
IFF Institut für Finanzwirtschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Dr. Maja Bauer-Balmelli

Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht

Dr. Georg Lutz

Der Missbrauchsbeschluss (BRB 62) in seinem neuen Kleid

Dr. Natalie Peter

Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen

Dr. Ivo P. Baumgartner

Änderung beim Ausnahmekatalog im Mehrwertsteuergesetz

Dr. Andreas Risi

Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe

Dr. Peter Baumgartner

Vorschläge der OECD zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung auf Mitarbeiteroptionen

Prof. Dr. Robert Waldburger

Rechtsprechung im Jahr 2001 (2. Teil)

Lic. iur. Rainer Zigerlig/
Lic. iur. Agostino Cozzio/
Eric Hess, Fürsprecher

Gesetzgebungs-Agenda 2002/3

2002/3

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, Varnbühlstrasse 19, CH-9000 St.Gallen
Telefon: +44 (0)71 224 25 20
Telefax: +44 (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
Steuerstrafrecht: Alfred Meier, Fürsprecher
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-Abon-
nemente), Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag, Einzelhefte:
CHF 97.50. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie die Mehr-
wertsteuer enthalten. Es werden die effektiven Versandkosten verrech-
net. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahresanfang.

Bestellungen

Beim Verlag

Abbestellungen

Schriftlich beim Verlag bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende

Manuskripte und Rezensions-Exemplare

Bitte an den Verlag

Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und
Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechts-
gesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger
schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Ver-
vielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspei-
cherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen
elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Ein-
zelkopien 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

2002/3

Inhalt

	Artikel	
Dr. Maja Bauer-Balmelli	Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht	162
Dr. Georg Lutz	Der Missbrauchsbeschluss (BRB 62) in seinem neuen Kleid	184
	Judikatur-Forum	
Dr. Natalie Peter	Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen Zum Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 14. Februar 2002	196
	Gesetzgebungs-Forum	
Dr. Ivo P. Baumgartner	Änderung beim Ausnahmekatalog im Mehrwertsteuergesetz Erweiterung der Ausnahmebestimmung für Bildungsleistungen	208
Dr. Andreas Risi	Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe	213
Dr. Peter Baumgartner	Vorschläge der OECD zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung auf Mitarbeiteroptionen	223
	Rechtsprechungs-Überblick	
Prof. Dr. Robert Waldburger	Rechtsprechung im Jahr 2001 (2. Teil)	231
	Gesetzgebungs-Agenda	
Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Agostino Cozzio/ Eric Hess, Fürsprecher	Gesetzgebungs-Agenda 2002/3	241

Liebe Leserin, lieber Leser

Um Ihnen den Inhalt des IFF Forums für Steuerrecht bequem und zeitnah zu erschliessen, haben wir in unserem Website (www.unisg.ch/org/iff/iffweb.nsf/wwwPubInhalteGer/IFF+Forum+fuer+Steuerrecht?opendocument) eine Such-Funktion eingerichtet. Mit ihrer Hilfe finden Sie sämtliche Fundstellen eines Schlagworts in ihrem textlichen Zusammenhang – in allen Ausgaben des FStR. Als Schlagwörter gelten die Inhaltsverzeichnisse der Beiträge sowie im Text vorkommende Begriffe, zu denen Wichtiges ausgesagt wird. Die einzelnen Ausgaben des FStR werden laufend eingearbeitet.

Um der inhaltlichen Verschiedenheit der Gesetzgebungs-Agenda von den übrigen Beiträgen Rechnung zu tragen, wurden zwei separate Verzeichnisse angelegt:

- *Suche im FStR (ohne Gesetzgebungs-Agenda)*
- *Suche in der Gesetzgebungs-Agenda.*

Die übrigen Verzeichnisse im Internet wie auch in den Jahresordnern führen wir selbstverständlich weiter. Die neue Such-Funktion erhöht den Nutzen, den Ihnen das FStR bietet – werfen Sie doch gleich einen kurzen Blick auf unseren Website!

Mit freundlichen Grüssen
Dr. Ruedi Baumann

Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht

Dr. iur. Maja Bauer-Balmelli



*Dr. iur. Maja Bauer-Balmelli,
dipl. Steuerexpertin, Partnerin,
Pestalozzi Lachenal & Patry,
Zürich (ab 1. November 2002)*

Inhalt

1	Überblick	4.1.4	Die typischen Fälle in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
2	Die Steuerumgehung – Grundsätzliches	4.1.4.1	Die wesentlichen Sachverhaltsmerkmale
2.1	Die Doktrin	4.1.4.2	Die Rechtsfolgen
2.1.1	Echte Steuerumgehung als Problem der unechten Lücken – Unechte Steuerumgehung als Auslegungsproblem	4.1.5	Die Ergänzung der Bundesgerichtspraxis durch die Verwaltung
2.1.2	Legalitätsprinzip und Rechtsmissbrauch	4.1.6	Das Verhältnis zum Kriterium «Recht zur Nutzung»
2.2	Die Überprüfung auf Steuerumgehung in der Praxis – Rechtsgrundlagen und Rechtsfolge	4.1.6.1	Der Begriff «Recht zur Nutzung»
2.2.1	Die Tatbestandselemente gemäss bundesgerichtlicher Steuerumgehungsformel	4.1.6.2	Die Auslegung des Bundesgerichtes
2.2.2	Die Rechtsfolgen	4.1.6.3	Folgerung
2.2.3	Die Ersatztatbestände	4.1.6.4	Die typischen Problemfälle
3	Die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer	4.1.6.5	Die Abgrenzung: Steuerumgehung vs. Recht zur Nutzung
3.1	Die Gewährleistung der Steuererhebung	4.2	Die Steuerumgehung im internationalen Verhältnis
3.1.1	Umgehung des Steuerobjektes	4.2.1	Grundsätzliches zur Rückerstattung im internationalen Verhältnis
3.1.2	Umgehung des Steuersubjektes: Der Inländerbegriff	4.2.2	Die Missbräuchliche Inanspruchnahme von DBA
3.1.3	Die Sitzverlegung	4.2.2.1	Grundsätzliches
3.2	Doppelte Erhebung zwecks Vermeidung einer doppelten oder missbräuchlichen Rückerstattung	4.2.2.2	Das Bekämpfungsinstrumentarium
3.2.1	Repo- und SLB-Transaktionen	4.2.2.3	Der Steuerumgehungsvorbehalt im internationalen Verhältnis
4	Die Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer	4.2.3	Das Verhältnis zum Anspruchskriterium «beneficial ownership»
4.1	Die Steuerumgehung im schweizinternen Verhältnis: Art. 21 Abs. 2 VStG	4.2.3.1	Der Begriff «beneficial ownership»
4.1.1	Grundsätzliches zur Rückerstattung und zum Umgehungsvorbehalt	4.2.3.2	Die Abgrenzung zum DBA-Missbrauch – ein möglicher Ansatz
4.1.2	Die Legaldefinition resp. Generalklausel	5	Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten?
4.1.3	Das Objekt der Umgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG	5.1	Beteiligungsverkäufe im Inland
4.1.3.1	Erläuterungen des Bundesgerichtes	5.1.1	Inländische Systemwechselfälle
4.1.3.2	Das Objekt der Umgehung – These resp. Folgerung	5.1.2	Mögliche Steuerumgehungsfälle
		5.2	Grenzüberschreitende Beteiligungsverkäufe
		5.2.1	Die Praxis: Steuerumgehung, Altreservenpraxis
		5.2.2	Würdigung: Steuerumgehung vs. DBA-Missbrauch
		6	Fazit und Postulate
			Literatur

1 Überblick

Das Thema Steuerumgehung hat im Verrechnungssteuerrecht verschiedene Facetten: Es beinhaltet einerseits die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer und andererseits die Steuerumgehung bei deren Rückerstattung. Während die Beurteilung der Steuerumgehung bei der Erhebung nach national-rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen kann, basiert diese bei der Rückerstattung je nach Sachverhalt entweder auf nationalem oder aber auf internationalem Recht. Zudem gilt es bei der Handhabung des Steuerumgehungsvorbehaltes bei der Rückerstattung zu berücksichtigen, dass im nationalen Verhältnis der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, im internationalen dagegen ihr Fiskalzweck im Vordergrund steht.

Zur Verhinderung der Steuerumgehung werden je nach Sachverhalt und Entscheidungsinstanz grundsätzlich die vom Bundesgericht entwickelte Steuerumgehungsformel, im Verrechnungssteuergesetz enthaltene oder von der Verwaltung entwickelte Ersatztatbestände, das weder eigenständig klar definierte noch im Verhältnis zur Steuerumgehung sauber abgegrenzte Kriterium «Recht zur Nutzung», die einschlägigen DBA-rechtlichen Bestimmungen, ein allgemeiner Missbrauchs- und Umgehungsvorbehalt oder eine Kombination oder eine freie Erweiterung dieser Behelfe verwendet. Die Grundproblematik liegt wohl darin, dass insbesondere in Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer das Schutzobjekt des Steuerumgehungsvorbehaltes nicht genügend klar definiert, sondern unzulässig verallgemeinert in die Argumentation einbezogen wird, und damit auch in der mangelnden Disziplin bei der rechtlichen Begründung. Markantes Beispiel der praktizierten Steuerumgehungsbekämpfung ist die bisher scheinbar gefestigte, aber letztlich nicht sauber fundierte Altreservenpraxis.

Ziel der nachfolgenden Darlegungen ist es, die geltende Praxis und Doktrin und insbesondere Ansätze für eine differenzierte, der grundlegenden Konzeption und Zwecksetzung des Verrechnungssteuerrechtes gerecht werdende Handhabung des Steuerumgehungsvorbehaltes, im Zusammenhang mit der Rückerstattung insbesondere auch in Abgrenzung zum Kriterium «Recht zur Nutzung», aufzuzeigen. Der Fokus liegt aufgrund seiner Bedeutung beim Steuerumgehungsvorbehalt im Rahmen

der Rückerstattung der Verrechnungssteuer, mithin bei Art. 21 Abs. 2 VStG. Die ganze Thematik wird aufgrund der besonderen Bedeutung und Ergiebigkeit anhand der Erträge aus Beteiligungsrechten dargelegt; so auch die beispielhafte Umsetzung der Überlegungen unter Ziff. 4, Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten? – Zunächst gilt es aber, das Phänomen der Steuerumgehung generell kurz zu betrachten.

2 Die Steuerumgehung – Grundsätzliches

2.1 Die Doktrin

2.1.1 Echte Steuerumgehung als Problem der unechten Lücken – Unechte Steuerumgehung als Auslegungsproblem

Gemäss der von Höhn¹ begründeten Doktrin liegt eine echte Steuerumgehung nur dann vor, wenn der Steuerpflichtige durch eine entsprechende Sachverhaltsgestaltung eine, bei sorgfältiger Auslegung ermittelte, unbeabsichtigte Unvollständigkeit der Rechtsordnung, eine sog. unechte Lücke, offensichtlich rechtsmissbräuchlich ausnützt und damit denselben Erfolg resp. denselben wesentlichen Nutzen erzielt wie bei der Verwirklichung des steuerbaren Tatbestandes.

Mit anderen Worten wird eine vermeintliche oder eben unechte Steuerumgehung bereits durch eine teleologisch richtige Auslegung der vermeintlich umgangenen Norm vermieden², während die Frage der echten Steuerumgehung erst nach solcherart erfolgter Auslegung zu prüfen ist.

Kann der zu beurteilende Sachverhalt, so wie er verwirklicht worden ist, nicht unter die – zivilrechtlich oder wirtschaftlich konzipierte³ – Norm subsumiert werden und würde die Nichterfassung des verwirklichten Sachverhalts in hohem Masse als ungerecht und stossend empfunden, ist eine unechte Lücke im Gesetz anzunehmen; eine echte Steuerumgehung liegt vor. Dass es sich um eine unechte Lücke handelt, d.h. die Unvollständigkeit des Gesetzes nicht beabsichtigt ist, lässt sich auch daraus ableiten, dass der Steuerpflichtige eine ungewöhnliche, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessene Gestaltung wählen müssen, um den gewünschten Erfolg zu erreichen.

1 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff.; seither auch: BÖCKLI, S. 289 ff.; LOCHER, Rechtsfindung, S. 190 ff.; HÖHN/VALLENDER, S. 17 f.; HÖHN/WALDBURGER, S. 171 ff.; LOCHER, ASA 60 (1991/92), S. 13.

2 LOCHER, Rechtsfindung, S. 133 f. und S. 225 mit weiteren Verweisen.

3 REICH, S. 93 f. hat darauf hingewiesen, dass auch wirtschaftlich konzipierte Normen Sinnschranken aufwiesen und deshalb der echten Steuerumgehung zugänglich seien. Anders noch HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff., der das Problem der unechten Lücken auf die zivilrechtlich konzipierten Normen, deren zivilrechtliche Bedeutung massgebend ist, konzentriert hat.

2.1.2 Legalitätsprinzip und Rechtsmissbrauch

Weiter wird postuliert, die Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin praktisch nur auf die Fälle von Steuerumgehungen anzuwenden, die einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellen; dies insbesondere, falls ein Umgehungstatbestand im Steuergesetz nicht explizit statuiert ist. Dessen Bekämpfung kann sich dann, auch ohne explizite gesetzliche Grundlage, auf das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB stützen, welches ein für die ganze Rechtsordnung geltendes Prinzip darstellt⁴.

Die Frage, wann ein nicht zu anerkannter Rechtsmissbrauch vorliegt, hat Böckli⁵ mit seiner *Vektoretheorie* anschaulich dargestellt. Ein Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn eine steuerpflichtige Person einen an sich klaren wirtschaftlichen Grundentschluss auf widersprüchliche Art und Weise verwirklicht, indem sich die steuerpflichtige Person eines Ausweichgeschäftes bedient und dieses mit sogenannten Korrekturgeschäften kombiniert, welche die Rechtswirkungen des Ausweichgeschäftes selektiv aufzuheben vermögen. Die Resultante aus diesen gegenläufigen Rechtsgeschäften entspricht weitestgehend dem – bei gradliniger Verwirklichung Steuern auslösenden – Grundentschluss. «Das *Ausweichgeschäft* und das einzige oder die mehreren korrigierenden *gegenläufigen Geschäfte* verwirklichen kombiniert den Entschluss, wobei weder das Ausweichgeschäft noch die Korrekturgeschäfte für sich allein unter den gesetzlichen Steuertatbestand fallen.»⁶ Indem an sich zulässige Gestaltungsmöglichkeiten gegenläufig eingesetzt werden, werden sie missbraucht.

2.2 Die Überprüfung auf Steuerumgehung in der Praxis – Rechtsgrundlagen und Rechtsfolge

Einigkeit besteht zumindest in der Doktrin, dass der Sachverhalt erst im Anschluss an eine de lege artis erfolgte Auslegung der in Frage stehenden Norm auf Steuerumgehung zu überprüfen ist. In der Praxis allerdings erfolgt die Identifikation und Bekämpfung der Steuerumgehung mittels Mechanismen und Instrumenten verschiedener Qualität: der *bundesgerichtlichen Steuerumgehungsformel* einerseits sowie gesetzlichen,

allenfalls in der Verordnung geregelten, durch die Verwaltung entwickelten, lediglich praktizierten oder in Kreisschreiben und Merkblättern publizierten *Ersatztatbeständen* andererseits.

2.2.1 Die Tatbestandselemente gemäss bundesgerichtlicher Steuerumgehungsformel

Das Bundesgericht hat in seiner langjährigen Praxis das Vorliegen einer verpönten Steuerumgehung⁷ stets an drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft⁸:

- Eine objektive: Die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung erscheint als ungewöhnlich (insolite), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen.
- Eine subjektive: Es ist anzunehmen, dass diese Wahl missbräuchlich und lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, welche bei sachgerechter Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären.
- Eine effektive: Das gewählte Vorgehen führte tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis, falls es von den Steuerbehörden hingenommen würde.

Das *objektive* Tatbestandsmerkmal gilt als erfüllt, wenn die ungewöhnliche, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessene Gestaltung wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führt wie der unmittelbar der Besteuerung unterworfenen Tatbestand⁹. Das *subjektive* Moment der Umgehungsabsicht, der subjektive Wille, ist nur insofern entscheidend, als er sich in den objektiven Gesamtumständen manifestiert. Erweist sich das gewählte Vorgehen als ungewöhnlich, führte es zu einer erheblichen Steuerersparnis, und liegen keine einleuchtenden, nicht fiskalischen Gründe für das gewählte Vorgehen vor, so wird im Sinne einer natürlichen Vermutung¹⁰ die Steuerumgehungsabsicht angenommen¹¹. Für die solcherart getroffene Annahme wird die Frage, ob tatsächlich ein Rechtsmissbrauch vorliegt, nicht geprüft¹². Drittes, relativ problemlos feststellbares Tatbestandselement der Steuerumgehung ist die *effektive*, erhebliche Steuerersparnis, die bei Anerkennung der gewählten Sachverhaltsgestaltung erzielt würde.

Diese allgemein gültige bundesgerichtliche Steuerumgehungsformel findet auch dann Anwendung, wenn das

4 IMBODEN/RHINOW, S. 457 ff. mit Nachweisen.

5 BÖCKLI, S. 289 ff.

6 BÖCKLI, S. 299.

7 Zur Abgrenzung der verpönten Steuerumgehung von der erlaubten Steuerersparnis: HÖHN, StR 29 (1974), S. 143 ff.; MEILI, S. 15 ff.

8 Statt vieler: BGer 2.4.1993, ASA 63 (1994/95) 822 Erw. 1. Diese Definition geht auf die Umschreibung von Blumenstein

zurück, welcher sie dem deutschen Abgaberecht entnommen hatte; LOCHER, Rechtsfindung, S. 191 ff.

9 MEILI, S. 6 ff.

10 VALLENDER, S. 438 ff.

11 MEILI, S. 9 f.

12 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 159.

in Frage stehende Steuergesetz einen Steuerumgehungstatbestand nicht explizit statuiert¹³, wie z.B. das VStG in Bezug auf die Steuererhebung.

2.2.2 Die Rechtsfolgen

Sind die drei Voraussetzungen der Steuerumgehung gemäss bundesgerichtlicher Formel erfüllt, wird der zivilrechtlich an sich gültigen Gestaltung die Anerkennung versagt, und es wird jener Sachverhalt der Besteuerung zugrunde gelegt, den die steuerpflichtige Person zum Zwecke der Steuerumgehung vermieden hat und der sachgemässer Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre¹⁴. Dass als Folge der Feststellung einer Steuerumgehung eine *Sachverhaltsfiktion*¹⁵ Platz greift und keine Normberichtigung, ist eine Feststellung, die insbesondere im Zusammenhang mit den typischen grenzüberschreitenden Steuerumgehungsfällen bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer von Bedeutung ist.

2.2.3 Die Ersatztatbestände

Bei den sogenannten Ersatztatbeständen stellt sich, zumindest soweit sie nicht bereits im Gesetz geregelt sind, die Frage, ob es sich dabei um eine ausformulierte, manchmal quantitativ objektivierte, jedenfalls aber um eine sich im Rahmen des Rechtmässigen bewegendende Auslegung der anzuwendenden Norm handelt oder aber um den Auslegungsrahmen sprengende, eigenständige Steuer- (Umgehungs-) Tatbestände. Soweit diese in der Praxis als safe-haven rule angewandt werden, ist gegen eine (auch quantitative) Objektivierung nichts Grundsätzliches einzuwenden; das Moment der Praktikabilität hat jedenfalls einen nicht unbedeutenden Stellenwert. Ohne die Zulassung eines Exkulpationsbeweises stünden diese aber in deutlichem Widerspruch zu der bundesgerichtlichen Umgehungsformel und zum Legalitätsprinzip im Speziellen. Bei der Anwendung von nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingeführten Ersatztatbeständen ist ganz grundsätzlich Zurückhaltung geboten; die bundesgerichtlichen Kriterien der Steuerumgehung sind sowohl bei deren Normierung als auch bei deren Handhabung stets im Auge zu behalten.

Nachfolgend werden z.T. auch die gesetzlich statuierten Ersatztatbestände in die Betrachtung mit einbezogen, da sie klare Hinweise auf den Gehalt des Grundtatbestandes und damit auf dessen Umgehungspotential zu geben vermögen.

3 Die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer

Im Bereich der Erhebung der Verrechnungssteuer gelten nicht nur Regeln, welche die Steuererhebung gewährleisten sollen, sondern auch solche, die bereits im Moment der Erhebung der Steuer eine allfällige Umgehung bei deren Rückerstattung verhindern sollen.

3.1 Die Gewährleistung der Steuererhebung

Steuerobjekt der Verrechnungssteuer sind der Ertrag beweglichen Kapitalvermögens, Lotteriegewinne und gewisse Versicherungsleistungen, sofern der Leistungsschuldner ein Inländer ist. Das Umgehungspotential liegt demnach einerseits bei der steuerbaren Leistung – dem *Steuerobjekt* – und andererseits beim Leistungsschuldner, dem Inländer und *Steuersubjekt*. Anders als im Zusammenhang mit der Steuerrückerstattung enthält das Verrechnungssteuergesetz im Abschnitt über die Steuererhebung keine explizite Steuerumgehungs-Generalklausel, sondern einzelne Bestimmungen, welche letztlich der Verhinderung von Steuerumgehungen resp. der allgemeinen Missbrauchsbekämpfung¹⁶ dienen.

3.1.1 Umgehung des Steuerobjektes

Ein nicht explizit statuiertes Ersatztatbestände ist der *Mantelhandel*: Der Handwechsel einer Mehrheit von Beteiligungsrechten an einer inländischen Gesellschaft, welche wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist, wird steuerlich wie eine Liquidation mit anschliessender Neugründung behandelt; dies sowohl für Zwecke der allgemeinen Einkommenssteuern, der Emissionsabgabe als auch der Verrechnungssteuer. Damit wird der Mantelhandel für alle involvierten Steuerarten – wiewohl strikt getrennt zu betrachten – identisch als Steuerumgehung behandelt. Grundlage für dessen verrech-

13 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 156 ff.

14 BGer 2.4.1993, ASA 63 (1994/95) 822 Erw. 1; HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145.

15 HÖHN/WALDBURGER, S. 174 f.; LOCHER, Rechtsfindung, S. 197 ff.; TIPKE/LANG, § 5 N. 108, führen zu § 42 AO, der den Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten regelt, aus, dieser Paragraph führe nicht zur Besteuerung eines fiktiven oder fingierten Sachverhalts, sondern zur Besteuerung des wahren

wirtschaftlichen Sachverhalts. Dies sei nur aus der Sicht des vom Zivilrecht her denkenden Formalisten eine Fiktion.

16 So dienen z.B. der Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme der gesetzlich statuierten Freibeträge die Bestimmungen über die *Zusammenrechnungsmöglichkeit* der vom selben Gläubiger oder Verfügungsberechtigten bei der derselben Bank unterhaltenen «Sparhefte» (Art. 5 Abs. 2 VStG) sowie die analoge Bestimmung betreffend *Versicherungsleistungen* (Art. 8 Abs. Abs. 2 VStG).

nungssteuerliche Erfassung bildet das generell gültige Steuerumgehungsverbot. Dogmatisch ist der Mantelhandel als Ersatztatbestand, als objektivierte Umgehung der gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG steuerbaren Liquidation der Gesellschaft einzuordnen¹⁷.

3.1.2 Umgehung des Steuersubjektes: Der Inländerbegriff

Der Verhinderung der Umgehung des Tatbestandsmerkmals Inländer durch Vorschubung eines Ausländers, d.h. einer möglichen Steuerumgehung präventiv zu begegnen, dient die Ergänzung des formellen Inländerbegriffes – «Inländer ist, wer im Inland Wohnsitz, dauernden Aufenthalt oder statutarischen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist; ...» (Art. 9 Abs. 1, 1. Halbsatz VStG) – mit dem Ersatztatbestand des *wirtschaftlichen Inländers* – «...als Inländer ... gelten auch juristische Personen und Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die ihren statutarischen Sitz im Ausland haben, jedoch tatsächlich im Inland geleitet werden und hier eine Geschäftstätigkeit ausüben» (Art. 9 Abs. 1, 2. Halbsatz VStG)¹⁸.

In der Praxis ist dieser Inländer-Ersatztatbestand von der ESTV in verschiedenen Sachzusammenhängen konkretisiert worden¹⁹:

- betreffend die *Anlage und Rückführung von Treuhandgeldern durch eine inländische Bank bei verbundenen Unternehmen im Ausland*²⁰;
- betreffend die *Anlagen in Schweizerfranken von Inländern bei ausländischen, rechtlich unselbständigen Filialen inländischer Banken*²¹;
- und, zunehmend ausgefeilter, weil aktueller: betreffend die *Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft resp. allgemein betreffend strukturierte Finanzierungen*²².

Regelmässig geht es bei diesen Konkretisierungen darum festzustellen, dass der Leistungsschuldner seinen Sitz nicht nur pro forma im Ausland hat, sondern dort

über «Substanz» verfügt und die durch diesen aufgenommenen Gelder nicht in die Schweiz zurückfliessen resp. hier verwendet werden, mit anderen Worten der Ausländer als Steuersubjekt nicht nur vorgeschoben ist.

3.1.3 Die Sitzverlegung

Eine, je nach Blickwinkel, präventive Verhinderung der Steuerumgehung oder schlicht eine steuersystematische Schlussabrechnung bezwecken die Bestimmungen über die *Sitzverlegung* der juristischen Personen und Anlagefonds ins Ausland (Art. 4 Abs. 2 VStG) sowie die Überführung der Versicherung oder der Versicherungsansprüche auf einen ausländischen Versicherer resp. Anspruchsberechtigten (Art. 7 Abs. 2 VStG).

Nur die Verlegung des statutarischen Sitzes, nicht aber die Verlegung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland wird gemäss Pfund²³ verrechnungssteuerlich als Liquidation behandelt: «VStG 4 II knüpft an die Verlegung des Sitzes und nicht an die Preisgabe der Inländereigenschaft an (VStG 9 I).»²⁴ Es bleibt hier die grundsätzliche Feststellung, dass die Verlegung des formellen Sitzes die Liquidationsfiktion auslöst und der Zweck dieser Regelung, die Missbrauchsbekämpfung oder die Gewährleistung der Verrechnungssteuerpflicht, eine generelle Anknüpfung an die Aufgabe der Inländereigenschaft klar rechtfertigen würde – eine Möglichkeit, welche Art. 22 Abs. 5 VStV m.E. auch impliziert.

3.2 Doppelte Erhebung zwecks Vermeidung einer doppelten oder missbräuchlichen Rückerstattung

3.2.1 Repo- und SLB-Transaktionen

Im Zusammenhang mit Repo- und SLB-Transaktionen²⁵ wird, aufgrund praktischer Erwägungen, eine Entschädigung zwischen den Vertragsparteien für entgangenen Dividendenertrag²⁶, die «manufactured dividend» resp. die «passed-on dividend» bei Transaktionen mit Schweizer Titeln über den Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit, d.h. eine Zahlung, die nachweislich nicht aufgrund eines Be-

17 Dies im Gegensatz zur Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG, welche in allen anderen Fällen von Beteiligungsverkäufen (allenfalls) zur Diskussion steht.

18 PFUND, zu Art. 9 Abs. 1 N. 1.13 ff.; Duss, S. 410 f.; dieser Ersatztatbestand bezieht sich explizit nur auf den Inländerbegriff in Art. 4 VStG, somit nicht auf die Ausnahmen von der Steuerpflicht gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und die Inländereigenschaft des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten gemäss Art. 7 Abs. 1 VStG.

19 Weiterführend BAUER-BALMELLI, § 5, 2.2.5.

20 Merkblatt S-02.124 der ESTV vom 22.9.1986.

21 Merkblatt ESTV vom 15.12.1986.

22 Dazu ausführlich JAUSSE, ST 1997, S. 571 ff. und DERS., Finanzierungen, S. 1 ff.

23 PFUND, zu Art. 4 Abs. 2 N. 6.3; ebenso, in Anlehnung an PFUND, Duss, S. 626 f.; vgl. auch MÄUSLI, S. 92 f.

24 Auch aus Art. 22 Abs. 5 VStV könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Weiterführend BAUER-BALMELLI, § 5, 2.5.5.1 FN 181.

25 Ausführlich dazu MISTELI, S. 227 ff.; BAUER-BALMELLI, § 10, 4.

26 Dasselbe gilt analog für Zinsen auf Obligationen etc.

teiligungsrechtes aus der Gesellschaft selbst fliesst, notabene ohne gesetzliche Grundlage, als Beteiligungsertrag der Verrechnungssteuer unterworfen. Dies, obwohl die Originaldividende bereits mit der Verrechnungssteuer erfasst wird. Damit wird das Objekt der Verrechnungssteuer in einem vom Gesetzeswortlaut und -sinn nicht gedeckten Ausmass, d.h. gesetzwidrig, erweitert. Die Frage der Umgehung des Steuerobjektes steht nicht zur Diskussion.

Ziel dieser auf einem Gentlemen's Agreement zwischen der die Marktteilnehmer vertretenden Schweizerischen Bankiervereinigung und der ESTV beruhenden Regelung ist es erklärermassen, eine *doppelte Rückerstattung* derselben Verrechnungssteuer zu vermeiden. Die Steuerproblematik liegt nicht bei diesen Geschäften an sich, sondern bei dem für die reibungslose Abwicklung dieser Geschäfte optimierten Couponabrechnungsverfahren der Banken: Gemäss Bankenusanz werden sowohl für den Originalertrag als auch für die Kompensationszahlungen normale Coupongutschriften mit Quellensteuerabzug ausgestellt. Das Problem entsteht, weil alsdann bezüglich dem wirtschaftlich identischen Vermögensertrag – Originaldividende und Kompensationszahlung – zwei Steuerpflichtige deklarieren und aufgrund einer gültigen Couponabrechnung Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen können, obwohl diese – gäbe es die getroffene Regelung nicht – nur einmal entrichtet worden wäre.

Ansatzpunkt für eine alternative Lösungsmöglichkeit ist, soweit die Unmöglichkeit einer korrekten Differenzierung bei der Erstellung der Coupongutschriften durch die Banken respektiert wird, das Rückerstattungskriterium «Recht zur Nutzung»; dazu unten, Ziff. 4.1.6.

4 Die Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer

4.1 Die Steuerumgehung im schweizinternen Verhältnis: Art. 21 Abs. 2 VStG

4.1.1 Grundsätzliches zur Rückerstattung und zum Umgehungsvorbehalt

Anspruch auf vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer hat, wer im Zeitpunkt der Fälligkeit der steuerbaren Leistung sämtliche Anspruchskriterien, d.h. die steuerliche Zugehörigkeit, das Recht zur Nutzung²⁷

und die Deklarations- resp. Verbuchungspflicht erfüllt und den Rückerstattungsanspruch form- und fristgerecht geltend macht (Art. 21 ff. VStG); dies vorbehaltlich einer Steuerumgehung.

Das Verrechnungssteuergesetz enthält in Art. 21 Abs. 2 eine Generalklausel zur Bekämpfung der Steuerumgehung. Diese wird in der Praxis grundsätzlich nach der dargelegten bundesgerichtlichen Formel angewendet, obwohl die Frage der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer insofern speziell ist, als sie sich nicht im Zusammenhang mit der Erhebung einer ordentlicherweise zu entrichtenden Steuer stellt, sondern im Zusammenhang mit der Rückerstattung einer bedingt entrichteten Steuer. Der Steuerumgehungs-begriff bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist deshalb dem besonderen Zweck der Verrechnungssteuer und seiner spezifischen Funktion entsprechend genauer zu definieren und gegenüber den übrigen Anspruchskriterien, insbesondere dem Recht zur Nutzung, abzugrenzen. Aufzuzeigen ist auch, was aus der differenzierten Steuerumgehungslehre nach Höhn²⁸ für die besonderen Umstände der Steuerumgehung bei der Rückerstattung abgeleitet werden kann.

4.1.2 Die Legaldefinition resp. Generalklausel

Die Problematik der Steuerumgehungs-Generalklausel in Art. 21 Abs. 2 VStG – «Die Rückerstattung ist in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerumgehung führen würde.» – ist offensichtlich: Die Bestimmung ist völlig generell und offen formuliert und in Bezug auf das Schutzobjekt unklar und unbestimmt. Aufgrund des Wortlautes – «eine Steuerumgehung», «eludere un'imposta», «éluder un impôt» – und angesichts der erhebungsmethodischen Verquickung von Verrechnungssteuer und allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern im schweizinternen Verhältnis rechtfertigt sich die Frage, ob die Steuerumgehungsklausel die Umgehung von Steuern generell, der allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern oder aber die Umgehung der Verrechnungssteuer resp. – da diese im relevanten Zeitpunkt, wenn es um die Frage geht, ob Rückerstattung gewährt wird oder nicht, bereits abgeliefert ist – die Umgehung der Rückerstattungs Voraussetzungen, mithin die ungerechtfertigte Erschleichung der Rückerstattung, verhindern will. Diese Unbestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes ist unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips höchst bedenklich, wirkt doch diese Norm indirekt steuerbegründend²⁹.

27 Bei Lotteriegewinnen: Eigentum am Los.

28 Vgl. vorne, 2.1.

29 Die suspensiv bedingt erhobene Verrechnungssteuer wird durch die Verweigerung der Rückerstattung wegen Steuerumgehung definitiv.

4.1.3 Das Objekt der Umgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG

4.1.3.1 Erläuterungen des Bundesgerichtes

In seinem Entscheid vom 11. Dezember 1981 hat das Bundesgericht ausgeführt³⁰, die Verrechnungssteuer habe «...primär den Sinn, Steuerdefraudation zu verhindern. Wenn immer eine Steuerumgehung vorliegt, sei es hinsichtlich der Verrechnungssteuer, sei es hinsichtlich der ordentlichen Steuer, hat gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG die Rückerstattung zu unterbleiben.»

Diese Erläuterungen zum Anwendungsbereich des Steuerumgehungstatbestandes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG sind – soweit überhaupt von Erläuterungen gesprochen werden kann – unspezifisch und inkonsistent. Eine Steuerdefraudation, d.h. eine Hinterziehung – welcher Steuer? – ist dogmatisch etwas völlig anderes als eine Steuerumgehung. Die Umschreibung schießt über das Ziel hinaus und ist, wie der gesetzliche Tatbestand, unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips höchst problematisch. Die Verrechnungssteuer basiert, auch historisch nachvollziehbar, auf einer klaren Konzeption mit klar definiertem Zweck. Das gesetzlich vorgesehene Regelwerk vermag auch ohne ausufernde Interpretation des Umgehungstatbestandes den vorgesehenen Zweck problemlos zu erfüllen.

Das Bundesgericht hat auch wiederholt betont, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine von den Beteiligten getroffene Regelung eine Umgehung darstellt, alle Umstände zu berücksichtigen seien, mit denen diese Regelung zusammenhänge. Es stelle sich entsprechend die Frage der Steuerumgehung im Zusammenhang mit dem Ganzen, d.h. in concreto bei einem Kaufgeschäft, nicht nur in Bezug auf das Verhalten der Käufer der Aktien (denen die Rückerstattung verweigert wurde), sondern auch in Bezug auf das Verhalten der Verkäufer der Aktien³¹.

4.1.3.2 Das Objekt der Umgehung – These resp. Folgerung

Was Schutzobjekt des Steuerumgehungstatbestandes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist, muss durch Auslegung dieser Norm ermittelt werden. Dabei hat sich die Interpretation einer derart unspezifisch formulierten Norm jedenfalls auch am notwendigen Regelungsinhalt zu orientieren.

– Der *Wortlaut* von Art. 21 Abs. 2 VStG ist dafür nicht weiter ergiebig.

- Aufgrund der *systematischen Stellung* der Norm im Gesetz – unter der Marginalie «A. Rückerstattung der Steuer auf Kapitalerträgen und Lotteriegewinnen, I. Allgemeine Voraussetzungen des Anspruchs» ist die Steuerumgehungsklausel als Absatz 2 eingefügt – ist zu schliessen, dass diese als Vorbehalt, bei Erfüllung sämtlicher (übrigen) materiellen Rückerstattungsvoraussetzungen – steuerliche Zugehörigkeit, Recht zur Nutzung –, zu verstehen ist, mithin auf eine Umgehung resp. Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen zielt.
- Auch die *Konzeption* der Verrechnungssteuer, deren *innere Systematik*, deutet klar darauf hin. Die Verrechnungssteuer hat, damit sie zweckgemäss funktioniert, zwei Anknüpfungsmomente: die Erhebung mit der Definition des Steuerobjektes (inkl. -subjekt) und die Rückerstattung mit der Definition des qualifizierten Anspruchsberechtigten und Antragstellers. Die beiden Anknüpfungspunkte funktionieren insofern völlig unabhängig voneinander, als sich die Erhebung ausschliesslich an der Definition des Objektes, die Rückerstattung ausschliesslich an der Qualifikation des Antragstellers orientiert. Verquickt sind die beiden Anknüpfungsmomente nur insofern, als die Qualität (und das Tun) des Antragstellers darüber entscheidet, ob die Erfassung des Objektes mit der Verrechnungssteuer eine definitive ist oder nicht. Die Verrechnungssteuer funktioniert in ihrer Grundkonzeption, wenn sich der «Steuer»-Umgehungsvorbehalt lediglich auf die Erfüllung der Rückerstattungsvoraussetzungen, mithin das Sein (steuerliche Zugehörigkeit) und Haben (Recht zur Nutzung) des Antragstellers, bezieht.
- Die *Entstehungsgeschichte* und der *Zweck* der Verrechnungssteuer führen zum selben Schluss. Die Grundidee der Verrechnungssteuer ist es sicherzustellen, dass die erzielten Einkünfte (und das Vermögen) mittels Deklaration der grundsätzlichen Erfassungsmöglichkeit mit den allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern zugeführt, d.h. nicht hinterzogen werden. Die Hinterziehung, d.h. die Nichtdeklaration erzielter steuerbarer Einkünfte, ist dogmatisch strikt von der Steuerumgehung zu unterscheiden. Die Steuerumgehung ist ein ungewöhnliches, missbräuchliches Umgehen des steuerbaren Tatbestandes, welches dazu führt, dass dieser konkrete steuerbare Tatbestand zwar nicht verwirklicht, aber – ohne Steuerfolgen – derselbe wirtschaftliche Nutzen erreicht wird. Der Rückerstattungsantrag enthält aber definitionsgemäss die Deklaration –

30 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 1 a und 3; vgl. auch BGer 4.5.1999, ASA 68 (1999/00) 739 Erw. 5 b.

31 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 1 b; vgl. auch STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 5.

was die Hinterziehung derselben Einkünfte definitiv ausschliesst – von aus der Sicht des Antragstellers bei den allgemeinen Einkommenssteuern grundsätzlich steuerbaren Einkünften. Für eine Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern und damit für die Notwendigkeit ihrer Verhinderung durch Art. 21 Abs. 2 VStG verbleibt somit rein logisch kein Raum. Wer Einkünfte der Besteuerung bei den allgemeinen Einkommenssteuern zuführt, kann bezüglich dieser Einkünfte nicht gleichzeitig eine Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern begehren³².

Zusammenfassend ist aufgrund dieser Argumente zu schliessen, dass die Steuerumgehungs-Generalklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ausschliesslich die umgekehrte Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen und damit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer verhindern will: Der formell die Voraussetzungen für die Rückerstattung erfüllende Antragsteller ist durch missbräuchliche Manipulation des Sachverhaltes im Sinne der Steuerumgehungskriterien in diese Position gelangt, und die Rückerstattung, würde sie gewährt, käme letztlich wirtschaftlich und damit tatsächlich einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten zugute³³. Mit anderen Worten: *Schutzobjekt von Art. 21 Abs. 2 VStG ist die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an den nicht von einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten vorgeschobenen, d.h. in diesem Sinne originären, steuerehrlichen inländischen Leistungsempfänger*³⁴.

4.1.4 Die typischen Fälle in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte sich in seiner bisherigen Praxis³⁵ im Wesentlichen mit folgenden typischen Fällen zu beschäftigen:

- Ausländer verkaufen eine schweizerische Gesellschaft im Hinblick auf deren Voll- oder Teilliquidation

einem inländischen Dritten ins Geschäftsvermögen (*internationale indirekte [Teil-] Liquidation*)³⁶;

- Ausländer bringen eine vorher direkt gehaltene schweizerische Gesellschaft zum wirklichen Wert gegen Aktienkapital und Darlehen in eine von ihnen beherrschte schweizerische Zwischenholding ein (*internationale Transponierung*)³⁷;
- Ausländer kaufen eine schweizerische Gesellschaft über eine schweizerische Zwischenholding, um das Kaufobjekt alsdann weitgehend zu liquidieren resp. den Kaufpreis aus dessen Substanz zu finanzieren (*Kauf über schweizerische Zwischenholding*)³⁸.

4.1.4.1 Die wesentlichen Sachverhaltsmerkmale

Die in den bisher durch das Bundesgericht entschiedenen Fällen faktisch wesentlichen Sachverhaltsmerkmale der Steuerumgehung bei der Rückerstattung sind somit die Folgenden: Ein ursprünglich an einer über liquide Reserven verfügenden inländischen Gesellschaft direkt beteiligter und damit originär dividendenberechtigter, nicht rückerstattungsberechtigter Ausländer (oder ein inländischer Defraudant³⁹) überträgt die direkte Beteiligung auf einen rückerstattungsberechtigten Inländer. Oder ein nicht rückerstattungsberechtigter Ausländer (oder inländischer Defraudant) akquiriert seine anvisierte direkte Beteiligung an einer solchen Gesellschaft über einen inländischen Rückerstattungsberechtigten. Die Transaktion erfolgt zwecks Teil- oder Vollliquidation der übertragenen Gesellschaft.

Mit Blick auf die Definition des Objektes der Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist die Erfassung der genannten typischen Fälle zu Recht erfolgt, erscheint doch die Schweizer Gesellschaft regelmässig als vorgeschoben.

32 Eine allfällige Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern durch eine Drittperson (Stichwort Systemwechselfälle, unten 5.1.1) kann und darf erst recht nicht zu einer Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer beim Antragsteller führen; das Verhalten einer Drittperson kann und darf dem Antragsteller auf keinen Fall angelastet werden.

33 Vgl. auch PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, N. 4.5 und BÖCKLI, S. 308 f.; HÖHN/WALDBURGER, S. 540 FN 94.

34 PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 2 N. 4.3. Mit dieser Auslegung wird sowohl dem Sicherungszweck – Verhinderung der Steuerhinterziehung im Inland – als auch dem subsidiären Sicherungs- oder Fiskalzweck – Besteuerung des inländischen Defraudanten – und dem direkten Fiskalzweck – Besteuerung des ausländischen Leistungsempfängers – Rechnung getragen; BAUER-BALMELLI, § 8, 3.4.

35 Auch schon unter dem Verrechnungssteuerbeschluss 1943.

36 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583; ebenso die Entscheidung der ESTV in: STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 8 und 12.

37 BGer 30.4.1971, ASA 40 (1971/72) 512; ESTV 6.3.1970, ASA 39 (1970/71) 114.

38 BGer 3.10.1980, ASA 50 (1981/82) 145.

39 In ihrem Entscheid vom 23.1.1958, ASA 28 (1959/60) 101, hat die ESTV in einem Fall, bei dem eine zivilrechtlich in Liquidation gesetzte inländische Gesellschaft einem Inländer verkauft wurde und dieser in der Folge die Namen der Verkäufer verschwie, wohl in der Annahme, dass die Verkäufer inländische Defraudanten waren, eine Steuerumgehung angenommen und dem Käufer die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der Liquidationsdividende verweigert.

4.1.4.2 Die Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge ist eine vollumfängliche Verweigerung der Rückerstattung gegenüber dem vermeintlich rückerstattungsberechtigten inländischen Antragsteller. Die Anwendbarkeit eines DBA wurde bisher soweit ersichtlich in solchen Fällen ohne nähere Prüfung verneint, obwohl bei konsequenter Sachverhaltsfiktion und, sofern die Bedingungen gemäss DBA-Recht erfüllt sind, die dem DBA entsprechende Entlastung gewährt werden müsste. Illustrativ sind die Erwägungen des Bundesgerichtes im bereits zitierten Fall einer internationalen indirekten Teilliquidation, in dem die in Deutschland ansässigen Aktionäre ihre schweizerische Gesellschaft an zwei inländische Gesellschaften verkauft⁴⁰: Es spiele keine Rolle, ob der Fiskus bei sachgemässer Abwicklung nur (i.c.) 15 % der Verrechnungssteuer behalten hätte, denn es sei ein Tatbestand geschaffen worden, der die Anwendbarkeit des DBA ausschliesse. Ob DBA-rechtlich die Rückerstattung tatsächlich verwirkt war oder die vollständige Verweigerung der Rückerstattung DBA-Recht verletzt, wurde allerdings nicht näher geprüft.

Dieser Entscheid ist problematisch: Liegt im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer eine Steuerumgehung vor, ist der umgangene Sachverhalt in aller Konsequenz der steuerlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Es kann nicht einerseits die Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund der Steuerumgehungsklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG verweigert und andererseits eine aufgrund des supponierten Sachverhaltes allenfalls vorliegende DBA-rechtliche Entlastungsberechtigung ignoriert werden.

4.1.5 Die Ergänzung der Bundesgerichtspraxis durch die Verwaltung

Die Verwaltung hat in verschiedenen Sachzusammenhängen den Steuerumgehungsvorbehalt konkretisiert.

Für *inländische Finanzgesellschaften mit ausländischer Interessenbeteiligung* hat die ESTV einen Ersatztatbestand im Sinne einer safe-haven rule statuiert, welcher auf Basis quantitativer Kriterien (Finanzierung, Verzinsung des Fremdkapitals) zunächst eine objektivierte Grenzziehung zwischen erlaubter Steuerersparnis und «vermuteter» Steuerumgehung erlaubt⁴¹.

Werden die Kriterien erfüllt, wird der Sachverhalt nicht auf eine mögliche Steuerumgehung hin untersucht. Aus der Nichteinhaltung der Regeln wird aber umgekehrt nicht per se auf eine Steuerumgehung geschlossen, sondern die Überprüfbarkeit des Sachverhalts auf Steuerumgehung ist wieder offen⁴².

Den Fall der internationalen indirekten Teilliquidation hat die ESTV gemäss ihrer publizierten Praxis konkretisiert und zu einem Fall «*Kauf eines vollen Portemonnaies*» verschärft⁴³: Kauft eine inländische Holdinggesellschaft von Ausländern die Aktien einer über liquide Reserven verfügenden inländischen Gesellschaft, notabene zu einem über dem Nominalwert liegenden Preis, so wird das Vorliegen einer Steuerumgehung bejaht und die Rückerstattung in dem Umfang verweigert, indem die Gesellschaft über nicht betriebsnotwendige Bankguthaben, Kassabestände und Wertschriften verfügt.

Unter rechtlichen Aspekten ist diese von der ESTV vorgenommene Objektivierung der Beurteilung der Rückerstattungsberechtigung beim «*Kauf eines vollen Portemonnaies*» nur dann nicht höchst problematisch, wenn damit die Überprüfung auf Steuerumgehung nicht ersetzt wird.

Im Zusammenhang mit dem *Erwerb eigener Beteiligungsrechte*⁴⁴ hat die ESTV zum Thema Steuerumgehung bei der Rückerstattung Folgendes ausgeführt⁴⁵: «Das Vorliegen einer die Rückerstattung ausschliessenden Steuerumgehung wäre ... zu bejahen, falls eine *inländische juristische Person gezielt Aktien* von inländischen natürlichen Personen oder von im Ausland ansässigen (natürlichen oder juristischen) Personen *aufkaufen* sollte, um diese anschliessend an die ihr Kapital herabsetzende AG zurückzugeben.» Grund ist offenbar die Annahme, die betreffende juristische Person sei nur dazwischen geschaltet worden, um inländischen natürlichen Personen die Erzielung eines steuerfreien Kapitalgewinns zu ermöglichen und um ausländischen Verkäufern den Liquidationsüberschuss verrechnungssteuerfrei zuzuhalten⁴⁶. Dieser Ansatz findet nur dann keine Anwendung, wenn der Erwerb der Beteiligungspapiere über die Börse erfolgt.

Diese Ausführungen sind nicht genügend differenziert und entsprechend zu weitgehend: Es erfolgt keine Unter-

40 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 3; vgl. auch BGer 3.10.1980, ASA 50 (1981/82) 145.

41 Vgl. Rundschreiben Nr. 2215 SBVg vom 17.7.1953, Rückerstattung der Verrechnungssteuer an inländische Finanzgesellschaften mit ausländischer Interessenbeteiligung.

42 Vgl. Duss, S. 497.

43 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 18 (ESTV 15.11.1990).

44 Vgl. dazu ausführlich Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Unternehmungssteuerreform 1997 – Neuregelung des Erwerbs eigener Beteiligungsrechte; VON AH, S. 297 ff. und 327 ff.

45 Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Ziff. 3.5.

46 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 20 (ESTV 6.10.1997).

scheidung danach, ob ein Ausländer resp. ein inländischer Defraudant oder aber ein Inländer seine Titel verkauft; ersteres ist aber Tatbestandsmerkmal der Steuerumgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG. Mit der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer sollen demnach auch gezielte Systemwechselfälle pönalisiert werden, d.h. die bewusste Erzielung eines steuerfreien privaten Kapitalgewinnes durch einen (steuerehrlichen) Inländer⁴⁷, und damit Fälle, die allenfalls wegen Steuerumgehung auf Ebene der allgemeinen Einkommenssteuern als Vermögensertrag beim Verkäufer mit dieser erfasst werden könnten. Aus verrechnungssteuerlicher Sicht wäre allenfalls zu prüfen, wer das Recht zur Nutzung innehat, ob dieses allenfalls dem Veräusserer eingeräumt worden ist. Im Übrigen könnte der Sachverhalt auch auf das Vorliegen eines Scheingeschäftes oder eines Treuhandverhältnisses überprüft werden.

Im Zusammenhang mit den Steuerfolgen beim Veräusserer, der aus seinem Privatvermögen verkauft, wird im genannten Kreisschreiben ausgeführt⁴⁸: «Veräussert die rückkaufende Gesellschaft oder Genossenschaft die Beteiligungsrechte innerhalb der Sechsjahresfrist von Art. 4a Abs. 2 VStG (bzw. Zweijahresfrist für vinkulierte Namenaktien), erzielt der Veräusserer im Zeitpunkt des Verkaufs der Beteiligungsrechte – unter Vorbehalt einer Steuerumgehung – einen privaten steuerfreien Kapitalgewinn (Art. 16 Abs. 3 DBG). Von einer Steuerumgehung würde insbesondere dann ausgegangen, wenn auf die Veräusserung ein erneuter Erwerb durch die Gesellschaft folgen würde.»

Es scheint hier die Einkommenssteuerumgehung bei der veräussernden Privatperson nicht klar von der Verrechnungssteuerumgehung durch die Gesellschaft unterschieden zu werden. Wird der Bestand an eigenen Beteiligungsrechten zwecks Vermeidung des Fristablaufs laufend umgewälzt, ist dies allenfalls als Umgehung des verrechnungssteuerpflichtigen Tatbestandes durch die Gesellschaft zu betrachten, hat aber mit einer Einkommenssteuerumgehung – welche ohnehin nicht aufgrund von Art. 21 Abs. 2 erfasst werden könnte – durch die veräussernde Privatperson nichts zu tun.

4.1.6 Das Verhältnis zum Kriterium «Recht zur Nutzung»

Obwohl die Steuerumgehungsklausel als Vorbehalt zu den positiven Anspruchskriterien zu verstehen ist, erfolgt in der Praxis bisher keine saubere Abgrenzung zwi-

schen dem Anspruchskriterium einerseits und dem Steuerumgehungsvorbehalt andererseits. Um eine solche zu ermöglichen, gilt es deshalb, zunächst das Kriterium «Recht zur Nutzung» in seinem vollen Gehalt zu erfassen.

4.1.6.1 Der Begriff «Recht zur Nutzung»

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG hat der steuerehrliche Inländer nur dann Anspruch auf Rückerstattung der von seinen Kapitalerträgen abgezogenen Verrechnungssteuer, «wenn er bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass».

Das Recht zur Nutzung ist das Zuordnungselement im Rückerstattungsrecht und dient damit der genauen Identifikation des – weil Leistungsempfänger – Rückerstattungsberechtigten. Dieses Zuordnungselement hat im Hinblick auf den Sicherungszweck der Verrechnungssteuer eine besondere Bedeutung, soll es doch – neben dem Vorbehalt der Steuerumgehung bei der Rückerstattung – sicherstellen, dass die Rückerstattung dem effektiv Berechtigten gewährt wird und dass sie nur einmal erfolgt.

4.1.6.2 Die Auslegung des Bundesgerichtes

Noch unter dem Verrechnungssteuerbeschluss 1943 hatte das Bundesgericht für dessen praktisch gleichlautenden Art. 7 Abs. 1 entschieden⁴⁹, mit dieser Formel werde eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass es nicht auf die Berechtigung am steuerbaren Ertrag selbst ankomme, sondern auf das zivilrechtliche Eigentum oder die zivilrechtliche Nutzniessung am Stammrecht; das verlange nicht nur der Zweck der Bestimmung, sondern ergebe sich auch klar aus deren Wortlaut und Sinn.

In seinem Entscheid vom 25. Januar 1985 überprüfte das Bundesgericht⁵⁰ diese Rechtsprechung und kam einerseits mit Hinweis auf die Regelung für Lotteriegewinne in Art. 21 Abs. 1 lit. b VStG, die explizit Eigentum am Los verlangt, und andererseits mit Verweis auf den logischen Zusammenhang zwischen Art. 14 VStG, der die zwingend vorgeschriebene Überwälzung der Verrechnungssteuer auf den Leistungsgläubiger regelt, und Art. 21 VStG zum Schluss, dass unter dem Recht zur Nutzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG nicht Eigentum oder Nutzniessung zu verstehen sei, sondern der – obligatorische – Anspruch auf den Ertrag, den der betreffende Vermögenswert abwerfe. Eine solche Ausle-

47 So explizit HOCHREUTENER, ST 1996, S. 501.

48 Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Ziff. 4.2.

49 BGer 14.11.1958, ASA 28 (1959/60) 107 Erw. 1; vgl. auch BGer 1.6.1962, ASA 31 (1962/63) 339.

50 BGer 25.1.1985, ASA 54 (1985/86) 386 Erw. 4 b; vgl. auch die Auseinandersetzung mit dieser Praxisänderung in STOCKAR, ST 1986, S. 60 ff.

gung entspreche auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach derjenige den Nutzen einer Sache habe, dem daraus auch der Ertrag zukommt. Dieses Nutzungsrecht dürfe allerdings nicht bloss vorgegeben (simuliert) sein. Es bestehe aber kein Anlass, Missbräuchen – konkret die vorgegebene resp. fiduziarische Übereignung des Vermögenswertes oder des Nutzungsrechtes vom Eigentümer des Stammrechtes, der Ausländer oder Defraudant ist, auf einen anspruchsberechtigten Inländer – durch eine entsprechend enge zivilrechtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zu begegnen. In solchen Fällen käme Art. 21 Abs. 2 VStG, der die Steuerumgehung bei der Rückerstattung regelt, zum Zuge.

In seinem späteren Entscheid vom 26. Juli 1985 präzisierete das Bundesgericht⁵¹, Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG enthalte mit der Umschreibung «Recht zur Nutzung» nicht einen zivilrechtlichen, sondern einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt und sei dementsprechend wirtschaftlich auszulegen⁵². Das Nutzungsrecht gehe wirtschaftlich betrachtet dem zivilrechtlichen Eigentümer auch dann ab, wenn er zwar keiner formellen vertraglichen Verpflichtung zur Weiterleitung des Ertrages unterliege, sich aber aus der Gesamtheit der Umstände schliessen lasse, dass ihm der Kapitalertrag nicht verbleibt⁵³.

4.1.6.3 Folgerung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes derjenige hat, dem aufgrund von Eigentum⁵⁴, Nutzniessung⁵⁵ oder aufgrund eines obligationenrechtlichen Anspruchs, jedenfalls aufgrund eines gültigen Rechts, der Nutzen unbelastet und effektiv zukommt, wer mit anderen Worten über diesen ausschliesslich und frei Verfügungsberechtigt ist. Massgebend sind die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse, welche aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu ermitteln sind⁵⁶. Treuhand-

verhältnisse sind entsprechend als solche zu berücksichtigen, simulierte Verhältnisse sind unbeachtlich.

Das so definierte Recht zur Nutzung kann somit entweder *dinglich*, *obligatorisch* oder, je nach Interpretation der bundesgerichtlichen Äusserungen, auch nur effektiv, d.h. rein *faktisch* begründet sein⁵⁷. Letzteres beschlägt das Thema «geldwerte Leistungen an nahestehende Dritte».

Eine tatsächliche Besteuerung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge mit den allgemeinen Einkommenssteuern wird nicht vorausgesetzt, entgegen dem, was die StRK⁵⁸ in einem obiter dictum andeutet. Wesentlich ist zunächst und grundsätzlich nur die Einkommenssteuer-Objektqualität dieser Erträge in den Händen des Empfängers und primär Nutzungsberechtigten. Erfolgt trotzdem keine Besteuerung, sind die Gründe, weshalb diese unterbleibt, zu überprüfen.

Auf Basis dieser Definition des Begriffes «Recht zur Nutzung» liessen sich theoretisch auch die Probleme einer allfälligen doppelten Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei den Repo- und SLB-Transaktionen lösen⁵⁹.

4.1.6.4 Die typischen Problemfälle

Die Kasuistik zum Thema «Recht zur Nutzung» ist vielfältig und zahlreich. In der Praxis wurde bisher bei den folgenden vereinfacht dargestellten Sachverhalten, die typischerweise die Frage, wem denn tatsächlich das Recht zur Nutzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zukommt, provozieren, dieses regelmässig abgesprochen:

- Ein Inländer kauft systematisch vor Couponverfall Schweizer Wertschriften von einem Ausländer gegen Kredit, veräussert diese kurz nach Couponverfall wieder an einen Ausländer und verwendet den Erlös zur Verzinsung und Rückzahlung des Darlehens (*dividend stripping*)⁶⁰.

51 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 35.

52 Ebenso PÜRRO-SCHWOB, ST 1994, S. 608; a.M. PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.25; sie führen aus: «Für die (wirtschaftliche Betrachtungsweise) als Auslegungs-(Hilfe) besteht im Hinblick auf VStG 21 II im Rahmen von VStG 21 I nicht nur kein Bedürfnis, sondern bleibt auch kein Raum.»

53 Bereits in seinem Entscheid vom 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267 Erw. 2, hatte das Bundesgericht ausgeführt, entscheidend sei gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, ob der die Rückerstattung beanspruchende Leistungsempfänger *effektiv* das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass; auf das Fehlen einer *formellen* Treuhandschaft könne nicht abgestellt werden. Diese Überlegungen liegen auch dem Entscheid der StRK vom 19.2.2001, VPB 65.112, zugrunde; es könne i.c. zumindest von einem treuhandähnlichen Verhältnis ausgegangen werden.

54 Art. 641 ff. ZGB.

55 Art. 745 ff. ZGB.

56 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, insbes. Nr. 6, 14, 29, 31, 32, 57 und 61; PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.22 ff. und 2.28; entsprechend überflüssig erscheint die explizite Regelung der Treuhandverhältnisse in Art. 61 VStV, wonach der Treugeber grundsätzlich rückerstattungsberechtigt ist.

57 A.M. PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.22; der bundesgerichtlichen Formulierung (BGer 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267 Erw. 2) «effektiv das (Recht zur Nutzung) besitzen» dürfe schwerlich entnommen werden, dass eine tatsächliche Nutzung genüge.

58 StRK 19.2.2001, VPB 65.112, Erw. 3 b in fine.

59 BAUER-BALMELLI, §10, 4.2.; MISTELI, S. 216; vorne, 3.2.1.

60 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, N. 35 (BGer 26.7.1985).

- Eine inländische Gesellschaft räumt einem Ausländer ein Optionsrecht auf die Aktien einer Schweizer Gesellschaft ein. Dabei wird vereinbart, dass sich der Optionspreis kontinuierlich in dem Umfang ermässigt, in dem sich die inländische Verkäuferin bis zur Ausübung des Optionsrechtes Dividenden ausschütten lässt⁶¹.
- Das Recht auf den Ertrag an Schweizer Titeln wird vom Stammrecht separiert und veräussert. Der Kaufpreis wird dabei so festgelegt, dass faktisch der erwartete zukünftige (Brutto-) Ertrag via Verkaufspreis an den Verkäufer fliesst⁶².
- Ein Ausländer stellt einem Inländer darlehensweise Mittel zur Verfügung, welche dieser in eigenem Namen verrechnungssteuerbelastet anlegt. Gleichzeitig deklariert er diese Anlagen, bringt aber auch das Darlehen sowie die Darlehensverzinsung, welche im Umfang den Erträgen entspricht, zum Abzug⁶³.

Das Recht zur Nutzung dagegen bejaht hat das Bundesgericht im bereits zitierten leading case vom 25. Januar 1985⁶⁴, dem folgendes Sachverhaltsmuster zugrunde lag:

- Sämtliche Beteiligungsrechte an einer Schweizer Gesellschaft werden von einem Inländer an einen Ausländer verkauft, und es wird vereinbart, dass die Dividende aus dem unmittelbar vor dem für den Verkauf massgebenden Bilanzstichtag abgeschlossenen Geschäftsjahr noch dem inländischen Verkäufer zukommen soll.

Die Aufstellung der typischen Problemfälle macht deutlich, dass die Fragen, wem das Recht zur Nutzung effektiv zusteht und ob nicht allenfalls eine Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG vorliegt, eng beieinander liegen, sich diese beiden Problemkreise häufig überschneiden. Das Bundesgericht hat in den genannten Entscheiden denn auch regelmässig das Thema Steuerumgehung, wenn auch nur in einem obiter dictum, erwähnt oder kurz diskutiert. Interessant ist auch die Feststellung, dass in den Erwägungen des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit dem Begriff «Recht zur Nutzung» nie mit dem Zweck, insbesondere dem Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, argumentiert wird, während der allerdings nicht näher definierte Sicherungszweck bei den Umgehungsfällen i.d.R. als gewichtiges Argument verwendet wird.

4.1.6.5 Die Abgrenzung: Steuerumgehung vs. Recht zur Nutzung

Die Grenzziehung zwischen dem Steuerumgehungstatbestand und dem Kriterium «Recht zur Nutzung» liegt theoretisch beim missbräuchlichen Vorgehen. Die Abgrenzung erfolgt jedoch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insgesamt nicht scharf, sondern es besteht eher die Tendenz, die Rückerstattungsberechtigung in den kritischen Fällen unter dem einen oder anderen Kriterium zu verneinen und alsdann festzustellen, auch unter dem anderen Kriterium hätte die Rückerstattung verweigert werden können.

Sachverhalte, in denen die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht aufgrund des wirtschaftlich weit verstandenen Rechts zur Nutzung verweigert werden kann, können unter den generellen, in der praktischen Anwendung einen eigentlichen Rechtsmissbrauch nicht voraussetzenden Steuerumgehungstatbestand subsumiert werden. Der Raum für die Aberkennung der Rückerstattungsberechtigung ist mit diesen zwei Anknüpfungsmomenten damit weit und letztlich sowohl intern – bezüglich der Frage, welches Kriterium anzuwenden ist – als auch in seinem Gesamt-Anwendungsbereich unscharf abgegrenzt.

Damit besteht z.B. die Gefahr, dass in nahezu sämtlichen Fällen, in denen nicht schon seit jeher der im Inland steuerpflichtige und steuerehrliche Antragsteller auch Anspruchsberechtigter für die verrechnungssteuerbelasteten Erträge war, mit anderen Worten dieser den den Ertrag abwerfenden Vermögenswert einmal käuflich erworben hat, die Rückerstattungsberechtigung zunächst wegen Steuerumgehung aberkannt wird. Kann die Vermutung des missbräuchlichen Vorgehens dieser Übertragung widerlegt werden, wird die Rückerstattung durch Aberkennung des wirtschaftlich interpretierten Rechts zur Nutzung aberkannt, sofern der direkte Leistungsempfänger und grundsätzlich Rückerstattungsberechtigte eine äquivalente Leistung an den Verkäufer erbringt, was in der einen oder anderen Form immer zutrifft. Dazu illustrativ ist die Argumentation der StRK im genannten Entscheid vom 19.2.2001⁶⁵.

Die beiden Kriterien überschneiden sich inhaltlich: Mit beiden soll verhindert werden, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer einem nicht anspruchsberechtigten Ausländer oder inländischen Defraudanten zukommt. Wird das Recht zur Nutzung als Zuordnungskri-

61 BGer 6.2.1970, ASA 39 (1970/71) 383.

62 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 61 (ESTV 2.6.1988).

63 BGer 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267; vgl. auch StRK vom 19.2.2001, VPB 65.112.

64 BGer 25.1.1985, ASA 54 (1985/86) 386, vorne, 4.1.5.2.

65 StRK 19.2.2001, VPB 65.112, Erw. 2 b cc in fine.

terium eng zivilrechtlich als dingliches Nutzungsrecht verstanden, bleibt für die Überprüfung auf Steuerumgehung viel Raum – wird das Recht zur Nutzung dagegen rein wirtschaftlich interpretiert, hat der Steuerumgehungstatbestand praktisch weniger Bedeutung. Sachgerecht ist wohl, das Recht zur Nutzung als positives, d.h. den Rückerstattungsanspruch beim Erstempfänger begründendes Kriterium wirtschaftlich weit zu verstehen, d.h. als dinglich basiertes, vertraglich eingeräumtes oder rein faktisches, jedenfalls aber unbelastetes Nutzungsrecht. Die Aberkennung des so behaupteten Rechts zur Nutzung wäre alsdann nur aufgrund einer Überprüfung auf Steuerumgehung möglich. Erster Anhaltspunkt für das mögliche Vorliegen einer Steuerumgehung wäre eine irgendwie geartete Weiterleitung an einen Ausländer oder einen inländischen Defraudanten, wobei die Gesamtumstände aber anhand aller Steuerumgehungskriterien sorgfältig zu prüfen wären. Damit käme auch dem Missbrauchsmoment wieder die ihm entsprechende sachgerechte Rolle zu.

4.2 Die Steuerumgehung im internationalen Verhältnis

4.2.1 Grundsätzliches zur Rückerstattung im internationalen Verhältnis

Einen Anspruch auf teilweise oder vollständige Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer auf den Erträgen aus beweglichem Kapitalvermögen⁶⁶ kann der ausländische Leistungsempfänger nur dann geltend machen, wenn er ein zwischen der Schweiz und seinem Ansässigkeitsstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen, das eine solche Entlastung vorsieht, in Anspruch nehmen kann⁶⁷. Wesentlich ist hier die konzeptionelle Feststellung, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gegenüber dem ausländischen Leistungsempfänger aufgrund der DBA-rechtlichen Kollisionsregeln, welche die (quantitative) Abgrenzung der Besteuerungsbefugnisse der Vertragsstaaten bezwecken, erfolgt und nur ausnahmsweise, in zwei explizit gesetzlich definierten Fällen, nach Verrechnungssteuerrecht. So bei Erträgen aus Anteilen an auslandbezogenen Anlagefonds⁶⁸ und für gewisse Erträge, bei denen der

Empfänger ein ausländischer Staat ist⁶⁹. Entsprechend ist auch die Umgehungs- resp. Missbrauchsproblematik bei der Rückerstattung im internationalen Verhältnis nach international-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Die im DBA vorgesehene Steuerentlastung kann eine Person i.d.R. – vorbehaltlich der missbräuchlichen Inanspruchnahme des DBA – dann in Anspruch nehmen, wenn sie gemäss den Abkommensbestimmungen im Abkommensstaat ansässig (resident) und an den Vermögenswerten, die den Ertrag abwerfen, uneingeschränkt Nutzungsberechtigt (beneficial owner) ist⁷⁰. Der Nachweis der effektiven Versteuerung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge (eine Subject-to-tax-Klausel) ist i.d.R. in den DBA nicht vorgesehen⁷¹. Vorbehalten bleibt die Erfüllung der formellen Rückerstattungsbedingungen, d.h. die formrichtige Antragstellung innert der vorgesehenen Frist⁷².

4.2.2 Die Missbräuchliche Inanspruchnahme von DBA

4.2.2.1 Grundsätzliches

Analog zur Unzulässigkeit der Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist auch die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen nicht zulässig. Eine solche liegt vor, wenn die im Abkommen umschriebenen Voraussetzungen für die Rückerstattung zwar formell, nicht aber in tatsächlicher, materieller Hinsicht erfüllt sind und damit letztlich die Abkommensvorteile Personen zugute kämen, die nicht abkommensberechtigt sind⁷³.

Die missbräuchliche Inanspruchnahme eines DBA führt dazu, dass entweder die konkreten Abkommensvorteile nicht beansprucht werden können⁷⁴, mithin die Rückerstattung der Verrechnungssteuer vollumfänglich verweigert wird, oder allenfalls, wie z.B. im DBA-NL explizit vorgesehen, nur die weniger umfassenden Abkommensbegünstigungen beansprucht werden können⁷⁵. Es stellt sich auch hier, aufgrund der Betroffenheit verschiedener Steuerhoheiten allerdings komplexer, die – zu bejahende – Frage der konsequenten Sachverhaltsfiktion.

66 Die Verrechnungssteuer auf Lotteriegewinnen ist in den schweizerischen DBA regelmässig ausdrücklich vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommen, LOCHER, INStR, S. 187 f. Die Verrechnungssteuer auf Versicherungsleistungen wird, so sie denn überhaupt erhoben wird und nicht die als Regelfall vorgesehene Meldung stattfindet, nur gegenüber dem inländischen Leistungsempfänger erhoben. Sie spielt somit im internationalen Verhältnis keine Rolle.

67 Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 OECD-MA.

68 Art. 27 VStG.

69 Art. 28 Abs. 1 VStG.

70 LOCHER, INStR, S. 135; VOGEL, vor Art. 10–12 N. 5.

71 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 6; LUTZ, S. 87 ff.

72 Vgl. LOCHER, INStR, S. 98 f.; Bundesbeschluss über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vom 22.6.1951, SR 672.2.

73 VAN WEEGHEL, S. 95 ff.; LUTZ, S. 7 ff.; MEILI, S. 163 ff.

74 LOCHER, INStR, S. 141.

75 Vgl. FN 77; HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 367 f.

4.2.2.2 Das Bekämpfungsinstrumentarium

Das Instrumentarium zur Bekämpfung von DBA-Missbrauch ist vielfältig⁷⁶. Dazu gehören einerseits die in verschiedenen Abkommen explizit enthaltenen Bestimmungen gegen deren missbräuchliche Inanspruchnahme, wie z.B. Art. 9 Abs. 2 lit. a DBA-NL⁷⁷, die z.T. modifiziert in gewisse DBA aufgenommenen Bestimmungen des Missbrauchsbeschlusses⁷⁸ und wohl auch die Limitation-on-benefits- (LOB-) Klauseln⁷⁹. Die letztgenannten beiden Kategorien von Bestimmungen können, je nach Optik, und selbst wenn sie z.T. interpretationsbedürftige Begriffe enthalten, als (z.T. quantitativ) objektivierte Umgehungstatbestände bezeichnet werden. Allenfalls gehört auch – wie, je nach Auslegung, die LOB-Klauseln – das grundsätzliche Anspruchskriterium «beneficial ownership» zu diesem Instrumentarium, und schliesslich, als allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, ein genereller Missbrauchs- resp. Umgehungsvorbehalt.

Nicht abschliessend geklärt ist u.a. die Frage, inwieweit im internationalen Verhältnis – zusätzlich resp. direkt – auf den Steuerumgehungsvorbehalt in Art. 21 Abs. 2 VStG zurückgegriffen werden kann. Und inwieweit das Anspruchskriterium «beneficial ownership», analog zum Recht zur Nutzung, die Anwendungsnotwendigkeit eines allgemeinen Missbrauchsvorbehaltes einzuschränken vermag. Es gilt auch im internationalen Verhältnis, die möglichen Ansatzpunkte gegeneinander abzugrenzen, in ihrem Anwendungsbereich zu sortieren.

4.2.2.3 Der Steuerumgehungsvorbehalt im internationalen Verhältnis

Bei der Anwendung derjenigen DBA, die keine explizite Missbrauchsbestimmung enthalten, ist gemäss Landolf/Waldburger⁸⁰ auf die allgemeinen Missbrauchs- bzw. Umgehungskriterien abzustellen, welche primär aus den Bestimmungen des DBA abzuleiten sind. Allenfalls könne auch auf die schweizerische Praxis zur Steuerumgehung abgestellt bzw. können die Steuerum-

gehungsbestimmungen der Verrechnungssteuer zur Auslegung der relevanten DBA-Bestimmungen herangezogen werden, wobei, weil die Rückerstattungsvoraussetzungen an sich im DBA geregelt sind, die Steuerumgehungskriterien nicht «als zusätzliche Anforderungen verwendet werden»⁸¹ dürften.

Die OECD⁸² empfiehlt den Staaten, in den Abkommen entweder explizite Missbrauchsbestimmungen oder die Anwendbarkeit der unilateralen, innerstaatlichen Bestimmungen gegen Steuerumgehungen zu vereinbaren. Die Frage, ob allgemeine Rechtsprinzipien – wie ein genereller Umgehungs- resp. Missbrauchsvorbehalt – den Abkommensbestimmungen inhärent sind oder nicht, wird von der Mehrheit der OECD-Mitgliedstaaten wie auch von der ESTV⁸³ bejaht. Entsprechend ist ein expliziter Vorbehalt im jeweiligen Abkommen nicht zwingend notwendig⁸⁴.

Im Zusammenhang mit der Anwendung des *DBA-NL*, das eine *explizite Missbrauchsbestimmung* enthält, hat das Bundesgericht⁸⁵ ausgeführt, für die Auslegung dieser Missbrauchsbestimmung müsse die vom Bundesgericht entwickelte Praxis zur Steuerumgehung nicht herangezogen werden. Erforderlich sei lediglich das subjektive Moment der Missbrauchsabsicht. Im Vertragstext sei weder von einer ungewöhnlichen Gestaltungsweise noch von einer effektiven Steuereinsparung die Rede. Derartigen Umständen komme keine selbständige Bedeutung zu; sie spielten allenfalls zusammen mit anderen Aspekten bei der Feststellung der Missbrauchsabsicht eine Rolle. Auch aufgrund des von der ESTV jeweils beim erstmaligen Einreichen eines Rückerstattungsantrages z.B. aufgrund von Art. 9 Abs. 2 lit. a (i) DBA-NL versandten Fragenkatalogs wird deutlich, dass sich die Feststellung der Missbrauchsabsicht auch im internationalen Kontext auf das faktisch Verwirklichte, die objektiven Umstände, stützt⁸⁶.

Soweit das in Frage stehende DBA *keine spezifische Missbrauchsbestimmung* enthält, wird die Anwendbarkeit der innerstaatlichen Steuerumgehungspraxis als ein

76 Vgl. WIRZ, ST 2002, S. 369 ff.

77 Vgl. dazu ausführlich HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.; LUTZ, S. 213 ff.

78 Bundesratsbeschluss vom 14.12.1962 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, SR 672.202; Art. 22 DBA-B, Art. 23 DBA-D (s. dazu jedoch Art. III des Revisionsprotokolls vom 12.3.2002, zur Zeit: www.estv.admin.ch/data/dba/d/index.htm), Art. 14 DBA-F, Art. 23 DBA-I; der Besteuerungsvorbehalt gilt nur für Schweizer Gesellschaften und in Bezug auf die Entlastung von ausländischen Quellensteuern, vgl. LUTZ, S. 89 ff.

79 Z.B. Art. 22 DBA-US.

80 LANDOLF/WALDBURGER, Kritische Würdigung der Fälle 1 und 2, S. 3 ff.; vgl. LUTZ, S. 160 ff.

81 Vgl. aber BGE 110 Ib 287 Erw. 5 a = ASA 54 (1985/86) 64; vgl. LUTZ, S. 159.

82 OECD-Kommentar, zu Art. 1 N. 7 ff.

83 DUSS/HOCHREUTENER, S. 6.

84 OECD-Kommentar, zu Art. 1 N. 24.

85 BGE 110 Ib 287 Erw. 5 a = ASA 54 (1985/86) 64; vgl. auch die Analyse dieses Entscheids durch HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.; ebenso BGer 16.8.1996, ASA 66 (1997/98) 406, vgl. hinten, FN 109.

86 Veröffentlicht in LANDOLF/WALDBURGER, Beilage zu den Modellfällen.

Grundprinzip unserer Rechtsordnung in der Tendenz befürwortet. Allerdings nur insoweit, als der Einbezug mit dem Sinn und Zweck des DBA übereinstimmt, mithin den durch sorgfältige Auslegung – gemäss den im DBA selbst enthaltenen Regeln resp. gemäss Art. 31 ff. WÜR⁸⁷ – ermittelten Rahmen der anzuwendenden Normen nicht sprengt oder aushöhlt⁸⁸. Die StRK hat denn in ihrem Entscheid vom 28. Februar 2001⁸⁹ betreffend die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-L erwogen, die Auslegung des DBA-Begriffes «bénéficiaire» nach den Regeln von Art. 31 WÜR, namentlich die Begriffserfassung aufgrund ihres Bedeutungszusammenhangs (context), erlaube die Überprüfung des internationalen Sachverhaltes aufgrund der Kriterien gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG: «... la Suisse peut adopter des mesures anti-abus de manière unilatérale pour s'assurer que les avantages d'une convention ne profitent pas à des ressortissants de pays qui n'y ont pas droit»⁹⁰.

Die Bejahung eines allgemeinen Steuerumgehungsverhaltes bei der Anwendung der DBA ist eine Konsequenz der Gültigkeit allgemeiner Rechtsprinzipien des nationalen Rechts im Zusammenhang mit der Anwendung von Staatsvertragsrecht und lässt sich meines Erachtens nicht direkt aus Art. 21 Abs. 2 VStG ableiten: Ein direkter Rückgriff auf Art. 21 Abs. 2 VStG zur Verweigerung DBA-rechtlicher Entlastungsansprüche ist jedenfalls nicht zulässig. Dies ergibt sich primär aus dem anerkannten Grundsatz des Vorranges von Staatsvertragsrecht gegenüber dem Landesrecht⁹¹. Art. 21 Abs. 2 VStG gilt entsprechend nur im Zusammenhang mit der Rückerstattung aufgrund des Verrechnungssteuergesetzes, d.h. grundsätzlich⁹² nur für die Beurteilung der Rückerstattungsberechtigung von in der Schweiz ansässigen Personen.

4.2.3 Das Verhältnis zum Anspruchskriterium «beneficial ownership»

4.2.3.1 Der Begriff «beneficial ownership»

Das DBA-rechtliche Nutzungsrecht⁹³ an den Vermögenserträgen ist – wie das Recht zur Nutzung im Verrechnungssteuerrecht – ein in den Abkommen nicht

näher definierter wirtschaftlicher Begriff und umfasst entsprechend nicht nur die formalrechtliche Berechtigung, sondern, im Sinne einer Substance-over-form-Betrachtung, die wirkliche, tatsächliche Nutzungsberechtigung⁹⁴. Im Entwurf zum Update 2002 des OECD-Kommentars wird denn auch präzisiert: «The term «beneficial owner» is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.» Entsprechend qualifizieren sich der agent, der nominee sowie in der Regel die conduit company nicht als beneficial owner⁹⁵.

4.2.3.2 Die Abgrenzung zum DBA-Missbrauch – ein möglicher Ansatz

Analog der für das schweizerinterne Verhältnis vorgeschlagenen, gegeneinander abgegrenzten Verwendung könnten im internationalen Kontext einerseits das Anspruchskriterium «beneficial owner» und andererseits der Missbrauchsvorbehalt ergänzend verwendet werden. Auch wenn historisch das Kriterium «beneficial owner» zwecks Missbrauchsverhinderung Eingang in die DBA gefunden hat⁹⁶, ergibt eine Interpretation nach dessen wirtschaftlichem Gehalt die Möglichkeit, den letztlich – insbesondere wenn eine explizite Bestimmung fehlt – unscharf abgegrenzten allgemeinen Missbrauchsvorbehalt nur noch ausnahmsweise bemühen zu müssen.

In diese, die zulässigen Möglichkeiten nutzende Interpretation und Abgrenzung der DBA-rechtlichen Anspruchskriterien ist auch der Begriff «resident» miteinzubeziehen. Meines Erachtens könnte die Kontroverse⁹⁷ um die Rückerstattungsberechtigung der amerikanischen S-Corporation ohne Bemühung von Missbrauchsansätzen auch durch geeignete Interpretation des Kriteriums «beneficial owner» geführt werden. Dies, indem die beneficial ownership in casu zunächst mit der grundsätzlichen Steuerobjekt-Qualität der in Frage stehenden Einkünfte beim Erstempfänger geprüft wird – allerdings nicht im Sinne einer engen subject-to-tax clause⁹⁸. Eine effektive Besteuerung beim Erstempfänger ist nicht massgebend, wohl aber die Gründe, wes-

87 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, i.K. für die Schweiz seit 6.6.1990, SR 0.111.

88 Vgl. zur Auslegung von DBA WALDBURGER, S. 53 ff.; HÖHN, Handbuch INSTr, S. 73 ff.

89 VPB 65.86; vgl. die Auseinandersetzung in BUSIN/VOCK, ST 2002, S. 624; BURRI, FStR 2001, S. 205.

90 StRK 28.2 2001, Erw. 7 b cc aaa, VPB 65.86.

91 Ausführlicher dazu LUTZ, S. 155 ff.; zum Primat des Völkerrechts, HÄFELIN/HALLER, S. 358 f.

92 Vgl. die Ausnahmen oben, 4.2.1.

93 Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 OECD-MA.

94 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 7 ff.; LUTZ, S. 35 ff.

95 OECD-Komm., 2002 Draft Update, zu Art. 10 N. 12 f.

96 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 6; OECD-Komm., 2002 Draft Update, zu Art. 1 N. 10.

97 Vgl. HESS, FStR 2001, S. 124 sowie ATHANAS/WEIGEND, FStR 2001, S. 199.

98 VOGEL, vor Art. 6–22 N. 10.

halb diese unterbleibt. Zu unterscheiden wären die transparente Behandlung des Erstempfängers⁹⁹ (in Bezug auf diese Einkünfte, wie bei der S-Corporation), eine subjektive Steuerbefreiung resp. -privilegierung sowie die allenfalls schädlichen Weiterleitungen. Letztere wären genauer zu untersuchen, insbesondere auch im Hinblick auf deren Konnex zum DBA-begünstigten Einkommen.

Dass die (positiven) Anspruchskriterien und der Missbrauchsvorbehalt nicht in ihrer Substanz vollumfänglich erfasst und gegeneinander abgegrenzt verwendet werden, macht auch der von der ESTV für die Prüfung der DBA-Berechtigung verwendete Fragenkatalog¹⁰⁰ deutlich: Die Ansatzmomente werden weder in einem strukturierten Ansatz noch in ihrem vollen Potential angewandt.

5 Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten?

Anschaulich Ausdruck finden die Überlegungen zum Anwendungsbereich des Steuerumgehungsvorbehaltes, insbesondere auch in seiner Abgrenzung zum *de lege artis* ausgelegten Anspruchskriterium «Recht zur Nutzung», bei Beteiligungsverkäufen.

Obwohl die Verrechnungssteuer grundsätzlich nur Leistungsflüsse aus der Gesellschaft an die Beteiligten erfasst, kann die entgeltliche Übertragung von Beteiligungsrechten an schweizerischen Gesellschaften – je nach Sachverhaltskonstellation – einen direkten Einfluss auf die verrechnungssteuerlichen Konsequenzen haben: Die Beteiligungsübertragung unter Dritten kann direkt die Verrechnungssteuerpflicht auslösen (so beim bereits behandelten Ersatztatbestand Mantelhandel) oder aber einen Einfluss auf deren Rückerstattung haben, indem die Übertragung Auslöser ist für die spätere Verweigerung der Rückerstattung (schlicht *per se* oder wegen Steuerumgehung) oder weil das Recht zur Nutzung dem Erwerber der Beteiligungsrechte aberkannt wird.

5.1 Beteiligungsverkäufe im Inland

5.1.1 Inländische Systemwechselfälle

Bei inländischen Systemwechselfällen¹⁰¹ – der *entgeltlichen Übertragung von Beteiligungsrechten an aktiven Gesellschaften unter steuerrechtlichen Inländern vom Privatvermögen ins Geschäftsvermögen*, welche insbeson-

dere im Recht der Einkommenssteuer des Bundes aufgrund extensiver wirtschaftlicher Anknüpfung oder wegen Steuerumgehung unter den Titeln Transponierung, indirekte Teilliquidation und Erbenholding erfasst werden – kann ein verrechnungssteuerlich relevanter Vorgang vorliegen. Dies allerdings nur in den Fällen der indirekten Teilliquidation¹⁰², bei denen eine Substanzentnahme aus der übertragenen Beteiligung, d.h. ein verrechnungssteuerpflichtiger Vorgang, Tatbestandsmerkmal ist. Zu prüfen ist in diesen Fällen allenfalls, ob die Rückerstattung der Verrechnungssteuer wegen Steuerumgehung oder weil das Recht zur Nutzung nicht gegeben ist, bei einer (späteren) Dividendenausschüttung verweigert werden kann oder muss.

Eine Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Substanzdividenden beim Käufer wegen *Steuerumgehung* gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist aber – weil keine Erschleichung der Rückerstattungs Voraussetzungen durch einen Ausländer oder einen inländischen Defraudanten vorliegen kann – *per se* in allen diesen Fällen ausgeschlossen.

Fraglich ist, wem das *Recht zur Nutzung* effektiv zusteht, weil der Erstempfänger der Substanzdividende diese definitionsgemäss zur Kaufpreistilgung an den Verkäufer weiterleitet. Als zweckdienlich erweist sich – basierend auf dem wirtschaftlich verstandenen Recht zur Nutzung und dessen vorgeschlagenem Verhältnis zum Steuerumgehungstatbestand – folgende Sachverhaltsanalyse: Dem Käufer als dinglich Berechtigtem steht vermuthungsweise das relevante Nutzungsrecht zu, es sei denn, er habe dieses vertraglich dem Verkäufer eingeräumt. Letzteres zu beweisen ist, weil die Aberkennung des Rechts zur Nutzung indirekt steuerbegründend wirkt, Aufgabe der Steuerbehörden. Gelingt der Beweis, ist – vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Rückerstattungs Voraussetzungen, aber unabhängig von der einkommenssteuerlichen Qualifikation der Transaktion¹⁰³, – der Verkäufer rückerstattungs berechtigt; gelingt der Beweis nicht, ist die faktische Weiterleitung der Substanzdividende theoretisch auf Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG zu überprüfen. Eine solche kann aber bei Systemwechselfällen unter steuerrechtlichen Inländern nie vorliegen.

Zudem impliziert die korrekte Anwendung der verrechnungssteuerlichen Bestimmungen betreffend die Rückerstattung keinesfalls, dass diese dem Käufer nur gewährt werden darf, wenn die für die Einkommenssteuern

99 Vgl. auch WALDBURGER, FStR 2002, S. 38, zur Nutzungsberechtigung und damit DBA-Berechtigung bei transparent behandelten Personengesellschaften.

100 Vgl. vorne, 4.2.2.3 FN 85.

101 Vgl. statt vieler GURTNER, ASA 57 (1988/89), S. 23 ff.

102 Für die direkte Bundessteuer: StE 2002 B 24.4 Nr. 63.

103 Nicht in diesem Sinne VGer VD 19.3.1997; STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 59.

des Verkäufers zuständigen kantonalen Steuerbehörden bestätigen, dass entweder kein auf Ebene der allgemeinen Einkommenssteuern steuerbarer Systemwechselfall vorliegt oder dass, falls ein solcher vorliegt, die allgemeinen Einkommenssteuern auf dem entsprechend unqualifizierten privaten Kapitalgewinn entrichtet wurden. Mit solchen Forderungen kann sich der Käufer heute in der Praxis allerdings konfrontiert sehen, obwohl es nicht zugänglich resp. schlicht rechtswidrig ist, steuerrechtliche Pflichten (Einkommenssteuerpflicht des Verkäufers) und Rechte (Anspruch des Käufers auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer) verschiedener Steuersubjekte derart zu koppeln, dass die Wahrnehmung seiner Rechte durch den einen die Erfüllung der Pflichten des anderen bedingt¹⁰⁴.

Auch die verrechnungssteuerliche Behandlung der indirekten Teilliquidation als Teilmantelhandel¹⁰⁵ ist nicht zugänglich, zumal der Mantelhandel dogmatisch die missbräuchliche Umgehung des steuerbaren Tatbestandes betrifft und nicht eine allenfalls missbräuchliche Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen. Nur letzteres kann aber zur Verweigerung der Rückerstattung führen, während die Frage der Umgehung des steuerbaren Tatbestandes bei der indirekten Teilliquidation gar nicht zur Diskussion steht.

5.1.2 Mögliche Steuerumgehungsfälle

Die Verweigerung der Rückerstattung aufgrund von Art. 21 Abs. 2 VStG ist in den Fällen, in denen ein *inländischer Defraudant an einen steuerehrlichen Inländer verkauft* (unabhängig davon, ob ein Systemwechselfall vorliegt oder nicht), dann allenfalls gerechtfertigt, wenn eine indirekte Teil- oder Vollliquidation vorliegt und demnach die Substanz- oder Liquidationsdividende via Kaufpreiszahlung zeitlich unmittelbar dem Defraudanten zukommt. Nur in diesen Fällen – der Käufer scheint nicht originär berechtigt, sondern vom Defraudanten vorgeschoben – würde bei Gewährung der Rückerstattung der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer vereitelt resp. dem subsidiär zur Anwendung gelangenden Fiskalzweck – der ja konzeptionell auf die Belastung des Defraudanten zielt – zu Unrecht nicht zum Durchbruch verholfen. Die Tatsache allein, dass der Veräusserer ein Defraudant und damit nicht rückerstattungsberechtigt

ist, darf aber – wie bei den nachfolgend zu behandelnden grenzüberschreitenden Beteiligungsverkäufen – nicht per se erstens zur Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer wegen Steuerumgehung ohne Überprüfung des Sachverhalts bezüglich dem Recht zur Nutzung und anhand der Steuerumgehungskriterien und zweitens nicht zur Verweigerung der Rückerstattung auf sämtlichen künftigen Substanzdividenden führen. In der Praxis wird angenommen, der Veräusserer sei ein Defraudant, wenn dessen Identität vom Käufer nicht bekanntgegeben wird¹⁰⁶.

5.2 Grenzüberschreitende Beteiligungsverkäufe

Betrachtet werden hier die Fälle, in denen ein *Ausländer seine Beteiligungsrechte an einer Schweizer Gesellschaft entweder an einen anderen Ausländer oder an einen Inländer verkauft* und damit erreicht, dass die definitive Verrechnungssteuerbelastung auf künftigen Ausschüttungen dieser Schweizer Gesellschaft reduziert wird, weil als Folge ein DBA, ein DBA mit geringerem Sockelsteuersatz oder aber das Verrechnungssteuergesetz zur Anwendung kommt¹⁰⁷. In der Praxis werden solche Transaktionen unter den Stichworten Altreservenpraxis, Kauf eines vollen Portemonnaies oder unter dem Aspekt der Steuerumgehung bei der Rückerstattung gewürdigt.

5.2.1 Die Praxis: Steuerumgehung, Altreservenpraxis

Wird die Gesellschaft im Anschluss an den Verkauf an einen Inländer voll- oder, im Sinne der These der indirekten Teilliquidation, teilliquidiert, wird in der Regel in Anwendung von Art. 21 Abs. 2 VStG wegen *Steuerumgehung* die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der entsprechenden Substanz- oder Liquidationsdividende verweigert.

Soweit die ausschüttbaren Reserven durch nicht betriebsnotwendige liquide Mittel gedeckt sind, genügt dies gemäss ESTV – Stichwort *Kauf eines vollen Portemonnaies*¹⁰⁸ – sogar für die Annahme, dass eine die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auch auf zukünftigen Substanzdividenden ausschliessende Um-

104 Dieses Argument ist auch zur grundsätzlichen Ablehnung der indirekten Teilliquidation anzuführen resp. bedingt zwingend das Kriterium des Zusammenwirkens von Verkäufer und Käufer.

105 Auch mit diesem Argument kann sich der Käufer in der Praxis konfrontiert sehen.

106 ESTV 23.1.1958, ASA 28 (1959/60) 101: Die ESTV hat in diesem Fall, bei dem eine zivilrechtlich in Liquidation gesetzte inländi-

sche Gesellschaft einem Inländer verkauft wurde und dieser in der Folge die Namen der Verkäufer verschwie, wohl in der unwiderlegten Annahme, dass die Verkäufer inländische Defraudanten waren, eine Steuerumgehung angenommen und dem Käufer die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der Liquidationsdividende verweigert.

107 Vgl. auch CLOPATH, ST 1993, S. 889 ff.

108 Vgl. vorne, 4.2.4.

gehung vorliegt und die Rückerstattung demnach vollumfänglich verweigert werden kann.

Auch wenn die an einen Inländer oder einen Ausländer verkaufte Gesellschaft nicht unmittelbar im Anschluss an die Übertragung teil- oder vollliquidiert wird, jedoch im Zeitpunkt der Übertragung über ausschüttbare Reserven verfügt, wird in Anwendung der sogenannten *Altreservenpraxis*¹⁰⁹ auf zukünftigen Ausschüttungen dieser bestehenden Reserven nicht die volle Rückerstattung gewährt, sondern diese im Umfang des vor der Übertragung anwendbaren Sockelsteuersatzes verweigert.

5.2.2 Würdigung: Steuerumgehung vs. DBA-Missbrauch

Auch bei den grenzüberschreitenden Beteiligungsveräusserungen kann sich grundsätzlich nur die Frage stellen, ob der neu Beteiligte, falls es sich um einen Inländer handelt, gemäss den Bestimmungen des Verrechnungssteuergesetzes rückerstattungsberechtigt ist oder, falls es sich um einen Ausländer handelt, gemäss den Bestimmungen des anwendbaren DBA dieses in Anspruch nehmen kann. Mit anderen Worten: Es stellt sich lediglich die Frage, ob eine neu beteiligte inländische Person im Sinne der verrechnungssteuerlichen Umgehungsdoktrin bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG lediglich durch den Ausländer vorgeschoben und damit nicht originär berechtigt ist oder ob eine neu beteiligte ausländische Person aufgrund eines Umgehungs- oder Missbrauchstatbestandes gemäss DBA resp. gemäss dem allgemein gültigen Missbrauchsvorbehalt das DBA nicht beanspruchen kann.

Die sowohl im Verrechnungssteuergesetz als auch im DBA-Recht klar definierten Voraussetzungen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer per se in jedem Fall der faktischen Sockelsteuersatzreduktion aktuell und für die Zukunft zu missachten, ist weder durch den Fiskal- noch durch den Sicherungszweck der Verrechnungssteuer gedeckt. Ein quantitatives Moment ist bei den sich abschliessend ergänzenden Steuerzwecken nicht inhärent¹¹⁰. So ist die Aussage von Burri¹¹¹, dass, sofern bei einer Umstrukturierung innerhalb einer Gruppe die neue Struktur im Sinne der Rechtsprechung nicht missbräuchlich sei, die Abkommensvorteile nach Abrechnung allfälliger Altreserven grundsätzlich gewährt

würden, nicht nur stossend, sondern auch in sich widersprüchlich.

Werden die genannten Restriktionen nicht beachtet, entspricht diese Altreservenpraxis einer Art *steuerrechtlichen Auslösung der Verweigerung der Rückerstattung ohne rechtliche Grundlage* und widerspricht damit entweder Verrechnungssteuerrecht oder DBA-Recht. Zudem wird diese Praxis in Fällen mit umgekehrten Vorzeichen – grundsätzlich zu Recht – nicht angewandt: Auch der *Methodendualismus* ist offensichtlich.

6 Fazit und Postulate

Die Steuerumgehungsproblematik beschlägt im Verrechnungssteuerrecht einerseits die Erhebung der Verrechnungssteuer und andererseits deren Rückerstattung; letzteres betrifft nicht nur das national-rechtliche Verhältnis, sondern auch das international-rechtliche. Die Orientierung am Zweck der Verrechnungssteuer – national primär an deren Sicherungszweck, der Verhinderung resp. Vereitelung der Steuerhinterziehung des inländischen Leistungsempfängers, und international an deren Fiskalzweck, der Belastung des ausländischen Leistungsempfängers – ist für einen sachgerechten Umgang mit der Steuerumgehungsproblematik unerlässlich.

Bei der *Erhebung der Verrechnungssteuer* wird in der Praxis vornehmlich mit Ersatztatbeständen operiert. Sind Ersatztatbestände nicht gesetzlich verankert, so sind sie aus Praktikabilitätsüberlegungen akzeptabel, aber nur dann, wenn sie konsequent als safe-haven rule angewandt werden, m.a.W. der Exkulpationsbeweis und damit die Überprüfung anhand der bundesgerichtlichen Steuerumgehungsformel offen bleibt.

Bezüglich der Steuerumgehung bei der *Rückerstattung der Verrechnungssteuer* ist im schweizinternen Verhältnis zunächst grundlegend, dass die Rückerstattungskriterien im Sinne der Steuerumgehungsdoktrin nach Höhn in ihrem vollen Potential und sauber gegeneinander abgegrenzt verwendet werden, d.h. der Steuerumgehungs-vorbehalt als echter Vorbehalt ausschliesslich zwecks Verhinderung der missbräuchlichen Erschleichung der Rückerstattungs-voraussetzungen verwendet wird.

109 BGer 16.8.1996, ASA 66 (1997/98) 406 Erw. 5 c; in diesem bisher einzigen Entscheid zur Altreservenpraxis hat das Bundesgericht die Übertragung einer Schweizer Beteiligung durch zwei amerikanische Konzerngesellschaften auf deren amerikanische Muttergesellschaft – was zu einer Reduktion des Sockelsteuersatzes geführt hätte – als Verstoß gegen die ratio legis der Missbrauchsbestimmung von Art. VI Abs. 2 DBA-US (1951) betrachtet, das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs oder einer Steuerumgehung dagegen verneint.

110 Weder als Minimalanforderung noch absolut – sonst müsste zumindest im zweiten Fall die Altreservenpraxis auch mit umgekehrten Vorzeichen, d.h. zugunsten der Steuerpflichtigen, praktiziert werden.

111 BURRI, FStR 2001, S. 207; vgl. auch RYSER, FStR 2001, S. 301 ff.

Das *Recht zur Nutzung* kann dinglich, obligatorisch oder aber rein faktisch begründet sein. Von Bedeutung ist, ob der Erstempfänger über diesen Ertrag auch unbelastet verfügen kann oder ob er diesen aufgrund einer obligatorischen Verpflichtung weiterzuleiten hat oder diesen effektiv weiterleitet. Trifft ersteres nicht zu, führt dies zur Aberkennung der notwendigen Berechtigung, Letzteres gibt Anlass zur Überprüfung auf Steuerumgehung. Die Frage der Rückerstattungsberechtigung des wahren Leistungsempfängers bleibt damit aber noch zu entscheiden.

Eine tatsächliche einkommenssteuerliche Erfassung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge, im Sinne einer engen subject-to-tax clause, ist nicht Merkmal des Rechts zur Nutzung; entscheidend ist, weshalb eine solche unterbleibt. Wesentlich ist die grundsätzliche Steuerobjekt-Qualität der Erträge in den Händen des (Erst-)Empfängers; eine subjektive Steuerbefreiung oder -privilegierung ist nicht schädlich; Weiterleitungen der Erträge durch den Erstempfänger sind allerdings genauer zu betrachten.

Die Notwendigkeit und Richtigkeit dieses umfassend wirtschaftlich verstandenen Begriffs des Rechts zur Nutzung ergibt sich einerseits im Zusammenhang mit der Überwälzungsvorschrift: Die Rückerstattungsberechtigung soll zunächst der Erstempfänger der verrechnungssteuerbelasteten Leistung haben. Andererseits ist diese Auslegung auch in Abgrenzung zum und im Hinblick auf einen arte legis angewandten Steuerumgehungsvorbehalt sachgerecht.

Der *Steuerumgehungsvorbehalt* kann sich nur auf die Umgehung bzw. auf die Erschleichung der materiellen Rückerstattungsbedingungen beziehen. Er ist Korrekturvorbehalt zu den kombinierten Anspruchsvoraussetzungen «steuerehrlicher Inländer mit Recht zur Nutzung». Der Vorbehalt soll *verhindern*, dass die Wohltat der *Rückerstattung* letztlich einem *inländischen Defraudanten* oder einem *Ausländer zugute kommt*. Alle anderen Leistungsempfänger sind grundsätzlich rückerstattungsberechtigt; der Katalog der positiv zu erfüllenden Anspruchsvoraussetzungen sieht dies so vor. Die Rückerstattung soll nur dann wegen Steuerumgehung verweigert werden, wenn der originäre Leistungsempfänger entweder ein im Ausland Steuerpflichtiger oder ein inländischer Defraudant ist und die ursprünglichen Verhältnisse im Hinblick auf den verrechnungssteuerbelasteten Leistungsfluss missbräuchlich dergestalt arrangiert worden sind, dass nunmehr ein vorgeschobener steuerehrlicher Inländer als Rückerstattungsberechtigter erscheint, die Rückerstattung faktisch aber einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten zugute kommt. Dies ist das Schutzobjekt des Steuerumgehungsvorbehaltes.

Das *sachgerechte Verhältnis* der beiden bisher in der Anwendung nicht sauber abgegrenzten Rückerstattungskriterien des *Rechts zur Nutzung* und der *Steuerumgehung* ergibt sich problemlos aus dem dargelegten Verständnis der beiden Begriffe: Faktische Weiterleitungen des steuerbaren Ertrages durch den dinglich, obligatorisch oder faktisch berechtigten Erstempfänger der steuerbaren Leistungen sind auf Steuerumgehung bei der Rückerstattung zu überprüfen. Deren Anwendung ist auf die Fälle des echten Rechtsmissbrauchs in der Definition von Böckli zu beschränken, d.h. nur der gegenläufige Einsatz an sich zulässiger Gestaltungsmöglichkeiten ist demnach zu pönalisieren: Der nicht anspruchsberechtigte Ausländer oder inländische Defraudant verzichtet zunächst auf sein Recht auf den verrechnungssteuerbelasteten Ertrag, um alsdann indirekt in dessen unbelasteten Genuss zu kommen. Ungerechtfertigte Rückerstattungen wären mit diesem Ansatz wohl nicht zu befürchten.

Als *Essentialia für die Annahme einer Steuerumgehung bei der Rückerstattung* können bezeichnet werden: die entgeltliche Übertragung des Vermögenswertes oder des Anspruchs auf dessen verrechnungssteuerpflichtigen Ertrag von einem Ausländer oder Defraudanten auf einen steuerehrlichen Inländer, die zeitliche Nähe dieser Übertragung zum relevanten Ertragsfluss und die unübliche Finanzierung des Erwerbs des Vermögenswertes resp. des Rechtes auf den Ertrag, mithin ein klarer Konnex zwischen Weiterleitung und verrechnungssteuerbelastetem Ertrag. Andere auffällige Sachverhaltensgestaltungen, welche diese Merkmale nicht aufweisen, sind unter den Titeln Scheingeschäft oder Treuhand zu überprüfen. *Inländische Systemwechselfälle, konkret indirekte Teilliquidationen*, können jedenfalls nicht als Steuerumgehung bei der Rückerstattung qualifiziert werden; zu prüfen ist allenfalls, wem das Recht zur Nutzung effektiv zusteht.

Wichtig ist die *dogmatisch saubere Trennung der möglichen Steuerumgehungen*, nämlich der Steuerumgehung beim Verrechnungssteuerobjekt (inkl. -subjekt), der Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern und der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer: Die Steuerumgehung beim Verrechnungssteuerobjekt ebenso wie die Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern beschlagen die Frage der rechtsgleichen Abgrenzung des Steuerobjektes, mithin der Verhinderung der rechtsmissbräuchlichen Umgehung des steuerbaren Tatbestandes. Der Steuerumgehungsvorbehalt bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer dient dagegen unmittelbar der Durchsetzung eines der Zwecke der Verrechnungssteuer, nämlich der fiskalischen Belastung des inländischen Defraudanten und des ausländischen Leistungsempfängers. Die Steuerrückerstattung darf entsprechend nur verweigert

werden, wenn ein inländischer Defraudant oder ein ausländischer Leistungsempfänger in deren Genuss käme. Der Steuerumgebungsvorbehalt bezüglich des Objektes der allgemeinen Einkommenssteuern einerseits und bezüglich der Rückerstattung der Verrechnungssteuer andererseits sind in keiner Art und Weise miteinander verknüpft oder verknüpfbar. Eine Steuerumgehung in Bezug auf das Verrechnungssteuerobjekt kann in Ausnahmefällen auch eine Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern sein.

Inländische Systemwechselfälle können nicht als Steuerumgehung bei der Rückerstattung qualifiziert werden. Dies wäre letztlich auch ein Versuch, den steuerfreien privaten Kapitalgewinn auszuhebeln. Die Verrechnungssteuer würde damit klar über ihre Leistungsgrenzen hinaus angewandt – unzulässigerweise. Auch unter diesem Aspekt ist eine Steuerumgehung bei der Rückerstattung im Zusammenhang mit inländischen Systemwechselfällen, konkret der indirekten Teilliquidation, klar zu verneinen. Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer bedeutet nicht, dass eine allfällige Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern durch eine (steuerrechtliche inländische) Drittperson oder die durch wirtschaftliche Anknüpfung begründete Umqualifikation von Kapitalgewinnen in Vermögensertrag für Einkommenssteuerzwecke bei eben dieser Drittperson mit dem Mittel der Verweigerung der Rückerstattung beim Antragsteller sanktioniert werden dürfen.

Bei *internationalen Sachverhalten* ist zwischen der Anwendung des *Steuerungsvorbehaltes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG* und den *DBA-rechtlichen Bestimmungen strikt zu unterscheiden*. Erstere Bestimmung darf nur für den Inländer, der Rückerstattung verlangt, angewandt werden. Für den einen Entlastungsantrag stellenden Ausländer sind ausschliesslich die konkreten – expliziten und inhärenten – DBA-rechtlichen Bestimmungen anwendbar. Die Beurteilung eines solchen Entlastungsantrages aufgrund von Art. 21 Abs. 2 VStG, dieses sehr spezifischen Umgebungsvorbehaltes, kann eine Verletzung des übergeordneten DBA-Rechts bedeuten.

Das DBA-rechtliche Anspruchskriterium – *beneficial ownership* – sollte analog dem Recht zur Nutzung, unter Berücksichtigung des internationalen Kontextes wirtschaftlich interpretiert, zunächst anhand der Steuerobjekt-Qualität der Erträge beim Erstempfänger und alsdann aufgrund allfälliger Weiterleitungen, überprüft und angewandt werden.

Die *Altreservenpraxis* ist je nach konkreter Konstellation *DBA-widrig*, kann das Resultat undifferenzierter Anwendung des Steuerumgebungsvorbehaltes bei der Rückerstattung sein und erfolgt in aller Regel in Missachtung der gesetzlich definierten Rückerstattungsbe-

dingungen, sowohl in materieller als auch in zeitlicher Hinsicht. Die Rückerstattungsbedingungen sind im Moment der Realisation des steuerpflichtigen Ertrages zu erfüllen und nicht in irgendeinem späteren Zeitpunkt. Die Altreservenpraxis ist aufzugeben.

Liegt im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer eine Steuerumgehung oder ein DBA-Missbrauch vor, ist im Sinne einer *Sachverhaltsfiktion* der umgangene Sachverhalt in aller Konsequenz der steuerlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Insbesondere kann nicht einerseits die Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund der Steuerumgehungsklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG verweigert und andererseits eine aufgrund des supponierten Sachverhaltes allenfalls vorliegende DBA-rechtliche Entlastungsbeurteilung ignoriert werden.

Das notwendige rechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht ist vorhanden, dessen Anwendung müsste in der Praxis allerdings differenzierter sein.

Literatur

- ATHANAS PETER/WEIGEND BERTIL, DBA-rechtliche Behandlung von US-amerikanischen S-Corporations im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Dividenden, FStR 2001, S. 199 ff.
- BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Zürich 2001
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Steuerrechts, 5. A., Zürich 1995
- BÖCKLI PETER, Steuerumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe, in: Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift zum 65. Geburtstag von Francis Cagianut, hrsg. von Ernst Höhn und Klaus A. Vallender, Bern/Stuttgart 1990, S. 289 ff.
- BURRI ANITA, Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei internationalen Umstrukturierungen, FStR 2001, S. 204 ff.
- BUSIN CHRISTOPH/VOCK MATTHIAS ERIK, Abkommensberechtigung von ausländischen Holdinggesellschaften, ST 2002, S. 624 ff.
- CLOPATH GION, Changement d'actionnaire et impôt anticipé, ST 1993, S. 889 ff.

- DUSS MARCO, Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 351 ff.
- DUSS MARCO/HOCHREUTENER HANS PETER, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben: Probleme im internationalen Verhältnis, Kammer-Seminar vom 2./3. Juli 1998, Bürgenstock
- GURTNER PETER, Systemwechselfälle bei Beteiligungsübertragungen, ASA 57 (1988/89), S. 23 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998
- HESS ERIC, Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an eine amerikanische S-Corporation, FStR 2001, S. 124 ff.
- HOCHREUTENER HANS PETER, Die Aktionärsoptionen im Spannungsfeld der Steuern, ST 1996, S. 497 ff.
- HOCHREUTENER HANS PETER, Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an holländische Empfänger schweizerischer Dividenden, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.
- HÖHN ERNST, Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, hrsg. von Ernst Höhn, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1993 (zitiert: Handbuch INStR)
- Steuereinsparung und Steuerumgehung, StR 29 (1974), S. 141 ff.
- Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff.
- HÖHN ERNST/VALLENDER KLAUS A., Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift zum 65. Geburtstag von Francis Cagianut, Bern/Stuttgart 1990, S. 9 ff.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2001
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. A., Basel/Frankfurt a.M. 1986
- JAUSSI THOMAS, Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer bei strukturierten Finanzierungen, ST 1997, S. 571 ff.
- Strukturierte Finanzierungen, Securitizations. Schweizerische Steueraspekte, Referat Mitgliederversammlung IFA, 7. Juni 2001
- LANDOLF URS/WALDBURGER ROBERT, Inanspruchnahme von schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen, in: Steuerplanung im Spannungsfeld von Steuerersparnis, Steuerumgehung und Steuerkriminalität, Kammer-Seminar vom 1./2. Juli 1999, Lugano
- LOCHER PETER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2000 (zitiert: INStR)
- Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983 (zitiert: Rechtsfindung)
- Legalitätsprinzip im Steuerrecht, ASA 60 (1991/92), S. 1 ff.
- LUTZ GEORG, Die Massnahmen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, Zürich 2000
- MÄUSLI PETER, Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- MEILI MARKUS, Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern, Winterthur 1976
- MISTELI JONAS, Dividenden-Stripping, Bern/Stuttgart/Wien 2001
- OECD-KOMMENTAR, Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention, Paris 2001, zur Zeit auch: www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018559.pdf (zitiert: OECD-Komm., 2002 Draft Update)
- OECD-KOMMENTAR, Kommentar zu den Artikeln des Musterabkommens, hrsg. vom Fiskalausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), in: OECD-Reihe Steuern, Herne/Berlin (Loseblattwerk)
- OECD-MUSTERABKOMMEN, Musterabkommen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (Ausgabe 1992), hrsg. vom Fiskalausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), in: OECD-Reihe Steuern, Herne/Berlin (Loseblattwerk)
- PFUND W. ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil (Art. 1–20), Basel 1971
- PFUND W. ROBERT/ZWAHLEN BERNHARD, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, II. Teil (Art. 21–33 VStG), Basel 1985
- PÜRRO-SCHWOB IMOGEN, Grenzen bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer an natürliche Personen, ST 1994, S. 606 ff.
- REICH MARKUS, Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 3 ff.
- RYSER DAVID, «Altreservenpraxis» und internationale Umstrukturierungen, FStR 2001, S. 301 ff.

- STOCKAR CONRAD, Rückerstattung der Verrechnungssteuer beim Verkauf von Beteiligungen ex coupon, ST 1986, S. 60 ff.
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER (Hrsg.), Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben (Band 1), Verrechnungssteuer (Band 2), Couponsteuer, BB 1938, Verrechnungssteuer 1943 (Band 3), Basel (Loseblattwerk)
- TIPKE KLAUS/LANG JOACHIM, Steuerrecht, 16. A., Köln 1998
- VALLENDER KLAUS A., Aktionärsdarlehen als Steuerumgehung?, in: Das schweizerische Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, hrsg. von Markus Reich und Martin Zweifel, Bern 1989, S. 433 ff.
- VAN WEEGHEL STEF, The Improper Use of Tax Treaties, London 1998
- VOGEL KLAUS, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 3. A., München 1996
- VON AH JULIA, Die Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften, Zürich 2001
- WALDBURGER ROBERT, Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, hrsg. von Michael Lang, Wien 1998, S. 51 ff.
- Satz der residualen Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen an ausländische Personengesellschaften, FStR 2002, S. 34 ff.
- WIRZ PAUL, Anti-avoidance measures in international tax planning, ST 2002, S. 369 ff.

Der Missbrauchsbeschluss (BRB 62) in seinem neuen Kleid

Dr. iur. Georg Lutz



Dr. iur. Georg Lutz, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner, Ernst & Young, Zürich

Inhalt*

1	Einleitung	3.3	Die Frage der inhaltlichen Ausgestaltung von Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs
2	Die konkreten Neuerungen	3.3.1	Das Erfolgselement als Tatbestandsmerkmal von Missbrauchsbestimmungen
2.1	Aufbau und Inhalt des KS 99	3.3.2	Das Absichtselement als Tatbestandsmerkmal und die objektivierte Vermutung der fehlenden Missbrauchsabsicht
2.2	Die Bona-fide-Klauseln		Literatur
2.2.1	Der Aktivitätstest		Rechtsquellen
2.2.1.1	In der Schweiz ausgeübte Geschäftstätigkeit		
2.2.1.2	Eine unabhängige unternehmerische Tätigkeit		
2.2.1.3	Die Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf Gewinnerzielung		
2.2.1.4	Die Art der Tätigkeit		
2.2.1.5	Das Erfordernis genügender Substanz		
2.2.1.6	Das Erfordernis der Vollbesteuerung		
2.2.1.7	Das Erfordernis der Konnexität		
2.2.2	Der Börsentest		
2.2.2.1	Der direkte Börsentest		
2.2.2.1.1	Die Mehrheit nach Stimmkraft und Nennwert		
2.2.2.1.2	Der regelmässige Handel der ausgegebenen Aktien		
2.2.2.1.3	Die anerkannte Börse		
2.2.2.2	Der indirekte Börsentest		
2.2.3	Der Holdingtest		
2.2.3.1	Der reine Holdingtest		
2.2.3.1.1	Die Holdinggesellschaft		
2.2.3.1.2	Ausschliessliche oder fast ausschliessliche Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen		
2.2.3.2	Der gemischte Holdingtest		
2.3	Das Verbot der Gewinnspeicherung (Gewinnhortung)		
2.3.1	Allgemeines		
2.3.2	Die Vermeidung der Steuerbezugsgefährdung gemäss KS 99		
2.4	Das Verbot der unangemessenen Finanzierung		
3	Kritik und Würdigung		
3.1	Die Frage der Notwendigkeit von Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs		
3.2	Die Frage der formellen Ausgestaltung der Missbrauchsbestimmungen		

* Der Verfasser dankt lic. iur. HSG Christoph Besson für seine Mitarbeit.

1 Einleitung

Das stabile wirtschaftliche und politische Umfeld, die frei konvertible Währung, der leistungsfähige Geld- und Kapitalmarkt, effiziente Dienstleistungsangebote, ein relativ tiefes Steuerniveau, besondere kantonale Steuerprivilegien und ein wachsendes Abkommensnetz hatten dazu geführt, dass in der Schweiz in den fünfziger und Anfang der sechziger Jahre zahlreiche ausländisch beherrschte Holding-, Finanz-, Patentverwaltungs- und andere Domizil- oder Sitzgesellschaften gegründet wurden und vermögende natürliche Personen in der Schweiz Wohnsitz nahmen¹. Die in der Schweiz errichteten Gesellschaften nutzten dabei die Abkommensvorteile der schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen aus². Oftmals wurden diese Gesellschaften nur zum Zwecke der Inanspruchnahme der schweizerischen Abkommen errichtet.

Um der zunehmenden Kritik seitens der schweizerischen Abkommenspartner sowie der drohenden Gefahr möglicher Kündigungen von Abkommen³ begegnen zu können und die eigene Verhandlungsposition zu stärken, erliess deshalb der Bundesrat am 14. Dezember 1962 auf freiwilliger Basis den BRB 62⁴ und die ESTV das dazugehörige KS 62. Diese einseitigen Massnahmen versagen unter bestimmten Voraussetzungen den in der Schweiz errichteten Rechtsträgern den Abkommenschutz bezüglich der in den Vertragspartnerstaaten erhobenen Quellensteuern. Mit dieser Regelung wollte die Schweiz verhindern, dass die von einem Vertragsstaat zugesicherte Herabsetzung von Quellensteuern Personen zugute kommt, die darauf nach dem Abkommen keinen Anspruch haben⁵.

Da sich verschiedene Partnerstaaten mit den unilateralen Massnahmen der Schweiz nicht zufrieden gaben, wurden ab Mitte der sechziger Jahre wesentliche Teile des BRB 62 in die DBA-F (1966), DBA-D (1971), DBA-I (1976) und DBA-B (1978) ubernommen⁶.

Die rigorose Anwendung der schematisch ausgestalteten Missbrauchsbestimmungen des BRB 62 und des KS 62 haben verschiedentlich dazu geführt, dass auch Personen, gegen welche diese Missbrauchsmassnahmen nicht eigentlich gerichtet waren, von den entsprechenden Ab-

kommensvergunstigungen ausgeschlossen wurden. Diese Tatsache wurde im Schrifttum wiederholt und zum Teil heftig kritisiert. Nach fast 40 Jahren schien die Zeit reif, das unilaterale Missbrauchsregelwerk zu modernisieren. Die ESTV hat auf der Grundlage des weiterhin gültigen BRB 62 in Ergänzung zum bestehenden KS 62 das KS 99 erlassen. Dieses ist auf den 1. Januar 1999 in Kraft getreten. Kern dieses neuen Kreisschreibens bilden die Bona-fide-Klauseln, der Aktivitätstest, der Börsentest und der Holdingtest⁷. Aufgrund dieser Bestimmungen werden Sachverhalte, die grundsätzlich wohl als Abkommensmissbrauch (Abkommensvorteile kommen im Wesentlichen direkt oder indirekt in Drittstaaten ansässigen Personen zugute) zu qualifizieren wären, bei welchen jedoch vom Fehlen einer Missbrauchsabsicht ausgegangen werden darf, von den im BRB 62 vorgesehenen Missbrauchsmassnahmen ausgeklammert. Mit dieser – vom Konzept her mit gewissen Bestimmungen des Art. 22 DBA-US 96 vergleichbaren – Modernisierung des BRB 62 wurde dem Postulat der Zulässigkeit des Gegenbeweises dahingehend Rechnung getragen, dass zwar nicht ein frei zu führender Gegenbeweis zugelassen wird, wohl aber typisierte Exkulpationstatbestande in Form von Bona-fide-Klauseln geschaffen wurden. Daneben wurden auch das Verbot der unangemessenen Finanzierung und das Verbot der Gewinnsspeicherung modifiziert.

2 Die konkreten Neuerungen

2.1 Aufbau und Inhalt des KS 99

Das KS 99 ist als Ergänzung zum BRB 62 und zum KS 62 zu verstehen. Die Bestimmungen des BRB 62 und des KS 62 bleiben (mit Ausnahme der Finanzierungsregeln)⁸ weiterhin in Kraft⁹. Die Ziff. 1 bis 3 des KS 99 enthalten die nun in Kraft gesetzten Bona-fide-Klauseln, Ausnahmetatbestände (sogenannte Tests: Aktivitätstest, Börsentest und Holdingtest), bei deren Erfüllung die Missbrauchsmassnahmen des BRB 62 nicht oder in milderer Form zur Anwendung gelangen. Den Bona-fide-Klauseln des KS 99 kommt die Eigenschaft von Safe-harbour-Regeln zu. Da die erleichternden Bestimmungen

1 BLUMENSTEIN/LOCHER 115; LOCHER P., *International* 145; LÜTHI, *Missbrauch* 381 ff.; MASSHARDT, *ASA* 31 225 f.

2 LÜTHI, *Missbrauch* 381 f.; RYSER W., *Introduction* 184.

3 LÜTHI, *Missbrauch* 382; MASSHARDT, *ASA* 31 225 f.; RYSER W., *Introduction* 184; LOCHER P., *International* 145 f.

4 BLUMENSTEIN/LOCHER 115; HOHNN/DAVID 378 f.; JÄGER 217; LÜTHI, *Missbrauch* 383 f.; MASSHARDT, *ASA* 31 227 f.; RYSER W., *Introduction* 184.

5 LÜTHI, *Missbrauch* 383; MASSHARDT, *ASA* 31 227.

6 LÜTHI, *Missbrauch* 395 ff.; RYSER W., *Introduction* 191 ff.

7 KS 99 Ziff. 1–3.

8 Siehe 2.4.

9 KS 99 Einleitung.

des KS 99 andere bzw. erweiterte Kontrollmechanismen seitens der Steuerbehörden erfordern, hat die ESTV das neue Formular R-Mb KS 1999 geschaffen. Dieses ist als Selbstdeklaration bei der ESTV, Abteilung Rückerstattung, Sektion SR-Ausland, einzureichen, sobald eine Gesellschaft aufgrund des schweizerischen Abkommensnetzes in den Genuss von Entlastungen von ausländischen Quellensteuern gekommen ist oder kommen kann¹⁰. In Ziff. 4 KS 99 wird das Verbot der unangemessenen Finanzierung neu geregelt. Ziff. 5 KS 99 schliesslich regelt das Verhältnis des BRB 62 zu den Missbrauchsbestimmungen in einigen Doppelbesteuerungsabkommen.

2.2 Die Bona-fide-Klauseln

2.2.1 Der Aktivitätstest

Mit KS 99 Ziff. 1 ist neu ein Aktivitätstest in das Regelwerk des BRB 62 aufgenommen worden. Betreffend ausländisch beherrschte Personengesellschaften findet sich ein sehr rudimentärer Aktivitätstest bereits im BRB 62 (ohne geschäftlichen Betrieb)¹¹. Einen umfassenden Aktivitätstest enthält das DBA-US 96¹², wobei sich diese Bestimmung inhaltlich in verschiedener Hinsicht vom Aktivitätstest des KS 99 unterscheidet. Schliesslich findet sich auch im DBA-D¹³ ein Aktivitätstest, allerdings nicht im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs, sondern zwecks Bekämpfung anderer Fälle internationaler Steuervermeidung.

Gemäss KS 99 Ziff. 1 dürfen Gesellschaften, welche in der Schweiz eine aktive Geschäftstätigkeit ausüben, zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen mehr als 50 Prozent der abkommensbegünstigten Erträge verwenden, sofern diese Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind und belegt werden können. Bei diesen Gesellschaften gilt das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 zudem solange als eingehalten, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i. V. m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist¹⁴. Der Nachweis der aktiven Geschäftstätigkeit obliegt in jedem Fall der betroffenen Gesellschaft¹⁵.

Als aktive Geschäftstätigkeit gilt eine unabhängige, auf Gewinnerzielung gerichtete unternehmerische Tätigkeit, welche die Herstellung oder den Vertrieb von Gütern bzw. den Handel mit Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen durch eigenes Personal in einem dafür eingerichteten Geschäftsbetrieb umfasst¹⁶. Gemäss ESTV ist als aktive Geschäftstätigkeit das Gegenstück zur Ausübung einer rein passiven, verwaltden und ausführenden Funktion zu verstehen¹⁷. Entscheidend ist, dass die in der Schweiz im Zusammenhang mit den abkommensbegünstigten Erträgen ausgeübten Tätigkeiten zur wirtschaftlichen Wertschöpfung beitragen und nicht blosse Hilfs- und/oder Administrationstätigkeiten sind¹⁸. So gelten gemäss ESTV beispielsweise eine reine Refakturierungstätigkeit oder eine auf die Gruppenfinanzierung beschränkte Tätigkeit nicht als aktiv¹⁹. Nicht als aktiv gilt grundsätzlich auch die Verwertung von Lizenzen, Marken oder Know-how, es sei denn, dass die Bewirtschaftung der Rechte oder des Know-how einen erheblichen Einsatz von Fachkräften, Mitteln usw. erfordert und dadurch Mehrwerte geschaffen werden. Der Aktivitätstest kann diesbezüglich somit u.U. erfüllt werden, wenn die Aktivitäten der Gesellschaft weit über die blosse Verwaltung von Immaterialgüterrechten hinausgehen²⁰.

2.2.1.1 In der Schweiz ausgeübte Geschäftstätigkeit

Mit Bezug auf die Frage, wann eine aktive Geschäftstätigkeit als in der Schweiz ausgeübt gilt, enthält das KS 99 keine weiteren Hinweise. Betreffend diese Fragestellung können die im Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 3 StHG entwickelten Prinzipien des Ursprungsraumes und des Wirkungsraumes als Hilfskriterien herangezogen werden²¹. In Anbetracht des Normzweckes des BRB 62 und dessen rechtlicher Eigenart sind die Bestimmungen des BRB 62 und der dazugehörigen Kreisreiben allerdings autonom auszulegen. Mit Bezug auf KS 99 Ziff. 1 ist das Ursprungsraumprinzip massgebend²². Demgemäss gilt eine aktive Geschäftstätigkeit dann als in der Schweiz ausgeübt, wenn der Ursprungsraum (Ursprungsort) der Tätigkeit in der Schweiz liegt²³.

10 ESTV, Fragen zum Formular R-Mb.

11 Art. 2 Abs. 2 lit. d BRB 62.

12 Art. 22 Abs. 1 lit. c DBA-US 96.

13 Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a DBA-D.

14 KS 99 Ziff. 1.

15 Anmerkung zu KS 99 Ziff. 1.

16 KS 99 Ziff. 1.

17 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

18 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

19 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

20 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

21 Betreffend diese Prinzipien siehe u.a. HÖHN, Holding- und Domicilgesellschaften 271 ff. und Duss, Kommentar StHG Art. 28 N 61 ff. und N 73 ff.

22 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

23 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

Für die Anwendung des Ursprungsraumprinzips spricht insbesondere das Erfordernis der genügenden Substanz²⁴. Das Wirkungsraumprinzip ist mit Bezug auf die Anwendung von KS 99 Ziff. 1 demgegenüber nebensächlich²⁵. Die Geschäftstätigkeit einer ausländischen Betriebsstätte der Gesellschaft ist an sich nicht schädlich, sie begründet jedoch für sich alleine keine aktive Geschäftstätigkeit in der Schweiz²⁶.

Demzufolge kann von einer in der Schweiz ausgeübten Geschäftstätigkeit dann ausgegangen werden, wenn bezüglich der Geschäftstätigkeit massgebende Handlungen physisch in der Schweiz vorgenommen werden. Ob die Wirkung dieser Tätigkeit sich inner- oder ausserhalb der Schweiz entfaltet, ist dabei nicht entscheidend.

2.2.1.2 Eine unabhängige unternehmerische Tätigkeit

Von einer unabhängigen unternehmerischen Tätigkeit ist dann auszugehen, wenn den Verantwortlichen der betreffenden Gesellschaft mit Bezug auf deren wirtschaftliche Tätigkeit eine gewisse Entscheidungsautonomie zugestanden wird und die verantwortlichen Personen bezüglich Einzelgeschäfte keiner umfassenden Weisungsgebundenheit unterliegen²⁷. Die in der Schweiz beschäftigten Mitarbeiter müssen aktiv und in direkter Weise an der operativen Geschäftsführung beteiligt sein²⁸.

Betreffend das Tatbestandsmerkmal der Unabhängigkeit von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob diese Umschreibung das Erfordernis der Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr mit einschliesst oder ob auch eine bloss konzerninterne Funktion als unabhängige unternehmerische Tätigkeit qualifiziert werden kann. Der KS 99-E enthielt mit Bezug auf die zulässige Weiterleitung abkommensbegünstigter Erträge dahingehend eine Einschränkung, als die 50-Prozent-Grenze u.a. nur dann überschritten werden durfte, wenn die Weiterleitung an nicht abkommensberechtigte unabhängige Dritte erfolgte²⁹. Auf diese Einschränkung wurde in der nun gültigen Fassung des KS 99 verzichtet³⁰. Ebenso enthält der Wortlaut des KS 99 Ziff. 1 anders als Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a

DBA-D keinen ausdrücklichen Hinweis bezüglich der Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr. Die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr ist grundsätzlich auch für die Erfüllung des Aktivitätstests von Art. 22 Abs. 1 lit. c DBA-US 96 nicht erforderlich³¹. In Anbetracht dessen ist die Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr nach der hier vertretenen Auffassung kein zwingendes Erfordernis. Demzufolge kann grundsätzlich auch eine Geschäftsaktivität, welche ausschliesslich konzerninterne Leistungsbeziehungen beinhaltet, als eine unabhängige unternehmerische Tätigkeit gelten³². Die ESTV erachtet die Tätigkeit einer mit rein konzerninternen Funktionen ausgestatteten Gesellschaft dann als aktiv, wenn es sich um Dienstleistungen handelt, mit welchen echte Mehrwerte geschaffen werden, Tätigkeiten, welche eine lebensfähige Einheit auch ausserhalb der Konzernstruktur erlauben würden³³.

2.2.1.3 Die Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf Gewinnerzielung

Als auf Gewinnerzielung ausgerichtet gilt eine unternehmerische Tätigkeit gemeinhin dann, wenn es sich um eine kommerzielle Tätigkeit handelt, welche mit der Absicht ausgeübt wird, einen Gewinn oder zumindest einen gewissen Umsatz zu erzielen (Zweck der Gewinnstrebigkeit). Im Gegensatz dazu stehen Tätigkeiten mit einem ideellen oder gemeinnützigen Zweck. Mit Bezug auf KS 99 Ziff. 1 ist es nicht erforderlich, dass die betreffende Gesellschaft für sich allein in der Lage sein muss, einen Gewinn zu erzielen. Die Geschäftstätigkeit muss aber eine echte, wertschöpfungsorientierte betriebliche Aktivität beinhalten³⁴.

2.2.1.4 Die Art der Tätigkeit

Als Art der Tätigkeit werden in KS 99 Ziff. 1 die Herstellung oder der Vertrieb von Gütern, der Handel mit Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen genannt. In Ergänzung zur Fassung des KS 99-E wird in der definitiven Fassung des KS 99 neben der Herstellung und dem Vertrieb von Gütern und der Erbringung von Dienstleistungen zusätzlich auch der Handel mit Gütern ge-

24 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

25 ESTV, Fragen zu Ziff. 1; gemäss ZIMMERMANN, StR 54 156 können auch überwiegend auslandbezogene Geschäftsaktivitäten als aktive gewerbliche Tätigkeit gelten.

26 ESTV, Fragen zu Ziff. 1; WIDMER/SLAMA 444 erachten demgegenüber – entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut von KS 99 Ziff. 1 («in der Schweiz eine aktive Geschäftstätigkeit ausüben») – ohne nähere Begründung auch die Geschäftstätigkeit einer ausländischen Betriebsstätte als genügend.

27 Ebenso WIDMER/SLAMA 444.

28 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

29 KS 99-E Ziff. 3.1.

30 KS 99 Ziff. 1.

31 Der Aktivitätstest von Art. 22 Abs. 1 lit. c DBA-US 96 wird allerdings zur Vermeidung von Missbräuchen durch das Erfordernis der Erheblichkeit der Geschäftstätigkeit ergänzt.

32 Ebenso WIDMER/SLAMA 443.

33 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

34 ESTV, Fragen zu Ziff. 1; WIDMER/SLAMA 443 verwenden diesbezüglich den Ausdruck «wertschöpfungsorientierte, betriebliche Aktivität».

nannt³⁵. Auch die Lizenzverwaltung bzw. -verwertung durch eine schweizerische Gesellschaft kann als aktive Geschäftstätigkeit betrachtet werden, wenn die Bewirtschaftung der in dieser Unternehmung vorhandenen Immaterialgüterrechte einen erheblichen Einsatz von Know-how und Personal verlangt³⁶.

2.2.1.5 Das Erfordernis genügender Substanz

Für die Qualifikation als aktive Geschäftstätigkeit ist erforderlich, dass die unternehmerische Tätigkeit durch eigenes Personal in einem dafür eingerichteten Geschäftsbetrieb ausgeübt wird (Erfordernis genügender Substanz)³⁷. Das Erfordernis genügender Substanz wurde im Vergleich zum KS 99-E ausgeweitet³⁸. Abgestellt wird primär aber auf die Art und die Qualität der Tätigkeit und weniger auf das äussere Auftreten der Gesellschaft³⁹.

2.2.1.6 Das Erfordernis der Vollbesteuerung

Gemäss der Fassung des KS 99-E sollten nur diejenigen Gesellschaften, welche keinen steuerlichen Sonderstatus i.S.v. Art. 28 Abs. 2–4 StHG beanspruchen, vom Verbot der übermässigen Weiterleitung und vom Verbot der Gewinnspeicherung entbunden werden⁴⁰. In der definitiven Fassung des KS 99 wurde auf eine solche Vollbesteuerungsklausel verzichtet⁴¹.

2.2.1.7 Das Erfordernis der Konnexität

Wenn auch im KS 99 – im Gegensatz zu Art. 22 Abs. 1 lit. c DBA-US 96 – kein Erfordernis der Konnexität der Geschäftstätigkeit der betreffenden Gesellschaft mit den entsprechenden abkommensbegünstigten Einkünften⁴² vorgesehen ist, so wird dies von der ESTV dennoch verlangt. Demgemäss ist es erforderlich, dass die abkommensbegünstigten Einkünfte im Zusammenhang mit der aktiven Geschäftstätigkeit der betreffenden Gesellschaft erzielt werden.

2.2.2 Der Börsentest

In KS 99 Ziff. 2 wird der Börsentest, welcher sich in einen direkten und einen indirekten Börsentest gliedert, statuiert. Börsentests finden sich auch in Art. 11 Abs. 2 lit. b (ii) DBA-F, Art. 22 Abs. 1 lit. e DBA-US 96 und im DBA-VEN.

2.2.2.1 Der direkte Börsentest

Gemäss KS 99 Ziff. 2.1 dürfen Gesellschaften, bei denen die Mehrheit der ausgegebenen Aktien nach Stimmkraft und Nennwerten an einer (oder mehreren) anerkannten Börse(n) kotiert ist und regelmässig gehandelt wird, mehr als 50 Prozent der abkommensbegünstigten Erträge zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen verwenden, sofern diese Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind und belegt werden können. Bei diesen Gesellschaften gilt das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 solange als eingehalten, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist. Der Nachweis der Börsenkotierung und des regelmässigen Handels obliegt dabei in jedem Fall der betroffenen Gesellschaft⁴³.

2.2.2.1.1 Die Mehrheit nach Stimmkraft und Nennwert

Mit Bezug auf das Begriffsmerkmal *Mehrheit der ausgegebenen Aktien nach Stimmkraft und Nennwerten*⁴⁴ ist aufgrund des Wortlautes von kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen auszugehen, d.h. sowohl die Mehrheit der Stimmkraft als auch die Mehrheit der Nennwerte müssen kotiert sein und regelmässig gehandelt werden. Fraglich ist allerdings, ob dabei eine Gesamtbetrachtung (d.h. die Mehrheit der Stimmkraft und der Nennwerte insgesamt) oder eine Einzelbetrachtung (d.h. die Mehrheit der Stimmkraft einerseits und die Mehrheit der Nennwerte andererseits) zur Anwendung gelangt. Von Bedeutung ist diese Frage insbesondere im Zusammenhang mit nicht kotierten Stimmrechtsaktien. Einer Gesamtbetrachtung ist nach der hier vertretenen Auffassung der Vorzug zu geben. Andernfalls wäre in Fällen, in denen nicht kotierte Stimmrechtsaktien die Mehrheit der gesamten Stimmrechte auf sich vereinigen, die Anwendung des Börsentestes per se ausgeschlossen. Schwierigkeiten bereitet die Gesamtbetrachtung allerdings mit Bezug auf die Gewichtung von Nennwert und Stimmrecht.

2.2.2.1.2 Der regelmässige Handel der ausgegebenen Aktien

Im Gegensatz zur amerikanischen Kommentierung von Art. 22 Abs. 1 lit. e DBA-US 96 finden sich im KS 99 kei-

35 Siehe KS 99-E Ziff. 3.1 und KS 99 Ziff. 1.

36 WIDMER/SLAMA 433.

37 KS 99 Ziff. 1; gemäss WIDMER/SLAMA 443 sind – ohne nähere Begründung – die Anzahl der Angestellten oder die Grösse der Büroräumlichkeiten grundsätzlich unbeachtlich.

38 In KS 99-E Ziff. 3.1 wird als Substanzerfordernis lediglich das eigene Personal genannt.

39 ESTV, Fragen zu Ziff. 1.

40 Siehe KS 99-E Ziff. 3.1.

41 Siehe KS 99 Ziff. 1.

42 Ebenso WIDMER/SLAMA 444 und ZIMMERMANN, StR 54 157.

43 Anmerkung zu KS 99 Ziff. 2.

44 KS 99 Ziff. 2.1.

ne zahlenmässig messbaren Kriterien. Grundsätzlich ist zu begrüssen, dass auf die Festsetzung fixer Quoten verzichtet wurde⁴⁵. Es kann dann ein regelmässiger Handel angenommen werden, wenn pro Zeiteinheit ein bestimmter Anteil der sich auf dem Markt befindenden Aktien umgesetzt wird⁴⁶.

2.2.2.1.3 Die anerkannte Börse

Als anerkannte Börse i.S.v. KS 99 Ziff. 2 gelten die Schweizer Börse oder eine ausländische Börse, deren Kotierungsreglement gleiche oder vergleichbare Vorschriften und Mindestanforderungen enthält wie das Kotierungsreglement der Schweizer Börse⁴⁷.

2.2.2.2 Der indirekte Börsentest

Gemäss KS 99 Ziff. 2.2 dürfen Gesellschaften, bei denen die Mehrheit der ausgegebenen Aktien nach Stimmkraft und Nennwerten unmittelbar durch eine oder mehrere im Inland ansässige Gesellschaft oder Gesellschaften gehalten wird, welche die Voraussetzungen des direkten Börsentests gemäss KS 99 Ziff. 2.1 erfüllt bzw. erfüllen, mehr als 50 Prozent der abkommensbegünstigten Erträge zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen verwenden, sofern diese Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind und belegt werden können. Bei diesen Gesellschaften gilt das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 solange als eingehalten, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist. Auf eine Ausweitung des indirekten Börsentests, so wie im KS 99-E noch vorgesehen, wonach auch die Börsenkotierung der im Ausland ansässigen Muttergesellschaft als zulässig galt⁴⁸, wurde in der definitiven Fassung des KS 99 verzichtet⁴⁹.

2.2.3 Der Holdingtest

Als dritte Kategorie der Bona-fide-Klauseln enthält KS 99 Ziff. 3 den Holdingtest. Dieser gliedert sich in zwei Tatbestände mit unterschiedlichen Rechtsfolgen: den reinen Holdingtest (KS 99 Ziff. 3.1), dessen Rechtsfolgen denjenigen des Aktivitätstests und des Börsentests entsprechen, einerseits und den gemischten Holdingtest (KS 99 Ziff. 3.2), mit weniger weit reichender

Wirkung, andererseits. Der Holdingtest fand erst in die definitive Fassung des KS 99 Eingang⁵⁰. Eine mit dem Holdingtest vergleichbare Bestimmung – wenn auch weit detaillierter ausgestaltet – findet sich in Art. 22 Abs. 1 lit. d DBA-US 96 i.V.m. Art. 22 Abs. 7 lit. b DBA-US 96 (Test für Hauptverwaltungsgesellschaften).

2.2.3.1 Der reine Holdingtest

Gemäss KS 99 Ziff. 3.1 ist es Holdinggesellschaften, die ausschliesslich oder fast ausschliesslich Beteiligungen verwalten und finanzieren, gestattet, zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen mehr als 50 Prozent der abkommensbegünstigten Erträge zu verwenden, sofern diese Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind und belegt werden können. Bei diesen Gesellschaften gilt das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 solange als eingehalten, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist. Der Nachweis der ausschliesslichen oder fast ausschliesslichen Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen obliegt in jedem Fall der Gesellschaft⁵¹.

2.2.3.1.1 Die Holdinggesellschaft

Im KS 99 finden sich keine näheren Hinweise betreffend das Begriffsmerkmal der Holdinggesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob mit Bezug auf KS 99 Ziff. 3.1 der Holdingbegriff i.S.v. Art. 28 Abs. 2 StHG analoge Anwendung findet. Gemäss dieser Bestimmung gilt eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft dann als Holdinggesellschaft, wenn ihr statutarischer Zweck zur Hauptsache in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen besteht und sie in der Schweiz keine Geschäftstätigkeit ausübt. Diese Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sind von der Entrichtung der Gewinnsteuer befreit, sofern die Beteiligungen oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge ausmachen⁵².

Aufgrund des Normzweckes von Art. 28 Abs. 2 StHG sowie der autonomen Auslegung des BRB 62 und der dazugehörigen Kreisschreiben sind die Begriffsumschreibungen betreffend Holdinggesellschaften nach der hier

45 Das langfristige Engagement institutioneller Anleger beispielsweise könnte dazu führen, dass nicht von einem regelmässigen Handel auszugehen ist, wiewohl grundsätzlich sämtliche kotierten Titel frei gehandelt werden können und nicht als strategische Beteiligung gehalten werden oder sich im Besitze eines Hauptaktionärs befinden.

46 WIDMER/SLAMA 449.

47 Anmerkung zu KS 99 Ziff. 2.

48 KS 99-E Ziff. 3.23.

49 KS 99 Ziff. 2; kritisch dazu ZIMMERMANN, StR 54 157.

50 Das KS 99-E enthielt noch keinen Holdingtest.

51 Anmerkung zu KS 99 Ziff. 3.1.

52 Art. 28 Abs. 2 StHG 2. Satz.

vertretenen Auffassung nicht kongruent. Mit Bezug auf KS 99 Ziff. 3.1 sind der statutarische Zweck und die von der betreffenden Gesellschaft tatsächlich ausgeübte Funktion (effektive Tätigkeit) massgebend. Hauptzweck der Gesellschaft (statutarisch und faktisch) sollten demnach die dauernde Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen sein⁵³, wobei die effektive Tätigkeit im Wesentlichen auf die Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen zu beschränken ist. Fraglich ist, ob eine andere Geschäftstätigkeit der Gesellschaft als schädlich zu erachten ist. Dies ist sicherlich dann zu verneinen, wenn diese andere Geschäftstätigkeit als aktive Geschäftstätigkeit i.S.v. KS 99 Ziff. 1 zu qualifizieren ist, da diesfalls die Rechtsfolgen gemäss KS 99 Ziff. 1 Platz greifen. Trifft dies nicht zu, so ist wohl im Umkehrschluss zu KS 99 Ziff. 3.2 eine andere Geschäftstätigkeit mit dem Status der reinen Holdinggesellschaft i.S.v. KS 99 Ziff. 3.1 nicht in Einklang zu bringen. Aufgrund der Tatsache, dass das Verbot der übermässigen Weiterleitung bezüglich der reinen Holdinggesellschaften nicht zur Anwendung gelangt, ist eine ausländische Fremdfinanzierung gestattet⁵⁴.

2.2.3.1.2 Ausschliessliche oder fast ausschliessliche Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen

Um die bevorzugte Behandlung von KS 99 Ziff. 3.1 beanspruchen zu können, muss sich die effektive Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft auf die Verwaltung von Beteiligungen und deren Finanzierung beschränken. Andere Aktivitäten sind unzulässig, insofern es sich nicht um qualitativ und quantitativ unbedeutende Nebentätigkeiten oder um eine aktive Geschäftstätigkeit i.S.v. KS 99 Ziff. 1 handelt⁵⁵. Die gewinnbringende Anlage flüssiger Mittel kann, wenn diese Mittel innerhalb kurzer Zeit wieder ihrer Zweckbestimmung zugeführt werden, als Verwaltungstätigkeit betrachtet werden⁵⁶.

Die Finanzierung von Beteiligungen wird ausdrücklich gestattet. Anders als in Art. 28 Abs. 2 StHG fehlt in KS 99 Ziff. 3.1 eine prozentuale Beschränkung der Finanzierung im Verhältnis zu den Beteiligungen resp. deren Dividendenenerträgen. Dementsprechend unterliegen die von der betreffenden Gesellschaft ihren Beteiligungsgesellschaften gewährten Darlehen keiner

quantitativen Beschränkung. Offen ist, was als Beteiligung zu qualifizieren ist. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht zwingend die 20-Prozent- resp. Zwei-Millionen-Grenze, wie sie in Art. 28 Abs. 1 StHG und Art. 69 DBG statuiert wird. In jedem Fall sollte aber die gefestigte 20-Prozent- resp. Zwei-Millionen-Limite als Safe-harbour-Regel gelten⁵⁷. Die ESTV erachtet lediglich die 20-Prozent-Regel als massgebend. Demgemäss müssen mindestens 90 Prozent der Anteile an Kapitalgesellschaften in der Bilanz der Holdinggesellschaft mindestens 20 Prozent vom Grund- oder Stammkapital der Untergesellschaften betragen⁵⁸. Mit Bezug auf die Frage, was noch als fast ausschliesslich gilt, darf gemäss ESTV die Höhe der insgesamt zulässigen Nebeneinkünfte i.d.R. maximal 5 Prozent der Gesamterträge ausmachen⁵⁹.

2.2.3.2 Der gemischte Holdingtest

Gemäss KS 99 Ziff. 3.2 ist es Holdinggesellschaften, die neben der Verwaltung und Finanzierung von Beteiligungen noch andere Aktivitäten (wie beispielsweise Lizenzverwaltung, Refakturierung usw.) ausüben, nicht gestattet, mehr als 50 Prozent der abkommensbegünstigten Erträge zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen zu verwenden. Bei diesen Gesellschaften gilt das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 solange als eingehalten, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist. Demgemäss haben gemischte Holdinggesellschaften, d.h. Holdinggesellschaften, welche neben der eigentlichen Holdingfunktion noch andere Aktivitäten betreiben, das Verbot der übermässigen Weiterleitung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a BRB 62 weiterhin zu beachten. Eine Erleichterung steht diesen Gesellschaften aufgrund des KS 99 lediglich mit Bezug auf das Verbot der Gewinnspeicherung gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 zu, indem nur der Tatbestand der Steuerbezugsgefährdung zu vermeiden, nicht jedoch das Gebot der Pflichtausschüttung zu beachten ist. Auch die gemischten Holdinggesellschaften haben ihren Hauptzweck statutarisch wie auch faktisch weiterhin der Holdingfunktion zu widmen⁶⁰.

53 Betreffend den statutarischen Zweck ebenso WIDMER/SLAMA 446.

54 ZIMMERMANN, StR 54 158.

55 Siehe oben, 2.2.3.1.1.

56 WIDMER/SLAMA 445.

57 Gemäss WIDMER/SLAMA 446 kann auf die im DBG festgehaltenen Grundsätze abgestellt werden.

58 ESTV, Fragen zu Ziff. 3.

59 ESTV, Fragen zu Ziff. 3.

60 WIDMER/SLAMA 446; für die Prüfung, ob im konkreten Einzelfall die Holdingfunktion als Hauptzweck gegeben ist, empfehlen WIDMER/SLAMA 447 – in wenig aussagekräftiger Weise – die drei Kriterien Statuten, Bilanztest und Ertragstest «kumulativ oder alternativ» heranzuziehen.

2.3 Das Verbot der Gewinnspeicherung (Gewinnhortung)

2.3.1 Allgemeines

Modernisiert wurde auch das Verbot der Gewinnspeicherung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 haben juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, an welchen nicht abkommensberechtigte Personen zu einem wesentlichen Teil direkt oder indirekt durch Beteiligung oder in anderer Weise interessiert sind, insofern als sie abkommensbegünstigte Einkünfte beziehen, angemessene Gewinnausschüttungen vorzunehmen⁶¹. Mit dieser Vorschrift soll verhindert werden, dass Speichergesellschaften ihre Einkünfte thesaurieren (Verhinderung der Gewinnspeicherung)⁶². Begründet wird die Verhinderung der Gewinnspeicherung damit, dass bei solchen Gesellschaften die Gefahr bestehe, dass die aufgespeicherten (und in der Schweiz aufgrund von Steuerprivilegien niedrig besteuerten) Gewinne auf absehbare Zeit nicht ausgeschüttet würden, die interessierten Personen diese dafür aber früher oder später in irgendeiner Form, sei es indirekt in Form von Vorschüssen an die Aktionäre, die nicht zurückbezahlt werden, oder bei der Liquidation der Gesellschaft allenfalls auch direkt, steuerfrei an sich ziehen würden⁶³. Dem Bundesgericht zufolge ist betreffend die Speichergesellschaft gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 ein Missbrauch schon allein darin zu erblicken, «dass sie den Vorteil der Doppelbesteuerungsabkommen zur Thesaurierung der Einkünfte im Interesse nicht abkommensberechtigter Personen ausnützt»⁶⁴. Das in Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62 stipulierte Verbot der Gewinnspeicherung wurde im KS 62 konkretisiert. Mit Inkrafttreten des KS 99 wurden die Regelungen des KS 62 modifiziert und der Grundsatz der Vermeidung der Steuerbezugsgefährdung eingeführt. Dementsprechend gilt nach heute in Kraft stehender Regelung ein Gewinnausschüttungsverhalten solange als angemessen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB 62, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist⁶⁵. Vor Inkrafttreten des KS 99 wurde aufgrund des KS 62 eine Gewinnausschüttung dann als angemessen erachtet, wenn sie für jedes Geschäftsjahr mindestens 25 Prozent des Bruttobetrag der abkommensbegünstigten Einkünfte betrug⁶⁶.

2.3.2 Die Vermeidung der Steuerbezugsgefährdung gemäss KS 99

Das Ausschüttungsverhalten einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz gilt in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 lit. b BRB nach der neu geltenden Regelung solange als angemessen, als keine Gefährdung des Steuerbezuges gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV gegeben ist (Vermeidung der Steuerbezugsgefährdung). Diese Regelung hat für alle ausländisch beherrschten juristischen Personen Gültigkeit, auch für jene Gesellschaften, welche die Voraussetzungen des Aktivitätstests (KS 99 Ziff. 1), des Börsentests (KS 99 Ziff. 2) oder des Holdingtests (KS 99 Ziff. 3) erfüllen.

Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV ist von einer Bezugsgefährdung⁶⁷ dann auszugehen, wenn:

- am Grundkapital einer Aktiengesellschaft oder am Stammkapital einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu mehr als 80 Prozent (direkt oder indirekt) Personen mit Wohnsitz im Ausland beteiligt sind;
- sich die Aktiven der Gesellschaft zur Hauptsache im Ausland befinden oder diese Aktiven überwiegend aus Forderungen oder anderen Rechten gegenüber Ausländern bestehen und
- die Gesellschaft nicht alljährlich einen angemessenen Teil des Reinertrages als Dividende oder Gewinnanteil an die Inhaber der Aktien, Gesellschaftsanteile oder Genussscheine ausschüttet.

Demgemäss liegt eine Bezugsgefährdung i.S.v. Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStV dann vor, wenn die drei Voraussetzungen – 80-prozentige Auslandsbeherrschung, fehlende Aktiven in der Schweiz und ungenügende Dividendenausschüttungen – kumulativ erfüllt sind.

Gemäss bisheriger Praxis der ESTV (Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben) gilt eine jährliche Ausschüttung von mindestens 6 Prozent der eigenen Mittel als angemessen⁶⁸. Die Abteilung für internationales Steuerrecht und Doppelbesteuerungssachen ist grundsätzlich in der Auslegung von Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG und Art. 9 Abs. 1 VStV im Zu-

61 ESTV, Steuerentlastung, Allgemeines VI Ziff. 43.3.; LUDWIG, StR 20 155; LÜTHI, Missbrauch 390; RYSER W., Introduction 188.

62 BGE 113 Ib 195 E 4; LUDWIG, StR 20 155; LÜTHI, Missbrauch 390 f.; RYSER W., Introduction 188; ESTV, Steuerentlastung, Allgemeines VI Ziff. 43.3 verwendet dabei den Begriff «Gewinnhortung», ebenso LOCHER P., International 162; z.T. wird neben dem Begriff der Speichergesellschaft auch der Begriff der Thesaurierungsgesellschaft verwendet, so MÄUSLI 244.

63 BGE 113 Ib 195 E 4; LUDWIG, StR 20 155; LÜTHI, Missbrauch 390.

64 BGE 113 Ib 201.

65 KS 99 Ziff. 1 – 3.

66 KS 62 Ziff. II 2; LUDWIG, StR 20 155; LÜTHI, Missbrauch 390.

67 Betreffend den Tatbestand der Steuerbezugsgefährdung siehe auch KEHRLI 241 ff.

68 STOCKAR/HOCHREUTENER, Bd. 2, Nr. 1 zu Art. 9 VStV.

sammenhang mit dem KS 99 frei, da im KS 99 auf diese Bestimmungen lediglich Bezug genommen wird, jedoch ein ausdrücklicher Verweis auf die entsprechende Praxis dazu fehlt⁶⁹. Gemäss einer von der ESTV erteilten Auskunft ist jedoch davon auszugehen, dass die pauschale Praxis einer Mindestausschüttung von 6 Prozent auch mit Bezug auf das KS 99 zur Anwendung gelangen soll⁷⁰. Beteiligungen, die von einer schweizerischen Gesellschaft gehalten werden, gelten auch mit Bezug auf das KS 99 gemäss einer von der ESTV erteilten Auskunft generell als Inlandaktiven⁷¹. Zur Erfüllung des Tatbestandes der Steuerbezugsgefährdung i.S. des KS 99 ist es zudem nicht erforderlich, dass die ESTV tatsächlich auch eine entsprechende Sicherstellungsverfügung erlässt⁷².

2.4 Das Verbot der unangemessenen Finanzierung

Die im KS 62 enthaltenen Finanzierungsregeln betreffend die maximal zulässige Fremdfinanzierung gegenüber ausländischen Gläubigern und die zulässigen Höchstzinssätze wurden mit Erlass des KS 99 aufgehoben⁷³. Demgemäss werden die Bestimmungen bezüglich des Verhältnisses Eigenkapital/Fremdkapital sowie die Vorschriften betreffend die Maximalsätze für die Verzinsung ausländischer Kreditoren nicht mehr angewandt⁷⁴. Gemäss KS 99 gelten neu generell die im Merkblatt S-02.111 und im Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997 festgelegten Finanzierungs- und Verzinsungsrichtlinien der ESTV⁷⁵. Dabei stellt ein Verstoss gegen diese Richtlinien solange keine missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen dar, als dadurch nicht die Weiterleitungsbeschränkungen verletzt werden⁷⁶.

3 Kritik und Würdigung

3.1 Die Frage der Notwendigkeit von Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs

Die grundsätzliche Notwendigkeit von Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs ist – im Einklang mit der herrschenden Lehre⁷⁷ – klar zu befürworten. Die unterschiedliche Ausgestaltung der einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen und die unvollständigen

Abkommensnetze der verschiedenen Vertragsstaaten ermöglichen es den betroffenen Steuerpflichtigen, durch das gezielte Zwischenschalten von Rechtsträgern in den Genuss von Abkommensvorteilen zu gelangen, die ihnen nicht zugeordnet sind. Um eine Zweckentfremdung resp. eine ungewollte faktische Ausweitung des persönlichen Geltungsbereiches der entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommen zu vermeiden, ist es richtig und sachgemäss, Massnahmen zu ergreifen, welche den Abkommenschutz auf diejenigen Personen beschränken, für welche die abkommensrechtlichen Normen geschaffen wurden. Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs sind eine logische Folge des Bilateralismus auf dem Gebiete des internationalen Doppelsteuerungsrechts.

3.2 Die Frage der formellen Ausgestaltung der Missbrauchsbestimmungen

Schwieriger als die grundsätzliche Frage der Notwendigkeit von Missbrauchsbestimmungen ist die Frage der formellen Ausgestaltung zu beantworten, d.h. die Frage, ob die schweizerischen Missbrauchsmaßnahmen weiterhin in landesrechtlichen Normen des Empfängerstaates, sprich im (modernisierten) BRB 62, zu regeln sind oder ob diese Bestimmungen in die Doppelbesteuerungsabkommen aufgenommen werden sollten. Für eine Lösung i.S. des BRB 62 spricht sicherlich deren Flexibilität und Anpassungsfähigkeit, ist die Schweiz doch für entsprechende Änderungen landesrechtlicher Bestimmungen grundsätzlich nicht zum Vornherein auf das formelle Einverständnis der Partnerstaaten angewiesen. Für eine abkommensrechtliche Lösung sprechen demgegenüber Gründe der Rechtssicherheit und der Klarheit für den Rechtsanwender. Die Frage kann aber letztlich nicht dialektisch beantwortet werden. Vielmehr ist die Antwort in einem fortwährenden Abwägen der verhandlungspolitischen Kräfteverhältnisse zu suchen. Solange eine grosse Mehrheit der schweizerischen Vertragspartner in Anbetracht eines griffigen schweizerischen BRB-62-Regelwerkes auf die Einführung abkommensrechtlicher Missbrauchsbestimmungen verzichtet, sollte grundsätzlich an einer modernen Lösung i.S. des BRB 62 festgehalten werden. In Einzelfällen ist auch eine Kombination des BRB 62 mit einer landesrechtlichen Missbrauchsbestimmung des Quellenstaates opportun,

69 HINNY/KRONAUER 256.

70 HINNY/KRONAUER 256.

71 HINNY/KRONAUER 257.

72 HINNY/KRONAUER 256.

73 KS 99 Ziff. 4; ZIMMERMANN, StR 54 156.

74 KS 99 Ziff. 4.

75 KS 99 Ziff. 4.

76 ESTV, Steuerentlastung, Allgemeines VI Ziff. 43.4.

77 ALTENBURGER 30; LÜTHI Missbrauch 399; MÄUSLI 263; OECHSLIN-SAUPPER 133; ZIMMERMANN, StR 48 370; ZIMMERMANN, StR 54 158.

wenn auch für den Rechtsanwender in Einzelfällen unter Umständen etwas arbiträrer als eine akommensrechtliche Lösung. Langfristig wird sich wohl auch die Frage stellen, ob nicht eine Auswahl typisierter, wohl ausgewogener Missbrauchsbestimmungen, kombiniert mit Bona-fide-Klauseln, in das OECD-Musterabkommen aufzunehmen wäre.

3.3 Die Frage der inhaltlichen Ausgestaltung von Massnahmen zur Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs

3.3.1 Das Erfolgselement als Tatbestandsmerkmal von Missbrauchsbestimmungen

In Art. VI Abs. 2 DBA-US 51, der ersten Missbrauchsbestimmung des schweizerischen Abkommensrechts, findet sich noch kein eigentliches Erfolgselement. Vielmehr enthält diese Bestimmung eine Arranged-or-maintained-Regel mit einem sehr allgemein gehaltenen Absichtselement⁷⁸. Mit dem Erlass des BRB 62 wurde das Erfolgselement als massgebendes objektives Tatbestandsmerkmal neu eingeführt und danach auch in die grosse Mehrzahl der heute geltenden abkommensrechtlichen Missbrauchsbestimmungen aufgenommen⁷⁹. Dabei wurde das Erfolgselement (Abkommensvorteile kommen im Wesentlichen in Drittstaaten ansässigen Personen zugute) nicht als solches abstrakt statuiert. Vielmehr wurden verschiedene typisierte Tatbestände geschaffen, bei deren Vorliegen vom Eintritt des Erfolgselementes ausgegangen wird. Aufgrund dieser Ausgestaltung wird anhand schematischer Tests beurteilt, wann das Erfolgselement als gegeben zu erachten ist. Die beiden grundlegenden Regelungen sind dabei die Beherrschungsklausel (ausländische Beherrschung) und das Verbot der übermässigen Weiterleitung. Eine derartige Typisierung ist sachgerecht und schafft sowohl für die rechtsanwendende Behörde als auch die betroffenen Steuerpflichtigen Klarheit. Lüthi spricht in diesem Zusammenhang davon, «Sicherheitszonen für die Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen zu schaffen»⁸⁰. Solche schematisch formulierte Tatbestandsumschreibungen sind offen gehaltenen Arranged-or-maintained-Regeln,

wie sie beispielsweise in Art. 9 Abs. 2 lit. a (i) DBA-NL oder in Art. VI Abs. 2 DBA-US 51 enthalten sind (resp. waren), vorzuziehen. Der Aufnahme derartiger Typisierungen ist allerdings nur dann zuzustimmen, wenn sie nicht isoliert, sondern unter Einbezug des Absichtselementes angewendet werden. Andernfalls führt dies in verschiedenen Fällen zu stossenden Ergebnissen.

3.3.2 Das Absichtselement als Tatbestandsmerkmal und die objektivierte Vermutung der fehlenden Missbrauchsabsicht

Wird das Element der Missbrauchsabsicht – als Korrektiv der typisierten Missbrauchsbestimmungen – in Form eines allgemein formulierten subjektiven Tatbestandsmerkmals in eine Missbrauchsbestimmung aufgenommen, so führt dies zwangsläufig zu diffizilen Auslegungsfragen, liegt es doch auf der Hand, «dass Steuernormen, die an innere Vorgänge der Steuerpflichtigen anknüpfen, in verschiedener Hinsicht problematisch sind»⁸¹. In der Praxis haben sich denn auch die Arranged-or-maintained-Regeln als unpraktisch und der Rechtssicherheit nicht förderlich erwiesen. Folge solcher offen formulierter Tatbestände war, dass von den rechtsanwendenden Behörden und Gerichten wiederum objektivierte Hilfskriterien geschaffen werden mussten⁸².

Aus diesem Grund wurden denn auch vorab von der amerikanischen Abkommenspraxis objektivierte Tatbestände geschaffen, gemäss denen die fehlende Missbrauchsabsicht vermutet wird (Bona-fide-Klauseln). Aufgrund solcher Bestimmungen wird bei Erfüllen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale die fehlende Missbrauchsabsicht, d.h. das Fehlen des Absichtselementes, vermutet. Als Folge davon entfällt bei diesen Sachverhalten, auch wenn die Kriterien bezüglich des Erfolgselementes gegeben sind, die einschränkende Wirkung der entsprechenden Missbrauchsbestimmung⁸³. Es ist zu begrüssen, dass die Beweisführung zum Vorliegen oder Fehlen der Missbrauchsabsicht aufgrund objektivierter Kriterien erfolgt und nicht dem Gutdünken der rechtsanwendenden Behörden oder Gerichte überlassen wird. Im Bereiche des Abkommensrechts, welches letztlich eine

78 Gemäss Art. VI Abs. 2 DBA-US 51 wird der günstigere Sockelsteuersatz von 5 Prozent dann nicht gewährt, «wenn die Verbindung der beiden Gesellschaften in erster Linie mit der Absicht hergestellt worden ist oder beibehalten wird, um sich diesen Vorteil zu sichern».

79 So insbesondere Art. 2 Abs. 2 BRB 62, Art. 22 DBA-B, Art. 23 DBA-D, Art. 11 Abs. 2 und Art. 14 DBA-F, Art. 23 DBA-I und Art. 22 DBA-US 96.

80 LÜTHI, Missbrauch 399.

81 REICH, ST 72 265 f.

82 Siehe beispielhaft BGE 110 Ib 287 ff. mit Bezug auf Art. 9 Abs. 2 lit. a (i) DBA-NL.

83 So wird beispielsweise gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. e DBA-US 96 bei einer börsenkotierten Gesellschaft, deren Aktien regelmässig gehandelt werden, davon ausgegangen, dass diese Gesellschaft nicht mit dem Ziel, Abkommensvorteile nicht abkommensberechtigten Personen zukommen zu lassen, errichtet wurde. Aufgrund der Börsenkotierung und des regelmässigen Aktienhandels wird die fehlende Missbrauchsabsicht vermutet, selbst wenn das Erfolgselement (Abkommensvorteile kommen im Wesentlichen in einem Drittstaat ansässigen Personen zugute) aufgrund einer entsprechenden ausländischen Beherrschung erfüllt ist.

korrigierende Rechtsfortbildung und Rechtsentwicklung durch ein übergeordnetes Gericht nur in beschränktem Masse kennt, sind möglichst geschlossene und auslegungsfreundliche Normen zweckmässig.

Dem möglichen Einwand, Bona-fide-Klauseln seien kompliziert⁸⁴ und schwer verständlich, ist entgegenzuhalten, dass es sich bei den Missbrauchsbestimmungen im Allgemeinen und Bona-fide-Klauseln im Besonderen um sehr junges Recht handelt und dass das diesbezügliche allgemeine Rechtsverständnis noch wenig entwickelt ist. Dieses wird sich aber in den nächsten Jahren durch die Praxis zweifellos verdichten. Die Vorteile derartiger Klauseln überwiegen und sind gewichtiger als die Vorteile jener Missbrauchsbestimmungen, welche lediglich auf das Erfolgselement oder ein allgemein gehaltenes Absichtselement ausgerichtet sind. Die Erneuerung des BRB 62 durch die Einführung des KS 99, insbesondere die Aufnahme des Aktivitäts-, des Börsen- und des Holdingtests, ist aus den oben dargelegten Gründen sehr zu begrüssen. Mit der Anpassung des BRB 62 / KS 99 ist das Regelwerk der schweizerischen Missbrauchsbestimmungen wesentlich modernisiert und auf einen sehr fortschrittlichen Stand gebracht worden.

Literatur

- ALTENBURGER PETER, Ein Meilenstein des internationalen Steuerrechts, NZZ Nr. 302 vom 29./30. Dezember 1990, S. 30
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Steuerrechts, 5. A., Zürich 1995
- DUSS MARCO, Kommentar zu Art. 15–18, 27, 28 und 31 StHG, in Zweifel/Athanas, Kommentar StHG (zitiert: Kommentar StHG)
- ESTV (Hrsg.), Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Loseblattwerk, inkl. Lieferung 19 (2001), Bern (zitiert: Steuerentlastung)
- HINNY PASCAL/KRONAUER MARKUS, Erleichterungen beim Missbrauchsbeschluss (BRB 1962), ST 73 (1999) 255 ff.
- HÖHN ERNST, Holding- und Domizilgesellschaften gemäss StHG, in Höhn/Athanas, Bundessteuerrecht, 247 ff. (zitiert: Holding- und Domizilgesellschaften)
- HÖHN ERNST/DAVID EUGEN, Doppelbesteuerungsrecht, Bern 1973
- HULL HOWARD, Limitation on benefits in the new US-Switzerland treaty, ST 71 (1997) 329 ff.
- JÄGER HANS-JOACHIM, Der Unternehmensstandort Schweiz aus der steuerlichen Sicht standortungebundener Unternehmen, Bern 1996
- KEHRLI URS, Sicherstellungsverfügung und Arrestbefehl nach Art. 47 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, ASA 55 (1986/87) 241 ff.
- LOCHER PETER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2000 (zitiert: International)
- LUDWIG MAX, Zwei Jahre Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, StR 20 (1995) 145 ff.
- LÜTHI DANIEL, Die Vorschriften gegen den Missbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, in Ernst Höhn (Hrsg.), Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1993, 381 ff. (zitiert: Missbrauch)
- MASSHARDT HEINZ, Die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, ASA 31 (1962/63) 225 ff.
- MÄUSLI PETER, Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht, Bern 1993
- OECD (Hrsg.), Bericht des Steuerausschusses Nr. 1, Harmful tax competition, an emerging global issue, Paris 1998 (zitiert: Harmful competition)
- OECHSLIN-SAUPPER EVELINE, Besteuerung ausländisch beherrschter Kapitalgesellschaften mit Ansässigkeit in der Schweiz, 2. A., Bern 1994
- REICH MARKUS, Umstrukturierungen im Steuerrecht, ST 72 (1998) 263 ff.
- RYSER WALTER, Introduction au droit fiscal international de la Suisse, Bern 1980 (zitiert: Introduction)
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER (Hrsg.), Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Bd. 1 und 2, Loseblattwerk, Stand 1999, Basel
- WIDMER STEFAN/SLAMA KAROLINA, Die Ausnahmebestimmungen zum Missbrauchsbeschluss im Kreisreiben 1999, StR 54 (1999) 438 ff.
- ZIMMERMANN SILVIA, Kreisschreiben vom 17.12.98 zum Missbrauchsbeschluss, Anliegen aus der Praxis, StR 54 (1999) 154 ff.

84 HULL 341 mit Bezug auf Art. 22 DBA-US 96.

Rechtsquellen

BRB 62, Bundesratsbeschluss vom 14. Dezember 1962 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, SR 672.202

DBA-LAND, Doppelbesteuerungsabkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, in Internationales Steuerrecht der Schweiz, Sammlung schweizerischer Abkommen und Ausführungsvorschriften, bearbeitet von der Eidg. Steuerverwaltung, 3 Bände, inklusive Ergänzungslieferung 24, 1998 (zitiert: DBA-Land, mit den jeweiligen Nationalitätenkennzeichen versehen, z.B. DBA-D)

DBA-US 51, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 24. Mai 1951 zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen

DBA-US 96, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 2. Oktober 1996 zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen

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

ESTV, Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 17. Dezember 1998 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes (KS 1999). Häufig gestellte Fragen (FAQ) bezüglich des KS 1999, www.estv.admin.ch/data/dba/d/missbfaq.htm (24. Oktober 2001; zitiert: Fragen)

KS 62, Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 31. Dezember 1962 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, ASA 31 (1962/63) 247 ff.

KS 99-E, Entwurf des Kreisschreibens der Eidg. Steuerverwaltung vom 16. Oktober 1998 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes

KS 99, Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 17. Dezember 1998 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes

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

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

VStV, Vollziehungsverordnung vom 19. Dezember 1966 zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, SR 642.211

Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen

Zum Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 14. Februar 2002

Dr. iur. Natalie Peter, LL.M., RA*

Inhalt

1	Sachverhalt
2	Prozessuales
3	Erwägungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich
3.1	Einkommensqualität von Mitarbeiterbeteiligungen
3.2	Zeitpunkt des Einkommenszuflusses
3.3	Vesting period und Sperrfristen
3.4	Fallbezogene Erwägungen
4	Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich
5	Anmerkungen
5.1	Echte und unechte Optionen
5.2	Vesting period
5.3	Sperrfrist
5.4	Einkommensrealisation
5.4.1	Zufluss- und Bewertungszeitpunkt
5.4.2	Bewertbarkeit
5.4.3	Einfluss von vesting period und Sperrfrist
5.5	Würdigung
5.5.1	Einkommensrealisation – Zeitpunkt des Zuflusses
5.5.2	Verfall der Option während und nach vesting und Sperrfrist
5.5.3	Steuerharmonisierung
5.5.4	Übergangsordnung
5.5.5	Gesetzgebung
5.6	Ausblick

Literatur, Materialien und Erlasse

1 Sachverhalt

Der in Zürich wohnhafte Pflichtige war im Jahr 2000 für die X-AG tätig. Am 19. Juli 2000 teilte die X-AG dem Pflichtigen 1000 Call-Optionen zum Erwerb von Aktien der X-AG zu einem Ausübungspreis von USD 83.125 unter folgenden Bedingungen zu:

Eine erste Tranche von 20 % erwarb der Pflichtige un-
widerruflich ein Jahr nach der Zuteilung (vesting period von einem Jahr). Während dieses Jahres konnten die Optionen nicht ausgeübt werden. Nach Ablauf eines Jahres wurden die Optionen unmittelbar zur Ausübung frei. Sie hätten dann während der Restlaufzeit von neun Jahren ausgeübt werden können. Für den Fall, dass der Mitarbeiter vor Ablauf der Optionen (nach zehn Jahren, d.h. 2010) die X-AG verlässt, sah das Reglement vor, dass die noch nicht ausgeübten Optionen verfallen, d.h. dass die Optionen diesfalls, soweit sie dem Mitarbeiter noch nicht definitiv zugeteilt wurden, an die X-AG zurückzugeben sind bzw., soweit sie definitiv zugeteilt wurden und ausübbar sind, nur noch bis zum tatsächlichen Ausscheiden aus dem Unternehmen ausgeübt werden können.

Für eine zweite Tranche von 20 % gilt eine vesting period / Sperrfrist von zwei Jahren, nach deren Ablauf die Optionen während der Restlaufzeit von acht Jahren ausgeübt werden können. Im Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Laufzeit verfallen die Optionen. In der gleichen Weise werden die dritte, vierte und fünfte Tranche nach drei, vier und fünf Jahren zur Ausübung frei.

In der Steuererklärung 2000 deklarierte der Pflichtige die ihm im Juli 2000 zugeteilten Optionen nicht als Einkommen, reichte indessen eine Bestätigung der X-AG ein, wonach die Optionen einkommenssteuerlich mit einem Betrag von Fr. 69 560.– zu berücksichtigen seien und einen Vermögenssteuerwert von Fr. 74 435.55 aufwiesen. In einem der Steuererklärung beigelegten Schreiben hielt der Pflichtige fest, die Aktien der X-AG hätten seit September 2000 70 % ihres Kurswertes eingebüsst, und er könne erst im Sommer 2001 eine Tranche von 20 % der Aktien beziehen, sofern der Kurs USD 84 übersteige. Zudem erklärte er sich bereit, «für das Jahr 2000 höchstens 20 % (1/5 der Laufzeit) der Optionen als Einkünfte sowie Vermögen zu versteuern».

* Tappolet & Partner, Zürich

Am 28. August 2001 schätzte der Steuerkommissär den Pflichtigen für die Staats- und Gemeindesteuern 2000 ein. Dabei rechnete er für die dem Pflichtigen von der X-AG am 19. Juli 2000 zugeteilten Optionen beim Einkommen den Betrag von Fr. 69 560.– und beim Vermögen den Betrag von Fr. 74 435.– auf.

2 Prozessuales

Nach erfolgloser Einsprache beantragte der Pflichtige mit Rekurs vom 26. Oktober 2001, er sei gemäss der von ihm eingereichten Steuererklärung einzuschätzen. In seiner Rekursantwort vom 8. November 2001 schloss das kantonale Steueramt auf Abweisung des Rechtsmittels. Im zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. In tatsächlicher Hinsicht wies der Pflichtige in seiner Replik darauf hin, dass er seine Stelle bei der X-AG Ende November 2001 gekündigt habe. Er reichte am 17. Januar 2002 eine Bestätigung der X-AG ein, wonach er am 31. Januar 2002 das Arbeitsverhältnis mit dieser beenden werde. Ausserdem wurde im Schreiben der X-AG ausgeführt, der Pflichtige hätte die ihm zugeteilten Mitarbeiteroptionen an die X-AG zurückzugeben, soweit die bei Abgabe der Optionen statuierte Sperrfrist noch nicht abgelaufen sei.

3 Erwägungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich

E. 1: Der Streit drehte sich darum, ob überhaupt, wann und in welchem Umfang der Pflichtige Einkommen und Vermögen aus den ihm von seiner Arbeitgeberin am 19. Juli 2000 zugeteilten Mitarbeiteroptionen erzielt hat.

3.1 Einkommensqualität von Mitarbeiterbeteiligungen

In der Praxis sowohl zu den Kantons- und Gemeindesteuern als auch zur direkten Bundessteuer gelten Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen als (gewillkürtes) Naturaleinkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Während das Bundesgericht sich bisher eingehend nur mit Mitarbeiteraktien beschäftigt hat,¹ ist das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 4. Juli 1995² ausführlich auf die Frage der Steuer-

barkeit von Mitarbeiteroptionen eingegangen. Das Verwaltungsgericht bejahte dabei die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen.

3.2 Zeitpunkt des Einkommenszuflusses

E. 2: Während somit über die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen Klarheit herrscht, ergeben sich hinsichtlich des Zeitpunkts des Einkommenszuflusses und der Einkommensbemessung erhebliche Unsicherheiten.

(a): Einkünfte fliessen dem Steuerpflichtigen grundsätzlich zu dem Zeitpunkt zu, in dem der Rechtserwerb vollendet ist. Dann hat er einen festen Rechtsanspruch auf das Vermögensrecht erworben³. Voraussetzung des Zuflusses ist somit ein abgeschlossener Rechtserwerb, der Forderungs- oder Eigentumserwerb sein kann, wobei der Forderungserwerb in der Regel die Vorstufe des Eigentumserwerbs darstellt⁴. Die Fälligkeit des Rechtsanspruchs ist für die Bestimmung des Zeitpunkts des steuerlich massgeblichen Zuflusses – von hier nicht relevanten Ausnahmen (Kapitalzinsen, Mietzinsen) abgesehen – in der Regel nicht erforderlich⁵.

In Literatur und Rechtsprechung findet der dargelegte Grundsatz der Einkommensrealisation mit dem Forderungserwerb indessen dann eine Einschränkung, wenn die Erfüllung der Forderung besonders unsicher ist⁶. In diesen Fällen wird auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Anspruchs abgestellt.

(b)(aa): Für Mitarbeiteroptionen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese im Zeitpunkt der Zuteilung als genügend sichere Einkunft anzusehen sind, so dass sie in steuerlicher Hinsicht als realisiert betrachtet werden können. Als alternativer Realisationszeitpunkt fällt bei Mitarbeiteroptionen, die dem Arbeitnehmer noch nicht definitiv zugeteilt worden sind (die noch nicht «vested» sind) – d.h. Optionen, die er erst nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen (blosser Zeitablauf, Erfüllung bestimmter Zielvorgaben etc.) endgültig erwirbt (Ablauf der sog. vesting period), – der Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs in Betracht. Als letzter Punkt auf der Zeitachse könnte schliesslich als Realisationszeitpunkt auch der Zeitpunkt der Ausübung der Mitarbeiteroptionen herangezogen werden.

(bb)(aaa): In Abkehr von seiner früheren Praxis⁷ hat das Verwaltungsgericht im bereits angeführten Entscheid vom 4. Juli 1995⁸ für den steuerlich relevanten Zufluss

1 Vgl. insbes. ASA 65 (1996/97), 733 und 66 (1997/98), 484; untypisch die sog. E-shares in StE 1991 B 21.1 Nr. 2.

2 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

3 Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 6 mit Rechtsprechungsnachweisen.

4 ASA 64 (1995/96), 137.

5 RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 9.

6 RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 7.

7 RB 1977 Nr. 42.

8 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

(Einkommensrealisation) auf den Zeitpunkt der Zuteilung der Optionen abgestellt. Ausdrücklich hält es fest, dass es für die Annahme eines Einkommenszuflusses unerheblich sei, ob die zugeflossenen Rechte marktfähig, d.h. veräusserbar, seien; das habe lediglich Auswirkungen auf die Frage der Bewertung; hingegen berühre die Verkäuflichkeit oder Nichtverkäuflichkeit von Mitarbeiteroptionen deren Steuerobjektqualität nicht⁹.

(*bbb*): Die Einschätzungspraxis im Kanton Zürich befolgt diese Rechtsprechung, indem für die Einkommensrealisation stets auf den Zuteilungszeitpunkt abgestellt wird. Einzig bei nicht bewertbaren Optionen (vgl. zu diesem Begriff nachstehend die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung gegebene Definition, der auch das kantonale Steueramt folgt) wird entgegen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erst im Zeitpunkt der Ausübung der Option zur Besteuerung geschritten¹⁰.

(*cc*): Nachdem die Eidgenössische Steuerverwaltung im inzwischen überholten Kreisschreiben Nr. 5 vom 17. Mai 1990¹¹ erstmals Richtlinien für die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen aufgestellt hatte (das Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. November 1973¹² betraf nur Mitarbeiteraktien), erliess sie am 30. April 1997 das heute noch massgebende Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Steuerperiode 1997/1998 über die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen¹³, welches unter Ziff. 4 Grundsätze für die einkommenssteuerliche Behandlung von Mitarbeiteroptionen enthält. Das Kreisschreiben unterscheidet zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen. Als nicht bewertbar gelten Optionen mit einer Laufzeit von mehr als zehn Jahren, Optionen mit einer Verfügungssperre von mehr als fünf Jahren sowie Optionen mit zahlreichen individuellen Bedingungen. Bewertbare Optionen stellen gemäss Kreisschreiben im Augenblick der Zuteilung steuerbares Einkommen dar, und zwar im Umfang der Differenz zwischen dem Abgabepreis und dem tatsächlichen Wert der Option bei Abgabe an den Mitarbeiter; bei gesperrten Optionen ist dem Umstand der Sperrung bei der Berechnung des Werts der Optionen aufgrund der im Bankensektor üblichen mathematischen Modelle dadurch Rechnung zu tragen, dass beim Parameter «aktueller Börsenkurs» in gleicher Weise wie bei gesperrten Mitarbeiteraktien der diskontierte Börsenkurs zugrunde zu legen ist. Nicht bewertbare Optionen stellen gemäss Kreisschrei-

ben im Zeitpunkt der Abgabe eine blosser Anwartschaft dar und sind einkommenssteuerrechtlich damit irrelevant. Aus solchen Optionen erzielt der Mitarbeiter erst im Zeitpunkt der Ausübung steuerbares Einkommen.

3.3 Vesting period und Sperrfristen

E. (3)(a): Viele Unternehmen, die an ihre Mitarbeiter Optionen abgeben, sehen in den entsprechenden Reglementen vor, dass die Mitarbeiter die ihnen zugeteilten Optionen erst nach Erfüllung bestimmter (vom Unternehmen festgelegter) Bedingungen – insbesondere Ablauf einer bestimmten Zeitdauer des Arbeitsverhältnisses – unwiderruflich erwerben. In diesem Zusammenhang wird in Anlehnung an das amerikanische Recht von vesting periods¹⁴ gesprochen (erst nach deren Ablauf ist die Option vested, d.h. der Rechtserwerb ist vollendet). Die vesting period wird dabei regelmässig mit einer Sperrfrist kombiniert, während welcher der Mitarbeiter die Option noch nicht ausüben kann. Die Ausübungsfrist kann identisch sein mit der vesting period (und ist dies auch meist): Der Mitarbeiter muss den Ablauf der Sperrfrist abwarten und kann unmittelbar ab deren Ende die Option während der festgelegten (Rest-) Laufzeit ausüben. Es kommt hingegen auch vor, dass die Sperrfrist länger ist als die vesting period: In einem solchen Fall muss der Mitarbeiter auch nach Ablauf der vesting period noch den Rest der Sperrfrist abwarten, um dann erst die Option ausüben zu können.

Unabhängig vom soeben Dargelegten sehen viele Reglemente über Mitarbeiteroptionen vor, dass diese bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen, und zwar auch, soweit sie bereits gevested sind. Das bedeutet, dass der Mitarbeiter selbst unwiderruflich erworbene Optionen nicht mehr ausüben kann und sie zurückgeben muss (wenn nämlich die verbleibende Sperrfrist erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet) bzw. die Optionen (ohne bzw. mit abgelaufener Sperrfrist) innerhalb der verbleibenden Dauer des Arbeitsverhältnisses ausüben muss, wenn er noch von ihnen Gebrauch machen will.

3.4 Fallbezogene Erwägungen

(*b*): Im vorliegenden Fall unterliegen die von der X-AG an den Pflichtigen abgegebenen 1000 Optionen folgenden Bedingungen:

9 StE 1996 B 22.2 Nr. 11 E. 2 (a).

10 Vgl. Merkblatt zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen vom 28. November 1997, aZStB I A Nr. 18/40, Ziff. 2.1 b; siehe auch den vom Leiter der Abteilung für Wertschriftenbewertung des KSTA Zürich, HARRY MÜLLER, verfassten Leitfaden «Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen», 2001, Ziff. 3.3.2., S. 19.

11 Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1991/92, aZStB II Nr. 52/18; ASA 59 (1990/91), 172 ff.

12 Kreisschreiben Nr. 12 zur 17. Wehrsteuerperiode vom 8. November 1973, aZStB II Nr. 52/17; ASA 42 (1973/74), 246 ff.

13 aZStB II Nr. 69/54-p; ASA 66 (1997/98), 130 ff.

14 Vgl. dazu ANDREAS RISI, Mitarbeiteroptionen und -aktien, S. 96.

- Eine erste Tranche von 20 % erwirbt der Pflichtige unwiderruflich ein Jahr nach der Zuteilung (vesting period von einem Jahr). Während dieses Jahres können die Optionen nicht ausgeübt werden (Sperrfrist von einem Jahr). Nach Ablauf eines Jahres werden die Optionen vested und unmittelbar zur Ausübung frei (vesting period und Sperrfrist identisch). Sie können dann während der Restlaufzeit von neun Jahren ausgeübt werden. Im Fall des Ausscheidens eines Mitarbeiters sind die Optionen, soweit das Arbeitsverhältnis während der vesting period endet, zurückzugeben; endet das Arbeitsverhältnis erst nach Ende der vesting period und wurden die Optionen noch nicht ausgeübt, so verfallen sie mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, d.h. sie sind nur noch bis dann ausübbar.
- Für eine zweite Tranche von 20 % gilt eine vesting period/Sperrfrist von zwei Jahren, nach deren Ablauf die Optionen während der Restlaufzeit von acht Jahren ausgeübt werden können. Im Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Restlaufzeit verfallen die Optionen.
- In der gleichen Weise werden die dritte, vierte und fünfte Tranche nach drei, vier und fünf Jahren zur Ausübung frei.

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich hat sich in der folgenden Erwägung 4 mit der Frage auseinandergesetzt, ob die dargelegte Besteuerungspraxis, die allein auf den Zuteilungszeitpunkt abstellt, auch dann zu überzeugen vermöge und sich rechtfertige, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Zuteilungszeitpunkt und das Ende der vesting period auseinander fallen:

E. 4 (a)(aa): In der neueren Literatur zur Besteuerung von Mitarbeiteroptionen wird hervorgehoben, dass frei handelbare Mitarbeiteroptionen, die dem Mitarbeiter unwiderruflich zugeteilt werden, im Zeitpunkt der Zuteilung einen Einkommenszufluss zur Folge haben¹⁵. Dem kann in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Praxis¹⁶ ohne weiteres zugestimmt werden. Und zwar auch dann, wenn infolge der langen Laufzeit der Option oder aus anderen Gründen (z.B. fehlende Kotierung des Titels, auf den sie sich bezieht) kein problemlos eruerbarer Marktpreis für die Option besteht. Auch bei Fehlen eines (öffentlichen) Marktes für solche Optionen lässt sich nämlich deren Verkehrswert gestützt auf die durch die Finanzmathematik entwickelten Berechnungsmodelle (insbes. das sog. Black-Scholes-Modell¹⁷) verlässlich bestimmen. Mit dem Verwaltungsgericht¹⁸ ist daher

davon auszugehen, dass das Einkommen aus sog. echten Optionen dem Mitarbeiter im Zeitpunkt der Zuteilung zufließt. Entgegen der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der Praxis des kantonalen Steueramtes ist dabei angesichts der wissenschaftlichen Fundiertheit der finanzmathematischen Berechnungsmodelle grundsätzlich stets von der Bewertbarkeit echter Optionen auszugehen, so dass sich eine Verschiebung des Realisationszeitpunkts auf den Zeitpunkt der Ausübung der Option nicht rechtfertigt (keine nicht bewertbaren Optionen).

(bb): Daran ändert insbesondere auch der Umstand eines in vielen Mitarbeiterbeteiligungsreglementen vorgesehenen vorzeitigen Verfalls der Optionen bei Auflösung des Arbeitsvertrages – jedenfalls bei ungesperrten echten Optionen – nichts. Wenn durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch die Laufzeit noch nicht ausgeübter echter Optionen verkürzt wird, muss der Mitarbeiter diese doch nicht zurückgeben, sondern kann sie (und zwar auch im Fall einer Kündigung durch den Arbeitgeber) bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses noch ausüben; erst dann verfallen die noch nicht ausgeübten Optionen. (Auf die Frage, ob und wie im Hinblick auf die Bemessung des zufließenden Einkommens die für den Mitarbeiter nachteilige Verkürzung der Optionslaufzeit bei der finanzmathematischen Berechnung des Marktwertes [rückwirkend] zu berücksichtigen ist, ist die Steuerrekurskommission nicht eingegangen.)

(b)(aa): Hier liegt freilich keine echte Option vor. Wie sich aus den Ausgabebedingungen der zu beurteilenden Optionen ergibt, handelt es sich bei den dem Pflichtigen zugeteilten Optionen vielmehr um sog. unechte Optionen. Solche Optionen zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit einer vesting period versehen sind, während der sie nicht frei übertragbar sind und zudem noch gar nicht ausgeübt werden können. Erst nach Ablauf der vesting period wird die Zuteilung unwiderruflich. In den meisten Fällen deckt sich die vesting period mit der Sperrfrist (so auch im vorliegenden Fall: vesting period und Sperrfrist von einem Jahr für die ersten 200 Optionen, vesting period und Sperrfrist von zwei Jahren für die nächsten 200 Optionen usw.). Denkbar ist freilich auch, dass die Sperrfrist länger ist als die vesting period, d.h. dass einem Mitarbeiter eine Option zwar schon unwiderruflich zugeteilt ist, er sie indessen noch nicht ausüben kann.

(bb): Auch echte, d.h. unmittelbar mit Zuteilung unwiderruflich zugeteilte und übertragbare Optionen können (z.B. weil die Börsenkotierung des Titels noch be-

15 Vgl. HANS-JÖRG MÖSSNER, Generalbericht «International Tax Aspects of Deferred Remunerations», in: Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXVb, 2000, S. 47; MÖSSNER spricht von sog. echten Optionen (genuine options).

16 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

17 Vgl. dazu RICHARD A. BREALEY/STEWART C. MYERS, Principles of Corporate Finance, S. 606 ff.

18 StE 1996 B 22.2 Nr. 11 E. 2 (c)(bb).

vorsteht) mit einer Sperrfrist versehen sein. Bei einer echten Option mit einer Sperrfrist (z.B. Call-Option mit zweijähriger Sperrfrist, für 100 zu kaufen) ist es – zumindest theoretisch – möglich, das Risiko, dass die Option nie wird ausgeübt werden können, abzusichern und durch ein gegenläufiges Geschäft (z.B. Verkauf einer Call-Option mit zweijähriger Sperrfrist, für 100 zu kaufen) den inneren Wert (aber nicht mehr) der zuteilten Option zu realisieren¹⁹. Deshalb lässt es sich ohne weiteres rechtfertigen, auch den Zufluss aus echten gesperrten Optionen unmittelbar mit der Zuteilung als realisiert zu betrachten. Dem Bestehen einer Sperrfrist kann bei der Berechnung des Marktwertes durch eine Diskontierung des im finanzmathematischen Berechnungsmodell einzusetzenden Parameters «aktueller Börsenkurs» Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch die Realität des Einkommenszuflusses in Frage gestellt würde. (Andererseits würde sich die Sachlage bei gesperrten echten Optionen dann darstellen, wenn das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist aufgelöst würde und die Option deshalb verfiel. Unter diesen Umständen könnte wohl ex nunc nicht mehr von einer echten Option gesprochen werden, weil sich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Ergebnis wie ein Nichtabsolvieren der vesting period bei einer unechten Option auswirken würde.)

(cc): Gegen das gleiche Vorgehen (Besteuerung im Zuteilungszeitpunkt mit Diskontierung) bei einer unechten Option muss eingewendet werden, dass bei ihr nicht nur die Höhe des Einkommens von der Sperre abhängt, sondern darüber hinaus der Mitarbeiter während der vesting period die Option noch gar nicht «auf sicher», mit anderen Worten noch nicht gevestet hat. Zwar ist es nicht gänzlich unvorstellbar, auch der durch diese Situation verursachten Unsicherheit des Einkommenszuflusses in einem mathematischen Modell Rechnung zu tragen (indem z.B. aufgrund bekannter Wahrscheinlichkeiten Annahmen über die Lebenserwartung des Mitarbeiters, über die voraussichtliche Länge seiner Beschäftigung etc. getroffen werden) und einen Wert für einen in steuerlicher Hinsicht anzunehmenden Einkommenszufluss zu erhalten. Doch am ehesten lässt sich die mit der vesting period zusammenhängende Unsicherheit mit der bei Anwartschaften typischen Unsicherheit vergleichen. So liesse sich etwa auch beim potentiellen zukünftigen Erben die Lebenserwartung des potentiellen Erblassers berücksichtigen. Schon diese Ähnlichkeit der Situation spricht bei unechten Optionen eher gegen die Annahme eines Einkommenszuflusses bei Zuteilung. Dazu kommt, dass sich die Unsicherheit über das unwiderruf-

liche vesting – anders als bei echten Optionen die Unsicherheit über eine allfällige Verkürzung der Optionsfrist – nicht nur auf die Höhe des Einkommenszuflusses, sondern auch auf diesen selbst auswirkt. Wurde das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters mit dem zuteilenden Unternehmen vor Ende der vesting period aufgelöst, so erhält dieser eben nicht nur weniger, sondern überhaupt kein Einkommen aus der Option. Mithin ist auch eine Absicherung durch ein gegenläufiges Geschäft nicht möglich. Angesichts dieser erheblichen Unsicherheit des Einkommenszuflusses bei unechten Optionen im Zeitpunkt der Zuteilung erweist sich die Praxis der Besteuerung bei Zuteilung als verfehlt.

(c)(aa): Die Problemhaftigkeit der Besteuerung unechter Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt der Zuteilung ist dem kantonalen Steueramt nicht verborgen geblieben. Der Unangemessenheit der Rechtsfolgen einer solchen Besteuerung – Besteuerung lediglich mit einem Diskont auf dem Aktienkurs, obwohl gegebenenfalls niemals tatsächlich etwas zufließt – versucht es, in seiner Praxis über den sog. Minuslohn, d.h. durch die Berücksichtigung eines negativen Einkommens bei vorzeitigem Verfall von Mitarbeiteroptionen, zu begegnen; eine gesetzliche Grundlage wird nicht genannt. In der Literatur werden als Korrektiv bei vorzeitigem Verfall ausserdem die Durchführung von Revisionsverfahren²⁰ oder die Zulassung besonderer Gewinnungskosten²¹ vorgeschlagen.

4 Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich

(bb): Sowohl die Praxis des kantonalen Steueramts (Minuslohn) als auch die in der Literatur vertretenen Auffassungen (Revision, Gewinnungskosten) lösen das Problem selbst, dass nämlich trotz fehlender Sicherheit und Verfügbarkeit des Einkommens aus unechten Mitarbeiteroptionen bereits bei Zuteilung zur Besteuerung geschritten wird, nicht und sind insofern nicht sachgerecht. Sie zielen auf ein blosses «Rückgängigmachen» der Besteuerung bei Zuteilung hin und vermögen daher nicht zu befriedigen.

In Abkehr von der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts ist als Realisationszeitpunkt der Augenblick des vesting, d.h. des unwiderruflichen Rechtserwerbs durch den Mitarbeiter, zu wählen. Während bei echten Optionen das vesting im Augenblick der Zuteilung stattfindet (Zuteilung und vesting fallen zusammen) und damit an

19 Vgl. MÖSSNER, S. 48.

21 Risi, S. 403 ff.

20 So NATALIE PETER, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, 2001, S. 147.

den bisherigen, vom Verwaltungsgericht entwickelten Besteuerungsgrundsätzen festgehalten werden kann, ist bei unechten Mitarbeiteroptionen für den Einkommenszufluss und für die Einkommensbemessung nicht mehr auf den Zuteilungszeitpunkt, sondern auf das zeitlich spätere vesting abzustellen. Dies steht im Übrigen im Einklang mit der im Ausland generell gültigen Lösung²².

(cc): Die hier vertretene Praxisänderung kann sich auch auf die Ergebnisse der vom Direktor der Eidgenössischen Steuerverwaltung eingesetzten gemischten Arbeitsgruppe «Besteuerung von Mitarbeiteroptionen»²³ stützen. Der Bericht spricht sich dafür aus, im Recht der direkten Bundessteuer neu ausdrücklich den Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs als Realisationszeitpunkt festzuschreiben (vgl. den vorgeschlagenen neuen Art. 17a Abs. 2 DBG)²⁴. Diese Lösung muss angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über den Realisationszeitpunkt bei unechten Mitarbeiteroptionen einerseits und der unbefriedigenden Situation, wie sie sich aus der geltenden Besteuerungspraxis ergibt, bei genauerer Betrachtung freilich schon unter geltendem Recht der Besteuerung bei Zuteilung vorgezogen werden. Die Arbeitsgruppe hat überdies vorgeschlagen, die Besteuerung nach Wahl des Mitarbeiters im Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs oder der Ausübung der Option durchzuführen (vgl. den vorgeschlagenen Art. 17a Abs. 3 DBG sowie die dazugehörige Verordnungsbestimmung, Art. 4). Ob diese Lösung unter geltendem Recht als zutreffend anzusehen wäre, ist zumindest zweifelhaft, erscheint es doch als problematisch, den Zeitpunkt der Einkommensrealisation ins Belieben des Mitarbeiters zu stellen. Da hier nur die Frage der Einkommensrealisation im Jahr 2000 als dem Jahr der Zuteilung der X-AG-Optionen an den Pflichtigen im Streit liegt, braucht darüber freilich nicht entschieden zu werden.

(dd): Dem Pflichtigen wurden am 19. Juli 2000 zwar 1000 Mitarbeiteroptionen von seiner Arbeitgeberin zuteilt. Die vesting period für diese Optionen (und gleichzeitig die Sperrfrist für deren Ausübung) lief indessen – und zwar auch bloss für eine erste Tranche von 200 Optionen – erst ein Jahr später ab. Damit ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der Pflichtige aus den ihm zuteilten Mitarbeiteroptionen im Jahr 2000 kein Einkommen realisierte. Dementsprechend haben

diese für die im Streit liegende Steuerperiode auch keinen Einfluss auf das steuerbare Einkommen und das steuerbare Vermögen.

(Der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist durch das kantonale Steueramt ans Verwaltungsgericht weitergezogen worden. Der Entscheid der zweiten und letzten Zürcher Instanz ist noch ausstehend.)

5 Anmerkungen

Während die Steuerrekurskommission die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen bejaht (Naturaleinkommen), wendet sie sich von der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichtes bezüglich des Zeitpunktes des Einkommenszuflusses ab. Sie unterscheidet nicht mehr zwischen *bewertbaren* und *nicht bewertbaren* Optionen, sondern zwischen *echten* und *unechten* Optionen.

5.1 Echte und unechte Optionen

Echte Optionen im Sinne der durch die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich begründeten Praxis²⁵ gewähren dem Mitarbeiter ein bereits im Zuteilungszeitpunkt frei handelbares Optionsrecht, in einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt oder während einer bestimmten Zeitperiode eine im Voraus festgelegte Anzahl von Aktien des Arbeitgebers oder einer ihm verbundenen Gesellschaft zu erwerben. Der Mitarbeiter kann den in der Option liegenden Wert unverzüglich realisieren. Häufig werden echte Optionen mit Sperrfristen versehen, wonach der Mitarbeiter seine Optionsrechte erst nach Ablauf einer im Voraus festgelegten Zeitperiode ausüben darf.

Echte Optionen sind eher die Ausnahme. In der Praxis üblicher sind unechte Optionen, die hinsichtlich ihrer Ausübung zum Teil mehrfachen Restriktionen unterworfen sind. In der Regel ist das Verfügungsrecht dermassen eingeschränkt, dass der Mitarbeiter das Optionsrecht erst ab einem bestimmten (Ausübungs-) Zeitpunkt, gelegentlich auch früher, ausüben darf²⁶. Diese im Arbeitsverhältnis begründete, subjektive vesting period ist von einer objektiven Sperrfrist zu unterscheiden, was im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals nicht gemacht wird.

22 MÖSSNER, S. 49.

23 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, Bericht zuhanden des Eidg. Finanzdepartementes, Bern, 21. Dezember 2001.

24 Bericht, S. 40.

25 Die gemischte Arbeitsgruppe bezeichnet Entschädigungen durch Optionen, welche dem Mitarbeiter einen Anspruch auf

Beteiligungsrechte einräumen, als echte Optionsprogramme. Andere beteiligungsbezogene Entschädigungen, wie phantom stocks, stock appreciation rights etc., die dem Mitarbeiter lediglich Anspruch auf eine entsprechende Cash-Vergütung geben, sind somit unechte Optionsprogramme; vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 17 f.

26 MÖSSNER, S. 42.

So werden regelmässig sämtliche Restriktionen, sei dies in Bezug auf die Verfügungsbefugnis (subjektiv) oder die Ausübbarkeit (objektiv) des Optionsrechtes, unter dem Sammelbegriff «Sperrfrist» zusammengefasst. Mit der Unterscheidung zwischen vesting period und Sperrfrist hat sich die Rechtsprechung bisher noch nicht auseinandergesetzt. Auch der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist es nicht durchwegs gelungen, die beiden Begriffe «vesting period» und «Sperrfrist» konsequent auseinanderzuhalten. So hält sie hinsichtlich unechter Optionen fest, dass diese sich dadurch auszeichnen, dass sie mit einer vesting period versehen sind, während welcher das Optionsrecht nicht frei übertragbar ist und zudem noch gar nicht ausgeübt werden kann²⁷. Während das erstgenannte Merkmal die (subjektive) Verfügungsbefugnis betrifft (vesting), beschlägt das zweitgenannte Merkmal die (objektive) Ausübbarkeit (Sperrfrist).

5.2 Vesting period

Das vesting ist ein Konzept, welches in den USA im Internal Revenue Code (IRC) verankert ist²⁸. Optionspläne sehen beispielsweise vor, dass das Arbeitsverhältnis während einer bestimmten Zeitdauer weiterbestehen muss oder dass bestimmte Leistungsziele zu erreichen sind, ansonsten die Optionen bei Nichterfüllen dieser subjektiven Bedingungen verfallen oder entschädigungslos an den Arbeitgeber zurückgegeben werden müssen²⁹. Der Mitarbeiter erwirbt also erst am Ende der vesting period unwiderrufliches Eigentum an den Optionen. Es wird im IRC zwischen zwei vesting-Arten unterschieden: Neben dem cliff vesting³⁰, bei welchem der Mitarbeiter nach Ablauf von 5 Jahren über alle ihm zugeordneten Optionen unwiderruflich verfügen kann, sieht das graded vesting³¹ ein stufenweises «Verdienen» der Optionen vor, indem z.B. nach Ablauf von 3 Jahren 20 % der Optionen unwiderruflich in die Verfügungsmacht des Mitarbeiters übergehen und während der nächsten 4 Jahre je weitere 20 %, so dass nach Ablauf von 7 Jahren alle Optionen vested sind³².

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich hat zu Recht festgestellt, dass die in amerikanischen Mitarbeiterbeteiligungsplänen verwendete vesting period auch bei vielen Schweizer Unternehmen anzutreffen ist³³. Häufig besteht die Beschränkung der Verfügbarkeit

darin, dass der Mitarbeiter nach dem Zuteilungszeitpunkt während einer bestimmten Zeitdauer noch im Unternehmen verbleiben muss. Erst nach Erfüllen dieser vom Willen des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers abhängigen (subjektiven) Bedingung (Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses) erwirbt er die Optionsrechte unwiderruflich. Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich widerspricht dem Konzept des vesting sogleich wieder, indem sie in ihrem Entscheid ausführt, dass viele Reglemente vorsähen, dass die Optionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfielen, und zwar auch dann, wenn sie bereits gevested seien. Dies bedeute, dass der Mitarbeiter selbst unwiderruflich erworbene Optionen nicht mehr ausüben könne und sie zurückgeben müsse, wenn die verbleibende Sperrfrist erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ende³⁴. Mit Ablauf der vesting period gehen die Optionsrechte ins Eigentum des Mitarbeiters über. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss der Mitarbeiter Optionen, die gevested sind, nicht mehr zurückgeben. Hiervon zu unterscheiden ist deren Ausübbarkeit.

5.3 Sperrfrist

Die Sperrfrist bezeichnet die Zeitdauer, während welcher der Mitarbeiter die Optionen nicht ausüben darf³⁵. Der Mitarbeiter muss den Ablauf der Sperrfrist abwarten und kann die Option sodann während der (Rest-) Laufzeit ausüben. Die Sperrfrist fällt in aller Regel mit der vesting period zusammen. Sie kann für alle Optionen gleich (cliff vesting) oder tranchenweise (graded vesting) festgesetzt werden. Es kann vorkommen, dass die Sperrfrist länger dauert als die vesting period. Der Mitarbeiter hat in diesem Fall mit dem vesting unwiderrufliches Eigentum an den Optionen erworben, darf sie aber bis zum Ablauf der Sperrfrist noch nicht ausüben. Wird infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses die (Rest-) Laufzeit einer Option verkürzt und kann infolgedessen die Sperrfrist nicht mehr ablaufen, kommt es im Ergebnis zum Verlust des Optionsrechts, obschon dieses an sich gevested ist.

5.4 Einkommensrealisation

5.4.1 Zufluss- und Bewertungszeitpunkt

Die Übertragung von Optionsrechten ist eine im Arbeitsverhältnis begründete Leistung des Arbeitgebers und stellt somit Naturaleinkommen aus unselbständiger Er-

27 E. 4 (b)(aa).

28 Sec. 411 IRC.

29 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 17; PETER WIEDENBECK/RUSSELL OSGOOD, Cases and Materials on Employee Benefits, 1996, S. 269; 543 ff.

30 Sec. 411(a)(2)(A) IRC.

31 Sec. 411(a)(2)(B) IRC.

32 Vgl. CCH, U. S. Master Tax Guide 2001, S. 516.

33 E. 3 (a), erster Absatz.

34 E. 3 (a), zweiter Absatz.

35 NATALIE PETER, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, 2001, S. 35.

werbstätigkeit dar. Die einschlägigen Steuergesetze regeln jedoch nicht, wann Einkommen steuerlich zuzurechnen ist. Bei Naturalleistungen ist nach bisheriger Rechtsprechung der Eigentumserwerb massgebend³⁶. Der Mitarbeiter realisiert im Zeitpunkt der Zuteilung von vergünstigten oder unentgeltlichen Optionen Einkommen. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Optionen mit einer Rückgabepflicht belastet sind.

Die bisherige Einschätzungspraxis, welche der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichtes³⁷ sowie dem Kreisschreiben Nr.5 vom 30. April 1997³⁸ folgt, unterscheidet für den steuerlichen Zufluss zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen. Mitarbeiteroptionen verschaffen dem Berechtigten das über eine blosser Anwartschaft hinausgehende Gestaltungsrecht auf Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungsrechten³⁹. Bei einer Abgabe von Optionen zu Vorzugskonditionen fliesst dem begünstigten Mitarbeiter somit bereits bei der Zuteilung (Erwerb) der Optionen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu. Diese führt beim begünstigten Mitarbeiter zu einer im Arbeitsverhältnis begründeten, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöhenden Bereicherung. Das Kriterium der Verkäuflichkeit hat keinen Einfluss auf die Festlegung des Zuflusszeitpunktes. Der Zufluss geldwerter Vermögensrechte erhöht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen unabhängig davon, ob für diese Werte ein Käufermarkt besteht. Das Kriterium der Verkäuflichkeit erweist sich somit als sachfremd, weil es nicht geeignet ist, etwas über den Zeitpunkt des Zuflusses zu sagen⁴⁰. In seinem Entscheid vom 4. Juli 1995 ist das Zürcher Verwaltungsgericht nicht auf die Unterscheidung von vesting und Sperrfrist eingegangen. Wird Einkommen im Zeitpunkt der Optionszuteilung realisiert, muss der Zufluss in diesem Zeitpunkt bewertet werden. Ist dies nicht möglich, weil es sich um objektiv nicht bewertbare Optionen handelt, wird nach Massgabe des Kreisschreibens Nr. 5 vom 30. April 1997 bei der Optionszuteilung lediglich eine Anwartschaft begründet. Diese stellt kein vermögenswertes Gestaltungsrecht dar. In diesen Fällen realisiert der begünstigte Mitarbeiter erst im Zeitpunkt der Optionsausübung steuerbares Einkommen. Es erscheint jedoch fraglich, ob das Kriterium der objektiven Bewertbarkeit einer Naturalzuwendung für die Festlegung des

Zeitpunktes der Besteuerung von Optionsrechten massgeblich sein kann⁴¹.

5.4.2 Bewertbarkeit

Extrem lange Laufzeiten (mehr als 10 Jahre) oder Sperrfristen (mehr als 5 Jahre) oder das Fehlen von Angaben über die Volatilität oder anderer Rechnungsparameter (Ermittlungsproblematik) führen nach Massgabe des Kreisschreibens Nr.5 vom 30. April 1997 zur Nichtbewertbarkeit einer Option. Die Vermutung der Nichtbewertbarkeit kann allerdings durch ein anerkanntes Gutachten umgestossen werden, denn eine lange Laufzeit oder Sperrfrist führt nicht zwingend zur Unmöglichkeit der Bewertung. Entgegen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung stellt sich die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich auf den Standpunkt, dass echte Mitarbeiteroptionen angesichts der wissenschaftlichen Fundiertheit der finanzmathematischen Berechnungsmodelle stets bewertbar sind, auch wenn die Laufzeit der Option mehr als 10 Jahre dauert oder eine Kotierung der Titel fehlt. Der Optionswert ist nach Ansicht der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich stets verlässlich bestimmbar.

Tatsächlich kann aus wirtschaftlicher Sicht kein Grund angegeben werden, weshalb die Bewertbarkeitsgrenze bei 10 Jahren Laufzeit und 5 Jahren Sperrfrist anzusetzen ist. Eine Grenzziehung erscheint jedoch notwendig, wenn man berücksichtigt, dass die Aussagekraft der Bewertungsergebnisse mit zunehmender Laufzeit bzw. Dauer der Sperrfrist abnimmt⁴². Dazu kommt, dass die meisten an der Börse gehandelten Optionen Laufzeiten von bis zu 3 Jahren aufweisen. Längere Laufzeiten, wie sie bei Mitarbeiteroptionen üblich sind (5 bis 10 Jahre), kommen auf den Finanzmärkten nur selten vor. Die Volatilität kann über kürzere Laufzeiten besser prognostiziert werden als bei langfristigen. Mit der Verlängerung der Laufzeit verringert sich die Genauigkeit bzw. Bestimmbarkeit des Optionswertes. Bei langen Laufzeiten ist regelmässig eine grosse Differenz zwischen Geld- und Briefkursen festzustellen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, die Bewertbarkeit von Optionen grundsätzlich zu begrenzen. Dass die Bewertbarkeitsgrenze in der Praxis bei 10 Jahren Laufzeit und 5 Jahren Sperrfrist angesetzt wurde, ist wohl darauf zurückzuführen, dass die

36 Bundesgerichtsentscheid vom 6. November 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 12.

37 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

38 Kreisschreiben Nr.5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997.

39 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

40 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

41 Vgl. CHRISTOF HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 1998, S. 263; BEAT WALTI, Mitarbeiterbeteiligungen, Aktien- und Optionspläne, 1998, S. 153 ff.

42 Risi, FN 1249, S. 419.

ersten in der Schweiz eingeführten Mitarbeiteroptionspläne aus den USA stammten. Diese Pläne sahen regelmässig Laufzeiten und Sperrfristen in dieser Länge vor⁴³. Längere Laufzeiten oder Sperrfristen waren nicht anzutreffen.

5.4.3 Einfluss von vesting period und Sperrfrist

Einer (objektiven) Sperrfrist von höchstens 5 Jahren wird gemäss Kreisschreiben Nr. 5 vom 30. April 1997 durch Diskontierung des Basiswertes der Aktien in der Bewertungsformel Rechnung getragen. Auch der Verlust der Option bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der vesting period steht der objektiven Bewertbarkeit der Option nicht entgegen. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine vesting period nicht zu einer zeitlichen Verschiebung des Einkommenszuflusses führt. Die mit einer vesting period belastete zugeteilte Option ist an eine Suspensiv-Bedingung nach Art. 151 OR geknüpft, wonach der Optionsvertrag seine Wirkung entfaltet, wenn die Bedingung erfüllt ist (Art. 151 Abs. 2 OR)⁴⁴. Erreicht der Mitarbeiter das ihm vorgegebene Leistungsziel oder ist das Arbeitsverhältnis nach einer bestimmten Zeitdauer noch ungekündigt, findet der Eigentumserwerb statt. In diesem Zeitpunkt gehen die Optionsrechte unwiderruflich ins Vermögen des Mitarbeiters über. Ab diesem Zeitpunkt liegt es im Ermessen des Mitarbeiters, was er aus seinem Optionsrecht macht (Ausübung, Verkauf oder Belastung). Während der vesting period, also bis zum Zeitpunkt des vesting, kann der Arbeitgeber die Zuteilung der Optionen widerrufen, wenn der Mitarbeiter das Leistungsziel nicht erreicht oder das Arbeitsverhältnis beendet wird. Da Einkommen aus bedingten Leistungsansprüchen erst mit dem Bedingungseintritt realisiert wird, drängt sich ein Aufschub des Besteuerungszeitpunktes mindestens bis zum Eintritt des vesting auf. Da durch eine Verkürzung der (Rest-) Laufzeit der Option der Einkommenszufluss als solcher (objektive Sperrfrist ist länger als subjektive vesting period) nachträglich vereitelt oder erheblich reduziert (Verlust des Zeitwertes) werden kann, stellt sich die Frage, ob der Besteuerungszeitpunkt allenfalls nicht noch weiter aufgeschoben werden sollte. Eine solches Wahlrecht schlägt der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe vor⁴⁵.

5.5 Würdigung

5.5.1 Einkommensrealisation – Zeitpunkt des Zuflusses

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist der Ansicht, dass *echte* Mitarbeiteroptionen, bei welchen das vesting und die Zuteilung zusammenfallen, stets bewertbar sind. Aufgrund der bereits erwähnten abnehmenden Verlässlichkeit der Bewertung mit zunehmender Laufzeit oder Sperrfrist ist eine Besteuerung von echten Optionen mit überlanger Laufzeit oder Sperrfrist jedoch abzulehnen. Folglich ist an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach bewertbare echte Optionen bei Zuteilung, (infolge überlanger Laufzeit oder Sperrfrist) nicht bewertbare echte Optionen jedoch bei Ausübung zu besteuern sind.

Auch bei *unechten* Optionen, welche definitionsgemäss mit einer vesting period versehen sind, ist zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen zu unterscheiden. Unechte, objektiv nicht bewertbare Optionen sind analog zu den echten nicht bewertbaren Optionen steuerlich erst im Zeitpunkt der Ausübung zu erfassen. Bewertbare unechte Optionen wären nach den Ausführungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich erst beim vesting zu besteuern. Eine solche Praxisänderung würde je nach Ausgestaltung der Optionsrechte zu drei verschiedenen Besteuerungszeitpunkten führen: (i) bei *Ausgabe* (echte und bewertbare Optionen), (ii) bei *vesting* (unechte und bewertbare Optionen) und (iii) bei *Ausübung* (echte oder unechte, nicht bewertbare Optionen). Eine solche Lösung ist nicht praktikabel und wäre administrativ äusserst aufwendig.

In der Praxis wurde das Problem des Verlustes der Optionen während der Sperrfrist erkannt. Der Unangemessenheit der Rechtsfolgen einer solchen Besteuerung wird durch die Gewährung von negativem Einkommen, eines Minuslohns, im Zeitpunkt des Verfalles der Optionen begegnet. Die Anwendung dieses Minuslohns gewährleistet, dass der Mitarbeiter keinen bzw. aufgrund des progressiven Steuersatzes allenfalls nur einen geringen Verlust aus der Zuteilung der Optionen erleidet. Obschon die Erfassung von unechten Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt des vesting als sinnvoll erscheint, ist an den bisherigen, vom Verwaltungsgericht entwickelten Besteuerungsgrundsätzen festzuhalten. Die von der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vertretene Praxisänderung ist weitreichend. Sie löst zwar die unbefriedigende Situation des Verfalles der Optionen während der vesting period, wie sie sich aus der geltenden Besteue-

43 Vgl. PETER, S. 35, 37.

44 Vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 24, auch zum Folgenden.

45 Vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 32 f.

rungspraxis ergibt, lässt dafür Fragen bezüglich der Berechnung des geldwerten Vorteils beim vesting offen.

5.5.2 Verfall der Option während und nach vesting und Sperrfrist

Die rechtliche Unterscheidung in Eintritt des vesting (subjektive Bedingung) und Ablauf der Sperrfrist (objektive Bedingung) vermag wirtschaftlich nicht immer zu überzeugen: Ein Optionsplan kann vorsehen, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Mitarbeiter Optionen, die gevested sind, nur noch innerhalb der verbleibenden Dauer des Arbeitsverhältnisses ausüben kann (Verkürzung der [Rest-] Laufzeit). Ist eine über die vesting period hinaus gehende Sperrfrist im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgelaufen, führt dies dazu, dass der betroffene Mitarbeiter seine Optionen trotz vesting nicht mehr ausüben kann. Eine solche Option ist während der verkürzten (Rest-) Laufzeit objektiv nicht ausübbar, weshalb auch eine Veräusserung der Option ausgeschlossen ist. Die Verkürzung der Ausübungsdauer während noch laufender (objektiver) Sperrfrist führt im Ergebnis auch nach Eintritt des (subjektiven) vesting zu einem Verlust des Optionsrechts. Die bisherige Praxis hat diesem Umstand mit einem Minuslohn Rechnung getragen. In der Literatur wurde die Auffassung vertreten, bei vorzeitigem Verfall der Option sei ein Revisionsverfahren durchzuführen⁴⁶ oder es seien besondere Gewinnungskosten zuzulassen⁴⁷. Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich lehnt solche Korrekture ab, da diese das Problem selber nicht zu lösen vermögen. Sie zielen lediglich auf ein Rückgängigmachen der Besteuerung bei Zuteilung ab und vermögen nicht zu befriedigen⁴⁸. Die Besteuerung im Zeitpunkt des vesting vermag das eben geschilderte Problem auch nicht zu lösen.

Selbst nach Eintritt von vesting und Ablauf einer (allenfalls längeren) Sperrfrist kann die Verkürzung der (Rest-) Laufzeit im Ergebnis zum Verlust des Optionsrechts führen: Durch die Verkürzung der (Rest-) Laufzeit sinken der Zeitwert der Option und damit der bei einer Veräusserung erzielbare Gewinn. Ist die Option während der verkürzten (Rest-) Laufzeit sogar «out of the money», kann sie nicht ausgeübt und regelmässig auch nicht veräussert werden. Der betroffene Mitarbeiter geht infolge der verkürzten (Rest-) Laufzeit des Werts der Option (Zeitwert) verlustig, selbst wenn vesting (subjektive Bedingung) und Ablauf der Sperrfrist (objektive Bedingung) schon vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten sind. Von daher vermag die Unterscheidung in echte und unechte Optionen und das Abstellen auf den

vesting-Zeitpunkt nur einige, besonders stossende, aber nicht alle Probleme zu lösen. Solange bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Verkürzung der (Rest-) Laufzeit erfolgt, erleidet der Mitarbeiter auch nach Erreichen des vesting und regelmässig sogar noch nach Erreichen der Sperrfrist einen Nachteil, der in Einzelfällen zu einem Gesamtverlust seiner Rechte führen kann.

5.5.3 Steuerharmonisierung

Es gilt weiter zu beachten, dass der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich in vorliegender Form nur die Zürcher Staats- und Gemeindesteuern betrifft. Aufgrund der beim Zürcher Verwaltungsgericht eingereichten Beschwerde ist der Entscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Eine Ablehnung der Beschwerde würde zu einer unterschiedlichen Behandlung von unechten Mitarbeiteroptionen in den Kantonen und im Bund führen. Entsprechend könnte es durch eine geeignete Wohnsitzwahl bzw. einen Wohnsitzwechsel zu einer Nichtbesteuerung bzw. im andern Fall zu Doppelbesteuerungen kommen. Ebenso ergäben sich Unterschiede zur Behandlung bei den Sozialversicherungsbeiträgen.

5.5.4 Übergangsordnung

Mangels angemessener Übergangsbestimmungen würde die mit dem Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich verbundene Rückwirkung auf alle noch offenen Veranlagungen und alle noch laufenden Beteiligungspläne je nach individuellem Veranlagungsstand zu Rechtsungleichheiten führen. Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche bisher zu einer Besteuerung bei Zuteilung führten, würde sich die Frage stellen, ob beim vesting unechter Optionen erneut besteuert würde. Eine neue («richtige») Auslegung des geltenden Rechts stellt in der Regel keinen Revisionsgrund dar. Die bereits in Rechtskraft erwachsene Besteuerung bei Zuteilung bleibt bestehen. Erfolgt aufgrund der neuen («richtigen») Auslegung eine erneute Besteuerung im Zeitpunkt des vesting, könnte eine Überbesteuerung wohl nur unter Berufung auf das Verbot konfiskatorischer Besteuerung abgewendet werden. Bei genehmigten Beteiligungsmodellen könnte eine solche Doppelbesteuerung allenfalls unter Verweis auf Treu und Glauben vermieden werden. Da Beteiligungspläne regelmässig im Sitzkanton des Arbeitgebers, aber nicht in den Wohnsitzkantonen der Arbeitnehmer zur Genehmigung unterbreitet werden, dürfte die Berufung auf Treu und Glauben oftmals nicht möglich sein. Dies umso mehr, als häufig nur die Bewer-

46 PETER, S. 147.

47 RISI, S. 403 ff.

48 E. 4 (c)(bb).

tung, nicht aber der Besteuerungsmodus durch die Steuerbehörden am Sitz des Arbeitgebers geprüft und bestätigt wird.

Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche bisher zu einer Besteuerung im Ausübungszeitpunkt führten, dürfte es infolge der Unbeachtlichkeit von überlangen Laufzeiten oder Sperrfristen zu einer unbeabsichtigten zeitlichen Vorverlegung der Besteuerung unechter Optionen kommen. Die Besteuerung würde somit in einem Zeitpunkt erfolgen, wo die beteiligten Mitarbeiter die (unechten) Optionen noch halten und allenfalls infolge nicht abgelaufener (objektiver) Sperrfrist auch noch nicht ausüben können. Die Besteuerung würde somit in einem Zeitpunkt erfolgen, wo die betroffenen Mitarbeiter allenfalls liquiditätsmässig noch gar nicht über die erforderlichen Mittel verfügen. Durch die Besteuerung unechter Optionen «at vesting» müssten die betroffenen Mitarbeiter nachträglich das Risiko übernehmen, Einkommen in einem Zeitpunkt zu versteuern, wo die Realisation des damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteils (Ausübung der Option) noch ungewiss ist. Eine Wahlmöglichkeit steht ihnen aufgrund des Entscheids der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ja nicht zu.

Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche ein gestaffeltes vesting vorsehen und wo einzelne Tranchen jeweils zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgegeben worden sind, würde der Arbeitgeber vor einen schier nicht mehr zu bewältigenden Bewertungsaufwand gestellt. Bei jeder Tranche müsste nachträglich in jedem vesting-Zeitpunkt eine Bewertung vorgenommen werden. Entsprechend müssten die Lohnausweise angepasst bzw. neu ausgestellt werden. Zudem müsste der Arbeitgeber die kantonalen Unterschiede berücksichtigen. Je nach Wohnsitzkanton der am Beteiligungsplan beteiligten Mitarbeiter würden unterschiedliche Regeln gelten.

5.5.5 Gesetzgebung

Die aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten zeigen, dass eine grundlegende Neuordnung der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen nur durch den Gesetzgeber vollzogen werden kann. Nachdem Bestrebungen im Gang sind, die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen sowohl im StHG als auch im DBG normativ zu regeln, wäre es zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und rechtsungleicher Behandlung von Steuerpflichtigen wünschenswert, die bestehende Praxis bis zum Inkrafttreten dieser Regeln weiterzuführen. In Übergangsbestimmun-

gen wäre sodann zu regeln, welche Optionen nach alter Praxis bzw. nach neuem Recht steuerlich zu erfassen sind. Damit wäre der Grundsatz der Rechtsgleichheit gewahrt.

5.6 Ausblick

Wie von der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich zu Recht bemerkt, spricht sich auch die im Auftrag des Eidgenössischen Finanzdepartementes eingesetzte gemischte Arbeitsgruppe⁴⁹ für eine Besteuerung bei vesting aus. Ihre Aufgabe war es, Varianten für eine normative Regelung der Optionsbesteuerung auszuarbeiten und eine Lösung vorzuschlagen. Dabei waren insbesondere folgende Elemente zu beachten: (i) Der Grundsatz, dass private Kapitalgewinne in der Schweiz steuerfrei bleiben, Arbeitseinkommen aber besteuert wird; (ii) das Postulat der Förderung des Risikokapitals; (iii) die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte; (iv) das Postulat der Einfachheit und Vollziehbarkeit.

Die gemischte Arbeitsgruppe erachtet eine Besteuerung im Zeitpunkt des definitiven Überganges des Rechtsanspruches bzw. des unwiderruflichen Eigentumserwerbes der Option (vesting) als sinnvoll. Die steuerliche Erfassung erfolgt aus Sicht des Steuerpflichtigen erst, wenn er den geldwerten Vorteil definitiv erworben hat. Für den Mitarbeiter entfällt das Risiko der Versteuerung eines allenfalls nicht zugeflossenen Vorteils (Verfall der Option während der vesting period). Für die Steuerbehörden andererseits erübrigt sich in einer solchen Situation eine Korrektur durch Berücksichtigung von Negativeinkommen, wie dies unter der geltenden Regelung mancher Kantone praktiziert wird. Im Übrigen wäre eine Besteuerung im Zeitpunkt des vesting international kompatibel.

Die gemischte Arbeitsgruppe erkannte, dass es neben der Besteuerung von Start-up-Unternehmen weitere bedeutende Probleme zu lösen gibt, insbesondere den Wegzug von Mitarbeitern aus der Schweiz, den Verfall von Optionen und den Minuslohn, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Anpassung von bereits zugeteilten Optionen⁵⁰. Das System der Besteuerung im Zeitpunkt des definitiven Rechtserwerbes (at vesting) löst viele dieser Probleme, so zum Beispiel die Problematik des Verfalls der Optionen vor dem definitiven Rechtserwerb. Die Berücksichtigung eines Negativeinkommens wird damit hinfällig. Eine Wegzugsbesteuerung entfällt. Allfällige internationale Doppelbesteuerungskonflikte könnten unter Berücksichtigung der abgeschlossenen

49 Die gemischte Arbeitsgruppe setzte sich aus Vertretern der Wirtschaft, von Bundesbehörden, von kantonalen Steuerbehörden sowie der Eidgenössischen Steuerverwaltung zusammen.

50 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S.9 ff.

DBA vermieden oder gar gelöst werden. Das Problem der Bewertbarkeit der Optionsrechte ist damit aber noch nicht gelöst.

Der Wert der Option soll nach Ansicht der gemischten Arbeitsgruppe wie bisher aufgrund einer mathematischen Formel – in der Regel nach der Black-Scholes-Formel – berechnet werden. Durch die Verwendung standardisierter Parameter wird die Optionsbewertung vereinfacht und zugleich international attraktiv ausgestaltet⁵¹. Gleichzeitig stellt die Anwendung einer standardisierten Black-Scholes-Bewertungsformel eine administrative Vereinfachung dar. Mit Ausnahme des Aktienkurses und des Ausübungspreises sowie der Laufzeit und der Sperrfrist würden für alle übrigen Parameter⁵² einheitliche Werte verwendet. Die individuellen Werte der Einzelunternehmen bleiben dabei gänzlich unberücksichtigt. Die Unterscheidung zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften würde entfallen. Der Aktienwert von letzteren könnte im Zeitpunkt des unwiderruflichen Erwerbs der Optionen (vesting) analog der Wegleitung zur Bewertung für Wertpapiere ohne Kurswert für die Vermögenssteuer ermittelt werden⁵³. Es müsste somit nicht mehr auf das Merkmal der Bewertbarkeit abgestellt werden.

Die Vorschläge der gemischten Arbeitsgruppe sind zu begrüßen. Durch die vorgeschlagene Wahlmöglichkeit zugunsten einer Besteuerung bei vesting oder Ausübung der Option könnten einige der aufgezeigten Probleme entschärft werden. Der Wechsel im System der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen kann aber nur durch den Gesetzgeber unter Beachtung angemessener Übergangsregeln vollzogen werden. Insoweit schießt der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich über das Ziel hinaus.

Literatur, Materialien und Erlasse

BREALEY RICHARD A./MYERS STEWART C., Principles of Corporate Finance, 6.A., 2000

CCH (Commerce Clearing House), U.S. Master Tax Guide 2001

GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, Bericht zuhanden des Eidg. Finanzdepartementes, Bern, 21. Dezember 2001 (zitiert: Bericht)

HELBLING CHRISTOF, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 1998

MÖSSNER HANS-JÖRG, Generalbericht «International Tax Aspects of Deferred Remunerations», in: Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXVb, 2000

MÜLLER HARRY, Leitfaden «Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen», 2001

PETER NATALIE, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, 2001

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 1999

RISI ANDREAS, Mitarbeiteroptionen und -aktien, Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, 1999

WALTI BEAT, Mitarbeiterbeteiligungen, Aktien- und Optionspläne, 1998

WIEDENBECK PETER/OSGOOD RUSSEL, Cases and Materials on Employee Benefits, 1996

ESTV, Kreisschreiben Nr. 12 zur 17. Wehrsteuerperiode, vom 8. November 1973, aZStB II Nr. 52/17 = ASA 42 (1973/74), 246 ff.

– Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1991/92, vom 17. Mai 1990, aZStB II Nr. 52/18 = ASA 59 (1990/91), 172 ff.

– Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997, www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm

KSTA ZÜRICH, Merkblatt zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, vom 28. November 1997, aZStB I A Nr. 18/40

51 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 24.

52 Vorgeschlagen wurde Folgendes: Volatilität 20 %, risikofreier Zinssatz 4 %, Dividendenrendite 1 %; GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 38.

53 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 38.

Änderung beim Ausnahmekatalog im Mehrwertsteuergesetz

Erweiterung der Ausnahmebestimmung für Bildungsleistungen

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

Inhalt

- 1 **Ausgangslage**
- 2 **Entstehungsgeschichte**
- 3 **Neuregelung – Darstellung und Würdigung**
 - 3.1 **Zielsetzung**
 - 3.2 **Gesetzliche Normierung**
 - 3.2.1 Neustrukturierung der Bestimmung
 - 3.2.2 Prüfungsgebühren
 - 3.2.3 Organisationsleistungen
 - 3.3 **Optionsrecht**
 - 3.4 **Weitere Systemwidrigkeit**
 - 3.5 **Europakompatibilität**
- 4 **Ausblick**

1 Ausgangslage

Am 1. Juli 2002 ist bereits die zweite Änderung des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG)¹ in Kraft getreten². Auch diesmal betraf die Gesetzesänderung eine Erweiterung des Ausnahmekataloges von Art. 18 MWSTG³, welche einen Einbezug bestimmter Vorleistungen in die Steuerausnahmen zum Gegenstand hat. Obschon der vorgenommenen Änderung einiges Verständnis entgegengebracht werden kann, zumal diese die Vereitelung der privilegierten Behandlung von Ausbildungsleistungen in bestimmten Fällen zum Ziel hat, wirft sie auch Bedenken steuersystematischer Art auf. Diese haben denn auch zu Diskussionen im Parlament Anlass gegeben, welche die Vorlage gefährdet und letztendlich zu einer Einschränkung der vorgeschlagenen Erweiterung geführt haben.

Die berufliche Aus- und Weiterbildung in der Schweiz charakterisiert sich durch eine enge Zusammenarbeit zwischen staatlichen Stellen von Bund, Kantonen und Organisationen der Wirtschaft, so etwa Berufs- und Branchenverbänden. Dies gilt für die Lehrlings- und Berufsschulbildung wie für die berufliche Weiterbildung. Für Berufsprüfungen und höhere Fachprüfungen sieht das Berufsbildungsgesetz⁴ vor, dass Berufsverbände vom Bund anerkannte Prüfungen veranstalten dürfen. Dafür hat die Trägerorganisation ein entsprechendes Reglement genehmigen zu lassen und die Prüfungen der Aufsicht des Bundes zu unterstellen. Die Trägerschaft einer bestimmten eidgenössischen Prüfung kann aus einem oder mehreren Berufsverbänden bestehen. Die Zusammenfassung der Verbände in eine Trägerorganisation erfolgt in aller Regel entweder durch die Bildung einer einfachen Gesellschaft oder die Errichtung eines nur mit dieser Aufgabe betrauten Vereins.

* Partner, Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich

1 Bundesgesetz vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (SR 641.20).

2 Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Änderung vom 14. Dezember 2001 (AS 2002 1480 f.).

3 Zur ersten Änderung des MWSTG (Aufnahme von Art. 18 Ziff. 25), welche am 1. Januar 2002 in Kraft getreten ist, s. Baumgartner Ivo P., Erweiterung des Ausnahmekataloges im Mehrwertsteuergesetz – Sonderregelung für Ausgleichskassen, FStR 2001 323 ff.

4 Bundesgesetz vom 19. April 1978 über die Berufsbildung (BBG, SR 412.10; in Revision), Art. 51 Abs. 1.

Namentlich dort, wo die Trägerorganisation aus mehreren Berufsverbänden besteht, werden die Aufgaben im Zusammenhang mit der Organisation und der Durchführung der Prüfungen einem einzelnen Berufsverband oder einem spezialisierten Drittunternehmen delegiert. Je geringer die Infrastruktur der Trägerorganisation ist, um so weitgehender ist die Aufgabendelegation, die vielfach auch die Erhebung der Prüfungsgebühren umfasst. Dies gilt auch für Lehrveranstaltungen, wenn die Trägerorganisation ein entsprechendes Bildungsangebot aufweist.

Unter dem Regime der Mehrwertsteuerverordnung (MWSTV)⁵ hat die Eidg. Steuerverwaltung den Grundsatz entwickelt, wonach Prüfungsgebühren, soweit sie separat von einer Schul- oder Kursgebühr in Rechnung gestellt werden, der Steuer zum Normalsatz unterliegen⁶. Eine Ausnahme von dieser Regel war für Gebühren vorgesehen, die für eidg. oder kantonale anerkannte Prüfungen erhoben wurden, gegen welche dem Kandidaten die Möglichkeit offen stand, diese mit einem Rechtsmittel anzufechten. Im Endergebnis betrachtete die Eidg. Steuerverwaltung die Prüfungsgebühren als nicht unter Art. 14 Ziff. 9 MWSTV fallende, von der Steuer ausgenommene Bildungsleistungen. Diese Praxis verkennt den engen Zusammenhang, welcher zwischen der Wissensvermittlung und der Wissensprüfung besteht. Bundesrat Villiger hat dies als «eine etwas engherzige Praxis»⁷ bezeichnet. Nach Auffassung der nationalrätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben sind Prüfungen schlicht Bestandteil einer Ausbildung⁸.

Mit Wirkung per Inkrafttreten des MWSTG hat die Eidg. Steuerverwaltung ihre Meinung geändert und geht nun davon aus, dass sämtliche Prüfungsgebühren, auch wenn sie separat in Rechnung gestellt werden, als Umsätze im Bereich der Bildung zu qualifizieren und entsprechend von der Steuer auszunehmen sind⁹.

Die Delegation von Aufgaben im Bildungsbereich, sei es die Organisation und Durchführung von Lehrveranstaltungen wie auch von Prüfungen – mit Ausnahme der

eigentlichen Referententätigkeit –, ist stets als Vorumsatz nicht in den Anwendungsbereich der Ausnahme für Bildungsleistungen einbezogen worden¹⁰. Dieses Vorgehen ist sowohl von der Eidg. Steuerrekurskommission¹¹ als auch vom Bundesgericht¹² ausdrücklich gestützt worden.

2 Entstehungsgeschichte

Am 6. Oktober 2000 hat Nationalrat Alexander Tschäppät, welcher als Zentralpräsident des Schweizerischen Kaufmännischen Verbandes (SKV) amtiert, eine parlamentarische Initiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfes eingereicht¹³. Danach sollten – neben den Prüfungsgebühren – auch von bestimmten Steuerpflichtigen erbrachte Vorleistungen im Bildungsbereich in die Ausnahmebestimmung von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG aufgenommen werden. Wie schon die Begründung der Initiative zeigt, ist diese in Zusammenhang mit von der Eidg. Steuerverwaltung bei Bildungsinstitutionen vorgenommenen Buchprüfungen (Steuerkontrollen) – mit entsprechenden Aufrechnungen – zu sehen. In den parlamentarischen Beratungen ist denn auch das Beispiel der Berufsprüfungen für Wirtschaftsinformatiker vorgetragen worden, welche von einer aus vier Verbänden bestehenden Trägerschaft durchgeführt werden¹⁴, welcher auch der SKV angehört und der auch die Organisation und Durchführung der Prüfungen übertragen worden ist¹⁵.

Nach Prüfung der Initiative Tschäppät hat die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) von der Eidg. Steuerverwaltung zusätzliche Erläuterungen verlangt¹⁶. Die Eidg. Steuerverwaltung hat zusammen mit einem Zusatzbericht auch einen überarbeiteten Gesetzesentwurf ausgearbeitet, welcher von der WAK-N einstimmig gutgeheissen worden ist. Angesichts der uneingeschränkten Unterstützung der Kommission für die Gesetzesänderung hat diese beschlossen, eine Initiative im eigenen Namen einzureichen¹⁷. Da-

5 Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer (früher SR 641.201).

6 Branchenbroschüre Nr. 18 «Bildung und Forschung», Ausgabe August 1999 (aBB18), Ziff. 6.11. In der Ausgabe vom April 1995 war zu den Prüfungsgebühren noch nichts vermerkt.

7 Villiger, AB 2001 S 605.

8 Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates, Parlamentarische Initiative, Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer. Ausnahmen von der Steuerpflicht im Bildungsbereich (WAK-N), Bericht vom 26. März 2001, BBI 2001 3171 ff., 3175; Gysin, Berichterstatte, AB 2001 N 863.

9 Branchenbroschüre Nr. 19 «Bildung und Forschung», Ausgabe September 2000 (BB19), Ziff. 3.8.

10 Ausdrücklich BB19, Ziff. 6.11; zur Behandlung der einfachen Gesellschaft im Forschungsbereich s. auch aBB18, Ziff. 5.4.

11 Entscheid vom 7. Februar 2001 (Rs. SRK 2000-043), VPB 65.104.

12 Entscheid vom 20. September 2000 (Rs. 2A.429/1999).

13 Geschäft Nr. 00.452.

14 Plattner, Berichterstatte, AB 2001 S 603.

15 Büttiker, AB 2001 S 605.

16 Auch zum folgenden Bericht WAK-N, Ziff. 1, BBI 2001 3172.

raufhin hat Nationalrat Tschäppät seine Initiative zugunsten derjenigen der WAK-N zurückgezogen¹⁸.

Zur Initiative der WAK-N hat der Bundesrat in seinem Bericht vom 5. Juni 2001¹⁹ Stellung genommen. Darin hat er festgehalten, dass die Ausnahme in objektiver wie in subjektiver Hinsicht hinreichend klar und eingegrenzt sei, sodass er dem Antrag der WAK-N zustimmen könne. Dass der Vorsteher des Finanzdepartements eine vom Kollegium abweichende Meinung hatte, geht mit genügender Deutlichkeit aus dessen Äusserungen in den parlamentarischen Beratungen hervor, wo er zu Protokoll gegeben hat, dass der Bundesrat der Initiative «leicht resignierend»²⁰ zugestimmt hatte. Weiter hat er sich dahingehend geäussert, dass er der ablehnenden Haltung der ständerätlichen WAK «sehr viel Sympathie» entgegenbringen könne²¹.

Nachdem die Initiative der WAK-N im Nationalrat (Erst-rat) am 20. Juni 2001 einstimmig und ohne grosse Debatten angenommen wurde²², hat die ständerätliche WAK (WAK-S) mit 9 Stimmen bei einer Enthaltung beschlossen, dem Rat zu beantragen, der Initiative keine Folge zu leisten, soweit diese über die von der Eidg. Steuerverwaltung (neu) geübte Praxis hinausginge²³. Konkret wurde die vorgeschlagene Ausnahme von Vorumsätzen nach Art. 18 Ziff. 11 lit. d und e abgelehnt. Der Rat ist am 27. September 2001 dem Antrag seiner Kommission gefolgt und hat eine Differenz zum Nationalrat entstehen lassen. Dieser Entscheid ist im Wesentlichen auf steuersystematische Überlegungen zurückzuführen²⁴. Man wollte auch nicht eine bestimmte Gruppe von Steuerpflichtigen bevorteilen, welche es unterlassen hatte, sich rechtzeitig anders zu strukturieren²⁵.

Nach dem negativen Entscheid des Ständerates ging die WAK-N über die Bücher und hat – wiederum zusammen mit der Eidg. Steuerverwaltung – die umstrittenen lit. d und e dahingehend überarbeitet, dass nur noch eigentliche Organisationsleistungen in die Ausnahme für Vorumsätze fallen. Der Nationalrat hat am 3. Dezember 2001 dem geänderten Entwurf zugestimmt²⁶. Am 10. Dezember 2001 hat auch der Ständerat – aufgrund eines

entsprechenden Antrages der WAK-S – der geänderten Fassung zugestimmt²⁷. In der Schlussabstimmung vom 14. Dezember 2001 ist die Änderung des MWSTG angenommen worden²⁸. Nachdem am 8. April 2002 die Referendumsfrist ungenutzt verstrichen ist, hat der Bundesrat am 30. Mai 2002 die Änderung auf den 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt²⁹.

3 Neuregelung – Darstellung und Würdigung

3.1 Zielsetzung

Ziel der die Initiative einreichenden Kommission (WAK-N) war es, eine möglichst umfassende Ausnahme für Bildungsleistungen, unabhängig von der gewählten Organisationsform, zu erreichen³⁰. Angesichts der restriktiven Auslegung von Ausnahmebestimmungen durch die Verwaltung wie seitens der Rechtsmittelinstanzen³¹ – was an sich nicht zu beanstanden ist – war es für die Kommission notwendig geworden, die Ausnahmebestimmung möglichst umfassend zu definieren.

Ein weiteres – zumindest von einigen Mitgliedern der WAK-N geäussertes – Ziel der Gesetzesänderung war es, auf laufende Verfahren Einfluss zu nehmen, indem die Änderung als Interpretationsmassstab für die Auslegung von Art. 14 Ziff. 9 MWSTV herangezogen würde³². Dementsprechend wollte die WAK-N in ihrem Bericht die Änderung ausdrücklich als «Präzisierung und Klarstellung des vom Gesetzgeber von Anfang an bekundeten Willens»³³ verstanden wissen. Die WAK-N spricht allerdings im gleichen Bericht von einer «Ausweitung» der Ausnahmebestimmung³⁴, was gerade gegen eine «Präzisierung» spricht, zumindest was die Vorleistungen betrifft. Unbestreitbar ist, dass das Verfahren in Sachen SKV der Kommission stets vor Augen war. Eine solche Einflussnahme – im Sinne einer Präzisierung – kann allenfalls nur die Behandlung der Prüfungsgebühren betreffen, wobei genügend Argumente bestehen, um die bisherige Praxis der Eidg. Steuerverwaltung in Frage zu

17 Geschäft Nr. 01.418.

18 Rückzug am 2. Mai 2001.

19 BBI 2001 5982 ff.

20 Villiger, AB 2001 S 604.

21 Villiger, AB 2001 S 605.

22 AB 2001 N 864.

23 Plattner, Berichterstatter, AB 2001 S 603.

24 Plattner, Berichterstatter, AB 2001 S 603.

25 David, AB 2001 S 607.

26 AB 2001 N 1655.

27 AB 2001 S 932.

28 AB 2001 N 2013; AB 2001 S 1044.

29 AS 2002 1480 f.

30 Bericht WAK-N, Ziff. 2.2, BBI 2001 3174.

31 Zum Grundsatz der engen Auslegung von Steuerausnahmen s. insb. BGE 124 II 193 ff. und 372 ff.

32 In diesem Sinne Gysin, Berichterstatter, AB 2001 N 864.

33 Bericht WAK-N, Ziff. 2.1, BBI 2001 3173.

34 Bericht WAK-N, Ziff. 3.2.1, BBI 2001 3176.

stellen. Bei den Organisationsleistungen muss eine solche Einflussnahme ohne Wirkung bleiben, da der bisherige Text in dieser Hinsicht genügend klar ist und die Änderung keine Rückwirkungsklausel aufweist.

3.2 Gesetzliche Normierung

3.2.1 Neustrukturierung der Bestimmung

Mit der Erweiterung der Ausnahmebestimmung ist es – um die Übersichtlichkeit nicht zu gefährden – notwendig geworden, Art. 18 Ziff. 11 MWSTG in einzelne, mit Buchstaben bezeichnete Abschnitte zu gliedern³⁵. Die lit. a und b der Bestimmung entsprechen dem bisherigen Text von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG und haben nie zu Diskussionen Anlass gegeben. Weshalb der erste Halbsatz von lit. b nicht in lit. a integriert worden ist und man sich in lit. b nicht auf die Bestimmung der Sonderregelung für Referentenhonorare (als besondere Vorleistungen) beschränkt hat, geht aus den Materialien nicht hervor.

3.2.2 Prüfungsgebühren

Aufgrund der übereinstimmenden Umschreibung der Ausnahme für Bildungsleistungen in Art. 14 Ziff. 9 MWSTV und in der bisherigen Fassung von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG lässt sich durchaus argumentieren, dass die Prüfungsgebühren Bestandteil dieser Kategorie von Umsätzen sind. Die von der Eidg. Steuerverwaltung auf den 1. Januar 2001 vorgenommene Trendwende in dieser Frage kann sich nicht auf eine Änderung der gesetzlichen Grundlage stützen, zumal der relevante Teil der Bestimmung des MWSTG mit derjenigen der MWSTV identisch ist.

Die neu eingefügte lit. c von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG stellt demnach eine Präzisierung von lit. a und b der gleichen Ziffer dar und hätte daher in diese aufgenommen werden können. Die separate Erwähnung der Prüfungsgebühren bedeutet somit nicht, dass diese nicht als Teil einer Bildungsleistung zu betrachten sind. Dies geht klar aus den Materialien hervor. Durch die Aufnahme der besagten lit. c wird somit die von der Eidg. Steuerverwaltung in ihren Verwaltungsanordnungen beschriebene (neue) Praxis kodifiziert. Demnach besteht kein Anpassungsbedarf bei diesen Anordnungen.

3.2.3 Organisationsleistungen

Primäres Anliegen der WAK-N bei der Einreichung ihrer Initiative war es, die Organisationsleistungen, welche ein Mitglied einer Trägerorganisation für eidg. Prüfungen dieser erbringt (wie der SKV), in die Ausnahmebe-

stimmung zu integrieren³⁶. Nachdem sich der Ständerat einer in der ersten Fassung der lit. d allzu ungenauen und offen gehaltenen Bestimmung der erfassten Umsätze widersetzt hatte, hat die WAK-N die Ausnahme auf die eigentlichen «Organisationsdienstleistungen» beschränkt.

In subjektiver Hinsicht ist in lit. d eine Beschränkung auf die «Mitglieder einer Einrichtung» enthalten. Unter Mitgliedern sind – wie aus den Materialien klar hervorgeht – die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft (Gesellschafter) oder eines Vereins (Vereinsmitglieder) zu verstehen. Inwieweit unter dem Begriff der «Mitglieder» auch Gesellschafter kaufmännischer Unternehmen oder die Beteiligten an einer Kapitalgesellschaft zu verstehen sind, geht aus den Materialien nicht ausdrücklich hervor. Unter einer «Einrichtung» kann eine Vielzahl an Organisationsformen verstanden werden, was gegen eine Einschränkung spricht. Dagegen spricht auch der Wille des Gesetzgebers, Schattenbelastungen zu verhindern. Die Eidg. Steuerverwaltung wird sich zur Frage des subjektiven Geltungsbereiches äussern müssen.

Die Aufteilung in die lit. d und e ist nur deshalb erfolgt, weil sich öffentliche Einrichtungen – aus rechtlichen Gründen – nicht immer an Einrichtungen des Privatrechts (einfache Gesellschaften, Vereine usw.) beteiligen können³⁷ bzw. eine solche Beteiligung nicht gewollt ist. Materiell geht es um das gleiche: Organisationsleistungen.

Die «Organisationsdienstleistungen» sind im Wesentlichen in der Branchenbroschüre Nr. 19 unter Ziff. 6.11.1 bereits beschrieben, wobei dort nur die Leistungen im Zusammenhang mit Prüfungen erwähnt werden. Die neu eingeführten Bestimmungen sind aber auch auf Organisationsleistungen bei Kursen u. dgl. anwendbar. Die Branchenbroschüre muss nur punktuell korrigiert bzw. ergänzt werden. Dies kann durch eine Mitteilung oder – wie schon vorgekommen – durch eine Ergänzung der Broschüre erfolgen. Vorerst ist seitens der Eidg. Steuerverwaltung nur die Ausarbeitung einer Mitteilung vorgesehen. Klar ausserhalb des objektiven Anwendungsbereichs liegen die Lieferung von Einrichtungsgegenständen und Apparaten sowie die Erbringung von gastgewerblichen Leistungen. Abgrenzungsfragen werden sich bei der Lieferung von Lehr- und Prüfungsmitteln ergeben.

Es bleibt anzufügen, dass die Probleme bei der Organisation von eidg. Prüfungen, welche zur Initiative geführt haben, durchaus auch über eine Neugestaltung der entsprechenden Strukturen innerhalb des bestehenden BBG hätten gelöst werden können³⁸. Das Parlament hat sich

35 Bericht WAK-N, Ziff. 3.2, BBl 2001 3176.

36 Bericht WAK-N, Ziff. 2.2, BBl 2001 3175.

37 Bericht WAK-N, Ziff. 3.2.2, BBl 2001 3177.

38 In diesem Sinne auch David, AB 2001 S 607.

jedoch damit nicht auseinandergesetzt und hat es vorgezogen, das MWSTG zu ändern.

3.3 Optionsrecht

Auch für die neu aufgenommenen Ausnahmen steht dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit offen, diese Umsätze der Steuer – zum Normalsatz³⁹ – zu unterwerfen⁴⁰. Soweit sinnvoll, steht es dem Steuerpflichtigen frei, von den neuen Ausnahmen keinen Gebrauch zu machen, indem für die Versteuerung der entsprechenden Umsätze optiert wird. Dabei ist zu beachten, dass für sämtliche Umsätze der Ziff. 11 von Art. 18 MWSTG gleich optiert werden muss⁴¹.

3.4 Weitere Systemwidrigkeit

Im Ständerat ist die vorgenommene Änderung als «kleine Sünde»⁴² bezeichnet worden. In der ersten Lesung hatte sich der Ständerat noch gewehrt und die vorgeschlagenen lit. d und e von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG als systemwidrig abgelehnt. Bei der Einführung von Art. 18 Ziff. 25 MWSTG hatte der Rat die steuersystematischen Überlegungen noch in den Hintergrund gestellt. Das Risiko einer Serie weiterer, von Partikularinteressen geleiteter Gesetzesänderungen hat wahrscheinlich zur Neuentdeckung der Prinzipien, auf welchen die Mehrwertsteuer beruht, beigetragen.

Wie Bundesrat Villiger im Rat ausgeführt hat, ist das Outsourcing ein generelles Problem von ausgenommenen Umsätzen⁴³. Es ist nicht einzusehen, weshalb einzelne Kategorien von Vorumsätzen anders behandelt werden sollen als andere, so z.B. Wäschereileistungen im Spitalbereich, welche – soweit von Dritten erbracht – der Steuer unterliegen.

Die zweite Änderung des MWSTG stellt eine weitere Etappe im eingeschlagenen «Einzelschussverfahren» dar⁴⁴. Ob der eingeschlagene Weg zu mehr Gerechtigkeit und zu einem einfachen Erhebungssystem führt, muss bezweifelt werden.

3.5 Europakompatibilität

Auch das Gemeinschaftsrecht kennt eine Ausnahme (unechte Befreiung) des Schul- und Hochschulunterrichts, der Ausbildung und der Fortbildung wie auch der damit

eng verbundenen Dienstleistungen und Lieferungen, wobei die Ausnahme in subjektiver Hinsicht auf Einrichtungen des öffentlichen Rechts und auf von den Mitgliedstaaten als Institutionen mit vergleichbarer Zielsetzung anerkannte Einrichtungen beschränkt ist⁴⁵. Weiter ist eine besondere Ausnahme für Privatlehrer bei der Erteilung von Schul- und Hochschulunterricht vorgesehen⁴⁶.

Art. 18 Ziff. 11 MWSTG in der bisherigen Fassung geht bereits weiter als der vom Gemeinschaftsrecht vorgegebene Rahmen. Die Befreiung von Prüfungsgebühren deckt sich mit dem Gemeinschaftsrecht, soweit es sich um Gebühren handelt, welche die unter die Ausnahme fallenden Einrichtungen erheben. Die Ausweitung der Ausnahme auf einzelne Vorumsätze liegt gänzlich ausserhalb des vom Gemeinschaftsrecht gesetzten Rahmens⁴⁷.

Die Bestimmung von Art. 18 Ziff. 11 MWSTG ist demnach nur teilweise mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, und dies ist durch die vorgenommene Gesetzesänderung nun noch verschärft worden.

4 Ausblick

Im Bereich der Mehrwertsteuer stehen noch verschiedene Änderungen zur Diskussion. So will die Initiative Ruedi Lustenberger eine jährliche Deklaration für Klein- und Mittelunternehmen einführen (Änderung von Art. 45 MWSTG). Die Initiative Jean-Claude Vaudroz strebt eine Änderung der Bestimmungen zu den im Gemeingebrauch stehenden Parkplätzen an (Änderung von Art. 18 Ziff. 21 lit. c MWSTG). Seitens der Konsumentenorganisationen wird jüngst die Erfassung der leistungsorientierten Abgabe bei Apotheken (LOA) mit der Mehrwertsteuer beanstandet, und es werden entsprechende gesetzgeberische Massnahmen gefordert. Weiter steht noch die Verlängerung des Sondersatzes für die Hotellerie aus (Art. 36 Abs. 2 MWSTG). Eine Zusammenfassung der verschiedenen Anliegen, kombiniert mit einer allgemeinen Überprüfung des MWSTG auf verbesserungswürdige und verbesserungsfähige Bestimmungen, wäre der derzeitigen Politik der kleinen Änderungen in rascher Abfolge vorzuziehen.

39 Art. 36 Abs. 3 MWSTG.

40 Art. 26 Abs. 1 lit. a MWSTG.

41 Art. 26 Abs. 4 MWSTG.

42 Plattner, Berichterstatter, AB 2001 S 604.

43 Villiger, AB 2001 S 605.

44 Plattner, Berichterstatter, AB 2001 S 604.

45 Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. i der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem (77/388/EWG; ABI 1977 Nr. L 145/1).

46 Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. j der Sechsten Richtlinie.

47 So auch Bericht des Bundesrates, Ziff. 2, BBl 2001 5984.

Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe

Dr. oec. publ., lic. oec. HSG, lic. iur. HSG, lic. rer. publ. HSG Andreas Risi, dipl. Steuerexperte*

Inhalt

1	Einleitung
2	Betriebswirtschaftliche Bedeutung von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten
2.1	Trendwende – Beteiligungsinstrumente anstelle von Lohnauszahlungen
2.2	Risiken und Nachteile von Beteiligungsinstrumenten
3	Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten in der Schweiz
3.1	Grundsätze der geltenden Praxis
3.2	Bisherige Rechtsentwicklung
4	Bericht der Arbeitsgruppe
4.1	Ausgangslage
4.2	Schwachstellen der bisherigen Steuerpraxis
4.3	Neuregelung
4.3.1	Vestingbesteuerung – Vor- und Nachteile
4.3.2	Wahlrecht: Ausübungsbesteuerung
5	Beurteilung und Ausblick
	Literatur und Materialien

1 Einleitung

Gemäss dem Vorschlag einer vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Arbeitsgruppe soll die Besteuerung von aktienkursbezogenen Entlohnungsinstrumenten gesetzlich neu geregelt werden. Diese aus Vertretern der Steuerverwaltungen, der Industrie und der Beratung zusammengesetzte Arbeitsgruppe hat am 21. Dezember 2001 einen Bericht zuhanden des Eidgenössischen Finanzdepartements verabschiedet (im folgenden «Bericht» genannt). Der Bericht beschreibt eingehend die geltende Besteuerungspraxis von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten und erläutert die Probleme, die sich in der jüngsten Vergangenheit insbesondere bei den Mitarbeiteroptionen ergeben haben. Gemäss dem Vorschlag der Arbeitsgruppe soll der Besteuerungszeitpunkt der Mitarbeiteroptionen neu auf den Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs («Vesting») festgelegt werden. Soweit gewisse Bedingungen erfüllt werden, kann der Arbeitnehmer jedoch ein Wahlrecht geltend machen und seine Optionen erst im Zeitpunkt der Ausübung versteuern.

2 Betriebswirtschaftliche Bedeutung von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten

Vor nicht allzu langer Zeit gehörte der Begriff der «Stock Options» noch nicht in den Grundwortschatz der Personalverantwortlichen kontinentaleuropäischer Unternehmen. Optionen und andere aktienkursbezogene Instrumente als Entlohnungselemente für Führungskräfte erfreuen sich jenseits des Atlantiks jedoch schon seit Jahrzehnten einer ausserordentlichen Beliebtheit. In der Schweiz haben die Mitarbeiteroptionen seit der Praxisänderung der Besteuerung vor gut fünf Jahren¹ einen phänomenalen Aufschwung erleben dürfen, und der Hunger nach aktienkursorientierten Anreizinstrumenten scheint auch in einem Umfeld wachsender Unsicherheiten an den Börsenmärkten unstillbar.

* Partner, PricewaterhouseCoopers, Zürich

1 Kreisschreiben Nr.5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997; Wech-

sel des Besteuerungszeitpunkts nicht handelbarer Mitarbeiteroptionen vom Ausübungs- zum Zuteilungstag.

2.1 Trendwende – Beteiligungsinstrumente anstelle von Lohnauszahlungen

Sind Mitarbeiteraktien und -optionen eine blosser Zeitererscheinung oder kann, zunächst ganz langsam und jetzt immer rascher, eine eigentliche Trendwende bei der Entlohnung ausgemacht werden? Zahlreiche Faktoren haben die Verbreitung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen in der Schweiz gefördert. Während manche Gesichtspunkte eher als Zeitererscheinung zu beurteilen sind, deuten andere Aspekte auf eine eigentliche Trendwende hin²:

- Die Arbeitsteilung im Zuge der industriellen Revolution und die Entstehung grosser Unternehmungen im 18. und im 19. Jahrhundert führten zu einer bis dahin nicht gekannten unterschiedlichen Wahrnehmung der Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit. Aus leicht nachvollziehbaren Sicherheitsüberlegungen beteiligte sich der Faktor Arbeit kaum direkt an den unternehmerischen Risiken. Die Arbeitnehmer fokussierten ihre Forderungen während Generationen richtigerweise auf eine faire Entlohnung und auf ihre Sicherheitsbedürfnisse. Die unternehmerischen Risiken wurden primär durch die Eigenkapitalgeber getragen. Letztere konnten demnach auch den Gewinn nach der Kompensation der übrigen Anspruchsgruppen für sich beanspruchen. Obwohl wahrscheinlich nicht alle Marktbeobachter zustimmen mögen, kann kontinuierlich und durchgreifend eine wesentliche Verbesserung des schweizerischen Arbeitsmarktes festgestellt werden. Die Arbeitnehmer können in dem für zahlreiche Berufsgattungen sehr transparenten Markt ihre Ansprüche durchsetzen und als gleichberechtigte Partner gegenüber den Arbeitgebern auftreten. Auch für sehr viele Arbeitskräfte in den oberen und mittleren Führungsetagen konnte die materielle Sicherheit soweit sichergestellt werden, dass ein beträchtlicher materieller Spielraum für die Übernahme unternehmerischer Risiken entstanden ist. Diesen Spielraum nutzten in jüngster Vergangenheit immer mehr Unternehmen und Mitarbeiter für die Zuteilung von Aktien und Optionen anstelle von Barentschädigungen³. Die Gegensätze zwischen Arbeit und Kapital verschwinden folglich in modern ausgerichteten Unternehmen zusehends. Die Mitarbeiter sind zu einer gewichtigen Aktionärsgruppe geworden.
- Erst in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts rückte die Wissenschaft den Shareholder-Value-Gedanken

ins Zentrum des Interesses⁴. Die Betriebswirtschaftslehre erkannte die Bedeutung der Ausrichtung auf die Aktionäre für das langfristige Gedeihen der Unternehmungen. Obwohl der Shareholder-Value-Ansatz immer wieder als einseitig und mitarbeiterfeindlich angesehen wurde, hat er sich in den Unternehmensleitbildern der Gesellschaften als unauslöschbare Zielsetzung fest verankert. Ein richtig verstandener Shareholder-Value steht für eine faire Behandlung der Anspruchsgruppen und für die Ausrichtung der Unternehmung auf die eigentlichen Risikoträger, die gemäss «Gesellschaftsvertrag» der Unternehmung den Restgewinn für sich beanspruchen können⁵. Die Beteiligung der Mitarbeiter richtet deren Zielsetzung auf die Schaffung des Shareholder-Value aus, während die Mitarbeiter gleichzeitig selbst zu eben jenen Shareholdern werden, die letztlich von den geschaffenen Werten profitieren können. Auch hier darf man mit Fug und Recht von einer irreversiblen Trendwende sprechen.

- Neben diesen langfristigen Ursachen für die steigende Beliebtheit der Mitarbeiterbeteiligung sind auch eher zeitgebundene Faktoren als unmittelbare Auslöser für den derzeitigen Boom von Mitarbeiterbeteiligungen zu betrachten. Nach den Zeiten der Stagnation der Aktienkurse in den inflationären 70er Jahren hat 1982 eine bis zum Jahr 2000 fast ununterbrochen andauernde Aktienhausse eingesetzt. Die Menschen erkannten, wie sich die Marktentwicklungen auf ihre Anlagen und damit auf ihre materiellen Möglichkeiten positiv auswirkten. Es liegt auf der Hand, dass in einem über Jahrzehnte hinweg positiven Umfeld bei einer breiten Bevölkerungsschicht der Wunsch nach Aktienbesitz aufkam. Die variable Ausrichtung der Gehaltsstruktur durch die Unternehmungen, verbunden mit der vergünstigten Zuteilung von Aktien wie auch Optionen, stiess somit verständlicherweise auf offene Ohren.
- Des Weiteren brachte die erwähnte Praxisänderung 1997⁶ mit der moderaten Besteuerung von Mitarbeiteroptionen bei deren Zuteilung und der damit verbundenen Aussicht auf die Realisierung eines steuerfreien Kapitalgewinns bei der Ausübung den Ball in der Schweiz vollends ins Rollen.

Die langfristigen Faktoren sind von solch grosser Bedeutung, dass auch verschlechterte Gewinnaussichten der Börsenmärkte die Welle der Mitarbeiteraktien und -optionen nicht verebben lassen. Ganz im Gegenteil wird

2 Vgl. zu den Facetten der Mitarbeiterbeteiligung: RISI (1999) 35 ff.

3 Vgl. EGON ZEHNDER INTERNATIONAL/REVISUISSE PRICE WATERHOUSE (1997); HAUSHEER (1997); LYK (1989) 27 ff.; WEILENMANN (1997) 223 ff.

4 Als grundlegendes Werk zum Shareholder-Value-Ansatz kann RAPPAPORTS «Creating Shareholder Value» genannt werden; RAPPAPORT (1986).

5 BERNHARDT/WITT (1997) 94; VOLKART (1995) 1065 f.

6 Kreisschreiben, zitiert in FN 1.

die Vielfalt der Instrumente weiter zunehmen, welche die Bedürfnisse von Unternehmungen und Mitarbeitern noch gezielter abzubilden vermögen. Ausserdem dürfte dieser Boom in absehbarer Zukunft auch auf kleinere und mittlere Betriebe übergreifen. Mitarbeiteroptionen gehören auch bei überschaubaren Grössenverhältnissen ins Repertoire der Salarierungssysteme! Ohne die Gewährung von aktienkursbezogenen Anreizen würden die Unternehmen schnell mit zu kurzen Spiessen auf dem immer härteren Arbeitsmarkt kämpfen und die engagierten und motivierten Leistungsträger an die innovativere Konkurrenz verlieren.

2.2 Risiken und Nachteile von Beteiligungsinstrumenten

Heute berichten die Zeitungen regelmässig in den Schlagzeilen über Führungskräfte von Start-up-Firmen, die sich anstelle eines angemessenen Lohnes sehr viele Optionen zuteilen liessen⁷. Aufgrund eines nicht geglückten Börsengangs verfallen viele Optionen, und der Barlohn reicht nicht aus, den Lebensunterhalt zu decken. Derartige Exzesse sind für die betroffenen Personen ausserordentlich schmerzhaft Erfahrungen. Die in der Schweiz vorherrschende Besteuerung der Mitarbeiteroptionen bei der Zuteilung hat diesen Risikoeffekt noch mit einer zusätzlichen Hebelwirkung verstärkt. Die Übernahme von Unternehmensrisiken darf daher nicht so weit gehen, dass die materielle Existenz der Mitarbeiter gefährdet ist; sie ist vielmehr sehr sorgfältig zu dosieren.

Ausserordentlich gefährlich sind auch Interessenkonflikte zwischen Aktionären und leitenden Mitarbeitern, die sich pikanterweise oft aus gerade denjenigen Beteiligungsinstrumenten ergeben, die diese Konflikte eigentlich lösen sollten⁸. Als Verfechter des Shareholder-Value-Gedankens bemängelt der Verfasser die völlig unzureichende Transparenz für aktienkursbezogene Salarierungskomponenten in Jahresrechnungen und verlangt einen besseren Schutz für die Aktionäre.

Viele Unternehmen rechnen die Beteiligungsinstrumente zudem überhaupt nicht in ihr gesamtes Kompensationspaket ein, sondern teilen quasi «on top» Optionen zu. Obwohl dies zum Teil weniger aus bösem Willen geschieht als aufgrund der Schwierigkeiten bei der Bewertung der Instrumente, fügen diese unkontrollierten Zu-

teilungen den Aktionären erheblichen Schaden zu. Die Unternehmen sind aufgerufen, das Personalwesen auch als eine wichtige Controllingfunktion zu verstehen, so dass klar und transparent wird, welche Werte mit den Beteiligungsinstrumenten an die begünstigten Mitarbeiter übertragen werden.

Fragwürdig ist auch die neuartige Gewohnheit, mit Optionen «Transferzahlungen» – ähnlich jenen für Spitzenspieler – zu leisten: Die beim Austritt aus dem Arbeitsverhältnis verfallenen Mitarbeiteroptionen werden dabei vom neuen Arbeitgeber ersetzt. Diese Praxis verhindert nachhaltig die Flexibilität des Arbeitsmarktes für Führungskräfte, weil externe Fachleute durch die «Transferzahlungen» in Form von Optionen für viele Unternehmen schlichtweg unbezahlbar werden.

Trotz aller Mängel und Risiken ist ein Ende der Popularität der Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente noch nicht absehbar. Die umliegenden Staaten Frankreich, Italien und Österreich, aber z.B. auch Grossbritannien, haben ihre Besteuerungsregeln klar auf die Förderung der Zuteilung von Aktien der Arbeitgeberunternehmung ausgerichtet⁹. Auch für die Schweiz ist eine klare Besteuerungspraxis mit einer fairen und attraktiven Behandlung als Wettbewerbsfaktor im internationalen Verhältnis von grosser Bedeutung.

3 Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten in der Schweiz

3.1 Grundsätze der geltenden Praxis

Die schweizerische Besteuerungspraxis von Mitarbeiterbeteiligungsinstrumenten baut auf Grundprinzipien auf, die sich teilweise auch in anderen Ländern finden, teilweise jedoch spezifisch für unser Land sind¹⁰:

- Der Gesetzgeber hat Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente steuerlich nicht gefördert. Die geldwerten Vorteile, die dem Mitarbeiter erwachsen, sind ordentlich als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu versteuern.
- Die vergünstigte Abgabe von Aktien oder Optionen wird beim begünstigten Mitarbeiter unabhängig da-

7 Anstelle vieler: WIRTH (2000) 29.

8 Als derartige «Agency»-Konflikte bezeichnet man Situationen, in denen eine Partei (Eigentümer) eine andere Partei (Agent) damit beauftragt, für den Eigentümer eine Tätigkeit auszuüben. In einer Unternehmung sind die Manager von den Aktionären zu einer Tätigkeit im Interesse der Aktionäre eingesetzt worden. Es besteht nun die Gefahr, dass die Manager in ihrer Position die eigenen Interessen höher gewichten als die Interessen der Aktionäre und die Unter-

nehmensführung auf den eigenen Vorteil ausrichten; vgl. zu diesen Agency-Konflikten: RAPPAPORT (1986) 174 ff.; RISI (1999) 45 ff.; WAGENHOFER (1996) 155.

Die aktienkursbezogenen Anreizinstrumente sollen eigentlich die Agency-Konflikte lösen, indem die Anreize für die Manager auf den Aktienwert ausgerichtet werden.

9 Vgl. RISI (1999) 451 ff.

10 S. zum internationalen Vergleich: RISI (1999) 451 ff.

von besteuert, ob für die Unternehmung tatsächlich ein Aufwand entsteht oder ob lediglich die Aktionäre eine Kapitalverwässerung erleiden¹¹.

- Die Besteuerungspraxis anerkennt, dass die Werthaltigkeit von nicht oder nur beschränkt handelbaren Aktien oder Optionen geringer ist als diejenige von Wertschriften, für die ein liquider Markt besteht.

Das Verständnis für die bestehenden Besteuerungsregeln für Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente kann am besten über einen geschichtlichen Überblick gewonnen werden:

3.2 Bisherige Rechtsentwicklung

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat sich erstmals mit dem Kreisschreiben vom 8. November 1973¹² grundsätzlich zur Praxis der Besteuerung von Mitarbeiteraktien geäußert¹³. Gemäss diesem Kreisschreiben kann für Einkommenssteuerzwecke auf dem Wert der abgegebenen Aktien ein Einschlag von 10% pro Jahr der Sperrfrist geltend gemacht werden¹⁴.

Das Kreisschreiben vom 17. Mai 1990¹⁵ regelt nicht nur die Steuerfolgen bei der Abgabe von Mitarbeiteraktien, sondern erstmals auch bei der Abgabe von Optionen. Mit Ausnahme der handelbaren und als Wertschriften ausgestalteten Mitarbeiteroptionen sind diese bei der Ausübung zu versteuern. Gebundene Mitarbeiteraktien mit Sperre, Hinterlegung in einem Sperrdepot und unbefristeter Rückgabepflicht werden erst bei der Freigabe steuerlich erfasst.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich konnte in seinem Entscheid vom 4. Juli 1995 Stellung zur Frage

des Zeitpunkts der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen als Arbeitseinkommen beziehen¹⁶. Mitarbeiteraktien und -optionen, die den Arbeitnehmern gratis oder vergünstigt abgegeben werden, gelten gemäss der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts als Naturaleinkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Dabei ist die Frage der Handelbarkeit von Mitarbeiteroptionen nicht entscheidend für die Beurteilung des einkommenssteuerlich massgebenden Zeitpunkts des Zuflusses von geldwerten Vermögensrechten, sondern (allenfalls) für dessen Bewertung. Die Optionen erhöhen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers unabhängig davon, ob die Optionen handelbar sind oder nicht¹⁷.

Das Bundesgericht musste sich im Entscheid vom 6. November 1995¹⁸ einerseits mit dem Zeitpunkt der Erfassung des steuerbaren Einkommens aus der vergünstigten Abgabe der gebundenen Mitarbeiteraktien mit Rückgabepflicht und andererseits mit der Bewertung der Mitarbeiteraktien für Einkommenssteuerzwecke auseinandersetzen¹⁹. Entscheidend für die Bestimmung des Zeitpunkts des Zuflusses von Naturaleinkommen ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis der Eigentumserwerb. Das Bundesgericht geht also von einer formalen Betrachtungsweise aus, indem es auf den Eigentumserwerb abstellt, obwohl der wirtschaftliche Nutzen, den der Mitarbeiter aus den Aktien, die gesperrt und mit einer Rückgabepflicht versehen sind, sehr ungewiss ist²⁰.

Das Kreisschreiben vom 30. April 1997²¹, das immer noch Gültigkeit hat, legt in einer breiten Auslegung die Besteuerungsregeln von Beteiligungsinstrumenten dar und nimmt dabei auf die Rechtsprechung

11 Gemäss dem in den USA anwendbaren Matching-Prinzip können die Unternehmungen dann einen steuerlich abzugsfähigen Aufwand geltend machen, wenn die Beteiligungsinstrumente beim Mitarbeiter als Arbeitseinkommen erfasst werden; vgl. Risi (1999) 444.

12 Kreisschreiben Nr. 12 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur 17. Wehrsteuerperiode (1973/74), vom 8. November 1973.

13 Einen Überblick zur Besteuerungspraxis vor dem Kreisschreiben 1973 vermitteln WEHRLI (1969) und ZUPPINGER (1971) 225 ff.

14 Steuerlicher Anrechnungswert = $\frac{\text{Verkehrswert}}{(100\% + 10\%) \cdot \text{Sperrfrist in Jahren}}$

15 Kreisschreiben Nr. 5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Veranlagungsperiode 1991/92, vom 17. Mai 1990.

16 Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, vom 4. Juli 1995 in: StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

17 Erwägung 2 des in FN 16 zitierten Gerichtsentscheids; gleicher Meinung: CEREGHETTI (1996) 69 ff. Vgl. Erwägung 2 c) bb) desselben Entscheids: «Mitarbeiteroptionen verschaffen dem Berechtigten das über eine blosser Anwartschaft hinausgehende Gestaltungsrecht auf Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungsrechten [...] . Allein die Übertragung dieses Rechts, nicht aber der bei Veräusserung der Option oder durch Optionsausübung [...] erzielte (zusätz-

liche) Gewinn kann als im Arbeitsverhältnis begründete Leistung des Arbeitgebers [...] verstanden werden.»

18 Bundesgerichtsentscheid vom 6. November 1995, in: StE 1996 B 22.2 Nr. 12.

19 Ein Mitarbeiter einer Unternehmung hatte zu einem vergünstigten Preis Mitarbeiteraktien erhalten, die für eine bestimmte Zeitdauer mit einer Veräusserungssperre und einer Rückgabepflicht zum Erwerbspreis versehen waren, wenn das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist aufgelöst worden wäre. Keine Rückgabepflicht hätte bestanden, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund von Tod oder Invalidität beendet worden wäre. Bei Austritt nach Ablauf eines Teils der Sperrfrist hätte der Mitarbeiter immerhin den Anspruch auf einen Teil des Aktienmehrerts gehabt.

20 Die Frage, wie eine spätere Rückgabe der Aktien an den Arbeitgeber zu einem tieferen Preis als dem Verkehrswert – aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses – steuerlich zu würdigen sei, bleibt offen. Theoretisch sind viele Varianten denkbar, welche jedoch allesamt nicht vollständig zu überzeugen vermögen; vgl. Risi (1999) 401 mit den entsprechenden Würdigungen.

21 Kreisschreiben Nr. 5 der Eidgenössischen Steuerverwaltung zur Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997.

und die wirtschaftlichen Entwicklungen Rücksicht. Gebundene *Mitarbeiteraktien* sind demnach beim Bezug steuerpflichtig, auch wenn die Aktien mit einer Rückgabeverpflichtung versehen sind²². Die Diskontierung wird auf dem Verkehrswert gewährt. Den Diskontierungssatz hat die Eidgenössische Steuerverwaltung allerdings von 10% auf 6% gesenkt²³. Mit Bezug auf die Besteuerung bleiben allerdings wichtige Fragen offen, wie die Behandlung der Rückgabe von Mitarbeiteraktien unter dem Verkehrswert aufgrund einer entsprechenden Rückgabeverpflichtung sowie der Abkürzung der Sperrfrist²⁴. *Mitarbeiteroptionen* werden aufgrund von Ziff. 2.2 und 3.2 des Kreisschreibens 1997 bei der Zuteilung besteuert, sofern sie objektiv bewertbar sind. Das Kreisschreiben 1997 gibt somit das Kriterium der Handelbarkeit der Optionen für die Bestimmung des Besteuerungszeitpunkts auf. Nicht bewertbare Optionen gelten als reine Anwartschaften auf eine zukünftige Leistung des Arbeitgebers²⁵. Die Bewertbarkeit der Optionen wird aufgrund eines Entscheidungsrasters festgestellt²⁶. Auch Optionen mit sogenannten Vesting-Klauseln (Verfall der Optionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) werden bei der Zuteilung besteuert. Für den Verfall der Optionen aufgrund einer Vesting-Klausel behilft sich die Besteuerungspraxis verschiedener Kantone (z.B. ZH, BS) und der Eidgenössischen Steuerverwaltung mit dem sogenannten Minuslohn. Die Kriterien für die Gewährung des Minuslohns sind zwar nicht einheitlich, jedoch im Allgemeinen recht ähnlich²⁷.

4 Bericht der Arbeitsgruppe

4.1 Ausgangslage

In diversen Motionen verlangten unsere Parlamentarier sowohl eine steuerliche Begünstigung von Mitarbeiterbeteiligungen als auch eine steuerliche Bevorzugung von sogenannten Start-up-Gesellschaften²⁸. Ausserdem hat die Eidgenössische Steuerverwaltung im Anschluss an den bundesrätlichen Bericht über die Förderung von Unternehmensgründungen vom 18. September 2000 vorgeschlagen, Mitarbeiteroptionen von Start-up-Gesellschaften mit einer festen Volatilität und dem Substanzwert als Berechnungsparameter «Aktienkurs» zu bewerten. Die Vertreter der kantonalen Steuerverwaltungen haben diesen Vorschlag mit dem Hinweis auf die rechtswidrige Behandlung gegenüber den etablierten Unternehmungen abgelehnt²⁹.

Aufgrund der Motionen und der Schwachstellen der bisherigen Besteuerungspraxis hat das Eidgenössische Finanzdepartement eine gemischte Arbeitsgruppe, zusammengesetzt aus Vertretern der Steuerverwaltungen, der Industrie und der Beratung, damit beauftragt, Varianten für eine gesetzliche Regelung der Mitarbeiteroptionsbesteuerung auszuarbeiten und eine Lösung vorzuschlagen³⁰.

4.2 Schwachstellen der bisherigen Steuerpraxis

Die bisherige Regelung in der oben geschilderten Steuerpraxis weist diverse Schwachstellen auf³¹:

- Die Begünstigten von Mitarbeiteroptionen wachsen, wirtschaftlich betrachtet, in einem kontinuierlichen Prozess in die Rechte aus den Optionen hinein³². In

22 Ziff. 3.2 des in FN 21 erwähnten Kreisschreibens.

23 Ziff. 1.1 und 3.2 des in FN 21 erwähnten Kreisschreibens. Bei einer näheren Betrachtung erscheint der Diskontsatz von 6% tatsächlich besser die effektiven Risiken und den entgangenen Nutzen für die Mitarbeiter aufgrund der Bindung zu reflektieren als jener von 10%; vgl. Risi (1999) FN 1225.

24 Risi (1999) 410 ff.

25 Ziff. 2.2 des in FN 21 erwähnten Kreisschreibens.

26 Ziff. 2.2 des in FN 21 erwähnten Kreisschreibens sowie Risi (1999) 414 ff.
Grundsätzlich sind Optionen bewertbar, es sei denn, die Sperrfrist sei länger als 5 Jahre oder die Laufzeit betrage mehr als 10 Jahre oder die Optionen unterlägen zahlreichen individuellen Bedingungen.

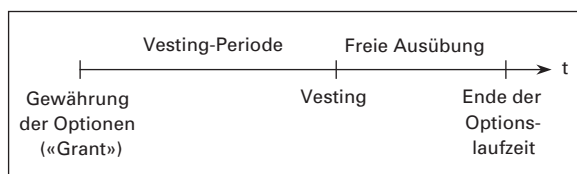
27 Folgende Kriterien sind kumulativ zu erfüllen:

- Die Optionen waren bei der Zuteilung steuerbar.
- Die Optionen wurden von der gleichen Steuer erfasst, bezüglich welcher ein Minuslohn geltend gemacht wird. (Diese Anforderung dürfte wohl dem Geist des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis widersprechen,

allenfalls sogar dem Schlechterstellungsverbot, weil die Personen, welche die Optionen in einem anderen Kanton versteuern mussten, schlechter behandelt werden als die bei der Zuteilung im Kanton ansässigen Personen.)

- Die Optionen verfallen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund von Vesting-Klauseln (also kein Minuslohn bei Verfall der Optionen am Ende der Laufzeit aufgrund von ungünstigen Aktienkursentwicklungen).
 - Gelegentlich verlangen die Steuerbehörden, dass der Mitarbeiter beim Verfall der Optionen einen Härtefall nachweisen kann.
- 28 Z.B. Motion von NR Hochreutener, vom 22. April 1999, und Motion von NR Polla, vom 14. März 2001.
- 29 Bericht S. 3.
- 30 Bericht S. 4.
- 31 Bericht S. 7 ff. sowie eigene Kritikpunkte.
- 32 Im dargestellten Beispiel wird von einer nicht handelbaren Option mit Verfallsklauseln während einer Sperrfrist ausgegangen. Dies entspricht dem üblichen Typ von Mitarbeiteroptionen. In der Praxis sind aber auch handelbare Optionen sowie Optionen ohne Verfallsklauseln anzutreffen.

der Regel ist die Gewährung von Optionen mit einer individuellen Zielerreichung verbunden, auch wenn die Zuteilung, rechtlich betrachtet, freiwillig erfolgt. Bei der Zuteilung hat der Mitarbeiter immerhin bereits ein vertragliches Optionsrecht. Die Optionen verfallen jedoch während der Vesting-Periode, wenn das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Im Zeitpunkt des Vestings kann der Mitarbeiter seine Optionen frei ausüben. Er kann jedoch immer noch nicht sofort den Wert der Optionen realisieren, weil er bei der vorzeitigen Ausübung den sogenannten Zeitwert der Optionen verliert. Dieser Nachteil wird umso kleiner, je näher die Ausübung beim Verfalltag liegt. Während der Ausübungsperiode muss der Mitarbeiter einen weiteren Risikopunkt in Kauf nehmen. Wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst, verbleibt dem Mitarbeiter meistens nur noch eine kurze Zeit von 60 oder 90 Tagen, um die Optionen auszuüben³³. Die Optionslaufzeit wird bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Ausübungsperiode also regelmässig verkürzt. Aufgrund dieses kontinuierlichen Prozesses des «Hineinwachsens» in ein Recht hat jeder fixe Besteuerungszeitpunkt grosse Schwächen.



Besondere rechtliche Mängel weist die Zuteilungsbesteuerung auf:

- Die grundsätzliche Besteuerung bei der Zuteilung führte zur erwähnten «Minuslohnpraxis». Diese Praxis ist rechtlich äusserst umstritten, weil streng
- rechtlich betrachtet keine Rückzahlung eines Betrags an den Arbeitgeber stattfindet, sondern lediglich eine im Optionsplan genannte Rechtsfolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintritt³⁴.
- Rechtlich ist unklar, ob der Bezug von Mitarbeiteroptionen tatsächlich als unwiderruflicher Rechtserwerb von Naturaleinkommen zu betrachten ist oder ob aufgrund der genannten Vesting-Klauseln der Rechtserwerb als besonders unsicher bezeichnet werden muss.
- Bei einem Wegzug des Mitarbeiters aus der Schweiz besteht die Gefahr der Doppelbesteuerung, wenn die Optionen in der Schweiz bei der Zuteilung besteuert wurden, im neuen Ansässigkeitsland des Mitarbeiters die Besteuerung aber erst bei der Ausübung erfolgt.
- Die Bewertung der Optionen gemäss Kreisschreiben 1997 berücksichtigt die Besonderheiten von Mitarbeiteroptionen nur teilweise. Zwar kann der Steuerpflichtige bei Vorliegen einer Sperrfrist einen Diskont geltend machen³⁵. Die weiteren Besonderheiten, wie fehlende Handelbarkeit während der Ausübungsperiode und die «Truncation», welche regelmässig zu einer frühzeitigen Optionsausübung führen, fliessen nicht in die Steuerbewertung ein³⁶.
- Gerade in Zeiten sinkender Aktienkurse passen viele Unternehmungen während der Laufzeit die Optionsbedingungen an³⁷. Es gibt keine gefestigte Praxis, wie diese Anpassungen steuerlich zu berücksichtigen sind³⁸.
- Die Unterscheidung zwischen bewertbaren Optionen, die bei der Zuteilung besteuert werden, und den nicht bewertbaren Optionen, welche der Mitarbeiter erst im Zeitpunkt der Ausübung versteuern muss, ist juristisch schwer begründbar, obwohl diese Unterscheidung in der Besteuerungspraxis durchaus sinnvoll ist.

33 Dies wird als «Truncation» bezeichnet.

34 Der Bericht spricht auf S.10 von einer Billigkeitspraxis und gibt damit implizit zu, dass die Rechtsgrundlage für die Minuslohnpraxis nicht sehr fundiert ist. Die Minuslohnpraxis ist auch von der wirtschaftlichen Seite her problematisch. Da das *seinerzeitige* Optionseinkommen als Minuslohn geltend gemacht werden kann, sind Wertveränderungen seit der Optionszuteilung unbeachtlich. Der Mitarbeiter verliert durch den Verfall der Optionen jedoch Vermögensteile, die je nach Aktienkursentwicklung einen grösseren oder kleineren Wert als im Zuteilungszeitpunkt aufweisen. Dadurch kann regelrecht ein steuerlich begründeter Anreiz geschaffen werden, bei sinkenden Aktienkursen das Arbeitsverhältnis während der Vesting-Periode aufzulösen, um damit in den Genuss eines (übertrieben hohen) Minuslohns zu gelangen.

Der Vermögensstandsverlust, der durch den Verfall der Optionen ausgelöst wird, könnte auch als Gewinnungskosten aus dem Arbeitsverhältnis qualifiziert werden, vgl. Risi (1999) 403ff. Diese Betrachtungsweise hat gegenüber der Minuslohnpraxis den Vorteil, dass nur der effektiv erlittene Verlust, also der Steuerwert der Optionen im Verfallszeitpunkt, geltend gemacht werden kann.

35 Diskontierung des Bewertungsparameters «Aktienkurs» analog zur Diskontierung von gebundenen Mitarbeiteraktien, maximal jedoch für eine Sperrfrist von 5 Jahren.

36 Vgl. zur Berücksichtigung dieser mitarbeiteroptionsspezifischen Besonderheiten Risi (1999) 293 ff.

37 Bekannt ist das sogenannte Option Repricing, bei welchem der Ausübungspreis gesenkt wird. Andere Anpassungen ergeben sich im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen oder -absplattungen.

38 Gemäss der hier vertretenen Auffassung müssen allfällige Wertzuwächse von bereits bei der Zuteilung besteuerten Optionen als Arbeitseinkommen steuerlich erfasst werden. Massgebend für die Bestimmung des Zuflusses ist die Wertdifferenz zwischen den neuen Optionen (bzw. den Optionen unter den neuen Bedingungen) und den alten Optionen im Zeitpunkt der Optionsanpassung oder -neuzuteilung. Eine Wertverminderung, die auch rein bewertungstechnisch durch eine neue, verlängerte Sperrfrist entstehen kann, ist als Gewinnungskosten in Abzug zu bringen.

- Durch die bestehende Regelung versucht die Steuerpraxis, eine rechtsgleiche, gesetzmässige Besteuerung umzusetzen. Für eine steuerliche Privilegierung, wie sie in den erwähnten Motionen gefordert wird, lässt das geltende Recht jedoch keinen Spielraum.

4.3 Neuregelung

Die Arbeitsgruppe hat sich intensiv mit den Nachteilen der bestehenden steuerlichen Erfassung von Mitarbeiterbeteiligungen, insbesondere von Optionen, auseinandergesetzt. Die Mitglieder haben ihre Vorschläge einbringen können. Ausserdem hat die Arbeitsgruppe Vergleiche mit den ausländischen Rechtsordnungen gezogen. Die meisten Staaten besteuern den geldwerten Vorteil aus Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt der Ausübung. In Europa weichen primär Belgien und die Niederlande von der Ausübungbesteuerung ab. Gewisse Länder, wie Grossbritannien, Frankreich und Italien, kennen steuerliche Privilegierungen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen.

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe unterscheidet zwischen echten Mitarbeiterbeteiligungen und unechten. Die echten Mitarbeiterbeteiligungen umfassen wie nach geltender Praxis die Mitarbeiteraktien und die Mitarbeiteroptionen. Die unechten Beteiligungen (z.B. Phantom-

Aktien oder andere aktienkursbezogene Bargeldinstrumente) werden gemäss Vorschlag unverändert bei der Auszahlung besteuert³⁹. Ebenso unverändert bleiben die Besteuerungsregeln für (gebundene) Mitarbeiteraktien⁴⁰. Einzig bei den Optionen ergibt sich eine grundlegende Änderung: Die Arbeitsgruppe hat sich für die grundsätzliche Besteuerung von Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt des Vestings entschieden.

4.3.1 Vestingbesteuerung – Vor- und Nachteile

Die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt des Vestings löst diverse rechtliche Probleme. So entfällt die umstrittene Minuslohnpraxis. Ausserdem kann der Zeitpunkt des Vestings im dargestellten kontinuierlichen Prozess des «Hineinwachsenden» in die vollen Rechte als Optionsinhaber als wichtigster Schritt bezeichnet werden, weil der Mitarbeiter ab diesem Zeitpunkt die Optionen nicht mehr vollumfänglich verlieren kann, wenn er aus dem Arbeitsverhältnis austritt⁴¹.

Die Bewertung der Mitarbeiteroptionen soll beim Vesting mit Hilfe eines Optionsbewertungsmodells unter Anwendung fester Berechnungsparameter⁴² durchgeführt werden. Die Verwendung fester Berechnungsparameter ist sinnvoll, wenn eine pauschale Lösung angestrebt wird, welche auch für nicht kotierte Unternehmungen

39 Allerdings zum Satz, der sich ergäbe, wenn anstelle einer einmaligen Leistung eine entsprechende jährliche Leistung ausgerichtet würde.

40 Da der Bericht den Gesetzes- und Verordnungsvorschlag nicht auf die Mitarbeiteroptionen beschränkt, sondern auch die Mitarbeiteraktien regelt, wäre eine eingehende Analyse der Besteuerung von Mitarbeiteraktien im Bericht wünschenswert gewesen.

Gemäss der bisherigen Praxis sind auch gebundene Mitarbeiteraktien mit einer Sperrfrist, verbunden mit einer Rückgabeverpflichtung, beim Erwerb der Aktien steuerbar. Obwohl rechtlich betrachtet das Eigentum an den Aktien auf den Mitarbeiter übergeht, beschränkt die Rückgabeverpflichtung die Eigentumsrechte und auch die Werthaltigkeit der Aktien, vor allem wenn der Mitarbeiter die Aktien unter dem Verkehrswert, allenfalls zum seinerzeitigen Erwerbspreis, an den Arbeitgeber zurückgeben muss. Das Risiko ist für den Mitarbeiter zwar nicht vollumfänglich mit dem Verfallsrisiko von Optionen zu vergleichen, jedoch kann der Mitarbeiter allenfalls nicht das ganze Gewinnpotential seiner Aktien realisieren.

Der Bericht hätte für die Rückgaberechte zu einem Preis, der nicht dem Verkehrswert entspricht, folgende Lösungsmöglichkeiten vorsehen können (in Anlehnung an Risi (1999) 400 ff.):

- *Die steuerliche Diskontierung bei der Abgabe der Mitarbeiteraktien deckt auch das Risiko eines möglichen Verlusts der Zuwendung bei Rückgabe während der Sperrfrist ab:* Diese Lösungsmöglichkeit würde eine Ungleichbehandlung mit den Begünstigten von Mitarbeiteroptionen sowie von Mitarbeiteraktien ohne Rückgabeverpflichtungen darstellen.
- *Die Rückkaufverpflichtung des Mitarbeiters ist als Rückkaufsrecht der Arbeitgeberunternehmung zu betrachten, das den Vermögensstand des Mitarbeiters beeinträchtigt:* Bei dieser Lösungsmöglichkeit wird bei der Bewertung der Aktien im Erwerbszeitpunkt berücksichtigt, dass die Aktien

mit einer Rückgabeverpflichtung unter dem Erwerbspreis versehen sind. Beispielsweise entspricht in der Regel der Substanzwert im Erwerbszeitpunkt annäherungsweise dem Verkehrswert, wenn die Aktien mit der Rückgabeverpflichtung zum (dannzumaligen) Substanzwert versehen sind. Die Lösung führt aber dann zu unbefriedigenden Ergebnissen, wenn die Rückgabe unter dem Verkehrswert von Bedingungen wie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während einer gewissen Frist abhängig ist.

- *Der Rückgabeverpflichtung ist mit einem zusätzlichen Diskont der Aktie beim Erwerb Rechnung zu tragen:* Der zusätzliche Diskont erscheint als zu pauschal. Er wird dem Einzelfall nicht gerecht.
- *Revision der Veranlagung für den Zeitpunkt der Aktienzuteilung im Zeitpunkt der Rückübertragung:* Ein gesetzlicher Revisionsgrund liegt nicht vor. Allenfalls hätte sich die Arbeitsgruppe überlegen können, für gewisse Fälle der Rückgabe von Mitarbeiteraktien unter dem Verkehrswert einen Revisionsgrund sui generis zu schaffen.
- *Geltendmachung des entgangenen Gewinns (Differenz zwischen dem Verkehrswert im Rückgabezeitpunkt und Rückgabepreis) als Gewinnungskosten oder als «Minuslohn».*

41 Immerhin muss der Mitarbeiter noch den Verlust des Zeitwerts befürchten, wenn er seine Optionen vor dem Verfall ausübt.

Auch die Steuerrekurskommission des Kantons Zürich erachtet im weitergezogenen Entscheid vom 14. Februar 2002 den Zeitpunkt des Vestings als den Zeitpunkt, in welchem dem Mitarbeiter ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zufliesst; s. auch PETER (2002).

42 Der Bericht schlägt in Art. 3 zum Verordnungsentwurf als Parameter folgende Grössen vor: Volatilität: 20%; Zinssatz: 4%; Dividendenrendite: 1%.

gen sowie für Gesellschaften, deren Aktien erst während einer kurzen Zeit an der Börse gehandelt werden, anwendbar ist. Gewisse Gesellschaften weisen jedoch eine grundlegend andere Bewertungsstruktur auf. Beispielsweise liegt die Volatilität von Immobiliengesellschaftsaktien regelmässig um 10%⁴³. Diverse kleinere Unternehmen schütten höhere Dividenden aus, als dies mit einer Dividendenrendite von 1% zum Ausdruck kommt⁴⁴. Sofern ein Mitarbeiter bzw. ein Arbeitgeber eine höhere Dividendenrendite oder eine tiefere Volatilität nachweisen kann, muss der Mitarbeiter gemäss der hier vertretenen Auffassung im Sinne der Rechtsgleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit das Recht haben, zum Wert der Optionen besteuert zu werden, der sich gemäss den effektiven Bewertungsparametern ergibt.

Die Arbeitsgruppe betont als Vorteil der Besteuerung im Zeitpunkt des Vestings, dass auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Rücksicht genommen werden kann⁴⁵. Diese Auffassung vermag jedoch nur teilweise zu überzeugen. Viele Mitarbeiter werden – vor allem bei steigenden Aktienkursen zwischen der Zuteilung und dem Vesting – im Zeitpunkt des Vestings einer hohen Steuerlast ausgesetzt und müssen die Optionen vorzeitig, also unter Verlust des Zeitwerts, ausüben.

Beispiel: Optionswert beim Vesting CHF 40; Aktienkurs beim Vesting CHF 140; Ausübungspreis CHF 125

Der Optionswert ist höher als der innere Wert der Option (Differenz zwischen Aktienkurs und dem Ausübungspreis), weil die Option das Recht zur Ausübung, aber keine Pflicht beinhaltet. Die Differenz zwischen dem Optionswert von CHF 40 und dem inneren Wert von CHF 15 wird als Zeitwert der Option bezeichnet. Wenn der Mitarbeiter auf dem Optionswert von CHF 40 die Einkommenssteuer bezahlen (bei einem Steuersatz von 40% beträgt die Steuerlast CHF 16) und folglich seine Optionen vorzeitig ausüben muss, damit er seine Steuern bezahlen kann, beträgt sein Gewinn bei der Ausübung CHF 15. Dieser Betrag reicht nicht einmal aus, um die Steuern zu bezahlen.

Bei nicht kotierten Gesellschaften ist gemäss Artikel 5 der von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Verordnung der Substanzwert als Aktienkursbewertungsparameter massgebend, sofern die Gesellschaft frühestens 5 Jahre vor der Zuteilung von Mitarbeiterbeteiligungsrechten gegründet wurde; ansonsten muss der Bewertungsparameter «Aktienkurs» nach der Vermögenssteuerwert-Bewertungsmethode bestimmt werden⁴⁶.

In unserer Beratungspraxis gehen wir trotz aller juristischen Vorteile für die Vestingbesteuerung davon aus, dass die Mitarbeiter diese als unattraktiv empfinden werden. Im Zeitpunkt der Zuteilung weiss der Mitarbeiter noch nicht, welchen Wert er schlussendlich versteuern muss. Er sieht sich dem Risiko ausgesetzt, dass der Steuerwert bis zum Vesting so weit ansteigen wird, dass der Mitarbeiter sich aus Liquiditätsgründen gezwungen sieht, die Optionen vorzeitig auszuüben. Wie zuvor dargestellt, kann der Mitarbeiter bei der vorzeitigen Ausübung jedoch nicht den Wert realisieren, auf dem er die Einkommenssteuer entrichten muss, sondern nur den inneren Wert. Die Vestingbesteuerung wird vermutlich eine Veränderung der Bestimmungen vieler Beteiligungspläne auslösen, damit der Mitarbeiter nicht dem zuvor dargestellten Risiko ausgesetzt ist. Möglicherweise werden verschiedene Unternehmungen auf Verfallsklauseln verzichten, womit der Zeitpunkt der Zuteilung mit dem Zeitpunkt des Vestings zusammenfällt. Andere Unternehmen werden Instrumente schaffen und abgeben, die erst bei der Ausübung steuerpflichtig werden.

4.3.2 Wahlrecht: Ausübungsbesteuerung

Glücklicherweise schlägt die Arbeitsgruppe vor, dem Mitarbeiter ein Wahlrecht in Bezug auf den Besteuerungszeitpunkt zuzugestehen, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind⁴⁷. Die Besteuerung bei der Ausübung erfreut sich in einem unsicheren Umfeld in Bezug auf die

43 Vgl. HOLZ (2002) 134 ff. Die Bewertung von Optionen auf Aktien von Immobiliengesellschaften würde deshalb bei Anwendung von Standardparametern regelmässig viel zu hoch ausfallen. Bei einer Option mit einer Laufzeit von 5 Jahren und 3 Jahren Sperrfrist (nach dem Vesting) sowie einem Ausübungspreis, der dem Aktienkurs entspricht, beträgt der Optionssteuerwert bei einer 20%igen Volatilität 12,8% des Aktienkurses. Setzt man anstelle dessen eine Volatilität von 10% ins Berechnungsmodell ein, so ergibt sich ein Steuerwert von 5,8% des Aktienkurses. Bei Anwendung der Standardparameter resultiert ein steuerbarer Optionswert, der mehr als doppelt so hoch ist wie der echte Wert der Optionen.

44 Erhöht man bei sonst gleichen Bewertungsparametern wie in dem im Text dargestellten Beispiel die Dividendenrendite auf 4%, so ergibt sich ein Steuerwert von 6,7% des Aktienkurses. Auch in diesem Beispiel ist der Optionswert gemäss Standardparametern sehr viel höher als der effektive Wert.

45 Bericht S. 29 f.

46 Wenn innerhalb von einem Jahr nach dem Besteuerungszeitpunkt ein Börsengang der Gesellschaft erfolgt, so unterliegt die Differenz zwischen Emissionspreis und formelmässig bestimmtem Aktienpreis im Emissionszeitpunkt zu 50% der Einkommenssteuer.

47 Art. 17a Abs. 3 des Vorschlags zum DBG in Verbindung mit Art. 4 des von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Verordnungstextes:

- Der Mitarbeiter muss sich bis zum Vesting für die Vesting- oder die Ausübungsbesteuerung entscheiden.
- Seine Entscheidung gilt für alle Optionszuteilungen des betreffenden Zuteilungsjahres.
- Die Optionen müssen mit einem Ausübungspreis versehen sein, der mindestens dem Wert der zugrundeliegenden Aktien im Zeitpunkt der Optionszuteilung entspricht.
- Die Optionen sind im Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs auf dem Lohnausweis zu bescheinigen und mit einem Beiblatt zu belegen. Ausserdem muss der Arbeitgeber das Einkommen bei Ausübungsbesteuerung im Ausübungsjahr auf dem Lohnausweis aufführen.

Börsenkursentwicklung wachsender Beliebtheit. Die Bevorzugung der Ausübungsbesteuerung ist ein typisches Beispiel für ein nicht rationales Verhalten von Marktteilnehmern. Der beim Vesting oder bei der Zuteilung zu versteuernde Betrag ist vor allem bei Anwendung von festen Bewertungsparametern und unter Berücksichtigung eines Diskonts für eine Sperrfrist nach dem Bewertungszeitpunkt in den allermeisten Fällen tiefer als der Erwartungswert des Ausübungsgewinns, der bei der Ausübungsbesteuerung erfasst würde. Die Wahlmöglichkeit ist somit eine perfekte «Win-Win-Situation», indem der Mitarbeiter davon profitiert, dass er die für ihn subjektiv vorteilhaftere Ausübungsbesteuerung wählen und der Fiskus in der Regel bei der Ausübung einen höheren Betrag besteuern kann. Wenn eine korrekte gesetzliche Grundlage geschaffen wird, überwiegen diese ökonomischen Vorteile klar gegenüber möglichen Bedenken, dass nicht alle Steuerpflichtigen genau gleich nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit behandelt werden, sondern auch aufgrund individueller Präferenzen. Zur Erzielung der wirtschaftlichen Vorteile für die Mitarbeiter und den Fiskus sollten auch die für die Wahlmöglichkeit notwendigen administrativen Aufwendungen in Kauf genommen werden.

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe unterstützt die Besteuerung bei der Ausübung zusätzlich, indem nur 50 % oder sogar allenfalls nur 30 % des Ausübungsgewinns als Arbeitseinkommen besteuert werden. Den restlichen Teil des Ausübungsgewinns qualifiziert die Arbeitsgruppe als Kapitalgewinn⁴⁸. Die Besteuerung nur eines Teils des Zuflusses hat tatsächlich eine Begründung. Rechtlich betrachtet stellt diese Regel die einzige echte Privilegierung der Mitarbeiterbeteiligung dar, indem ein Teil des Zuflusses zum Privatvermögen steuerfrei erfolgen kann⁴⁹. Ausserdem wird der Gewinn zum Satz besteuert, der sich ergäbe, wenn anstelle einer einmaligen Leistung eine jährliche Leistung ausgerichtet worden wäre⁵⁰. Es ist zu hoffen, dass die Arbeitsgruppe mit der steuerlichen Privilegierung der Ausübungsbesteuerung nicht zuviel des Guten wollte und die Verbindung der an

sich genialen Idee eines Wahlrechts für den Besteuerungszeitpunkt mit einer Privilegierung bei der Steuerbemessung in den parlamentarischen Beratungen auf politischen Widerstand stossen und durchfallen könnte. Immerhin wird mit der Privilegierung dem Anliegen der in der Einleitung zitierten nationalrätlichen Motionen Rechnung getragen.

5 Beurteilung und Ausblick

Auch wenn es im gegenwärtigen Börsenumfeld nicht so aussehen mag, hat mit der Verbreitung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen in den 90er Jahren eine Entwicklung eingesetzt, die langfristig unumstösslich ist. Aufgrund der Bedeutung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen ist eine attraktive Besteuerungspraxis (attraktiv für den Mitarbeiter und für den Fiskus) von sehr grossem Interesse.

Die Arbeitsgruppe hat mit ihrem Bericht eine ausserordentlich professionelle Auslegeordnung der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen vorgelegt. Die juristischen Schwächen der bestehenden Praxis treten offen zutage, und zurecht fordert die Arbeitsgruppe eine gesetzliche Grundlage zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen und insbesondere von Optionen. Mit Umsicht und viel rechtsvergleichender Analyse wurden neue Vorschläge erarbeitet. Die Besteuerung von Optionen beim Vesting mag juristisch am meisten zu überzeugen. Das Vesting ist der Zeitpunkt, wo im graduellen Prozess des Hineinwachsens in die Optionsrechte der grösste Schritt getan wird. Ab dem Zeitpunkt des Vestings kann der Mitarbeiter bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine Optionen nicht mehr verlieren. Gleichwohl erscheint die Besteuerung im Zeitpunkt des Vestings als unattraktiv, weil der Mitarbeiter einerseits im Zuteilungszeitpunkt die Steuerbelastung beim Vesting noch nicht abschätzen kann und andererseits den Wert seiner Optionen im Zeitpunkt des Vestings noch nicht voll realisieren kann (Zeitwertproblematik). Die Wahlmöglichkeit für den Mitar-

48 Diese Lösung lehnt sich stark an die Besteuerungsregeln in Singapur an. Der südostasiatische Inselstaat besteuert die Optionen bei der Ausübung und behandelt einen Teil des Ausübungsgewinns als Kapitalgewinn.

49 Weder die Aktienzuteilung noch die Vesting-Besteuerung stellen eine steuerliche Privilegierung der Zuteilung von Beteiligungsrechten dar. Es geht bei gebundenen Mitarbeiteraktien und bei den im Zeitpunkt der Zuteilung resp. des Vestings besteuerten Mitarbeiteroptionen lediglich darum, die Wertebusse durch die Verfügungssperre möglichst objektiv und pauschal zu ermitteln. Die Diskontierung der Beteiligungsrechte stellt jedoch keine Privilegierung dar.

50 Art. 17a Abs. 5 des Vorschlags für das DBG; gemäss der hier

vertretenen Auffassung sollte auf die steuersatzmässige Privilegierung aus diversen Überlegungen verzichtet werden:

- Soweit jährliche Optionszuteilungen stattfinden (was bei den meisten Optionsprogrammen der Fall ist) und der Mitarbeiter auch in einigermaßen regelmässigen Abständen ausübt, ergibt sich gar kein Akkumulationseffekt beim Einkommenszufluss.
- Die Umrechnung ist administrativ ausserordentlich aufwendig und erfordert differenzierte Angaben auf dem Lohnausweis mit der Unterscheidung zwischen satzbestimmendem und steuerbarem Einkommen.
- Die Reduktion des Steuersatzes ist bei vielen gut verdienenden Optionsbezüglern marginal und rechtfertigt kaum den Mehraufwand.

beiter hin zur Ausübungsbesteuerung von Optionen ist ausserordentlich zu begrüssen. Die Ausübungsbesteuerung wird mit der vorgeschlagenen Reduktion der Erfassung des Ausübungsgewinns als Arbeitseinkommen (Reduktion auf 50%) noch attraktiver. Allerdings muss diese privilegierte Besteuerung im Parlament noch eine hohe Hürde meistern.

Wenn schon eine Wahlmöglichkeit eingeführt wird, sollte man sich allenfalls einen weiteren Besteuerungszeitpunkt überlegen: die Zuteilung⁵¹. Die Besteuerung bei der Zuteilung könnte eine echte Alternative zur Besteuerung der Optionen bei der Ausübung darstellen. Der Mitarbeiter könnte also auswählen zwischen der Besteuerung im Zeitpunkt der Zuteilung oder der Ausübung. Wenn die Wahl auf den Zuteilungstag trifft, nimmt der Mitarbeiter bewusst in Kauf, dass er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Vesting-Periode seine Optionen verliert. Die Geltendmachung eines «Minuslohns» erübrigt sich dann, weil kein Härtefall vorliegt⁵².

Literatur und Materialien

- BERNHARDT WOLFGANG/WITT PETER (1997): Stock Options und Shareholder Value, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 67. Jahrgang, Heft 1, 1997, S. 85–101
- GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, Bericht zuhanden des Eidg. Finanzdepartements, Bern, 21. Dezember 2001 (zitiert: Bericht)
- CEREGHETTI MARCO (1996): Die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen als Einkommen und als Vermögen, Diss. Zürich 1993, Aachen 1996
- EGON ZEHNDER INTERNATIONAL/REVISUISSE PRICE WATERHOUSE (1997): Beteiligungsmodelle für Führungskräfte in der Schweiz – Trends, Steuerliche Aspekte, Empfehlungen, Zürich 1997
- HAUSHEER MARCEL (1997): Aktien statt Lohn: Die Buezer als Mitbesitzer, in: Sonntags Zeitung vom 3. August 1997, S. 53
- HOLZ ARNOLD (2002): Risk Analysis of Swiss and German Stocks, in: Financial Markets and Portfolio Management, Vol. 16, 2002, Nr. 1
- LYK RETO (1989): Die Mitarbeiteraktie in der Schweiz, Zürich 1989
- PETER NATALIE (2002), Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, in: FStR 2002, 196 ff.
- RAPPAPORT ALFRED (1986): Creating Shareholder Value – The New Standard for Business Performance, 1. A., New York 1986
- RISI ANDREAS (1999): Mitarbeiteroptionen und -aktien, Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, Diss. Zürich, Bd. 164 der Schriftenreihe der Treuhänderkammer, Zürich 1999
- VOLKART RUDOLF (1995): Shareholder Value Management – Kritische Überlegungen zur wertorientierten Führung, in: ST 1995, S. 1064–1068
- WAGENHOFER ALFRED (1996): Vorsichtsprinzip und Managementanreize, in: Die Betriebswirtschaft, 56. Jahrgang, 1996, S. 2–165
- WEILENMANN ROLF (1999): Value Based Compensation Plans – Theoretische und praktische Aspekte von Employee Stock Ownership Plans, Stock Option Plans und weiteren Value Based Compensation Plans in der Schweiz, Diss. Zürich, Band 297 der Schriftenreihe Bank- und finanzwirtschaftliche Forschungen, Zürich 1999
- WEHRLI MAX (1969): Mitbeteiligung der Arbeitnehmer durch Belegschaftsaktien – Problematik und Erfahrungen, Diss. Zürich 1969
- WIRTH JÜRIG (2000): Millionär für einen Tag, in: Handels-Zeitung vom 8. November 2000, S. 29
- ZUPPINGER FERDINAND (1971): Die Besteuerung der Mitarbeiteraktien, in: ASA 40 (1971/72), S. 225–243

51 Besteuerung bei der Zuteilung auch bei Vorliegen von Vesting-Klauseln.
Die Begünstigten von Restricted Stocks, also von Mitarbeiteraktien mit Vesting-Klauseln, haben beispielsweise in den USA das Recht, die Bestimmungsmethode bei der Zuteilung zu wählen. Da diese Wahl in der Selbstverantwortung der Mitarbeiter liegt, muss bei einem Verfall der Rechte des Mitarbeiters kein negatives Einkommen zugestanden werden.

52 Der Mitarbeiter hat sich im vollen Bewusstsein der Risiken und des möglichen Verlustrisikos für die Zuteilungsbesteuerung und gegen die «sichere» Besteuerung erst bei der Ausübung entschieden. Von einem Härtefall, den der Mitarbeiter nicht selbst kausal verursacht hätte, kann keine Rede sein.

Vorschläge der OECD zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung auf Mitarbeiteroptionen

Dr. ès sc. pol. Peter Baumgartner*

Inhalt

1	Einleitung
2	Arbeiten im Rahmen der OECD
3	Lösungsvorschläge für die internationalen Steuerprobleme
3.1	Praktische Probleme für international tätige Mitarbeiter
3.2	Analyse der Probleme aus DBA-Sicht
4	Diskussion der Lösungsvorschläge im Einzelnen
4.1	Blosse Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen
4.2	Besteuerung als Erwerbseinkommen
4.3	Unterschiedlicher Besteuerungszeitpunkt
4.4	Unterschiedliche Bewertung und Qualifikation des Vorteils
4.5	Gewährung der Optionen für eine vergangene oder künftige Tätigkeit
4.6	Aufteilung des Vorteils zwischen den Staaten
4.7	Ansässigkeit in mehreren Staaten während der Laufzeit der Option
4.8	Anwendungsprobleme, Umstrukturierungen, Bewertungsfragen
4.9	DBA-Probleme beim Arbeitgeber
5	Kurze Würdigung der OECD-Vorschläge
	Literatur und Materialien

1 Einleitung

Programme zur Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmenserfolg haben in den letzten Jahren eine starke Verbreitung erfahren, wobei neben Mitarbeiteraktien mehr und mehr auch Optionsprogramme (Stock Options) angeboten werden. Die in den einzelnen Staaten geltenden Besteuerungsregeln sind jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet, was für international mobile Mitarbeiter zu erheblichen Steuerproblemen führen kann. Es ist deshalb erstaunlich, dass die Frage der Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen bis vor kurzem weder im Rahmen der OECD noch anlässlich von bilateralen Doppelbesteuerungsverhandlungen geklärt und ausdrücklich geregelt worden ist. Mit den jetzt vorliegenden OECD-Vorschlägen zur Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den Doppelbesteuerungsabkommen wurde ein erster wichtiger Schritt gemacht. Weitere Arbeiten zur Behandlung von Optionsprogrammen auf der Stufe Unternehmen stehen an. Die vorgeschlagenen Lösungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung beim Arbeitnehmer machen Sinn. Angesichts der Komplexität der Probleme dürften sich in der Praxis jedoch heikle Abgrenzungsfragen stellen. Aus Sicht der Wirtschaft bestehen Zweifel hinsichtlich der Praktikabilität gewisser Lösungen. Zudem ist offen, ob die von der OECD vorgesehene blosse Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen den Bedürfnissen der Staaten nach rechtlich abgesicherten Lösungen gerecht zu werden vermag.

2 Arbeiten im Rahmen der OECD

Die OECD hat Ende März 2002 auf ihrer Webseite ein *Diskussionspapier* zu den grenzüberschreitenden Steuerfragen im Zusammenhang mit Aktienoptionen

* Der Autor ist Vizedirektor der Vereinigung Schweizerischer Industrie-Holdinggesellschaften (Industrie-Holding) in Bern und Vorsitzender des Fiskalausschusses der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris. Er hat als Vertreter des BIAC

(Business and Industry Advisory Committee to the OECD) zusammen mit dem OECD-Sekretariat das OECD-Grundlagenpapier zu den grenzüberschreitenden Steuerfragen im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen ausgearbeitet.

von Mitarbeitern veröffentlicht¹. Sie lädt alle interessierten Personen ein, den Entwurf bis spätestens 31. Juli 2002 zu kommentieren und sich dabei auch zu weiteren internationalen Steuerfragen zu äussern, die im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen von Interesse sein könnten². Das Papier war vorgängig im Rahmen der Arbeitsgruppe Nr. 1 (Tax Conventions and Related Questions) des Fiskalausschusses der OECD diskutiert und als Diskussionsentwurf verabschiedet worden. Es soll die Grundlage bilden für eine *Ergänzung des bestehenden OECD-Musterabkommens* bezüglich der Besteuerung der natürlichen Personen³, wobei der vorliegende Bericht keine Änderung des Abkommenstextes, sondern eine Ergänzung des bestehenden Kommentars zum Art. 15 (Unselbständige Arbeit) des Musterabkommens vorsieht.

Die Arbeiten des Fiskalausschusses der OECD zur steuerlichen Behandlung der Mitarbeiteroptionen sind jedoch *wesentlich breiter angelegt*. Neben dem nachstehend eingehend diskutierten Bericht der Arbeitsgruppe Nr. 1 zur Lösung der Doppelbesteuerungsproblematik beim Mitarbeiter befasst sich die Arbeitsgruppe Nr. 2 (Tax Policy Analysis and Tax Statistics) mit grundsätzlichen Fragen bezüglich der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, der Bedeutung der Optionsprogramme, der Steuerneutralität, der steuerlichen Ausgestaltung in den einzelnen Ländern und mit internationalen Belastungsvergleichen. Die auf Verrechnungspreise spezialisierte Arbeitsgruppe Nr. 6 (Taxation of Multinational Enterprises) will sich im September 2002 vertieft mit der Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen im Zusammenhang mit Optionsprogrammen befassen, und zwar insbesondere mit der sachgerechten Weiterbelastung im Rahmen einer Unternehmensgruppe. Dabei dürfte sich auch die derzeit aktuelle Frage stellen, wie Abzüge zu behandeln sind, die in einzelnen Staaten als Lohnaufwand zulässig sind⁴.

3 Lösungsvorschläge für die internationalen Steuerprobleme

3.1 Praktische Probleme für international tätige Mitarbeiter

Mit der Einführung der früher vor allem in den USA verbreiteten Mitarbeiter-Optionsprogramme in Europa und Asien, der Schaffung konzernweit einheitlicher Programme und der Ausweitung des Kreises der Begünstigten auf alle oder einen grösseren Kreis von Mitarbeitern sind die *Steuerprobleme* nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch im internationalen Verhältnis in den letzten Jahren immer offensichtlicher geworden⁵. Die in letzter Zeit gehäuft auftretenden Änderungen bei den einzelstaatlichen Regelungen sind aber auch ein Zeichen dafür, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für Mitarbeiteroptionen aus Sicht der Staaten ein nicht zu unterschätzendes Element im internationalen *Standortwettbewerb* darstellen, namentlich für Konzernzentralen und Konzernhilfsgesellschaften sowie im Hinblick auf die Ansiedlung und Förderung von sog. Start-up-Gesellschaften im Bereich der «New Economy»⁶.

Die unterschiedlichen Lösungsansätze der einzelnen Staaten machen deutlich, dass die Ansichten über die «richtige» Besteuerung der Vorteile aus Mitarbeiteroptionen erheblich *auseinandergelien*. Dabei geht es um grundsätzliche steuerpolitische und steuerrechtliche Fragen, wie den Zeitpunkt der steuerlichen Erfassung, die Bewertung und Qualifikation des Vorteils sowie allfällige steuerliche Vergünstigungen⁷. Als Folge dieser Unterschiede bei der einzelstaatlichen Ausgestaltung können international mobile Mitarbeiter bezüglich ihrer Optionen mit einer *Vielzahl von Steuerproblemen* konfrontiert sein, wobei die Skala von der Besteuerung von fiktiven Vorteilen bis zur Mehrfachbesteuerung, aber auch zur Mehrfachbefreiung reicht. Für international tätige Konzerne, die weltweit möglichst einheitliche Op-

1 OECD-Bericht.

2 Eine Mitarbeiteroption gibt dem Mitarbeiter das Recht, zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. innerhalb einer bestimmten Zeitspanne eine Aktie zu einem im Voraus festgesetzten Preis zu kaufen. Der Marktwert einer Option kann mittels einschlägiger Formeln berechnet werden. Steuerbar ist der geldwerte Vorteil, der dem Mitarbeiter aus der Option zu einem bestimmten Zeitpunkt zufließt.

3 OECD-Musterabkommen bzw. OECD-Kommentar.

4 Es geht um die umstrittene Frage, ob ein steuerlicher Abzug zulässig sein soll für Vorteile, die dem Arbeitnehmer in Form von Mitarbeiteroptionen zufließen (Mitarbeiteroptionen als Lohnersatz).

5 Neben dem BIAC haben sich auch die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris und der Europäische Arbeitgeberverband UNICE intensiv mit den Steuerproblemen im grenz-

überschreitenden Verhältnis auseinandergesetzt. Das ICC-Statement wurde am 15.4.2002 verabschiedet; das UNICE-Papier mit einem Rechtsvergleich der in den EU-Staaten geltenden Regelungen ging im Juni 2002 an die zuständigen EU-Stellen. Wertvolle Vorarbeiten wurden auch durch die INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA) gemacht, die am IFA-Kongress 2000 in München das Thema «International Tax Aspects of Deferred Remunerations» behandelte.

6 Vgl. zu den Bestrebungen in der Schweiz ANDREAS RISI, Bericht Mitarbeiteroptionen. Vgl. zur Problematik auch ANDREAS RISI, Mitarbeiteroptionen und -aktien, sowie NATALIE PETER.

7 Im Rahmen dieses Artikels ist es nicht möglich, vertieft auf die einzelstaatlichen Regelungen einzugehen. Entsprechende Vergleiche finden sich aber im Bericht der GEMISCHTEN ARBEITSGRUPPE DES EidG. FINANZDEPARTEMENTS, der im Spätsommer 2002 in die Vernehmlassung gehen soll.

tionsprogramme einführen und über einen längeren Zeitraum beibehalten wollen, stellen die bestehenden Unterschiede bei der Besteuerung ein grosses und kostspieliges Hindernis dar, gilt es doch, die konzernweiten Optionsprogramme entsprechend anzupassen, um die Steuerbelastung für die international mobilen Mitarbeiter in akzeptablen Grenzen zu halten⁸.

3.2 Analyse der Probleme aus DBA-Sicht

Der OECD-Bericht listet mit Blick auf die in den einzelnen Staaten geltenden Regelungen und die Systematik der in den bilateralen DBA enthaltenen Bestimmungen insbesondere die folgenden *Problembereiche* auf:

- *Unterschiedlicher Zeitpunkt* für die steuerliche Erfassung des Vorteils beim Mitarbeiter: Besteuerung bei Zuteilung (at grant), bei unwiderruflicher Zuteilung (at vesting), bei Ausübung der Option (at exercise) oder Gewährung eines Steueraufschubs (in gewissen Ländern bis zur Veräusserung der erworbenen Aktie);
- *Unterschiedliche steuerliche Qualifikation des Vorteils* (als Arbeitsentgelt, als Kapitalgewinn oder als sog. übriges Einkommen);
- *Unterschiedliche sachliche Qualifikation der Option* (als Entgelt für bereits erbrachte Leistungen, für künftige Leistungen oder eine Mischung daraus);
- *Verlegung des Wohnsitzes oder des Arbeitsortes* in einen andern Staat während der Laufzeit der Option;
- *Weitere internationale Probleme*, wie «multiple residence», praktische Anwendung, Umstrukturierungen, Bewertungsdifferenzen;
- *DBA-Probleme beim Arbeitgeber* (Abzug der Kosten für Optionsprogramme, Kostentragung durch Betriebsstätte)⁹.

4 Diskussion der Lösungsvorschläge im Einzelnen

4.1 Blosser Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen

Da eine Angleichung oder gar Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen weder politisch machbar noch für die Anwendung der bilateralen DBA notwendig ist, sind die OECD-Bestrebungen darauf ausgerichtet, das Phänomen «Stock Options» mit Blick auf die bewährten *Grundsätze der DBA* zu analysieren und entsprechende Lösungen vorzuschlagen¹⁰.

Die OECD kommt in ihrem Bericht zum Schluss, dass ein geldwerter Vorteil, den ein Arbeitnehmer in Form von Optionen von seinem Arbeitgeber erhält, immer als *Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis* anzusehen ist¹¹. Das OECD-Musterabkommen enthält detaillierte Regelungen, die festlegen, welchem Staat derartige Einkünfte zur Besteuerung zuzuweisen sind und wie die Doppelbesteuerung vermieden werden soll. Diese Lösungen, die sich in den meisten bilateralen DBA finden, haben sich in der Praxis auch für komplexe Sachverhalte bewährt. Sofern es deshalb gelingt, die geldwerten Vorteile aus Mitarbeiteroptionen so einzugrenzen, dass sie nach dem Wortlaut des Musterabkommens als Erwerbseinkünfte qualifiziert werden können, lässt sich das Problem der Doppelbesteuerung lösen, ohne dass der Wortlaut des Musterabkommens – und in der Praxis der darauf aufbauenden zahlreichen bilateralen DBA – geändert werden müsste¹². Der zwischen den Steuerbehörden gefundene Konsens hinsichtlich der zu treffenden Abgrenzungen würde sodann in den *Kommentar zum Musterabkommen* eingefügt. Der OECD-Bericht schlägt ein solches Verfahren vor, wobei es den Staaten selbstverständlich offen steht, in ihren *bilateralen DBA andere Lösungen* vorzusehen, um den in den jeweiligen Staaten geltenden Regelungen gerecht zu werden¹³.

8 Zwar besteht aufgrund der einzelstaatlichen Unterschiede ein gewisses Steuerplanungspotenzial. Die Wahl des Arbeitsortes erfolgt bei den sog. Expatriates jedoch nicht nach steuerlichen, sondern nach betrieblichen Erfordernissen, womit Steuerprobleme unausweichlich sind.

9 Aufgeführt werden grundsätzliche Überlegungen zur Behandlung unter den DBA, wobei die Lösung dieser Fragen insbesondere der Arbeitsgruppe Nr. 6 überantwortet wird.

10 Der Europäische Arbeitgeberverband (UNICE) ging bei seinen Arbeiten einen Schritt weiter und stellte sich die Frage, wie eine praxistaugliche Lösung für den EU-Binnenmarkt aussehen könnte, ohne dass eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen notwendig wäre. Eine solche Lösung könnte mittels einer EU-Richtlinie gefunden werden, welche die wesentlichen Besteuerungsgrundsätze enthalten und als Gemeinschaftsrecht den bilateralen DBA vorgehen würde.

11 Auf die Behandlung anderer auf den Aktienwert bezogener Entschädigungen wie phantom stock oder share appreciation rights wird im OECD-Bericht nicht eingegangen, da solche Vorteile in der Regel den Barentschädigungen gleichgesetzt werden können. Nicht behandelt werden zudem die Sozialversicherungsfragen im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen sowie die Gewährung von Optionen an ein in einem andern Staat ansässiges Verwaltungsratsmitglied.

12 Die praktischen Vorteile eines solchen Ansatzes sind evident: Die Probleme könnten in zahlreichen Fällen auf dem Wege einer einheitlichen Auslegung gelöst werden, wogegen eine Revision der bestehenden bilateralen DBA eine äusserst aufwendige und langwierige Option darstellt.

13 Vgl. dazu den Notenwechsel zu dem am 24.7.2001 unterzeichneten neuen DBA zwischen USA und GB.

Der von der OECD vorgeschlagene Lösungsansatz hat den *Vorteil*, dass damit eine rasche Klärung der Frage der Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den DBA herbeigeführt werden kann. Die *Schwäche* liegt darin, dass die Kommentare zum OECD-Musterabkommen rechtlich im besten Fall den Stellenwert einer Auslegungshilfe haben. Massgebend ist in jedem Fall der Wortlauf des anwendbaren Abkommens. Sofern ein Begriff im DBA nicht definiert ist, hat er die Bedeutung, die ihm nach dem (Steuer-) Recht des jeweiligen Staates im Anwendungszeitraum zukommt¹⁴. Auch wenn sich die betroffenen Steuerbehörden somit über die Auslegung einer Bestimmung des Musterabkommens im Sinne der OECD-Kommentare einig sind, könnte ein betroffener Steuerpflichtiger ein *innerstaatliches Rechtsmittel* gegen eine entsprechende Auslegung ergreifen. Es wäre dann Sache der nationalen Gerichte, die Anwendung der DBA-Bestimmungen im konkreten Fall zu überprüfen und gestützt auf das interne Recht, Rechtsprechung und Auslegung allenfalls eine andere Lösung vorzusehen¹⁵.

4.2 Besteuerung als Erwerbseinkommen

Grundsätzlich kann ein Steuerpflichtiger für seine Erwerbseinkünfte in dem Staat besteuert werden, in welchem er die Tätigkeit ausübt¹⁶. Die im Art. 15 OECD-Musterabkommen verwendete *Umschreibung für Einkünfte aus unselbständiger Arbeit* ist relativ weit («Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen»). Nach den DBA-Regeln muss das Besteuerungsrecht dem Wohnsitz- oder Tätigkeitsstaat zugewiesen werden. Allfällige Doppelbesteuerungen müssen sodann nach den im Methodenartikel¹⁷ festgelegten Regeln beseitigt werden. Auf die OECD-Lösungen für Probleme, die sich in der Praxis aus der unterschiedlichen zeitlichen Anknüpfung, der unterschiedlichen Qualifikation der Einkünfte, der unterschiedlichen Qualifikation der Optionsprogramme (Entgelt für vergangene oder künftige Tätigkeit) sowie der Verlegung des Wohn- oder Arbeitsortes ergeben, wird im Folgenden näher eingegangen.

4.3 Unterschiedlicher Besteuerungszeitpunkt

Probleme, die auf eine *unterschiedliche zeitliche Anknüpfung* bei der Besteuerung zurückzuführen sind, lassen sich nach Auffassung der OECD mit den in den DBA vorhandenen Regelungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung lösen. So kann der Fall eintreten, dass ein Steuerpflichtiger seinen Wohnsitz während der Laufzeit der Option in einen andern Staat verlegt und sich mit einer doppelten Besteuerung konfrontiert sieht, weil der erste Wohnsitzstaat die Optionen bereits bei der Zuteilung besteuert hat und der neue Staat beispielsweise bei der Ausübung¹⁸. Je nach der im betreffenden DBA vorgesehenen Regelung muss der eine Staat entweder durch Befreiung der Einkünfte auf die Besteuerung verzichten oder die im andern Staat bezahlten Steuern auf seine eigenen anrechnen. Dass die Doppelbesteuerung zeitlich unlimitiert beseitigt werden muss und dass der Quellenstaat sein Besteuerungsrecht auch behält, wenn der Steuerpflichtige bereits in einem andern Staat ansässig ist, soll im OECD-Kommentar ausdrücklich bestätigt werden¹⁹.

Die Probleme sind auf den ersten Blick mit den im OECD-Musterabkommen enthaltenen Regelungen (Befreiung und Anrechnung) lösbar. Die Schwierigkeiten treten jedoch bei der *praktischen Anwendung* auf, wenn beispielsweise ein Staat die bereits erhobenen Steuern zu einem späteren Zeitpunkt an einen nicht mehr ansässigen Arbeitnehmer zurückerstatten muss oder wenn er für die dem andern Staat zustehenden Steuern eine Anrechnung gewähren muss. Die Laufzeit von Mitarbeiteroptionen erstreckt sich regelmässig über einen längeren Zeitraum²⁰, und bei unterschiedlichen zeitlichen Anknüpfungspunkten ergeben sich unter den DBA neue, sonst kaum je anzutreffende Konstellationen. Dazu kommen innerstaatliche Restriktionen (z.B. Befristung einer Steuerrückerstattung oder restriktive Regeln bei der Gewährung des tax credit)²¹.

14 Art. 3 Abs. 2 OECD-Musterabkommen.

15 Diese Gefahr besteht vor allem in Staaten, die dem OECD-Kommentar rechtlich keinen Stellenwert beimessen, oder in Fällen, in denen sie sich in einem Vorbehalt zum Kommentar ausdrücklich von einer entsprechenden Auslegung distanzieren haben; vgl. Einführung, Ziff. 28–30, OECD-Musterabkommen.

16 Art. 15 Abs. 1 OECD-Musterabkommen, mit Ausnahmen im Abs. 2.

17 Art. 23A (Befreiungsmethode) und Art. 23B (Anrechnungsmethode) OECD-Musterabkommen, einschliesslich der (umstrittenen) Regeln zur Beseitigung der Doppelbesteuerung bei Qualifikationskonflikten, wie sie in den neu eingefügten Ziff. 32.1–32.7 des OECD-Kommentars beschrieben sind, d.h.

Übernahme einer abkommenskonformen Auslegung des Quellenstaates durch den Wohnsitzstaat (Teilrevision 2000).

18 In der Praxis ergeben sich bei mehrfachem Wohnsitzwechsel und je nach Ausgestaltung der innerstaatlichen Besteuerungsregelungen recht komplexe Situationen, die zum Teil im OECD-Bericht aufgezeigt werden.

19 Ziff. 13–16 OECD-Bericht.

20 Bis zu zehn Jahren, wobei der Arbeitnehmer periodisch neue Optionen erwerben kann, so dass in vielen Fällen eine gestaffelte Ausübung über einen noch längeren Zeitraum erfolgt.

21 Zeitliche oder materielle Einschränkungen; sie müssten unter dem OECD-Musterabkommen auf dem Wege des Verständigungsverfahrens beseitigt werden.

4.4 Unterschiedliche Bewertung und Qualifikation des Vorteils

Unter der an sich plausiblen Annahme, dass es sich bei geldwerten Vorteilen aus Mitarbeiteroptionen um Erwerbseinkünfte handelt, stellt sich die Frage, wie der Wert des Vorteils zu berechnen und bis zu welchem Zeitpunkt eine solche Qualifikation gerechtfertigt ist.

Optionen werden in der Regel während einer bestimmten Dauer gehalten und dann «ausgeübt» (Erwerb der Aktie, allenfalls Veräusserung des Rechts). Im Zeitpunkt des Erwerbs entspricht der Wert des Vorteils dem Marktwert der Option abzüglich des dafür bezahlten Preises. Bei Ausübung ist es der Marktwert der erworbenen Aktie abzüglich des für die Option bezahlten Preises²². Der OECD-Bericht stellt zu Recht fest, dass die Vorteile aus einer Option in den einzelnen Staaten *unterschiedlich qualifiziert* werden, nämlich in der Regel als Erwerbseinkommen oder als Kapitalgewinn. Namentlich wenn diese beiden Einkunftsarten unterschiedlich besteuert werden, ist es für den Steuerpflichtigen von zentraler Bedeutung, bis zu welchem Zeitpunkt ein Vorteil als Erwerbseinkommen qualifiziert wird²³. Einigkeit besteht gemäss dem OECD-Bericht darüber, dass Vorteile, die sich aus der Veräusserung der *erworbenen Aktien* ergeben, unter den DBA als Kapitalgewinn qualifiziert und gemäss dem DBA im Wohnsitzstaat besteuert werden sollen²⁴. Bei der Frage, ob nur der Wert der Option im Zeitpunkt der Zuteilung als Erwerbseinkommen zu qualifizieren sei und die nachfolgende Wertsteigerung als Kapitalgewinn beurteilt werden muss, gehen die Meinungen auseinander, wobei zahlreiche Staaten in ihrem internen Recht den ganzen Vorteil bis zur Ausübung als Erwerbseinkommen betrachten²⁵.

Da für diese für die Anwendung der DBA zentrale Frage eine Antwort gefunden werden muss, schlägt der OECD-

Bericht vor, dass die Vorteile bis zur Ausübung der Option für die *Anwendung der DBA* als Erwerbseinkommen qualifiziert werden sollen, wobei im OECD-Kommentar ebenfalls festgehalten werden soll, dass dies die internrechtliche Besteuerung und Qualifikation nicht präjudizieren soll²⁶. Die *internationale Wirtschaft* hat eine solche Lösung für die DBA-Anwendung aus praktischen Gründen und zur Vermeidung von Auslegungskonflikten grundsätzlich akzeptiert²⁷. Für die *Schweiz* wird sich die Frage stellen, ob sie im künftigen OECD-Kommentar zu diesem Punkt eine ausdrückliche «Reservation» anbringen soll, dass sie sich eine andere Lösung in den bilateralen DBA-Verhandlungen vorbehält.

4.5 Gewährung der Optionen für eine vergangene oder künftige Tätigkeit

Die Frage, für welche Erwerbstätigkeit die Optionen gewährt worden sind, ist für die Zuteilung des Besteuerungsrechts von zentraler Bedeutung, sollen doch die Vorteile dort besteuert werden, wo die entsprechende Tätigkeit ausgeübt worden ist. Gleichzeitig wirft eine solche *Qualifikation der Optionsprogramme* angesichts der Vielfalt der angebotenen Lösungen und der unterschiedlichen Kriterien, die für die Gewährung der Optionen massgebend sein können, zahlreiche Fragen auf. Der OECD-Bericht schlägt im Sinne eines pragmatischen Vorgehens eine Einzelfallbeurteilung aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse und der vertraglichen Ausgestaltung vor. Als Hilfsmittel entwickelte die OECD-Arbeitsgruppe relativ ausführliche *Leitlinien*, in denen festgehalten wird, nach welchen Kriterien ein Optionsprogramm beurteilt werden soll²⁸.

(1) Als generelle Regel sollen Mitarbeiteroptionen nach der unwiderruflichen Zuteilung (vesting) nicht mehr als *Vergütung für künftige Leistungen* gelten. Dies macht Sinn, gehen doch die meisten Optionspro-

22 Bei einer Besteuerung «at exercise» bietet die Bewertung keine Schwierigkeiten, sofern die erworbenen Aktien einen Marktwert haben. Anders ist die Situation bei Besteuerung «at grant» oder «at vesting». Hier muss der Marktwert der Option im jeweiligen Zeitpunkt berechnet werden (z.B. nach der Black-Scholes-Formel).

23 Im Falle der Schweiz, die private Kapitalgewinne nicht besteuert, ist die Bedeutung einer solchen Unterscheidung offensichtlich. Zahlreiche andere Staaten besteuern Kapitalgewinne zu einem anderen (günstigeren) Satz oder gewähren für Einkünfte aus Mitarbeiteroptionen und den damit erworbenen Aktien spezifische steuerliche Vorteile.

24 Art. 13 Abs. 4 OECD-Musterabkommen.

25 Sofern Erwerbseinkünfte und Kapitalgewinne gleich besteuert werden, spielt die Abgrenzung keine Rolle. In Ländern wie der Schweiz stellt aber der Zeitpunkt des unwiderruflichen Erwerbs der Option ein wichtiges Kriterium dar, da der Mitarbeiter ab jenem Zeitpunkt grundsätzlich über die Optionen verfü-

gen kann (Ausübung, Veräusserung, Übertragung), womit er einen Investitionsentscheid tätigt. Ab jenem Zeitpunkt kann zu Recht argumentiert werden, dass die Wertsteigerung einen Kapitalgewinn darstellt; vgl. Ziff. 19 OECD-Bericht, wobei diese Überlegung im Bericht der Arbeitsgruppe Nr. 1 (Tax Conventions and Related Questions) stark gekürzt wurde.

26 «The Commentary would also clarify that this interpretation only applies for purposes of the Convention and does not, therefore, require that taxation of the employment income under domestic law occur at the time of exercise ... Thus, while Article 15 would be interpreted to allow the State of source to tax the benefits accruing up to the time of exercise of the option, it will be left to that State to decide how to tax such benefit, e.g. as either employment income or capital gain» (Ziff. 25 OECD-Bericht).

27 Ziff. 6.3 c ICC-Statement.

28 Ziff. 29, Punkte 1–5 OECD-Bericht.

gramme davon aus, dass der Arbeitnehmer nur bis zum vesting im Unternehmen verbleiben muss²⁹.

- (2) Optionen sollen sich im Sinne einer Ausnahme nur auf eine Tätigkeit in der Vergangenheit beziehen, wenn die Optionen ausdrücklich für *vergangene Leistungen* (z.B. finanzielle Ergebnisse in der Vergangenheit) gewährt worden sind, und in einzelnen Fällen («in some cases»), wenn Optionen in der Vergangenheit regelmässig im Sinne eines *festen Lohnbestandteils* nachträglich gewährt worden sind. Dieses letztere Kriterium dürfte in der Praxis zu Schwierigkeiten Anlass geben, sind doch Optionen gerade für Kadermitarbeiter immer häufiger fester Teil des Lohnpaketes, auf das der Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch hat (im Gegensatz zu einem Bonus)³⁰.
- (3) Wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die Optionen sowohl für vergangene als auch für künftige Leistungen gewährt worden sind, soll in Zweifelsfällen davon ausgegangen werden, dass Optionen grundsätzlich als Anreiz für künftige Leistungen gewährt werden. Wenn jedoch klare Anzeichen bestehen, dass die Optionen sowohl für vergangene als auch für künftige Leistungen gewährt worden sind, muss eine entsprechende Aufteilung vorgenommen werden³¹.
- (4) Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung soll in Zweifelsfällen und wenn zwischen zwei Staaten, gestützt auf die Leitlinien, eine unterschiedliche Qualifikation erfolgt, das in den DBA vorgesehene *Verständigungsverfahren* zur Anwendung kommen.

Die im OECD-Bericht erwähnte Problematik wurde auch in den *internationalen Wirtschaftsorganisationen* intensiv diskutiert, wobei es sich als äusserst schwierig erwies, zu einheitlichen Schlussfolgerungen zu kommen. Das ICC-Statement gibt die Präferenz der Qualifikation als Vergütung für künftige Leistungen³², ausser bei anders lautenden, klaren Vertragsbestimmungen, hält in der Einleitung aber auch fest, dass das Besteuerungsrecht dem Land und derjenigen Periode zugewiesen werden soll, in dem bzw. in der die effektive Leistung (performance) erbracht worden ist. Das UNICE-Papier verfolgt einen andern Ansatz mit dem Ziel, eine Auf-

teilung des Besteuerungsrechts zu vermeiden und für alle Beteiligten klare Regeln aufzustellen. In dem an die EU-Kommission gesandten Bericht wird eine Lösung vorgeschlagen, bei der das Besteuerungsrecht immer dem Staat zugewiesen werden soll, in dem der Arbeitnehmer bei der Zuteilung der Optionen ansässig war³³.

4.6 Aufteilung des Vorteils zwischen den Staaten

In Fällen, in denen ein Arbeitnehmer während der Laufzeit einer Option seinen Wohnsitz in einen andern Staat verlegt oder wenn Mitarbeiteroptionen sich auf Arbeitsleistungen in verschiedenen Staaten beziehen (vgl. Ziff.3.4), muss unter den DBA-Regeln eine sachgerechte *Aufteilung des Besteuerungsrechts* erfolgen. Der OECD-Bericht schlägt als «logical allocation method» eine zeitliche Aufteilung nach Massgabe der im jeweiligen Staat erfolgten Arbeitsleistung vor³⁴. Im Sinne einer in den bilateralen DBA zu vereinbarenden Alternative wird eine Aufteilung gestützt auf die im jeweiligen Staat erfolgte Wertsteigerung der Mitarbeiteroptionen erwähnt. Die OECD ersucht die interessierten Kreise ausdrücklich um Kommentare zur Frage, in welchen Fällen ein Abweichen von der auf die Aufenthaltsdauer bezogenen Methode sachgerecht wäre.

4.7 Ansässigkeit in mehreren Staaten während der Laufzeit der Option

Die Problematik der «multiple residence taxation» hat für Mitarbeiteroptionen, bei denen sich das Besteuerungsrecht gemäss den in den einzelnen Staaten geltenden Regeln vom Zeitpunkt der Gewährung bis zur effektiven Veräusserung der erworbenen Aktien erstrecken kann, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Nach den anwendbaren DBA können *verschiedene Staaten* für sich in Anspruch nehmen, Wohnsitzstaat zu sein und ein entsprechendes Besteuerungsrecht geltend machen. Die bilateralen DBA regeln aber im Methodenartikel nur die Beseitigung der Doppelbesteuerung zwischen dem Wohnsitz und dem Quellenstaat. Der OECD-Bericht schlägt für derartige, in der Regel äusserst komplexe Si-

29 Die Blockierung während einer bestimmten Zeitdauer (blocking period) bezieht sich dagegen auf die Möglichkeit der Ausübung und ist diesbezüglich nicht von Bedeutung. Dies gilt auch für eine Bedingung, nach der die Option vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden muss. Aufgeführt sind noch weitere Spezialfälle.

30 Dieses Kriterium sollte in der Vernehmlassung hinterfragt werden, damit in einem künftigen OECD-Kommentar klare Leitlinien enthalten sind.

31 Die Folgerungen aus einer solchen Situation sind im Bericht nicht explizit erwähnt, es kann sich aber nur um eine anteilmässige Aufteilung handeln.

32 Wie Ziff. 1 der vorgeschlagenen OECD-Leitlinien; vgl. Ziff. 6.2 d ICC-Statement.

33 Eine solche Lösung ist mit den bestehenden DBA unvereinbar und müsste wie erwähnt mittels einer EU-Richtlinie eingeführt werden. Die Lösung liesse es jedoch zu, dass jeder Staat seine Besteuerungsregeln beibehält; er müsste aber in Fällen, in denen er nach der Richtlinie kein Besteuerungsrecht hat, auf eine Besteuerung verzichten.

34 Ziff. 31–32 des OECD-Berichts: Aufenthaltsdauer (vgl. auch ICC-Statement, Ziff. 6.2 b). In einer früheren Version war eine auf die effektiven Arbeitstage bezogene Aufteilung vorgesehen worden, was in der Praxis als problematisch erscheint.

tuationen eine Lösung gestützt auf das *Verständigungsverfahren* vor, wobei jeder Staat eine Entlastung für das dem jeweiligen andern Wohnsitzstaat zustehende Besteuerungsrecht gewähren würde³⁵.

4.8 Anwendungsprobleme, Umstrukturierungen, Bewertungsfragen

Der Vollständigkeit halber seien hier noch die in den Ziff. 43–49 erwähnten Anwendungsprobleme im internationalen Verhältnis erwähnt. Hinsichtlich der sich für die Steuerbehörden und die Steuerpflichtigen (einschliesslich Unternehmen) stellenden praktischen Probleme bei der Anwendung der DBA-Bestimmungen für Mitarbeiteroptionen sieht der OECD-Bericht (nicht überraschend) einen verstärkten *Austausch von steuerlichen Informationen* vor und empfiehlt gleichzeitig, dass sich die zuständigen OECD-Gremien mit diesem Problem befassen³⁶. Die internationale Wirtschaft wendete sich insbesondere gegen die von der OECD zeitweise vorgeschlagene Vereinheitlichung der Bescheinigungspflichten und schlug stattdessen, soweit nötig, bilaterale Absprachen auf dem Wege des Verständigungsverfahrens vor.

Bezüglich der Behandlung der Mitarbeiteroptionen bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen sieht der OECD-Bericht als Möglichkeit die Aufnahme einer speziellen *Klausel* in die *bilateralen DBA* vor, wonach den Mitarbeitern bei der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen in solchen Fällen keine Nachteile erwachsen sollen³⁷.

Der OECD-Bericht geht nicht auf die *Bewertungsproblematik* bei einer Besteuerung bei Zuteilung oder auf die Frage der Bewertung von Optionen nichtkotierter Gesellschaften ein, behandelt aber den Fall, dass die dem Optionsprogramm zugrunde liegenden Aktien an verschiedenen Börsen kotiert sind und dass sich dabei Bewertungs- und Währungsdifferenzen ergeben können. Der Bericht kommt zum Schluss, dass es sich bei Bewertungsfragen um ein Problem des internen Rechts jedes Staates handelt und dass jeder Staat frei ist, seine Bewertungsregeln zur Anwendung zu bringen³⁸.

4.9 DBA-Probleme beim Arbeitgeber

Wie erwähnt, geht der schlussendlich veröffentlichte OECD-Bericht nur noch kurz auf die sich beim Arbeitgeber stellenden DBA-Probleme ein, da diese von der OECD-Arbeitsgruppe Nr.6 (Taxation of Multinational Enterprises) vertieft behandelt werden sollen. Der Bericht bestätigt aber, dass alle *effektiven Kosten* im Zusammenhang mit der Schaffung und Durchführung eines Optionsprogramms beim Arbeitgeber abzugsfähig sein sollen und verweist hinsichtlich der Frage, welche weiteren Abzüge (Optionsprogramme als Lohnersatz) zulässig sein sollen, auf das interne Recht («purely a matter of domestic tax policy»)³⁹. Ausdrücklich bestätigt wird im Bericht jedoch, dass Kosten im Zusammenhang mit einem Optionsprogramm für die Anwendung von Artikel 15 Abs. 2 Bst. c OECD-Musterabkommen immer als von einer *Betriebstätte getragen* gelten, selbst wenn der betreffende Staat keinen solchen Abzug zulässt. Dies soll im OECD-Kommentar ausdrücklich festgehalten werden⁴⁰.

5 Kurze Würdigung der OECD-Vorschläge

Es ist sehr zu begrüßen, dass sich die OECD (endlich) mit der Frage der Anwendung der DBA auf Mitarbeiteroptionen befasst hat und dabei Lösungen vorschlägt, die mit den meisten bilateralen DBA vereinbar und damit *rasch umsetzbar* sind. Damit besteht die Chance, dass die internationale Doppelbesteuerung künftig vermieden oder wenigstens sachgerecht gelöst werden kann. Die OECD-Arbeiten tragen dazu bei, dass die für international mobile Mitarbeiter wichtige *Rechtssicherheit* verbessert wird. Zudem können sich die Unternehmen bei der Ausgestaltung ihrer Optionspläne auf eine entsprechende Besteuerung in der Praxis einstellen. Die Lösungsvorschläge stellen einen *Kompromiss* zwischen den von den OECD-Staaten vertretenen Positionen dar. Sie erscheinen aber insgesamt als sachgerecht und mit den DBA vereinbar. Die von Anfang an in enger Zusammenarbeit mit der internationalen Wirtschaft ausgearbeiteten Lösungsansätze dürften auf breite Zustimmung

35 Ziff. 42 OECD-Bericht, wobei die theoretische Zuteilung des Besteuerungsrechts anhand eines fiktiven Beispiels erläutert wird. Ob derartige Lösungen in der Praxis auf bilateralem Wege möglich sind, muss aber bezweifelt werden.

36 Das ICC-Statement geht in Ziff. 8 (Compliance and withholding tax) ebenfalls auf die Problematik ein, fordert aber Erleichterungen bei der Ausgestaltung der innerstaatlichen Ausgestaltung der «Compliance»-Verpflichtungen des Arbeitgebers (Bescheinigungspflicht anstatt monatlicher Quellensteuerrückbehalt).

37 Ziff. 47 OECD-Bericht, z.B. Möglichkeit zur Veräusserung der Option.

38 Ziff. 48–49 OECD-Bericht. Die Aussage ist grundsätzlich richtig; Probleme können in der Praxis aber vor allem bei der Gewährung der Steueranrechnung im andern Staat auftreten.

39 Ziff. 51–52 OECD-Bericht. Ob sich die Probleme bei der Kostenumlage im internationalen Verhältnis lösen lassen, müssen die künftigen OECD-Arbeiten zeigen.

40 Ziff. 53 OECD-Bericht.

stossen⁴¹, da sie von den massgebenden internationalen Wirtschaftsorganisationen mitgetragen werden⁴².

Allerdings wäre es zu optimistisch zu glauben, alle grenzüberschreitenden Probleme im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen wären damit gelöst. Die Vielfalt der innerstaatlichen Regelungen und die Tatsache, dass die Unternehmen bei der Ausgestaltung ihrer Optionspläne grundsätzlich frei sind, führen dazu, dass es sich bei der Optionsbesteuerung um ein *äusserst komplexes DBA-Problem* handelt, bei dem zwar unter dem OECD-Musterabkommen theoretisch richtige Lösungen bestehen, diese aber in der komplexen Wirklichkeit nicht oder nur mit viel Pragmatismus Anwendung finden können. Als Folge davon dürften die Staaten vermehrt versuchen, *auf bilateralem Weg* eine den beidseitigen Bedürfnissen angepasste Regelung zu finden, sei es durch Änderung der DBA-Bestimmungen selbst oder durch eine Auslegung derselben auf dem Wege von Verständigungsvereinbarungen. Mit Blick auf das angestrebte Ziel der Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung beim Mitarbeiter und beim Unternehmen ist beides sehr zu begrüssen.

Literatur und Materialien

GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE DES EidG. FINANZDEPARTEMENTS, Bericht «Besteuerung von Mitarbeiteroptionen», vom 21.12.2001

ICC, Taxation of Employee Stock Options. Policy Statement, Paris 2002, zur Zeit auch: www.iccwbo.org/home/menu_taxation.asp (zitiert: ICC-Statement)

IFA (Hrsg.), International Tax Aspects of Deferred Remunerations, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVb, The Hague, 2000

OECD, Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans, A Public Discussion Draft, Paris 2002, zur Zeit auch: www.oecd.org/pdf/M00026000/M00026818.pdf (zitiert: OECD-Bericht)

- Musterabkommen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, Paris 1992, mit periodischen Ergänzungen (zitiert: OECD-Musterabkommen bzw. OECD-Kommentar).

PETER NATALIE, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2001

RISI ANDREAS, Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – Der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe, in FStR 2002, 213 ff. (zitiert: Bericht Mitarbeiteroptionen)

- Mitarbeiteroptionen und -aktien, Diss. Zürich 1999 (zitiert: Mitarbeiteroptionen und -aktien)

UNICE, Stock Options in the EU, UNICE discussion paper, Brussels, June 2002 (zitiert: UNICE-Papier)

41 Vorbehalte bestehen bezüglich der vorgeschlagenen blossen Ergänzung des OECD-Kommentars.

42 Vorläufig noch unklar ist, ob das BIAC auch in die Arbeiten in der Arbeitsgruppe Nr. 6 (Taxation of Multinational Enterprises) einbezogen wird. Angesichts der Tatsache, dass grosse

Unternehmen weltweit einheitliche Optionsprogramme anbieten und damit über ein entsprechendes Know-how verfügen, ist eine enge Zusammenarbeit mit der Wirtschaft nicht nur sehr erwünscht, sondern geradezu nötig.

Rechtsprechung im Jahr 2001 (2. Teil)

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

Inhalt**

In der vorangehenden Ausgabe:

- 1 **Vorbemerkung**
- 2 **Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung**
- 3 **Einkommensteuerliche Behandlung von Opfern von Anlagebetrügern**
- 4 **Bonuszahlungen an Arbeitnehmer im internationalen Verhältnis**
 - 4.1 **Besteuerungsrecht für Bonuszahlungen bei unbeschränkter Steuerpflicht in der Schweiz für im Ausland erbrachte frühere Arbeitsleistungen**
 - 4.2 **Bonuszahlungen bei unbeschränkter Steuerpflicht im Ausland für früher in der Schweiz erbrachte Arbeitsleistungen**
- 5 **Ehegattenbesteuerung im internationalen Verhältnis**
- 6 **Vorsorge Selbständigerwerbender: Verhältnis zwischen «grosser» Säule 3a und 2. Säule**

In dieser Ausgabe:

- 7 **Zeitpunkt der Aufnahme einer selbständigen (Neben-) Erwerbstätigkeit**
- 8 **Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftvermögen bei von Personenunternehmern gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften**
- 9 **Feststellungsentscheide über die Höhe von Verlustvorträgen?**
- 10 **Abgrenzung zwischen geldwerten Leistungen und faktischer Liquidation im Verrechnungssteuerrecht**
- 11 **Fusionsähnlicher Tatbestand bei der Emissionsabgabe**

7 Zeitpunkt der Aufnahme einer selbständigen (Neben-) Erwerbstätigkeit¹

Sachverhalt

A. betrieb als Selbständigerwerbender eine Metzgerei. Am 31. Oktober 1993 gab er diese Tätigkeit aus Altersgründen auf.

Im Jahr 1969 hatte er von seinem Vater mehrere Liegenschaften geerbt. 1994 und 1995 liess er ein Grundstück mit zwei Mehrfamilienhäusern überbauen, an denen er Stockwerkeigentum begründen liess. 1995 veräusserte er einen Teil dieser Wohnungen. Der Steuerkommissär qualifizierte A. für die direkte Bundessteuer als selbständigerwerbenden Liegenschaftenhändler und besteuerte die Differenz zwischen dem Einkommensteuerwert² der Liegenschaft in der Buchhaltung der Metzgerei im Zeitpunkt der Aufgabe seiner Tätigkeit als Metzger und dem Verkaufserlös der Eigentumswohnungen.

Vor der Bundessteuerrekurskommission strittig war einerseits die Qualifikation von A. als Selbständigerwerbender und andererseits die Berechnung des steuerbaren Einkommens.

Rechtliche Beurteilung durch die Bundessteuerrekurskommission Zürich

Für die Qualifikation von A. als Ausübender einer selbständigen Nebenerwerbstätigkeit stellte das Gericht auf den leading case des Bundesgerichts zu dieser Frage unter dem DBG ab, wo festgehalten wurde, dass die unter der Herrschaft des BdBSSt entwickelte Rechtsprechung auch unter dem DBG integral weitergeführt wird.³ Die Übertragung jener Rechtsprechung auf A. führte zum eindeutigen Ergebnis, dass A. bezüglich der Überbauung und Veräusserung der Eigentumswohnung als Selbständigerwerbender qualifiziert wurde und deshalb bei der

* Ordinarius für Steuerrecht an der Universität St.Gallen

** Der Verfasser dankt lic. rer. pol. Christian Meier für seine Mitarbeit.

1 Entscheid der Bundessteuerrekurskommission Zürich vom 19. Oktober 2000 in StE 2001 B. 23.1 Nr. 49.

2 Im Entscheid wird der Ausdruck «Buchwert» verwendet. Massgeblich kann einzig der Buchwert gemäss Steuerbilanz und damit der Einkommensteuerwert sein.

3 BGE 123 II 113.

Veräusserung keine privaten Kapitalgewinne, sondern steuerpflichtiges Einkommen erzielt hatte.

Als unzulässig qualifizierte das Gericht jedoch die Position des Steuerkommissärs, der direkten Bundessteuer unterliege die Differenz zwischen dem Veräusserungserlös der Eigentumswohnungen und dem Einkommensteuerwert der Liegenschaften in der Buchhaltung der Metzgerei im Zeitpunkt der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit von A. (31. Oktober 1993). Es wird klargestellt, dass eine zwischen dem Grundstückserwerb und dem Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eingetretene Wertsteigerung einen privaten Kapitalgewinn und kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellt.

Das Gericht hat den Fall an den Steuerkommissär zur Ermittlung des Zeitpunkts des Beginns der selbständigen Erwerbstätigkeit und des Wertes des Grundstücks in diesem Zeitpunkt zurückgewiesen und klargestellt, dass der Nachweis des Zeitpunkts der Aufnahme der Erwerbstätigkeit den Steuerbehörden obliege. (Bei der Bewertung des Bodens lagen die Auffassungen des Steuerkommissärs und jene von A. fast um 100 Prozent auseinander.)

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Aufgrund der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die früher von der Bundessteuerrekurskommission Zürich vertretene Auffassung, wonach die Praxis zum BdBSt zur Abgrenzung zwischen privaten Kapitalgewinnen von einer selbständigen Erwerbstätigkeit unter dem DBG nicht weitergeführt werden könne⁴, zurückgewiesen hat, ist die Abkehr von jener Rechtsprechung verständlich.

Zum Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Nebenerwerbstätigkeit äusserte sich das Gericht nicht abschliessend, sondern führte aus: «Massgebend dürfte der Zeitpunkt sein, in dem er den Entschluss zur Überbauung fasste bzw. mit der Abklärung der Überbaumöglichkeiten begann.»⁵

Zu begrüssen sind die Erwägungen des Gerichts zur Berechnung des steuerbaren Einkommens aus selbständiger Nebenerwerbstätigkeit. Es geht nicht an, einen Grundsatz: «einmal selbständigerwerbend immer selbständigerwerbend» aufzustellen, sondern es ist stets einzeln zu prüfen, ob und wann ein Steuerpflichtiger eine

bestimmte selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben und eine andere selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Es ist zu hoffen, dass sich das Bundesgericht von dieser Rechtsprechung überzeugen lässt und die beim Liegenschaftshandel angewendete gegenteilige Praxis einer Überprüfung unterzieht⁶.

Klargestellt hat die Bundessteuerrekurskommission Zürich auch, dass Wertsteigerungen, die zwischen dem Erwerb der Liegenschaften (sei dies unentgeltlich, sei dies entgeltlich) und dem Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eingetreten sind, steuerfreie Kapitalgewinne i.S.v. DBG 16 III darstellen.⁷ Obwohl dies aus dem Gesetz nicht ausdrücklich hervorgeht, muss die für die Privatentnahme geltende Ordnung im umgekehrten Fall ebenfalls gelten. Auf den Zeitpunkt der Aufnahme der Erwerbstätigkeit ist von einer *Privateinlage* auszugehen, und die eingelegten Vermögenswerte sind zu ihrem Verkehrswert anzusetzen. Nicht ausdrücklich erwähnt hat das Gericht, dass die ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Nebenerwerbstätigkeit getätigten Investitionen aktiviert werden können und dass nur ein darüber hinausgehender Gewinn der Einkommensteuer unterworfen werden kann. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der Steuerpflichtige keine Buchhaltung führt⁸.

Dies bedeutet, dass einzig allenfalls seit dem Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eingetretene Wertsteigerungen des Bodens und die Gewinne aus der eigentlichen Überbauungstätigkeit der Einkommensteuer unterliegen.

Die vom Steuerkommissär vertretene Auffassung, wonach die Differenz zwischen den Verkaufserlösen und dem Einkommensteuerwert der Liegenschaft im Zeitpunkt der Aufgabe der Metzgerei zu besteuern sei, verletzte die beiden grundlegenden Prinzipien, wonach im Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eine Kapitaleinlage zum Verkehrswert anzunehmen ist und dass die nachfolgenden wertvermehrenden Investitionen gemäss den allgemeinen Regeln zur Ermittlung des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu aktivieren sind.

In der Praxis ist zu beachten, dass die hier für den im Rahmen einer Nebenerwerbstätigkeit ausgeübten Liegenschaftshandel aufgestellten Regeln über die Privateinlage im Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen

4 Entscheidung der Bundessteuerrekurskommission Zürich vom 13. März 1997 in StE 1997 B 23.1 Nr. 37.

5 E 2 e Satz 2.

6 In BGE 125 II 113 hat das Bundesgericht eine 13 Jahre zurückliegende selbständige Erwerbstätigkeit als Bauunternehmer weiterdauern lassen.

7 Dies entsprach bereits der Praxis des Bundesgerichts zum BdBSt; vgl. z.B. StE 1988 B 23.1 Nr. 15 E 4.

8 Entscheidung des Verwaltungsgerichts Luzern vom 31. März 1995 in StE 1995 B 23.1 Nr. 33.

Erwerbstätigkeit und die für die Ermittlung dieses Einkommens aufgestellten bzw. bestätigten Regeln auch für die andern Bereiche der selbständigen Nebenerwerbstätigkeit, namentlich für den Wertschriftenhandel, gelten. Auch dort muss der Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit ermittelt, auf diesen Zeitpunkt eine Privateinlage zum Verkehrswert zugelassen und anschliessend unter Anwendung des Imparitätsprinzips Wertveränderungen Rechnung getragen werden.

8 Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen bei von Personenunternehmern gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften⁹

Sachverhalt

A. führte eine Metzgerei zunächst als Einzelfirma; im Jahr 1962 nahm er seine beiden Söhne B. und C. in das Geschäft auf und bildetet mit diesen eine Kollektivgesellschaft (nachfolgend «KG»). Diese Kollektivgesellschaft übernahm in der Folge weitere Metzgereien und beteiligte sich an einer Kapitalgesellschaft R. SA.

Im Jahr 1966 gründeten A., B. und C. die X. SA, welche den Gesellschaftszweck der industriellen Produktion von Fleischwaren und den Handel mit diesen Produkten hatte. Die X. SA wurde v.a. für die Bedienung von Grossverteilern eingesetzt; sie belieferte jedoch auch die von der KG betriebenen Metzgereien und gewährte dieser im Bedarfsfalle Kredite. Im Weiteren führte die X. SA gewisse administrative Arbeiten (insbesondere die Salärzahlungen) für die KG aus.

1989 gründeten A., B. und C. die X-E. SA mit dem Zweck, die Produkte der X. SA bei Hotels und Restaurants zu vermarkten.

Nach dem Tod von A. im Jahr 1990 führten B. und C. die KG weiter und wurden zu je 50 Prozent Aktionäre an den beiden Kapitalgesellschaften.

Ab 1995 wurden Vorbereitungshandlungen zum Verkauf der ganzen Firmengruppe getroffen: Zunächst veräusserte die KG sämtliche Metzgereigeschäfte zu einem Preis von Fr. 232 225.55 an die X. SA. Anschliessend verkauften B. und C. ihre Anteile an der X-E. SA ebenfalls an die X. SA. Dafür lösten sie Fr. 350 000.–.

Wenige Tage nach dieser Übertragung verkauften B. und C. die Anteile an der X. SA für 20 Mio. Fr. an die unabhängige Y. AG.

Zu entscheiden war, ob die von B. und C. gehaltenen Aktien an der X. SA und an der X-E. SA Privat- oder Geschäftsvermögen darstellten. Bildeten die Aktien Privatvermögen, stellte die Übertragung der Aktien an der X-E. SA auf die X. SA eine sog. Transponierung¹⁰ dar, während der beim Verkauf der Aktien an der X. SA an die Y. SA erzielte Gewinn steuerfrei blieb. Waren hingegen die Aktien an den beiden Kapitalgesellschaften als Geschäftsvermögen zu qualifizieren, führten beide Veräusserungsgeschäfte zu steuerbaren Kapitalgewinnen.

Während die Steuerbehörden des Kantons Waadt auf das Vorliegen von Geschäftsvermögen erkannten, qualifizierte das Verwaltungsgericht die Aktien beider Gesellschafter als Privatvermögen. Gegen diesen Entscheid führte die Eidg. Steuerverwaltung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, soweit dieser die direkte Bundessteuer betraf.

(Rechtlich in keinem Zusammenhang mit der vom Bundesgericht zu beurteilenden Frage, jedoch möglicherweise für deren Beantwortung verhängnisvoll, war das Sachverhaltselement, dass B. und C. – wegen im publizierten Urteil nicht näher umschriebenen Taten – für vollendete bzw. versuchte Steuerhinterziehungen geüsst wurden.)

Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Bestätigt wird der allgemeine Grundsatz, wonach auch Vermögensgegenstände, die nicht im Eigentum einer Personengesellschaft stehen, bei den Gesellschaftern Geschäftsvermögen bilden können (E 4 b).

Für den zu beurteilenden Sachverhalt weist das Bundesgericht zunächst darauf hin, dass es seine frühere – vom Autor dieses Beitrags kritisierte¹¹ – Rechtsprechung, wonach bei der Qualifikation von durch Personenunternehmer gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften einerseits auf die zeitliche Abfolge der Gründung von Personen- und Kapitalgesellschaft und andererseits darauf abzustellen sei, welche Unternehmung den Haupt- bzw. Nebenbetrieb führe, bereits im Jahr 1989 in zwei nicht publizierten Entscheiden aufgegeben hat (E 4 c).

Das Bundesgericht legt im Folgenden die von ihm in diesen beiden Urteilen aufgestellten Rechtssätze offen:

9 Entscheid des Bundesgerichts vom 9. April 2001 in StE 2001 B 23.2 Nr. 23

10 HÖHN E./WALDBURGER R., Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern u.a. 2001, § 14 Rz 87.

11 HÖHN E./WALDBURGER R., Steuerrecht, Band II, 9. A., Bern u.a. 2002, § 47 Rz 53.

1. Eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Personenunternehmung und der Kapitalgesellschaft, deren Anteile der Personenunternehmer hält, reicht für die Qualifikation der Anteile an der Kapitalgesellschaft als Geschäftsvermögen nicht aus.
2. Ausschlaggebendes Kriterium für das Vorliegen von Geschäftsvermögen ist der Wille des Personenunternehmers, die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft konkret zur Erhöhung des Erfolgs seiner Personenunternehmung einzusetzen.

Schliesslich prüft das Bundesgericht den ihm konkret unterbreiteten Sachverhalt der von B. und C. gehaltenen Anteile an den beiden Gesellschaften X. SA und X-E. SA. Anders als die Vorinstanz kommt es dabei zum Ergebnis, dass diese als Geschäftsvermögen zu qualifizieren seien.

In der Begründung dieses Ergebnisses wird zunächst auf die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der KG und der X. SA hingewiesen. Zunächst hatte die KG der X. SA Mittel zur Verfügung gestellt. Später gewährte die X. SA der KG Darlehen. Auch die in der Sachverhaltsdarstellung erwähnte Übernahme von administrativen Aufgaben der KG durch die X. SA, namentlich die Salärauszahlungen, werden angeführt. Schliesslich war die X. SA ein wichtiger Lieferant der KG.

Im Weiteren stellt das Gericht fest, dass die X. SA weder gegründet wurde, um der KG zu dienen (sie verfolgte ja den Hauptzweck der Belieferung von Grossverteilern), noch dazu beigetragen hat, dass die KG ihren wirtschaftlichen Erfolg verbessern konnte.

Ausschlaggebend für das Bundesgericht waren die folgenden Sachverhaltselemente:

1. Die Gründung der X. SA war offenbar auf die Initiative der beiden Söhne von A. erfolgt und sollte den wirtschaftlichen Aktivitäten der Familie X. neuen Auftrieb geben, nachdem sich diese vorher auf den Betrieb von Quartierläden beschränkte.
2. A., B. und C. (bis zum Ableben von A.; anschliessend B. und C.) waren einerseits einzige Personengesellschafter der KG, andererseits zusammen Alleinaktionäre der beiden Kapitalgesellschaften und auch deren einzige Verwaltungsräte. Die drei zivilrechtlich separaten Einheiten bildeten dadurch eine wirtschaftliche Einheit, welche durch die Familie X. absolut kontrolliert wurde und in der gleichen Branche tätig war.

3. Diese Unternehmensgruppe wurde auch als Einheit verkauft, nachdem im Hinblick auf die Veräusserung der Aktien der X. SA – und offenbar auf Wunsch der Käuferin Y. SA – sowohl die Metzgereigeschäfte als auch die Aktien der X-E. SA auf die X. SA übertragen worden waren.

Entsprechenden Einwänden der Betroffenen, die Steuerbehörden hätten in der Vergangenheit die Qualifikation der Aktien der X. SA als Privatvermögen stets akzeptiert, die Aktien seien in der KG nie bilanziert gewesen und hätten auch nie im Eigentum der KG gestanden, wird vom Gericht ebensowenig eine Bedeutung beigemessen wie dem Umstand, dass die X. SA nie einen Zweitbetrieb geführt hatte, welcher der KG diene.

Zu der hier interessierenden Frage stellt das Gericht abschliessend fest, dass auch die Aktien der X-E. SA zur gleichen Unternehmensgruppe gehört haben und aus diesem Grunde das Schicksal der Aktien der X. SA zu teilen haben.

Bemerkungen, jedoch keine Schlussfolgerungen

Dieses Urteil unseres höchsten Gerichts löst beim Rezensenten grosse Ratlosigkeit aus und führt bei Beteiligten an Personenunternehmen, die auch noch Anteile an einer oder mehreren Kapitalgesellschaften halten, zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit.

Die Lektüre der publizierten Erwägungen 3 und 4 zeigt auf, dass die frühere, problematische Rechtsprechung im Jahr 1989 durch nicht publizierte Urteile präzisiert bzw. modifiziert worden ist, und in E 4 c stellt das Bundesgericht den massgebenden, dort entwickelten Rechtsgrundsatz auf: Anteile an Kapitalgesellschaften haben dann die Eigenschaft von Geschäftsvermögen von Beteiligten an Personenunternehmen, wenn die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft dem Ziel dient, den Erfolg des Personenunternehmens zu verbessern¹². Nicht ausreichend sind enge wirtschaftliche Beziehungen zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaft. Dieser Rechtssatz ist ohne Zweifel eine zulässige Konkretisierung der gesetzlichen Anweisung, wonach als Geschäftsvermögen alle Vermögenswerte gelten, die ganz oder teilweise der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (DBG 18 II).

Wer – zu Recht – erwartet hatte, dass das Bundesgericht in der Folge diesen Rechtssatz auf den ihm vorgelegten Sachverhalt anwendet, sieht sich jedoch getäuscht. Die Anwendung hätte im vorliegenden Fall klarerweise zur

12 Sinngemässe Übersetzung des vom Bundesgericht geprägten Rechtssatzes: «L'élément déterminant est la volonté de l'intéressé de mettre concrètement à profit ses droits de par-

ticipation pour améliorer le résultat commercial de sa propre entreprise.»

Qualifizierung der Beteiligung der Aktien an den beiden Gesellschaften als Privatvermögen geführt. Während die Fleischfabrik offenbar sehr erfolgreich war und deshalb die Aktien an der X. SA für 20 Mio. Fr. veräussert werden konnten, betrug der – offenbar von den Steuerbehörden nicht in Frage gestellte – Verkaufspreis für die Quartierläden insgesamt nur rund Fr. 230 000.–.

Schon aus diesen Zahlenverhältnissen geht klar hervor, dass die Fleischfabrikation für die Grossverteiler eine eigenständige unternehmerische Tätigkeit war, welche mit dem Erfolg des Betriebs der Quartierläden in keinem Zusammenhang stand.

Erstaunlicher- bzw. unverständlicherweise hat das Bundesgericht selbst festgestellt, dass «nicht erstellt ist, dass die Tätigkeit der X. SA zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der KG beigetragen hat»^{13, 14}.

Entgegen dem aufgestellten Rechtssatz misst das Gericht den wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der X. SA und der KG (Lieferungen, Gewährung von Kredit, Übernahme gewisser administrativer Arbeiten) Gewicht bei.

Zu grössten Bedenken geben die vom Bundesgericht herangezogenen weiteren Begründungsansätze für das Vorliegen von Geschäftsvermögen Anlass. Es bleibt völlig schleierhaft, was die Elemente «Auftrieb der wirtschaftlichen Aktivitäten der Familie X. durch die Gründung der X. SA», «Einheitliche Leitung der drei Unternehmen durch die Familienmitglieder», «Veräusserung der gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten an die gleiche Käuferin» mit der gesetzlichen Vorgabe, wonach die Aktien an den beiden Kapitalgesellschaften der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen müssen, damit sie sich als Geschäftsvermögen qualifizieren (DBG 18 II), zu tun haben!

Aus methodischer Sicht bedenklich ist, dass sich das Bundesgericht im gleichen Urteil zunächst klare, aus der Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmung folgende Vorgaben macht, diese jedoch anschliessend explizit nicht respektiert¹⁵.

Die Rechtsunsicherheit der Betroffenen rührt daher, dass unklar bleibt, welche Kriterien das Bundesgericht in künftigen Fällen zur Anwendung bringen wird. Gilt der

in E 4 c aufgestellte Rechtssatz oder sind die in E 5 entwickelten Kriterien, die weder mit dem in E 4 c aufgestellten Rechtssatz noch mit dem Gesetz in Einklang zu bringen sind, massgeblich?

Dieses Urteil hinterlässt den schalen Nachgeschmack, dass das Bundesgericht letztlich B. und C., die sich beide der Steuerhinterziehung schuldig gemacht hatten, eine Zusatzstrafe zu den Bussen für vollendete und versuchte Steuerhinterziehungen auferlegt hat, indem es mit aller Gewalt die Aktien als Geschäftsvermögen qualifizieren wollte. Dazu hat es nicht nur das Gesetz weg- statt ausgelegt, sondern sich auch im gleichen Urteil selbst widersprochen. Eine solche Zusatzbestrafung ist krass rechtswidrig. Besonders stossend im vorliegenden Fall ist der Umstand, dass B. während des laufenden Verfahrens verstorben ist und die «Zusatzstrafe» in Form von Steuern auf dem Kapitalgewinn von dessen Erben entrichtet werden mussten.

Ob, und wenn ja, welche Schlussfolgerungen aus diesem Urteil gezogen werden können, muss offenbleiben. Es wird hier einzig der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass das Bundesgericht in künftigen Urteilen den in E 4 c des vorliegenden Urteils aufgestellten Rechtsgrundsatz anwendet und damit eine gesetzmässige Praxis weiter- und die dringend notwendige Rechtssicherheit herbeiführt. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit wäre es vorzuziehen gewesen, wenn das Bundesgericht seine beiden Urteile aus dem Jahr 1989 publiziert, hingegen die Publikation des hier besprochenen Entscheids unterlassen hätte.

9 Feststellungsentscheide über die Höhe von Verlustvorträgen?¹⁶

Sachverhalt

Der X. AG wurden am 31. März 1999 die Veranlagungsverfügungen für die direkte Bundessteuer 1995–1997 eröffnet. Die Bundessteuerveranlagung 1997 schloss mit einem Verlust von Fr. 196 345.–, sodass sich kein steuerbarer Gewinn ergab. In der Verfügung für das Jahr 1997 wurden weitere, sich aus den Geschäftsjahren 1994

13 Sinngemässe Übersetzung der bundesgerichtlichen Wendung (vgl. E 5 b Satz 2): «Il n'est en outre pas établi que son activité ait permis d'augmenter les résultats commerciaux de cette dernière.»

14 Das Bundesgericht hätte zumindest der Frage nachgehen sollen, weshalb die Käuferin der Aktien der X. SA offenbar interessiert war, dass die zuvor von der KG betriebenen Quartierläden auf die X. SA übertragen wurden. Hätten sich hier – was aufgrund der Wertverhältnisse allerdings als wenig wahrscheinlich erscheint – Sachverhaltselemente

ergeben, die für eine Subsumtion unter den vom Bundesgericht aufgestellten Rechtssatz gesprochen hätten, wäre die Qualifikation als Geschäftsvermögen widerspruchsfrei möglich gewesen.

15 Indem gewöhnlichen kommerziellen Beziehungen Bedeutung beigemessen wird und weitere Kriterien aufgestellt werden.

16 Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Mai 2001 in StE B 96.11 Nr. 6.

und 1995 ergebende verrechenbare Verluste von insgesamt Fr. 388 018.– aufgeführt. Insgesamt betrug somit der Betrag des – in den Grenzen von DBG 67 – verrechenbaren Verlustes Fr. 584 363.–. Gegen diese Veranlagungsverfügung erhob die X. AG Einsprache und verlangte, dass der verrechenbare Verlustvortrag auf Fr. 804 127.– festgesetzt werde. Sowohl die Einsprache als auch eine Beschwerde bei der zuständigen Bundessteuerrekurskommission wurden abgewiesen, und es wurde festgestellt, dass der verrechenbare Verlustvortrag der X. AG per 31. Dezember 1997 Fr. 584 363.– betrage.

Die X. AG rief das Bundesgericht an. Strittig war nicht die Ermittlung des Verlustvortrags im Bemessungsjahr 1997, sondern die Frage, wie Verluste aus Veranlagungsjahren vor dem Inkrafttreten des DBG im Rahmen von DBG 67 zu berücksichtigen waren.

In ihrer Vernehmlassung stellte sich die Eidg. Steuerverwaltung auf den Standpunkt, der X. AG fehle die Aktivlegitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Eine solche ist gemäss OG 103 a nur dann gegeben, wenn die X. AG durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat. Gemäss Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung konnte die Berechnung des Verlustvortrages aus den Vorperioden nicht Gegenstand einer Beschwerde sein, weil das Bemessungsjahr 1997 mit einem Verlust abschloss (und die X. AG deshalb für dieses Jahr keine Steuern zu entrichten hatte).

Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Zunächst setzte sich das Bundesgericht mit den in der Literatur vertretenen Auffassungen auseinander, wonach unter der Herrschaft des DBG im Verlustfall nicht sog. «Nullveranlagungen» erlassen werden könnten bzw. sollten, sondern dass die Verluste in den jeweiligen Veranlagungen verbindlich und anfechtbar zu verfügen seien.

Das Bundesgericht lässt diese Frage ausdrücklich offen. Es hatte darüber auch nicht zu entscheiden, weil die Höhe des Verlusts in der Bemessungsperiode 1997 unbestritten war. Das Bundesgericht hat jedoch entschieden, dass es an einem Rechtsschutzinteresse an der Festlegung der Höhe des gesamten verrechenbaren Verlustvortrags fehlt, weil sich dieser Betrag – aufgrund der in DBG 67 im Regelfall festgelegten zeitlichen Beschränkung – u.U. von Steuerperiode zu Steuerperiode ändern kann. Ein aktuelles schützenswertes Interesse an der Höhe der verrechenbaren Verluste bestehe erst in Jahren, die mit einem Gewinn abschliessen, weil erst dann eine Verlustverrechnung überhaupt in Betracht komme.

Aus folgendem Grund tritt das Bundesgericht trotzdem auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der X. AG ein und heisst diese teilweise gut: Sowohl die Verwaltung für die direkte Bundessteuer als auch die Vorinstanz waren auf die von der X. AG eingelegten Rechtsmittel eingetreten und bestätigten in ihren Entscheiden den in der Veranlagungsverfügung erwähnten Betrag der Summe der verrechenbaren Verlustvorträge. Damit bestand für die X. AG das Risiko, dass sich die zuständigen Instanzen in einem Verfahren zur Veranlagung eines mit Gewinn abschliessenden Folgejahres auf den Standpunkt stellen würden, über die Höhe des Verlustverrechnungsbetrages sei bereits im Rahmen der Veranlagung 1997 rechtskräftig entschieden worden. Damit bejahte das Bundesgericht ein aktuelles schützenswertes Interesse der X. AG.

Auf die materielle Frage, wie der Verlustvortrag im Übergang vom BdBSt zum DBG zu ermitteln sei, trat das Bundesgericht jedoch nicht ein, weil es feststellte, dass die Vorinstanzen auf die entsprechenden Rechtsmittel gar nicht hätten eintreten dürfen. Es habe sich dabei um gesetzlich nicht vorgesehene, unzulässige Feststellungsentscheide gehandelt.

Deshalb trat das Bundesgericht auf den Antrag der X. AG, der per 31. Dezember 1997 verrechenbare Verlust sei auf Fr. 804 127.– festzulegen, nicht ein, hob jedoch die Verfügung der Vorinstanz auf.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass im Bereich der direkten Bundessteuer nicht nur kein Anspruch der Steuerpflichtigen auf eine Verfügung über die Höhe des gesamten verrechenbaren Verlustvortrags besteht, sondern dass die Steuerbehörden gar nicht befugt sind, entsprechende Verfügungen zu treffen.

Erfolgen trotzdem solche Verfügungen, sind diese gerichtlich aufzuheben.

Offen gelassen hat jedoch das Bundesgericht, ob Verfügungen über die Höhe des in der massgeblichen Bemessungsperiode entstandenen, künftig allenfalls verrechenbaren Verlustvortrags zulässig und damit auch anfechtbar sind.

Für Unternehmen, die Geschäftsjahre mit Verlust abschliessen bzw. abgeschlossen haben, ergeben sich aus dieser Rechtsprechung die folgenden Konsequenzen:

Werden sie in einem Verlustjahr mit einem steuerbaren Gewinn von Null veranlagt und wird in der entsprechenden Veranlagungsverfügung der steuerlich massgebliche Verlustvortrag dieser Periode erwähnt, müssen sie überprüfen, ob sie mit dem von der Steuerbehörde festgeleg-

ten Betrag einverstanden sind. Ist dies nicht der Fall, müssen sie, wollen sie nicht riskieren, dass in diesem Jahr entstandene Verluste künftig nicht mehr verrechnet werden können, gegen diese Veranlagungsverfügung Einsprache erheben. Sollte nämlich das Bundesgericht in seiner künftigen Rechtsprechung die im hier angezeigten Entscheid offengelassene Frage, ob eine Verfügung über die Höhe des in der Bemessungsperiode erlittenen Verlustes erlassen werden kann, in positivem Sinn entscheiden, könnte Pflichtigen, welche einen zu tief ausgefallenen Verlustvortrag nicht anfechten, allenfalls die Rechtskraft der entsprechenden Veranlagungsverfügung entgegengehalten werden.

Verfügungen von Steuerbehörden, welche – trotz dem hier besprochenen Urteil – den Gesamtbetrag der aus den Vorjahren verrechenbaren Verluste enthalten, müssen hingegen von den Steuerpflichtigen auch dann nicht angefochten werden, wenn sie mit dem dort ermittelten Betrag nicht einverstanden sind. Die betragsmässige Ermittlung durch die Steuerbehörden kann ohnehin nicht gerügt werden. Die Steuerpflichtigen können ohne Rechtsnachteil darauf verzichten, geltend zu machen, dass die entsprechende Verfügung zu unrecht ergangen ist und deshalb aufzuheben ist. Sie können ihre Einwendungen in Jahren, in denen sie Gewinne erzielen und tatsächliche Verlustverrechnungen vornehmen wollen, vorbringen, weil ihnen dort nicht eine zu Unrecht ergangene Verfügung entgegengehalten werden kann.

10 Abgrenzung zwischen geldwerten Leistungen und faktischer Liquidation im Verrechnungssteuerrecht¹⁷

Sachverhalt

Die A. SA wurde am 4. Juli 1929 gegründet. Seit dem 14. Februar 1995 hatte sie den Gesellschaftszweck, auf Rechnung ihrer Aktionäre das Eigentum sämtlicher Stockwerkeigentumsrechte einer in B. gelegenen Liegenschaft zu halten sowie diese Liegenschaft zu verwalten und einzelne Stockwerkeigentumseinheiten entweder an Aktionäre oder an Dritte zu vermieten. Gemäss ihren Statuten konnte die A. SA hypothekarische Sicherheiten für Darlehen an ihre Aktionäre leisten, sofern sie nicht selbst Schuldnerin war und sofern die Darlehen nicht höher als 80 Prozent des Verkehrswerts der Liegen-

schaft waren. Die Statuten ermächtigten im Weiteren den Verwaltungsrat, die Aktien der A. SA an eine Bank zu verpfänden.

Am 14. September 1986 wurde D. zum alleinigen Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift ernannt. I. war über die H. AG indirekter Alleinaktionär der A. SA.

Im Jahr 1989 wurden Grundpfandrechte im Umfang von insgesamt Fr. 6,8 Mio. auf die Stockwerkeigentumseinheiten der A. SA errichtet, wobei D. die A. SA vertrat. Diese Schuldbriefe sowie die Aktien der A. SA wurden an zwei Banken verpfändet, welche wirtschaftlich betrachtet dem Alleinaktionär I. feste Vorschüsse im Umfang von Fr. 6,8 Mio. gewährten. Im Umfang von Fr. 1 Mio. verpflichtete sich die A. SA gegenüber einer Bank als Solidarschuldnerin mit ihrem Aktionär.

Nachdem die Verpflichtungen aus den Krediten nicht mehr eingehalten wurden, kündigte eine der Banken im Dezember 1992 ihren Kredit. Im Juni 1993 wurde die der A. SA gehörende Liegenschaft zu einem Preis von Fr. 5 Mio. versteigert. Im April 1995 wurde die A. SA im Handelsregister gelöscht, und das Konkursverfahren wurde mangels Aktiven eingestellt.

Im Mai 1999 erliess die Eidg. Steuerverwaltung einen Entscheid und stellte fest, dass die A. SA wegen faktischer Liquidation auf dem Liquidationsüberschuss von Fr. 6,7 Mio. (Fr. 6,8 Mio. minus Fr. 0,1 Mio. Aktienkapital) eine Verrechnungssteuer von Fr. 2 345 000.– schuldete. Dieser Entscheid wurde D. in seiner Eigenschaft als faktischer Liquidator und I. als Begünstigtem der Darlehen eröffnet.

D. bestritt im Einspracheverfahren ohne Erfolg seine Qualifikation als faktischer Liquidator der A. SA und die damit verbundene solidarische Haftung gemäss VStG 15 I¹⁸.

Die Eidg. Steuerrekurskommission bejahte zwar das Vorliegen einer geldwerten Leistung, kam jedoch zum Schluss, dass die Verpfändung der Liegenschaft der A. SA zugunsten ihres Alleinaktionärs im vorliegenden Fall keine faktische Liquidation darstellte, womit eine Haftung des einzigen Verwaltungsrats D. für die Verrechnungssteuerschulden der A. SA entfiel. Die Eidg. Steuerverwaltung verzichtete auf die Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht.

17 Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 65/2001 Nr. 113 S. 1215 ff.; Entscheid der Eidg. Steuerrekurskommission vom 17. April 2001.

18 In erster Linie machte D. ebenfalls erfolglos geltend, die Steuerforderung sei bereits verjährt. Dieser Aspekt ist jedoch für das hier behandelte Problem nicht von Bedeutung und wird deshalb im Folgenden nicht behandelt.

Rechtliche Beurteilung durch die Eidg. Steuerrekurskommission

Das Gericht beschäftigt sich in einem ersten Schritt mit dem Institut der geldwerten Leistung. Dabei gelangt es zu keinen neuen Erkenntnissen, sondern bestätigt das Erfordernis des kumulativen Vorliegens der drei Elemente:

- Offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, was zu einer Entreicherung der Gesellschaft führt. Diese Entreicherung muss ihren Grund ausschliesslich im Beteiligungsverhältnis haben.
- Die Leistung muss an einen Anteilinhaber oder an eine diesem nahestehende Person erbracht werden.
- Die verantwortlichen Organe waren sich des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bewusst oder hätten sich dessen bewusst sein müssen.

Zu der interessierenden Frage der Abgrenzung zwischen den geldwerten Leistungen und dem Liquidationstatbestand bestätigte das Gericht zunächst die Praxis, wonach der die Verrechnungssteuer auslösende Tatbestand der Liquidation nicht voraussetzt, dass eine Kapitalgesellschaft zivilrechtlich im Verfahren nach OR 736 ff. aufgelöst wird. Das Institut der *faktischen Liquidation* wurde somit für das Verrechnungssteuerrecht bestätigt (E 3 b aa).

Die Rekurskommission gibt keine eigene Umschreibung des Tatbestands der faktischen Liquidation, sondern verweist diesbezüglich auf die bisherige Rechtsprechung und die Doktrin. Bei einer Immobiliengesellschaft, die nur eine Liegenschaft besitzt, ist jedenfalls eine faktische Liquidation gegeben, wenn sie diese Liegenschaft veräussert und keinen Ersatz erwirbt. Die Tatsache, dass die Gesellschaft nach dem Verkauf noch über liquide Mittel verfügt, schliesst die Annahme einer faktischen Liquidation nicht aus.

Die in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortete und in der Literatur umstrittene Frage, ob die Gesellschaft den Willen zur Liquidation haben müsse, damit von einer faktischen Liquidation ausgegangen werden kann, lässt das Gericht offen, führt jedoch aus, dass das Willenselement nicht vernachlässigt werden könne (E 2 b aa in fine).

Aufgrund der Analyse der beiden Institute der geldwerten Leistung und der faktischen Liquidation gelangte das Gericht zur Erkenntnis, dass sich diese beiden Institute auch dann nicht decken, wenn das Resultat einer oder mehrerer geldwerten Leistungen die ganze oder weitge-

hende Entleerung der leistungserbringenden Gesellschaft ist. Massgebliches Element der faktischen Liquidation sei nicht die Tatsache des Verfügens über die Aktiven einer Gesellschaft alleine. Es müsse stets auch noch das Element des Einstellens der wirtschaftlichen Aktivitäten hinzukommen. Sei es, dass dies freiwillig erfolgt, sei es, dass durch die geldwerte Leistung die Fortführung dieser Aktivitäten gar nicht mehr möglich ist.

Das Gericht verkennt nicht, dass das Erbringen substantieller geldwerter Leistungen eine der Massnahmen im Rahmen einer faktischen Liquidation sein kann. Es weist jedoch darauf hin, dass eine *rechtliche und zeitliche Einheit* zwischen der substantiellen geldwerten Leistung und dem Liquidationsakt bestehen muss, damit die geldwerte Leistung als Liquidationsakt qualifiziert werden kann. Ob diese Einheit gegeben ist, muss im Einzelfall geprüft werden (E 2 c).

Die Eidg. Steuerrekurskommission prüfte anschliessend das Verhalten der A. SA und ihres einzigen Verwaltungsrats D. anhand der zuvor aufgestellten Grundsätze. Sie qualifizierte zwar im vorliegenden Fall die Pfandbestellung und Verpfändung der Schuldbriefe zugunsten des (wirtschaftlichen) Alleinaktionärs als geldwerte Leistung, verneinte jedoch den «logischen, zeitlichen und strukturellen Zusammenhang» zwischen der Verpfändung der Schuldbriefe im Jahr 1989 und der Veräusserung der damit belasteten Liegenschaft im Jahr 1993 und kam somit zum Ergebnis, dass der Tatbestand der faktischen Liquidation nicht erfüllt sei und dass damit D. nicht für die von der A. SA geschuldete Verrechnungssteuer hafte.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob Verwaltungsräte – namentlich von ausländisch beherrschten Gesellschaften – für die von einer Kapitalgesellschaft geschuldeten Verrechnungssteuern haftbar gemacht werden können. Der Entscheid ruft in Erinnerung, dass dies *grundsätzlich nicht der Fall* ist. Zu diesem Grundsatz bestehen jedoch zwei wichtige Ausnahmen:

1. Aus Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht¹⁹ (VStR) geht hervor, dass bei Steuerwiderhandlungen (Steuerhinterziehung, Steuergefährdung) Personen, die diese Widerhandlungen vorsätzlich begangen haben oder an diesen teilgenommen haben, solidarisch mit der Gesellschaft für die nachzuentrichtende Steuer haften.
2. Gemäss VStG 15 haften – jeweils solidarisch mit der Gesellschaft – bei Sitzverlegungen die Organe bis

zum reinen Vermögen der juristischen Person und bei der Liquidation die mit der Liquidation betrauten Personen bis zur Höhe des Liquidationsergebnisses²⁰.

Der hier angezeigte Entscheid befasst sich mit der zweiten Ausnahme, wobei hier das Gericht die Abgrenzung zwischen geldwerten Leistungen, die ausserhalb einer Liquidation erfolgen, und geldwerten Leistungen, die Teil der (faktischen) Liquidation einer Kapitalgesellschaft sind, vorzunehmen hatte.

Unter der Annahme, dass die A. SA die Liegenschaft nicht bloss treuhänderisch, sondern im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gehalten hat, ist das in der von diesem Gericht in gewohnter Art differenziert abwägende, sämtliche Aspekte der Entscheidungsfindung aufzeigende und allein den gesetzlichen Vorgaben verpflichtete Urteil zu begrüssen.

Es zeigt einerseits auf, dass Aktionäre die Vermögenswerte der von ihnen beherrschten Gesellschaft nicht einfach nach Belieben für ihre privaten Zwecke einsetzen können. Auch hier gilt der Drittvergleichsgrundsatz. Die A. SA hätte einem Dritten in keinem Fall ohne Sicherstellung die Schuldbriefe ihres einzigen Aktivums zur Absicherung von Darlehen zur Verfügung gestellt²¹.

Dieses Urteil verschafft der gesetzgeberischen Grundentscheidung Nachachtung, dass – unter Vorbehalt des oben erwähnten VStR 12 III – die Organe nur bei Sitzverlegungen und die mit der Liquidation einer Kapitalgesellschaft betrauten Personen für die Verrechnungssteuerschuld mit der Gesellschaft haften. Der Tendenz der Eidg. Steuerverwaltung, über eine Ausdehnung des Instituts der faktischen Liquidation Organe für die Verrechnungssteuerschuld in die Solidarhaftung zu nehmen, sind hier klare Grenzen gesetzt worden. Im vorliegenden Fall haben die Steuerbehörden diese durch die Eidg. Steuerrekurskommission aufgezeigten Grenzen auch akzeptiert.

Es bleibt zu hoffen, dass in einem künftigen Fall auch das Bundesgericht die hier aufgestellten Kriterien übernehmen wird.

Für Fälle, in denen eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft entleert wird, ohne dass der Tatbestand der faktischen Liquidation gegeben ist und ohne dass es zu Widerhandlungen gegen das Verrechnungssteuergesetz kommt, hat der Gesetzgeber den Steuerbehörden das Instrument der Sicherstellungsverfügung (VStG 47) in die Hand gegeben. U.E. kann eine Sicherstellungsverfügung in jedem Fall von Gefährdung des Steuerbezugs (VStG 47 I a) erlassen werden. Die in VStV 9 aufgeführten Fälle bilden nicht eine abschliessende Aufzählung der unter VStG 47 I a fallenden Tatbestände. Der hier vorliegende Sachverhalt hätte sich sicherlich unter jene Bestimmung subsumieren lassen.

Wie das vorliegende Urteil zeigt, kann das Institut der faktischen Liquidation nicht als Ersatz für zuvor unterlassene Sicherstellungsverfügungen eingesetzt werden.

11 Fusionsähnlicher Tatbestand bei der Emissionsabgabe²²

Sachverhalt

Die Holdinggesellschaft X. SA hielt seit 1971 96,51 Prozent der Aktien der I. SA. Unmittelbar vor der Fusion der S. SA mit der I. SA im Jahr 1991 unterbreitete die X. SA den Minderheitsaktionären der I. SA ein Umtauschangebot. Die Minderheitsaktionäre konnten ihr Aktien der I. SA. gegen Vorratsaktien der X. SA (auf deren Nominalwert hatte die X. SA bereits die Emissionsabgabe zum damals geltenden Normalsteuersatz von 3 Prozent entrichtet) tauschen. Die X. SA deklarierte die Emissionsabgabe auf dem Verkehrswert der an die Aktionäre der I. SA ausgegebenen Vorratsaktien zum damals geltenden Vorzugssteuersatz von 1 Prozent unter Abzug der auf

20 VStG 15 II sieht vor, dass die Haftung entfällt, soweit die Organe bzw. mit der Liquidation betrauten Personen nachweisen, dass sie alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung getan haben.

21 Im Urteil finden sich Hinweise darauf, dass die A. SA die Liegenschaft nur treuhänderisch für ihren Alleinaktionär gehalten hat: In der Sachverhaltsdarstellung wird erwähnt, dass die A. SA «für Rechnung ihrer Aktionäre die Liegenschaft gehalten und verwaltet» habe; Statutenbestimmungen, wonach die A. SA ihre Aktiven für Schulden der Aktionäre belasten und der Verwaltungsrat die Aktien der Gesellschaft zum gleichen Zweck verpfänden könne; der Alleinaktionär hat offenbar der A. SA eine Treuhandkommission bezahlt. Ohne Kenntnis der gesamten Akten ist es jedoch nicht möglich, sich hier ein Urteil zu bilden.

Wäre von einem bloss treuhänderischen Halten der Liegenschaft auszugehen gewesen, hätte die Frage des Erbringens

einer geldwerten Leistung durch das Gericht anders geprüft werden müssen. Nachdem das Gericht die Solidarhaftung von D. verneint hatte und die auf der angenommenen geldwerten Leistung geschuldete Verrechnungssteuer aufgrund des in der Zwischenzeit mangels Aktiven eingestellten Konkurses ohnehin uneinbringlich war, erweist es sich als unschädlich, dass sich die Rekurskommission mit diesem Aspekt nicht mehr auseinandergesetzt hat.

22 Entscheid der Eidg. Steuerrekurskommission vom 16. Januar 2001 in StR 56 (2001) 752; eine von der Eidg. Steuerverwaltung gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist vom Bundesgericht mit Entscheid vom 5. März 2002 abgewiesen worden. Im Zeitpunkt der Schlussredaktion dieses Beitrags war dieser Entscheid noch nicht publiziert.

dem Nominalwert dieser Aktien bereits entrichteten Emissionsabgabe von 3 Prozent.

Die Eidg. Steuerverwaltung stellte sich auf den Standpunkt, dass die Emissionsabgabe auf dem Verkehrswert der ausgegebenen Vorratsaktien (abzüglich der bereits entrichteten Abgabe auf dem Nominalwert) zum Normalsteuersatz von 3 Prozent geschuldet sei, weil kein gemäss dem damals einschlägigen StG 9 I a privilegierter Tatbestand der «Fusion oder dieser wirtschaftlich gleichkommender Zusammenschluss» vorlag. Die Eidg. Steuerverwaltung stellte sich auf den Standpunkt, dass der Vorzugssteuersatz (heute: Abgabebefreiung gemäss StG 6 a^{bis}) nur einmal – nämlich bei einer Transaktion, die der übernehmenden Gesellschaft zwei Drittel oder mehr der Stimmrechte der übernommenen Gesellschaft vermittelt – gewährt werden könne. Da die A. SA bereits vor der Ausgabe der Reserveaktien im Austausch gegen die Aktien der I. SA mehr als zwei Drittel der Aktien (96,51 Prozent) dieser Gesellschaft im Eigentum hatte, liege kein fusionsähnlicher Tatbestand vor.

Rechtliche Beurteilung durch die Eidg. Steuerrekurskommission

Das Gericht legt die im Zeitpunkt des Aktientauschs massgebliche Bestimmung (StG 9 I a) – diese entspricht bezüglich der Umschreibung des fusionsähnlichen Tatbestands wörtlich dem heutigen StG 6 a^{bis} – aus und stellt fest, dass weder dem Wortlaut noch den Materialien eine Entscheidungshilfe entnommen werden kann (E 6 b, E 7 a) und konzentriert sich in Folge auf das teleologische Element (E 8). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Vorzugssteuersatz – heute die Abgabebefreiung – auf Unternehmenskonzentrationen anwendbar, wenn es deren Ziel ist, die gleichen Effekte wie mit einer Fusion zu erreichen.

Die Steuerrekurskommission stellt fest, dass eine Unternehmenskonzentration nicht notwendigerweise in einem Schritt vollzogen wird, sondern ein Prozess sein kann, der in mehreren Schritten abläuft (E 8 c aa). Jeder dieser Schritte sei darauf hin zu analysieren, ob er einen Effekt hat, der einer Fusion wirtschaftlich gleichkommt. Im konkreten Fall wurde durch den Aktientausch die Beteiligung an der I. AG von 96,51 Prozent auf 100 Prozent erhöht. Damit seien die Minderheitsaktionäre, die sich in der Vergangenheit über die Dividendenpolitik der I. SA beklagt hatten, eliminiert worden. Der Erwerb der totalen Kontrolle stelle einen wirtschaftlich einer Fusion gleichkommenden Vorgang dar (E 8 d). In der Folge sei

dann die vollständige Integration der I. SA in die A. SA erfolgt, indem die beiden Gesellschaften fusioniert worden seien (Absorption der I. SA durch die A. SA). Der A. SA wurde deshalb der Vorzugssteuersatz von 1 Prozent auf dem Verkehrswert der getauschten Vorzugsaktien (abzüglich der auf dem Nominalwert bereits früher entrichteten Emissionsabgabe von 3 Prozent) gewährt.

Abschliessend nennt das Gericht die Voraussetzungen, unter denen der Vorzugssteuersatz – heute die Abgabebefreiung – zu gewähren ist. Dabei nennt es auch das Erfordernis, dass die übernehmende Gesellschaft mindestens zwei Drittel der Stimmrechte der übernommenen Gesellschaft erwirbt oder bereits besitzt (E 9 a) und beantwortet damit eine Frage, die zuvor in E 7 c noch offen gelassen wurde.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die Eidg. Steuerrekurskommission (und in der Folge auch das Bundesgericht) hat entschieden, dass die Praxis der Eidg. Steuerverwaltung, wonach eine Gesellschaft, die bereits über mindestens zwei Drittel der Stimmrechte einer andern Gesellschaft verfügt, bei einer weiteren Erhöhung ihrer Stimmkraft durch Aktientausch die Abgabebefreiung (früher: den Vorzugssteuersatz) generell nicht mehr in Anspruch nehmen kann, als gesetzwidrig qualifiziert.

Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Abgabebefreiung bei jedem Konzentrationsschritt gewährt werden muss, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein mit einer Fusion vergleichbarer Effekt eintritt. Nach welchen Kriterien diese Prüfung zu erfolgen hat, lässt das Gericht allerdings offen. Im vorliegenden Fall gelang es der A. SA, eine Beteiligung von 100 Prozent zu erwerben, und das Gericht hat entschieden, dass damit der notwendige Konzentrationseffekt eingetreten ist.

Die Eidg. Steuerverwaltung wird das Merkblatt betr. Anwendung des Art. 6 Abs. 1 BSt.a^{bis} entsprechend diesem Urteil anpassen müssen. Es wird interessant sein, ob und allenfalls wie dort das Kriterium des mit einer Fusion vergleichbaren Effekts umschrieben wird.

Hätte die S. SA nicht vorgängig der Absorption der I. SA ein Tauschangebot unterbreitet oder wäre dieses nicht (vollständig) erfolgreich gewesen, hätte die Unternehmensgruppe eine Teilabsorption/Teilannexion²³ durchführen können. In diesem Fall hätte die Abgabebefreiung ohne Zweifel gewährt werden müssen, weil der Tatbestand der Fusion erfüllt gewesen wäre.

23 Vgl. HÖHN E./WALDBURGER R., Steuerrecht, Band II, 9.A., Bern u.a. 2002, § 48 Rz 249.

Gesetzgebungs-Agenda 2002/3

Lic. iur. Rainer Zigerlig*/Lic. iur. Agostino Cozzio**/Eric Hess, Fürsprecher***

Inhalt

- 1 Bund
 - 1.1 Familienbesteuerung
 - 1.2 Wohneigentumsbesteuerung
 - 1.3 Unternehmenssteuerreform II
 - 1.4 Vereinheitlichung der zeitlichen Bemessung der direkten Steuern der natürlichen Personen
 - 1.5 Einheitliche und kohärente Behandlung im Steuer- und im Sozialversicherungsabgaberecht
 - 1.6 Neue Finanzordnung (ab 2007)
- 2 Kantone
 - 2.1 Basel-Landschaft
 - 2.2 Basel-Stadt
 - 2.3 Glarus
 - 2.4 Graubünden
 - 2.5 Jura
 - 2.6 Neuenburg
 - 2.7 Tessin
 - 2.8 Thurgau
 - 2.9 Zürich
- 3 Doppelbesteuerungsabkommen
 - 3.1 Nachtrag zum 1. Quartal 2002
 - 3.2 Entwicklungen April – Juni 2002

1 Bund

1.1 Familienbesteuerung

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) hat zu ihren Modellen zur Ehegatten- und Familienbesteuerung als erstem Bestandteil des Steuerpaketes 2001 bei den Kantonen eine Vernehmlassung durchgeführt. Diese soll nunmehr einen Variantenentscheid der WAK-S ermöglichen. Die definitiven Anträge der WAK-S sollen alsdann in der Herbstsession im Ständerat behandelt werden. Laut gegenwärtigem Fahrplan kommt die Vorlage in der Wintersession 2002 noch einmal in den Nationalrat. Mit diesem Zeitplan könnte, was die direkte Bundessteuer betrifft, die revidierte Familienbesteuerung frühestens am 1. Januar 2004 in Kraft treten.

Gegenüber der Nationalratsvorlage sollen die von der WAK-S vorgeschlagenen Änderungen den Missbrauchsrisiken vorbeugen und die Vorgaben einer zivilstandsunabhängigen Besteuerung stärker berücksichtigen. Die Reform der Familienbesteuerung, welche der Nationalrat im Rahmen des Steuerpaketes angenommen hat, sieht für die direkte Bundessteuer insbesondere vor, dass das steuerbare Gesamteinkommen eines Ehepaares durch 1,9 geteilt wird (Teilsplitting). Damit soll die aufgrund der Steuerprogression gegenüber Konkubinatspaaren entstehende Ungerechtigkeit behoben werden. Damit diese Massnahme nicht ihrerseits zu einer Ungleichbehandlung gegenüber Alleinstehenden führt, sieht der vom Nationalrat verabschiedete Entwurf für diese einen Abzug von Fr. 11 000 vor (Haushaltsabzug). Für die WAK-S enthält der vom Nationalrat vorgeschlagene Haushaltsabzug ein zu grosses Missbrauchsrisiko: Konkubinatspaare – wie auch Partner anderer Wohngemeinschaften – können vorgeben, nicht im selben Haushalt zu leben und so diesen Abzug ohne weiteres missbräuchlich geltend machen, da es den Steuerbehörden nur beschränkt möglich ist zu überprüfen, ob die betreffenden Personen in demselben Haushalt leben.

* Leiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen

** Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen

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

In die Vernehmlassung wurden zwei Varianten gegeben. Die eine sieht ein Teilsplitting mit einem Divisor für das Ehegatteneinkommen von 1,5, einem Haushaltsabzug Alleinstehender von Fr. 3000 und einem Zweiverdienerabzug bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten von 35 % des kleineren Einkommens (höchstens Fr. 24 000) vor. Die zweite Variante sieht einen Divisor von 1,7, einen Haushaltsabzug Alleinstehender von Fr. 4000 und einen Zweiverdienerabzug von 25 % des kleineren Einkommens (höchstens Fr. 10 000) vor.

Die weiteren im Gesetzesentwurf vorgesehenen Abzüge (Kinderabzug, Betreuungskosten usw.) werden – mit Ausnahme des allgemeinen Abzugs von Fr. 1400, der gestrichen werden soll – gemäss Beschluss des Nationalrates übernommen. Nach Ansicht der WAK-S ermöglichen diese beiden Varianten eine neutralere Besteuerung der verschiedenen Lebensformen (Ehepaare, Konkubinatspaare, Alleinstehende) als die Vorlage des Nationalrates.

1.2 Wohneigentumsbesteuerung

Die Vorlage über den Systemwechsel bei der Besteuerung des (selbstgenutzten) Wohneigentums – weiterer Bestandteil des Steuerpaketes 2001 – ist von der WAK-S bis zum Redaktionsschluss noch nicht behandelt worden.

1.3 Unternehmenssteuerreform II

Mit dem Projekt Unternehmenssteuerreform II sollen ausgewählte Ergebnisse des Berichtes der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU), der Ende Juni 2001 abgeliefert wurde¹, in normative Bestimmungen umgesetzt werden. In der Zwischenzeit hat eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe entsprechende Vorschläge ausgearbeitet. Diese umfassen im Wesentlichen die Einführung des Teilbesteuerungsverfahrens (für Erträge und Gewinne) bei qualifizierenden Beteiligungen sowie eine privilegierte Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit ab einem bestimmten Alter oder infolge Invalidität. Vor der definitiven Ausarbeitung der Vernehmlassungsvorlage werden nunmehr im Rahmen einer externen Begutachtung die volkswirtschaftlichen Auswirkungen vertieft überprüft. Die Vernehmlassungsvorlage ist deshalb erst im Jahr 2003 zu erwarten.

1.4 Vereinheitlichung der zeitlichen Bemessung der direkten Steuern der natürlichen Personen

Am 9. Januar 2002 hat der Bundesrat, gestützt auf Art. 219 DBG und Art. 70 StHG, den eidgenössischen Räten einen Bericht über die Vereinheitlichung der zeitlichen Bemessung der direkten Steuern der natürlichen Personen unterbreitet². In diesem Bericht stellt der Bundesrat fest, dass bereits heute die meisten Kantone auf die Gegenwartsbemessung umgestellt haben. Ab dem Jahr 2003 wird diese Umstellung für die kantonalen und die direkten Bundessteuern voraussichtlich in allen Kantonen abgeschlossen sein. Dementsprechend beantragt der Bundesrat, die Bemessung der Steuern der natürlichen Personen im Sinne der einjährigen Postnumerandosteuerung mit Gegenwartsbemessung zu vereinheitlichen. Hierfür sind DBG und StHG anzupassen. Dabei wird nach Auffassung des Bundesrates zu prüfen sein, ob gewisse materielle Fragen zusätzlich auf Gesetzesstufe geregelt werden sollten. Der Bundesrat hält eine Vereinheitlichung der zeitlichen Bemessung für die Einkommens- und Vermögenssteuern auf Gesetzesstufe ab der Steuerperiode 2005 für realistisch.

1.5 Einheitliche und kohärente Behandlung im Steuer- und im Sozialversicherungsabgaberecht

Eine unter diesem Titel von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N) eingereichte und von den eidgenössischen Räten gutgeheissene Motion strebt eine einheitliche Regelung des Status der selbständigen Erwerbstätigkeit im Steuerrecht (insbesondere Mehrwertsteuer und direkte Steuern) und im Sozialversicherungsabgaberecht an. Namentlich sollen die Anträge auf Anerkennung als selbständigerwerbende Person von einer einzigen Stelle innerhalb nützlicher Frist für alle Aufgabenbereiche behandelt werden. Die notwendigen Vorbereitungsarbeiten wurden einer interdepartementalen Arbeitsgruppe übertragen, deren Bericht vom Bundesrat mit Beschluss vom 14. November 2001 genehmigt wurde. Nach den Erkenntnissen der Arbeitsgruppe ist es Aufgabe der rechtsanwendenden Gerichts- und Verwaltungsbehörden, eine bestimmte Tätigkeit als selbständig oder unselbständig zu qualifizieren. Dabei haben sie den Zielsetzungen der in Betracht fallenden Rechtsgebiete Rechnung zu tragen. Dem Sozialversicherungsrecht kommt primär die Funktion des Ver-

1 S. RUEDI BAUMANN, Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU), in FStR 2002/1, 63 ff., XAVIER OBERSON, Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises neutre quant à la forme

(«Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung») in ASA 70 (2001/02), 257 ff.

2 BBI 2002 2181 ff.

sicherungsschutzes zu. Die Regeln des Steuerrechtes dienen in erster Linie dazu, den Gemeinwesen die notwendigen finanziellen Mittel zu verschaffen, und das Obligationenrecht verfolgt mit den Regeln, welche den Arbeitsvertrag ordnen, das Ziel des Arbeitnehmerschutzes. Trotz dieser unterschiedlichen Zielsetzungen unterscheiden sich die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung in diesen Rechtsgebieten nur geringfügig.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht drei Lösungsvarianten vorgeschlagen. In zwei von drei Möglichkeiten könnte eine unabhängige Drittstelle als Verfügungs- oder als Rekursinstanz fungieren. In einer dritten Variante wird die Schaffung einer Ombudsstelle vorgeschlagen, deren Realisierung vom Bundesrat empfohlen wird. Demgegenüber hat die WAK-N an ihrer Sitzung vom 11. Februar 2002 die Ausarbeitung einer Vorlage verlangt, welche die Einrichtung einer neuen Rekursinstanz vorsieht, die auf Beschwerde hin über die Frage der Selbständigkeit einer Erwerbstätigkeit zu entscheiden hätte. Gleichzeitig sollen die Kriterien für die selbständige Erwerbstätigkeit in einer Legaldefinition festgelegt werden.

1.6 Neue Finanzordnung (ab 2007)

Der Bundesrat hat am 3. Juli 2002 die Vernehmlassungsergebnisse zum Entwurf einer neuen Finanzordnung (NFO) zur Kenntnis genommen und, gestützt darauf, seine Beschlüsse gefasst. Die NFO soll die Haupteinnahmequellen des Bundes sichern, die Bundesverfassung nachführen und das Steuersystem vereinfachen. Die Bundesfinanzen sollen eine neue Verfassungsgrundlage erhalten. Die Kompetenz des Bundes zur Erhebung der direkten Bundessteuer (dBSt) und der Mehrwertsteuer (MWST) ist nach geltendem Verfassungsrecht bis Ende 2006 befristet. In der Vorlage wird nun eine unbefristete Kompetenz des Bundes zur Erhebung dieser Steuern angestrebt. Die Höchstsätze für die dBSt und die MWST sollen dagegen weiterhin in der Verfassung verankert bleiben, wobei für den Höchstsatz der Gewinnsteuer für juristische Personen der derzeit geltende Satz von 8,5% übernommen werden soll. Bei der MWST sollen nur noch ein Normalsatz und ein reduzierter Satz angewendet werden. Der Sondersatz für Beherbergungsleistungen soll deshalb abgeschafft, jedoch als Übergangslösung statt bis Ende 2003 bis Ende 2006 gelten. Damit sollen die notwendigen Strukturanpassungen im Tourismusbereich in der Übergangszeit unterstützt werden. Die entsprechende Botschaft soll dem Parlament im Spätherbst unterbreitet werden. Da es sich hierbei um Verfassungsänderungen handelt, haben über die neue Finanzordnung Volk und Stände zu befinden. Die entsprechende Abstimmung ist auf das Jahr 2004 terminiert.

2 Kantone

2.1 Basel-Landschaft

Der Landrat hat am 6. Juni 2002 verschiedene punktuelle Steuergesetzänderungen beschlossen, welche am 1. Januar 2003 in Kraft treten sollen. Dazu gehört einerseits die Erhöhung des Mietkostenabzugs auf neu Fr. 1250. Im gleichen Zug sollen andererseits die kantonalen Eigenmietwerte um 12% angehoben werden. Diese beiden Massnahmen sind nötig geworden, um das Gesetz an die aktuellen Verhältnisse im Sinne des Gebots der rechtsgleichen Behandlung von Mietern und Wohneigentümern anzupassen. Ein weiterer Revisionspunkt betrifft den neu einzuführenden Selbstbehalt von 5% beim Abzug von Krankheits-, Unfall- und Invaliditätskosten vom Einkommen, wie ihn die direkte Bundessteuer sowie andere Kantone bereits kennen. Für freiwillige Geldspenden an gemeinnützige Institutionen soll die Abzugsfähigkeit dieser Zuwendungen inskünftig auf 10% des Reineinkommens beschränkt werden, wie dies bei der direkten Bundessteuer bereits der Fall ist.

Nach dem politischen Willen des Landrats soll der Kinderabzug inskünftig wieder vom geschuldeten Steuerbetrag statt vom steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden, um der sozialpolitischen Komponente dieses Abzugs mehr Gewicht zu verleihen. Im Zuge dieser Neuanpassung soll eine Erhöhung des Kinderabzugs auf neu Fr. 600 pro Kind erfolgen.

Gegen diesen Landratsbeschluss ist das Referendum angekündigt worden.

2.2 Basel-Stadt

Der Basler Souverän hat am 2. Juni 2002 die Gegenvorschläge des Regierungsrates zu den Volksinitiativen «Reduktion der Steuerunterschiede im Kanton Basel-Stadt» und «Stopp der Steuerspirale» gutgeheissen. Die Einkommenssteuer wird in zwei Etappen linear um 5,5% gesenkt. Die Vermögenssteuer wird um 10% gesenkt und der Höchstsatz von 9‰ auf 8‰ reduziert. Der Belastungsunterschied zwischen der Stadt und den beiden Landgemeinden Riehen und Bettingen darf in Zukunft höchstens 8% betragen.

Hängig ist nach wie vor die Volksinitiative für familienfreundliche Erbschaftssteuer: Sie verlangt die Befreiung der Nachkommen von der Erbschafts- und Schenkungssteuer (Abstimmungstermin noch nicht festgelegt).

Daneben befinden sich verschiedene parlamentarische Anzüge (Vorstösse) beim Regierungsrat oder bei der Grossratskommission WAK in Bearbeitung:

- Einführung des Vollsplittings bei der Ehegattenbesteuerung;

- Ausdehnung des Anwendungsbereichs für den Alleinerzieherabzug;
- steuerliche Entlastungen für Elternpaare mit Kindern;
- Kinderabzug direkt vom Steuerbetrag (Familienbonus);
- Straffung der Einkommens- bzw. der Vermögenssteuertarife;
- tarifliche Besserstellung der hetero- und homosexuellen Konkubinatspaare bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer.

2.3 Glarus

Im Mai 2002 hat die Glarner Landsgemeinde folgende vom Landrat beschlossenen Änderungen des Steuergesetzes vom 7. Mai 2000 angenommen. Die Änderungen treten rückwirkend auf den 1. Januar 2002 in Kraft:

- Soweit deren steuerbares Vermögen Fr. 300 000 nicht übersteigt, können AHV/IV-Rentner (sowie Alleinstehende, die mit Kindern zusammenleben) folgende Abzüge vornehmen: Fr. 4500 bei einem Nettoeinkommen von Fr. 20 000, Fr. 3500 bei einem Nettoeinkommen von Fr. 20 001 bis Fr. 25 000, Fr. 3000 bei einem Nettoeinkommen von Fr. 25 001 bis Fr. 35 000. Gemeinsam steuerpflichtige Ehegatten können diesen Abzug nur einmal beanspruchen.
- Die Einkommenssteuer (Grundtarif) beträgt neu: bis zu einem Einkommen von Fr. 8000 keine Einkommenssteuer und Fr. 6 für je weitere Fr. 100, für Fr. 12 500 Einkommen Fr. 270 Einkommenssteuer und Fr. 10 für je weitere Fr. 100, für Fr. 20 000 Einkommen Fr. 1020 Einkommenssteuer und Fr. 13.60 für je weitere Fr. 100.
- Für Ehegatten, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, sowie für verwitwete, gerichtlich oder tatsächlich getrennt lebende, geschiedene und ledige Steuerpflichtige, die allein mit Kindern zusammenleben, beträgt die Einkommenssteuer (Verheiratentarif): bis zu einem Einkommen von Fr. 13 000 keine Einkommenssteuer und Fr. 6 für je weitere Fr. 100, für Fr. 16 000 Einkommen Fr. 180 und Fr. 8 für je weitere Fr. 100.

2.4 Graubünden

Gemäss Art. 3 StG GR kann der Grosse Rat jährlich den Steuerfuss in Prozenten der einfachen Kantonssteuer festsetzen, wobei dieser zwingend für natürliche und juristische Personen gilt. Mit einer Motion, die am 29. Mai 2002 im Kantonsparlament eingereicht wurde, wird angestrebt, dass der Grosse Rat zukünftig getrennt über die Festlegung des Steuerfusses der natürlichen und juristischen Personen befinden kann. Begründet wird dies damit, dass die Notwendigkeit einer Steuererhöhung nicht

ausgeschlossen werden kann, indessen aus Gründen der Standortattraktivität gleichzeitig eine steuerliche Entlastung der juristischen Personen anzustreben ist. Gleichzeitig soll die Gewinn- und Kapitalsteuerbelastung reduziert werden. Die steuerliche Belastung der juristischen Personen liegt derzeit im interkantonalen Vergleich über dem Mittel.

2.5 Jura

In Ausführung der Initiative «Für angemessene Vermögenssteuer- und Mietwerte sowie eine vernünftige und Anreize schaffende Besteuerung des Grundeigentums» hatte der Kantonsrat mit Beschluss vom 21. Dezember 2001 den Grundsatz der Ermittlung von vorsichtigen und mässigen Vermögenssteuer- und Mietwerten in das Steuergesetz eingefügt und gleichzeitig eine allgemeine Senkung der Vermögenssteuerwerte der Liegenschaften um 7,5 % und der Mietwerte um 5 % beschlossen. Dagegen hatten die Initianten Rekurs beim Verfassungsgerichtshof des Kantonsgerichts eingereicht. Mit Urteil vom 24. April 2002 wurde dieser in der Zwischenzeit abgewiesen, soweit mit ihm geltend gemacht wurde, dass mit den beschlossenen Änderungen des Steuergesetzes die Begehren der Initiative nicht erfüllt würden. Dagegen wurde der Rekurs insoweit gutgeheissen, als die Initiative auch die Aufnahme einer Gesetzesgrundlage für steuerliche Erleichterungen oder Kompensationsmassnahmen zum Zwecke der Wohneigentumsförderung verlangt. Dabei erwog der Verfassungsgerichtshof insbesondere, dass hier Massnahmen im Bereiche des Handänderungs-, des Grundstückgewinn- sowie des Erbschafts- und Schenkungssteuerrechtes rechtlich nicht ausgeschlossen seien. Über die Verfassungskonformität einer allgemeinen Senkung der Vermögenssteuerwerte der Liegenschaften um 7,5 % hat demgegenüber der Verfassungsgerichtshof noch nicht entschieden.

2.6 Neuenburg

Eine von der Handels- und Industriekammer des Kantons Neuenburg lancierte Volksinitiative verlangt die Reduktion der Einkommenssteuern der natürlichen Personen um 12 % (in drei Jahresschritten von je 4 %) und eine Reduktion der Gewinnsteuern der juristischen Personen um 25 %.

Der Vorstoss liegt derzeit bei der Regierung. Im Herbst 2002 soll dem Grossen Rat eine entsprechende Gesetzesrevision unterbreitet werden.

2.7 Tessin

Das Kantonsparlament hat am 4. Juni 2002 die Gesetzesrevision für den Übergang zur Gegenwartsbemessung der natürlichen Personen (ab Jahr 2003) gutgeheissen.

Diese Revision enthält sowohl eine Korrektur der Steuertarife (Neutralisierung des Überganges zur Gegenwartsbemessung) als auch Reduktionen der Steuerbelastung für natürliche und juristische Personen:

- Zusätzlicher Abzug für Steuerpflichtige ohne Beiträge an die zweite und dritte Säule (von Fr. 4000 für verheiratete Personen bzw. Fr. 2000 für die übrigen Steuerpflichtigen) für die Einlagen, Prämien und Beiträge für die Lebens-, Kranken- und Unfallversicherungen sowie für die Zinsen von Sparkapitalien;
- Erhöhung des Abzuges für minderjährige oder in der beruflichen Ausbildung stehende Kinder sowie für unterstützungsbedürftige Personen (von Fr. 8000 auf Fr. 10 400);
- Erhöhung des Maximalabzuges für im Studium befindliche Kinder (von Fr. 5600 auf Fr. 12 400);
- Erhöhung des Abzuges bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten (von Fr. 4400 auf Fr. 7000);
- Ermässigung des Steuertarifs für alleinstehende Steuerpflichtige;
- Erhöhung der steuerfreien Quote bei der Vermögenssteuer von Fr. 100 000 auf Fr. 200 000;
- Herabsetzung des Kapitalsteuersatzes der juristischen Personen von 2% auf 1,5%.

2.8 Thurgau

Beim Grossen Rat ist eine Vorlage zur Teilrevision des Steuergesetzes hängig. Dabei geht es um die Reduktion der Kapitalsteuer um einen Drittel von bisher 1,5% auf 1%.

2.9 Zürich

Im Zusammenhang mit den hängigen Vorstössen zum Grundsteuerrecht lehnt der Regierungsrat bei der Besteuerung der Grundstückgewinne einen Übergang zum dualistischen System ab, da dies mit zu grossen Ausfällen für die Gemeinden verbunden wäre. (Im Kanton Zürich wird die Grundstückgewinnsteuer ausschliesslich als Steuer der politischen Gemeinden erhoben.) Zudem lehnt der Regierungsrat die Abschaffung der Handänderungssteuer ab. (Auch diese wird als Steuer der politischen Gemeinden erhoben.)

Ein von der Regierung ausgearbeitetes Steuerpaket für natürliche Personen sieht einen Ausgleich der kalten Progression, eine Erhöhung der persönlichen und der Kinderabzüge sowie die Abschaffung der obersten Progressionsstufe vor. Mit der Teilrevision des Steuergesetzes, die gegenwärtig vom Kantonsrat beraten wird, sollen die Forderungen verschiedener pender Vorstösse ins Gesetz aufgenommen werden. Beantragt werden:

- Anhebung der Progressionsstufen im Einkommens- und Vermögenssteuertarif sowie der Abzüge und steuerfreien Beträge um 4,5 %;

- Erhöhung des persönlichen Abzuges für Alleinstehende auf Fr. 6200 (+ Fr. 700), für Verheiratete auf Fr. 12 400 (+ Fr. 1400);
- Erhöhung des Kinderabzuges auf Fr. 6100 (+ Fr. 700);
- Streichung der obersten Progressionsstufe von 13 % (einfache Staatssteuer). Nach Ausgleich der kalten Progression und Erhöhung der persönlichen Abzüge würde die höchste Stufe von 12 % bei Einkommen ab Fr. 173 900 (Alleinstehende) bzw. ab Fr. 262 500 (Verheiratete) einsetzen.

Am 6. Februar 2002 verabschiedete der Regierungsrat eine Teilrevision des Steuergesetzes betreffend die juristischen Personen. Die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaften sollen statt wie bisher gemäss einem renditeabhängigen Dreistufentarif neu proportional besteuert werden. Für sie soll neu eine Gewinnsteuer von 8 % des steuerbaren Reingewinns gelten (einfache Staatssteuer). Damit sollen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften ab einer Rendite von 10 % entlastet werden. Die resultierende Mehrbelastung der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften mit tieferen Renditen will die Regierung durch eine Reduktion der Kapitalsteuer von 1,5% auf 0,75% auffangen (einfache Staatssteuer).

Im Weiteren wurden in der Zwischenzeit zwei Postulate eingereicht: Zum einen wird einmal mehr der Regierungsrat eingeladen, «umgehend Massnahmen zu einer substanziellen Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung auf Ebene der Kapitalgesellschaften oder auf Ebene der Anteilhaber vorzusehen»; zum anderen wird der Regierungsrat «gebeten, zur besseren steuerlichen Beurteilung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels ähnliche Kriterien wie der Kanton Bern festzulegen, die zum Verzicht auf die Besteuerung von Einkommen aus selbständiger Tätigkeit führen und somit dann auch nicht weiter geprüft werden müssen (Negativkatalog).» Zu beiden Vorstössen steht die Stellungnahme des Regierungsrates noch aus.

Geplant ist des Weiteren eine Revision des zürcherischen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes.

3 Doppelbesteuerungsabkommen

3.1 Nachtrag zum 1. Quartal 2002

Die Eidg. Steuerverwaltung hat erst im April die Bestätigung erhalten, dass am 22. Februar 2002 die diplomatische Note der *Ukraine* eingegangen ist, der zufolge dessen innerstaatliches Verfahren für das Inkrafttreten des Einkommens- und Vermögenssteuerabkommens vom 30. Oktober 2000 abgeschlossen worden ist. Nachdem die Schweiz ihrerseits diese Tatsache der Ukraine bereits zu einem früheren Zeitpunkt notifiziert hatte, ist das Abkommen mit dieser ukrainischen Note am 22. Februar 2002 in Kraft getreten. Die Bestimmungen dieses Abkommens werden ab dem 1. Januar 2003 Anwendung finden. Dies bedeutet, dass das Abkommen über Steuerfragen vom 5. September 1986 mit der ehemaligen Sowjetunion im bilateralen Verhältnis auf diesen Zeitpunkt ausser Kraft tritt und – da die Ukraine die letzte Nachfolgerepublik der ex-Sowjetunion war, für welche es noch anwendbar war – gegenstandslos wird. – Das Abkommen begrenzt die Steuer des Quellenstaates auf Dividenden aus Beteiligungen von mindestens 20 % auf 5 % und auf den übrigen Dividenden auf 15 %. Für Zinsen sieht es eine Quellensteuer von 10 % vor, wobei Zinsen im Zusammenhang mit Kreditverkäufen von gewerblichen, kaufmännischen oder wissenschaftlichen Ausrüstungen und von Waren, Zinszahlungen für von einer Bank gewährte Darlehen sowie Zinszahlungen an den anderen Vertragsstaat, eine seiner politischen Unterabteilungen oder lokalen Körperschaften von jeglicher Quellenbesteuerung ausgenommen sind. Bei den Lizenzgebühren ist zu unterscheiden zwischen Urheberrechten an literarischen oder künstlerischen Werken einerseits sowie Vergütungen für die Benutzung oder das Recht auf Benutzung von wissenschaftlichen Werken und industriellen Lizenzen (aufgrund einer Bestimmung des Protokolls fallen Leasingzahlungen nicht unter den Begriff der Lizenzgebühren) andererseits. Während erstere im Quellenstaat mit 10 % besteuert werden können, sind die übrigen Lizenzgebühren von jeglicher Quellensteuer befreit. – Im Vergleich zum bisher geltenden Abkommen mit der ehemaligen Sowjetunion, welches keine Regelungen für die Besteuerung von Dividenden und von Zinsen enthielt und damit für solche Einkünfte keine Entlastung von der Quellensteuer vorsah, bringt das neue Abkommen eine wesentliche Besserstellung. Die hinsichtlich der Besteuerung von Lizenzgebühren getroffene Lösung stellt gegenüber dem bisher geltenden Abkommen mit der ehemaligen Sowjetunion, welches das Besteuerungsrecht für Lizenzgebühren generell ausschliesslich dem Wohnsitzstaat des Empfängers zuwies, eine marginale Verschlechterung dar, die jedoch hingenommen werden kann. – Das neue Abkommen mit der

Ukraine, das keine wesentlichen Abweichungen von der schweizerischen Abkommenspolitik enthält, schliesst im bilateralen Verhältnis weitere Abkommenslücken, die sich aufgrund des Fehlens entsprechender Bestimmungen im Abkommen von 1986 mit der ehemaligen Sowjetunion ergaben (z.B. hinsichtlich der Besteuerung von Einkünften aus unbeweglichem Vermögen, von Veräusserungsgewinnen, Verwaltungsratsvergütungen, privaten Pensionen und übrigen Einkünften sowie des Vermögens).

3.2 Entwicklungen April – Juni 2002

Am 3. April 2002 wurde das Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen mit *Usbekistan* unterzeichnet. Es entspricht weitgehend dem Musterabkommen der OECD und der schweizerischen Abkommenspolitik. – Im Bereich der Quellensteuern auf Kapitalerträgen konnten insgesamt günstige Lösungen vereinbart werden. Für Dividenden aus Beteiligungen ab 20 % beträgt das Besteuerungsrecht des Quellenstaates 5 % und für übrige Dividenden 15 %. Für Zinsen wurde eine Quellensteuer von 5 % vereinbart. Zinszahlungen auf staatlich finanzierten, garantierten oder versicherten Darlehen, Zinsen im Zusammenhang mit Kreditverkäufen von gewerblichen, kaufmännischen oder wissenschaftlichen Ausrüstungen oder von Waren sowie Zinszahlungen für ein von einer Bank gewährtes Darlehen sind indessen von der Quellenbesteuerung befreit. Lizenzgebühren können im Quellenstaat mit 5 % besteuert werden. In einer Protokollbestimmung wird überdies ausdrücklich festgehalten, dass Leasingzahlungen als Unternehmensgewinne – und nicht als Lizenzgebühren – gelten. – Bei der Definition des Begriffs der Betriebsstätte werden zusätzlich die als Verkaufsstellen dienenden Lagerhäuser und ähnlichen Einrichtungen aufgeführt. – Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit können nicht nur beim Vorliegen einer festen Einrichtung im Tätigkeitsstaat besteuert werden, sondern auch bei einem Aufenthalt von mehr als 183 Tagen innerhalb eines Kalenderjahres.

Ende April fand eine erste Verhandlungsrunde im Hinblick auf den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens mit *Aserbaidschan* statt. Diese Verhandlungen werden voraussichtlich im Juni nächsten Jahres weitergeführt.

Im Mai wurden die Verhandlungen über den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens mit *Jugoslawien* fortgesetzt. Sie konnten mit der Paraphierung eines Entwurfs für ein Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen abgeschlossen werden. Einzig im dazu gehörenden Protokoll blieb eine Bestimmung offen. Deren Bereinigung soll auf dem Korrespondenzweg erfolgen.

Am 27. Mai 2002 wurde das Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen mit *Litauen* unterzeichnet. Materiell entspricht es dem am 31. Januar 2002 unterzeichneten Abkommen mit Lettland, über dessen wichtigste Bestimmungen in der Gesetzgebungs-Agenda 2002/2 orientiert wurde.

Ende Mai wurden die im August vergangenen Jahres aufgenommenen Verhandlungen über den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens mit dem *Iran* weitergeführt. Dabei konnte in allen Punkten eine Einigung erzielt und ein Entwurf für ein Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen paraphiert werden.

Am 5. Juni trat das am 26. Januar 2001 unterzeichnete Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen mit *Kirgisistan* in Kraft. Dieses Abkommen wird für Quellensteuern ab dem 1. Januar 2003 anwendbar. Für veranlagte Steuern ist eine Rückwirkung auf den 1. Januar 2002 vorgesehen. – Auf Dividenden aus Beteiligungen von mindestens 25% beträgt das Besteuerungsrecht des Quellenstaates 5% und auf den übrigen Dividenden 15%. Die Quellensteuern auf Zinsen und Lizenzgebühren werden auf 5% begrenzt. Leasingzahlungen fallen nicht unter die Definition der Lizenzgebühren, sondern gelten als Unternehmensgewinne. – Bauausführungen und Montagen begründen eine Betriebsstätte, wenn die Dauer zwölf Monate übersteigt. Ausgenommen sind in dessen Montagearbeiten an vom Unternehmen selbst hergestellten Maschinen und Anlagen. Solche Arbeiten sind ungeachtet deren Dauer nicht betriebsstättebegründend. – Gewinne aus dem Betrieb von Seeschiffen und Luftfahrzeugen im internationalen Verkehr können nur in dem Staat besteuert werden, in dem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung des Unternehmens befindet. Diese Bestimmung wurde auf den internationalen Verkehr mit Strassenfahrzeugen ausgedehnt.

Das Einkommens- und Vermögenssteuerabkommen mit *Estland* wurde am 11. Juni 2002 unterzeichnet. Der einzige nennenswerte Unterschied zu den Abkommen mit den beiden anderen baltischen Staaten Lettland (vgl. Gesetzgebungs-Agenda 2002/2) und Litauen besteht darin, dass im Abkommen mit Estland auf die Begrenzung des territorialen Anwendungsbereichs des Abkommens auf das Festland und auf die Territorialgewässer verzichtet werden konnte.

Impressum (Fortsetzung)

IFF Beirat Steuerrecht

Dr. Kurt Arnold
Prof. Dr. Peter Athanas
Dr. Ruedi Baumann
Dr. Ivo P. Baumgartner
Dr. Ulrich Cavelti
Yvon de Coulon, tit. brevet avocat
Dr. Marco Duss
Lic. iur. Urs Hartmann
Dr. Walter Jakob
Dr. Heinz Keller
Dr. Urs Landolf
Alfred Meier, Fürsprecher
Dr. Thomas Meister
Prof. Dr. Xavier Oberson
Prof. Dr. Markus Reich
Dr. Alfred Storck
Prof. Dr. Klaus A. Vallender
Prof. Dr. Robert Waldburger
Lic. iur. Rainer Zigerlig

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, beginnend mit:

- Ausgabe 2001/1
 Ausgabe 2002/1

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:
