungsvorhaben fallen gelassen. Mit der Bestätigung durch höchstrichterlichen Entscheid, dass die unter der Geltung des BdBSt entwickelte Praxis zum gewerbsmässigen Liegenschaftens- und Wertschriftenhandel unter dem DBG unverändert fortgelte,<sup>14</sup> schwand das Interesse, die Frage gesetzlich zu regeln.<sup>15</sup>

Für die Qualifikation des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels von Bedeutung sind auch die durch das Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 1998 vom 19. März 1999 eingeführten Bestimmungen über das *gewillkürte Geschäftsvermögen* bei Beteiligungen von mindestens 20 Prozent an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften<sup>16</sup> sowie die *Beschränkung des Schuldzinsabzugs*<sup>17</sup>. Entsprechende Bestimmungen wurden auch ins StHG aufgenommen.<sup>18</sup> Die revidierten Bestimmungen des DBG und StHG traten am 1. Januar 2001 in Kraft.

## 2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Ob der Kauf und Verkauf von Wertschriften eine auf Erwerb gerichtete (*selbständige*) Tätigkeit darstellt, ist un-

12 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327 (332 f.), mit weiteren Hinweisen auf die Lehre.

13 Dies, nachdem die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 13.03.1997 die Auffassung vertreten hatte, die altrechtliche Praxis zum gewerbsmässigen (Liegenschaften-)Händler könne unter dem neuen Recht nicht unbeschadet fortgeführt werden (StE 1997 B 23.2 Nr. 37). Vgl. Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998 vom 28. September 1998, BBl 1999 4 (82 f.).

14 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327 (333), mit weiteren Hinweisen: «Somit ist die bisherige Praxis beizubehalten, wonach

Veräusserungsgewinne steuerbar sind, wenn sie in einer über die schlichte Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit erzielt werden, auch wenn keine in einem eigentlichen Unternehmen organisierte Tätigkeit vorliegt.»

15 HIRT BEAT, Kritische Bemerkungen zur «gewerbsmässigen» privaten Vermögensverwaltung, in: StR 1999 307 (312 f.).

16 Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG.

17 Art. 33 Abs. 1 Bst. a und 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

18 Art. 8 Abs. 2, 9 Abs. 2 Bst. a und 10 Abs. 1 Bst. e StHG.

ter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei weisen namentlich die nachfolgend angeführten *Indizien*, die nicht kumulativ vorzuliegen brauchen, auf eine (selbständige Erwerbs-) Tätigkeit hin, welche über die blossе Vermögensverwaltung hinausreicht:<sup>19</sup>

- systematisches oder planmässiges Vorgehen;
- Bemühen, die Entwicklung des Marktes zur Gewinnerzielung auszunutzen;
- Häufigkeit der Transaktionen;
- kurze Besitzesdauer;
- enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit;
- Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung;
- Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartigen Vermögensgegenständen;
- Eingehen besonderer Risiken.

Nicht entscheidend ist nach der bundesgerichtlichen Praxis, ob der Steuerpflichtige die Wertschriftengeschäfte selber oder durch eine bevollmächtigte Drittperson abwickelt.<sup>20</sup> Nicht nötig ist ferner eine sichtbare Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr.<sup>21</sup> Entscheidend ist, dass der Pflichtige eine Tätigkeit entfaltet, die – aufgrund des Gewichts eines oder mehrerer der genannten oder ähnlicher Indizien – in ihrer Gesamtheit auf Erwerb ausgerichtet erscheint.<sup>22</sup> Von der Besteuerung ausgenommen sind nach der bundesgerichtlichen Praxis einzig jene Kapitalgewinne, die bei der Verwaltung eigenen Vermögens oder in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit, ohne eine eigentliche, auf Verdienst gerichtete Tätigkeit, erlangt werden.<sup>23</sup>

### 2.3 Bericht Behnisch

Im Bericht Behnisch über die Schliessung von Steuerlücken vom 8. Juli 1998 erkannte die Expertenkommission die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne als eine Lücke, die geschlossen oder verkleinert werden müsse.<sup>24</sup> Entsprechend schlug die *Kommissionsmehrheit* eine all-

*gemeine Kapitalgewinn- und Kapitalertragssteuer* mit beschränkter Verlustverrechnungsmöglichkeit vor.<sup>25</sup> Die Einführung einer solchen umfassenden Einkommenssteuer müsse jedoch mit gewissen Systemkorrekturen zur Beseitigung von Überbelastungen koordiniert werden. Namentlich müssten mit dem Nennwertprinzip zusammenhängende *Überbesteuerungen* beseitigt werden. Im Bericht wurden die zahlreichen *Reflexwirkungen* der von der Kommissionsmehrheit vorgeschlagenen umfassenden Einkommenssteuer aufgezeigt.<sup>26</sup> Im Ergebnis dürfte aufgrund dieser Reflexwirkungen eine *Lückenschliessung* durch Einführung einer allgemeinen Kapitalgewinn- und Kapitalertragssteuer ohne gleichzeitige Korrekturen am *Steuersystem* nicht möglich sein.<sup>27</sup>

Eine *Kommissionsminderheit* schlug die Einführung einer *Objektsteuer* für Gewinne und Erträge auf beweglichem Privatvermögen mit separatem Tarif (Sondersteuer) vor.<sup>28</sup> Eine weitere *Kommissionsminderheit* schlug vor, dass private Kapitalgewinne aufgrund einer gesetzlichen Umschreibung des *gewerbmässigen* (Liegenschafts- und Wertschriften-) *Handels* erfasst werden.<sup>29</sup> Gemäss diesem Minderheitsvorschlag ist jede Art von in gewerbmässigem Stil betriebenen Handel der *allgemeinen Einkommenssteuer* zu unterstellen. *Indizien* für die Gewerbmässigkeit sind das planmässige und systematische Vorgehen, das Vorhandensein und Ausnutzen von Fachwissen und die Anzahl der Transaktionen. Diese Indizien müssen *kumulativ* vorliegen. Damit werde zwar bloss eine geringe Zahl besonders ergiebiger Steuerpflichtiger erfasst, dies müsse jedoch zur Beseitigung als ungerecht empfundener Praktiken hingenommen werden.

### 2.4 Volksinitiativen und Unternehmenssteuerreform

Am 5. November 1999 wurde die Eidgenössische Volksinitiative für eine *Kapitalgewinnsteuer* eingereicht, welche die Einführung einer besonderen Steuer auf realisierten Kapitalgewinnen auf beweglichem Vermögen

19 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654), allerdings zu Art. 21 Abs. 1 Bst. a BdBSt; BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (642 f.).

20 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228): «Ob die steuerpflichtige Person Wertschriftengeschäfte selber oder über einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung, da das Wertschriftengeschäft in der Regel ohnehin den Beizug fachkundiger Personen (Bankfachleute, Treuhänder usw.) erfordert, deren Verhalten – als Hilfspersonen – der pflichtigen Person zugerechnet wird.»; BGE vom 02.10.1992, ASA 63 (1994/1995) 43 (48).

21 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

22 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

23 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (643).

24 BEHNISCH URS R., Bericht, 70.

25 BEHNISCH URS R., Bericht, 71 f., 165, auch zum Folgenden.

26 BEHNISCH URS R., Bericht, 162 ff.

27 BEHNISCH URS R., Bericht, passim.

28 BEHNISCH URS R., Bericht, 61, 73 f., 165.

29 BEHNISCH URS R., Bericht, 64 ff., 73, 165, auch zum Folgenden.



vorsieht. In der Botschaft über die Volksinitiative für eine Kapitalgewinnsteuer vom 25. Oktober 2000<sup>30</sup> empfahl der Bundesrat die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung. Dabei wies er auf Korrekturen an der geltenden Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne im Rahmen der anstehenden *Unternehmenssteuerreform* hin. So habe die Expertenkommission rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung die Frage der Einführung einer *Beteiligungsgewinnsteuer* erneut zu prüfen.<sup>31</sup> In der Sitzung vom 12. März 2001 schloss sich der Nationalrat der bundesrätlichen Botschaft an und empfahl die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung. Der Ständerat wird sich in der Sommersession 2001 zur Initiative und Botschaft zu äussern haben.

### 3 Problemfelder

#### 3.1 Fremdfinanzierung

##### 3.1.1 Finanzierungsmodell

Da der Einsatz von *Fremdmitteln* bei Wertschriftengeschäften,<sup>32</sup> anders als im Liegenschaftenhandel, nicht alltäglich ist, deutet dies nach Ansicht des Bundesgerichts in besonderem Masse auf eine (selbständige) Erwerbstätigkeit hin.<sup>33</sup> Die Aufnahme von grösseren Krediten zur Finanzierung von Wertschriftengeschäften spricht angesichts der dabei zufolge der häufigen Börsenschwankungen bestehenden Verlustrisiken eher gegen die Annahme, dass der Anleger bloss sein eigenes Vermögen verwalten will und dass für ihn die auf Ertrag gerichtete Vermögensanlage im Vordergrund steht. Das Bundesgericht hat dem Einsatz von Fremdmitteln diese Bedeutung lediglich dann abgesprochen, wenn diese im Verhältnis zum Nettoeinkommen des Pflichtigen aus dessen Hauptberuf nicht erheblich waren.<sup>34</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis muss ein *bedeutender* oder *erheblicher* Einsatz von *Fremdmitteln* erfolgen, damit eine (selbständige) Erwerbstätigkeit vermutet wird.

Gemäss der durch die Kantonale Steuerverwaltung Schwyz im Mai 2000 publizierten Praxis liegt grundsätzlich in allen Fällen, in denen mittels Kredit – sei dies ein Lombardkredit oder die Aufnahme bzw. Aufstockung ei-

ner Hypothek – Wertschriften gekauft werden, gewerbmässiger Wertschriftenhandel vor. Die Höhe des Kredits ist nicht massgebend. Besteuert werden alle Wertschriftengewinne, nicht nur diejenigen, die durch die Kreditaufnahme ermöglicht werden. Indem die Schwyzer Praxis nicht auf die *Erheblichkeit* der Fremdfinanzierung abstellt, geht sie weiter als das Bundesgericht.

Unabhängig von der Erheblichkeit der Fremdfinanzierung stellt sich die Frage nach dem zugrundeliegenden *Finanzierungsmodell*. Wie soll das Vermögen finanziert sein, damit es noch als Privatvermögen betrachtet werden kann, und wann liegen Finanzierungsverhältnisse vor, die Teile des oder das gesamte Vermögen als Geschäftsvermögen erscheinen lassen? Von der bundesgerichtlichen Praxis anerkannt ist, dass bei der Finanzierung des *Grundvermögens* eine erhebliche Fremdfinanzierung üblich ist.<sup>35</sup> Demgegenüber soll bei der Finanzierung des *Wertschriftenvermögens* eine erhebliche Fremdfinanzierung unüblich sein.<sup>36</sup> Eine Finanzierungstheorie, aufgrund welcher diese Unterscheidung in einen üblichen oder unüblichen Fremdfinanzierungsteil vorgenommen werden kann, ist nicht ersichtlich.

##### 3.1.2 Schuldenallokation

Während beim Grundvermögen eine erhebliche Fremdfinanzierung als unbedenklich erscheint, deutet beim Wertschriftenvermögen eine erhebliche Fremdfinanzierung auf das Vorliegen von Geschäftsvermögen hin.<sup>37</sup> Damit stellt sich bei Vermögensträgern, die sowohl Grund- als auch Wertschriftenvermögen besitzen, unweigerlich die Frage nach der *Schuldenallokation*. Wie verteilt sich der Fremdfinanzierungsteil auf die einzelnen Positionen des Gesamtvermögens?<sup>38</sup>

Gemäss der publizierten Praxis der Schwyzer Steuerbehörden liegt in allen Fällen, in denen mittels grösserer oder kleinerer Kredite Wertschriften gekauft werden, Geschäftsvermögen vor. Dies selbst dann, wenn eine Hypothek aufgestockt wird, um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu finanzieren. Unbeantwortet bleibt hingegen die Frage, wie es sich verhält, wenn eine Aufstockung von Hypotheken nicht stattfindet, der Vermögensträger aber seine Hypotheken einfach nicht amorti-

30 BBI 2000 5995 ff.

31 BBI 2000 5996 ff., 6018.

32 Auf den Antiquitätenhandel sowie den Handel mit anderen beweglichen Sachwerten wird an dieser Stelle nicht weiter eingetreten. Vgl. hierzu BEHNISCH Urs R., Bericht, 28 ff.

33 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655; BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (232), auch zum Folgenden.

34 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645).

35 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655. HIRT BEAT, in: StR 1999 307 (316).

36 HIRT BEAT, in: StR 1997 307 (316).

37 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655; BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (232).

38 Zur Schulden- und Schuldzinsenallokation nach deutschem Steuerrecht eindrücklich: ELSER THOMAS, in: FStR 2001, Abschnitt 3.1.4.

sirt und dadurch frei werdende Eigenmittel in Wertschriftenvermögen anlegt. Ob eine Hypothek aufgestockt wird, um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu erwerben, oder ob eine Hypothek nicht amortisiert wird, ebenfalls um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu erwerben, erscheint vom wirtschaftlichen Gehalt her als gleichwertiger *Finanzierungsvorgang*.

Aufgrund welcher *Finanzierungstheorie* muss der Richter Fremdmittel auf einzelne Vermögenswerte verteilen, damit er von einer üblichen oder unüblichen Fremdfinanzierung und folglich von Privat- oder Geschäftsvermögen ausgehen kann? Nach welchen Grundsätzen hat die *Schuldenallokation* zu erfolgen? Gibt es überhaupt rechtsrelevante Unterschiede bei der Finanzierung von Geschäfts- und Privatvermögen? Gibt es eine Finanzierungstheorie für das Privatvermögen und eine gesonderte Theorie für das Geschäftsvermögen? Nachdem seit dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle vom 19. März 1999 der Abzug von Zinsen auf Schulden des Privatvermögens beschränkt, auf Schulden des Geschäftsvermögens aber weiterhin unbeschränkt ist,<sup>39</sup> hat sich die ESTV in einem Kreisschreiben zu diesen Fragen geäußert.<sup>40</sup> Die Abgrenzung erfolgt in erster Linie aufgrund der vom Pflichtigen nachgewiesenen *Verwendung* der Fremdmittel. Massgebend ist der Geschäftsabschluss. Bei Beteiligungen, die zum gewillkürten Geschäftsvermögen gehören, ist auf die Kaufpreisfinanzierung abzustellen. Fehlt der Nachweis der Mittelverwendung, erfolgt (in zweiter Linie) eine *proportionale* Aufteilung nach Massgabe der Verkehrswerte.<sup>41</sup>

Auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts scheint auf eine *objektmassige Schuldenallokation* abzustellen.<sup>42</sup> So entschied es in einem Fall, wo der Mehrheitsaktionär (62,45 Prozent) die noch fehlende Minderheitsbeteiligung (37,55 Prozent) von seinen Geschwistern abkaufte und später das Gesamtpaket (100 Prozent) weiterverkaufte, dass er hinsichtlich der mit Fremdmitteln erworbenen Minderheitsbeteiligung (37,55 Prozent) Wertschriftenhändler war.<sup>43</sup> Bezüglich der gleichzeitig mitveräusserten Mehrheitsbeteiligung (62,45 Prozent) an derselben Gesellschaft wurde er jedoch als Privatanleger betrachtet. Bezogen auf die Minderheitsbeteiligung war die Fremdfinanzierung erheblich, bezogen auf die Ge-

samtbeteiligung bzw. das Gesamtvermögen des Pflichtigen war sie gering. Offenbar ging das Bundesgericht von einer *objektmassigen Schuldenallokation* auf den mitveräusserten Minderheitsanteil von 37,55 Prozent aus, dies obschon eine Beteiligung von 100 Prozent gesamthaft und in einem Schritt veräussert wurde.

Das von dieser Praxis inspirierte Vorgehen gemäss dem Kreisschreiben über die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht. Belässt ein Unternehmer wenige Eigenmittel in seinem Unternehmen, indem er den Anteil der Fremdmittel erhöht, kann er die nicht im Geschäft investierten Eigenmittel in Wertschriftenvermögen anlegen, ohne dass aufgrund der gewählten Finanzierung das Risiko des gewerbmässigen Wertschriftenhandels erhöht wird. Belässt er jedoch reichlich Eigenmittel im Geschäft und finanziert sein privates Wertschriftenvermögen teilweise durch Fremdmittel, geht er das Risiko ein, aufgrund der getroffenen Finanzierung als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren. In beiden Fällen sind – *ceteris paribus* – der Gesamtbetrag der aufgenommenen Fremdmittel und das eingegangene Risiko identisch; die daran anknüpfenden Rechtsfolgen unterscheiden sich jedoch erheblich. Nicht nur eine *objektmassige Schuldenverlegung* aufgrund der Mittelverwendung führt zu willkürlichen Ergebnissen, sondern auch eine *proportionale Schuldenverlegung* mangels Verwendungsnachweis. Die Fremdmittel sind mangels Nachweis der Verwendung proportional auf das Privat- und Geschäftsvermögen zu verteilen.<sup>44</sup> Diese Schuldenverlegung kann dazu führen, dass das Wertschriftenvermögen vom Privat- zum Geschäftsvermögen wechselt. Das Kreisschreiben kann nicht darüber hinwegsehen, dass es an einer *Finanzierungstheorie* mangelt, anhand derer auf Privat- oder Geschäftsvermögen geschlossen werden könnte. Die Vermutung liegt nahe, dass es in einer rationalen und wohlinformierten Welt keine gesonderte Finanzierungstheorie für Privat- und Geschäftsvermögen geben kann. Von daher kann nur die Finanzierung des Gesamtvermögens üblich oder unüblich sein, nicht aber die Finanzierung seiner Bestandteile.

Dass die *Verwendung* der Fremdmittel kein Kriterium sein kann, an welches Steuerfolgen anknüpfen können,

39 Art. 9 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

40 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002) bezüglich der Beschränkung des Schuldzinsenabzugs und die zum Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998, auch zum Folgenden.

41 Zur Schulden- bzw. Zinsenverlegung: NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (278 f.). Kritisch zur proportionalen

Schulden- bzw. Zinsenverlegung: VON STRENG ETIENNE/ENDERLI LUC/BARKE CLAUDE-ANDRÉ/VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, in: ST 1999 753 (759 ff.).

42 So offenbar auch die Schwyzer Praxis.

43 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

44 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und Beispiel Nr. 4.

ist anhand der Richtlinien über die erforderliche Eigenfinanzierung und die zulässige Höhe des Zinsenabzugs auf von Beteiligten stammenden Darlehen ersichtlich.<sup>45</sup> Im Kreisschreiben zum verdeckten Eigenkapital sind die von den Steuerbehörden akzeptierten Höchstansätze für die Fremdfinanzierung unterschiedlicher Aktiven (Vermögenswerte) festgelegt. Damit wird etwas über die *Belehnungskapazität* einzelner Aktiven (Vermögensobjekte) ausgesagt. Abgestellt wird schliesslich auf den Wert der Gesamtaktiven bzw. des Gesamtvermögens. Ob Fremdmittel zur Finanzierung bestimmter Aktiven (Vermögenswerte) herangezogen werden, ist belanglos. Aufgrund der Zusammensetzung der Gesamtaktiven bzw. des Gesamtvermögens wird auf das übliche bzw. zulässige Mass der gesamten Fremdfinanzierung durch Dritte und Nahestehende geschlossen. In einer rationalen und wohlinformierten Welt kann es sich bei der Finanzierung des Privatvermögens nicht anders verhalten. Beurteilt werden kann nur, ob die (Fremd-)Finanzierung des *Gesamtvermögens* üblich oder unüblich ist. Die Art der Finanzierung einzelner Vermögensobjekte ist belanglos und vermag nichts über deren Zuordnung zum Geschäfts- oder Privatvermögen auszusagen.

### 3.1.3 Schuldzinsenabzug

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen sind steuerfrei.<sup>46</sup> Entsprechend sind Kapitalverluste nicht abzugsfähig. Insoweit besteht *Symmetrie*. Von der Finanzierungsseite her betrachtet müsste aus der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen folgen, dass die auf sie entfallenden Finanzierungskosten nicht abgezogen werden können. Finanzierungskosten können nur soweit abgezogen werden, als sie bei der Finanzierung von privaten Vermögenswerten anfallen, die steuerbare Vermögenserträge abwerfen. Damit stellt sich die Frage nach der Allokation der Finanzierungskosten auf private Vermögenswerte, die zu steuerfreien Kapitalgewinnen, und auf private Vermögenswerte, die zu steuerbaren Vermögenserträgen führen.<sup>47</sup>

Bis Ende 2000 galt der Grundsatz, dass sämtliche Finanzierungskosten abzugsfähig sind. Finanzierungskosten wurden einfach auf die steuerbaren Vermögenserträge

alloziert; ein allfälliger Überschuss ging zulasten des Erwerbs- und übrigen Einkommens. Eine solche Allokation von *Abzugssubstrat* hatte einkommenslose Millionäre zur Folge. Seit 1. Januar 2001 ist der Abzug von Schuldzinsen, welche auf der Fremdfinanzierung des Privatvermögens anfallen, der Höhe nach begrenzt. Private Schuldzinsen können nur noch im Umfang der steuerbaren Erträge aus beweglichem und unbeweglichem Privatvermögen und weiteren 50 000 Franken abgezogen werden.<sup>48</sup> Schuldzinsen auf Geschäftsschulden sind weiterhin unbegrenzt abzugsfähig.<sup>49</sup>

Die Grenzziehung zwischen Schuldzinsen auf der Fremdfinanzierung des Privat- oder Geschäftsvermögens erfolgt in erster Linie nach der *Fremdmittelverwendung* und in zweiter Linie *proportional* nach Massgabe der Verkehrswerte der dem Privat- oder Geschäftsvermögen zugehörigen Vermögensobjekte.<sup>50</sup> Auf die Zweckmässigkeit des Kriteriums der *Mittelverwendung* wird hier nicht mehr eingegangen.<sup>51</sup> Kommt es zur Aufrechnung von Schuldzinsen, qualifizieren die entsprechenden Vermögenswerte zumindest bis zur Beendigung der Aufrechnung als Privatvermögen.<sup>52</sup> Wertvermehrungen, die bis dahin eintreten, stellen bei der (späteren) Realisierung steuerfreien Kapitalgewinn auf dem beweglichen Privatvermögen dar. Entsprechendes gilt für Wertminderungen, die bei der (späteren) Realisierung nicht abzugsfähige Kapitalverluste auf dem beweglichen Privatvermögen darstellen.<sup>53</sup> Die Frage der Gewährung des Schuldzinsenabzugs wird somit zum entscheidenden *Kriterium*: Kommt es zur *Schuldzinsenaufrichtung*, liegt kein Geschäftsvermögen vor,<sup>54</sup> selbst wenn sämtliche andern Indizien auf gewerbsmässigen Wertschriftenhandel hindeuten. Damit stellt sich die Frage, ob, wer *freiwillig* auf den Abzug privater Schuldzinsen verzichtet, sich die Zuordnung fremdfinanzierter Vermögenswerte zum Privatvermögen sichern kann. Auf die Geltendmachung einer steuermindernden Tatsache kann der Pflichtige verzichten. Kommt es nicht zum Schuldzinsenabzug, wird die missbräuchliche *Kombination* von steuerfreien Kapitalgewinnen einerseits und einkommensreduzierendem Abzugssubstrat andererseits verhindert. Gemäss der Intention der Gesetzesnovelle sollte ge-

45 Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997 (Steuerperiode 1997) bezüglich verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

46 Art. 7 Abs. 4 Bst. a StHG; Art. 16 Abs. 3 DBG.

47 Zur Schulden- und Schuldzinsenallokation nach deutschem Steuerrecht eindrücklich: ELSENER THOMAS, in: FSrT 2001 110 ff., Abschnitt 3.1.4.

48 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

49 Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

50 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

51 Vgl. vorne, Abschnitt 3.1.2.

52 NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (279), auch zum Folgenden.

53 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und 5 sowie Beispiel Nr. 5.

54 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

rade dies verhindert werden. Von dieser Intention ist auch das Kreisschreiben beseelt, wenn es bei einer Aufrechnung von Schuldzinsen notwendigerweise auf Privatvermögen schliesst.<sup>55</sup> Wird von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug verzichtet*, liegt daher ein starkes Indiz vor, dass die entsprechenden Vermögenswerte dem Privatvermögen zuzuordnen sind.

### 3.1.4 Sonderfälle

#### 3.1.4.1 IPO's

Häufig muss vor dem Börsengang einer Gesellschaft eine *Kapitalerhöhung* durchgeführt werden, damit eine genügende Anzahl Aktien vorhanden ist und der Ausgabepreis je Aktie in der Bandbreite liegt, welche an der entsprechenden Börse für Neukotierungen gilt.<sup>56</sup> Wird die Kapitalerhöhung von den Altaktionären teilweise oder vollständig fremdfinanziert und die Schuld nach Ablauf der für Altaktionäre geltenden Lock-up-Periode mit dem Erlös aus einem teilweisen Verkauf von Aktien getilgt oder schreiten die Altaktionäre zu einer Risikodiversifikation in ihrem Wertschriftenportfolio, stellt sich die Frage, ob durch die Fremdfinanzierung und die rasche Weiterveräußerung von Beteiligungsrechten gewerbsmässiger Wertschriftenhandel gegeben ist. Dass IPO's gewisse Risiken beinhalten und der Erlös aus Wertschriftenverkäufen rasch zum Schuldenabbau und zur Risikodiversifikation wieder angelegt wird, erscheint rational und im Einklang mit modernen Konzepten der Vermögensanlage und -finanzierung. Da junge Unternehmen, die zu Eigenfinanzierungszwecken an die Börse gebracht werden, vielfach noch keine Dividenden ausschütten, dürfte in diesen Fällen die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs<sup>57</sup> besonders häufig greifen. Ist dies der Fall<sup>58</sup> oder haben die Altaktionäre von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug* verzichtet, dürften die veräusserten Aktien dem Privatvermögen angehören, selbst wenn andere Indizien für die Zugehörigkeit zum Geschäftsvermögen sprechen.<sup>59</sup>

#### 3.1.4.2 Beteiligungspläne

Mitarbeiterbeteiligungspläne, sei dies aufgrund eines Aktien- oder Optionsmodells, sind mittlerweile weit verbreitet. Gerade bei Aktienbeteiligungsplänen ausländi-

scher Konzerne werden häufig Aktien zu günstigen Konditionen an Mitarbeiter abgegeben, wobei die aus dem Erwerb dieser Mitarbeiteraktien sich ergebende Schuld bis zum Ablauf einer Restriktionsfrist und/oder der Weiterveräußerung zinsfrei gestundet wird. Auch hier stellt sich die Frage, ob die begünstigten Mitarbeiter infolge der Fremdfinanzierung des Aktienerwerbs und der nachfolgenden Veräußerung eines Teils der erworbenen Aktien zur Schuldentilgung und Anlagediversifikation als gewerbsmässige Wertschriftenhändler qualifizieren.

Immer häufiger wird ein erheblicher Teil der Gesamtschädigung von Kadermitarbeitern über Mitarbeiteroptionspläne ausgerichtet. Da die Abgabe von Mitarbeiteroptionen zumeist im Zeitpunkt der Zuteilung Steuerfolgen zeitigt, müssen die betroffenen Mitarbeiter mitunter erhebliche Fremdmittel aufnehmen, um die Steuerfolgen und ihren laufenden Lebensunterhalt finanzieren zu können. Werden solche Optionen nach Ablauf der Restriktionsfrist ausgeübt und ein Teil der erworbenen Aktien zur Tilgung der Finanzierungsschuld oder zur besseren Risikodiversifikation weiterveräussert, stellt sich die Frage, ob diese Mitarbeiter als gewerbsmässige Wertschriftenhändler qualifizieren. Handlungsfreiheit haben sie zumeist nicht, da regelmässig der Arbeitgeber die Zusammensetzung ihrer Gesamtschädigung festlegt und sie sich bei der raschen Weiterveräußerung zu Refinanzierungs- und Diversifikationszwecken ja nur rational im Sinne einer vernünftigen Anlage und Finanzierung des Privatvermögens verhalten. Mitarbeiteroptionen werfen keine laufenden Erträge ab, weshalb in diesen Fällen die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs<sup>60</sup> häufig greift. Ist dies der Fall<sup>61</sup> oder haben die Inhaber von Mitarbeiteroptionen von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug* verzichtet, dürften diese dem Privatvermögen zugehören.

### 3.1.5 Fazit

Aus der *Verwendung* von Fremdmitteln kann nicht auf die Zuordnung zum Geschäfts- oder Privatvermögen geschlossen werden. Es gibt keine übliche Finanzierung des Privatvermögens einerseits und des Geschäftsvermögens andererseits. Massstab für die Üblichkeit kann höchstens die Finanzierung des *Gesamtvermögens* sein. Von jeder *objektmassigen* Zuteilung von Fremdmitteln

55 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

56 BRAUCHLI ROHRER BARBARA/FISCHER BRIAN, in: StR 2000 709 (710 ff.), auch zum Folgenden.

57 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

58 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

59 Hievon ausgenommen der Fall, wo gewillkürtes Geschäftsvermögen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Satz 2 StHG oder Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG vorliegt, wo keine Beschränkung des Schuldzinsenabzugs eintritt (Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG).

60 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

61 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

muss abgesehen werden, da sie zu Verzerrungen führt und an der wirtschaftlichen Realität vorbeigeht. Auch eine *proportionale* Zuweisung von Fremdmitteln auf einzelne Objekte des Gesamtvermögens vermag nichts zu leisten, wenn es um die Beurteilung geht, ob ein Vermögensobjekt dem Privat- oder dem Geschäftsvermögen zugehört.

Ob eine Finanzierung des Vermögens insgesamt üblich oder unüblich ist, müsste anhand einer *Finanzierungstheorie* beurteilt werden, die unterschiedliche Lebensphasen und Lebensumstände der Vermögensträger und individuelle Risikopräferenzen berücksichtigt. Schon dies stünde einer schematischen Beurteilung entgegen. Letztlich kann aus der Art der Finanzierung des *Gesamtvermögens* nichts abgeleitet werden, wenn es um die Beurteilung geht, ob Privat- oder Geschäftsvermögen bzw. private Vermögensanlage oder gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vorliegt. Da der Erwerb von Basiswerten (welcher allenfalls weitgehend fremdfinanziert werden müsste) durch den Erwerb (selbstfinanzierter) Derivate oder Optionen ersetzt werden kann (die zu einer vergleichbaren Risikostruktur und infolge der Hebelwirkung zu einem vergleichbaren Gewinn- und Verlustpotenzial führen), wird offensichtlich, dass die Art der Finanzierung nichts darüber aussagen kann, ob Privat- oder Geschäftsvermögen vorliegt.

Kommt es zur *Aufrechnung* von *Schuldzinsen* oder wird auf die *Geltendmachung* von *Schuldzinsen* von vornherein *verzichtet*, stellt dies ein starkes Indiz dar, wonach Privat- und nicht Geschäftsvermögen vorliegt. Dies selbst dann, wenn andere Indizien auf das Vorliegen von Geschäftsvermögen hinweisen. Mit dem Inkrafttreten des Stabilisierungsprogramms 1998 dürfte der Schuldzinsenabzug zum entscheidenden *Kriterium* bei der Abgrenzung des Privat- vom Geschäftsvermögen geworden sein.

### 3.2 Transaktionen, Besitzesdauer, Umsatz und Reinvestition

Das Bundesgericht hat in einem Fall, wo es um die Geltendmachung von Kapitalverlusten ging, entschieden,

dass bei 59 über vier Bemessungsjahre verteilten Verkäufen die Schwelle zum Wertschriftenhandel noch nicht überschritten sei.<sup>62</sup> Zudem sei eine zeitlich gestaffelte und tranchenweise erfolgende Veräusserung als ein Vorgang zu betrachten, besonders wenn die tranchenweise Veräusserung der Verlustbegrenzung dient oder auf kurzfristig zu handhabende Finanzinstrumente (Call- und Put-Optionen) zurückzuführen ist. Dagegen hat es weniger als zwei Jahre zuvor in einem Fall entschieden, dass bei jährlich 180 bis 260 Transaktionen und in Tranchen erfolgenden Kaufs- und Verkaufsgeschäften auf gewerbsmässigen Wertschriftenhandel zu schliessen ist.<sup>63</sup> Einmal stützt das tranchenweise Vorgehen die Annahme der Gewerbsmässigkeit und einmal spricht es dagegen. Während die kurze Besitzesdauer von etwas mehr als einem Jahr bei der Weiterveräusserung einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent als Indiz für gewerbsmässigen Wertschriftenhandel gewertet worden ist,<sup>64</sup> wurde diesem Indiz im Falle eines Kapitalverlusts keine Bedeutung zugemessen, umso mehr, als ein Teil der Transaktionen der Verlustbegrenzung oder kurzfristig zu handhabenden Finanzinstrumenten zuzuschreiben war.<sup>65</sup> Bei der Veräusserung einer Grossbeteiligung von 100 Prozent mit anschliessender Reinvestition des Erlöses in eine andere Grossbeteiligung wurde hingegen schon bei einer einzigen Transaktion von gewerbsmässigem Wertschriftenhandel ausgegangen.<sup>66</sup> Die Grösse einer Transaktion, der in Wertschriften investierte Betrag und der getätigte Umsatz spielen mitunter eine Rolle.<sup>67</sup> Auch spielt es gemäss der bundesgerichtlichen Praxis eine Rolle, ob der Kapitalgewinn bzw. -verlust von einem Verwaltungsratspräsidenten,<sup>68</sup> einem Bankdirektor,<sup>69</sup> einer Person unter Beizug fachkundiger Hilfspersonen<sup>70</sup> oder einem Fahrlehrer<sup>71</sup> realisiert wird.<sup>72</sup>

Die für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Indizien der Transaktionshäufigkeit, der Besitzesdauer, des Umsatzes, der Reinvestition und des Einsatzes von Fachkenntnissen können auf einfache Weise umgangen werden. Statt einer Bank einen Vermögensverwaltungsauftrag zu erteilen und das Risiko einzugehen, bei hoher Transaktionshäufigkeit, grossen Umsätzen und Lombardierung des Depots aufgrund der Fachkenntnisse der bei-

62 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645), auch zum Folgenden.

63 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (226, 228 f.).

64 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (656).

65 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645).

66 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (656).

67 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (229).

68 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (655).

69 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

70 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweis.

71 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644 f.).

72 Eine anschauliche Übersicht über die bundesgerichtliche Praxis zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel unter Geltung des BdBSt findet sich bei HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (22 f.).

gezogenen Hilfsperson (Bank) als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren,<sup>73</sup> kann dies durch den Erwerb von Anteilen an *Anlagefonds* vermieden werden. Dabei spielt es keine Rolle, dass die gewählten Fonds letztlich durch dieselbe Bank als Fonds-Managerin und Depotbank verwaltet werden. Bei der Wahl von Fondsprodukten können Anlagepräferenzen berücksichtigt und es kann eine Risikodiversifikation erzielt werden. Durch geschickte Wahl von Fondsanteilen kann ein Kundendepot weitestgehend abgebildet werden. Zudem kann durch die Wahl von «*hedge funds*» eine weitgehende Lombardierung oder der Einsatz von Derivaten und Optionen mit entsprechenden Risiken erfolgen.

*Anlagefonds* sind nicht steuerpflichtig.<sup>74</sup> Von Fonds erzielte Vermögenserträge und Kapitalgewinne werden als solche an die Anteilsinhaber ausgeschüttet.<sup>75</sup> Steuerpflichtig ist der *Anteilsinhaber*. Da die Tätigkeit der Fondsverwaltung und der Depotbank dem Anteilsinhaber nicht zugerechnet wird, dürfte trotz professioneller Anlage, häufiger und kurzfristiger Umschichtung des Fondsvermögens mit hohen Umsätzen kein gewerbmässiger Wertschriftenhandel gegeben sein. Es hängt somit davon ab, was dem Pflichtigen als Vermögensträger zugerechnet wird, nämlich lediglich der Erwerb und die Veräusserung von Fondsanteilen oder Vermögensumschichtungen innerhalb des Fonds. Aufgrund der bisher publizierten Praxis dürfte das Erstgenannte der Fall sein. Andernfalls dürfte die private Vermögensanlage in Anlagefondsanteilen vom Markt verschwinden.<sup>76</sup>

### 3.3 Kapitalgewinne – Vermögenssteuer

Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen sind nicht vollständig steuerfrei. Der durch Eigenmittel finanzierte Teil des Vermögens unterliegt in den Kantonen der *Reinvermögenssteuer*,<sup>77</sup> selbst wenn kein steuerbares Einkommen realisiert wird. Die Vermögenssteuer

ist als *Ergänzungssteuer* zur Einkommenssteuer zu verstehen.<sup>78</sup> Die Belastung durch die Vermögenssteuer erfolgt unabhängig davon, ob eine Vermögensanlage zu steuerfreien Kapitalgewinnen und/oder steuerbaren Vermögenserträgen führt. Steuerfreie Kapitalgewinne erhöhen das Reinvermögen gleichermaßen wie steuerbare Vermögenserträge. Die den Kantonen aus der Vermögenssteuer zufließenden Erträge sind erheblich.<sup>79</sup>

### 3.4 Kapitalgewinne – Progression

Werden zum Geschäftsvermögen eines gewerbmässigen Wertschriftenhändlers nicht nur kurzfristige, sondern auch langfristige Vermögensanlagen gezogen, unterliegen die bei einer Vermögensumschichtung realisierten langfristigen Wertvermehrungen der vollen Progression der Einkommenssteuer. Es erfolgt weder eine Unterscheidung nach Kapitalgewinnen auf Beteiligungen oder Portfolio-Anlagen noch erfolgt eine Unterscheidung nach Kapitalgewinnen auf langfristigen oder kurzfristigen Anlagen. In allen diesen Fällen tritt die volle Progressionswirkung ein.<sup>80</sup> Die Verhältnisse liegen somit anders als bei der (monistischen) Grundstückgewinnsteuer, wo auf kurzfristig realisierten «Spekulations»-Gewinnen Zuschläge erhoben werden<sup>81</sup> und Gewinne aus langfristigem Wertzuwachs bei der Realisation über den Tarif entlastet werden. Damit stellt sich die Frage, ob die Besteuerung solcher Kapitalgewinne auf dem Umweg einer Überdehnung des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit bzw. des gewerbmässigen Wertschriftenhandels tatsächlich sachgerecht ist.

### 3.5 Kapitalgewinne – Präponderanz

#### 3.5.1 Geschäfts- oder Privatvermögen

Abgesehen von der Besteuerung des Eigenmietwerts von Wohnliegenschaften kennt das schweizerische Ein-

73 Im deutschen Steuerrecht wird der Bezug einer Bank als fachkundige Hilfsperson dagegen als Indiz für die private Vermögensverwaltung betrachtet. Vgl. ELSEER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1.

74 Ausgenommen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz: Art. 20 Abs. 1 Satz 2 StHG; Art. 49 Abs. 2 DBG. Kreisschreiben Nr. 31 vom 12. Juli 1996 (Steuerperiode 1995/1996), Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

75 Wobei Kapitalgewinne mit separatem Coupon auszuweisen sind. Vgl. Kreisschreiben Nr. 31 (Steuerperiode 1995/1996) bezüglich Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

76 Bei Anlagefonds mit direktem Grundbesitz wäre auf Ausschüttungen die Kategorie «übrige Kapitalgewinne» wohl wegzulassen. Vgl. Kreisschreiben Nr. 31 (Steuerperiode 1995/1996) bezüglich Anlagefonds mit direktem Grundbesitz, Ziff. 2.2.

77 Art. 13 f. StHG.

78 HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, N 4 § 15.

79 Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 beträgt das Aufkommen der Vermögenssteuer über drei Milliarden Franken pro Jahr (BBI 2000 6014).

80 Es kommt zu einem «bunching of income»- und einem «locked-in»-Effekt. Langfristige Wertzuwächse werden bei der Realisation in einer Steuerperiode mit voller Progressionswirkung besteuert («bunching»). Infolge dieser Steuerprogression können Anlagen mit hohen unrealisierten Wertsteigerungen nicht veräussert und durch Anlagen mit höheren Renditeerwartungen ersetzt werden. Eine solche suboptimale Vermögensallokation ist auf den «locked-in»-Effekt zurückzuführen. Hierzu: CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

81 Art. 12 Abs. 5 StHG.

kommenssteuerrecht kein «imputed income». Der Nutzen, den ein Privatfahrzeug, eine Privatjacht, ein Privatjet oder eine private Kunstsammlung stiften, wird nicht als «imputed income» besteuert. Ebenso wenig wird der Nutzen der Hausarbeit oder der Kinderbetreuung und Erziehung von der Einkommenssteuer erfasst. Die Besteuerung erfolgt nur aufgrund des am Markt durch einen Austausch von Leistungen und Wirtschaftsgütern tatsächlich erzielten Einkommens. Der unselbständig erwerbstätige Innenarchitekt, der seine Wohnung einrichtet, der unselbständig erwerbstätige Kunstmaler, der seine Wohnung mit eigenen Bildern schmückt, der unselbständig erwerbstätige Anlageberater, der sein Vermögen geschickt anlegt, der unselbständig erwerbstätige Anwalt, der einen ihn betreffenden Vertrag selbst redigiert, der unselbständig erwerbstätige Steuerberater, der seinen Nachlass steuereffizient regelt: Sie alle setzen ihre besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten für ihre eigenen Zwecke nutzenstiftend ein. Allein beim unselbständig erwerbstätigen Anlageberater, der seine persönlichen finanziellen Angelegenheiten regelt, geht die bundesgerichtliche Praxis von einer selbständigen (Neben-) Erwerbstätigkeit ohne Marktauftritt und damit von Geschäftsvermögen aus, ohne dass Geschäftsbeziehungen zu Kunden bestehen.<sup>82</sup>

Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen.<sup>83</sup> Gemäss der nun gesetzlich verankerten *Präponderanztheorie* ist ein Vermögenswert entweder Geschäfts- oder Privatvermögen. Eine Aufteilung (*Wertzerlegungstheorie*) ist bei unteilbaren Vermögenswerten grundsätzlich nicht zulässig. Unter altem Recht wurde beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent mit anschliessender Veräusserung der gesamten Beteiligung (100 Prozent) nur der auf der Minderheitsbeteiligung realisierte Gewinn als Einkommen aus (selbständiger) Erwerbstätigkeit besteuert. Der Gewinn auf der mitveräusserten Mehrheitsbeteiligung von 62,45 Prozent wurde als privater Kapitalgewinn nicht besteuert. Mangels Geschäftsbüchern, aus denen die Zuteilung der beiden Beteiligungspakete ersichtlich geworden wäre, fand eine *Wertzerlegung* statt. Nach neuem Recht stellt sich die Frage, ob aufgrund der nun geltenden *Präponderanztheorie* die gesamte Beteiligung dem

Privatvermögen zugeordnet würde und der realisierte Kapitalgewinn somit steuerfrei wäre.

In den bisher zu beurteilenden Fällen wurde die Frage, welche Vermögenswerte zum Geschäftsvermögen des gewerbmässigen Wertschriftenhändlers gehören, jeweils *ex post* entschieden. Auch wurde zwischen der Frage, wer gewerbmässiger Wertschriftenhändler ist, und der Frage, was gegebenenfalls zu seinem Geschäftsvermögen gehört, nicht immer klar unterschieden. Aufgrund der grossen Zahl von *Indizien*, die einen Privatanleger zum gewerbmässigen Wertschriftenhändler werden lassen können, ist es kaum möglich, vorweg zu bestimmen, welche Vermögenswerte ganz oder vorwiegend der selbständigen Tätigkeit als Wertschriftenhändler dienen.

Hat ein Anleger, der einen Teil seines Vermögens in sichere und langfristig Ertrag bringende Anlagen und den verbleibenden Teil in kurzfristige und risikoreiche Anlagen investiert, nur Geschäfts- oder nur Privatvermögen oder hat er teilweise Geschäfts- und teilweise Privatvermögen? Ist auf *Einzelrisiken* oder ist auf das *Gesamtrisiko* einer Anlagestrategie abzustellen? Sind der Anlagehorizont und die Risikobereitschaft eines Anlegers sowie weitere *individuelle Kriterien* zu berücksichtigen, wenn es zu beurteilen gilt, ob bestimmte Vermögenswerte dem Geschäfts- oder dem Privatvermögen zuzuordnen sind? Wie steht es, wenn die Freiheit des Anlegers bezüglich seiner Anlageentscheide von vornherein beschränkt war, weil er als Mitarbeiter oder Gründungsaktionär ein Aktienpaket besass, das er infolge Restriktionen (Sperrfrist, Aktionärsbindungsvertrag, lock-up) erst in einem bestimmten Zeitpunkt veräussern und zur Schuldentilgung oder zur Anlagediversifikation verwenden konnte? Stellt das gesamte, während längerer Zeit gehaltene Aktienpaket Geschäftsvermögen dar, weil eines oder mehrere der von der bundesgerichtlichen Praxis angewandten Indizien erfüllt waren? Welche *Anlage-theorie* soll der Aufteilung in Geschäfts- und Privatvermögen zugrunde gelegt werden? Das Anlageverständnis des Pflichtigen oder dasjenige der Steuerbehörden oder des urteilenden Richters? Aufgrund der grossen Zahl von *Indizien*, die herangezogen werden können, erfolgt die Zuteilung letztlich willkürlich.<sup>84</sup> Von daher ist es zu begrüssen, wenn mangels *Schuldzinsenabzugs* (sei dies infolge Aufrechnung oder Verzichts auf die Geltendma-

82 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweisen.

83 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 StHG; Art. 18 Abs. 2 Satz 3 DBG.

84 Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit wird nicht ausgelegt, sondern im Einzelfall durch beliebig viele Indizien soweit angereichert, bis das gewünschte Ergebnis, nämlich

«selbständige Erwerbstätigkeit», erzielt wird. Wer durch geschickte Vermögensanlage hohe Kapitalgewinne realisiert, ist gewerbmässiger Wertschriftenhändler – wer Kapitalverluste realisiert, ist mangels Sachverstand privater Anleger. Vom im Einzelfall «richtigen» Ergebnis wird auf die Rechtslage geschlossen: «Dass nicht sein kann, was nicht sein darf» (Christian Morgenstern).

chung) eine klare Zuteilung zum Privatvermögen erfolgt und die weiteren Indizien in den Hintergrund treten.<sup>85</sup>

### 3.5.2 Gewillkürtes Geschäftsvermögen

Beteiligungen von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft können zu (gewillkürtem) Geschäftsvermögen werden, sofern und soweit dies der Eigentümer im Zeitpunkt des Erwerbs erklärt.<sup>86</sup> Es muss sich um einen entgeltlichen Erwerb handeln, und die erworbene Tranche muss mindestens 20 Prozent betragen.<sup>87</sup> Dies gilt auch für spätere Zukäufe.<sup>88</sup> Wird eine Tranche von mehr als 20 Prozent erworben, muss nicht für die gesamte Tranche optiert werden; hingegen muss der Teil, wofür optiert wird, mindestens 20 Prozent betragen. Sinkt die Beteiligungsquote später, ändert sich nichts an der Zuordnung zum Geschäftsvermögen. Im Rahmen der Option erfolgt eine *Wertzerlegung* in Privat- und Geschäftsvermögen. Wird nicht optiert, bleibt es bei der *Präponderanz*,<sup>89</sup> zumindest soweit bei teilbaren Vermögenswerten aus den Geschäftsbüchern keine andere Zuteilung ersichtlich wird.

### 3.5.3 Überführungswerte

Das Bundesgericht hat in seinen Entscheiden jeweils aufgrund von Indizien festgestellt, dass der Pflichtige durch bestimmte Transaktionen die Schwelle zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel überschritten hat. Überführt ein Pflichtiger einen Teil seines Privatvermögens ins Geschäftsvermögen und veräussert er dieses sogleich weiter, realisiert er hierauf weder einen Gewinn noch einen Verlust. Vermutungswise dürfte aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs der *Überführungswert* mit dem *Veräusserungswert* identisch sein. Von daher ist der Zeitpunkt, in dem die Überführung vom Privat- ins Geschäftsvermögen erfolgt,<sup>90</sup> und der Wert der überführten Vermögensgegenstände im Überführungszeitpunkt

von entscheidender Bedeutung. Massgebend muss der *Beginn*<sup>91</sup> der selbständigen Erwerbstätigkeit sein.<sup>92</sup> Aufgrund des Überführungswerts kann festgestellt werden, ob bei einer späteren Veräusserung ein steuerbarer Kapitalgewinn oder abzugsfähiger Kapitalverlust im Geschäftsvermögen realisiert wird.<sup>93</sup> Nur Wertveränderungen im Geschäftsvermögen können im Realisierungsfall besteuert werden oder Anspruch auf Verlustanrechnung geben.<sup>94</sup> Das Problem des Überführungswerts vom Privat- ins Geschäftsvermögen stellt sich dann nicht, wenn eine *Sondersteuer* greift, welche nicht zwischen Geschäfts- und Privatvermögen unterscheidet.<sup>95</sup>

In einem bereits mehrfach erwähnten Fall ging das Bundesgericht davon aus, dass der Erwerb und die anschließende Veräusserung einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent gewerbmässigen Wertschriftenhandel darstellt.<sup>96</sup> Besteuert wurde die Differenz zwischen dem Erwerbspreis und dem etwas mehr als einem Jahr später realisierten Veräusserungspreis. Implizit ging das Bundesgericht davon aus, dass der Pflichtige im Zeitpunkt des Erwerbs der Minderheitsbeteiligung gewerbmässiger Wertschriftenhändler wurde und diese 37,55 Prozent von Anfang an zum Geschäftsvermögen gehörten. Die Jahre früher erstandene oder ererbte Mehrheitsbeteiligung wurde zwar zusammen mit der Minderheitsbeteiligung als 100-Prozent-Paket in einem einheitlichen Geschäft an denselben Erwerber veräussert. Das Bundesgericht ging aber implizit davon aus, dass die mitveräusserte Mehrheitsbeteiligung nie ins Geschäftsvermögen übergeführt worden ist.

### 3.5.4 Realisation

Geht man davon aus, dass sich ein Vermögenswert im Geschäftsvermögen befindet, stellt sich die Frage nach der Realisation einer Wertsteigerung (Gewinn) oder Wertminderung (Verlust). Massgebend ist die Behand-

85 Vgl. vorne 3.1.3.

86 Art. 8 Abs. 2 letzter Satz StHG; Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG.

87 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 5 und Beispiel Nr. 6, auch zum Folgenden.

88 NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (281 f.), soweit es sich nicht um eine Aufstockung des bereits vorhandenen gewillkürten Geschäftsvermögens handelt; a.M. REICH MARKUS, N 62 zu Art. 18 DBG.

89 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 StHG; Art. 18 Abs. 2 Satz 3 DBG.

90 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Beispiel Nr. 5.

91 RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (552), weist auf den Beginn der Steuerperiode hin. Massgebend muss jedoch der Beginn des ersten Geschäftsjahres als gewerbmässiger Wertschriftenhändler sein. Dies wird in aller Regel mit dem Zeitpunkt der

Überführung der Wertschriften vom Privat- ins Geschäftsvermögen übereinstimmen.

92 Mangels eines Geschäftsabschlusses dürfte das Geschäftsjahr eines durch Indizienbeweis überführten gewerbmässigen Wertschriftenhändlers in der Regel dem Kalenderjahr entsprechen (Art. 64 Abs. 2 StHG; Art. 210 DBG).

93 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (24).

94 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und 5 sowie Beispiel Nr. 5.

95 Art. 12 Abs. 4 Bst. b StHG. Für Wertberichtigungs- oder Abschreibungszwecke und die sogenannt wiedereingebrachten Abschreibungen bei der Veräusserung muss der Überführungswert allerdings bekannt sein.

96 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.



lung in der Handelsbilanz.<sup>97</sup> Aufgrund des Realisationsprinzips sind stille Reserven erst bei der Veräusserung offenzulegen.<sup>98</sup> Aufwertungen sind möglich, wobei bei Einzelfirmen und Personengesellschaften der zulässige Höchstwert sich nach dem Geschäftswert richtet.<sup>99</sup> Handelt es sich um Wertschriften im Umlaufvermögen, dürfen diese höchstens zum Kurswert am Bilanzstichtag bewertet werden.<sup>100</sup> Wertschriften ohne Kurswert müssen nach einer anerkannten Bewertungsmethode bewertet werden.<sup>101</sup> Dies gilt auch für Beteiligungen im Anlagevermögen.<sup>102</sup> Während Verluste infolge von Abschreibungen und Wertberichtigungen sofort realisiert werden, erfolgt die Gewinnrealisation erst bei der Veräusserung.<sup>103</sup> Dies würde es dem durch Indizienbeweis überführten gewerbsmässigen Wertschriftenhändler erlauben, Verluste geltend zu machen, wenn sie anfallen, während Gewinne erst bei der Veräusserung realisiert werden. Durch geschicktes Vorgehen können allfällige Veräusserungsgewinne durch entsprechenden Abschreibungs- bzw. Wertberichtigungsbedarf auf andern Anlagen aufgefangen werden. Die ehemals *einkommenslosen Millionäre* könnten somit von den *verlustreichen Millionären* abgelöst werden. Dies umso mehr, als auf dem Geschäftsvermögen keine Beschränkung des Zinsabzugs besteht.<sup>104</sup>

### 3.6 Pauschalbesteuerung

Natürliche Personen, die erstmals oder nach mindestens zehnjähriger Landesabwesenheit steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz begründen und hier keine Erwerbstätigkeit ausüben, haben das Recht, eine *Steuer nach dem Aufwand* zu entrichten.<sup>105</sup> Ausländer können dieses Recht über beliebig viele Steuerperioden hinweg beanspruchen.<sup>106</sup> Voraussetzung für die Gewährung der Pauschalbesteuerung ist das Fehlen einer selbständigen oder unselbständigen *Erwerbstätigkeit* in der Schweiz. Werden Ausländer durch Indizienbeweis des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels überführt, verlieren sie infolge Wegfalls einer Voraussetzung

ihren Status als Pauschalierter.<sup>107</sup> Der Nachweis dürfte allerdings nur schwer zu erbringen sein, da Pauschalierter ihr Auslandsvermögen nicht zu deklarieren brauchen.<sup>108</sup>

## 3.7 Steuerauscheidung

### 3.7.1 Interkantonal

Hat der Pflichtige einen Geschäftsbetrieb oder übt er in ständigen Anlagen und Einrichtungen eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, begründet er am Ort der Geschäftsniederlassung ein Spezialsteuerdomizil des *Geschäftsortes*.<sup>109</sup> Dort sind das gesamte aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen und das hierfür eingesetzte Geschäftsvermögen steuerbar.<sup>110</sup> Wird die selbständige Erwerbstätigkeit nicht in ständigen Anlagen und Einrichtungen ausserhalb des Hauptsteuerdomizils ausgeübt, sind Einkommen und Vermögen am *Hauptsteuerdomizil* steuerbar.

Ob die steuerpflichtige Person Wertschriftengeschäfte selbst oder über einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung, da das Wertschriftengeschäft in der Regel ohnehin den Beizug fachkundiger Personen erfordert, deren Verhalten – als Hilfspersonen – der pflichtigen Person zugerechnet wird.<sup>111</sup> Legt der Vermögensverwalter, im Rahmen der zwischen ihm und dem Anleger vereinbarten Anlagepolitik, das zu verwaltende Vermögen nach bestem Wissen und Gewissen an, stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit dieser Hilfsperson einen *Geschäftsort* oder eine *Betriebsstätte* des Auftraggebers begründet.

Regelmässig dürfte der mit der Vermögensverwaltung beauftragte Vermögensverwalter über ständige Anlagen und Einrichtungen verfügen, welche er zur Ausübung *seiner* Geschäftstätigkeit benötigt. Dies vor allem dann, wenn er die Wertschriftentransaktionen für seinen Kunden abwickelt und das Depot seiner Anlagekundschaft führt. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass Wertschriften und Geschäftsbücher ei-

97 Art. 18 Abs. 3 i.V.m. 58 Abs. 1 DBG. BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, N 9 ff. zu Art. 58 DBG.

98 REICH MARKUS/DUSS MARCO, 21 ff., 29, auch zum Folgenden.

99 Art. 960 Abs. 2 OR. BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, N 10 zu Art. 58 DBG; NEUHAUS MARKUS, N 11 ff. zu Art. 960 OR.

100 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 27 zu Art. 960 OR.

101 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 28 zu Art. 960 OR.

102 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 35 f. zu Art. 960 OR.

103 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (23 f.).

104 Art. 9 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

105 Art. 6 StHG; Art. 14 DBG.

106 Art. 6 Abs. 2 StHG; Art. 14 Abs. 2 DBG.

107 RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (552).

108 In der Kontrollrechnung gemäss Art. 6 Abs. 3 StHG bzw. Art. 14 Abs. 3 DBG müssen nur das Inlandsvermögen und seine Erträge aufgeführt werden. Das Auslandsvermögen und seine Erträge werden nicht einmal satzbestimmend berücksichtigt.

109 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 8 § 9.

110 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 9 f. § 13, auch zum Folgenden.

111 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweis.

ner Bank, welche durch eine andere Bank in einem andern Kanton verwaltet werden, nicht zu einer Betriebsstätte der erstgenannten Bank im Kanton der andern Bank führen.<sup>112</sup> Die Tätigkeit eines *unabhängigen* Vermögensverwalters begründet weder einen *Geschäftsort* noch eine *Betriebsstätte* des gewerbmässigen Wertschriftenhändlers. Unterhält der gewerbmässige Wertschriftenhändler eine eigene Infrastruktur und verfügt er über eigene Angestellte (eigenes «family office»), dürfte am Ort des family office ein *Geschäftsort* gegeben sein. Entsprechend stünde die Besteuerung der Erträge und des Geschäftsvermögens dem Kanton zu, wo durch den Pflichten ein solches family office betrieben wird.

Schliesst sich ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler mit andern zu einem *Investment Club* oder *Investment Pool* zusammen (einfache oder stille Gesellschaft),<sup>113</sup> welcher über eine *eigene* Leitung sowie *eigene* ständige Anlagen und Einrichtungen verfügt, dürfte ein *Geschäftsort* gegeben sein, wo die anteiligen Erträge und das anteilige Gesellschaftsvermögen zu versteuern sind.<sup>114</sup> Da ein *Anlagefonds* der kollektiven Anlage von Vermögen auf vertraglicher (und nicht gesellschaftsrechtlicher) Grundlage dient, wären der Ertrag aus Anteilen am Anlagefonds sowie das im Fonds investierte Geschäftsvermögen wohl am Hauptsteuerdomizil des Anteilinhabers zu versteuern.

### 3.7.2 International

Natürliche Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz sind aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie in der Schweiz eine *Erwerbstätigkeit* ausüben.<sup>115</sup> Dies gilt sowohl für die unselbständige als auch die selbständige Erwerbstätigkeit.<sup>116</sup> Umstritten ist, ob sich dieses Besteuerungsrecht nur auf die selbständige Erwerbstätigkeit von Künstlern, Sportlern und Referenten bezieht und bei freien Berufen oder anderer selbständiger Erwerbstätigkeit das (Zusatz-)Erfordernis ständiger Anlagen und Einrichtungen, in welchen die selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, erfüllt sein muss.<sup>117</sup> Damit die

Schweiz ihre beschränkte Besteuerungsbefugnis geltend machen kann, muss eine Schweizer *Einkommensquelle* gegeben sein.<sup>118</sup> Bei der Bestimmung des Ortes, wo eine Erwerbstätigkeit ausgeführt und ein Einkommen daraus geflossen ist, drängt sich die übliche Anknüpfung an ständige Anlagen oder Einrichtungen auf.<sup>119</sup> Hingegen dürfte gerade bei einer beschränkten Steuerpflicht die bloss vorübergehende physische Präsenz auf Schweizer Territorium kein geeignetes Anknüpfungskriterium sein. Von daher verhält es sich im internationalen Verhältnis gleich wie im interkantonalen. Mangels ständiger Anlagen und Einrichtungen erfolgt die Besteuerung am Hauptsteuerdomizil des Pflichtigen.

Schliesst sich ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler mit andern zu einem *Investment Club*, *Investment Pool* oder einer angloamerikanischen «*limited partnership*» zusammen,<sup>120</sup> welche über eine *eigene* Leitung sowie *eigene* ständige Anlagen und Einrichtungen verfügt, dürfte ein (ausländischer) *Geschäftsort* gegeben sein, wo die anteiligen Erträge und das anteilige Gesellschaftsvermögen zu versteuern sind.<sup>121</sup>

### 3.8 Fazit

Mit der Beschränkung des Zinsenabzugs auf Schulden des Privatvermögens wird die besonders stossende *Kombination* steuerfreier privater Kapitalgewinne einerseits und voller Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten andererseits vermieden.<sup>122</sup> Die *Aufrechnung* oder der *Verzicht* auf Geltendmachung privater Schuldzinsen stellt ein starkes Indiz dar, dass Privatvermögen vorliegt. Die andern Indizien müssen in solchen Fällen in den Hintergrund treten. Damit stellt sich die Frage, ob an der bisherigen Praxis zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel noch festgehalten werden kann. Die Anzahl Transaktionen, die jeweilige Besitzdauer, der getätigte Umsatz, die Fremdfinanzierung und die Reinvestition von Veräusserungserlösen auf *Portfolio-Anlagen* können durch geeignete Auswahl der Anlageobjekte umgangen werden. Auch Fachwissen kann beigezogen werden, ohne dass dies zu einer Zurechnung beim Anleger führt. Damit

112 BGE vom 20.03.1920, Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil Band 3, § 8 I D 3 Nr. 6.

113 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (21); RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (560).

114 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 18 § 13.

115 Art. 4 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 5 Abs. 1 Bst. a DBG.

116 BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 12 f. zu Art. 4 StHG; BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 4 ff. zu Art. 5 DBG.

117 Zur Kontroverse vgl. BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 5 f. zu Art. 5 DBG, mit weiteren Hinweisen.

118 Das persönliche Tätigwerden – wo auch immer – und der tatsächliche Wertzufluss aus Sachen oder Rechten, die mit der Schweiz wirtschaftlich verbunden sind, genügen für die Besteuerung: BGE vom 29.01.1996, StE 1997 B 11.2 Nr. 5.

119 Art. 4 Abs. 1 StHG; Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b DBG.

120 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (21, 25).

121 BGE vom 02.09.1982, StR 1983 464 ff.

122 BEHNISCH URS R., Bericht, 167.

ist aufgezeigt, dass die Überdehnung des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels nicht zu einer sachgerechten Besteuerung von Kapitalgewinnen auf *Portfolio-Anlagen* führen kann.<sup>123</sup> Vielmehr ist der Gesetzgeber gefordert, Abhilfe zu schaffen, allfällige Besteuerungslücken zu schliessen und die damit einhergehenden Anpassungen des *Steuersystems* und der *Gesamtsteuerbelastung* vorzunehmen.<sup>124</sup>

Mit der Möglichkeit, *Beteiligungen* zum gewillkürten Geschäftsvermögen zu erklären, kann die Beschränkung des Abzugs von Schuldzinsen auf Schulden des Privatvermögens behoben werden.<sup>125</sup> Dadurch soll der fremdfinanzierte Erwerb von Beteiligungen an kleinen und mittleren Unternehmen («KMU») weiterhin möglich sein. Wird nicht optiert und erfolgt eine *Aufrechnung* oder wird auf die Geltendmachung von privaten Schuldzinsen *verzichtet*, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass eine Beteiligung des Privatvermögens vorliegt. Wird die Beteiligung verkauft und optiert der Erwerber, sind die Grundsätze über die indirekte *Teilliquidation* anwendbar.<sup>126</sup> Auch die *Transponierungstheorie* stellt eine Schranke bei der Realisierung steuerfreier Kapitalgewinne auf Beteiligungen (und Portfolio-Anlagen) des Privatvermögens dar.<sup>127</sup> Die Frage, ob die Veräusserung solcher Beteiligungen gewerbsmässigen Wertschriftenhandel darstellt, ist vom Ansatz her verfehlt.<sup>128</sup> Es wäre Aufgabe des Gesetzgebers, solche Gewinne im Rahmen einer *Beteiligungsgewinnsteuer* zu erfassen.<sup>129</sup> Dabei müsste der Gesetzgeber sich notwendigerweise mit dem Nennwertprinzip, der Steuerprogression, der wirtschaftlichen Doppelbelastung, der Kapital- und Vermögenssteuer sowie dem beschränkten Abzug von Schuldzinsen befassen.

#### 4 Ansätze für eine Neuordnung

Die zu Anständen Anlass gebende *Kombination* steuerfreier Kapitalgewinne mit unbeschränktem Abzug der Finanzierungskosten<sup>130</sup> ist durch die Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* behoben worden.<sup>131</sup> Nachdem der Gesetzgeber diesem unter dem Stichwort der «einkommenslosen Millionäre»<sup>132</sup> bekannt gewordenen Missbrauch einen Riegel geschoben hat, geben an sich nur noch zwei Sachverhalte Anlass zu Anständen.

Anlass zu Anständen gibt die Möglichkeit, *steuerfreie Kapitalgewinne* auf zumeist *kurzfristigen Anlagen* zu realisieren, während Vermögenserträge (nach Abzug von Schuldzinsen) der vollen ordentlichen Besteuerung unterliegen. Dies ist umso stossender, als es wirtschaftlich nicht möglich ist, Kapitalertrag und Kapitalgewinn voneinander zu trennen – hingegen kann durch geeignete Wahl der Anlageobjekte eine solche Unterscheidung für die Steuerplanung nutzbar gemacht werden.<sup>133</sup> Die fehlende *Steuerneutralität* führt zu Verzerrungen bei den Anlageentscheiden.<sup>134</sup> Erfolgt die Anlage in Grundstücken statt in Wertschriften, werden realisierte private Kapitalgewinne durch die Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfasst. Dabei werden kurzfristige Gewinne sogar wesentlich stärker besteuert.<sup>135</sup> Wer durch planmässiges und systematisches Vorgehen, unter Ausnützung besonderer Fachkenntnisse und in häufigen, zumeist kurzfristigen Wertschriftentransaktionen bedeutende Kapitalgewinne realisiert, entgeht mithin der Besteuerung. Als vorläufige Antwort auf diesen Missstand kam es in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu einer Überdehnung des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels.<sup>136</sup> Dies geht zulasten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Steuer.

123 Aufschlussreich das deutsche Steuerrecht, wonach in den meisten Fällen eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr durch das Unterhalten eigener Büros oder einer gewerbsmässigen Organisation, die Beschäftigung von Angestellten oder ein breiter öffentlicher Auftritt erforderlich ist. Nach deutschem Verständnis weist der Beizug einer Bank und deren Fachkenntnisse dagegen auf die *private* Vermögensverwaltung hin. Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1. Rechtsvergleichend kann mit Fug und Recht von einer *Überdehnung* des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels durch die Schweizer Verwaltungs- und Gerichtspraxis ausgegangen werden.

124 BEHNISCH URS R., Bericht, 162 ff., 165 und passim.

125 Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

126 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 5. NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (284).

127 DUSS MARCO, in: ST 2001 79 ff.

128 So aber das Bundesgericht: BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

129 So die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6018 ff.).

130 BEHNISCH URS R., Bericht, 176.

131 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

132 Vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6015).

133 BEHNISCH URS R., Bericht, 20, 23 f., auch zum Folgenden.

134 ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 2.2, der darauf hinweist, dass sich im deutschen Steuerrecht die Einsicht durchgesetzt hat, wonach jede steuerliche Ungleichbehandlung von Ausschüttungen (Vermögensertrag) und Veräusserungsgewinnen (Kapitalgewinn) zu Steuergestaltungsaktivitäten führt und folglich ein Gleichklang in der Behandlung von Gewinnausschüttungen und Veräusserungsgewinnen erfolgen müsse.

135 Art. 12 Abs. 5 StHG.

136 Art. 8 Abs. 1 StHG; Art. 18 Abs. 1 DBG. Vgl. auch BEHNISCH URS R., Bericht, 32 ff.

Die *wirtschaftliche Doppelbelastung* von Gesellschaften und Beteiligten kann dadurch vermieden werden, dass eine Beteiligung verkauft wird. Erfolgt der Verkauf vom Privat- ins Geschäftsvermögen, kann der Erwerber die übernommene Beteiligung bei einer Teil- oder Vollliquidation abschreiben. Die mitübertragene *latente Steuerlast* wird dadurch beseitigt. Die an sich vorgesehene *wirtschaftliche Doppelbelastung* wird nicht nur aufgeschoben, sondern vollständig vermieden.<sup>137</sup> Dies mag dann stossend sein, wenn es den Beteiligten aufgrund der Grösse ihrer Beteiligung möglich war, auf das *Gewinnausschüttungsverhalten* der Gesellschaft einzuwirken.<sup>138</sup> Als Antwort auf solche Missbräuche schritt die Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu einer Überdehnung des Begriffs des Vermögensertrags.<sup>139</sup> Der *Vermögensertrag* umfasst nun Fälle der direkten und indirekten Teilliquidation, der Transponierung und des Mantelhandels. Auch knüpft die Steuerneutralität von gewissen Umstrukturierungstatbeständen an mehrjährige Sperrfristen an.<sup>140</sup> Veräusserungsgeschäfte werden in Vermögensumschichtungen und der Veräusserungserlös in Vermögensertrag umqualifiziert. Dies geht zulasten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Steuer.

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von (beweglichem) Privatvermögen sind steuerfrei.<sup>141</sup> Es ist fraglich, ob für die von der Verwaltungs- und Gerichtspraxis vorgenommene Überdehnung der Begriffe des *gewerbmässigen Wertschriftenhandels* und des *Vermögensertrags* aus Beteiligungen im StHG und im DBG überhaupt eine gesetzliche Grundlage besteht.<sup>142</sup> Durch die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs ist eine Lücke durch den Gesetzgeber geschlossen worden. Ob es zur Schliessung von weiteren Lücken kommt oder ob das Steuersystem insgesamt reformiert wird, ist eine Frage der Steuerpolitik. Diese ist durch den Gesetzgeber festzulegen.<sup>143</sup>

#### 4.1 Spekulationsgewinne

*Sollen* kurzfristig erzielte *Spekulationsgewinne* besteuert werden, wäre es sachgerecht, eine solche Besteuerung im Gesetz vorzusehen. Damit könnte vermieden werden, dass es fallweise zu einer interpretatorischen Überdehnung des Begriffs des gewerbmässigen Wertschriftenhandels und damit zu Ungleichbehandlungen kommt.<sup>144</sup>

Bei kurzfristigen Kapitalgewinnen stellen sich kaum praktische Probleme bei der Ermittlung des *Anlagewerts*. Die mit der Erfassung dieser Gewinne durch die allgemeine Einkommenssteuer verbundene Progressionswirkung ist systemgerecht. Die Realisierung laufender Vermögenserträge und kurzfristiger Kapitalgewinne sollte in der Weise steuerneutral sein, als sie unterschiedslos der gleichen Progression unterliegen.<sup>145</sup> Auch bei privaten Grundstücksgewinnen werden kurzfristige Gewinne höher belastet als langfristige.<sup>146</sup> Einer näheren Prüfung bedarf allerdings die *Verlustverrechnung*. Solange kurzfristige Verluste nur mit kurzfristigen Kapitalgewinnen derselben Steuerperiode und ein Verlustüberhang nicht mit übrigem Einkommen verrechnet werden können, ist ein Missbrauch durch Verlustakzeleration und Aufschub der Gewinnrealisation gebannt. Bei einer solchen Beschränkung der Verlustverrechnung wäre sogar ein *Verlustvortrag* denkbar. Im Übrigen könnten Bagatellgewinne von der Besteuerung und Bagatellverluste von der Beschränkung der Verlustverrechnung ausgenommen werden.<sup>147</sup>

Die Abgrenzung zwischen steuerbaren kurz- und steuerbefreiten langfristigen Kapitalgewinnen muss der Gesetzgeber durch Festlegung der *Haltedauer* vornehmen.<sup>148</sup> Deren willkürliche Festsetzung führt zu Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Steuer. Dies im Ge-

137 BEHNISCH URS R., Bericht, 30 f., auch zum Folgenden.

138 BEHNISCH URS R., Bericht, 62.

139 Art. 7 StHG; Art. 20 DBG.

140 BEHNISCH URS R., Bericht, 22, 34 ff. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBl 2000 6006 ff.). Auch im deutschen Steuerrecht gelten bei Unternehmensumstrukturierungen bei der Veräusserung einbringungsgeborener Anteile besondere Bestimmungen; vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 3.3.

141 Art. 7 Abs. 4 Bst. b StHG; Art. 16 Abs. 3 DBG.

142 BEHNISCH URS R., Bericht, 35.

143 Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBl 2000 6017 ff.).

144 Aufgrund des durch die Verwaltungs- und Gerichtspraxis aufgestellten Indizienkatalogs müsste man davon ausgehen, dass die Schweiz ein Land voller gewerbmässiger Wertschriftenhändler ist. Anhand der relativ geringen Zahl von bekannt gewordenen Fällen muss man aber daraufschliessen, dass es sich um ein Phä-

nomen handelt, das bisher nur in Einzelfällen aufgetreten ist. Der grösste Teil der gewerbmässigen Wertschriftenhändler wird folglich nie überführt, was die Frage nach der rechtsgleichen Anwendung und Umsetzung des Gesetzes aufwirft.

145 Bei kurzfristigen Anlagen ergibt sich bei der Gewinnrealisierung weder ein «bunching of income»- noch ein «locked-in»-Effekt, der eine Milderung der Progressionswirkung erfordern würde; vgl. CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

146 Art. 12 Abs. 5 StHG.

147 BEHNISCH URS R., Bericht, 55f. In den USA sieht Sec. 1211(b)(1) I.R.C. vor, dass kurzfristige Kapitalverluste bis US-\$ 3000 mit übrigem Einkommen verrechnet werden können. In Deutschland besteht eine Freigrenze von DM 1000 (§ 23 Abs. 3 Satz 6 EStG).

148 Weshalb die Abgrenzung zwischen kurzfristig und langfristig erzielten Kapitalgewinnen in der Schweiz nicht möglich sein soll, nachdem solche Abgrenzungen im nahen und fernen Ausland bestehen, leuchtet nicht ein. So aber BEHNISCH URS R., Bericht, 49.

gensatz zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensanlage und gewerbemässigem Wertschriftenhandel, wo die Verwaltungs- und Gerichtspraxis anhand eines beliebigen Indizienkatalogs eine nicht vorhersehbare und mangels transparenter Regeln letztlich willkürliche Zuordnung im Einzelfall vornimmt.<sup>149</sup> Aufgrund der beschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeit ginge der Fiskus ein begrenztes Risiko ein, und die Pflichtigen könnten durch eine mittel- oder langfristige Vermögensanlage diese zusätzliche Steuer vermeiden.

Kapitalgewinne auf kurzfristigen Anlagen werden auch in andern Ländern (hoch) besteuert, wobei zumeist eine scharfe zeitliche Abgrenzung zwischen kurz- und langfristigen Gewinnen erfolgt. Während in den USA die (wichtigste) Trennlinie bei 18 Monaten liegt,<sup>150</sup> wird in Deutschland die Linie bei zwölf Monaten gezogen.<sup>151</sup> Mit der ordentlichen Besteuerung kurzfristiger Kapitalgewinne könnten die Nebenfolgen der Erfassung als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit vermieden werden. Eine schematische Besteuerung anhand der Haltedauer wäre wohl einfacher zu handhaben als eine Besteuerung als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit den damit einhergehenden Abgrenzungsproblemen zwischen Geschäfts- und Privatvermögen.

## 4.2 Beteiligungsgewinne

*Sollen* Gewinne auf (nicht optierten) *Beteiligungen* des Privatvermögens besteuert werden, um die wirtschaftliche Doppelbelastung sicherzustellen, wäre es sachgerecht, eine solche Besteuerung im Gesetz vorzusehen. Damit könnte vermieden werden, dass es fallweise zu einer interpretatorischen Überdehnung des Begriffs des *Vermögensertrags* durch die gesetzlich nicht verankerten Theorien der Transponierung und der direkten oder indirekten Teilliquidation kommt. Auch käme es nicht mehr zu einer ersatzweisen Anwendung der Theorie des gewerbemässigen Wertschriftenhandels, wenn keine der vorstehend genannten Theorien anwendbar ist.<sup>152</sup>

Damit auf das *Gewinnausschüttungsverhalten* einer Gesellschaft Einfluss genommen werden kann, muss eine

massgebende Beteiligung vorliegen.<sup>153</sup> Dies wird andernorts bei einer Beteiligung von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Gesellschaft angenommen.<sup>154</sup> Abzustellen ist auf die Kapitalbeteiligung.<sup>155</sup> Von der Zielsetzung her sollte eine Besteuerung nur dann erfolgen, wenn die *Haltedauer* ausreicht, um Gewinnthesaurierungen vorzunehmen. Bei nur kurzfristiger Haltedauer greift höchstens die vorstehend dargestellte Steuer auf *Spekulationsgewinnen*.<sup>156</sup>

Bei langfristig gehaltenen Beteiligungen kommt es zum «bunching of income»- und zum «locked-in»-Effekt.<sup>157</sup> Infolge der *Progressionswirkung* wäre eine Erfassung durch die allgemeine Einkommenssteuer nicht sachgerecht. Zur Wiederherstellung der *wirtschaftlichen Doppelbelastung* müsste daher eine separate *Beteiligungsgewinnsteuer* mit entsprechend tieferem Steuersatz erhoben werden. Bei der Festsetzung des Steuersatzes ist zu berücksichtigen, dass bei einer Gewinnthesaurierung die wirtschaftliche Doppelbelastung durch kantonale Kapital- und Vermögenssteuern verstärkt wird. Entsprechend müsste der Steuersatz der Beteiligungsgewinnsteuer tief sein, in jedem Fall tiefer als in den Fällen der Transponierung sowie der direkten und indirekten Teilliquidation.

Wird auf (langfristigen) Beteiligungsgewinnen eine separate *Objektsteuer* erhoben, stellt sich umso mehr die Frage der Verlustverrechnung und des Verlustvortrags. Grundsätzlich käme nur eine Verrechnung langfristiger Beteiligungsverluste mit langfristigen Beteiligungsgewinnen in Frage. Damit dies geschehen kann, muss die Möglichkeit eines *Verlustvortrags* gegeben sein. Andernfalls würde die Verlustverrechnung zumeist am Periodizitätsprinzip scheitern.

Bei der Besteuerung langfristiger Beteiligungsgewinne stellt sich die Frage nach der Feststellung des *Anlagewerts*. Ähnliche Probleme ergeben sich bei der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens, wo der Anlagewert zur Berechnung des zu steuernden Grundstückgewinns festgestellt werden muss.<sup>158</sup> In beiden Fäl-

149 Die «vagueness» des Gesetzes wirkt sich nur zugunsten des Fiskus aus. Für den Pflichtigen, der sich auf eigene Gefahr in die «danger zone» begibt, stellt sie eine schwer kalkulierbare Steuerfalle dar.

150 Sec. 1(h) I.R.C., McDANIEL PAUL R./AULT HUGH J., 20.

151 § 23 EStG.

152 So geschehen im BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

153 BEHNISCH URS R., Bericht, 62. Anders das deutsche Steuerrecht, wo die Beteiligung wenigstens ein Prozent betragen muss (§ 17 Abs. 1 Satz 1 EStG).

154 Art. 28 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> StHG; Art. 69 und 70 Abs. 4 Bst. b DBG.

155 Kreisschreiben Nr. 9 (Steuerperiode 1998) vom 9. Juli 1998 bezüglich der Auswirkungen der Reform der Unternehmensbesteuerung, Ziff. 2.3.3.

156 Vgl. vorne Abschnitt 4.1. Ein Vorrang der Steuer auf Spekulationsgewinnen gegenüber der Steuer auf Beteiligungsgewinnen besteht auch im deutschen Steuerrecht (§ 23 Abs. 2 Satz 2 EStG). Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 3.1.2.

157 Vgl. CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

158 Art. 12 Abs. 1 StHG.

len muss bei unentgeltlichen Vermögensübertragungen ein *Steueraufschub* erfolgen.<sup>159</sup> In den Transponierungs- und Teilliquidationsfällen schlägt das *Nennwertprinzip* durch, weshalb sich die Frage nach dem Anlagewert nicht stellt.<sup>160</sup> Daraus erhellt, dass die Erhebung einer Objektsteuer auf langfristigen Beteiligungsgewinnen mit mässigem Steuersatz in jedem Fall sachgerechter ist als die Erfassung durch die allgemeine Einkommenssteuer auf dem Umweg des gewerbmässigen Wertschriftenhandels (Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit), der Transponierung und der Teilliquidation (Vermögensertrag).<sup>161</sup> Mehr ins Gewicht fallen dürfte daher der Einwand nach dem zu erwartenden Steuerertrag, der Schwierigkeit der Steuererhebung auf Seiten der Steuerpflichtigen und der Steuerbehörden sowie der Erhebungswirtschaftlichkeit.<sup>162</sup>

#### 4.3 Übrige Kapitalgewinne

Bei der Schliessung einzelner, zu besondern Anständen Anlass gebenden *Lücken* durch den Gesetzgeber drängt sich die Besteuerung der übrigen langfristigen Kapitalgewinne auf dem privaten Wertschriftenvermögen nicht auf. Insoweit wäre eine Anlehnung an das deutsche Modell möglich.<sup>163</sup> Solche Gewinne wären nur im Rahmen einer *allgemeinen Kapitalgewinnsteuer* zu erfassen.<sup>164</sup>

#### 4.4 Reflexwirkungen

*Sollte* sich der Gesetzgeber dazu entschliessen, *Spekulationsgewinne* über die allgemeine Einkommenssteuer und *Beteiligungsgewinne* über eine gesonderte Objektsteuer zu erfassen, kann dies nicht ohne Rücksicht auf das *Steuersystem* erfolgen. Werden solche Gewinne erfasst, müsste eine Rückführung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels auf am Markt erzielte Gewinne und Verluste erfolgen,<sup>165</sup> und am *Nennwertprinzip* sowie den daraus abgeleiteten Theorien des Mantelhandels, der

Transponierung und der Teilliquidation könnte nicht mehr festgehalten werden.<sup>166</sup>

Werden kurzfristige Kapitalgewinne sowie Vermögenserträge gleichermaßen durch die allgemeine Einkommenssteuer erfasst, muss dies bei der Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* berücksichtigt werden.<sup>167</sup> Die Obergrenze ist um den Betrag der steuerbaren kurzfristigen Kapitalgewinne zu erhöhen. Werden kurzfristige Kapitalgewinne besteuert, stellt sich die Frage, ob die bei der Ausgabe und dem Umsatz von bestimmten Wertschriften erhobenen Stempelabgaben noch gerechtfertigt sind und nicht allenfalls eine *Überbesteuerung* erfolgt.<sup>168</sup>

Wird eine *Beteiligungsgewinnsteuer* eingeführt, müsste eine *Milderung* der wirtschaftlichen Doppelbelastung durch die Einkommens- und Gewinnsteuer sowie die Vermögens- und Kapitalsteuer in Betracht gezogen werden. Dabei kämen wohl in erster Linie Korrekturmassnahmen auf Stufe Gesellschaft in Frage.<sup>169</sup>

## 5 Schlussbetrachtung

Die steuerliche Erfassung von Kapitalgewinnen auf privatem Wertschriftenvermögen durch eine Überdehnung des Begriffs des gewerbmässigen Wertschriftenhandels führt zu zahlreichen Problemen und Ungereimtheiten. Durch das Heranziehen einzelner oder mehrerer *Indizien* im Einzelfall leidet die Rechtssicherheit und vor allem die Vorhersehbarkeit der Besteuerung. Nachdem den stossendsten Missbrauchsfällen durch die Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* ein Riegel geschoben worden ist, stellt sich die Frage, ob der *Gesetzgeber* weitere *Lücken* füllen *soll*. Damit könnte zu Anständen Anlass gebenden Praktiken ein Riegel geschoben werden, und es könnten die überdehnten Begriffe des gewerbmässigen

159 Art. 12 Abs. 3 StHG. In den USA führt die unentgeltliche Vermögensübertragung infolge Erbgang zu einer «step-up of basis», d.h. einer Angleichung des Anlagewerts an den Verkehrswert im Zeitpunkt des Erbgangs; vgl. Sec. 1014 I.R.C.

160 Wird der Anlagewert ignoriert, gilt das Prinzip: «Den letzten beißen die Hunde.»

161 Dies umso mehr, als bei den beiden letztgenannten Theorien der Anlagewert belanglos ist und in Einzelfällen die geschuldete Steuer ein Vielfaches des tatsächlich realisierten Gewinnes sein kann.

162 BEHNISCH URS R., Bericht, 41 f., 44 ff. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6009 ff.).

163 Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitte 2.1 und 5.

164 BEHNISCH URS R., Bericht, 55 f., 71 f., 162 f., 165.

165 Dabei könnte man sich an der bisherigen Zürcher Praxis, so wie sie durch das VGer ZH in seiner Entscheid von 14.09.1993 bestätigt und von der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich in ihrer Entscheid vom 13.03.1997 für die Zwecke des DBG übernommen worden ist, orientieren (StE 1994 B 23.1 Nr. 28 und StE 1997 B 23.2 Nr. 37). Im Bereich des allgemein bankvermittelten Wertpapierhandels kann es unter Vorbehalt von Ausnahmefällen keine nach aussen hin sichtbare Teilnahme eines Steuerpflichtigen am Wirtschaftsleben geben. Diese (alte) Zürcher Praxis entspricht in etwa der deutschen Praxis. Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1, mit zahlreichen Hinweisen.

166 BEHNISCH URS R., Bericht, 41, 150 f., 165.

167 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

168 BEHNISCH URS R., Bericht, 163.

169 BEHNISCH URS R., Bericht, 25 f., 162 f.

Wertschriftenhandels und des Vermögensertrags auf ihren eigentlichen Gehalt zurückgeführt werden.

Jede *Lückenfüllung* hat *Reflexwirkungen* auf das *Steuer-system* insgesamt. Schliesst der Gesetzgeber eine Lücke, müssen andernorts entsprechende Anpassungen erfolgen, um eine *Überbesteuerung* zu vermeiden. Desgleichen muss die Verwaltungs- und Gerichtspraxis der Rechtsänderung Rechnung tragen und von vertraut gewordenem Richterrecht Abstand nehmen. Ziel dieses Beitrags war es, thesenartig auf solche Zusammenhänge hinzuweisen und im Rahmen des «IFF Forums für Steuerrecht» Gedankenanstösse für die künftige *Gesetzgebung* und *Gesetzesanwendung* zu vermitteln.

## Literatur

- BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1, StHG, Basel/Frankfurt a. M. 1997, Art. 4 StHG
- BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 5 DBG
- BEHNISCH URS R., Expertenbericht Steuerlücken (Bericht), Bern, 8. Juli 1998
- BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, Student Edition, 7. A., Valhalla (N.Y.) 2000
- BRAUCHLI ROHRER BARBARA/FISCHER BRIAN, Die steuerlichen Aspekte eines IPO, in: StR 2000 709
- BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 58 DBG
- CHIRELSTEIN MARVIN A., Federal Income Taxation, 8. A., New York 1997
- DUSS MARCO, Sprüche voller Widersprüche, in: ST 2001 79 ff.
- ELSER THOMAS, Der private Wertpapierhandel im deutschen Einkommensteuerrecht nach der Unternehmensteuerreform, in: FStR 2001 110 ff.
- HIRT BEAT, Kritische Bemerkungen zur «gewerbsmässigen» privaten Vermögensverwaltung, in: StR 1999 307 ff.
- HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonales Steuerrecht, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2000
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2001
- HUBERT OTMAR, Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Wertschriftenhandel, in: StR 1998 20 ff.
- MCDANIEL PAUL R./AULT HUGH J., Introduction to United States International Taxation, 4. A., Den Haag/London/Boston 1998
- NEUHAUS HANS-JÜRIG, Die steuerlichen Massnahmen im Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungspaket 1998, in: ASA 68 (1999/2000) 273 ff.
- NEUHAUS MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel/Frankfurt a. M. 1994, Art. 960 OR
- REICH MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 18 DBG
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996
- RÜEGG MARCEL, Tauglichkeit der Kriterien für den gewerbsmässigen Wertpapierhändler, in: StR 2000 550 ff.
- VON STRENG ETIENNE/ENDERLI LUC/BARKE CLAUDE-ANDRÉ/VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, Loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998, in: ST 1999 753 ff.

# Der private Wertpapierhandel im deutschen Einkommensteuerrecht nach der Unternehmenssteuerreform

Dipl.-Oek. Dr. Thomas Elser



*Dr. Thomas Elser, Dipl.-Oek.,  
Steuerberater, Mitarbeiter  
der Sozietät Linklaters  
Oppenhoff & Rädler,  
München*

## Inhalt

1	<b>Einleitung</b>	4	<b>Private Vermögensverwaltung versus gewerblicher Wertpapierhandel</b>
2	<b>Steuersystematische Grundlagen</b>	4.1	<b>Abgrenzungskriterien zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Wertpapierhandel</b>
2.1	<b>Dualismus der Einkunftsarten als Ausgangspunkt der Differenzierungsnotwendigkeit hinsichtlich der Besteuerung dem Grunde nach</b>	4.2	<b>Abgrenzung am Beispiel der Wertpapiergeschäfte von «Daytradern»</b>
2.2	<b>Der körperschaftsteuerliche Systemwechsel und die Einführung des «Halbeinkünfteverfahrens» als Ausgangspunkt für die Besteuerung der Höhe nach</b>	5	<b>Schlussbemerkung</b>
3	<b>Steuerliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung von Wertpapieren</b>		<b>Literatur</b>
3.1	<b>Besteuerung der Gesellschafter mit Wertpapieren im Privatvermögen</b>		<b>Erlasse</b>
3.1.1	Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte		
3.1.2	Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 EStG		
3.1.3	Besonderheiten im Verlustfall		
3.1.4	Die steuerliche Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungskosten bei privaten Wertpapiergeschäften		
3.2	<b>Besteuerung der Gesellschafter mit Anteilen im Betriebsvermögen</b>		
3.2.1	Anteile im Betriebsvermögen einer natürlichen Person		
3.2.2	Anteile im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft: Spardose für die private Vermögensakkumulation?		
3.3	<b>Besteuerung von Gesellschaftern mit einbringungsgeborenen Anteilen an Kapitalgesellschaften</b>		



## 1 Einleitung

Die Besteuerung von Gewinnen aus privaten Wertpapierveräußerungsgeschäften ist durch den in Deutschland vorherrschenden Dualismus der Einkunftsarten und die damit verbundene Problematik der Abgrenzung zwischen Betriebsvermögen und Privatvermögen geprägt. Aus internationaler Perspektive gibt es in Deutschland keine durchgängige Capital-gains-Besteuerung.<sup>1</sup> Die jüngste Steuerreform in Deutschland,<sup>2</sup> die durch einen körperschaftsteuerlichen Systemwechsel insbesondere die Besteuerung der Kapitalgesellschaften grundlegend reformierte, hat auch einschneidende Veränderungen und steuersystematische Neuorientierungen bezüglich der Besteuerung auf Gesellschafterebene mit sich gebracht.

Nach einer kritischen Darstellung des dem deutschen Einkommensteuerrecht zugrundeliegenden steuersystematischen Fundaments gibt der vorliegende Beitrag einen Überblick über die durch die jüngste Steuerreform massgeblich geänderte steuerliche Behandlung von Wertpapierveräußerungsgeschäften in Deutschland. Das Hauptaugenmerk der Ausführungen wird hierbei auf die Besteuerung der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gelegt.<sup>3</sup> Schliesslich wird auf die auch im deutschen Steuerrecht wichtige Abgrenzungsproblematik zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Wertpapierhandel eingegangen.

## 2 Steuersystematische Grundlagen

### 2.1 Dualismus der Einkunftsarten als Ausgangspunkt der Differenzierungsnotwendigkeit hinsichtlich der Besteuerung dem Grunde nach

In Deutschland ist die Veräußerung von Privatvermögen grundsätzlich einkommensteuerlich irrelevant. Dies

folgt aus dem im deutschen Einkommensteuerrecht vorherrschenden Dualismus der Einkunftsarten, wonach die Einkünfte des Privatvermögens (§ 2 Abs.1 Nr.4–7 EStG) nach den Grundsätzen der Quellentheorie<sup>4</sup>, d.h. ohne Erfassung von Wertveränderungen des Vermögensstammes, ermittelt werden. Demgegenüber orientiert sich die Gewinnermittlung bei den betrieblichen Einkünften (§ 2 Abs.1 Nr.1–3 EStG) an der Reinvermögenszugangstheorie<sup>5</sup>, welche Substanzgewinne der Besteuerung zugrunde legt. Der Einkunftsartendualismus in Deutschland überstand hartnäckig auch die jüngsten Steuerreformen, wenngleich die h.L. seit geraumer Zeit die auf der Fuisting'schen Quellentheorie basierende Nichterfassung von Vermögenswertänderungen im Rahmen der Überschusseinkunftsarten ablehnt.<sup>6</sup>

Durchbrochen wird der Grundsatz der steuerlich irrelevanten Veräußerungserfolge im Privatvermögen de lege lata, wenn entweder:

- ein privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 EStG, in Abhängigkeit vom Zeitraum, in dem die Wertpapiere gehalten werden, vorliegt<sup>7</sup> oder
- eine von der Beteiligungshöhe abhängige Veräußerung einer Beteiligung iSd. § 17 EStG gegeben ist<sup>8</sup> oder
- es sich um die Veräußerung sogenannter einbringungsgeborener Anteile gem. § 21 UmwStG handelt.<sup>9</sup>

Werden die Wertpapiere bzw. die Anteile an Kapitalgesellschaften in einem Betriebsvermögen gehalten,<sup>10</sup> so sind Veräußerungserfolge unbeschadet einer spezifischen Besitzzeit oder Beteiligungsquote grundsätzlich steuerbar.

1 Vgl. KANZLER, FR 2000, 1247 m.w.N.

2 Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433; Steuersenkungsergänzungsgesetz v. 19.12.2000, BGBl. I 2000, 1812; Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes v. 20.12.2000, BGBl. I 2000, 1850.

3 Spezielle Probleme des Übergangs bzw. der erstmaligen Anwendung der Vorschriften sind nicht Gegenstand des Beitrages. Umfangreiche Ausführungen hierzu finden sich in OPPENHOFF & RÄDLER LINKLATERS & ALLIANCE (HRSG.), Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz, Stuttgart 2000.

4 Als bedeutendster Vertreter der Quellentheorie gilt der preussische Verwaltungsjurist FUISTING; vgl. BERNHARD FUISTING, Die preussischen direkten Steuern, 4.Bd., Grundzüge der Steuerlehre, 1902, 107 ff.

5 Neben der Quellentheorie hat die Reinvermögenszugangstheorie den kasuistischen Einkommenstatbestand des § 2 EStG nachhaltig beeinflusst. Als Hauptvertreter der Reinvermögenszugangstheorie gilt VON SCHANZ; vgl. GEORG VON SCHANZ, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, FinArch, Bd. XIII (1986), 1 ff.

6 Vgl. stellvertretend NEUMARK, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen 1970; SCHNEIDER, StuW 1971, 330 f.; KIRCHHOF, in KIRCHHOF/SÖHN, EStG, § 2, Anm. 320; BAREIS-KOMMISSION, Thesen der Einkommensteuerekommission, Schriftenreihe des BMF, Heft 55, Bonn 1995, 34 ff.

7 Vgl. Abschn. 3.1.1.

8 Vgl. Abschn. 3.1.2.

9 Vgl. Abschn. 3.3.

10 Vgl. Abschn. 3.2.

## 2.2 Der körperschaftsteuerliche Systemwechsel und die Einführung des «Halbeinkünfteverfahrens» als Ausgangspunkt für die Besteuerung der Höhe nach

Mit dem Steuersenkungsgesetz (StSenkG) wurde das seit 1977 geltende körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren abgeschafft.<sup>11</sup> An seine Stelle trat ein körperschaftsteuerliches Definitivbelastungssystem mit einer ausschüttungsunabhängigen Definitivbelastung auf Gesellschaftsebene iHv. 25%.<sup>12</sup> Zur pauschalierenden Abmilderung der Doppelbelastung werden an natürliche Personen ausgeschüttete Gewinne auf Gesellschafterebene nur noch zur Hälfte steuerlich erfasst (sog. Halbeinkünfteverfahren, vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG iVm. § 3 Nr. 40 EStG). Ist zwischen der ausschüttenden Kapitalgesellschaft und der natürlichen Person eine (oder mehrere) weitere Kapitalgesellschaft zwischengeschaltet, so wird, zur Verhinderung einer Mehrfachbelastung mit definitiver Körperschaftsteuer, die Dividendeneinnahme der zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft steuerfrei gestellt (§ 8b Abs. 1 KStG).<sup>13</sup>

Mit dieser geänderten Dividendenbesteuerung ging auch eine neue Besteuerungskonzeption hinsichtlich der Gewinne aus Anteilsveräusserungen einher. Der Gesetzgeber hat zu Recht erkannt, dass jede steuerliche Ungleichbehandlung von Dividendenausschüttungen und Veräusserungsgewinnen zu Steuergestaltungsaktivitäten führt.<sup>14</sup> Folglich hat ein weitgehender Gleichklang in der Behandlung von Gewinnausschüttung und Anteilsveräusserung Eingang in das StSenkG gefunden. Der Gesetzgeber hat sich hier wohl von der Einsicht leiten lassen, dass der Veräusserungsgewinn einer Vereinnahmung der zukünftig zu erwartenden Gewinne zu ihrem heutigen Barwert ökonomisch äquivalent ist.<sup>15</sup> Für die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräusserung von Anteilen an Kapitalgesellschaften der Höhe nach bedeutet dies, dass immer dann, wenn bei natürlichen Personen eine Steuerbarkeit dem Grunde nach gegeben ist (s.o.

Abschn. 2.1), ein Veräusserungsgewinn analog den Gewinnausschüttungen nur zur Hälfte der Besteuerung unterworfen wird. Entsprechend gilt, dass Gewinne aus der Veräusserung von Anteilen an Kapitalgesellschaften durch Kapitalgesellschaften steuerbefreit sind (§ 8b Abs. 2 KStG), da auch die Gewinnausschüttungen steuerbefreit sind.

Wenngleich die Einbeziehung der Veräusserungsgewinne in die Halbeinkünftebesteuerung bzw. die völlige Steuerfreiheit in Konzernfällen insbesondere an den Kapitalmärkten grossen Anklang fand,<sup>16</sup> so ist ein derartiges Besteuerungsregime auch vor dem Hintergrund der geänderten Dividendenbesteuerung nicht steuersystematisch zwingend. Die (hälftige) Steuerbefreiung der Veräusserungsgewinne lässt sich zweifelsohne begründen, soweit offene, bereits mit definitiver Körperschaftsteuer belastete Gewinnrücklagen im Kaufpreis entgolten werden. Die Anteilsveräusserung als alternativer Weg der Vermittlung einer auf Gesellschaftsebene erwirtschafteten und versteuerten Vermögensmehrung darf keine anderen Steuerfolgen wie die unmittelbare Ausschüttung nach sich ziehen. Jede derartige Ungleichbehandlung würde zu einem «Run» in die jeweils günstigere Alternative führen.<sup>17</sup> Hinsichtlich der Mitveräusserung der offenen Rücklagen ergibt sich die Notwendigkeit der (hälftigen) Steuerfreistellung letztlich aus dem Gebot der Verhinderung einer Doppelbelastung der erwirtschafteten Gewinne.

Soweit hingegen stille Reserven und/oder ein Firmenwert im Anteilskaufpreis entgolten werden, ist noch keine Definitivbelastung auf Gesellschaftsebene eingetreten. Gleichwohl handelt es sich auch insoweit um einen auf Seiten des Veräusserers realisierten Reinvermögenszugang, für dessen Nichtbesteuerung nur schwerlich Argumente zu finden sind, zumal bei Veräusserung eines Einzelunternehmens oder eines Anteils an einer Mitunternehmensgesellschaft (Personengesellschaft), ggf. unter Beachtung des § 34 EStG,<sup>18</sup> der Veräusserungsgewinn voll

11 Eine ausführliche Darstellung der Neuregelungen des StSenkG einschliesslich deren Kommentierung mit ersten Gestaltungshinweisen findet sich in OPPENHOFF & RÄDLER LINKLATERS & ALLIANCE (HRSG.), Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz, Stuttgart 2000.

12 Zur Kritik von ökonomischer Seite an der Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens vgl. stellvertretend SIEGEL ET AL., BB 2000, 1269 m.w.N.

13 Eine Mindestbeteiligungsgrenze oder eine Mindestbesitzzeit sind nicht zu beachten. Die allgemeine Dividendenfreistellung des § 8b Abs. 1 KStG gilt gleichermassen sowohl für Dividenden aus dem Inland wie für Dividenden aus dem Ausland.

14 Vgl. nur die früheren, auf die begünstigte Veräusserungsgewinnbesteuerung zurückzuführenden Anteilsrotationsmodelle (Quartett-Modelle) oder die sog. Dividendenstrippinggestaltun-

gen, vgl. ELSEER, Steuergestaltung und Grenzpreisbildung beim Kapitalgesellschaftskauf, Wiesbaden 2000, 138 ff.

15 Vgl. RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2000, 367; VAN LISHAUT, StuW 2000, 191; SIGLOCH, StuW 2000, 167.

16 Vgl. die Nachweise bei KANZLER, FR 2000, 1245.

17 Vgl. auch GÜNKEL/FENZL/HAGEN, DStR 2000, 448; HERZIG/DAUTZENBERG, DB 2000, 12.

18 Zur Abmilderung einer Benachteiligung des «Mittelstandes» wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens der bis zum Veranlagungszeitraum 1998 geltende «halbe durchschnittliche Steuersatz» gem. § 34 EStG bei Veräusserungen von Einzelunternehmen oder Mitunternehmeranteilen wieder eingeführt. Die Vergünstigung wird jedem Steuerpflichtigen jedoch nur einmal im Leben und erst ab dem 55. Lebensjahr bzw. bei dauernder Berufsunfähigkeit gewährt.

versteuert werden muss.<sup>19</sup> Es könnte allenfalls versucht werden, über die Höhe der Vergütung durch den Erwerber die Steuerbegünstigung zu rechtfertigen: Mit der steuerfreien Veräußerung der stillen Reserven und künftigen Ertragsaussichten geht eine Verlagerung der künftigen Steuerlasten bei Realisierung auf den Erwerber über.<sup>20</sup> Der Erwerber kann sich seinerseits, aufgrund der Aberkennung der Anschaffungskosten (§ 3c Abs.1, Abs.2, § 8b Abs.3 KStG), dieser Steuerlasten nicht mittels einer korrespondierenden Anteilswertminderung entledigen, so dass er in Höhe des Barwertes der auf ihn übergehenden latenten Steuerlasten einen Kaufpreisabschlag vornehmen wird.<sup>21</sup> Die Erwerberbelastung und damit die Kaufpreisreduktion hängt vom Zeitpunkt der Aufdeckung der stillen Reserven ab. Unterstellt man eine derartige Kaufpreisanpassung, so besteht aus Sicht des Veräußerers der eigentliche Vorteil der (häufig) steuerfreien Beteiligungsveräußerung darin, dass der Veräußerungserlös lediglich um den Barwert der künftigen Definitivsteuern vermindert ist und nicht um die sofortige Steuerbelastung in voller Höhe. Dieser Vorteil resultiert daraus, dass der Fiskus auf seinen Steueranspruch verzichtet, bis die körperliche Realisation der Gewinnhoffnungen am Markt eintritt.<sup>22</sup> Dieser Rechtfertigungsansatz über durch das Steuersystem ausgelöste Rückwirkungen auf die Marktpreise ist letztlich jedoch kein tauglicher Ersatz für eine systematisch zutreffende Veräußerungsgewinnbesteuerung. Eine eher zufällige personale Zuweisung von Steuerlasten ist mit der Idee einer personalen Einkommensbesteuerung unvereinbar.<sup>23</sup>

Nach diesen für das Verständnis des deutschen Steuerrechts wichtigen steuersystematischen Grundlagen wird nachfolgend auf die steuerrechtlichen Details de lege lata eingegangen.

### 3 Steuerliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten aus der Veräußerung von Wertpapieren

#### 3.1 Besteuerung der Gesellschafter mit Wertpapieren im Privatvermögen

##### 3.1.1 Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte

§ 23 EStG regelt die ausnahmsweise Besteuerung von Kapitalgewinnen im Privatvermögen, wenn der Steuerpflichtige die Werterhöhungen innerhalb einer bestimmten Frist wirtschaftlich vereinnahmt hat.<sup>24</sup> Grundsätzlich fallen alle Wirtschaftsgüter des Privatvermögens – mit unterschiedlichen Voraussetzungen – unter § 23 EStG. Grundstücke und Wertpapiere sind besonders häufig Gegenstand privater Veräußerungsgeschäfte. Sie werden demzufolge im Gesetz auch ausdrücklich genannt.

Werden Wertpapiere im Privatvermögen des Steuerpflichtigen gehalten und liegt zwischen dem Kauf der Wertpapiere und deren Veräußerung nicht mehr als ein Jahr, so liegt ein sog. privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 Abs.1 Nr.2 iVm. § 22 Nr.2 EStG vor. Durch den Verzicht auf den Begriff «Spekulationsgeschäft» im durch das StEntlG<sup>25</sup> neu gefassten § 23 EStG sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht nur Geschäfte mit Spekulationsabsicht der Besteuerung unterliegen, sondern allgemein Veräußerungsgeschäfte, bei denen das Tatbestandsmerkmal der Veräußerung innerhalb einer bestimmten Frist nach Anschaffung erfüllt ist.<sup>26</sup> Für jedes einzelne Wirtschaftsgut sind die Voraussetzungen des § 23 EStG in der Person des veräußernden Eigentümers gesondert zu prüfen. Bei sammelverwahrten Wertpapieren ist dem Identitäts- bzw. Nämlichkeitserfordernis genügt, wenn die angeschafften und veräußerten Wertpapiere der Art und Stückzahl nach identisch sind. Hierbei wird zugunsten des Steuerpflichtigen nur dann von einem steuerpflichtigen privaten Veräußerungsgeschäft ausgegangen, soweit der Art und Stückzahl nach feststeht, dass Anschaffung und Veräußerung innerhalb von einem Jahr stattgefunden haben. In diesem Fall sind

19 Vgl. BAREIS, StuW 2000, 142.

20 Vgl. auch SIGLOCH, StuW 2000, 167.

21 So auch RÖDDER, in: SCHAUMBURG (HRSG.), Unternehmenskauf im Steuerrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2000, 421–437. Ein ähnlicher Ansatz, die fehlende Veräußerungsbesteuerung über eine Verböserung auf Erwerberseite zu korrigieren, lag auch § 50c EStG a.F. zugrunde.

22 Wären Veräußerungsgewinne voll steuerpflichtig, soweit stille Reserven und/oder ein Firmenwert mitvergütet werden, so müssten, zur Verhinderung von Doppelbesteuerungen, dem

Erwerber steuerwirksame Anschaffungskosten (bzw. eine Step-up-Möglichkeit) zuerkannt werden. Dies dürfte, entgegen SCHÖN, StuW 2000, 159, indes nicht mit unüberwindbaren technischen Problemen verbunden sein.

23 BAREIS, StuW 2000, 142; SIGLOCH, StuW 2000, 167.

24 Vgl. z.B. BFH v. 29. 3. 1989, X R 4/84, BStBl. II 1989, 652.

25 Steuerverlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 24.3.1999, BGBl. I 1999, 402.

26 Vgl. HERZIG/LUTTERBACH, DStR 1999, 521 ff.; RISTHAUS, DB 1999, 1032 ff.

die Anschaffungskosten nach Durchschnittswerten zu ermitteln.<sup>27</sup>

Ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn gem. § 23 EStG unterliegt der Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren, soweit es sich bei der Veräußerung um Anteile an Kapitalgesellschaften handelt. Der Gesetzgeber bedient sich hierbei einer recht eigentümlichen Gesetzestechnik, indem er im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinnes (§ 23 Abs. 3 EStG) einerseits in § 3 Nr. 40 lit. j EStG die nur hälftige Erfassung des Veräußerungserlöses regelt und andererseits in § 3c Abs. 2 EStG den hälftigen Abzug der damit zusammenhängenden Aufwendungen (insbesondere Anschaffungs-, Finanzierungs- und Veräußerungskosten) verbietet.

Ein derart ermittelter Veräußerungsgewinn unterliegt dem regulären progressiven Einkommensteuertarif (§ 32a EStG), sofern die Freigrenze von 1000 DM (§ 23 Abs. 3 S. 6 EStG) überschritten ist. Durch die Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren verdoppelt sich die Wirkung der unverändert gebliebenen Freigrenze. Ein Freibetrag kommt daneben nicht zur Anwendung.

### 3.1.2 Veräußerung von Beteiligungen iSd. § 17 EStG

Bei Veräußerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften sieht das deutsche Steuerrecht in § 17 EStG eine weitere Ausnahme von der steuerlichen Irrelevanz privater Veräußerungserfolge vor. Allerdings geht die Qualifikation einer Anteilveräußerung als privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 EStG der Besteuerung des Gewinnes aus der Veräußerung einer Beteiligung gem. § 17 EStG vor (§ 23 Abs. 2 S. 2 EStG). Werden jedoch Anteile an Kapitalgesellschaften veräußert und erfolgt dies außerhalb der dargestellten «Spekulationsfrist» von einem Jahr, so greift § 17 EStG, was bedeutet, dass die Beteiligungsquote relevant wird:

- Ist der Gesellschafter zu weniger als 1% an der Kapitalgesellschaft beteiligt, so liegt keine Beteiligung iSd. § 17 Abs. 1 S. 1 EStG vor. Ein bei der Veräußerung einer derartigen Beteiligung («unwesentliche» Beteiligung) entstehender Veräußerungsgewinn gilt

als nicht steuerbarer Substanzgewinn und wird einkommensteuerlich nicht erfasst. Korrespondierend können Veräußerungsverluste steuerlich nicht geltend gemacht werden.

- Besitz der Gesellschafter zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb von fünf Jahren vor der Veräußerung mittelbar oder unmittelbar mindestens 1% der Anteile an einer in- oder ausländischen Kapitalgesellschaft, so zählt der Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb.

Die durch § 17 EStG begründete Steuerpflicht ist nicht davon abhängig, dass die wesentliche Beteiligung insgesamt veräußert wird. Der Veräußerer muss lediglich zu irgendeinem Zeitpunkt in den letzten fünf Jahren Inhaber einer wesentlichen Beteiligung gewesen sein. Hierdurch soll verhindert werden, dass eine Besteuerung durch Teilveräußerung vermieden wird. Eine noch so kurze Beteiligung oberhalb der Wesentlichkeitsschwelle des § 17 EStG innerhalb der letzten fünf Jahre verstrickt alle Anteilveräußerungen. § 17 Abs. 1 S. 1 EStG enthält damit ein retrospektives Tatbestandsmerkmal. Strittig im Hinblick auf die Rückwirkungsproblematik ist die Frage, ob für die Beurteilung des Überschreitens der Beteiligungsgrenze innerhalb des Fünfjahreszeitraumes die Grenze zum Veräußerungszeitpunkt massgebend ist – so die Finanzverwaltung, vgl. R 140 Abs. 2 EStR – oder ob – so die h.M.<sup>28</sup> – die jeweils geltenden Beteiligungsgrenzen heranzuziehen sind.<sup>29</sup>

Bereits zum 1.1.1999 wurde die Beteiligungsgrenze des § 17 EStG ohne Übergangsregelung von mehr als 25% auf 10% abgesenkt.<sup>30</sup> Eine Vielzahl bislang nicht steuerverhafteter Beteiligungen wuchs durch die Absenkung der Beteiligungsgrenze in die Steuerverstrickung hinein, insbesondere auch solche stillen Reserven, die vor dem 1.1.1999 gebildet wurden.<sup>31</sup> Der Gesetzgeber hat nunmehr mit seinem StSenkG in § 17 Abs. 1 S. 1 EStG die Beteiligungsgrenze noch weitergehend auf lediglich 1% herabgesetzt.<sup>32</sup> Die ursprünglich diskutierte absolute Betragsgrenze von 5000 DM am Nennkapital der Kapitalgesellschaft, die aus dem Blickwinkel einer gleich-

27 Vgl. BFH v. 24.11.93, X R 49/90, BStBl. II 1994, 591.

28 Vgl. SCHMIDT/WEBER-GRELLET, EStG, 19. Aufl., § 17, Rz. 35, 71; SCHNEIDER in KIRCHHOF/SÖHN, EStG, § 17 Rn. B 157, A 255 f. Mit dem rechtskräftigen Aussetzungsbeschluss vom 8.12.2000 hat sich das FG Baden-Württemberg (9 V 85/00, DStR 2001, 119) der h.M. angeschlossen.

29 Vgl. zur Rückwirkungsproblematik iRd. § 17 EStG auch BORNHEIM, DB 2001, 164 ff.

30 Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 24.3.1999, BGBl. I 1999, S. 402. Der durch dieses Gesetz ebenfalls erfolgten rückwirkenden Verlängerung der Spekulationsfrist bei Grund-

stücksgeschäften im Rahmen des § 23 EStG begegnete der BFH jüngst mit schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln, vgl. BFH v. 5.3.2001, IX B 90/00, DB 2001, 622.

31 Zur Kritik an dieser rückwirkenden Wertzuwachsbesteuerung vgl. HERZIG/FÖRSTER, DB 1999, 711; HÖRGER/MENDEL/SCHULZ, DStR 1999, 568.

32 Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, S. 1433. Die Neuregelung des § 17 EStG gilt für Anteile an inländischen Kapitalgesellschaften mit kalendergleichem Wirtschaftsjahr für alle Veräußerungsvorgänge nach dem 31.12.2001 (§ 52 Abs. 34a EStG).

mässigen Besteuerung sicherlich angebracht gewesen wäre,<sup>33</sup> wurde nicht eingeführt.

Die Absenkung der Beteiligungsgrenze auf mindestens 1% ist vor dem Hintergrund des Übergangs des Körperschaftsteuersystems vom früheren Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren zu sehen. Gewinne unterliegen bei Thesaurierung lediglich dem abgesenkten Körperschaftsteuersatz von 25%. Erst bei Ausschüttung setzt zusätzlich die Halbeinkünftebesteuerung ein. Der Gesetzgeber hat hierin die Gefahr erkannt, dass die Halbeinkünftebesteuerung dadurch umgangen werden könnte, dass der Anteilseigner seine Beteiligung vor Gewinnausschüttung veräussert und er sich dabei die in der Gesellschaft angesammelten offenen Rücklagen vergüten lässt. Wäre der Veräusserungsgewinn nicht steuerbar, weil die Beteiligungsgrenze des § 17 EStG nicht überschritten ist, so könnten die Gewinnrücklagen ohne Steuerbelastung vereinnahmt werden.<sup>34</sup> Mit dem ursprünglichen Zweck, Veräusserungsgewinne wesentlich beteiligter Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft mit Mitunternehmern einer Personengesellschaft gleichzustellen, hat die Neuregelung folglich nichts mehr zu tun. Bei einer Beteiligung von 1% kann schwerlich von einer «wesentlichen» Beteiligung gesprochen werden, weshalb das Gesetz diese Bezeichnung nunmehr auch nicht mehr verwendet.

Die Ermittlung des Veräusserungsgewinnes erfolgt analog der bei den privaten Veräusserungsgeschäften beschriebenen Vorgehensweise (§ 17 Abs. 2 iVm. § 3 Nr. 40 Bs. c iVm. § 3c Abs. 2 EStG). Steuerpflichtig wird hierdurch lediglich der hälftige Veräusserungsgewinn, wobei ggf. noch der Abzug des Freibetrages nach § 17 Abs. 3 EStG Anwendung findet. Der Freibetrag ist unabhängig vom Lebensalter des Veräusserers und beläuft sich auf den anteilsentsprechenden Anteil von 20 000 DM. Er verringert sich um den Betrag, um den der Veräusserungsgewinn den Teil von 80 000 DM übersteigt, der dem veräusserten Anteil an der Kapitalgesellschaft entspricht.

### 3.1.3 Besonderheiten im Verlustfall

Grundsätzlich gilt, dass die Steuerpflichtigkeit eines Veräusserungsgewinnes mit der steuerlichen Abzugsfähigkeit eines Veräusserungsverlustes korrespondiert. Liegt ein in diesem Sinne grundsätzlich steuerlich wirksamer Veräusserungsverlust vor, so sind zusätzliche zeitliche Restriktionen und Missbrauchsvorschriften zu beachten. Hinsichtlich der steuerlichen Behandlung priva-

ter Veräusserungsverluste lassen sich folgende Differenzierungen vornehmen:

- Hält der Gesellschafter Anteile an einer Kapitalgesellschaft nicht länger als ein Jahr, so kann ein im Sinne des Halbeinkünfteverfahrens zu ermittelnder Verlust aus privaten Veräusserungsgeschäften nicht mit anderen positiven Einkünften ausgeglichen werden. Ein Ausgleich ist lediglich mit Gewinnen aus privaten Veräusserungsgewinnen desselben Veranlagungszeitraumes oder der folgenden Veranlagungszeiträume möglich (§ 23 Abs. 3 S. 8 EStG).
- Hält der Gesellschafter die Anteile länger als ein Jahr und handelt es sich um eine Beteiligung unter 1%, so wird ein Veräusserungsverlust einkommensteuerlich nicht berücksichtigt.
- Hält der Gesellschafter die Anteile länger als ein Jahr und handelt es sich um eine Beteiligung von mindestens 1%, so kann ein Veräusserungsverlust *grundsätzlich* in den Verlustausgleich oder -abzug einbezogen werden, wobei jedoch die Missbrauchsvorschrift des § 17 Abs. 2 S. 4 EStG zu beachten ist. Hiernach wird ein Veräusserungsverlust bei einem Anteilseigner, der zu mindestens 1% beteiligt ist, nicht berücksichtigt, soweit der Anteilseigner Anteile unter 1% unentgeltlich oder entgeltlich erworben hat und seit dem Erwerb noch keine fünf Jahre verstrichen sind.

### 3.1.4 Die steuerliche Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungskosten bei privaten Wertpapiergeschäften

Der Schuldzinsenabzug ist exemplarisch für die Zuordnungsproblematik zwischen Veräusserungs- und Quelleinkünften. Grundsätzlich gilt im deutschen Steuerrecht, dass private Schuldzinsen steuerlich nicht abzugsfähig sind (§ 12 EStG). Ein Abzug der Schuldzinsen setzt einen kausalen, wirtschaftlichen Veranlassungszusammenhang mit einer Einkunftsart voraus (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG).

Es ist somit auf einer *ersten Stufe* zu prüfen, ob die Kreditaufnahme der Erwerbssphäre oder der Konsumsphäre des Steuerpflichtigen zuzurechnen ist. Konstitutives Prinzip eines Einkommensteuersystems ist das objektive Nettoprinzip, wonach lediglich diejenigen Ausgaben die Bemessungsgrundlage mindern, die mit dem Streben nach den für steuerbar erklärten Vermögenszugängen in direktem Zusammenhang stehen.<sup>35</sup> Entscheidend ist

33 GI. A. KANZLER, FR 2000, 1253.

34 Vgl. auch CREZELIUS, DB 2001, 222.

35 Stellvertretend BAREIS, StuW 1986, 119.

hierbei nach gefestigter Rechtsprechung<sup>36</sup> der tatsächliche Verwendungszweck des Kredits.<sup>37</sup>

Selbst wenn ein kausaler Zusammenhang mit der Konsumsphäre des Steuerpflichtigen ausgeschlossen werden kann, so könnte auf einer *zweiten Stufe* die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen daran scheitern, dass sie mit nicht steuerbaren Vermögensmehrungen, insbesondere also mit Veräußerungsgewinnen ausserhalb der §§ 17, 23 EStG, zusammenhängen. Die Rechtsprechung des *BFH*<sup>38</sup> stellt auf den Zweck der Erwerbstätigkeit ab. Kann auf Dauer gesehen ein Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben erwartet werden, so wird der Abzug bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gem. § 20 EStG zugelassen. Zinsen sind hingegen dann nicht als Werbungskosten abzugsfähig, wenn die Intention des Beteiligungskaufes ausschliesslich darauf ausgerichtet war, einen steuerfreien Erfolg aus der Wertsteigerung der Substanz und nicht steuerpflichtige laufende Einnahmen aus Gewinnausschüttungen zu erzielen. Ein Schuldzinsenabzug scheidet demnach nicht aus, wenn für den Beteiligungskauf die Hoffnung auf Realisierung nicht steuerbarer Veräußerungsgewinne nur mitursächlich war.<sup>39</sup>

Ein Indiz für die steuerunschädliche Fremdfinanzierung ist nach Ansicht des *BFH*, wenn die steuerpflichtigen Gewinnausschüttungen die Zinsaufwendungen auf Dauer gesehen übersteigen. Eine geringe laufende Rendite würde hierbei allerdings ausreichen, so dass über eine geeignete Ausschüttungssteuerung die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen sichergestellt werden könnte.<sup>40</sup> Die Finanzverwaltung hat allerdings, im Widerspruch zu dieser Rechtsprechung, die Ansicht vertreten, dass bei gleichzeitigem Entstehen von steuerpflichtigen Kapitalerträgen und von steuerlich irrelevanten Substanzsteigerungen eine Aufteilung der Werbungskosten in einen abzugsfähigen und in einen nicht abzugsfähigen Teil zu erfolgen habe.<sup>41</sup>

Zu einem anderen Ergebnis gelangt der *BFH* im Falle von Schuldzinsen beim Erwerb einer Beteiligung iSd. § 17 EStG. Wegen der steuerlichen Erfassung der Veräußerungsgewinne erkennt der *BFH* Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen auch dann an, wenn keinerlei Kapitalerträge, sondern nur Wertsteigerungen zu erwarten sind.<sup>42</sup>

Ist die steuerliche Berücksichtigung der Schuldzinsen entsprechend den vorstehenden Ausführungen dem Grunde nach möglich, da der Nachweis erbracht werden kann, dass die Fremdkapitalaufnahme mit steuerbaren Einkünften im Zusammenhang steht, so kann auf einer *dritten Stufe* die hälftige Abzugsbeschränkung des § 3c Abs.2 EStG in Betracht kommen. Diese durch das StSenkG neu eingefügte Vorschrift greift bei mit Fremdkapital erworbenen Anteilen an Kapitalgesellschaften, sofern ein wirtschaftlicher Zusammenhang der Schuldzinsen mit steuerbaren, aber (teilweise) gem. § 3 Nr.40 EStG *steuerbefreiten* Einkünften vorliegt. § 3c Abs.2 EStG liegt ein Korrespondenzgedanke zugrunde, wonach entsprechend der auf Ebene der natürlichen Personen nur zur Hälfte steuerpflichtigen Beteiligungserträge oder – im Falle der Steuerbarkeit – Veräußerungsgewinne auch hiermit zusammenhängende Werbungskosten nur zur Hälfte abziehbar sein sollen. Die Vorschrift sieht ausdrücklich nicht das Erfordernis eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs vor. Sie ist auch interperiodisch zu beachten, so dass sog. «Ballooning»-Gestaltungen im Rahmen des § 3c Abs.2 EStG ausscheiden.<sup>43</sup>

§ 3c Abs.2 EStG ist nicht zu rechtfertigen, da das hälftige Abzugsverbot die definitive Vorbelastung auf Kapitalgesellschaftsebene vernachlässigt. In der Gesamtbeurteilung handelt es sich bei den Beteiligungserträgen auf Gesellschafterebene keinesfalls um lediglich zur Hälfte steuerpflichtige Einnahmen. Die nur hälftige Erfassung der Dividenden auf Gesellschafterebene gleicht

36 BFH v. 8.12.1997, GrS 1–2/95, BStBl. II 1998, 197.

37 Zur Untauglichkeit der Abgrenzung anhand des tatsächlichen Veranlassungszusammenhangs und zur Problematik der Abgrenzung privater Schuldzinsen am Beispiel des sog. Mehrkontenmodells vgl. ELSE/NEININGER, DB 1999, 172; dies., DB 2000, 994.

38 BFH v. 21.7.1981, VIII R 128/76 BStBl. II 1982, 36; BFH v. 21.7.1981, VIII R 154/76, BStBl. II 1981, 37; BFH v. 21.7.1981, VIII R 200/78, 40.

39 BFH v. 21.7.1981, VIII R 154/76, BStBl. II 1982, 39; zur Übersicht über die Rechtsprechung vgl. SCHMIDT/HEINICKE, EStG, 19. Aufl., § 20, Rz. 230.

40 BFH v. 4.5.1993, VIII R 7/91, BStBl. II 1993, 832; BFH v. 21.7.1981, VIII R 128/76, BStBl. II 1982, 40. Vgl. auch CURTIUS-HARTUNG, StBj 1983/84, 17 f.

41 Vgl. OFD Nürnberg v. 6.8.1991, S 2210 – 13 St 21, FR 1992, 29. Kritisch hierzu HÖTZEL, Unternehmenskauf und Steuern, Düsseldorf 1997, 246 m.w.N.

42 BFH v. 8.10.1985, VIII R 234/84, BStBl. II 1986, 596.

43 Frühere Ballooning-Gestaltungen im Zusammenhang mit der steuerfreien Veräußerung von Auslandsbeteiligungen gem. § 8b Abs.2 KStG a.F. gehen auf die gefestigte *BFH*-Rechtsprechung zurück, wonach ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit steuerfreien Einkünften verneint wurde, wenn Zinsen und steuerfreie Dividenden nicht im selben Veranlagungszeitraum anfallen (BFH v. 5.12.84, I R 62/80, BStBl. II 1985, 311; 29.5.1996, I R 167/94, I R 21/95, BStBl. II 1997, 57, 60, 64). In jedem Veranlagungszeitraum konnten somit die um die empfangenen Dividenden verminderten Fremdkapitalzinsen abgezogen werden, in dividendenlosen Jahren folglich sämtliche Fremdkapitalzinsen. Dieser Rechtsprechung folgte auch das BMF-Schreiben v. 20.1.1997, BStBl. II 1997, 57.

lediglich die definitive Vorbelastung auf Gesellschaftsebene aus. Die eingeschränkte Abziehbarkeit der Werbungskosten ist als eklatanter Verstoss gegen das einkommensteuerliche Nettoprinzip anzusehen, was bei hohen Fremdfinanzierungen zu Gesamtsteuerbelastungen bei Dividenden von über 100 % führen kann.<sup>44</sup>

Da die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs.2 EStG nur hinsichtlich des Haltens von Anteilen an Kapitalgesellschaften greift, ist aus steuerlichen Gründen eine Eigenfinanzierung des Anteilserwerbs anzuraten. Demgegenüber ist der Schuldzinsenabzug bei erworbenen festverzinslichen Wertpapieren uneingeschränkt im Rahmen des § 20 EStG möglich. Zur Vermeidung von Zuordnungsproblemen sollte der private Wertpapieranleger fortan zwei Depots führen: Ein vollständig eigenfinanziertes Aktiendepot und ein (teilweise) fremdfinanziertes Rentendepot.

### 3.2 Besteuerung der Gesellschafter mit Anteilen im Betriebsvermögen

#### 3.2.1 Anteile im Betriebsvermögen einer natürlichen Person

Befinden sich die Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Betriebsvermögen einer natürlichen Person, so werden Veräußerungsgewinne und -verluste unbeschadet einer Besitzzeit oder einer Mindestbeteiligungsquote grundsätzlich als laufende Betriebsvermögensveränderungen steuerlich im Rahmen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 15 EStG erfasst. Es kommt jedoch auch hier das Halbeinkünfteverfahren zur Anwendung, d.h. Betriebsvermögensmehrungen in Form von Veräußerungserlösen werden nur zur Hälfte steuerlich erfasst und die hiermit zusammenhängenden Aufwendungen sind nur zur Hälfte abziehbar (§ 15 EStG iVm. § 3 Nr.40 lit. a, § 3c Abs.2 EStG).

Der hälftige Veräußerungsgewinn ist über § 7 GewStG zugleich in der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer enthalten.<sup>45</sup> In Abhängigkeit vom gewerbesteuerlichen Hebesatz, der von den Gemeinden festgelegt wird, unterliegt der hälftige Veräußerungsgewinn einer Gewerbesteuerbelastung von bis zu 20%.<sup>46</sup> Dieser Belastung mit Gewerbesteuer steht hingegen wieder eine pauschalierende Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuerschuld gem. § 35 EStG gegenüber.<sup>47</sup>

Eine Besonderheit gilt, wenn der Gesellschafter sämtliche Anteile an der Kapitalgesellschaft hält. In diesem Fall ist die Anteilsveräußerung gem. § 16 Abs.1 Nr.1 EStG als Teilbetriebsveräußerung anzusehen. Auch hier kommt das Halbeinkünfteverfahren zur Anwendung (§ 16 Abs.2 EStG iVm. § 3 Nr.40 Bs. a, § 3c Abs.2 EStG). Die Tarifbegünstigung gem. § 34 EStG (halber durchschnittlicher Steuersatz), die nach alter Rechtslage bei Veräußerung von 100%-igen Kapitalgesellschaftsbeteiligungen zur Anwendung kam, ist nunmehr ausgeschlossen, soweit das Halbeinkünfteverfahren zur Anwendung kommt (§ 34 Abs.2 Nr.1 EStG). Der hälftige Veräußerungsgewinn ist auch bei Veräußerung einer 100%-igen Beteiligung gewerbesteuerpflichtig.<sup>48</sup> Unter den Voraussetzungen des § 16 Abs.4 EStG (Veräußerer hat das 55. Lebensjahr vollendet oder ist dauernd berufsunfähig) kann auf Antrag ein Freibetrag von bis zu 100 000 DM zur Anwendung kommen.<sup>49</sup>

#### 3.2.2 Anteile im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft: Spardose für die private Vermögensakkumulation?

Werden Anteile an einer Kapitalgesellschaft *durch eine inländische Kapitalgesellschaft* veräußert, so bleiben entsprechend der Steuerfreiheit von Dividendenausüttungen (s. § 8b Abs.1 KStG) auch Veräußerungsgewinne gem. § 8b Abs.2 KStG bei der Einkommensermittlung der veräußernden Kapitalgesellschaft ausser

44 Vgl. die Berechnungsbeispiele bei SCHAUMBURG/RÖDDER, Unternehmensteuerreform 2001, München 2000, 249 f.

45 Das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg (§ 9 Nr.2a GewStG) gilt nicht für Veräußerungsgewinne, vgl. BFH v. 7.12.1971, VIII R 3/70, BStBl. II 1972, 468; BFH v. 2.2.1972, I R 217/69, BStBl. II 1972, 470.

46 Bei einem Hebesatz von 500%.

47 Dieses gesetzgeberische Vorgehen hat seine Ursache darin, dass der Gesetzgeber den Personenunternehmern, die nicht von der Absenkung des Körperschaftsteuertarifes profitieren konnten, eine Entlastung bei der Gewerbesteuer gewähren wollte. Da die Abschaffung der Gewerbesteuer angesichts des Widerstandes der Gemeinden als nicht durchsetzbar erschien, wurde die umständliche Gewerbesteueranrechnung des § 35 EStG auf die Einkommensteuerschuld eingeführt.

48 Vgl. Abschn. 39 Abs.1 Nr.1 Satz 13 GewStR; BFH v. 1.7.1992, I R 5/92, BStBl. 1993 II, 131; vgl. auch die BFH-Urteile v. 7.12.1971, III R 3/70, BStBl. II 1972, 468; BFH-Urteil v. 2.2.1972, I R 217/69, BStBl. II 1972, 470. Kritisch ROSE, FR 1993, 253 ff. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Gewerbeertragsteuerpflicht soll gem. Rechtsprechung dann gemacht werden, wenn mit der Anteilsveräußerung gleichzeitig der Gewerbebetrieb des Veräußerers eingestellt wird (vgl. BFH v. 2.2.1972, I R 217/69, BStBl. II 1972, 472) oder wenn einbringungsgeborene Anteile veräußert werden.

49 Der Freibetrag wird nur einmal im Leben gewährt und ermässigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn DM 300 000 übersteigt (§ 16 Abs.4 S.2, 3 EStG).

Betracht.<sup>50</sup> Korrespondierend bleiben auch Veräußerungsverluste oder Teilwertabschreibungen steuerlich unwirksam (§ 8b Abs. 3 KStG).

Die Steuerfreiheit der Beteiligungsveräußerungen durch Kapitalgesellschaften nehmen einige Autoren aktuell im Hinblick auf die private Vermögensbildung zum Anlass, die Zwischenschaltung einer GmbH gewissermaßen als «Spardose» als Gestaltungsansatz vorzuschlagen, um so die Steuerfreiheit auch bei Beteiligungen oberhalb der Beteiligungsgrenze des § 17 EStG für den Privatmann nutzen zu können.<sup>51</sup> Zu veräußernde Anteile an einer Kapitalgesellschaft sollen hiernach entweder originär in einer Zwischen-Kapitalgesellschaft gehalten werden oder gem. § 20 UmwStG steuerneutral in eine solche eingebracht werden. Es wird behauptet, man könne durch Verwendung einer Zwischen-GmbH die Versteuerung realisierter Reinvermögenszugänge in die Zukunft verschieben und hierdurch Steuerstundungseffekte erzielen. Eine derartige Zwischenschaltung und Vermögensakkumulation in einer GmbH sei von Vorteil, da ein nicht um Steuern verminderter Betrag für Reinvestitionen zur Verfügung stehe, so dass eine steuerfreie Vermögensakkumulation erfolgen könne. Wengleich zum Zeitpunkt der Endausschüttung aus der Kapitalgesellschaft an den Anteilseigner eine Besteuerung einsetze, könne ein beachtlicher Zinsvorteil vereinbart werden.<sup>52</sup>

Es lässt sich jedoch zeigen,<sup>53</sup> dass unter Berücksichtigung der Endausschüttungsbesteuerung die Verwendung der GmbH als Spardose nicht vorteilhaft ist. Die erst später einsetzende Halbeinkünftebesteuerung bewirkt keinen Stundungs- bzw. Zinsvorteil. Sofortbesteuerung und spätere Besteuerung des aufgezinnten Betrages sind grundsätzlich barwertäquivalent. Die Ausschüttungssteuer bzw. der höhere Wiederanlagebetrag bei Verwendung einer Zwischen-GmbH ist somit für die Entscheidung zwischen interner und externer Anlage grundsätzlich irrelevant. Die Steuerfreiheit der Anteilsveräußerungen auf Kapitalgesellschaftsebene ist lediglich als Steueraufschub *ohne* Steuerstundungs- bzw. Zinsvorteil anzusehen. Völlig nachteilig wird die Verwendung einer Zwischen-GmbH jedoch dann, wenn bei der Alternativanlage im Privatvermögen eine dauerhaft präferenzierte

Besteuerungslage ausgenutzt werden kann. Eine solche ist die nach wie vor bestehende Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen, die nicht unter § 17 EStG fallen und ausserhalb der einjährigen Spekulationsfrist des § 23 EStG erfolgen.

### 3.3 Besteuerung von Gesellschaftern mit einbringungsgeborenen Anteilen an Kapitalgesellschaften

Hat ein Steuerpflichtiger gem. § 20 Abs.1 UmwStG einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine Kapitalgesellschaft eingebracht oder wird ein Einzelunternehmen oder eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt und wird das eingebrachte Betriebsvermögen mit einem Wert unter dem Teilwert angesetzt, so erhält der einbringende Gesellschafter gem. § 21 UmwStG einbringungsgeborene Anteile an dieser Kapitalgesellschaft.<sup>54</sup> Werden Anteile an einer Kapitalgesellschaft eingebracht, können gem. § 20 Abs.1 S.2 UmwStG ebenfalls einbringungsgeborene Anteile entstehen, sofern die übernehmende Kapitalgesellschaft unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschaft hat, deren Anteile eingebracht werden. Bei Einbringung zum Buchwert entsteht beim Einbringenden zunächst kein Veräußerungsgewinn. Im Gegenzug sind die Anteile jedoch gem. § 21 UmwStG «steuerverstrickt».

Diese Steuerverstrickung äussert sich darin, dass im Falle der Veräußerung einbringungsgeborener Anteile an einer Kapitalgesellschaft, unabhängig von der Beteiligungshöhe und von der Zuordnung der einbringungsgeborenen Anteile zu einem Betriebs- oder Privatvermögen, ein Veräußerungsgewinn gem. § 16 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu versteuern ist. Die Steuerpflicht besteht generell, d.h. nicht nur dann, wenn eine Beteiligungsveräußerung iSd. § 17 EStG oder ein privates Veräußerungsgeschäft gem. § 23 EStG vorliegt. Die Anwendung des § 21 UmwStG geht der Anwendung der §§ 17 und 23 EStG vor.

Gem. § 3 Nr.40 S.1 lit. b EStG werden auch einbringungsgeborene Anteile bei Veräußerung durch natürli-

50 Eine Besteuerung erfolgt jedoch insoweit, als in früheren Jahren steuerwirksam auf den niedrigeren Teilwert abgeschrieben und die Gewinnminderung nicht durch Ansatz eines höheren Werts ausgeglichen worden ist (§ 8b Abs. 2 S. 2 KStG).

51 FAZ v. 30.8.2000, 26; DÖTSCH/PUNG, DB 2000, Beilage 10, 5; ENDRES, Consultant Nr.5/2000, 42; HILD, BB 2000, 1656; IDW ARBEITSKREIS «UNTERNEHMENSTEUERREFORM, FN-IDW Sonderbeilage 11/2000, 34; KORN/STRAHL, NWB v. 4.12.2000, Fach 2, 7518; FAZ v. 8.12.2000, 55.

52 Stellvertretend HILD, BB 2000, 1656; IDW ARBEITSKREIS «UNTERNEHMENSTEUERREFORM, FN-IDW Sonderbeilage 11/2000, 34.

53 Vgl. detailliert ELSE, BB 2001, 805 ff.

54 Derartige Einbringungsvorgänge (offene Sacheinlagen) gelten als Veräußerungen i.S.v. § 16 EStG. Die Rechtsfolgen richten sich aber hier nach den vorrangigen §§ 20–23 UmwStG. Vgl. SCHMIDT/WACKER, EStG, § 16, Rz. 200, 203 m.w.N.



che Personen grundsätzlich vom Halbeinkünfteverfahren erfasst.<sup>55</sup> Entsprechend greift bei Veräußerung der einbringungsgeborenen Anteile durch Kapitalgesellschaften grundsätzlich die Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG. Um unerwünschten Gestaltungen entgegenzuwirken, wurden in § 3 Nr. 40 S. 3 und 4 EStG und § 8b Abs. 4 KStG Missbrauchsvorschriften in das Gesetz eingefügt, nach denen bestimmte Veräußerungsvorgänge innerhalb einer Frist von sieben Jahren (sog. Sperr- oder Wartefrist) nicht begünstigt sind. Der Sperrfrist unterliegen einbringungsgeborene Anteile iSd. § 21 UmwStG, es sei denn, es handle sich um die Einbringung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft gem. § 20 Abs. 1 S. 2 UmwStG und die Veräußerung von Anteilen, die von nicht nach § 8b KStG begünstigten Personen zu einem Wert unter dem Teilwert erworben worden sind (§ 8b Abs. 4 S. 1 Nr. 2 KStG).<sup>56</sup>

Der Veräußerungsgewinn wird grundsätzlich nicht mit Gewerbesteuer belastet, es sei denn, die Anteile werden in einem Betriebsvermögen gehalten und der Einbringungsvorgang, aus dem die Anteile stammen, hätte im Fall des Ansatzes von Teilwerten Gewerbesteuer ausgelöst.<sup>57</sup>

## 4 Private Vermögensverwaltung versus gewerblicher Wertpapierhandel

### 4.1 Abgrenzungskriterien zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Wertpapierhandel

Die vorstehenden Ausführungen machten deutlich, dass Kapitalgewinne des Privatvermögens ausserhalb der §§ 17, 23 EStG und ausserhalb des § 21 UmwStG nicht der Besteuerung unterliegen, während Gewinne (und Verluste) bei Veräußerung aus einem Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen heraus steuerlich relevant sind. Selbst wenn die Wertpapiere keinem (anderweitigen) Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen zuzuordnen sind, stellt sich die Frage, ob durch die Veräußerungsgeschäfte selbst die Grenze von der privaten Wertpapieran-

lage zum (gewerblichen) Wertpapierhandel überschritten wird. In diesem Falle würden die Wertpapiere originär zu Betriebsvermögen mit den hieraus resultierenden Besteuerungskonsequenzen.

Gem. § 15 Abs. 2 EStG ist eine selbständige, nachhaltige Betätigung Gewerbebetrieb, wenn sie mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit (freiberufliche Tätigkeit) anzusehen ist. Gem. ständiger *BFH*-Rechtsprechung ist zusätzliches Tatbestandsmerkmal, dass die jeweilige Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet, wobei die Frage, was noch als private Vermögensverwaltung anzusehen ist, nach den Verhältnissen des Einzelfalls zu beurteilen ist.<sup>58</sup>

Der fortgesetzte An- und Verkauf von Wertpapieren reicht für sich allein, auch wenn er einen erheblichen Umfang annimmt und sich über einen längeren Zeitraum erstreckt, zur Annahme eines Gewerbebetriebs nicht aus, solange er sich in den gewöhnlichen Formen, wie sie bei Privatleuten die Regel bilden, abspielt, d.h. in der Erteilung von Aufträgen an eine Bank oder einen Bankier.<sup>59</sup> Dem Charakter der Vermögensanlage in Wertpapieren entspricht es, dass sie nicht nur auf die Erzielung von Zins- und Dividendenerträgen ausgerichtet ist, sondern – wegen der kurzfristigen Verwertbarkeit der Wirtschaftsgüter – auch Wertveränderungen durch An- und Verkauf genutzt werden, um dadurch Erträge in Form von Kursgewinnen zu erzielen. Bei der Verwaltung von Wertpapieren gehört die Umschichtung der Wertpapiere regelmässig noch zur privaten Vermögensverwaltung. Daraus folgt, dass selbst bei fortgesetztem und häufigem Umschlag von Wertpapieren der Bereich der privaten Vermögensverwaltung noch nicht verlassen wird, solange er sich in der gewöhnlichen Form abspielt.<sup>60</sup>

Der An- und Verkauf von Wertpapieren überschreitet die Grenze zur gewerblichen Betätigung daher nur in besonderen Fällen. Die Tätigkeit muss daher dem Bild entsprechen, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht. Der Steuerpflichtige muss sich

55 Der Freibetrag gem. § 16 Abs. 4 EStG ist anzuwenden, es sei denn, die einbringungsgeborenen Anteile sind bei Sacheinlage einer unter 100%-igen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erworben worden (§ 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG).

56 Vgl. hierzu im Einzelnen BLUMENBERG/LECHNER, DSWR 2000, 337 ff.

57 Vgl. Tz. 21.13 Umwandlungssteuererlass (BMF v. 25.3.1998, BStBl. I 1998, S. 268); Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 S. 17 GewStR; BFH v. 29.4.1982, IV R 51/79, BStBl. II 1982, S. 738. Beispiel für gewerbesteuerpflichtige Veräußerung einbringungsgeborener

Anteile: Natürliche Person bringt Anteile an einer Kapitalgesellschaft ein, die zu einem Betriebsvermögen gehörten.

58 Z.B. BFH v. 8.11.71, BStBl. II 1972, 63; v. 25.6.1984, BStBl. II 1984, 751; SORGENFREI, FR 1999, 61 ff.; SCHMIDT/WEBER-GRELLET, EStG, § 15, Rz. 50 m.w.N.

59 BFH vom 11.7.1968, IV 139/63, BStBl. II 1968, 775.

60 Vgl. BFH vom 29.10.1998, XI R 80/97, BStBl. II 1999, 448; BFH v. 11.7.1968, IV 139/63, BStBl. II 1968, 775; BFH v. 2.4.1971, VI R 149/67, BStBl. II 1971, 620; BFH v. 17.1.1973, BStBl. II 1973, 260.

wie ein «Händler» verhalten, wobei auf das Gesamtbild und nicht isoliert auf einzelne Merkmale abzustellen ist. Bei Wertpapiergeschäften wird eine Gewerblichkeit nur dann in Erwägung gezogen, wenn besondere Umstände vorliegen, die für die private Vermögensverwaltung ungewöhnlich sind.<sup>61</sup> Selbst Wertpapiergeschäfte in erheblichem Umfang gehören nach der Rechtsprechung grundsätzlich in den Bereich der ausserhalb der §§ 17, 23 EStG nicht steuerbaren Vermögensverwaltung. Es reicht auch nicht aus, wenn mit dem Ankauf von Wertpapieren eine Dauerkapitalanlage mit bestimmendem Einfluss auf die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft gesucht und erreicht wird.

Besondere Umstände, die eine Gewerblichkeit auslösen können, sind:<sup>62</sup>

- Eine im Gegensatz zur reinen Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten entscheidend in den Vordergrund tretende Umschichtung von Vermögenswerten und Verwertung von Vermögenssubstanz<sup>63</sup>
- Häufiger und kurzfristiger Umschlag von Wertpapieren
- Realisieren von Kursdifferenzen in spekulativer Absicht
- Ausschliessliche oder weitgehende Fremdfinanzierung der Geschäfte
- Regelmässiger Besuch von Börsen<sup>64</sup>
- Ausnutzen eines bestimmten Marktes unter Einsatz einschlägiger beruflicher Erfahrungen bzw. branchenspezifischer Kenntnisse und Mittel, auch zugunsten Dritter
- Unterhalten eines Büros oder einer gewerbsmässigen Organisation zur Durchführung von Geschäften<sup>65</sup>
- Beschäftigung von Angestellten
- Unternehmerrisiko und unternehmerisches Handeln
- hohe Umsatzzahlen
- Anbieten von Wertpapiergeschäften einer breiten Öffentlichkeit gegenüber
- Vorliegen anderer Verhaltensweisen, die einer privaten Vermögensverwaltung ungewöhnlich sind

Indizien für eine private Vermögensverwaltung sind demgegenüber u.a.:

- An- und Verkauf als Bestandteil (Beginn und Ende) einer in erster Linie auf Fruchtziehung gerichteten Tätigkeit
- Betreiben des Wertpapierhandels ausschliesslich auf eigene Rechnung<sup>66</sup>
- Einschaltung von Banken beim An- und Verkauf der Wertpapiere in Ermangelung eigener Fachkenntnisse

#### 4.2 Abgrenzung am Beispiel der Wertpapiergeschäfte von «Daytradern»

In der jüngeren Vergangenheit haben insbesondere die Geschäfte der sog. «Daytrader» besondere Aufmerksamkeit erlangt. Es handelt sich hierbei um eine Generation von Anlegern, die sekundenschnell auf kleinste Schwankungen reagieren. Egal ob «runter oder rauf», versuchen sie dem Trend zu folgen und so schnell «Kasse zu machen». Die Daytrader mieten regelmässig bei sog. «Trading-Centern» gegen eine monatliche Mietzahlung von ca. DM 1500.– Einzelarbeitsplätze mit kompletter Büro-, Hard- und Softwareausstattung an. Über ein Börseninformationssystem unterrichtet sich der Daytrader über Internet ohne Zeitverzögerung über die weltweiten Marktdaten. Ein Handelsprogramm übermittelt die Order des Daytraders per Internet direkt an die Börse. Mittels der speziellen Handels-Software werden die Order des Daytraders an den Börsen sekundenschnell ausgeführt. Viele Direktbanken ermöglichen ihren Anlegern mittlerweile auch übers Internet den Echtzeithandel.

Wie bereits erwähnt, ist der Umfang der Geschäfte eher ein untergeordnetes Indiz für die Gewerblichkeit einer Tätigkeit, da auch der private Wertpapieranleger – je nach Vermögenslage – grössere Transaktionen im Wertpapierbereich tätigt. Bislang sprach hingegen die persönliche Börsenpräsenz vielfach für das Vorliegen eines gewerblichen Wertpapierhandels. Hieran hat sich indes

61 So auch BFH v. 4.3.1980, VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389.

62 Vgl. BFH v. 9.10.1992, III R 9/89, BFH/NV 1994, 80; BFH v. 31.7.1990, I R 173/83, BStBl. II 1991, 66; BFH v. 6.3.1991, X R 39/88, BStBl. II 1991, 631; BFH v. 15.3.94, X R 38/92, BFH/NV 1994, 850.

63 Vgl. BFH v. 13.12.1995, XI R 43–45/89, BStBl. II 1996, 232; R 137 Abs. 1 S. 2 EStR. Im Bereich des Grundstückshandels bzw. der Grundstücksverwaltung haben Rechtsprechung und Verwaltung zur Beantwortung der Frage, ob An- und Verkäufe noch in erster Linie auf Fruchtziehung oder auf Vermögensumschichtung gerichtet sind, die sog. Drei-Objekt-Grenze entwickelt (vgl. BMF v. 20.12.1990, BStBl. I 1990, 884). Hiernach liegt bei Veräusserung von bis zu drei Objekten innerhalb eines Fünfjahreszeitraums kein gewerblicher Grundstückshandel vor. Da bei Wertpapieren der Umschlag in der Natur der Sache liegt, ist

die Drei-Objekt-Grenze für Wertpapiergeschäfte offensichtlich untauglich, vgl. auch SORGENFREI, FR 1999, 63.

64 Vgl. bereits RFH v. 4.12.1929, VI A 1843/29, RStBl. 1930, 345.

65 Eine gewerbliche Tätigkeit ist auch gegeben, wenn jemand entweder ein Ladenlokal unterhält oder regelmässig die Börse besucht oder wenn er in sonstiger Weise, d.h. nicht bloss seinem Bankier gegenüber, unmittelbar oder über einen Dritten als An- und Verkäufer von Wertpapieren hervortritt. Vgl. BFH v. 2.4.1971, VI R 149/67, BStBl. II 1971, 620.

66 Der Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung wird unabhängig vom Umfang der Beteiligung überschritten, wenn die Wertpapiere nicht nur auf eigene Rechnung, sondern untrennbar damit verbunden in erheblichem Umfang auch für fremde Rechnung erworben und wieder veräussert werden; BFH v. 4.3.1980, VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389.

im Zeitalter des Internets einiges geändert, da es nunmehr grundsätzlich jedermann offen steht, ständig an der Börse präsent zu sein, ohne einen Vermittler zwischenschalten zu müssen.

Ausschlaggebend dürften daher vielmehr die Kriterien des Handelns für Dritte, der Anmietung spezieller Büroräumlichkeiten, des persönlichen Einsatzes<sup>67</sup> und der Fremdfinanzierung der Geschäfte sein, die im Einzelfall für die Gewerblichkeit eines «Daytraders» sprechen können.<sup>68</sup> Auch die in einem sog. Trading-Center zu zahlende Miete spricht für die Übernahme eines gewissen unternehmerischen Risikos. Andererseits können alleine häufig vorgenommene Wertpapiergeschäfte eines Steuerpflichtigen übers Internet vom häuslichen PC aus sicherlich noch keinen gewerblichen Wertpapierhandel begründen.

## 5 Schlussbemerkung

Die pragmatisch-kasuistische Definition des steuerbaren erwerbswirtschaftlichen Bereiches in § 2 Abs. 1 EStG zeichnet sich dadurch aus, dass Vermögenswertveränderungen im Bereich der Überschusseinkunftsarten (Einkunftsarten des Privatvermögens) grundsätzlich ausgegrenzt werden. Wenngleich dieser Grundsatz nicht zuletzt durch die jüngsten Steuerreformen in Deutschland entscheidenden Ausnahmen unterliegt, so lässt sich die Ungleichbehandlung der Einkunftsarten im Hinblick auf die Substanzerfolgsbesteuerung nicht rechtfertigen. Realisierte Veräußerungsgewinne spiegeln einen Zugang an wirtschaftlicher Verfügungsmacht wider. Deren selektive Nichterfassung widerspricht den Grundsätzen einer gleichmässigen Besteuerung. Die einkommensteuerlichen Totaleinkommen unterscheiden sich durch die unterschiedliche Besteuerung der Nettovermögensakkumulation, je nach Einkunftsart und damit nach der einzelfallbezogenen Ausprägung der Investition. Dies war und ist die Ursache einer Vielzahl von Steuerausweichhandlungen im existierenden Steuersystem. Die Herausnahme einzelner zugeflossener Vermögensmehrungen aus der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage läuft daher nicht nur einer gerechten, sondern auch einer entscheidungsneutralen Besteuerung zuwider.<sup>69</sup> Der Dualismus der Einkunftsarten in Deutschland ist zugunsten eines umfassenden Vermögensvergleiches

aufzugeben. Einkunftsartenspezifische Freibeträge und Steuerbefreiungen müssten abgeschafft werden.

Ein derartiges Besteuerungsregime würde daneben unter Vereinfachungsgesichtspunkten die de lege lata aufwendige Abgrenzung von Betriebsvermögen und Privatvermögen entbehrlich machen. Die mühsame und unbefriedigende Identifizierung von Tatbestandsmerkmalen, welche im Einzelfall eine Beurteilung erlauben sollen, ob noch private Vermögensverwaltung oder bereits ein gewerblicher Wertpapierhandel vorliegt, könnte entfallen.

Hinsichtlich der Besteuerung der Höhe nach ist die Einbeziehung der privaten Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften vor dem Hintergrund des in Deutschland neu eingeführten Halbeinkünfteverfahrens zu sehen. Die hälftige Steuerbefreiung der steuerbaren Veräußerungsgewinne durch Privatpersonen bzw. die völlige Steuerbefreiung im Konzern ist steuersystematisch insoweit fragwürdig, als im Veräußerungsgewinn stille Reserven und künftige Ertragsaussichten vergütet werden.

## Literatur

- BAREIS PETER, Das Halbeinkünfteverfahren im Systemvergleich, in: *StuW* 2000, 133 ff.
- BAREIS PETER, Plädoyer für ein neues Konzept beim steuerlichen Abzug von Schuldzinsen, in: *StuW* 1986, 118 ff.
- BAREIS-KOMMISSION, Thesen der Einkommensteuerkommission, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen (BMF), Heft 55, Bonn 1995
- BLUMENBERG JENS/LECHNER FLORIAN, Besteuerung von Betriebsveräußerungen nach der Unternehmenssteuerreform, in: *DSWR* 2000, 337 ff.
- BORNHEIM WOLFGANG, Die Erweiterung der Besteuerung nach § 17 Abs. 1 EStG durch das StSenkG, in: *DB* 2001, 162 ff.
- CREZELIUS GEORG, Dogmatische Grundstrukturen der Unternehmenssteuerreform, in: *DB* 2001, 221 ff.

67 Die Kursgewinne sind insbesondere auf ein äusserst flexibles Anlageverhalten des Daytraders zurückzuführen.

68 So SCHMIDT-LIEBIG, *INF* 1999, 645.

69 Vgl. zur Kritik an der Nichterfassung von Kapitalgewinnen exemplarisch TIPKE, *StuW* 1988, 275 f.; SCHNEIDER, *ZfBf* 1983, 1046; SIGLOCH in FS Schneider, Wiesbaden 1995, 677; BAREIS-KOMMISSION,

Thesen der Einkommensteuerkommission, Schriftenreihe des BMF, Heft 55, Bonn 1995, 34 ff. Mit dem prinzipiellen Bekenntnis zur gleichmässigen Besteuerung aller Veräußerungseinkünfte hat sich der 57. Deutsche Juristentag einer Auffassung angeschlossen, die für Ökonomen im In- und Ausland seit langem selbstverständlich ist, vgl. TIPKE/LANG, *Steuerrecht*, 16. Aufl., Köln 1998, § 9, Rz. 598.

- CURTUS-HARTUNG RUDOLF, Zur Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen, in: StBJb 1983/84, 11 ff.
- DÖTSCH EWALD/PUNG ALEXANDRA, Steuersenkungsgesetz: Die Änderungen bei der Körperschaftsteuer und bei der Anteilseignerbesteuerung, in: DB 2000, Beilage Nr. 10, 1 ff.
- ELSER THOMAS, Steuergestaltung und Grenzpreisbildung beim Kapitalgesellschaftskauf, Wiesbaden 2000
- ELSER THOMAS, Warum die GmbH nur selten als Spardose taugt, in: BB 2001, 805 ff.
- ELSER THOMAS/NEININGER MONIKA, Abgrenzbarkeit privat veranlasster Schuldzinsen aus ökonomischer Sicht, in: DB 1999, 172 ff.
- ELSER THOMAS/NEININGER MONIKA, Die Notwendigkeit einer Betrachtung des Eigenkapitalkontos bei der Abgrenzung privater Schuldzinsen, in: DB 2000, 994 ff.
- ENDRES DIETER, Handlungsbedarf aus der Unternehmensteuerreform, in: Consultant Nr. 5/2000, 42 ff.
- FUISTING BERNHARD, Die preussischen direkten Steuern, 4. Bd., Grundzüge der Steuerlehre, 1902, 107 ff.
- GÜNKEL MANFRED/FENZL BARBARA/HAGEN CHRISTIANE, Diskussionsforum Unternehmenssteuerreform: Steuerliche Überlegungen zum Übergang auf ein neues Körperschaftsteuersystem, insbesondere zum Ausschüttungsverhalten bei Kapitalgesellschaften, in: DStR 2000, 445 ff.
- HERZIG NORBERT/DAUTZENBERG NORBERT, Die deutsche Steuerreform ab 1999 und ihre Aspekte für das deutsche Aussensteuerrecht und das internationale Steuerrecht, in: DB 2000, 12 ff.
- HERZIG NORBERT/FÖRSTER GUIDO, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Die Änderung von § 17 und § 34 EStG mit ihren Folgen, in: DB 1999, 711 ff.
- HERZIG NORBERT/LUTTERBACH THOMAS, Besteuerung privater Veräußerungsgewinne nach dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, in: DStR 1999, 521 ff.
- HILD DIETER, Report zum Steuersenkungsgesetz, in: BB 2000, 1656 ff.
- HÖRGER HELMUT/MENTEL THOMAS/SCHULZ ANDREAS, Ausgewählte Fragen zum Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, in: DStR 1999, 565 ff.
- HÖTZEL OLIVER, Unternehmenskauf und Steuern, Düsseldorf 1997
- IDW ARBEITSKREIS «UNTERNEHMENSTEUERREFORM», FN-IDW Sonderbeilage 11/2000, 1 ff.
- JAKOBS NORBERT/WITTMANN HANS-JÖRG, Steuersenkungsgesetz: Besteuerung von Anteilsveräußerungen, in: GmbHR 2000, 910 ff.
- KANZLER HANS-JOACHIM, Problematik der steuerlichen Behandlung von Veräußerungsgewinnen, in: FR 2000, 1245 ff.
- KIRCHHOF PAUL/SÖHN HARTMUT, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Loseblattsammlung, Heidelberg
- KORN KLAUS/STRAHL MARTIN, Steuern und steuerliche Gewinnermittlung zum Jahreswechsel 2000/2001, in: NWB, Fach 2, 7443 ff.
- NEUMARK FRITZ, Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen 1970
- OPPENHOFF & RÄDLER LINKLATERS & ALLIANCE (HRSG.), Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz, Stuttgart 2000
- RISTHAUS ANNE, Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002: Änderungen im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen, der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften und rund ums Grundstück im Privatvermögen, in: DB 1999, 1032 ff.
- RÖDDER THOMAS/SCHUMACHER ANDREAS, Unternehmenssteuerreform 2001 – Eine erste Analyse des Regierungsentwurfs aus Beratersicht, in: DStR 2000, 353 ff.
- SCHAUMBURG HARALD (HRSG.), Unternehmenskauf im Steuerrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2000
- SCHAUMBURG HARALD/RÖDDER THOMAS, Unternehmenssteuerreform 2001, München 2000
- SCHMIDT LUDWIG, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 19. Aufl., München 2000
- SCHMIDT-LIEBIG AXEL, Wertpapiergeschäfte von «Dayträdern» und andere Phänomene im Grenzbereich der Einkunftsarten, in: INF 1999, 641
- SCHNEIDER DIETER, Betriebswirtschaftliche Gewinnermittlung oder ökonomische Analyse des Bilanzrechts, in: ZfbF 1983, 1040 ff.
- SCHNEIDER DIETER, Eine Reform der steuerlichen Gewinnermittlung, in: StuW 1971, 326 ff.

- SCHÖN WOLFGANG, Zum Entwurf eines Steuersenkungsgesetzes, in: *StuW* 2000, 151 ff.
- SIEGEL THEODOR/BAREIS PETER/HERZIG NORBERT/SCHNEIDER DIETER/WAGNER FRANZ W./WENGER EKKEHARD, Verteidigt das Anrechnungsverfahren gegen unbedachte Reformen, in: *BB* 2000, 1269 ff.
- SIGLOCH JOCHEN, Einkommensbesteuerung der Unternehmen – Stand und Perspektiven, in: *FS Schneider*, Wiesbaden 1995, 675 ff.
- SIGLOCH JOCHEN, Unternehmenssteuerreform 2000 – Darstellung und ökonomische Analyse, in: *StuW* 2000, 160 ff.
- SORGENFREI ULRICH, Private Vermögensverwaltung contra gewerblicher Wertpapierhandel, in: *FR* 1999, 61 ff.
- TIPKE KLAUS, Über «richtiges Steuerrecht», in: *StuW* 1988, 275 f.
- TIPKE KLAUS/LANG JOACHIM, *Steuerrecht*, 16. Aufl., Köln 1998
- VAN LISHAUT INGO, Die Reform der Unternehmensbesteuerung aus Gesellschaftersicht, in: *StuW* 2000, 182 ff.
- VON SCHANZ GEORG, Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze, *FinArch*, Bd. XIII (1986), 1 ff.

## **Erlasse**

- Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 24.3.1999, *BGBI. I* 1999, 402
- Steuersenkungsgesetz (StSenkG) v. 23.10.2000, *BGBI. I* 2000, 1433

# Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an eine amerikanische S-Corporation

(Schweizerisch-amerikanisches Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996; DBA-US 96)

Eric Hess, Fürsprecher\*

## Inhalt

- 1 **Ausgangslage und Problemstellung**
- 2 **Begriff der S-Corporation**
- 3 **Beurteilung**
- 4 **Lösung**

## 1 Ausgangslage und Problemstellung

Gemäss Artikel 4 Absatz 1 des Verrechnungssteuergesetzes unterliegen Dividendenausschüttungen schweizerischer Gesellschaften sowie Zinsen auf Obligationen schweizerischer Schuldner und Guthaben bei schweizerischen Banken einer Verrechnungssteuer von 35 %.

Nach Artikel 10 Absatz 2 DBA-US 96 können Dividenden, die eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft an einen in den USA ansässigen Nutzungsberechtigten ausschüttet, auch in der Schweiz besteuert werden. Wenn der nutzungsberechtigte Empfänger eine amerikanische Gesellschaft ist, die unmittelbar über mindestens 10 % der Stimmrechte der ausschüttenden schweizerischen Gesellschaft verfügt, ist das schweizerische Besteuerungsrecht indessen auf 5 % des Bruttobetrags der Dividenden begrenzt. In den übrigen Fällen darf die schweizerische Steuer 15 % nicht übersteigen.

Für Zinsen sieht Artikel 11 Absatz 1 DBA-US 96 ein ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats des nutzungsberechtigten Empfängers vor.

Gilt der amerikanische nutzungsberechtigte Empfänger im Sinne von Artikel 22 DBA-US 96 als abkommensberechtigter<sup>1</sup>, steht ihm ein Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu<sup>2</sup>, soweit diese im Falle von Dividenden 5 % bzw. 15 % übersteigt. Bei Zinsen erstreckt sich der Erstattungsanspruch auf die volle Verrechnungssteuer.

Verschiedentlich machen amerikanische Gesellschaften, welche nach amerikanischem Recht einem mit steuerlichen Vergünstigungen verbundenen Sonderstatus unterliegen,

\* Stellvertreter des Chefs der Abteilung für internationales Steuerrecht und Doppelbesteuerungssachen, Eidg. Steuerverwaltung, Bern

1 ERIC HESS, Voraussetzungen für die Abkommensberechtigung unter dem neuen schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen, ASA 67, S. 177.

2 Artikel 2 der Verordnung des Bundesrates vom 15. Juni 1998 zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 (VO DBA-US 96), SR 672.933.61. Einzig für Dividenden, die an eine amerikanische Gesellschaft gezahlt werden, welche unmittelbar über mehr als die Hälfte der Stimmrechte an der schweizerischen ausschüttenden Gesellschaft verfügt, kann letzterer nach Artikel 4 dieser Verordnung auf Gesuch hin bewilligt werden, die Verrechnungssteuer direkt an der Quelle zum reduzierten Satz von 5 % zu erheben.

beispielsweise S-Corporations, einen Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer geltend. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit einem solchen Antrag zu entsprechen ist.

## 2 Begriff der S-Corporation

Mit gewissen Einschränkungen<sup>3</sup> kann eine personenbezogene amerikanische Kapitalgesellschaft nach Subchapter S des Internal Revenue Code<sup>4</sup> für eine Besteuerung wie eine Personengesellschaft optieren. Dies hat zur Folge, dass ihre laufenden Einkünfte nicht auf Stufe der Gesellschaft, sondern direkt bei den an ihr beteiligten Personen besteuert werden. Für einige andere Einkünfte aus Steuerguthaben, Gewinnen und Gewinnvorträgen bleibt sie jedoch selbständiges Steuersubjekt, sofern ein Zusammenhang mit der Zeit vor Erlangung des Status als S-Corporation besteht.<sup>5</sup>

Damit eine Gesellschaft von diesem Optionsrecht Gebrauch machen kann, muss sie folgende Voraussetzungen erfüllen:

- die Zahl ihrer Aktionäre ist auf höchstens 75 begrenzt;<sup>6</sup>
- alle Aktionäre müssen entweder natürliche Personen, Nachlässe oder gewisse amerikanische Trusts oder steuerbefreite Organisationen sein;
- keine dieser natürlichen Personen darf ein nicht-ansässiger Ausländer sein;<sup>7</sup>
- die Gesellschaft darf nur eine einzige Art von Aktien ausgegeben haben;
- alle Aktionäre müssen nach Massgabe ihrer Beteiligung einen Anspruch auf gleiche Rechte hinsichtlich der Beteiligung am Gewinn und Vermögen der Gesellschaft haben;
- die Gesellschaft darf nicht zu mehr als 80 % an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt sein;<sup>8</sup>
- sämtliche Aktionäre müssen dieser Option zugestimmt haben.

## 3 Beurteilung

Dass eine S-Corporation eine juristische Person im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b DBA-US 96 ist, ist nicht zweifelhaft. Damit aber eine amerikanische Ge-

sellschaft in eigenem Namen eine Entlastung von der Verrechnungssteuer geltend machen kann, muss sie

- «eine in einem Vertragsstaat ansässige Person» im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 DBA-US 96 sein, und
- eines der Kriterien für die Abkommensberechtigung nach Artikel 22 DBA-US 96 erfüllen.

Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a DBA-US 96 bedeutet der Ausdruck «eine in einem Vertragsstaat ansässige Person» eine Person, die nach dem Recht dieses Staates dort aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, ihrer Staatsangehörigkeit, des Ortes ihrer Geschäftsleitung, des Ortes ihrer Errichtung oder eines anderen ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist. Die zentrale Frage, die sich stellt, ist diejenige, ob einer S-Corporation, die für die ihr aus schweizerischen Quellen zufließenden laufenden Kapitalerträge steuerlich als transparent behandelt wird, aufgrund des Umstandes, dass sie für gewisse Einkünfte<sup>9</sup> in den USA subjektiv steuerpflichtig sein kann, ein Anspruch auf Rückerstattung von Verrechnungssteuern zusteht, die auf ihren aus schweizerischen Quellen stammenden laufenden Einkünften abgezogen wurden, für die sie in den USA nicht besteuert wird.

Dies wird von der ESTV zur Hauptsache aus folgenden Gründen abgelehnt:

- a) Aufgrund des gemäss Artikel 10 Absatz 2 DBA-US 96 geteilten Sockelsteuersatzes für Dividenden hätte eine S-Corporation in den Fällen, in denen sie zu mehr als 10 % an der ausschüttenden schweizerischen Gesellschaft beteiligt ist, einen Rückerstattungsanspruch in Höhe von 30 %. Dies hätte zur Folge, dass die Aktionäre der S-Corporation, denen diese Gewinne steuerlich zugerechnet werden, in den Genuss einer Reduktion der Verrechnungssteuer auf 5 % kämen. Weil es sich bei diesen Aktionären stets um Personen handeln muss, die in den USA entweder wie eine natürliche Person besteuert werden oder (im Falle von gemeinnützigen Organisationen) steuerbefreit sind, stünde ihnen, würden sie die Aktien der schweizerischen Gesellschaft direkt halten, lediglich ein Anspruch auf Rückerstattung von 20 % zu. Es kann nicht Zweck dieser im Abkommen vorgesehenen weitergehenden Quellensteuerentlastung für Direktinvestitionen sein, sie natürlichen Personen zukommen zu lassen, wenn sie schweizerische Dividenden über eine

3 Insbesondere für Banken und Versicherungsgesellschaften.

4 Secs. 1361 ff. IRC.

5 Secs. 1363(d), 1371(d)(2), 1374 und 1375 IRC.

6 Bis Ende 1996 durfte eine S-Corporation nicht mehr als 35 Aktionäre haben.

7 Die als Aktionäre in Betracht kommenden natürlichen Personen müssen somit entweder die amerikanische Staatsangehörigkeit besitzen («U.S. citizens») oder nach amerikanischem Recht als in den USA ansässig gelten («resident aliens»).

8 HANS ZSCHIEGNER, Das Einkommensteuerrecht der USA, Teil III, IWB Nr. 8 vom 22. April 1998, S.381.

9 Vgl. FN 5.

hierfür nicht steuerpflichtige S-Corporation beziehen. Dieses Argument verfängt zwar nicht, wenn eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Zinsen verlangt wird, sieht doch Artikel 11 Absatz 1 DBA-US 96 vor, dass Zinsen nur im Ansässigkeitsstaat des Empfängers besteuert werden können. Indessen rechtfertigt dies nicht, einer S-Corporation die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Zinsen zu gewähren und auf Dividenden zu verweigern.

- b) Nach amerikanischem Recht unterliegen sämtliche US-Bürger, ungeachtet ihres effektiven Wohnsitzes, der unbeschränkten Steuerpflicht in den USA. Somit kann auch ein amerikanischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz ausserhalb der USA, der nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a DBA-US 96 nur unter gewissen Voraussetzungen als eine im Sinne des Abkommens in den USA ansässige Person gilt, an einer S-Corporation beteiligt sein.<sup>10</sup> Könnte eine S-Corporation in eigenem Namen eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer geltend machen, wäre es möglich, dass natürliche Personen, die weder in der Schweiz noch in den USA ansässig sind und die lediglich aufgrund ihrer amerikanischen Staatsangehörigkeit der Besteuerung in den USA unterliegen, in den Genuss einer Reduktion der Verrechnungssteuer auf Kapitalerträgen aus der Schweiz kommen, auf die sie keinen Anspruch hätten, würden sie die schweizerischen Wertschriften direkt halten.<sup>11</sup>

Weil die ESTV eine S-Corporation nicht als in den USA ansässig betrachtet, erübrigt es sich zu prüfen, ob sie aufgrund von Artikel 22 DBA-US 96 abkommensberechtigt wäre.<sup>12</sup>

#### 4 Lösung

Soweit es sich bei den an einer S-Corporation Beteiligten nachweislich um Personen handelt, die ihrerseits aufgrund ihrer Ansässigkeit und gestützt auf Artikel 22 DBA-US 96 die Voraussetzungen für eine Entlastung von der Verrechnungssteuer erfüllen, kann der S-Corporation – stellvertretend für diese Personen – eine Erstattung der Verrechnungssteuer nach Massgabe deren Be-

teiligung gewährt werden. Der Rückerstattungsanspruch ist bei Dividenden begrenzt auf den Anteil, auf den diese Beteiligten Anspruch haben, d.h. auf 20%.

Auch nach deutscher Auffassung gelten amerikanische S-Corporations aufgrund ihres steuerlichen Sonderstatus nicht als in den USA ansässig und damit nicht als abkommensberechtigt. Deutschland gewährt einer S-Corporation die Vergünstigungen des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland – USA ebenfalls nur für den Teil ihrer aus deutschen Quellen stammenden Einkünfte, der auf ihre in den USA ansässigen Gesellschafter entfällt.<sup>13</sup>

10 Vgl. FN 7.

11 Selbstverständlich bleibt es ihnen unbenommen, die Verrechnungssteuer gestützt auf ein allfälliges Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und ihrem Ansässigkeitsstaat zurückzufordern.

12 Weil einer S-Corporation nur natürliche Personen, die entweder die amerikanische Staatsangehörigkeit besitzen oder in den USA ansässig sind, amerikanische Nachlässe sowie gewisse amerikanische Trusts oder steuerbefreite Organisatio-

nen angehören dürfen, würde sie in aller Regel das Kriterium der inländischen Beherrschung gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. f DBA-US 96 erfüllen. Fraglich wäre dies einzig in dem wohl eher theoretischen Fall, dass an ihr mehrheitlich amerikanische Staatsangehörige beteiligt wären, die ihren Wohnsitz ausserhalb der USA haben.

13 DEBATIN/WASSERMEYER, Doppelbesteuerung, Band VI, RZ 22 zu Art. 3 des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland – USA.



## Literatur-Forum

Kompetenzzentrum MWST der Treuhand-Kammer (Hrsg.),

## Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer

Basel/Genf/München (Verlag Helbing & Lichtenhahn) 2000, XXXV + 1324 S., ISBN 3-7190-1723-0, Fr. 298.–

Rezensent: Dr. oec. publ. Ivo P. Baumgartner, dipl. Steuerexperte\*

Wie schon in der Ausgabe 2001/1 dieser Zeitschrift vermerkt,<sup>1</sup> sind vor der Jahreswende zwei Werke erschienen, welche sich als Kommentar mit dem am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Mehrwertsteuergesetz befassen. Der vorliegend besprochene Kommentar ist nicht nur wegen seines Volumens, sondern auch wegen der Tiefe der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Aspekten der Mehrwertsteuer für die Schweiz erstmalig. Konzept und Aufbau des Werkes lehnen sich stark an den im gleichen Verlag, aber unter anderer Verantwortung erschienenen und weit verbreiteten «Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht» an. Dadurch fühlt man sich mit dem Kommentar auch sehr rasch vertraut.

Der Kommentar wird vom «Kompetenzzentrum MWST» der Schweizerischen Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten (Treuhand-Kammer) herausgegeben. Diese verbandsinterne Arbeitsgruppe setzt sich aus schwergewichtig in der Mehrwertsteuerberatung tätigen Personen zusammen. Drei Spezialisten aus diesem Kreis, die Herren DIEGO CLAVADETSCHER, PIERRE-MARIE GLAUSER und GERHARD SCHAFROTH, haben die Redaktion des Werkes übernommen und zeichnen für die thematische Gliederung, die Auswahl und Koordination der über 60 Autoren und die Schlussredaktion des Werkes verantwortlich. Die 64 Autoren rekrutieren sich zur überwiegenden Mehrheit aus der Beratung (56). Zahlenmässig wie bezüglich Qualität der Beiträge gut vertreten sind die für die Mehrwertsteuer zuständigen Gerichte, die eidg. Steuerrekurskommission und das Bundesgericht, aber auch Exponenten aus der Lehre. Keiner der Autoren ist bei der eidg. Steuerverwaltung tätig. Die breit abgestützte Autorschaft gewährleistet, dass zu den einzelnen Themen durchwegs entsprechende Spezialisten verpflichtet werden konnten. Da-

durch wird auch der Praxisbezug des Werkes sichergestellt.

Im Bestreben, die Publikation des Kommentars noch vor dem Inkrafttreten des Mehrwertsteuergesetzes zu terminieren, ist bewusst auf die Berücksichtigung *sämtlicher Publikationen der eidg. Steuerverwaltung zum neuen Recht verzichtet worden*. Im Kommentar sind damit weder die Wegleitung 2001 noch die verschiedenen Broschüren und Merkblätter verarbeitet worden. Dies gilt es bei der Konsultierung stets zu beachten. Dem Leser bleibt so das Nachschlagen der massgebenden Verwaltungsanordnungen nicht erspart. Dieser durch ein rasches Erscheinen des Werkes erkaufte Nachteil soll durch einen im Internet abrufbaren Aktualisierungsservice (unter [www.mwst.com](http://www.mwst.com)) aufgehoben bzw. gemildert werden. Bis heute sind allerdings noch keine Aktualisierungen abrufbar.

Da die Autoren in der ganzen Schweiz rekrutiert worden sind, enthält der Kommentar *Beiträge sowohl in deutscher wie in französischer Sprache*. Die nicht so zahlreichen auf französisch abgefassten Beiträge sind, um dem Kommentar eine sprachliche Einheit zu verleihen, ins Deutsche übersetzt worden. Dies ist zu Beginn der entsprechenden Kommentierungen ausdrücklich vermerkt. Die französischen Originaltexte sind in einem Anhang nach dem Schlagwortverzeichnis, welches nur auf Deutsch abgefasst ist, abgedruckt. Die Originaltexte erlauben dem Leser, den unverfälschten Gedankengang des Autors nachzulesen.

Das Werk ist weder als Lehrbuch noch als abschliessende Darstellung des Mehrwertsteuerrechtes, sondern als klassischer Kommentar konzipiert. Dementsprechend sind die einführenden Beiträge auf die Darstellung der Vorgeschichte des Gesetzes und auf den Bezug zum Gemeinschaftsrecht beschränkt. Der Kommentar ist darauf ausgerichtet, ein *Arbeitsinstrument und eine Quelle von Referenzen für den Mehrwertsteuerspezialisten* zu sein. Bei Einzelfragen ist dieses Werk – neben den erwähnten Verwaltungsanordnungen – ein primäres Hilfsmittel. Für den Einstieg in das Mehrwertsteuerrecht ist der Kommentar hingegen nicht geeignet, und es ist auf eine allgemeine Darstellung wie z.B. das Handbuch von CAMENZIND/HONAUER/VALLENDER<sup>2</sup> zurückzugreifen. Der

1 FStR 2001 72.

2 ALOIS CAMENZIND/NIKLAUS HONAUER/KLAUS A. VALLENDER, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Band 100, Bern/Stuttgart/Wien.

\* Partner, Hess Streuli & Partner Rechtsanwälte, Zürich, Fachbereichsleiter Unternehmenssteuerrecht und Dozent bei der Schweizerischen Akademie für Steuerlehre, Zürich.

Kommentar ist insoweit *praxisbezogen*, als in der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen die praktischen Erfahrungen der Autoren aus Anwendungsfällen zum bisherigen Recht eingearbeitet worden sind. Der Leser darf aber nicht erwarten, Beispielkataloge, Checklisten und Buchungsanweisungen zu finden, wie dies vereinzelt in ausländischen Kommentaren der Fall ist. Die praktischen Erfahrungen mit der Mehrwertsteuer stützen sich in der Schweiz auf eine verhältnismässig kurze Zeitspanne. Dementsprechend ist auch die Rechtsprechung nicht sehr reichhaltig. Der Rückgriff auf Regelungen im Gemeinschaftsgebiet ist so naheliegend, aber nicht in jedem Fall für die Eigenheiten des Schweizer Rechtes zutreffend. Eine Vielzahl der Beiträge ist *theoretisch gut fundiert*. Der Kommentar ist für den wissenschaftlich interessierten Leser daher ein steter Fundus an sehr interessanten Überlegungen und äusserst differenzierten Analysen, welchen im Werk auch ausreichend Platz eingeräumt worden ist.

Zu grundsätzlichen Themen, welche mehr als nur eine einzige Bestimmung betreffen, finden sich im Kommentar eigenständige Beiträge, welche als *Vorbemerkungen* zu bestimmten Artikeln bezeichnet sind. Diese weitgehend sehr guten und lesenswerten Beiträge sind allerdings im Inhaltsverzeichnis nicht vermerkt. Dieser Umstand ist auch aus dem «Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht» bekannt. Der systematisch nicht immer überzeugende Aufbau des Mehrwertsteuergesetzes, die verschiedenen thematischen Redundanzen und die Verweise im Gesetz führen dazu, dass konsequent Hinweise auf Ausführungen zu anderen Bestimmungen oder auf Vorbemerkungen aufgenommen werden müssten. Dies ist in unterschiedlichem Masse realisiert worden, was mit der nur schwer zu bewerkstelligen Koordination einer so grossen Anzahl Autoren in Zusammenhang stehen mag. Dadurch kommt dem *Stichwortverzeichnis* als Orientierungshilfe eine zentrale Bedeutung zu. Dieses umfasst 29 Seiten und ist als genügend feingliedert zu betrachten. Die Positionierung vor den französischen Originaltexten und damit nicht am Ende des Werkes erweist sich als wenig leserfreundlich. Das ständige Blättern kann durch das Setzen eines Platzhalters einfach vermieden werden. Etwas störend ist, dass bei einigen Beiträgen kein Inhaltsverzeichnis aufgenommen worden ist. Ein solches ermöglicht es, effizient die Struktur des Beitrages zu überblicken und entsprechend zügig zur gewünschten Kommentarstelle zu gelangen. Einzelne Artikel sind in verschiedene Themenbereiche aufgliedert worden, was beim Mehrwertsteuergesetz durchaus Sinn macht. Die getroffenen Abgrenzungen erweisen sich rundweg als zweckmässig. Die Kommentierung der einzelnen Teilbestimmungen ist meistens verschiedenen Autoren übertragen worden, was eine Ab-

stimmung zwischen den einzelnen Beiträgen erforderlich macht, welche jedoch nicht in jedem Fall konsequent vorgenommen worden ist.

Die im Vergleich zu anderen Kommentaren grosse Autorenzahl gewährleistet eine breite Abstützung des Werkes und den Zugriff auf ausgewiesene Spezialisten. Eine Vielzahl an Beiträgen weist denn auch eine ausgesprochen hohe Qualität auf. Einige Beiträge vermögen dagegen nicht zu überzeugen und beschränken sich im Wesentlichen auf eine Darstellung der Verwaltungsanordnungen zum bisherigen Recht. Dadurch verliert der Kommentar an qualitativer Homogenität, was bei einem solchen «Erstling» nur schwer zu verhindern ist. Gesamthaft gesehen ist der Kommentar dennoch ein *hochstehendes und gelungenes Werk*, welches für den Anwender eine grosse Hilfe sein kann.

Der vom Kompetenzzentrum MWST der Treuhandkammer herausgegebene «Kommentar zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer» ist schon kurz nach seinem Erscheinen als *Standardwerk* zum Mehrwertsteuergesetz zu betrachten. Er ist ein geradezu unentbehrliches Arbeitsinstrument eines jeden Mehrwertsteuerspezialisten und ein wichtiges Hilfsmittel für jeden, der mit nicht alltäglichen Fragen rund um das Mehrwertsteuergesetz konfrontiert ist und auf eine fundierte Auseinandersetzung mit einzelnen Bestimmungen des Gesetzes angewiesen ist. Obschon die Nichtberücksichtigung der verschiedenen, zum neuen Recht publizierten Verwaltungsanordnungen bedauert werden kann, ist die Anschaffung dieses Werkes eine *lohnende Investition*. Diese Veröffentlichung ist auch ein wesentlicher Beitrag zum Verständnis und zur Entwicklung des in der Schweiz noch jungen Mehrwertsteuerrechtes.

# Kapitaleinlagen und Kapitalgewinne bei Vorratsaktien

(BGE vom 17. März 2000 [2P.365/1998/bol] / StE 2000 B 72.13.1 Nr. 2)

Dr. iur. Thomas Meister, LL. M. (Tax)\*

## Inhalt

1	<b>Sachverhalt</b>
2	<b>Prozessuales und Rechtsfrage</b>
3	<b>Auszug aus den Erwägungen</b>
4	<b>Anmerkungen</b>
4.1	<b>Materielle Begründung</b>
4.1.1	Zivilrechtliche Betrachtung
4.1.2	Steuerrechtliche Betrachtung
4.1.3	Praxis bei der direkten Bundessteuer
4.1.4	Praxis bei den Stempelabgaben
4.1.5	Methodendualismus
4.2	<b>Willkürprüfung</b>
5	<b>Schlussbetrachtung</b>

## 1 Sachverhalt

Die Generalversammlung der A AG beschloss im Oktober 1987 eine Kapitalerhöhung. Unter anderem wurden 6000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 500.– geschaffen, bei denen die Aktionäre auf das Bezugsrecht verzichteten. Mit Übernahmevertrag vom Oktober 1987 und Hinterlegungsvertrag vom Dezember 1987 hat die B-Bank die 6000 Inhaberaktien zum Nennwert fest übernommen mit der Verpflichtung, diese in einem Separatdepot für eine im Interesse der Gesellschaft liegende Verwendung zur Verfügung zu halten. Weiter wurde u.a. vereinbart, dass die B-Bank einen bei der definitiven Verwendung der Aktien erzielten Mehrerlös über den Nennwert hinaus zur Verwendung gemäss Art. 671 OR an die Gesellschaft abführe. In der Folge wurden 4000 Inhaberaktien auf ein Depot «Sicherstellungsaktien Wandelanleihe 1988 bis 1995 A AG» bei der B-Bank übertragen; die übrigen 2000 Inhaberaktien blieben auf einem unverzinslichen Separatkonto bei der B-Bank. Die B-Bank verpflichtete sich, bei den fest übernommenen Inhaberaktien auf Dividenden und Bezugsrechte zu verzichten.

Vom Wandelrecht bei der ausstehenden Wandelanleihe wurde nur wenig Gebrauch gemacht. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft fasste daher im Dezember 1994 den Beschluss, die Rückzahlung der Wandelanleihe über die Platzierung der frei werdenden Inhaberaktien bei Unternehmen und bisherigen Aktionären sicherzustellen. In der Folge vereinbarte die A AG mit den Unternehmern C und D, dass 10 Prozent ihrer offen stehenden Werklohnforderungen mit 26 bzw. 300 Aktien beglichen werden. Die Differenz zwischen dem Verrechnungspreis und dem Nominalwert der Aktien betrug CHF 316 550.–. Im April 1995 wurde die B-Bank angewiesen, die Aktien auszuliefern; die B-Bank bestätigte mit Schreiben vom April 1995, die Übertragung (nach dem Ablauf der Wandlungsfrist) zu veranlassen.

Die Veranlagungsbehörde erachtete bei der Veranlagung der A AG zu den Kantonssteuern 1994/95 den über den Nennwert hinausgehenden Mehrerlös, der bei der Abgabe der Aktien an die Unternehmer C und D erzielt worden ist, als steuerbaren Kapitalgewinn. Sie ver-

\* Der Autor ist Partner bei Pestalozzi Lachenal Patry, Zürich

anlagte die A AG im September 1997 mit einem 1994/95 steuerbaren Gewinn von CHF 850 000.–. Im Einspracheverfahren machte die Pflichtige geltend, bei der Differenz zwischen dem Verrechnungspreis mit den Unternehmern C und D und dem Nennwert handle es sich nicht um einen Kapitalgewinn, sondern um ein Agio und damit um eine steuerfreie Kapitaleinlage. Mit Entscheid vom April 1998 wies die kantonale Steuerverwaltung Graubünden die Einsprache betreffend die Kantonssteuer 1994/95 ab.

Parallel wurde der Mehrerlös auf weiteren Inhaberaktien bei der Kantonssteuer 1993/94 erfasst. Im April 1998 wurde diesbezüglich eine zweite Einsprache der A AG teilweise gutgeheissen und nur noch der Mehrerlös der 4000 Inhaberaktien, die für die Sicherstellung der Wandelrechte bestimmt waren, als steuerbarer Gewinn aufgerechnet; der auf den restlichen 2000 Inhaberaktien erzielte Mehrerlös wurde als steuerfreie Kapitaleinlage betrachtet, weil diese Aktien dem ursprünglichen Zweck entsprechend verwendet worden seien.

Die A AG gelangte gegen die Kantonssteuern 1994/95 mit Rekurs an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte, den steuerbaren Gewinn von CHF 850 095.– (um CHF 316 550.–) auf CHF 533 545.– herabzusetzen. Das Verwaltungsgericht wies den Rekurs mit Entscheid vom Juli 1998 ab.

Gegen diesen Entscheid hat die A AG beim Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 aBV eingereicht. Das Bundesgericht wies die staatsrechtliche Beschwerde ab.

## 2 Prozessuales und Rechtsfrage

Im Rahmen der anhängig gemachten staatsrechtlichen Beschwerde hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden getroffene Auslegung von Art. 82 Bst. a StG GR vor dem Willkürverbot standhält.

## 3 Auszug aus den Erwägungen

2. a) Das Verwaltungsgericht rechnete den über den Nennwert hinausgehenden Mehrerlös (CHF 316 550.–), der bei der Abgabe der Aktien an die beiden Unternehmer C und D erzielt worden war, zum steuerbaren Reingewinn (Art. 79 StG GR). Die A AG ist dagegen der Auffassung, dieser Betrag sei steuerfrei, da durch Kapitaleinlagen von Mitgliedern einer Kapitalgesellschaft, einschliesslich der Aufgelder, nach Art. 82 Bst. a StG GR kein steuerbarer Gewinn entstehe. Das Verwaltungsgericht verneinte eine Kapitaleinlage. Es nahm an, es liege

ein Verkauf von Beteiligungsrechten ausserhalb einer Kapitaleinlage vor. Die treuhänderisch tätige B-Bank habe zivilrechtlich die Rechtsstellung einer Aktionärin erworben. Nach Ablauf der Wandlungsfrist habe die A AG frei über die verbliebenen Aktien verfügen können und sei damit auch berechtigt gewesen, mit diesen zu handeln. Der Kapitalbeschaffungsvorgang über die Wandelanleihe sei zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen gewesen. Mit Ablauf des Wandlungsvorgangs sei die steuerrechtliche Behandlung wieder der zivilrechtlichen Stellung der Aktien anzugleichen und daher die Emission auch für Vorratsaktien als abgeschlossen zu betrachten, unabhängig davon, ob es der A AG gelungen sei, für sämtliche anlässlich der Kapitalerhöhung geschaffenen Vorratsaktien Abnehmer zu finden. Der dadurch erhoffte Kapitalzufluss habe nicht stattgefunden, was die A AG in Kauf zu nehmen habe und für welchen Umstand sie das Risiko trage. Andernfalls könnte sich eine Kapitalerhöhung über eine sehr lange Zeit erstrecken, unter Umständen trotz Vorhandenseins von Aktien gar nie verwirklichen. Soweit die A AG die verbliebenen Aktien mit Unternehmerforderungen habe verrechnen können, sei dieser Schritt unabhängig von der Kapitalerhöhung geschehen. Die Unternehmer seien dabei als Geschäftspartner aufgetreten, die bereits liberierte und im Eigentum der B-Bank befindliche Aktien als Gegenwert für geleistete Arbeit anstelle von Geld erhalten hätten. Dies sei nicht mehr im Rahmen einer Kapitalerhöhung, sondern zu einem Zeitpunkt geschehen, in dem die A AG nach ausgebliebener Wandlung frei über ihre Aktien habe verfügen können. Die Aktienhingabe an die beiden Werkunternehmer erscheine daher als gewöhnliche Veräusserung einer ihr zustehenden Beteiligung; ein Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung bestehe nicht. Somit sei bei der Verrechnung der Unternehmerforderungen mit eigenen Aktien kein Agio, sondern ein Geschäftsgewinn erzielt worden; dieser werde in vollem Umfang von der Gewinnsteuer erfasst.

b) aa) (...) Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob der Mehrerlös, der bei der Veräusserung der Aktien an die Unternehmer erzielt worden war, als steuerfreie Kapitaleinlage bzw. als steuerfreies Aufgeld im Sinne von Art. 82 Bst. a StG GR zu qualifizieren ist. Die A AG vermag nicht darzutun, dass das Verwaltungsgericht in Willkür verfallen ist, indem es bei der Anwendung dieser Bestimmung nicht von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausging. Sie bringt keine unmittelbar auf Art. 82 Bst. a StG GR bezüglichen Argumente vor, wonach bei der Anwendung dieser Bestimmung die wirtschaftliche Betrachtungsweise massgeblich ist. Es ist nicht erkennbar, weshalb der Steuergesetzgeber den Begriff der Kapitaleinlage oder des Aufgeldes abweichend vom zivilrechtlichen Gehalt verstanden haben wollte. Aufgeld ist ein zivil-

rechtlicher Begriff; damit ist ein Mehrerlös gemeint, der bei der Ausgabe neuer Aktien in dem durch das Obligationenrecht geordneten Kapitalerhöhungsverfahren durch Einlagen seitens der Aktionäre (Liberierung) über den Nennwert hinaus erzielt wird (vgl. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Der im vorliegenden Fall bei der Übergabe der Aktien an die Unternehmer erzielte Mehrerlös erfüllt die zivilrechtlichen Merkmale einer Kapitaleinlage bzw. eines Aufgeldes unbestreitbar nicht. Die beiden Unternehmer haben – wovon Art. 671 OR ausgeht – weder Aktien gezeichnet und liberiert, sei es durch Barzahlung, Sacheinlage oder Verrechnung, noch die Beteiligungsrechte bei einer Wandelanleihe übernommen. Sie haben vielmehr im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen mit der A AG Aktien an Zahlungen statt entgegengenommen. Wenn das Verwaltungsgericht nur solche Mehrerlöse als steuerfrei erachtet, die im formellen Kapitalerhöhungsverfahren realisiert wurden, und nicht auch solche, die nach Abschluss dieses Verfahrens bei einer Veräusserung von Aktien realisiert werden, welche in die freie Verfügung der Gesellschaft übergegangen sind, hat es jedenfalls nicht willkürlich entschieden.

bb) Weiter rügt die A AG als willkürlich, das Verwaltungsgericht habe das richtige Kriterium zur Abgrenzung von Kapitaleinlage und Gewinn nicht angewendet. Es habe in zivilrechtlicher Betrachtungsweise einzig darauf abgestellt, wann die Kapitalbeschaffung über die Wandelanleihe abgeschlossen gewesen sei. Das Verwaltungsgericht sei in Willkür verfallen, weil es nicht geprüft habe, in welcher Eigenschaft den Unternehmern die Aktien zugegangen seien bzw. ob das Aufgeld von den Unternehmern der A AG deshalb bezahlt worden sei, weil jene aktienrechtlich originär oder kraft eines Rechtsgeschäftes (Kauf) Aktionäre geworden seien. Der Zufluss von den Unternehmern sei genauso wenig von der A AG erwirtschaftet worden wie das Aufgeld für die 2000 Vorratsaktien, die nicht für die Sicherstellung der Wandelanleihe reserviert worden seien und bei denen die Steuerverwaltung Graubünden zu Recht von der Gewinnbesteuerung abgesehen habe. Die Unternehmer seien mit der Übernahme der Aktien Aktionäre geworden; der Mittelzufluss stamme damit von Aktionärsseite. Im vorliegenden Fall sei die A AG vor der Abgabe der Vorratsaktien an die Unternehmer zu keinem Zeitpunkt im Besitz des Kapitals gewesen, das der Gesellschaft gemäss dem Willen der bisherigen Aktionäre im Zuge der Kapitalerhöhung zufließen müsse.

Die Rüge, das Verwaltungsgericht habe nicht geprüft, in welcher Eigenschaft den beiden Unternehmern die Aktien zugegangen seien, ob aktienrechtlich originär oder rechtsgeschäftlich, trifft nicht zu. Indem es annahm, es liege – da das Kapitalerhöhungsverfahren abgeschlossen gewesen sei – ein Verkauf von Beteiligungsrechten aus-

serhalb einer Kapitaleinlage bzw. eine gewöhnliche Veräusserung einer ihr zustehenden Beteiligung vor, ging es davon aus, die Unternehmer hätten nicht in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Einlage geleistet. Inwiefern das Verwaltungsgericht in diesem Punkt offensichtlich unhaltbar entschieden haben soll, ist nicht dargetan. Auf die rein appellatorischen Ausführungen ist nicht einzutreten.

cc) Es ist auch nicht völlig unhaltbar und damit nicht willkürlich, bei der Abgrenzung von Gewinn und Kapitaleinlage auf den Abschluss des Kapitalerhöhungsverfahrens mittels der Wandelanleihe abzustellen, wie die A AG weiter rügt. Im Gegenteil. Wenn die Aktienhingabe an die Unternehmer nach Abschluss der Wandlungsfrist überhaupt nicht im Zusammenhang mit der Wandelanleihe geschah, spricht dies dagegen, dass die Unternehmer in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Kapitaleinlage geleistet haben. Die A AG bringt selber vor, nachdem die Obligationen nicht in Aktien umgewandelt worden seien, seien die Aktien an die Gesellschaft zu deren freien Verfügung zurückgegeben worden. Trifft dies aber zu, kann ohne Willkür angenommen werden, dass die spätere Übertragung an die Unternehmer eine gewöhnliche Veräusserung war, mit der ein steuerbarer Gewinn erzielt wurde. Die A AG bringt denn auch explizit selber vor, die Aktien seien den Unternehmern in Verrechnung mit den Werklohnforderungen zugeteilt worden. Dann ist es aber nicht willkürlich anzunehmen, die Unternehmer hätten nicht in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Kapitaleinlage geleistet, sondern hätten Aktien an Zahlungen statt entgegengenommen. Dabei handelt es sich jedoch – was für die Auslegung von Art. 82 Bst. a StG GR massgeblich ist – zivilrechtlich nicht um ein Aufgeld, sondern um eine Kaufpreiszahlung. Somit ist die Annahme, dass die A AG durch eine gewöhnliche Veräusserung einen steuerbaren Gewinn erzielte, nicht willkürlich.

dd) Auch die Rüge, dass der Schluss des Verwaltungsgerichts willkürlich sei, wonach die Kapitalbeschaffung über die Wandelanleihe mit dem unbenutzten Ablauf der Wandlungsfrist abgeschlossen gewesen sei, ist unbegründet. Die diesbezüglich angeführte zivilrechtliche Rechtsprechung, aus der sich nach Meinung der A AG ergibt, dass die treuhänderisch Vorratsaktien zeichnende B-Bank nur in formeller Art Aktionärsstellung erwerbe und der erste Aktieninhaber die Aktien originär von der Gesellschaft erhalte, ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, kann doch – wie gesehen – ohne Willkür angenommen werden, dass die beiden Unternehmer die Aktien nicht im Rahmen einer Kapitalerhöhung, sondern durch ein gewöhnliches Kaufgeschäft erworben haben.

ee) Die A AG macht weiter – als willkürlich – geltend, der angefochtene Entscheid stehe im Widerspruch mit der Praxis zur stempelsteuerrechtlichen Erfassung des

Agios bei der Emission von Vorratsaktien; danach werde die Emissionsabgabe bei einer Überpari-Emission in zwei Schritten erhoben, und zwar zunächst auf dem Nennwert bei der Eintragung der Kapitalerhöhung und sodann auf dem Agio bei der Wandlung der Aktien in Obligationen oder beim freihändigen Verkauf der verbleibenden Aktien am Markt (vgl. Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Bd. 4, Nr. 7 zu Art. 24bis aStG). Die Emissionsabgabe als Rechtsverkehrssteuer dürfe nicht gänzlich von der Einkommenssteuer abgekoppelt werden. Nach dem Grundsatz der Einheit der Gesamtrechtsordnung müsse wenigstens im Bereich der Steuerrechtsordnung Wertungskongruenz verwirklicht werden.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat im vorliegenden Fall zwar auch für diejenigen Aktien, die zur teilweisen Zahlung an die Unternehmer abgegeben wurden, die Emissionsabgabe von 3 Prozent auf dem Agio erhoben. Sie hat – anlässlich der Veranlagung der Stempelsteuer – für die direkte Bundessteuer auch angenommen, dass eine (steuerneutrale) Kapitaleinlage vorliege. Dass das Bündner Verwaltungsgericht diese Einschätzung für die kantonale Gewinnsteuer nicht übernommen hat, macht seinen Entscheid aber nicht willkürlich. Zu einer Aussage über die direkte Bundessteuer war die Eidgenössische Steuerverwaltung nicht zuständig, da sie nicht Veranlagungsbehörde für diese Steuer ist. Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10) unterliegt der gesamte, der Gesellschaft für die Ausgabe der Aktien zugeflossene Betrag der Emissionsabgabe. Da die A AG ausdrücklich einen über dem Nennwert liegenden Ausgabepreis für die neu geschaffenen Aktien festgesetzt hat, ist stempelsteuerrechtlich davon auszugehen, dass dieser auch realisiert worden ist, stand doch fest, dass der Kapitalerhöhungsvorgang tatsächlich beendet war. Das schliesst jedoch nicht aus, dass bei der Gewinnsteuer angenommen wird, der Zufluss sei bei einer gewöhnlichen Veräusserung an Dritte erzielt worden, hatte die A AG die Aktien doch vorgängig von der Treuhänderin zur freien Verfügung zurückerhalten. Die stempelsteuerrechtliche Beurteilung ist für die Einkommens- und Gewinnsteuer zudem nicht massgeblich (vgl. ASA 56 659 E. 5 S. 669).

## 4 Anmerkungen

### 4.1 Materielle Begründung

Die vom Verwaltungsgericht getroffene Unterscheidung, wonach Art. 82 Bst. a StG GR in gewissen Fällen *wirtschaftlich* (bei Vorratsaktien zur *ursprünglichen* freien Verfügung der Gesellschaft ohne weitere Zwecksetzung) und in andern Fällen *zivilrechtlich* (bei Vorrats-

aktien zur Sicherstellung des Wandlungsrechts und zur *nachträglichen* freien Verfügung der Gesellschaft) auszulegen ist, überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht.

Es stellt sich die Frage, ob durch die Zwecksetzung der Generalversammlung tatsächlich unterschiedliche Kategorien von Vorratsaktien geschaffen worden sind, nämlich 2000 Vorratsaktien zur *ursprünglichen* und 4000 zur *nachträglichen* freien Verfügung der Gesellschaft. Bei der erstgenannten Kategorie wäre die Kapitalerhöhung nach erfolgter Zeichnung und Übernahme der Vorratsaktien zum Nennwert durch die fiduziarisch handelnde B-Bank zwar *zivilrechtlich* abgeschlossen; aufgrund einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise würde der Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR aber erst bei der vollständigen Veräusserung dieser 2000 Vorratsaktien abgeschlossen sein. Anders verhielte es sich bei der zweitgenannten Kategorie. Auch dort wäre die *zivilrechtliche* Kapitalerhöhung mit der Zeichnung und Übernahme der Vorratsaktien zum Nennwert durch die fiduziarisch handelnde Bank abgeschlossen; aufgrund einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise würde sich der Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR jedoch bis zum Ablauf der Wandlungsfrist verlängern. Nach deren Ablauf käme dann wieder eine auf den Zeitpunkt der Übernahme durch die Bank rückwirkende *zivilrechtliche* Betrachtungsweise zur Anwendung, weshalb die Weiterveräusserung der nach Ablauf der Wandlungsfrist verbliebenen Vorratsaktien als ein Verkauf gemäss Art. 79 StG GR und nicht als Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR zu qualifizieren sei. Insofern erfolgt je nach Zwecksetzung bzw. Kategorie von Vorratsaktien ein mehrfacher Wechsel zwischen *zivilrechtlicher* und *wirtschaftlicher* bzw. *rückwirkend zivilrechtlicher* Betrachtungsweise. Dieses Wechselspiel ergebe sich aufgrund von Art. 79 und 82 Bst. a StG GR. Folgt man dieser Betrachtungsweise, lässt sich unschwer erkennen, dass es sich bei Art. 82 Bst. a StG GR um eine hochkomplexe Norm handelt, deren Wortlaut in keiner Weise solche Abgrenzungsschwierigkeiten erahnen liesse.

#### 4.1.1 Zivilrechtliche Betrachtung

Gemäss dem alten Aktienrecht war es einer Gesellschaft grundsätzlich verwehrt, eigene Aktien zu erwerben (Art. 659 Abs. 1 aOR). Von Doktrin und Rechtsprechung anerkannt war jedoch, dass sogenannte *Vorratsaktien* für bestimmte Zwecke geschaffen werden konnten (statt vieler: DIETER ZOBL, *Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Schaffung von Vorratsaktien*, in: SZW 1991 1 ff.; BGE 117 II 290 (292 ff.); Praxis 1997 Nr. 55 296 ff.). Die Vorratsaktien erfüllten die Funktion des (damals) fehlenden Instituts des *bedingten* oder *genehmigten* Kapitals. Vorratsaktien wurden (1) zur Sicherstellung von Op-

tions- und Wandelrechten, (2) im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, (3) im Zusammenhang mit Fusionen und Übernahmen sowie (4) zwecks Umwandlung von Gläubigerforderungen in Risikokapital geschaffen (Praxis 1997 Nr. 55 S. 298). Mit der Schaffung von Vorratsaktien war stets der Ausschluss des *Bezugsrechts* verbunden. Der Ausschluss musste sachlich gerechtfertigt und erforderlich sein, das Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre und den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung beachten. Bei Options- und Wandelanleihen musste folglich den bisherigen, vom Bezugsrecht auf den Vorratsaktien ausgeschlossenen Aktionären ein *Vorwegzeichnungsrecht* gewährt werden. Unter dem Gesichtspunkt der schonenden Rechtsausübung war es unzulässig, die Vorratsaktien zu einem unter ihrem inneren Wert liegenden Bezugspreis auszugeben, wenn die Umstände eine Ausgabe zum inneren Wert ermöglichten. Bei einem solchen Vorgehen hätte sich der Verwaltungsrat der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt (DIETER ZOBL, a. a. O., 6).

Entsprechend war denn auch im zwischen der A AG und der B-Bank abgeschlossenen Übernahmevertrag ausdrücklich vorgesehen, dass ein bei der definitiven Verwendung der Vorratsaktien erzielter Mehrerlös über den Nennwert hinaus an die Gesellschaft abzuführen war zur Verwendung gemäss Art. 671 aOR. Dies entsprach dem von der Generalversammlung gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss. Entsprechend musste die Abführung eines Mehrerlöses an die Gesellschaft sichergestellt sein, andernfalls sich der Verwaltungsrat der A AG der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt hätte. Der Kapitalbeschaffungsvorgang war somit nicht im Zeitpunkt der Zeichnung durch die treuhänderisch handelnde B-Bank oder im Zeitpunkt des unbenutzten Ablaufs der Wandlungsfrist beendet, vielmehr bestand sowohl für die *ursprünglich* freie Tranche von 2000 als auch für die *nachträglich* frei gewordene Tranche von 4000 Vorratsaktien die Pflicht zur Abführung eines Mehrerlöses an die Gesellschaft zugunsten deren (Agio-)Reserven fort. Der Verwaltungsrat war in der Platzierung dieser 2000 bzw. 4000 Vorratsaktien in keiner Weise frei. Flexibilität bestand nur in der Art und der zeitlichen Abfolge der Kapitalbeschaffung (freie Platzierung oder Platzierung über eine Wandelanleihe), nicht hingegen bei der Gestaltung des Ausgabepreises und der Verwendung des erzielten Mehrerlöses.

Im neuen Aktienrecht stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt, in welchem der Kapitalerhöhungsvorgang abgeschlossen ist, nicht mehr. Das durch die Generalversammlung für solche Zwecke geschaffene bedingte Kapital wird erst im Zeitpunkt, in dem die Erstplatzierung erfolgt, herausgegeben. Unter neuem Recht gibt es keine eigentlichen Vorratsaktien mehr. Nur unter dem alten Ak-

tienrecht stellte sich die Frage, was mit den bereits geschaffenen Vorratsaktien geschieht, wenn die erwartete Bedingung (Wandlung) nicht eintritt. Da altrechtliche Vorratsaktien nicht mehr ohne weiteres aus der Welt zu schaffen sind, stellt sich die Frage, wann die Kapitalbeschaffung durch Ausgabe von Vorratsaktien abgeschlossen ist. Da der Verwaltungsrat bei der Erstplatzierung bereits geschaffener Vorratsaktien gegenüber der Gesellschaft und ihren Aktionären auch nach Ablauf der Wandlungsfrist dafür verantwortlich bleibt, dass die Vorratsaktien zu ihrem inneren Wert platziert werden und ein Mehrerlös in die Agio-Reserven der Gesellschaft fließt, konnte nach altem Recht eine Kapitalerhöhung über das gesetzlich nicht geregelte Institut der Vorratsaktie erst nach erfolgter Erstplatzierung beendet sein. Auf diese unterschiedliche Rechtslage nach altem und neuem Aktienrecht sind das Verwaltungs- und das Bundesgericht nicht eingegangen.

Weder aus der Sicht der Gesellschaft noch ihres Verwaltungsrates und ihrer Aktionäre war der Kapitalbeschaffungsvorgang im Zeitpunkt der Zeichnung durch die B-Bank oder im Zeitpunkt des Ablaufs der Wandlungsfrist beendet. Hätte der Verwaltungsrat nach Ablauf der Wandlungsfrist nicht versucht, die verbliebenen Vorratsaktien zum inneren Wert weiterzuplatzieren, hätte er sich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt. Indem er Gesellschaftsgläubigern anbot, ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft in Risikokapital der Gesellschaft umzutauschen (vgl. Praxis 1997 Nr. 55 S. 298) und Vorratsaktien zum jeweiligen inneren Wert an Zahlungs statt anzunehmen, kam er dieser Verpflichtung nach. Dass er dabei keinen Aktienhandel betrieb, sondern aus naheliegenden Gründen noch nicht platzierte Vorratsaktien erstmalig ans Publikum abgab, erscheint evident. Damit kam er aber nur seiner zivilrechtlichen Pflicht nach, den Mehrerlös aus der erstmaligen Platzierung von Vorratsaktien an die Gesellschaft gemäss Art. 671 aOR abzuführen und die Rechte der ursprünglich vom Bezugsrecht ausgenommenen Aktionäre zu schonen. Wenn das Bundesgericht in seinem Entscheid nun davon ausgeht, dass mit der Zeichnung der Vorratsaktien durch die B-Bank der Kapitalbeschaffungsvorgang zivilrechtlich abgeschlossen ist, widerspricht es der Praxis seiner Zivilkammer zum alten Aktienrecht (BGE 117 II 290 [292 ff.]; Praxis 1997 Nr. 55 S. 296 ff., 298; DIETER ZOBL, a. a. O., 6).

#### 4.1.2 Steuerrechtliche Betrachtung

Trifft die zivilrechtliche Prämisse, von der das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht ausgegangen sind, nicht zu, stellt sich die Frage, ob die steuerliche Norm, welche es auszulegen und anzuwenden gilt, vom Zivilrecht abstrahiert und wirtschaftlich anknüpft.

Bezüglich der ersten Tranche von 2000 *ursprünglich* frei verfügbaren Vorratsaktien ging die Steuerbehörde davon aus, dass die Kapitalbeschaffung aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erst im Zeitpunkt der Erstplatzierung im Publikum abgeschlossen ist und ein allfälliger Mehrerlös über den Nennwert hinaus steuerneutral in die Agio-Reserven fließt. Diese Frage war vor Verwaltungsgericht nicht mehr strittig.

Bezüglich der zweiten Tranche von 4000 erst *nachträglich* frei verfügbar werdenden Vorratsaktien gingen die Steuerbehörde und das Verwaltungsgericht davon aus, dass zivilrechtlich der Kapitalbeschaffungsvorgang im Zeitpunkt der Übernahme durch die B-Bank abgeschlossen ist. Steuerlich sei aber aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang auszugehen, der im Zeitpunkt, in dem die Wandlungsfrist unbenutzt abläuft, endet. Nach Ablauf der Wandlungsfrist komme wieder eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übernahme der Vorratsaktien durch die B-Bank zum Nennwert zur Anwendung. Steuerlich sei daher die Behandlung dieser *nachträglich* frei gewordenen Aktien ihrer ursprünglichen zivilrechtlichen Stellung anzugleichen, d.h., dass deren Weiterveräußerung nicht mehr als Kapitalbeschaffungs-, sondern als Veräußerungsvorgang zu behandeln ist. Im Ergebnis kommt es somit je nach Kategorie von Vorratsaktien zu einem wiederholten Hin und Her zwischen *zivilrechtlicher* und *wirtschaftlicher* sowie *rückwirkend zivilrechtlicher* Betrachtungsweise gemäss Art. 82 Bst. a StG GR.

#### 4.1.3 Praxis bei der direkten Bundessteuer

In einem älteren Entscheid bemerkte das Bundesgericht beiläufig, dass auch bei der Aktiengesellschaft Einnahmen aus gesellschaftsrechtlichen Zuwendungen (z.B. Aufgelder und dergleichen) Bestandteile der Gewinnberechnung sein können (BGE 74 I 384 [395]). Später widerrief es diese Auffassung ausdrücklich (BGE 98 Ib 404 [408]). Schliesslich führte es in einem jüngeren Entscheid sogar ausdrücklich aus, dass die Gesellschaft auch Vorratsaktien schaffen könne zwecks Begebung an Gesellschaftsgläubiger zur Umwandlung ihrer Forderungen in Risikokapital (Praxis 1997 Nr. 55 S. 298).

In seinem 1964 publizierten Artikel ging KURT AMMON davon aus, dass man aus steuerrechtlicher Sicht die Emission mit der Übernahme der für die Wandlung bestimmten Beteiligungspapiere als abgeschlossen betrachten könne, wenn und soweit es innert der Wandlungsfrist nicht zur Wandlung kommt (KURT AMMON, Steuerfragen bei Wandelanleihen, in: ASA 32 [1963/1964] 90). Eine Begründung hierfür blieb er schuldig. Der Auffassung von AMMON widersprach

denn auch MARTIN ESCHER, der von einem Abschluss der Kapitalerhöhung im Zeitpunkt der Verwertung der Vorratsaktien ausging und nicht auf den Ablauf der Wandlungsfrist abstellte. Entsprechend lehnte er die Besteuerung eines ausserhalb des Wandlungsverfahrens erzielten Agios ab (MARTIN ESCHER, Die Besteuerung der Wandelanleihe im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1971, 118 ff.). Allein, es ist kein Fall bekannt geworden, wo es bei der direkten Bundessteuer zur Besteuerung von Agio-Zahlungen auf Vorratsaktien gekommen ist.

#### 4.1.4 Praxis bei den Stempelabgaben

In seinem Entscheid vom 25. August 1998 hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis bestätigt, wonach bei der Ausgabe von Vorratsaktien von einem zweistufigen Vorgang auszugehen sei. Die erste Stufe erfolge mit der Übernahme durch eine Bank zum Nennwert, die zweite Stufe mit der Platzierung im Publikum zu einem Betrag über dem Nennwert. Erst mit der Platzierung bei den eigentlichen Aktionären sei die Stempelabgabe auf dem Agio geschuldet (ASA 67 [1998/1999] 758 f.; vgl. auch ASA 52 [1983/1984] 162 ff.; ASA 51 [1982/1983] 496; CONRAD STOCKAR/HANS-PETER HOCHREUTENER, Praxis der Bundessteuern, II/1, Art. 8 StG [Nrn. 14–16, 21]). Massgebend ist somit die Sicht der Gesellschaft: Fließt ihr etwas aus der Platzierung von Vorratsaktien im Publikum zu, unterliegt der Mehrerlös als Agio-Zahlung der Emissionsabgabe. Auch bei den Stempelabgaben wird somit von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang ausgegangen.

#### 4.1.5 Methodendualismus

Aufgrund des Wortlauts von Art. 82 Bst. a StG GR kann nicht auf eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum Zivilrecht, zur direkten Bundessteuer und zu den Stempelabgaben geschlossen werden. Vielmehr wäre zu vermuten, dass der Kapitalbeschaffungsvorgang gleich umschrieben ist. Aber nicht nur rechtsvergleichend erscheint die durch das Verwaltungsgericht vorgenommene Differenzierung problematisch, sondern auch im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen *ursprünglich* durch den Verwaltungsrat frei verwendbaren Vorratsaktien und solchen, welche erst *nachträglich* frei verwendbar wurden, nachdem die Wandlungsfrist unbenutzt abgelaufen ist. Im erstgenannten Fall greift nach Abschluss der Übernahme durch die Bank eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne weitere zeitliche Begrenzung, im andern Fall kommt es zu einem Hin und Her zwischen wirtschaftlicher und rückwirkend zivilrechtlicher Betrachtungsweise während bzw. bei Ablauf der Wandlungsfrist.



Systematisch ist dieses Hin- und Herschwanken zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei einer bestimmten Kategorie von Vorratsaktien nicht zu erklären. Es stellt sich sogar die Frage, ob hier nicht einem unzulässigen Methodendualismus gehuldigt wird. Gegen das Verbot des Methodendualismus verstösst die Steuerbehörde, wenn sie den gleichen Sachverhalt einmal nach der äusseren rechtlichen Form und einmal nach dem wirtschaftlichen Gehalt beurteilt (ASA 56 [1987/1988] 669). Vorliegend vermag nicht zu überzeugen, weshalb bezüglich der ersten Tranche von 2000 *ursprünglich* frei verfügbaren Vorratsaktien nach erfolgter Übernahme durch die B-Bank eine zeitlich unbeschränkte wirtschaftliche Betrachtungsweise anwendbar ist, bezüglich der zweiten Tranche von 4000 *nachträglich* frei verfügbar werdenden Vorratsaktien aber nach erfolgter Übernahme durch die B-Bank einmal eine wirtschaftliche und dann wieder eine rückwirkend zivilrechtliche Betrachtungsweise anwendbar sein soll. In beiden Fällen geht es um die Erstplatzierung identischer und durch einen einheitlichen Vorgang (Kapitalerhöhungsbeschluss und anschliessende Zeichnung durch die B-Bank) geschaffener Vorratsaktien im Publikum.

#### 4.2 Willkürprüfung

Dem Bundesgericht war es verwehrt, den Entscheid des Verwaltungsgerichts auf seine inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Im Rahmen der durch die A AG angestregten staatsrechtlichen Beschwerde war seine Kognition auf eine bloss *Willkürprüfung* beschränkt.

Die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht nur auf *Willkür* (Art. 4 aBV) hin. Ein Entscheid ist willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem und offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Es genügt zudem nicht, dass bloss die Begründung des angefochtenen Entscheids unhaltbar ist. Dessen Aufhebung rechtfertigt sich nur, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist. Trotz einer unhaltbaren Begründung kann demnach von der Aufhebung eines Entscheids abgesehen werden, wenn sich das Ergebnis mit einer substituierten Begründung ohne weiteres rechtfertigen lässt.

In seinem Entscheid vom 29. Mai 1974 hatte das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde die Frage zu prüfen, ob die Erfassung eines Aufgeldes (Agio) durch eine kantonale Gewinnsteuer willkürlich ist, wenn das in Frage kommende kantonale Steuergesetz

eine solche Besteuerung nicht ausdrücklich vorsieht. Dabei kam es zum Schluss, dass unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür es jedenfalls nicht schlechthin unhaltbar ist, wenn in Auslegung des kantonalen Steuergesetzes das Aufgeld (Agio) der Gewinnsteuer unterworfen wird (ASA 44 [1975/1976] 340 f.). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Besteuerung des bei der Weitergabe gewisser Vorratsaktien über den Nennwert hinaus erzielten Mehrerlöses willkürlich ist, nachdem das kantonale Recht ausdrücklich Kapitaleinlagen einschliesslich Aufgelder als erfolgs- und damit steuerneutrale Vorgänge qualifiziert (Art. 82 Bst. a StG GR). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der wiederholte Wechsel zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei einer bestimmten Kategorie von Vorratsaktien einen unzulässigen und damit willkürlichen Methodendualismus darstellt.

Bezüglich der ersten Frage scheint das Bundesgericht seiner zuletzt im Entscheid vom 29. Mai 1974 bestätigten Praxis gefolgt zu sein. Danach ist eine Besteuerung von Agio-Einlagen nicht per se unzulässig. Sie kann aus dem kantonalen Recht abgeleitet werden, selbst wenn keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Vorliegend sieht jedoch Art. 82 Bst. a StG GR ausdrücklich vor, dass Kapitaleinlagen und Aufgelder nicht der Gewinnsteuer unterliegen. Das Bundesgericht hat dieses Problem dadurch umgangen, als es eine zeitliche Beschränkung des Kapitalbeschaffungsvorgangs bis zur Übernahme der Vorratsaktien durch die B-Bank bzw. bis zum Ablauf der Wandlungsfrist als nicht willkürlich erachtete. Auf später veräusserte Vorratsaktien, die ursprünglich zur Deckung allfälliger Wandlungsansprüche geschaffen worden sind, dürfe die Anwendung der Kapitalbeschaffungsvorschriften verweigert werden, und es dürfe angenommen werden, dass es sich dabei um gewöhnliche Veräusserungsgeschäfte handle. Eine solche Betrachtungsweise erachtete das Bundesgericht als nicht willkürlich, selbst wenn dadurch die weitergehenden Pflichten des Verwaltungsrates bei der Veräusserung solcher Vorratsaktien und der Anspruch der Gesellschaft auf Reservezuweisung ignoriert wurden. Damit bestätigte das Bundesgericht, dass die Praxis der Bündner Steuerbehörden bezüglich dieser Kategorie von Vorratsaktien nicht schlechthin unhaltbar war. Es bestätigte hingegen nicht, dass diese Praxis richtig war. Dazu reichte seine Kognitionsbefugnis nicht aus.

Problematischer erscheint jedoch der von den Bündner Steuerbehörden vertretene Methodendualismus bezüglich der steuerlichen Behandlung von *ursprünglich* freien (nicht für Wandlungszwecke bestimmten) und erst *nachträglich* frei gewordenen (für Wandlungszwecke bestimmten) Vorratsaktien. Es dürfte schwer fallen, einen überzeugenden Grund anzuführen, weshalb bei *ur-*

*sprünghlich* freien Vorratsaktien nach Abschluss der zivilrechtlichen Kapitalerhöhung durch Übernahme der Aktien durch eine Bank zum Nennwert ein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zeitlich unbeschränkter Kapitalbeschaffungsvorgang folgt, während bei erst *nachträglich* frei werdenden Vorratsaktien zwar während der Wandlungsfrist von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang, nach Ablauf dieser Frist aber aufgrund einer rückwirkend zivilrechtlichen Betrachtungsweise von einem Veräusserungsvorgang auszugehen ist. Dieses wiederholte Hin und Her zwischen zivilrechtlicher, wirtschaftlicher und rückwirkend zivilrechtlicher Betrachtungsweise hat das Bundesgericht nicht auf Willkür untersucht. Vielmehr hat es die entsprechenden Rügen infolge ihrer appellatorischen Natur nicht geprüft und ist damit auf die entscheidende Frage, ob ein willkürlicher Methodendualismus vorliegt, gar nicht eingetreten.

Nicht geprüft wurde die Frage, ob bei der Ausgabe von altrechtlichen Vorratsaktien die Beendigung des (zivilrechtlichen) Kapitalerhöhungsvorgangs nach altem oder neuem Aktienrecht zu beurteilen ist und sich möglicherweise unterschiedliche Antworten ergeben. Offenbar gingen das Verwaltungs- und das Bundesgericht ohne weitere Prüfung von der Anwendung der neurechtlichen Bestimmungen aus. Die Kapitalbeschaffung und die Kapitalverwendung sind in erster Linie wirtschaftliche Vorgänge. Das Bundesgericht hat es im Rahmen der Willkürprüfung als nicht völlig unhaltbar erachtet, dass bei der Abgrenzung zwischen diesen beiden Vorgängen allein auf den in einem formellen Verfahren ablaufenden zivilrechtlichen Kapitalerhöhungsvorgang abgestellt wird. Eine solch schematische Grenzziehung erscheint jedoch problematisch, wenn es – wie vorliegend – mitunter zu einem wiederholten Wechsel zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise kommt. Somit dürfte zur Frage, ob es sich beim Mehrerlös aus der Erstplatzierung von altrechtlichen Vorratsaktien um einen Kapitalbeschaffungs- oder Kapitalverwendungsvorgang handelt, wohl noch nicht das letzte Wort gesprochen sein. Dies umso mehr, wenn man aufgrund altrechtlicher Erwägungen zum Schluss kommt, dass ein allfälliger Mehrerlös erfolgsneutral den Agio-Reserven zuzuweisen ist.

## 5 Schlussbetrachtung

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Praxis des Bündner Verwaltungsgerichts bezüglich der steuerlichen Behandlung eines Mehrerlöses bei der Erstplatzierung von altrechtlichen Vorratsaktien einer bestimmten Kategorie (Vorratsaktien zur Sicherstellung von Wandelanleihen) nicht schlechthin unhaltbar ist. Damit stellt sich

die Frage, ob unter dem Schuttschirm blosser Willkürprüfung andere Kantone sich der Bündner Praxis anschliessen können. Dies dürfte von umso grösserem Interesse sein, als gemäss Art. 24 Abs. 2 Bst. a StHG Kapitaleinlagen von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften einschliesslich Aufgeldern vom steuerbaren Gewinn ausgeschlossen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bündner Praxis auch nach Ablauf der Anpassungsfrist ans StHG noch Bestand haben kann.

# Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (1. Teil)

Grundzüge der Neuerungen aufgrund des rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft gesetzten Bundesgesetzes und der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen

Dr. oec. publ. Ivo P. Baumgartner, dipl. Steuerexperte\*

## Inhalt

*In dieser Ausgabe:*

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>6.2</b>	<b>Wohnsitzverlegung in der Schweiz</b>
<b>2</b>	<b>Inkrafttreten und Vollzugsbestimmungen</b>	6.2.1	Zwischen Kantonen mit Postnumerandobesteuerung
<b>2.1</b>	<b>Rückwirkendes Inkrafttreten</b>	6.2.1.1	Grundsatz
<b>2.2</b>	<b>Vollzugsbestimmungen des Bundes</b>	6.2.1.2	Kapitalleistungen aus Vorsorge
<b>2.3</b>	<b>Anpassungen auf kantonaler Ebene</b>	6.2.1.3	Systemwechsel / Bemessungslücke
<b>3</b>	<b>Verfassungsgrundlage des StHG</b>	6.2.2	Zwischen Kantonen mit Pränumerandobesteuerung
<b>4</b>	<b>Grundsätzliches zu Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren</b>	6.2.3	Zwischen Kantonen mit unterschiedlichem Bemessungssystem
<b>4.1</b>	<b>Einheit der Steuerperiode</b>	6.2.3.1	Grundsatz
4.1.1	Grundsatz	6.2.3.2	Heirat im Jahr der Wohnsitzverlegung
4.1.2	Verankerung in besonderen Ausnahmebestimmungen	6.2.4	Sonderregelung für Quellensteuerpflichtige
4.1.3	Einheit der Bemessungsperiode	<b>6.3</b>	<b>Änderungen bei den Nebensteuerdomizilen</b>
<b>4.2</b>	<b>Koordination der Veranlagungen</b>	<b>7</b>	<b>Steuererklärungsverfahren</b>
4.2.1	Ebenen der Koordination	<b>8</b>	<b>Verlustverrechnung</b>
4.2.2	Differenzierte Zuordnung der Besteuerungskompetenz	<b>8.1</b>	<b>Verlustverrechnungsperiode</b>
4.2.3	Leaderkanton	<b>8.2</b>	<b>Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis</b>
<b>4.4</b>	<b>Beschränkung auf die Kantone mit Postnumerandobesteuerung</b>	8.2.1	Aspekte der interkantonalen Freizügigkeit
<b>4.5</b>	<b>Keine Koordination des Steuerbezuges</b>	8.2.2	Gesetzliche Regelung
<i>In der nächsten Ausgabe:</i>		8.2.3	Massgebender Zeitpunkt
<b>5</b>	<b>Änderungen der Steuerpflicht bei juristischen Personen</b>	8.2.4	Bestimmung des Verlustvortrages
<b>5.1</b>	<b>Massgebende Bestimmungen</b>	<b>8.3</b>	<b>Exkurs: Ersatzbeschaffung von Grundstücken</b>
<b>5.2</b>	<b>Steuerausscheidung</b>	<b>9</b>	<b>Übergangsordnung für besondere kantonale Abzüge</b>
<b>5.3</b>	<b>Sitzverlegung in der Schweiz</b>	<b>9.1</b>	<b>«Denkpause» bis zur Behandlung des Steuerpaketes 2001</b>
<b>5.4</b>	<b>Änderungen bei den Nebensteuerdomizilen</b>	<b>9.2</b>	<b>Kinderbetreuungskosten</b>
<b>6</b>	<b>Änderungen der Steuerpflicht bei natürlichen Personen</b>	<b>9.3</b>	<b>Bausparen</b>
<b>6.1</b>	<b>Massgebende Bestimmungen</b>	<b>10</b>	<b>Weitere Änderungen</b>
		<b>10.1</b>	<b>Massgebender Zeitpunkt für die Indexierung bei der direkten Bundessteuer</b>
		<b>10.2</b>	<b>Bezugsminimum</b>
		<b>10.3</b>	<b>Pauschale Steueranrechnung</b>
		<b>11</b>	<b>Schlussbemerkung</b>
			<b>Literatur und Materialien</b>

\* Partner, Hess Streuli & Partner Rechtsanwälte, Zürich; Fachbereichsleiter und Dozent für Unternehmenssteuerrecht an

der Schweizerischen Akademie für Steuerlehre, Zürich

## 1 Einleitung

Am 31. Dezember 2000 ist die siebenjährige *Anpassungsfrist* der kantonalen Gesetzgebung an das *Steuerharmonisierungsgesetz* (StHG)<sup>1</sup> von Art. 72 StHG *abgelaufen*. Damit wären grundsätzlich verschiedene Bestimmungen, welche den Wohnsitz- bzw. Sitzwechsel von Steuerpflichtigen im interkantonalen Verhältnis betreffen, zur Anwendung gekommen. Dies betrifft in erster Linie die Art. 22 (juristische Personen) und 68 StHG (natürliche Personen mit Postnumerandobesteuerung), in welchen für die Postnumerandobesteuerung der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode und der ausschliesslichen Zuordnung des Besteuerungsrechtes für die ganze Steuerperiode zum Wegzugskanton (sog. *Wegzugsprinzip*) verankert war. Die Zuständigkeit für die Veranlagung und Erhebung der direkten Bundessteuer nach dem *DBG*<sup>2</sup> stützt sich – bei Anwendung des Systems der Postnumerandobesteuerung – dagegen auf das sog. *Zuzugsprinzip*, indem der Wohnsitz bzw. der Sitz am Ende der Steuerperiode für die Zuordnung massgebend ist.<sup>3</sup> Dieses Nebeneinander unterschiedlicher Zuständigkeitsregeln hätte zu beachtlichen Ineffizienzen im Veranlagungs- und Bezugsverfahren geführt. Die bisherigen Bestimmungen des StHG wiesen demnach erhebliche Mängel auf<sup>4</sup>, welche allerdings seit langem bekannt waren<sup>5</sup>.

Auf Anfang 2001 hat die grosse Mehrheit der Kantone bei den natürlichen Personen auf das System der Postnumerandobesteuerung gewechselt. Nur noch drei Kantone<sup>6</sup> wenden die im StHG als ordentliches System vorgesehene Pränumerandobesteuerung an, beabsichtigen dieses jedoch in naher Zukunft aufzugeben. Bei den juristischen Personen mussten alle Kantone auf den 1. Januar 2001 auf die Postnumerandobesteuerung umstellen, zumal für diese Gruppe von Steuerpflichtigen kein Wahlrecht der Kantone vorgesehen ist. Damit kann durchaus von einem *Siegeszug der Postnumerandobesteuerung* gesprochen werden. Die Verbreitung dieses Systems, kombiniert mit

den oben erwähnten Unzulänglichkeiten des StHG, haben zur Erkenntnis geführt, dass dieses Gesetz dringend, d.h. auf den 1. Januar 2001, zu revidieren ist<sup>7</sup> und eine Koordination der Veranlagung beim Wohnsitz- bzw. Sitzwechsel innerhalb der Schweiz angezeigt ist.

Nachdem am 24. Mai 2000 der Bundesrat eine Botschaft zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis<sup>8</sup> verabschiedet hat, sind bereits am 3. Oktober 2000 die Beratungen des Bundesgesetzes zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (Vereinfachungsgesetz)<sup>9</sup> im Erstrat (Nationalrat)<sup>10</sup> und am 12. Dezember 2000 im Zweitrat (Ständerat)<sup>11</sup> erfolgt. Da keine Differenzen zwischen den Räten entstanden sind, ist das Gesetz am 15. Dezember 2000 verabschiedet worden und am 1. Januar 2001 in Kraft getreten<sup>12</sup>. Durch dieses Gesetz werden verschiedene Bestimmungen des StHG, des DBG und des VStG<sup>13</sup> geändert oder neu eingeführt.

Der Hauptzweck des Gesetzes besteht in der Koordination der Veranlagungsverfahren bei Wohnsitz- bzw. Sitzverlegung innerhalb der Schweiz im Laufe einer Steuerperiode und bei Steuerpflicht in mehreren Kantonen<sup>14</sup>. Daneben, und zum Teil als Wirkung der Koordination der Veranlagungsverfahren, wird noch eine Vereinfachung des Deklarations- und Veranlagungsverfahrens, namentlich der interkantonalen Steuerauscheidung, angestrebt. Dieses Geschäft wurde denn auch in den Räten unter dem Titel «Vereinfachung der Veranlagungsverfahren»<sup>15</sup> geführt. Weiteres wichtiges Anliegen des Gesetzgebers bei der Verabschiedung des Vereinfachungsgesetzes war die Aufhebung von steuerlichen Hemmnissen im Bereich der Anrechnung vorangehender Verluste beim Umzug von Unternehmen innerhalb der Schweiz (interkantonale Freizügigkeit bei der Verlustverrechnung). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen im Oktober 2000 sind noch zwei Übergangsbestimmungen

1 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14.

2 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11.

3 Für die juristischen Personen Art. 105 Abs. 3 DBG und für die natürlichen Personen mit Postnumerandobesteuerung Art. 216 Abs. 1 DBG.

4 RIHNER BAUMGARTNER, StR 2001, 178 ff.

5 *Bericht Postnumerandobesteuerung (1993)*, 62.

6 Es sind dies die Kantone Tessin, Waadt und Wallis.

7 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBI 2000, 3901.

8 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBI 2000, 3898 ff.

9 BBI 2000, 6182 ff. (AS-Publikation voraussichtlich im April 2001); nicht-amtliche Kurzform.

10 AB 2000 N, 1112 ff.

11 AB 2000 S, 883 f.

12 S. ZIGERLIG/COZZIO, FStR 2001, 86 und RIHNER BAUMGARTNER, StR 2001, 177 ff.

13 Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, SR 642.21.

14 Dadurch würde sich die Kurzform «Veranlagungskordinationsgesetz» (RIHNER BAUMGARTNER, StR 2001, 177) aufdrängen.

15 AB 2000 N, 1112.

aufgenommen worden, welche die Weiterführung von bestimmten kantonalen Abzügen zulassen.

## 2 Inkrafttreten und Vollzugsbestimmungen

### 2.1 Rückwirkendes Inkrafttreten

Der Gesetzgeber – und nicht, wie meistens aufgrund einer entsprechenden Delegationsnorm, der Bundesrat – hat das Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes, und so der Änderungen von DBG, StHG und VStG, direkt im Gesetz bestimmt. Das Gesetz ist am 1. Januar 2001 in Kraft getreten<sup>16</sup> – und damit am ersten Tag nach *Ablauf der allgemeinen Anpassungsfrist* der Gesetzgebung der Kantone an das StHG von Art. 72 Abs. 1 StHG. Dadurch wird sichergestellt, dass bereits ab der ersten Steuerperiode nach dem «Systemwechsel» die Veranlagungen nach übereinstimmenden Zuständigkeitsregeln erfolgen<sup>17</sup>. Durch dieses Vorgehen sind die bestehenden Mängel in den Zuständigkeitsregeln ausgeschaltet worden, bevor die entsprechenden Bestimmungen überhaupt zur Anwendung gelangen konnten.

Das Gesetz ist am 15. Dezember 2000 vom Parlament verabschiedet worden und unterstand dem *fakultativen Referendum*<sup>18</sup>. Die Referendumsfrist ist am Samstag, 7. April 2001, unbenützt abgelaufen. Das Gesetz ist so *rückwirkend* auf den 1. Januar 2001 in Kraft getreten. Die rückwirkende Inkraftsetzung von Änderungen von DBG und StHG ist nichts Neues. Bereits im Zusammenhang mit den Änderungen vom 9. Oktober 1998 der Art. 218 DBG<sup>19</sup> und Art. 69 StHG<sup>20</sup> (ausserordentliche Gewinne und Verluste beim Systemwechsel) ist eine Gesetzesänderung auf ein Datum in Kraft gesetzt worden, welches vor dem Ablauf der Referendumsfrist liegt<sup>21</sup>. Gleiches gilt für die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997<sup>22</sup>, welche – zu wesentlichen Teilen – am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, obschon die Referendumsfrist bis am 29. Januar 1998 dauerte<sup>23</sup>.

Bei der rückwirkenden Inkraftsetzung des Vereinfachungsgesetzes fragt es sich, ob diese nicht eine unzulässige Rückwirkung eines Steuergesetzes darstellen kann,

welche gegen das in Art. 9 der Bundesverfassung (BV) verankerte Willkürverbot verstossen würde<sup>24</sup>. Dies ist insofern nicht der Fall, als das Gesetz am 15. Dezember 2000 vom Parlament angenommen und am 28. Dezember 2000 im Bundesblatt veröffentlicht worden ist und demnach keine Sachverhalte erfasst, welche sich zu einem Zeitpunkt ereignet haben, in welchem das Gesetz nicht schon der Allgemeinheit bekannt bzw. zugänglich war. Es kann argumentiert werden, dass jeder Steuerpflichtige die Auswirkungen einer Handlung nach dem 31. Dezember 2000 (namentlich eines Wegzugs in einen anderen Kanton) im Voraus hätte abschätzen können und so auch *keinen Nachteil* aus der rückwirkenden Inkraftsetzung des Gesetzes geltend machen kann. Rechtlich gesehen mag diese Argumentation zu überzeugen, bei den Steuerpflichtigen kann dennoch ein anderes Gefühl aufkommen.

### 2.2 Vollzugsbestimmungen des Bundes

Am 9. März 2001 hat der Bundesrat eine neue Verordnung zum StHG erlassen sowie zwei bestehende Verordnungen geändert. Am 23. März 2001 hat das eidg. Finanzdepartement seinerseits drei bestehende Verordnungen geändert. Die Texte der Verordnungen sind – mit Rücksicht auf die laufende Referendumsfrist – erst nach dem 7. April 2001 in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht und auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden.

In der Botschaft wird ausgeführt, dass gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes «Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a der [bundesrätlichen] *Verordnung* vom 16. September 1992 über die *zeitliche Bemessung der direkten Bundessteuer bei natürlichen Personen*»<sup>25</sup> (VO ZBnP)<sup>26</sup> geändert werden soll<sup>27</sup>. Dieser Artikel kennt nur einen Absatz, und die sich aufgrund des Vereinfachungsgesetzes aufdrängenden Anpassungen betreffen nicht nur Art. 11 lit. a, sondern auch die Aufnahme von Bestimmungen bezüglich den Besonderheiten bei Heirat im Wegzugsjahr (neuer Art. 11a VO ZBnP) und die Zuständigkeit für die ausserordentlichen Aufwendungen nach Art. 218 DBG (neuer Art. 13a VO ZBnP).

16 Ziff. II Abs. 2 des Gesetzes.

17 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000, 3913.

18 Ziff. II Abs. 1 des Gesetzes.

19 AS 1999 1308, BBl 1998, 4929 und 4951.

20 AS 1999 1310, BBl 1998, 4929 und 4951.

21 Inkrafttreten am 1. Januar 1999 und Ablauf der Referendumsfrist am 28. Januar 1999.

22 Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997, AS 1998, 669.

23 BBl 1997 IV, 802.

24 Zum Begriff s. BLUMENSTEIN/LOCHER, 145 m.w.H. und zur Abgrenzung echte/unechte Rückwirkung BGer vom 15.11.1999, ZStP 2000, 25 ff., E. 5.a.

25 SR 642.117.1.

26 Nichtamtliche Abkürzung.

27 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000, 3913.

Im neu aufgenommenen zweiten Satz von Art. 74 StHG ist die Kompetenz des Bundesrates, die «Probleme, die sich im interkantonalen Verhältnis, vor allem zwischen Kantonen mit unterschiedlicher Regelung der zeitlichen Bemessung, stellen», zu regeln, bestimmt worden. Angesichts des effektiven Regelungsbedarfes ist – gestützt auf Art. 74 StHG – die bundesrätliche *Verordnung über die Anwendung des Steuerharmonisierungsgesetzes im interkantonalen Verhältnis (VO StHG)*<sup>28</sup> erlassen worden. Darin werden namentlich Regeln für die Zuordnung der Besteuerungskompetenz bei Steuerpflicht in mehreren Kantonen und beim Wechsel zwischen den unterschiedlichen Systemen bestimmt. Aufgrund der Delegationsbestimmung von Art. 74 StHG ist diese Verordnung als gesetzesvertretende Verordnung zu betrachten<sup>29</sup>.

Aufgrund der Änderung von Art. 38 Abs. 4 StHG, welche die kantonale Besteuerungskompetenz bei einem interkantonalen Umzug einer der Quellensteuer unterworfenen Person regelt, drängte sich eine Änderung der Verordnung des eidg. Finanzdepartements vom 19. Oktober 1993 über die *Quellensteuer bei der direkten Bundessteuer (QStV)*<sup>30</sup> auf. Durch Änderung von Art. 5 QStV ist zu Fragen des Übergangs zwischen den Besteuerungsarten Stellung genommen worden. In der VO StHG ist die Situation von Steuerpflichtigen, welche der Quellensteuer unterworfen sind und in einen anderen Kanton ziehen, geregelt worden (Art. 4 VO StHG).

Nicht direkt aufgrund des Inkrafttretens des Vereinfachungsgesetzes, sondern aus anderem Anlass sind weitere Verordnungen punktuell revidiert worden<sup>31</sup>. So die bundesrätliche *Verordnung über die pauschale Steueranrechnung (VO PStA)*<sup>32</sup> und die entsprechende Verordnung des eidg. Finanzdepartements (VO1 PStA)<sup>33</sup> sowie die Verordnung des eidg. Finanzdepartements vom 10. Dezember 1992 über die Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer<sup>34</sup>.

Entwürfe der neuen VO StHG und der Änderungen der bestehenden Verordnungen sind schon im November 2000 von der eidg. Steuerverwaltung den Kantonen zur Vernehmlassung zugestellt worden. Die Komplexität und teilweise Neuartigkeit der aufgeworfenen Probleme hat eine rasche Verabschiedung gehemmt. Zudem ist beschlossen worden, auf eine Veröffentlichung – auch nur

über die Homepage der eidg. Steuerverwaltung – vor dem Ablauf der Referendumsfrist zu verzichten. Dies mag mit ein Grund sein, weshalb zum Vereinfachungsgesetz noch wenig publiziert wurde.

Sämtliche Änderungen der obenerwähnten Erlasse sowie die VO StHG treten – wie das Vereinfachungsgesetz selbst – *rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft*. Soweit es sich um gesetzesvertretende Verordnungen handelt, ist dieses Vorgehen nicht unproblematisch, zumal sich die Frage nach einer echten Rückwirkung stellen kann.

Nach dem derzeitigen Stand der Informationen beabsichtigt die eidg. Steuerverwaltung, ein *Kreisschreiben* zu Fragen zur direkten Bundessteuer herauszugeben. Dieses soll das punktuell nicht mehr zutreffende Kreisschreiben Nr. 6 der Steuerperiode 1999/2000 vom 20. August 1999 ergänzen. Weiter sollen noch erklärende Ausführungen der Schweizerischen Steuerkonferenz herausgegeben werden, welche namentlich die Fragen rund um die Steuerauscheidung im interkantonalen Verhältnis beleuchten werden. Da all diese Unterlagen zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Beitrages nicht vorliegen, kann dazu auch nicht Stellung genommen werden.

### 2.3 Anpassungen auf kantonaler Ebene

Für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung an die Änderungen des StHG aufgrund des Vereinfachungsgesetzes ist keine besondere Frist vorgesehen worden. Dies bedeutet, dass grundsätzlich die allgemeine Anpassungsfrist von Art. 72 Abs. 1 StHG greifen müsste. Diese Frist lief jedoch am 31. Dezember 2000 ab, einem Zeitpunkt, in welchem die Änderungen aufgrund des Vereinfachungsgesetzes noch nicht in Kraft getreten wären. Dies bedeutet, dass die *Änderungen des StHG aufgrund des Vereinfachungsgesetzes* nach Art. 72 Abs. 2 StHG *unmittelbar Anwendung* finden<sup>35</sup>. Kombiniert mit einer rückwirkenden Inkraftsetzung ist dieser Umstand nicht unbedingt zu begrüssen, zumal die Kantone jeglicher Anpassungsfrist beraubt worden sind.

Es muss jedoch erwähnt werden, dass parallel zu den Beratungen des Vereinfachungsgesetzes die Kantone auf die *bevorstehenden Änderungen aufmerksam gemacht*

28 Vom 9. März 2001, SR 642.141 (AS-Publikation voraussichtlich im April 2001); nicht-amtliche Abkürzung.

29 S. zum Begriff HÄFELIN/HALLER, 337 f.

30 SR 642.110.8.

31 S. dazu Abschnitt 10 hiernach.

32 Vom 22. August 1967, SR 672.201; nicht-amtliche Abkürzung.

33 Verordnung 1 des EFD über die pauschale Steueranrechnung, SR 672.201.1; nicht-amtliche Abkürzung.

34 SR 642.124.

35 Zur direkten Anwendbarkeit des StHG nach dem 1. Januar 2001, s. MEISTER, FStR 2000, 80; GREMINGER, Art. 72 StHG N. 13 ff.

worden sind. Im Schosse der Schweizerischen Steuerkonferenz wie von gemischten Arbeitsgruppen des Bundes sind auch Gedanken über eine vorausseilende Änderung der kantonalen Bestimmungen über die subjektive Steuerpflicht durch Aufnahme eines Verweises auf das Bundesrecht aufgekommen. In diesem Sinne hat z.B. der Kanton Zürich sein Steuergesetz auf den 1. Januar 2001 angepasst. § 10 des Zürcher Steuergesetzes lautet: «Die Folgen des Beginns, der Änderung und des Endes der Steuerpflicht auf Grund persönlicher und wirtschaftlicher Zugehörigkeit werden im interkantonalen Verhältnis durch das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie durch die Grundsätze des Bundesrechts über das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung bestimmt.»<sup>36</sup> Eine ähnliche Bestimmung ist auch für die Steuerpflicht bei den juristischen Personen aufgenommen worden.

Soweit ein Kanton diesem Modell nicht gefolgt ist oder Bestimmungen seines Steuergesetzes den Änderungen im StHG oder einer darauf basierenden Ausführungsbestimmung des Bundes sonstwie widersprechen würden, hat die *Kantonsregierung* entsprechende *Vorschriften zu erlassen*<sup>37</sup>. Dies sollte auch dann vorgenommen werden, wenn die Bestimmungen des StHG keiner zusätzlichen Konkretisierung durch den Kanton bedürfen<sup>38</sup>.

Im Vorgriff auf die rückwirkenden Änderungen sind die verschiedenen, den Steuerpflichtigen abzugebenden Unterlagen und die Bestimmungen zur Einreichung der Steuererklärungen bereits im Sinne des Vereinfachungsgesetzes abgeändert worden<sup>39</sup>. Dies ist im Vertrauen erfolgt, dass dagegen kein Referendum ergriffen wird.

Obschon das StHG nicht auf *interkommunale Wechsel* des Wohnsitzes bzw. Sitzes Anwendung findet<sup>40</sup>, können die durch das Vereinfachungsgesetz eingeführten Änderungen u.U. auch auf dieser Ebene Auswirkungen haben. Dies insoweit, als im kantonalen Recht bestimmt wird, dass im interkommunalen Verhältnis die Regeln des Bundesrechtes für interkantonale Verhältnisse zur Anwendung kommen.

### 3 Verfassungsgrundlage des StHG

Durch Ziffer I Nr. 2 des Vereinfachungsgesetzes ist der *Ingress* des StHG dahingehend geändert worden, dass sich dieses Gesetz nun auf Art. 127 Abs. 3 und Art. 129 Abs. 1 und 2 der *Bundesverfassung* stützt. Diese Änderung ist nicht nur im Zusammenhang mit der Totalrevision der Bundesverfassung zu sehen. Neben dem eigentlichen Harmonisierungsauftrag des Bundes nach Art. 129 BV wird neu auch die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen gegen die interkantonale Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV) als Grundlage des Erlasses erwähnt.

Dass Steuerharmonisierung und *Vermeidung der Doppelbesteuerung* Berührungspunkte aufweisen, ist seit langem bekannt. So ist bereits vor dem Erlass des Vereinfachungsgesetzes erkannt worden, dass das StHG als eine Ausführungsvorschrift zu Art. 127 Abs. 3 BV zu betrachten ist<sup>41</sup> und dass es das kantonale Aussensteuerrecht in den Grundzügen regelt<sup>42</sup>. Dies namentlich aufgrund der im StHG bestimmten Abgrenzung der Besteuerungsbefugnisse (Steuerhoheit) der Kantone. Dem StHG ist auch eine Vorwirkung auf das Richterrecht, welches als Bundesrecht im Sinne von Art. 127 Abs. 3 BV zu sehen ist, attestiert worden<sup>43</sup>. Normen des StHG, welche mit dem bisherigen Richterrecht nicht vereinbar sind, gehen diesem vor<sup>44</sup>.

Das StHG stützte sich demnach auch ohne einen diesbezüglichen Hinweis schon vor dem 1. Januar 2001 auf Art. 127 Abs. 3 BV. Rechtzeitig zum Ablauf der Anpassungsfrist von Art. 72 Abs. 1 StHG ist dieser Umstand auch durch Änderung des Ingresses des StHG belegt worden. In der Botschaft zum Vereinfachungsgesetz wird zu diesem Umstand nichts ausgeführt.

Soweit eine kantonale Verfügung wegen Verstosses gegen das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung angefochten wird, stellt sich die Frage, *welches Rechtsmittel* zu ergreifen ist. Soweit die Verletzung von Bestimmungen des StHG gerügt wird, steht dem Steuerpflichtigen eine besondere Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung<sup>45</sup>. Fehlt ein solcher Konnex und wird direkt die Verletzung des aus Art. 127 Abs. 3 BV abgeleiteten verfassungsmässigen Rechtes gerügt, so steht dem Steuerpflichtigen das Rechtsmittel der

36 Steuergesetz vom 8. Juni 1997, Stand am 1. Januar 2001, LS 631.1.

37 Art. 72 Abs. 3 StHG.

38 In diesem Sinne wohl auch GREMINGER, Art. 72 StHG N. 21 und 25.

39 S. z.B. die «Aufforderung zur Einreichung von Steuererklärungen und Verrechnungsanträgen im Jahre 2001» (vom 15. Dezember 2000) des Kantons Zürich, insb. A.II.

40 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000, 3908.

41 HÖHN/MÄUSLI, 16 ff.; LOCHER, ASA 1996/97, 610.

42 Schärer, 168.

43 HÖHN/MÄUSLI, 18; LOCHER, ASA 1996/97, 610.

44 LOCHER, *IKStR*, 29; LOCHER, ASA 1996/97, 610 f.

45 Art. 73 StHG; s. auch LOCHER, ASA 1996/97, 636 f.

staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. a OG<sup>46</sup> offen<sup>47</sup>. In Doppelbesteuerungsfragen ist dieses Rechtsmittel nicht relativ subsidiär und kann so auch gegen kantonale Entscheide erhoben werden, welche nicht von der letzten Instanz gefällt worden sind<sup>48</sup>. Die Unterschiede beider Rechtsmittel liegen namentlich in der Subsidiarität und in der Kognition des Gerichtes. Die Abgrenzung der Anwendung beider Rechtsmittel ist nicht ganz klar und könnte noch zu «Überraschungen führen»<sup>49</sup>. Ab dem 1. Januar 2001 muss in Doppelbesteuerungsfällen damit die Frage nach dem richtigen Rechtsmittel gestellt werden<sup>50</sup>.

## 4 Grundsätzliches zu Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren

### 4.1 Einheit der Steuerperiode

#### 4.1.1 Grundsatz

Bis anhin bewirkte die Begründung oder die Aufhebung eines Steuerdomizils während der Steuerperiode im interkantonalen Verhältnis – wie im internationalen Verhältnis – eine *Aufteilung* (Aufsplittung<sup>51</sup>) der *Steuerperiode* nach der Dauer der persönlichen oder wirtschaftlichen Zugehörigkeit zu einem Kanton. Eine solche Aufteilung der Steuerperiode führt dazu, dass auf den Zeitpunkt der Änderung der Steuerpflicht eine Abgrenzung der Steuerfaktoren zu erfolgen hat. Neben einem Status<sup>52</sup> für die Vermögens- bzw. Kapitalsteuer sind auch das Einkommen bzw. der Gewinn periodengerecht abzugrenzen. Dies ist meistens mit einem nicht unwesentlichen und nur steuerlich motivierten Zusatzaufwand des betroffenen Steuerpflichtigen verbunden. Die genaue Abgrenzung ist auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Vermeidung der interkantonalen Doppelbesteuerung zurückzuführen, wonach der Zuzugskanton nicht auf Elemente, welche sich vor der Begründung der Steuerpflicht ereignet haben, zurückgreifen kann.

Um eine wesentliche Vereinfachung sowohl für den Steuerpflichtigen wie für die kantonalen Steuerverwaltungen zu erzielen, wird bei Anwendung des Systems der

Postnumerandobesteuerung in Art. 22 (juristische Personen) und in Art. 68 StHG (natürliche Personen mit Postnumerandobesteuerung) der Grundsatz der *Einheit der Steuerperiode* bestimmt. Danach erstreckt sich die Steuerperiode, unabhängig von der tatsächlichen Dauer der persönlichen oder wirtschaftlichen Zugehörigkeit in einem Kanton, über die ganze in den Art. 31 (Geschäftsjahr) und Art. 63 StHG (Kalenderjahr) definierte Steuerperiode.

Mit dem Vereinfachungsgesetz sind zwar die Art. 22 und 68 StHG geändert worden, der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode bei Änderungen der tatsächlichen Zugehörigkeit im interkantonalen Verhältnis war jedoch schon in der bisherigen Fassung dieser Bestimmungen verankert<sup>53</sup>. Mit dem Vereinfachungsgesetz ist lediglich eine dringend notwendige Verfeinerung der zur Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Steuerperiode erforderlichen Regeln erfolgt.

#### 4.1.2 Verankerung in besonderen Ausnahmegesetzungen

Die Steuerpflicht aufgrund persönlicher wie wirtschaftlicher Zugehörigkeit der natürlichen Personen wird in den Art. 3 und 4 StHG geregelt. Danach richtet sich die Steuerpflicht nach der Dauer der tatsächlichen Zugehörigkeit. Die Ausnahme von dieser Maxime aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Steuerperiode im interkantonalen Verhältnis wird nicht direkt in diesen Bestimmungen geregelt, sondern in Art. 68 StHG, welcher die Überschrift «Wechsel der Steuerpflicht» trägt und nur auf Steuerpflichtige anwendbar ist, welche der Postnumerandobesteuerung unterliegen.

Bei den juristischen Personen wird die Steuerpflicht aufgrund persönlicher wie wirtschaftlicher Zugehörigkeit in den Art. 20 und 21 StHG geregelt. Die Besonderheiten bei interkantonalen Verhältnissen sind in Art. 22 geregelt, welcher ebenfalls die Überschrift «Wechsel der Steuerpflicht» trägt.

#### 4.1.3 Einheit der Bemessungsperiode

Bei der *Postnumerandobesteuerung* gilt der Grundsatz der *Identität von Steuer- und Bemessungsperiode*. Art. 64 Abs. 1 StHG lautet: «Das steuerbare Einkommen

46 Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege; SR 173.110.

47 Zur Typologie der staatsrechtlichen Beschwerde s. LOCHER, *IKStR*, 149.

48 Art. 86 Abs. 2 OG.

49 LOCHER, *ASA* 1996/97, 637.

50 Zur Zweiteilung des Rechtsweges und den Stand der Auseinandersetzung über das anwendbare Rechtsmittel s. HÖHN/MÄUSLI, 564 ff.

51 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000, 3903 (3905).

52 Vermögensaufstellung bzw. Zwischenbilanz.

53 Art. 22 und 68 StHG; s. zur Begründung auch *Botschaft Steuerharmonisierung*, BBl 1983 III, 88 und 108.



bemisst sich nach den Einkünften in der Steuerperiode.» Für die natürlichen Personen entspricht die Steuerperiode grundsätzlich dem Kalenderjahr<sup>54</sup>. Bei den juristischen Personen gilt nach Art. 31 Abs. 2 und 3 StHG das Geschäftsjahr, welches nicht mit dem Kalenderjahr übereinstimmen muss, als Bemessungs- wie als Steuerperiode.

Der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode hat zur Wirkung, dass auch die Bemessungsperiode einheitlich ist und damit keine Aufteilung mehr erfährt. Soweit verschiedene Kantone ein Besteuerungsrecht für die gleiche Steuerperiode geltend machen, hat eine Aufteilung der Faktoren und nicht mehr der Bemessungsperiode zu erfolgen<sup>55</sup>. Es sind somit stets Anteile an den Gesamtfaktoren aufzuteilen, was die Bildung entsprechender Schlüssel bedingt<sup>56</sup>. Die Aufstellung von Zwischenabschlüssen und Vermögensstati fällt so dahin.

## 4.2 Koordination der Veranlagungen

### 4.2.1 Ebenen der Koordination

Primär ist mit dem Vereinfachungsgesetz eine Abstimmung der Zuständigkeit der Veranlagung der *direkten Bundessteuer* und der *kantonalen* und *kommunalen Steuern* angestrebt worden. Dies ist denn auch durch Änderung der Mängel aufweisenden Art. 22 und 68 StHG erfolgt.

Bei den natürlichen Personen erfolgt die *Rückerstattung der Verrechnungssteuer* nicht durch die eidg. Steuerverwaltung, sondern durch die Kantone, welche dies verschiedentlich in Form einer Anrechnung an die zu entrichtenden kantonalen und kommunalen Steuern vornehmen. Da die Anträge für die Rückerstattung mit den Formularen für die Deklaration der Vermögenserträge kombiniert sind und da die Rückerstattung mit einer Überprüfung der Versteuerung der entsprechenden Erträge verbunden sein sollte, ist es angebracht, eine Abstimmung zwischen der Zuständigkeit für die Veranlagung einer bestimmten Steuerperiode und der Behandlung der Rückerstattungsanträge für die entsprechende Fälligkeitsperiode vorzunehmen. Dies ist mit dem Vereinfachungsgesetz erfolgt, indem die Kompetenzordnung in Art. 30 Abs. 1 VStG dahingehend geändert wor-

den ist, dass ab Fälligkeiten nach dem 31. Dezember 2000<sup>57</sup> der «Antrag auf Rückerstattung bei der Steuerbehörde des Kantons einzureichen ist, in dem [die natürliche Person] am Ende des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig wurde, Wohnsitz hatte». Damit ist eine Abstimmung mit Art. 216 Abs. 1 DBG und Art. 68 Abs. 1 StHG erreicht worden.

### 4.2.2 Differenzierte Zuordnung der Besteuerungskompetenz

Durch die Bestimmung der Einheit der Steuer- und der Bemessungsperiode ist noch nichts über die Zuordnung der Besteuerungs- und Veranlagungskompetenz zu einem bestimmten Kanton gesagt. Diese erfolgt in Abstimmung mit der Veranlagungskompetenz bei der direkten Bundessteuer. Für die natürlichen und die juristischen Personen werden allerdings unterschiedliche Regelungen getroffen, welche auf unterschiedliche Einschätzungen über potenzielle Verluste an Steuersubstrat wegen steuerplanerischen Massnahmen der Steuerpflichtigen zurückzuführen sind<sup>58</sup>.

Bei den *natürlichen Personen* erfolgt bezüglich persönlicher Zugehörigkeit eine *ausschliessliche Zuordnung* der Besteuerungskompetenz zum Kanton, in welchem sich der Wohnsitz am Ende der einheitlich definierten Steuerperiode befindet (sog. *Zuzugsprinzip*). Dieses Prinzip kennt zwei Ausnahmen. Kapitaleleistungen nach Art. 11 Abs. 3 StHG (Kapitaleleistungen aus Vorsorge) werden in dem Kanton besteuert, in welchem sich der Wohnsitz im Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung befindet<sup>59</sup>. Eine zweite Ausnahme betrifft die der Besteuerung an der Quelle unterworfenen Personen, bei welchen der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode nicht gilt<sup>60</sup> und somit eine Aufteilung der Steuer- und Bemessungsperiode zu erfolgen hat.

Bei den *juristischen Personen* ist bei einer Änderung der persönlichen Zugehörigkeit ein *paralleles Besteuerungsrecht* des Zuzugs- wie des Wegzugskantons vorgesehen<sup>61</sup>. Die Aufteilung der Besteuerungskompetenz in quantitativer Hinsicht erfolgt durch eine Aufteilung der Steuerfaktoren unter den Kantonen.

54 Art. 63 Abs. 2 StHG; Verkürzungen der Steuerperiode können sich aufgrund einer unterjährigen steuerlichen Zugehörigkeit ergeben (Zuzug, Tod usw.).

55 In diesem Sinne sind die Vorbehalte in Art. 63 Abs. 3 Satz 3 und Art. 66 Abs. 4 Satz 2 StHG zu verstehen.

56 S. dazu Abschnitt 5.2 hiernach.

57 S. dazu die Übergangsbestimmung von Art. 70b VStG.

58 S. zum Thema interkantonale Freizügigkeit Abschnitt 8.2.1 hiernach.

59 Art. 68 Abs. 2 Satz 2 StHG.

60 Art. 38 Abs. 4 StHG und der Vorbehalt in Art. 68 Abs. 2 Satz 3 StHG.

61 Art. 22 Abs. 1 StHG.

### 4.2.3 Leaderkanton

Soweit verschiedene Kantone für die gleiche Steuerperiode ein Besteuerungsrecht haben, muss ein Leaderkanton im Sinne von Art. 39 Abs. 2 StHG definiert werden, welcher für die Weiterleitung der Informationen zu Steuererklärung und Veranlagung zuständig ist und grundsätzlich auch die Federführung bei der interkantonalen Steuerauscheidung inne hat. Grundsätzlich gilt der Kanton des Hauptsteuerdomizils als Leaderkanton. Soweit für die gleiche Steuerperiode mehrere Hauptsteuerdomizile bestehen, wie dies namentlich bei einem interkantonalen Sitzwechsel einer juristischen Person eintreten kann, so muss ein (Leader-) Kanton bestimmt werden. Dies erfolgt in Art. 22 Abs. 1 Satz 2 StHG, wonach der Kanton des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung am Ende der Steuerperiode als Leaderkanton gilt. Dieser Kanton ist auch für die Veranlagung der direkten Bundessteuer zuständig<sup>62</sup>. Für die Fälle, wo in der Schweiz kein Hauptsteuerdomizil besteht, kennt das StHG keine besonderen Bestimmungen. In solchen Fällen müsste als Leaderkanton der Veranlagungskanton für die direkte Bundessteuer erklärt werden<sup>63</sup>.

### 4.4 Beschränkung auf die Kantone mit Postnumerandobesteuerung

Die Koordination der Veranlagungsverfahren ist auf die Besteuerung der juristischen Personen (Art. 22 StHG) und der natürlichen Personen, welche dem System der Postnumerandobesteuerung unterliegen (Art. 68 StHG), beschränkt.

Für die drei noch verbleibenden Kantone, welche bei den natürlichen Personen noch die *Pränumerandobesteuerung* anwenden, ist der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode im interkantonalen Verhältnis nicht anwendbar. Für diese Kantone kommen die *gleichen Regeln* zur Anwendung wie im Falle von Änderungen der Steuerpflicht im *Verhältnis zum Ausland*<sup>64</sup>. Diese Ordnung mag nicht zu befriedigen, ist jedoch nur noch auf wenige Kantone beschränkt und sollte zudem in naher Zukunft aufgegeben werden.

Art. 15 Abs. 3 StHG sah noch vor, dass bei einem Zuzug in einen Kanton mit Pränumerandobesteuerung aus Vereinfachungsgründen der Zuzugskanton – beschränkt auf das Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit – auch auf Einkommensteile, welche im Wegzugskanton zugeflos-

sen sind, abzustellen hat<sup>65</sup>. Dies steht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Da ein Umstellen auf ein neues System für eine kurze Übergangsphase nicht sinnvoll ist, hat der Gesetzgeber mit dem Vereinfachungsgesetz Art. 15 Abs. 3 StHG dahingehend geändert, dass wieder eine konsequente Abgrenzung und Umrechnung sämtlicher Einkommenskomponenten zu erfolgen hat<sup>66</sup>.

Besondere Probleme ergeben sich bei einem Wohnsitzwechsel zwischen Kantonen mit unterschiedlichem System der zeitlichen Bemessung. Zu diesem Fragenkomplex enthält das Vereinfachungsgesetz keine besonderen Normen. Der Gesetzgeber hat jedoch in Art. 74 Satz 2 StHG eine Verordnungskompetenz des Bundesrates, solche Fragen zu regeln, bestimmt. Diese Kompetenz entspricht derjenigen von Art. 220 Abs. 1 DBG. Aufgrund der Kompetenzzuordnung im StHG hat der Bundesrat in Art. 1 VO StHG definiert, dass bei einem Wechsel des Wohnsitzes zwischen Kantonen mit unterschiedlichen Systemen der zeitlichen Bemessung die Regeln bei Wohnsitzwechsel im internationalen Verhältnis zur Anwendung gelangen. Um die kantonale Zuständigkeit für die direkte Bundessteuer bei solchen systemübergreifenden Tatbeständen zu regeln, hat der Bundesrat einige Bestimmungen der VO ZBNP geändert bzw. neu eingeführt<sup>67</sup>.

### 4.5 Keine Koordination des Steuerbezuges

Obschon im Vorfeld der Verankerung des Grundsatzes der Einheit der Steuerperiode im StHG von «erhebliche[n] administrative[n] Vereinfachungen für Steuerveranlagung und Steuerbezug»<sup>68</sup> die Rede war, ist den Fragen rund um den Bezug der kantonalen und kommunalen Steuern in den Fällen eines Wechsels der Steuerpflicht im Sinne von Art. 22 oder Art. 68 StHG keine Beachtung geschenkt worden. Dies ist auch nicht durch das Vereinfachungsgesetz nachgeholt worden.

Besondere Fragen des Steuerbezuges entstehen, wenn (1) ein Kanton die Steuern in der Steuerperiode selbst (provisorisch) bezieht (Pränumerandobezug) und (2) nach erfolgtem Bezug Änderungen in der interkantonalen Zuordnung eintreten. In solchen Fällen muss die Erstattung oder Teilerstattung der bereits bezahlten Steuerbeträge geregelt werden. Der Bezug im neuen Kanton bereitet meistens keine Probleme, da die Regeln für Zuzüge aus dem Ausland sinngemäss angewendet werden

62 Art. 105 Abs. 3 DBG.

63 S. auch Art. 217 und Art. 106 Abs. 1 Lemma 2 DBG und Art. 3 VO StHG.

64 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000, 3906 und 3908.

65 S. dazu auch HÖHN/MÄUSLI, 44 f.

66 *Botschaft Vereinfachungsgesetz*, BBl 2000 3906.

67 Art. 11 lit. a, Art. 11a (neu) und Art. 13a (neu) VO ZBNP.

68 *Botschaft Steuerharmonisierung*, BBl 1983 III, 88.

können. Zieht eine natürliche Person z.B. im August vom Kanton «AA» in den Kanton «BB», so ist sie für die gesamte Steuerperiode (Kalenderjahr) im Kanton «BB» steuerpflichtig. Der Kanton «AA» hat den Steuerpflichtigen rückwirkend auf den 31. Dezember des Vorjahres aus der Steuerpflicht zu entlassen und ihm die bereits für die laufende Steuerperiode provisorisch bezahlten Steuern zurückzuerstatten. Eine direkte Überweisung an den Zuzugskanton «BB», zwecks Anrechnung an die dort zu entrichtenden Steuern, ist nicht vorgesehen und kann ohne Einwilligung des Steuerpflichtigen auch nicht vorgenommen werden. Wenn im dargelegten Fall der Steuerpflichtige im Kanton «AA» noch eine Liegenschaft besässe und nicht veräusserte, würde aufgrund der Änderung des Wohnsitzes die Steuerpflicht im Kanton «AA» nicht wegfallen, jedoch ändern. In einem solchen Fall würden die provisorisch bezogenen Steuerbeträge mehr oder weniger wesentlich über dem mutmasslichen Steuerbetrag für die Steuerperiode aufgrund der geänderten Situation liegen. Soweit der Steuerpflichtige im Zuzugskanton «BB» provisorisch Steuern zu entrichten hat – was die Regel sein wird –, sollte der Kanton «AA» eine Teilerstattung der provisorisch bezahlten Steuern gewähren, und dies möglichst zeitgleich oder zumindest vor der Einforderung von Steuerbeträgen durch den Zuzugskanton «BB». Diese Problematik ist in denjenigen Kantonen besonders aktuell, wo der Pränumerandobezug aufgrund von Akontozahlungen erfolgt, welche aufgrund eigenständiger Verfügungen erhoben werden. Die Kantone sind gefordert, angemessene Lösungen zu erarbeiten, um die Liquidität der Steuerpflichtigen nicht unnötig zu belasten.

*(Fortsetzung folgt in der nächsten Ausgabe)*

# Der Bericht über die Machbarkeit einer Zahlstellensteuer

Dr. iur. Bruno Scherrer\*

## Inhalt

1	<b>Einleitung</b>
2	<b>Zielsetzung</b>
3	<b>Voraussetzungen</b>
3.1	<b>Verfassungsgrundlage</b>
3.2	<b>Erfassung anderer Wirtschaftsräume</b>
3.3	<b>Volle Anrechnung</b>
4	<b>Offene Fragen</b>
4.1	<b>Begriff der natürlichen Person</b>
4.2	<b>Zinsbegriff</b>
5	<b>Zahlung oder Mahnung?</b>
6	<b>Volkswirtschaftliche Auswirkungen</b>
7	<b>Die mögliche Lösung in der Zusammenfassung</b>
8	<b>Würdigung</b>
9	<b>Ausblick</b>

## 1 Einleitung

Seit Anfang März kann auf der Website der Eidgenössischen Steuerverwaltung<sup>1</sup> der Bericht der *Arbeitsgruppe «Zahlstellensteuer»* über die «technische Machbarkeit einer Zahlstellensteuer» vom 31. Januar 2001 zuhanden des Chefs des Eidgenössischen Finanzdepartementes abgerufen werden.

Merkwürdigerweise enthält der Bericht praktisch keine Angaben über die Arbeitsweise der Arbeitsgruppe. Aus den Anhängen zum Bericht muss man schliessen, dass in der Arbeitsgruppe auch andere Modelle als das im Hauptteil abgehandelte Zahlstellensteuer-Modell behandelt wurden. Insbesondere der Anhang F, eine Gegenüberstellung von Schuldnerprinzip und Zahlstellenprinzip, und der Anhang G mit Ausführungen zu einer ergänzenden Verrechnungssteuer sprechen dafür. Aus dem Bericht erfährt man jedoch nicht, aus welchen Überlegungen diese anderen Modelle in den Anhang verbannt wurden und ob allenfalls noch zusätzliche Modelle oder Modellkombinationen untersucht wurden.

Angesichts der sehr erheblichen Schwierigkeiten, die mit der Einführung und der Umsetzung einer Zahlstellensteuer gemäss dem Hauptteil des Berichtes verbunden wären, erstaunt es auf den ersten Blick, dass anderen denkbaren Modellen nicht mehr Raum eingeräumt worden ist. Allerdings kommt man mit eigenem Nachdenken auch darauf, dass das Berichtsmodell als einziges einer näheren Überprüfung standhält.

Betont werden muss: Das, was publiziert worden ist, ist wirklich publikationswürdig und verdient es, nicht nur vom schweizerischen Leser zur Kenntnis genommen zu werden, sondern auch von den für die Einführung der EU-Zinsenbesteuerung Verantwortlichen der Europäischen Union.

\* Der Autor ist Rechtsanwalt bei CMS von Erlach Klainguti Stettler Wille Rechtsanwälte, Zürich

1 [www.estv.admin.ch/data/index-d.htm](http://www.estv.admin.ch/data/index-d.htm).

## 2 Zielsetzung

Die Ausgangslage ist bekannt: Die EU plant zur Bekämpfung der Steuerdefraudation in den EU-Ländern die Einführung einer EU-Zinsensteuer. Bis heute ist für EU-Bürger die Defraudation zinstragender Anlagen relativ einfach möglich. Wo eine zinstragende Anlage keiner Quellensteuer unterworfen ist, kann sie einer Kontrolle durch den heimischen Fiskus dadurch wirksam entzogen werden, dass der Steuerpflichtige sie im Ausland aufbewahren und verwalten lässt. Für die Bekämpfung solcher Defraudationen will nun die EU nicht etwa eine Quellensteuer einführen (die ja vom Schuldner der zinstragenden Anlage abzuliefern wäre und nur Zinszahlungen von EU-Schuldnern erfassen könnte), sondern sie will die Stelle, die vom Schuldner zuhanden des steuerpflichtigen Anlegers den Zins in Empfang nimmt und an den Anleger weiterleitet oder ihm gutschreibt (eben die «Zahlstelle»), steuerlich in die Pflicht nehmen.

Wenn allerdings der Steuerpflichtige dieser Massnahme wiederum einfach dadurch ausweichen kann, dass er eine Zahlstelle ausserhalb des EU-Raumes mit der Verwaltung der zinstragenden Anlagen beauftragt, verpufft die Wirkung der geplanten EU-Zinsenbesteuerung weitgehend.

Deswegen macht die EU kein Geheimnis daraus, dass sie Drittstaaten wie die Schweiz in ihr Dispositiv einbinden will und von ihnen der EU-Zinsenbesteuerung «gleichwertige Massnahmen» verlangt.

Der Bericht Zahlstellensteuer hat deswegen das Ziel aufzuzeigen, ob und wie die Schweiz solche «gleichwertigen Massnahmen» verwirklichen könnte.

## 3 Voraussetzungen

### 3.1 Verfassungsgrundlage

Bekanntlich darf von Verfassungs wegen<sup>2</sup> der Bund nur diejenigen Steuern erheben, für die ihm in der Verfassung ausdrücklich die Kompetenz erteilt worden ist. Der Bericht kommt deswegen auch relativ rasch und eindeutig zum Schluss, dass nur ein Modell in Frage kommen kann, bei dem eine von der Verfassung abgedeckte Steuer erhoben würde, oder dann eines, bei dem eben keine schweizerische Steuer eingeführt würde. Ob Art. 132 Ziff. 2 BV eine verfassungsmässige Grundlage dafür abgäbe, bei der schweizerischen Zahlstelle eine Quellensteuer auf Zinszahlungen ausländischer Schuldner zu erheben, wird im Bericht nicht abschliessend beantwortet. (Die Meinungen waren in der Arbeitsgruppe offensichtlich nicht einheitlich.) Klar scheint den

Berichterstattern jedoch, dass sich die Schweiz im Rahmen einer staatsvertraglichen Vereinbarung verpflichten dürfe, zuhanden des Vertragspartners bei den schweizerischen Zahlstellen eine ausländische Steuer einzubehalten. Dieses rechtliche Fundament ist auf jeden Fall bedeutend tragfähiger als das für die Tätigkeit des schweizerischen «Qualified Intermediary», der für den US-amerikanischen Fiskus ohne schweizerische Rechtsgrundlage Handlungen vornimmt, die durchaus als hoheitlich angesprochen werden dürfen.

### 3.2 Erfassung anderer Wirtschaftsräume

Natürlich läge es in erster Linie im Interesse der EU, «gleichwertige Massnahmen» zur EU-Zinsenbesteuerung weltweit von allen Finanzmärkten zu fordern und/oder durchzusetzen. Nur hat sie sich bis jetzt erst Gespräche mit den USA, Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino und eben der Schweiz vorgenommen, und – worauf der Bericht zu Recht hinweist – so wichtige Finanzplätze wie Japan, Singapur und Hongkong, aber auch OECD-Länder wie Australien, Kanada, Korea und Neuseeland ausgelassen. Die vom Bericht geforderte Ausdehnung des geographischen Wirkungsraumes auch auf diese Finanzplätze ist zwar keine Voraussetzung der *Machbarkeit* einer Zahlstellensteuer, aber sie ist eine Voraussetzung der *politischen Akzeptierbarkeit*.

Zweck einer Zahlstellensteuer wäre ja die Kooperation mit der EU, nicht die Selbstamputation des Finanzplatzes Schweiz.

### 3.3 Volle Anrechnung

Die Schweiz unterhält mit allen EU-Staaten DBAs, in denen die Besteuerung von Zinserträgen dem Wohnsitzstaat der steuerpflichtigen natürlichen Person zugewiesen ist. Vorbehalten bleiben je nach DBA Sockelsteuern zugunsten des Quellenstaates. Selbstverständlich wird die Schweiz nicht zum Quellensteuerland im Sinne der DBAs, nur weil die Zinszahlung über eine schweizerische Zahlstelle abgewickelt wird. Aus den DBAs lässt sich deswegen auch kein Recht der Schweiz ableiten, eine Sockelsteuer (für sich selber oder für ein anderes Land) einzubehalten, wenn der Zins nicht aus einer schweizerischen Quelle, also von einem schweizerischen Schuldner, stammt.

Das Einbehalten einer Zahlstellensteuer zugunsten der EU lässt sich deswegen nur dann mit den bestehenden DBA-Verpflichtungen der Schweiz vereinbaren, wenn die einbehaltene Summe zu 100% der steuerpflichtigen, in der EU ansässigen empfangenden Person zukommt.

Der Bericht leitet aus diesem Umstand zu Recht als weitere Folge ab, dass die Zahlstellensteuer im Ausmass auf keinen Fall über das hinausgehen dürfe, was durch die

2 Art. 3 BV.

EU als minimale Zinsensteuer allen Mitgliedsländern vorgeschrieben werde.<sup>3</sup>

Dies ist allerdings keine notwendige Voraussetzung, um eine Zahlstellensteuer überhaupt einzuführen. Es wäre auch denkbar, dass die von der schweizerischen Zahlstelle einbehaltene Steuer der steuerpflichtigen empfangenden Person zurückerstattet wird, soweit sie nicht auf die Steuer nach dem internen Recht angerechnet werden kann. Der Bericht verlangt sogar – und ist auch darin zu unterstützen –, dass sich die EU verpflichten müsse, den Kunden der schweizerischen Zahlstelle allein gestützt auf deren Bescheinigung und ohne weitere bürokratischen Hürden die einbehaltene Steuer vollumfänglich zu erstatten.

## 4 Offene Fragen

### 4.1 Begriff der natürlichen Person

Die EU-Zinsenbesteuerung soll nur Platz greifen, soweit eine natürliche Person Empfängerin des Zinsertrages ist.

Bis jetzt hat sich die EU nicht darüber ausgesprochen, ob sie darunter auch Personengesamtheiten wie beispielsweise Erbgemeinschaften oder Personengesellschaften verstanden wissen will. Ebenfalls offen ist, ob nur natürliche Personen gemeint sind, die den Zinsertrag als private Investoren erzielen, oder ob auch Zinserträge erfasst werden sollen, die im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit einer natürlichen Person erzielt werden. Schliesslich fehlen auch alle Hinweise darauf, ob und wie die EU allfälligen Umgehungen durch das Einschalten einer juristischen Person begegnen will. Was soll gelten, wenn der Investor den Zinsertrag durch eine von ihm beherrschte Offshore-Gesellschaft vereinbaren lässt, aus der er dann eben nicht als Zins, sondern als Dividende an ihn weiterfliesst?

Der Bericht bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Schweiz – und insbesondere die schweizerischen Zahlstellen – diese Frage nicht für die EU beantworten können. Aus schweizerischer Sicht muss jedoch der Begriff des Zinsempfängers klar und eindeutig definiert sein, wenn eine Zahlstellensteuer praktikabel sein soll. Aus schweizerischer Sicht ist aber auch zu fordern – und hätte im Bericht vielleicht noch deutlicher zum Ausdruck gebracht werden dürfen –, dass nur der engste innerhalb der EU verwendete Empfängerbegriff der schweizerischen Zahlstellensteuer zugrunde gelegt werde. Sonst entstünde unter Umständen der Effekt, dass ein EU-Angehöriger wegen des Einschaltens einer schweizerischen

Zahlstelle einer schärferen Zinsenbesteuerung oder wenigstens einer schärferen Besteuerungskontrolle unterläge, als wenn er eine Zahlstelle in einem EU-Land gewählt hätte. Auch dies dürfte mit den schweizerischen DBA-Verpflichtungen kaum vereinbar sein.

Mit diesen Hinweisen ist aber auch ein drohender Zielkonflikt angesprochen: Die Begriffe «Eng» und «Praktikabel» brauchen sich nicht zu entsprechen, sondern können in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen: Die Definition «natürliche Privatperson» als Zinsempfänger ist sicherlich enger als die Definition «natürliche Person». Sie ist aber für eine schweizerische Zahlstelle gleichzeitig nicht praktikabel. Wie soll eine schweizerische Zahlstelle beurteilen können, welche zinstragende Anlage einer natürlichen Person nach der Qualifikation ihres Ansässigkeitsstaates als «privat» und welche als «geschäftlich» anzusprechen sei?

### 4.2 Zinsbegriff

Genauso unscharf wie der Begriff der natürlichen Person ist in den bisherigen EU-Richtlinienvorschlägen der Begriff des Zinses. Angesichts der zahllosen hybriden Finanzierungsinstrumente, die der internationale Finanzmarkt anbietet, scheint es auch unmöglich, eine generell-abstrakte und gleichwohl praktikable Definition des Zinses zu finden.

Zu Recht fordert deshalb der Bericht, dass nur Erträge, die für die Zahlstelle eindeutig als Zinsertrag erkennbar sind, in eine Zahlstellensteuer miteingeschlossen werden dürfen.

### 4.3 Zahlstellenbegriff

Zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger einer zinstragenden Anlage können verschiedene Elemente mit Zahlstellenfunktion eingeschaltet sein. Dem Zweck der Zahlstellensteuer entsprechend darf sie aber nur einmal in dieser Kette erhoben werden.

Der Bericht zeigt die Schwierigkeiten auf, die damit verbunden sind, eine befriedigende Zahlstellendefinition zu finden. In der Tat scheint es zweifelhaft, ob es je gelingen werde, die Zahlstelle so zu definieren, dass in jeder einzelnen Jurisdiktion, die den Begriff wird anwenden müssen, das Gleiche darunter verstanden wird.

## 5 Zahlung oder Meldung?

Die EU hat sich sehr schwer damit getan zu entscheiden, ob die Zinsenbesteuerung durch einen Steurrückbehalt an der Zahlstelle oder durch einen Informationsaustausch zwischen dem Land der Zahlstelle und dem Ansässigkeitsland des Zinsempfängers gewährleistet werden solle.

<sup>3</sup> 15% in den ersten drei Jahren, anschliessend 20%.

Letztlich hat sie sich dazu entschieden, dem Informationsaustausch den Vorzug zu geben, gestattet allerdings für einige Zeit nach der Einführung der Zinsenbesteuerung auch den Steuerrückbehalt an der Zahlstelle.

Für die Berichtersteller sind die beiden Methoden zur Gewährleistung der Steuererhebung absolut gleichwertig. Sie weisen auch zutreffend auf die zusätzliche Schwäche hin, die das Modell Informationsaustausch gegenüber dem Steuerrückbehalt an der Zahlstelle hat: Mit dem Informationsaustausch muss ein aufwendiges administratives System geschaffen werden, um jede Meldung einem Zinsempfänger zuzuordnen und bei diesem die Deklaration zu überprüfen. Mit dem Steuerrückbehalt an der Zahlstelle könnte es dem Zinsempfänger überlassen bleiben, seinerseits unter Hinweis auf die ehrliche Deklaration des Zinseinganges die Anrechnung bzw. Rückerstattung des Steuerrückbehaltes zu verlangen.

Ehrlicherweise muss hier aber auch ein Vorteil des Informationsaustausches angeführt werden: Wird die gleiche Zinszahlung von mehr als einer Zahlstelle gemeldet, so bringt dies administrativen Mehraufwand, aber keine Doppelbesteuerung. Nimmt jedoch mehr als eine Zahlstelle (womöglich noch in verschiedenen Ländern) einen Steuerrückbehalt vor, so ist dieser «Fehler» nur sehr aufwendig wieder korrigierbar.

Dies ändert aber selbstverständlich nichts daran, dass ohne fundamentale Änderung unseres Rechtssystems das Modell Informationsaustausch von der Schweiz nicht übernommen werden kann und dass angesichts der Gleichwertigkeit der beiden Modelle zu einer solchen fundamentalen Änderung unseres Rechtssystems nicht der leiseste Anlass besteht.

## 6 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Jedermann weiss natürlich, dass das Vermögensverwaltungsgeschäft für die schweizerische Volkswirtschaft von eminenter Bedeutung ist. Sicher sagen lässt sich zudem, dass die Einführung einer schweizerischen Zahlstellensteuer dieses Geschäft behindern und nicht fördern würde. Jede präzisere Aussage ist im heutigen Zeitpunkt reine Spekulation. Für eine auch nur halbwegs gesicherte Prognose ist im heutigen Zeitpunkt viel zu unklar, wie einfach eine schweizerische Zahlstellensteuer geografisch umgangen werden könnte, wie gross das Segment der davon betroffenen Kapitalanlagen im Vergleich zum Korb aller gängigen Finanzmarktprodukte wäre, wie eng der Kreis der betroffenen Anleger umschrieben würde etc.

Sicher ist nur, dass es nicht angehen kann, die schweizerische Zahlstelle einerseits in ihrem Geschäft

zu behindern und gleichzeitig mit den Mehraufwendungen für diese Geschäftsbehinderung zu belasten, nur um der EU zu Gefallen zu sein.

In diesem Punkt wäre eine Zahlstellensteuer auch nicht mit dem Regime des Qualified Intermediary für die US-Quellensteuern (die sich effektiv auf Kapitalanlagen bei US-Schuldnern beschränken) vergleichbar. Die zugegebenermassen substantiellen Aufwendungen, die beim Qualified Intermediary für die Kontrolle eines nicht US-amerikanischen Investors anfallen, dienen nämlich der Vermeidung der US-Quellensteuern, während die mit der Einführung der Zahlstellensteuer verbundenen Umtriebe gerade der Erhebung einer Steuer (auch auf Anlagen ausserhalb der EU) dienen würden. Da die Vermeidung einer Quellensteuer sicherlich im Interesse des Investors liegt, wird der Qualified Intermediary in aller Regel seine Aufwendungen auch auf den profitierenden Investor überwälzen können. Weshalb aber eine schweizerische Zahlstelle oder der Kunde der schweizerischen Zahlstelle direkt oder indirekt die Kosten für die Erhebung der EU-Zinsensteuer tragen sollte, ist völlig uneinsichtig.

Mit Nachdruck ist deswegen die Forderung des Berichtes zu unterstützen, dass aus den von den schweizerischen Zahlstellen einbehaltenen EU-Steuern die in der Schweiz entstandenen Kosten der Erhebung vollumfänglich zurückvergütet werden. Mit anderen Worten: Die einbehaltenen Steuern werden nicht zu 100 % der EU weitergeleitet, sondern nur unter Abzug eines die Erhebungskosten repräsentierenden Teils, obwohl dem EU-ansässigen Empfänger 100 % der einbehaltenen Steuern gutgeschrieben werden müssen.

Dieses für die EU auf den ersten Blick nicht befriedigende Resultat ist eine direkte Konsequenz ihres in verschiedener Hinsicht lückenhaften und unbefriedigenden Zinsensteuer-Konzeptes.

Falls sich die Schweiz mit der Forderung durchsetzen würde, dass die Bescheinigung der Zahlstelle als einzige Grundlage für die Rückforderung durch den Zinsempfänger genügt, wäre die Abwanderungsgefahr noch einmal reduziert.

## 7 Die mögliche Lösung in der Zusammenfassung

Der Bericht hält die Einführung einer Zahlstellensteuer, die von der EU als gleichwertige Massnahme zur Zinsenbesteuerung anerkannt würde, für möglich:

- aufgrund eines Staatsvertrages mit der EU;
- durch Rückbehalt eines der EU-Zinsensteuer entsprechenden Teils von Zinserträgen,
- durch schweizerische Zahlstellen;

- von in der EU ansässigen Zinsempfängern;
- unter Ablieferung der zurückbehaltenen Beträge an die EU;
- nach Abzug eines die Erhebungskosten repräsentierenden Teils der einbehaltenen Beträge;
- wenn dem in der EU ansässigen Zinsempfänger die einbehaltene Steuer vollumfänglich zugute kommt;
- wenn die Begriffe «Zahlstelle», «Zinsertrag» und «natürliche Person als Zinsempfängerin» eindeutig und praktikabel umschrieben sind;
- sobald alle bedeutenden, für EU-Bürger leicht erreichbaren Finanzplätze dieser Welt sich einem gleichwertigen System unterziehen.

## 8 Würdigung

Der publizierte Bericht zur Zahlstellensteuer ist eine sorgfältige, umfassende und differenzierte Analyse der Situation, mit einer vollständigen Darstellung der divergierenden Interessen der EU und der übrigen Volkswirtschaften.

Er zeigt mit fast brutaler Offenheit auf, wie unbefriedigend und lückenhaft die vorgeschlagene EU-Zinsenbesteuerung vor allem unter dem Gesichtspunkt der Steuergerechtigkeit erscheinen muss. Schade, dass keine Aussicht besteht, die EU werde sich eines Besseren besinnen und einen weniger faulen, dafür faireren Kompromiss als das heutige Zinsensteuer-Modell verwirklichen.

Der Bericht zeigt den schweizerischen Verantwortlichen klar auf, welche Verhandlungspositionen aus sachlicher und rechtlicher Sicht nicht diskutierbar sein dürfen. Nach meiner ganz persönlichen Meinung geht der Bericht hier sogar eher zu wenig weit, als dass er übertreiben würde. Er weist nicht auf die Gefahr hin, dass die staatsvertragliche Bindung der Schweiz bezüglich der Zahlstellensteuer (wenn einmal eingegangen) völkerrechtlich auch dann noch Bestand haben könnte, wenn die EU-Zinsenbesteuerung EU-intern wieder aufgehoben oder verwässert würde.

Leider ist nicht anzunehmen, dass der Bericht innerhalb der EU von breiten Kreisen zur Kenntnis genommen werde, obwohl, wie man hört, seine Übersetzung mindestens ins Französische in die Wege geleitet sein soll. Denn, wer den Bericht liest, dem gehen die Argumente aus, die Schweiz wegen ihrer Weigerung, bei einem Informationsaustausch mitzuwirken, als sicheren Hafen für Steuerdefraudanten zu verunglimpfen. Solche Verunglimpfungen sind aber sicherlich einfacher ausgesprochen und repetitiv heruntergebetet, als dass die divergierenden Interessen der einzelnen EU-Länder bei der Schaffung fairer und griffiger Instrumente zur Bekämpfung der Steuerdefraudation überwunden würden.

## 9 Ausblick

Im Moment kann die Schweiz von sich behaupten, sie habe ihre Hausaufgaben gemacht: Sie weiss sich in der Lage, der EU ein System von Massnahmen zu offerieren, die der EU-Zinsenbesteuerung gleichwertig sind, wenn die EU diese Zinsenbesteuerung einführt und die anderen relevanten Finanzplätze dieser Welt ebenfalls gleichwertige Massnahmen ergreifen.

Es ist jedoch zu erwarten, dass der Druck auf die Schweiz deswegen nicht nachlässt. Die Zahl derer, die der Meinung sind, es müsse nun einfach einmal etwas geschehen, ob es Sinn mache oder nicht, und die Zahl derer, denen ohnehin jede Sachkunde abgeht, ist – innerhalb und ausserhalb der EU, innerhalb und ausserhalb der Schweiz – einfach bedeutend grösser als die Zahl derer, die von einem Steuersystem verlangen, dass es in sich konsistent, fair und praktikabel sei.

Leider zeigen die Erfahrungen, z.B. im Zusammenhang mit den Änderungen des Korruptionsstrafrechtes, dass bei vielen Politikern der Blick auf das hehre Ziel der Bekämpfung von Missständen, wie Korruption (oder Defraudation), blind macht für den Holzgehalt des Weges, der zu diesem Ziel führen soll. Im Kampf gegen die Steuerhinterziehung sind Teilschrittchen, mit denen nur der unbeholfene und unbedarfte Delinquent in seiner Tätigkeit betroffen wird, dem Ziel, der Allgemeinheit der Steuer zum Durchbruch zu verhelfen, nicht nur nicht zuträglich, sondern abträglich. Sie fördern das für einen Rechtsstaat absolut unerträgliche Phänomen, dass sich der durchtriebene und organisierte Defraudant seiner Steuerpflicht und damit seines Beitrags an die allgemeinen Lasten problemlos entzieht, während der kleine Steuerpflichtige beim geringsten Vergehen im staatlichen Kontrollapparat hängen bleibt und zur Verantwortung gezogen wird. Oder, wie es der Volksmund ausdrückt: Die Kleinen hängt man, die Grossen lässt man laufen.

Es bleibt zu hoffen (allerdings ist die Hoffnung nicht gross), dass die schweizerischen Verantwortlichen für die Verhandlungen mit der EU wenigstens in ihrem eigenen Land einhellig unterstützt werden, wenn sie für eine global wirksame, rechtsstaatlich einwandfreie und praktikable Kooperation hinsichtlich der EU-Zinsenbesteuerung eintreten.

Der Zahlstellenbericht müsste auf jeden Fall zur Pflichtlektüre für jeden erklärt werden, der sich zum Verhältnis Schweiz/EU im Zusammenhang mit Steuerdefraudation äussern will.



# Rechtsprechung im Jahr 2000

Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger\*

## Inhalt\*\*

1	<b>Vorbemerkung</b>
2	<b>Kirchensteuerpflicht juristischer Personen</b>
3	<b>Bedeutung des Nominalwertprinzips im Einkommensteuerrecht</b>
3.1	<b>Verrechnung eines «Disagios» mit einem Agio bei der Einbringung von zwei Beteiligungen in eine Holdinggesellschaft</b>
3.2	<b>Sanierung durch Fusion</b>
3.3	<b>Keine sog. «Transponierung» beim Einbringen von nicht massgeblichen Beteiligungen im zürcherischen Steuerrecht</b>
4	<b>Abgrenzung von steuerfreien Kapitaleinlagen bei der Emission zu steuerbaren Kapitalgewinnen aus der Veräusserung von Aktien</b>
5	<b>Steuerfolgen von Kapitaleistungen</b>
5.1	<b>Definition der «Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen» im Recht der direkten Bundessteuer</b>
5.2	<b>Zeitpunkt der Fälligkeit von Kapitaleistungen aus beruflicher Vorsorge</b>
6	<b>Anfechtbare Feststellungsverfügungen über Steuerfolgen von noch nicht verwirklichten Sachverhalten bei der direkten Bundessteuer?</b>
7	<b>Quellensteuer für Grenzgänger; Alimente</b>
	<b>Literatur</b>

## 1 Vorbemerkung

Ziel dieser einmal jährlich im IFF Forum für Steuerrecht erscheinenden Besprechung von im Vorjahr ergangenen Gerichtsurteilen ist es, dem Leser einen Überblick über die – aus Sicht des Autors – wichtigsten Gerichtsentscheidungen zu geben und diese Entscheide auf ihre Bedeutung für das schweizerische Steuerrecht hin zu untersuchen sowie die Ergebnisse dieser Untersuchung in den Gesamtrahmen der schweizerischen Steuerordnung zu stellen. Sachverhaltsdarstellungen werden nur insoweit wiedergegeben, als diese für das Verständnis der Entscheide notwendig sind.

Was eine solche Übersicht hingegen nicht erreichen will und kann, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit den einzelnen Entscheiden. Diese Aufgabe bleibt der in jeder Ausgabe dieser Zeitschrift erscheinenden Rubrik «Judikatur-Forum» vorbehalten.

Im Vordergrund der Darstellung stehen die Entscheide des Bundesgerichts. Soweit jedoch Entscheide kantonaler Instanzen von gesamtschweizerischer Bedeutung sind, werden auch diese verarbeitet. Naturgemäss konnten lediglich Urteile berücksichtigt werden, die bis zum Redaktionsschluss am 15. März 2001 publiziert worden sind. Später publizierte Entscheide aus dem Jahr 2000 werden im IFF Forum für Steuerrecht 2002/2 behandelt.

Nicht Gegenstand dieser Darstellung sind Entscheide zur Mehrwertsteuer, weil diese noch zur Mehrwertsteuerordnung, die per 1. Januar 2001 durch das Mehrwertsteuergesetz abgelöst worden ist, ergangen sind.

## 2 Kirchensteuerpflicht juristischer Personen

Das Bundesgericht hatte sich am 13. Juni 2000<sup>1</sup> erstmals mit der Bedeutung der neuen Bundesverfassung für das

\* Ordinarius für Steuerrecht an der Universität St.Gallen  
 \*\* Der Verfasser dankt Dr. Ruedi Baumann für die kritische Durchsicht des Manuskripts und für wertvolle Anregungen sowie lic. rer. pol. et lic. iur. Raoul Stocker für seine Mitarbeit.

1 BGE 126 I 367 = StE 2000 A 25 Nr. 8 = StR 55 (2000) 715.

Steuerrecht auseinanderzusetzen und es hat entschieden, dass sich durch die Neufassung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in BV 15 im Bereich der Zulässigkeit der Unterstellung juristischer Personen unter die Kirchensteuerpflicht keine Änderung der Rechtslage ergeben hat (E 5 d). Das Bundesgericht hat es auch abgelehnt, seine über hundertjährige – letztmals im Jahr 1976<sup>2</sup> bestätigte – Rechtsprechung zu ändern, wonach es den Kantonen frei steht, auch von juristischen Personen eine Kirchensteuer zu erheben (E 5 e). Der v.a. in der staatsrechtlichen Lehre geäusserten Kritik<sup>3</sup> ist das Bundesgericht nicht gefolgt. Bestätigt wurde auch die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz: Es ist nicht zulässig, juristische Personen, die eine andere religiöse oder kirchliche Zwecksetzung verfolgen als jene Kirchgemeinden, an welche Kirchensteuern zu entrichten sind, dieser Steuerpflicht zu unterwerfen (E 4 a).

Das Bundesgericht hat es insbesondere abgelehnt, dem Einwand zu folgen, hinter den juristischen Personen stünden letztlich immer natürliche Personen und diese könnten durch die Unterstellung der juristischen Personen unter die Kirchensteuerpflicht in ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit verletzt sein (E 5 b). Diese Position ist aus steuerrechtlicher Sicht verständlich, weil ein solcher «Durchgriff» durch die juristische Person hindurch auf die beteiligten natürlichen Personen im Zusammenhang mit der gesamten Stellung der juristischen und natürlichen Personen im Steuerrecht beurteilt werden müsste und nicht einseitig nur zugunsten der Beteiligten erfolgen darf.

Nicht auseinandergesetzt hat sich das Bundesgericht mit dem Vorwurf, es ver falle einem unzulässigen Zirkelschluss, wenn es den juristischen Personen die Berufung auf das Grundrecht unter Hinweis auf den fehlenden Glauben versage, ihnen aber eine Steuer auferlege, die sich nur aus der Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft rechtfertigen lässt.<sup>4</sup> Implizite besagt auch dieser Entscheid, dass das Bundesgericht im Umstand, dass es juristischen Personen – anders als natürlichen Personen – verwehrt ist, sich der Kirchensteuerpflicht durch einen Kirchaustritt zu entziehen, keinen Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot (BV 8) erblickt.

### 3 Bedeutung des Nominalwertprinzips im Einkommensteuerrecht

#### 3.1 Verrechnung eines «Disagios» mit einem Agio bei der Einbringung von zwei Beteiligungen in eine Holdinggesellschaft.<sup>5</sup>

##### Sachverhalt

Zwei natürliche Personen brachten ihre Beteiligungen von je 50 % an zwei operativ tätigen Gesellschaften (D. AG und C. AG), die je ein Aktienkapital von 1 Mio. Fr. aufwiesen, in eine neu gegründete C. Holding AG ein. Um die Steuerfolgen einer sog. «Transponierung» zu vermeiden, setzten die Beteiligten das Aktienkapital der C. Holding AG auf 2 Mio. Fr. fest. Die Beteiligungen wurden insgesamt mit 7,1 Mio. Fr. bewertet und der das Aktienkapital übersteigende Betrag von 5,1 Mio. Fr. wurde in die offenen Reserven der C. Holding AG gebucht (sog. «Agiolösung»<sup>6</sup>).

Die D. AG wies bei einem Aktienkapital von 1 Mio. Fr. einen Verlustvortrag von 1,527 Mio. Fr. aus und wurde mit 100 000 Fr. bewertet. Die C. AG wies bei einem Aktienkapital von 1 Mio. Fr., gesetzlichen Reserven von 356 000 Fr. und freien Reserven von 3,590 Mio. Fr. einen Verlustvortrag von 1,633 Mio. Fr. aus und wurde mit 7 Mio. Fr. bewertet.

Bei einer Einzelbetrachtung ergab sich folgendes Bild in der C. Holding AG (Beträge in tausend Franken):

	<i>Einbringungswert</i>	<i>Aktienkapital</i>	<i>Agio</i>
D. AG	100	1 000	(900)
C. AG	7 000 <sup>7</sup>	1 000	6 000
Total	7 100	2 000	5 100

##### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Entgegen der Bundessteuerrekurskommission des Kantons Zürich als Vorinstanz und mit dem Steuerkommissär stellt sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, eine solche Einzelbetrachtung sei steuerlich geboten, mit der Folge, dass im Umfang der «Verrechnung» des «Disagios» bei der Beteiligung D. AG von 900 000 Fr. mit dem Agio bei der Beteiligung C. AG von 6 Mio. Fr. eine geldwerte Leistung der C. Holding AG an ihre Aktionäre erfolgt sei (E 3).

2 BGE 102 Ia 468 = ZBI 78 (1977) 163.

3 Vgl. z.B. MÜLLER J.P., 101; HÄFELIN U., Art. 49 Rz 100 ff. und die in HÖHN E. / WALDBURGER R., Band I, § 4 Rz 102 zit. Literatur.

4 Vgl. HÖHN E. / WALDBURGER R., Band I, § 4 Rz 103 mit dem Hinweis auf eine entsprechende «dissenting opinion» eines Bundesrichters aus dem Jahr 1977.

5 Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juni 2000 in StE 2000 B 24.4 Nr. 55.

6 Vgl. dazu Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung Nr. 6 vom 3.2.1987, ASA 55 (1986/87) 496; Pra 1999, 31 E 2 c.

7 Bei der in StE 2000 B 24.4 Nr. 55 wiedergegebenen Zahl von 7100 handelt es sich wohl um einen Irrtum.

Zur Begründung führt das Bundesgericht das im BdBST geltende Nennwert- oder Nominalwertprinzip an, aus dem es die sog. «Transponierungstheorie»<sup>8</sup> entwickelt hat. Jede Massnahme, die im Rahmen der Einbringung von Aktien in eine Holdinggesellschaft eine Reduktion der Ausschüttungssteuerlast bewirke, ziehe die Besteuerung einer geldwerten Leistung nach sich (E 2 b).

Unklar bleibt allerdings, wie das Bundesgericht diesen Grundsatz auf den zu beurteilenden Sachverhalt anwendet, d.h. worin genau es die Reduktion der Ausschüttungssteuerlast (die sog. «Transponierung») erblickt. In seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>9</sup> hat das Bundesgericht jeweils das latent steuerfreie Substrat bei den eingebrachten Beteiligungen dem latent steuerfreien Substrat bei der Holdinggesellschaft gegenübergestellt und eine allfällige Zunahme als geldwerte Leistung qualifiziert. Beim zu beurteilenden Sachverhalt liegt gerade keine solche Differenz vor. Sowohl bei der künftigen Liquidation der D. AG<sup>10</sup> und C. AG als auch bei der Liquidation der C. Holding AG könnten 2 Mio. Fr. steuerfrei an natürliche Personen, die ihre Beteiligungen im Privatvermögen halten, fliessen.

Das Bundesgericht führt dazu zwei Argumente an. Einerseits legt es dar, dass im vorliegenden Fall eine Reduktion der latenten Ausschüttungssteuerlast dadurch vorgenommen wurde, dass die Aktien der D. AG, die aufgrund der vorhandenen Überschuldung mit einem Wert von 100 000 Fr. in die C. Holding AG eingebracht wurden, zu Lasten des Agios der C. AG von 6,0 Mio. Fr. abgeschrieben wurden (E 3). Andererseits führt das Gericht aus, dass ein Einbringungswert von 1 Mio. Fr. und eine Gutschrift auf dem Aktienkapital von 1 Mio. Fr. eine vorgängige Sanierung der D. AG aus Mitteln des Privatvermögens der Aktionäre bedingt hätte und stellt sodann fest: «Das vom Beschwerdegegner gewählte Vorgehen hat letztlich dazu geführt, dass die Sanierung durch Abschreibung der Beteiligung in der Holdinggesellschaft vorgenommen wurde; damit ging eine Reduktion der latenten Ausschüttungslast einher, das den vom Bundesgericht wiederholt bestätigten Prinzipien zuwider läuft, die bei der Einbringung von Beteiligungen in buchführungspflichtige Unternehmen gelten (CE 3).»

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die Feststellung, wonach eine Einbringung der Beteiligung an der D. AG zu einem Wert von 1 Mio. Fr. nur nach erfolg-

ter Sanierung möglich gewesen wäre, mag zwar zutreffend sein. Sie steht jedoch mit dem zu beurteilenden Sachverhalt in keinem Zusammenhang, weil die Beteiligung – anders als vom Bundesgericht ausgeführt – nicht abgeschrieben worden ist, sondern zu 100 000 Fr. eingebracht und in ihrem Wert nicht verändert wurde. Völlig schleierhaft bleibt, wie unser höchstes Gericht zur Aussage kommen kann, durch eine Abschreibung einer Beteiligung in einer Holdinggesellschaft könne die Gesellschaft, an welcher die Holdinggesellschaft beteiligt ist, saniert werden! (Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die D. AG aus eigener Kraft aus der Überschuldung herausgefunden hat. Ende 1991 verzeichnete die Gesellschaft einen Bilanzverlust von 1,527 Mio. Fr.; über das Geschäftsjahr 1992 sind dem publizierten Urteil keine Angaben zu entnehmen; in den Jahren 1993 – 1996 erzielte die D. AG Gewinne von insgesamt 1,4 Mio. Fr.)

Aus diesem Bundesgerichtsurteil ist zu folgern, dass die Einbringung von Beteiligungen in eine Holdinggesellschaft nicht nur dann einkommensteuerfrei geschehen kann, wenn sich durch diese Transaktion keine Erhöhung des latent einkommensteuerfreien Substrats ergibt, sondern dass darüber hinaus eine *Einzelbetrachtung* anzustellen ist und zwar auf der Basis der Bewertung der eingebrachten Beteiligungen im Zeitpunkt der Einbringung. Eine steuerfreie sog. «Agio-Lösung» setzt somit voraus, dass mit jeder Beteiligung bei der Holdinggesellschaft maximal soviel Aktienkapital liberiert werden darf, wie das Aktienkapital der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden, beträgt. Liegt der Wert einer eingebrachten Beteiligung im Einbringungszeitpunkt unter dem Aktienkapital der entsprechenden Gesellschaft, darf im Umfang dieser Differenz bei der Holdinggesellschaft kein Aktienkapital liberiert werden.

Im vorliegenden Fall hätte somit die C. Holding AG lediglich mit 1,1 Mio. Fr. Aktienkapital ausgestattet werden dürfen. Die Beteiligten hätten Einkommensteuerfolgen nur durch Reduktion des latent einkommensteuerfreien Substrats von 2 Mio. Fr. (bei der D. AG<sup>11</sup> und bei der C. AG je 1 Mio. Fr.) um 900 000 Fr. auf 1,1 Mio. Fr. verhindern können.

Wie sich aus dem nachfolgend dargestellten Bundesgerichtsentscheid ergibt, ist damit zu rechnen, dass diese zum BdBST ergangene Rechtsprechung auch bei der Anwendung des DBG gelten wird. Dennoch sei hier der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass sich das Bundesgericht der Fragwür-

8 Vgl. BGE 93 I 722 = ASA 37 (1968/69) 43; BGE 101 Ib 44 = ASA 43 (1974/75) 588; ASA 55 (1986/87) 206 = StE 1986 B 24.4 Nr. 6 = StR 41 (1986) 93; BGE 115 Ib 238 = ASA 58 (1989/90) 689 = StE 1990 B 24.4 Nr. 22; StE 1994 B 24.4 Nr. 35; StE 1999 B 24.4 Nr. 48, 49 und 52.

9 Vgl. z.B. BGE 101 Ib 44 = ASA 43 (1974/75) 588; ASA 55 (1986/87) 206 = StE 1986 B 24.4 Nr. 6 = StR 41 (1986) 93; StE 1999 B 24.4 Nr. 52.

10 Bei der Beurteilung der latenten Steuerpflicht ist eine Zukunftsbetrachtung angezeigt.

11 Zwar hatte die D. AG im Zeitpunkt der Einbringung einen das Aktienkapital übersteigenden Bilanzverlust; dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass diese Gesellschaft latent über ein steuerfrei rückzahlbares Substrat in der Höhe ihres Aktienkapitals von 1 Mio. Fr. verfügte.

digkeit seiner Begründungsansätze bewusst wird und sich bei einer allfälligen künftigen Beurteilung eines analogen Falles mit den im vorliegenden Sachverhalt von der Vorinstanz<sup>12</sup> vorgebrachten Argumenten auseinandersetzen wird.

### 3.2 Sanierung durch Fusion<sup>13</sup>

#### Sachverhalt

Die Y. AG übernahm im Wege einer Fusion Aktiven und Passiven der X. AG. Die übernehmende Y. AG wies im Fusionszeitpunkt bei einem Aktienkapital von 50 000 Fr. einen Bilanzverlust von 425 190 Fr. auf, während die übernommene X. AG zum gleichen Zeitpunkt über offene Reserven von 380 000 Fr. und über einen Gewinnvortrag von 389 845 Fr. verfügte. Nach der Fusion betrug somit die Reserven der Y. AG 344 655 Fr.

#### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Entgegen der Vorinstanz und mit der kantonalen Verwaltung für die direkte Bundessteuer des Kantons St.Gallen erkannte das Bundesgericht auf die Erbringung einer geldwerten Leistung im Umfang der durch die Fusion bei der Y. AG resultierenden Beseitigung des Bilanzverlustes. Auf den zu beurteilenden Sachverhalt fand das DBG Anwendung.

In seiner Begründung hält das Bundesgericht fest, dass das von ihm unter dem BdBSt entwickelte «Nominalwertprinzip»<sup>14</sup> auch unter dem DBG Gültigkeit hat und dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu diesem Prinzip integral auf das DBG zu übertragen sei. Insbesondere gelte die sog. «Transponierungstheorie» bei der Einbringung von Beteiligungen in eine von den Aktionären beherrschte Gesellschaft (E 2 b). Darüber hinaus vermerkt das Bundesgericht, dass der Steuer auch Ausgleichsleistungen unterliegen, die den beteiligten Aktionären bei einer Umstrukturierung zur Herstellung des anvisierten Umtauschverhältnisses erbracht werden, und zwar insbesondere auch Nennwertzuwächse, die aus Reserven stammen, auf denen die Vermögensertragsteuer noch nicht entrichtet ist (E 2 c). Im Weiteren verweist das Bundesgericht auf das oben dargestellte Urteil zur «Verrechnung» eines «Disagios» mit einem Agio und bezeichnet jenen Fall als «ähnliche Situation» wie der hier zu beurteilende Sachverhalt; auch dort sei bei der einen Gesellschaft eine Sanierung erforderlich gewesen (E 2 d).<sup>15</sup>

Schliesslich weist das Bundesgericht darauf hin, dass sich die vorliegende Fusion einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft zulasten deren Reserven und Gewinnvorträgen nur damit erklären lasse, dass beide Gesellschaften in gleichem Masse von denselben Aktionären beherrscht waren, die durch die dadurch bewirkte Sanierung auch in gleichem Ausmass begünstigt wurden (E 2 d).

#### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Diesem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Unabhängig davon, ob man diesen Sachverhalt unter dem Aspekt der Steuerumgehung würdigt, oder ob in der Transaktion eine geldwerte Leistung erblickt wird (das Vermögen der X. AG wird an Stelle von Vermögen der Aktionäre für die Sanierung der Y. AG verwendet), sind die vom Bundesgericht angeordneten Einkommensteuerfolgen angebracht.

Bedauerlich ist, dass das Gericht in seinen Erwägungen Aussagen macht, die in keinem Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Sachverhalt stehen. Dies gilt für die Ausführungen zur sog. «Transponierung», aber ebenso für die sehr undifferenzierten Ausführungen zu den vom Bundesgericht als «Ausgleichsleistungen bei Umstrukturierungen» bezeichneten Sachverhalten (zu diesen zählt das Gericht auch Nennwertveränderungen, die sich aufgrund des Erfordernisses der relativen Gleichbehandlung der Aktionäre der übernehmenden und der übernommenen Gesellschaft ergeben). Im zu beurteilenden Sachverhalt wurden weder Beteiligungen in eine andere Gesellschaft eingebracht noch lag eine Nominalwertveränderung vor!<sup>16</sup>

Die Praxis muss (oder je nach Standpunkt: kann) zur Kenntnis nehmen, dass das Bundesgericht fest entschlossen ist, das unselige Nominal- bzw. Nennwertprinzip auch unter dem DBG kompromisslos weiterzuführen. Zu hoffen bleibt immerhin, dass die Steuerbehörden trotz des ihnen vom Bundesgericht ausgestellten «Blanko-Schecks» diesen zumindest nicht für eine Praxisverschärfung verwenden und z.B. nicht neu auch bei Quasi-Fusionen Nennwerterhöhungen und Ausgleichszahlungen bei Aktionären, welche die Beteiligungen der übernommenen Gesellschaft im Privatvermögen halten, der direkten Bundessteuer unterwerfen.<sup>17</sup>

12 Vgl. StE 2000 B 24.4 Nr. 55 E 5 und 6.

13 Urteil des Bundesgerichts vom 15. August 2000 in StR 55 (2000) 802.

14 Vgl. z.B. die in FN 9 zit. Entscheide.

15 Wie aus den Bemerkungen und Schlussfolgerungen zu dem in Ziff. 3.1. referierten Urteil hervorgeht, lag jedoch dort gerade kein Sanierungsfall vor. Vielmehr hat sich die Gesellschaft aus eigener Kraft wieder aus der Überschuldung befreit und zur Be-

seitigung der Unterbilanz beigetragen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass auf die beiden Sachverhalte unterschiedliche Erlasse (einmal der BdBSt, einmal das DBG) anwendbar waren.

16 Die Y. AG erhöhte im Rahmen der Fusion ihr Aktienkapital um 50 000 Fr., also genau im gleichen Umfang, wie bei der übernommenen X. AG Aktienkapital unterging.

17 Zur bisherigen Praxis vgl. HÖHN E. / WALDBURGER R., Band II, § 39 Rz 265 f.

### 3.3 Keine sog. «Transponierung» beim Einbringen von nicht massgeblichen Beteiligungen im zürcherischen Steuerrecht<sup>18</sup>

#### Sachverhalt

A. ist Alleinaktionär der C. AG und der D. AG (= Holdinggesellschaft). In den Jahren 1989 und 1990 tätigte A. mit der D. AG drei Verkaufsgeschäfte. Gegenstand dieser Geschäfte waren 67 Namenaktien der E. AG<sup>19</sup> sowie börsennotierte Aktien und Obligationen verschiedener Gesellschaften.

Sowohl die Steuerkommissarin als auch die Vorinstanz erkannten auf Steuerbarkeit der Differenz zwischen dem Nominalwert und dem Verkaufspreis der an die D. AG veräusserten Aktien. Das Verwaltungsgericht hiess eine Beschwerde von A. gut und stellte eine differenzierende Betrachtungsweise an.

#### Rechtliche Beurteilung durch das Verwaltungsgericht Zürich

Zunächst bestätigt das Verwaltungsgericht Zürich seine Rechtsprechung und hält fest, dass das Institut der sog. «Transponierung» in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur direkten Bundessteuer auch im zürcherischen Einkommensteuerrecht Anwendung findet (E 1 b).

Im Weiteren gelangt das Gericht jedoch zum Ergebnis, dass die «Transponierung» nur dann zu Einkommensteuerfolgen führt, wenn die Gesellschaft, in welche die Anteile an einer Kapitalgesellschaft eingebracht werden (Nachfolgend: «Obergesellschaft»), einen substantiellen Einfluss auf die Dividendenpolitik der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden (Nachfolgend: «Untergesellschaft»), ausüben kann. Ein solcher substantieller Einfluss liege in der Regel dann vor, wenn eine massgebliche Beteiligung i.S.v. § 50 Abs. 2 aStG (mindestens 20 % am Grund- oder Stammkapital oder Verkehrswert von mindestens 2 Millionen Franken) eingebracht werde (E 2 a und b).

Das Einbringen einer massgeblichen Beteiligung im Sinne der Regelung über den Beteiligungsabzug führt jedoch nach dieser Rechtsprechung nicht zwingend zur *Anwendung des Instituts der sog. «Transponierung»*. Entscheidend ist die Frage, ob die eingebrachte Beteiligung einen massgeblichen Einfluss auf die Dividendenpolitik der Untergesellschaft vermittelt. Das Vorliegen einer massgeblichen Beteiligung i.S.v. § 50 Abs. 2 aStG begründet jedoch

eine entsprechende Vermutung. Das Verwaltungsgericht hat deshalb die Beschwerde von A. bezüglich der börsennotierten Aktien gutgeheissen und bezüglich der eingebrachten 67 Namenaktien der E. AG zur weiteren Untersuchung, ob diese Beteiligung von 33,5 % am Gesellschaftskapital der E. AG einen massgeblichen Einfluss auf die Dividendenpolitik vermittelt, an die Vorinstanz zurückgewiesen (E 2 c).

#### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Anders als das Bundesgericht<sup>20</sup> hat das Verwaltungsgericht Zürich darauf erkannt, dass die Tatsache, dass die Gerichtsbehörden die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine vom Einbringenden beherrschte Gesellschaft nicht als echtes Veräusserungsgeschäft, sondern als «Umstrukturierungs-» bzw. «konzernrechtliches Verfügungsgeschäft» qualifizieren, nicht automatisch zu Einkommensteuerfolgen führt, wenn der Einbringende einen höheren Nominalwert an der übernehmenden Gesellschaft oder eine andere Gegenleistung, die den Nominalwert der übertragenen Anteile übersteigt, erhält.

Die Einkommensteuerpflicht setzt voraus, dass ein massgeblicher Einfluss auf die Dividendenpolitik derjenigen Gesellschaft ausgeübt werden kann, deren Beteiligungsrechte eingebracht wurden.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Zürich müssen die Anteilsinhaber m.a.W. überhaupt die Möglichkeit haben, den bei der Figur der sog. «Transponierung» unterstellten Plan der Steuerersparnis:

- a) ganze oder teilweise Entleerung der Untergesellschaft,
- b) steuerfreie Rückführung der Mittel an die Anteilsinhaber durch die Obergesellschaft mittels Darlehensrückzahlung oder Nennwertherabsetzung

zu verwirklichen.

Im Sinne einer «safe-havenrule» können nach dieser Rechtsprechung nicht massgebliche Beteiligungen (Anteile von weniger als 20 % des Grund- oder Stammkapitals an einer Kapitalgesellschaft oder mit einem Verkehrswert von weniger als 2 Mio. Fr.) in jedem Fall ohne Einkommensteuerfolgen auf eine beherrschte Gesellschaft übertragen werden. (Vorbehalten bleibt der Tatbestand der Aufteilung einer massgeblichen Beteiligung in Pakete, die dann zu verschiedenen Zeitpunkten eingebracht werden.) Bei der Übertragung von massgeblichen Beteiligungen besteht die – durch

18 Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 5. Juli 2000 in StE 2001 B 24.4 Nr. 56.

19 Die Sachverhaltsdarstellung wird vom publizierten Urteil übernommen, obwohl Zweifel darüber bestehen, ob es sich um Anteile der E. AG oder um solche der C. AG handelte. Wäre

die publizierte Sachverhaltsdarstellung korrekt, würde sich die Frage stellen, weshalb die C. AG Erwähnung findet, wird diese doch im Entscheid überhaupt nicht mehr erwähnt.

20 Vgl. StE 1999 B 24.4 Nr. 48 = ASA 68 (1999/2000) 422 und die harsche Kritik an diesem Urteil von Duss M., ST 2001, 79 ff.

die einbringende Person widerlegbare – Vermutung, dass ein substantieller Einfluss auf die Dividendenpolitik der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden, besteht. Das Gericht gibt keine Anhaltspunkte dafür, welches die Kriterien sind, an denen das Merkmal des «substantiellen» Einflusses auf die Dividendenpolitik zu messen ist. Dem Urteil kann immerhin entnommen werden, dass bei einer Beteiligung von 33,5 % am Grund- oder Stammkapital dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit zum Nachweis, dass ein solcher substantieller Einfluss nicht gegeben ist, offen steht (E 2 c).

Das vorliegende Urteil ist als Schritt in die richtige Richtung zu begrüssen. Die Veränderung der latenten Einkommensteuerpflicht alleine gibt nicht unbesehen um die weiteren Umstände des zu beurteilenden Falles Anlass zur Einkommensbesteuerung. Die Beteiligten müssen zumindest die Möglichkeit haben, die latente in eine tatsächliche Steuerersparnis umzusetzen. Dennoch bleibt auch das Verwaltungsgericht Zürich «auf halbem Weg stehen». Mutig und aus einkommensteuerrechtlicher Sicht wegweisend wäre ein Entscheid gewesen, der sich vom Anknüpfen von Steuerfolgen an lediglich latente Einkommensteuerersparnisse und damit an blosse Fiktionen über künftiges Verhalten der Beteiligten gelöst hätte und Einkommensteuerfolgen nur dann Platz greifen liesse, wenn die Beteiligten *tatsächlich* durch eine ganze oder teilweise Entleerung der Untergesellschaft und anschliessender steuerfreier Rückführung der aus der Entleerung stammenden Mittel durch die Obergesellschaft an die beteiligten natürlichen Personen eine Steuerersparnis erzielt haben. Des von der Lehre geforderten, vom Bundesgericht jedoch abgelehnten Rückgriffs auf das Institut der «Steuerumgehung» bedürfte es dabei nicht. Die Einkommensteuerfolgen liessen sich an die blosse Tatsache der tatsächlichen Steuerersparnis anknüpfen.

Damit wäre der Abgang der unter dem Aspekt des Legalitätssprinzips weiterhin höchst problematischen Figur der sog. «Transponierung» von der schweizerischen Steuerrechtsbühne vollzogen worden.

#### 4 Abgrenzung steuerfreier Kapitaleinlagen bei der Emission von steuerbaren Kapitalgewinnen aus der Veräusserung von Aktien<sup>21</sup>

Das Bundesgericht hat es als nicht willkürlich bezeichnet, die Differenz zwischen dem Nominalwert und dem Veräus-

serungspreis von Vorratsaktien, die zunächst für eine Wandelanleihe bereitgestellt wurden, jedoch mangels Wandlung durch die Obligationen gläubiger anderweitig verwendet werden, als Kapitalgewinn zu qualifizieren und bei der Gesellschaft der kantonalen Gewinnsteuer zu unterwerfen. Das Bundesgericht hat damit eine unterschiedliche Betrachtungsweise für die Kantons- und Gemeindesteuern und die Praxis zur direkten Bundessteuer und seiner Rechtsprechung zur Emissionsabgabe<sup>22</sup> toleriert.

Zur Würdigung dieses Entscheids vgl. den Beitrag «Kapitaleinlagen und Kapitalgewinne bei Vorratsaktien» von TH. MEISTER auf Seite 129 ff. in dieser Ausgabe.

## 5 Steuerfolgen von Kapitaleistungen

### 5.1 Definition der «Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen» im Recht der direkten Bundessteuer<sup>23</sup>

#### Sachverhalt

X. leidet an einer Berufskrankheit. Am 27. März 1995 schloss er mit der SUVA einen Vergleich, aus dem sich ergibt, dass X. seit dem 3. Mai 1982 zu 50 % und seit dem 1. September 1989 zu 100 % invalid ist. Die SUVA verpflichtete sich unter anderem zur Nachzahlung von Rentenleistungen im Betrag von 328 908 Fr. für die Zeit bis zum 31. Dezember 1994.

Die Steuerverwaltung des Kantons Basel-Stadt und die Vorinstanz sowie die Eidg. Steuerverwaltung stellten sich auf den Standpunkt, bei der Einmalzahlung der SUVA handle es sich gemäss DBG 23 I b um ordentlich zu versteuerndes Einkommen. X. machte geltend, es handle sich bei dieser Zahlung um eine Kapitalleistung aus Vorsorge gemäss DBG 38; eventualiter sei die Zahlung nach DBG 37 in Analogie zur Praxis bei den Lidlöhnen zu besteuern. Das Bundesgericht qualifizierte die Zahlung als Kapitalabfindung für wiederkehrende Leistungen gemäss DBG 37.

#### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass nur dann eine Kapitalleistung aus Vorsorge gemäss DBG 38 vorliegen kann, wenn eine Zahlung sämtliche Ansprüche aus einem Vorsorge- oder Versicherungsverhältnis abgilt, während bei einer Nachzahlung aufgelaufener Renten, die ordentlicherweise periodisch hätten ausgerichtet werden müssen, eine Subsumtion unter diese Norm ausgeschlossen ist (E 2).

21 Entscheid des Bundesgerichts vom 17. März 2000 in StE 2000 B 72.13.1 Nr. 2.

22 Vgl. ASA 52 (1983/84) 158.

23 Bundesgerichtsentscheid vom 5. Oktober 2000 in StE 2001 B 29.2 Nr. 7 = StR 56 (2001) 23.

Im Weiteren setzt sich das Gericht mit der bisherigen Praxis (zum BdBSt) auseinander, wonach die Besteuerung zum sog. «Rentensatz» bzw. die Verteilung einer Kapitalleistung auf verschiedene Perioden zur Festlegung des Steuersatzes (mit Ausnahme des Lidlohns<sup>24</sup> und Einmalleistungen für die Einräumung eines Baurechts<sup>25</sup>) nur dann geboten ist, wenn eine Kapitalleistung für künftige Leistungen ausgerichtet wird, welche die Tilgung einer den periodischen Leistungen zugrunde liegenden Stammschuld zur Folge hat (E 3 a).

Diese Praxis bildete denn auch die Grundlage für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts durch die Steuerbehörden und die Vorinstanz. Diese verweigerten die Progressionsglättung mit der Argumentation, einerseits diene die Zahlung der SUVA der Abgeltung vergangener Ansprüche und andererseits werde durch die Zahlung die Stammschuld nicht getilgt; vielmehr stünde X. auch für die Zeit nach dem 31. Dezember 1994 ein Anspruch auf Rentenleistungen der SUVA zu.

Das Bundesgericht entscheidet jedoch, dass die Praxis zu Art. 40 BdBSt weder zu überzeugen noch zu befriedigen vermöge und unter dem DBG nicht mehr weitergeführt werden könne. Eine – auch progressionsmässige – ordentliche Besteuerung eines aperiodischen Einkommensteuerbestandteils trage dem Erfordernis der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht Rechnung und führe zu einer (steuersatzbedingten) Überbesteuerung. Hier könne DBG 37 auch dann korrigierend eingreifen, wenn mit einer Einmalzahlung aufgelaufene, d.h. in der Vergangenheit begründete Teilleistungen abgegolten werden (E 4 c).

Diesen Grundsatz schränkt das Bundesgericht in der Folge jedoch insofern ein, als die Steuersatzfestlegung nur dann gemäss DBG 37 erfolgen kann, wenn dem Wesen der betreffenden Leistungen entsprechend ordentlicherweise eine periodische Ausrichtung vorgesehen wäre und diese *ohne Zutun des Steuerpflichtigen* unterblieben ist.

Nach diesem Grundsatz wäre gemäss Aussagen des Bundesgerichts bei zunächst unbezahlt gebliebenen Unterhaltsleistungen (ZGB 152) oder bei Lohnnachzahlungen, die sich auf BV 8 III stützen, eine Glättung der Progression möglich, hingegen nicht für stille Reserven und für Einmalzinsleistungen, welche sich auf entsprechende Vereinbarungen zwischen den Parteien stützen (E 4 c). Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Praxis der Steuerbehörden im Bereich des Lidlohns, ohne zu die-

ser Stellung zu nehmen. Keine Erwähnung im Entscheid findet die Praxis der Steuerbehörden, bei Einmalentschädigungen für die Einräumung eines Baurechts ebenfalls DBG 37 anzuwenden.<sup>26</sup>

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Dieses Urteil des Bundesgerichts stellt einen Fortschritt dar, indem es dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in einem Teilbereich zum Durchbruch verhilft. Das Urteil schafft Klarheit für jene Fälle, bei denen ohne Zutun des Steuerpflichtigen Leistungen, die an sich periodisch fliessen müssten, in Form einer Einmalzahlung geleistet werden. Solche Leistungen geben Anspruch auf eine Tarifkorrektur, unabhängig davon, ob mit diesen Einmalzahlungen vergangene oder zukünftige Ansprüche abgegolten werden.

Das Gericht bleibt jedoch eine überzeugende Begründung dafür schuldig, weshalb dem Merkmal der Aperiodizität bei der Ermittlung des Steuersatzes nur Rechnung getragen werden kann – und damit dem Erfordernis der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum Durchbruch verholfen wird –, wenn dem Steuerpflichtigen Teilleistungen zunächst vorenthalten werden und zu einem späteren Zeitpunkt (idR durch Urteil, Vergleich oder im Rahmen von betriebsrechtlichen Inkassomassnahmen) in einem Gesamtbetrag zufließen.

Der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sollte bei allen Kapitalleistungen für wiederkehrende Leistungen durchgesetzt werden und nicht nur dort, wo solche Kapitalleistungen gegen den Willen der Steuerpflichtigen ausgerichtet werden und wo sie in der Folge durch einen Verstoß gegen ein verfassungsrechtliches Prinzip steuerlich «bestraft» würden (E 4 c).

Die Referenz des Bundesgerichts auf die Problematik des Steuersatzes bei der Realisierung stiller Reserven vermag zur Begründung der vorgenommenen Einschränkung der Anwendung von DBG 37 nichts beizutragen. Wie schon BAUMGARTNER<sup>27</sup> zutreffend festgestellt hat, stellen Zuflüsse aus der Realisierung stiller Reserven keine Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen dar und könnten auch dann nicht unter DBG 37 subsumiert werden, wenn das Merkmal des fehlenden Zutuns des Steuerpflichtigen zur aperiodischen Leistung nicht aufgestellt würde.

Hingewiesen sei auf die Praxis der Steuerrekurskommission des Kantons Zürich,<sup>28</sup> welche für das kantonale Recht

24 Vgl. Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung Nr. 4 vom 30.4.1980, ASA 48 (1979/80) 641.

25 Vgl. AGNER P./JUNG B./STEINMANN G., Art. 21 N 4.

26 Vgl. AGNER P./JUNG B./STEINMANN G., Art. 21 N 4.

27 BAUMGARTNER I., Art. 37 N 9.

28 Vgl. z.B. StE 1989 B 24.3 Nr. 3.

dem Merkmal des Zutuns des Steuerpflichtigen keine Bedeutung beigemessen hat und auch Zahlungen für «Discount-Bonds» als «Kapitalabfindungen für wiederkehrende Leistungen» anerkannt hat. (Mit den im vorliegenden Urteil aufgestellten Grundsätzen hat das Bundesgericht implizite die in dieser Frage abweichende Position der Eidg. Steuerverwaltung<sup>29</sup> abgesegnet.)

Unklarheit besteht nach diesem Urteil über die Behandlung der Einmalzahlungen für die Einräumung eines Baurechts für Grundstücke im Privatvermögen. Würden die bundesgerichtlichen Kriterien auf diesen Sachverhalt angewendet, könnte die heute geltende Praxis<sup>30</sup> der analogen Anwendung von DBG 37 auf diese Zahlungen nicht mehr weitergeführt werden. Es bleibt abzuwarten, ob diese Konsequenz tatsächlich gezogen wird.

## 5.2 Zeitpunkt der Fälligkeit von Kapitalleistungen aus beruflicher Vorsorge

### Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>31</sup>

#### Sachverhalt

C. war bis und mit dem 30. Juni 1997 bei der X. AG angestellt. Auf den 1. Juli 1997 hat er von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich frühzeitig pensionieren zu lassen. Am 1. Juli 1997 überwies ihm zwei Vorsorgeeinrichtungen eine Kapitalleistung von insgesamt 732 371 Fr. zur (teilweisen) Abgeltung von Ansprüchen aus der beruflichen Vorsorge. Als C. für die X. AG tätig war, wohnte er in Rheinfelden, Kanton Aargau. Auf den 1. Juli 1997 wechselte er seinen Wohnsitz nach Schaffhausen.

Sowohl der Kanton Schaffhausen als auch der Kanton Aargau beanspruchten das Besteuerungsrecht für diese Kapitalleistungen. Der Steuerpflichtige erhob staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht wegen Verstoß gegen das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (aBV 46 II; BV 127 III). Das Bundesgericht wies das Besteuerungsrecht dem Kanton Schaffhausen zu.

#### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Zunächst stellt das Bundesgericht fest, dass die Tatsache und der Zeitpunkt des Wohnsitzwechsels unstreitig sind (E 2 b). Im Weiteren hat das Bundesgericht entschieden,

dass das Besteuerungsrecht für Kapitalleistungen aus beruflicher Vorsorge – gleich wie für entsprechende Renten – dem Wohnsitzkanton zusteht (E 2 c).

Aus diesen beiden Vorentscheiden ergab sich, dass für die Frage des Besteuerungsrechts der Kapitalleistung im interkantonalen Verhältnis der Zeitpunkt der Steuerbarkeit dieser Leistung ausschlaggebend war.

Zu dieser Frage wurden dem Bundesgericht drei Standpunkte vorgetragen: Nach Auffassung des Kantons Aargau war die Fälligkeit des Anspruchs massgebend, wobei diese am letzten Arbeitstag eintrete. Auch der beschwerdeführende C. plädierte auf Abstellen auf die Fälligkeit; diese sei jedoch erst am ersten Tag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Der Kanton Schaffhausen schliesslich war der Auffassung, massgeblich sei das Datum der effektiven Auszahlung des Alterskapitals.

Das Bundesgericht lässt die Frage offen, ob auf den Zeitpunkt der Fälligkeit oder auf jenen der Auszahlung der Kapitalleistung abzustellen sei<sup>32</sup> (weil im vorliegenden Fall beide Betrachtungsweisen zum gleichen Resultat führen) und weist das Besteuerungsrecht mit folgender Begründung dem Kanton Schaffhausen zu:

Vorsorgeleistungen seien nur dann geschuldet, wenn das Versicherungsverhältnis vollständig beendet sei, ohne dass ein anderes versichertes Ereignis (Tod oder Invalidität) eingetreten ist (E 3 b). Am letzten Arbeitstag dauere das Versicherungsverhältnis noch an. Auch an diesem Tag könne noch ein anderes versichertes Ereignis eintreten und deshalb könne die Fälligkeit der Kapitalleistung aus Vorsorge nicht am letzten Arbeitstag, sondern frühestens am ersten Tag nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses gegeben sein.

Bei diesem Auslegungsergebnis fielen im zu entscheidenden Sachverhalt Auszahlungs- und Fälligkeitstag zusammen, und die Frage, welches dieser beiden Ereignisse für die Einkommensrealisierung massgeblich sei, stellte sich nicht mehr (E 4 a).

### Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich<sup>33</sup>

#### Sachverhalt

A. B. war bis am 30. November 1994 bei der Firma Q. angestellt. Er wurde auf diesen Zeitpunkt im Alter von 55 Jah-

29 Vgl. Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung Nr. 4 vom 12.4.1999, ASA 68 (1999/2000) 21, Ziff. 3.1.

30 Vgl. AGNER P. / JUNG B. / STEINMANN G., Art. 21 N 4.

31 Urteil des Bundesgerichts vom 3. März 2000 in StE 2001 A 24.35 Nr. 2 = StR 55 (2000) 505.

32 Die von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung, aus BVG 84, welcher bestimmt, dass Ansprüche aus beruflicher

Vorsorge vor ihrer Fälligkeit steuerbefreit sind, sei abzuleiten, die Steuerpflicht für die Kapitalleistung trete im Zeitpunkt der Fälligkeit ein, wurde vom Bundesgericht zurückgewiesen (E 3 a).

33 Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 19. April 2000 in StE 2001 B 21.2 Nr. 13.



ren pensioniert und gab seine Erwerbstätigkeit auf. Am 16. Dezember 1994 wurde ihm von der Versicherungseinrichtung des Personals der Firma Q. eine Kapitalleistung ausgerichtet. Vor Verwaltungsgericht war nicht mehr strittig, dass A.B. seit dem 1. Dezember 1994 und damit im Zeitpunkt der Auszahlung der Kapitalleistung seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben und in den USA einen neuen Wohnsitz begründet hatte.

Der Steuerpflichtige stellte sich auf den Standpunkt, massgeblicher Zeitpunkt sei jener der Auszahlung, während die Vorinstanz auf die Fälligkeit der Kapitalleistung abstellte. [Anders als im vorstehend beschriebenen Urteil fielen im vorliegenden Fall der Zeitpunkt der Wohnsitzverlegung und jener der Auszahlung auseinander. Der Steuerpflichtige machte nicht (im Rahmen eines Eventualantrags) geltend, beim Abstellen auf die Fälligkeit sei nicht auf den letzten Tag des Arbeitsverhältnisses, sondern auf den darauffolgenden Tag abzustellen.]

### Rechtliche Beurteilung durch das Verwaltungsgericht Zürich

Das Verwaltungsgericht stellt zunächst fest, dass das Gesetz keine Auskunft darüber gebe, wann Einkünfte im Sinn von § 19 aStG dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind, weshalb auf die allgemeinen Grundsätze der Einkommensrealisierung abzustellen sei. Massgeblich sei der Zeitpunkt, in dem der Steuerpflichtige einen festen Rechtsanspruch erworben habe, es sei denn, die Erfüllung des Anspruchs sei besonders unsicher. Im letzteren Fall sei auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Erfüllung abzustellen (E 2 c).

Für den Zeitpunkt des Zuflusses von Kapitalleistungen nahm das Gericht die folgende Differenzierung vor: Bei Kapitalleistungen, die bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ausnahmsweise *ohne Eintritt des Vorsorgefalls* (d.h. idR bei endgültiger Ausreise aus der Schweiz oder bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit) aufgrund eines Barauszahlungsbegehrens geleistet werden, ist auf den *Auszahlungszeitpunkt* abzustellen. Bei Kapitalleistungen, die im *Versicherungsfall* (hier: Erreichen des reglementarischen Schlussalters) zur Auszahlung gelangen, ist auf den *Zeitpunkt der Fälligkeit* abzustellen, weil bei diesen Leistungen die in der bisherigen Rechtsprechung und von der Lehre geforderte Sicherheit der Forderung gegeben ist (E 2 d).

Massgeblich für diese unterschiedlichen Auszahlungszeitpunkte ist nach Auffassung des Gerichts der Umstand, dass bei vor Eintritt des Vorsorgefalls gestellten Barauszahlungsbegehren der Anspruch auf die Kapitalleistung deshalb noch unsicher ist, weil die Vorsorgeeinrichtung verpflichtet ist, eine materielle Prüfung der Berechtigung dieses Begehrens im Hinblick auf das Vorliegen der Ausnahmetatbestände (idR endgültige Abreise aus der Schweiz bzw. Aufnahme ei-

ner selbständigen Erwerbstätigkeit) vorzunehmen. Infolge unklarer Beweislage und vermuteter Missbräuche müssten häufig Barauszahlungsbegehren zurückgewiesen werden. Die steuerrechtlich erforderliche Sicherheit des Anspruchs sei deshalb im Zeitpunkt der Stellung des Barauszahlungsbegehrens nicht gegeben, sodass sich ein Zuwarten mit der Besteuerung bis zur tatsächlichen Auszahlung rechtfertige. Anders sei jedoch die Rechtslage beim Erreichen des gesetzlichen oder statutarischen Schlussalters, wo keine weiteren Voraussetzungen mehr geprüft werden und deshalb die für die Einkommensrealisierung notwendige Sicherheit unabhängig vom Auszahlungsdatum gegeben sei. Im Weiteren legt das Gericht dar, dass die reglementarische Vorschrift, wonach nur dann eine Kapitalleistung erbracht wird, wenn der Versicherte diese verlangt (sonst werden die Ansprüche in Rentenform abgegolten), nicht ein Unsicherheitselement beinhaltet, das einen Aufschub des Zeitpunkts der Einkommensrealisierung bis zur tatsächlichen Auszahlung rechtfertigen würde. Das Gericht führt sodann aus, dass die Fälligkeit bei der Pensionierung am 30. November 1994 eingetreten sei (E 2 d in fine).

Das Gericht gelangt deshalb zum Ergebnis, dass A.B. das Einkommen aus der Kapitalleistung vor seinem Wohnsitzwechsel in die USA realisiert habe und dass dieses deshalb im Rahmen einer ausserordentlichen Haupteinschätzung zu besteuern und nicht allenfalls der Quellenbesteuerung zugeführt werden müsse (E 2 f).

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Beide Urteile zum Zeitpunkt der Steuerbarkeit von Vorsorgeleistungen sind überzeugend.

Für die Praxis der Kantons- und Gemeindesteuern im Kanton Zürich ist zu unterscheiden zwischen Kapitalleistungen, welche – ausserordentlicherweise – vor, und solchen, die ordentlich nach Erreichen des Schlussalters ausgerichtet werden. Erstere werden erst im Zeitpunkt der Auszahlung, letztere bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit besteuert.

Nur das Bundesgericht musste sich vertieft mit der Frage auseinandersetzen, wann die Fälligkeit einer Kapitalleistung, die infolge der Erreichung des Schlussalters ausgerichtet wird, eintritt. Es hat mit überzeugenden Gründen darauf erkannt, dass dies der Tag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und nicht der letzte Arbeitstag ist.

Aufgrund der unterschiedlichen Sachverhalte und Vorbringen der Beteiligten<sup>34</sup> waren die Rechtsfragen, zu deren Beantwortung die beiden Gerichte gezwungen waren, teilwei-

34 Der per 1. Dezember 1994 nach den USA weggezogene Steuerpflichtige machte nicht eventualiter geltend, die Fälligkeit der Kapitalleistung sei für den Besteuerungszeitpunkt massgeblich, und diese sei nicht schon am 30. November 1994, sondern erst am 1. Dezember 1994 eingetreten.

se unterschiedlich. Dies ist bei der Würdigung der präjudiziellen Wirkung dieser Urteile zu berücksichtigen.

Beim vom Bundesgericht beurteilten Fall war zunächst zu entscheiden, wann die Fälligkeit der Kapitalleistung eingetreten ist. Nachdem der Fälligkeitszeitpunkt auf den Tag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgelegt wurde, konnte das Gericht die Frage offen lassen, ob der Fälligkeitstag oder der Auszahlungstag massgeblich sei, weil die beiden Zeitpunkte im zu beurteilenden Sachverhalt identisch waren. Demgegenüber stand für das Verwaltungsgericht Zürich die Frage im Vordergrund, ob auf den Zeitpunkt der Fälligkeit oder auf jenen der Auszahlung abgestellt werden muss, weil diese Zeitpunkte in rechtserheblicher Weise auseinanderfielen.

Das Urteil des Bundesgerichts ist nur knapp 1½ Monate vor jenem des Verwaltungsgerichts Zürich ergangen. Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass das Verwaltungsgericht Zürich im Zeitpunkt seiner Entscheidung noch keine Kenntnis von den vertieften Überlegungen des Bundesgerichts zum Zeitpunkt des Eintretens der Fälligkeit hatte. Es hat sich denn auch mangels Vorbringen des Steuerpflichtigen mit der Frage, ob das Einkommen bereits am letzten Tag des Arbeitsverhältnisses oder erst am darauf folgenden Tag realisiert worden ist, in keiner Weise auseinandergesetzt.

Vor diesem Hintergrund gehen wir nicht davon aus, dass das Verwaltungsgericht Zürich in der vom Bundesgericht entschiedenen Rechtsfrage bewusst eine Differenz zu unserem höchsten Gericht schaffen wollte und messen diesem Urteil für die Frage, ob die Fälligkeit für Kapitalleistungen vor dem ersten Tag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintreten kann, nur eine eingeschränkte präjudizielle Bedeutung zu.<sup>35</sup>

## 6 Anfechtbare Feststellungsverfügungen über Steuerfolgen von noch nicht verwirklichten Sachverhalten bei der direkten Bundessteuer?<sup>36</sup>

### Sachverhalt

Die A. AG ersuchte am 30. November 1998 die Kantonale Steuerverwaltung Graubünden um eine Feststellungsverfügung zu DBG 207. Mit Verfügung vom 13. Dezember 1998

trat diese auf das Gesuch ein, wies es jedoch, gleich wie in der Folge die Einsprache, aus materiellen Gründen (die Voraussetzungen für eine privilegierte Liquidation seien nicht gegeben) ab. Eine gegen den in der Sache ablehnenden Entscheid erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht Graubünden am 17. Februar 1999 gut und entschied auf das Vorliegen der Voraussetzungen für eine privilegierte Liquidation. Gegen diesen Entscheid erhob die Eidg. Steuerverwaltung am 12. Mai 1999 Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Hauptantrag, die Vorentscheide seien aufzuheben, weil darüber erst im Veranlagungsverfahren entschieden werden könne.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht hat entschieden, dass im vorliegenden Fall keine Feststellungsverfügung hätte ergehen dürfen und es hob das Urteil des Verwaltungsgerichts, den anders lautenden Einspracheentscheid und auch die ursprüngliche Verfügung der kantonalen Steuerverwaltung auf. Die steuerpflichtige Gesellschaft hätte sich mit einer gewöhnlichen Auskunft begnügen müssen. Über die sich stellende Rechtsfrage hätte erst im Veranlagungsverfahren (d.h. nach verwirklichtem Sachverhalt) durch eine anfechtbare Verfügung befunden werden dürfen (E 3 e und f).

Zunächst gibt das Bundesgericht die zur Frage des Anspruchs von anfechtbaren Feststellungsverfügungen über noch nicht verwirklichte Sachverhalte bei der direkten Bundessteuer<sup>37</sup> kontroversen Literaturmeinungen wieder und stellt im Weiteren fest, dass die Verwaltungspraxis den Feststellungsverfügungen überwiegend ablehnend gegenüber steht. Sodann weist das Bundesgericht auf seine in der Vergangenheit geübte, zurückhaltende Praxis hin und es entscheidet, dass eine zurückhaltende Praxis weiterhin geboten ist (E 3 d und e).

Diese Zurückhaltung wird im Kontext des Urteils sehr stark betont. Das Gericht verweist darauf, dass es bisher grundsätzlich nur Feststellungsentscheide zur Abklärung der subjektiven Steuerpflicht und des Veranlagungsorts zugelassen hat. Daraus wird der Grundsatz abgeleitet, dass ein anfechtbarer Vorbescheid nur dann zulässig sei, wenn die Frage nicht im ordentlichen Veranlagungsverfahren entschieden werden könne (E 3 d).

Starkes Gewicht misst das Bundesgericht der Möglichkeit der Steuerpflichtigen, bei den Steuerverwaltungen verbindliche Auskünfte zu verlangen, zu und weist darauf hin, dass

35 Einen anderen Akzent setzt der Redaktor des «Steuerentscheids» in der Einleitung zu StE B 21.2 Nr. 13, der darauf hinweist, dass diesbezügliche Unterschiede zwischen dem Bundesgericht und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich geschaffen worden sind.

36 BGE 126 II 514 = StE 2001 B 93.1 Nr. 6.

37 Bei den im Selbstveranlagungsverfahren erhobenen übrigen Bundessteuern ist – anders als bei der direkten Bundessteuer – der Anspruch der Steuerpflichtigen auf eine anfechtbare Feststellungsverfügung gesetzlich festgeschrieben (vgl. VStG 41 (Steuererhebung), StG 38, MWSTG 63 I f).

solche Auskünfte nach den allgemein anerkannten Grundsätzen von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes Rechtsfolgen gegenüber den Behörden auslösen. Mit diesem Institut könne den berechtigten Interessen der Steuerpflichtigen nach Vorhersehbarkeit der Steuerfolgen geplanter Sachverhalte Rechnung getragen werden. Es solle hingegen verhindert werden, dass (durch eine Ausdehnung des Anspruchs auf anfechtbare Feststellungsverfügungen) «... der Steuerjustiz die Funktion des Rechtsberaters aufgezwungen werde» (E 3 e).

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Das Bundesgericht hat im vergangenen Jahr im Bereich der direkten Bundessteuer für die Praxis sehr bedeutsame Regeln für die Voraussehbarkeit der steuerlichen Beurteilung noch nicht verwirklichter Sachverhalte aufgestellt und dabei bisher offen gelassene und umstrittene Fragen entschieden. Diese Regeln beschlagen nicht nur den Bereich der Feststellungsverfügungen, sondern auch jenen der verbindlichen Auskünfte. Diese Regeln können (unter Berücksichtigung der früheren Rechtsprechung) wie folgt zusammengefasst werden:

1. Es besteht ein Anspruch auf Rechtsauskünfte durch die zuständige Behörde.
2. Einzig zuständige Behörde ist die kantonale Verwaltung für die direkte Bundessteuer. Die Eidg. Steuerverwaltung kann mangels Zuständigkeit keine verbindlichen Auskünfte erteilen.<sup>38</sup>
3. Auch zum Erlass von Feststellungsverfügungen sind grundsätzlich (Ausnahme vgl. nachstehend Ziff. 5) die kantonalen Verwaltungen für die direkte Bundessteuer zuständig.
4. Feststellungsverfügungen sind nur zur Abklärung der subjektiven Steuerpflicht (in grundsätzlicher und örtlicher Hinsicht) zulässig. Ein Vorbescheid ist hingegen unzulässig, wenn die sich stellende Frage im Veranlagungsverfahren entschieden werden kann.<sup>39</sup>
5. Die einzige Ausnahme bezüglich Zuständigkeit und Anwendungsbereich von anfechtbaren Feststellungsverfügungen besteht im Bereich der Anerkennung von Instrumenten der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a). Dort liegt die Kompetenz bei der Eidg. Steuerverwaltung. Diese Behörde ist berechtigt und verpflichtet, entsprechende Verfügungen zu erlassen.<sup>40</sup>

Der direkten Bundessteuer kommt im Vergleich mit den übrigen Bundessteuern (Mehrwertsteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben) eine Sonderstellung sowohl hinsichtlich der Kompetenz als auch hinsichtlich der Möglichkeit, anfechtbare Verfügungen zu erlassen, zu.

Während bei den übrigen Bundessteuern sowohl ein Anspruch auf verbindliche Rechtsauskünfte als auch auf anfechtbare Feststellungsverfügungen (auf letztere gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung)<sup>41</sup> besteht und die Zuständigkeit bei der Eidg. Steuerverwaltung liegt, ist der Anwendungsbereich für Feststellungsverfügungen bei der direkten Bundessteuer wesentlich enger und die Kompetenzordnung insoweit unterschiedlich, als – mit Ausnahme des Bereichs der Säule 3a – der Eidg. Steuerverwaltung keine Kompetenzen zu ändern rechtsverbindlichen Handlungen als die Ergreifung von Rechtsmitteln im Einzelfall zustehen.

Diese unterschiedliche Kompetenzordnung ist eine konsequente Umsetzung der unterschiedlichen Funktionen der Eidg. Steuerverwaltung. Während diese Behörde bei den übrigen Bundessteuern Vollzugsbehörde ist,<sup>42</sup> kommt ihr bei der direkten Bundessteuer lediglich die Funktion einer Aufsichtsbehörde gegenüber den für die Veranlagung zuständigen Steuerbehörden zu.

Von der Sache her schwieriger zu rechtfertigen ist die unterschiedliche Rechtslage bei den Bundessteuern hinsichtlich der Möglichkeit, anfechtbare Verfügungen über geplante Sachverhalte zu erhalten. Aus den unterschiedlichen Verfahren (gemischtes Veranlagungsverfahren bei der direkten Bundessteuer, Selbstveranlagungsverfahren bei den übrigen Bundessteuern) folgt u.E. diese unterschiedliche Ordnung jedenfalls nicht zwingend.

Die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns – hier von Steuerfolgen – ist nicht nur ein rechtsstaatliches Prinzip, sondern sie stellt auch ein wesentliches Merkmal der Attraktivität eines Landes im internationalen Standortwettbewerb um Unternehmen und um natürliche Personen als Steuerzahler dar. Der Verweis des Bundesgerichts auf die Möglichkeit, eine verbindliche Rechtsauskunft der Steuerbehörden zu erhalten, ist für die Steuerpflichtigen ein «schwacher Trost». Sind sie nämlich der Auffassung, diese Auskunft sei nicht gesetzmässig, haben sie nur zwei Möglichkeiten: Sie können entweder von einer u.U. betriebs-

38 Diese in der Praxis nicht überall bekannte Tatsache hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 17. März 2000 unmissverständlich bestätigt: «Zu einer Aussage über die direkte Bundessteuer war die Eidgenössische Steuerverwaltung nicht zuständig, da sie nicht Veranlagungsbehörde ist (StE 2000 B 72.13.1 E 2 b ee).»

39 Diese Frage wurde im Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 1995 (StE 1996 B 93.1 Nr. 2) noch offengelassen.

40 Vgl. BGE 124 II 383 = StE 1999 B 93.1 Nr. 5.

41 Bei der Verrechnungssteuer beschränkt auf die Steuererhebung (vgl. VStG 41).

42 Ausnahme: Rückerstattung der Verrechnungssteuer an natürliche Personen gemäss VStG 30.

wirtschaftlich sinnvollen Transaktion absehen oder den Sachverhalt trotzdem verwirklichen und die strittige Rechtsfrage im Veranlagungs- und allenfalls im anschließenden Rechtsmittelverfahren klären lassen. Je nach der Bedeutung des Prozessrisikos werden sie sich häufig für die erste Variante entscheiden und damit suboptimale betriebswirtschaftliche Entscheidungen, die je nach Situation auch volkswirtschaftlich negative Auswirkungen haben können, treffen. Diese durch das Bundesgericht bewirkte unbefriedigende Situation wird erfreulicherweise dadurch entschärft, dass die zuständigen Behörden sich in den meisten Fällen ihrer Verantwortung bewusst sind und nicht nur (vordergründig) im Interesse des Fiskus liegende Auskünfte erteilen. Problematisch ist hingegen, dass die Steuerbehörden im Stadium der Erteilung von verbindlichen Auskünften mangels der Möglichkeit einer justiziellen Überprüfung ihrer Entscheidungen gewissermassen sowohl die Funktion einer Steuerverwaltung als auch jene eines Gerichts übernehmen müssen. Diese «Doppelstellung» birgt zwei Gefahren in sich: Nimmt die Behörde eine sehr harte Haltung gegenüber den Steuerpflichtigen ein, kann sie betriebs- oder volkswirtschaftlichen Schaden stiften; legt sie die Gesetze zu «weich» aus, trägt sie u.U. den fiskalischen Interessen nicht genügend Rechnung. Hier könnte eine grosszügigere Haltung des Bundesgerichts bei der Anerkennung der Möglichkeiten für anfechtbare Vorabentscheidungen ausgleichend wirken und einen wichtigen Beitrag zur materiellen Gewaltentrennung leisten.

Entgegen den Aussagen des Bundesgerichts (E 3 e) ginge es bei der Zuerkennung des Rechts auf Feststellungsverfügungen auch über Fragen, die im Veranlagungsverfahren beurteilt werden können, nicht darum, dass den Steuerjustizbehörden die Funktion des Rechtsberaters aufgezwungen würde. Die Gerichte müssten in keiner Weise beratend tätig sein, sondern ausschliesslich Entscheide über umstrittene Rechtsfragen fällen. Von einer neuen Funktion könnte nicht die Rede sein. Aus Sicht der Justizbehörden geht es nur um eine zeitliche Komponente: Soll der Sachverhalt vor oder nach dessen Verwirklichung einer gerichtlichen Beurteilung unterzogen werden. Während dieser Aspekt für die Gerichte von sehr untergeordneter Bedeutung ist<sup>43</sup>, kann er für die Steuerpflichtigen von erheblicher Tragweite sein. Ist der Sachverhalt verwirklicht, kann er nicht mehr steuerwirksam rückgängig gemacht werden. Die Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns ist somit nur dann gegeben, wenn sich der Steuerpflichtige der Beurteilung durch die Steuerbehörden im Rahmen des Auskunftsverfahrens unterzieht.

Im Lichte der nun durch das Bundesgericht klargestellten Rechtslage sollte u.E. der Gesetzgeber prüfen, ob er nicht auch bei der direkten Bundessteuer die Frage der Feststellungsverfügungen regeln sollte. Im Rahmen einer solchen Regelung könnte er auch die Grenzen dieses Instituts in einer Weise ziehen, dass die Justizbehörden nicht mit Entscheidungen über Sachverhalte, mit deren Verwirklichung nicht ernsthaft gerechnet werden kann, belastet werden.

## 7 Quellensteuer für Grenzgänger; Alimente<sup>44</sup>

### Sachverhalt

Ein italienischer, von seiner Ehefrau getrennt lebender Grenzgänger verlangte sowohl für die direkte Bundessteuer als auch für die Kantons- und Gemeindesteuern des Kantons Tessin, dass ihm im Rahmen der Quellenbesteuerung seines Einkommens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit der Abzug seiner für den Unterhalt von zwei Kindern an die Ehefrau bezahlten Alimente zugestanden wird.

Die Tessiner Steuerverwaltung, die Vorinstanz und das Bundesgericht verweigerten einen entsprechenden Abzug, und keine der Behörden nahm von Amtes wegen eine individuelle Tarifkorrektur vor.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Zunächst weist das Bundesgericht auf die grundlegenden Unterschiede zwischen der Quellenbesteuerung und der ordentlichen Einkommensbesteuerung hin. Während letzterer das Gesamtreineinkommensteuersystem zugrunde liege, erfolge bei ersterer eine Einzelbetrachtung von bestimmten Einkommensteilen. Bei der Tariffestlegung für die Quellensteuer ergäbe sich aus praktischen Gründen nur eine begrenzte Möglichkeit, auf die individuellen Verhältnisse der einzelnen Steuerpflichtigen Rücksicht zu nehmen (E 2 b aa). Im Weiteren verweist das Bundesgericht auf die Tatsache, dass Grenzgänger als Arbeitnehmer ohne steuerrechtlichen Aufenthalt in der Schweiz lediglich der beschränkten Steuerpflicht unterliegen, mit der Folge, dass lediglich die mit dem entsprechenden Steuersubstrat in direktem Zusammenhang stehenden Abzüge berücksichtigt werden können. Alimente könnten hier nicht – auch nicht proportional zum Gesamteinkommen – vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zum Abzug gebracht werden, sondern seien vollständig dem Wohnsitzstaat Italien zuzuweisen (E 2 b bb).

43 Es ist evident, dass eine Feststellungsverfügung nur dann Gültigkeit haben könnte, wenn der verwirklichte Sachverhalt mit dem gerichtlich beurteilten identisch ist.

44 Entscheid des Bundesgerichts vom 18. April 2000 in StR 55 (2000) 439.

Die sich aus der gesetzlichen Ordnung für die Kantons- und Gemeindesteuern und für die direkte Bundessteuer ergebende Nichtberücksichtigung der Alimentezahlungen verstosse auch nicht gegen das im schweizerisch-italienischen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA-I 25 I) festgelegte Diskriminierungsverbot. Das schweizerische Recht unterscheide bei der steuerlichen Behandlung nicht nach Staatsangehörigkeit, sondern nach der Art der Steuerpflicht. Auch ein italienischer Grenzgänger mit schweizerischer Staatsangehörigkeit könnte Alimentezahlungen nur in Italien und nicht in der Schweiz steuerlich geltend machen (E 4 a).

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die dem vorliegenden Urteil zugrunde liegende Problematik hängt mit der speziellen Grenzgängerregelung zwischen der Schweiz und Italien zusammen. Während im Verhältnis zu Deutschland, Österreich und Frankreich<sup>45</sup> das schweizerische Besteuerungsrecht für das Erwerbseinkommen der Grenzgänger betragsmässig beschränkt ist<sup>46</sup> oder vollständig zu Gunsten des Wohnsitzstaates zurückgedrängt wird, kann die Schweiz dieses Einkommen von italienischen Grenzgängern vollumfänglich besteuern. Deshalb ist hier viel häufiger damit zu rechnen, dass Grenzgänger als Folge ihrer bloss beschränkten Steuerpflicht allgemeine Abzüge, wie z.B. Schuldzinsen, Krankheitskosten, Unterhaltsbeiträge, faktisch nicht vornehmen können, weil sie in ihrem Wohnsitzstaat über kein oder nicht über genügendes steuerbares Einkommen verfügen, um diese Aufwendungen steuerlich geltend zu machen. Das hier vom Bundesgericht beurteilte Problem kann sich jedoch ausnahmsweise auch für deutsche und österreichische Grenzgänger stellen, wenn diese ein geringes Einkommen erzielen und bei unbeschränkter Steuerpflicht hohe allgemeine Abzüge machen könnten, sodass ihre tatsächliche Einkommensteuerlast tiefer wäre als der ihnen vom Bruttolohn in der Schweiz einbehaltene Betrag.

Das Bundesgericht hat die gesetzlichen Bestimmungen über die Quellensteuer für Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in jeder Hinsicht korrekt angewendet und dabei den Grundsatz bestätigt, wonach bei der Quellenbesteuerung von in der Schweiz beschränkt steuerpflichtigen Personen Aufwendungen, die im interkantonalen Verhältnis quotat zwischen verschiedenen Steuerdomizilen aufgeteilt werden, nicht ebenfalls quotat berücksichtigt werden können.

Zu Bemerkungen Anlass geben die Ausführungen des Bundesgerichts zum Diskriminierungsverbot gemäss dem schweizerisch-italienischen Doppelbesteuerungsabkom-

men (DBA-I 25 I). Das Gericht hat das Diskriminierungsverbot erneut *rein formal verstanden* und sich mit der Feststellung begnügt, ein schweizerischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Italien und Grenzgängereigenschaft wäre gleich behandelt worden wie der betroffene italienische Staatsangehörige. Damit sei keine unterschiedliche Behandlung nach Massgabe der Staatsangehörigkeit gegeben. Eine unzulässige Diskriminierung könne deshalb gar nicht vorliegen.

Ein *materielles* Verständnis des Diskriminierungsverbots – wie es in der EU gilt – hätte je nach den Einkommensverhältnissen des Steuerpflichtigen zu einem anderen Ergebnis geführt. Der Europäische Gerichtshof hat nämlich wiederholt festgehalten, dass nicht massgeblich ist, ob eine Norm in formaler Hinsicht für eigene und fremde Staatsangehörige identische Normen enthält, sondern dass geprüft werden muss, ob sich eine einzelstaatliche Norm *in der Praxis* hauptsächlich diskriminierend für Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit *auswirkt*. So hat er denn auch im Fall Schuhmacker<sup>47</sup> entschieden, dass die Nichtberücksichtigung der persönlichen Verhältnisse auch bei lediglich beschränkter Steuerpflicht eine unzulässige Diskriminierung darstellt, wenn der grösste Teil des Einkommens eines Steuerpflichtigen dieser beschränkten Steuerpflicht unterliegt. Eine unzulässige Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH m.a.W. dann vor, wenn Abzüge, die an die persönlichen Verhältnisse von Steuerpflichtigen anknüpfen, faktisch nicht oder nur in sehr bescheidenem Ausmass mit Einkommen verrechnet werden können. Eine solche faktische Nichtabzugsfähigkeit von Alimentezahlungen dürfte bei vielen ausländischen, namentlich italienischen Grenzgängern eintreten.

Das formale Verständnis des Diskriminierungsverbots des Bundesgerichts kann deshalb zum stossenden Ergebnis führen, dass die Alimentezahlungen in keinem der beteiligten Staaten steuerlich geltend gemacht werden können.

Es wäre deshalb zu wünschen, dass auch unser höchstes Gericht das Konzept des EuGH übernimmt und damit zu einem materiellen Verständnis des Diskriminierungsverbots übergeht. Damit sei nicht der «Eurokompatibilität» um jeden Preis das Wort geredet, sondern angeregt, dass dort, wo das europäische Recht bessere Lösungen gefunden hat, diese Lösungen ins schweizerische Recht übernommen werden sollen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht. Diese Voraussetzungen wären im vorliegenden Fall erfüllt gewesen.

Eine Neubeurteilung der Rechtsprechung wird nach dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge mit der EU ohnehin zu

45 Mit Ausnahme des Kantons Genf.

46 Deutschland 4,5 %, Österreich 3 % der Bruttolohnsumme.

47 EuGH C-279/93, Köln-Altstadt/Roland Schumacker, in IStR 1995, 126. Vgl. auch Schön W., 199 ff.

erfolgen haben. Art. 21 II des Personenfreizügigkeitsabkommens<sup>48</sup> enthält die Verpflichtung, (auch) Grenzgänger in vergleichbaren Verhältnissen mit schweizerischen Steuerpflichtigen gleich zu behandeln. Gemäss Art. 16 II des Personenfreizügigkeitsabkommens wird wohl die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von der Schweiz übernommen.<sup>49</sup> Diesfalls wird ein materielles Verständnis der Diskriminierung gelten. Werden die vom EuGH im «Fall Schumacker» aufgestellten Grundsätze übernommen, muss den Alimenten bei der schweizerischen Quellenbesteuerung Rechnung getragen werden, wenn ein Grenzgänger den grössten Teil seines Gesamteinkommens aus dieser Tätigkeit in der Schweiz erzielt und hier zu versteuern hat. Der Praxis bzw. allenfalls dem Gesetzgeber bleibt es überlassen, ob dies im Rahmen einer nachträglichen ordentlichen Veranlagung oder durch eine individuelle Tarifkorrektur geschieht (diese beiden Instrumente stehen den Grenzgängern nach geltendem Recht nicht zur Verfügung).<sup>50</sup>

## Literatur

AGNER PETER / JUNG BEAT / STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995

ATHANAS PETER / WIDMER STEFAN, Art. 6, in Zweifel Martin/Athanas Peter, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Basel u.a. 2000

BAUMGARTNER IVO, Art. 37, in Zweifel Martin / Athanas Peter, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Basel u.a. 2000

DUSS MARCO, Sprüche voller Widersprüche, ST 2001, 79 ff.

EIDG. STEUERVERWALTUNG

- Kreisschreiben Nr. 4 vom 30.4.1980, Steuerliche Behandlung der Entschädigung nach Artikel 334 ZGB (Lidlohn), Steuerperiode 1981/82, ASA 48 (1979/80) 641

- Kreisschreiben Nr. 6 vom 3.2.1987, Einbringen von Beteiligungen in eine vom gleichen Aktionär beherrschte Gesellschaft, Steuerperiode 1987/88, ASA 55 (1986/87) 496
- Kreisschreiben Nr. 4 vom 12.4.1999, Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben, Steuerperiode 1999/2000, ASA 68 (1999/2000) 21

HÄFELIN ULRICH, Art. 49, in Aubert Jean-François u.a., Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Loseblattsammlung, Zürich u.a.

HÖHN ERNST / WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Band 8, 9. A., Bern 2001

HÖHN ERNST / WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band II, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Band 8, 8. A., Bern 1999

MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999

SCHÖN WOLFGANG, Die beschränkte Steuerpflicht zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht, Internationales Steuerrecht (IStR), Monatszeitschrift für europäische und internationale Steuer- und Wirtschaftsberatung 1995, 199 ff.

48 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999.

49 Sofern davon ausgegangen wird, dass mit der Formulierung von Art. 21 II des Personenfreizügigkeitsabkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen worden sind.

50 Grenzgänger werden im DBG der Quellensteuer für Personen ohne steuerrechtlichen Aufenthalt unterstellt; für diese wird die Steuer nach DBG 83–86 erhoben (vgl. DBG 91). Die nachträgliche ordentliche Veranlagung und die individuellen Tarifkorrekturen sind hier nicht vorgesehen, sondern stehen nur Steuerpflichtigen, die der Quellensteuer für Personen mit steuerrechtlichem Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz unterliegen, zur Verfügung (vgl. DBG 90 und Quellensteuerverordnung (SR 642.118.2) 4 I i. V. m. Ziff. 2 des Anhangs zur Quellensteuerverordnung).

# Gesetzgebungs-Agenda 2001/2

Lic. iur. Rainer Zigerlig\*/Lic. iur. Agostino Cozzio\*\*

## Inhalt

1	<b>Steuerpaket 2001</b>
2	<b>Bund</b>
2.1	<b>Ehepaar- und Familienbesteuerung</b>
2.2	<b>Eigenmietwert/Systemwechsel</b>
2.3	<b>Umsatzabgabe</b>
2.4	<b>Mehrwertsteuer und Tourismusförderung</b>
2.5	<b>Handänderungssteuer bei Firmenumstrukturierungen</b>
2.6	<b>Steuerabzüge für Kosten aus gemeinnütziger Arbeit</b>
2.7	<b>Keine eidgenössische Erbschaftssteuer</b>
3	<b>Kantone</b>
3.1	<b>Basel-Landschaft</b>
3.2	<b>Basel-Stadt</b>
3.3	<b>Solothurn</b>
3.4	<b>St.Gallen</b>
3.5	<b>Thurgau</b>
3.6	<b>Wallis</b>
3.7	<b>Zürich</b>

## 1 Steuerpaket 2001

Im März hat die nationalrätliche Kommission (WAK-N) die erste Beratung über das bundesrätliche Steuerpaket 2001 durchgeführt, im April eine weitere Beratungsrunde. Der Nationalrat wird als Erstrat das bundesrätliche Steuerpaket 2001 durchberaten, wobei der Zeitpunkt noch nicht feststeht. Im Zentrum der Vorlage stehen die Entlastung der Familien, ein Systemwechsel in der Besteuerung selbstgenutzten Wohnraums sowie Massnahmen zugunsten des Finanzplatzes Schweiz. Der Bundesrat hofft, dass die Reformen im Jahr 2002 verabschiedet werden können.

Die drei im Steuerpaket 2001 enthaltenen Vorlagen werden zwar in der gleichen Botschaft unterbreitet. Es handelt sich aber um drei selbständige Bundesbeschlüsse, die alle dem fakultativen Referendum unterliegen. Im zweiten Teil des Konzeptes zur Umsetzung verschiedener steuerpolitischer Pendenzen geht es um weitere steuerpolitische Reformen, namentlich auch um eine allgemeine Steueramnestie.

## 2 Bund

### 2.1 Ehepaar- und Familienbesteuerung

Der Bundesrat hat sich bei der direkten Bundessteuer für das Modell «Teilsplitting ohne Wahlrecht» entschieden. Beim Teilsplitting entspricht das satzbestimmende Einkommen nicht der Hälfte des steuerbaren Gesamteinkommens eines Ehepaares, sondern je nach gewähltem Divisor etwas mehr als der Hälfte. Beim vorgeschlagenen Modell beträgt das satzbestimmende Einkommen 52,63 Prozent anstelle von 50 Prozent wie beim reinen Vollsplitting, welches beispielsweise der Kanton St.Gallen kennt. Das steuerbare Gesamteinkommen eines Ehepaares, das in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe lebt und deshalb zusammen veranlagt wird, ist demnach für die Satzbestimmung durch den Divisor 1,9 zu teilen. Der Kinder- und Unterstützungsabzug im DBG soll nach dem Willen des Bundesrates von heute Fr. 5 600.– auf Fr. 9 000.– erhöht werden. In den Kantonen Tessin, Wallis und Waadt, die noch das System der zweijährigen Ver-

\* Leiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen

\*\* Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen

anlagung mit Vergangenheitsbemessung kennen, beträgt der vorgeschlagene Abzug Fr. 8 200.–. Zudem sollen ein Abzug für Kinderfremdbetreuungskosten, ein Haushaltsabzug für Alleinstehende und Alleinerziehende sowie ein zusätzlicher Alleinerzieherabzug eingeführt werden. Des Weiteren ist geplant, die Prämien aus der obligatorischen Kranken- und Unfallversicherung unabhängig von den Sparzinsen als Pauschalabzug auszugestalten.

## 2.2 Eigenmietwert/Systemwechsel

Der Bundesrat will im Rahmen eines Systemwechsels auf die Eigenmietwertbesteuerung verzichten. Im Gegenzug werden aber keine Abzüge mehr für Schuldzinsen und Unterhaltskosten gewährt. Im Folgenden die Eckpfeiler des Systemwechsels:

- Verzicht auf die Besteuerung des Eigenmietwerts;
- Streichung des Abzuges für private Schuldzinsen für die Finanzierung von Eigenheimen;
- Streichung des unlimitierten Abzuges für Liegenschaftsunterhaltskosten. Weiterhin können aperiodische Unterhaltskosten in einem bestimmten Rahmen abgezogen werden. Als aperiodische Unterhaltskosten gelten Kosten über Fr. 5 000.– pro Jahr. Abziehbar sind die tatsächlichen Unterhaltskosten zwischen Fr. 5 000.– und Fr. 10 000.–. Zudem können einmal pro fünf Jahre die zwischen Fr. 5 000.– und Fr. 50 000.– liegenden Unterhaltskosten geltend gemacht werden;
- Flankierende Massnahmen für Neuerwerber: Degressiver Abzug der Schuldzinsen für Neuerwerber in den ersten 10 Jahren nach Erwerb (Fr. 10 000.– im ersten Jahr, Fr. 9 000.– im zweiten usw.);
- Einführung eines Bausparabzugs im Rahmen der Säule 3a;
- Übergangsregelung: Damit sich alle rechtzeitig auf den Systemwechsel einstellen können, soll das Gesetz am 1. Januar 2008 in Kraft treten.

## 2.3 Umsatzabgabe

Ziel der Reform ist die Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Es geht nicht um die Abschaffung der Umsatzabgabe, sondern um die Beseitigung der sich abzeichnenden Benachteiligungen der inländischen Akteure gegenüber der ausländischen Konkurrenz. Der Bundesrat folgt den Vorschlägen des Parlaments vom Dezember 2000:

- Der Handel mit inländischen Titeln an ausländischen Börsen wird bei der Umsatzabgabe entlastet (seit 1. Januar 2001).
- In- und ausländische Anlagefonds, ausländische Staaten und Zentralbanken, ausländische Sozialvorsorge-Einrichtungen, ausländische Berufsvorsorge-

Einrichtungen und ausländische Lebensversicherer werden von der Umsatzabgabe befreit (seit 1. Januar 2001).

- Neu werden inländische Berufsvorsorge-Einrichtungen, inländische Sozialversicherungs-Einrichtungen, Bund, Kantone und Gemeinden als Effekthändler umsatzabgabepflichtig (ab 1. Juli 2001).

## 2.4 Mehrwertsteuer und Tourismusförderung

Der Bundesrat ist bereit, ein Postulat entgegenzunehmen, das vorsieht, eine Zweckmässigkeitsanalyse durchzuführen und ein Konzept zu erarbeiten, das ab 2004 den Mehrwertsteuer-Sondersatz für Beherbergungsleistungen regeln soll. Bis Ende 2001 soll ein Konzept vorgelegt werden.

## 2.5 Handänderungssteuer bei Firmenumstrukturierungen

Der Bund wird den Kantonen empfehlen, bei Firmenumstrukturierungen keine Handänderungssteuer mehr zu erheben. Zudem ist er bereit, die Begriffe im Zusammenhang mit Umstrukturierungsvorgängen in den einzelnen Steuergesetzen einheitlich zu definieren. Damit folgt der Bundesrat einer Empfehlung der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates.

## 2.6 Steuerabzüge für Kosten aus gemeinnütziger Arbeit

Der Bundesrat empfiehlt die Ablehnung eines Postulates, mit welchem angeregt wird, die Möglichkeit von Steuerabzügen für durch die Ausübung gemeinnütziger Arbeit verursachte Aufwendungen zu prüfen. Er unterstützt zwar die Förderung von Freiwilligenarbeit, erachtet aber das Steuerrecht als ein dafür ungeeignetes Mittel.

## 2.7 Keine eidgenössische Erbschaftssteuer

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern nicht zugunsten einer entsprechenden eidgenössischen Steuer aufgegeben werden können. Es handle sich dabei um ein kantonales Steuersubstrat, das nicht zugunsten einer entsprechenden eidgenössischen Steuer aufgegeben werden könne. Mit dieser Begründung beantragt der Bundesrat die Ablehnung der Motion von Nationalrat Josef Zisyadis (PdA/VD), welche den Ersatz der kantonalen durch eine eidgenössische Steuer forderte.



### 3 Kantone

#### 3.1 Basel-Landschaft

Der Regierungsrat erwartete an seiner Sitzung vom 20. März 2001 die Ergebnisse der kantonalen Volksabstimmung vom 4. März 2001. Die Gesetzesänderung zur formulierten Gesetzesinitiative vom 12. Juni 1998 «für eine vernünftige Erbschafts- und Schenkungssteuer», welche die Nachkommen von der kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuer befreit, wurde auf den 5. März 2001 in Kraft gesetzt.

#### 3.2 Basel-Stadt

Volksinitiative für eine Reduktion der Steuerunterschiede im Kanton BS: Erarbeitung eines regierungsrätlichen Gegenvorschlages. Diese Initiative verlangt eine Begrenzung der Steuerunterschiede zwischen der Stadt und den Landgemeinden auf insgesamt maximal 5 Prozent.

Volksinitiative «Stopp der Steuerspirale»: hängig beim Regierungsrat. Diese Initiative verlangt eine Senkung der Einkommenssteuer um 4 bis 8 Prozent und der Vermögenssteuer um 9 bis 16 Promille (unter Herabsetzung des Maximalsatzes von 9 auf 7,5 Promille) sowie die Erhöhung der Vermögenssteuer-Freibeträge um Fr. 50 000.–.

Der Regierungsrat hat zu den beiden vorgenannten Initiativen ein umfassendes Paket als Gegenvorschlag ausgearbeitet. Dieses beinhaltet eine Reduktion der kantonalen Einkommens- und Vermögenssteuer (lineare Senkung um fünf Prozent in zwei Schritten), eine Erhöhung der Kinderabzüge (von Fr. 5 200.– auf Fr. 6 500.– pro Kind), eine Erhöhung des kantonalen Steuerschlüssels für die Landgemeinden (von 50 auf 60 Prozent) sowie die Einführung eines Steuerfusses für die Landgemeinden (kein eigener Steuertarif mehr).

Volksinitiative für familienfreundliche Erbschaftssteuer: Sie verlangt die Befreiung der Nachkommen von der Erbschafts- und Schenkungssteuer (Abstimmungstermin noch nicht festgelegt).

Volksinitiative für eine Entlassungssteuer: Sie verlangt die Einführung einer speziellen Steuer für Unternehmen, die trotz gutem Geschäftsgang Personal abbauen: Abstimmung ca. März 2001.

#### 3.3 Solothurn

Der Regierungsrat hat eine Teilrevision 2003 des Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern vom 1. Dezember 1985 in die Vernehmlassung geschickt. Die Neuerungen sollen auf 1. Januar 2003 in Kraft treten. Im Wesentlichen wird Folgendes vorgeschlagen: Die Einkommenssteuer für Personen mit hohem Einkommen soll

reduziert werden, wobei der maximale Steuersatz von bisher 11,8 Prozent auf 11 Prozent (einfache Staatssteuer) gesenkt wird. Zur Entlastung der Familien soll der Kinderabzug um 25 Prozent erhöht werden, die übrigen Sozialabzüge im Rahmen der Teuerung. Bei der Vermögenssteuer soll die Maximalbelastung um rund 10 Prozent sinken und die Progression wesentlich flacher ausgestaltet werden. Für die juristischen Personen wird neu eine grundsätzlich proportionale Gewinnsteuer vorgeschlagen. Dabei soll der maximale Steuersatz von knapp 11 Prozent auf 9 Prozent (einfache Staatssteuer) gesenkt werden. Eine reine Proportionalsteuer in dieser Höhe hätte nach Angaben der Solothurner Regierung aber gegenüber heute eine beträchtliche Mehrbelastung zahlreicher gewerblicher und renditeschwacher Unternehmen zur Folge. Um dies zu verhindern, sollen die ersten Fr. 100 000.– Gewinn nur zum Satz von 5 Prozent besteuert werden. Daneben enthält die Vorlage zahlreiche weitere Änderungen, die sehr unterschiedlicher Natur sind. Die wichtigsten sind:

- Sämtliche Gewinne aus gewerbmässigem Liegenschaftshandel werden mit der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfasst. Diesen auf eine überwiesene Motion zurückgehenden Vorschlag lehnt die Regierung aber ab.
- Die Grundstückgewinnsteuer soll neu mit einem gesetzlichen Pfandrecht ohne Eintragung im Grundbuch gesichert werden. Zur Verbesserung der Publizität muss es aber spätestens innert 5 Jahren nach der Veräusserung im Grundbuch eingetragen werden, ansonsten es erlischt.
- Verluste von schweizerischen Unternehmen aus ausländischen Betriebsstätten sollen bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns übernommen, aber wieder zurückbelastet werden, wenn die ausländische Betriebsstätte später Gewinne erzielt. Das Vorgehen wird auch verfahrensrechtlich geregelt.
- Die Frage des Steueraufschubs in jenen Fällen, in denen eine bisher ordentlich besteuerte Gesellschaft neu ein Steuerprivileg in Anspruch nimmt, wird umfassender geregelt und die Nachbesteuerung von stillen Reserven zeitlich auf 10 Jahre limitiert.
- Die Verjährung wird entsprechend dem Recht der direkten Bundessteuer neu geregelt.
- Das Steuerregister soll wieder öffentlich zugänglich gemacht werden, indem alle Einwohner des Kantons sowie andere Personen, die ein Interesse nachweisen, Auszüge aus dem Register beziehen können.

#### 3.4 St.Gallen

Hängige Vorstösse im Parlament:

- Motion «Steuern: gezielte Entlastungen zur Steigerung der Attraktivität des Wirtschaftsstandorts». Der

Vorstoss zielt auf tarifarische Entlastungen für juristische Personen ab, um die steuerliche Standortattraktivität zu heben.

- Motion «Steuern: Gezielte Entlastungen statt Giesskanne». Dieser Vorstoss verlangt gezielte tarifarische Entlastungen, insbesondere für Working-poor-Haushalte und Haushalte mit tiefen und mittleren Einkommen.

### 3.5 Thurgau

Der Regierungsrat plant eine Teilrevision des Steuergesetzes auf den 1. Januar 2002. Im Zentrum soll dabei eine Senkung der steuerlichen Belastung des Vermögens durch Erhöhung der steuerfreien Beträge und gleichzeitige Senkung des Vermögenssteuertarifs stehen. Ausserdem sollen die Sozialabzüge für natürliche Personen erhöht werden.

### 3.6 Wallis

In der Januar-Session behandelte der Grosse Rat in erster Lesung den Übergang zur einjährigen Postnumrandobesteuerung, die per 1. Januar 2003 in Kraft treten soll. Die zweite Lesung ist in der Mai-Session 2001 vorgesehen.

### 3.7 Zürich

Am 31. Januar 2001 verabschiedete der Regierungsrat den Bericht zum dringlichen Postulat betreffend Abbau des Pendenzenbergs beim Steueramt.

Der Regierungsrat beantragt aus u.a. harmonisierungsrechtlichen Gründen die Ablehnung eines am 8. Januar 2001 eingereichten Postulats betreffend Entschädigung für nebenamtliche Behörden- und Parlamentstätigkeit. Es bezweckt unter anderem eine vollständige Steuerbefreiung der Entschädigungen für nebenamtliche Behörden- und Parlamentstätigkeit.

Gegenwärtig wird an der Berichterstattung zu einem Postulat betreffend Reduktion der Erbschafts- und Schenkungssteuer gearbeitet.

Der Kantonsrat hat am 8. Januar 2001 eine parlamentarische Initiative vorläufig unterstützt, welche die Steuerabzugsfähigkeit von Kinderbetreuungskosten verlangt.

Parlamentarische Vorstösse in Bearbeitung:

- Steuerliche Vergünstigung für Senioren (auch Volksinitiative);
- Besteuerung der Ehegatten;
- Übergang vom monistischen zum dualistischen System bei der Besteuerung von Grundstückgewinnen;
- Abschaffung der Handänderungssteuer;
- Einführung eines proportionalen Steuersatzes bei

der Besteuerung von Gewinnen der Kapitalgesellschaften und der Genossenschaften;

- Übergang zum Tarif für die übrigen juristischen Personen bei der Besteuerung von Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

IFF Institut für Finanzwirtschaft  
und Finanzrecht  
Universität St.Gallen  
Varnbuelstrasse 19  
CH-9000 St.Gallen

---

## Abonnement

Ausfüllen und senden/faxen an:

**IFF Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht**

Universität St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen

Fax 071 224 26 70

Ich abonniere/wir abonnieren das IFF Forum für Steuerrecht zum Preis von CHF 390.– pro Jahr.  
In diesem Preis sind der Jahresordner und die Mehrwertsteuer enthalten; Versandkosten werden mit  
dem effektiven Betrag in Rechnung gestellt.

Anzahl Abonnements:

---

Name/Firma:

---

Adresse:

PLZ, Ort:

---

Tel.:

Fax:

---

E-Mail:

---

Datum:

Unterschrift:

---

