

Steuerrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes

Prof. Dr. iur. Markus Reich



*Markus Reich, Prof. Dr. iur.,
Ordinarius für Steuer-,
Finanz- und Verwaltungs-
recht an der Universität
Zürich; Konsulent Pestalozzi
Gmür & Patry Rechtsanwälte,
Zürich*

Inhalt*

1	Einführung	3.5	Übernahmegewinne und -verluste
2	Ausgangslage	3.5.1	Übernahmegewinne
2.1	Blick zurück	3.5.2	Übernahmeverluste
2.2	Steuerrechtlicher Handlungsbedarf	3.6	Übernahme von Verlustvorträgen
3	Einkommens- und Gewinnsteuer	3.6.1	Allgemeine Bemerkungen
3.1	Neuer steuersystematischer Gewinnausweistatbestand	3.6.2	Verlustvorträge im interkantonalen Verhältnis
3.1.1	Entwurf zum FusG	3.6.3	Verlustvorträge im internationalen Verhältnis
3.1.2	Kritik	4	Grundsteuern
3.2	Umstrukturierungsklauseln	4.1	Grundstückgewinnsteuer
3.2.1	Wortlaut	4.2	Handänderungssteuer
3.2.1.1	Geltendes Recht	4.2.1	Geltendes Recht
3.2.1.2	Entwurf zum FusG	4.2.2	Entwurf zum FusG
3.2.1.3	Kantonale Formulierungen	5	Verrechnungssteuer
3.2.2	Fortbestand der Steuerpflicht	6	Stempelabgaben
3.2.3	Betriebserfordernis	6.1	Emissionsabgabe
3.2.3.1	Begriff und Wesen des Betriebs	6.2	Umsatzabgabe
3.2.3.2	Relevanz des Betriebserfordernisses	7	Mehrwertsteuer
3.2.3.3	Spaltungen von Immobiliengesellschaften	8	Schlussbemerkung
3.2.3.4	Spaltungen von Vorsorgeeinrichtungen		Literatur
3.2.4	Konzerninterne Flexibilisierung		
3.2.4.1	Geltendes Recht		
3.2.4.2	Entwurf zum FusG		
3.2.5	Das Erfordernis der echten Spaltung		
3.2.6	Fortsetzung des Engagements		
3.2.7	Austausch von Beteiligungsrechten		
3.3	Sperrfristenregelung		
3.3.1	Allgemeine Bemerkungen		
3.3.2	Subjektiviertes oder objektiviertes Konzept?		
3.3.3	Entgeltliche Veräusserung als Anknüpfungspunkt der Nachbesteuerung		
3.3.4	Umfang der Nachbesteuerung		
3.3.5	Folgen der Nachbesteuerung bei der Empfängerin		
3.3.6	Vermögensertrag bei den Beteiligten		
3.4	Nennwerterhöhungen und Ausgleichsleistungen		
3.4.1	Der Vorschlag der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen		
3.4.2	Kompromissvorschlag		

* Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. MATHIAS BOPP, danke ich herzlich für die tatkräftige Mitarbeit.

1 Einführung

Die Umstrukturierungen von Unternehmen (Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) sind im geltenden schweizerischen Privatrecht lediglich fragmentarisch geregelt¹. Die entsprechenden Bestimmungen sind zur Hauptsache in den Art. 181 f., 748 ff., 770 Abs. 3, 824 ff., 914 f. OR² zu finden. Mit Botschaft vom 13. Juni 2000³ schlägt der Bundesrat nun den Erlass eines *Spezialgesetzes* zur Regelung der Unternehmensumstrukturierungen und Vermögensübertragungen vor. Dieser neue Erlass soll die bisherigen obligationenrechtlichen Normen ersetzen.

Der bundesrätliche Entwurf setzt sich zum Ziel, eine *grössere Flexibilität* der Rechtsformen zu schaffen und eine der wirtschaftlichen Situation optimal angepasste rechtliche Organisation der Unternehmensträger zu ermöglichen⁴. De lege lata bestehende *Lücken* werden im Interesse der Rechtssicherheit geschlossen und die *Handlungsmöglichkeiten* unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Gläubigern, Arbeitnehmern sowie Minderheitsbeteiligten erweitert. Die Neuordnung soll auch dazu beitragen, die *Rahmenbedingungen* des Wirtschaftsstandortes Schweiz zu verbessern.

Der bundesrätliche Gesetzesentwurf enthält im Anhang auch Vorschläge zur Änderung verschiedener *steuerrechtlicher Erlasse*; betroffen sind das StHG⁵, das DBG⁶ und das StG⁷. Mit den steuerrechtlichen Revisionsvorschlägen will der Bundesrat erreichen, dass die Umstrukturierungsvorschriften des StHG und des DBG *offener* und *zeitgemässer* konzipiert und auf das geänderte *Privatrecht* ausgerichtet werden⁸. Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten sollen durch das Steuerrecht nicht vereitelt werden, wobei allerdings den steuerrechtlichen Interessen an einer klaren Unterscheidung der steuerneutralen Umstrukturierungen von den steuerbaren *Veräusserungsgeschäften* hinreichend Rechnung getragen werden muss.

Der vorliegende Beitrag setzt sich vor dem Hintergrund der geltenden Ordnung kritisch mit den steuerrechtlichen Reformvorschlägen auseinander und zeigt auf, dass die Vorlage noch in verschiedenen Punkten der Verbesserung bedarf, wenn die hoch gesteckten Ziele des Bundesrates erreicht werden sollen.

2 Ausgangslage

2.1 Blick zurück

Der Mangel an verlässlichen und praktikablen privatrechtlichen Regelungen der Unternehmensumstrukturierungen hat in den letzten Jahren nicht nur zu einer recht stürmischen Rechtsfortbildung, sondern auch zu einer gehörigen Portion *Rechtsunsicherheit* geführt. Im Januar 1993 hat deshalb der Vorsteher des eidg. Justiz- und Polizeidepartements eine *Kommission*⁹ eingesetzt, um die Revisionsanliegen und den Handlungsbedarf im Bereich des Gesellschaftsrechts erheben zu lassen. Diese Kommission erstattete noch im gleichen Jahr einen ausführlichen *Schlussbericht*, der neben der Stellungnahme zu den parlamentarischen Begehren auch verschiedene weitere Vorschläge für Änderungen des Gesellschaftsrechts enthielt¹⁰. Insbesondere wurde die Notwendigkeit einer Flexibilisierung des Rechtskleidwechsels hervorgehoben, und es wurde angeregt, ein Gesetz über die Umstrukturierungen zu erlassen, welches das schweizerische Recht der 3. EG-Richtlinie (Verschmelzungsrichtlinie)¹¹ und der 6. EG-Richtlinie (Spaltungsrichtlinie)¹² angleicht. Ein entsprechender Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern wurde im Dezember 1997 zur Vernehmlassung freigegeben. Nach eingehender Überarbeitung des Vorentwurfs verabschiedete der Bundesrat am 13. Juni 2000 dann die *Botschaft zum FusG*.

1 BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Rz 294 ff.; FORSTMOSER, ZGR Sonderheft 13, 275 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 874 ff. GASSER/EGGENBERGER, AJP 1998, 458 ff.; VON BÜREN/KINDLER, SZW 1998, 2 f.

2 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

3 Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl. 2000, 4337 ff.

4 Dazu und zum Folgenden *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4338, 4354.

5 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz; StHG), SR 642.14.

6 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG), SR 621.11.

7 Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG), SR 641.10.

8 Dazu und zum Folgenden *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4368.

9 Sog. Groupe de réflexion.

10 *Schlussbericht* des Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» vom 24. September 1993, hrsg. vom Bundesamt für Justiz, Bern 1993.

11 Dritte Richtlinie 78/855/EWG vom 9. Oktober 1978 gemäss Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABI. 1978 L 295/36 vom 20.10.1978 (*Verschmelzungsrichtlinie*).

12 Sechste Richtlinie 82/891/EWG vom 17. Dezember 1982 gemäss Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABI. 1982 L 378/47 vom 31.12.1982 (*Spaltungsrichtlinie*).

Was das *Steuerrecht* betrifft, wurde 1995 einer *Arbeitsgruppe*¹³ der Auftrag erteilt, Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts auszuarbeiten, welche für die im Vorentwurf zu einem FusG vorgesehenen Umstrukturierungsmassnahmen einen Besteuerungsaufschub gewähren, soweit diese nicht mit der unmittelbaren Realisation von Einkommen oder Gewinn verbunden sind. Die Arbeitsgruppe hat ihren Bericht im Juni 1996 abgeliefert. Der Bericht wurde im August 1997 aktualisiert und im Dezember 1997 zusammen mit dem Vorentwurf zum FusG in die Vernehmlassung gegeben¹⁴.

Die Vorschläge der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen wiesen verschiedene zum Teil gravierende *Mängel* auf, die sich – hätten sie in die Steuergesetze Eingang gefunden – insgesamt negativ auf die liberale und flexible Steuerpraxis im Bereich der Unternehmensumstrukturierungen ausgewirkt hätten¹⁵. Die im *Vernehmlassungsverfahren* geäusserte Kritik¹⁶ führte zu einer grundlegenden Überarbeitung der Vorlage.

2.2 Steuerrechtlicher Handlungsbedarf

Die tief greifende *privatrechtliche Neuordnung* des Umstrukturierungsrechts ist aus steuerrechtlicher Optik von weit geringerer Bedeutung, als es auf Anhub erscheinen mag. Die Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen werden bereits seit Jahrzehnten in der Regel nicht nach dem *privatrechtlichen* Prozedere, sondern nach den *wirtschaftlichen Auswirkungen* beurteilt. So konnten Umwandlungen, Zusammenschlüsse und Spaltungen von Unternehmen schon bis anhin vielfach ohne hemmende Steuerschranken vollzogen werden. Doktrin und Praxis haben in Auslegung des allgemeinen steuerrechtlichen Gewinnbegriffs Wege gefunden, welche die Abwicklung sinnvoller, vom Markt indizierter Umstrukturierungen und Vermögensübertragungen steuerfrei ermöglicht haben.

Das bisherige Recht hat sich bis auf wenige Ausnahmen bewährt. Die schweizerische Steuerpraxis im Bereich der Umstrukturierungen kann im internationalen Vergleich als *offen* und *flexibel* bezeichnet werden, so dass es vor allem gilt, die Vorteile des geltenden Rechts in die Neuregelung des Umstrukturierungsrechts einfließen zu lassen.

Die *privatrechtliche* Neukonzeption des Umstrukturierungsrechts darf deshalb nicht dazu führen, von den Grundüberlegungen der geltenden steuerrechtlichen

Ordnung abzurücken. Vordergründig verleitet zwar der Grundsatz der *Einheit der Rechtsordnung* zur Annahme, inskünftig könnte sich das Steuerrecht doch einfach an die im FusG verankerte *privatrechtliche* Ordnung anlehnen. Dies ist indessen wegen der auf weite Strecken *unterschiedlichen Regelungsaufgaben* von Privat- und Steuerrecht nicht möglich. Nicht jede Umgestaltung, welche *privatrechtlich* keine Probleme aufwirft, soll *steuerneutral* abgewickelt werden können. Umgekehrt wird es auch nach dem In-Kraft-Treten des FusG Umstrukturierungen geben, welche – obwohl nicht in den *gesellschaftsrechtlich* vorgezeichneten Bahnen vollzogen – zu keinen *Steuertatbeständen* führen werden.

Dennoch besteht im Bereich der steuerrechtlichen Umstrukturierungsbestimmungen *punktuelle Reformbedarf*. Vorab erweist es sich als unumgänglich, die in verschiedener Hinsicht unzulänglichen *Umstrukturierungsklauseln im StHG und im DBG* neu zu konzipieren. Im Weiteren ist ein zentraler Bremsklotz der Unternehmensumstrukturierungen in den kantonalen und kommunalen *Handänderungssteuern* zu lokalisieren. In gewissen Kantonen wird die freie Wahl der Rechtsform immer noch durch die Erhebung von *prohibitiven* (und verfassungsmässig fragwürdigen) *Handänderungssteuern* zunichte gemacht. Sodann stossen Umstrukturierungen nicht selten im Bereich der *Stempelabgaben* und der *Verrechnungssteuer* auf sachwidrige Steuerschranken. Schliesslich entsprechen die Umstrukturierungsbestimmungen des neuen *Mehrwertsteuergesetzes*¹⁷ den Anforderungen an eine sachgerechte Verbrauchssteuerregelung ebenfalls nicht.

Handlungsbedarf ist aber auch auf Grund *neuartiger Sachverhalte* und veränderter wirtschaftlicher Bedürfnisse gegeben, denen durch die kontinuierliche Fortentwicklung der herkömmlichen Umstrukturierungsdogmatik kaum befriedigend Rechnung getragen werden kann. So sollte insbesondere die *Übertragung von einzelnen Wirtschaftsgütern* im Konzernverhältnis mit Blick auf die Standortattraktivität der Schweiz und mit Blick auf das in der Schweiz (noch) fehlende Konzernsteuerrecht nach dem Postulat der *grösstmöglichen konzerninternen Flexibilität* ausgestaltet werden. Einen Schritt in diese Richtung – wenigstens hinsichtlich der Übertragung von massgeblichen Beteiligungen – brachte die *Unternehmenssteuerreform 1997*, welche grösstenteils auf den 1. Januar 1998 in Kraft getreten

13 Sog. Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen.

14 Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen, aktualisierte Fassung August 1997. Dazu STOCKAR, ST 1998, 51 ff.; WALKER, ZBJV 135^{bis}, 133 ff.

15 BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 1 ff.; GASSER/EGGENBERGER, AJP 1998, 457 ff.; RIEDWEG, StR 1998, 198 ff.; REICH, ST 1998, 263 ff.

16 *Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens* betreffend den Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen, Separatdruck, hrsg. vom Eidgenössischen Finanzdepartement, Bern 1999, passim.

17 Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 2. September 1999 (Mehrwertsteuergesetz; MWSTG), AS 2000, 1300 ff.

ist¹⁸. Auch die Umstrukturierung von *Immobilien-gesellschaften* muss in Anbetracht des Postulats der Mobilisierung des Grundeigentums flexibilisiert werden.

3 Einkommens- und Gewinnsteuer

3.1 Neuer steuersystematischer Gewinnausweistatbestand

3.1.1 Entwurf zum FusG

Im bundesrätlichen *Entwurf zum FusG*¹⁹ wird gleich zu Beginn der steuerrechtlichen Änderungen eine bis anhin nicht diskutierte Ergänzung des Art. 18 Abs. 2 E-DBG angeregt²⁰. Im allgemeinen Gewinnausweistatbestand der selbständig erwerbenden natürlichen Personen soll die *Überführung von Geschäftsvermögen in eine juristische Person* der Veräußerung gleichgestellt werden.

Zur *Begründung* dieses Vorschlags führt die *Botschaft zum FusG* aus, dass man auf Grund der neuen privatrechtlichen Umwandlungsvorschriften versucht sein könnte, die Gewinnrealisation bei jeglicher Überführung von Wirtschaftsgütern im Zug einer Umwandlung von Personenunternehmen in juristische Personen zu verneinen, da es sich um einen blossen Rechtskleidwechsel handle. Aus steuersystematischen Gründen scheine es daher angezeigt, die Überführung von Geschäftsvermögen in eine juristische Person explizit zu erwähnen, um die für die Umstrukturierungstatbestände geltenden Ausnahmen in Art. 19 Abs. 1 festzuschreiben. Da das StHG den Begriff der Privatentnahme in Art. 8 Abs. 1 nicht näher definiere, erübrige sich dort eine entsprechende Änderung²¹.

3.1.2 Kritik

Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Die Bestimmungen des *Entwurfs zum FusG* bilden keine hinreichende Rechtfertigung für die vorgeschlagene Änderung des allgemeinen Gewinnausweistatbestands. Auch wenn die Umwandlungen im Bereich der *juristischen Personen* privatrechtlich ohne Subjektwechsel ablaufen werden²², wird der *Rechtsträger* bei den Umwandlungen von *Personenunternehmen* in juristische Personen auch inskünftig notwendigerweise eine Änderung erfahren; es wird in jedem Fall ein *Vermögensübergang* von den natürlichen auf die juristischen

Personen stattfinden. Zudem handelt es sich bei diesem Vorgang wie bis anhin immer dann um eine Verwertung bzw. um eine *Überführung* vom Geschäfts- ins Privatvermögen im Sinn des Art. 18 Abs. 2 DBG, wenn sich die Beteiligungsrechte an der aufnehmenden Gesellschaft im *Privatvermögen* der bisherigen Personenunternehmer befinden. Falls die Beteiligungsrechte jedoch *Geschäftsvermögen* der Personenunternehmer darstellen, gibt es keinen genügenden Grund für die Annahme eines steuersystematischen Gewinnausweistatbestands. Nach dem vorgeschlagenen Art. 18 Abs. 2 E-DBG müsste über die übertragenen stillen Reserven gleichwohl abgerechnet werden.

Von der Aufnahme der vorgeschlagenen Ergänzung muss noch aus einem andern Grund dringend abgeraten werden. Mit dieser Änderung würde nämlich das geltende *Realisationskonzept* auf den Kopf gestellt: De lege lata gilt im Umstrukturierungssteuerrecht wie auch in den übrigen Bereichen der Gewinnermittlung der *Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz*. Wenn eine steuerneutrale Reservenübertragung buchführungsrechtlich zulässig ist, wird sie – steuerrechtliche Korrekturvorschriften vorbehalten – auch steuerrechtlich nachvollzogen. Neu soll nun jede Übertragung von Vermögenswerten aus dem Geschäftsvermögen einer natürlichen Person auf eine juristische Person unter den neuen *steuersystematischen Gewinnausweistatbestand* subsumiert werden. Auch wenn buchführungsrechtlich kein Gewinn vorliegt, wird steuerrechtlich ein solcher fingiert. Damit werden die gesetzlichen Umstrukturierungsklauseln, welchen bis anhin bloss exemplifikatorische Bedeutung zukam²³, zu *echten Ausnahmetatbeständen* umfunktioniert. Nur wenn die in den Umstrukturierungsklauseln aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind, kann von einer Besteuerung der übertragenen stillen Reserven abgesehen werden. Kaufmännische und buchführungsrechtliche Argumente, die für die Erfolgsneutralität einer Transaktion sprechen, würden damit entkräftet; an deren Stelle träte die Konkretisierung der gesetzlichen Umstrukturierungsklauseln durch Kreisschreiben und Merkblätter.

18 Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Reform der Unternehmensbesteuerung, AS 1998, 669 ff.

19 Entwurf zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), BBl. 2000, 4531 ff.

20 Anhang E-FusG, Ziff. 7.

21 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4507.

22 MEIER-SCHATZ, ZSR NF 113 I (1994) 383 ff.; REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 219 ff.

23 REICH, Grundriss, 35.

3.2 Umstrukturierungsklauseln

3.2.1 Wortlaut

3.2.1.1 Geltendes Recht

Die *Botschaft zum FusG* räumt ein, dass der *Wortlaut* der derzeitigen Umstrukturierungsbestimmungen des StHG und des DBG die Voraussetzungen der steuerneutralen Reservenübertragung nur sehr unzureichend abbilden²⁴. So werden einerseits Anforderungen an die steuerneutrale Reservenübertragung gestellt, die längst überholt sind, andererseits werden Voraussetzungen der Steuerneutralität nicht erwähnt, die notwendigerweise hätten Aufnahme finden müssen. Semantisch geben die geltenden Umstrukturierungsklauseln nicht das wieder, was der Gesetzgeber eigentlich hat festhalten wollen. Im Bestreben, ein relativ *engmaschiges normatives Netz zu knüpfen*, verstrickt sich der geltende Wortlaut in zahlreiche Widersprüche und Ungereimtheiten, die den Zugang zum *Sinn* der statuierten Vorschriften stark erschweren²⁵.

3.2.1.2 Entwurf zum FusG

Erfreulich ist, dass der bundesrätliche *Entwurf zum FusG* die Bestimmungen von Art. 19 Abs. 1 und 61 Abs. 1 E-DBG sowie Art. 8 Abs. 3 und 24 Abs. 3 E-StHG, welche das gesetzliche Realisationskonzept bei Umstrukturierungen umreissen, nicht mehr abschliessend auf die *unterschiedlichen Erscheinungsformen* ausrichtet. Nach dem neuen Wortlaut können stille Reserven «bei Umstrukturierungen, insbesondere im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung», steuerneutral übertragen werden. Auch wird versucht, die *Gemeinsamkeiten* und *Unterschiede* der verschiedenen Umstrukturierungsformen herauszuschälen. Auf diese Weise wird dem *funktionellen Gehalt* des gesetzlichen Gewinnverwirklichungskonzepts vom gesetzestechnischen Ansatz her gewiss besser Rechnung getragen als mit den geltenden Formulierungen.

So stellt der bundesrätliche Vorschlag einen Schritt in die richtige Richtung dar; er ist bedeutend offener konzipiert als die bisherigen in StHG und DBG verankerten

Umstrukturierungsklauseln. Immerhin bergen auch die vorgeschlagenen *Formulierungen* die Gefahr einer Formalisierung des derzeitigen Realisationskonzepts in sich. Was weiterhin fehlt, ist ein im Wortlaut mit hinreichender Klarheit zum Ausdruck kommendes *finale Programm*.

3.2.1.3 Kantonale Formulierungen

In der *Botschaft zum FusG* ist keine Begründung dafür zu finden, weshalb sich der Bundesrat nicht zur Anlehnung an verschiedene kantonale Formulierungen hat entschliessen können. In Anbetracht dessen, dass der Bund verfassungsrechtlich verpflichtet ist, die *Harmonisierungsbestrebungen der Kantone* zu berücksichtigen²⁶, wären Ausführungen darüber, weshalb der Bund hier einen *neuen Weg* einschlagen will, durchaus am Platz gewesen. Einige Kantone haben nämlich in den letzten Jahren die *Grundvoraussetzungen* der steuerneutralen Reservenübertragung in offenen und *flexiblen Formulierungen* zum Ausdruck gebracht. So lautet beispielsweise § 20 Abs. 1 StG SZ²⁷:

1 Stille Reserven eines Personenunternehmens werden, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht, nicht besteuert bei erfolgsneutralen Umstrukturierungen wie Umwandlung, Zusammenschluss und Unternehmensspaltung, wenn sie ihre bisherige Funktion im Unternehmen im Wesentlichen beibehalten und die Unternehmensträger nicht mit zweckentfremdeten Vermögenswerten abgefunden werden.

2 ...

Ähnliche Formulierungen sind in den harmonisierten Steuergesetzen der Kantone Zürich, Aargau, Luzern, Nidwalden, St. Gallen und Zug²⁸ zu finden. Mit solchen auf die gemeinsamen Wesensmerkmale der verschiedenen Umstrukturierungsformen ausgerichteten Klauseln wäre Gewähr dafür geboten, dass sich der Gewinnbegriff wie bis anhin ohne das *starre Korsett* einer unzulänglichen gesetzlichen Regelung im Gleichschritt mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten und der allgemeinen Rechtsauffassung *weiterentwickeln* würde.

24 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4368; die diesbezügliche Kritik (dazu BÖCKLI, StR 1990, 216; REICH, Realisation, 287 ff.; DERS., FS Zuppinger, 399; ZUPPINGER/BÖCKLI/LOCHER/REICH, 169 f.) blieb lange Zeit unbeachtet.

25 Zur *Entstehungsgeschichte* der geltenden Regelungen REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 14 ff.

26 Art. 129 Abs. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (BV), SR 101.

27 Dazu auch § 67 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Schwyz vom 9. Februar 2000 (StG SZ).

28 §§ 19, 67 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997 (StG ZH); §§ 28, 71 des Steuergesetzes des Kantons Aargau vom 15. Dezember 1998 (StG AG); §§ 26, 75 des Steuergesetzes des Kantons Luzern vom 22. November 1999 (StG LU); Art. 22, 80 des Steuergesetzes des Kantons Nidwalden vom 22. März 2000 (StG NW); Art. 32, 88 des Steuergesetzes des Kantons St. Gallen vom 9. April 1998 (StG SG); §§ 18, 62 des Steuergesetzes des Kantons Zug vom 25. Mai 2000 (StG ZG).

3.2.2 Fortbestand der Steuerpflicht

Im Ingress der Art. 19 und 61 E-DBG wird die Reservenneutralität zu Recht davon abhängig gemacht, dass «[...] die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Einkommenssteuer²⁹ massgeblichen Werte übernommen werden.»

Danach löst nicht jede Übertragung von Vermögenswerten auf ausländische Rechtsträger die Besteuerung der stillen Reserven aus. Wie die *Botschaft zum FusG* erfreulicherweise festhält, ist das insoweit nicht der Fall, als die übernehmende Gesellschaft den übernommenen Betrieb in der Schweiz als *Betriebstätte* weiterführt³⁰. Auch die Voraussetzung der *Übernahme der Einkommenssteuerwerte* ist nicht so zu verstehen, dass bei deren Veränderung im Zug der Umstrukturierung gänzlich von der Steuerneutralität abzusehen wäre; vielmehr führt dies lediglich zur Besteuerung der vorgenommenen Aufwertung³¹.

Aus diesen Gründen traf die Formulierung der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen³², wonach die stillen Reserven übertragen werden können, «soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte übernommen werden», den Kern der Sache besser als der bundesrätliche *Entwurf zum FusG*, welcher «soweit» durch «wenn» ersetzt³³.

3.2.3 Betriebserfordernis

3.2.3.1 Begriff und Wesen des Betriebs

Einen Angelpunkt der Umstrukturierungsklauseln bildet das Betriebserfordernis, welches die objektive Verknüpfung der stillen Reserven im bisherigen betrieblichen Umfeld gewährleistet. Eine *betriebliche Einheit* im steuerrechtlichen Sinn bildet jeder organisatorisch-technische Komplex von Vermögenswerten, welcher im Hinblick auf die unternehmerische Leistungserstellung eine relativ unabhängige, organische Einheit darstellt³⁴. Ein Betrieb zeichnet sich durch ein hohes Mass an Autonomie aus und ist, auch wenn das Band zur jewei-

ligen übergeordneten Wirtschaftseinheit durchtrennt wird, ein für sich *lebensfähiger Organismus*, der auf die Erzeugung von wirtschaftlichen Werten ausgerichtet ist. Kapital und Arbeit werden planmässig zum Zweck der Gewinnerzielung eingesetzt, wobei sich der Einsatz der Arbeit nicht auf die Abschöpfung des Mehrwerts oder die Erzielung von Ertrag des eingesetzten Kapitals beschränkt, sondern auf *Wertschöpfung* abzielt.

Die Steuergesetze verwenden im Allgemeinen nicht den Ausdruck «betriebliche Einheiten», sondern sprechen von «in sich geschlossenen Betriebsteilen»³⁵. Der Begriff *Betriebsteil* ist missverständlich, da auch bei einem *Betriebsteil* sämtliche aufgeführten Merkmale der betrieblichen Einheit vorhanden sein müssen. Mit dem Begriff des *Betriebsteils* soll wohl verdeutlicht werden, dass Beurteilungsgrundlage und Recheneinheit der Steuerneutralität immer den kleinsten für sich lebensfähigen Organismus eines Unternehmens darstellt.

Der bundesrätliche *Entwurf zum FusG* verwendet in Anlehnung an die *Fusionsrichtlinie*³⁶ den Ausdruck des *Teilbetriebs*. Nach Art. 2 lit. i *Fusionsrichtlinie* ist ein Teilbetrieb «die Gesamtheit der in einem Unternehmensanteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbständigen Betrieb, d.h. eine aus eigenen Mitteln funktionsfähige Einheit, darstellen». Diese Legaldefinition stimmt zumindest dem *Wortlaut* nach mit dem schweizerischen Betriebsverständnis überein³⁷.

3.2.3.2 Relevanz des Betriebserfordernisses

Bedeutsam ist das Betriebserfordernis nach neuerer Auffassung vor allem dort, wo Umstrukturierungen zu einer steuersystematischen Änderung führen³⁸, wie bei *Umwandlungen von Personenunternehmen in juristische Personen* oder bei *Spaltungen von juristischen Personen*. Bei *Umwandlungen* und bei *Fusionen von juristischen Personen* können sich die Anteilsinhaber demgegenüber vor und nach der Umstrukturierung zu den gleichen fiskalischen Konditionen von ihren Anteil-

29 Beziehungsweise «Gewinnsteuer» in Art. 61 E-DBG.

30 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4370.

31 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4371.

32 Vorschlag zu Art. 19 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 1 DBG sowie Art. 8 Abs. 3 und 24 Abs. 3 StHG, *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 42 ff.

33 So bereits BÖCKLI, ASA 61 (1992/93) 378 f.

34 REICH, Komm., N 36 zu Art. 19 DBG; DERS., Realisation, 191 f.; DERS., Umstrukturierungen, 1. Teil, 43 f.; ZUPPINGER/SCHÄRRER/FESSLER/REICH, N 175 zu § 161 StG, auch zum Folgenden.

35 Etwa Art. 8 Abs. 3 lit. c sowie Art. 24 Abs. 3 lit. c StHG; Art. 19 Abs. 1 lit. c sowie Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG; dazu auch BÖCKLI, ASA 61 (1992/93) 377 f.

36 Richtlinie 90/434/EWG 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, ABl. 1990 L 225/1 vom 20.8.1990.

37 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, II, § 39 N 303.

38 Dazu REICH, Grundriss, 51.

len trennen, so dass der Gesetzesentwurf der Botschaft hier nun richtigerweise vom Betriebserfordernis absieht³⁹.

Bei der *Ausgliederung* geht die *Botschaft zum FusG* von der These aus, dass verdeckte Kapitaleinlagen grundsätzlich zu einer Realisierung der übertragenen stillen Reserven führen⁴⁰. Nur bei der Übertragung ganzer Betriebe sei ein Besteuerungsverzicht gerechtfertigt. Diese mit Blick auf den Einbezug der Kapitalgewinne in den Beteiligungsabzug eingeführte Neuerung setzt zu Unrecht beim Problem der steuerneutralen Übertragung der stillen Reserven an. Richtigerweise müsste die fiskalische Verknüpfung der stillen Reserven über den *Gestehungskostenbegriff* sichergestellt werden, indem die Buchwertübertragung zwar unabhängig vom Betriebserfordernis möglich wäre, aber von einer Erhöhung der Gestehungskosten der Tochterbeteiligung nur bei der Übertragung ganzer Betriebe abgesehen würde⁴¹. Hinderlich wirkt sich das Betriebserfordernis vor allem auch bei den *Joint-Venture-Ausgliederungen* aus⁴². Weshalb soll eine Umstrukturierung nicht steuerneutral abgewickelt werden können, wenn der eine Partner statt eines Betriebs immaterielle Werte einbringen will?

Überdies ist das Betriebserfordernis im *Entwurf zum FusG* auch bei der Übertragung von Vermögenswerten eines *Personenunternehmens* auf ein anderes *Personenunternehmen* fehl am Platz. Es ist nicht einzusehen, weshalb etwa ein Einzelfirmainhaber, der ein Verfahren entwickelt hat, dieses nicht steuerneutral in eine Kollektivgesellschaft einbringen kann, die er mit einem anderen Personenunternehmer, welcher die betrieblichen Vermögenswerte einbringt, gründet.

Demgegenüber fehlt das Betriebserfordernis im bundesrätlichen Entwurf bei der Übertragung von Vermögenswerten von juristischen Personen auf *Personenunternehmen, Stiftungen oder Vereine*⁴³. Hier gilt es, die steuerneutralen Umstrukturierungen anhand des Betriebserfordernisses sachgemäss von den Veräusserungstatbeständen abzugrenzen.

3.2.3.3 Spaltungen von Immobiliengesellschaften

Nach dem Willen der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen hätte bei Umstrukturierungen von Immobiliengesellschaften⁴⁴ generell auf das Betriebserfordernis verzichtet werden sollen. Mit Blick darauf, dass bei Immobiliengesellschaften von vornherein keine *funktionelle Verknüpfung* der stillen Reserven in einem betrieblichen Umfeld gegeben ist und sich die besondere *fiskalische Situation* der an Immobiliengesellschaften Beteiligten durch eine Umstrukturierung nicht verändert⁴⁵, wäre eine solche *Mobilisierung* liegenschaftlicher Werte sehr zu begrüssen.

Der bundesrätliche *Entwurf zum FusG* hat diesen Vorschlag jedoch nicht übernommen, weil dem Betriebserfordernis seit der *Unternehmenssteuerreform 1997*⁴⁶ eine erhöhte Bedeutung zuzumessen sei⁴⁷. Dies trifft bei den reinen Immobiliengesellschaften indessen nicht zu, weil diese hinsichtlich der Frage der steuerneutralen Reservenübertragung nicht mit den Betriebsgesellschaften gleichzusetzen sind und sie gegenüber Betriebsgesellschaften in Anbetracht der kantonalen Grundstückgewinnbesteuerung ohnehin einem bedeutend rigoroseren Steuerregime unterworfen sind. Es sind mithin keine überzeugenden Argumente ersichtlich, die aus fiskalischer Optik gegen eine Flexibilisierung von Strukturanpassungen bei Immobiliengesellschaften angeführt werden können.

3.2.3.4 Spaltungen von Vorsorgeeinrichtungen

Zur Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen führt die *Botschaft zum FusG* aus, dass diese nicht am Betriebserfordernis scheitern könne. Die Steuerneutralität sei direkt aus Art. 80 Abs. 4 BVG abzuleiten, weshalb sich eine ausdrückliche Regelung in StHG und DBG erübrige⁴⁸. Ersteres trifft zwar zu; bis anhin war es jedoch üblich, die steuerrechtlichen BVG-Bestimmungen auch dann in die Steuergesetze aufzunehmen, wenn sie keiner Konkretisierung mehr bedurften. Es dient der Klarheit, wenn der Adressat eines Steuergesetzes die einschlägigen Bestimmungen nicht im ganzen Bundesrecht zusammensuchen muss. Nach den angeführten Überle-

39 Art. 24 Abs. 3 E-StHG und Art. 61 Abs. 1 E-DBG.

40 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4374; dazu auch Ziff. 2.5.3 c – e des Kreisschreibens Nr. 9 vom 9. Juli 1998, ASA 67 (1998/99) 117 ff.

41 Ausführlich REICH, Grundriss, 67 f., auch 45 ff. und 88 ff. Mit zum Teil abweichenden Lösungsvorschlägen BRÜLISAUER/KUHN, Komm., N 287 ff. zu Art. 58 DBG; GRETER, 254 f., 259 ff.

42 Art. 61 Abs. 1 lit. b E-DBG sowie Art. 24 Abs. 3 lit. b E-StHG, dazu auch *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4373.

43 Art. 61 Abs. 1 lit. a E-DBG; Art. 24 Abs. 3 lit. a StHG.

44 Dazu ATHANAS/KUHN, Fall 5.2, 43, 82 f.

45 Weil die Veräusserung der Nachfolgesellschaften auch im monistischen System nicht zu einem steuerfreien Gewinn auf beweglichem Privatvermögen, sondern zu einem steuerbaren Grundstücksgewinn führt.

46 FN 18.

47 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4378.

48 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4376.

gungen der *Botschaft zum FusG* wären beispielsweise auch die Bestimmungen in Art. 56 lit. e, 59 lit. b und 33 Abs. 1 lit. d DBG sowie diejenigen Satzteile von Art 22 DBG, welche die berufliche Vorsorge betreffen, überflüssig.

3.2.4 Konzerninterne Flexibilisierung

3.2.4.1 Geltendes Recht

Nach der Praxis verschiedener Kantone werden Barabgeltungen von Betriebsübertragungen im Konzernverhältnis auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung steuerneutral zugelassen⁴⁹. Gegen solche Buchwertabfindungen wird zum Teil vorgebracht, wenn beim bisherigen Rechtsträger⁵⁰ keine Eigenkapitalreduktion erfolge und das Entgelt in anderer Form als mit Beteiligungsrechten am aufnehmenden Rechtsträger geleistet werde, liege eine *Veräusserung* und keine Unternehmensumstrukturierung vor⁵¹.

Bei formaler Betrachtungsweise mag diese Argumentation zutreffen. Nach dem heutigen *funktionellen Realisationsverständnis* ist der Vorgang hingegen wirtschaftlich zu analysieren. Wenn keine Abgeltung der *stillen Reserven* durch frei verfügbare Werte erfolgt und die übrigen Voraussetzungen der Steuerneutralität gegeben sind, kann hier kein Realisationstatbestand herbeigerechnet werden. Wird bei der Übertragung eine Buchforderung begründet oder eine *Barabgeltung* in der Höhe des buchmässigen Aktivenüberschusses geleistet, liegt darin kein Liquidationstatbestand. Solange die *stillen Reserven* nicht geldmässig vergütet werden und der übertragene Betrieb mit einer soliden und gesunden *Eigenkapitalbasis* ausgestattet wird, kann gegen eine Barabgeltung oder Buchforderung bis zur Höhe der Buchwerte des übertragenen Aktivenüberschusses nichts eingewendet werden.

3.2.4.2 Entwurf zum FusG

Neu will der bundesrätliche *Entwurf zum FusG* die steuerneutrale Buchwertübertragung von Betrieben und Beteiligungen im Konzernverhältnis expressis verbis regeln⁵². Diese Klauseln erübrigten sich, wenn das

Erfordernis der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements sachgemäss ausformuliert würde⁵³. Überdies sind die Klauseln missverständlich formuliert, weil unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine Nachbesteuerung der stillen Reserven stattfinden soll und welches deren Konsequenzen sind⁵⁴.

Eine eigenständige Bedeutung käme solchen Bestimmungen über die steuerneutrale Buchwertübertragung von Betrieben und Beteiligungen im Konzernverhältnis allerdings zu, wenn sie sich nicht auf die Übertragung von Betrieben und Beteiligungen beschränken, sondern auch *einzelne Wirtschaftsgüter*, wie insbesondere Immaterialgüterrechte und Immobilien, mit einschliessen würden. Damit würde das Postulat nach grösstmöglicher konzerninterner Flexibilität umgesetzt und den stets lauter werdenden Forderungen nach einem schweizerischen Konzernsteuerrecht die Spitze gebrochen.

3.2.5 Das Erfordernis der echten Spaltung

Zusätzlich zum Betriebserfordernis wird nach der geltenden Steuerpraxis des Bundes und zahlreicher Kantone für die steuerneutralen Ab- und Aufspaltungen von juristischen Personen verlangt, dass nicht nur die übertragenen, sondern auch die in der angestammten Gesellschaft *verbleibenden Vermögensgegenstände* einen Betrieb im steuerrechtlichen Sinn darstellen⁵⁵. Es muss sich mit andern Worten um eine echte Spaltung handeln. Damit soll die Möglichkeit verbaut werden, Kapitalanlagen und Betrieb steuerneutral voneinander loszulösen. Gemäss der *Botschaft zum FusG* soll diese Praxis unverändert weitergeführt werden⁵⁶. Dieses Erfordernis lässt sich allerdings den vorgeschlagenen Umstrukturierungsklauseln in keiner Weise⁵⁷ entnehmen.

3.2.6 Fortsetzung des Engagements

Im Text der Umstrukturierungsklauseln des bundesrätlichen *Entwurfs zum FusG* wird das Erfordernis der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements ausser in den Sperrfristenregelungen nur noch insofern angetönt, als die Gegenleistung für die veräusserten Vermögenswerte die *Gewährung von Beteiligungs- oder Mitglied-*

49 MUSTER (ST 1995, 236) bezeichnet die Praxis in diesem Punkt als *flexibel*.

50 Erlaubt sind nach dieser Auffassung lediglich Barabgeltungen zum Zweck des *Spitzenausgleichs*.

51 *Kommission Steuerharmonisierung* der Konferenz Staatlicher Steuerbeamter (Hrsg.), Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Muri/Bern 1995, 89; GRETER, ST 1996, 638.

52 Durch Art. 24 Abs. 3^{ter} sowie 3^{quater} E-StHG und Art. 61 Abs. 2 und 2^{bis} E-DBG.

53 Hinten, 3.2.6.

54 Dazu ausführlich NEUHAUS, FStR 2001, 24ff.

55 ROUILLER, ASA 56 (1987/88) 308 f.

56 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4509.

57 Art. 19 Abs. 1 und 61 Abs. 1 E-DBG sowie Art. 8 Abs. 3 und 24 Abs. 3 E-StHG. Vgl. auch BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 11; HÖHN/WALDBURGER, II, § 39 N 305.

schaftsrechten einschliessen muss⁵⁸. Zwar ist erfreulich, dass diese Formulierung durchaus auch *erhebliche Barabgeltungen* zulässt. Ebenso sind auch die Probleme eliminiert, welche die zu Recht stark kritisierte Formulierung der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen heraufbeschworen hätte, nach welcher die Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person *im Wesentlichen* in der Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten hätte bestehen müssen⁵⁹. Die vorgeschlagene Umschreibung verweist jedoch kaum mehr auf das Erfordernis der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements, so dass sie besser gleich ganz gestrichen würde. Auch die *Botschaft zum FusG* misst diesem Erfordernis wenig Bedeutung zu, wenn sie ausführt, eine steuerneutrale Umstrukturierung könne auch vorliegen, wenn ein Betrieb oder ein Teilbetrieb (im Sinn einer verdeckten Kapitaleinlage) auf eine mit dem Personenunternehmen verbundene juristische Person übertragen werde, ohne dass diese eine Gegenleistung erbringe und die Differenz zwischen Aktiven und Passiven auf dem Reservekonto der aufnehmenden juristischen Person verbucht werde⁶⁰.

Eine Streichung der zahnlosen Voraussetzung des Einschlusses von Beteiligungsrechten in die Gegenleistung würde nicht nur den Gesetzestext entlasten, sondern hätte ausserdem den Vorteil, dass die in der vorgeschlagenen Fassung statuierten Ausnahmen bei den *Buchwertübertragungen im Konzernverhältnis*⁶¹ überflüssig würden. Die Steuerneutralität der konzerninternen Buchwertübertragung ohne Gewährung von Beteiligungsrechten würde sich dann nämlich bereits aus Art. 24 Abs. 3 lit. b E-StHG und Art. 61 Abs. 1 lit. b E-DBG ergeben.

Der völlig verwischte *Grundgedanke* der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements, welcher im Kriterium des Einschlusses von Beteiligungsrechten in die Gegenleistung schlummert, darf jedoch nicht einfach fallen gelassen werden, sondern müsste in anderer Weise zum Ausdruck gebracht werden. Verschiedene Kantone haben das bereits getan, indem sie beispielsweise verlangen, dass «die Unternehmensträger nicht mit zweckentfremdeten Vermögenswerten abgefunden werden»⁶² oder dass «die bisherigen Unternehmerinnen oder Unternehmer beziehungsweise deren Rechtsnachfolgerinnen oder

Rechtsnachfolger die wirtschaftliche Unternehmensträgerschaft grundsätzlich aufrechterhalten»⁶³.

3.2.7 Austausch von Beteiligungsrechten

Im bundesrätlichen *Entwurf zum FusG* ist die Steuerneutralität des Austausches von Beteiligungsrechten ausdrücklich geregelt. Wie schon der Vorschlag der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen, schliessen auch die Umstrukturierungsklauseln des *Entwurfs zum FusG* die *Ebene der Beteiligten* mit ein, indem festgehalten wird, dass der umstrukturierungsbedingte *Austausch der Beteiligungsrechte* nicht zur Reservenrealisation führt⁶⁴. Erfreulich ist auch der Hinweis in der *Botschaft zum FusG*⁶⁵, dass die Steuerneutralität auch dann Platz greifen soll, «wenn Beteiligungsrechte an einer (in- oder ausländischen) Gesellschaft im Zug einer Fusion oder eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses gegen Beteiligungsrechte an einer ausländischen Gesellschaft ausgetauscht werden»⁶⁶.

Der Begriff des *fusionsähnlichen Zusammenschlusses* ist im *Entwurf zum FusG* nicht definiert. Im Text der *Botschaft* werden die fusionsähnlichen Zusammenschlüsse jedoch in Übereinstimmung mit der Fusionsrichtlinie der EU⁶⁷ definiert als Tauschgeschäfte, durch die eine Gesellschaft gegen Hingabe eigener Beteiligungsrechte die Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft erwirbt⁶⁸. Damit wird das unzeitgemässe und unflexibel gehandhabte *Zweidrittelersfordernis*⁶⁹ reduziert auf das Erfordernis des Vorliegens der *absoluten Mehrheit*.

3.3 Sperrfristenregelung

3.3.1 Allgemeine Bemerkungen

Was die Frage nach dem *zeitlichen Beurteilungshorizont* der Voraussetzungen der steuerneutralen Umstrukturierungen anbelangt, geht man de lege lata bei verschiedenen Umstrukturierungsarten davon aus, dass die dargelegten Voraussetzungen während einer Frist von *fünf Jahren* erfüllt bleiben müssen. Andernfalls entfällt ein wesentliches, der Steuerneutralität des Vorgangs zu Grunde liegendes Tatbestandsmerkmal. Die Besteuerung der stillen Reserven wird daher beim *bisherigen*

58 Art. 8 Abs. 3 lit. b und 24 Abs. 3 lit. b E-StHG sowie Art. 19 Abs. 1 lit. b und 61 Abs. 1 lit. b E-DBG.

59 Dazu REICH, ST 1998, 264.

60 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4507.

61 Art. 24 Abs. 3^{ter} und 3^{quater} E-StHG sowie Art. 61 Abs. 2 und 2^{bis} E-DBG.

62 § 20 Abs. 1 StG SZ (FN 27); vgl. auch § 19 StG ZH (FN 28).

63 – § 28 Abs. 2 lit. b StG AG (FN 28).

IFF Forum für Steuerrecht 2001

64 Art. 8 Abs. 3 lit. c E-StHG und Art. 61 Abs. 1 lit. c E-DBG.

65 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4508.

66 Offen bleibt hier nur die Frage, weshalb die ESTV nach *geltendem Recht* zu einem andern Schluss kommt.

67 FN 37.

68 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4508.

69 Dazu BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 31 f.

Rechtsträger rückwirkend auf den Zeitpunkt der Umstrukturierung nachgeholt. Diese Sperrfristenregelung stützt sich nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, sondern ergibt sich aus Sinn und Zweck der steuerneutralen Reservenübertragung⁷⁰. Eine geldmässige Verschiebung in den Beteiligungsverhältnissen, die während der Umstrukturierung zur Realisation der stillen Unternehmensreserven führt, muss auch eine gewisse Zeit nach der steuerneutralen Transaktion die gleichen Steuerfolgen nach sich ziehen⁷¹.

Im bundesrätlichen *Entwurf zum FusG* sollen die Sperrfristen einer ausdrücklichen Regelung zugeführt werden. Sowohl bei der Übertragung eines Betriebs von einer *natürlichen auf eine juristische Person*⁷² als auch bei der Spaltung von juristischen Personen⁷³ sowie bei den *konzerninternen Vermögensübertragungen*⁷⁴ soll eine fünfjährige Sperrfrist statuiert werden. Auch auf der *Ebene der Beteiligten* wird eine Sperrfrist bei Ab- und Aufspaltungen vorgeschlagen⁷⁵.

Über die *Ausgestaltung* einer sachgemässen Sperrfristenregelung wird schon seit langem heftig gestritten. Im Vordergrund steht dabei die Frage, ob und inwieweit die fehlende Veräusserungsabsicht eine Rolle spielen soll; ob mit andern Worten einem subjektivierten oder einem objektivierten Konzept der Vorrang gebührt. Ganz im Schatten dieser völlig zu Unrecht derart hochgespielten Auseinandersetzung hat die Verwaltung nun in den bundesrätlichen *Entwurf zum FusG* eine Lösung eingefügt, die noch einigen *zusätzlichen Zündstoff* enthält. Fragen werfen im bundesrätlichen *Entwurf zum FusG* – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nicht nur die *Mischung* von subjektiv und von objektiv motivierten Sperrfristen, sondern vor allem auch die *äusseren Anknüpfungspunkte* und der *Umfang der Reservenachbesteuerung* auf.

3.3.2 Subjektiviertes oder objektiviertes Konzept?

Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen hätte die bisherige Praxis zur Sperrfrist insofern modifiziert werden sollen, als nicht mehr auf die *tatsächliche Kontinuität*, sondern auf die *Absicht der kontinuierlichen Weiterführung* abgestellt worden wäre. Der geltenden Praxis wurde vorgeworfen,

eine die Veräusserung von Beteiligungsrechten untersagende Sperrfrist sei keine echte Bedingung der Steuerneutralität, sondern eine «over-inclusive Norm», welche mehr regle und mehr einenge, als sie eigentlich müsste⁷⁶.

Diese Kritik lässt sich vom Gedankengut der *Steuerumgehung* statt von *Rechtsgleichheitsüberlegungen* leiten. So würde die subjektive Basierung der Sperrfrist, auf welcher der Vorschlag der Arbeitsgruppe beruht, beispielsweise zur Steuerfreiheit eines Gewinnes aus dem Verkauf der Aktien einige Monate nach der Umwandlung führen, wenn ein Unternehmer glaubhaft darzutun vermag, dass er im Zeitpunkt der Umstrukturierung nie und nimmer an eine Veräusserung gedacht habe, dass er aber die ihm erst nach vollzogener Umwandlung unterbreitete «Bombenofferte» für die Aktien, von welcher er vorgängig nie zu träumen gewagt hätte, unmöglich habe ausschlagen können. Soll der Gesetzgeber solches wollen, wo doch auf der Hand liegt, dass Steuernormen, die an *innere Vorgänge* der Steuerpflichtigen anknüpfen, in verschiedener Hinsicht problematisch sind?

Zur Begründung des subjektivierten Konzepts wurde auch vorgebracht, dass sich die Einhaltung der Sperrfrist bei *Publikumsgesellschaften* gar nicht kontrollieren lasse⁷⁷. Dies trifft zwar zu, ist indessen keine Frage der Sperrfristenregelung, sondern ein Problem der Definition des Erfordernisses der Fortsetzung des unternehmerischen Engagements. Der Andersartigkeit der subjektiven Verknüpfung der stillen Reserven bei Publikumsgesellschaften ist nicht bloss *post festum* Rechnung zu tragen; vielmehr dürfen Verschiebungen in den Beteiligungsverhältnissen von Publikumsgesellschaften auch *während* der Umstrukturierung nicht zur Aberkennung der Steuerneutralität führen.

Die bisherige objektivierte Lösung hat sich in der Praxis recht gut bewährt und wurde vom Bundesgericht jüngst bestätigt⁷⁸. Wo sich die Steuerpflichtigen vor der Umstrukturierung nur unter Versteuerung der stillen Reserven von ihrem unternehmerischen Engagement hätten lösen können, während dies nach der Umstrukturierung zufolge Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne oder zufolge Einbezug der Beteiligungsgewinne in den Beteiligungsabzug steuerfrei möglich wäre, ist am Erfordernis einer *objektivierten Sperrfrist* konse-

70 REICH, Realisation, 243 ff.; DERS., Umstrukturierungen, 1. Teil, 56 f.

71 Vgl. auch ATHANAS/KUHN, Fall 6.1, 44 f., 86 ff.

72 Art. 8 Abs. 3^{bis} E-StHG und Art. 19 Abs. 2 E-DBG.

73 Art. 24 Abs. 3^{bis} E-StHG und Art. 61 Abs. 1^{bis} E-DBG.

74 Art. 24 Abs. 3^{quater} E-StHG und Art. 61 Abs. 2^{bis} E-DBG.

75 Art. 20 Abs. 1 lit. g E-DBG.

76 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 17 f.; auch BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 9 f.

77 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 17 f.

78 BGer. 28.12.1998, StE 1999 B 23.7 Nr. 9 = StR 1999, 343.

quent festzuhalten. Wenn sich die fiskalische Situation der Beteiligten auf Grund der Umstrukturierung indessen nicht wesentlich verändert, kann eine *Aufweichung* im Sinn der *subjektiven Konzeption* der Sperrfrist gerechtfertigt werden⁷⁹.

Der *Entwurf zum FusG* geht im Bereich der Betriebsübertragungen von Personenunternehmen auf juristische Personen sowie bei den konzerninternen Buchwertübertragungen vom objektivierten Konzept aus und statuiert eine fünfjährige Sperrfrist. Im Fall der Spaltung wird die Nachsteuer jedoch nach dem subjektivierten Konzept «nicht erhoben, wenn der Nachweis erbracht wird, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Veräusserungsabsicht bestand»⁸⁰. Diese Differenzierung ist unsachgemäss; insbesondere lässt sich die unterschiedliche Behandlung der konzerninternen Buchwertübertragungen und der Spaltungen nicht sachlich rechtfertigen.

Überdies führt die Mischung von subjektiv und von objektiv motivierten Sperrfristen zu schwierigen *Abgrenzungsproblemen*. Es stellt sich beispielsweise die Frage, ob die *Ausgliederung* der subjektivierten oder der objektivierten Sperrfrist unterliegt. Da die Ausgliederung privatrechtlich keine Spaltung darstellt, sondern auf dem Weg der Vermögensübertragung nach den Art. 69 ff. E-FusG abgewickelt wird, besteht die Gefahr, dass eine nachträgliche Veräusserung unter Art. 61 Abs. 2^{bis} E-DBG subsumiert wird. Das hätte die widersinnige Folge, dass die Ausgliederung strengeren Voraussetzungen unterliegen würde als die Spaltung zur Seite.

Zwei unterschiedliche, nebeneinander angewandte Konzeptionen liessen sich nur rechtfertigen, wenn nicht nach dem formalen Kriterium der verschiedenen *Umstrukturierungsarten* differenziert, sondern auf die *unterschiedliche fiskalische Situation* vor und nach der Transaktion abgestellt würde.

3.3.3 Entgeltliche Veräusserung als Anknüpfungspunkt der Nachbesteuerung

Nach dem *Entwurf zum FusG* soll die Nachbesteuerung durch eine Veräusserung zu einem über dem Nennwert liegenden Preis ausgelöst werden⁸¹. Damit ist der Entwurf der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen wenigstens insofern verbessert worden, als jetzt mit aller Klarheit nur noch an die *entgeltliche Veräusserung* angeknüpft wird. Nicht hinreichend berücksichtigt ist

jedoch der Umstand, dass auch eine entgeltliche Veräusserung nach geltender Doktrin und Praxis dann nicht schädlich ist, wenn sie lediglich zu einer *quotalen* und nicht zu einer *wertmässigen Änderung* der Beteiligungsverhältnisse führt⁸². Der vorgeschlagene Wortlaut verhindert bei grammatikalischer Interpretation insbesondere jeden *Beteiligungstausch* während der Sperrfrist.

Auch der *Umstrukturierung von Publikumsgesellschaften* steht der Wortlaut klar entgegen. Die *Botschaft zum FusG* gesteht dies zu, lehnt aber eine Sonderlösung für Publikumsgesellschaften ab, weil es zum einen rechtungleich wäre, nur börsennotierte Gesellschaften von der Sperrfristenregelung auszuschliessen, und zum andern auch Publikumsgesellschaften vielfach insofern personenbezogen seien, als sich massgebliche Beteiligungen im Besitz einzelner Investoren befänden⁸³. Dennoch will die *Botschaft zum FusG* die bisherige Praxis weiterführen, wonach die Veräusserung von kleinen, an der Börse gehandelten Paketen keine Steuerfolgen zeitigt. Das ist aus der Optik der Steuerpflichtigen zwar zu begrüssen, hat aber mit einer seriösen Gesetzgebung nichts zu tun. Entweder es besteht hier Regelungsbedarf oder eben nicht – wie dies die *Botschaft zum FusG* weiszumachen versucht –, dann gibt es aber auch keinen Grund für eine vom Gesetz abweichende Praxis.

Der Schlüssel zur Lösung sowohl der Frage der quotalen Änderung des Beteiligungsverhältnisses als auch derjenigen der Veräusserung von Beteiligungsrechten an Publikumsgesellschaften würde bei einer gesetzes-technisch klar verankerten Anknüpfung an die *Fortsetzung des unternehmerischen Engagements* bzw. an die *Vereinnahmung eines zweckentfremdeten Entgelts* liegen⁸⁴. Wenn zwar Beteiligungsrechte veräussert werden, der Unternehmer aber über das Entgelt weiterhin engagiert bleibt, besteht kein Grund zur Abrechnung über die übertragenen Reserven. Dasselbe gilt, wenn Beteiligungsrechte veräussert werden, die lediglich zu Kapitalanlagezwecken gehalten wurden, womit auch das Problem der Publikumsgesellschaften sachgerecht gelöst wäre.

3.3.4 Umfang der Nachbesteuerung

Gemäss dem Sperrfristenkonzept des *Entwurfs zum FusG*⁸⁵ bildet die Differenz zwischen dem Veräusserungspreis und dem *Nennwert* Bemessungsgrundlage

79 Zur Problematik des objektivierten Sperrfristenanfordernisses bei der *Emissionsabgabe* REICH, Grundriss, 152 ff.

80 Art. 24 Abs. 3^{bis} E-StHG und Art. 61 Abs. 1^{bis} E-DBG.

81 Art. 8 Abs. 3^{bis}, Art. 24 Abs. 3^{bis} und Abs. 3^{quater} StHG; Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 1 lit. g, Art. 61 Abs. 1^{bis} und Abs. 2^{bis} DBG.

82 HÖHN/WALDBURGER, II, § 38 N 180; REICH, Grundriss, 57 f.; DERS., Umstrukturierungen, 1. Teil, 49, 205 ff.

83 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4509, auch zum Folgenden.

84 Vorne, 3.2.6.

85 Dazu FN 73 – 76.

der Rerservennachbesteuerung. Was soll der Nennwert in diesem Zusammenhang, wo es doch um die Nachbesteuerung der im Zug der Umstrukturierung übertragenen stillen Reserven und nicht etwa um das Problem der Teilliquidationsbesteuerung geht? Stille Reserven werden allenfalls bei der Veräusserung der Beteiligungsrechte zu einem über der *steuerlich massgebenden Eigenkapitalquote* liegenden Preis realisiert; nur die stillen Reserven – nicht etwa die offen in die aufnehmende Gesellschaft eingelegten Mittel – dürfen der Nachbesteuerung unterworfen werden. Der Nennwert hat also weder in Art. 19 Abs. 2 noch in Art. 61 Abs. 1^{bis} und 2^{bis} E-DBG etwas zu suchen.

Einzig bei der *Besteuerung des Vermögensertrags* beim Inhaber der Beteiligungsrechte gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. g E-DBG kann das Abstellen auf den Nennwert dogmatisch durch das Nennwertprinzip gerechtfertigt werden. Hier müsste jedoch – wie sogleich zu zeigen sein wird – ohnehin eine *Sonderregelung* statuiert werden.

Auf gar keinen Fall darf der Nennwert ins StHG aufgenommen werden, wie das in Art. 8 Abs. 3^{bis} und Art. 24 Abs. 3^{bis} E-StHG vorgeschlagen wird. Im StHG, welches sowohl das Nennwertprinzip als auch das Kapitalrückzahlungsprinzip zulässt⁸⁶, ergibt das Abstellen auf den Nennwert überhaupt keinen Sinn.

Konzeptionslos ist die Nachbesteuerung überdies hinsichtlich der Frage, über welche stillen Reserven im Fall der Sperrfristenverletzung nach *Abspaltungen* abzurechnen ist. So wird offenbar von Seiten der Verwaltung bereits die Ansicht vertreten, dass bei einer Veräusserung der Aktien derjenigen Gesellschaft, aus welcher Wirtschaftsgüter abgespalten wurden, nicht etwa über die stillen Reserven auf den übertragenen Aktiven und Verbindlichkeiten, sondern über die in den *zurückgebliebenen Wirtschaftsgütern* steckenden stillen Reserven abzurechnen sei.

3.3.5 Folgen der Nachbesteuerung bei der Empfängerin

Ausdrücklich geregelt ist im *Entwurf zum FusG* die *steuerfreie Aufbuchungsmöglichkeit* der im Zug der rückwirkenden Liquidationsbesteuerung *offen gelegten Reserven*. Nach den vorgeschlagenen Bestimmungen⁸⁷ darf im Fall der Nachbesteuerung eine entsprechende, als Gewinn versteuerte stille Reserve geltend gemacht werden. Mit dieser steuerfreien Aufbuchung ist indes-

sen das Problem der *Ausschüttungsbelastung* nicht gelöst. Im System des Nennwertprinzips laufen diese von Aktionärsseite in die Gesellschaft eingelegten und versteuerten Mittel anlässlich ihrer Ausschüttung nämlich Gefahr, beim Aktionär der Beteiligungs- bzw. Vermögensertragsbesteuerung unterworfen zu werden. Zwar könnten diese Kapitalrückleistungen durchaus auch nach dem Nennwertdenken steuerfrei bleiben⁸⁸. Weil in der Praxis jedoch vielfach das *reine* und nicht das *modifizierte* Nennwertprinzip⁸⁹ zur Anwendung gebracht wird, drängt sich eine ausdrückliche Steuerbefreiung dieser Rückleistungen auf. Keine Probleme verursachen solche Rückzahlungen von verdeckt eingelegten Mitteln nach dem *Kapitalrückzahlungsprinzip*, gemäss welchem sie sachgemäss steuerfrei bleiben.

3.3.6 Vermögensertrag bei den Beteiligten

Die Beteiligten erzielen gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. g E-DBG Vermögensertrag in der Form des anteiligen Gegenwerts der übertragenen Betriebsreserven, «soweit die von einer Spaltung betroffenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte innerhalb von fünf Jahren zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert werden.» Die Probleme der Anknüpfung an den Veräusserungsbegriff und an den Nennwert wurden bereits erläutert. Schwierigkeiten dürfte bei dieser Regelung aber auch die konsequente Durchführung der *Dreiecksbesteuerung* bereiten. Es trifft zwar zu, dass die Inhaber von privaten Beteiligungsrechten anlässlich einer Ab- oder Aufspaltung nach geltendem Recht immer dann Vermögensertrag realisieren, wenn die Voraussetzungen der Steuerneutralität nicht gegeben sind, beispielsweise wenn die Sperrfrist verletzt wird; es kann hier auf die Steuerfolgen der verdeckten Vorteilszuwendungen zwischen Schwestergesellschaften verwiesen werden⁹⁰.

Im Rahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung muss man sich jedoch die Frage stellen, ob die Sperrfristenverletzung bei einer konsequenten Dreiecksbesteuerung nicht mit einer zu *rigorosen Steuerlast* belegt wird. Will man jene, die beim Nachweis der fehlenden Veräusserungsabsicht scheitern, nicht ins Armenhaus bringen, müsste hier eine *Sonderregelung* getroffen werden. So könnte beispielsweise von einer Aufrechnung auf Aktionärsebene unter der Voraussetzung abgesehen werden, dass die Nachfolgesellschaft keine Aufbuchung der bei der bisherigen Gesellschaft besteuerten stillen Reserven vornimmt.

86 REICH, Komm., N 55 ff. zu Art. 7 StHG.

87 Art. 8 Abs. 3^{bis}, 24 Abs. 3^{bis} und 3^{quater} E-StHG sowie nach Art. 19 Abs. 2, 61 Abs. 1^{bis} und 2^{bis} E-DBG.

88 So bereits REICH, StR 1980, 30; DERS., Umstrukturierungen, 1. Teil, 210.

89 Zu den Steuerfolgen der *Rückzahlungen von Kapitaleinlagen* REICH, Komm. N 36 ff. zu Art. 20 DBG; mit abweichender Terminologie HÖHN/WALDBURGER, II, § 30 N 93 ff., N 106 ff.

90 Ausführlich REICH, ASA 54 (1985/86) 635 ff.

3.4 Nennwerterhöhungen und Ausgleichsleistungen

3.4.1 Der Vorschlag der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen

Die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen hat den Vorschlag unterbreitet, Nennwerterhöhungen und Ausgleichsleistungen anlässlich von *Fusionen* und *Spaltungen* unter gewissen Voraussetzungen steuerfrei zu belassen⁹¹. In den Vernehmlassungen wurde dagegen verschiedentlich vorgebracht, dass das Nennwertprinzip nicht durchlöchert werden dürfe⁹². Andernfalls würde bei Umstrukturierungen tatkräftig danach getrachtet, zusätzliches Grundkapital zu schaffen, um dieses später steuerfrei herabsetzen zu können. Auch sei es nicht einsehbar, weshalb der Nennwertzuwachs im Zug von Umstrukturierungen steuerfrei sein soll, jedoch Gratisaktien bei nahezu identischer *steuersystematischer Konstellation* nur unter Steuerfolgen bezogen werden können. Schliesslich sei auch die Besteuerung der *Ausgleichsleistungen* durchaus sinnvoll, solange die Gewinne auf dem beweglichen Privatvermögen nicht besteuert werden. Anders wäre es, wenn eine Kapitalgewinnsteuer eingeführt würde; dann könnte *integral* zu einer subjektbezogenen Betrachtungsweise des Vermögensertragsbegriffs gewechselt werden.

3.4.2 Kompromissvorschlag

Der *Entwurf zum FusG* hat den Vorschlag der Arbeitsgruppe Steuern zu Recht nicht übernommen. Die Besteuerung der Nennwerterhöhungen und Ausgleichsleistungen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen dürfte jedoch im Parlament stark umstritten sein. Dem Problem wird vielerorts eine Bedeutung zugemessen, die es in der Praxis gar nicht hat. Zur Entschärfung des Konflikts könnte im Sinn eines Kompromisses einer Lösung zugestimmt werden, nach welcher lediglich die *Nennwerterhöhungen* bei Fusionen von Parallelgesellschaften steuerfrei belassen würden, weil sich diese im Allgemeinen als zwangsläufige arithmetische Folge des Zusammenschlusses präsentieren⁹³. Als *flankierende Massnahme* müsste allerdings sichergestellt werden, dass der entsprechende Teil des Grundkapitals nicht steuerfrei rückzahlbar wäre.

Mein *ceterum censeo* in dieser Frage bleibt indes die Forderung nach der *generellen Abschaffung des Nennwertprinzips*. Wenn ein unzulängliches Prinzip zunehmend in Frage gestellt wird, sollte sein Leben nicht durch allerlei Ausnahmebestimmungen künstlich verlängert werden. Ausnahmen von Prinzipien führen zu dogmatischen Bruchstellen, die im Steuerrecht bekanntlich eine gewaltige Attraktivkraft zeitigen.

3.5 Übernahmegewinne und -verluste

3.5.1 Übernahmegewinne

Übernahmegewinne bei Umstrukturierungen ergeben sich dort, wo Aktiven und Verbindlichkeiten auf Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften übertragen werden, welche Inhaber der Beteiligungsrechte am übertragenden Unternehmen sind, sofern der buchmässige Aktivenüberschuss der übertragenen Wirtschaftsgüter höher ist als der Buchwert der Beteiligung. Meistens tritt der Übernahmegewinn in Form des *Fusionsgewinnes* bei der Absorption sämtlicher Aktiven und Verbindlichkeiten einer Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft in Erscheinung. Übernahmegewinne können sich aber auch bei andern Umstrukturierungsformen ergeben. Zwar bilden sie *steuerbaren Gewinn*⁹⁴, es wird indes der *Beteiligungsabzug* gewährt, weil der Übernahmegewinn seine Ursache in der Ausschüttung von Wirtschaftsgütern der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft hat. Nur soweit die Übertragung der Aktiven und Verbindlichkeiten als Kapitalrückzahlung zu qualifizieren ist, greift der *Beteiligungsabzug* nicht Platz⁹⁵.

Die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen wollte eine Kehrtwendung vollziehen, weg von der grundsätzlichen Steuerbarkeit mit Inanspruchnahme des *Beteiligungsabzugs* hin zur *Steuerfreiheit der Übernahmegewinne*. Vorbehalten wurde die Besteuerung der wiedereingebrachten Abschreibungen⁹⁶. In dem von der Arbeitsgruppe vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut⁹⁷ kam diese konzeptionelle Änderung indessen nicht zum Ausdruck.

Der *Entwurf zum FusG* hält nun an der bisherigen Regelung der Steuerbarkeit des Übernahmegewinnes mit Gewährung des *Beteiligungsabzugs* fest. Zur

91 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 22 f.; vgl. GASSER/EGGENBERGER, AJP 1998, 465 f., 470.

92 Dazu und zum Folgenden *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4377 f.

93 BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 17 ff.; DERS., Schweizer Aktienrecht, Rz 2940; HÖHN/WALDBURGER, § 39 N 217, N 220.

94 A.M. BÖCKLI, StR 1990, 217; DERS., ASA 67 (1998/99) 25, nach welchem jede Fusion stets und vollständig erfolgsneutral ist.

95 REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 70 ff.; DERS., Komm., N 88 ff zu Art. 61 DGB; DERS., Grundriss, 95 ff.

96 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 21.

97 Der E-DBG enthält keine Änderung von Art. 61 Abs. 3 DBG.

Begründung wird ausgeführt, dass der steuerbare Gewinn auch die in der Erfolgsrechnung nicht ausgewiesenen Kapital-, Liquidations- und Aufwertungsgewinne umfasse. Wesentlich sei auch, dass die *Unternehmenssteuerreform 1997*⁹⁸ den Grundsatz beibehalten habe, Erträge und Gewinne auf Beteiligungen nicht direkt, sondern über den Beteiligungsabzug indirekt freizustellen⁹⁹.

3.5.2 Übernahmeverluste

Ein *echter Übernahmeverlust* entsteht, wenn der wirkliche Wert der übernommenen Aktiven und Verbindlichkeiten tiefer ist als der Buchwert der Beteiligung in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft. Echte Übernahmeverluste haben ihren Grund in der *Überbewertung der Beteiligung* und sind steuerrechtlich ebenso abziehbar wie die Abschreibung auf einer überbewerteten Beteiligung¹⁰⁰. Obwohl in Art. 61 Abs. 3 DBG der Abzug von Buchverlusten auf Beteiligungen ausdrücklich ausgeschlossen wird, kann dies nicht auf echte Übernahmeverluste bezogen werden.

Demgegenüber hat der *unechte Übernahmeverlust* seinen Grund in der *Unterbewertung* der übertragenen Vermögenswerte und stellt eine rein buchmässige *negative Übernahmendifferenz* dar. Die Einbuchung der übernommenen Aktiven und Verbindlichkeiten anstelle der bisher bilanzierten Beteiligung führt beim Aktionär zu einer Herabsetzung des ausgewiesenen Eigenkapitals, ohne dass sich wertmässig etwas verändert hätte. Dass der unechte Übernahmeverlust ohne steuerliche Sonderregelung nicht steuerwirksam abgezogen werden kann, ist an sich klar¹⁰¹, vermag indes nicht in allen Punkten zu befriedigen, weil auf diese Weise an sich abschreibungsbedürftige Anschaffungskosten der Muttergesellschaft nie vom steuerbaren Gewinn abgezogen werden können¹⁰².

Weder im Bereich des echten noch des unechten Übernahmeverlustes führt der bundesrätliche *Entwurf zum FusG* zu einer Änderung. Hinsichtlich des leidigen Problems der Nichtabziehbarkeit des unechten Übernahmeverlustes dürfte die *Unternehmenssteuerreform*

1997¹⁰³ einer Lösung tendenziell entgegenstehen, da wegen der neu eingeführten fiskalischen Entlastung der Veräusserungsgewinne politisch kaum mit einem Entgegenkommen in Richtung Abschreibung der (Goodwill-) Anschaffungskosten gerechnet werden kann.

3.6 Übernahme von Verlustvorträgen

3.6.1 Allgemeine Bemerkungen

Ausfluss des im System der *Pränumerandobesteuerung* bei der Übernahme der Steuerfaktoren entwickelten Gedankenguts ist die Möglichkeit der übernehmenden Gesellschaft, Verluste, die der übernommene Betrieb im Schoss der angestammten Gesellschaft erlitten hat, mit den eigenen Gewinnen zu verrechnen¹⁰⁴. Übernahme der Steuerfaktoren bedeutet nicht nur Anrechnung der positiven, sondern auch Übernahme der negativen Ergebnisse, und zwar nicht nur der Vorjahresverluste, sondern auch der in der Verlustvortragsperiode erlittenen Verluste.

Im System der *Postnumerandobesteuerung* wird die Übernahme der Vorjahresverluste aus der Verlustverrechnungsklausel¹⁰⁵ abgeleitet. Deren sinngemässe Auslegung ergibt, dass zu den Verlusten aus den sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren nicht nur die vom Steuersubjekt selbst erlittenen Verluste, sondern auch diejenigen der steuerneutral übernommenen Betriebe gehören¹⁰⁶. Erfreulich ist, dass dies nun von der *Botschaft zum FusG* ausdrücklich bestätigt wird¹⁰⁷.

3.6.2 Verlustvorträge im interkantonalen Verhältnis

Im interkantonalen Verhältnis bestanden in der Veranlagungspraxis bis anhin grosse Vorbehalte gegenüber der Verrechnung ausserkantonaler erwirtschafteter Verluste. In wirtschaftlicher Hinsicht verhalten sich die Dinge bei Umstrukturierungen ähnlich wie bei der Verlustverrechnung nach der *Sitzverlegung* einer Gesellschaft von einem Kanton in einen andern. Beim Zuzug einer Gesellschaft aus einem andern Kanton darf mit Blick

98 FN 18.

99 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4376.

100 BÖCKLI, StR 1990, 217; REICH, Grundriss, 100; DERS., Umstrukturierungen, 1. Teil, 72; SCHÄRRER, StR 1968, 488.

101 CAGIANUT/HÖHN, § 18 (58); GURTNER, 354 f.

102 Dazu REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 73 f.

103 FN 18.

104 REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 103 ff.

105 Beispielsweise Art. 67 Abs. 1 DBG.

106 GI.M. SPORI (313), welcher allerdings auch Verluste eines *Personenunternehmens* nach der Umwandlung in eine juristische Person für verrechenbar hält. Dies scheint mir ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht möglich zu sein, weil die Faktorenübernahme traditionellerweise auf die Übernahme von juristischen Personen beschränkt wurde. Das DBG hat in dieser Hinsicht zwar keine Verschärfung der bisherigen Praxis angestrebt, aber auch nichts dem bisherigen Rechtsdenken Neues einführen wollen.

107 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4370.

auf das verfassungsrechtliche Doppelbesteuerungsverbot nicht auf ausserkantonale Bemessungsgrundlagen abgestellt werden, welche sich vor dem Zuzug verwirklicht haben, sofern dadurch die Steuerlast höher wird als bei Gegenwartsbemessung¹⁰⁸. Wenn das Abstellen auf ausserkantonale Faktoren für die Steuerpflichtigen vorteilhaft ist, ist dagegen an sich nichts einzuwenden. Dennoch könnten die Kantone de lege lata kaum zur interkantonalen Verlustverrechnung gezwungen werden, obwohl dies im Interesse eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums dringend geboten erscheint.

Neu soll dieses Problem nun im Kontext mit andern Fragen des interkantonalen Wechsels des Steuerorts durch eine separate *Revision des StHG* geregelt werden¹⁰⁹. Nach dem Vorschlag des Bundesrates soll die Verlustverrechnung gemäss Art. 25 Abs. 4 StHG auch bei Verlegung des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung zugestanden werden¹¹⁰. Mit dieser Massnahme zu Gunsten der interkantonalen Mobilität wird ein wichtiges Hemmnis Kantonsgrenzen überschreitender Umstrukturierungen beseitigt¹¹¹.

3.6.3 Verlustvorträge im internationalen Verhältnis

Im internationalen Verhältnis bestehen in den Steuergesetzen von Bund und Kantonen vielfach Sondervorschriften über die Verlustverrechnung¹¹². Diese sehen für Unternehmen, die in der Schweiz nur *beschränkt steuerpflichtig* sind, keine Verrechnungsmöglichkeiten für ausländische Verluste vor. In der Schweiz erlittene Vorjahresverluste können aber selbstredend mit späteren Gewinnen der schweizerischen Betriebsstätte verrechnet werden. Nur *schweizerische Unternehmen*, d.h. Unternehmen, die in der Schweiz ansässig sind, dürfen Verluste aus ausländischen Betriebsstätten nach Massgabe von Art. 52 Abs. 3 DBG zur Verrechnung bringen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die *Vorjahresverluste* einer Betriebsstätte, die erst im Zug der Umstrukturierung zu einer Betriebsstätte des in der Schweiz steuerpflichtigen Unternehmens geworden ist¹¹³, als «Verluste aus einer ausländischen Betriebsstätte» im Sinn von Art. 52 Abs. 3 DBG zu qualifizieren

sind. Mit Blick auf Überlegungen der bemessungsrechtlichen Kontinuität muss diese Frage bejaht werden, obwohl die ausländische Betriebsstätte im Zeitpunkt des Verlustausweises noch keine Betriebsstätte eines schweizerischen Unternehmens war.

4 Grundsteuern

4.1 Grundstückgewinnsteuer

Für Kantone, welche die Grundstückgewinnsteuer auch auf Gewinnen aus der Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens und des Vermögens juristischer Personen erheben, schreibt Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG vor, dass die in den Art. 8 Abs. 3 und 4 und 24 Abs. 4 genannten Tatbestände sowie die Umwandlung von juristischen Personen in Personenunternehmungen bei der Grundstückgewinnsteuer als steueraufschiebende Veräusserungen zu behandeln sind. So sind die Voraussetzungen der Steuerneutralität bei der Grundstückgewinnsteuer auf diejenigen der allgemeinen Einkommens- und Gewinnsteuer abgestimmt¹¹⁴.

Aus diesen Gründen wirken sich die bei der allgemeinen Einkommens- und Gewinnsteuer vorgeschlagenen Änderungen sinngemäss auch bei der Grundstückgewinnsteuer aus. Gestrichen werden muss bloss die Erwähnung der Umwandlung von juristischen Personen in Personenunternehmen als steueraufschiebende Veräusserung, weil dieser Tatbestand neu ausdrücklich in Art. 24 Abs. 3 lit. a E-StHG aufgeführt ist.

4.2 Handänderungssteuer

4.2.1 Geltendes Recht

Der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Steuerharmonisierung ist beschränkt auf die *direkten Steuern*¹¹⁵. Das StHG enthält demnach keine Bestimmungen, die sich mit der Handänderungssteuer befassen. Die Kantone sind in deren Ausgestaltung harmonisierungsrechtlich nicht gebunden. Insbesondere hängt die Handänderungssteuerpflicht bei Unternehmensumstrukturierungen nicht von der Regelung der Grundstückgewinnsteuer im StHG ab.

108 BGer. 25.5.1984, ASA 56 (1987/88) 150.

109 Botschaft zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis vom 24. Mai 2000, BBl. 2000, 3898 ff., 3900 ff.; dazu auch *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4370.

110 *Botschaft Veranlagungsverfahren* (FN 110) 3916.

111 *Botschaft Veranlagungsverfahren* (FN 110) 3909 f.

112 Beispielsweise Art. 52 Abs. 3 Sätze 2 - 5 DBG.

113 So z.B. durch Absorption einer ausländischen Kapitalgesellschaft durch ein schweizerisches Unternehmen.

114 PFENNINGER, 170 ff.; dazu auch STEINER, ST 1989, 227 ff.

115 Art. 129 Abs. 1 BV (FN 26); BEHNISCH, 241.

In der Mehrzahl der Kantone werden die Unternehmensumstrukturierungen auch im Handänderungssteuerrecht privilegiert besteuert, indem die Steuer bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen entweder gar nicht oder zu einem privilegierten Satz erhoben wird¹¹⁶. Im Unterschied zur Grundstückgewinnsteuer wird die Handänderungssteuer bei Vorliegen eines privilegierten Tatbestands nicht lediglich aufgeschoben, sondern es tritt eine echte *Steuerbefreiung* ein. Der Erwerber hat keine latente Steuerlast zu übernehmen.

Die handänderungssteuerrechtlichen Bestimmungen zu den Unternehmensumstrukturierungen sind *uneinheitlich* und *unübersichtlich*. Unterschiedlich geregelt sind auch die kantonalen und kommunalen *Zuständigkeiten*, was die Bestimmung der Steuerfolgen bzw. der Voraussetzungen der steuerlichen Privilegierung zusätzlich erschwert. Die Abklärungen im Bereich der Handänderungssteuer nehmen bei der Umstrukturierung von in mehreren Kantonen tätigen Unternehmen unverhältnismässig viel Zeit in Anspruch. Die Handänderungssteuern bilden zuweilen sogar einen Grund für die Beibehaltung veralteter Strukturen. Bei grösseren Unternehmen mit umfangreichem Grundbesitz belaufen sich die Handänderungssteuerfolgen von Umstrukturierungen auf mehrstellige Millionenbeträge.

4.2.2 Entwurf zum FusG

Aus diesen Gründen erscheint hier ein *Eingreifen des Bundes* zur Gewährleistung der Steuerneutralität von Umstrukturierungen als *dringend geboten*. Auch die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen erwog, dass die kantonalen Handänderungssteuern eine Umstrukturierung verunmöglichen könnten. Dennoch liess es die Arbeitsgruppe beim *Wunsch* an die Adresse der Kantone bewenden, «sie möchten die im StHG geregelten Umstrukturierungen auch für die Handänderungssteuern als Steueraufschubtatbestände behandeln ...»¹¹⁷. Dass diese unverbindliche Empfehlung das Problem nicht beseitigen wird, liegt auf der Hand. Die Arbeitsgruppe vertrat jedoch die Auffassung, dass dem Bund die Kompetenz zur Statuierung einer verbindlichen Ordnung in dieser Angelegenheit fehle¹¹⁸. Diese Ansicht machte sich auch der Bundesrat zu Eigen, nachdem er ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz¹¹⁹ hat einholen lassen¹²⁰.

Die eigentliche *Schlüsselfrage*, nämlich ob *Ziel und Zweck des FusG* durch die Erhebung der kantonalen Handänderungssteuern *massiv beeinträchtigt* oder geradezu *vereitelt* würden, wird im Gutachten nur äusserst knapp abgehandelt. Das Bundesamt für Justiz gesteht selber ein: «Mangels genauer Kenntnis der Praxis kann das Bundesamt für Justiz dies nur beschränkt beurteilen»¹²¹. Auf *empirische Erhebungen*, die bei dieser Fragestellung dringend erforderlich wären, hat das Gutachten vollumfänglich verzichtet. Hinsichtlich der *Steuersätze* stützt sich das Gutachten auf eine Lehrbuchaussage, wonach diese in der Mehrzahl der Kantone etwa 1 bis 2 Prozent betragen. Dass die Sätze in vereinzelt Kantonen weit darüber liegen und zudem noch verschiedentlich Grundbuch- und Notariatsgebühren mit Gemengsteuercharakter zu entrichten sind, blieb ebenso unberücksichtigt wie der Umstand, dass zahlreiche grössere oder kleinere Unternehmen wegen der Handänderungssteuer von Umstrukturierungen absehen oder dabei ein privatrechtliches Vorgehen wählen, das wirtschaftlich als suboptimal einzustufen ist. Nicht auseinander gesetzt hat sich das Gutachten sodann mit der klar und deutlich geäusserten Lehrmeinung von BÖCKLI, nach welcher die Erhebung von Handänderungssteuern bei Fusionen *verfassungswidrig*, weil widersprüchlich und willkürlich ist¹²². Ebenso wenig wurde erwähnt, dass auch der *Bericht der Arbeitsgruppe* bei aller föderalistischen Zurückhaltung nicht in Abrede stellt, dass die Rechtsverkehrssteuern eine Umstrukturierung verhindern können¹²³. Das Gutachten tut so, wie wenn nur REICH auf die abstruse Idee gekommen wäre, in diesem Punkt bestehe dringender Handlungsbedarf. Überdies hat sich das Gutachten auch nicht mit *Art. 14 Abs. 3 des Bankengesetzes*¹²⁴ befasst, wonach im Zug der Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine AG oder GmbH für den Vermögensübergang weder eidgenössische noch kantonale Handänderungs- und Registrierungsabgaben erhoben werden dürfen. Hier wurde die Kompetenzfrage offenbar anders beurteilt. Unverständlich sind schliesslich die im Gutachten angestellten Überlegungen, wonach die Handänderungssteuer die Umstrukturierung einer Immobiliengesellschaft viel stärker betreffe als diejenige einer Gesellschaft mit wenig oder gar keinem Immobilienbesitz, weil sie an den Rechtsübergang von Liegenschaften anknüpfe, wo doch der Eigentumsüber-

116 PFENNINGER, 176 ff.

117 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 15, auch 13 f., 41.

118 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 15.

119 Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Juni 1999, VPB 63.83.

120 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4380 f.

121 Gutachten (FN 120) B 6.

122 BÖCKLI, ASA 67 (1998/99) 30.

123 *Bericht der Arbeitsgruppe* (FN 14) 13; vgl. auch BEHNISCH, 241.

124 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz; BankG), SR 952.0.

gang nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich stattfindet¹²⁵.

Lassen sich in dieser Angelegenheit nicht mehr und bessere Gegenargumente auffinden, als sie im Gutachten des Bundesamtes für Justiz genannt werden, spricht dies klar für die Zuständigkeit des Bundes für einen *punktuellen Eingriff* in die kantonale Steuererhebungskompetenz, welcher sich zwar nicht aus Art. 129 BV, wohl aber aus Art. 122 BV ableiten lässt. Es geht nicht an, dass gewisse Kantone die freie Wahl der Rechtsform durch eine *verfassungsmässig fragwürdige Steuer* zunichte machen, während der Bund durch *aufwendige Gesetzgebungsarbeiten* die wirtschaftlich dringend gebotene Flexibilität im Bereich des Rechtsformwechsels zu verwirklichen gewillt ist.

5 Verrechnungssteuer

Die steuerrechtlichen Änderungsvorschläge des Bundesrates sind zur Hauptsache auf die allgemeine Einkommens- und Gewinnsteuer ausgerichtet. Bei der Verrechnungssteuer sieht die *Botschaft zum FusG* keinen Revisionsbedarf. Hier würde sich immerhin eine kritische Auseinandersetzung mit der Praxis der ESTV zu Art. 21 Abs. 2 VStG bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen aufdrängen¹²⁶.

6 Stempelabgaben

6.1 Emissionsabgabe

Auch im Bereich der Emissionsabgabe besteht nach Auffassung der *Botschaft zum FusG* kein Revisionsbedarf. Die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen hat bei den bis anhin nicht privilegierten Umstrukturierungen von Personengesellschaften, Vereinen, Stiftungen und Unternehmen des öffentlichen Rechts vorgeschlagen, die Emissionsabgabe nicht auf dem Verkehrswert, sondern lediglich auf dem *Nennwert* der bei der Umstrukturierung neu geschaffenen Beteiligungsrechte zu erheben. Der Bundesrat ist diesem Kompromissvorschlag nicht gefolgt, weil er zum einen grössere Steuerausfälle zur Folge hätte und sich zum andern nicht mit dem Postulat vereinbaren liesse, wonach

Umstrukturierungen bei der Emissionsabgabe nur begünstigt werden sollten, wenn die betreffenden Unternehmen die Abgabe bereits entrichtet haben. Auch wäre die vorgeschlagene Entlastung unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit problematisch, weil sie zu einer Privilegierung der im Zug der Privatisierung öffentlicher Anstalten neu gegründeten Kapitalgesellschaften führen würde. Schliesslich wird hinsichtlich der Umwandlung von Personenunternehmen in Kapitalgesellschaften auf die kürzlich statuierte Freigrenze von 250'000 Franken hingewiesen¹²⁷.

Im Übrigen befasst sich die Botschaft nicht mit der Emissionsabgabe. Hier will man die ESTV offenbar – wie bei der Verrechnungssteuer – weiterhin an der *langen Leine* belassen. Dabei gäbe es in der Emissionsabgabepaxis durchaus eine recht ansehnliche Anzahl Stolperdrähte und Ungereimtheiten zu beseitigen oder doch wenigstens zu diskutieren. Zu denken ist dabei insbesondere an folgende Probleme:

- (1) Bei der Gewinnsteuer bietet der *Entwurf zum FusG* Hand für die Gewährung der Steuerneutralität von *Buchwertübertragungen im Konzernverhältnis*¹²⁸. In Anbetracht der restriktiven Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG in der Praxis der Steuerbehörden und des Bundesgerichts¹²⁹ müsste diese Änderung auch im Stempelabgabenrecht ausdrücklich verankert werden.
- (2) Gleiches gilt für den Schwellenwert bei *fusionsähnlichen Zusammenschlüssen*, der bei der Einkommens- und Gewinnsteuer vom bisherigen Zweidrittelersfordernis auf eine Mehrheitsbeteiligung reduziert werden soll¹³⁰.
- (3) In diesen Kontext gehört auch das Problem der *Ausgliederungen* von Aktiven und Verbindlichkeiten in eine Tochtergesellschaft, welche nur dann privilegiert werden, wenn die übertragende Muttergesellschaft auch nach der Übertragung der Aktiven und Verbindlichkeiten auf die Tochtergesellschaft einen Betrieb oder zumindest eine Zweidrittelbeteiligung hält¹³¹.
- (4) Überspannt sind überdies die Anforderungen an die Steuerneutralität bei der Aufnahme *neuer Gesellschafter*. Der Hinzutritt von neuen Beteiligten

125 Gutachten (FN 120) B 6 d.

126 Dazu ausführlich BAUER-BALMELLI, § 10, 2.2.; BEHNISCH, 270 ff.; DUSS, 495 ff.; OECHSLIN-SAUPPER, 102 ff.; REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 284 f.

127 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4379.

128 Vorne, 3.2.4.2.

129 Dazu etwa BGer. 3.10.1996, ASA 65 (1996/97) 827 ff.; REICH, Grundriss, 149.

130 Vorne, 3.2.7.

131 Die Herabsetzung des Zweidrittelersfordernisses auf eine Mehrheitsbeteiligung im Zug der Änderung der Anforderungen an einen fusionsähnlichen Zusammenschluss (vorne, 3.2.7) würde das Problem nicht beheben.

während der Sperrfrist verhindert nach der Steuerpraxis die Gewährung des Nullsatzes, wenn diese mehr als ein Drittel der übertragenden oder der aufnehmenden Gesellschaft erwerben¹³².

Zwar hat die ESTV in letzter Zeit recht viel Bereitschaft gezeigt, ungerechtfertigte Hindernisse in der Verwaltungspraxis aus dem Weg zu räumen, um derart die emissionsabgaberechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern¹³³. Dies verdient volle Anerkennung, dennoch kontrastiert das Vertrauen in eine *vernünftige Auslegung* der recht *weitmaschigen Gesetzesbestimmungen* bei der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer in auffälliger Weise mit der *Betriebsamkeit*, welche die Botschaft im Bereich der Einkommens- und Gewinnsteuer entwickelt hat.

6.2 Umsatzabgabe

Im Umsatzabgaberecht nimmt *der Entwurf zum FusG* zwei Änderungen vor. Zum einen soll auch die Liberierung *ausländischer Beteiligungsrechte* durch Sacheinlage von Urkunden von der Umsatzabgabe befreit werden¹³⁴. Zum andern wird das Problem der Abgabenerhebung bei *Teilentgeltlichkeit* angegangen, indem in Art. 14 Abs. 1 lit. i E-StG die mit einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung verbundene Übertragung steuerbarer Urkunden vom übertragenden auf das aufnehmende Unternehmen von der Abgabe ausgenommen wird. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die mit einer Umstrukturierung verbundene Übertragung von Vermögenswerten nicht auf einem eigentlichen Veräußerungsgeschäft beruht¹³⁵.

Diese Änderungen sind an sich zu begrüßen, allerdings wird dadurch das leidige Problem der Abgabenerhebung bei *teilentgeltlichen Transaktionen* keineswegs aus dem Weg geräumt, weil die vorgesehene Befreiung auf Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen beschränkt ist. Nicht eingeschlossen sind somit alle *Vermögensübertragungen im Sinn des Art. 69 E-FusG* wie namentlich die *konzerninternen Buchwertübertragungen* und allenfalls auch die *Umwandlungen von Einzel-firmen in Kapitalgesellschaften*¹³⁶.

7 Mehrwertsteuer

Hinsichtlich der Mehrwertsteuer sind die Ausführungen in der *Botschaft zum FusG* wie bei der Verrechnungssteuer und den Stempelabgaben recht spärlich ausgefallen. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass die Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen die am 18. September 1995 verabschiedete Änderung von Art. 26 Abs. 3 MWSTV¹³⁷ begrüsst habe¹³⁸. Danach wird die Eigenverbrauchsteuer im Fall der Nutzungsänderung von unbeweglichen Gegenständen höchstens vom Wert der Aufwendungen berechnet, der zum Vorsteuerabzug berechtigt hat. Begrüsst worden sei von der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen zudem die nun in Art. 34 Abs. 2 MWSTG aufgenommene Ergänzung dieser Regelung, nach welcher die Obergrenze für die Ermittlung der Eigenverbrauchsteuer wie im geltenden Recht umschrieben wird. Ebenso habe die Arbeitsgruppe der in Art. 42 MWSTG verankerten Neuregelung der Einlagensteuerung zugestimmt.

Im Übrigen sieht die *Botschaft zum FusG* nach der Verabschiedung des Mehrwertsteuergesetzes durch die eidg. Räte am 2. September 1999 «keinen Anlass, die Frage einer Änderung der zur Zeit noch geltenden MWSTV weiter zu verfolgen»¹³⁹. Dem kann ohne weiteres zugestimmt werden; nur sind im neuen Mehrwertsteuergesetz nicht alle Fragen, die sich bei Umstrukturierungen stellen, befriedigenden Lösungen zugeführt worden, so dass durchaus auch ein mehrwertsteuerrechtlicher Revisionsbedarf zu verzeichnen ist¹⁴⁰.

8 Schlussbemerkung

Der Schreibende hat im Jahr 1998 am Ende seiner kritischen Anmerkungen zu den Vorschlägen der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen festgehalten, dass noch ein *weiter Weg* zurückzulegen sei, bis eine Vorlage über die Revision der steuerrechtlichen Umstrukturierungsvorschriften wirklich zu einer namhaften *Verbesserung des derzeitigen Rechtszustands* führen werde¹⁴¹. Die vorliegenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Weg zwar kürzer geworden ist; *weit* ist er aber noch alleweil.

132 Richtlinien vom April 1997 für die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG, ST 1997, 724 ff., Ziff. IV. 4.1 und 2.

133 Ausführlich BAUER-BALMELLI/WIDMER, ST 1997, 715 ff.

134 Art. 14 Abs. 1 lit. b E-StG.

135 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4379 f.

136 Wenn der Begriff der Umwandlung privatrechtsbezogen interpretiert wird.

137 Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer (MWSTV), SR 641.201.

138 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4381.

139 *Botschaft zum FusG* (FN 3) 4381.

140 Dazu ausführlich BAUMGARTNER, FStR 2001, 37 ff.; auch REICH, Grundriss, 168 ff.

141 REICH, ST 1998, 272.

Literatur

- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995; AGNER PETER/DIGERONIMO ANGELO/NEUHAUS HANS-JÜRIG/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband, Zürich 2000
- ATHANAS PETER/KUHN STEPHAN (Hrsg.), Übersicht und Fallbeispiele zur steuerlichen Behandlung von Unternehmensteilungen, Basel/Genf/München 1998
- BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten, Zürich 2001
- BAUER-BALMELLI MAJA/WIDMER STEFAN, Neuerungen im Bereich der Emissionsabgabebefreiung bei Umstrukturierungen, ST 1997, 715 ff.
- BAUMGARTNER IVO P., Umstrukturierungen und Vermögensübertragungen im Mehrwertsteuerrecht, FStR 2001, 37 ff.
- BEHNISCH URS R., Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Basel 1996
- BÖCKLI PETER, Unternehmens-Umstrukturierungen in der Schweiz: Zwölf steuerliche Hemmschuhe, StR 1990, 215 ff.
- Unternehmens-Umstrukturierungen, ASA 61 (1992/93) 373 ff.
 - Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996
 - Fusions- und Spaltungssteuerrecht: Gelöste und ungelöste Probleme, ASA 67 (1998/99) 1 ff.
- BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, in: ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. 1/2a und 1/2b: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel 2000, Art. 57 – 60, 62 – 65, 67
- BÜREN ROLAND VON/KINDLER THOMAS, Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), SZW 1998, 1 ff.
- CAGIANUT FRANCIS/HÖHN ERNST, Unternehmenssteuerrecht, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1993, insb. §§ 12, 14, 15 – 19
- DUSS MARCO, Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen, in: REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 351 ff.
- FILLI ALEXANDER, Die Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen nach dem Recht der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft, BJM 1991, 57 ff.
- FORSTMOSER PETER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), Sonderheft 13, 254 ff.
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- GASSER URS/EGGENBERGER CHRISTIAN, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP 1998, 457 ff.
- Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, ST 2000, 61 ff.
- GRETER MARCO, Erfreuliche Fortschritte im Umstrukturierungsrecht, ST 1996, 633 ff.
- Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, Zürich 2000
- GURTNER PETER, Zur steuerlichen Behandlung von Fusionsverlusten, in: Das schweizerische Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, hrsg. von MARKUS REICH und MARTIN ZWEIFEL, Bern 1989, 353 ff.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, 8. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1997 (Bd. I) und 1999 (Bd. II)
- KÄNZIG ERNST, Steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Unternehmungsteilung, ASA 46 (1977/78) 545 ff.
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, ZSR NF 113 I (1994) 353 ff.
- MUSTER ADRIAN, Steuerliche Aspekte der Unternehmensteilung, ST 1995, 234 ff.
- NEUHAUS MARKUS R., Korrekturmechanismen bei Verletzung von Sperrfristen, FStR 2001, 24 ff.
- OECHSLIN-SAUPPER EVELINE, Besteuerung ausländisch beherrschter Kapitalgesellschaften mit Ansässigkeit in der Schweiz, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1996
- PFENNINGER STEPHAN, Grundsteuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Zürich 1995
- REICH MARKUS, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983 (zit. REICH, Realisation)
- Die steuerneutrale Reservenübertragung bei Unternehmensumstrukturierungen – neuere Entwicklung

- und Tendenzen, in: Das schweizerische Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, hrsg. von MARKUS REICH und MARTIN ZWEIFEL, Bern 1989, 379 ff. (zit. REICH, FS Zuppinger)
- Realisation stiller Reserven und Unternehmensumstrukturierungen, ST 1993, 579 ff.
 - Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, in: REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, 1 ff. (zit. REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil)
 - in: ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a und I/2b: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel 2000, Art. 16, 18 – 20, 25, 27 – 31, 34, 61, 202, 211
 - Umstrukturierungen im Steuerrecht, ST 1998, 263 ff.
 - Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Basel/Genf/München 2000 (zit. REICH, Grundriss)
- RIEDWEG PETER, Spaltung von Gesellschaften nach Entwurf Fusionsgesetz und Vorschlag steuerlicher Anpassungen, StR 1998, 198 ff.
- ROUILLER ANDRÉ, Unternehmungsteilungen, ASA 56 (1987/88) 303 ff.
- SCHÄRRER ERWIN, Die Besteuerung der stillen Reserven bei Umwandlungen, Zusammenschlüssen und Teilung von Unternehmungen, StR 1968, 475 ff.
- SCHERRER BRUNO, Die nachträgliche Besteuerung ursprünglich steuerneutraler Buchwertumwandlungen, in: Das schweizerische Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, hrsg. von MARKUS REICH und MARTIN ZWEIFEL, Bern 1989, 419 ff.
- SPORI PETER, Die Umstrukturierung von Unternehmen nach neuem Bundessteuerrecht (StHG /DBG), in: Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, hrsg. von ERNST HÖHN und PETER ATHANAS, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 285 ff.
- STEINER MARTIN, Grundstückgewinnsteuerliche Aspekte bei Unternehmensumstrukturierungen, ST 1989, 227 ff.
- STOCKAR CONRAD, Umstrukturierungen nach Fusionsgesetz, ST 1998, 51 ff.
- WALKER BEAT, Das neue Fusionsgesetz – steuerliche Auswirkungen, ZBJV Sonderband 135bis, 104 ff.
- ZIMMERMANN SILVIA, Internationale Fusionen: Neue Praxis in der Schweiz, ST 1995, 159 ff.
- ZUPPINGER FERDINAND/BÖCKLI PETER/LOCHER PETER/REICH MARKUS, Steuerharmonisierung, Bern 1984
- ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN/FESSLER FERDINAND/REICH MARKUS, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband, 2. Aufl., Bern 1983