

# Rechtsprechung im Jahr 2008 (1. Teil)

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

## Inhalt\*\*

- 1 Kapitalgewinne auf langfristigen Darlehen an Tochtergesellschaft als Beteiligungsertrag für die Qualifikation als Holdinggesellschaft
  - 2 Mantelhandel zu Gunsten der Steuerpflichtigen?
- Literaturverzeichnis
- Praxisanweisungen
- Rechtsquellen

## 1 Kapitalgewinne auf langfristigen Darlehen an Tochtergesellschaft als Beteiligungsertrag für die Qualifikation als Holdinggesellschaft<sup>1</sup>

### Sachverhalt

Die I.-SA mit Sitz in Genf bezweckt das Halten von Beteiligungen an allen Arten von Gesellschaften, ausser an schweizerischen Immobiliengesellschaften. Sie gehört zu 100 % der niederländischen Kapitalgesellschaft O.-BV. Die I.-SA hält als einzige Beteiligung an einer andern Kapitalgesellschaft 40 % an der G.-SA mit Sitz in Genf. Die übrigen 60 % der Aktien an der G.-SA werden von der Muttergesellschaft der I.-SA (O.-BV) gehalten.

Die I.-SA hat nebst der Beteiligung an der G.-SA 2 weitere Hauptaktiven: ein Darlehen von ca. Fr. 1 Mio. gegenüber der gleichen Gesellschaft und ein Darlehen von ca. Fr. 3 Mio. gegenüber ihrer Muttergesellschaft. Die I.-SA weist gegenüber ihrer Muttergesellschaft O.-BV auch eine Schuld von ca. Fr. 3 Mio. auf. Die gesamten Aktiven der I.-SA betragen ca. Fr. 6 Mio., wovon Fr. 2 Mio. auf die Beteiligung an der G.-SA und ca. Fr. 4 Mio. auf die Darlehen an die verbundenen Gesellschaften entfallen.

Im Streitjahr 2003 erzielte I.-SA einen Reingewinn von Fr. 253 101. Die gesamten Erträge in jenem Jahr betragen Fr. 304 427, wovon Fr. 43 475 auf Zinseinnahmen und Fr. 268 952 auf eine wechselkursbedingte Aufwertung der Aktivdarlehen entfielen. Der weitaus grösste Teil dieses Aufwertungsgewinns resultierte auf dem Darlehen an die G.-SA (Fr. 261 354).<sup>2</sup>

In einem Informationsschreiben der kantonalen Steuerverwaltung (Information sociétés holdings, vom 18.7.2003) wurde – unter Bezugnahme auf die per 1.1.2001 erlassene, dem StHG entsprechende neue Bestimmung von Art. 22 des Gesetzes über die Besteuerung der juristischen Personen (LIPM GE) – eine Praxisänderung bekanntgegeben, wonach mit Wirkung ab der Steuerperiode 2003 nur noch langfristige Darlehen an

\* Ordinarius für Steuerrecht an der Universität St.Gallen.

\*\* Der Autor dankt Herrn lic. iur. et lic. oec. Florian Regli für wertvolle Anregungen und Hinweise.

1 VGer GE A/5148/2007, 1.7.2008, StE 2009 B 72.23 Nr. 4.

2 Die restlichen Fr. 7598 waren auf die Aufwertung des an die Muttergesellschaft gewährten Darlehens zurückzuführen.

Gesellschaften, an denen die Darlehensgeberin mindestens 20 % des Kapitals oder eine Beteiligung mit einem Verkehrswert von mindestens Fr. 2 Mio. hält, als «Beteiligungen» für den Aktiventest bei Holdinggesellschaften gelten. Darlehen an Mutter- und Schwestergesellschaften wurden damit implizit vom Begriff der Beteiligungen gem. Art. 22 LIPM GE ausgeschlossen.<sup>3</sup>

Unter Berufung auf diese Praxismitteilung wies die Steuerverwaltung des Kantons Genf am 1.11.2004 das Gesuch der I.-SA um Verlängerung der Gewährung des Holdingstatus ab, weil die Beteiligung an der G.-SA nicht 2/3 der Aktiven der Gesellschaft beträgt. Am 9.11.2004 wurde die I.-SA für die ordentliche Gewinn- und Kapitalsteuer veranlagt. Gegen diese Veranlagungsverfügung erhob sie Einsprache und in der Folge Rekurs bei der Steuerrekurskommission des Kantons Genf. Dabei machte sie geltend, beim Aktiventest für die Besteuerung als Holdinggesellschaft sei das von ihr gewährte Darlehen an die Muttergesellschaft vorweg mit dem praktisch gleich hohen Passivdarlehen gegenüber der gleichen Gesellschaft zu verrechnen.

Mit Entscheid vom 12.11.2007 erkannte die Steuerrekurskommission, dass:

1. das Darlehen an die Muttergesellschaft (O.-BV) nicht als Beteiligung qualifiziert werden könne und damit nicht 2/3 der Aktiven der I.-SA aus Beteiligungen bestünden;
2. aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips eine Verrechnung des Aktivdarlehens gegenüber der Muttergesellschaft mit dem Passivdarlehen gegenüber der gleichen Gesellschaft bei der Anwendung von Art. 22 LIPM GE nicht zulässig sei und
3. der Wechselkursgewinn von Fr. 268 952 keinen Beteiligungsertrag darstelle. Dieser Wechselkursgewinn betrage mit 88 % mehr als 2/3 des Gesamtertrags der I.-SA, und deshalb könne ihr der Status als Holdinggesellschaft nicht gewährt werden.

Gegen diesen Entscheid hat die I.-SA beim Verwaltungsgericht des Kantons Genf Rekurs erhoben.

### Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf

Das Gericht stellt zunächst fest, dass die I.-SA den statutarischen Hauptzweck der Verwaltung von Beteiligungen aufweise und in der Schweiz keine Geschäftstätigkeit ausübe und damit diese beiden gesetzlichen Elemente einer Holdinggesellschaft gegeben seien. Damit sei einzig

die Frage strittig, ob das Total der Aktiven oder deren Erträge mehr als 2/3 der Aktiven oder der Erträge betrage.

Zur Beurteilung dieser Frage zog das Verwaltungsgericht die Information sociétés holdings heran, nachdem es festgestellt hatte, dass solche Verwaltungsverordnungen für das Gericht nicht verbindlich sind. Das Schreiben der kantonalen Steuerverwaltung diene jedoch der Interpretation von unbestimmten gesetzlichen Begriffen im StHG und in der LIPM GE und könne deshalb bei der gerichtlichen Beurteilung berücksichtigt werden.

Das Verwaltungsgericht stellt dann, ohne nähere Begründung, fest, der Begriff der Beteiligung sei im Steuerharmonisierungsgesetz nicht definiert, und deshalb könnten die Kantone diesen Begriff frei interpretieren.

Auf dieser Basis würden in Genf langfristige Darlehen an Gesellschaften, an denen die darlehensgebende Gesellschaft direkt mindestens zu 20 % am Kapital beteiligt seien, als Beteiligungen qualifiziert. Die Rechtslage sei deshalb anders als bei der direkten Bundessteuer, wo die ESTV sich bei der Anwendung von Art. 69 und 70 DBG für eine einschränkendere Interpretation dieses unbestimmten Begriffs «Beteiligungen» entschieden habe. Da der Begriff des Beteiligungsertrags im Gesetz ebenfalls nicht definiert sei, stelle das Gericht diesbezüglich auf die Doktrin ab, und dort sei festgehalten, dass auch die Kapitalgewinne den Beteiligungserträgen zuzurechnen seien.

Vor dem Hintergrund dieser Vorentscheidungen stellt das Gericht dar, dass der grösste Teil der wechselkursbedingten Aufwertung der Darlehen auf das Darlehen der I.-SA an die G.-SA, an welcher sie eine Beteiligung von mindestens 20 % (nämlich 40 %) halte, entfallen sei. Damit betrage der Beteiligungsertrag im Jahr 2003 85,9 % der Gesamterträge der I.-SA. Die Bedingung, wonach mindestens 2/3 der Erträge der I.-SA aus Beteiligungserträgen bestehen müssen, sei erfüllt, und der Gesellschaft sei deshalb durch die kantonale Steuerverwaltung im Rahmen einer Neuveranlagung der Status einer Holdinggesellschaft zuzuerkennen.

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Dieser Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Genf dehnt den Begriff der Holdinggesellschaft gem. Art. 28 Abs. 2 StHG bzw. Art. 22 LIPM GE sehr weit aus. Auch Gesellschaften, die, wie die I.-SA, gar keine Dividenden vereinnahmen, sondern bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eher als Finanzgesellschaften agieren, können als Holdinggesellschaften besteuert werden, sofern die Finanzerträge aus direkten und indirekten Tochtergesellschaften stammen.

<sup>3</sup> Im hier massgeblichen Punkt stimmt diese Bestimmung wörtlich mit Art. 28 Abs. 1 StHG überein.

Hauptgrund für dieses weit gehende Verständnis des Begriffs der Holdinggesellschaft bildet die Tatsache, dass das Gericht die Auffassung der kantonalen Steuerverwaltung billigt, wonach auch langfristige Darlehen an Gesellschaften, an denen die darlehensgebende Gesellschaft zu mindestens 20 % am Kapital beteiligt ist oder deren Beteiligung am Kapital mindestens einen Verkehrswert von Fr. 2 Mio. aufweist, als «Beteiligungen» im Rahmen des Aktiventests und die Zinsen und Kapitalgewinne auf solchen Darlehen als «Beteiligungsertrag» im Rahmen des Ertragstests qualifiziert werden können.

Methodisch hat sich das Verwaltungsgericht die Sache sehr einfach, wohl zu einfach gemacht. Das Gericht geht, ohne sich mit Art. 28 StHG und mit Art. 21 - 23 LIPM GE, welche die harmonisierungsrechtlichen Vorgaben von Art. 28 StHG in das genferische Recht umsetzen, vertieft auseinanderzusetzen, davon aus, dass:

- die gesetzlichen Begriffe der Beteiligung und des Ertrags aus Beteiligungen im StHG völlig unbestimmt seien und deshalb den Kantonen einen weiten Auslegungsspielraum offenliessen, und
- Art. 22 LIPM GE, welcher im hier massgeblichen Bereich wörtlich das StHG übernimmt, durch die Steuerverwaltung korrekt ausgelegt worden sei, als diese in einer Verwaltungsverordnung festgehalten hat, dass auch langfristige Darlehen als Beteiligungen (und folglich die Zinsen darauf als Beteiligungserträge) qualifiziert werden.

Hätte sich das Verwaltungsgericht mit dem Sinn von Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE sowie mit der Systematik von Art. 28 StHG und Art. 21 - 23 LIPM GE auseinandergesetzt, hätte es festgestellt, dass es gute Gründe dagegen gibt, langfristige Darlehen als Beteiligungen im Sinne dieser Gesetzesbestimmungen zu qualifizieren und diesen Begriff auf das Zurverfügungstellen von Eigenkapital zu begrenzen – gleich oder ähnlich, wie das die ESTV im KS Beteiligungserträge getan hat.<sup>4</sup> Sinn der Steuerbefreiung von Holdinggesellschaften auf Kantons- und Gemeindesteuerebene ist es, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese Gesellschaften mindestens 2/3 der Erträge aus Investitionen in Eigenkapital anderer Kapitalgesellschaften erzielen<sup>5</sup> bzw. 2/3 der Investitionen in Form von Eigenkapital anderer Kapitalgesellschaften erfolgt sind. Es geht m. a. W. um eine sehr pauschale und sehr weitgehende Massnahme zur Vermeidung der wirtschaftlichen Mehrfachbelastung von Konzernträgen. Bereits die gesetzliche Anordnung, dass das Zweidrittelersfordernis alternativ aktiven- oder ertragsseitig erfüllt werden kann, geht sehr weit. Und die

Konsequenz daraus ist, dass eine Gesellschaft 1/3 ihrer Erträge bzw. im Falle, dass sie den Aktiventest besteht, Erträge in unbeschränkter Höhe kantons- und gemeindesteuerfrei vereinnahmen kann, obwohl diese Erträge bei den zahlenden Gesellschaften als Aufwand abzugsfähig sind. Diese Regelung ist aus steuersystematischer Sicht problematisch und im internationalen Umfeld einzigartig. Es gibt deshalb im Licht von Sinn und Zweck der Normen über die Holdinggesellschaften gute Gründe dagegen, diesen gesetzlich bereits bestehenden, steuersystematisch problematischen Spielraum noch durch ein extensives Verständnis des Begriffs der Beteiligungen auf langfristige Darlehen an Tochtergesellschaften auszuweiten. Die Praxis des Kantons Genf, den Bereich, in welchem es aufgrund der Abzugsfähigkeit der Zinsen bei den Tochtergesellschaften zu einer gewinnsteuerlichen Nullbelastung auf der Stufe der Kantons- und Gemeindesteuern kommt, noch weiter zu fassen, als er bereits dann besteht, wenn Darlehen in keinem Fall als Beteiligungen gem. Art. StHG 28 und den diesen umsetzenden kantonalen Normen qualifiziert werden, widerspricht dem Sinn des Status der Holdinggesellschaften. Darauf geht jedoch das Verwaltungsgericht überhaupt nicht ein.

Aber auch die Anwendung des systematischen Auslegungselements spricht dagegen, langfristige Darlehen als Beteiligungen iSv Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE zu qualifizieren. Art. 28 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1<sup>bis</sup> StHG sowie Art. 21 LIPM GE enthalten ebenfalls den Begriff «Beteiligungen». Dort ist gesetzlich definiert, dass unter Beteiligungen bzw. Beteiligungsrechten Anteile am Grund- oder Stammkapital oder am Gewinn und an den Reserven zu verstehen sind. Fremdkapital und Erträge daraus fallen somit nicht unter den Beteiligungsbegriff im Sinne dieser Bestimmungen. Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE stehen insofern in einem engen systematischen Zusammenhang mit diesen Normen, als der Status der Holdinggesellschaft – vergleichbar mit dem Beteiligungsabzug (wenn auch wesentlich weitergehend) – ein Mittel ist, um die gewinnsteuerliche Mehrfachbelastung im Konzern zu eliminieren.<sup>6</sup> Dieser gesetzessystematische Zusammenhang der Normteile (StHG) bzw. Normen (LIPM GE) spricht dagegen, dem Begriff der Beteiligungen in Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE eine derart andere Bedeutung zu geben als jene in Art. 28 Abs. 1 StHG und Art. 21 LIPM GE, wie dies die, nun vom Verwaltungsgericht gebilligte, Praxis des Kantons Genf tut.

4 KS Beteiligungserträge Ziff. 2.4.

5 Welche typischerweise bereits mit einer Gewinnsteuer vorbelastet sind.

6 Die steuersystematisch problematische Ausdehnung auf Erträge, welche keiner Gewinnsteuervorbelastung unterliegen, durch die alternative Zweidrittelschwelle vermag am systematischen Zusammenhang zwischen dem Beteiligungsabzug und dem Holdingstatus nichts Grundsätzliches zu ändern.

Für die Auffassung des Verwaltungsgerichts könnte einzig der unterschiedliche Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 StHG einerseits und Art. 28 Abs. 3 StHG andererseits (bzw. Art. 23 und 22 LIPM GE) angeführt werden. Art. 28 Abs. 3 StHG und Art. 23 LIPM GE enthalten nämlich – anders als Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE – einen ausdrücklichen Verweis auf «Erträge aus Beteiligungen» gem. Art. 28 Abs. 1 StHG bzw. «le rendement des participations de l'article 21» (LIPM GE). Aus diesen unterschiedlichen Wortlauten könnte abgeleitet werden, dass für die Anwendung von Art. 28 Abs. 2 StHG und Art. 22 LIPM GE die Beschränkung des Begriffs des Beteiligungsertrags auf Anteile am Eigenkapital oder am Gewinn und den Reserven nicht gilt.

Selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass diese Unterschiede im Wortlaut des StHG den Kantonen einen Freiraum dafür gewähren, auch langfristige Darlehen an Tochtergesellschaften als Beteiligungen zu qualifizieren, erscheint es höchst fraglich, ob es zulässig ist, Art. 22 LIPM GE – der ja einen solchen, allenfalls aufgrund des StHG bestehenden, Freiraum nicht explizit ausgeschöpft, sondern die hier massgeblichen Normteile von Art. 28 Abs. 2 StHG wörtlich übernommen hat – unter Berufung auf den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 22 und 23 LIPM GE so auszulegen, wie dies das Verwaltungsgericht getan hat.

Die Qualifikation der wechsellkursbedingten Aufwertung des als Beteiligung iSv Art. 22 LIPM GE qualifizierten Darlehens an die G.-SA als Beteiligungsertrag stützt das Gericht mit dem Hinweis auf die Doktrin (Oberson<sup>7</sup> und Rolli/Ryser<sup>8</sup>) ab. Davon abweichende Auffassungen<sup>9</sup> werden jedoch ignoriert. Dabei beachtet das Gericht auch nicht, dass Oberson einzig die Auffassung vertritt, dass die Kantone einen entsprechenden Gestaltungsspielraum haben. Hingegen sagt dieser Autor nicht, dass der Gesetzgeber des Kantons Genf diesen Spielraum auch entsprechend ausgeschöpft habe.

## 2 Mantelhandel zu Gunsten der Steuerpflichtigen?

### Sachverhalte

Die Sachverhalte dieser beiden Entscheide werfen Rechtsfragen auf, die sich aufgrund der Rechtslage in Zukunft nicht mehr in gleicher Weise stellen können,

weil es sich in den Streitfällen um die Steuerfolgen der Übertragung von Altbeteiligungen vor dem 31.12.2006 handelt. Für Beteiligungsübertragungen ab dem 1.1.2007 besteht die Unterscheidung zwischen Alt- und Neubeteiligungen nicht mehr. Losgelöst von dieser Tatsache, bildet Gegenstand dieser beiden Entscheide eine Rechtsfrage von über diese Einzelfälle hinausgehender Bedeutung. Es geht dabei um die dogmatische Einordnung des Instituts des Mantelhandels als Fall der Steuerumgehung oder als Anwendungsfall der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und die sich daraus ergebenden Konsequenzen. Weil nur diese Frage weiterhin von Bedeutung ist, wird nachfolgend im Wesentlichen nur auf diesen Aspekt eingegangen. Vor diesem Hintergrund stellen sich die massgeblichen Sachverhaltselemente in den beiden Entscheiden wie folgt dar:

### Neuenburger Fall<sup>10</sup>

Die X.-SA mit Sitz in Neuenburg hatte am 30.11.2003 u. a. die Anteile an der, ebenfalls in Neuenburg ansässigen, 100 %igen Tochtergesellschaft Z.-SA zum Verkehrswert in ihre niederländische Tochtergesellschaft Y.-BV eingebracht. Gem. Art. 207a Abs. 3 DBG bildete sie im Umfang der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Gewinnsteuerwert (von Fr. 966 236.30) eine unbesteuerte Reserve. Im Zeitpunkt der Übertragung ihrer Anteile von der X.-SA auf die Y.-BV befand sich die Z.-SA bereits in Liquidation und wurde am 18.11.2008 im Handelsregister gelöscht.

Gem. Art. 207a Abs. 3 Satz 4 DBG<sup>11</sup> musste die zuvor gebildete Reserve steuerwirksam aufgelöst werden. Dabei stellte sich die X.-SA auf den Standpunkt, die Übertragung aller Aktien der sich in Liquidation befindenden Z.-SA stelle einen Mantelhandel dar, und deshalb sei ihr auf dem sich aus der Auflösung der Reserve ergebenden Gewinn der Beteiligungsabzug gem. Art. 69 und 70 DBG zu gewähren. Die neuenburgischen Steuerbehörden haben jedoch im Veranlagungs- und im Einspracheverfahren die Sichtweise der X.-SA nicht übernommen, sondern den Gewinn aus der Auflösung der Reserve (als Aufwertungsgewinn) voll besteuert. Im Wesentlichen gleich lautete das Urteil des Steuergerichts. Auch das Verwaltungsgericht lehnte die Qualifikation der Übertragung der Aktien an der Z.-SA als Mantelhandel ab, und zwar

7 OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 236.

8 RYSER/ROLLI, *Précis de droit fiscal suisse (impôts directs)*, 349.

9 HÖHN,  *Holding- und Domizilgesellschaften gemäss StHG*, 259 f., und WALDBURGER,  *Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz*, 64 ff.

10 BGer 2C\_176/2008, 26.8.2008, StE 2009 B 72.22 Nr. 13.

11 Und gemäss der analogen Bestimmung im Steuergesetz des Kantons Neuenburg, welches eine mit Art. 207a DBG praktisch identische Norm enthält. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nach diesem kantonalen Recht als Stichtag für die Abgrenzung zwischen Neu- und Altbeteiligungen nicht der 1.1.1997, sondern der 1.1.2000 gilt. Auf die kantonale Rechtslage muss aufgrund dieser weitestgehend dem DBG nachgebildeten Ordnung im Folgenden nicht mehr eingegangen werden.

mit der Begründung, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise habe gar kein Mantelhandel stattgefunden, weil die Anteilsveräusserung eine rein konzerninterne Transaktion und deshalb kein Veräusserungsgeschäft darstelle, das als Übertragung (der Mehrheit der Anteile) im Sinne des Instituts des Mantelhandels gelte. Gegen dieses Urteil hat die X.-SA Beschwerde beim Bundesgericht geführt. Das Gericht hat die Beschwerde abgewiesen.

#### Glarner Fall<sup>12</sup>

Im Jahr 2004 verkaufte die A.-AG ihre vor 1997 erworbene 51 %-Beteiligung an der B.-AG für Fr. 1 062 300 an eine unbekannte Käuferschaft. Auf der Differenz zwischen diesem Verkaufserlös und dem Nennwert der A.-AG-Anteile wurde die Verrechnungssteuer erhoben. Mit der Einreichung der Steuererklärung für das Jahr 2004 beantragte die A.-AG, es sei ihr im Umfang der Differenz zwischen dem Verkehrs- und dem Nennwert der Beteiligungsabzug zu gewähren, weil es sich dabei nicht um einen Kapitalgewinn, sondern um einen aus einem Mantelhandel stammenden Beteiligungsertrag handle. Im Veranlagungs- und Einspracheverfahren wurde der Beteiligungsabzug nicht gewährt, während die Steuerrekurskommission des Kantons Glarus auf das Vorliegen von Beteiligungsertrag erkannte. Gegen diesen Entscheid gelangte die ESTV an das Verwaltungsgericht, das die Beschwerde guthiess und im Ergebnis den Einspracheentscheid bestätigte. Dagegen erhob die A.-AG beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

#### Erwägungen des Bundesgerichts

##### Neuenburger Fall

In der vorliegend einzig interessierenden E 5, wo sich das Bundesgericht mit dem Institut des Mantelhandels auseinandersetzt, wird zunächst die bisherige Rechtsprechung im Bereich der Verrechnungssteuer wiedergegeben.

Das Gericht erwähnt zunächst die Indizien, die auf einen solchen Mantelhandel hindeuten, wie Wechsel im Verwaltungsrat, Sitz- oder Betriebsverlegung und Änderung des Gesellschaftszwecks. Schliesslich müssten im Bereich der Verrechnungssteuer und der Stempelabgaben 2 kumulative Erfordernisse erfüllt sein, damit ein Mantelhandel vorliege: ein Wechsel der Mehrheit der Anteile am Aktienkapital (in einem oder mehreren Paketen), und die Gesellschaft müsse entweder wirtschaftlich liquidiert sein oder ihre Aktiven müssten in liquide Form gebracht worden sein (E 5.1).

Sodann stellt das Bundesgericht fest, der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Neuenburg enthalte keinerlei Feststellungen in Bezug auf die in der Rechtsprechung erwähnten Indizien für einen Mantelhandel, wie Wechsel im Verwaltungsrat, Sitz- oder Betriebsverlegung und Änderung des Gesellschaftszwecks. Soweit das Institut des Mantelhandels überhaupt auf die Gewinnbesteuerung von juristischen Personen anwendbar sei, was das Bundesgericht vorliegend offenlassen könne, sei von der Vorinstanz keines der vorstehend genannten Sachverhaltselemente in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt worden. Es wäre deshalb Sache der Beschwerdeführerin gewesen, vor Bundesgericht geltend zu machen, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig dargestellt oder willkürlich festgestellt (E 5.2). Aber unabhängig von diesen verfahrensrechtlichen Überlegungen zeige es sich, dass in der zu beurteilenden Transaktion kein Mantelhandel zu erblicken sei. Da die Z.-SA nur wenige Monate nach dem Handwechsel der Mehrheit der Aktien im Handelsregister gelöscht worden sei, ergebe sich, dass der Verkauf der Anteile an die Y.-BV weder der Liquidation einer alten noch der Gründung einer neuen Gesellschaft gleichgestellt werden könne. Zudem hätte im Fall des Vorliegens eines Mantelhandels der Liquidationserlös für die Zwecke der Verrechnungssteuer deklariert und die Steuer durch die Z.-SA abgeliefert und von der X.-SA zurückgefordert werden müssen. Einen entsprechenden Antrag habe die X.-SA jedoch nie gestellt.

Zudem sei es überraschend, dass sich die Beschwerdeführerin auf das Institut des Mantelhandels, das zur Vermeidung von Rechtsmissbräuchen geschaffen worden sei, berufen wolle, um einen Vorteil bei der direkten Bundessteuer zu erlangen. Konsequenterweise könne die Beschwerdeführerin aus dem Institut des Mantelhandels nichts ableiten, und der streitige Gewinn qualifiziere sich (für den Beteiligungsabzug) nicht als Liquidationsertrag.

##### Glarner Fall

Das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus hat die Auffassung vertreten, der im Streit liegende Ertrag der Beteiligungsveräusserung stelle einen Kapitalgewinn dar und könne deshalb nicht Anspruch auf den Beteiligungsabzug geben, während die Beschwerdeführerin der Meinung ist, es handle sich um einen faktischen Liquidationserlös, weil die Beteiligungsveräusserung ein Mantelhandel gewesen sei. Das Bundesgericht erwägt, es müsse deshalb im vorliegenden Verfahren zwischen diesen widerstreitenden Standpunkten entscheiden, während es diese Frage im Neuenburger Fall noch habe offenlassen können.

<sup>12</sup> BGer 2C\_349/2008, 14.11.2008.

Es stellt fest, dass der Begriff der Liquidation bzw. des Liquidationsgewinns im Steuerrecht weiter gefasst sei als im Zivilrecht. Es weist auf die faktische Liquidation und auf den Mantelhandel bei der Emissionsabgabe und bei der Verrechnungssteuer hin. Bei Letzterem bleibe die Liquidität in der Gesellschaft, und dennoch werde unter Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Teil des Verkaufserlöses als Liquiditätsüberschuss qualifiziert. Auch der Begriff des Ertrags beweglichen Kapitalvermögens gem. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG und der Begriff der Erträge aus Beteiligungen gem. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG seien unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Charakters der Vorgänge auszulegen. Deshalb handle es sich auch im Fall des Mantelhandels um einen Liquidationsüberschuss im steuerrechtlichen Sinn.<sup>13</sup>

Sodann wirft das Gericht (wie bereits im Neuenburger Fall) die Frage auf, ob sich eine Steuerpflichtige überhaupt zum Zwecke der Erzielung einer geringeren Steuerlast auf das Vorliegen eines Mantelhandels berufen könne, weil mit dieser Qualifikation üblicherweise missbräuchlichen Gestaltungen der Besteuerungsverminderung entgegengewirkt werde. Diese Frage müsse vom Bundesgericht jedoch im vorliegenden Fall nicht end- oder allgemeingültig beantwortet werden (E 2.6).

Diese Frage war im strittigen Fall deshalb nicht zu entscheiden, weil das Gericht zum Ergebnis kam, dass aufgrund verschiedener Umstände nicht erstellt sei, dass tatsächlich ein Mantelhandel vorliege. Zwar sei die Übertragung einer 51 %igen Beteiligung festgestellt und unbestritten. Hingegen habe weder die Beschwerdeführerin von sich aus die verschiedenen Indizien für die beweismässige Erstellung des Mantelhandels beigebracht noch sei sie vom Gericht je dazu aufgefordert worden. Das Bundesgericht stellt zudem die Vermutung auf, die Beschwerdeführerin habe bewusst gewisse Informationen zurückgehalten. Die spontane Ablieferung der Verrechnungssteuer durch den Käufer genüge für sich alleine jedenfalls nicht, um vom tatsächlichen Vorliegen eines Mantelhandels auszugehen.

Die Vorinstanz habe somit den Sachverhalt nicht vollständig festgestellt, was eine Rechtsverletzung bedeute. Die Beschwerde sei deshalb gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung sowie zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

13 Der Auffassung der Vorinstanz, wonach – im Einklang mit der Auffassung der ESTV – gemäss einem strikt zivilrechtlichen Ansatz geprüft werden müsse, ob ein Kapitalgewinn oder ein Beteiligungsertrag vorliege, könne das Bundesgericht somit nicht zustimmen.

## Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die Qualifikation des beim Mantelhandel zur Besteuerung gelangenden Substrats als Liquidationsüberschuss – und nicht als Kapitalgewinn – vermag zu überzeugen. Sie entspricht auch ständiger Praxis beim Mantelhandel im Zusammenhang mit im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an Kapitalgesellschaften. Auch dort wird beim Veräusserer von Vermögensertrag und nicht von einem Kapitalgewinn ausgegangen.<sup>14</sup>

Nochmals überdenken sollte jedoch das Bundesgericht seine Zurückhaltung, das Institut des Mantelhandels auch dann anzuwenden, wenn sich dies zugunsten eines Steuerpflichtigen auswirkt. Es geht hier um eine grundsätzliche, weit über den Fall des Mantelhandels hinausgehende Fragestellung: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung von Steuerrechtsnormen darf keine «Einbahnstrasse» zu Lasten der Steuerpflichtigen sein. Sie steht auch in keinem Zusammenhang mit der rechtsmissbräuchlichen Steuerumgehung, sondern sie ist ein objektives Institut, welches die Funktion hat, die sich aus der spezifischen Aufgabe steuerrechtlicher Normen ergebende Notwendigkeit, in verschiedenen Situationen wirtschaftliche Vorgänge, abweichend vom Zivilrecht, nach dem Grundsatz der rechtsgleichen Besteuerung steuerlich zu erfassen. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfüllt sind, muss sie unabhängig davon angewendet werden, ob sie sich zugunsten oder zulasten der Steuerpflichtigen auswirkt. Dies gilt nicht nur – aber auch – beim Mantelhandel.

Problematisch ist die Argumentation des Bundesgerichts im Neuenburger Fall bezüglich der Bedeutung der Indizien für das Vorliegen eines Mantelhandels, wie Wechsel im Verwaltungsrat, Sitz- oder Betriebsverlegung und Änderung des Gesellschaftszwecks. Dort ging es um eine konzerninterne Veräusserung der Mehrheit der Beteiligungsrechte. In diesen Fällen gibt es häufig keinen Anlass, den Verwaltungsrat neu zu besetzen, und auch die Änderung des Gesellschaftszweckes, die Verlegung des Sitzes oder Ortes des Geschäftsbetriebs wird beim Mantelhandel innerhalb eines Konzerns in vielen Fällen unterbleiben.

Das Bundesgericht gewichtet die Bedeutung dieser Indizien ganz generell zu stark. Diese Indizien sollten von den Steuerbehörden dazu herangezogen werden, Fälle von Mantelhandel überhaupt eruieren zu können. Die konkrete Beurteilung eines in Prüfung stehenden Sachverhalts durch Steuerbehörden und Gerichte sollte je-

14 Andersfalls könnte ja mittels eines Mantelhandels die Besteuerung der latenten Einkommensteuern vermieden werden (sofern keine indirekte Teilliquidation vorliegt).

doch für alle Steuerarten einzig anhand der vom Bundesgericht genannten und in Art. 5 Abs. 2 lit. b StG gesetzlich normierten Kriterien<sup>15</sup> erfolgen. Von einem Heranziehen weiterer Indizien ist in diesem Verfahrensstadium abzusehen.

## Literaturverzeichnis

HÖHN ERNST, Holding- und Domizilgesellschaften gemäss StHG, in: Ernst Höhn/Peter Athanas (Hrsg.), Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, Bern/Stuttgart/Wien 1993

OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 3. A., Basel/Genf/München 2007

RYSER WALTER/ROLLI BERNARD, Précis de droit fiscal suisse (impôts directs), 4 A., Bern 2002

WALDBURGER ROBERT, Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Domizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, Zürich 1996

## Praxisanweisungen

KS Beteiligungserträge, KS Nr. 9 (W97-009) der ESTV – Auswirkungen des BG über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 auf die Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 9.7.1998)

Information sociétés holdings, Information no 8/2003 ACC GE – Reconnaissance et imposition des sociétés holdings (du 18.7.2003)

## Rechtsquellen

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11

LIPM GE, Loi sur l'imposition des personnes morales (du 23.9.1994), RSG D 3 15

StG, BG über die Stempelabgaben (vom 27.6.1973), SR 641.10

StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14

---

15 Handwechsel der Mehrheit der Anteile, Gesellschaft ist wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden.