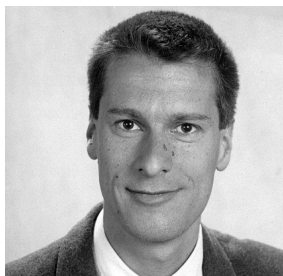


Internationale Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften im Schweizer Steuerrecht (1. Teil)

Ein Vergleich des Schweizer Rechts – einschliesslich der vom Ständerat im März 2001 im Rahmen des Fusionsgesetzes beschlossenen Änderungen – mit den entsprechenden Bestimmungen des EU-Steuerrechts

Dr. iur. Pascal Hinny*



Rechtsanwalt und
dipl. Steuerexperte, zurzeit
London School of Economics

Inhalt

In dieser Ausgabe:

1	Einführung
1.1	Zweck und Umfang der Untersuchung
1.2	Definitionen
1.3	EU-Steuerrecht im Überblick
2	Gesellschaftsrecht
2.1	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
3	Einkommenssteuerrecht
3.1	Realisationskonzept bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen
3.2	Einfluss der Unternehmenssteuerreform 1997 und der Botschaft zum Fusionsgesetz auf die grenzüberschrei- tenden Umstrukturierungen
3.3	Neuerungen im Rahmen des Fusionsgesetzes
3.4	Vergleich mit der EU-Fusionsrichtlinie
3.5	Gesellschaftsebene
3.5.1	Grenzüberschreitende Fusion
3.5.1.1	Geltendes Recht
3.5.1.2	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
3.5.1.3	Europakompatibilität
3.5.1.3.1	Echte Fusion und Spaltung
3.5.1.3.2	Ausgleichsleistungen
3.5.1.3.3	Fusionsgewinn bei Absorption
3.5.2	Grenzüberschreitende Spaltung
3.5.2.1	Geltendes Recht
3.5.2.2	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
3.5.2.2.1	Grenzüberschreitende Tochterausgliederung
3.5.2.2.2	Teilbetrieb
3.5.2.2.3	Wegfall Sperrfrist
3.5.2.3	Europakompatibilität
3.5.2.3.1	Begrenzter Anwendungsbereich der Fusions- richtlinie
3.5.2.3.2	Teilbetrieb
3.5.2.3.3	Ausgleichsleistungen

3.5.2.3.4	Veräusserungssperrfrist
3.5.3	Grenzüberschreitende Quasifusion
3.5.3.1	Geltendes Recht
3.5.3.2	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
3.5.3.2.1	Quasifusion
3.5.3.2.2	Ersatzbeschaffung
3.5.3.3	Europakompatibilität
3.5.4	Übertragung einer ausländischen Betriebstätte
3.5.4.1	Europakompatibilität
3.5.5	Übertragung einer Schweizer Betriebstätte
3.5.5.1	Europakompatibilität
3.6	Anteilsinhaber
3.6.1	Beteiligung im Privatvermögen
3.6.2	Beteiligung im Geschäftsvermögen
3.6.2.1	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
3.6.3	Europakompatibilität
3.7	Verrechnungssteuer
3.7.1	Emigrationstransaktionen
3.7.1.1	Europakompatibilität
3.7.2	Immigrationstransaktionen

In der nächsten Ausgabe:

4	Emissionsabgabe
4.1	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
4.2	Europakompatibilität
5	Umsatzabgabe
5.1	Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat
5.2	Europakompatibilität
6	Mehrwertsteuer
6.1	Europakompatibilität (des Meldeverfahrens)
7	Ergebnis und Postulate
7.1	Generelles Postulat
7.2	Einkommenssteuern, einschliesslich Verrechnungssteuer
7.2.1	Beurteilung
7.2.2	Postulate
7.3	Stempelabgaben
7.3.1	Beurteilung
7.3.2	Postulate
7.4	Mehrwertsteuer
7.4.1	Beurteilung
7.4.2	Postulate
	Literatur
	Botschaften, Kreisschreiben und Merkblätter

1 Einführung

1.1 Zweck und Umfang der Untersuchung

Die letzten zehn Jahre waren von der Globalisierung und Internationalisierung des Welthandels geprägt. Zahlreiche Unternehmen haben zu weltweit agierenden Unternehmen fusioniert. Trotz einer gewissen, zwischenzeitlich eingetretenen Ernüchterung ist eine vermehrt international tätige Wirtschaft zurückgeblieben. Auch Staaten haben sich zu internationalen Wirtschaftsgemeinschaften zusammengeschlossen, wie zum Beispiel die EU. Dennoch liegt die Steuerhoheit hinsichtlich der verschiedenen Konzerngesellschaften nach wie vor bei den einzelnen (Mitglied-)Staaten. Trotz Globalisierung möchten sie ihren angemessenen Anteil am Gewinn der Unternehmen besteuern. Gleichzeitig sind sie sich bewusst, dass ihre Standortattraktivität für global agierende Unternehmen unter anderem von einem attraktiven Steuerregime abhängt. Unternehmen wünschen sich natürlich konzernweit nachhaltig eine möglichst geringe Besteuerung des Gewinnes. Attraktiv sind v.a. tiefe Steuersätze verbunden mit einer schmalen Berechnungsbasis und die Möglichkeit, Verluste konzernweit verrechnen zu können. Daneben sollen steuerliche Friktionen an den verschiedenen Landesgrenzen möglichst vermieden werden; sei dies bei Verrechnungspreisen, Quellensteuern oder grenzüberschreitenden Umstrukturierungen.¹

Die Schweiz ist ein verhältnismässig kleiner Wirtschaftsraum, womit Umstrukturierungen sehr viel schneller zu grenzüberschreitenden Umstrukturierungen werden. Dies ist umso bedeutsamer, als sich die Schweiz als Standort für international operierende Unternehmungen (unter anderem Holdinggesellschaften) profilieren möchte.²

Die Schweiz liegt inmitten der EU, welche zugleich ihr wichtigster Handelspartner ist. Es drängt sich daher auf, das schweizerische Umstrukturierungsregime mit dem-

jenigen innerhalb der EU zu vergleichen. Auch der Bundesrat tut dies. Er spricht sich «auf Grund der internationalen Vernetzung der Schweizer Wirtschaft» unabhängig von einem Beitritt zur EU für eine Harmonisierung mit dem Recht der EU aus.³ Einige der im Entwurf für ein Fusionsgesetz und in den entsprechenden steuerlichen Bestimmungen vorgesehenen Neuerungen sind zumindest von entsprechenden Normen der EU inspiriert.⁴ Es stellt sich hier die Frage, wo allfälliger weiterer Handlungsbedarf besteht. Dabei muss aber beachtet werden, dass das schweizerische grenzüberschreitende Umstrukturierungsrecht nicht nur gegenüber einer bestimmten Gruppe von Staaten, sondern generell gilt. Das hier der Schweizer Rechtsordnung gegenüber gestellte EU-Steuerrecht gilt demgegenüber nur zwischen EU-Mitgliedstaaten. Das steuerliche Verhalten der EU-Staaten gegenüber Drittstaaten ist von der EU-Gesetzgebung nicht erfasst und in keiner Weise harmonisiert.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf Umstrukturierungen (Fusionen, Spaltungen und Quasifusionen) von in verschiedenen Staaten ansässigen Unternehmen. Dies schliesst einerseits rein nationale Umstrukturierungen und andererseits Umwandlungen und Sitzverlegungen aus. Eingeschlossen ist aber die im Zuge einer internationalen Umstrukturierung erfolgende Übertragung von in- und ausländischen Betriebstätten in einem (aus Sicht der Vertragsparteien) Drittstaat. Die Umstrukturierungen sollen hinsichtlich ihrer Einkommens-, Gewinn-, Mehrwertsteuer- und Stempelsteuerfolgen auf Gesellschafts- und Anteilsinhaberebene untersucht werden.⁵ Dabei werden auch die am 21. März 2001 vom Ständerat (im Rahmen der parlamentarischen Beratungen des Fusionsgesetzes [*E-FusG*]) beschlossenen Änderungen des Steuerrechts einbezogen (jeweils bezeichnet als *E-DBG* oder *E-StG*). Zum heutigen Zeitpunkt wird dem Vernehmen nach davon ausgegangen, dass die ständerätliche Fassung im Nationalrat nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird.⁶

* Meinem Kollegen, Herrn lic. iur. Markus E. Kronauer, Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte, danke ich herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskriptes und für wertvolle Anregungen.

1 Vgl. etwa MORTON, 2000, 236 f.

2 Siehe diverse parlamentarische Vorstösse, u.a. aufgelistet in Botschaft zur Reform der Unternehmensbesteuerung 1997, 9 ff. (zur Bedeutung der Holdinggesellschaften siehe ausserdem 13) sowie DAVID, 1996, 355 ff.

3 Botschaft FusG, 4515.

4 So beispielsweise bei den Begriffen «Betrieb» und «Teilbetrieb», Botschaft FusG, 4507, sowie bei der neu eingeführten Quasifusion, Botschaft FusG, 4508.

5 Zur Problematik der Grundsteuerfolgen siehe etwa REICH, 2000, 119 ff. und REICH, 2001, 18 ff. mit weiteren Verweisungen. Vgl. auch die Pressemitteilung der WAK Nationalrat vom 5. Juli 2001, wonach gestützt auf Art. 122 Bundesverfassung den Kantonen die Erhebung der Handänderungssteuer bei Fusionen verboten werden soll.

6 Die vom Bundesrat in der Botschaft FusG, 4574 ff., vorgeschlagenen Änderungen (vergleiche dazu REICH, 2001, 4 ff.) wurden in der Frühjahrsession des Ständerates vom 21. März 2001 erheblich abgeändert. Bundesrat Villiger hat anlässlich dieser parlamentarischen Beratung diese vom Ständerat beschlossenen Änderungen wie folgt kommentiert: «Bei den Anträgen können wir faktisch überall Ihrer Kommission folgen. Wir haben den Eindruck, dass Ihre Kommission das Gesetz in wesentlichen Teilen verbessert hat. Wir geben das auch von der Verwaltung und vom Bundesrat her gerne zu. Es ist vor allem gelungen, die Flexibilität für die Unternehmen im Bereiche der Umstrukturierungen noch zu erhöhen, ohne Missbrauchsmöglichkeiten zu schaffen.» Amtl. Bull. SR, 21. März 2001, 162. Angesichts dieser Aussage scheint von bundesrätlicher Seite keine weitere Opposition zu erwarten zu sein. Dem Vernehmen nach soll auch die WAK Nationalrat, welche am 2. Juli 2001 ihren Mitbericht zuhanden der Rechtskommission des Nationalrats beraten hat, die ständerätliche Fassung nicht grundsätzlich angezweifelt haben.

1.2 Definitionen

Die folgenden Begriffe werden verwendet:

Fusion Im Rahmen einer Fusion überträgt Gesellschaft T (target corporation) sämtliche Aktiven und Passiven als Sacheinlage auf Gesellschaft A (acquiring corporation). Die T-Aktionäre erhalten im Gegenzug A-Aktien (*Annexion*). Alternativ übertragen die beiden Gesellschaften T1 und T2 sämtliche Aktiven und Passiven auf die (neugegründete) Drittgesellschaft A. Die Aktionäre von T1 und T2 erhalten im Gegenzug A-Aktien (*Kombination*). Als dritte Variante übernimmt Gesellschaft A (Muttergesellschaft) sämtliche Aktiven und Passiven ihrer Tochtergesellschaft T (*Absorption*). Die Ausgabe von Aktien erübrigt sich bei dieser Transaktion.

Die Fusion kann gesellschaftsrechtlich als Fusion im Sinne von Art. 748 OR, d.h. als echte Fusion mit *Universalsukzession* (Gesamtrechtsnachfolge) durchgeführt werden. Alternativ kann die Fusion aber auch als *Geschäftsübernahme* (Art. 181 OR) mit Übertragung der Aktiven nach den Regeln der *Singularsukzession* durchgeführt werden.⁷

Spaltung Bei der *vertikalen Spaltung* überträgt Gesellschaft T einen Teil ihrer Aktiven und Passiven auf Gesellschaft A. (Alternativ überträgt T alle Aktiven und Passiven auf mindestens zwei Gesellschaften A1 und A2: *split-up*; bis auf die Kapitalherabsetzung gelten die folgenden Ausführungen sinngemäss.) Wird das Aktienkapital von T im Umfange des neuen Kapitals von A herabgesetzt, so spricht man von einem *split-off*. Führt T keine Kapitalherabsetzung durch, spricht man von einem *spin-off*. Erhalten alle Aktionäre von T auch Aktien von A, so wird A zur *Schwester-gesellschaft* von T. Erfolgt demgegenüber auch eine Trennung auf Aktionärsstufe, so

dass die Aktionäre nach der Spaltung nur noch entweder T- oder A-Aktien (unter Rückgabe der T-Aktien) halten, spricht man von einer *Realteilung* in *Parallelgesellschaften*.

Bei einer *horizontalen Spaltung* oder (*Tochter-)**Ausgliederung* überträgt die Gesellschaft T einen Teil ihrer Aktiven und Passiven auf ihre (neue) Tochtergesellschaft A. Spaltet T in eine bereits bestehende Tochtergesellschaft ab, so ist keine Ausgabe von A-Aktien an T notwendig.

Die Spaltung kann unter geltendem schweizerischem Gesellschaftsrecht nur in Form der *Singularsukzession* erfolgen. Der Vorschlag für ein Fusionsgesetz (FusG) sieht neu die Spaltung mit *Universalsukzession* vor (Art. 29 ff. E-FusG).

Quasifusion Bei der Quasifusion überträgt Gesellschaft B ihre T-Beteiligung an A. B erhält im Gegenzug A-Aktien.⁸ Die Aktiven und Passiven von T bleiben von diesem Vorgang unberührt.

Transaktionen von der Schweiz ins Ausland werden als *Emigrationstransaktion* bezeichnet (z.B. Emigrationsfusion, wobei die Schweizer Gesellschaft T in die ausländische Gesellschaft A hinein fusioniert wird; der Schweizer T-Betrieb wird zur Schweizer Betriebstätte von A). Umgekehrt werden Transaktionen, bei welchen die aufnehmende Gesellschaft A in der Schweiz ansässig ist oder wird, als *Immigrationstransaktionen* bezeichnet.

1.3 EU-Steuerrecht im Überblick

Materiellrechtlich werden grenzüberschreitende Umstrukturierungen im EU-Raum hinsichtlich Einkommens- und Gewinnsteuer hauptsächlich von der *Fusionsrichtlinie (FRL)*⁹ geprägt. Soweit eine grenzüberschreitende Fusion auch grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen umfasst, ist zudem die *Mutter-Tochter-Richtlinie*¹⁰ anwendbar. Was die Mehrwertsteuerpflicht von Lieferungen und Dienstleistungen im Rahmen von Umstrukturierungen anbetrifft, so ist vorab die *sechste*

7 Details mit weiteren Verweisungen in Botschaft FusG, 4359 f., 4391 ff. und 4421.

8 Vielfach wird dabei verlangt, dass die Übernehmerin das Quorum gemäss Art. 704 OR erreicht, d.h. stimmrechtsmässig mindestens eine Beherrschung von $\frac{2}{3}$ der an der GV vertretenen Aktien sowie die absolute Mehrheit der an der GV vertretenen Aktien: WIRZ, 1997, 15 ff.; HÖHN/WALDBURGER, 1999, 487. Die Fusionsrichtlinie (FRL) verlangt in Art. 2(d) eine stimmrechtsmässige Beherrschung.

9 Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (90/434/EWG), ABl. 1990 L 225/1 vom 20.8.1990.

10 Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG), ABl. 1990 L 225/6 vom 20.8.1990.

*Umsatzsteuerrichtlinie*¹¹ bedeutsam. Die Übertragung von Wertpapieren und die Einlagen in das Gesellschaftskapital schlussendlich werden durch die *Kapitaleinbringungsrichtlinie*¹² harmonisiert.

Im gesellschaftsrechtlichen Bereich sind insbesondere die *Verschmelzungsrichtlinie*¹³ und die *Spaltungsrichtlinie*¹⁴ massgebend. Diese beiden Richtlinien regeln lediglich nationale Fusionen und Spaltungen. Im grenzüberschreitenden Bereich wurde der *Entwurf* für die *grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie*¹⁵ bisher nicht angenommen. Für grenzüberschreitende Spaltungen existiert kein Richtlinienentwurf.

2 Gesellschaftsrecht

Die Umstrukturierung von Gesellschaften ist im schweizerischen Obligationenrecht nur punktuell geregelt.¹⁶ Seit 1992 lassen die Handelsregisterbehörden aber verschiedene, im Gesetz nicht vorgesehene Umstrukturierungen zu. Dies gilt auch für die grenzüberschreitende Fusion, die im geltenden IPRG¹⁷ nicht geregelt ist. Die grenzüberschreitende Fusion wird zugelassen, sofern auch der andere betroffene Staat diesen Vorgang anerkennt und bei einer (aus Schweizer Sicht) Immigrationsfusion die Übertragung des Vermögens ohne Liquidation und uno actu zulässt.¹⁸ Bei einer Emigrationsfusion (anwendbar ist hier nun das Fusionsstatut des ausländischen Staates) ist insbesondere die Anerkennung der grenzüberschreitenden Fusion im ausländischen Staat von Bedeutung. In der Schweiz wird die Gesellschaft ohne Liquidation aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.¹⁹ Die Spaltung im Wege der Universalsukzession wird in der Schweizer Rechtspraxis hingegen (weder national noch international) anerkannt.²⁰

2.1 Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat

Der Entwurf für das Fusionsgesetz sieht insbesondere neben der nun ausdrücklich zugelassenen grenzüberschreitenden Fusion auch die nationale und grenzüberschreitende echte Spaltung und Vermögensübertragung (mit Universalsukzession) vor.²¹

3 Einkommenssteuerrecht

3.1 Realisationskonzept bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen

Die Berechnung des steuerbaren Gewinnes einer Unternehmung basiert (entsprechend dem Massgeblichkeitsprinzip) auf dem Saldo der (handelsrechtskonformen) Erfolgsrechnung (Art. 58(1)(a) DBG).²² Dieser Saldo wird angepasst, wo steuerliche Korrekturvorschriften dies vorsehen.²³

Handelsrechtlich sind bei der Veräusserung von Aktiven (oder Passiven) keine Gewinne auszuweisen, soweit das Entgelt wirtschaftlich identisch ist, d.h. die untergehenden Beteiligungsrechte durch neue bzw. zusätzliche Beteiligungsrechte ersetzt werden.²⁴ In einem grenzüberschreitenden Kontext wird dieses Konzept allerdings durch die Liquidationsfiktion in Art. 58(1)(c) DBG gestört. Ihr zufolge werden einer Liquidation (welche die Realisation der stillen Reserven bewirkt) die Verlegung des Sitzes, der Verwaltung, eines Geschäftsbetriebs oder einer Betriebstätte ins Ausland gleichgestellt. Diese Intervention wird allerdings wiederum neutralisiert durch Art. 61(1) DBG, wonach bei qualifizierten Umstrukturi-

11 Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (77/388/EWG), ABl. 1977 L 145/1 vom 13. 6. 1977.

12 Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG), ABl. 1969 L 249/25 vom 3. 10. 1969, geändert durch Richtlinie des Rates vom 9. April 1973 (73/79/EWG), ABl. 1973 L 103/13 vom 18. 4. 1973, Richtlinie des Rates vom 7. November 1974 (74/553/EWG), ABl. 1974 L 303/9 vom 13. 11. 1974 und Richtlinie des Rates vom 10. Juni 1985 (85/303/EWG), ABl. 1985 L 156/23.

13 Dritte Richtlinie vom 9. Oktober 1978 gemäss Art. 54 Abs. 3 Bst. g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. 1978 L 295/36 vom 20. 10. 1978.

14 Sechste Richtlinie vom 17. Dezember 1982 gemäss Art. 54 Abs. 3 Bst. g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG), ABl. 1982 L 378/47 vom 31. 12. 1982.

15 Kommissionsvorschlag-COM (1984) 727 endgültig [584 PC0272], Vorschlag einer zehnten Richtlinie des Rates nach Art. 54 Abs. 3 Bst. g des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften.

16 Botschaft FusG, 4340.

17 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, SR 291.

18 Botschaft FusG, 4496 ff.

19 Botschaft FusG, 4498 ff.

20 Botschaft FusG, 4343.

21 Art. 29 ff. E-FusG und Art. 163d E-IPRG.

22 Anstelle vieler HÖHN/WALDBURGER, 2001, 285 ff.; BÖCKLI, 1998/1999, 6; Art. 662a ff., 957 ff. OR.

23 HÖHN/WALDBURGER, 2001, 289 ff.

24 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, 2001, 442 f. Siehe auch BÖCKLI, 1998/1999, 6 f.

rierungen die stillen Reserven nicht besteuert werden, «wenn^{25]} die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuerwerte massgeblichen Werte übernommen werden»^{26, 27} Die Liquidationsfiktion von Art. 58(1)(c) DBG findet damit in dem Umfang Anwendung, als Aktiven nach der Umstrukturierung keiner schweizerischen Betriebstätte der aufnehmenden ausländischen Gesellschaft zuordenbar sind.

Entsprechend der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist das konkret gewählte gesellschaftsrechtliche Vorgehen für die steuerliche Beurteilung unbeachtlich.²⁸

3.2 Einfluss der Unternehmenssteuerreform 1997 und der Botschaft zum Fusionsgesetz auf die grenzüberschreitenden Umstrukturierungen

Die Unternehmenssteuerreform 1997 (in Kraft seit dem 1. Januar 1998) sowie verschiedene bundesrätliche Stellungnahmen in der Botschaft zum Fusionsgesetz vom 13. Juni 2000 haben die schweizerische Steuersituation von grenzüberschreitenden Umstrukturierungen verändert bzw. klargestellt. Es sind dies insbesondere:

- Die Ausdehnung des Beteiligungsabzuges auf Kapitalgewinne bei der Veräusserung qualifizierter Beteiligungen (Art. 70(4) DBG): Diese Änderung, einhergehend mit einer entsprechenden Übergangsbestimmung (Art. 207a(3) DBG), ermöglicht die Veräusserung von Beteiligungen (und damit auch die grenzüberschreitende Quasifusion) weitestgehend steuerneutral. Gleichzeitig wurde allerdings die Verwaltungspraxis zur verdeckten Kapitaleinlage in eine Tochtergesellschaft und damit zur Tochterausgliederung verschärft.²⁹
- Die ausschliesslich objektmässige Ausscheidung von Schweizer Betriebstätteergebnissen ausländischer Unternehmen (Art. 52(4) DBG): Sie erlaubt bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen eine eindeutige Zuordnung von Vermögenswerten und Ergebnissen zur Betriebstätte des ausländischen Übernehmers.

- Bei der fusionsweisen Übernahme einer Schweizer Gesellschaft durch eine im Ausland domizilierte Gesellschaft wird, entgegen dem Wortlaut, «von der Besteuerung der stillen Reserven nur insoweit abgesehen [...], als die übernehmende Gesellschaft den übernommenen Betrieb in der Schweiz als Betriebstätte weiterführt»:³⁰ Der Bundesrat bestätigt damit ausdrücklich, dass die in Art. 61(1) DBG vorgesehene steuerneutrale Behandlung von Umstrukturierungen gewährt wird, «soweit» (und nicht «wenn») die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht.³¹ Grenzüberschreitende Umstrukturierungen können damit unter Beachtung des Betriebstättevorbehalts gewinnsteuerneutral durchgeführt werden.³²
- Aus Art. 67(1) DBG kann abgeleitet werden, «dass zu den Verlusten aus den sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren auch die Verluste einer steuerneutral übernommenen juristischen Person gehören»:³³ Der Bundesrat macht klar, dass bei einer steuerneutralen grenzüberschreitenden Fusion oder Spaltung die aufnehmende Schweizer Betriebstätte die Verlustvorträge der übertragenen Schweizer Gesellschaft mit zukünftigen Gewinnen verrechnen darf. Er lässt offen, ob dabei sämtliche Verlustvorträge oder nur diejenigen, welche mit dem in der Betriebstätte weitergeführten «Betrieb» zusammenhängen, übergehen. Denkbar ist damit eine vollständige, eine quotenmässige (z.B. anhand des Verkehrswertanteils des auf die Betriebstätte übertragenen Nettovermögens) oder eine objektmässige Übernahme.³⁴ Letztere Variante birgt allerdings die Gefahr, dass eine geringfügige Änderung der Geschäftstätigkeit zur Verneinung der Verlustverrechnung führen könnte.

3.3 Neuerungen im Rahmen des Fusionsgesetzes

In der Fassung des Ständerates vom 21. März 2001, welche z.T. erheblich vom bundesrätlichen Vorschlag abweicht, sind gegenüber dem geltenden Recht hinsicht-

25 Gemeint ist «soweit»: Botschaft FusG, 4370; siehe dazu das Folgende.

26 Dies schliesst auch ein, dass die stillen Reserven nicht in eine steuerbefreite juristische Person (insbes. gemäss Art. 56 DBG) oder einen steuerlichen Status übergeführt werden, in welchem sie nicht mehr besteuert werden können (z.B. Holdingstatus; dies gilt insbes. auch hinsichtlich Art. 24(3) StHG).

27 Siehe Duss, 1996, 620.

28 REICH, 2000, 3 f.; Duss, 1996, 620; HÖHN/WALDBURGER, 1999, 497 f.

29 Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3.d. Kritisch HÖHN/WALDBURGER, 1999, 563 f.

30 Botschaft FusG, 4370; siehe auch REICH, 2001, 9. Obwohl die bundesrätliche Aussage im Zusammenhang mit den geplan-

ten Änderungen erfolgt, betrifft sie eine gegenüber dem geltenden Recht unveränderte Formulierung und ist damit auch unter geltendem Recht gültig.

31 Der Ständerat hat in seiner Beratung des Fusionsgesetzes im März 2001 denn auch das vom Bundesrat vorgeschlagene «wenn die Steuerpflicht weiterbesteht» durch «soweit die Steuerpflicht weiterbesteht» ersetzt, ABI. SR 2001, 166.

32 Siehe aber auch schon AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 259.

33 Botschaft FusG, 4370.

34 D.h. eine Übernahme der im Zusammenhang mit dem übertragenen Geschäftsbetrieb erlittenen Verlustvorträge. Diese Variante wird von BÖCKLI, 1998/99, 34, als «Zuordnung nach dem Verursacherprinzip» favorisiert.

lich grenzüberschreitender Umstrukturierungen vorab die folgenden steuerlichen Neuerungen bedeutsam:

- Einführung der grenzüberschreitenden Quasifusion, entsprechend der FRL;
- Klarstellung der Ersatzbeschaffungsfähigkeit von Beteiligungen;
- Wegfall der Sperrfrist bei Spaltungen;
- ausdrückliche Regelung der Steuerneutralität auf Anteilsebene;
- Umsatzabgabebefreiung bei Sacheinlage von Urkunden in eine ausländische Gesellschaft, bei Übertragung von Urkunden im Rahmen von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen sowie im Rahmen von Art. 207a(3) DBG.

3.4 Vergleich mit der EU-Fusionsrichtlinie

Die FRL soll «die Errichtung und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes» gewährleisten. Konkret sollen «die Anpassung von Unternehmen an die Erfordernisse des gemeinsamen Marktes, eine Erhöhung ihrer Produktivität und eine Stärkung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf internationaler Ebene» ermöglicht werden.³⁵ Die FRL findet unter den folgenden Bedingungen Anwendung:

- grenzüberschreitende Umstrukturierung innerhalb der EU (Art. 1);
- qualifizierende, in einem Mitgliedstaat ansässige, gewinnsteuerpflichtige Gesellschaften (Art. 3);
- qualifizierender Umstrukturierungstatbestand (Art. 2);
- kein Missbrauch (Art. 11).

Unter diesen Bedingungen gewährleistet die FRL auf Gesellschaftsebene:

- Besteuerungsaufschub hinsichtlich der stillen Reserven auf dem übertragenen Aktiv- und Passivvermögen, soweit dieses Vermögen im Übertragungsstaat steuerlich verhaftet bleibt (Betriebsstättvorbehalt) und die steuerlichen Buchwerte (Gewinnsteuerwerte) unverändert bleiben (Art. 4(1));³⁶
- Übertragung der steuerbefreiten Rückstellungen oder Rücklagen (Art. 5);
- Übertragung der steuerlich noch nicht berücksichtigten Verluste, sofern eine solche Verlustübernahme bei nationalen Umstrukturierungen vorgesehen ist (Art. 6);
- Steuerbefreiung von Fusionsgewinnen im Rahmen einer Absorption (Art. 7); sowie
- Besteuerungsaufschub auch im EU-Betriebsstättstaat hinsichtlich der übertragenen stillen Betriebsstätt-

reserven, wobei aber der Ansässigkeitsstaat der übertragenden Gesellschaft früher aus der Betriebsstätte übernommene Verluste aufrechnen darf (Art. 10(1)).

Auf Aktionärssebene gewährleistet die FRL ebenfalls einen Steueraufschub hinsichtlich der im Rahmen einer privilegierten Reorganisation ausgetauschten Beteiligungsrechte, soweit der Gewinnsteuerwert unverändert bleibt (Art. 8(1) und (2)). Barzahlungen dürfen demgegenüber besteuert werden (Art. 8(4)).

Die FRL setzt einen Minimalstandard, den die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Steuerrecht vorsehen müssen. Angesichts des Zwecks der FRL, die grenzüberschreitende Betätigung der Unternehmungen zu erleichtern, sind die Mitgliedstaaten durchaus frei, liberalere Regelungen vorzusehen.³⁷ Die FRL überlässt es dabei den Mitgliedstaaten, wie sie die vorgesehene steuerliche Privilegierung sicherstellen.

3.5 Gesellschaftsebene

3.5.1 Grenzüberschreitende Fusion

3.5.1.1 Geltendes Recht

Bei einer *Emigrationsfusion* (einschliesslich *Emigrationsabsorption*) werden die stillen Reserven nicht besteuert, wenn und soweit:³⁸

- sämtliche Aktiven und Passiven übertragen werden;
- die Aktiven und Passiven in eine Schweizer Betriebsstätte der übernehmenden ausländischen Gesellschaft übergeführt werden;
- die bisherigen Gewinnsteuerwerte unverändert fortgeführt werden.

In dem Umfang, als Aktiven und Passiven nicht einer Schweizer Betriebsstätte (sondern dem ausländischen Hauptsitz) zuordenbar sind, werden die stillen Reserven besteuert. Die Rechtsgrundlage für diese fiktive Liquidationsbesteuerung wird gemeinhin in Art. 58(1)(c) DBG gesehen.³⁹ Gemäss Art. 80(2) DBG werden dabei die aus nicht versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven, zusammen mit dem Gewinn des letzten Jahres, besteuert. Duss vertritt dabei die Auffassung, dass entsprechend der Liquidationsfiktion lediglich ein Liquidationsgewinn (ohne Einbezug eines Goodwills) anzusetzen ist.⁴⁰ Üblicherweise wird ein solcher Vorgang mit der zuständigen Steuerbehörde vorbesprochen, wobei auch

35 Präambel FRL.

36 Zum Verständnis des verklausulierten Betriebsstättvorbehalts, SASS, 1990, 2341.

37 TUMPEL, 1994, 101.

38 Art. 61(1) DBG, Botschaft FusG, 4370. Nicht erforderlich (und gesetzlich auch nicht vorgesehen) ist insbesondere die Fortführung des wirtschaftlichen Engagements: HÖHN/WALDBURGER, 1999, 505. A.A. REICH, 1996, 266.

39 Duss, 1996, 620.

40 Duss, 1996, 621 f.

die Bewertung Gegenstand dieser Absprache sein sollte. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die Bewertung einem Mittelwert entspricht.⁴¹

Bei einer *Immigrationsfusion* stellt sich die Frage der Realisation stiller Reserven hinsichtlich der einer Schweizer Betriebstätte der ausländischen Gesellschaft T zuordenbaren Aktiven und Passiven. Diese werden auf die Schweizer Gesellschaft A übertragen. Da Art. 61 DBG nicht nur für ansässige Unternehmen, sondern auch für gemäss Art. 51(1)(c) DBG beschränkt steuerpflichtige Personen gilt, kann diesbezüglich für die Steuerneutralität von den genannten Voraussetzungen ausgegangen werden.⁴² Was hingegen die neu der Schweizer Steuerhoheit unterstellten Vermögenswerte anbetrifft, so verlangt das Schweizer Steuerrecht keine Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte und damit keine Verdoppelung der stillen Reserven: Schliesslich geht es hier nicht darum, ein Schweizer Besteuerungsrecht zu sichern. Diese Vermögenswerte können daher zum Verkehrswert in die Bilanz der Übernehmerin eingesetzt werden.⁴³ Weiterhin im Ausland steuerbare Vermögenswerte (ausländische Betriebstätte der Schweizer Übernehmerin) werden in der Schweiz freigestellt (Art. 52(1) DBG). Auch sie können zum Verkehrswert in die Bilanz der Schweizer Übernehmerin eingestellt werden.

Bei einer *Immigrationsabsorption* entsteht im Umfange der Differenz zwischen dem Gewinnsteuerwert und dem (anteiligen) Eigenkapital der Beteiligung ein Fusionsgewinn oder -verlust. Die steuerliche Behandlung entspricht hier grundsätzlich der internen schweizerischen: Während sich ein Fusionsgewinn als Beteiligungsertrag für den Beteiligungsabzug qualifiziert, ist nur ein echter Fusionsverlust steuerlich abzugsfähig. Ein solcher liegt vor, sofern nicht nur das Eigenkapital, sondern auch der Verkehrswert der Beteiligung unter dem Gewinnsteuerwert der Beteiligung liegt.⁴⁴ Ein unechter Fusionsverlust darf zwar aktiviert, später aber nicht abgeschrieben werden.⁴⁵ Was die steuerliche Behandlung bzw. Bewertung der nun einer neuen ausländischen Betriebstätte bzw. dem Schweizer Hauptsitz zuordenbaren Aktiven und Passiven anbetrifft, kann auf die Immigrationsfusion verwiesen werden.

Die übernehmende Schweizer Betriebstätte (Emigrationsfusion) bzw. Schweizer Unternehmung (Immigrationsfusion) übernimmt nicht nur die Gewinnsteuerwerte, sondern sämtliche steuerlich massgebenden Attribute der Überträgerin. Dazu gehören z.B. hinsichtlich Beteiligungen die Anschaffungskosten, die Qualifikation als Alt- oder Neubeteiligung (gemäss Art. 207a(2) DBG) oder die bisherige Haltedauer der Beteiligung. Daneben übernimmt sie auch ihre Verlustvorträge.⁴⁶

3.5.1.2 Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat

DBG – gültige Fassung

Art. 61(1): Stille Reserven einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft werden nicht besteuert, wenn die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden, bei:

b. Unternehmenszusammenschluss durch Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven auf eine andere Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (Fusion nach Art. 748–750 OR oder Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR);

E-DBG – Fassung Ständerat, März 2001

Art. 61(1): Stille Reserven einer juristischen Person werden bei *Umstrukturierungen, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung*, nicht besteuert, *soweit* die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden:

Bei Fusionen gilt nur noch das allgemeine Erfordernis, dass die Steuerpflicht in der Schweiz weiterbesteht und die Gewinnsteuerwerte weitergeführt werden (Ingress). Das bisher explizit vorgesehene Erfordernis der «Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven» ergibt sich schon aus dem allgemeinen Begriffsverständnis der Fusion. Zudem wird auf einen Hinweis auf die anwendbaren gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen verzichtet. Dies entspricht dem Schweizer Verständnis, wonach das wirtschaftliche Ergebnis, und nicht das gewählte gesellschaftsrechtliche Vorgehen, für die steuerliche Beurteilung massgeblich ist. Damit soll sich bei der Fusion gegenüber der heutigen Rechtslage faktisch nichts ändern.

3.5.1.3 Europakompatibilität

Bei den unter der FRL privilegierten Fusionstatbeständen handelt es sich im Wesentlichen um die grenzüber-

41 OECHSLIN-SAUPPER, 1996/97, 260.

42 Siehe auch AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 259.

43 DUSS, 1996, 631 f.; BEHNISCH 1996, 298.

44 HÖHN/WALDBURGER, 1999, 532 f.

45 AGNER/DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, 2000, 178 f.

46 Siehe oben 3.2; Botschaft FusG, 4370; LAMPERT, 2000, 98 ff. (Fusion) und 106 ff. (Spaltung); REICH, 1996, 106 f. LAMPERT, 2000,

106 f. stellt dazu fest, dass zwar das Handelsrecht eine genügende Kapitalausstattung verlangt, dies aber die Verlustübernahme für steuerliche Zwecke in keiner Weise ausschliesst. REICH, 2001, 18, ist im Zusammenhange mit Art. 52(3) DBG gar der Auffassung, dass «Vorjahresverluste einer Betriebstätte, die erst im Zuge der Umstrukturierung zu einer Betriebstätte des in der Schweiz steuerpflichtigen Unternehmens geworden ist, so z.B. durch Absorption einer ausländischen Kapitalgesellschaft durch ein schweizerisches Unternehmen», abzugsfähig sind.

schreitende Annexion, Kombination und Absorption.⁴⁷ Alle drei Fusionsformen werden in der Schweiz gesellschafts- und steuerrechtlich anerkannt und privilegiert. Bedeutsam sind dabei v.a. die folgenden Besonderheiten (wobei die ersten beiden Aspekte auch für die nachfolgend dargestellte Spaltung gelten):

3.5.1.3.1 Echte Fusion und Spaltung

Bei der Fusion (und auch der Spaltung) verlangt die FRL, dass die übertragende Gesellschaft T «zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen» überträgt.⁴⁸ Die Richtlinie definiert diesen Vorgang nicht näher. TERRA/WATTEL und FARMER/LYAL gehen implizit davon aus, dass diese Bestimmungen auf die Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie Bezug nehmen.⁴⁹ So beschreibt beispielsweise die Verschmelzungsrichtlinie die Verschmelzung als Vorgang, «durch den eine oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine andere Gesellschaft übertragen».⁵⁰ Der Effekt dieses Vorganges wird wie folgt beschrieben:⁵¹

Die Verschmelzung bewirkt ipso jure gleichzeitig Folgendes:

- Sowohl zwischen der übertragenden Gesellschaft und der übernehmenden Gesellschaft als auch gegenüber Dritten geht das gesamte Aktiv- und Passivvermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über.
- Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft.
- Die übertragende Gesellschaft erlischt.

Dieser Vorgang entspricht in der schweizerischen Rechtsterminologie der echten Fusion mit Universalsukzession gemäss Art. 748 OR.⁵²

Die EU-Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie ermöglichen gesellschaftsrechtlich lediglich nationale Fusionen und Spaltungen. Im grenzüberschreitenden Be-

reich fehlt eine EU-Rechtsgrundlage. Angesichts dieser fehlenden Verpflichtung erlauben nur wenige Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Fusionen und Spaltungen. Die Mehrheit der Mitgliedstaaten geht zudem davon aus, dass sich eine Umsetzung der FRL bezüglich grenzüberschreitender Fusionen und Spaltungen vorläufig erübrigt.⁵³ Im Allgemeinen wird aber davon ausgegangen, dass die FRL zwischen Staaten, welche gesellschaftsrechtlich die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung zulassen, vollumfänglich anwendbar ist.⁵⁴

Die Schweiz anerkennt gegenwärtig in der Rechtspraxis die grenzüberschreitende Fusion, nicht aber die grenzüberschreitende Spaltung. Mit dem Fusionsgesetz wird vermutlich auch die grenzüberschreitende Spaltung möglich sein. Die Schweiz hätte damit dazumal als Mitglied der EU sämtliche vorgesehenen grenzüberschreitenden Reorganisationsformen steuerlich zu privilegieren.

3.5.1.3.2 Ausgleichsleistungen

Die FRL erlaubt bei der Annexion, Kombination (sowie der Aufspaltung und Quasifusion) eine Ausgleichszahlung bis maximal 10% des Nennwertes oder, bei Fehlen eines solchen, des rechnerischen Wertes dieser Anteile.⁵⁵ Der Ansässigkeitsstaat des Empfängers hat dabei das Recht, diese Ausgleichszahlung zu besteuern (Art. 8(4)).

In der Schweiz ist gesetzlich kein Limit für Ausgleichsleistungen vorgesehen. Die Rechtspraxis zu dieser Frage ist unklar: Gesellschaftsrechtlich gehen die herrschende Lehre und die Handelsregisterpraxis davon aus, dass grössere Barabfindungen anstelle des Aktientausches unzulässig sind.⁵⁶ Art. 7(2) E-FusG sieht bei der Festlegung des Austauschverhältnisses die Möglichkeit von Ausgleichszahlungen vor, die 10% des wirklichen Wertes der gewährten Anteile nicht übersteigen dürfen.⁵⁷ Der Bericht Umstrukturierungen schlug dazu vor, dass solche Ausgleichszahlungen nicht nur die Steuerneutralität auf Gesellschaftsebene nicht gefährden, sondern auch auf Anteilshaberebene steuerneutral sein sollen.⁵⁸ Letzterem Vorschlag hat

47 Art. 2(a) FRL.

48 Art. 2(a) und (b) FRL.

49 TERRA/WATTEL, 1997, 271 und FARMER/LYAL, 1994, 283.

50 Art. 3(1).

51 Art. 19(1).

52 Botschaft FusG, 4391 f. und 4421, insbes. FN 99. Zu den gesellschaftsrechtlichen Wirkungen vergleiche auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, 874 f.

53 So zum Beispiel Grossbritannien: WILLIAMS 1998, 144; BAKER 2000, 7 ff.; für einen Überblick siehe auch IBFD 1995. Kritisch zu dieser einschränkenden Auslegung der FRL allerdings BRAMWELL et. al., 1999, 951, welche davon ausgehen, dass die

entsprechenden Bestimmungen der FRL direkt anwendbar sind. A.A. BÜHLER, 2000, 262 f.

54 TUMPEL, 1994, 128; SASS, 1993, 1892.

55 Art. 2(a), (b) und (d) FRL.

56 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 1996, 888 sowie GASSER/EGGENBERGER, 1998, 465 mit weiteren Hinweisen.

57 Der Fusionsvertrag kann darüber hinaus vorsehen, dass die Gesellschafter zwischen Anteilsrechten und Abfindung wählen können: Art. 8 E-FusG.

58 Bericht Umstrukturierung, 1997, 19 (wonach «die Gegenleistung der übernehmenden Person im wesentlichen in der Gewährung von Mitgliedschaftsrechten bestehen muss»), 22 f.; STOCKAR, 1998, 53.

sich der Bundesrat (sowie der Ständerat) explizit nicht angeschlossen.⁵⁹ Demgegenüber wollte der Bundesrat den ersten Vorschlag berücksichtigen. Er schlug folgende Formulierung vor: «sofern die Gegenleistung [...] Mitgliedschaftsrechte einschliesst».⁶⁰ Der Ständerat hat zwar die entsprechende Formulierung abgeändert. Dabei deutet aber nichts darauf hin, dass nun Ausgleichsleistungen die Steuerneutralität auf Gesellschaftsebene tangieren sollen. Damit ist unter der vom Ständerat gutgeheissenen Fassung davon auszugehen, dass Ausgleichsleistungen bis zu 10% des wirklichen Wertes der gewährten Anteile die Steuerneutralität auf Gesellschaftsebene nicht beeinträchtigen. Dies entspricht im Übrigen der generell wünschbaren Angleichung an die FRL.

3.5.1.3.3 Fusionsgewinn bei Absorption

Gemäss Art. 7 FRL darf ein Fusionsgewinn aus einer Absorption einer mindestens 25%-Beteiligung keine Besteuerung auslösen. In der Schweiz werden Fusionsgewinne demgegenüber nicht freigestellt. Sie unterliegen der Gewinnsteuer und qualifizieren sich, soweit sie im Falle einer 20%-Beteiligung nicht auf frühere Abschreibungen zurückzuführen sind, für den Beteiligungsabzug.⁶¹ Die Behandlung als Beteiligungsertrag kann angesichts der schweizerischen Berechnung des Beteiligungsabzugs (insbesondere wegen des Zins- und Verwaltungskostenabzugs und der progressiven kantonalen Gewinnsteuer⁶²) zu einer gewissen (Rest-)Besteuerung führen.

3.5.2 Grenzüberschreitende Spaltung

3.5.2.1 Geltendes Recht

Bei einer Emigrationsspaltung werden die stillen Reserven auf den übertragenen (und auch den zurückbleibenden) Aktiven und Passiven nicht besteuert, sofern und soweit:⁶³

- in sich geschlossene Betriebsteile übertragen werden;⁶⁴
- die übernommenen Geschäftsbetriebe unverändert weitergeführt werden;
- die übertragenen Aktiven und Passiven in eine Schweizer Betriebstätte der übernehmenden ausländischen Gesellschaft übergeführt werden;
- die bisherigen Gewinnsteuerwerte unverändert fortgeführt werden; und
- die Beteiligungsverhältnisse während einer Dauer von fünf Jahren an beiden Gesellschaften (symmetrische Spaltung), an einer der beiden gespaltenen Gesellschaften (asymmetrische Realteilung in Parallelgesellschaften⁶⁵) oder an der Tochtergesellschaft (Ausgliederung) unverändert bleiben.⁶⁶ Unklar scheint, ob eine geringfügige Veräusserung bzw. Ausgleichszahlung bis ca. 10% unschädlich ist.⁶⁷

Holding- und Immobiliengesellschaften qualifizieren sich nur unter speziellen Umständen.⁶⁸ Die Beteiligungsausgliederung wird im nächsten Abschnitt (Quasifusion) besprochen.

Was die Zuordnung der Aktiven zu Betriebstätten, die Bewertung von bei einer Immigrationsspaltung übernommenen Vermögenswerten und die Übernahme von

59 Botschaft Fusionsgesetz, 4377 f.

60 Art. 61(1)(b) E-DBG, Fassung Bundesrat, Botschaft Fusionsgesetz, 4575 und 4372.

61 Art. 62(4) DBG. REICH, 1996, 70 f. Vgl. auch HÖHN/WALDBURGER, 1999, 533 f. Auch im Rahmen des Fusionsgesetzes ist hier, entgegen dem Vorschlag im Bericht Umstrukturierungen, 20 f., keine Änderung geplant: Botschaft FusG, 4375 f.

62 Zum Unterschied von Freistellung und Beteiligungsabzug bei proportionalen oder progressiven Gewinnsteuersätzen vgl. Botschaft Unternehmenssteuerreform 1997, 23.

63 Art. 61(1) DBG. Das Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3.d, erwähnt bei der Ausgliederung nur die horizontale Ausgliederung auf eine Schweizer Tochtergesellschaft. Falls damit Ausgliederungen auf ausländische Tochtergesellschaften ausgeschlossen werden sollen, wäre dies nicht sachgerecht. Entscheidend ist einzig, dass die übertragenen Aktiven und Passiven unter Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte in eine Schweizer Betriebstätte der ausländischen Tochtergesellschaft übergeführt werden. Siehe auch BEHNISCH, 1996, 304.

64 Bei einer horizontalen Tochterausgliederung muss lediglich ein in sich geschlossener Betriebsteil auf die Tochtergesellschaft übertragen werden. Nicht notwendig ist, dass ein solcher Betriebsteil in der Muttergesellschaft zurückbleibt: Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3.d.

65 HÖHN/WALDBURGER, 1999, 575 f.

66 Obwohl für dieses Kriterium keine konkrete gesetzliche Grundlage besteht, wird es in der Verwaltungspraxis angewendet (AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 259 und Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3.b und d) sowie von einem Teil der Literatur unterstützt (REICH, 1996, 48 ff., 55 ff., 320 ff.; ATHANAS/KUHN, 1998, 86). Vom Bundesgericht wurde die Frage soweit ersichtlich unter dem DBG oder StHG noch nicht beurteilt. In einem zum Stempelsteuerrecht ergangenen Urteil hat sich das Bundesgericht, jedoch noch unter dem Bundesratsbeschluss über die Erhebung der Bundessteuer (BdBSt, in Kraft bis Ende 1994), bejahend zu einem solchen Fristerfordernis ausgesprochen: BGE vom 22. Oktober 1992, ASA 1992/93, 832. A.A. HÖHN/WALDBURGER, 1999, 574 f. (und hinsichtlich der Tochterausgliederung 564) und HÖHN/WALDBURGER, 2001, 451, welche zwar die privilegierte Spaltung zwecks Veräusserung ebenfalls ablehnen, aber anstelle einer solchen fixen Frist eine konkrete Untersuchung verlangen, «ob eine formale Spaltung [...] auch eine Unternehmensspaltung darstellt oder ob sie eine blossere Vorbereitungshandlung im Hinblick auf die Teilliquidation darstellt».

67 Bejahend BÖCKLI, 1998/99, 9.

68 HÖHN/WALDBURGER, 1999, 576; REICH, 1996, 316 f.; Botschaft FusG, 4378.

steuerlichen Attributen anbetrifft, kann auf die bei der Fusion gemachten Ausführungen verwiesen werden.

3.5.2.2 Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat

DBG – gültige Fassung

Art. 61(1): Stille Reserven [...] werden nicht besteuert, [...] bei:
c. Aufteilung einer Unternehmung durch Übertragung von in sich geschlossenen Betriebsteilen auf andere Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, wenn die übernommenen Geschäftsbetriebe unverändert weitergeführt werden.

E-DBG – Fassung Ständerat, März 2001

Art. 61(1): Stille Reserven [...] werden [...] nicht besteuert, [...]:
b. bei der Auf- oder Abspaltung einer juristischen Person, sofern die nach der Spaltung bestehenden Beteiligungsrechte einen oder mehrere Betriebe oder Teilbetriebe verkörpern.

3.5.2.2.1 Grenzüberschreitende Tochterausgliederung

Art. 61(1)(b) E-DBG deckt nur die «Auf- oder Abspaltung», mithin die vertikale Spaltung ab. Die Ausgliederung ist davon nicht erfasst. Dies deckt sich an sich mit dem Zivilrecht. Die Ausgliederung soll nämlich durch das neue Rechtsinstitut der Vermögensübertragung (Art. 69 E-FusG) ersetzt werden.⁶⁹ Der bundesrätliche Entwurf trug dem durch eine offenere Formulierung in Art. 61(1)(b) DBG Rechnung.⁷⁰ Dort ist u.a. neutral von «Spaltung» die Rede, was ohne weiteres auch die grenzüberschreitende Ausgliederung (unter den heutigen Bedingungen) umfasst. Die ständerätliche Fassung erwähnt nun aber die Ausgliederung nicht mehr.

Das lässt mindestens drei Interpretationsmöglichkeiten offen: Die grenzüberschreitende Tochterausgliederung ist (1) zukünftig von der steuerlichen Privilegierung ausgeschlossen, (2) fällt unter den Ingress (Art. 61(1) E-DBG) und ist zulässig, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die Gewinnsteuerwerte unverändert bleiben. Ein Betriebserfordernis oder gar eine Sperrfrist wären dann nicht einzuhalten (womit die steuerneutrale verdeckte Kapitaleinlage von einzelnen Aktiven auch seitens der Eidgenössischen Steuerverwaltung [ESTV] wieder anzuerkennen wäre⁷¹). Oder aber (3) auch die Betriebstätte einer ausländischen Übernehmerin

gilt als «inländische Kapitalgesellschaft» i.S.v. Art. 61(2) E-DBG, womit Betriebe, Teilbetriebe oder betriebsnotwendiges Anlagevermögen unter Betriebstättenvorbehalt in eine ausländische Tochtergesellschaft ausgegliedert werden könnten. Zudem wäre eine fünfjährige Veräusserungssperrfrist einzuhalten. Eine Klärung findet sich in den Materialien nicht. Gemäss HÖHN/WALDBURGER rechtfertigt es sich, für die Steuerneutralität an die Auf- und Abspaltung (geldwerte Leistung an die Anteilshaber) höhere Anforderungen zu stellen als an die Ausgliederung (verdeckte Kapitaleinlage).⁷² Dies rechtfertigt das Betriebserfordernis lediglich für Auf- und Abspaltungen (Art. 61(1)(b) E-DBG). Es ist somit davon auszugehen, dass die grenzüberschreitende Tochterausgliederung – analog der nun ebenfalls nicht mehr explizit erwähnten Fusion – unter den im Ingress von Art. 61(1) E-DBG genannten Voraussetzungen steuerneutral durchführbar sein soll.

3.5.2.2.2 Teilbetrieb

Art. 61 E-DBG löst sich einerseits vom Begriff des «in sich geschlossenen Betriebs» zugunsten eines EU-konformen⁷³ «Betriebs oder Teilbetriebs» und verlangt neu auch nicht mehr, dass ein solcher übertragen wird, sondern lediglich, dass nach der Spaltung solche bestehen.⁷⁴

3.5.2.2.3 Wegfall der Sperrfrist

Entgegen dem Vorschlag des Bundesrates (und des Berichts Umstrukturierungen),⁷⁵ welcher eine «subjektive» Veräusserungssperrfrist mit Beweislastumkehr vorsah, hat der Ständerat die Sperrfrist aus dem Gesetz gestrichen. Damit ist die Sperrfrist vollständig vom Tisch. Eine solch klare Aussage des Gesetzgebers erlaubt weder die Weiterführung der bisherigen Praxis (objektive Sperrfrist) noch die Einführung einer subjektiven Sperrfrist mit Beweislastumkehr, wie vom Bericht Umstrukturierungen vorgeschlagen.

69 Botschaft FusG, 4356 f. und 4360 f.

70 Zur steuerlichen Behandlung der Vermögensübertragung siehe Botschaft FusG, 4371.

71 Vgl. auch HÖHN/WALDBURGER, 1999, 563 f.

72 HÖHN/WALDBURGER, 1999, 559.

73 Botschaft FusG, 4507.

74 Ähnlich wurde das im Übrigen hinsichtlich der Stempelabgabe vom Bundesgericht auch schon bisher gesehen (BGE vom

12. April 1984, ASA 1984/85, 437 ff., insbes. 443). Dort erscheint bedeutsam, dass das «Spaltungsprodukt» (und weniger, was übertragen wird) «mit ausreichenden Mitteln ausgestattet wird, um nach wirtschaftlichen Kriterien eine selbständige Geschäftstätigkeit längerfristig ausüben zu können». Wobei insbesondere die Möglichkeit, dass die Betriebsmittel von unbeteiligten Dritten erhältlich sind, als genügend erachtet wurde.

75 Art. 61(1^{bis}) E-DBG; Botschaft FusG, 4374; Bericht Umstrukturierungen, 1997, 28.

3.5.2.3 Europakompatibilität

3.5.2.3.1 Begrenzter Anwendungsbereich der Fusionsrichtlinie

Die FRL verlangt die Durchführung einer Spaltung im Wege der Universalsukzession.⁷⁶ Ausserdem sieht sie die Übertragung des «gesamten Aktiv- und Passivvermögens auf zwei oder mehr bereits bestehende oder neu gegründete Gesellschaften» vor. Damit ist lediglich die Aufspaltung (split-up) vorgesehen. Die in der Praxis häufiger anzutreffenden spin-off oder split-off scheinen ausgeschlossen⁷⁷. Sieht ein Staat lediglich das von der FRL vorgesehene Verfahren vor, so wäre für einen spin- oder split-off unnötigerweise die übertragende Gesellschaft zu liquidieren und eine zweite aufnehmende Gesellschaft zu gründen. Weiter schliesst Art. 2(b) die Realteilung in Parallelgesellschaften aus.⁷⁸ Dies, da die Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft A anteilig auf die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft T ausgegeben werden müssen. Dieses Erfordernis der proportionalen Zuteilung von Aktien an der Übernehmerin A verunmöglicht zudem bei der Spaltung den Auskauf einzelner Aktionäre. Diese Restriktion gilt hingegen nicht für die Fusion und die Quasifusion.⁷⁹

Art. 2(c) sieht schliesslich die Übertragung eines Teilbetriebs in eine Tochtergesellschaft vor, wobei hier keine Universalsukzession verlangt wird⁸⁰. Denkbar ist auch eine sog. Joint-Venture-Ausgliederung, wobei zwei unabhängige Unternehmen je einen oder mehrere Teilbetriebe auf eine gemeinsame Joint-Venture-Tochtergesellschaft übertragen.⁸¹ Umstritten ist, ob sich nur die Übertragung eines Teilbetriebs im Staat der übertragenden Gesellschaft oder ob sich auch die Übertragung einer ausländischen Betriebstätte der Überträgerin (mithin die Inkorporation einer ausländischen Betriebstätte als Tochtergesellschaft) unter der FRL qualifiziert.⁸²

Das Schweizer Umstrukturierungsrecht sieht damit an sich wesentlich mehr Spaltungsvarianten als die FRL

vor. Allerdings wird unter dem geltenden Recht die Spaltung mit Universalsukzession gesellschaftsrechtlich nicht anerkannt.

3.5.2.3.2 Teilbetrieb

Der Bundesrat schliesst sich hier explizit der Terminologie und der inhaltlichen Bedeutung in der FRL an.⁸³

3.5.2.3.3 Ausgleichsleistungen

Siehe oben bei 3.5.1.3.2.

3.5.2.3.4 Veräusserungssperrfrist

Wie dargestellt, wird in der Praxis – ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage – die Steuerneutralität einer Abspaltung an eine «objektive» fünfjährige Veräusserungssperrfrist gebunden. Eine solche Sperrfrist sieht die FRL bei keiner der Reorganisationsformen vor. Die Mitgliedstaaten dürfen die steuerliche Privilegierung von Umstrukturierungsformen grundsätzlich nicht an zusätzliche Voraussetzungen knüpfen. Deutschland kennt allerdings, in Anwendung des Missbrauchsvorbehalts in Art. 11 FRL, eine mit der Schweizer Regelung vergleichbare siebenjährige Veräusserungssperrfrist bei Quasifusionen⁸⁴, welche von der Literatur schon länger für EU-widrig gehalten wird.⁸⁵

Art. 11 erlaubt den Mitgliedstaaten die Anwendung der FRL zu versagen, sofern ein hauptsächlicher Beweggrund die Steuerhinterziehung oder -umgehung ist. Von einem solchen Beweggrund wird ausgegangen, wenn die Reorganisation «nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen – insbesondere der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften – beruht».⁸⁶ Der EuGH hat sich im Entscheid *Leur-Bloem*⁸⁷ mit dem Inhalt dieser Bestimmung auseinandergesetzt: Dabei ging es u.a. um eine niederländische Regelung, welche bei einer Quasifusion – in Ergänzung zu den in Art. 2(d) FRL verlangten Kriterien – verlangte,

76 Art. 2(a) und (b) FRL.

77 IBFD, 1995, 40; RÄDLER, 1994, 521, und TUMPEL, 1994, 131 f., Larking, 1990, 364.

78 IBFD, 1995, 22 f.

79 TERRA/WATTEL, 1997, 272.

80 SASS, 1993, 1892.

81 SASS, 1990, 2344.

82 Bejahend: HOSSON, 1991, 352 f. Verneinend: LARKING, 1990, 364.

83 Botschaft FusG, 4507.

84 § 26(2) Deutsches UmwStG; siehe BOGENSCHÜTZ, 2000, 613.

85 IBFD, 1995, 201; FÖRSTER/SCHOLLMER, 1995, 860; TERRA/WATTEL, 1997, 281: «We submit as an anti-abuse measure, such long

holding periods are disproportionate if the participating companies are denied the possibility, during that period, of demonstrating that there were bona fide commercial reasons for disposing of the shares obtained within that period.» Ähnlich: FARMER/LYAL, 1994, 292.

86 Art. 11(1)(a) FRL. Offenbar kann nach dem Ratsprotokoll im Zusammenhang mit dem Beschluss der FRL (welches allerdings weder öffentlich zugänglich noch für die Auslegung von Richtlinien von Bedeutung ist [EuGH-Entscheid *Epson*, C-375/98 vom 8. Juni 2000, Ziff. 26]) von Art. 11(1) FRL Gebrauch gemacht werden, wenn die erhaltenen Anteile in «rascher Zeitfolge» wieder veräussert werden: SASS, 1993, 1893. Was nun jedoch durch den nachfolgend dargestellten EuGH-Entscheid *Leur-Bloem* stark relativiert wurde.

87 C-28/95 vom 17. Juli 1997.

dass «[sich] das Unternehmen dieser Gesellschaft und das einer anderen in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht dauerhaft zu einer Einheit verbinden».⁸⁸ Der EuGH stellte dazu fest, dass auch die «Neubildung einer Holdinggesellschaft, die als solche kein Unternehmen besitzt [...], auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen beruhen» kann. «Es ist auch nicht ausgeschlossen – auch wenn dies einen Anhaltspunkt für eine Steuerhinterziehung oder -umgehung darstellen kann –, dass mit einer Fusion durch Austausch von Anteilen, die auf die Schaffung einer bestimmten Struktur für begrenzte Zeit und nicht auf Dauer abzielt, vernünftige wirtschaftliche Gründe verfolgt werden.»⁸⁹ Schliesslich überlässt es der EuGH den Mitgliedstaaten, die Anwendungsmodalitäten der Vermutung in Art.11(1)(a), unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, festzulegen.⁹⁰ Allerdings ginge eine «generelle Vorschrift, mit der bestimmte Gruppen von Vorgängen auf Grundlage von [vorgegebenen] Kriterien⁹¹ [...] automatisch und unabhängig davon, ob tatsächlich eine Steuerhinterziehung oder -umgehung vorliegt, über das zur Verhinderung einer Steuerhinterziehung oder -umgehung Erforderliche hinaus und beeinträchtigt das mit der Richtlinie verfolgte Ziel.»⁹²

Zusammenfassend ist dem Urteil hinsichtlich einschränkender Voraussetzungen, welche insbesondere über diejenigen in Art. 2 FRL hinausgehen – und damit auf dem Missbrauchsvorbehalt in Art. 11(1)(a) basieren – Folgendes zu entnehmen: (1) Die Ablehnung der steuerlichen Vorteile unter der FRL (bzw. entsprechender nationaler Vorschriften) aufgrund vorgegebener, allgemeiner (Missbrauchs-)Kriterien⁹³ ist unzulässig. Vielmehr muss in jedem Einzelfall eine globale, gerichtlich überprüfbare Untersuchung erfolgen, ob einer der hauptsächlichen Be-

weggründe die Steuerhinterziehung oder -umgehung ist.⁹⁴ (2) Dabei kann auch die durch eine Reorganisation herbeigeführte Struktur an sich auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen beruhen, ohne dass ausserdem die Schaffung einer dauerhaften Struktur notwendig wäre.⁹⁵ Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhange, dass die Leur-Bloem-Entscheidung keine singuläre Entscheidung ist. Sie folgt der Auslegung des Missbrauchsvorbehalts in der Mutter-Tochter-Richtlinie in der Denkavit Entscheidung⁹⁶.

In diesem Sinne wäre wohl die vom Bundesrat und vom Bericht Umstrukturierungen vorgeschlagene «subjektive Sperrfrist» mit einer Umkehr der Beweislast mit der FRL vereinbar.⁹⁷ Besser vereinbar erscheint aber der von HÖHN/WALDBURGER vertretene Ansatz⁹⁸ mit einer konkreten Überprüfung des Vorganges, ohne eine Umkehr der Beweislast. Auf dieser Linie liegt nun auch die ständerätliche Fassung von Art.61 E-DBG, welche das Sperrfristerfordernis explizit ausschliesst. Dies schliesst allerdings eine Überprüfung des konkreten Falles unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung nicht aus.

3.5.3 Grenzüberschreitende Quasifusion

3.5.3.1 Geltendes Recht

Die Quasifusion ist weder im DBG noch im StHG ausdrücklich geregelt. Bis zur Unternehmenssteuerreform 1997 war eine grenzüberschreitende Emigrationsquasifusion gemäss Praxis der ESTV steuerneutral nicht möglich.⁹⁹ Unter bestimmten Umständen war aber bereits damals und ist heute eine steuerneutrale Ersatzbeschaffung gemäss Art.64(1) DBG¹⁰⁰ bzw. ein Tausch

88 C-28/95, Ziff. 5.

89 Beide Zitate C-28/95, Ziff. 42.

90 C-28/95, Ziff. 43.

91 Gemeint sind die in C-28/95, Ziff. 15, genannten folgenden Kriterien: 2a: betreibt die Übernehmerin ein Unternehmen; 2b: werden die beiden Unternehmen von verschiedenen Personen beherrscht; 2c und d: dient der Austausch einer dauerhaften finanziellen und wirtschaftlichen Verbindung.

92 C-28/95, Ziff. 44.

93 Insbesondere solche, welche eine dauerhafte finanzielle oder wirtschaftliche Verbindung verlangen: Vgl. HOENJET, 1997, 214, zu Ziff. 42 der Leur-Bloem Entscheidung: «Holding period requirements are in principle not in line with the Merger Directive.»

94 C-28/95, Ziff. 41.

95 C-28/95, Ziff. 42.

96 Denkavit, verbundene Rechtssache, C-283/94, C-291/94 und C-292/94 vom 17. Oktober 1996, Ziff. 30 f.: Dabei ging es um eine deutsche Vorschrift, welche für die Gewährung der Richtlinien-vorteile bezogen auf den Zeitpunkt der Dividendenausschüttung

das Halten der Beteiligung während mindestens eines Jahres verlangte. Der EuGH entschied jedoch dahin, dass die Haltedauer insgesamt – und nicht bezogen auf den Ausschüttungszeitpunkt – massgebend ist. Damit kann gemäss EuGH die Mindesthaltedauer auch erst nach der Ausschüttung erreicht werden.

97 Art. 61(1^{bis}) E-DBG in der bundesrätlichen Fassung, Botschaft FusG, 4575.

98 Siehe dazu vorne 3.5.2.1.

99 AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 258. Kritisch SPORI, 1993, 294 f. Vgl. allerdings die Ausführungen in der Botschaft FusG, 4508, wonach der Grundsatz der Steuerneutralität auf Gesellschafterebene «nun im Gesetz explizit festgeschrieben werden [soll]. Er soll auch dann gelten, wenn Beteiligungsrechte an einer (in- oder ausländischen) Gesellschaft [...] gegen Beteiligungsrechte an einer ausländischen Gesellschaft ausgetauscht werden.» Die Formulierung «nun im Gesetz explizit festschreiben» deutet entgegen der von AGNER/JUNG/STEINMANN (s.o.) gemachten Darstellung darauf hin, dass die grenzüberschreitende Quasifusion bereits unter geltendem Recht steuerneutral zulässig ist. Siehe auch REICH, 2001, 13, FN 66.

100 KOMMISSION STEUERHARMONISIERUNG, 1995, 43; REICH, 1996, 59 ff.

entsprechend der wirtschaftlichen Identitätstheorie¹⁰¹ denkbar.

Im geltenden Recht kann der wirtschaftliche Effekt einer grenzüberschreitenden Quasifusion steuerneutral entweder (1) als Veräusserung mit anschliessendem Kauf bzw. als Tausch, (2) als Übertragung auf eine Subholding oder (3) als Ersatzbeschaffung/Tausch der Beteiligungen strukturiert werden.

(1) *Veräusserung/Tausch*: Kapitalgewinne aus der Veräusserung einer mindestens 20%-igen Beteiligung, welche während mindestens eines Jahres gehalten wurde, berechtigen zum Beteiligungsabzug.¹⁰² (Die Übergangsbestimmung in Art. 207a DBG schliesst Kapitalgewinne auf Beteiligungen, die bereits vor dem 1. Januar 1997 im Besitz der veräussernden Unternehmung waren [Alt-Beteiligungen], vom Beteiligungsabzug aus. Bei Übertragung von mindestens 20%-igen Alt-Beteiligungen auf eine ausländische Konzerngesellschaft kann im Umfange der realisierten stillen Reserven eine Rückstellung gebildet werden, welche Ende 2006 steuerneutral aufgelöst werden kann. Bei Veräusserung oder Liquidation der Beteiligung vor Ende 2006 ist die Rückstellung steuerwirksam aufzulösen.¹⁰³ Im Folgenden wird auf die verschiedenen übergangsrechtlichen Fragen nicht weiter eingegangen.) Als Veräusserung gilt auch ein Tausch. Demnach kann die hingeebene Beteiligung T (unter Realisation der stillen Reserven) gegen eine Beteiligung an der aufnehmenden Gesellschaft A ausgetauscht werden. Die A-Beteiligung kann steuerlich zum Verkehrswert in die Bilanz eingestellt werden.

(2) *Übertragung auf eine Subholding*: Die Übertragung einer mindestens 20%-igen Beteiligung auf eine ausländische Tochtergesellschaft (Subholding) kann steuerneutral zum Gewinnsteuerwert erfolgen. Diese steuerliche Behandlung entspricht der Ausdehnung des Beteiligungsabzugs auf Kapitalgewinne. Die Beteiligung an der Subholding übernimmt die Funktion sowie die steuerlichen Attribute, wie Gewinnsteuerwert und Gestehungskosten, der übertragenen Beteiligung.¹⁰⁴ Eine Mindesthaltedauer vor oder nach der Übertragung und eine Mindestbeteili-

gung an der aufnehmenden Gesellschaft sind nicht vorgesehen. Im Gegensatz zur Veräusserung kann hier der bisherige Gewinnsteuerwert aber beibehalten werden (keine Realisation). Attraktiv ist die Lösung v.a., wenn eine Beteiligung vor Ablauf der für den Beteiligungsabzug notwendigen einjährigen Haltedauer übertragen werden soll. Wird die Beteiligung allerdings kurz nach der Übertragung veräussert (z.B. innerhalb des folgenden Jahres) und der Ertrag unter Inanspruchnahme des Beteiligungsabzugs als Beteiligungsertrag in die Schweiz ausgeschüttet, ist der Vorgang unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu prüfen. Anzumerken bleibt, dass das Schweizer Steuerrecht nicht verlangt, dass die übertragene Beteiligung bei der aufnehmenden ausländischen Gesellschaft zum bisherigen Gewinnsteuerwert bei der Überträgerin eingebucht werden muss. Eine Verdoppelung der stillen Reserven ist somit nicht erforderlich.

(3) *Ersatzbeschaffung/Steueraufschub bei wirtschaftlicher Identität*: Art. 64(1) DBG sieht die Ersatzbeschaffung von funktionsgleichem, betriebsnotwendigem Anlagevermögen innerhalb der Schweiz vor. Gemäss REICH ist hinsichtlich der Betriebsnotwendigkeit entscheidend, ob die ausgetauschte Beteiligung «unmittelbar dem betrieblichen Leistungserstellungsprozess dient», was «mit Blick auf die von [der Beteiligung] gehaltenen Wirtschaftsgüter zu beurteilen» ist.¹⁰⁵ Insbesondere wo eine Beteiligung Immobilien oder Immaterialgüter enthält, welche dem Betrieb des Inhabers der Beteiligungsrechte dient, bejaht REICH die Ersatzbeschaffungsfähigkeit. Zudem muss betriebsbezogen eine wirtschaftliche Identität des ausgeschiedenen und des neu angeschafften Wirtschaftsguts vorliegen.¹⁰⁶ Demgegenüber ist gemäss WIRZ¹⁰⁷ unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Identität des Entgelts vorab «die Fortsetzung der Kapitalanlage» für den Steueraufschub notwendig. Nicht erforderlich sind insbesondere die Zugehörigkeit zum betriebsnotwendigen Anlagevermögen, das Vorliegen einer Zwangssituation oder gleichbleibende Beteiligungsverhältnisse. Hält mithin eine (Industrie-Holding-¹⁰⁸)Gesellschaft verschiedene Beteiligungen in ihrem üblichen Ge-

101 WIRZ, 1997, 80 ff., mit weiteren Verweisungen. Zur Abgrenzung von Ersatzbeschaffung und Umstrukturierung siehe auch HÖHN/WALDBURGER, 2001, 445.

102 Art. 70(4) DBG.

103 Die entsprechende Verwaltungspraxis ist im Kreisschreiben Nr. 10 dargestellt. Vgl. dazu HÖHN/WALDBURGER, 1999, 469 ff., und DUSS/ALTORFER, 2000, 811 ff.

104 Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3 e.; vgl. auch entsprechendes Beispiel 6 im Anhang des Kreisschreibens.

105 REICH, 1996, 60.

106 REICH, 1996, 61 f.

107 WIRZ, 1997, 255 f.

108 Im Gegensatz etwa zu einer Vermögensverwaltungsgesellschaft.

schäftsbereich, so kann z.B. eine diesem Bereich dienende Beteiligung an einer französischen Unternehmensgruppe durch eine andere Beteiligung in Spanien ersetzt werden.¹⁰⁹ Gleiches müsste dann letztlich auch dort gelten, wo eine direkt gehaltene Beteiligung T auf eine ausländische Joint-Venture-Gesellschaft A übertragen wird und damit die T- gegen A-Aktien (bei Fortführung des Gewinnsteuerwerts) ausgetauscht werden.¹¹⁰ Die stillen Reserven werden damit auch nicht ins Ausland übertragen, da die Aktien an der aufnehmenden A, welche nun ja die stillen Reserven verkörpern, den Schweizer Aktiven zugerechnet werden. Den Bedenken der ESTV gegenüber grenzüberschreitenden Beteiligungstauschen,¹¹¹ soweit sie nicht bereits mit der Ausdehnung des Beteiligungsabzugs auf Kapitalgewinne ausgeräumt wurden, kann mit einer Beurteilung unter Gesichtspunkten der Steuerumgehung begegnet werden. Angesichts dieser Bedenken sind in der Praxis jedoch de lege lata die beiden vorangehend beschriebenen Methoden vorzuziehen.

3.5.3.2 Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat

<p>DBG – gültige Fassung Art. 19(1): Stille Reserven [...] werden nicht besteuert, [...] bei:</p> <p>E-DBG – Fassung Ständerat, März 2001 Art. 19(1): Stille Reserven [...] werden [...] nicht besteuert, [...]: c. beim Austausch von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten anlässlich von Umstrukturierungen im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe b oder von fusionsähnlichen Zusammenschlüssen.</p>
<p>DBG – gültige Fassung Art. 61(1): Stille Reserven [...] werden nicht besteuert, [...] bei:</p> <p>E-DBG – Fassung Ständerat, März 2001 Art. 61(1): Stille Reserven [...] werden [...] nicht besteuert, [...]: c. beim Austausch von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten anlässlich von Fusionen oder von fusionsähnlichen Zusammenschlüssen.</p>
<p>DBG – gültige Fassung Art. 64</p> <p>E-DBG – Fassung Ständerat, März 2001 Art. 64(1^{bis}): Beim Ersatz von Beteiligungen können die stillen Reserven auf eine neue Beteiligung übertragen werden, sofern die veräusserte Beteiligung mindestens 20 Prozent des Grund- oder Stammkapitals der anderen Gesellschaft ausmacht und als solche während mindestens eines Jahres im Besitze der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft war.</p>

3.5.3.2.1 Quasifusion

Der Ständerat folgt hier dem Bundesrat und hat beschlossen, die Steuerneutralität des Anteilsaustauschs auf Gesellschafterebene explizit zu regeln. Insbesondere die Quasifusion wird ausdrücklich erwähnt, wobei auch die grenzüberschreitende Quasifusion steuerneutral möglich sein soll. In Anlehnung an die FRL muss dabei «gegen Hingabe eigener Beteiligungsrechte die Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft» erworben werden.¹¹² Gemäss Art. 2(d) FRL ist dabei eine stimmrechtsmässige Mehrheitsbeteiligung gemeint. Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die FRL führt aber auch dazu, dass sich einerseits die Einbringung einer Beteiligung von weniger als 20 % sowie andererseits die Aufstockung einer bereits mehr als 50 % der Stimmrechte umfassenden Beteiligung für die Privilegierung qualifizieren.¹¹³

Redaktionelles Versehen: Der Ständerat ändert am bundesrätlichen Vorschlag zur Steuerneutralität von Beteiligungstauschen bei Fusionen und Quasifusionen in Art. 19(1)(c) E-DBG nichts.¹¹⁴ Da er aber Art. 61(1)(b) E-DBG, auf welchen sich Art. 19(1)(c) E-DBG bezieht, neu der «Ab- und Aufspaltung» und nicht mehr auch der Fusion widmet, muss konsequent auch Art. 19(1)(c) E-DBG angepasst werden: Dabei ist die Passage «[...] Umstrukturierungen im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe b [...]» durch «[...] Auf- oder Abspaltungen von juristischen Personen, Fusionen [...]» zu ersetzen. Entsprechendes gilt für Art. 61(1)(c) E-DBG (siehe Postulate).

3.5.3.2.2 Ersatzbeschaffung

Der Ständerat will ausserdem, offenbar in Anlehnung an den Beteiligungsabzug, ausdrücklich die Ersatzbeschaffung von Beteiligungen zulassen.¹¹⁵ Dabei verzichtet der Ständerat auf die übrigen in Art. 64(1) DBG verlangten Voraussetzungen, wie insbesondere die Übertragung der stillen Reserven auf eine Schweizer Gesellschaft, die Betriebsnotwendigkeit und die Funktionsgleichheit der ausgetauschten Güter. Mit dieser Ersatzbeschaffung kann ohne weiteres auch eine grenzüberschreitende Quasifusion erreicht werden. Gegenüber der im Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 2.5.3.e vorgesehenen Übertragung auf eine Subholding ist aber unter dem Titel der Ersatzbeschaffung die zu ersetzende Beteiligung vor der Ersatzbeschaffung während mindestens eines Jahres zu halten.

109 Kritisch hiezu allerdings WALKER, 1993, 185 und die KOMMISSION STEUERHARMONISIERUNG, 1995, 43, welche Beteiligungen, insbesondere von Holdinggesellschaften, als «Vermögensanlagen» und nicht als «betriebsnotwendiges Anlagevermögen» beurteilen.

110 So auch KOMMISSION STEUERHARMONISIERUNG, 1995, 43, sofern eine Stammhausstruktur vorliegt. Siehe auch SPORI, 1993, 294 f.

111 AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 258.

112 Botschaft FusG, 4508.

113 Siehe dazu nachfolgend 3.5.3.3.

114 Botschaft FusG, 4574, und Amtl. Bull. SR, 21. März 2001, 165.

115 Art. 61(1^{bis}) E-DBG.

3.5.3.3 Europakompatibilität

Die FRL sieht in Art. 2(d) unter dem Titel «Austausch von Anteilen» die Quasifusion vor. Dabei ist erforderlich, dass die aufnehmende Unternehmung A die Mehrheit der Stimmrechte an der übertragenen T erwirbt; gegen Ausgabe von Anteilen an A und einer maximal 10%-igen Barzahlung. Eine Verdoppelung der Reserven ist nicht erforderlich.¹¹⁶ Das geltende Schweizer Recht basiert demgegenüber nicht auf einem Austausch-, sondern auf einem Veräusserungskonzept. Dies führt zu folgenden Unterschieden: (1) Der Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen und die Übertragung auf eine Subholding verlangen je die Übertragung einer mindestens 20%-igen Beteiligung und beim Beteiligungsabzug eine Mindesthaltedauer von einem Jahr. Solche Erfordernisse kennt die FRL nicht. Dort qualifiziert sich auch die Übertragung einer wesentlich geringeren Beteiligung, sofern die Übernehmerin damit in den Besitz der Mehrheit der Stimmrechte gelangt.¹¹⁷ (2) Das Erreichen einer Stimmenmehrheit ist unter den gegebenen Umständen demgegenüber im Schweizer Steuerrecht ohne Bedeutung.

Insgesamt ist die heute gültige Schweizer Lösung liberaler als jene in der FRL, indem sie jegliche Übertragung als Umstrukturierung oder Veräusserung privilegiert und keine steuerliche Verknüpfung der stillen Reserven bei der übertragenden Gesellschaft verlangt.

Der bundesrätliche Vorschlag, die Quasifusion explizit vorzusehen (was vom Ständerat bestätigt wurde) sowie die vom Ständerat zusätzlich ausdrücklich erwähnte Ersatzbeschaffungsfähigkeit von Beteiligungen widersprechen der FRL nicht bzw. gehen ebenfalls weiter als das, was die FRL verlangt. Internationale Beteiligungsumstrukturierungen werden damit weiter erleichtert.

3.5.4 Übertragung einer ausländischen Betriebstätte

Die Ausscheidung von gemäss Art. 52(1) DBG freizustellenden ausländischen Betriebstätteergebnissen erfolgt nach den Grundsätzen des interkantonalen Steuer-

rechts.¹¹⁸ Die bei Übertragung einer ausländischen Betriebstätte im Ausland allenfalls realisierten Gewinne werden damit grundsätzlich quotenmässig direkt oder indirekt ausgeschieden und der dem Ausland zugewiesene Anteil freigestellt.¹¹⁹ Dieses Prinzip wird jedoch hinsichtlich der Übernahme von Auslandsverlusten eingeschränkt: Art. 52(3) DBG erlaubt nämlich nur die provisorische Verlustübernahme, und zwar nur insoweit, als die Verluste im Ausland nicht verrechenbar sind. Die Übertragung der Betriebstätte kann im Ausland die Realisation der stillen Reserven und damit die Verrechnung mit vortragbaren Vorjahresverlusten auslösen. In dem Umfange, als diese nun im Ausland verrechenbaren Verluste in den vorangehenden sieben Jahren in der Schweiz provisorisch zur Verrechnung gebracht wurden, wird in der Schweiz gemäss Art. 52(3) DBG der steuerbare Gewinn erhöht. Verzichtet allerdings der ausländische Staat im Zuge der Betriebstätteübertragung auf die Realisation und Besteuerung der stillen Reserven, wie dies beispielsweise in Art. 10(1) FRL vorgesehen ist, und erfolgt damit im Ausland keine Verlustverrechnung, ist eine Rückgabe der Verluste weder im interkantonalen Steuerrecht noch ausdrücklich in Art. 52(3) DBG vorgesehen.¹²⁰ Insbesondere fehlt im Schweizer Steuerrecht eine Bestimmung wie z.B. Art. 10(1) FRL,¹²¹ welche in diesem Fall die Rückgabe der Verluste ermöglicht. Wird mit der Übertragung der ausländischen Betriebstätte demgegenüber ein Verlust realisiert, so müsste dieser in der Schweiz wohl übernommen werden. Dies ungeachtet der Tatsache, dass die Veräusserung der Betriebstätte dazu führt, dass diese provisorische Verlustübernahme wohl nie mehr rückgängig gemacht werden kann.

3.5.4.1 Europakompatibilität

Art. 10(1) FRL sieht, ähnlich wie Art. 52(3) DBG, bei Übertragung der ausländischen Betriebstätte die Aufrechnung früher übernommener Verluste vor; anders als Art. 52(3) DBG jedoch unabhängig davon, ob im Betriebstättestaat tatsächlich Gewinne erzielt und Verluste verrechnet werden. Diese Regelung der FRL entspricht

116 WHEELER, 1995, 143 f. Unsicher, wie sich der EuGH entscheiden würde: SASS, 1993, 1893.

117 TERRA/WATTEL, 1997, 270 f.: Im Übrigen qualifiziert sich nach TERRA/WATTEL auch ein Erwerb, bei dem eine bereits 50%-ige Beteiligung aufgestockt wird. GI.M. SASS, 1990, 2343.

118 Art. 52(3) DBG.

119 Die ESTV geht, entgegen dem Wortlaut, von einer objektmässigen Ausscheidung aus: AGNER/JUNG/STEINMANN, 1995, 181 ff. In der Literatur wird sowohl die objektmässige als auch die quotenmässige Ausscheidung für anwendbar erklärt: siehe LAMPERT, 2000, 285 ff., und ATHANAS/WIDMER, 2000, 44 ff. und 49 ff., je mit weiteren Verweisungen.

120 AGNER/DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, 2000, 158 f., sehen hier allerdings eine steuersystematische Realisation: Bei im Ausland steuerneutraler Umwandlung einer ausländischen Betriebstätte in eine ausländische Tochtergesellschaft liegt demnach im Zeitpunkt der Umwandlung ein «steuersystematischer Grund zur Nachbesteuerung früher übernommener Auslandsverluste vor, was jedoch stille Reserven in mindestens gleicher Höhe voraussetzt. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, ist während höchstens sieben Jahren seit der Verlustübernahme die tatsächliche Verlustübernahme im Ausland abzuwarten.»

121 Vgl. SASS, 1990, 2345.

dem Prinzip des Steueraufschubs, ohne dass jedoch der Staat der übertragenden Gesellschaft auf sein Steuersubstrat verzichten muss. Die in Art. 52(3) DBG getroffene Regelung erscheint liberaler und kann zu einer definitiven Verlustübernahme in der Schweiz führen.

3.5.5 Übertragung einer Schweizer Betriebstätte

Die Übertragung einer Schweizer Betriebstätte zwischen ausländischen Unternehmen ist entsprechend den bei der Fusion und Spaltung erwähnten Voraussetzungen (insbesondere Betriebstättevorbehalt und unveränderte Gewinnsteuerwerte) steuerneutral möglich.

3.5.5.1 Europakompatibilität

Die Schweizer Regelung entspricht hier Art. 10(1) FRL.

3.6 Anteilsinhaber

Die Anteilsinhaber tauschen bei praktisch allen Reorganisationsvorgängen ihre Aktien an der übernommenen Gesellschaft T gegen Aktien an der Übernehmerin A aus. Beim spin-off (keine Kapitalherabsetzung in T) erhalten die Aktionäre zusätzlich zu den T-Aktien noch A-Aktien. Bei der Absorption werden keine Aktien ausgegeben.

Zusätzlich können die Anteilsinhaber Barzahlungen erhalten (Ausgleichszahlungen oder Spitzenausgleich) oder leisten.

Im geltenden Recht ist die steuerliche Behandlung der Umstrukturierung auf Anteilsebene nicht geregelt.¹²² Grundsätzlich ist in der Praxis die Steuerneutralität von derjenigen auf Gesellschaftsebene abhängig,¹²³ verbunden mit der Auflage, dass die bisherigen Gewinnsteuerwerte hinsichtlich der getauschten Anteile beibehalten werden.

3.6.1 Beteiligung im Privatvermögen

Angesichts der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne lösen weder Veräußerung noch Erwerb der getauschten Beteiligungsrechte Einkommenssteuerfolgen aus. Die Zuteilung von Aktien mit einem höheren Nennwert als jenem der abgegebenen Aktien wird im Bund als Gratisaktienausgabe und in den meisten Kantonen als Einkommen besteuert.¹²⁴ Barzahlungen aus den Reserven im Rahmen von Fusionen und Spaltungen,¹²⁵ ebenso wie in Teilliquidationsdividenden umqualifizierte Veräuße-

rungserlöse (insbes. bei Spaltungen zwecks Veräußerung), sind als Beteiligungsertrag steuerbar. Demgegenüber gelten Barzahlungen der Aktionäre der Übernehmerin an die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft sowie Ausgleichszahlungen im Rahmen von Quasifusionen als privater (steuerfreier) Kapitalgewinn.

Diese Kriterien für die steuerliche Beurteilung auf Aktionärssebene werden von der ESTV auch im internationalen Verhältnis angewendet. So wird bei Zahlungen aus ausländischen Gesellschaften an Schweizer Aktionäre deren Herkunft aus den Reserven der übernommenen Gesellschaft oder von den Aktionären der Übernehmerin geprüft. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Zuteilung von Aktien mit höherem Nennwert.

3.6.2 Beteiligung im Geschäftsvermögen

Im Geschäftsvermögen findet keine Realisation statt, soweit der Aktionär, bezüglich der im Austausch erhaltenen Beteiligung, die bisherigen Gewinnsteuerwerte fortführt. Die Zuweisung von Anteilen mit einem höheren Nennwert hat dementsprechend hier keine steuerlichen Auswirkungen. Barzahlungen werden, wie im Privatvermögen, als Beteiligungsertrag oder als Kapitalgewinn behandelt.

Zur steuerlichen Behandlung eines Fusionsgewinns bei Absorption einer Beteiligung siehe oben.

3.6.2.1 Änderungen im Rahmen des Fusionsgesetzes: Stand der Beratung im Ständerat

Art. 19(1)(c) und 61(1)(c) DBG erlauben neu nationale und grenzüberschreitende Quasifusionen.¹²⁶ Ausserdem wird die Steuerneutralität auf Gesellschafterebene explizit geregelt.

3.6.3 Europakompatibilität

Art. 8(1) und (2) FRL verlangt, dass die Aktienzuteilung (Tausch T- gegen A-Aktien) bei den Gesellschaftern der Einbringerin T keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns auslösen darf, soweit der bisherige Gewinnsteuerwert fortgeführt wird. Barzahlungen dürfen hingegen sofort besteuert werden (Art. 8(2)).

Der Tauschvorgang wird in der Schweiz beim Aktionär vorbehaltlich der Zuteilung von höherem Nennwert

122 Abgesehen von der Steuerbarkeit von Ausgleichsleistungen: Art. 19(2) und 61(2) DBG.

123 Botschaft FusG, 4508.

124 REICH, 2000a, 803; kritisch gegenüber dieser Praxis: HÖHN/WALDBURGER, 1999, 521 f.

125 STOCKAR, 1998, 53. Daran soll sich auch unter dem Fusionsgesetz, entgegen dem Vorschlag im Bericht Umstrukturierungen, 22 f., nichts ändern: Botschaft FusG, 4377 f.

126 Siehe dazu oben 3.5.3.2.

nicht besteuert. Selbst diese Gratisaktienbesteuerung – sofern sie überhaupt als Besteuerung eines Veräusserungsgewinns i.S.v. Art. 8(1) FRL gilt – lässt sich aber unter Art. 8(2) FRL begründen. Diese Bestimmung macht die Steuerneutralität beim Anteilinhaber davon abhängig, «dass der Gesellschafter den erworbenen Anteilen keinen höheren steuerlichen Wert beimisst». Die Zuteilung von höherem Nennwert kann aber im Privatvermögen als Zumessung eines höheren steuerlichen Wertes beurteilt werden: Schliesslich führt im Geschäftsvermögen ein höherer Gewinnsteuerwert zu einem geringeren potentiell steuerbaren Kapitalgewinn. Ebenso verhält es sich in der Schweiz mit einem höheren Nennwert im Fall der Liquidation einer Unternehmung.

Die vom Ständerat beschlossene Fassung von Art. 19(1)(c) und 61(1)(c) DBG regelt diese Steuerneutralität im Geschäftsvermögen explizit und erwähnt auch ausdrücklich die Quasifusion.

3.7 Verrechnungssteuer

Die Verrechnungssteuer stellt – unnötigerweise – nach wie vor das wichtigste Hindernis grenzüberschreitender Umstrukturierungen dar. Dies betrifft insbesondere die nachfolgend dargestellte und keinesfalls neue Problematik bei Emigrationstransaktionen.¹²⁷

3.7.1 Emigrationstransaktionen

Sämtliche Ausschüttungen einer Schweizer Aktiengesellschaft, GmbH oder Genossenschaft (Dividenden, Liquidationsüberschüsse etc.) unterliegen der 35%-igen Verrechnungssteuer (VSt).¹²⁸ Die Sitzverlegung sowie die Auflösung einer Gesellschaft ohne Liquidation (was insbesondere bei einer Emigrationsfusion der Fall ist) werden der Liquidation gleichgestellt.¹²⁹ Keine Verrechnungssteuer wird erhoben, soweit bei einer Reorganisation die Reserven auf eine inländische Gesellschaft übertragen werden.¹³⁰ Grenzüberschreitende Fusionen und Spaltungen involvieren typischerweise die Übertragung von Reserven auf eine ausländische Gesellschaft. Entsprechend lösen sie die Verrechnungssteuerpflicht auf den auf einen ausländischen Rechtsträger übertragenen Re-

serven aus.¹³¹ Dies, obwohl die Aktionäre keine Ausschüttung erhalten und auch wenn die übertragenen Reserven weiterhin in einer Schweizer Betriebstätte der ausländischen Übernehmerin verhaftet sind. Die Verrechnungssteuer unterminiert damit in gravierender Weise den bei der direkten Steuer gewährten Steueraufschub.

Dieses Problem würde zusätzlich verschärft durch die Anwendung der «Direktbegünstigungstheorie»: Gemäss Art. 14 VStG ist die Verrechnungssteuer zwingend auf den Empfänger der steuerbaren Leistung zu überwälzen. Dieser ist dann als Inländer gemäss Art. 21 ff. VStG und als Ausländer gemäss einem anwendbaren DBA zur Rückerstattung berechtigt. Ist der Empfänger einer geldwerten Leistung nicht der Aktionär der Leistenden, sondern ein nahestehender Dritter, beispielsweise eine Schwestergesellschaft, so kommt auf der Grundlage von Art. 1(2) VStG die sog. Direktbegünstigungstheorie zur Anwendung.¹³² Auf diesen Nahestehenden ist die Verrechnungssteuer zu überwälzen, und dieser ist, unter den entsprechenden Voraussetzungen, aus eigenem Recht zur Rückerstattung berechtigt. Die Direktbegünstigungstheorie führt insbesondere dann zu einer eingeschränkten Rückerstattung der Verrechnungssteuer, wenn die Schwester eine ausländische Gesellschaft ist. Die Verrechnungssteuer muss nicht nur unter dem DBA zurückgefordert werden, sondern es kommt zudem auch der «Portfolio»-Rückerstattungssatz zur Anwendung, womit eine vollständige Rückerstattung in jedem Falle ausgeschlossen ist. Dies ist v.a. dann stossend, wenn die gemeinsame 100%-ige Muttergesellschaft in der Schweiz ansässig ist (und damit unter den Voraussetzungen von Art. 21 VStG zur vollständigen Rückerstattung berechtigt wäre).

Bei einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung (besonders evident bei einer Abspaltung in eine ausländische Schwestergesellschaft), welche für Zwecke der Gewinnsteuer zu Gewinnsteuerwerten abgewickelt wird, kann nun die Auffassung vertreten werden, dass die ausländische Schwestergesellschaft direkt begünstigt wird. Damit wäre die Verrechnungssteuer auf sie zu überwälzen und sie wäre zur Rückerstattung unter dem DBA berechtigt.¹³³ Duss macht in einem Rechenbeispiel aber

127 Siehe dazu ausführlich insbesondere Duss, 1996, 626 ff. und 659 ff.

128 Art. 4 und 13 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, vom 13. Oktober 1965, SR 642.21 (VStG).

129 Art. 4(2) VStG und 22 VStV.

130 Art. 5(1)(a) VStG.

131 Dabei ist trotz Liquidationsfiktion der Verkehrswert der übertragenen Vermögenswerte und nicht der Liquidationswert Berechnungsgrundlage: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, VStG

Art. 4 Abs. 2 Ziff. (2) und (3). Kritisch dazu u.a. Duss, 1996, 626.

132 HOCHREUTENER, 2001, 87.

133 ZIMMERMANN, 1995, 160: «Dabei muss der Verrechnungssteuersatz zur Anwendung gelangen gegenüber dem Land, in welchem die annectierende Gesellschaft ihren Sitz hat, auch wenn die Aktionäre der Schweizer Gesellschaft sich in einem Drittstaat befinden.» Gemäss OECHSLIN-SAUPPER, 1996/97, 268, erfolgt demgegenüber die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss dem DBA zwischen der Schweiz und dem Aktionär der übertragenden Gesellschaft, aber «on behalf of the surviving company which is the benefitting party of the reserves».

klar, dass hinsichtlich Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen im Zuge einer grenzüberschreitenden Fusion nicht die aufnehmende ausländische Gesellschaft, sondern der gemeinsame Aktionär der Leistungsbegünstigte ist, auf welchen die Verrechnungssteuer zu überwälzen und der zur Rückerstattung berechtigt ist.¹³⁵ Diese Lösung ist im Übrigen nicht nur hinsichtlich dieser den Aktionär offensichtlich begünstigenden Leistungen richtig, sondern auch insoweit, als Reserven ausschliesslich auf die Übernehmerin übergehen. Es ist nämlich in jedem Falle nicht die übertragende Schweizer Gesellschaft, welche die Schwester begünstigt, sondern der gemeinsame Aktionär, welcher die Fusion bzw. Spaltung beschliesst und die zu übertragenden Vermögenswerte entnimmt und in die aufnehmende Gesellschaft, mit oder ohne Ausgabe von Aktien, einlegt. Diese Behandlung entspricht implizit auch Art. 24(1)(d) i.V.m. 24(2) VStV¹³⁵ sowie im Übrigen auch der von der ESTV kürzlich publizierten Praxisänderung bei der Schwesteranierung, welche die gemeinsame Muttergesellschaft als SaniererIn betrachtet.¹³⁶ Demnach ist eine Sanierung «Aufgabe des Inhabers der sanierungsbedürftigen Gesellschaft»,¹³⁷ was auch für eine Fusion oder Spaltung der eigenen Gesellschaft gelten muss. Zusammenfassend darf somit die Direktbegünstigungstheorie bei grenzüberschreitenden Emigrationsfusionen und -spaltungen nicht zur Anwendung gelangen. Begünstigt und zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist der Aktionär der ins Ausland fusionierenden oder spaltenden Schweizer Gesellschaft.

Obwohl das Problem der Erhebung der Verrechnungssteuer bei Emigrationstransaktionen offenbar erkannt wurde,¹³⁸ sehen weder der Bericht Umstrukturierungen noch offenbar der Bundesrat Handlungsbedarf. Dies widerspricht den «Leitlinien für die Revision des Steuerrechts», wonach «die im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehenen Umstrukturierungen im Rahmen des Möglichen erleichtert werden sollen».¹³⁹

3.7.1.1 Europakompatibilität

Art. 4 FRL verbietet die Besteuerung der stillen Reserven bei qualifizierten Emigrationsfusionen oder -spaltungen. Die Verrechnungssteuer widerspricht diesem Erfordernis, zumindest insoweit als ausländische Aktionäre nicht zur vollen Rückerstattung berechtigt sind, und

unterminiert die Anstrengungen im Bereich der Einkommenssteuer.

BÖCKLI schlägt bereits bei der Einkommenssteuer eine Abkehr vom steuersystematischen Steuertatbestand bei grenzüberschreitenden Fusionen vor. Es sollen nur die «effektiv [...] ins Ausland transferierten stillen Reserven» besteuert werden, «mit Besteuerungsaufschub durch eine Sonderrücklage bis zur Realisierung im Ausland oder zur Aufgabe der Schweizer Steuerpflicht». Vervollständigt werden soll die Lösung hinsichtlich der Verrechnungssteuer durch eine «an die Methodik des Reformgesetzes vom 10. Oktober 1997 angelehnte Lösung», durch «Aufschub der Steuerauslösung bis zur Ausschüttung oder Aufgabe der Unterstellung unter die schweizerische Verrechnungssteuer».¹⁴⁰

M.E. drängt sich eine weitere Änderung des DBG nicht unbedingt auf. Der Steueraufschub unter Betriebsstättenvorbehalt bei unveränderten Gewinnsteuerwerten dürfte genügen. Es wäre wohl am einfachsten (wie von BÖCKLI angeregt), auch bei der Verrechnungssteuer eine Aufschublösung zu wählen. Dabei wäre es vertretbar, dem Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit der Emigrationstransaktion zu ermöglichen, die übertragenen Reserven festzustellen und die Verrechnungssteuer bloss hinsichtlich derjenigen Vermögenswerte zu erheben, die nicht auf eine Schweizer Betriebsstätte übergehen. Bezüglich der restlichen Vermögenswerte würde die zahlbare Verrechnungssteuer festgestellt. Die (Betriebsstätte der) ausländische(n) ÜbernehmerIn würde sich schliesslich suspensiv bedingt für den Fall der Veräusserung der Vermögenswerte oder Auflösung der Betriebsstätte verpflichten, die festgestellte Verrechnungssteuerpflicht zu erfüllen. Dies würde z.B. durch den Einschub eines Art. 12(1^{ter}) VStG wie folgt ermöglicht:

«Soweit bei einer Umstrukturierung im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer Vermögenswerte und steuerbare Reserven im Sinne von Artikel 4 dieses Gesetzes auf eine wirtschaftlich zugehörige Person übertragen werden, entsteht die Steuerforderung mit der Veräusserung der übertragenen Vermögenswerte, spätestens aber mit der Beendigung der wirtschaftlichen Zugehörigkeit dieser Person. Die Person hat jeder Steuererklärung ein Verzeichnis der Vermögenswerte beizulegen

134 Duss, 1996, 627 und 659 ff.

135 Duss, 1996, 628. Die Bestimmung macht nur Sinn, wenn eben nicht die ausländische Gesellschaft rückerstattungsberechtigt ist.

136 Merkblatt zur Bestimmung der Leistungsempfängerin bei der Verrechnungssteuer, Februar 2001, Ziff. II.1.

137 HOCHREUTENER, 2001, 88.

138 Z.B. BÖCKLI, 1998/99, 24.

139 Botschaft FusG, 4368 f.

140 BÖCKLI, 1998/99, 24.

gen, für die ein Steueraufschub im Sinne dieses Artikels besteht.»

3.7.2 Immigrationstransaktionen

Bei einer Immigrationsfusion oder -spaltung überträgt ein ausländischer Rechtsträger (welcher der Verrechnungssteuer nicht unterliegt) Aktiven und Passiven auf einen Schweizer Rechtsträger, welcher der Verrechnungssteuer unterliegt. Spätere Reserveausschüttungen unterliegen der Verrechnungssteuer, welche von einem ausländischen Anteilsinhaber nur unter einem anwendbaren DBA zurückgefordert werden können. Werden die übernommenen Aktiven und Passiven zum Verkehrswert eingestellt, so kann damit die Reservebildung verhindert werden. Hinsichtlich Aktiven und Passiven, die sich jedoch bereits in einer Schweizer Betriebstätte der ausländischen übertragenden Gesellschaft befinden, verlangt die Einkommenssteuerneutralität, dass die bisherigen Gewinnsteuerwerte übernommen werden und damit Verrechnungssteuersubstrat geschaffen wird.

«Altreservenproblematik»: Werden im Rahmen einer Umstrukturierung Beteiligungen an Schweizer Gesellschaften mit «erheblichen Reserven» in die Schweiz oder in einen Staat übertragen, welcher ein DBA mit besserer Möglichkeit zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer vorsieht, so verneint die ESTV (unter dem Titel der Steuerumgehung) die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfange der satzmässigen Besserstellung hinsichtlich der nicht betriebsnotwendigen Reserven. Unter bestimmten Umständen, insbesondere wenn der Sachverhalt erst anlässlich der Dividendenausschüttung von der ESTV aufgegriffen wird, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer allenfalls gar vollständig verweigert.¹⁴¹

(Fortsetzung folgt in der nächsten Ausgabe)

¹⁴¹ Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, VStG Art. 21 Abs. 2 Ziff. (13), (16) und (18). Kritisch dazu BAUER-BALMELLI, 2000, 246 ff.