

---

IFF Institut für Finanzwissenschaft  
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

---

# IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Dr. Felix Rajower

**Sicherstellung und Arrest (2. Teil)**

Dr. Markus Weidmann/  
Dr. Reto Heuberger

**Abfindungs- und Dreiecksfusionen  
Steuerfolgen des Squeeze-Out Merger**

Dr. Walter Jakob/  
Heiko Kubaile, MBA

**Schweizerischer Holdingstatus und Novellierung des Treaty Shopping in  
Deutschland  
Greift die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG Schweizer Holdingstrukturen  
an?**

Prof. Dr. Markus Reich/  
Prof. Dr. Robert Waldburger

**Rechtsprechung im Jahr 2006 (1. Teil)**

Lic. iur. Rainer Zigerlig/  
Lic. iur. Heinz Baumgartner/  
Dr. Raoul Stocker

**Gesetzgebungs-Agenda 2007/3**

**2007/3**

---

---

## Impressum

### IFF Forum für Steuerrecht

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

### Herausgeber und Verlag

Institut für Finanzwissenschaft und Finanzrecht an der Universität St.Gallen, Varnbühlstrasse 19, CH-9000 St.Gallen

Telefon: +41 (0)71 224 25 20

Telefax: +41 (0)71 224 26 70

E-Mail: fstr-iff@unisg.ch

Internet-Website: www.iff.unisg.ch

### Redaktion

Leitung: Dr. rer. publ. Ruedi Baumann

Stellvertreter: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender

Unternehmensteuer: Prof. Dr. oec. Peter Athanas

Einkommensteuer: Dr. iur. Thomas Meister, LL. M. (Tax)

Umsatzsteuer und Verkehrsteuern: Dr. oec. publ. Ivo. P. Baumgartner

Internationales Steuerrecht: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger und Prof. Dr. iur. Pascal Hinny

Steuerstrafrecht: Alfred Meier, Fürsprecher

Steuerrechts-System: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender

Rechtsprechungs-Überblick: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger

Gesetzgebungs-Agenda: Lic. iur. Rainer Zigerlig

### Erscheinungsweise

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

### Bezugspreis

Jahres-Abonnement: CHF 396 (Studenten: 50 % Rabatt für Neu-Abonnemente), Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie die Mehrwertsteuer enthalten. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahresanfang. Einzelhefte: CHF 99. Es werden die effektiven Versandkosten verrechnet.

### Bestellungen

Beim Verlag

### Abbestellungen

Schriftlich beim Verlag bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende

### Manuskripte und Rezensionsexemplare

Bitte an den Verlag

### Urheber- und Verlagsrechte

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

### Konzept und Gestaltung

Designalltag Zürich, Ruedi Rüegg, Zürich

### Druck

Cavelti AG, Druck und Media, CH-9201 Gossau

### Internet-Auftritt

www.iff.unisg.ch – Publikationen – IFF Forum für Steuerrecht

### Abkürzungsvorschlag

FStR

### ISSN 1424-9855

*Fortsetzung letzte Innenseite*

---

IFF Institut für Finanzwissenschaft  
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

---

# **IFF Forum für Steuerrecht**

**2007/3**

---

# Inhalt

	<b>Praxis-Forum</b>	
Dr. Felix Rajower	<b>Sicherstellung und Arrest (2. Teil)</b>	<b>175</b>
Dr. Markus Weidmann/ Dr. Reto Heuberger	<b>Abfindungs- und Dreiecksfusionen Steuerfolgen des Squeeze-Out Merger</b>	<b>194</b>
Dr. Walter Jakob/ Heiko Kubaile, MBA	<b>Schweizerischer Holdingstatus und Novellierung des Treaty Shopping in Deutschland Greift die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG Schweizer Holdingstrukturen an?</b>	<b>209</b>
Prof. Dr. Markus Reich/ Prof. Dr. Robert Waldburger	<b>Rechtsprechungs-Überblick Rechtsprechung im Jahr 2006 (1. Teil)</b>	<b>228</b>
Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Heinz Baumgartner/ Dr. Raoul Stocker	<b>Gesetzgebungs-Agenda Gesetzgebungs-Agenda 2007/3</b>	<b>245</b>

# Sicherstellung und Arrest im Recht der direkten Bundessteuer und nach zürcherischem Steuergesetz (2. Teil)

Dr. iur. Felix Rajower, RA\*

## Inhalt\*\*

*In der vorangehenden Ausgabe:*

<b>1</b>	<b>Ausgangslage</b>
<b>2</b>	<b>Gesetzliche Grundlagen der Steuersicherung</b>
<b>2.1</b>	<b>Bund</b>
<b>2.2</b>	<b>Kanton Zürich</b>
<b>3</b>	<b>Sicherstellung</b>
<b>3.1</b>	<b>Gegenstand und Zweck</b>
<b>3.2</b>	<b>Sicherstellungsgründe</b>
3.2.1	Allgemeines
3.2.2	Fehlender Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz (spezieller Sicherstellungsgrund)
3.2.3	Gefährdung der Zahlung (allgemeiner Sicherstellungsgrund)
<b>3.3</b>	<b>Form und Inhalt der Sicherstellungsverfügung</b>
3.3.1	Zuständigkeit
3.3.2	Adressat
3.3.3	Sicherzustellender Betrag
3.3.4	Sicherstellungsgrund
3.3.5	Aufforderung zur Sicherheitsleistung
3.3.6	Rechtsmittel und Rechtsmittelbelehrung
<b>3.4</b>	<b>Wirkung und Vollstreckung der Sicherstellungsverfügung</b>

*In dieser Ausgabe:*

<b>4</b>	<b>Arrest</b>
<b>4.1</b>	<b>Allgemeines</b>
<b>4.2</b>	<b>Arrestgründe</b>
<b>4.3</b>	<b>Arrestgegenstände</b>
4.3.1	Allgemeines
4.3.2	Spezialfälle
4.3.2.1	Anteile an Gemeinschaftsvermögen, insbesondere an einer unverteilter Erbschaft
4.3.2.2	Leistungen der 2. und 3. Säule
4.3.2.3	Kapitalleistungen aus Lebensversicherungen
4.3.3	Eigentum des Arrestschuldners
<b>4.4</b>	<b>Arrestbefehl</b>
4.4.1	Allgemeines
4.4.2	Adressat
4.4.3	Arrestschuldner
4.4.4	Arrestort
4.4.5	Arrestvollzug
4.4.6	Rechtsmittel gegen Arrestbefehl und Arrestvollzug
4.4.6.1	Arresteinsprache
4.4.6.2	Beschwerde
4.4.7	Wirkungen des Arrests
4.4.8	Arrestprosequierung
4.4.8.1	Ziel und Zweck
4.4.8.2	Fristen
4.4.8.3	Einleitung der Betreuung oder des Veranlagungsverfahrens
4.4.8.4	Rechtsöffnung
4.4.8.5	Fortsetzung, Pfändung und Verwertung
4.4.9	Dahinfallen des Arrests
4.4.10	Schadenersatz bei ungerechtfertigtem Arrest

### Literatur

### Rechtsquellen und Materialien

\* Anwaltskanzlei Rajower & Weber, Zürich

\*\* Dieser Beitrag erscheint gleichzeitig in: ZZZ Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht.

## 4 Arrest

### 4.1 Allgemeines

Der Steuerarrest dient, wie der gewöhnliche Arrest nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 271 ff. SchKG, der amtlichen Beschlagnahme von Vermögenswerten zwecks Sicherung der späteren Zwangsverwertung. Es handelt sich im Grunde genommen um eine superprovisorische Verfügung ohne Anhörung der Gegenpartei, in diesem Fall des Schuldners<sup>88</sup>. Auf ihn finden somit grundsätzlich die Bestimmungen von Art. 271 ff. SchKG mindestens sinngemäss Anwendung, soweit sich aus den Spezialvorschriften im Steuerrecht oder der besonderen Natur dieses Instituts keine abweichende Regelung ergibt.

Arrestbehörde ist die für den Erlass der Sicherstellungsverfügung zuständige Steuerbehörde<sup>89</sup>. Sie kann somit gleichzeitig mit der Sicherstellungsverfügung einen Arrestbefehl erlassen und braucht nicht mehr, wie bis anhin, ein Arrestbegehren beim zuständigen Arrestrichter zu stellen (Art. 272 Abs. 1 SchKG)<sup>90</sup>. Für den Vollzug des Steuerarrestes ist hingegen das Betreibungsamt zuständig (Art. 170 Abs. 1 Satz 2 DBG; § 182 Abs. 1 Satz 2 StG ZH; vgl. Art. 274 Abs. 1 SchKG)<sup>91</sup>.

Da die Sicherstellungsverfügung, wie erwähnt, sofort vollstreckbar ist<sup>92</sup>, kann der Arrest vor Eintritt der Rechtskraft der zugrundeliegenden Sicherstellungsverfügung und ungeachtet eines allenfalls laufenden Rechtsmittelverfahrens erlassen und vollzogen werden.

Die Frage, ob überhaupt ein Arrest für einen Anspruch auf Sicherheitsleistung erwirkt werden kann<sup>93</sup>, ist angesichts der klaren spezialgesetzlichen Grundlage im Steuerrecht gegenstandslos.

### 4.2 Arrestgründe

Die Arrestgründe sind mit den Sicherstellungsgründen identisch<sup>94</sup>.

Wie erwähnt, sind die Gefährdungstatbestände, welche zur Sicherstellung und zum Arrest Anlass geben können, im Steuerrecht allgemeiner und genereller umschrieben

als in Art. 271 SchKG<sup>95</sup>. Man kann mit Fug und Recht behaupten, dass sämtliche der in Art. 271 SchKG aufgeführten Arrestgründe von der allgemeinen Umschreibung der Sicherstellungsgründe in Art. 169 DBG bzw. § 181 StG ZH erfasst werden. Die Frage, ob für (direkte) Steuern überhaupt noch ein Arrest nach dem SchKG verlangt werden kann oder ob der Arrestrichter auf ein entsprechendes Begehren unter Hinweis auf die Spezialnorm im Steuerrecht gar nicht einzutreten hätte, ist deshalb eher akademischer Natur. Da mit dem Steuerarrest genau genommen nur die Sicherheitsleistung gesichert wird, könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass wenigstens für rechtskräftig festgesetzte Steuern, welche auf dem ordentlichen Betreibungsweg zu vollstrecken sind, ein gewöhnlicher Arrest verlangt werden darf. In diesem Fall wäre aber auch die Arresteinsprache gegeben, was wiederum Fragen hinsichtlich der Kognition des Arrestrichters im Einspracheverfahren aufwerfen würde.

### 4.3 Arrestgegenstände

#### 4.3.1 Allgemeines

Die Verarrestierbarkeit von Gegenständen richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen des SchKG<sup>96</sup>. Der Arrest kommt einer vorsorglichen Pfändung gleich. Folglich können sämtliche Vermögenswerte und Einkünfte des Schuldners mit Arrest belegt werden, die einen Geldwert aufweisen und – mindestens beschränkt – pfänd- und verwertbar sind (Art. 275 iVm Art. 92 - 95a SchKG)<sup>97</sup>.

Als verarrestierbare Vermögenswerte fallen somit namentlich in Betracht:

- Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 ZGB;
- bewegliche Sachen wie Fahrzeuge, Schmuck, Bilder und andere Kunstgegenstände;
- Luftfahrzeuge und Schiffe;
- in Wertpapieren verurkundete Forderungen wie Aktien oder Obligationen;
- gewöhnliche Forderungen wie Bankguthaben, Arbeitslohn und Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit, Werklohn, Kaufpreis, Auftrags honorar, Ansprüche auf Versicherungsleistungen oder Anteile an Gemeinschaftsvermögen;
- Immaterialgüterrechte wie z. B. Urheber- oder Markenrechte, Rechte auf hinterlegte Muster und

88 BGE 116 III 115 f. E 3a, 107 III 35 E 2.

89 S. vorne, Abschn. 3.3.1; vgl. FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 3.

90 DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 361.

91 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 8; DERS., StHG Art. 78 N 21; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 9.

92 S. vorne, Abschn. 3.3.6.

93 BGE 93 III 72; vgl. DOMENICO ACOCELLA, SchKG Art. 38 N 19; DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 371, bei Fn 73.

94 S. vorne, Abschn. 3.2.

95 S. vorne, Abschn. 3.2.1, bei Fn 30.

96 DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 367 f.

97 BGE 113 III 33 E 3c, 108 III 101; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 271 N 41; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 63; DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 369.

Modelle oder zur Patentierung angemeldete Erfindungen.

Wegen des das Vollstreckungsrecht beherrschenden Territorialitätsprinzips ist allerdings der Vollzug der Pfändung oder des Arrests eines im Ausland gelegenen Vermögenswerts durch einen schweizerischen Betriebsbeamten nicht möglich<sup>98</sup>. In einem solchen Fall fällt lediglich die Verarrestierung des Herausgabe- bzw. Auslieferungsanspruchs gegenüber dem ausländischen Gewahrsamsinhaber in Betracht<sup>99</sup>.

Damit das Betreibungsamt den Arrest vollziehen kann, müssen die zu verarrestierenden Vermögenswerte bekannt sein und im Arrestbefehl möglichst genau spezifiziert werden. Die zu verarrestierenden Vermögenswerte können zwar bloss der Gattung nach bezeichnet werden (z. B. Kassabestand, Postcheck- und Bankguthaben, Wertschriftendepots, Inhalt von Banksafes, Mobiliar, Warenlager); anzugeben ist jedoch in einem solchen Fall stets die Örtlichkeit, wo sie sich befinden, oder die Person, welche diese Gegenstände in Gewahrsam hat. Man spricht von einem «Gattungsarrest»<sup>100</sup>. Verpönt, da rechtsmissbräuchlich, ist ein so genannter «Sucharrest»: Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass ein Arrestbegehren in erster Linie dazu dient, Vermögenswerte des Schuldners ausfindig zu machen, darf ihm keine Folge geleistet werden<sup>101</sup>.

### 4.3.2 Spezialfälle

#### 4.3.2.1 Anteile an Gemeinschaftsvermögen, insbesondere an einer unverteilter Erbschaft

Verarrestiert werden können auch Anteile des Schuldners an Gemeinschaftsvermögen, bei denen die Beteiligten eine so genannte Gesamthandgemeinschaft bilden. Dazu gehören namentlich die Erbengemeinschaft bei einer un-

verteilten Erbschaft (Art. 602 ZGB) sowie die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR), einer Kollektivgesellschaft (Art. 552 ff. OR) oder einer Kommanditgesellschaft (Art. 594 ff. OR).

In all diesen Fällen gehört der Vermögenswert selbst nicht dem Pflichtigen. Dieser hat nur einen Anteil am Liquidationserlös, der seiner quotenmässigen Beteiligung am Gemeinschaftsvermögen entspricht. Verarrestiert werden folglich nicht der Vermögenswert bzw. die Vermögenswerte selbst, sondern bloss der dem Schuldner zustehende (wertmässige) Liquidationsanteil<sup>102</sup>, also eine Forderung. Infolgedessen müssen bei der Verwertung die Rechte der übrigen Beteiligten am Gemeinschaftsvermögen gewahrt werden. Das Verwertungsverfahren richtet sich nach einer speziellen Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17.1.1923 (VVAG)<sup>103</sup>.

Gemäss einer Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1996 sind bei einer unverteilter Erbschaft aber weder die Miterben noch die Erbengemeinschaft als Ganzes Schuldner. Befindet sich der Wohnsitz des Arrest- oder Pfändungsschuldners im Ausland, so kann sein Anteil an einer Erbschaft in der Schweiz auch dann nicht verarrestiert oder gepfändet werden, wenn das gesamte Nachlassvermögen oder wesentliche Teile davon in der Schweiz gelegen sind oder wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte und der Erbgang deshalb hier eröffnet wurde<sup>104</sup>.

Diese Auffassung vermag allerdings nicht zu überzeugen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis wird bei Auslandswohnsitz des Pfändungs- bzw. Arrestschuldners aus Praktikabilitätsgründen die Belegenheit von Forderungen am (schweizerischen) Sitz bzw. Wohnsitz des Drittschuldners angenommen<sup>105</sup>. Ausserdem sind, entge-

98 BGE 118 III 67, 112 III 50; vgl. ANDRÉ E. LEBRECHT, SchKG Art. 89 N 24; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 23 Rz. 8; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetriebs- und Konkursrecht, S. 259 f.

99 BGE 107 III 147, 102 III 102 ff.; BISchK 2001, S. 138 f., und 1990, S. 103 ff.; vgl. ANDRÉ E. LEBRECHT, SchKG Art. 89 N 27; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 22 N 20 und § 51 N 9; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetriebs- und Konkursrecht, S. 264.

100 BGE 109 III 59, 103 III 86 und 91, 100 III 28, 96 III 110 E 3, 56 III 44; BISchK 2000, S. 142; ZR 46 Nr. 19; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 29; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 51 N 34.

101 BGE 120 III 47 f., 112 III 48, 110 III 35, 108 III 120, 107 III 38, 105 III 18 f., 104 III 51; ZR 86 Nr. 57; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 32; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 51 N 35.

102 BGE 118 III 62, anders noch BGE 73 III 111; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 27 N 65; vgl. auch den bei PETER BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, S. 1013, zitierten Entscheid des Zürcher Obergerichts. Im Unterschied dazu bildet das Anteilsrecht des Miteigentümers, also auch des Stockwerkeigentümers, einen verselbstständigten Vermögenswert, welcher als (ideelle) Quote der ganzen Sache gepfändet bzw. verarrestiert werden kann, vgl. BGE 111 II 26; vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 668 f.

103 Vgl. dazu im Einzelnen RAYMOND BISANG, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschulden.

104 BGE 118 III 62; BGer B.96/1996, 29.5.1996 (unveröffentlicht). Anders noch BGE 109 III 90 ff. und 91 III 19 ff.

105 BGE 128 III 473, 118 III 10, 114 III 32, 109 III 92, 107 III 149, 103 III 90, 102 III 99 f.; vgl. ANDRÉ E. LEBRECHT, SchKG Art. 89 N 26; WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 40; THOMAS BAUER, EB, SchKG Art. 272 ad N 40; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER,

gen der Ansicht des Bundesgerichts, die Mitglieder der Erbengemeinschaft oder die Erbengemeinschaft als Schuldner der Forderung aus der Erbschaft, mithin als Drittschuldner, zu betrachten<sup>106</sup>. Demzufolge müsste der Anteil an einer unverteilter Erbschaft eines im Ausland wohnhaften Erben in der Schweiz verarrestiert werden können, sofern entweder der letzte Wohnsitz des Erblassers sich in der Schweiz befand oder mindestens einer der Miterben hier wohnhaft ist. Art. 2 VVAG sollte im internationalen Verhältnis nicht zur Anwendung kommen. Jedenfalls ist nach richtiger Ansicht ein «Notgerichtsstand» anzunehmen, wenn keine ausländische Zuständigkeit beansprucht wird (vgl. Art. 3 IPRG), zumal die Vollstreckung einer schweizerischen Steuerforderung im Ausland grundsätzlich nicht möglich ist<sup>107</sup>.

Dieser Lösung entsprächen im Übrigen sowohl die Konzeption von Art. 49 SchKG, wonach die Betreibung gegen einen Schuldner nach dessen Tode gegen die unverteilter Erbschaft am Betreibungsort des Verstorbenen, d. h. in der Regel an dessen letztem Wohnsitz, fortgeführt werden kann, als auch der einheitliche gesetzliche Gerichtsstand für sämtliche erbrechtlichen Klagen am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 18 Abs. 1 GestG).

Nach einem älteren Bundesgerichtsentscheid ist denn auch die Verarrestierung von Anteilen an einer Personengesellschaft (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft) möglich, wenn sich der Gesellschaftshauptsitz in der Schweiz befindet und hier auch Gesellschaftsvermögen liegt<sup>108</sup>.

#### 4.3.2.2 Leistungen der 2. und 3. Säule

Ein wesentlicher Grundgedanke der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, der so genannten 2. Säule, besteht in der Erhaltung des Vorsorge-schutzes bis zum Eintritt des Versicherungsfalles. Diesem Vorsorgezweck tragen verschiedene gesetzliche Bestimmungen Rechnung. Zentral ist das Barauszahlungsverbot, welches in Art. 3 - 5 FZG seinen Ausdruck findet<sup>109</sup>. Die Ausnahmen vom Barauszahlungsverbot sind im Gesetz abschliessend aufgezählt (Art. 5, 22 - 22c

und 23 FZG)<sup>110</sup>. Flankiert wird dieses Verbot namentlich durch das Verbot der Abtretung, Verpfändung und Verrechnung (Art. 39 Abs. 1 BVG; Art. 17 FZV, Art. 331b OR)<sup>111</sup>.

Im Vollstreckungsrecht findet dieser Schutz seine Entsprechung darin, dass sämtliche Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegenüber einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge nach der zwingenden gesetzlichen Regelung grundsätzlich vor Eintritt der Fälligkeit unpfändbar und nicht verarrestierbar sind (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 10 und Art. 275 SchKG)<sup>112</sup>. Diese Vorschrift gilt nicht nur im obligatorischen, sondern auch im ausser- und überobligatorischen Bereich, also selbst für die freiwillige Versicherung Selbständigerwerbender<sup>113</sup> sowie für Leistungen aus einer Freizügigkeitspolice oder von Auffangeinrichtungen<sup>114</sup>.

Unbeschränkt pfänd- und verarrestierbar wird eine nach Eintritt eines Freizügigkeitsfalles fällig gewordene Barauszahlung<sup>115</sup>. Ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit beschränkt pfänd- und verarrestierbar sind Renten oder Kapitalabfindungen infolge Alter, Tod oder Invalidität<sup>116</sup>.

Somit stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit. Bei den Barauszahlungsfällen des endgültigen Verlassens der Schweiz (Art. 5 Abs. 1 Bst. a FZG) sowie der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit (Art. 5 Abs. 1 Bst. b FZG) tritt die Fälligkeit nicht schon automatisch beim Eintritt der entsprechenden Bedingung ein, sondern es bedarf zusätzlich eines Auszahlungsbegehrens des Versicherten in Form einer ausdrücklichen Erklärung<sup>117</sup>. Das Auszahlungsbegehren selbst bedarf zu seiner Gültigkeit indessen – eine anders lautende reglementarische Bestimmung vorbehalten – nicht der

Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 22 N 22.

106 DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, S. 267, rechte Spalte.

107 BGE 47 III 76; vgl. DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, S. 268; KARL SPÜHLER, Probleme bei der Schuldbetreibung für öffentlichrechtliche Geldforderungen, S. 261; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 57; vgl. zum Ganzen auch MAGDALENA RUTZ, SchKG Art. 132 N 7.

108 BGE 47 III 71 ff.

109 Vgl. HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 7 N 112.

110 BGE 120 III 78, 119 III 19; vgl. HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 7 N 114 ff.; ALFRED MAURER, Bundessozialversicherungsrecht, S. 215; FRANCO LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), S. 1171 ff.

111 BGE 119 III 18 ff.; vgl. HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 7 N 97 f.

112 BGE 121 III 3, 120 III 77, 118 III 20.

113 BGE 119 III 20; vgl. GEORGES VONDER MÜHLL, SchKG Art. 92 N 39; FRANCO LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), S. 1172.

114 BGer 7B.22/2005 E 3.1, 21.4.2005; BGE 128 III 467 ff.

115 BGE 118 III 25, 117 III 23 ff.; ZR 91/92 Nr. 45 E 3c; vgl. GEORGES VONDER MÜHLL, SchKG Art. 92 N 40 und Art. 93 N 14; FRANCO LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), S. 1176.

116 BGE 120 III 71, 115 III 45 ff., 113 III 10 ff.; vgl. GEORGES VONDER MÜHLL, SchKG Art. 92 N 40 und Art. 93 N 12 f.

117 BGer 7B.22/2005 E 3.2, 21.4.2005; BGE 121 III 31 E 2c, 120 III 77 E 1a, 119 III 18; BISchK 1997, S. 182 f. Kritisch dazu HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, § 7 N 122; SZS 1996, S. 242 f.

Schriftform. Es genügt auch eine mündliche Erklärung, beispielsweise ein Telefonanruf<sup>118</sup>. Verheiratete Personen brauchen darüber hinaus, ausser bei der Altersleistung, noch die schriftliche Zustimmung ihres Ehegatten (Art. 5 Abs. 2 FZG)<sup>119</sup>. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass sogar ein Widerruf des Auszahlungsbegehrens zulässig sein müsse, jedenfalls bis zum Zeitpunkt, in welchem die Auszahlung erfolgt ist. Die Folge davon wäre, dass die Pfändbarkeit des Auszahlungsanspruchs dahinfällt. Eine Schranke der freien Widerrufbarkeit bilde indessen das Rechtsmissbrauchsverbot. Erfolgt der Widerruf ohne sachlichen Grund allein deshalb, um die Leistung der Pfändung bzw. Arrestlegung und damit den Gläubigern zu entziehen, so soll er unbeachtlich sein<sup>120</sup>.

Was Ansprüche auf Leistungen der (gebundenen) individuellen Vorsorge nach Art. 82 BVG und BVV 3 (3. Säule) anbetrifft, so gilt das Verbot der Abtretung, Verpfändung und Verrechnung schon von Gesetzes wegen sinngemäss (Art. 4 BVV 3). Das Bundesgericht hat ausserdem in einem einlässlich begründeten Entscheid festgehalten, dass die Leistungsansprüche der 3. Säule auch dem Pfändungsverbot in der Zwangsvollstreckung unterliegen<sup>121</sup>.

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass sämtliche Ansprüche auf Vorsorge- und Freizügigkeitsleistungen gegenüber Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Säule 2) sowie der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) vor Fälligkeit bzw. Barauszahlung weder gepfändet noch verarrestiert werden können<sup>122</sup>.

Die Arrestlegung bei Freizügigkeitsguthaben gestaltet sich somit äusserst schwierig, da eine solche lediglich in der oft kurzen Zeitspanne zwischen Abruf des Guthabens durch den Versicherten bei seiner Vorsorgeeinrichtung und Auszahlung möglich ist. Die Tatsache, dass bei Auslandswohnsitz die Vorsorgeleistung der Quellenbesteuerung unterliegt (Art. 96 DBG; §§ 98 und 99 StG ZH), ist nach geltendem Recht und herrschender Praxis ebenfalls unbehelflich. Die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und der gebundenen Selbstvorsorge müssen den Steuerbehörden zwar eine Bescheinigung über die erbrachten Leistungen ausstellen (Art. 100 Abs. 1 Bst. b und 129 Abs. 1 Bst. b DBG; §§ 102 Abs. 1 Bst. b und 136 Abs. 1

Bst. f StG ZH), die Abrechnung und Überweisung der Steuer an das zuständige Gemeindesteuernamt erfolgt jedoch erst nach Ausrichtung der Leistung an den Pflichtigen (vgl. die entsprechenden Merkblätter in ZStB I Nrn. 29/400 und 29/450).

Immerhin hat das Bundesgericht unlängst entschieden, dass eine Vorsorgeeinrichtung gegenüber den Steuerbehörden gemäss Art. 112 DBG nicht nur im Rahmen des Veranlagungsverfahrens, sondern auch zur Durchführung des Steuerbezugs und damit auch im Hinblick auf eine mögliche Sicherstellung nach Art. 169 DBG auskunftspflichtig ist und diesen auf Verlangen bei der Ausrichtung von Vorsorgeleistungen die Auszahlungsadresse bekanntzugeben hat. Dieser spezialgesetzlich verankerten Auskunftspflicht stünden weder Art. 86 und 86a BVG noch die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) entgegen<sup>123</sup>.

Würde die Steuerbehörde ein Guthaben vor Eintritt der Fälligkeit verarrestieren, so hätte das zuständige Betreibungsamt den Vollzug des Arrestbefehls zu verweigern, da dieser nichtig wäre<sup>124</sup>. Gegen die (rechtswidrige) Verarrestierung durch das Betreibungsamt stünde sowohl dem Schuldner als auch der Vorsorgeeinrichtung die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG offen<sup>125</sup>.

#### 4.3.2.3 Kapitalleistungen aus Lebensversicherungen

Lebensversicherungen gehören zum Vermögen des Versicherungsnehmers, können deshalb abgetreten bzw. verpfändet werden (Art. 73 VVG)<sup>126</sup> und sind gleichzeitig grundsätzlich pfänd- und verarrestierbar.

Der Versicherungsnehmer kann über seinen Versicherungsanspruch verfügen, indem er einen Dritten begünstigt, mit der Folge, dass dieser Dritte, der Begünstigte, beim Eintritt des Versicherungsfalles einen eigenen Anspruch gegenüber dem Versicherer besitzt (Art. 76 und 78 VVG). Der Anspruch auf die Versicherungsleistung scheidet indessen nur suspensiv bzw. resolutiv bedingt aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers aus<sup>127</sup>. Im Regelfall kann der Versicherungsnehmer die einmal ausgesprochene Begünstigung jederzeit formfrei widerrufen (Art. 77 Abs. 1 VVG). Das Recht, die Begünstigung zu

118 BGE 121 III 34 E 2c; vgl. GEORGES VONDER MÜHLL, SchKG Art. 92 N 41; FRANCO LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), S. 1173 f.

119 BGER 7B.22/2005 E 3.2.2, 21.4.2005.

120 BGER 7B.22/2005 E 3.3, 21.4.2005; vgl. auch BGE 120 III 78 E 1d. Vgl. FRANCO LORANDI, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), S. 1174.

121 BGE 121 III 285 ff.

122 Dagegen kann ein als Wohneigentum zum eigenen Bedarf erworbenes Grundstück, welches (teilweise) mit einem Vorbezug aus Mitteln der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 30c BVG finanziert wurde, in jedem Fall verarrestiert werden; vgl. BGE 124 III 211 ff.

123 BGER 2A.96/2000, 25.7.2001.

124 BGE 121 III 33, 113 III E 3c, 108 III 101; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 63.

125 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 65; FLAVIO COMETTA, SchKG Art. 17 N 45; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 6 N 28; s. dazu hinten, Abschn. 4.6.2.

126 Vgl. MORITZ W. KUHN, VVG Art. 73 N 21; WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, S. 438.

127 RUDOLF KÜNG, VVG Art. 78 N 2.

widerrufen, mithin der Anspruch selbst, verbleibt im Vermögen des Versicherungsnehmers und unterliegt deshalb der Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen. Der Anspruch kann somit gepfändet bzw. verarrestiert sowie durch Ausübung des Widerrufsrechts verwertet werden<sup>128</sup>. Die Begünstigung erlischt automatisch mit der Pfändung des Versicherungsanspruches (Art. 79 Abs. 1 VVG).

Dieser Grundsatz erleidet indessen im Interesse der Familienvorsorge eine praktisch bedeutsame Einschränkung. Sind nämlich der Ehegatte oder Nachkommen des Versicherungsnehmers vorrangige Begünstigte und sind sie im Zeitpunkt der Pfändung oder Verarrestierung tatsächlich existent, so kann der Versicherungsanspruch in der Vollstreckung gegen den Versicherungsnehmer nicht gepfändet oder verarrestiert werden (Art. 80 VVG)<sup>129</sup>. Eine Pfändung oder Verarrestierung wäre in diesem Fall nichtig wie diejenige eines Kompetenzstückes, was vom zuständigen Betreibungsbeamten von Amtes wegen beachtet werden muss<sup>130</sup>. Unter den durch diese Bestimmung geschützten Versicherungsanspruch fallen sowohl Versicherungsleistungen im Erlebens- oder Todesfall als auch der Rückkaufswert der Versicherung<sup>131</sup>. Fraglich ist dagegen, ob auch Leistungen bei Erwerbsunfähigkeit und Invalidität von der Vollstreckung ausgenommen sind<sup>132</sup>.

Der Versicherungsnehmer kann ausserdem auf das Widerrufsrecht in der Police unterschriftlich verzichten; die Begünstigung wird unwiderruflich (Art. 77 Abs. 2 VVG). Die Gläubiger des Versicherungsnehmers können in diesem Fall nicht mehr auf den Versicherungsanspruch greifen; eine Pfändung oder Verarrestierung ist, unabhängig von der Person des oder der Begünstigten, ausgeschlossen (Art. 79 Abs. 2 VVG).

Besitzt der betriebene Schuldner eine Lebensversicherungspolice, so hat das zuständige Betreibungsamt abzuklären, ob im konkreten Fall der betreffende Versicherungsanspruch gepfändet werden kann. Dieses Verfahren richtet sich nach einer speziellen Verordnung des Bundesgerichts betreffend die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen vom 10.5.1910 (VPAV). Der Streit darüber, ob ein gepfändeter Versicherungsanspruch verarrestier- bzw. pfändbar ist oder ob ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 79 Abs. 2 bzw. Art. 80 VVG vorliegt, ist in einem speziellen Verfahren, welches

seiner Natur nach dem Widerspruchsverfahren entspricht, zu klären (Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 VPAV)<sup>133</sup>.

Da die Begünstigung bei einer Lebensversicherungspolice, die einen Rückkaufswert aufweist, in den meisten Fällen auf einen nahen Angehörigen im Sinne von Art. 80 VVG lautet, erweist sich deren Verwertung regelmässig als unmöglich, weshalb die praktische Bedeutung der Pfändbarkeit von Versicherungsansprüchen nicht allzu gross ist<sup>134</sup>.

### 4.3.3 Eigentum des Arrestschuldners

Pfänd- und damit verarrestierbar sind grundsätzlich alle Vermögenswerte, die dem Steuerschuldner rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich gehören<sup>135</sup>, und zwar unabhängig davon, ob sich die zu verarrestierenden Vermögenswerte im Gewahrsam des Schuldners oder einer Drittperson befinden<sup>136</sup>. Was (formell) im Eigentum einer Drittperson steht, ist nach dem vorstehend Gesagten in der Vollstreckung gegen den Schuldner dem Zugriff des Arrestgläubigers entzogen und kann grundsätzlich weder verarrestiert noch gepfändet werden<sup>137</sup>.

Die Steuerbehörde kann indes auch Vermögenswerte verarrestieren lassen, die nach Angaben des Schuldners oder aufgrund des Rechtsscheins einem Dritten gehören bzw. von einem Dritten beansprucht werden. Vermögenswerte, welche vom Arrestgläubiger als solche des Arrestschuldners bezeichnet werden, sind nämlich uneingeschränkt verarrestierbar. Der blosser Umstand, dass die Berechtigung des Arrestschuldners an den verarrestierten Vermögenswerten nicht wahrscheinlich ist, darf das Betreibungsamt nicht dazu verleiten, den Arrestvollzug zu verweigern<sup>138</sup>. Die definitive Klärung der Berechtigung am Arrestgut hat im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG zu erfolgen<sup>139</sup>. Allerdings ist im Ar-

128 RUDOLF KÜNG, VVG Art. 79 N 2 f.

129 RUDOLF KÜNG, VVG Art. 80 N 1 und 5.

130 BGE 105 III 122 ff. E 8; vgl. RUDOLF KÜNG, VVG Art. 80 N 11; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, S. 453 f.; WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, S. 441 f.

131 RUDOLF KÜNG, VVG Art. 80 N 2.

132 Eher bejahend RUDOLF KÜNG, VVG Art. 80 N 3.

133 BGE 85 III 57 ff. E 2; vgl. BEAT DENZLER, Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens, S. 113; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 23 N 40 und § 24 N 18; MATTHIAS STAEHELIN, SchKG Art. 106 N 16.

134 Vgl. RUDOLF KÜNG, VVG Art. 79 N 7.

135 BGE 113 III 31, 109 III 33, 107 III 33, 105 III 112; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 7.

136 BGE 108 III 97 f. Allerdings kommt dem Gewahrsam im Hinblick auf die Parteirollenverteilung in einem allfälligen Widerspruchsprozess entscheidende Bedeutung zu; vgl. Art. 107 f. SchKG.

137 BGE 105 III 112.

138 BGE 112 III 52, 109 III 125 f., 107 III 35, 106 III 91, 103 III 89, 96 III 110, 93 III 92; vgl. auch BSchK 1989 Nr. 3; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 61 f.; ISAAK MEIER, Die Anwendung des Privatrechts durch die Betreibungs- und Konkursbehörden, S. 164 und 167.

139 BGE 111 III 21, 110 III 25, 104 III 42, 93 III 89; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 28; THOMAS BAUER, EB, SchKG Art. 275 ad N 29.

restbefehl der Steuerbehörde der Name des Dritten, der formell Vermögenswerte für den Arrestschuldner hält, anzugeben<sup>140</sup>. Lediglich Vermögenswerte, die von der Steuerbehörde selbst als Eigentum eines Dritten bezeichnet werden oder die offensichtlich einem Dritten gehören, dürfen nicht verarrestiert werden; ein entsprechender Arrestbefehl wäre nichtig<sup>141</sup>.

Insbesondere ist die Selbständigkeit von juristischen Personen gegenüber ihren Mitgliedern und Gesellschaftern zu beachten, selbst wenn es sich um eine Einpersonengesellschaft handelt, da das Körperschaftsrecht auf dem Grundsatz der vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der juristischen Personen von ihren Mitgliedern basiert<sup>142</sup>. Es gibt jedoch Fälle, in denen ausnahmsweise die Fassade der gewählten rechtlichen Konstruktion der dahinter liegenden wirtschaftlichen Realität weichen muss, nämlich dann, wenn eine Drittperson vorgeschoben wurde und bloss zum Schein Eigentum hält, während – wirtschaftlich betrachtet – der Schuldner über die betreffenden Vermögenswerte verfügen kann, so dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Drittperson zweck- und funktionswidrig, mithin rechtsmissbräuchlich erscheint<sup>143</sup>. Man spricht in diesen Fällen von «Durchgriff». Dieser erlaubt es, die wirtschaftlich berechnete Person anstelle der vorgeschobenen Person, oder – im Falle des so genannten «umgekehrten Durchgriffs»<sup>144</sup> – die Drittperson anstelle der wirtschaftlich berechtigten in Anspruch zu nehmen. Voraussetzung ist also einerseits die Abhängigkeit der juristischen Person von der sie beherrschenden Person und andererseits eine Identität der wirtschaftlichen Interessen dieser Personen. Es handelt sich um eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots gemäss Art. 2 ZGB, welches auch im Bereich von Schuldbetreibung und Konkurs seine Gültigkeit hat<sup>145</sup>.

Bejaht man das Vorliegen eines Durchgriffstatbestandes, so wird das formell im Eigentum einer Drittperson stehende Vermögen wie dasjenige des Schuldners, der diese Drittperson beherrscht, behandelt und zur Vollstreckung herangezogen.

Ein verwandter Fall ist die Treuhand. Es kommt in der Praxis häufig vor, dass jemand (Treugeber oder Fiduziant) einer Drittperson (Treuhandler oder Fiduziar) ein Recht mit der Verpflichtung überträgt, dieses im Rahmen eines zugrunde liegenden Auftrages überhaupt nicht oder jedenfalls nur im Interesse und auf Weisung des Übertragenden auszuüben und unter bestimmten Voraussetzungen bzw. auf einseitiges Begehren des Übertragenden wieder auf diesen zurück oder an eine andere Person weiter zu übertragen. Man bezeichnet eine solche Abrede als treuhänderisches oder fiduziarisches Rechtsgeschäft<sup>146</sup>. Auch in einem solchen Fall ist somit der formell und vordergründig Berechnete nicht mit dem wirtschaftlich Berechneten identisch. Das Bundesgericht und die herrschende Lehre vertreten dennoch den Standpunkt, dass der Treuhänder grundsätzlich als vollberechtigter Eigentümer des ihm übertragenen Treugutes zu betrachten sei und dass die vom Auftraggeber oder Treugeber treuhänderisch übergebenen Vermögenswerte bei diesem gepfändet bzw. verarrestiert werden können, auch wenn sie wirtschaftlich dem Treugeber oder einem Dritten zustehen mögen<sup>147</sup>. Dem Treugeber stehen lediglich obligatorische Ansprüche gegenüber dem Beauftragten bzw. Treuhänder zu<sup>148</sup>. Folglich kann auf die betreffenden Vermögenswerte in der Vollstreckung gegen den Treugeber grundsätzlich nicht gegriffen werden, es sei denn, das Treuhandgeschäft erweist sich als simuliert<sup>149</sup>. Hingegen riskiert der Treugeber, dass seine Vermögenswerte beim Treuhänder verarrestiert und damit als dessen Vermögen verwertet werden, obschon es sich wirtschaftlich um Vermögen des Treugebers handelt.

140 BGer 7B.207/2005 E 2.3.4, 29.11.2005; BGE 130 III 581, 583; 126 III 97 E 4a, 109 III 125 E 4.

141 BGer 7B.4/2003 E 4.2, 5.3.2003; BGE 116 III 109 E 5a, 114 III 88 E 2a, 107 III 33, 106 III 86, 105 III 140, 93 III 92; vgl. auch BLSchK 1989 Nr. 3; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 23 N 3.

142 BGer 5C.23/2000 E 4a, 13.3.2000; BGE 117 IV 263 E 3, 113 II 36, 72 II 284; vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 62 N 39 ff., bes. N 43.

143 BGer 5C.279/2002 E 2.1, 14.3.2003; BGer 5C.23/2000 E 4a, 13.3.2000; BGE 128 II 333 E 2.4, 121 III 321 E 5a/aa, 112 II 506 E 3b, 92 II 160 ff., 102 III 169 f.; ZR 90 Nr. 85; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 2 N 43; HANS MICHAEL RIEMER, ST vor Art. 52 - 59 ZGB N 25 ff.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 62 N 47 ff.; ROLF H. WEBER, Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, S. 104 f.

144 BGE 102 III 165 ff., 85 II 115 f., 71 II 272 ff.; ZR 104 Nr. 8, ZR 90 Nr. 85; vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 2 N 46; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 62 N 87 ff.; ROLF H. WEBER, Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, S. 105, bei Fn 137.

145 BGE 102 III 165 ff.; vgl. HANS MICHAEL RIEMER, ST vor Art. 52 - 59 ZGB N 30, 33; BEAT DENZLER, Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens, S. 85 ff., 99 f., 114 ff.

146 BGE 119 II 327 f., 117 II 295, 71 II 100 f.; vgl. dazu PETER JÄGGI/PETER GAUCH, ZGB Art. 18 N 184 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, N 1024 ff.

147 BGE 109 III 126, 108 III 117, 107 III 104, 106 III 89, 105 III 114 f. und 140, 103 III 86; vgl. zur Kritik an dieser Praxis WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 271 N 48 f.

148 Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 23 N 3 f.; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, § 57 N 6.

149 BGE 117 II 295; SemJud 1996, S. 559 f.; vgl. ERNST A. KRAMER, ZGB Art. 18 N 129; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, N 1031.

## 4.4 Arrestbefehl

### 4.4.1 Allgemeines

Nach § 182 StG ZH gilt die Sicherstellungsverfügung selbst als Arrestbefehl im Sinne von Art. 274 Abs. 1 SchKG. Um diese Funktion erfüllen zu können, müsste die Sicherstellungsverfügung allerdings sämtliche für die Arrestlegung erforderlichen Angaben gemäss Art. 274 Abs. 2 SchKG (Gläubiger, Schuldner, Arrestforderung, Arrestgrund, Arrestgegenstände, Hinweis auf Schadenersatzpflicht) enthalten<sup>150</sup>. Da die Arrestgegenstände jedoch in der Sicherstellungsverfügung, welche für den Schuldner bestimmt ist, nicht genannt sein sollten, werden in der Praxis Sicherstellungsverfügung und Arrestbefehl separat ausgestellt<sup>151</sup>. Dieses Vorgehen ist zulässig, solange im Arrestbefehl Bezug auf die zugrunde liegende Sicherstellungsverfügung genommen wird. Selbstverständlich ist es ebenfalls zulässig, gestützt auf eine Sicherstellungsverfügung – auch in einem gewissen zeitlichen Abstand – mehrere Arrestbefehle zu erlassen, wenn beispielsweise neue Arrestgegenstände entdeckt werden. Hingegen wäre es rechtsmissbräuchlich, an mehreren Orten für die nämliche Forderung einen Arrest vollziehen zu lassen, wenn dabei mehr Vermögenswerte blockiert werden, als zur Deckung der gesamten (mutmasslichen) Forderung erforderlich wären<sup>152</sup>.

### 4.4.2 Adressat

Die Zustellung des Arrestbefehls mit dem Vollzugsauftrag erfolgt an das Betreibungsamt am Arrestort<sup>153</sup>, nicht jedoch an den Schuldner<sup>154</sup>.

Wird dadurch, dass an verschiedenen Orten Arrest gelegt wird, über den Umfang der Arrestforderung samt Zinsen und Kosten hinaus Vermögen blockiert, so sind einer oder mehrere Arreste aufzuheben oder betragsmässig entsprechend zu reduzieren<sup>155</sup>. Um sich nicht dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen, hat die Steuerbehörde in einem solchen Fall im Arrestbefehl oder in einem Begleitschreiben auf den Umstand hinzuweisen, dass weitere Arrestbefehle erlassen wurden.

### 4.4.3 Arrestschuldner

Als Arrestschuldner ist derjenige Steuerpflichtige aufzuführen, gegen den sich die Sicherstellungsverfügung richtet<sup>156</sup>.

Soweit Ehegatten, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, für die Steuerforderung solidarisch einzustehen haben, was die Regel darstellt<sup>157</sup>, kann gegen jeden einzelnen Ehegatten Arrest für die gesamte Steuerforderung angeordnet werden. Das ist namentlich dann angezeigt, wenn die zu verarrestierenden Gegenstände nicht eindeutig einem der beiden Ehegatten zugeordnet werden können, zumal bei beiden gleichzeitig eröffneten Arrestverfahren die gleichen Vermögenswerte verarrestiert werden dürfen<sup>158</sup>. Indes sollte im Arrestbefehl auf die solidarische Haftung hingewiesen werden, um zu verhindern, dass mehr verarrestiert wird, als zur Deckung der Gesamtsteuer samt Zinsen und Kosten erforderlich ist<sup>159</sup>. Im Unterschied zur Sicherstellungsverfügung ist für jeden Ehegatten ein separater Arrestbefehl auszustellen, da Mitschuldner nicht gemeinsam betrieben werden können<sup>160</sup>.

Ist unklar, ob beide Ehegatten für die gesamte Steuerforderung haften oder ob eine der Voraussetzungen einer Haftungsbeschränkung, beispielsweise im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Satz 2 DBG oder § 12 Abs. 1 Satz 2 StG ZH, vorliegt, so kann dennoch gegen beide Ehegatten für den vollen Steuerbetrag Arrest gelegt werden, ohne dass eine Haftungsverfügung erlassen werden muss<sup>161</sup>.

### 4.4.4 Arrestort

Die Steuerbehörde hat, wie erwähnt, den Vollzug des Arrestes beim Betreibungsamt am Arrestort zu verlangen. Der Arrestort befindet sich grundsätzlich dort, wo der zu verarrestierende Vermögenswert gelegen ist. Mit Arrest belegt werden können infolge des Territorialitätsprinzips von vornherein nur Vermögenswerte, die in der Schweiz liegen<sup>162</sup>. Hingegen ist der Arrestbefehl einer kantonalen Steuerbehörde auch ausserhalb ihres Kantonsgebiets zu vollziehen.

150 BGE 107 III 37 E 4; vgl. DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 364 f. mwH.

151 VPB 1999, S. 290; vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 15 - 17; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 6; KURT AMONN, *Sicherung und Vollstreckung von Steuerforderungen*, S. 443 f.

152 BGE 120 III 51 E 2a.

153 S. dazu hinten, Abschn. 4.4.4.

154 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 28.

155 BGE 120 III 47 E 5, 120 III 49; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 71 f.

156 S. vorne, Abschn. 3.3.2.

157 S. vorne, Abschn. 3.3.2.

158 BGE 115 III 137 f.

159 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 19.

160 BGE 115 III 134, 80 III 91; vgl. SABINE KOFMEL EHRENZELLER, SchKG Art. 67 N 30; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 28; FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 18.

161 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 20.

162 BGE 107 III 147, 102 III 94; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 271 N 46; DANIEL STAEHELIN, *Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, S. 262 ff.; s. vorne, Abschn. 4.3.1, bei Fn 102; ob ein Vermögenswert in der Schweiz belegen ist, ist nach schweizerischem Recht zu entscheiden, vgl. BGE 124 III 508.

Sind einzelne zu verarrestierende Vermögenswerte an verschiedenen Orten gelegen, so ist für jeden Arrestort ein separater Arrestbefehl auszustellen<sup>163</sup>. Eine Requisition durch das örtlich zuständige Betreibungsamt ist unzulässig; ein am falschen Ort vollzogener Arrest wäre nichtig<sup>164</sup>.

Der Arrestort liegt<sup>165</sup>:

- bei Grundstücken und beweglichen Sachen (z. B. Fahrzeuge, Schmuck, Bilder und andere Kunstgegenstände) am Lageort<sup>166</sup>;
- bei Wertpapieren (z. B. Aktien, Obligationen) am Aufbewahrungsort (z. B. Wertschriftendepot, Safe)<sup>167</sup>; werden Wertschriften allerdings nicht bei der depotführenden Bank, sondern in Sammeldepots verwahrt, so bildet, genau genommen, der Herausgabeanspruch gegen die depotführende Bank Gegenstand des Arrests, der folglich am Sitz der Bank zu erfolgen hat<sup>168</sup>. Dies gilt namentlich im Falle von im Ausland gelegenen Wertschriften, welche von einer depotführenden Schweizer Bank gehalten werden<sup>169</sup>;
- bei gewöhnlichen Forderungen (z. B. Kaufpreis, Werklohn, Auftragshonorar, Bankguthaben, Versicherungsleistungen, Anteile an Gemeinschaftsvermögen wie Erbschaften und einfachen Gesellschaften), die nicht in einem Wertpapier verbrieft sind, am Wohnsitz des Gläubigers der betreffenden Forderung, in der Regel also des Arrestschuldners, oder, falls dessen Wohnsitz sich im Ausland befindet bzw. nicht bestimmbar ist, am Wohnsitz des Schuldners der betreffenden Forderung oder eines Treuhänders<sup>170</sup>; dies gilt auch für Lohnforderungen eines im Ausland wohnhaften Arbeitnehmers gegen einen Arbeitgeber in der Schweiz<sup>171</sup> und nach richtiger Auffassung auch für Bank- und Postcheckguthaben<sup>172</sup>. Beruht die Forderung des im Ausland wohnhaften

Arrestschuldners auf dem Geschäftsverkehr mit einer (schweizerischen) Zweigniederlassung, gilt sie ausnahmsweise als dort belegen<sup>173</sup>; faustpfandgesicherte Forderungen können sowohl am Ort, wo die Forderungen, als auch dort, wo das Faustpfand belegen ist<sup>174</sup>, durch Grundpfandverschreibung gesicherte Forderungen müssen am Liegenschaftsort verarrestiert werden<sup>175</sup>. Besteht die Forderung in einem Guthaben eines im Ausland wohnhaften Arrestschuldners gegenüber einer inländischen Bank, so kann diese nach richtiger Ansicht am Hauptsitz der betreffenden Bank verarrestiert werden, auch wenn das Konto bei einer Filiale geführt wird<sup>176</sup>, und zwar selbst dann, wenn sich die Filiale im Ausland befindet<sup>177</sup>;

- bei Anteilsrechten an Gemeinschaftsvermögen, unabhängig von der Lage der Vermögenswerte, am Wohnort des Arrestschuldners (Art. 2 VVAG);
- bei Immaterialgüterrechten, wie z. B. Urheberrechten<sup>178</sup>, Markenrechten<sup>179</sup>, Rechten auf hinterlegte Muster und Modelle oder zur Patentierung angemeldete Erfindungen<sup>180</sup>, am Wohnsitz des Rechtsinhabers, d. h. des Arrestschuldners, oder, falls dessen Wohnsitz sich im Ausland befindet, beim Sitz des Instituts für Geistiges Eigentum in Bern<sup>181</sup>;
- bei Luftfahrzeugen und Schiffen gelten spezialgesetzliche Vorschriften<sup>182</sup>.

163 BGE 114 III 37, 88 III 66; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 37; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 18; FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 29.

164 BGE 116 III 108 f. E 5a, 114 III 36 E 2, 112 III 117 E 2; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 38.

165 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 49 ff.

166 Vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 38; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 50.

167 BGE 116 III 109, 92 III 20, 88 III 140; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 39; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 50.

168 BGE 102 III 94; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 41.

169 BGE 105 III 121; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 52.

170 BGE 114 III 31, 112 III 118, 109 III 92, 107 III 147, 103 III 90, 102 III 99, 91 III 22, 76 III 19; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 40; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 55; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 57 Rz. 5 f.

171 BGE 114 III 31.

172 BGE 64 III 130, 31 I 210 f.; a. M., aber mit nicht überzeugender Begründung, MATHIAS KUSTER, Der Arrestort bei Bank- und Postcheckguthaben, S. 415 f.

173 BGE 107 III 147, 80 III 122, 77 III 60.

174 BISchK 1957, S. 56; vgl. DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, S. 266, bei Fn 83; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 57 Rz. 6.

175 BGE 61 III 108.

176 BGer 7B.314/1998, 17.2.1999 = BISchK 2000, S. 142 ff.; ZR 99 Nr. 39; a. M. ist das Bezirksgericht Zürich, vgl. BISchK 2002, S. 153.

177 BGE 128 III 474 f.; BGer Nr. 7B.28/2001, 14.2.2001, und 7B.36/2002, 16.4.2002; vgl. PETER GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Rz. 2164; RICHARD GASSMANN, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, S. 57; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, S. 265 f.; dazu kritisch GEORG ZONDLER, Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland?, S. 573 ff., mit Hinweis auf einen neueren Entscheid (vom 17.12.2004) des Zürcher Obergerichts als obere kantonale Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter.

178 Art. 18 URG.

179 Art. 19 Abs. 1 MSchG.

180 BGE 75 III 5 und 89, 24 I 146.

181 BGE 112 III 119, 62 III 58 f., 38 I 704; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 272 N 44; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 58; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 57 Rz. 12.

182 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 53 f.

#### 4.4.5 Arrestvollzug

Das Betreibungsamt hat den Arrest unverzüglich zu vollziehen<sup>183</sup>, auch wenn die zugrunde liegende Sicherstellungsverfügung angefochten wurde, da diese sofort vollstreckbar ist (Art. 169 Abs. 1 und 4 DBG; § 181 Abs. 1 und 4 StG ZH)<sup>184</sup>. Die Schonzeiten, wie geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand, gelten im Arrestverfahren, d. h. sowohl für die Zustellung des Arrestbefehls als auch für den Arrestvollzug, nicht (Art. 56 SchKG). Lediglich bei der Zustellung der Arresturkunde gegenüber dem Schuldner sind sie zu beachten<sup>185</sup>.

Der Arrestvollzug richtet sich sinngemäss nach den entsprechenden, für die Pfändung geltenden Vorschriften (Art. 275 iVm Art. 91 - 109 SchKG). Abweichungen ergeben sich namentlich aufgrund des provisorischen Charakters des Arrests im Gegensatz zum definitiven der Pfändung<sup>186</sup>.

Dem Betreibungsbeamten ist es verwehrt, den Arrestbefehl auf seine materielle Begründetheit hin zu überprüfen; seine Kognition gegenüber der Arrestbehörde ist stark eingeschränkt<sup>187</sup>. Er hat grundsätzlich sämtliche im Arrestbefehl aufgeführten Gegenstände, aber nur diese, mit Arrestbeschlagnahme zu belegen<sup>188</sup> und darf den Vollzug nur verweigern, wenn der Arrestbefehl derart gravierende Mängel aufweist, dass er als nichtig zu bezeichnen wäre oder dass zwingende Pfändungs- und mithin Arrestvorschriften verletzt würden<sup>189</sup>. Liegt ein solcher Mangel

vor und ist er zu korrigieren, so hat der betroffene Betreibungsbeamte die Arrestbehörde darauf hinzuweisen und zur Verbesserung anzuhalten<sup>190</sup>.

Wird der Arrest trotz des Mangels vollzogen, so ist der Arrest in der Regel jedoch nicht ungültig, sondern bloss – durch Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG – anfechtbar<sup>191</sup>.

Der Vollzug erfolgt durch Erklärung bzw. Anzeige an den Arrestschuldner bzw. den Dritten, der den Gewahrsam über die verarrestierten Vermögenswerte ausübt. Mit der Anzeige bzw. deren Kenntnisnahme entfaltet die mit dem Arrestbeschlagnahme verknüpfte Verfügungs- und Zahlungssperre ihre Wirkung<sup>192</sup>.

Über den Vollzug des Arrests wird vom Betreibungsbeamten eine Arresturkunde ausgestellt, welche sowohl dem Arrestschuldner als auch dem Arrestgläubiger sowie den in ihren Rechten allenfalls betroffenen Drittpersonen zugestellt wird (Art. 276 Abs. 2 SchKG)<sup>193</sup>. Darin sind die verarrestierten Vermögenswerte mit einem Schätzwert vermerkt<sup>194</sup>. Drittgewahrsamsinhaber und Drittschuldner, namentlich Banken, sind zwar gegenüber dem Betreibungsamt grundsätzlich auskunftspflichtig<sup>195</sup>, sie können jedoch gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht gestützt auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB gezwungen werden, den Wert verarrestierter Bankguthaben oder Depots bekanntzugeben, solange der Arrest nicht infolge unbenutzten Ablaufs der Arresteinsprachefrist (Art. 278 SchKG) oder rechtskräftiger Erledigung der Arresteinsprache rechtsbeständig geworden ist<sup>196</sup>. Das Gleiche muss mutatis mutandis für den Steuerarrest gelten, weshalb die Rechtskraft der Sicherstellungsverfügung Voraussetzung für die Auskunftspflicht Dritter betreffend Umfang und Wert verarrestierter Vermögenswerte bildet. Immerhin könnte der nicht auskunftswillige Dritte dem Arrestgläubiger ge-

183 BGE 113 III 143, 98 III 74; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 8; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 44.

184 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 90; s. vorne, Abschn. 3.3.6.

185 BGE 108 III 5; vgl. THOMAS BAUER, SchKG Art. 56 N 46; HANS REISER, SchKG Art. 275 N 9; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 11 N 43 f. und § 51 N 44.

186 BGE 123 II 613 E 6b/aa, 116 III 115 f., 115 III 35 E 4b; vgl. DOMINIQUE RIGOT, Le recouvrement forcé des créances de droit public, S. 369 f.

187 BGer 7B.207/2005 E 2.3.3, 29.11.2005; 7B.4/2003, 5.3.2003, und 7B.6/2003 = Pra. 92 (2003), S. 994; BGE 118 III 8, 114 III 89, 112 III 117, 109 III 126, 107 III 36; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 11 ff.

188 Pra. 78 (1989) Nr. 117 E 4a, BGE 113 III 142 f. E 4, 106 III 134 E 2, 92 III 24; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 45; FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 42.

189 BGer 5C.291/2001 E 1c, 25.2.2002; BGE 120 III 40 ff., 116 III 109, 115 III 137, 114 III 89, 112 III 51 f., 109 III 95, 108 III 117, 107 III 34, 106 III 132, 105 III 18 und 140, 104 III 59 E 3, 99 III 22; vgl. HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 58 Rz. 2, bei Fn 4; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 49 f.; RUDOLF OTTOMANN, Der Arrest, S. 164; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, S. 156; ISAAK MEIER, Die Anwendung des Privatrechts durch die Betreibungs- und Konkursbehörden, S. 163 f.

190 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 27; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 274 N 5.

191 BGE 108 III 101, 82 III 129 E 1; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 76; THOMAS BAUER, EB, SchKG Art. 275 ad N 16.

192 BGE 120 III 75 ff.; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 73.

193 Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 52; HANS REISER, SchKG Art. 276 N 3.

194 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 276 N 1.

195 BGE 104 III 50 f., 51 III 39; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 75; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 47.

196 BGE 125 III 391; ZR 46 Nr. 11; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 47; WALTER STOFFEL, Das neue Arrestrecht, S. 1412; kritisch HANS REISER, SchKG Art. 275 N 76 ff.

genüber ersatzpflichtig werden, falls diesem aus der Auskunftsverweigerung ein Schaden erwächst<sup>197</sup>.

#### 4.4.6 Rechtsmittel gegen Arrestbefehl und Arrestvollzug

##### 4.4.6.1 Arresteinsprache

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ist die Arresteinsprache im Sinne von Art. 278 SchKG gegen den Arrestbefehl nicht zulässig (Art. 170 Abs. 2 DBG; § 182 Abs. 2 StG ZH)<sup>198</sup>.

Diese Regelung ist insofern folgerichtig, als der (zivile) Arrestrichter nicht die (öffentlich-rechtliche) Steuerforderung und den Sicherstellungsgrund beurteilen soll. Entsprechende Einwendungen gegen den Erlass der Sicherstellungsverfügung sind im eigens dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren anzubringen<sup>199</sup>.

Problematisch ist sie hingegen, soweit die Bezeichnung und der Einbezug von Arrestgegenständen, welche nicht Bestandteil der Sicherstellungsverfügung bilden und deshalb auch im Steuerverfahren nicht überprüft werden können, strittig sind, zumal es sich hier um eine betriebsrechtliche Frage im engeren Sinne handelt. In diesem Punkt bewirkt die Unzulässigkeit der Arresteinsprache, dass dem betroffenen Arrestschuldner oder Dritten überhaupt kein ordentliches Rechtsmittel gegen den Arrestbefehl zur Verfügung steht, was umso gravierender ist, als der Arrestbefehl ja von der Steuerbehörde, d. h. vom Gläubiger selbst, ausgeht und der Schuldner beim Erlass des Arrestbefehls nicht angehört wird. Auch für Dritte, welche bessere Rechte an verarrestierten Gegenständen behaupten, erweist sich diese gesetzliche Regelung als unbefriedigend, da sie zur Geltendmachung ihrer Rechte auf den beschwerlicheren Weg des Widerspruchsverfahrens (Art. 106 ff. SchKG) verwiesen werden<sup>200</sup>. Sie können nicht mit einer raschen Freigabe ihrer Vermögenswerte rechnen<sup>201</sup>.

Ausgeschlossen ist auch eine Sicherheitsleistung durch den Arrestgläubiger, die so genannte Arrestkaution, wie sie in Art. 273 Abs. 1 Satz 2 SchKG beim gewöhnlichen Arrest vorgesehen ist<sup>202</sup>. Dieser Umstand fällt jedoch an-

gesichts der zu vermutenden Zahlungsfähigkeit des Fiskus weniger ins Gewicht.

Die geschilderten Rechtsnachteile wurden vom Gesetzgeber jedoch in Kauf genommen und sind de lege lata hinzunehmen, da der Gesetzeswortlaut in diesem Punkt unmissverständlich ist und keine Lückenfüllung zulässt.

##### 4.4.6.2 Beschwerde

Zulässig ist dagegen die Beschwerde im Sinne von Art. 17 ff. SchKG gegen den Arrestvollzug durch den Betreibungsbeamten<sup>203</sup>.

Die Beschwerde muss binnen zehn Tagen nach Kenntnissnahme der anzufechtenden Verfügung, d. h. hier des Arrestvollzugs, bei der unteren Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter, im Kanton Zürich sind dies die Bezirksgerichte, eingereicht werden (Art. 17 SchKG). Der Entscheid der unteren kann an die obere kantonale Aufsichtsbehörde und schliesslich an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 18 und 19 SchKG).

Zur Beschwerde (aktiv-)legitimiert ist jedermann, der durch den (fehlerhaften) Vollzug des Arrestbefehls beschwert ist, also neben dem Arrestschuldner auch Dritte<sup>204</sup>, namentlich derjenige, dessen Vermögenswerte mit Arrestbeschluss belegt wurden oder welcher den Gewahrsam über verarrestiertes Gut ausübte, und gegebenenfalls auch die Steuerbehörde, welche den Arrest erlassen hat. Ob der Arrestschuldner und/oder das Amt, welches den angefochtenen Entscheid getroffen hat, passivlegitimiert sind, ist umstritten<sup>205</sup>; richtigerweise ist wohl der Arrestschuldner als Beschwerdegegner anzusehen.

Mit der Beschwerde können indes lediglich Mängel in der Verfahrenstätigkeit des Betreibungsbeamten beim Arrestvollzug gerügt werden<sup>206</sup>, hingegen nicht Mängel beim Sicherstellungsverfahren<sup>207</sup> und namentlich nicht das Fehlen eines Sicherstellungsgrundes<sup>208</sup>. Wie erwähnt, ist die Kognition des Betreibungsbeamten gegenüber der

197 BGE 112 III 9 E 4; BISchK 1981, S. 24.

198 StR 2002, S. 111 ff.; vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 54; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 9; HANS REISER, SchKG Art. 271 N 101 f. und Art. 278 N 18; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, S. 13.

199 S. dazu vorne, Abschn. 3.3.6.

200 BGer 7B.207/2005 E 2.3.4, 29.11.2005.

201 Vgl. die Kritik bei WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 271 N 102 f.

202 Vgl. GEORG GAUTSCHI, Sondervollstreckungsrecht für Wehrsteuerforderungen, S. 205.

203 StR 2002, S. 111 ff.; BGE 103 III 86; vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 56; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 76.

204 BGE 129 III 597; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 77; FLAVIO COMETTA, SchKG Art. 17 N 45.

205 Vgl. FLAVIO COMETTA, SchKG Art. 17 N 46; MATTHIAS STAEHELIN, EB, SchKG Art. 17 ad N 46.

206 BGer 7B.207/2005 E 2.3.3, 29.11.2005; BGE 129 III 206 f. = Pra. 92 (2003) Nr. 140, BJM 2005 S. 150; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 6 N 3 ff. und § 51 N 76; FLAVIO COMETTA, SchKG Art. 17 N 2; HANS REISER, SchKG Art. 278 N 2.

207 StR 2002, S. 115.

208 BGer 7B.4 und 6/2003 E 5.1, 5.3.2003.

Arrestbehörde stark eingeschränkt<sup>209</sup>. Die Prüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde reicht nicht weiter als diejenige des Betreibungsbeamten, dessen Amtshandlung sie zu beurteilen hat, auch wenn sie unter Umständen ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der ihr unterstellten Behörden setzen darf<sup>210</sup>.

Da im Falle des Steuerarrests, wie dargetan, keine Arresteinsprache möglich ist<sup>211</sup>, wird dafür plädiert, dass man mit der Beschwerde wenigstens offensichtliche Mängel bei der Bezeichnung der Arrestgegenstände rügen können sollte<sup>212</sup>. Diese Ansicht hat das Bundesgericht indes ausdrücklich abgelehnt<sup>213</sup>. Jedenfalls hat die Aufsichtsbehörde auf Beschwerde hin zu prüfen, ob der Arrestbefehl in formeller Hinsicht vollständig und korrekt ist, d. h., ob die Behörde, welche den Arrest erlassen hat, zuständig war<sup>214</sup> und ob der Arrestbefehl sämtliche gesetzlich vorgeschriebenen Angaben enthält<sup>215</sup>. Weiter hat sie darüber zu befinden, ob das verfügende Betreibungsamt zum Vollzug des Arrests örtlich zuständig war und ob es allenfalls Gegenstände mit Arrest belegt hat, welche im Arrestbefehl nicht aufgeführt sind<sup>216</sup>. Ausserdem hat sie einen Arrest aufzuheben, wenn die verarrestierten Vermögenswerte offenkundig unpfändbar waren. Selbstverständlich sind Mängel, die lediglich das Vollzugsverfahren betreffen, mit Beschwerde zu rügen, so beispielsweise, wenn mehr oder andere als die im Arrestbefehl angegebenen Gegenstände verarrestiert wurden<sup>217</sup> oder wenn das zuständige Betreibungsamt die Ausführung des Vollzugs versäumte<sup>218</sup>.

#### 4.4.7 Wirkungen des Arrests

Mit dem Vollzug des Arrests wird, wie bei einer Pfändung, die Verfügungsbefugnis des Schuldners über die verarrestierten Vermögenswerte beschränkt<sup>219</sup>. Bei Nichtbeachtung der Verfügungsbeschränkung wird der Schuldner nicht nur zivilrechtlich haftbar, sondern macht sich

unter Umständen auch strafbar (Art. 169 StGB). Drittgewahrsamsinhaber haben die mit dem Arrest verbundene Verfügungssperre ebenfalls zu beachten<sup>220</sup>.

Die verarrestierten Vermögenswerte können vom Schuldner durch Leistung einer Sicherheit in Form von Geld, durch Hinterlegung sicherer, marktgängiger Wertchriften oder durch Bankbürgschaft, eventuell auch durch Wertsachen, ausgelöst werden (Art. 169 Abs. 2 DBG; § 181 Abs. 2 StG ZH; Art. 277 SchKG), und zwar grundsätzlich bis zum Zeitpunkt der Pfändung der verarrestierten Vermögenswerte<sup>221</sup>. Das Betreibungsamt hat über Art und Höhe der Sicherheit zu entscheiden; Massstab bildet die amtliche Schätzung der Arrestobjekte, im Zweifelsfall die Arrestforderung selbst samt Zinsen und Kosten<sup>222</sup>.

Dabei ist zu unterscheiden: Leistet der Schuldner die mit der Sicherstellungsverfügung verlangte Sicherheit an die Steuerbehörde, so ist deren Zweck erfüllt; sie fällt dahin und mit ihr der Arrest. Löst der Schuldner dagegen lediglich die verarrestierten Vermögenswerte durch Leistung einer ihrem Wert entsprechenden Sicherheit an das Betreibungsamt aus, so tritt diese Sicherheit an Stelle der Arrestgegenstände. Der Arrest bleibt bestehen, und die Betreibung hat ihren Fortgang zu nehmen<sup>223</sup>. Die Möglichkeit, sich durch Sicherheitsleistung die freie Verfügungsgewalt über die verarrestierten Vermögenswerte wieder zu verschaffen, fällt mit deren Pfändung dahin<sup>224</sup>.

#### 4.4.8 Arrestprosequierung

##### 4.4.8.1 Ziel und Zweck

Wie einleitend erwähnt wurde, ist der Arrest lediglich eine Sicherungsmassnahme mit provisorischem Charakter, mit welchem vorsorglich Vollstreckungssubstrat gesichert werden kann. Er verleiht dem Arrestgläubiger kein Vorrecht, etwa im Sinne eines Pfandes oder wie bei einer Pfändung, an den verarrestierten Vermögenswerten gegenüber anderen Gläubigern<sup>225</sup>. Immerhin erwirbt die

209 S. vorne, Abschn. 4.5.

210 BGE 100 III 18; vgl. FLAVIO COMETTA, SchKG Art. 17 N 29.

211 S. vorne, Abschn. 4.6.1.

212 Vgl. zum Ganzen YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, S. 156 ff.; IVO HUNGERBÜHLER, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, S. 214 f.

213 Pra. 92 (2003) Nr. 179.

214 S. dazu vorne, Abschn. 3.1.

215 BGE 114 III 36, 112 III 47 f.; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 274 N 25; s. dazu vorne, Abschn. 4.4.1.

216 BGer 5C.291/2001 E 1c, 25.2.2002; BGE 113 III 99 E 8, 92 III 24 E 1, 90 III 51.

217 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 32; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, S. 158.

218 Vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 274 N 24; YVONNE ARTHO VON GUNTEN, Die Arresteinsprache, S. 158.

219 BGE 113 III 36; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 84; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 53.

220 BGE 108 III 118; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 87; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 62.

221 BGE 129 III 394, 120 III 91.

222 BGE 120 III 9, 116 III 40 f., 114 III 38, 113 III 143; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 277 N 4; DOMINIQUE RIGOT, Le recouvrement forcé des créances de droit public, S. 387 f.

223 BGE 106 III 130 ff.; HANS REISER, SchKG Art. 277 N 4; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 277 N 6; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 48.

224 BGE 129 III 394.

225 BGE 116 III 110 f. E 3; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 275 N 85; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 54 f.

Steuerbehörde mit der Arrestlegung das Privileg des provisorischen Pfändungsanschlusses (Art. 281 Abs. 1 SchKG). Falls der verarrestierte Vermögenswert auf Begehren eines anderen Gläubigers gepfändet wird und die Steuerbehörde den Arrest fristgerecht prosequiert<sup>226</sup>, nimmt die Steuerbehörde als Arrestgläubiger von Gesetzes wegen provisorisch an dieser Pfändung teil<sup>227</sup>.

Eine Verwertung des Arrestgutes erfolgt erst im anschliessenden Betreibungsverfahren. Der Arrestgläubiger hat die Betreuung gegen den Arrestschuldner einzuleiten, um die Pfändung und Verwertung des verarrestierten Vermögens zu erwirken. Man spricht von der Arrestprosequierung bzw. der Arrestprosekution.

#### 4.4.8.2 Fristen

Die (provisorische) Beschlagnahme von Vermögenswerten durch Arrest kann die Existenz und Liquidität des betroffenen Schuldners gefährden. Das Gesetz hat deshalb dafür gesorgt, dass der Schwebezustand nicht auf unbestimmte Zeit andauern kann, indem es dem Arrestgläubiger eine sehr kurze Frist von lediglich 10 Tagen einräumt, um die Arrestbetreuung einzuleiten und fortzusetzen (Art. 279 SchKG). Versäumt er diese Fristen, so fällt der Arrestbeschluss und damit die Sicherung dahin (Art. 280 Ziff. 1 SchKG)<sup>228</sup>. Das Betreibungsamt hat in einem solchen Fall die Arrestgegenstände von Amtes wegen freizugeben<sup>229</sup>. Die Fristwiederherstellung wegen unverschuldeter Säumnis gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG bleibt vorbehalten<sup>230</sup>.

Die Frist beginnt mit der Zustellung der Arresturkunde<sup>231</sup> und steht – in analoger Anwendung von Art. 278 Abs. 5 SchKG – auch während eines Widerspruchsverfahrens still, sofern vom Ausgang dieses Verfahrens der Bestand des Arrests abhängt, also jedenfalls dann, wenn es um die Rechte am einzigen oder werthaltigsten Arrestgegenstand geht oder falls der Arrestschuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat<sup>232</sup>.

#### 4.4.8.3 Einleitung der Betreuung oder des Veranlagungsverfahrens

Die Arrestprosequierung hat durch Einleitung der Betreuung oder, sofern kein Vollstreckungstitel vorliegt, durch

Einreichung der Klage zu geschehen (Art. 279 Abs. 1 SchKG).

Die Betreuung kann entweder am Arrestort oder, falls ein solcher existiert, auch am ordentlichen Betreibungs-ort, d. h. am Sitz oder Wohnsitz des Schuldners, angehoben werden (Art. 52 SchKG)<sup>233</sup>. In der Betreuung am Arrestort ist das Vollstreckungssubstrat allerdings von vornherein auf das Arrestgut beschränkt<sup>234</sup>. Wurde an mehreren Orten Arrest gelegt, so kann gegen einen Schuldner mit Wohnsitz oder einem alternativen Betreibungs-ort in der Schweiz für alle Arreste die Prosequierung an diesem Ort erfolgen<sup>235</sup>; andernfalls ist an jedem einzelnen Ort die Betreuung einzuleiten<sup>236</sup>.

Liegt der Sicherstellungsverfügung ein rechtskräftiger Einschätzungsentscheid zugrunde, richtet sich die Betreuung auf Zahlung. Die Sicherstellungsverfügung hat diesfalls lediglich die Funktion eines Arrestbefehls, bildet jedoch nicht den Vollstreckungstitel. Als solcher dient, wie gewöhnlich, der rechtskräftige Einschätzungsentscheid und die darauf beruhende definitive Steuerrechnung<sup>237</sup>. Die Steuerbehörde hat das Betreibungsbegehren innert 10 Tagen nach Empfang der Arresturkunde zu stellen, sofern die Betreuung nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt eingeleitet wurde (Art. 279 Abs. 1 SchKG)<sup>238</sup>.

Wurde der Arrest für eine bloss mutmasslich geschuldete Steuerforderung gelegt, so können die Rechtskraft der Sicherstellungsverfügung abgewartet und der Arrest, gestützt auf die rechtskräftige Sicherstellungsverfügung als Vollstreckungstitel, durch Betreuung auf Sicherheitsleistung prosequiert werden. Die Prosequierungsfrist beginnt – in Analogie zu Art. 278 Abs. 5 SchKG – erst mit Eintritt der Rechtskraft der Sicherstellungsverfügung zu laufen<sup>239</sup>. Was den Fristenlauf anbetrifft, so ist im Falle

226 S. dazu sogleich hinten, Abschn. 4.8.2.

227 BGE 130 III 662 f. E 1, 116 III 117 E 4a, 110 III 29 E 1a, 101 III 81 E 2.

228 S. dazu hinten, Abschn. 4.9.

229 BGE 106 III 92.

230 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 280 N 3.

231 BGE 126 III 293 f.

232 BGE 108 III 36; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 279 N 3; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 90.

233 BGE 77 III 129; vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 99 f.; DOMINIQUE RIGOT, Le recouvrement forcé des créances de droit public, S. 375.

234 BGE 51 III 123; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 279 N 7; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 99; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 60 Rz. 10.

235 Vgl. ERNST F. SCHMID, SchKG Art. 52 N 12; vgl. auch BGE 68 III 150; BISchK 1988, S. 21.

236 BGE 88 III 66, 54 III 226.

237 Vgl. PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, S. 303.

238 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 71 f.; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 12.

239 BGE 92 III 9, 67 III 154; vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 88 f.; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, StG ZH § 182 N 15 a. E.; vgl. aber auch HANS REISER, SchKG Art. 279 N 2.

des Arrests für noch nicht rechtskräftig festgesetzte Steuern deshalb zu unterscheiden:

- Ist die Sicherstellungsverfügung im Zeitpunkt der Zustellung der Arresturkunde bereits rechtskräftig, so ist die Betreuung innert 10 Tagen nach Empfang der Arresturkunde einzuleiten;
- ist die Sicherstellungsverfügung dagegen im Zeitpunkt der Zustellung der Arresturkunde noch nicht rechtskräftig, so ist die Betreuung innert 10 Tagen nach Eintritt ihrer Rechtskraft anzuheben.

Im Betreibungsbegehren ist ausdrücklich zu vermerken, dass die Betreuung nur auf Sicherheitsleistung geht<sup>240</sup>. Wurde (irrtümlicherweise) Betreuung auf Zahlung verlangt und der Zahlungsbefehl ohne den Zusatz «auf Sicherheitsleistung»<sup>241</sup> ausgestellt, so kann die Betreuung nachträglich nicht mehr in eine solche auf Sicherheitsleistung umgewandelt werden. Die Betreuung soll in diesem Fall nichtig sein<sup>242</sup>. Ob der zugrunde liegende Arrest durch Rückzug des fälschlicherweise gestellten Betreibungsbegehrens und Stellen eines neuen Betreibungsbegehrens auf Sicherheitsleistung aufrecht erhalten werden kann oder ob der Arrest infolge Ablaufs der zehntägigen Prosequierungsfrist dahingefallen ist, wurde meines Wissens bis heute noch nicht entschieden. Es ist aber davon auszugehen, dass die Frist in diesem Fall als verpasst gilt.

Art. 279 Abs. 1 SchKG erwähnt nunmehr allerdings ausdrücklich auch die Möglichkeit der Prosekution durch Klage<sup>243</sup>. Die «Klage» bedeutet in der Regel die Anhängigmachung des materiellrechtlichen Forderungsstreits beim zuständigen Gericht<sup>244</sup>. Bei Steuern ist darunter nach zutreffender Ansicht die Einleitung des Veranlagungs- oder Nachsteuer- und Bussenverfahrens zu verstehen<sup>245</sup>. Dies bedeutet, dass die Steuerbehörde den Arrest auch durch Eröffnung des Veranlagungs- bzw. des Nachsteuer- und Bussenverfahrens prosequieren und dessen Ergebnis abwarten könnte, falls dies nicht sogar schon vor der Arrestlegung geschehen ist. Dieses Vorgehen wäre prozessökonomischer und hätte überdies den Vorzug, dass auf eine Verwertung und Hinterlegung von verarrestierten Vermögenswerten in einer Betreuung auf

Sicherheitsleistung einstweilen verzichtet werden könnte, bis feststeht, ob und in welchem Umfang überhaupt eine Steuerforderung besteht. Die Frage ist bis heute allerdings, soweit ersichtlich, noch nie entschieden worden<sup>246</sup>, zumal die Steuerbehörden des Kantons Zürich in der Regel den vorstehend geschilderten Weg über die Betreuung auf Sicherheitsleistung wählen.

Nach Eingang des Betreibungsbegehrens stellt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl aus und dem Arrestschuldner zu (Art. 69 ff. SchKG).

#### 4.4.8.4 Rechtsöffnung

Erhebt der betriebene Schuldner Rechtsvorschlag und bestreitet er damit die Forderung, so hat der Arrestgläubiger wiederum nur 10 Tage Zeit, um das Rechtsöffnungsbegehren zu stellen (Art. 279 Abs. 2 SchKG)<sup>247</sup>. Als (definitiver) Rechtsöffnungstitel dient bei einer Betreuung auf Sicherheitsleistung die Sicherstellungsverfügung, bei einer ordentlichen Betreuung auf Zahlung dagegen, wie erwähnt<sup>248</sup>, der rechtskräftige Einschätzungsentscheid sowie die darauf beruhende (definitive) Steuerrechnung.

#### 4.4.8.5 Fortsetzung, Pfändung und Verwertung

Hat der betriebene Schuldner keinen Rechtsvorschlag erhoben oder wurde dieser rechtskräftig beseitigt, so hat der Gläubiger innert 10 Tagen, frühestens aber 20 Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 88 Abs. 1 SchKG), das Fortsetzungsbegehren zu stellen (Art. 279 Abs. 3 SchKG)<sup>249</sup>. Im ersteren Fall läuft die Frist vom zwanzigsten Tag nach der Zustellung des Zahlungsbefehls, im letzteren von der Mitteilung des Rechtsöffnungsentscheides an.

Daraufhin erfolgt die Pfändung (Art. 89 ff. SchKG) und schliesslich die Verwertung (Art. 116 ff. SchKG). Für das Verwertungsbegehren gilt die kurze Prosequierungsfrist nicht mehr. Hier kommen die allgemeinen Fristen zur Anwendung (Art. 116 SchKG).

Ist für eine mutmassliche Steuerforderung die Betreuung auf Sicherheitsleistung durchgeführt, so wird der Erlös bei der Depositenstelle im Sinne von Art. 24 SchKG hinterlegt<sup>250</sup>. Nach rechtskräftiger Festsetzung der betref-

240 BGE 62 III 120; AGVE 1972, S. 64 ff.; vgl. SABINE KOFMEL EHRENZELLER, SchKG Art. 67 N 41; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 16 Rz. 12; ERWIN BRÜGGER, SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, Art. 38 N 14.

241 KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, SchKG Art. 70 N 6.

242 BGE 62 III 121; BJSchK 1988, S. 180; vgl. DOMENICO ACOCELLA, SchKG Art. 38 N 19; KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, SchKG Art. 69 N 34.

243 Zur Frage der Gültigkeit dieser Prosequierungsfrist unter dem alten Recht vgl. BGE 121 III 184.

244 Vgl. HANS REISER, SchKG Art. 279 N 14.

245 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 68.

246 Vgl. aber BGE 111 III 5 und zum Ganzen FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 99 - 102 und 104 ff.

247 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 76, 84.

248 S. vorne, Abschn. 4.8.3, bei Fn 242.

249 BGER 7B.63/2003 E 3.2, 2.7.2003.

250 BGE 38 I 837; vgl. DOMENICO ACOCELLA, SchKG Art. 38 N 18 f.; CHRISTIAN SCHÖNIGER, SchKG Art. 144 N 102; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 10 Rz. 26 f.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkurs-

fenden Steuerforderung hat die Steuerbehörde den hinterlegten Erlös herauszuverlangen, im Streitfall auf dem Weg der Betreibung auf Pfandverwertung<sup>251</sup>.

#### 4.4.9 Dahinfallen des Arrests

Ein Steuerarrest fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Gläubiger die Prosequierungsfristen von Art. 279 SchKG versäumt<sup>252</sup>, wenn er die Prosequierungsbetreibung oder -klage zurückzieht, wenn rechtskräftig festgestellt wird, dass die durch Arrest gesicherte Steuerforderung nicht besteht oder wenn die Sicherstellungsverfügung aufgehoben wird (Art. 280 SchKG)<sup>253</sup>. Reduziert sich die Steuerforderung im Veranlagungs- oder Hinterziehungsverfahren, so bleibt zwar der Arrest bestehen, die Betreibung kann jedoch nur in entsprechend reduziertem Umfang angehoben oder fortgesetzt werden<sup>254</sup>.

Der Arrest fällt bei Fristversäumnis ohne weiteres dahin; einer entsprechenden Verfügung durch das Betreibungsamt bedarf es nicht. Das Betreibungsamt hat die verarrestierten Vermögenswerte von Amtes wegen oder auf Verlangen des Schuldners freizugeben<sup>255</sup>. In der Regel zeigt das Betreibungsamt dem Gläubiger die bevorstehende Freigabe der Arrestobjekte wegen Dahinfallens des Arrests an und setzt ihm eine kurze Frist an, um den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für eine Aufrechterhaltung des Arrests gegeben sind. Erfolgt die geplante Freigabe der Arrestgegenstände nach Meinung der Steuerbehörden zu Unrecht, so kann sie dagegen Beschwerde führen.

#### 4.4.10 Schadenersatz bei ungerechtfertigtem Arrest

Beim Arrest haftet der Arrestgläubiger sowohl dem Schuldner als auch Dritten für den aus einem ungerechtfertigten Arrest erwachsenen Schaden. Der Arrestgläubiger kann vom Richter zur Sicherheitsleistung verpflichtet werden (Art. 273 Abs. 1 SchKG).

Diese haftpflichtrechtliche Spezialnorm<sup>256</sup> bildet gewissermassen ein Korrektiv zur summarischen Prüfung der Arrestvoraussetzungen, indem sie dem Arrestschuldner und einer allenfalls vom Arrest betroffenen Drittperson<sup>257</sup> die Möglichkeit einräumt, unter erleichterten Bedingungen vom Arrestgläubiger Schadenersatz zu erlangen, falls sich der Arrest im Nachhinein als unbegründet erweist. Art. 273 SchKG statuiert nämlich eine Kausalhaftung; ein Verschulden des Gläubigers ist nicht erforderlich und braucht deshalb auch nicht nachgewiesen zu werden<sup>258</sup>.

Da der Steuerarrest, wie gesehen, auf der Schnittstelle zwischen Steuer- und allgemeinem Verwaltungsrecht einerseits und Betreibungsrecht andererseits liegt, stellt sich die Frage, ob das Institut der Arrest-Schadenersatzklage auch auf den Steuerarrest Anwendung findet. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bislang noch nie geprüft oder gar entschieden worden.

Die Klage nach Art. 273 SchKG ist im Grunde genommen, wie erwähnt, eine gewöhnliche Schadenersatzklage, über welche im ordentlichen Zivilprozess zu befinden ist<sup>259</sup>. Der Anspruch kann auch widerklageweise im Arrestprosequierungsprozess geltend gemacht werden<sup>260</sup>. Der Arrestgläubiger hat die Rolle des Beklagten, der Arrestschuldner bzw. der geschädigte Dritte haben als Kläger die Voraussetzungen des Ersatzanspruchs – Schaden, Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit – zu beweisen. Die Widerrechtlichkeit liegt darin, dass es an einer Arrestvoraussetzung gefehlt hat, d. h., dass entweder die Arrestforderung oder der Arrestgrund nicht bestand<sup>261</sup>.

Im Lichte dieser Betrachtungen drängt sich m. E. der Schluss auf, dass diese spezielle Arrest-Schadenersatzklage auf den Steuerarrest nicht anwendbar sein kann. Der Steuerarrest dient der Sicherstellung einer öffentlich-rechtlichen Forderung und beschlägt ein Rechtsverhältnis, bei welchem der Staat nicht als ein dem Bürger

rechts, § 7 N 8; DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 389 f.

251 DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 390.

252 Zur Möglichkeit der Wiederherstellung unverschuldeterweise versäumter Prosequierungsfristen nach Art. 33 Abs. 4 SchKG vgl. HANS REISER, SchKG Art. 280 N 3.

253 Vgl. FERDINAND FESSLER, DBG Art. 170 N 113 - 116.

254 ASA 67 (1998/99), S. 722; vgl. auch CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 280 N 6.

255 BGer 7B.207/2005 E 1.2, 29.11.2005; BGE 106 III 92, 77 III 142; vgl. HANS REISER, SchKG Art. 280 N 1; THOMAS BAUER, EB, SchKG Art. 280 ad N 1; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 280 N 2.

256 Vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 273 N 2.

257 Vgl. zum alten Recht bereits BGE 115 III 126.

258 BGer 5C.177/2002, 16.10.2002; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 273 N 2 und 17; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 82; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER/BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 61 Rz. 2.

259 BGE 64 III 107; vgl. DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 394.

260 Vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 273 N 26; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 85; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER/BOHNER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 61 Rz. 11.

261 BGE 64 III 113; vgl. WALTER A. STOFFEL, SchKG Art. 273 N 13 ff.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 51 N 81; DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 396.

gleichgeordnetes (privatrechtliches) Rechtssubjekt, also gleichsam wie ein beliebiger Gläubiger, gegenübertritt, sondern in der Gestalt einer mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Behörde. Insbesondere agiert die zuständige Steuerbehörde nicht als gewöhnlicher Gläubiger, sondern ist selbst Arrestbehörde. Einen ungerechtfertigten Arrest hätte sie folglich als verfügende Behörde und nicht als gesuchstellender Gläubiger zu verantworten. Wie bereits dargelegt, sind Steuerforderung und Sicherstellungsgrund in einem speziellen verwaltungsrechtlichen Verfahren und nicht vom Zivilrichter zu überprüfen<sup>262</sup>. Infolgedessen kann es auch nicht sein, dass ein Zivilrichter ebendiese Arrestvoraussetzungen im Schadenersatzprozess überprüfen kann<sup>263</sup>. Vielmehr greift hier allein die Haftung des Staates nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Staatshaftung. Deren Voraussetzungen und Modalitäten sind im Bund durch das Verantwortlichkeitsgesetz und im Kanton durch das Haftungsgesetz geregelt. In analoger Weise haftet der Kanton ja auch für den Schaden, den der Arrestrichter, der einen Arrest nach Art. 272 SchKG bewilligt, widerrechtlich verursacht (Art. 5 Abs. 1 SchKG)<sup>264</sup>. Diese spezielle Haftungsnorm ist ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur<sup>265</sup>.

Allerdings wird in den meisten Arrestformularen der Steuerbehörden, namentlich auch in denjenigen für die direkte Bundessteuer, auf die Haftung nach Art. 273 SchKG hingewiesen. Selbst wenn man diese Ansicht vertritt<sup>266</sup>, so müsste es dem Zivilrichter auf jeden Fall verwehrt sein, die Steuerforderung oder den Sicherstellungsgrund auf seine materielle Richtigkeit hin zu überprüfen. Die Feststellungen der Verwaltungsinstanzen wären für ihn bindend. Dies hätte zur Folge, dass eine Schadenersatzklage ohne weiteres abzuweisen wäre, wenn es der Schuldner versäumt hätte, die Sicherstellungsverfügung anzufechten; es sei denn, diese würde einen formellen Nichtigkeitsmangel aufweisen, welcher auch vom Zivilrichter festgestellt werden müsste. Da eine Drittperson die Sicherstellungsverfügung nicht anzufechten vermag, könnte sie deren Mangelhaftigkeit in

materieller Hinsicht überhaupt nicht im (zivilen) Schadenersatzprozess geltend machen.

## Literatur

- ACOCELLA DOMENICO, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- AMONN KURT, Sicherung und Vollstreckung von Steuerforderungen, ASA 47 (1978/79), S. 431 ff.
- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003
- ARTHO VON GUNTEN YVONNE, Die Arresteinsprache, Zürich 2001
- BAUER THOMAS, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2 Bde., Basel/Frankfurt a. M. 2000
- BAUMANN FLORIAN, Konkurrenz zwischen Staat und Zivilgläubiger beim Zugriff auf strafrechtlich beschlagnahmtes Vermögen, SZW 1999, S. 113 ff.
- BISANG RAYMOND, Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschulden, Zürich 1978
- BREITSCHMID PETER, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, AJP 1999, S. 1007 ff.
- BRÜGGER ERWIN, SchKG Gerichtspraxis 1946 - 2005, Zürich 2006
- BRUNNER ALEXANDER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- BUCHER EUGEN, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910 (jeweils neueste Auflage)
- COMETTA FLAVIO, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs,

262 S. vorne, Abschn. 3.3.6.

263 Vgl. zum Ganzen DOMINIQUE RIGOT, *Le recouvrement forcé des créances de droit public*, S. 394 ff.

264 Diese spezielle Haftungsnorm gilt nämlich auch für Gerichtsbehörden, soweit diese als Vollstreckungsbehörden auftreten, was namentlich für den Arrestrichter zutrifft; vgl. GASSER, SchKG Art. 5 N 37.

265 BGE 126 III 431; vgl. GASSER, SchKG Art. 5 N 5; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 5 N 6.

266 So IVO HUNGERBÜHLER, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, S. 216; BERTRAND REEB, *Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite*, S. 473.

- Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- DENZLER BEAT, Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens, Diss. Zürich 1986
- FESSLER FERDINAND, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2 Bde., Basel/Frankfurt a. M. 2000
- in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Bd. I/1, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 2002
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FRIITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bde. I/II, 3. A., Zürich 1984/1993
- GASSER DOMINIK, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- GASSMANN RICHARD, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürich 1998
- GAUCH PETER, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Bde. I/II, 8. A., Zürich 2003
- GAUTSCHI GEORG, Sondervollstreckungsrecht für Wehrsteuerforderungen, SJZ 52 (1956), S. 201 ff.
- GREMINGER BERNHARD J., in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2 Bde., Basel/Frankfurt a. M. 2000
- HÄFELIN WALTER/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006
- HUNGERBÜHLER IVO, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe beim Arrest unter besonderer Berücksichtigung des Steuerarrestes und des Arrestes nach Art. 39 Abs. 1 LugÜ, ZZZ 2005, S. 199 ff.
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS/KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 4. A., Zürich 1997
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER, in: Peter Jäggi/Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich ab 1909 (jeweils neueste Auflage)
- KÄNZIG ERNST/BEHNISCH URS P., Die direkte Bundessteuer (Wehrsteuer), II. Teil, Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Bd. 4a, 2. A., Basel 1992
- KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., Zürich 2004
- KOENIG WILLY, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967
- KOFMEL EHRENZELLER SABINE, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- KRAMER ERNST A., in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910 (jeweils neueste Auflage)
- KUHN MORITZ W., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel/Genf/München 2001
- KÜNG RUDOLF, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel/Genf/München 2001
- KUSTER MATTHIAS, Der Arrestort bei Bank- und Postcheckguthaben, SZW 2004, S. 413 ff.
- LEBRECHT ANDRÉ E., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- LORANDI FRANCO, Pfändbarkeit und Arrestierbarkeit von Leistungen der zweiten Säule (BVG), AJP 1997, S. 1171 ff. (ebenfalls abgedruckt in: B1SchK 1997, S. 212 ff.)
- MAURER ALFRED, Bundessozialversicherungsrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1993
- Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1994
- MEIER ISAAK, Die Anwendung des Privatrechts durch die Betreibungs- und Konkursbehörden, B1SchK 1985, S. 161 ff. und 201 ff.

- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. A., Bern 2007
- OTTOMANN RUDOLF, Der Arrest, ZSR 1996, S. 242 ff.
- REEB BERTRAND, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, ZSR 1997, S. 440 ff.
- REICH MARKUS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Bd. I/1, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 2002
- REIMANN AUGUST/ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4 Bde., Bern 1961 - 1969
- REISER HANS, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006
- RIEMER HANS MICHAEL, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910 (jeweils neueste Auflage)
- RIEMER HANS MICHAEL/RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. A., Bern 2006
- RIGOT DOMINIQUE, Le recouvrement forcé des créances de droit public, Lausanne 1991
- RUTZ MAGDALENA, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- SCHMID ERNST F., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- SCHÖNIGER CHRISTIAN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- SPÜHLER KARL, Probleme bei der Schuldbetreibung für öffentlichrechtliche Geldforderungen, ZBl 1999, S. 254 ff.
- STAEHELIN DANIEL, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff.
- in: Peter Jäggi/Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich ab 1909 (jeweils neueste Auflage)
- STAEHELIN MATTHIAS, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- STOFFEL WALTER A., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- Das neue Arrestrecht, AJP 1996, S. 1401 ff.
- STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002
- VONDER MÜHLL GEORGES, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- WEBER ROLF H., Juristische Personen, Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/4, Basel 1998
- WÜTHRICH KARL/SCHOCH PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I - III, Basel/Genf/München 1998, und EB, Basel/Genf/München 2005
- ZONDLER GEORG, Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland?, AJP 2005, S. 573 ff.
- ZWEIFEL MARTIN, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2 Bde., Basel/Frankfurt a. M. 2000

## Rechtsquellen und Materialien

BdBSt, BRB über die direkte Bundessteuer (in Kraft bis 31.12.1994)

BGG, BG über das Bundesgericht (Bundesgerichts-gesetz) (vom 17.6.2005), SR 173.110

- BVG, BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (vom 25.6.1982); SR 831.40
- BVV 3, V über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (vom 13.11.1985), SR 831.461.3
- DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11
- DSG, BG über den Datenschutz (vom 19.6.1992), SR 235.1
- EG ZGB ZH, Einführungsgesetz des Kantons Zürich zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (vom 2.4.1911), LS 230
- FZG, BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) (vom 17.12.1993), SR 831.42
- FZV, V über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung) (vom 3.10.1994), SR 831.425
- GestG, BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) (vom 24.3.2000), SR 272
- Haftungsgesetz, G des Kantons Zürich über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (vom 14.9.1969), LS 170.1
- HRegV, Handelsregisterverordnung (vom 7.6.1937), SR 221.411
- IPRG, BG über das Internationale Privatrecht (vom 18.12.1987), SR 291
- LugÜ, Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) (vom 16.9.1988), SR 0.275.11
- MSchG, BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz) (vom 28.8.1992), SR 232.11
- MWSTG, BG über die Mehrwertsteuer (vom 2.9.1999), SR 641.20
- OR, BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (vom 30.3.1911), SR 220
- SchKG, BG über Schuldbetreibung und Konkurs (vom 11.4.1889), SR 281.1
- StG ZH, Steuergesetz des Kantons Zürich (vom 8.6.1997), LS 631.1
- 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
- URG, BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (vom 9.10.1992), SR 231.1
- Verantwortlichkeitsgesetz, BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (vom 14.3.1958), SR 170.32
- VO StG ZH, V zum Steuergesetz des Kantons Zürich (vom 1.11.2000), LS 631.11
- VPAV, V betreffend die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem BG über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908 (vom 10.5.1910), SR 281.51
- VRG ZH, G des Kantons Zürich über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) (vom 24.5.1959), LS 175.2
- VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.21
- VVAG, V des BGer über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (vom 17.1.1923), SR 281.41
- VVG, BG über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) (vom 2.4.1908), SR 221.229.1
- VwVG, BG über das Verwaltungsverfahren (vom 20.12.1968), SR 172.021
- Botschaft zu BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (Botschaft über die Steuerharmonisierung) (vom 25.5.1983), BBl 1983 III, S. 1 ff.

# Abfindungs- und Dreiecksfusionen

## Steuerfolgen des Squeeze-Out Merger

Dr. iur. Markus Weidmann/Dr. iur. Reto Heuberger



*Dr. iur. Markus Weidmann,  
Rechtsanwalt, dipl. Steuer-  
experte, Homburger, Zürich*



*Dr. iur. Reto Heuberger,  
LL.M, Rechtsanwalt, dipl.  
Steuerexperte, Homburger,  
Zürich*

### Inhalt\*

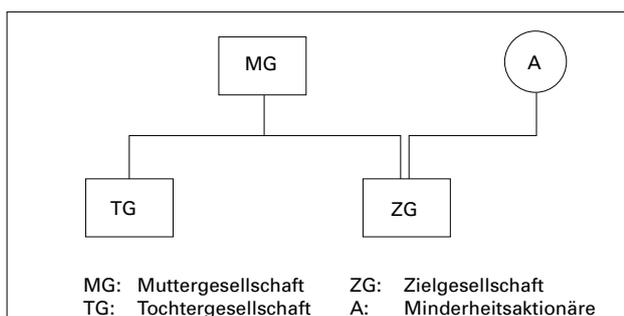
- |   |  |
|---|--|
| <p><b>1 Einleitung: Minderheitsaktionäre bei Fusionen</b></p> <p><b>2 Börsen- und fusionsgesetzliche Verfahren</b></p> <p><b>2.1 Kraftloserklärung (börsengesetzlicher Squeeze-Out)</b></p> <p><b>2.2 Squeeze-Out nach Fusionsgesetz</b></p> <p>2.2.1 Abfindungsfusion (Squeeze-Out Merger)</p> <p>2.2.2 Dreiecks-Abfindungsfusion (Triangular Squeeze-Out Merger)</p> <p>2.2.3 Erscheinungsformen und Terminologie</p> <p><b>3 Steuerliche Behandlung der Fusion</b></p> <p><b>4 Abfindung durch fusionierende Gesellschaften</b></p> <p><b>4.1 Barabfindung</b></p> <p>4.1.1 Wirtschaftliche Analyse und buchmässige Behandlung</p> <p>4.1.2 Steuerliche Behandlung</p> <p>4.1.2.1 Gesellschaften</p> <p>4.1.2.2 Muttergesellschaft</p> <p>4.1.2.3 Minderheitsaktionäre</p> <p><b>4.2 Abfindung mit Aktien der Muttergesellschaft</b></p> <p><b>5 Abfindung durch die Muttergesellschaft</b></p> <p><b>5.1 Barabfindung</b></p> <p>5.1.1 Wirtschaftliche Analyse und buchmässige Behandlung</p> <p>5.1.2 Steuerliche Behandlung</p> <p>5.1.2.1 Gesellschaften</p> <p>5.1.2.2 Muttergesellschaft</p> <p>5.1.2.3 Minderheitsaktionäre</p> | <p><b>5.2 Abfindung mit Aktien der Muttergesellschaft</b></p> <p>5.2.1 Verwendung eigener Aktien (Treasury Shares)</p> <p>5.2.2 Verwendung neu geschaffener Aktien</p> <p><b>6 Zusammenfassung</b></p> <p><b>Literatur</b></p> <p><b>Rechtsquellen und Materialien</b></p> <p><b>Praxisanweisungen</b></p> |
|---|--|

\* Die Autoren danken Herrn lic. iur. Beat Baumgartner für die vielfältige und wertvolle Unterstützung.

# 1 Einleitung: Minderheitsaktionäre bei Fusionen

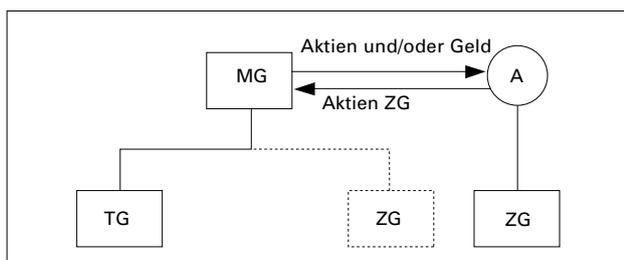
Die Schweizer Rechtsordnung kennt, anders als ausländische, die Dreiecksfusion nicht, bei der die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft mit Aktien einer Konzerngesellschaft der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden. Das Bedürfnis nach einem solchen Institut ergibt sich aber insbesondere, wenn Minderheitsaktionäre an einer in einen Konzern eingeordneten Untergesellschaft beteiligt sind. Der Konzern möchte seine Struktur vereinfachen, und die Minderheitsaktionäre sollen entweder ausgekauft oder an der Konzernobergesellschaft – also in der Struktur eine oder mehrere Stufen höher – beteiligt werden. Dies dient insbesondere der Bereinigung von zersplitterten Beteiligungsverhältnissen zur Erleichterung der Führung im Konzern<sup>1</sup> und kann auch eine vorbereitende Massnahme für einen Verkauf der Beteiligung darstellen<sup>2</sup>.

Graphik 1: Ausgangslage



Zu einer solchen Konstellation mit Minderheitsbeteiligungen an einer in einen Konzern eingeordneten Gesellschaft kann es unter anderem nach einer Quasifusion (sog. Aktientausch durch Sacheinlage der Aktien der Zielgesellschaft durch deren Aktionäre gegen Ausgabe neuer Aktien durch die Muttergesellschaft) oder nach einem Kaufgeschäft kommen, wenn der Muttergesellschaft nicht sämtliche Aktien der Zielgesellschaft angeeignet worden sind.

Graphik 2: Mögliche Historie



1 BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 313.  
 2 KLÄY/TURIN, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, 12.

Um die Minderheitsaktionäre zu einem Verkauf ihrer Aktien an der Zielgesellschaft zu bewegen bzw. um die Minderheitsaktionäre auch gegen ihren Willen aus ihrer Position als Aktionäre der übernommenen Gesellschaft zu entfernen («hinauszudrücken» bzw. «herauszuquetschen», «to squeeze out»), bestehen in der Schweiz grundsätzlich zwei direkte, gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten: die börsenrechtliche Kraftloserklärung und die Abfindungsfusion. Beide werden untechnisch als «squeeze-out» bezeichnet. Zusätzlich können, je nach Situation, die Liquidation der Zielgesellschaft, ihre asymmetrische Spaltung oder die Fusion der Ziel- in die Muttergesellschaft (allenfalls mit anschliessender Ausgliederung des Geschäfts der Zielgesellschaft) in eine vollständig beherrschte weitere Beteiligung der Muttergesellschaft geprüft werden, was hier aber nicht weiter vertieft wird<sup>3</sup>.

Der squeeze-out nach Fusionsgesetz wurde von verschiedenen Seiten als Totgeburt bezeichnet, mit der Begründung, er führe zu negativen, praktisch nicht hinnehmbaren Verrechnungs- und Einkommenssteuerfolgen<sup>4</sup>. Dass dies nicht zwingend der Fall sein muss, und wie bei einer Abfindungsfusion der Effekt einer Dreiecksfusion erreicht werden kann, soll im Folgenden dargelegt werden. Die bisherige Praxis bestätigt dabei die Vermutung, dass für die Wahl des Vorgehens die steuerliche Würdigung von entscheidender Bedeutung sein kann<sup>5</sup>.

## 2 Börsen- und fusionsgesetzliche Verfahren

### 2.1 Kraftloserklärung (börsengesetzlicher Squeeze-Out)

Gesellschaftsrechtlich handelt es sich beim börsengesetzlichen squeeze-out um eine Kraftloserklärungsklage, die an eine Reihe von Voraussetzungen anknüpft. Die Aktien der Zielgesellschaft müssen mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sein, und der Anbieter muss bei einem öffentlichen Kaufangebot nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 % der Stimmrechte verfügen. Der Anbieter muss innert einer Frist

3 Zu den ersten beiden Möglichkeiten: BETSCHART, Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, 100 f.; zur Fusion mit nachfolgender Ausgliederung: VON BÜREN/MAUERHOFER, Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, 773 f.  
 4 BÖCKLI (Schweizer Aktienrecht, § 3 N 200) spricht von «verheerenden Steuerfolgen».  
 5 BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 18; KLÄY/TURIN, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, 12.

von drei Monaten Klage auf Kraftloserklärung erheben (Art. 33 Abs. 1 BEHG).<sup>6</sup>

Die Zielgesellschaft gibt die für kraftlos erklärten Beteiligungspapiere erneut aus und übergibt sie dem Anbieter gegen Entrichtung des Angebotspreises oder Erfüllung des Austauschgebotes zu Gunsten der Eigentümer der kraftlos erklärten Beteiligungspapiere (Art. 33 Abs. 2 BEHG). Dieser Vorgang wird steuerrechtlich nicht etwa als Teilliquidation und Neuemission von Aktien angesehen, sondern vielmehr als (zwangsweise) Veräusserung. Dementsprechend liegt ein Veräusserungserlös (gegebenenfalls ein privater Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG) vor.<sup>7</sup>

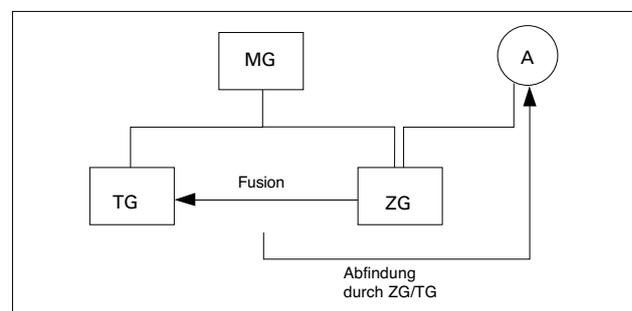
## 2.2 Squeeze-Out nach Fusionsgesetz

### 2.2.1 Abfindungsfusion (Squeeze-Out Merger)

Wenn die börsengesetzliche Kraftloserklärungsklage nicht möglich ist, weil z. B. deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, kann sich die Muttergesellschaft allenfalls der Abfindungsfusion (auch «squeeze-out merger», «Barfusion» oder «cash-out merger» genannt) gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG<sup>8</sup> bedienen. Die an der Fusion beteiligten Gesellschaften können im Fusionsvertrag vorsehen, dass die übernehmende Gesellschaft den Aktionären der absorbierten Gesellschaft anstelle von Aktien der übernehmenden Gesellschaft sowie einem etwaigen Spitzenausgleich eine Abfindung entrichtet (Art. 8 Abs. 2 FusG). Der Fusionsbeschluss bedarf diesfalls der Zustimmung von mindestens 90 % der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (Art. 18 Abs. 5 FusG)<sup>9</sup>. Die Abfindungsfusion setzt im Gegensatz zur börsengesetzlichen Kraftloserklärungsklage nicht vor-

aus, dass die Aktien der Zielgesellschaft mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind. Die Muttergesellschaft braucht aber eine Tochtergesellschaft, mit der die Zielgesellschaft verschmolzen werden kann, oder muss die Zielgesellschaft selber absorbieren. Weiter bedarf es für die Abfindungsfusion einer tieferen Quote von 90 % der Stimmrechte<sup>10</sup>. Schliesslich ist sie nicht wie die börsengesetzliche Kraftloserklärungsklage an eine Frist im Anschluss an ein öffentliches Übernahmeangebot gebunden. Die Abfindungsfusion kann somit unter leichteren Voraussetzungen genutzt werden, ist aber in der Durchführung aufwändiger<sup>11</sup>.

Graphik 3: Squeeze-Out Merger



Die Abfindungsfusion durchbricht den Grundsatz der sog. mitgliedschaftlichen Kontinuität, wonach die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft haben, die unter Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften, der Verteilung der Stimmrechte sowie aller anderen relevanten Umstände ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen (Art. 7 Abs. 1 FusG).

### 2.2.2 Dreiecks-Abfindungsfusion (Triangular Squeeze-Out Merger)

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist anfänglich davon ausgegangen worden, die Abfindung werde durch die Zielgesellschaft bzw. die übernehmende Tochtergesellschaft bezahlt<sup>12</sup>. Allerdings ist immer auch die Möglich-

6 Im Einzelnen hierzu: GOTSCHEV/SCHAUB, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch Squeeze-Out Merger gemäss Fusionsgesetz, 271 ff.

7 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.8; STOCKAR/HOCHREUTENER, StG Art. 5 Abs. 1 lit. a Nr. 23; vgl. auch BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 7 N 239; GRETER, Steuerliche Folgen der Kraftloserklärung gemäss Art. 33 Börsengesetz, 84 f.; HINNY, Die steuerliche Behandlung von spin-off, going private (insbesondere des Kraftloserklärungsverfahrens) und von Sanierungen, 216.

8 Die Bezeichnung «Abfindungsfusion» lehnt sich an den Gesetzeswortlaut bzw. die Marginalie zu Art. 8 FusG an.

9 Es wird die Meinung vertreten, die Fusion mit Abfindung der Aktionäre durch Aktien der Muttergesellschaft unterliege nicht dem Quorum von 90 % der stimmberechtigten Gesellschafter gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG, weshalb das tiefere Quorum von 2/3 der an der Generalversammlung vertretenen Stimmen gemäss Art. 18 Abs. 1 FusG zur Anwendung gelange (VON BÜREN/MAUERHOFER, Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, 780). Nach dieser Auffassung liegt keine Abfindung vor, sondern eine konzernspezifische Fusion unter der Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 11 N 500).

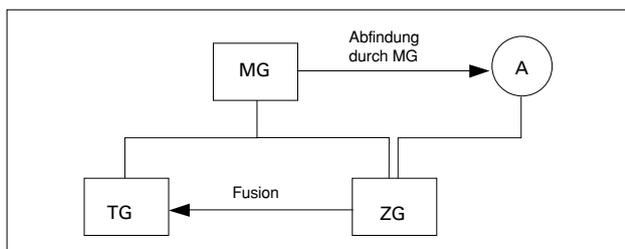
10 Zum Meinungsstand, wie das Quorum von 90 % zu ermitteln ist, s. GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 33 N 533. Die Praxis des Eidg. Handelsregisteramtes stellt auf 90 % sämtlicher Stimmrechte ab (REPRAX 2/3/2004, 30); s. hierzu auch KÄCH, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, 133 ff., 135.

11 BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 3 N 198 ff.; TSCHÄNI/PAPA, Art. 8 FusG N 14.

12 Vgl. die Ausführungen in der Botschaft FusG, 4404. Aus handelsrechtlicher Sicht bedarf es frei verwendbaren Eigenkapitals im Umfang der Abfindung, um sicherzustellen, dass die Gläubiger durch die Abfindung nicht geschädigt werden (GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 11 N 235).

keit der Dreiecksfusion diskutiert worden, gemäss der die Minderheitsaktionäre Aktien von einer an der Fusion nicht beteiligten Gruppengesellschaft (insbesondere der Konzernobergesellschaft) erhalten<sup>13</sup>. Dabei schien die Vorstellung zu herrschen, dass die Abfindung – in Form von Aktien der Gruppengesellschaft – durch die fusionierende Gesellschaft entrichtet werde<sup>14</sup>. Ohne dass dies hier vertieft werden soll, anerkennt die Praxis heute, dass die Abfindung auch von der Muttergesellschaft stammen darf. Dies kann zivilrechtlich dadurch erreicht werden, dass die Ziel- und Tochtergesellschaften im Fusionsvertrag vereinbaren, die Muttergesellschaft werde die Abfindung der Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft leisten. Dazu hat sich die Muttergesellschaft zu verpflichten. Die Muttergesellschaft kann im Hinblick auf diese Verpflichtung auch selbst Partei des Fusionsvertrages werden.

Graphik 4: Squeeze-Out Merger mit Abfindung durch Muttergesellschaft



### 2.2.3 Erscheinungsformen und Terminologie

Von einer Dreiecksfusion (*triangular merger*) wird gesprochen, wenn im Rahmen einer Fusion die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen an einer dritten Gesellschaft (statt mit solchen der übernehmenden Gesellschaft) abgefunden werden<sup>15</sup>. Die Fusion erfolgt dadurch, dass eine Konzerngesellschaft die Zielgesellschaft übernimmt (*forward triangular merger*). Dass eine Konzerngesellschaft unter Abfindung der Min-

derheitsaktionäre der Zielgesellschaft auf die Zielgesellschaft verschmolzen wird (*reverse triangular merger*)<sup>16</sup>, gilt unter Schweizer Recht als nicht zulässig<sup>17</sup>. Die Dreiecksfusion bildet somit einen Anwendungsfall der Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG, bei welcher den Minderheitsaktionären die Aktien einer Drittgesellschaft – zwangsweise – abgegeben werden<sup>18</sup>. Dieses Vorgehen wird auch als *triangular squeeze-out merger* bezeichnet. Bei alledem ist zu beachten, dass dem Schweizer Recht eine klar umrissene und anerkannte Terminologie mangelt.

Der Begriff der Dreiecksfusion sagt nur etwas über die Art der Abfindung aus, nämlich, dass es sich um Aktien einer Konzerngesellschaft handle, nichts jedoch darüber, von wem diese erbracht werde. Die Aktien können indessen von der fusionierten Gesellschaft oder von einer anderen Konzerngesellschaft (insbesondere der Konzernobergesellschaft) übertragen werden, wobei steuerrechtlich die Herkunft der Mittel von grundlegender Bedeutung ist. Im Fall, dass die Gegenleistung von einer anderen Konzerngesellschaft stammt, könnte deshalb an sich auch von einem Dreiecksverhältnis (im Sinne der Herkunft der Abfindung) gesprochen werden. Es können somit gemäss den beiden Kriterien Form der Gegenleistung (in bar oder in Aktien einer Konzerngesellschaft) und Herkunft der Mittel (von den fusionierten Gesellschaften oder von einer anderen Konzerngesellschaft) vier Fälle unterschieden werden.

Tabelle: Fusionsfälle nach Form der Gegenleistung und Herkunft der Mittel

Form der Abfindung	Herkunft der Abfindung	Bezeichnung des Vorgangs	Beispiel
Bar	Fusionierte Gesellschaften	Barabfindungsfusion	1
Aktien einer Konzerngesellschaft	Fusionierte Gesellschaften	Dreiecks-Abfindungsfusion (triangular squeeze-out merger)	2
Bar	Konzerngesellschaft	Barabfindungsfusion mit Abfindung durch Konzerngesellschaft	3
Aktien einer Konzerngesellschaft	Konzerngesellschaft	Dreiecks-Abfindungsfusion mit Abfindung durch Konzerngesellschaft	4 und 5

Dabei kommt es auf das frei verwendbare Eigenkapital bei der übernehmenden Gesellschaft nach Vollzug der Fusion an (Tschäni/Papa, Art. 8 FusG N 20).

13 Botschaft FusG, 4403; GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 11 N 238.  
 14 Vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 11 N 238; umgekehrt gehen ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, N 83 f.) davon aus, dass sich die Aktien der Muttergesellschaft nicht im Eigentum der Tochtergesellschaft befinden, sondern die Abfindung durch die Muttergesellschaft erfolge, welche Gratisaktien schaffe oder eigene Aktien verwende.  
 15 Botschaft FusG, 4403; BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 312; GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 11 N 238.

16 BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 313 ff.  
 17 VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER/DIETRICH/BERLINGER, Das Fusionsgesetz, N 109, 356; GLANZMANN, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, § 5 N 57 f., § 11 N 238.  
 18 BURCKHARDT, Art. 8 FusG N 13, 23; Tschäni/Papa, Art. 8 FusG N 12 mwN.

Im Folgenden werden zuerst die allgemeinen steuerlichen Auswirkungen der Fusion auf der Ebene der unmittelbar involvierten Gesellschaften (Ziel- und Tochtergesellschaften) dargestellt (nachfolgend Abschn. 3). Die steuerliche Behandlung einer durch die fusionierenden Gesellschaften geleisteten Abfindung (in bar oder in Form von Aktien einer anderen Konzerngesellschaft, konkret: MG-Aktien)<sup>19</sup> wird anschliessend dargelegt (Abschn. 4). Hernach werden die Verhältnisse bei Bezahlung der Abfindung durch die Muttergesellschaft (in bar oder in Form von MG-Aktien) untersucht (Abschn. 5).

### 3 Steuerliche Behandlung der Fusion

Die Fusion erfolgt gewinnsteuerneutral, sofern die subjektive Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die Buchwerte der absorbierten von der absorbierenden Gesellschaft übernommen werden. Weitere Voraussetzungen sind an die Steuerneutralität der Fusion nicht geknüpft (Art. 24 Abs. 3 Ingress StHG; Art. 61 Abs. 1 Ingress DBG). Die etwaige Bezahlung einer Abfindung hat hierauf keinen Einfluss, weil es sich – wie unten dargelegt wird – um eine Gewinnverwendung handelt.

Obleich eine Fusion verrechnungssteuerlich als steuerbare Totalliquidation angesehen wird<sup>20</sup>, unterbleibt die Erhebung der Verrechnungssteuer auf denjenigen Reserven der absorbierten Gesellschaft, die in die Reserven der übernehmenden inländischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft übergehen (Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG). Die bisher bei diesen beiden Gesellschaften der Verrechnungssteuer latent unterworfenen Reserven unterliegen nunmehr bei der übernehmenden Gesellschaft latent der Verrechnungssteuer. Wenn eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, welche das bisherige Nennkapital der absorbierten Gesellschaft übersteigt, fällt die Verrechnungssteuer an (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG). Soweit keine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, was in Konzernverhältnissen regelmässig der Fall sein dürfte, wird sogar zusätzliches latentes Verrechnungssteuersubstrat geschaffen, weil bisher steuerfrei rückzahlbares Nennkapital zu steuerverhafteten Reserven wird. Auf der Stufe der übernehmenden bzw. der übernommenen Gesellschaften treten somit keine oder bewältigbare Verrechnungssteuerfolgen ein; vorbehalten bleibt die Absorption

einer Gesellschaft mit echter Unterbilanz<sup>21</sup>. Anders wird die Bezahlung der Abfindung durch die fusionierten Gesellschaften zu beurteilen sein.

Die Fusion ist von der Emissionsabgabe befreit (Art. 6 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG)<sup>22</sup>. Soweit eine der beiden beteiligten Gesellschaften oder allenfalls eine Vermittlerin eine Effektenhändlerin ist und bei der Fusion steuerbare Urkunden und Drittverpflichtungen übergehen, konnte vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes die Umsatzabgabe erhoben werden. Indessen wird dieser Vorgang nunmehr gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. i StG von der Umsatzabgabe befreit<sup>23</sup>. Sowohl die Rückgabe der ZG-Aktien zur Tilgung als auch die etwaige Ausgabe neuer TG-Aktien sind von der Umsatzabgabe befreit (Art. 14 Abs. 1 lit. e und lit. a StG)<sup>24</sup>.

Für die Aktionäre der fusionierten Gesellschaften stellt der Aktientausch eine einkommens- bzw. gewinnsteuerneutrale Vermögensumschichtung dar. Bei Aktien im Geschäftsvermögen gilt die Steuerneutralität, soweit die für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden<sup>25</sup>. Für Aktionäre, welche die Beteiligungsrechte im Privatvermögen halten, bilden etwaige Nennwerterhöhungen oder Ausgleichszahlungen in der Regel steuerbaren Beteiligungsertrag nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG<sup>26</sup>.

## 4 Abfindung durch fusionierende Gesellschaften

### 4.1 Barabfindung

#### 4.1.1 Wirtschaftliche Analyse und buchmässige Behandlung

Wenn die Abfindung aus den Mitteln der fusionierenden Gesellschaften bezahlt wird, stehen der Abfindung keine entsprechenden, durch die fusionierenden Gesellschaften

21 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.4.4.2.

22 Die Befreiung ist einzig gefährdet, wenn bei einer Kapitalerhöhung übermässiges neues Nennkapital gebildet wird. Als übermässig gelten eine Erhöhung, die das nominelle Kapital der übertragenden Gesellschaft übersteigt, sofern die Merkmale der Abgabenumgehung erfüllt sind, und eine zusätzliche Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.5; vgl. hierzu SIMONEK/NORDIN, Art. 6 StG N 40 ff.).

23 Näher dazu: GLAUSER, Art. 14 StG N 53 ff.; WEIDMANN/HÜRLIMANN, vor Art. 99 FusG N 67 ff. Die erwähnte Praxis ist durch Art. 14 Abs. 1 lit. i StG nicht vollständig abgeschafft worden (vgl. KS Umstrukturierungen Ziff. 4.3.6., hinsichtlich der nicht gewinnsteuerneutralen Spaltung), was aber vorliegend keine Rolle spielt.

24 Vgl. KS Umstrukturierungen Ziff. 4.6.5.

25 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.6.2.

26 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.

19 Indessen werden mehrstufige Beteiligungsverhältnisse hier nicht berücksichtigt.

20 PFUND, Art. 4 VStG N 3.44; STOCKAR, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 82, 206 f., 229.

erworbenen Werte gegenüber, denn diese Gesellschaften beziehen keine Leistungen irgendwelcher Art von den bisherigen Minderheitsaktionären. Vielmehr wird der quotale Anteil an der absorbierten Gesellschaft ausgezahlt, und das Eigenkapital reduziert sich entsprechend. Die Abfindung ist somit eine Teilliquidation der fusionierten Gesellschaft<sup>27</sup>.

Bei der Muttergesellschaft ergeben sich demgegenüber keine vermögensmässigen Veränderungen. Mangels Zahlungen sind weder Gewinnausschüttungen noch ein Aufwand gegeben. Der Fusionsvorgang wirkt sich einzig dergestalt aus, dass der Buchwert der Beteiligung an der fusionierten Zielgesellschaft auf denjenigen der aufnehmenden Tochtergesellschaft zu schlagen ist. Für die Muttergesellschaft gibt es dabei keinen Anlass, an den Buchwerten etwas zu ändern. Zwar erleidet die Zielgesellschaft eine Reduktion ihres Eigenkapitals. Diese Verringerung entspricht jedoch dem Anteil der Minderheitsbeteiligung, welche mit dieser Abfindung eliminiert wird. Der Anteil der Muttergesellschaft an der absorbierten Zielgesellschaft erhöht sich somit zwar auf 100 %; allerdings weist die Beteiligung insgesamt einen geringeren Wert auf, so dass die Erhöhung der Beteiligungsquote keinen Wertzuwachs zur Folge hat. Zugleich liegt auch keine Wertverminderung vor, weil die Abfindung zum Verkehrswert erfolgt.

**Beispiel 1: Barabfindungsfusion – Barabfindung durch Tochtergesellschaft bzw. Zielgesellschaft**

**Tochtergesellschaft (vor Fusion)**

Umlaufvermögen	110,0	Verbindlichkeiten	120,0
Anlagevermögen	170,0	Reserven	70,0
		Aktienkapital	90,0
	<u>280,0</u>		<u>280,0</u>
Stille Reserven	30,0		

**Zielgesellschaft**

Umlaufvermögen	60,0	Verbindlichkeiten	180,0
Anlagevermögen	200,0	Reserven	60,0
		Aktienkapital	20,0
	<u>260,0</u>		<u>260,0</u>
Stille Reserven	100,0		

Bilanzen zu Buchwerten. Nennwert 0,1 je Aktie sowohl bei Tochtergesellschaft als auch bei Zielgesellschaft. Minderheit von 8 % in Zielgesellschaft (16 Aktien); auf die Minderheit entfallender Anteil am Eigenkapital zu Verkehrswerten (180) somit 14,4 (bzw. Verkehrswert von 0,9 pro ZG-Aktie).

Die Muttergesellschaft hält Aktien im Wert von insgesamt 355,6 (190 Eigenkapital Tochtergesellschaft zu Verkehrswerten; 165,6 Anteil am Eigenkapital Zielgesellschaft zu Verkehrswerten, d. h. 180 abzüglich 14,4 Anteil Minderheitsaktionäre).

Bilanz Tochtergesellschaft nach Fusion (ohne Kapitalerhöhung Tochtergesellschaft) und Abfindung von 14,4, woraus wiederum ein Wert der Investition der Muttergesellschaft von 355,6 (Eigenkapital Tochtergesellschaft zu Verkehrswerten) ersichtlich ist:

**Tochtergesellschaft (nach Fusion)**

Umlaufvermögen	155,6	Verbindlichkeiten	300,0
Anlagevermögen	370,0	Reserven	135,6
		Aktienkapital	90,0
	<u>525,6</u>		<u>525,6</u>
Stille Reserven	130,0		

Die Bilanz der Muttergesellschaft (Nennwert 0,1 je Aktie) präsentiert sich wie folgt:

**Muttergesellschaft (vor Fusion)**

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	190,0	Reserven	95,6
Beteiligung ZG	165,6	Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

**Muttergesellschaft (nach Fusion)**

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	355,6	Reserven	95,6
		Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

Bilanzen der Muttergesellschaft zu Verkehrswerten; Verkehrswerte werden zur Vereinfachung den Buchwerten zuzüglich der stillen Reserven gleichgesetzt.

**4.1.2 Steuerliche Behandlung**

**4.1.2.1 Gesellschaften**

Die Bezahlung der Abfindung ist für die fusionierenden Gesellschaften kein Aufwand. Auch liegt kein Erwerbsgeschäft vor (mit allfälligen nachfolgenden Abschreibungen auf dem erworbenen Wirtschaftsgut). Vielmehr kommt es, wenn die übernehmende Gesellschaft den ausscheidenden Aktionären die Abgeltung entrichtet, zu einer entsprechenden Verminderung des Eigenkapitals der an der Abfindungsfusion beteiligten Gesellschaften. Mit anderen Worten liegt im Umfang der Abgeltung eine Teilliquidation vor.

Die Teilliquidation ist gewinnsteuerneutral und berührt auch nicht die Steuerneutralität der Fusion, weil deren Voraussetzungen nach wie vor erfüllt sind. Bei einer Barabfindung werden keine stillen Reserven realisiert.

Nachdem die Abfindung eine Ausschüttung aus den Reserven ist, unterliegt sie der Verrechnungssteuer zum Satz von 35 % (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG)<sup>28</sup>. Der Steuer ist der gesamte den Nennwert der betroffenen Aktien übersteigende Betrag der Abfindung unterworfen<sup>29</sup>. Während Schweizer Aktionäre die Verrechnungssteuer, wenn auch erst im nächsten Kalenderjahr (Art. 29 Abs. 2 VStG), grundsätzlich (vollständig) zurückfordern können (Art. 21 ff. VStG), sind ausländische abgefundene Min-

27 Botschaft FusG, 4403.

28 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.8 und 4.1.2.4.1; BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 333; REICH, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, 280.

29 Den Wechsel zum Kapitaleinlageprinzip soll Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> VStG gemäss Unternehmenssteuerreformgesetz II vollziehen.

derheitsaktionäre in der Regel nicht in der Lage, eine vollständige Entlastung von der Verrechnungssteuer zu erwirken<sup>30</sup>.

Die Bezahlung der Abfindung bzw. die Teilliquidation hat auf die Befreiung der Fusion von der Emissions- und Umsatzabgabe keinen Einfluss.

#### 4.1.2.2 Muttergesellschaft

Für die Muttergesellschaft hat die Bezahlung der Abfindung durch die Zielgesellschaft und/oder die Tochtergesellschaft keine steuerlichen Folgen, weil sie weder geldwerte Leistungen empfängt noch Kapitaleinlagen tätigt. Die Summe der bisherigen Gewinnsteuerwerte und – für die Anwendung des Beteiligungsabzugs auf Kapitalgewinnen (Art. 70 Abs. 4 DBG) – die Summe der bisherigen Gestehungskosten stellen den für die Beteiligung nach der Fusion massgebenden Gewinnsteuerwert bzw. die Gestehungskosten dar.

#### 4.1.2.3 Minderheitsaktionäre

Beim Aktionär, der die Aktien in seinem Privatvermögen gehalten hat, bildet die Abgeltung steuerbaren Vermögensertrag (Liquidationsüberschuss, Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG)<sup>31</sup>, denn als steuerbarer Ertrag aus einer Kapitalgesellschaft gilt jede Leistung der Gesellschaft, welche nicht eine Rückzahlung von Nennkapital darstellt. Es greift also eine objektbezogene Betrachtungsweise Platz<sup>32</sup>. Immerhin kann der betroffene Anleger den Nennwert der im Lauf der Abfindungsfusion vernichteten Aktien anrechnen bzw. abziehen<sup>33</sup>. Beim einzelnen Aktionär kann aus seiner subjektiven Sicht eine Überbesteuerung eintreten (was praktisch regelmässig der Fall sein dürfte)<sup>34</sup>.

Wenn die Aktien im Geschäftsvermögen gehalten werden, unterliegt die Differenz zwischen der Abfindung und dem bisherigen Buchwert als Liquidationserlös der Einkommens- bzw. der Gewinnsteuer<sup>35</sup>. Kapitalgesellschaften können unter den Voraussetzungen von Art. 69 DBG den Beteiligungsabzug geltend machen. Dabei

muss immer eine Beteiligung mit einem Verkehrswert von mindestens CHF 2 Mio. vorliegen, weil die alternative Voraussetzung einer Beteiligung von 20 % am Grund- oder Stammkapital der übernommenen Gesellschaft bei einer Abfindungsfusion von vornherein nicht erfüllbar ist.

Die Abfindungsfusion ist somit, jedenfalls für den privaten Aktionär, einkommenssteuerlich ungünstig, weil sie zur steuerlichen Erfassung eines Liquidationsbetriffnisses führt. Nachteilig wirkt sich sodann die Erhebung der Verrechnungssteuer aus. Zum einen hat sie einen Liquiditätsabfluss zur Folge, weil ein Meldeverfahren praktisch kaum angewendet werden kann<sup>36</sup>. Zum anderen wirkt sie sich für ausländische Aktionäre mindestens teilweise als definitive Steuerbelastung aus.

## 4.2 Abfindung mit Aktien der Muttergesellschaft

Bei dieser Gestaltung der Dreiecks-Abfindungsfusion werden die Aktionäre mit MG-Aktien abgefunden. Sie sind danach an der Muttergesellschaft beteiligt. Die Tochtergesellschaft hält somit MG-Aktien, die sie zur Abfindung der Minderheitsaktionäre einsetzt. Die Muttergesellschaft muss eine entsprechende Reserve für eigene Aktien gebildet haben.

### Beispiel 2: Dreiecks-Abfindungsfusion – Abfindung mit MG-Aktien durch Tochtergesellschaft

#### Tochtergesellschaft (vor Fusion)

Umlaufvermögen	100,0	Verbindlichkeiten	120,0
MG-Aktien	10,0	Reserven	70,0
Anlagevermögen	170,0	Aktienkapital	90,0
	<u>280,0</u>		<u>280,0</u>
Stille Reserven	30,0		

#### Zielgesellschaft

Umlaufvermögen	60,0	Verbindlichkeiten	180,0
Anlagevermögen	200,0	Reserven	60,0
	<u>260,0</u>	Aktienkapital	20,0
			<u>260,0</u>
Stille Reserven	100,0		

Bilanzen wie Beisp. 1, mit dem Unterschied, dass MG-Aktien zur Abfindung verwendet werden. Stille Reserven auf MG-Aktien in Höhe von 5.

Austauschverhältnis: 1 Aktie der Zielgesellschaft (Verkehrswert: 0,9) berechtigt zum Bezug von 5,87 MG-Aktien (Verkehrswert: 0,153). Wird ein gerades Austauschverhältnis angestrebt (1:5), leistet die Tochtergesellschaft zusätzlich zu insgesamt 80 MG-Aktien eine Ausgleichszahlung von insgesamt 2,1 (gerundet 0,13 pro Aktie der Zielgesellschaft; Spitzenausgleich).

30 Sie können die für den Nullsatz gemäss dem jeweils anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen bzw. Art. 15 ZBstA erforderlichen Anteilsquoten von zumeist 20 bzw. 25 % nicht vorweisen.

31 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.6 und Ziff. 4.1.2.4.1; REICH, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, 282.

32 LOCHER, Art. 20 DBG N 6 ff., 75 ff.; WEIDMANN, Realisation und Zurechnung des Einkommens, 90 f.

33 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.6.

34 WEIDMANN, Realisation und Zurechnung des Einkommens, 91 f. Eine Milderung – aber nicht Beseitigung – bringt das Kapitaleinlageprinzip nach Art. 20 Abs. 3 DBG bzw. Art. 78b StHG (eingefügt durch das Unternehmenssteuerreformgesetz II).

35 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.6.2.7.

36 Wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, kann bei einer Naturalleistung das Meldeverfahren in Anspruch genommen werden (Art. 24 Abs. 1 lit. c VStV). Bei einer Barabfindung fehlt es jedoch von vornherein an der Möglichkeit eines Meldeverfahrens.

Bilanz Tochtergesellschaft nach Fusion und Abfindung mit MG-Aktien zu Verkehrswerten von 12,3 (Buchwert: 8,2; Realisation stiller Reserven in Höhe von 4,1) sowie einer Ausgleichszahlung von 2,1, woraus wiederum ein Wert der Investition der Muttergesellschaft von 355,6 (Eigenkapital der Tochtergesellschaft zu Verkehrswerten) ersichtlich ist:

#### Tochtergesellschaft (nach Fusion)

Umlaufvermögen	157,9	Verbindlichkeiten	300,0
MG-Aktien	1,8	Reserven	135,6
Anlagevermögen	370,0	Gewinn	4,1
		Aktienkapital	90,0
	<u>529,7</u>		<u>529,7</u>
Stille Reserven	125,9		

Die Bilanz der Muttergesellschaft präsentiert sich wie folgt:

#### Muttergesellschaft (vor Fusion)

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	190,0	Reserven	85,6
Beteiligung ZG	165,6	Reserve für eigene Aktien	10,0
		Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

#### Muttergesellschaft (nach Fusion)

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	355,6	Reserven	93,8
		Reserve für eigene Aktien	1,8
		Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

Die Auswirkungen auf die Bilanzen von Zielgesellschaft und/oder Tochtergesellschaft sind grundsätzlich dieselben wie bei der Barabfindung. Anstelle der flüssigen Mittel werden die Bestände an MG-Aktien vermindert, soweit nicht wegen eines Spitzenausgleichs eine Bar-Komponente vorzusehen ist. Aus Sicht der Muttergesellschaft hat diese Gestaltung grundsätzlich denselben Effekt wie eine Barabfindung.

Steuerlich liegt wie bei der Barabfindung eine Teilliquidation vor. Ausserdem muss bei einer Verwendung von MG-Aktien die Differenz zwischen Buch- und höherem Verkehrswert steuerlich gewinnwirksam aufgedeckt werden, weil es sich um eine Entnahme zu Gunsten der Aktionäre handelt<sup>37</sup>. Ob es sich um MG-Aktien oder andere Sachwerte handelt, ist hierbei ohne Bedeutung.

Als Teilliquidation ist die Übertragung der MG-Aktien grundsätzlich verrechnungssteuerpflichtig. Während die Überwälzung der Verrechnungssteuer bei einer Barabfindung durch Rückbehalt der Steuer erfolgt, kann die leistende Gesellschaft bei Lieferung von Sachwerten (d. h. insbesondere MG-Aktien) Problemen begegnen<sup>38</sup>. Die Übertragung der MG-Aktien ist als Teilliquidation

kein entgeltlicher Vorgang und damit nicht der Umsatzabgabe unterworfen.

Bei der Muttergesellschaft vermindert sich die Reserve für eigene Aktien erfolgsneutral zu Gunsten der allgemeinen Reserven, wenn MG-Aktien zur Abfindung eingesetzt werden. Hinsichtlich Gewinnsteuerwerten und Gesteuerungskosten ergeben sich keine Unterschiede zur Abfindung in bar. Die Verwendung von MG-Aktien durch die Tochtergesellschaft führt nicht dazu, dass auch auf der Ebene der Muttergesellschaft wegen einer Fusion mit Verwendung eigener Aktien die Verrechnungssteuer anfällt<sup>39</sup>.

Die Minderheitsaktionäre erzielen bei einer rein formellen Betrachtung einen steuerbaren Kapitalertrag in der Höhe der Differenz zwischen dem Verkehrswert der erhaltenen MG-Aktien und dem Nennwert der vernichteten ZG-Aktien. Es könnte jedoch argumentiert werden, dass nur eine positive Differenz zwischen dem Nennwert der erhaltenen MG-Aktien und dem Nennwert der vernichteten ZG-Aktien zur Besteuerung gelangen sollte, denn die privaten Aktionäre sind weiterhin auf den Reserven der Muttergesellschaft latent einkommenssteuerpflichtig.

## 5 Abfindung durch die Muttergesellschaft

### 5.1 Barabfindung

#### 5.1.1 Wirtschaftliche Analyse und buchmässige Behandlung

Bei der Barabfindungsfusion mit Abfindung durch eine Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft) übernimmt die absorbierende Tochtergesellschaft alle bereits vor der Abfindungsfusion bestehenden Aktiven und Verbindlichkeiten der absorbierten Zielgesellschaft, ohne dass es zu Abflüssen käme. Das kumulierte Eigenkapital der fusionierten Gesellschaften bleibt unverändert. Die Abfindung der Minderheitsaktionäre führt somit zu keiner Teilliquidation der fusionierten Gesellschaften.

Die Muttergesellschaft ist nach der Abfindungsfusion Eigentümerin sämtlicher Aktien. Weil das kumulierte Eigenkapital der beiden Tochtergesellschaften durch die Fusion nicht verändert wurde, hält sie nach der Fusion eine Beteiligung, welche einen höheren Wert als denjenigen ihrer beiden Beteiligungen vor der Fusion aufweist. Diese Wertzunahme ist darauf zurückzuführen, dass die

37 Vgl. LOCHER, Art. 58 DBG N 143 ff. Im Beisp. 2 werden somit stille Reserven im Betrag von 4,1 erfasst.

38 Allenfalls hilft das Meldeverfahren für Naturaldividenden (Art. 24 Abs. 1 lit. c VStV).

39 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.7 und Beisp. 5, Variante B, im Anhang I; kritisch hierzu Duss/von AH, Art. 4 VStG N 160.

quotalen Berechtigungen der bisherigen Minderheitsaktionäre am Eigenkapital der absorbierten Zielgesellschaft in die Anteile der Muttergesellschaft eingegangen sind.

**Beispiel 3: Barabfindungsfusion – Abfindung durch Muttergesellschaft**

**Tochtergesellschaft (vor Fusion)**

Umlaufvermögen	110,0	Verbindlichkeiten	120,0
Anlagevermögen	170,0	Reserven	70,0
		Aktienkapital	90,0
	<u>280,0</u>		<u>280,0</u>
Stille Reserven	30,0		

**Zielgesellschaft**

Umlaufvermögen	60,0	Verbindlichkeiten	180,0
Anlagevermögen	200,0	Reserven	60,0
		Aktienkapital	20,0
	<u>260,0</u>		<u>260,0</u>
Stille Reserven	100,0		

Gleiche Annahmen wie in Beisp. 1. Die Abfindung von 14,4 (Anteil Minderheitsaktionäre) wird von der Muttergesellschaft beglichen. Bilanz der Tochtergesellschaft nach Fusion, die einen Wert der Investition der Muttergesellschaft von 370 (Eigenkapital der Tochtergesellschaft zu Verkehrswerten) aufzeigt:

**Tochtergesellschaft (nach Fusion)**

Umlaufvermögen	170,0	Verbindlichkeiten	300,0
Anlagevermögen	370,0	Reserven	150,0
		Aktienkapital	90,0
	<u>540,0</u>		<u>540,0</u>
Stille Reserven	130,0		

Die Bilanz der Muttergesellschaft präsentiert sich wie folgt:

**Muttergesellschaft (vor Fusion)**

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	190,0	Reserven	95,6
Beteiligung ZG	165,6	Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

**Muttergesellschaft (nach Fusion)**

Umlaufvermögen	5,6	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	370,0	Reserven	95,6
		Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

Der Muttergesellschaft ist die Wertzunahme auf den Beteiligungen<sup>40</sup> nicht unentgeltlich zugekommen. Insbesondere ist die Wertzunahme ihrer Beteiligung nicht darauf zurückzuführen, dass die fusionierten Gesellschaften eine effektive Steigerung des Unternehmenswertes verzeichnen würden. Vielmehr rührt die Wertsteigerung daher, dass die Muttergesellschaft die Abfindung beglichen hat und indirekt in den Besitz der ihr noch fehlenden (Minderheits-) Beteiligung an der absorbierten Zielgesellschaft gelangt ist. Die Höhe der von der Muttergesellschaft geleisteten Abfindung entspricht dem Verkehrs-

wert, den die von den abgefundenen Minderheitsaktionären gehaltenen Aktien bzw. die darin verkörperten Quoten am Eigenkapital der absorbierten Zielgesellschaft aufwiesen.

Somit handelt es sich aus Sicht der Muttergesellschaft wirtschaftlich um einen Erwerbsvorgang: Die Muttergesellschaft bezahlt die Abfindung und erhält hierfür den Anteil an der absorbierten Zielgesellschaft, welcher durch die Fusion der Zielgesellschaft in die Tochtergesellschaft den unverändert bleibenden, von der Muttergesellschaft gehaltenen Aktien zuwächst. Eine Gewinnausschüttung oder ein Aufwand liegt nicht vor, denn die Muttergesellschaft erhält für die Abfindung indirekt einen entsprechenden Gegenwert. Demzufolge sind die Aufwendungen für die Abfindung als Anschaffungskosten der fusionierten Zielgesellschaft auf den (vereinigten) Buchwert der Tochtergesellschaft zu buchen.

## 5.1.2 Steuerliche Behandlung

Der Grund für die abweichende Beurteilung der Abfindung je nach dem, ob sie von der Tochter- oder der Muttergesellschaft gezahlt wird, liegt in der Unterscheidung zwischen Teilliquidation einerseits und Veräusserungs- bzw. Erwerbsvorgängen andererseits.

### 5.1.2.1 Gesellschaften

Für die beiden fusionierenden Gesellschaften ist die Fusion zu Gewinnsteuerwerten für die Gewinnsteuern und Stempelabgaben steuerneutral. Es bestehen diesbezüglich keine Unterschiede zum Fall der von der Tochtergesellschaft geleisteten Abfindung.

Hingegen bestehen Unterschiede bei der Verrechnungssteuer: Das Eigenkapital der beiden fusionierenden Gesellschaften wird nicht reduziert, weil die Abfindung von der Muttergesellschaft geleistet wird. Im Rahmen der Fusion werden weder der Tochter- noch der Zielgesellschaft Reserven entnommen. Die bisher bei diesen beiden Gesellschaften der Verrechnungssteuer latent unterworfenen Reserven unterliegen nach der Fusion bei der Tochtergesellschaft im gleichen Umfang latent der Verrechnungssteuer<sup>41</sup>. Es liegt demnach keine Teilliquidation vor, und auf Stufe Tochtergesellschaft und Zielgesellschaft treten keine Verrechnungssteuerfolgen ein.

Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass die börsengesetzliche Kraftloserklärung steuerlich sinngemäss beurteilt wird (vgl. oben, Abschn. 2.1). Ausserdem ist festzuhalten, dass die Bezahlung der Abfindung durch die Muttergesellschaft nicht – im Sinne einer «umgekehrten

<sup>40</sup> In Beisp. 3 belaufen sich die kumulierten Werte der Beteiligungen an der Tochtergesellschaft und der Zielgesellschaft vor der Fusion auf (190,0 + 165,6 =) 355,6; der Wert der Tochtergesellschaft nach Fusion beträgt (355,6 + 14,4 =) 370,0.

<sup>41</sup> Ausnahme nach Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG; KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.4.1.

Dreieckstheorie» – als eine Kapitaleinlage und nachfolgend als Teilliquidation der Zielgesellschaft angesehen werden darf. Für die Verrechnungssteuer und die Emissionsabgabe ist nach der Direktbegünstigtentheorie einzig das Verhältnis zwischen Muttergesellschaft und Minderheitsaktionär massgeblich<sup>42</sup>. Aus gewinnsteuerlicher Sicht kann nicht davon ausgegangen werden, die Muttergesellschaft übernehme Aufwand oder eine geldwerte Leistung der Zielgesellschaft, weil die Muttergesellschaft im eigenen (Aktionärs-)Interesse handelt.

### 5.1.2.2 Muttergesellschaft

Bei der Muttergesellschaft stellt die Abfindungsfusion, bei der sie die Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft abfindet, ein Erwerbsgeschäft dar. Gegen Entrichtung der Abfindung gelangt sie indirekt in den Besitz der restlichen Anteile an der Zielgesellschaft. Die Aufwendungen für die Abfindung werden auf den Beteiligungsbuchwert geschlagen. Buchhalterisch liegt also ein Aktiventausch vor. Wirtschaftlich ist es ein entgeltlicher Erwerbsvorgang, wobei dem Abfluss der Abfindung die Wertzunahme der Beteiligung gegenübersteht. Gewinnsteuerfolgen treten nicht ein. Die inskünftig geltenden Gestehungskosten setzen sich somit aus jenen für die absorbierende und die absorbierte Gesellschaft sowie aus dem Betrag der Abfindung zusammen.

Sodann fällt auf der Abfindung keine Verrechnungssteuer an, weil die Reserven der Muttergesellschaft, der Tochtergesellschaft und der Zielgesellschaft nicht berührt werden. Der Abfindung steht der Wertzuwachs der Beteiligung an der übernehmenden Tochtergesellschaft in Folge der Fusion gegenüber<sup>43</sup>. Weil keine Aktien ausgegeben werden, schuldet die Tochtergesellschaft keine Emissionsabgabe. Auch ist keine Umsatzabgabe zu bezahlen, weil die Aktien der Minderheitsaktionäre vernichtet werden (Rückgabe der Aktien zur Tilgung nach Art. 14 Abs. 1 lit. e StG).

### 5.1.2.3 Minderheitsaktionäre

Der private Aktionär, welcher die Aktien an der untergehenden Zielgesellschaft verliert und hierfür eine Abfindung von der Muttergesellschaft erhält, erzielt dadurch einen Kapitalgewinn oder erleidet einen Kapitalverlust. Eine Gewinnausschüttung bzw. eine Verminderung der Reserven, welche zu einer Besteuerung eines Vermögensertrages beim Aktionär führen würde, ist nach dem Gesagten nicht gegeben. Bei der übernommenen bzw. bei

der übernehmenden Gesellschaft verringern sich nämlich die Reserven nicht<sup>44</sup>. Deshalb kann diesbezüglich kein Vermögensertrag vorliegen<sup>45</sup>. Eine Besteuerung der Minderheitsaktionäre wegen indirekter Teilliquidation dürfte ausser Betracht fallen, weil es vorab an der Veräusserung von mindestens 20 % des Grundkapitals fehlt<sup>46</sup>.

Die von der Muttergesellschaft entrichtete Abgeltung führt zu keiner Verminderung der Reserven der Muttergesellschaft, so dass auch in dieser Hinsicht keine steuerbare Gewinnausschüttung gegeben ist. Vielmehr gibt der Aktionär die Aktien weg, um hierfür ein Entgelt zu erhalten. Die Qualifikation als Veräusserungsgeschäft des Minderheitsaktionärs entspricht derjenigen als Erwerbsgeschäft bei der Muttergesellschaft. Somit erzielt der private Aktionär bei einer Abfindungsfusion einen steuerfreien Kapitalgewinn oder hat einen steuerlich unbeachtlichen Kapitalverlust hinzunehmen<sup>47</sup>.

Im Bereich des Geschäftsvermögens ergibt sich ein steuerwirksamer Kapitalgewinn oder -verlust. Eine Kapitalgesellschaft wird den Beteiligungsabzug, anders als bei der Bezahlung der Abgeltung durch die übernehmende Gesellschaft, kaum in Anspruch nehmen können, weil es sich um ein Verkaufsgeschäft handelt und die bei Veräusserungsgewinnen vorausgesetzte Beteiligungsquote von 20 % für den Beteiligungsabzug nicht erreicht werden kann<sup>48</sup>.

42 Zur Direktbegünstigtentheorie vgl. BAUER-BALMELLI, Art. 21 VStG N 19 ff.; SAUPPER/WEIDMANN, vor Art. 3 FusG N 171 mwH.

43 Vgl. indirekte Begleichung der squeeze-out-Abfindung, KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.8, letzter Absatz.

44 BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 338 f.

45 Im Ergebnis ebenso REICH, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, 284. Der gedankliche Umweg über die Quasifusion ist aber, wie die Analyse der Verhältnisse gezeigt hat, nicht erforderlich und steht zudem im Widerspruch zu den Verhältnissen bei der Muttergesellschaft. Bei einer Quasifusion wäre dort eine Zunahme des Eigenkapitals zu verzeichnen, was hier aber nicht der Fall ist. Das Argument der Quasifusion kommt nur zum Tragen, wenn parallele Kapitalerhöhungen bei Tochtergesellschaft und Muttergesellschaft stattfinden.

46 Art. 7a Abs. 1 lit. a StHG bzw. Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG. Die indirekte Teilliquidation wäre im Einzelfall näher zu prüfen, wenn die Abfindungsfusion in einem inneren Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an der Zielgesellschaft stünde, so dass insgesamt unter der Voraussetzung, dass eine Mitwirkung der Verkäufer angenommen werden könnte, der Schwellenwert von 20 % überschritten würde. Für eine Steuerbarkeit müsste die weitere Voraussetzung gegeben sein, dass eine Ausschüttung aus Substanz, die beim Verkauf vorhanden war, innert fünf Jahren nach Verkauf erfolgt.

47 Indirekte squeeze-out-Abfindung gemäss KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.8, letzter Absatz.

48 Schwer vorstellbar – aber nicht auszuschliessen – ist, dass der Minderheitsaktionär früher bereits eine Beteiligung verkaufte und hiermit auf eine Quote von über 20 % gelangt, die er innerhalb eines Jahres, gestützt auf den gleichen unternehmerischen Entscheid, veräussert (KS Beteiligungserträge Ziff. 2.4.2b).

## 5.2 Abfindung mit Aktien der Muttergesellschaft

Die Abfindung muss nicht bar erfolgen, sondern kann insbesondere auch Aktien der Muttergesellschaft enthalten, womit eine Dreiecksfusion erzielt werden kann<sup>49</sup>. Die Muttergesellschaft benötigt eigene Aktien, die sie bereits in den eigenen Beständen hält oder durch eine Kapitalerhöhung neu schaffen kann.

### 5.2.1 Verwendung eigener Aktien (Treasury Shares)

Nachdem eine Dreiecks-Abfindungsfusion mit Abfindung durch eine Konzerngesellschaft (insbesondere die Muttergesellschaft) vor allem bei börsenkotierten Gesellschaften oder bei Gesellschaften mit einem anderweitig breit abgestützten Aktionärskreis sinnvoll und möglich erscheint, wird an dieser Stelle vorab die Verwendung eigener Aktien behandelt, welche die Muttergesellschaft vor der fraglichen Transaktion oder im Hinblick hierauf erworben hat und die nicht steuerlich liquidiert sind (Art. 4a VStG).

#### Beispiel 4: Dreiecks-Abfindungsfusion – Abfindung mit MG-Aktien durch Muttergesellschaft (eigene Aktien)

Gleiche Annahmen wie in den Beisp. 1 und 3. Die Abfindung von 14,4 (Anteil Minderheitsaktionäre) wird wie in Beisp. 3 von der Muttergesellschaft beglichen. Stille Reserven auf MG-Aktien in Höhe von 5.

Austauschverhältnis: 1 Aktie der Zielgesellschaft (Verkehrswert: 0,9) berechtigt zum Bezug von 5,87 MG-Aktien (Verkehrswert: 0,153). Wird ein gerades Austauschverhältnis angestrebt (1:5), leistet die Muttergesellschaft zusätzlich zu insgesamt 80 MG-Aktien eine Ausgleichszahlung von insgesamt 2,1 (gerundet 0,13 pro Aktie der Zielgesellschaft; Spitzenausgleich).

Somit ergibt sich dieselbe Bilanz der Tochtergesellschaft nach Fusion wie in Beisp. 3, mit einem Wert der Investition der Muttergesellschaft von 370 (Eigenkapital der Tochtergesellschaft). Die Bilanz der Muttergesellschaft präsentiert sich nach Fusion und Abfindung mit MG-Aktien zu Verkehrswerten von 12,3 (Buchwert: 8,2; Realisation stiller Reserven in Höhe von 4,1) sowie einer Ausgleichszahlung von 2,1 wie folgt:

#### Muttergesellschaft (vor Fusion)

Umlaufvermögen	10,0	Verbindlichkeiten	100,0
MG-Aktien	10,0	Reserven	85,6
Beteiligung TG	190,0	Reserve für	
Beteiligung ZG	165,6	eigene Aktien	10,0
	<u>375,6</u>	Aktienkapital	180,0
Stille Reserven	5,0		<u>375,6</u>

#### Muttergesellschaft (nach Fusion)

Umlaufvermögen	7,9	Verbindlichkeiten	100,0
MG-Aktien	1,8	Reserven	93,8
Beteiligung TG	370,0	Reserve für	
		eigene Aktien	1,8
		Gewinn	4,1
		Aktienkapital	180,0
	<u>379,7</u>		<u>379,7</u>
Stille Reserven	0,9		

Die bilanzielle Situation stellt sich weitgehend gleich dar wie bei einer von der Muttergesellschaft entrichteten Barabfindung. Der Gesamtbetrag der Reserven ist unverändert, wobei sich selbstverständlich die Reserve für eigene Aktien zu Gunsten der allgemeinen Reserven vermindert hat.

Auf die Gewinnsteuerneutralität der Fusion für die fusionierenden Gesellschaften hat es keinen Einfluss, ob die Abfindung durch die Muttergesellschaft in bar oder in Form von Aktien geleistet wird. Die Abfindung ist in beiden Fällen nicht Teil der (steuerlichen) Bilanz oder Erfolgsrechnung der fusionierenden Gesellschaften. Zudem ist auf Stufe der fusionierenden Gesellschaften keine Verrechnungssteuer geschuldet, weil keine Teilliquidation durchgeführt wird und das Ausschüttungssubstrat auf Ebene der fusionierten Gesellschaften erhalten bleibt. Auch die Beurteilung der Stempelabgabefolgen verändert sich nicht: Die Emissions- und Umsatzabgabe sind nicht geschuldet, weil die Fusion ohnehin befreit ist.

Bei der Muttergesellschaft kommt es gewinnsteuerlich zur Aufdeckung etwaiger stiller Reserven auf den eigenen MG-Aktien<sup>50</sup>.

Auf der von der Muttergesellschaft geleisteten Abfindung in MG-Aktien (inklusive eines allfälligen Spitzenausgleichs) fällt keine Verrechnungssteuer an. Wie bei der Barabfindung tritt kein Reservenverlust ein, weil der Abfindung der Wertzuwachs auf der Beteiligung infolge der Abfindungsfusion gegenübersteht. Es handelt sich auch nicht um eine verrechnungssteuerliche Liquidation der eigenen Aktien infolge Verwendung bei einer Fusion<sup>51</sup>, denn es gehen keine Reserven der Muttergesellschaft verloren. Eine derartige Liquidation tritt also, solange – unabhängig von der Fusion Zielgesellschaft/Tochtergesellschaft – nicht mehr als 10 % eigene Beteiligungsrechte gehalten werden (vgl. Art. 4a VStG), nicht

50 Für BETSCHART (Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, 97 f.) ist die Dreiecksfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft als Quasifusion zu qualifizieren. Bei dieser Beurteilung ist der Aktientausch für die Muttergesellschaft steuerneutral, sofern er zu Buchwerten (bzw. zum Buchwert des anteiligen Aktivenüberschusses bei Publikums-gesellschaften) durchgeführt wird.

51 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.3.7 und Beisp. 5, Variante B, in Anhang I.

49 Vgl. Botschaft FusG, 4403.

ein<sup>52</sup>. Die Verrechnungssteuer ist dann geschuldet, wenn die Muttergesellschaft die eigenen Aktien nicht erwirbt, sondern aus Reserven neu schafft.

Der Erwerb der eigenen Aktien durch die Muttergesellschaft unterliegt der Umsatzabgabe von 1,5 %, ausser wenn keine Effektenhändlerin beteiligt ist. Hingegen dürfte für die Übertragung der MG-Aktien auf die abgefundenen Aktionäre die Befreiung von der Umsatzabgabe gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. i StG in Anspruch genommen werden können, weil sie in Verbindung mit einer Fusion steht<sup>53</sup>. Auch die Rückgabe der TG-Aktien zur Tilgung unterliegt nicht der Umsatzabgabe (Art. 14 Abs. 1 lit. e StG).

Der Minderheitsaktionär erzielt nach dem Gesagten keinen Vermögensertrag, sondern einen Kapitalgewinn oder allenfalls -verlust (vorne, Abschn. 5.1.2.3). Nennwertdifferenzen zwischen den ZG- und MG-Aktien sind deshalb unbeachtlich.

Die Dreiecksfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft mit MG-Aktien wird in der Lehre häufig unter dem Titel der Quasifusion abgehandelt<sup>54</sup>. Für die Einkommens- und Verrechnungssteuer müssen jedoch die Voraussetzungen der Quasifusion nicht im Einzelnen erfüllt sein. Mangels Teilliquidation der fusionierten Gesellschaften und der Muttergesellschaft ist die Dreiecksfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft mit bestehenden MG-Aktien wie die oben behandelte Barabfindungsfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft steuerneutral.

## 5.2.2 Verwendung neu geschaffener Aktien

Die Dreiecks-Abfindungsfusion mit Abfindung durch eine Konzerngesellschaft (insbesondere die Muttergesellschaft) kann auch in der Weise erfolgen, dass die Muttergesellschaft neu geschaffene Aktien verwendet. Dies ist

ein recht komplexer Vorgang und setzt zwei Kapitalerhöhungen voraus<sup>55</sup>. Die Tochtergesellschaft erhöht ihr Aktienkapital bei der Absorption der Zielgesellschaft und emittiert neue Aktien. Mit den neuen TG-Aktien wird die Kapitalerhöhung der Muttergesellschaft liberiert. Die neuen MG-Aktien werden für die Abfindung der Minderheitsaktionäre verwendet. Wenn nicht sämtliche Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft zustimmen, können die Bezugsrechte auf TG-Aktien einer weiteren, treuhänderisch handelnden Partei zugewiesen werden. Die Treuhänderin bringt die neuen TG-Aktien im Rahmen einer Sacheinlage in die Muttergesellschaft ein, erhält hierfür neue Aktien der Muttergesellschaft und entrichtet mit ihnen die Abfindung zu Gunsten der Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft<sup>56</sup>.

### Beispiel 5: Dreiecks-Abfindungsfusion – Abfindung durch Muttergesellschaft mittels neu geschaffener MG-Aktien

#### Tochtergesellschaft (vor Fusion)

Umlaufvermögen	110,0	Verbindlichkeiten	120,0
Anlagevermögen	170,0	Reserven	70,0
		Aktienkapital	90,0
	<u>280,0</u>		<u>280,0</u>
Stille Reserven	30,0		

#### Zielgesellschaft

Umlaufvermögen	60,0	Verbindlichkeiten	180,0
Anlagevermögen	200,0	Reserven	60,0
		Aktienkapital	20,0
	<u>260,0</u>		<u>260,0</u>
Stille Reserven	100,0		

Gleiche Annahmen wie in den Beisp. 1 und 3. Die Abfindung von 14,4 (Anteil Minderheitsaktionäre) wird wie in Beisp. 3 von der Muttergesellschaft beglichen. Die Abfindung der Minderheitsaktionäre durch neu geschaffene MG-Aktien setzt zwei Kapitalerhöhungen voraus (Stufen Tochter- und Muttergesellschaft).

Bei einer Kapitalerhöhung von 3,6 weisen die neuen TG-Aktien einen Verkehrswert von 14,2 auf. Auf einen Spitzenausgleich wird verzichtet.

#### Tochtergesellschaft (nach Fusion und AK-Erhöhung)

Umlaufvermögen	170,0	Verbindlichkeiten	300,0
Anlagevermögen	370,0	Reserven	146,4
		Aktienkapital	93,6
	<u>540,0</u>		<u>540,0</u>
Stille Reserven	130,0		

52 Wenn sich die Rechtsprechung festigt, dass eine Überschreitung dieses Schwellenwertes dann keine Liquidation darstellt, wenn von Anfang an feststeht, dass die eigenen Aktien weiter verwendet werden (WALDBURGER/REICH, Rechtsprechung im Jahr 2004, 298 ff.), kann allenfalls die genannte Grenze zeitweise ohne negative steuerliche Konsequenzen überschritten werden. Dies mag in Konstellationen wie der hier diskutierten zutreffen.

53 Diese Rechtsfolge ist selbstverständlich, wenn die Dreiecksfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft als Quasifusion qualifiziert wird (KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.7.6).

54 BETSCHART, Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, 97 f.; REICH, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, 284. BERTSCHINGER/SPORI (Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 329 ff.) beschränken ihre Ausführungen zu den Steuerfolgen der Dreiecksfusion auf den Fall der Dreiecks-Abfindungsfusion mit Abfindung durch die Muttergesellschaft mit neu geschaffenen Aktien.

55 BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 319.

56 Vgl. dazu BERTSCHINGER/SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, 320; s. auch VON BÜREN/MAUERHOFER, Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, 783 f.

Die Bilanz der Muttergesellschaft präsentiert sich wie folgt:

**Muttergesellschaft (vor Fusion Zielgesellschaft/Tochtergesellschaft)**

Umlaufvermögen	20,0	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	190,0	Reserven	95,6
Beteiligung ZG	165,6	Aktienkapital	180,0
	<u>375,6</u>		<u>375,6</u>

**Muttergesellschaft (nach Fusion Zielgesellschaft/Tochtergesellschaft und Kapitalerhöhung Muttergesellschaft)**

Umlaufvermögen	17,9	Verbindlichkeiten	100,0
Beteiligung TG	366,9	Reserven	95,6
		Agio	1,2
		Aktienkapital	188,0
	<u>384,8</u>		<u>384,8</u>
Stille Reserven	3,1		

Austauschverhältnis: 1 ZG-Aktie (Verkehrswert: 0,9) berechtigt zum indirekten Bezug von 5,87 MG-Aktien (Verkehrswert: 0,153). Wird ein gerades Austauschverhältnis angestrebt (1:5), erhöht die Muttergesellschaft ihr Kapital bspw. um 8. Die Treuhänderin liberriert mit den ihr zugewiesenen TG-Aktien die Kapitalerhöhung der Muttergesellschaft von nominal 8. Der Verkehrswert der neu geschaffenen MG-Aktien beträgt 12,3 (Nennwert 8). Die Beteiligung an der Tochtergesellschaft erhöht sich um 9,2 (Einbuchung zu Equity). Das Aktienkapital wird um 8 erhöht; das Agio beläuft sich auf 1,2. Neu bestehen 3,1 stille Reserven auf der Beteiligung an der Tochtergesellschaft.

Die Treuhänderin gibt die neu geschaffenen MG-Aktien an die Minderheitsaktionäre aus. Die Muttergesellschaft bezahlt zusätzlich eine Ausgleichszahlung von insgesamt 2,1 (0,13 pro Aktie der Zielgesellschaft; Spitzenausgleich). Das Umlaufvermögen nimmt deshalb um 2,1 ab, die Beteiligung an der Tochtergesellschaft entsprechend zu. Die neuen Aktien von nominal 8 weisen einen Verkehrswert von 12,3 auf, woraus sich zusammen mit dem Spitzenausgleich von 2,1 ein Wert von 14,4 ergibt. Das Eigenkapital der Muttergesellschaft zu Verkehrswerten erhöht sich somit um 12,3 (14,4 Zunahme auf der Beteiligung an der Tochtergesellschaft [inkl. stille Reserven] und 2,1 Abnahme des Umlaufvermögens).

Die Abfindung mittels neu geschaffener MG-Aktien führt – anders als die Abfindung durch treasury shares – zu einer Verlängerung der MG-Bilanz. Das Eigenkapital nimmt um den Wert der eingelegten (neuen) TG-Aktien zu. Es liegt insoweit kein Aktivtausch, sondern eine Quasifusion vor. Das kumulierte Eigenkapital von Zielgesellschaft/Tochtergesellschaft verändert sich grundsätzlich nicht, sondern vermindert sich nur, wenn die Tochtergesellschaft einen Spitzenausgleich bezahlt. Praktisch wird wohl wenn möglich von einer solchen Ausgleichszahlung abgesehen und die Kapitalerhöhung der Tochtergesellschaft minimal ausfallen oder sich auf den Nennwert der bisherigen ZG-Aktien beschränken, wobei für die schon bisher von der Muttergesellschaft gehaltene Quote der Zielgesellschaft auf eine Kapitalerhöhung der Tochtergesellschaft verzichtet wird.

Auf der Ebene von Zielgesellschaft und Tochtergesellschaft stellt sich die Fusion gewinnsteuerneutral dar (vgl.

vorne, Abschn. 3). Die Kapitalerhöhung ist von der Emissionsabgabe (Art. 6 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG)<sup>57</sup> und von der Umsatzabgabe (Art. 14 Abs. 1 lit. i StG) befreit. Die Verrechnungssteuer fällt nur an, soweit der Nennwert der neuen TG-Aktien denjenigen der alten ZG-Aktien übersteigt (Gratisaktien; Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG und Art. 20 Abs. 1 VStV) oder ein Spitzenausgleich bezahlt wird. Als Begünstigte hat die Muttergesellschaft zu gelten, weil sie Eigentümerin der neuen TG-Aktien wird<sup>58</sup>.

Bei der Muttergesellschaft bildet ein etwaiger Spitzenausgleich einen Beteiligungsertrag, der vom Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 f. DBG profitiert. Dies sollte auch für den rechnerisch auf die Minderheitsaktionäre entfallenden, aber von der Muttergesellschaft erhaltenen Spitzenausgleich gelten<sup>59</sup>.

Die Kapitalerhöhung hat als Quasifusion zu gelten, weil die Muttergesellschaft mehr als 50 % der übernommenen Gesellschaft (Zielgesellschaft) hält und davon auszugehen ist, dass die Barkomponente weniger als 50 % ausmacht<sup>60</sup>. Die Einlage der neuen TG-Aktien erfolgt gewinnsteuerneutral (Art. 60 lit. a DBG). Wenn ZG-Aktien im Geschäftsvermögen betroffen sind, müssen gemäss der Verwaltungspraxis für die Sicherung der Gewinn- oder Einkommenssteuerneutralität die Buchwerte, welche die ZG-Aktien bisher bei den Minderheitsaktionären hatten, von der Muttergesellschaft übernommen werden. Bei Publikumsgesellschaften kann die Muttergesellschaft die Beteiligung zum Aktivenüberschuss zu Gewinnsteuerwerten (Equity) einbuchen<sup>61</sup>.

Die Muttergesellschaft schuldet keine Verrechnungssteuer, weil ihr keine Mittel entnommen werden<sup>62</sup>. Als Quasifusion ist die Kapitalerhöhung gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> StG von der Emissionsabgabe befreit, solange die

57 Unter dem Vorbehalt der Bildung übermässigen neuen Nennkapitals (vgl. KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.2.5).

58 Damit kommt für den Nennwertzuwachs das Meldeverfahren in Betracht (Art. 24 Abs. 1 lit. b VStV).

59 Zwar ist die Muttergesellschaft gerade nicht Eigentümerin der auf die Minderheit in der Zielgesellschaft entfallenden Aktienquote. Wenn der Beteiligungsertrag aber nicht bei der Muttergesellschaft erfasst würde, ergäbe sich eine Reservenentnahme bei der Zielgesellschaft und/oder der Tochtergesellschaft, ohne dass es zu einer Besteuerung als Ertrag käme. Eine Zurechnung an die Minderheitsaktionäre widerspräche der zivilrechtlichen Situation.

60 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.7.1.

61 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.7.2.1 iVm 4.6.2.3.

62 Vgl. KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.7.4. Die TG-Aktien gehen auf der Passivseite der MG-Bilanz in das Aktienkapital und das Agio ein. Die Einlage verringert sich gegenüber dem Verkehrswert um die Barkomponente zu Gunsten der Minderheitsaktionäre. Die Barkomponente ist aber keine Entnahme aus den Reserven der Muttergesellschaft, sondern ein Teilkaufpreis. Insoweit liegt ein Aktivtausch vor.

Barkomponente weniger als 50 % ausmacht<sup>63</sup>. Die Umsatzabgabe fällt nicht an, weil einerseits die TG-Aktien als Sacheinlage zur Liberierung der MG-Aktien eingelegt werden (Art. 14 Abs. 1 lit. b StG) und andererseits neue MG-Aktien emittiert werden (Art. 14 Abs. 1 lit. a StG).

Bei den Minderheitsaktionären liegt ein Tausch von ZG in MG-Aktien vor, woraus sich ein Kapitalgewinn oder -verlust ergibt (vorne, Abschn. 5.1.2.3). Ob die neuen MG-Aktien einen höheren Nennwert als die ZG-Aktien aufweisen, ist deshalb unbeachtlich. Im Geschäftsvermögen setzt die Steuerneutralität die Buchwertfortführung sowohl auf der Ebene der Minderheitsaktionäre als auch der Muttergesellschaft voraus.

## 6 Zusammenfassung

Die Abfindung bei einem squeeze-out merger ist, sofern sie von der Zielgesellschaft beglichen wird, eine der Verrechnungssteuer unterliegende und beim abgefundenen Minderheitsaktionär als Einkommen steuerbare geldwerte Leistung. Damit wird die Abfindungsfusion aus steuerlichen Gründen jedenfalls für die abgefundenen Aktionäre unattraktiv.

Die Abfindung kann jedoch auch von der Muttergesellschaft beglichen werden. Bei dieser Gestaltung wird die Abfindungsfusion auf der Stufe der Aktionäre steuerlich zu einem Kaufgeschäft. Die Abfindung durch eine Konzerngesellschaft (insbesondere die Konzernobergesellschaft) im Rahmen einer Abfindungsfusion kann deshalb eine interessante Alternative zur Abfindung durch die Zielgesellschaft darstellen, weil damit der Eintritt der Teilliquidation und die damit zusammenhängenden Steuerfolgen vermieden werden.

Der Effekt einer Dreiecksfusion kann dadurch erzielt werden, dass den Minderheitsaktionären anstelle einer Barabfindung Aktien der Muttergesellschaft ausgehändigt werden. Aus steuerlichen und praktischen Überlegungen steht regelmässig der Einsatz von treasury shares, die von der Muttergesellschaft gehalten und den Minderheitsaktionären übertragen werden, im Vordergrund.

## Literatur

- ALTENBURGER PETER/CALDERAN MASSIMO/LEDERER WERNER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004
- BAUER-BALMELLI MAJA, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005
- BERTSCHINGER URS/SPORI PETER, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), FS Bockli, Zürich/Basel/Genf 2006, 311 ff.
- BETSCHART PHILIPP, Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, StR 2006, 90 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2004
- BURCKHARDT SEBASTIAN, in: Frank Vischer/Vischer Anwälte und Notare (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004
- DUSS MARCO/VON AH JULIA, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005
- GLANZMANN LUKAS, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006
- GLAUSER PIERRE-MARIE, in: Xavier Oberson/Pascal Hanny (Hrsg.), StG. Kommentar Stempelabgaben, Zürich/Basel/Genf 2006
- GOTSCHEV GEORG G./SCHAUB CHRISTIAN, Der Abschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch Squeeze-Out Merger gemäss Fusionsgesetz, GesKR 2006, 265 ff.
- GRETER MARCO, Steuerliche Folgen der Kraftloserklärung gemäss Art. 33 Börsengesetz, SZW 1998, 82 ff.
- HINNY PASCAL, Die steuerliche Behandlung von spin-off, going private (insbesondere des Kraftloserklärungsverfahrens) und von Sanierungen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 201 ff.
- KÄCH HANS-JAKOB, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, GesKR 2007, 133 ff.

63 KS Umstrukturierungen Ziff. 4.1.7.1 und 4.1.7.5 (mit Vorbehalt der Abgabenumgehung).

KLÄY HANSPETER/TURIN NICHOLAS, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 1/2001, 1 ff.

LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Art. 49 - 101 DBG, Therwil/Basel 2004

PFUND W. ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, 1. Teil (Art. 1 - 20 VStG), Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Bd. 5, Basel 1971

REICH MARKUS, Steuerrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, in: Ernst A. Kramer/Peter Nobel/Robert Waldburger (Hrsg.), FS Böckli, Zürich/Basel/Genf 2006, 261 ff.

REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2004 (2. Teil), FStR 2005, 290 ff.

SAUPPER EVELINE/WEIDMANN MARKUS, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2004

SIMONEK MADELEINE/NORDIN MICHAEL, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/3, Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG), Basel 2006

STOCKAR CONRAD, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 4. A., Therwil/Basel 2006

STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Loseblattwerk, Therwil/Basel

TSCHÄNI RUDOLF/PAPA ROBERTA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2004

VON BÜREN ROLAND/MAUERHOFER MARK, Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), FS Wiegand, Bern 2005, 767 ff.

VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSELER FRANZ J./DIETRICH MARTIN/BERLINGER KATJA, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004

WEIDMANN MARKUS, Realisation und Zurechnung des Einkommens, FStR 2003, 83 ff.

WEIDMANN MARKUS/HÜRLIMANN DAVID, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2004

## Rechtsquellen und Materialien

BEHG, BG über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz) (vom 24.3.1995), SR 954.1

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

FusG, BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) (vom 3.10.2003), SR 221.301

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

VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.21

VStV, VV zum BG über die Verrechnungssteuer (vom 19.12.1966), SR 642.211

ZBstA, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (vom 26.10.2004), SR 0.641.926.81

Botschaft FusG, Botschaft zum BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) (vom 13.6.2000), BBl 2000, 4337 ff.

Unternehmenssteuerreformgesetz II, BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Referendumsvorlage, vom 23.3.2007), BBl 2007, 2321 ff.

## 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)

KS Umstrukturierungen, KS Nr. 5 (1-005-DVS-2004) der ESTV – Umstrukturierungen (vom 1.6.2004)

# Schweizerischer Holdingstatus und Novellierung des Treaty Shopping in Deutschland

Greift die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG Schweizer Holdingstrukturen an?

Dr. oec. Walter Jakob/Heiko Kubaile, MBA



Walter Jakob, Dr. oec. HSG, Partner, Leiter des Kompetenzzentrums Deutschland/Schweiz, Ernst & Young AG, Zürich; Lehrbeauftragter für Steuerrecht an der Universität St.Gallen



Heiko Kubaile, MBA (International Taxation), Steuerberater deutschen Rechts, Senior Manager, Leiter des German Tax Desk, Ernst & Young AG, Zürich

## Inhalt\*

<b>1</b>	<b>Problemstellung</b>	<b>3.2</b>	<b>Das schweizerische Holdingprivileg nach Art. 28 Abs. 2 StHG</b>
<b>2</b>	<b>Deutschland: Treaty Shopping nach § 50d Abs. 3 EStG</b>	3.2.1	Statutarischer Holdingzweck
<b>2.1</b>	<b>Begriffsdefinition</b>	3.2.2	Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz
<b>2.2</b>	<b>Bisherige Missbrauchsnorm gegen Treaty Shopping</b>	3.2.3	Zulässige Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in der Schweiz
<b>2.3</b>	<b>Hintergrund der Neuregelung von § 50d Abs. 3 EStG – Entwicklung der BFH-Rechtsprechung</b>	<b>3.3</b>	<b>Zwischenergebnis</b>
2.3.1	BFH-Rechtsprechung: Hilversum I	<b>4</b>	<b>Deutschland-Schweiz: Anpassung bestehender Strukturen</b>
2.3.2	BFH-Rechtsprechung: Hilversum II	<b>4.1</b>	<b>Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz</b>
<b>2.4</b>	<b>Verschärfung der deutschen Rechtslage ab 2007</b>	<b>4.2</b>	<b>Strukturierungsüberlegungen aus Schweizer Sicht</b>
2.4.1	Ziel der Gesetzesänderung	<b>4.3</b>	<b>Auswirkung auf Freistellungsbescheinigungen</b>
2.4.2	Die Verschärfungen im Einzelnen	<b>5</b>	<b>Ergebnis</b>
2.4.2.1	Fehlende wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe		<b>Anhang: Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007</b>
2.4.2.2	Nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit		<b>Literatur</b>
2.4.2.3	Keine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb		<b>Rechtsquellen</b>
<b>2.5</b>	<b>Tu quoque, Schweiz?</b>		<b>BMF-Schreiben und andere Praxisanweisungen</b>
<b>3</b>	<b>Schweiz: Voraussetzungen des Holdingprivilegs</b>		<b>Materialien und Berichte</b>
<b>3.1</b>	<b>Formen der Holdinggesellschaft</b>		

\* Die Autoren danken Herrn Dr. Christian Buck, Rechtsanwalt, für die verdienstvolle Mitarbeit.

## 1 Problemstellung

Der Steuerstandort Schweiz ist für viele internationale Investitionsstrukturen eine äusserst wettbewerbsfähige Alternative. Hierzu trägt auch das kantonale Schweizer Holdingregime bei. Dabei wurde der Holdingstandort Schweiz durch Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen (nachfolgend: ZBstA) noch weiter aufgewertet. Allerdings ist für deutsche Investoren eine ausländische Holdingstruktur nicht immer vorteilhaft; je nach Ausgangslage können insbesondere gewerbsteuerliche Nachteile zum Tragen kommen. Nichtsdestotrotz versucht die deutsche Finanzverwaltung, mit einer verschärften Regelung zum treaty shopping international attraktive Holdingstandorte wie die Schweiz zusätzlich anzugreifen. Parallel übt die EU-Kommission Druck auf die Eidgenossenschaft aus, einen Teil der besonderen Schweizer Steuerregime, darunter auch das kantonale Holdingregime, anzupassen oder abzuschaffen.

Im vorliegenden Beitrag wird der Einfluss der im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 (nachfolgend JStG 2007)<sup>1</sup> verschärften deutschen Regelung zum treaty shopping in § 50d Abs. 3 Einkommensteuergesetz (hiernach: EStG) auf Holdingstrukturen aufgezeigt. Dazu wird im Folgenden zunächst in Abschn. 2 der Begriff des treaty shopping präzisiert (Abschn. 2.1) und das grundsätzliche Konzept einer Missbrauchsbekämpfung (anti-treaty/anti-directive shopping-Regelungen) vorgestellt (Abschn. 2.2). Ferner wird dort auch die gesetzliche Neuregelung in Deutschland genauer unter die Lupe genommen, und zwar unter Darstellung ihres Hintergrundes (Abschn. 2.3) und der (kritischen) Verschärfungen im Einzelnen (Abschn. 2.4). Anschliessend wird in Abschn. 3 das Schweizer Holdingprivileg dargestellt, um sodann in Abschn. 4 notwendige Strukturanpassungen nach Schweizer und deutschem Recht aufzuzeigen.

## 2 Deutschland: Treaty Shopping nach § 50d Abs. 3 EStG

### 2.1 Begriffsdefinition

Als «treaty shopping» bzw. «directive shopping»<sup>2</sup> werden internationale Gestaltungen bezeichnet, die durch

die Errichtung einer ausländischen Basis- oder Zwischengesellschaft die Vergünstigungen eines Doppelbesteuerungsabkommens<sup>3</sup> (dann «treaty shopping») und/oder von EU-Richtlinien<sup>4</sup> (dann «directive shopping») erkaufen sollen. Einer der Schwerpunkte der Gestaltungs Bemühungen liegt hierbei in der Senkung der Quellensteuerbelastung, und zwar nicht nur in der Beteiligungssphäre (Dividenden), sondern auch bei austauschrechtlichen Beziehungen zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern (vor allem bei Zinsen und Lizenzgebühren)<sup>5</sup>.

Eine gängige Strukturierung im Verhältnis Deutschland-Schweiz sieht etwa wie folgt aus: Ein in der Schweiz ansässiger Investor gründet oder erwirbt eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Deutschland. Schüttet diese Kapitalgesellschaft Dividenden aus, erhebt Deutschland mit der Kapitalertragsteuer eine Quellensteuer (§ 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 iVm § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) in Höhe von grundsätzlich 20 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 EStG)<sup>6</sup>. Bei einer Ausschüttung an den Schweizer Investor wird die deutsche Kapitalertragsteuer auf Antrag gemäss § 50d Abs. 1 S. 2 und 3 EStG iVm Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D wieder in Höhe von 5 %-Punkten erstattet (Formular R-D 1). Im Ergebnis fallen somit 15 % Quellensteuer an<sup>7</sup>. Schaltet nun aber der Schweizer Investor zusätzlich eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft<sup>8</sup>, etwa eine Schweizer (Familien-)Holding, als Anteilseignerin zwischen sich und die deutsche Kapitalgesellschaft, partizipiert er an der sog. Nullregelung von Art. 10 Abs. 3 DBA-D<sup>9</sup>. Auf

1 Durch die 20 Artikel des JStG 2007 werden mehrere Einzelgesetze geändert. Für einen Überblick zu den international relevanten Änderungen durch das JStG 2007 vgl. u. a. KUBAILE/BUCK, Das Jahressteuergesetz 2007 hat auch internationale Steuergestaltungen erschwert, S. 78 ff.

2 Begriffe und Definitionen etwa bei JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 436 f., 824 f., 862 f.; LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 6 f.

3 Etwa die sog. Nullregelung in Art. 10 Abs. 3 DBA-D, die – sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind – auf Dividendenausschüttungen greift.

4 Zu nennen sind hier bspw. die Mutter-Tochter-RL und die Zinsen-/Lizenzgebühren-RL. Im Verhältnis zur Schweiz ist nach Art. 15 ZBstA iVm dem Beschluss 2004/911/EG des Rates vom 2.6.2004 (ABl. EU Nr. L 385, S. 28) die Quellensteuer-Entlastung quasi nach der Mutter-Tochter- und der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL in ihren ursprünglichen Fassungen im Verhältnis zur Schweiz durchzuführen. Für Dividenden ist Art. 10 Abs. 3 DBA-D günstiger als Art. 15 Abs. 1 ZBstA (vgl. auch BMF-Schreiben vom 28.6.2005).

5 Vgl. JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 437.

6 Zusätzlich fällt 5,5 % Solidaritätszuschlag an. Trägt die Gesellschaft, welche die Kapitalerträge schuldet, die Kapitalertragsteuer, beträgt der Steuersatz 25 % (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 EStG).

7 Dabei ist die Steuerermässigung von Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D auf 15 % zuerst auf den Solidaritätszuschlag zu beziehen, der damit in casu entfällt (§ 5 SolzG 1995).

8 Art. 10 Abs. 3 DBA-D spricht von «Gesellschaft». Nach der Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. e DBA-D bedeutet dieser Ausdruck «juristische Personen oder Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden». Personengesellschaften werden von beiden Seiten als steuerlich transparent behandelt (klargestellt in Ziff. 1 lit. b von Art. VI des Revisionsprotokolls zum DBA-D).

9 Für alle Dividenden, die am oder nach dem 1.1.2002 fällig werden (vgl. Artikel VII Abs. 2 lit. b des Revisionsprotokolls zum DBA-D).

diese Weise lässt sich mit der Zwischenschaltung einer Schweizer Gesellschaft ein Quellensteuervorteil (sog. Dividendenrouting) erzielen<sup>10</sup>.

## 2.2 Bisherige Missbrauchsnorm gegen Treaty Shopping

Treaty shopping-Klauseln (als anti-treaty/anti-directive shopping-Regelungen) sollen aus Sicht der nationalen Gesetzgeber missbräuchliche Gestaltungen ausschließen. Zur Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen stellte der deutsche Gesetzgeber in § 50d Abs. 3 EStG<sup>11</sup> Steuervergünstigungen aus DBA/EU-Richtlinien unter einen Umgehungsvorbehalt<sup>12</sup>: Eine ausländische Gesellschaft hatte in Deutschland nach § 50d Abs. 3 EStG a. F., also vor 2007, keinen Anspruch auf Quellensteuerentlastung, soweit:

- Personen an ihr beteiligt waren, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zugestanden hätte, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten; und
- für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlten; und
- sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltete.

Bereits dann, wenn eine dieser Prämissen widerlegt werden konnte, trat die gewünschte Quellensteuerentlastung bei Dividenden, Zinsen und Lizenzen ein.

Die Kriterien für die steuerliche Anerkennung zwischengeschalteter ausländischer Gesellschaften hat der deutsche Gesetzgeber mit dem JStG 2007 deutlich verschärft.

## 2.3 Hintergrund der Neuregelung von § 50d Abs. 3 EStG – Entwicklung der BHF-Rechtsprechung

Mit der Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG reagierte der deutsche Gesetzgeber auf eine geänderte Rechtsprechung des höchsten deutschen Finanzgerichts, des Bundesfinanzhofs (BFH): In seinen sog. Hilversum-Entscheidungen ging der BFH dazu über, die Zwischen-

schaltung ausländischer Holding-Gesellschaften bei der Quellensteuerentlastung in deutlich weiterem Umfang zu akzeptieren als zuvor (vgl. Abschn. 2.3.1). Nach Ansicht der deutschen Finanzverwaltung stand zu befürchten, dass die bisherige Norm von § 50d Abs. 3 EStG a. F. ins Leere laufe. Gegen diese Entwicklung richtet sich nun die restriktivere Fassung von § 50d Abs. 3 EStG durch das JStG 2007 (vgl. Abschn. 2.3.2).

Der BFH musste sich in verschiedenen Fällen mit der erforderlichen Substanz von Auslandsgesellschaften beschäftigen, und zwar sowohl bei out- als auch bei inbound-Gestaltungen<sup>13</sup>. Allerdings gab der BFH seine zunächst restriktive Rechtsprechung zu inbound-Fällen im Zuge seiner «Hilversum-Rechtsprechung» auf.

### 2.3.1 BFH-Rechtsprechung: Hilversum I

Die Entscheidung Hilversum I<sup>14</sup> aus dem Jahr 2002 basiert auf folgendem Sachverhalt: Die niederländische Kapitalgesellschaft eines Medienkonzerns domizierte im niederländischen Hilversum in den Geschäftsräumen einer Schwestergesellschaft, deren Telefon- und Telefaxanschlüsse sie nutzte. Ihr Geschäftsführer war auch Geschäftsführer anderer Konzernunternehmen; weiteres Personal hatte sie nicht. Die Anteile an der Hilversum-Gesellschaft hielt eine auf den Bermudas ansässige Holding, deren Gesellschafter wiederum auf den Bermudas, in Australien und in den USA residierten. Die Hilversum-Gesellschaft hielt nur Anteile an einer deutschen GmbH; ihre Muttergesellschaft war an weiteren niederländischen Tochtergesellschaften und an Enkelgesellschaften in anderen Ländern beteiligt. Von den Dividenden der deutschen Tochter-GmbH wurde in Deutschland Kapitalertragsteuer einbehalten. Die Hilversum-Gesellschaft begehrte die Ermässigung und Erstattung der Kapitalertragsteuer gemäss § 44d EStG, der damaligen deutschen Vorschrift zur Umsetzung der Vorgaben der Mutter-Tochter-RL<sup>15</sup> (heute: § 43b EStG). Der BFH entschied, dass die Gesellschaft zwar die Voraussetzungen für eine Steuerentlastung nach dem damaligen § 44d EStG erfüllte.

10 Dabei muss nach § 50d Abs. 2 S. 1 und 5 EStG der deutschen Kapitalgesellschaft als Schuldnerin der Kapitalerträge eine vom Bundeszentralamt für Steuern erteilte Freistellungsbescheinigung nach § 50d Abs. 2 S. 1 - 4 EStG vorliegen. Alternativ kann im Nachgang ein Erstattungsantrag gestellt werden (Art. 28 Abs. 2 DBA-D).

11 Die anti-treaty shopping-Regelung wurde mit dem StMBG vom 21.12.1993 ab 1994 in § 50d Abs. 1a EStG eingefügt; sie steht seit der Neufassung von § 50d EStG mit dem StÄndG 2001 vom 20.12.2001 in § 50d Abs. 3 EStG. In diesem Aufsatz wird daher § 50d Abs. 3 EStG zitiert, auch wenn noch § 50d Abs. 1a EStG einschlägig war (bspw. bei Hilversum I, vgl. nachfolgend).

12 Vgl. JACOBS, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 437.

13 Während es in inbound-Fällen (Aktivitäten von Ausländern im Inland) meist um die Inanspruchnahme von DBA zur Vermeidung einer Quellenbesteuerung geht, stellt sich in outbound-Fällen (Aktivitäten von Inländern im Ausland) die Frage nach der Abschirmwirkung der ausländischen Gesellschaft gegenüber einer deutschen Besteuerung; vgl. NIEDRIG, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, S. 474.

14 BFH, 20.3.2002, I R 38/00, IStR 2002, S. 597, JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 20.3.2002, I R 38/00; vgl. auch STOSCHEK/PETER, § 50d Abs. 3 EStG – erste Rechtsprechung zu einer verfehlten Missbrauchsvorschrift – Vereinbarkeit von § 50d Abs. 3 EStG mit Europarecht?, S. 656 ff.

15 Vom 1.1.2007 bis zum 31.12.2008 beträgt die Mindestbeteiligungsquote der Mutter- an der Tochtergesellschaft für die Quellensteuerentlastung von Dividenden 15 %, ab dem 1.1.2009 10 %.

Sie sei aber eine funktionslose Basisgesellschaft, ihre Zwischenschaltung rechtsmissbräuchlich. Daher sei ihr nach der anti-treaty shopping-Regelung von § 50d Abs. 3 EStG<sup>16</sup> und nach der allgemeinen Missbrauchsnorm des deutschen Steuerrechts, § 42 Abgabenordnung (AO)<sup>17</sup>, die Steuerentlastung zu verweigern. Ferner vertrat der BFH in dieser Entscheidung die Ansicht, seine Missbrauchsrechtsprechung verstosse nicht gegen Abkommensrecht, gegen EG-Recht oder gegen Verfassungsrecht<sup>18</sup>.

### 2.3.2 BFH-Rechtsprechung: Hilversum II

In seiner Hilversum II-Entscheidung<sup>19</sup> kam der BFH zu einem anderen Ergebnis als noch bei Hilversum I<sup>20</sup>. Dieses Mal ging es um zwei Kapitalgesellschaften desselben Medienkonzerns – Schwestergesellschaften der Hilversum I-Gesellschaft –, die ihren Sitz ebenfalls in den Niederlanden hatten. Wieder nutzten die Gesellschaften Geschäftsräume, Telefon- und Telefaxanschlüsse einer anderen Konzerngesellschaft und hatten – abgesehen von den Geschäftsführern – keine Mitarbeiter. Die Anteile an beiden Gesellschaften hielt eine auf den Niederländischen Antillen ansässige Holdinggesellschaft, über der wieder die oben erwähnte Holding (vgl. Abschn. 2.3.1) auf den Bermudas stand. Aufgabe beider Hilversum II-Gesellschaften war es, Beteiligungen an anderen Tochtergesellschaften zu halten. Auch sie verlangten nach dem damaligen § 44d EStG (heute: § 43b EStG) die Ermässigung und Erstattung der deutschen Kapitalertragsteuer, die von Dividenden ihrer deutschen Tochtergesellschaften einbehalten worden war.

Laut BFH waren nunmehr die zwischengeschalteten ausländischen Kapitalgesellschaften auch ohne eigene Geschäftsräume, -ausstattung und eigenes Personal nicht als missbräuchlich iSv § 42 AO oder § 50d Abs. 3 EStG<sup>21</sup>

anzusehen: Die Zwischenschaltung konzernabhängiger Kapitalgesellschaften sei – selbst wenn sie von ihrem Gesellschafter fast nur mit Fremdkapital ausgestattet werden – nicht per se rechtsmissbräuchlich<sup>22</sup>. Entscheidend sei vielmehr, dass die zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften innerhalb eines ansonsten wirtschaftlich aktiven Konzerns aus organisatorischen und haftungsrechtlichen Gründen als selbständige Projektgesellschaften ausgegliedert waren und dass dieses Struktur- und Strategiekonzept der Ausgliederung von Beteiligungsaktivitäten in selbständige Kapitalgesellschaften konzernintern durchgängig für alle Auslandsengagements und auf Dauer verwirklicht wurde. Der BFH sah im Zweck der Einschaltung der Kapitalgesellschaften nicht allein die Erlangung abkommensrechtlicher Vorteile (treaty bzw. directive shopping): Die Gesellschaften domizilierten vielmehr in den Niederlanden, wo der Konzern sein aktives europäisches Kerngeschäft betrieb. Ihre Zwischenschaltung diene also nicht der Erlangung von Abkommensvorteilen, sondern erfüllte wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe (§ 50d Abs. 3 EStG)<sup>23</sup>.

### 2.4 Verschärfung der deutschen Rechtslage ab 2007

Die Entwicklung in der Rechtsprechung des BFH – nämlich die erweiterte Zulassung ausländischer Zwischengesellschaften – missfiel der deutschen Finanzverwaltung und dem deutschen Gesetzgeber. Deshalb reagierte zunächst das Bundesfinanzministerium (BMF) auf die Entscheidung des BFH in Hilversum II mit einem sog. Nichtanwendungserlass<sup>24</sup>, welcher der Finanzverwaltung die Anwendung des Urteils über den entschiedenen Einzelfall hinaus untersagt. Der Gesetzgeber reagierte ebenfalls: Durch das unspektakulär klingende JStG 2007 wurde die deutsche Norm zum anti-treaty shopping (§ 50d

16 Vgl. den Hinweis in Fn 11.

17 Nach § 42 AO ist die Zwischenschaltung von Gesellschaften im niedrig besteuerten Ausland missbräuchlich, wenn hierfür wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen.

18 Vgl. BFH, Hilversum I, IStR 2002, S. 597, 599 f., vgl. dazu auch NIEDRIG, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, S. 474, 478.

19 BFH, 31.5.2005, I R 74/04, I R 88/04, IStR 2005, S. 710, JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, und HAARMANN, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04; vgl. auch FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284.

20 Vgl. FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284: Gründe dürften europarechtliche Erwägungen gewesen sein, da die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Kapitalgesellschaften einen diskriminierenden Eingriff in die sekundäre Niederlassungsfreiheit darstelle.

21 Dabei scheint der BFH (Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711) vom Vorrang von § 50d Abs. 3 EStG gegenüber § 42 AO kraft Spezialität auszugehen. Ein Sachverhalt, der § 50d Abs. 3 EStG genügt, sollte damit an § 42 AO nicht scheitern. Vgl.

auch JACOB/KLEIN, Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, S. 711, 712; HAARMANN, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, S. 713. § 50d Abs. 3 EStG schliesst aber § 42 AO nicht aus (so die Gesetzesbegründung zum JStG 2007).

22 BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711 unter Verweis auf BFH, 17.11.2004, I R 55/03, DStRE 2005, S. 580, und auf BFH, 25.2.2004, I R 42/02, IStR 2004, S. 527.

23 Vgl. BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711. Zudem hielten die Gesellschaften anders als bei Hilversum I jeweils mehrere Beteiligungen. Auch der weitere Versagungsgrund von § 50d Abs. 3 EStG, die fehlende Entfaltung einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, könnte somit nach Ansicht des BFH nicht erfüllt sein, wobei der BFH (S. 711) diese Frage letztendlich offen liess. Zu § 50d Abs. 3 EStG vgl. Fn 11.

24 BMF-Schreiben vom 30.1.2006; dazu GROTHERR, Keine deutsche Kapitalertragsteuerentlastung bei Einschaltung einer ausstattungslosen Zwischenholdinggesellschaft im Ausland, S. 361 ff.; HERGETH/ETTINGER, Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 31.5.2005 zu § 50d Abs. 3 EStG, S. 307 ff.

Abs. 3 EStG) mit Wirkung ab 1.1.2007 verschärft<sup>25</sup>. Dies könnte sich für viele international gebräuchliche Strukturen als «Sprengsatz»<sup>26</sup> erweisen – auch wenn das neue BMF-Schreiben vom 3.4.2007 diesen teils wieder entschärft hat. Von der bleibenden Verschärfung sind insbesondere klassische, funktions- und personenschwache Holdingstrukturen betroffen, wie sie – bedingt durch das Holdingprivileg in Art. 28 StHG und den kantonalen Vorschriften – auch in der Schweiz anzutreffen sind.

#### 2.4.1 Ziel der Gesetzesänderung

Die Gesetzesbegründung zum JStG 2007<sup>27</sup> (nachfolgend: Gesetzesbegründung) verweist als Ziel für die Änderung von § 50d Abs. 3 EStG auf die in Abschn. 2.3.2 behandelte Entscheidung Hilversum II: Die Änderung bezweckt laut Gesetzesbegründung eine «Klarstellung», was Sinn und Zweck von § 50d Abs. 3 EStG sei. Diese «Klarstellung», «Festigung und Konkretisierung von § 50d Abs. 3 EStG» als Missbrauchsregelung soll sich an die frühere Rechtsprechung anlehnen. Nach Ansicht des Gesetzgebers war die Neufassung von § 50d Abs. 3 EStG geboten, um zunehmenden Steuerplanungstechniken zu begegnen, mit denen die Besteuerung von Dividendenausschüttungen durch gezielte Zwischenschaltung spezifisch ausgestalteter ausländischer Gesellschaften umgangen werden sollte<sup>28</sup>. Dabei machte der deutsche Gesetzgeber von seiner vom Bundesverfassungsgericht<sup>29</sup> bestätigten weitgehenden Befugnis zur Typisierung der Vielzahl der Einzelfälle Gebrauch, etwa im Rahmen der 10 %-Grenze (vgl. hierzu Abschn. 2.4.2.2).

Für die einzelnen Voraussetzungen von § 50d Abs. 3 EStG gilt nach dessen Neufassung und unter Berücksichtigung des neuen BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Folgendes:

#### 2.4.2 Die Verschärfungen im Einzelnen

Mit dem JStG 2007 wurden Struktur und Charakter der anti-treaty shopping-Norm von § 50d Abs. 3 EStG massgeblich geändert: Nach der Neufassung hat ab dem Ver-

anlagungszeitraum 2007 eine ausländische Gesellschaft keinen Anspruch mehr auf völlige oder teilweise Entlastung von der deutschen Quellensteuer, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten (§ 50d Abs. 3 S. 1 EStG), und:

- für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen *oder* (also nun alternativ statt wie bislang kumulativ<sup>30</sup> und unter Hinzufügung einer 10%-Grenze, § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG)
- die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 % ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt *oder* (neue Voraussetzung ab 2007, § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG)
- die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG).

Die neue Alternativ-Verknüpfung führt dazu, dass – soweit nicht die Quellensteuererstattung oder -freistellung an der ausländischen Gesellschaft Beteiligten auch im Fall ihrer unmittelbaren Erzielung der Einkünfte zustände, alle drei Ziff. in § 50d Abs. 3 S. 1 EStG n. F. zu widerlegen sind, um ein Eingreifen von § 50d Abs. 3 S. 1 EStG n. F. zu verhindern.

Massgebend sind ausschliesslich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft selbst; organisatorische, wirtschaftliche oder sonst beachtliche Merkmale der Unternehmen, die der ausländischen Gesellschaft nahe stehen, bleiben ausser Betracht (§ 50d Abs. 3 S. 2 EStG). Dabei fehlt es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt (§ 50d Abs. 3 S. 3 EStG). Den Entlastungsnachweis über das fehlende Eingreifen von § 50d Abs. 3 EStG muss die ausländische Gesellschaft erbringen (Tz 13 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

25 Vgl. Art. 20 Abs. 1, Abs. 6 iVm Art. 1 Nr. 41 (Neufassung u. a. von § 50d Abs. 3 EStG) des JStG 2007, S. 2878, 2912.

26 Vgl. JAKOB/KUBAILE, Missbrauchsnorm greift Schweizer Holdingstrukturen an, S. 29.

27 Vgl. – auch zu den nachfolgenden Zitaten – stets die Gesetzesbegründung zum JStG 2007 zu Nr. 38 lit. a (§ 50d Abs. 3 EStG).

28 Vgl. die Gesetzesbegründung, S. 60: «Solche Gesellschaften existieren meist nur auf dem Papier, d. h. sie sind nur im Handelsregister eingetragen und verfügen über keine eigene, dem Geschäftszweck angemessene Geschäftsausstattung; manchmal existieren sie noch nicht einmal auf Papier, sondern als sog. Briefkastengesellschaften. Meist üben sie keine oder nur geringe gewerbliche Aktivitäten aus oder sie übertragen die von ihnen ausübenden Tätigkeiten auf Dritte».

29 BVerfG, 6.3.2002, 2 BvL 17/99, Rn 207.

30 Die bisherige, kumulative Fassung ergab sich aus dem früheren Wortlaut («und») und war soweit ersichtlich nie angezweifelt worden (vgl. BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711; FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426). Dagegen vertrat das BMF im Nichtanwendungserlass zu Hilversum II (BMF-Schreiben vom 30.1.2006), es müsse Alternativität zwischen den Ziff. 1 und 2 vorliegen. Dem trat das FG Köln wegen des eindeutigen Wortlauts von § 50d Abs. 3 EStG a. F., seinem Normzweck und der Gesetzeshistorie unter Verweis auf die ständige BFH-Rechtsprechung und die Gesetzesmaterialien entgegen (FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426; vgl. auch HÖLZEMANN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften, S. 830, 832).

Die dargestellten Grundsätze in § 50d Abs. 3 S. 1 - 3 EStG sind nicht anzuwenden, wenn mit der Hauptgattung der Aktien der ausländischen Gesellschaft ein wesentlicher und regelmässiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet oder für die ausländische Gesellschaft die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes gelten (§ 50d Abs. 3 S. 4 EStG). Eine «anerkannte Börse» bedeutet dabei nach Tz 10.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 einen organisierten Markt iSv § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes<sup>31</sup> und vergleichbare Märkte mit Sitz ausserhalb der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums. Die weitere Ausnahme von Investmentvermögen in § 50d Abs. 3 S. 4 EStG gilt nach Tz 10.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 nur für ausländische Investmentvermögen des Kapitalgesellschaftstyps, also mit Investmentaktiengesellschaften iSv § 2 Abs. 5 des Investmentgesetzes<sup>32</sup> vergleichbare Konstrukte. Zu beachten sind im Zusammenhang mit Investmentvermögen zusätzliche Restriktionen nach Tz 10.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007. Bereits aus der Systematik von § 50d Abs. 3 EStG folgt, dass sein Anwendungsbereich etwaige Entlastungsansprüche nicht erfasst, die sich aus der Zuweisung des Besteuerungsrechts nach einem DBA für andere Einkünfte – z. B. Gewinne aus der Veräusserung von Beteiligungen – ergeben (Tz 2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Ferner gilt § 50d Abs. 3 EStG nicht, falls zwischen dem Ansässigkeitsstaat der ausländischen Gesellschaft und Deutschland ein DBA mit abschliessender Missbrauchsregelung besteht (Tz 11 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007); dies ist soweit ersichtlich aber nur im Verhältnis Deutschland-USA der Fall, nicht im Verhältnis zur Schweiz (s. Abschn. 4.1).

Sind an der ausländischen Gesellschaft auch nicht entlastungsberechtigte Personen beteiligt und scheidet insoweit eine Quellensteuerentlastung gemäss § 50d Abs. 3 EStG aus, ist zur Feststellung der Höhe des Steuerentlastungsanspruchs für jeden Gesellschafter gesondert zu prüfen, wie hoch sein Entlastungsanspruch wäre, wenn

er die Einkünfte unmittelbar erzielte. Der Steuerentlastungsanspruch der Gesellschaft ergibt sich aus der Summe der fiktiven Entlastungsansprüche der Gesellschafter<sup>33</sup>.

Für die Verschärfungen in § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 - 3 EStG n. F. gilt im Einzelnen Folgendes:

#### 2.4.2.1 Fehlende wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe

Eine Quellensteuerentlastung wird dann nicht gewährt, wenn für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG). Nach der Gesetzesbegründung fehlt ein wirtschaftlicher Grund für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft, wenn sie überwiegend der Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten dient und für eine künftige Erbregelung oder für den Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter eingesetzt werden soll<sup>34</sup>. Dagegen kommen nach der Gesetzesbegründung als «sonst beachtliche» Gründe überraschenderweise u. a. rechtliche, politische oder religiöse Gründe in Betracht<sup>35</sup>. Abzustellen ist dabei – anders als nach der BFH-Entscheidung Hilversum II, in der eine Konzernbetrachtung zugelassen wurde (vgl. Abschn. 2.3.2) – ausschliesslich auf die Gesellschaft als solche, auch wenn sie Teil eines Konzerns ist (vgl. § 50d Abs. 3 S. 2 EStG und die Gesetzesbegründung): Struktur- und Strategiekonzepte für einen Konzern dürfen demnach nicht dazu führen, dass funktionslosen ausländischen Gesellschaften Quellensteuerentlastungen bei Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren gewährt werden.

Die Anforderungen an die wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe für die Zwischenschaltung der ausländischen

31 Hiernach ist ein organisierter Markt ein Markt, der von staatlich anerkannten Stellen geregelt und überwacht wird, regelmässig stattfindet und für das Publikum unmittelbar oder mittelbar zugänglich ist (§ 2 Abs. 5 Wertpapierhandelsgesetz).

32 Hiernach ist eine Investmentaktiengesellschaft eine Aktiengesellschaft, deren Unternehmensgegenstand nach der Satzung auf die Anlage und Verwaltung ihrer Mittel nach dem Grundsatz der Risikomischung zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage in Vermögensgegenständen nach § 2 Abs. 4 Nr. 1 - 4 und 7 - 9 Investmentgesetz (d. h. Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Derivate, Bankguthaben und bestimmte Investmentvermögen) beschränkt ist. Aufgrund anderer steuerlicher «Strafmechanismen» konnte der deutsche Gesetzgeber diese Ausnahme aufnehmen (vgl. KUBAILE/SUTER/JAKOB, Der Steuer- und Investitionsstandort Schweiz, S. 480 ff.).

33 Vgl. Tz 13 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007.

34 Die Gründe orientieren sich an der bisherigen Rechtsprechung (vgl. zur künftigen Erbregelung BFH, 5.3.1986, I R 201/82, BStBl. II 1986, S. 496; zum Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter FG Köln, 8.8.2001, 2 K 6630/99, EFG 2002, S. 541; zur Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten BFH, 5.3.1986, I R 201/82, BStBl. II 1986, S. 496); kritisch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 578: Es falle schwer zu glauben, dass ein Gesetzgeber solche Fallgruppen bildet. Europarechtlich seien die Kriterien fragwürdig und ein Verstoß gegen die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit im Einzelfall gerichtlich zu prüfen.

35 Kritisch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 579: Es sei im Angesicht globaler Konzernwirklichkeiten befremdlich, wenn religiöse Motive genügen, nicht aber die Konzernstrategie (vgl. § 50d Abs. 3 S. 2 EStG). Praxisrelevanter dürften die rechtlichen Gründe sein, zu denen u. E. auch das Streben nach Haftungsausschluss (z. B. die Verhinderung der Durchgriffshaftung durch die Abschirmwirkung einer Holding zugunsten übergeordneter Gesellschaften) zählen sollte.

dischen Gesellschaft werden auch in Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 nicht näher präzisiert: Wenig überraschend wird konstatiert, die ausländische Gesellschaft dürfe nicht nur formaler Natur sein. Ferner wird die Gesetzesbegründung wiederholt<sup>36</sup>. Neu (und unerfreulich) ist, dass nach Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 u. a. auch folgende Gründe nicht genügen, soweit sie aus den Verhältnissen des Konzernverbunds folgen: etwa Gründe der Koordination und Organisation, des Aufbaus von Kundenbeziehungen, der Kosten, örtlichen Präferenzen oder der gesamtunternehmerischen Konzeption. Alles in allem enthält das BMF-Schreiben vom 3.4.2007 somit zum Thema «wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft» wenig Erhellendes und viel Unerfreuliches – und das vor dem Hintergrund, dass ohne Beschränkung auf objektiv rein künstliche Gestaltungen nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (nachfolgend: EuGH) Cadbury Schweppes<sup>37</sup> und Inspire Art<sup>38</sup> die Europarechtswidrigkeit droht<sup>39</sup>!

#### 2.4.2.2 Nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit

Nach § 50d Abs. 3 S. 3 EStG fehlt es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, soweit die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt. Hiervon betroffen sind entsprechend der bisherigen BFH-Rechtsprechung<sup>40</sup> vor allem Einkünfte aus Vermögensverwaltung und der Verwaltung eigener oder fremder Wirtschaftsgüter, etwa von Anteilen an einer oder mehreren Gesellschaften<sup>41</sup>.

Dienstleistungen gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften können dagegen dann für eine eigene Wirtschaftstätigkeit ausreichen, sofern die Leistungen gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden<sup>42</sup>.

Eine weitere Ausnahme greift, falls «geschäftsführende Funktionen» im Zusammenhang mit Beteiligungen von einigem Gewicht ausgeübt werden<sup>43</sup>. Dies ist der Fall, wenn zusätzlich zum Halten der jeweiligen Beteiligung Führungsentscheidungen ausgeübt werden, d. h. Managementtätigkeiten hinzukommen (aktive Beteiligungsverwaltung). Nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 zeichnen sich Führungsentscheidungen durch ihre langfristige Natur, Grundsätzlichkeit und Bedeutung aus, die sie für den Bestand der geleiteten Gesellschaften haben. Anders als bei der Erbringung von Dienstleistungen müssen die geschäftsleitenden Funktionen zwingend für mehr als eine Untergesellschaft ausgeübt werden<sup>44</sup>. Es genügt demnach nicht, dass eine Gesellschaft ohne sonstige unternehmerische Betätigung geschäftsleitende Funktionen nur gegenüber einer Tochter ausübt oder nur Anteile an einer oder mehreren Tochtergesellschaften hält und sich dabei auf die Ausübung der Gesellschafterrechte beschränkt (passive Beteili-

36 Vgl. Tz 5 BMF-Schreiben vom 3.4.2007.

37 EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670.

38 EuGH, 30.9.2003, Rs C-167/01 (Inspire Art), IStR 2003, S. 849. Vgl. zu einem möglichen Verstoss von § 50d Abs. 3 EStG gegen die Niederlassungsfreiheit KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 580 f.; FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 427, KORTS, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02. Insbesondere das Festhalten am Substanzerfordernis ist nach Inspire Art bedenklich, da hiernach zumindest gesellschaftsrechtlich einer Briefkastengesellschaft im EU-Ausland nicht ohne weiteres die Anerkennung versagt werden kann.

39 Vgl. (insbesondere zur problematischen 10 %-Grenze) KESSLER/EICKE, Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, S. 781, 782 f., 786. Zu Zweifeln an einer Rechtfertigung von § 50d Abs. 3 EStG durch Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL vgl. KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 582. Ferner sollen weitere vom EuGH anerkannte Rechtfertigungsgründe ausscheiden, da es nach jüngeren EuGH-Urteilen ausser bei krassem Missbrauch und rein künstlichen Gestaltungen wohl prinzipiell keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, eine steueroptimale Konzernstruktur zu entwickeln (vgl. EuGH, 21.2.2006, Rs C-255/02 (Halifax), IStR 2006, S. 276; EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670; EuGH, 12.12.2006, Rs C-374/04 (Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation), IStR 2007, S. 138). Schliesslich wird wegen der diskriminierenden Wirkung von § 50d Abs. 3 EStG bezweifelt, dass sich die Norm im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der Bekämpfung der Steuerumgehung als verhältnismässig (und damit EU-rechtskonform) halten lasse (vgl. FISCHER, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, S. 2281, 2284; GÜNKEL/LIEBER, Braucht Deutschland eine Verschärfung der Holdingregelung in § 50d Abs. 3 EStG?, S. 2197, 2199).

40 Vgl. BFH, 27.7.1976, VIII R 55/72, BStBl. II 1977, S. 266; BFH, 29.7.1976, VIII R 142/73, BStBl. II 1977, S. 263.

41 Vgl. Tz 6.1 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007; Gesetzesbegründung, S. 60.

42 Vgl. Tz 6.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007.

43 Tz 6.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 mit Verweis auf BFH, 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl. II 1981, S. 339, 341; Gesetzesbegründung, S. 60. Vgl. zur geschäftsleitenden Holdinggesellschaft, die über das Halten ihrer Beteiligungen hinaus Dienstleistungen (etwa die Finanzierung ihrer Tochtergesellschaften) übernimmt, FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426 f. mwN; KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 581 in Fn 44; KORTS, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02, S. 427, 428; SIEKER, Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50d Abs. 1a EStG?, S. 57.

44 Vgl. Tz 6.2 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007; Gesetzesbegründung, S. 60.

gungsverwaltung). In diesem Kontext ist auch zu prüfen, ob Beteiligungen von einigem Gewicht erworben wurden: Dies hängt nicht von der Höhe der kapitalmässigen Beteiligung ab, sondern von der tatsächlichen Einflussnahme auf die Beteiligungsgesellschaft (Tz 6.2 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

Eine nicht ausreichende aktive Tätigkeit liegt nach § 50d Abs. 3 Nr. 2 EStG vor, wenn der nicht vermögensverwaltende, aktive Bereich der Gesellschaft im Verhältnis zum vermögensverwaltenden, passiven Bereich unwesentlich im Sinne der 10 %-Grenze ist. Nach Einführung der 10 %-Grenze gestatten somit nur noch ins Gewicht fallende aktive Wirtschaftstätigkeiten eine Quellensteuerentlastung. Laut Gesetzesbegründung wurde diese Grenze eingeführt, da in der bisherigen Praxis auch Minimaltätigkeiten als eigene Wirtschaftstätigkeit deklariert wurden: In Anlehnung an § 9 AStG wurde daher die 10 %-Grenze normiert. Dabei zählen Dividendenzahlungen geleiteter Gesellschaften konsequent zu den aktiven Erträgen (Tz 7). Auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen der eigenen Wirtschaftstätigkeit und sonstigen Tätigkeiten soll es nicht ankommen (Tz 7).

Zwar ist zu begrüßen, dass nach Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Dividendenzahlungen geleiteter Gesellschaften aktive Bruttoerträge im Rahmen der 10 %-Grenze darstellen. Gleichwohl verbleibt eine hohe Hürde, da der Begriff der geschäftsleitenden Funktion stark eingeeengt wird (vgl. Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Im Übrigen wurden geschäftsleitende Holdinggesellschaften auch bislang mehr oder minder steuerlich anerkannt, wobei nach der Rechtsprechung eine geschäftsleitende Funktion leichter zu begründen war: Das FG Köln<sup>45</sup> etwa bejahte eine geschäftsleitende Holding, falls die ausländische Gesellschaft zwei aktive Beteiligungen hält und durchgängig im Rahmen einer übergeordneten Konzernstrategie führt. Im Ergebnis trifft das Erfordernis der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit Holding- und Finanzierungsgesellschaften trotz der Erleichterungen im BMF-Schreiben vom 3.4.2007 stärker als bisher.

#### 2.4.2.3 Keine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb

Gemäss § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG ist die Quellensteuerentlastung zu versagen, wenn die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Dieses Substanz-Erfordernis war bislang Indiz für oder gegen das Vorliegen einer Briefkastengesellschaft. Laut Gesetzesbegründung soll eine substanzielle, dem Geschäftszweck angemessene Geschäftsausstattung für den Nachweis einer Gesellschaft, die mehr sein soll als eine Basis- oder Domicilgesellschaft, nach wie vor – auch aus Gründen der Administrierbarkeit – «unbedingt erforderlich» sein. Das BMF-Schreiben vom 3.4.2007 verlangt in Tz 8 daher unter Berufung auf das Cadbury Schweppes-Urteil des EuGH<sup>46</sup> das nachweisliche «greifbare Vorhandensein» eines substanziellen Geschäftsbetriebs. Im Einzelnen soll sich dessen Umfang nach dem Geschäftszweck der antragstellenden ausländischen Gesellschaft richten. In den kargen Ausführungen des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 wird allein auf bekannte Substanzerfordernisse (u. a. qualifiziertes Personal, Geschäftsräume und technische Kommunikationsmittel) verwiesen. Dagegen war die BFH-Rechtsprechung teilweise grosszügiger: So hatte der BFH ein zeitliches Moment als Anerkennungskriterium eingeführt, wenn die ausländische Gesellschaft auf gewisse Dauer und nicht nur vorübergehend angelegt war<sup>47</sup>. Dies dürfte mit der Neuregelung hinfällig sein.

#### 2.5 Tu quoque, Schweiz?

Zwar setzt Deutschland mit § 50d Abs. 3 EStG strenge Massstäbe an eine Quellensteuerentlastung. Doch auch die Schweiz gewährt die Vorteile aufgrund von DBA nur, wenn es sich beim Dividendenempfänger tatsächlich um den Nutzungsberechtigten (beneficial owner) handelt<sup>48</sup>.

45 Vgl. FG Köln, 16.3.2006, 2 K 1139/02, Rev.: I R 26/06, IStR 2006, S. 425, 426 f.: Zu Recht werde mit Blick auf § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994 vertreten, dass zwar das reine Halten von Beteiligungen nicht zur Annahme einer eigenen wirtschaftlichen Aktivität der zwischengeschalteten Gesellschaft ausreicht, dass aber die Übernahme von zusätzlichen Aufgaben als geschäftsleitende Holding oder als Finanzierungsgesellschaft insoweit ausreichen muss. So auch bereits BFH, 15.4.1970, I R 122/66, BStBl. II 1970, S. 554; vgl. ferner BFH, 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl. II 1981, S. 339; BFH, 29.7.1976, VIII R 142/73, BStBl. II 1977, S. 263 (hinreichende Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr, wenn die Zwischengesellschaft in ihrem Sitzstaat und/oder Drittländern und im Inland Beteiligungen von einigem Gewicht erwerben soll).

46 EuGH, 12.9.2006, Rs C-196/04 (Cadbury Schweppes), IStR 2006, S. 670.

47 Vgl. BFH, 25.2.2004, I R 42/02, BStBl. II 2005, 14 (Dublin Docks III); HÖLZEMANN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften, S. 830, 835. Eine rein einzelfall- bzw. geschäftsvorfallbezogene Einbindung sollte dagegen für eine funktionslose Basisgesellschaft sprechen. Ferner sollten laut BFH (19.1.2000, I R 94/97 und I R 117/97, BStBl. II 2001, 222 und IStR 2000, S. 182, Dublin Docks I und II; BFH, Hilversum II, IStR 2005, S. 710, 711) wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen, wenn die ausländische Gesellschaft auf eigene Rechnung und Gefahr tätig, also Trägerin von wirtschaftlichen Chancen und Risiken ist. Die Fortgeltung dieses Grundsatzes ist vor dem Hintergrund der Neuregelung zumindest fraglich.

48 Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Allgemeines VI Ziff. 31; vgl. dazu statt vieler

Diese Nutzungsberechtigung ist generelle Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Steuerentlastungen auf Grund internationaler Steuerabkommen der Schweiz<sup>49</sup>. Nicht als Nutzungsberechtigte gelten, ähnlich wie in Deutschland, Empfänger in Form von Treuhändern oder «vorgesobenen Personen»<sup>50</sup>, wobei es letztlich auf die wirtschaftlichen, nicht die rechtlichen Verhältnisse ankommt (substance over form). Unseres Erachtens stellt die ESTV zur Prüfung auf Indizien ab, die von § 50d Abs. 3 EStG nicht weit entfernt sind: Reine Holdinggesellschaften werden zuweilen nicht als Nutzungsberechtigte anerkannt, wenn sie nur eine Beteiligung halten (s. Abschn. 2.4.2.2), keine Infrastruktur haben (s. Abschn. 2.4.2.3) oder nicht über genügend Eigenkapital verfügen<sup>51</sup>. Vor der pauschalen Verurteilung der neuen deutschen Regelung ist daher zu warnen: «Einerseits wirbt die Schweiz international erfolgreich als Sitz- und Holdingstandort, andererseits weist sie gleichartige ausländische Strukturen zurück. Eine solche Politik kann sich des Vorwurfs der Scheinheiligkeit kaum erwehren ...»<sup>52</sup>.

### 3 Schweiz: Voraussetzungen des Holdingprivilegs

Aus Schweizer Sicht sind zunächst Formen der und Anforderungen an Holdinggesellschaften aufzuzeigen, bevor in Abschn. 4 Strukturüberlegungen im Hinblick auf § 50d Abs. 3 EStG n. F. angestellt werden.

#### 3.1 Formen der Holdinggesellschaft

Der Begriff der Holdinggesellschaft bzw. der Holding (Kurzform) umschreibt keine eigenständige Rechtsform, sondern eine in der Praxis etablierte Organisationsform.

Unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten wird unter einer Holding eine Unternehmung verstanden, deren betrieblicher Hauptzweck in einer auf Dauer angelegten Beteiligung an rechtlich selbständigen Unternehmen liegt<sup>53</sup>. Je nachdem, wie viele Funktionen und Entscheidungen von der Holding wahrgenommen werden, spricht man von einer Strategie-, Management- oder Finanzholding.

Die *Strategie-Holding* vereinigt als schlanke Unternehmenszentrale die Konzernleitung, welche die Gesamtleitung der Gruppe ausübt und sich hauptsächlich mit strategischer Gesamtplanung, -führung und strategischem Controlling befasst.

Die *Management-Holding* vereinigt noch weitere Management-Supportfunktionen wie die Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation inkl. EDV-Unterstützung und weiterer sog. corporate services wie Steuer- und Rechtsberatung, Marketing, Konzernfinanzierung inkl. Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt und cash pooling, Personalberatung im Bereich der Führungskräfte etc.

Die *Finanzholding* übt regelmässig weder die operative noch die strategische Leitung der Tochtergesellschaften aus. Sie beschränkt sich zur Hauptsache auf die Vorgabe finanzieller Zielgrössen und die Zuteilung finanzieller Ressourcen zwecks Ertrags- und Wertoptimierung des Konzerns<sup>54</sup>.

Aus steuerlicher Sicht finden wir die Ausgestaltung als Ober- oder Subholding bzw. Zwischenholding, als Auslandsholding oder als Landesholding<sup>55</sup>.

Literatur und Praxis nennen hauptsächlich folgende Argumente, die für die Errichtung einer Holdingstruktur sprechen<sup>56</sup>:

- Gewinn an Transparenz und Klarheit bezüglich der Führung und Organisation;
- grössere Flexibilität bei Akquisitionen, Zusammenschlüssen und Verkäufen;
- verbesserte Kapitalmarktfähigkeit (going public);
- grössere unternehmerische Freiheit, wenn das Stammhausgeschäft einer Aufsichtsgesetzgebung unterstellt ist (Beispiele: Versicherungen, Banken);

etwa LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 22 ff.

49 WL Dividendenzahlungen Ziff. 10a.; dazu RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 117, auch unter Verweis auf den Kommentar zum OECD-MA (Art. 10 Rn 12), wonach die Abkommensvergünstigungen nicht beansprucht werden können, wenn als Empfänger der Dividenden formal ein Vertreter oder Beauftragter zwischengeschaltet wird, während der tatsächliche Nutzungsberechtigte nicht abkommensberechtig ist.

50 Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Allgemeines VI Ziff. 31; dazu LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, S. 23.

51 Vgl. RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 118.

52 RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 118.

53 KESSLER, Die Euro-Holding. Steuerplanung, Standortwahl, Länderprofile, S. 9 ff.

54 Vgl. JAKOB, Strukturveränderungen bei Schweizer Konzernen. Gestaltungsformen, Trends und Steuerfolgen, S. 215, 216 f.

55 Von einer Auslandsholding wird regelmässig dann gesprochen, wenn diese Gesellschaft die Auslandsbeteiligungen hält, während in einer Landesholding die Beteiligungen innerhalb eines Landes gebündelt werden.

56 Vgl. ALLEMANN, Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten, S. 11; JAKOB, Strukturveränderungen im Konzern – Gestaltungsformen und Steuerfolgen, S. 161, 164.

- leichtere Nachfolgeregelung, insbesondere bei Familiengesellschaften;
- Steuervorteile.

### 3.2 Das schweizerische Holdingprivileg nach Art. 28 Abs. 2 StHG

Gemäss Art. 28 Abs. 2 StHG haben Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, deren statutarischer Zweck zur Hauptsache in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen besteht und die in der Schweiz keine Geschäftstätigkeit ausüben, keine Steuer auf dem Reingewinn zu entrichten, sofern die Beteiligungen oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge ausmachen. Die Netto-Erträge aus schweizerischem Grundeigentum werden dagegen zum ordentlichen Gewinnsteuertarif besteuert.

Im Rahmen dieses Beitrages interessieren hauptsächlich die beiden Tatbestandsmerkmale des statutarischen Holdingzwecks und des Verbots der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz bzw. die einer Schweizer Holding erlaubten Tätigkeiten, auf die nachfolgend näher eingegangen wird.

#### 3.2.1 Statutarischer Holdingzweck

Vorausgesetzt wird hiernach, dass der Holdingzweck, d. h. die dauernde Verwaltung von Beteiligungen, in den Statuten der Gesellschaft als an erster Stelle genannter Hauptzweck verankert ist und auch tatsächlich verfolgt wird<sup>57</sup>. Als Nebenzwecke darf die Holding nur Tätigkeiten ausüben, die einerseits keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz darstellen und die andererseits gegenüber der Verwaltung von Beteiligungen lediglich eine untergeordnete Bedeutung erlangen dürfen.

#### 3.2.2 Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz

Einigkeit besteht in der Literatur, dass dem Verbot der Geschäftstätigkeit in der Schweiz neben den übrigen Voraussetzungen (statutarische Verankerung des Holdingzwecks, Einhalten des Aktiven- bzw. Ertragstests) eine eigenständige Bedeutung zukommt und dass eine grundsätzlich erlaubte Geschäftstätigkeit im Ausland den vom Hauptzweck der Beteiligungsverwaltung vorgegebenen Rahmen der untergeordneten Bedeutung nicht sprengen darf<sup>58</sup>.

Wie bereits die Kommission Steuerharmonisierung betonte, kommt dem Begriff des Verbotes der Geschäftstätigkeit die Aufgabe zu, «die Grenze abzustecken zwischen der tatsächlichen Beteiligungsverwaltung mit erlaubten Nebenzwecken und der Verfolgung von anderen Zwecken, die unter dem Holdingprivileg nicht mehr gestattet sind, also gemäss Gesetzeswortlaut eine Geschäftstätigkeit darstellen. Die Begriffe der Beteiligungsverwaltung (mit Nebenzwecken) und Geschäftstätigkeit stellen in diesem Sinne Gegensätze dar»<sup>59</sup>. Gemäss Auffassung der Kommission Steuerharmonisierung ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Geschäftstätigkeit ausschliesslich auf die Holdinggesellschaft bezogen auszulegen<sup>60</sup>. Im Ergebnis kommt die Kommission Steuerharmonisierung zum Schluss, dass mit dem Verbot der Geschäftstätigkeit (in der Schweiz) es der Holdinggesellschaft grundsätzlich nicht gestattet ist, «mittels einer industriellen, gewerblichen oder kommerziellen Tätigkeit als Produzent oder Anbieter von Waren, Immaterialgütern oder Dienstleistungen gegen aussen am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen mit dem Ziel, daraus über einen passiven Vermögensertrag hinaus durch eigene Wertschöpfung einen Ertrag zu erzielen. Im Rahmen der Beteiligungsverwaltung sind indessen Tätigkeiten als Nebenzwecke zulässig, die ihren Ursprung zur Hauptsache im Bestreben haben, die eigenen Beteiligungen zweckmässig und erfolgreich verwalten zu können»<sup>61</sup>.

Zum gleichen Schluss kommen Zuppinger/Böckli/Locher/Reich im bereits 1984 erschienenen Werk Steuerharmonisierung: «Eine gewisse Geschäftstätigkeit, die mit der zentralen Verwaltung der Beteiligungen im Zusammenhang steht, verträgt sich durchaus mit dem Holdingcharakter; sie ist sogar typisch für die echte Holding»<sup>62</sup>.

Das IFF-Gutachten<sup>63</sup> umschreibt die verbotene Geschäftstätigkeit und die zugelassene Beteiligungsver-

---

Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Domizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, S. 37 ff.

59 Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 102.

60 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 101 f. «Die Tatsache, dass der Begriff der Geschäftstätigkeit auch noch im Zusammenhang mit der Verwaltungsgesellschaft vorkommt, ist zwar gesetzgeberisch unschön, bedeutet aber keineswegs, dass es sich um denselben Begriff mit identischem Inhalt handelt» (Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 103, und die dort angeführten Literaturhinweise).

61 Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 103; gleichlautend MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.

62 ZUPPINGER/BÖCKLI/LOCHER/REICH, Steuerharmonisierung, S. 265, mit weiteren Literaturhinweisen.

63 WALDBURGER, Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Domizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, S. 61.

---

57 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 103; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 22.

58 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 112. Hinsichtlich der an sich erlaubten Geschäftstätigkeit im Ausland ist umstritten, ob diese das Vorhandensein einer Betriebsstätte im Ausland erfordere. Vgl. dazu WALDBURGER, Holding- und

tung auf anschauliche Art und Weise wie folgt: «Einer Holdinggesellschaft ist jede Tätigkeit zu verbieten, bei der sie nach aussen am schweizerischen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, während all jene in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten für die Zuerkennung und Aufrechterhaltung des Holdingstatus als unschädlich erachtet werden können, die sich auf den Geschäftsverkehr mit Gesellschaften beziehen, die der gleichen Unternehmensgruppe angehören.

Soweit Holdinggesellschaften im Rahmen der Beteiligungsverwaltung am schweizerischen Wirtschaftsverkehr teilnehmen, kann dies ebenfalls als zulässig erachtet werden.

Als Beteiligungsverwaltung sind alle Tätigkeiten zu bezeichnen, die bezwecken, die eigenen Beteiligungen sachgemäss und erfolgreich verwalten zu können. Darunter fallen u. E. auch die Finanzierung, das Auftreten am Kapitalmarkt und der Erwerb und die Veräusserung von Beteiligungen».

### 3.2.3 Zulässige Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in der Schweiz

Einzelne Kantone gliedern und umschreiben in ihren Weisungen oder Merkblättern die zulässigen Tätigkeiten bzw. Nebenzwecke in anschaulicher Art und Weise<sup>64</sup>. Das MB Holdinggesellschaften SG enthält zudem einen für die Praxis bedeutungsvollen Hinweis, dass nämlich die Verhältnisse in einem weltweit tätigen Konzern mit zahlreichen Tochtergesellschaften von personenbezogenen Verhältnissen zu unterscheiden sind und dass die Grundsätze der zulässigen Nebentätigkeiten auch unter diesem Gesichtspunkt zu interpretieren sind<sup>65</sup>.

Die Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH gliedert und umschreibt die zulässigen Nebenzwecke folgendermassen:

1. *Verwaltung der Holdinggesellschaft*: Darunter fallen die Geschäftsführung der Holdinggesellschaft, die Anlage des eigenen Vermögens, das eigene Rechnungswesen und Tätigkeiten, die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Holding ergeben, wie die Ausübung von Verwaltungsratsfunktionen bei und Teilnahme an Generalversammlungen von Tochtergesellschaften.
2. *Hilfstätigkeiten für den Konzern*: Als zulässige Hilfstätigkeiten im Konzerninteresse werden u. a. erwähnt:
  - Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation;

- Marktforschung im Interesse des Gesamtkonzerns;
- Rechts- und Steuerberatung auf Konzernebene;
- Personalberatung im Bereich der Führungskräfte;
- Konzernfinanzierung durch zentrale Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt;
- Finanzierung der Tochtergesellschaften.

Diese sog. corporate services, zu denen auch weitere Dienstleistungen auf Konzernebene in den Bereichen Konzernkommunikation und Investor Relations, Internal Audit, Controlling, Risk Management und IT zu zählen sind<sup>66</sup>, sind den Tochtergesellschaften zu marktmässigen Bedingungen zu verrechnen. «Die Entschädigungen der Tochtergesellschaften müssen (...) im Vergleich zum erzielbaren Ertrag aus dem beteiligungsbezogenen Bereich untergeordneten Charakter haben. Andernfalls ist von einer unzulässigen Geschäftstätigkeit auszugehen»<sup>67</sup>.

3. *Führung von Tochtergesellschaften*: Auch hier gilt in erster Linie der Grundsatz, dass die Führung von Tochtergesellschaften im Vergleich zu den beteiligungsbezogenen Aktivitäten geringfügig sein muss: «Im Ergebnis muss eine Holdinggesellschaft mit untergeordneten Managementaufgaben und nicht eine Managementgesellschaft mit Beteiligungen vorliegen»<sup>68</sup>. Vorausgesetzt wird ferner, dass die mit der Führung von Tochtergesellschaften beauftragten Personen bei der Holding angestellt sind oder, im Falle der Anstellung bei einer Konzern-Managementgesellschaft, der damit verbundene Aufwand der Holding belastet wird.
4. *Bewirtschaftung von Immaterialgüterrechten*: Bei der Bewirtschaftung von Immaterialgüterrechten wird ebenfalls gefordert, dass diese Tätigkeit im Vergleich zu den beteiligungsbezogenen Aktivitäten geringfügig sei. Gemäss Kommission Steuerharmonisierung ist die Frage, ob und inwieweit die Verwaltung und Verwertung von Immaterialgüterrechten eine zulässige Nebentätigkeit der Holding sei, aufgrund der konkreten Verhältnisse zu entscheiden<sup>69</sup>. Einhellige Meinung in Literatur und Praxis ist, dass beim Einsatz von personellen Ressourcen in der Verwaltung von Patenten und bei der Bewirtschaftung von Lizenzen in der Regel eine mit der Besteuerung als Holdinggesellschaft nicht zu vereinbarende Ge-

64 So z. B.: MB Holdinggesellschaften SG; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH.

65 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.1.

66 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.4.

67 Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 25.

68 Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 26.

69 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105.

schäftstätigkeit vorliegt<sup>70</sup>. Zum gleichen Ergebnis kommt die Kommission Steuerharmonisierung bezüglich der Verwertung von Produktmarken und von Konzernmarken<sup>71</sup>. Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Schaffung, Pflege und Bewirtschaftung des eigenen corporate brand zu den ureigensten Aufgaben einer Holdinggesellschaft gehört und infolgedessen als zulässige Nebentätigkeit einer Holding in der Funktion als Dachgesellschaft eines Konzerns anerkannt werden sollte<sup>72</sup>. Dies insbesondere auch deshalb, weil man mit der Unternehmenssteuerreform 1997 eine Aufwertung des Holdingstandortes Schweiz bezweckte<sup>73</sup>.

### 3.3 Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die nachfolgend zu beurteilende Frage, ob eine Schweizer Holding eine eigene Wirtschaftstätigkeit iSv § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG ausüben könne, ist zunächst festzuhalten, dass Art. 28 Abs. 2 StHG primär eine von der Holding nach aussen gerichtete Geschäftstätigkeit in der Schweiz als mit dem Holdingstatus unvereinbar normiert. Zulässig sind jedoch Nebentätigkeiten bzw. Nebenzwecke, insbesondere die Erbringung von konzerninternen Dienstleistungen (sog. corporate services) an Tochtergesellschaften, sofern ihnen im Vergleich zur Beteiligungsfunktion lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommt<sup>74</sup>. Zudem sollte die Auslegung des Begriffs der verbotenen Geschäftstätigkeit bzw. der zulässigen Nebentätigkeit berücksichtigen, welcher Typus einer Holding im konkreten Einzelfall vorliegt, d. h. etwa eine börsenkotierte Holding mit zahlreichen Tochtergesellschaften im In- und Ausland oder aber eine personenbezogene Holding mit wenigen inländischen Tochtergesellschaften als Extremvarianten.

## 4 Deutschland-Schweiz: Anpassung bestehender Strukturen

### 4.1 Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz

Zunächst ist zu prüfen, ob § 50d Abs. 3 EStG auch im Verhältnis Deutschland-Schweiz Anwendung findet: Dagegen wird sich wohl nicht argumentieren lassen, § 50d Abs. 3 EStG verstosse gegen das DBA-D oder das ZBstA: Im Hinblick auf das DBA-D fällt wegen der weit gefassten Missbrauchsnorm von Art. 23 Abs. 1 die Geltendmachung eines treaty override nicht leicht<sup>75</sup>: Art. 23 Abs. 1 gestattet die Anwendung der «innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung oder Steuerhinterziehung». Bei der Neufassung von Art. 23 DBA-D mit Wirkung zum 1.1.2004 bestand zwischen den Verhandlungspartnern Einvernehmen<sup>76</sup>, dass unter Art. 23 Abs. 1 auch die anti-treaty shopping-Regelung von § 50d Abs. 3 EStG fällt. Hieran werden aus Sicht der deutschen Finanzverwaltung die im JStG 2007 eingefügten Verschärfungen nichts ändern, da sie Art. 23 DBA-D als dynamischen Verweis auf die – zur Begegnung zunehmender «Steuerplanungstechniken» mit dem Ziel der Umgehung der Besteuerung von Dividendenausschüttungen gebotene – «Konkretisierung» von § 50d Abs. 3 EStG «als Missbrauchsregelung»<sup>77</sup> interpretieren dürfte. Die Berufung auf ein treaty override oder eine Ausnahme von der Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Fall abschliessender DBA-Missbrauchsregelungen (Tz 11 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007) ist daher im Verhältnis Deutschland-Schweiz problematisch<sup>78</sup>. Führt die auf Art. 23 Abs. 1 DBA-D gestützte Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG zu einer Doppelbesteuerung, bleibt schliesslich, dass die zuständigen Behörden beider Vertragsstaaten (ohne Einigungszwang) über ihre Beseitigung beraten (Art. 23 Abs. 2, Art. 26 Abs. 3 DBA-D).

Eine Berufung auf das ZBstA und einen Verstoß von § 50d Abs. 3 EStG hiergegen dürfte wegen der Missbrauchsregelung in Art. 15 Abs. 1 und 2 ZBstA<sup>79</sup> nicht

70 Vgl. MB Holdinggesellschaften SG Ziff. 3.6.; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 28; Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105.

71 Vgl. Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, S. 105; Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH Ziff. 28.

72 Ergebnis des Panelgesprächs und der Diskussion mit Teilnehmern des ISIS-Seminars zum Konzernsteuerrecht: Corporate Branding – Bewertungsfragen, Steueraspekte, Erfahrungen aus der Praxis (vom 26.9.2006), in Zürich.

73 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 106; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, StG ZH § 73 N 13.

74 Vgl. DUSS/VON AH/RUTISHAUSER, StHG Art. 28 N 107, die betonen, dass der Gesetzeswortlaut das tatsächliche Schwergewicht der Beteiligungsfunktion in quantitativer Hinsicht derart umschreibe, «dass entweder die Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder die Beteiligungserträge längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Erträge der Gesellschaft ausmachen müssen».

75 Vgl. KUBAILE, Erfreuliche Neuerungen im DBA Deutschland-Schweiz. Nullregelung, Missbrauchsvorschrift, Amtshilfeklausel, S. 646, 650.

76 Vgl. Art. VI Nr. 2 des Revisionsprotokolls zum DBA-D: «Es besteht Einvernehmen, dass die deutschen Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung die Bestimmungen von § 42 Abgabenordnung und von § 50d Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes umfassen.»

77 So die Gesetzesbegründung.

78 In der Gesetzesbegründung wird auf die in Deutschland verfassungsrechtlich gesicherte (BVerfG, 6.3.2002, 2 BvL 17/99, Rn 207) Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung verwiesen.

79 Hierzu vgl. LUTZ, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, Nachtrag zu Teil II, S. 181c; HELBIG/WETLI, Zinsbe-

helfen: Nach Art. 15 Abs. 1 ZBstA werden Dividendenzahlungen von Tochtergesellschaften an Muttergesellschaften (Gleiches gilt nach Abs. 2 für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Gesellschaften oder ihren Betriebsstätten) im Quellenstaat nur «unbeschadet der Anwendung der innerstaatlichen oder (und) auf Abkommen beruhenden Vorschriften in der Schweiz und in den Mitgliedstaaten zur Verhütung von Betrug und Missbrauch» nicht besteuert<sup>80</sup>.

#### 4.2 Strukturierungsüberlegungen aus Schweizer Sicht

Soweit nicht schon die Muttergesellschaft der (Schweizer) Holding entlastungsberechtigt ist, sind die Anpassungsmöglichkeiten zu prüfen:

Wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der Schweizer Holding sind aus deutscher Sicht (§ 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EStG) – neben ihrem statutarischen und faktischen Hauptzweck des Haltens von Beteiligungen (Art. 28 Abs. 2 StHG) – unseres Erachtens relativ leicht darstellbar: Zwar ist allein auf die Schweizer Gesellschaft abzustellen (§ 50d Abs. 3 S. 2 EStG); nur aus dem Konzernverhältnis selbst resultierende Gründe (etwa Koordination und Organisation, Aufbau von Kundenbeziehungen, Kosten, örtliche Präferenzen oder gesamtunternehmerische Konzeption) genügen nicht. Allerdings sollen nach der Gesetzesbegründung und Tz 5 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 u. a. rechtliche Gründe genügen, wozu unseres Erachtens auch das Streben nach Haftungsausschluss durch Zwischenschaltung einer (Schweizer) Kapitalgesellschaft zählen sollte<sup>81</sup>.

Die Hürde von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG – die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb – dürfte ebenfalls zu nehmen sein: Erleichternd wirkt sich dabei aus, dass nach der Gesetzes-

begründung<sup>82</sup> das Merkmal der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr schon dann erfüllt sein soll, wenn die Gesellschaft Dienstleistungen nur gegenüber einem Auftraggeber ausführt, also auch, wenn sie Dienstleistungen nur gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften erbringt. Eine eigene Wirtschaftstätigkeit der Schweizer Holding sollte damit unseres Erachtens durch selbst erbrachte, d. h. nicht an Dritte ausgelagerte Dienstleistungen für andere Konzerngesellschaften gegen ein gesondertes, einem Fremdvergleich standhalten- des Entgelt dargestellt werden können. Zusätzlich ist – im Umfang abhängig vom Geschäftszweck der Schweizer Gesellschaft – die von der deutschen Norm geforderte eigene Infrastruktur (bspw. qualifiziertes Personal, eigene Geschäftsräume und technische Kommunikationsmittel) vorzuhalten (vgl. Tz 8 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Diese deutschen Anforderungen sind unseres Erachtens auch unschädlich für die Voraussetzungen des Schweizer Holding-Privilegs (Abschn. 3.2). Sofern dagegen Holdingstrukturen ohne eigene personelle und/oder sachliche Infrastruktur vorliegen, können die neuen, verschärften Voraussetzungen von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG nicht erfüllt werden. Insbesondere bei einer Finanzholdinggesellschaft, die oftmals ohne eigenes Personal tätig wird, könnte dies im Einzelfall kritisch sein.

Neben § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 EStG sind die Prämissen von § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zu erfüllen. Unseres Erachtens stellt letztere, insbesondere wegen der nötigen Abstimmung mit den Schweizer Anforderungen, die wesentliche Neuerung im Hinblick auf die erfolgreiche Integration einer Schweizer Holding dar. Nach § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG muss die Schweizer Gesellschaft mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielen; nicht als eigene Wirtschaftstätigkeit gilt gemäss § 50d Abs. 3 S. 3 EStG die Verwaltung von Wirtschaftsgütern (insbesondere von Gesellschaftsbeteiligungen) oder das Übertragen der wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte.

Die Vergleichbarkeit und Abstimmung der jeweiligen nationalen Voraussetzungen in Deutschland und der Schweiz ist vor allem deshalb nicht ganz einfach, weil die im schweizerischen Steuerrecht verwendeten Formulierungen «keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz» bzw. «zulässige Nebentätigkeiten bzw. Hilfstätigkeiten» und der Begriff der «eigenen Wirtschaftstätigkeit» gemäss § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG inhaltlich nicht

steuerungsabkommen Schweiz-EU, Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen, S. 81 ff. und S. 959 ff.; RIEDWEG/HEUBERGER, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, S. 110, 117 ff., auch zu den Missbrauchsvorschriften in der Mutter-Tochter-RL, der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, den DBA und den nationalen Rechtsordnungen.

80 Im Verhältnis zu anderen EU-Staaten helfen Deutschland zuletzt die Missbrauchsregelungen in Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL und in Art. 5 der Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, die beide explizit eine Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Betrug oder Missbrauch gestatten (zu den möglichen Verstössen gegen die EU-Grundfreiheiten s. Fn 88).

81 In diesem Sinne auch KESSLER/EICKE, Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, S. 577, 579.

82 In der zu § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 3 EStG an sich einschlägigen Tz 8 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 findet sich nichts zum Kriterium der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr; hilfsweise ist unseres Erachtens daher insoweit auf Tz 6.1 ff. zurückzugreifen.

deckungsgleich sind. Art. 28 Abs. 2 StHG verlangt nicht nur die statutarische Verankerung der Beteiligungsfunktion als primären Zweck der Gesellschaft, sondern auch ein tatsächliches diesbezügliches Schwergewicht der Tätigkeit. Andere Zwecke, neben der Verwaltung des eigenen Vermögens und dessen Anlage, können nur verfolgt werden, solange sie untergeordneten Charakter haben oder mit dem Hauptzweck zusammenhängen, wie etwa die Erbringung konzerninterner Dienstleistungen, die Ausübung von Konzernleitungsfunktionen oder die Finanzierung der eigenen Beteiligungsgesellschaften. Kernfrage ist damit, ob diese nach Schweizer Terminologie «zulässigen Nebentätigkeiten» das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer «eigenen Wirtschaftstätigkeit» erfüllen: Schliesslich genügt nach deutscher Gesetzeslage (§ 50d Abs. 3 S. 3 EStG) das Halten von Beteiligungen – nach Schweizer Recht (zwingender) Hauptzweck der Schweizer Holding – gerade nicht als «eigene Wirtschaftstätigkeit». Hier hilft unseres Erachtens das BMF-Schreiben vom 3.4.2007: Aus Schweizer Sicht wohl «zulässige Nebentätigkeiten» in Form konzerninterner Dienstleistungen genügen nämlich nach Tz 6.1 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 unter Umständen als «eigene Wirtschaftstätigkeit»: Nämlich dann, wenn diese Dienstleistungen gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden<sup>83</sup> und wenn sie (ggf. zusammen mit weiterer Wirtschaftstätigkeit) 10 % der gesamten Bruttoerträge der Schweizer Gesellschaft übersteigen. Auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen der eigenen Wirtschaftstätigkeit und etwaigen sonstigen Tätigkeiten der Schweizer Gesellschaft soll es hierbei nicht ankommen (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007), so dass entsprechende Aktivitäten der Schweizer Holding gegenüber anderen Konzerngesellschaften sub specie «eigene Wirtschaftstätigkeit» unseres Erachtens in den genannten Grenzen recht frei generiert werden können.

Beachtlich ist darüber hinaus auch die «Hilfestellung» in der Gesetzesbegründung und in Tz 6.2 f. des BMF-Schreibens vom 3.4.2007: Hält die Schweizer Holding Anteile an deutschen Gesellschaften, übt sie hierdurch dann eine eigene Wirtschaftstätigkeit durch aktive Beteiligungsverwaltung aus, wenn sie Gesellschaftsbeteiligungen von einigem Gewicht erworben hat, um gegen-

über diesen (d. h. zwingend mehreren) Gesellschaften «geschäftsführende Funktionen» wahrzunehmen. Dies ist dem Holding-Privileg nicht abträglich (vgl. Abschn. 3.2). Kennzeichnend für geschäftsleitende Funktionen der Schweizer Gesellschaft sind nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 Führungsentscheidungen von langfristiger Natur, Grundsätzlichkeit und Bedeutung für den Bestand der geleiteten deutschen Beteiligungsgesellschaften. Die Durchführung nur einzelner Geschäftsfunktionen, etwa Lizenzverwertung und/oder Kreditgewährung, genügen nach Tz 6.3 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007 dagegen nicht für die Qualifikation als aktive Beteiligungsverwaltung, ebenso wenig nur kurzfristige oder ausführungsbezogene Entscheidungen. Schliesslich darf die Schweizer Gesellschaft die eigene Wirtschaftstätigkeit nach § 50d Abs. 3 S. 3 EStG nicht (etwa auf Anwaltskanzleien oder Managementgesellschaften) out-sourcen; sie muss ferner die eigene Wirtschaftstätigkeit in der Schweiz, also nicht etwa durch eine gewerblich tätige aktive ausländische Betriebsstätte, ausüben (Tz 6.4 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

Ist dies alles erfüllt, zählen die Dividendenzahlungen der geleiteten deutschen Gesellschaften zu den aktiven Erträgen der Schweizer Holding (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007). Durch «geschäftsführende Tätigkeit» kann die Schweizer Holding die Hürde von § 50d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG unseres Erachtens also auch ohne zusätzliche Dienstleistungen nehmen. Sofern die Schweizer Holding in einem Wirtschaftsjahr keine entsprechenden Dividenden erträge vereinnahmt, ist das 10 %-Kriterium der eigenen Wirtschaftstätigkeit ggf. in Gefahr. Allerdings hat die deutsche Finanzverwaltung hier für etwaige Schwankungen moderate Ausnahmen geschaffen: Betragen in einem Wirtschaftsjahr die anteiligen Bruttoerträge aus dem aktiven Bereich der Gesellschaft nicht mehr als 10 % der gesamten Bruttoerträge der Gesellschaft, ist dies unschädlich, wenn die 10 %-Grenze in den vorangegangenen drei Wirtschaftsjahren überschritten wurde oder – bei einer neu gegründeten Gesellschaft – in den drei der Gründung folgenden Wirtschaftsjahren voraussichtlich überschritten wird (Tz 7 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

*Fazit:* Ob ein Konflikt der Voraussetzungen des schweizerischen Holdingprivilegs mit denjenigen von § 50d Abs. 3 EStG besteht, hängt primär von der sachgerechten Auslegung der unterschiedlich verwendeten Formulierungen «keine Geschäftstätigkeit in der Schweiz» bzw. «zulässige Nebentätigkeiten» und «eigene Wirtschaftstätigkeit» ab. Bei sachgerechter Auslegung besteht unseres Erachtens ein ausreichender steuergestalterischer Spielraum. Entsprechende Gestaltungen sind ggf. durch verbindliche Auskünfte der Schweizer und der deutschen Steuerbehörden abzusichern.

83 Vgl. KESSLER/EICKE, Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, S. 781, 785, 786: Mit dieser Formulierung stelle die Finanzverwaltung implizit klar, dass sie nur die management service fee als Entgelt für einen Leistungsaustausch – und keine Verrechnung der Leistung innerhalb eines Pools mittels Umlagevertrages – akzeptiere. Zur nötigen Dokumentation und Angemessenheit der management service fees vgl. ebenfalls dort, S. 781, 785, 786.

Ergänzend hinzuweisen ist auf einen derzeit diskutierten weiteren Lösungsansatz<sup>84</sup>: Bei der Prüfung, ob Personen an der Gesellschaft beteiligt sind, denen die Quellensteuerentlastung bei unmittelbarem Erzielen der Einkünfte nicht zustände (§ 50d Abs. 3 S. 1 Hs. 1 EStG), vertritt die Finanzverwaltung wohl die Auffassung (Tz 4 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007), dass nur auf die unmittelbar, nicht aber auf die mittelbar an der (Schweizer) Gesellschaft Beteiligten abzustellen sei. Dieser prinzipielle Nachteil – bei bestehender Entlastungsberechtigung einer nur mittelbar beteiligten Obergesellschaft – lässt sich, so der diskutierte Ansatz, in einen Vorteil verkehren, nämlich durch eine Doppel-Holdingstruktur: In diesem Fall würde die Schweizer Holding-Kapitalgesellschaft von einer weiteren, bspw. Schweizer Kapitalgesellschaft gehalten, der bei unmittelbarer Beteiligung an den deutschen Kapitalgesellschaften gleichfalls der Nullsatz von Art. 10 Abs. 3 DBA-D zustände. Auf die weiteren Prämissen in § 50d Abs. 3 EStG käme es nicht mehr an. Ob dieser Ansatz vor deutschen Finanzämtern und -gerichten bestehen wird, ist derzeit aber noch nicht gesichert<sup>85</sup>.

Ähnliches gilt im Hinblick auf den möglichen Verstoss von § 50d Abs. 3 EStG gegen die europarechtliche Niederlassungsfreiheit<sup>86</sup>: Selbst ein entsprechendes Verdikt des EuGH wird der Schweiz zumindest solange nichts nützen, wie der deutsche Gesetzgeber nicht (wieder) aktiv wird und § 50d Abs. 3 EStG anpasst. Die Niederlassungsfreiheit erfasst nach Art. 43 und 48 EG-Vertrag nämlich prinzipiell nur Angehörige eines EU-Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen EU-Mitgliedstaats. Im Verhältnis zur Schweiz hilft allenfalls die Kapitalverkehrsfreiheit, die nach Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag auch in Bezug auf Drittstaaten gilt<sup>87</sup>. Neuerdings gibt es aber

eine Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH<sup>88</sup>, wonach ein entsprechendes Verfahren ausgeschlossen sein könnte, wenn ein Anwendungsfall der Niederlassungsfreiheit vorliegt. Diese Tendenz wurde jüngst in der EuGH-Entscheidung *Lasertec*<sup>89</sup> bestätigt: Dort stellte der EuGH fest, dass eine nationale Vorschrift, deren Anwendung den sicheren, bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen und Tätigkeiten einer Gesellschaft erfordert, in den sachlichen Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit – und nicht etwa der Kapitalverkehrsfreiheit – fällt. Betreffend der Frage, ob ein sicherer und bestimmender Einfluss auf die Entscheidungen und Tätigkeiten der Gesellschaft vorliegt, soll nach den EuGH-Ausführungen auf die jeweilige nationale Steuernorm abgestellt werden<sup>90</sup>. Die weitere Rechtsentwicklung, die für Drittstaaten wie die Schweiz elementar ist, bleibt abzuwarten.

#### 4.3 Auswirkung auf Freistellungsbescheinigungen

In jedem Fall müssen Schweizer Gesellschaften künftig Folgendes zu deutschen Freistellungsbescheinigungen beachten (vgl. Tz 15 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007): Solche Bescheinigungen, bei deren Vorliegen der Schuldner der Kapitalerträge oder Vergütungen den Quellensteuereinkauf auf Dividenden und Lizenzen nach § 50d Abs. 2 EStG unterlassen darf, erteilt das Bundeszentralamt für Steuern (nachfolgend: BZSt) im Hinblick auf die 10 %-Grenze von § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG grundsätzlich nur mehr unter Widerrufsvorbehalt. Ferner hat die Schweizer Gesellschaft den Wegfall der Freistellungsbedingungen, insbesondere die Nichterfüllung der 10 %-Grenze, dem BZSt unverzüglich mitzuteilen. Erstreckt sich die Bescheinigung auf laufende oder künftige Wirtschaftsjahre, muss die Schweizer Gesellschaft auf Verlangen des BZSt nachträglich den Nachweis erbringen, dass die 10 %-Grenze der eigenen Wirtschaftstätigkeit erfüllt ist (vgl. Tz 15 des BMF-Schreibens vom 3.4.2007).

84 Vgl. dazu und zu den Hintergründen KESSLER/EICKE, *Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach*, S. 2 f.

85 Vgl. KESSLER/EICKE, *Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach*, S. 2.

86 Vgl. hierzu die Nachweise in Fn 40.

87 Nach Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag sind vorbehaltlich der folgenden Vorschriften alle Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten. Allerdings ist hinsichtlich der Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz Art. 58 EG-Vertrag zu prüfen: Hiernach bleibt das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohn- oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln, und die unerlässlichen Massnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften insbesondere auch auf dem Gebiet des Steuerrechts zu verhindern, von Art. 56 EG-Vertrag unberührt. Dagegen dürfte Art. 57 Abs. 1 EG-Vertrag eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit durch § 50d Abs. 3 EStG im Verhältnis zur Schweiz nicht zulassen: Nach Art. 57 Abs. 1 EG-Vertrag bleiben zwar am 31.12.1993 bestehende Beschränkungen von

Art. 56 EG-Vertrag unberührt (Stillhalteklause). § 50d Abs. 3 EStG n. F. dürfte aber – trotz Einführung des ursprünglichen Missbrauchstatbestandes mit dem StMBG (vgl. Fn 11) – wegen der damals anders gearteten Regelung nicht von der Stillhalteklause erfasst werden.

88 Vgl. EuGH, 3.10.2006, Rs C-452/04 (*Fidium Finanz AG*), IStR 2006, S. 754, 756, Tz 49; EuGH, 13.3.2007, Rs C-524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), IStR 2007, S. 249, 251, 257, Tz 26 ff. und 101; vgl. auch schon EuGH *Cadbury Schweppes* (Fn 38), Tz 33.

89 EuGH, 10.5.2007, Rs C-492/04 (*Lasertec*), IStR 2007, S. 439 f., Tz 18 ff.; vgl. auch EuGH, 24.5.2007, Rs C-157/05 (*Holböck*), IStR 2007, S. 441 f., Tz 22 ff.

90 Vgl. EuGH, 10.5.2007, Rs C-492/04 (*Lasertec*), IStR 2007, S. 439 f., Tz 22 f. mwN.

## 5 Ergebnis

Schweizer Holdingstrukturen stehen vor neuen Herausforderungen. Dabei werden sie in diesem Fall nicht (nur) aus Brüssel torpediert, sondern auch von deutscher Seite – denn die Verschärfung von § 50d Abs. 3 EStG kann zum Ausschluss bei der Entlastung von deutschen Quellensteuern auf Dividenden, Zinsen und Lizenzen führen. Mögliche Anpassungen der Struktur wurden vorstehend dargestellt; für eine Entlastung von deutschen Quellensteuern sollten sie bei Bedarf alsbald umgesetzt werden. Aus Schweizer Sicht ist entscheidend, dass die Holdinggesellschaft eine «zulässige Nebentätigkeit» ausübt, die aus deutscher Sicht «eigene Geschäftstätigkeit» darstellt. Dabei sollte eine mit entsprechenden personellen Ressourcen und entsprechender Infrastruktur ausgestattete Schweizer Management- oder Strategieholding die Hürde von § 50d Abs. 3 EStG meistern können, ohne dass sie schweizerischerseits den Verlust des Holdingprivilegs riskieren muss. In der Praxis sehen wir das grösste Risiko für reine Finanzholdinggesellschaften ohne Fachpersonal, die praktisch keine konzerninternen Dienstleistungen erbringen und über mehrere Jahre keine oder nur geringe Dividendeneinkünfte erzielen. Diese Tatbestandsmerkmale sind bei minimal ausgestatteten Zwischenfinanzholdings in wirtschaftlich schwierigen Jahren nicht selten anzutreffen. Entwarnung gilt nur, falls die (Schweizer) Holding die «Börsen- oder Fondsvoraussetzung» erfüllt oder soweit entlastungsberechtigte Gesellschafter an ihr beteiligt sind.

Möglicherweise helfen am Ende die Gerichte: Mit § 50d Abs. 3 EStG n. F. verletzt der deutsche Gesetzgeber voraussichtlich Europarecht. Da bereits die deutschen erstinstanzlichen Finanzgerichte tendenziell häufig den Vorlageweg nach Luxemburg beschreiten, wird es wohl nur eine Frage der Zeit sein, bis entsprechende Verfahren dem EuGH zur Entscheidung vorliegen. Schweizer Investoren ist es aber zu empfehlen, selbst tätig zu werden. Wie die deutsche Finanzverwaltung die verschärften Regelungen prüft, wird aus dem nachfolgend abgedruckten Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG des Bundeszentralamtes für Steuern ersichtlich.

### Anhang: Fragebogen zu § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007

1. Handelt es sich bei der Antragstellerin um eine Gesellschaft, für deren Hauptgattung der Aktien ein wesentlicher und regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet?  
Bitte reichen Sie geeignete Unterlagen ein, die dieses belegen.
2. Gelten für die Antragstellerin die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes bzw. liegt ausländisches Investmentvermögen des Ka-

pitalgesellschaftstyps (d. h. mit einer Investmentaktiengesellschaft i.S.v. § 2 Abs. 5 Investmentgesetz vergleichbare Konstruktionen) vor?

3. Ist die Firma in ein Handelsregister eingetragen? Bitte fügen Sie einen Auszug bei.
4. a) Welche Gesellschafter/Gesellschaften sind an der Antragstellerin beteiligt?  
Bitte geben Sie deren Namen und genauen Anschriften an. Sollten mehrere Gesellschafter/Gesellschaften an der Antragstellerin beteiligt sein, geben Sie bitte ebenfalls den prozentualen Anteil der Beteiligung an. Die Konzernverhältnisse sind detailliert anzugeben.  
  
HINWEIS: Bei juristischen Personen muss sich die Auskunft jeweils auf die Personen beziehen, die die juristische Person letztendlich beherrschen.
- b) An welchen Firmen im In- und Ausland ist die Antragstellerin beteiligt?
5. Welche Gründe waren für die Einschaltung der Antragstellerin massgebend?  
Bitte nehmen Sie hierzu ausführlich Stellung.
6. Entfaltet die Antragstellerin eine eigene (aktive) Wirtschaftstätigkeit?  
Legen Sie bitte Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen der Antragstellerin für die Wirtschaftsjahre ..... vor. Konsolidierte Abschlüsse sind als Nachweis nicht geeignet.

HINWEIS: Eine eigene Wirtschaftstätigkeit setzt eine über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinausgehende Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr voraus. Der nicht vermögensverwaltende (aktive) Bereich der Gesellschaft darf im Verhältnis zum vermögensverwaltenden (passiven) Bereich nicht unwesentlich sein. Der notwendige Umfang der eigenen Wirtschaftstätigkeit muss gem. § 50d Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EStG 10 Prozent betragen. Betragen in einem Wirtschaftsjahr die anteiligen Bruttoerträge aus dem aktiven Bereich der Gesellschaft nicht mehr als 10 Prozent der gesamten Bruttoerträge der Gesellschaft, ist dies unschädlich, wenn die 10-Prozentgrenze in den vorangegangenen drei Wirtschaftsjahren überschritten wurde oder bei einer neu gegründeten Gesellschaft in den drei nachfolgenden Wirtschaftsjahren voraussichtlich überschritten wird.

7. a) Hat die Antragstellerin im Land ihres Sitzes einen eigenen für ihren Geschäftszweck eingerichteten Geschäftsbetrieb oder nur eine Betriebsstätte, ein Verwaltungsbüro oder nur ihren formellen Rechtssitz?  
  
b) Legen Sie bitte einen Organisationsplan der ausländischen Firma vor, aus dem die Funktionsbereiche und die ihnen zugewiesenen Aufgaben im Einzelnen ersichtlich sind.  
c) Seit wann unterhält die Antragstellerin einen eigenen Geschäftsbetrieb?  
Bitte reichen Sie als Nachweis geeignete Belege, z. B. Mietverträge, ein.  
  
d) Bestehen eigene Telefon- und Faxanschlüsse?  
Geben Sie bitte die Nummern der Telefon- und Faxanschlüsse an, und legen Sie die entsprechenden Gebührenbelege vor.  
Bitte geben Sie auch ggf. vorhandene E-Mail- und Internetadressen an.  
  
e) Wie viele Arbeitnehmer werden von der Antragstellerin beschäftigt und welche Tätigkeiten wurden Ihnen übertragen?  
Legen Sie bitte Anstellungsverträge sowie die Anmeldung bei

den Sozialversicherungsträgern vor. Belegen Sie bitte die Zahlung der Gehälter.

8. a) Welchen Personen obliegt die Geschäftsführung für den kaufmännischen Bereich, die Produktion, den Vertrieb und den Verwaltungsbereich (Namen und genaue Anschriften)?
- b) Wer leitet die Geschäfte/trifft die Entscheidungen?
- c) Wer verfügt über die notwendigen Branchenkenntnisse?
- d) Welches ist der Hauptberuf des Geschäftsführers?
- e) Übt der Geschäftsführer noch weitere Funktionen, z. B. bei anderen Gesellschaften/Firmen, aus?
- f) Handelt es sich bei dem ausländischen Geschäftsführer um einen Rechtsanwalt, Rechtsbeistand, Berater, Steuer- oder Wirtschaftsberater oder ein Treuunternehmen?
- g) Werden tatsächlich Geschäftsführergehälter gezahlt? Wie hoch sind diese jährlich?
- h) Werden neben den Vergütungen für Geschäftsführung und/oder Vorstandstätigkeit weitere Gehälter gezahlt?

#### **Amtssprache**

Gemäss § 87 Abs. 1 Abgabenordnung (AO) ist die Amtssprache Deutsch.

Dem Antwortschreiben ist daher eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen (§ 87 Abs. 2 AO). Gleiches gilt für die erbetenen Unterlagen.

#### **Beweislast/erhöhte Mitwirkungspflicht**

Die Unterlagen und Auskünfte werden gemäss § 88 Abgabeordnung (AO) erbeten. Nach § 90 Abs. 2 AO haben die Beteiligten bei Sachverhalten, die sich auf Vorgänge ausserhalb Deutschlands beziehen, eine erhöhte Mitwirkungspflicht bezüglich der Klärung dieser Sachverhalte.

Da Auslandssachverhalte nicht vor Ort von den Finanzbehörden ermittelt werden können, müssen die Beteiligten die Sachverhalte im Inland darlegen und nachweisen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs sind sie gehalten, Unterlagen aus dem Ausland ins Inland zu schaffen und hier vorzulegen. Die Vorlage von Bilanzen und Erfolgsrechnungen gehört zum Mindeststandard der erhöhten Mitwirkungspflicht (BFH v. 16.04.1986, BStBl. II, S. 736).

Auch im Steuerrecht gilt, dass derjenige, der anspruchsbegründende Tatsachen behauptet, für das Vorliegen der den Anspruch begründenden (richtig: begründenden) Tatsachen die objektive Beweislast trägt (vgl. Urteile des Bundesfinanzhofs [BFH] vom 20.01.1978 VI R 193/74 BFHE 124, 508, BStBl. II 1978, S. 338; vom 03.06.1987 III R 205/81, BStBl. II 1987, S. 675; vom 02.12.2004 III R 49/03, BStBl. II 2005, S. 483). Mängel im Nachweis der Voraussetzungen für den Erstattungsanspruch sowie Verletzungen der abgabenrechtlichen Mitwirkungspflichten gehen danach zu seinen Lasten.

## **Literatur**

ALLEMANN RICHARD, Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten, Bern/Stuttgart/Wien 1997

BÜNNING MARTIN/MÜHLE SABINE ANJA, Jahressteuergesetz 2007: Der Regierungsentwurf zur Änderung des § 50d Abs. 3 EStG, BB 2006, S. 2159 ff.

DUSS MARCO/VON AH JULIA/RUTISHAUSER FRANK, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Bd. I/1, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 2002

FISCHER MICHAEL, Europarecht und Körperschaftsteuerrecht, DStR 2006, S. 2281 ff.

GROTHERR SIEGFRIED, Keine deutsche Kapitalertragsteuerentlastung bei Einschaltung einer ausstattungslosen Zwischenholdinggesellschaft im Ausland – Nichtanwendungserlass zur Hilversum II-Entscheidung des BFH, IStR 2006, S. 361 ff.

GÜNKEL MANFRED/LIEBER BETTINA, Braucht Deutschland eine Verschärfung der Holdingregelung in § 50d Abs. 3 EStG?, DB 2006, S. 2197 ff.

HAARMANN WILHELM, Anmerkung 2 zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, IStR 2005, S. 713

HELBING ANDREAS/WETLI ROGER, Zinsbesteuerungsabkommen Schweiz-EU. Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen, ST 2006, S. 81 ff. und S. 959 ff.

HERGETH ARMIN/ETTINGER JOCHEN, Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 31.5.2005 zu § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2006, S. 307 ff.

HÖLZEMANN STEFAN, Neues zur steuerlichen Anerkennung ausländischer Kapitalgesellschaften – Sind eigenes Personal, eigene Geschäftsräume und eine Geschäftsausstattung noch erforderlich?, IStR 2006, S. 830 ff.

JACOB FRIEDHELM/KLEIN MARTIN, Anmerkung zu BFH vom 20.3.2002, I R 38/00, IStR 2002, S. 600 ff.

– Anmerkung zu BFH vom 31.5.2005, I R 74, I R 88/04, IStR 2005, S. 711 ff.

JACOBS OTTO H. (Hrsg.), Internationale Unternehmensbesteuerung, 5. A., München 2002

JAKOB WALTER, Strukturveränderungen bei Schweizer Konzernen. Gestaltungsformen, Trends und Steuerfolgen, ST 1992, S. 215 ff.

– Strukturveränderungen im Konzern – Gestaltungsformen und Steuerfolgen, StR 1990, S. 161 ff.

JAKOB WALTER/KUBAILE HEIKO, Missbrauchsnorm greift Schweizer Holdingstrukturen an, Finanz und Wirtschaft vom 6.12.2006, S. 29

KESSLER WOLFGANG, Die Euro-Holding. Steuerplanung, Standortwahl, Länderprofile, München 1996

KESSLER WOLFGANG/EICKE ROLF, Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule: Two-tier holding meets two-tier approach, *Tax Planning International Review* 5/2007, S. 2 f.

- Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, *DStR* 2007, S. 781 ff.
- Treaty-Shopping – Quo vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs. 3 EStG-E, *IStR* 2006, S. 577 ff.

KOLB ANDREAS, Dividendenbesteuerung im schweizerisch-deutschen Verhältnis, *IWB* 2/2002, Fach 5, Schweiz, Gruppe 2, S. 515 ff.

KORTS SEBASTIAN, Anmerkung zu FG Köln vom 16.3.2006, 2 K 1139/02, *IStR* 2006, S. 427 ff.

KUBAILE HEIKO, Aktuelle Änderungen im DBA-Schweiz, *PIStB* 2003, S. 209 ff.

- Erfreuliche Neuerungen im DBA Deutschland-Schweiz. Nullregelung, Missbrauchsvorschrift, Amtshilfeklausel, *ST* 2003, S. 646 ff.

KUBAILE HEIKO/BUCK CHRISTIAN, Das Jahressteuergesetz 2007 hat auch internationale Steuergestaltungen erschwert, *PIStB* 2007, S. 78 ff.

KUBAILE HEIKO/SUTER ROLAND/JAKOB WALTER, *Der Steuer- und Investitionsstandort Schweiz*, 1. A., Herne/Berlin 2006

LUTZ GEORG, Abkommensmissbrauch. Massnahmen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Doppelbesteuerungsabkommen, *Zürich/Basel/Genf* 2005

NIEDRIG HANS-PETER, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, *IStR* 2003, S. 474 ff.

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, *Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz*, 2. A., Zürich 2006

RIEDWEG PETER/HEUBERGER RETO, Die Quellenbesteuerung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren nach Art. 15 ZBstA, *FStR* 2006, S. 29 ff. und S. 110 ff.

SIEKER KLAUS, Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50d Abs. 1a EStG?, *IStR* 1996, S. 57 ff.

STOSCHEK UWE/PETER ALEXANDER F., § 50d Abs. 3 EStG – erste Rechtsprechung zu einer verfehlten Missbrauchsvorschrift – Vereinbarkeit von § 50d Abs. 3 EStG mit Europarecht? –, *IStR* 2002, S. 656 ff.

WALDBURGER ROBERT, Holding- und Domizilprivileg im Steuerharmonisierungsgesetz. Kantonale Freiräume bei der Ausgestaltung des Holding- und Do-

mizilprivilegs gemäss Art. 28 Abs. 2 bis 5 des Steuerharmonisierungsgesetzes, Zürich 1996

ZUPPINGER FERDINAND/BÖCKLI PETER/LOCHER PETER/REICH MARKUS, *Steuerharmonisierung*, Bern 1984

## Rechtsquellen

AO, Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 3866, *BGBI. I* 2003, S. 61

AStG, Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) vom 8.9.1972, *BGBI. I* 1972, S. 1713

DBA-D, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (vom 11.8.1971), *SR* 0.672.913.62

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

EG-Vertrag, Konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, *ABl. EG* 2002 Nr. C 325, S. 33

EStG, Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 4210, *BGBI. I* 2003, S. 179

EURLUmsG, Gesetz zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 9.12.2004, *BGBI. I* 2004, S. 3310, 3843

GAufzV, Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Abs. 3 der Abgabenordnung vom 13.11.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2296

InvG, Investmentgesetz vom 15.12.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2676

InvStG, Investmentsteuergesetz vom 15.12.2003, *BGBI. I* 2003, S. 2676, 2724

JStG 2007, Jahressteuergesetz 2007 vom 13.12.2006, *BGBI. I* 2006, S. 2878

KStG, Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002, *BGBI. I* 2002, S. 4144

Mutter-Tochter-RL, RL 90/435/EWG des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (vom

23.7.1990), ABl. EG 1990 Nr. L 225, S. 6, Nr. L 266, S. 20, 1997 Nr. L 16, S. 98 (zuletzt geändert durch die RL 2003/123/EG [vom 22.12.2003], ABl. EU 2004 Nr. L 7, S. 41)

Revisionsprotokoll zum DBA-D, Revisionsprotokoll zu dem Abkommen vom 11.8.1971 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, in der Fassung des Protokolls vom 21.12.1992 (mit Verhandlungsprotokoll) (vom 12.3.2002), SR 0.672.913.623 bzw. BT-Drucks. 14/9201

SolzG 1995, Solidaritätszuschlaggesetz 1995 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002, BGBl. I 2002, S. 4130

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

StMBG, Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts (Missbrauchsbekämpfung- und Steuerbereinigungsgesetz) (vom 21.12.1993), BGBl. I 1993, S. 2310

StÄndG 2001, Steueränderungsgesetz 2001 (vom 20.12.2001), BGBl. I 2001, S. 3794

Unternehmenssteuerreform 1997, BG über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 (vom 10.10.1997), AS 1998, S. 669 ff.

WpHG, Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz) (in der Fassung der Bekanntmachung vom 9.9.1998), BGBl. I 1998, S. 2708

ZBstA, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (mit Anhängen und Memorandum) (vom 26.10.2004), SR 0.641.926.81

Zinsen-/Lizenzgebühren-RL, RL 2003/49/EG des Rates über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (vom 3.6.2003), ABl. EU 2003 Nr. L 157, S. 49 (geändert durch Richtlinie 2004/66/EG [vom 26.4.2004], ABl. EU 2004 Nr. L 168, S. 35)

## **BMF-Schreiben und andere Praxisanweisungen**

BMF-Schreiben vom 28.6.2005, IV B 1 - S 1316 - 42/05, BStBl. I 2005, S. 858

BMF-Schreiben vom 3.4.2007, IV B 1 - S 2411/07/0002 – Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften; Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2007, BStBl. I 2007, S. 446

BMF-Schreiben vom 30.1.2006, IV B 1 - S 2441 - 4/06, BStBl. I 2006, S. 166

MB Holdinggesellschaften SG, Merkblatt Holdinggesellschaften des KStA St.Gallen (vom 1.9.2003), St.Galler Steuerbuch (StB) 92 Nr. 1

Steuerentlastungen auf Grund von DBA, ESTV, Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen, Loseblattwerk, Bern

Weisung Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften ZH, Weisung der FD des Kantons Zürich über die Besteuerung von Beteiligungs-, Holding-, Domizil- und gemischten Gesellschaften (vom 17.10.2000), Zürcher Steuerbuch Teil 1/Bd. 1 Nr. 26/051

WL Dividendenzahlungen, WL der ESTV betreffend die Aufhebung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf Dividendenzahlungen zwischen verbundenen Kapitalgesellschaften im Verhältnis zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (vom 15.7.2005)

## **Materialien und Berichte**

Gesetzesbegründung zum JStG 2007 vom 25.9.2006, BT-Drucks. 16/2712, S. 60

Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Konferenz Staatlicher Steuerbeamter, Kommission Steuerharmonisierung, Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts, Muri/Bern 1995

OECD-MA, OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, 15 July 2005, Paris 2005

# Rechtsprechung im Jahr 2006 (1. Teil)

Prof. Dr. iur. Markus Reich\*/Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger\*\*

## Inhalt\*\*\*

- |   |   |
|---|---|
| 1 | <b>Indirekte Teilliquidation sowie mangelnder Vertrauensschutz bei Praxisänderungen</b> |
| 2 | <b>Verlustverrechnung nach Veranlagung mit positiven Steuerfaktoren</b>                 |
| 3 | <b>Stellung von Drittpersonen im Amtshilfeverfahren mit den USA</b>                     |
|   | <b>Literatur</b>  |
|   | <b>Rechtsquellen</b>  |
|   | <b>Materialien</b>  |
|   | <b>Praxisanweisungen</b>  |

## 1 Indirekte Teilliquidation sowie mangelnder Vertrauensschutz bei Praxisänderungen<sup>1</sup>

### Sachverhalt

A. war Alleinaktionärin der A.-AG. Im Juni 1998 verkaufte sie sämtliche Aktien der A.-AG (100 Namenaktien à nom. Fr. 500) für Fr. 10 Mio. an die damals in Gründung begriffene C.-Holding AG, die von den Mitgliedern der Geschäftsleitung der B.-AG gehalten wurde. Der Kaufpreis sollte wie folgt entrichtet werden: Fr. 6 Mio. gegen Übergabe und Indossierung der 100 Namenaktien, die restlichen Fr. 4 Mio. in Teilzahlungen zu mindestens je Fr. 1 Mio. spätestens bis 31.12. der Jahre 2003 bis 2006. Die C.-Holding AG verfügte über ein Aktienkapital von Fr. 100 000 sowie Agioreserven von Fr. 900 000. Der Kaufpreis wurde im Umfang von Fr. 1 Mio. aus eigenen Mitteln finanziert. Für Fr. 5 Mio. beanspruchte die C.-Holding AG ein gegen Verpfändung ihrer Aktien sowie derjenigen der B.-AG gewährtes Darlehen der Bank X. Für den restlichen Betrag von Fr. 4 Mio. gewährte A. der Käuferin ein zinsloses Darlehen, rückzahlbar in jährlichen Raten von Fr. 1 Mio., erstmals per 1.12.2003. Dafür wurde ihr ein Nachpfandrecht an den Aktien der B.-AG eingeräumt.

Mit Veranlagungsvorschlag vom 19.9.2003 beabsichtigte der Steuerkommissär, der Steuerpflichtigen A. neben verdeckten Gewinnausschüttungen von insgesamt Fr. 137 325 Fr. 9 Mio. als Beteiligungsertrag aus indirekter Teilliquidation und damit als ausserordentliche Einkünfte im Sinne von Art. 218 Abs. 2 und 3 DBG aufzurechnen. Nach Einwendungen des Steuervertreeters von A. teilte der Steuerkommissär der Pflichtigen mit, die Problematik der indirekten Teilliquidation sei angesichts der aktuellen Praxis der ESTV erledigt. Dementsprechend erfasste die Veranlagung der Sondersteuer für ausserordentliche Einkünfte lediglich noch die erwähnten verdeckten Gewinnausschüttungen der B.-AG.

Wie aus der Begründung des Entscheids hervorgeht, war die Pflichtige im Veranlagungsverfahren offenbar nur unzureichend über die Gründe, die zur Aufrechnung der verdeckten Gewinnausschüttung zufolge Begleichung

\* Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich.

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

\*\*\* Die Autoren danken Herrn RA lic.iur. Christian Martin Gutekunst und Herrn lic.iur. Beat Dominik Zwiggli für wertvolle Anregungen und Hinweise.

1 BGer 2A.471/2005, 10.11.2006, StE 2007 B 24.4 Nr. 75.

der Kosten für die Beratung des Aktienverkaufs durch die B.-AG führten, orientiert worden, weshalb sie gegen die Sonderveranlagung Einsprache erheben liess. Im Einspracheverfahren eröffnete das Kantonale Steueramt Zürich der Pflichtigen, der Erlös aus dem Verkauf der B.-Aktien werde nun gestützt auf das Bundesgerichtsurteil vom 11.6.2004<sup>2</sup> doch als Beteiligungsertrag aus indirekter Teilliquidation gewürdigt. Obwohl dem Steueramt mitgeteilt wurde, dass der Kaufpreis mit Vereinbarung vom 8.9.2004 auf Fr. 8,05 Mio. herabgesetzt worden sei, wurden im Einspracheentscheid neben den erwähnten verdeckten Gewinnausschüttungen Fr. 9 Mio. (Differenz zwischen ursprünglichem Verkaufspreis von Fr. 10 Mio. und den Eigenmitteln von Fr. 1 Mio.) aus indirekter Teilliquidation aufgerechnet. Die Rekurskommission hiess die Beschwerde teilweise gut, indem sie u. a. den Beteiligungsertrag aus indirekter Teilliquidation auf Fr. 5 254 658.40 (Teilzahlung von Fr. 6 Mio. abzüglich anteilmässige Eigenmittel von Fr. 745 341.60) herabsetzte. Dagegen gelangte die Steuerpflichtige mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht nahm zunächst Stellung zu den als verdeckte Gewinnausschüttungen aufgerechneten Beratungsleistungen, die im Zusammenhang mit dem Aktienverkauf erbracht und dem Konto «Beratungen» in der B.-AG belastet worden waren. Zur Argumentation der Pflichtigen, die Beratungsleistungen seien nicht ihr, sondern der Käuferschaft zugekommen, die Beratungsverträge seien denn auch durch die Käuferin abgeschlossen worden, führte die Vorinstanz aus, die Käuferin habe im Vorfeld der Aktientransaktion erst in Gründung gestanden. Zwischen ihr und dem designierten Verwaltungsratspräsidenten und Mehrheitsaktionär der Käuferin habe ein so enges Vertrauensverhältnis bestanden, dass sie diesem das Aushandeln der Transaktionsbedingungen überlassen habe. Damit sei für die Pflichtige erkennbar gewesen, dass kein Konnex zur betrieblichen Tätigkeit der B.-AG bestanden habe. Als zu diesem Zeitpunkt alleinige Aktionärin müsse sie sich die ihr und der nahestehenden Käuferin erbrachten Beratungsaufwendungen als geldwerte Vorteile anrechnen lassen. Das Bundesgericht pflichtete diesen Überlegungen bei und erachtete die aufgerechnete verdeckte Gewinnausschüttung als hinreichend nachgewiesen.

Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Besteuerung des die Eigenmittel der Käuferin übersteigenden Verkaufserlöses im Betrag von Fr. 9 Mio. brachte das Bundesgericht zunächst vor, diese berufe

sich insbesondere auf eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Dabei stütze sie sich auf eine am 7.4.2004 telefonisch erteilte Auskunft des Steuerkommissärs, in welcher dieser erklärte, «die Problematik indirekte Teilliquidation» sei «auf Grund der ... erbrachten Nachweise und dem heutigen Stand der ESTV-Praxis» – nach welcher die blosser Verpfändung der erworbenen Aktien zu keiner Entreicherung der Gesellschaft führe – erledigt. In Übereinstimmung mit dieser Auskunft sei denn auch der Hinweis vom 3.6.2004 ergangen, gemäss welchem für die Veranlagung nur die Aufrechnung von ausserordentlichen Einkünften 1998 im Betrag von Fr. 137 300 vorgesehen war; so hätte auch die Veranlagungsverfügung gelautet. Weil ihr das rechtliche Gehör bezüglich dieser Aufrechnung der belasteten Beratungskosten als verdeckte Gewinnausschüttung nicht gewährt worden sei und sie deshalb deren Begründung nicht habe überprüfen können, habe sie sich – so die Vorbringen der Beschwerdeführerin – gezwungen gesehen, Einsprache zu erheben. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, die Beschwerdeführerin sei mit dem Hinweis vom 3.6.2004 über die beabsichtigte Besteuerung der verdeckten Gewinnausschüttungen hinreichend im Bilde gewesen. Wenn sie somit nicht bereits in jenem Zeitpunkt Einsicht in die bei der kantonalen Steuerverwaltung liegenden Steuerakten nehmen wollte, hätte sie dies spätestens nach Zustellung der Veranlagungsverfügung tun können. Auch verblieb ihr danach immer noch die Beschwerdefrist, um die ihres Erachtens erforderliche Einsicht in die Belege zu nehmen.

Im Einspracheverfahren haben die Veranlagungsbehörde, die kantonale Verwaltung für die direkte Bundessteuer und die ESTV die gleichen Befugnisse wie im Veranlagungsverfahren (Art. 134 Abs. 1 DBG). Einem Rückzug der Einsprache wird keine Folge gegeben, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass die Veranlagung unrichtig war (Art. 134 Abs. 2 DBG). Die Veranlagungsbehörde entscheidet gestützt auf die Untersuchung über die Einsprache; sie kann alle Steuerfaktoren neu festsetzen und, nach Anhören des Steuerpflichtigen, die Veranlagung auch zu dessen Nachteil abändern (Art. 135 Abs. 1 DBG).

Zur von der Beschwerdeführerin geäusserten Auffassung, ihr hätte es ermöglicht werden sollen, die Einsprache zurückzuziehen, da sie diese in der Meinung erhoben habe, die Frage der indirekten Teilliquidation sei auf Grund des Hinweises erledigt und sie könne die Einsprache zurückziehen, sofern die Begründung für die verdeckte Gewinnausschüttung nachvollziehbar sei, erwog das Bundesgericht, nach der Regelung von Art. 134 f. DBG umfasse die auf Einsprache hin durchgeführte Untersuchung die gesamte Veranlagung und nicht nur die vom Einsprecher geltend gemachten Punkte. Die Veran-

2 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

lagungsbehörde sei deshalb berechtigt und verpflichtet, die angefochtene Veranlagungsverfügung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Sicht umfassend zu überprüfen.

Dass ihr der Beteiligungsertrag aus indirekter Teilliquidation im Einspracheverfahren wieder aufgerechnet worden sei, bilde keinen Verstoss gegen Treu und Glauben, denn die telefonische Auskunft des Steuerkommissärs sei unter dem Vorbehalt der «heutigen Praxis» der ESTV erfolgt. Sie sei deshalb mit einem klaren Vorbehalt einer allfälligen Änderung dieser Praxis verbunden gewesen. Auf Grund einer solchen mit Vorbehalt versehenen Auskunft hätte die Beschwerdeführerin vernünftigerweise nicht davon ausgehen dürfen, dass der Steuerkommissär im Einspracheverfahren nicht auf seine frühere Beurteilung zurückkommen werde.

Gestützt auf den Entscheid vom 11.6.2004<sup>3</sup> habe die ESTV am 8.9.2004 ein Rundschreiben an die kantonalen Verwaltungen für die direkte Bundessteuer mit der Weisung erlassen, die neue Rechtsprechung ab sofort auf alle offenen und neuen Fälle anzuwenden<sup>4</sup>. Dies ist nach Auffassung des Bundesgerichts nicht zu beanstanden, denn eine neue Rechtsprechung bzw. Praxis sei grundsätzlich auf alle Steuerverfahren anzuwenden, die im Zeitpunkt der Praxisänderung noch nicht rechtskräftig abgeschlossen seien<sup>5</sup>. Da die Auskunft des Steuerkommissärs lediglich vor dem Hintergrund der damals noch geltenden früheren Praxis der ESTV allfälliges Vertrauen habe begründen können, sei dieses mit der danach durch das Bundesgerichtsurteil geänderten Rechtslage dahin gefallen. Denn der Schutz eines allenfalls berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden sei an die Voraussetzung gebunden, dass sich die Rechtslage seit der Auskunftserteilung nicht geändert habe<sup>6</sup>. Dies sei hier aber nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin könne sich schon aus diesem Grund nicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen<sup>7</sup>. Es komme hinzu, dass die Tragweite des Grundsatzes von Treu und Glauben im Steuerrecht, das vom Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Besteuerung beherrscht sei, von vornherein geringer sei als in anderen Rechtsgebieten<sup>8</sup>.

Zum Einwand der Beschwerdeführerin, dass im Zusammenhang mit dem Verkauf der Aktien der B.-AG gar kei-

ne indirekte Teilliquidation stattgefunden habe, führt das Bundesgericht nach Darlegung seiner bisherigen Praxis<sup>9</sup> aus, die Beschwerdeführerin habe ihre Beteiligung aus ihrem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen der buchführungspflichtigen Käuferin übergeführt. Auch könne ein Zusammenwirken darin erblickt werden, dass sie der Käuferin ein Darlehen für den Restkaufpreis gewährt und für dieses einen Rangrücktritt gegenüber dem Bankdarlehen akzeptiert habe. Es handle sich sogar um ein aussergewöhnlich intensives Zusammenwirken, indem die Beschwerdeführerin sich nicht nur bei den Vertragsverhandlungen durch den späteren Verwaltungsratspräsidenten der Käuferin vertreten liess, sondern sich zufolge ihres Rangrücktrittes zugunsten der Bank für das von ihr der Käuferin gewährte Darlehen von über Fr. 4 Mio. lediglich mit einem Nachpfandrecht auf den der Bank verpfändeten Aktien der B.-AG zufrieden gegeben habe. Zudem sei vereinbart worden, dass der Abzahlungsplan für das Darlehen im Einverständnis der Vertragsparteien geändert werden könne<sup>10</sup>.

Hinsichtlich der Frage der Substanzminderung bestätigte das Gericht seine Auffassung, dass es keine Rolle spiele, ob die dem Veräusserer nur in Form von steuerbaren Vermögenserträgen auszahlbaren Mittel aus der bereits erwirtschafteten und somit im Zeitpunkt der Transaktion schon vorhandenen Substanz oder aus von der erworbenen Gesellschaft noch zu erwirtschaftenden Erträgen zuflössen, wenn angesichts der finanziellen Situation der Käuferin diese die für den Kauf benötigten Darlehen ohne die von der erworbenen Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne nicht zurückzahlen könne<sup>11</sup>.

Diese Rechtsprechung sei in der Folge nicht geändert, sondern lediglich weitergeführt und dahingehend bestätigt worden, dass für die Annahme einer indirekten Teilliquidation entscheidend sei, ob die Bezahlung des Kaufpreises bzw. die Rückzahlung des Darlehens aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft überhaupt erfolge, d. h. ob dafür wirtschaftlich auf deren Substanz zurückgegriffen werde, und nicht, ob diese Substanz bereits verfügbar sei<sup>12</sup>. Im einen wie im anderen Fall werde der Kaufpreis

3 BGer 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

4 Vgl. RS Erbenholding und indirekte Teilliquidation.

5 Zur Stützung dieser Aussage wird BGE 111 V 161 E 5b mit Hinweisen, ein Entscheid aus dem Sozialversicherungsrecht, zitiert.

6 Mit Verweisung auf BGE 111 V 161 E 5b, mit Hinweisen.

7 Mit Verweisung auf BGE 119 Ib 397 E 6e.

8 Mit Verweisung auf BGer 2A.358/2002 E 4.2, 29.11.2002, StE 2003 B 72.14.2 Nr. 31.

9 Mit Verweisung auf BGE 115 Ib 249 E 2f = StE 1990 B 24.4 Nr. 20 = ASA 58 (1989/90), S. 594; BGer 2A.331/2003 E 4.3, 11.6.2004, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 410 = StR 2004, 683, mit Hinweisen; sowie REICH, DBG Art. 20 N 84.

10 Mit Verweisung auf BGer 2A.331/2003, 11.6.2004, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

11 Mit Verweisung auf BGer 2A.474/2000 E 4b, 22.10.2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 63 = ASA 72 (2003/2004), 218.

12 Zur Stützung seiner Aussage, es habe seine Praxis lediglich weiterentwickelt, nicht geändert, verweist das Bundesgericht zum einen auf LUTZ/HONOLD, Indirekte Teilliquidation – Ist wirklich Hopfen und Malz verloren?, 147, und zum andern auf seine Entscheide 2A.331/2003 E 4.2 und 4.5, vom 11.6.2004, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 409 und 411 = StR 2004, 682 f., sowie 2A.118/1999 E 2c, vom 3.4.2000. Im Wei-

aus Mitteln der veräusserten Gesellschaft bezahlt – die dem Veräusserer als früherem Beteiligungsinhaber nur in Form von steuerbarem Ertrag zufließen konnten –, ohne dass sie je als Ertrag versteuert werden müssten.

Dass dies nicht zutrifft, hat die Doktrin eingehend nachgewiesen. Das Bundesgericht gesteht zwar zu, dass sein Entscheid vom 11.6.2004<sup>13</sup> in der Doktrin stark kritisiert worden sei<sup>14</sup>; soweit die Kritik auf bereits früher vorgebrachten Argumenten beruht, verwies das Bundesgericht jedoch auf seine diesbezügliche, in eben diesem Entscheid vorgebrachte Stellungnahme. Zudem habe die Vorinstanz zur angebrachten Kritik zutreffend erwogen, das mit der Generalklausel von Art. 16 Abs. 1 DBG zum Ausdruck gebrachte Konzept der Gesamteinkommensbesteuerung umfasse vor allem das Totalitätsprinzip. Eine gleichmässige Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei daher nur gewährleistet, wenn grundsätzlich alle Einkünfte erfasst würden. Eingehender nahm das Bundesgericht zum Kritikpunkt Stellung, die Annahme des Bundesgerichts, wenn der Kaufpreis aus noch zu erwirtschaftenden Erträgen der verkauften Gesellschaft geleistet werde, müssten diese nie als Ertrag besteuert werden, sei falsch; soweit kein Abschreibungsbedarf gegeben sei, würden die Dividendenausschüttungen der verkauften Gesellschaft trotz des Teiligungsabzuges eine Zunahme der Reserven der Käuferin bewirken und bildeten dort ausschüttungsfähiges und entsprechend mit latenter Einkommenssteuer belastetes Substrat, was im Ergebnis zu einer verpönten Dreifachbelastung des Ertrages führe. Nach höchstrichterlicher Auffassung vermag dieses Argument jedenfalls im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht zu über-

zeugen: Der Buchwert (ausgewiesenes Eigenkapital) der B.-AG habe per 31.12.1997 Fr. 1 145 228 betragen. Die B.-AG erscheine indessen in der Bilanz der Käuferin zum vollen Kaufpreis von Fr. 10 Mio. Es wäre der Käuferin jedenfalls steuerrechtlich keineswegs verwehrt, die Differenz zwischen dem Buchwert und dem bei ihr bilanzierten Wert – den Goodwill – nach und nach abzuschreiben, so dass bei ihr insofern trotz der erhaltenen Dividenden kein neues ausschüttungsfähiges Substrat gebildet würde. Im Übrigen würde sich das gleiche Argument auch anführen lassen, wenn der Gewinn auf die Realisierung von stillen Reserven zurückzuführen wäre; in diesem Fall werde aber nicht daran gezweifelt, dass er aus der Substanz stamme und deshalb eine indirekte Teilliquidation vorliege.

Auch die Kritik, die bundesgerichtliche Praxis zur indirekten Teilliquidation verhindere vernünftige Unternehmensnachfolgeregelungen, wird als unbegründet zurückgewiesen. Sie gehe davon aus, dass das Bundesgericht jede Veräusserung einer Beteiligung, bei welcher seitens des Käufers Fremdkapital beansprucht werde, als indirekte Teilliquidation qualifiziere, sofern der Kaufpreis schliesslich aus vorhandenen oder auch aus künftig noch zu erwirtschaftenden Mitteln bestritten werde. Dabei werde übersehen, dass die kritisierte Rechtsprechung ausdrücklich nur gelte, wenn die Teiligungsrechte aus dem Privatvermögen des Verkäufers in das Geschäftsvermögen eines Käufers überführt werden, für welchen das Buchwertprinzip gilt. Wenn der Käufer die Beteiligung als Privatperson erwerbe, greife der Tatbestand der indirekten Teilliquidation nicht. Der Vorwurf, die bundesgerichtliche Praxis verunmögliche sinnvolle Nachfolgeregelungen, treffe somit gerade bei Familiengesellschaften nicht zu. Unzutreffend sei auch der weitere Einwand, als Folge der bundesgerichtlichen Praxis könnten inskünftig nur noch kapitalkräftige Käufer ein Unternehmen erwerben. Der Erwerb der Aktien der zu übernehmenden Gesellschaft könne ebenso gut fremdfinanziert werden wie der Erwerb durch eine Holding. Auch im vorliegenden Fall sei nicht einzusehen, inwiefern zwingend eine Holdinggesellschaft habe eingeschaltet werden müssen.

Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Entwurf vom 22.6.2005 für ein Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen<sup>15</sup>, das den steuerbaren Vermögensertrag auf das so genannte volle Portemonnaie bzw. auf das Ersatzdividendenkonzept beschränken wollte, musste das Bundesgericht nicht näher eintreten, da die inzwischen verabschiedete und in verschiedener Hinsicht vom Entwurf abweichende gesetzgeberische Lösung noch nicht in Kraft war. Eine Vorwir-

teren verweist es auch auf die Darstellung der geltenden Rechtslage in der Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), 4803.

13 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 = StR 2004, 684.

14 Es erwähnt die folgenden Publikationen: BUCHSER/JAU, Methodische Überlegungen zur indirekten Teilliquidation, 125 ff.; UEBELHART/ARNOLD, Erweiterte indirekte Teilliquidationstheorie erschwert Unternehmensnachfolge, 274 ff.; GRÜNINGER, Steuerrechtliche Entwicklungen, 32 ff.; HOLENSTEIN, Indirekte Teilliquidation – Besteuerung der tatsächlichen Substanzentnahme, 718 ff.; GURTNER/GIGER, Unzulässige Erbenholdingbesteuerung – massive Ausweitung der indirekten Teilliquidationstheorie, 658 ff.; BEHNISCH, Gibt es den steuerfreien Kapitalgewinn bei einer Teiligungsveräusserung noch?; GRETER, «Ist es notwendig, dass die ESTV den Bundesgerichtsentscheid zur Erbenholding buchstabengetreu umsetzt?», 64; BETSCHART, Grenzenlose indirekte Teilliquidation, 873 ff.; ZELLWEGE-GUTKNECHT, Chronik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Oktober 2003 bis Oktober 2004, 213 ff.; REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2004 (1. Teil), 224 ff.; LUTZ/HONOLD, Indirekte Teilliquidation – Ist wirklich Hopfen und Malz verloren?, 139 ff.; SCHMID, Stolperstein der Unternehmenssteuerreform, 25.

15 Unternehmenssteuerreformgesetz II.

kung könne schon wegen dieser Abweichungen nicht in Betracht gezogen werden. Überdies habe der Gesetzgeber die Rückwirkung der neuen Bestimmung mit Art. 205b DBG auf die noch nicht rechtskräftigen Veranlagungen der in den Steuerjahren ab 2001 erzielten Erträge beschränkt. Er habe damit bewusst in Kauf genommen, dass nicht rechtskräftige Veranlagungen für frühere Steuerjahre noch nach der bisherigen Praxis entschieden würden.

Angewendet auf den vorliegenden Fall kam das Bundesgericht dann zum Schluss, dass der von der Beschwerdeführerin aus dem Aktienverkauf erzielte Verkaufserlös als Ertrag aus indirekter Teilliquidation zu betrachten und nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG zu besteuern sei. Was den Zeitpunkt der Besteuerung anbelangt, verwies das Bundesgericht im Wesentlichen auf die «offene Agio-Lösung», die es im Entscheid vom 11.6.2004<sup>16</sup> in den Raum gestellt hatte. Danach realisiert der Veräusserer bei einem Verkauf gegen Darlehensgewährung den Ertrag aus indirekter Teilliquidation erst dann, wenn er auch tatsächlich über den Kaufpreis verfügt. Da der Beschwerdeführerin in der Steuerperiode 1997/98 wirtschaftlich betrachtet lediglich der im Kalenderjahr bezahlte Betrag von Fr. 6 Mio. zugerechnet werden könne, habe die Vorinstanz zu Recht nur diese Teilzahlung – abzüglich der anteiligen, käuferseits aufgewendeten Eigenmittel – als realisierten Ertrag aus indirekter Teilliquidation erfasst. Die von der ESTV gestützt auf ihren Entwurf zum KS Übertragung von Beteiligungen erhobenen Einwände wies das Bundesgericht zurück.

Hinsichtlich der vereinbarten Kaufpreisreduktion erachtete es das Bundesgericht zwar für fraglich, ob die sechs Jahre nach der in Frage stehenden Beteiligungsveräusserung vereinbarte Minderung des Verkaufspreises überhaupt noch steuerlich berücksichtigt werden dürfe; es wies indessen darauf hin, die spätere Reduktion des Verkaufspreises beschlage nicht den hier allein in Frage stehenden ursprünglichen Verkauf der B.-AG, weshalb die Frage offen bleiben könne. Es sei jedenfalls nicht zu sehen, inwiefern der von der Vorinstanz getroffene Entscheid Bundesrecht verletzen solle. Dem blossen Entwurf zu einem Kreisschreiben könne keine verbindliche Rechtswirkung beigemessen werden. Zudem gehe die geschuldete Steuer mit dem Aufschub nicht verloren, sondern werde einzig auf eine spätere Periode verschoben.

Aus diesen Gründen wies das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

## Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Einen Nebenpunkt in vorliegendem Verfahren bildet die vom Steuerkommissär unzulänglich begründete Aufrechnung der in der verkauften Gesellschaft als Aufwand verbuchten Beratungsleistungen. Von Interesse ist diese verdeckte Gewinnausschüttung nicht nur, weil sie die Steuerpflichtige zur verhängnisvollen Einsprache veranlasst hat, sondern sie wirft auch Fragen hinsichtlich der Anwendbarkeit der Dreieckstheorie auf. Das Bundesgericht geht mit der Vorinstanz davon aus, dass diese Beratungsleistungen zwar für beide Vertragsparteien erbracht worden sind, aber dennoch vollumfänglich bei der Verkäuferin als damaliger Alleinaktionärin aufzurechnen sind. Das Bundesgericht erklärt die vollumfängliche Kostenübernahme durch die B.-AG mit dem Vertrauensverhältnis, das damals zwischen der Steuerpflichtigen und den Organen der Käuferin bestanden hat. Mit Blick auf die Geschäftsführungsfunktion des Hauptaktionärs der Käuferin in der B.-AG könnte jedoch auch eine direkte Zurechnung eines Teils der Beratungskosten an die Käuferin begründet werden. In Anbetracht der besonderen Beziehung der Käuferin zur ausschüttenden Gesellschaft erscheint der Umweg über die damalige Alleinaktionärin als ebenso wenig gerechtfertigt wie im «Appenzeller Entscheid» vom 22.10.1992<sup>17</sup>. Unmittelbare Leistungsempfängerin war die Käuferin, deren Organe die Belastung der Kosten in der B.-AG auch faktisch bewirkt hatten. Die Verkäuferin wollte der Käuferin gewiss keine Schenkung oder eine sonstige Leistung erbringen, indem die Kosten in der damals noch von ihr beherrschten Gesellschaft verbucht wurden. In diesem Licht ist es durchaus verständlich, dass sich die Pflichtige gegen die Veranlagung des Steuerkommissärs zur Wehr gesetzt hatte. Dennoch hätte sie die Einsprache post festum betrachtet unterlassen sollen, denn in der Zwischenzeit wurde die Praxis hinsichtlich der indirekten Teilliquidation aufgrund des ominösen Bundesgerichtsentscheids vom 11.6.2004<sup>18</sup> geändert und im Einspracheverfahren auch auf ihren Fall angewendet. Diese Anwendung einer im Jahre 2004 geänderten Praxis auf einen Sachverhalt, der sich 1998 zugetragen hat, ist denn auch die eigentliche Kernfrage des vorliegenden Falls. Vorab soll jedoch noch kurz zu den Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen indirekte Teilliquidation Stellung genommen werden, obwohl der Gesetzgeber nun dem Unwesen des Bundesgerichts und der ESTV in diesem Bereich mit der Statuierung von Art. 20a DBG Einhalt geboten hat.

16 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

17 StE 1993 B 24.4 Nr. 33 E 4b = ASA 63 (1994/95), 152; s. dazu REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2004 (2. Teil), 294 ff.

18 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005), 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

Die Verfasser haben bereits ausführlich dargetan, weshalb schon nach altem Recht keine Teilliquidation vorliegt, wenn der Kaufpreis ganz oder teilweise aus künftig erarbeiteten Mitteln der gekauften Gesellschaft aufgebracht wird<sup>19</sup>. Im Unterschied zur Finanzierung des Kaufpreises durch eine Substanzdividende wird die latente Ausschüttungssteuerlast trotz des Beteiligungsabzugs nicht aufgehoben. Erfolgt keine Substanzentnahme, sondern lediglich eine Ausschüttung der erarbeiteten ordentlichen Gewinne, entsteht nämlich kein Abschreibungsbedarf und deshalb trotz Ausschüttung eine Zunahme der Reserven der Käuferin, sodass die Steuerverhaftung auf der Ebene der Anteilseigner sowohl einkommenssteuerrechtlich als auch verrechnungssteuerrechtlich vollumfänglich sichergestellt ist. Die höchstrichterlichen Überlegungen führen somit nicht zu der als notwendig erachteten Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Doppelbelastung, sondern zu einer durch nichts zu rechtfertigenden Dreifachbelastung.

Was nun das Bundesgericht gegen diese Argumentation vorbringt, ist völlig haltlos und bringt die Steuerbehörden landauf, landab in arge Verlegenheit, denn sie haben bisher – und werden das wohl trotz dieses peinlichen obiter dictum auch künftig tun – immer die Auffassung vertreten, mit dem Kauf einer Beteiligung werde kein Goodwill erworben, sondern eben ein nicht abnutzbares Aktium, das nur nach Massgabe einer allfälligen tatsächlichen Wertabnahme abschreibbar sei<sup>20</sup>. Eine Abschreibung im Umfang der Goodwillkomponente, wie sie das Bundesgericht suggeriert, würde somit von den Steuerbehörden normalerweise gar nicht akzeptiert. Selbst wenn jedoch solche Abschreibungen in der Praxis bisweilen mangels Kontrolle nicht aufgerechnet werden, stehen sie unter dem Wiedereinbringungsdruck von Art. 62 Abs. 4 DBG, womit die Doppelbelastung auch diesfalls gewährleistet ist.

Dass das Bundesgericht die an seinem Urteil vom 11.6.2004<sup>21</sup> geübte Kritik nicht richtig verstanden hat, zeigt sich auch in seiner Auffassung, die gleiche Argumentation liesse sich auch anführen, wenn der Gewinn auf die Realisierung von stillen Reserven zurückzuführen wäre; in diesem Fall werde aber nicht daran gezweifelt, dass eine indirekte Teilliquidation vorliege. Letzteres trifft tatsächlich zu, weil sich eben die buchhalterischen und steuerrechtlichen Gegebenheiten der beiden vom Bundesgericht zu Unrecht gleichgeschalteten Sach-

verhalte gänzlich anders verhalten. Wird nämlich Gewinn aus der gekauften Gesellschaft ausgeschüttet, der durch Realisierung von bereits beim Kauf vorhandenen stillen Reserven entstanden ist, liegt insoweit eine Desinvestition vor, durch welche die Gestehungskosten der gekauften Beteiligung entsprechend herabgesetzt werden. Die entsprechenden Abschreibungen sind deshalb nicht nur geschäftsmässig begründet und schmälern den steuerbaren Gewinn der Käuferin, sondern stehen auch nicht unter dem Wiedereinbringungsdruck von Art. 62 Abs. 4 DBG. Im Unterschied zur Entnahme von ab dem Kaufdatum erwirtschafteten ordentlichen Gewinnen werden hier also keine neuen, der Ausschüttungssteuerlast bei den Aktionären der Käuferin verhafteten Reserven gebildet.

Bemühend ist schliesslich auch, wenn das Bundesgericht seine Auffassung in Übereinstimmung mit der Vorinstanz durch Anrufung des Totalitätsprinzips und des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu stützen versucht. Diese Fundamentalprinzipien des Steuerrechts würden es rechtfertigen, die Ertragsbesteuerung auch auf den Anteil des Veräusserungserlöses zu erstrecken, der aus Sicht der (Kauf-) Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Ertragsersparungen abgelte. Ja, weshalb werden dann nicht gleich alle privaten Kapitalgewinne der Besteuerung unterworfen? Einmal mehr zeigt sich hier, wie salopp die Steuerbehörden und selbst das Bundesgericht mit den Fundamentalprinzipien umgehen, wenn es um die Begründung einer im Licht der gesetzlichen Bestimmungen mehr als fragwürdigen Besteuerung geht. Im umgekehrten Fall, wo die verfassungsrechtlichen Gerechtigkeitsideen ihre Schutzfunktion eigentlich wahrnehmen sollten, wird den sich gegen einen haltlosen fiskalischen Eingriff zur Wehr setzenden Steuerpflichtigen jeweils entgegengehalten, aus den verfassungsrechtlichen Besteuerungsgrundsätzen lasse sich eben wenig Konkretes ableiten. Man denke nur an den ebenfalls in diesem Heft besprochenen Verlustverrechnungsfall, wo das Leistungsfähigkeitsprinzip mit Füßen getreten wird, obwohl sogar der Wortlaut des Steuergesetzes eine grundsatzkonforme Besteuerung nahe gelegt hätte.

Anlass zur Kritik bietet vorliegender Entscheid – wie bereits angetönt – vor allem auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes<sup>22</sup>. Man vergegenwärtige sich die Situation: Die Veranlagung für das Steuerjahr 1998 wurde – offenbar aus Gründen, die nicht der Steuerpflichtigen zuzurechnen sind, sondern bei der Steuerbehörde lagen – erst im August 2004 vorgenommen. Wäre sie einigermaßen zeitgerecht vorgenommen worden, wäre der Veräusserungserlös angesichts der damaligen Praxis unbe-

19 REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2004 (1. Teil), 224 ff.; vgl. dazu auch HOLENSTEIN, Indirekte Teilliquidation – Besteuerung der tatsächlichen Substanzentnahme, 718 ff.

20 So auch DUSS, Indirekte Teilliquidation und Vertrauensschutz: Das Tagebuch der Marie A., 411 f.

21 2A.331/2003, StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = ASA 73 (2004/2005) 402 ff. = StR 2004, 678 ff.

22 Vgl. Duss, Indirekte Teilliquidation und Vertrauensschutz: Das Tagebuch der Marie A., 412.

streitbar ohne Steuerfolgen geblieben. Als dann die Veranlagung im August 2004 endlich eröffnet wurde, geschah dies – auch damals immer noch praxisgemäß – ohne Aufrechnung eines Vermögensertrags aus indirekter Teilliquidation. Der Pflichtigen bzw. deren Steuervertreter wurde vom zuständigen Steuerkommissär versichert, dass auf die im Veranlagungsverfahren angedrohte Aufrechnung verzichtet werde. Weil die Veranlagung indes eine nicht hinreichend substantiierte und begründete Aufrechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung enthielt, sah sich die Pflichtige gezwungen, Einsprache zu erheben. Im Einspracheverfahren erfolgte dann dieser gewaltige «Schlag auf die hilfeschuchende Hand»<sup>23</sup> durch das Aufgreifen der indirekten Teilliquidation, die angeblich durch die zwischenzeitlich erfolgte Praxisänderung ermöglicht wurde.

Vorab ist abzuklären, ob die Steuerbehörde aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht an die im Veranlagungsverfahren am 7.4.2004 erfolgte telefonische Mitteilung des Steuerkommissärs, aufgrund der Praxis der ESTV werde auf die Aufrechnung aus indirekter Teilliquidation verzichtet, gebunden ist. Das Bundesgericht verneint dies u. a. mit dem Hinweis, dass die Auskunft ausdrücklich unter dem Vorbehalt der aktuellen Praxis der ESTV erteilt worden sei. Dass diese Auskunft, deren exakter Wortlaut sich wohl kaum zuverlässig erheben lässt, tatsächlich im Sinne eines eigentlichen Vorbehalts der zur Zeit der Auskunftserteilung geübten Praxis verstanden werden musste, ist allerdings höchst fraglich. Der Hinweis auf die aktuelle Praxis der ESTV ist nach landläufiger Auffassung viel eher so zu verstehen, dass nach der 1998 geltenden und auf den Fall anwendbaren Praxis keine Aufrechnung erfolgen könne. Nach dieser Auskunft erschien die Angelegenheit der indirekten Teilliquidation erledigt.

Nach Auffassung des Bundesgerichts konnte die erteilte Auskunft auch deshalb kein Vertrauen begründen, weil sie lediglich vor dem Hintergrund der damals noch geltenden früheren Praxis Vertrauen begründen konnte. Dieses sei jedoch durch das in der Zwischenzeit ergangene Bundesgerichtsurteil dahin gefallen. Das lässt aufhorchen: Auskünfte sollen nur dann Bindungswirkungen entfalten können, wenn die Praxis, die zur Zeit der Auskunftserteilung bestanden hat, unverändert fortgeführt wird? Das kann doch nicht wirklich die Auffassung unseres höchsten Gerichts sein. Wo bliebe da die Rechtsicherheit? Es trifft zwar durchaus zu, dass der Schutz eines allenfalls berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen an die Voraussetzung gebunden ist, dass sich die Rechtslage seit der Auskunftserteilung nicht ge-

ändert hat. Mit der Änderung der Rechtslage sind jedoch Gesetzesänderungen anvisiert, Auskünfte und Zusagen sind demgegenüber in der Regel resistent gegen Änderungen von Verwaltungsvorschriften und höchstrichterlichen Urteilen<sup>24</sup>. Das Interesse an der sofortigen und rückwirkenden Umsetzung der geänderten Praxis vermag hier den Vertrauensschutz kaum je zu verdrängen.

Auch abgesehen von der Frage der Bindungswirkung der telefonischen Auskunft des Steuerkommissärs erscheint es keineswegs als selbstverständlich, dass eine im Jahr 2004 geänderte Praxis auf einen Sachverhalt, der sich im Jahr 1998 zugetragen hat, zur Anwendung kommen soll<sup>25</sup>. An sich würde man meinen, die Steuerpflichtigen müssten so veranlagt werden, wie es dem Recht und der Praxis entspricht, die zur Zeit der Sachverhaltsverwirklichung Anwendung fanden. Die Steuerpflichtigen müssen sich im Zeitpunkt der Sachverhaltsverwirklichung abschliessend darüber informieren können, welche Steuerfolgen ihre Handlungen auslösen. Alles andere schafft enorme Rechtsunsicherheit. Dennoch ist eine neue Rechtsprechung bzw. Praxis nach Auffassung des Bundesgerichts auf alle Steuerverfahren anzuwenden, die im Zeitpunkt der Praxisänderung noch nicht hinreichend abgeschlossen sind. Diese durch das Legalitätsprinzip indizierte Regel müsste vor allem mit Blick auf den Vertrauensschutz präzisiert werden.

In der Doktrin wird denn auch nachdrücklich die Auffassung vertreten, eine neue Praxis sei stets so anzuwenden, dass das Vertrauen des Steuerpflichtigen auf die im Zeitpunkt der Sachverhaltsverwirklichung geltende feste Praxis nicht enttäuscht werde<sup>26</sup>. Es wird sogar verschiedentlich eine generelle Übernahme der gegenüber dem Gesetzgeber entwickelten Rückwirkungsschranken auch auf Änderungen der Rechtsprechung gefordert<sup>27</sup>. Überall dort, wo die Gesetze relativ offen ausgestaltet sind, wird die jeweilige Rechtslage von Rechtsprechung und Gesetzgeber gemeinsam konstituiert. Praxisänderungen kommt hier die gleiche Tragweite zu wie Gesetzesänderungen<sup>28</sup>. Zum gleichen Resultat führen die nicht nur auf dem Vertrauensschutzprinzip basierenden Kontinuitätsüberlegungen<sup>29</sup>.

23 BÖCKLI, *Reformatio in pejus – oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand*, 102 ff.

24 HEY, *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*, 728 f.; WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, 216 f.

25 DUSS, *Indirekte Teilliquidation und Vertrauensschutz: Das Tagebuch der Marie A.*, 412, stellt fest, dass in einem solchen Fall das Vertrauensschutzprinzip zur Einnahme der Sicht des Betroffenen zwingt.

26 WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, 234 ff.; DIES., *Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung*, 16 ff.

27 S. dazu Hinweis bei HEY, *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*, 620 ff.

28 Vgl. STAMPE, *Die Praxisänderung im Steuerrecht*, 26.

29 Vgl. LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip. Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*, 541 f., 551 ff.;

Die Problematik der Funktionsgleichheit von Legislative und Judikative ist in vorliegendem Fall besonders augenfällig. Niemand dürfte wohl die Ansicht vertreten, dass die im Jahr 2004 geänderte Verwaltungspraxis zur indirekten Teilliquidation klar in Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG angelegt ist. Auch das Bundesgericht als Schöpfer dieser Praxis wird zugestehen, dass die bis dato von der Verwaltung geübte Praxis im Licht der gesetzlichen Offenheit zumindest vertretbar gewesen ist. Der diesbezügliche Entscheid über die Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG ist somit nach moderner methodologischer Auffassung ein Akt der Rechtsschöpfung. Die Tragweite einer entsprechenden Praxisänderung ist mithin durchaus vergleichbar mit derjenigen einer Änderung des Wortlauts durch den Gesetzgeber. Eine derartige Praxisänderung ruft deshalb nach den gleichen Schutzmechanismen, wie sie Gesetzesänderungen zugebilligt werden. Vor diesem Hintergrund verursacht der Hinweis des Bundesgerichts, die Tragweite des Grundsatzes von Treu und Glauben sei im Steuerrecht, das vom Legalitätsprinzip beherrscht sei, von vornherein geringer als in anderen Rechtsgebieten, nicht nur bei juristischen Laien verständnisloses Kopfschütteln<sup>30</sup>.

## 2 Verlustverrechnung nach Veranlagung mit positiven Steuerfaktoren<sup>31</sup>

### Sachverhalt

X. wohnt im Kanton Zürich und ist dort einerseits selbständig erwerbender Buchhändler, und andererseits betreibt er, ebenfalls als Selbständigerwerbender, einen Verlag. Sodann ist er Gesellschafter und Einzelzeichnungsberechtigter einer Verlags-GmbH, wo er als Angestellter einen kleinen Lohn bezieht. Aus dem Buchhandel ergaben sich zunächst Verluste. Im Jahr 2002 war der Buchhandel gewinnbringend (Fr. 110 784), während der Verlag einen Verlust von Fr. 3730 verzeichnete.

In seiner Steuererklärung 2002 verrechnete X. zunächst den Gewinn aus dem Buchhandel mit dem Verlust aus dem Verlag, und anschliessend verrechnete er mit dem

Ergebnis von Fr. 107 054 den Verlust aus dem Jahr 1997 von Fr. 106 892 und einen Teil des Verlustes des Jahres 1998 (Fr. 162), sodass sich ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. -.- ergab. Nach seinen Angaben betrug der nach diesen Verlustverrechnungen verbleibende Verlustvortrag Fr. 126 950. Im gleichen Jahr (2002) erhielt X. von der Verlags-GmbH einen Lohn von Fr. 18 000. Diesen Lohn verrechnete er nicht mit dem noch verbleibenden Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 126 950. Auf diese Tatsache wies er in den Beilagen zur Steuererklärung ausdrücklich hin. In der Folge wurde er in Übereinstimmung mit seiner Selbsterklärung mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 1900 veranlagt. Diese Veranlagungsverfügung erwuchs in Rechtskraft.

In der Folgeperiode (2003) konnte X. aus dem Buchhandel erneut einen Gewinn von Fr. 65 716 erzielen, den er zunächst mit dem auch in diesem Jahr im Verlag resultierenden Verlust von Fr. 1938 und anschliessend mit dem aus dem Jahr 1998 verbleibenden Verlustvortrag, der damit noch Fr. 63 172 betrug (Fr. 126 950 ./ Fr. 63 778), verrechnete.

Auch in dieser Steuerperiode erzielte X. andere Einkünfte, die er jedoch nicht mit dem Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit verrechnete. Obwohl fachlich vertreten, ging er auch jetzt wieder – irrtümlicherweise – davon aus, dass Verluste aus selbständiger Erwerbstätigkeit nur mit Gewinnen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, nicht aber mit übrigem Einkommen verrechenbar seien.

Das kantonale Steueramt anerkannte diese Verlustverrechnung nicht und verwies dabei auf die Praxis des Verwaltungsgerichts, wonach eine nicht auf Fr. -.- lautende Veranlagungsverfügung jegliche spätere Berücksichtigung von Verlustüberschüssen ausschliesse.

Nach erfolgloser Einsprache gelangte X. an die Rekurskommission, die seinen Rekurs teilweise guthiess. Dabei stellte die Rekurskommission zunächst klar, dass es nicht im Belieben des Steuerpflichtigen stehe, zu welchem Zeitpunkt innerhalb der siebenjährigen Verlustverrechnungsperiode er Vorjahresverluste berücksichtige. Dies habe zum frühest möglichen Zeitpunkt zu erfolgen. Verluste, die der Steuerpflichtige hätte verrechnen können, aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht verrechnet habe, würden rechnerisch als verrechnet gelten. Im Weiteren stellte sie eine differenzierte Betrachtungsweise an, indem sie unterschied, ob eine frühere nicht auf Fr. -.- lautende Veranlagung<sup>32</sup> eine ordentliche oder eine Ermessensveranlagung gewesen war. Im Fall einer Er-

STAMPE, Die Praxisänderung im Steuerrecht, 30 ff. und 45 ff. Schon NOLL, Gesetzgebungslehre, 193 f., betonte, dass dem Präventionsinteresse im Steuerrecht, wo der einzelne den Sachverhalt oftmals mit Blick auf die Steuerfolgen gestalten und weitreichende Dispositionen treffen, ein sehr hoher Stellenwert einzuräumen sei. Das Individuum habe Anspruch darauf, die Steuerfolgen bereits bei der Sachverhaltsgestaltung zuverlässig abschätzen zu können.

30 Deutlich dazu auch Duss, Indirekte Teilliquidation und Vertrauensschutz: Das Tagebuch der Marie A., 412.

31 VGer ZH SB.2006.00022, 28.6.2006, StE 2006 B 23.9 Nr. 8.

32 Sowohl die Rekurskommission als auch das Verwaltungsgericht verwenden den im zürcherischen Recht üblichen Ausdruck «Einschätzung» für die Veranlagungsverfügungen.

messensveranlagung sei davon auszugehen, dass die Steuerbehörden im Rahmen ihrer pflichtgemässen Ermessensausübung die Vorjahresverluste bereits berücksichtigt hätten. Laute demgemäss eine Ermessensveranlagung nicht auf Fr. --, sei davon auszugehen, dass das Einkommen unter Berücksichtigung sämtlicher noch verrechenbarer Vorjahresverluste festgesetzt worden sei. Eine Verlustverrechnung in Folgeperioden sei damit ausgeschlossen.

Im Fall von X, dessen nicht auf Fr. -- lautende Veranlagung der Vorperiode keine Ermessens-, sondern eine ordentliche Veranlagungsverfügung war, ergebe sich deshalb Folgendes: Sofern das positive Einkommen in der Vorjahresperiode bei korrektem Vorgehen gar nicht ausgereicht hätte, um den gesamten Verlust zu verrechnen, sei nur das in den Vorjahren fälschlicherweise nicht verrechnete positive Einkommen vom Verlustvortrag in Abzug zu bringen. Ein nach diesem Abzug allenfalls noch verbleibender Verlustvortrag sei trotz der in der Vorperiode nicht auf Fr. -- lautenden Veranlagung noch verrechenbar. Ob dieser Sachverhalt bei X. gegeben sei, müsse das zuständige Steueramt prüfen und anschliessend im Lichte der Erwägungen der Rekurskommission eine Neuveranlagung vornehmen.

Gegen diesen Entscheid erhob das kantonale Steueramt Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Das Gericht hiess diese Beschwerde gut.

### Rechtliche Beurteilung durch das Verwaltungsgericht Zürich

Zunächst verweist das Gericht auf seine eigene, zum früheren Recht ergangene Rechtsprechung, wonach der Grundsatz, dass eine Veranlagungsverfügung, die nicht auf Fr. -- lautet, jegliche spätere Verlustverrechnung ausschliesst – und zwar unabhängig davon, ob diese eine Ermessens- oder eine ordentliche Veranlagungsverfügung ist. Die hauptsächliche Begründung für diesen Schluss habe das Gericht mit dem Umstand begründet, «dass es nicht im Belieben des Steuerpflichtigen stehe, den in einem Vorjahr erlittenen Verlust, auch *wenn dies im Hinblick auf erzielltes Einkommen möglich wäre*<sup>33</sup>, zunächst nicht geltend zu machen», sondern den Abzug erst in einer späteren Steuerperiode zu verlangen.

Sodann (E 2.2) verweist das Verwaltungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den für natürliche und juristische Personen im entscheidungsmassgeblichen Normteil gleich lautenden Bestimmungen über die Verlustverrechnung des DBG (Art. 67 Abs. 1, 31 Abs. 1, 211), welche wiederholt zum gleichen Ergebnis

wie das Verwaltungsgericht in der angeführten früheren Rechtsprechung gelangt sei. Auch im Recht der direkten Bundessteuer gelte der Grundsatz, wonach eine juristische Person, die in einer Steuerperiode zu einem Reingewinn veranlagt worden sei und diese Veranlagung nicht anfechte, Verluste aus früheren Geschäftsjahren in den nachfolgenden Steuerperioden nicht mehr zum Abzug bringen könne. Dabei sei es auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unerheblich, ob die Veranlagung mit den positiven Steuerfaktoren ordentlich oder nach Ermessen erfolgt sei.

Im Weiteren hält das Verwaltungsgericht fest, dass es aufgrund der Tatsache, dass das DBG, das StHG und auch das Steuergesetz des Kantons Zürich praktisch wörtlich identisch seien, an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum DBG gebunden sei, zumal diese Rechtsprechung im Einklang mit seiner früheren Rechtsprechung und der herrschenden Lehre stehe (E 2.3).

Schliesslich (E 2.4) weist das Verwaltungsgericht die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung, ob die Veranlagungsverfügung mit den positiven Einkommenssteuerfaktoren im ordentlichen oder im Ermessensverfahren zustande gekommen sei, als sachlich unbegründet zurück. Das Wesen der Ermessensveranlagung liege lediglich darin, eine besondere, nämlich auf Wahrscheinlichkeitsschlüssen beruhende Methode der Sachverhaltsermittlung bzw. Beweiswürdigung zu sein. Zudem würden einzig die Steuerfaktoren – bei X. das steuerbare Einkommen und Vermögen – in Rechtskraft erwachsen, nicht jedoch die Motive eines Entscheides. Entgegen der Meinung der Rekurskommission mache es keinen Unterschied, welche Art von Sachverhaltsermittlung einer Veranlagungsverfügung zugrunde liege. Entscheidend sei lediglich der Umstand, ob das steuerbare Einkommen mit Fr. -- festgesetzt worden sei. Werde ein positives Einkommen festgesetzt, begründe dies für künftige Veranlagungen die nicht widerlegbare Vermutung, alle verrechenbaren Verluste seien bereits berücksichtigt worden. Da der Steuerpflichtige für die Steuerperiode 2002 rechtskräftig mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 1900 veranlagt worden sei, verbiete sich die Anrechnung von Verlusten dieser und früherer Steuerperioden im Umfang von Fr. 126 950. Die Rekurskommission habe das Recht verletzt, indem es die Sache an das kantonale Steueramt zur Untersuchung über den zulässigen bzw. nicht zulässigen Verlustvortrag zurückgewiesen habe. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Einkommen im Sinne des Einspracheentscheids festgesetzt.

33 Hervorhebung durch die Verfasser.

## Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Der Steuerpflichtige und sein Vertreter sind dem Irrtum erlegen, Verluste aus selbständiger Erwerbstätigkeit seien nicht mit übrigem Einkommen verrechenbar, und sind dafür vom Verwaltungsgericht finanziell hart bestraft worden, obwohl sie diesen Irrtum – zumindest in der Steuerperiode 2002 – den Steuerbehörden offen gelegt hatten. Sofern die Vorjahresverluste richtig berechnet worden sind, konnte der Steuerpflichtige in der Steuerperiode 2003 Fr. 63 778 nicht mit entsprechendem positivem Einkommen verrechnen, und unter der Annahme, dass der Gewinn aus dem Buchhandel und das übrige im Kanton Zürich steuerbare Einkommen auch in der Steuerperiode 2004 den Betrag von Fr. 63 172 erreichten oder überstiegen, insgesamt Fr. 126 950 des offenbar im Jahr 1998 (allenfalls auch später) erlittenen Geschäftsverlusts nicht mehr verrechnen – weder mit Geschäftsgewinnen noch mit übrigem Einkommen.

Ceteris paribus hätte demgegenüber das Ergebnis der Rechtsprechung der Vorinstanz dazu geführt, dass ihm lediglich ein Geschäftsverlust von Fr. 1900 entgangen wäre, weil er in diesem Umfang bereits Gelegenheit gehabt hätte, den noch nicht verrechneten Verlust zu verrechnen.

Grund für dieses Ergebnis stellt der vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich aufgestellte Rechtssatz (bzw. die unwiderlegbare Vermutung) dar, wonach eine nicht auf Fr. -.- lautende Veranlagungsverfügung in jedem Fall dazu führt, dass damit sämtliche Geschäftsverluste aus Vorjahren als verrechnet gelten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn ein Revisionsgrund vorliegt. Ein solcher besteht jedoch nicht, wenn ein Steuerpflichtiger absichtlich oder aus Irrtum Verlustvorträge, die an sich verrechenbar wären, nicht zum frühest möglichen Zeitpunkt zur Verrechnung gebracht hat, weil ihm die Tatsache des Bestehens der Vorjahresverluste und der Möglichkeit deren Verrechnung unter Anwendung der ihm zumutbaren Sorgfalt spätestens im Zeitpunkt der Veranlagung bewusst sein müssen. DBG 147 Abs. 2 und StHG 51 Abs. 2 schliessen in diesem Fall die Revision in aller Regel aus.

Dieser Entscheid wirft Fragen auf, die über den entschiedenen Sachverhalt hinaus gehen, und sollten nach Auffassung der Verfasser Konsequenzen für die anlaufende Gesetzgebungsarbeit im Zusammenhang mit dem Vereinheitlichungsgesetz, in welchem u. a. geplant ist, die Normen über die Verlustverrechnung zu ändern, haben.

Das Verwaltungsgericht hat zunächst den in der Lehre und Rechtsprechung aufgestellten Grundsatz bestätigt, wonach der Gesetzeswortlaut «soweit sie (die Verluste) bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens der

Vorjahre nicht berücksichtigt werden konnten»<sup>34</sup> in einer Weise auszulegen ist, dass dann, wenn ein Steuerpflichtiger Verluste hätte verrechnen können, dies aber unterlassen hat, die entsprechenden Verluste als verrechnet gelten. Diese Auslegung erscheint vertretbar, ist aber vom Wortlaut her betrachtet nicht ohne weiteres zwingend. Wenn der Steuerpflichtige keine Verlustverrechnung geltend macht – und wenn auch die Steuerbehörden eine solche nicht vornehmen –, *konnten* die entsprechenden Verluste eben in den Vorjahren *nicht berücksichtigt* werden. Wird also die Wendung «berücksichtigt werden konnten» rein faktisch verstanden, kommt man zum Ergebnis, dass mangels Berücksichtigung in den Vorjahren noch nicht verrechnete Verluste aus den Vorjahren auch dann noch – im Rahmen der zeitlichen Schranke von 7 Jahren – mit späteren Gewinnen verrechnet werden können, wenn eine Verrechnung in früheren Steuerperioden möglich gewesen, aber vom Steuerpflichtigen nicht in Anspruch genommen wurde. Für diese Auslegung kann auch angeführt werden, dass der Gesetzeswortlaut bestimmt, dass Verluste verrechnet werden «können». Diese Wendung kann dahingehend verstanden werden, dass hier eine gewisse Wahlfreiheit des Steuerpflichtigen besteht<sup>35</sup>.

Zu erheblicher Kritik an diesem Urteil gibt jedoch die Tatsache Anlass, dass es auch dann, wenn akzeptiert wird, dass der Gesetzeswortlaut «...berücksichtigt werden konnten» bedeutet, dass auch Verluste, die hätten verrechnet werden können, aber nicht verrechnet wurden, als verrechnet gelten, im klaren Widerspruch zum Gesetz steht. X. hat ein steuerbares Einkommen von Fr. 1961 deklariert und ist mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 1900 veranlagt worden. Auch wenn er gewusst hätte, dass Geschäftsverluste auch mit übrigem Einkommen verrechenbar sind, hätte er maximal Fr. 1900 Verlust in Anrechnung bringen können. Das Gesetz sagt klar, dass Verlustüberschüsse insoweit (während 7 Jahren) berücksichtigt werden, als diese nicht mit steuerbarem Einkommen verrechnet werden konnten. Der Verlustüberschuss betrug (gemäss Berechnungen des Steuerpflichtigen) im Jahr 2002 noch Fr. 126 950, nachdem er den Gewinn aus dem Buchhandel – abzüglich des lau-

34 Hervorhebung nur hier.

35 In seinem Urteil vom 17.5.1994 (SB 93/0023, StE 1995 B 72.19 Nr. 5) hat es das Verwaltungsgericht noch als erheblich angesehen, dass das zu jener Zeit anwendbare Steuergesetz die Wendung «können» nicht enthielt, sondern lautete: «vom Ertrag werden .... abgezogen...». Diese Formulierung wurde u. a. zur Stützung der These, wonach verrechenbare, aber nicht verrechnete Verluste als verrechnet gelten, herangezogen. Aus der Änderung des Wortlauts von «werden ... abgezogen...» zu «können abgezogen werden» hat das Gericht im vorliegenden Urteil keine Konsequenzen gezogen, obwohl es sich auf dieses Urteil berufen hat.

fenden Verlusts aus dem Verlag – mit dem gesamten Verlustüberschuss verrechnet hatte. Diesen Verlustüberschuss konnte der Steuerpflichtige objektiv gesehen und bei richtiger Steuerdeklaration nur im Umfang von Fr. 1961 mit steuerbarem Einkommen verrechnen. Es wäre ihm also, auch wenn er sich über die Verrechnungsmöglichkeit von Geschäftsverlusten mit übrigem Einkommen im Klaren gewesen wäre, im Jahr 2002 nur möglich gewesen, Fr. 1961 zu verrechnen. Der verbleibende Verlustvortrag von Fr. 124 989 hätte ohne weiteres ausgereicht, um das im Streitjahr erzielte Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 63 788 zu kompensieren. Die Verneinung des Rechts auf diese Verlustverrechnung im Jahr 2003 erweist sich somit schon aus diesem Grund als gesetzwidrig.

Zudem ist zu bedauern, dass das Verwaltungsgericht seine These, wonach der Grundsatz «keine Veranlagung auf Fr. -.- bedeutet den Verlust jeglicher Verlustverrechnung in zukünftigen Steuerperioden» nicht nur dann gilt, wenn die nicht auf Fr. -.- lautende Veranlagung eine Ermessensveranlagung war, sondern auch, wenn sie im ordentlichen Veranlagungsverfahren zustande gekommen ist, fast ausschliesslich auf die eigene sowie die – wie noch zu zeigen sein wird, gar nicht so eindeutige – bundesgerichtliche Rechtsprechung abstützt und damit die sehr überzeugenden Argumente der Vorinstanz, wonach zwischen Ermessens- und ordentlichen Veranlagungen zu unterscheiden sei, beiseite schiebt.

Es muss nämlich darauf hingewiesen werden, dass sowohl das Präjudiz des Verwaltungsgerichts Zürich aus dem Jahr 1994<sup>36</sup> als auch zwei von drei Urteilen des Bundesgerichts, aus denen das Verwaltungsgericht Zürich seine präjudizierten Aussagen ableitet, Ermessensveranlagungen zum Gegenstand hatten.<sup>37</sup> Und auch im dritten angeführten Urteil spielten Ermessensveranlagungen eine Rolle. Wie noch zu zeigen wird, hat dort jedoch das Bundesgericht geradezu gegenteilig entschieden und trotz Vorliegens von zwei aufeinander folgenden Ermessensveranlagungen im Rahmen der Berechnung eines Liquidationsgewinns eines Selbständigerwerbenden Verluste zum Abzug gebracht, die vor dem Zeitpunkt der Steuerperioden, für welche die Ermessensveranlagungen ergangen sind, entstanden waren.

Zwar haben sowohl das Verwaltungsgericht im Jahr 1994 als auch das Bundesgericht (im Jahr 2003) die Aussage gemacht, es gelte der Grundsatz, wonach für die Folgen einer Veranlagung, die nicht auf Fr. -.- laute, nicht zwischen Ermessens- und ordentlichen Veranlagungen zu

differenzieren sei. Beide Gerichte haben jedoch ihre These in keiner Weise begründet. Das Verwaltungsgericht Zürich brachte im Jahr 1994 hierzu einzig eine Bemerkung in der Zusammenfassung seines Urteils an, und das Bundesgericht stellte einzig im Urteil vom 11.3.2003<sup>38</sup> die gleiche Aussage ohne erkennbaren Zusammenhang zum Sachverhalt an den Anfang von E 1.2. In den übrigen beiden Urteilen findet sich kein derartiger Hinweis.

Der grosse – und von der Vorinstanz richtig herausgearbeitete – Unterschied zwischen einer nicht auf Fr. -.- lautenden Ermessensveranlagung und einer ordentlichen Veranlagung, wie sie dem hier zu besprechenden Urteil zugrunde liegt, besteht darin, dass bei einer Ermessensveranlagung davon ausgegangen werden kann, dass die Steuerbehörden im Rahmen der Ausübung ihres pflichtgemässen Ermessens den noch bestehenden verrechenbaren Verlustüberschüssen von Amtes wegen Rechnung getragen haben. Indem der Steuerpflichtige in diesem Fall die Ermessensveranlagung in Rechtskraft erwachsen lässt, akzeptiert er diese Tatsache. Bei einer nicht auf Fr. -.- lautenden, im ordentlichen Veranlagungsverfahren ergangenen Veranlagung kann hingegen exakt ermittelt werden, ob – und wenn ja, wie viel – Verlustüberschüsse tatsächlich verrechnet wurden. Wie im vorliegenden Fall überaus deutlich wird, gibt es keine Basis für die Annahme einer erfolgten Verlustverrechnung, wenn die Veranlagung zeigt, dass eine solche nicht stattgefunden hat, ja nur in sehr geringem Umfang von Fr. 1961 überhaupt hätte vorgenommen werden können. Es ist nicht angängig, diesen wichtigen Unterschied mit formalen Ausführungen zum Gegenstand der Rechtskraft von Veranlagungsverfügungen beiseite zu schieben. Aus der positiven Veranlagung der Vorperiode kann keine unwiderlegbare Vermutung abgeleitet werden, da – wie auch das Verwaltungsgericht immer wieder hervorhebt – lediglich das Dispositiv, nicht die Begründung einer Veranlagung in Rechtskraft erwächst. Die Tatsache, dass 2003 ein Verlustvortrag von Fr. 124 989 noch nicht verrechnet war, wird durch die positive Veranlagung des Vorjahres nicht aus der Welt geschafft. Zwar kann diesfalls zunächst einmal vermutet werden, es seien keine verrechenbaren Verluste aus den Vorperioden mehr vorhanden; weshalb diese Vermutung jedoch unumstösslich sein soll, ist unerfindlich.

Die Analyse der vom Verwaltungsgericht für seine These «eine Veranlagung von nicht Fr. -.- schliesst jede spätere Verlustverrechnung aus» angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt, dass diese nicht einheitlich ist. In einem der drei Urteile hat nämlich das Bundesgericht ein Präjudiz gesetzt, das dem hier zu besprechenden Verwaltungsgerichtsentscheid widerspricht. In seinem

36 SB 93/0023, StE 1995 B 72.19 Nr. 5.

37 BGer 2A.32/2002, 25.4.2002 (= StR 2002, 471) und 2A.55/2002, 30.10.2002.

38 BGer 2A.587/2002, 11.3.2003 = StR 2003, 365.

vom Verwaltungsgericht zitierten, aber offenbar nicht im Detail analysierten Urteil vom 30.10.2002<sup>39</sup> hat das Bundesgericht die Beschwerde eines Steuerpflichtigen gegen die Steuerrekurskommission des Kantons Wallis abgewiesen, ohne eine *reformatio in peius* vorzunehmen. Dem Urteil der Vorinstanz lag folgender, kurz zusammengefasster Sachverhalt zu Grunde (Zahlen auf Fr. 1000 gerundet):

Für die Steuerperiode 1995/96 haben die zuständigen Steuerbehörden im Kanton Wallis bei einem Steuerpflichtigen aufgrund der eingereichten Steuererklärung und zugehörigen Jahresrechnungen einen Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit von durchschnittlich Fr. 158 000 anerkannt. In den Steuerperioden 1997/98 und 1999/2000 reichte der Steuerpflichtige trotz Mahnungen keine Steuererklärungen ein und wurde für sein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit jeweils nach Ermessen mit Fr. 24 000 veranlagt. Ende Mai 1999 gab der Steuerpflichtige seine selbständige Erwerbstätigkeit auf. Am 22.3.2000 haben die zuständigen Steuerbehörden einen Liquidationsgewinn von zunächst Fr. 952 000 veranlagt und diesen aufgrund von Interventionen des Steuerpflichtigen, deren Inhalt aus dem Urteil nicht klar wird, die jedoch nichts mit einer Verlustverrechnung zu tun hatten, am 7.8.2000 auf Fr. 709 000 reduziert.

In der Folge reichte der Steuerpflichtige Aufstellungen über in den Jahren 1994 - 1998 erlittene Geschäftsverluste ein. Die Summe der geltend gemachten Verluste betrug Fr. 731 000 und überstieg damit den Liquidationsgewinn von Fr. 709 000. Der Steuerpflichtige verlangte im Einspracheverfahren ohne Erfolg die Herabsetzung des Liquidationsgewinns auf Fr. --. Gegen den abschlägigen Einspracheentscheid erhob er Rekurs bei der Steuerrekurskommission des Kantons Wallis. Diese Instanz bejahte die Abzugsfähigkeit der steuerlich anerkannten Verluste der Jahre 1993 und 1994 von insgesamt Fr. 310 000, nicht jedoch die erst später geltend gemachten Geschäftsverluste der Jahre, in denen der Steuerpflichtige mangels Einreichung der Steuererklärung nach Ermessen veranlagt worden war und reduzierte in teilweiser Gutheissung des Rekurses den steuerbaren Liquidationsgewinn um Fr. 310 000 auf Fr. 399 000. Die bezüglich der Ermessensveranlagungen der Steuerperioden 1997/98 und 1999/2000 eingereichten Revisionsgesuche wurden abgewiesen.

Gegen diesen Entscheid erhob der Steuerpflichtige bezüglich der direkten Bundessteuer Verwaltungsgerichtsbeschwerde und verlangte die Berücksichtigung sämtlicher geltend gemachten Verluste, eventualiter jener der Jahre 1997 und 1998.

Obwohl das Bundesgericht in seiner einleitenden Erwägung (E 1.2) darauf hinwies, dass es bei der Beurteilung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde den Entscheid auch über das Urteil der Vorinstanz zu Lasten des Steuerpflichtigen abändern könnte (*reformatio in peius*), unterliess es – allerdings in diesem Punkt ohne Begründung und ohne sich mit seiner übrigen Rechtsprechung zu dieser Frage auseinanderzusetzen – dies, sondern wies einzig die Beschwerde ab.

In diesem Urteil hat das Bundesgericht somit sogar trotz Vorliegens von zwei den Verlustjahren nachfolgenden Ermessensveranlagungen mit positivem Einkommen akzeptiert, dass die von den Steuerbehörden früher anerkannten Geschäftsverluste mit dem in der Steuerperiode der zweiten Ermessensveranlagung anfallenden Liquidationsgewinn verrechnet werden können. Damit hat es den vom Verwaltungsgericht Zürich als absolut dargestellten Grundsatz «Eine nicht auf Fr. -- lautende Veranlagung schliesst jede spätere Verlustverrechnung von vorher erwirtschafteten Gewinnen aus» durchbrochen und ist sogar noch weiter gegangen als die Rekurskommission des Kantons Zürich, welche entschieden hat, dass bei einer Ermessensveranlagung immer davon ausgegangen werden könne, dass die vorangegangenen Geschäftsverluste von Amtes wegen berücksichtigt worden seien und deshalb als verrechnet zu gelten hätten.

Das Verwaltungsgericht Zürich hat in E 2.3 dargelegt, dass es sich im Bereich der Verlustverrechnung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum DBG gebunden fühlt. Im Lichte des hier beschriebenen Urteils des Bundesgerichts vom 30.10.2002 hätte das Verwaltungsgericht Zürich Anlass dazu gehabt, seinen absoluten Grundsatz, wonach eine positive Veranlagung in jedem Fall eine spätere Verlustverrechnung ausschliesst, kritisch zu hinterfragen, oder es hätte sich zumindest mit diesem Urteil kritisch auseinandersetzen und begründen müssen, weshalb es diesem Urteil den präjudiziellen Charakter abspricht.

Das Verwaltungsgericht Zürich stützt sich zudem auf ein angeblich entsprechendes *obiter dictum* des Bundesgerichts<sup>40</sup>. Die Ausführungen des Bundesgerichts werden indessen aus dem Zusammenhang gerissen und missverstanden. Zwar hat das Bundesgericht tatsächlich erwogen, für die Zulässigkeit der Verlustverrechnung sei unerheblich, ob eine juristische Person in der vorausgehenden Periode ordentlich oder nach Ermessen veranlagt worden sei; es hat damit aber die der Vorperiode vorausgehenden Veranlagungen anvisiert, was klar aus den weiteren Erwägungen hervorgeht.

39 BGer 2A.55/2002, 30.10.2002.

40 BGer 2A.587/2002 E 1.2, 11.3.2003, StR 2003, 365 = NStP 2003, 27.

Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Rechtsfrage wohl noch nicht definitiv entschieden, und es empfiehlt sich, dem Bundesgericht nochmals Gelegenheit zu geben, sich profund mit der Problematik auseinanderzusetzen. Immerhin muss aus diesem Entscheid des Verwaltungsgerichts für die Praxis doch die Schlussfolgerung gezogen werden, dass steuerpflichtige natürliche und juristische Personen genau darauf achten müssen, dass sie erlittene Geschäftsverluste in ihrer Steuererklärung in jedem Fall zum frühest möglichen Zeitpunkt verrechnen, wenn sie nicht riskieren wollen, deren Verrechnung gänzlich verlustig zu gehen. Sollte bei einem Unternehmen, das noch über verrechenbare Verlustüberschüsse verfügt, eine Ermessensveranlagung ergehen, und bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Ermessensveranlagung diesem Umstand nicht oder nicht vollständig Rechnung trägt, muss dagegen Einsprache erhoben werden, um zu verhindern, dass die Verlustüberschüsse aus den Vorjahren als verrechnet gelten<sup>41</sup>.

Schliesslich regen die Verfasser an, dass der Gesetzgeber die heute bestehenden Unsicherheiten im Rahmen der Neuregelung der Verlustverrechnung im Vereinfachungsgesetz<sup>42</sup> durch eine klare Fassung des Gesetzeswortlauts regelt. Dabei sollte zunächst die Frage entschieden und gesetzlich klar gefasst werden, ob ein Zwang zu einer frühest möglichen Verlustverrechnung besteht und ob beim Verstoß dagegen nicht verrechnete Verluste als verrechnet gelten. Sodann wäre auch dafür zu sorgen, dass ein Ergebnis wie im hier besprochenen Urteil nicht mehr resultieren kann. Schliesslich sollte auch geprüft werden, ob die Thematik des Einflusses von Ermessensveranlagungen auf die Verlustvortragsmöglichkeit gesetzlich geregelt werden sollte, um die heutige, uneinheitliche Rechtsprechung gegenstandslos werden zu lassen.

### 3 Stellung von Drittpersonen im Amtshilfeverfahren mit den USA<sup>43</sup>

#### Sachverhalt<sup>44</sup>

Der IRS hat am 3.3.2004 ein Amtshilfeersuchen gemäss Art. 26 DBA-US gestellt und Angaben über zwei auf den Namen eines in den USA – wegen eines Verhaltens, das,

wäre es in der Schweiz begangen worden, sich als «tax fraud or the like» qualifizieren würde – Beschuldigten lautende Konti bei einer schweizerischen Bank verlangt. Die ESTV hat diese Bank aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen zu liefern. Die Bank teilte mit, dass bei ihr kein auf diesen Namen lautendes Konto bestehe. Diese Information hat die ESTV dem IRS weitergeleitet und dieser Behörde mitgeteilt, dass ohne Ergänzung des Amtshilfeersuchens die geforderte Amtshilfe nicht gewährt werden könne. In der Folge hat der IRS sein Ersuchen ergänzt und der ESTV mitgeteilt, die fragliche Konti könnten auf eine in Madrid wohnhafte Anwältin, die mit dem Beschuldigten seit langem freundschaftlich und geschäftlich verbunden sei, lauten. Im Weiteren wurde geltend gemacht, dass verschiedene Zahlungen auf diese Konti gemacht worden seien, die mit den in die vermuteten Steuerbetrugshandlungen in Beziehung stehenden Firmen im Zusammenhang ständen. Aus dem publizierten Sachverhalt geht dies zwar nicht klar hervor, aber offenbar vermutete der IRS, dass die in Spanien lebende Anwältin die auf den beiden Konti liegenden Gelder treuhänderisch für den Beschuldigten hielt und diesem teilweise zukommen liess.

Die Vermutung des IRS über die Person der Kontoinhaberin war zutreffend, und die Bank lieferte nach entsprechender Aufforderung durch die ESTV die fraglichen Kontounterlagen. Die ESTV notifizierte die Kontoinhaberin und schlug ihr eine Besprechung vor. Anlässlich dieser Besprechung machte die Kontoinhaberin geltend, die Annahme, wonach das in der Schweiz liegende Geld wirtschaftlich dem in den USA Beschuldigten zuzurechnen sei, sei unzutreffend. Vielmehr habe sie in ihrer Funktion als Anwältin für eine vom in den USA Beschuldigten kontrollierte und dann an die Börse gebrachte europäische Unternehmung diverse Beratungsleistungen erbracht und als Honorar Optionen auf Anteile an dieser Gesellschaft erhalten. Diese Optionen habe sie später in vier Tranchen veräussert und dabei den Betrag von knapp \$ 20 Mio. gelöst. Im Weiteren erklärte sie die Hintergründe des Zahlungsverkehrs mit den vom Beschuldigten beherrschten Gesellschaften. Die ESTV teilte hierauf dem IRS den von der Anwältin geschilderten Sachverhalt mit und vertrat die Auffassung, dass die Anwältin die wirtschaftlich Berechtigte an den auf den Konti liegenden Geldern sei, dass keine Hinweise auf einen Rückfluss von Geldern an den in den USA Beschuldigten bestünden und dass deshalb mangels Zusammenhangs mit dem Verdacht gegen den Beschuldigten keine Amtshilfe gewährt werden könne.

Einige Monate später teilte der IRS der ESTV mit, dass die Anwältin in Madrid im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens als Zeugin im Verfahren gegen den in den USA Beschuldigten zum Sachverhalt befragt worden sei und

41 Dabei ist die Restriktion zu beachten, dass in der Einsprache nur eine offensichtliche Unrichtigkeit der Ermessensveranlagung geltend gemacht werden kann (Art. 132 Abs. 3 DBG; 48 Abs. 2 StHG).

42 Vereinfachungsgesetz-E ESTV.

43 BGer 2A.430/2005, 12.4.2006.

44 Der Sachverhalt ist recht komplex; nachfolgend werden nur die im Zusammenhang mit der Frage der Stellung von Drittpersonen im Amtshilfeverfahren bedeutsamen Sachverhaltselemente wiedergegeben.

dort erklärt habe, ihr sei nichts bekannt über die fraglichen Optionsgeschäfte. Der IRS halte deshalb an seinem Amtshilfeersuchen fest.

Wohl aufgrund dieser widersprüchlichen Aussagen im schweizerischen Amtshilfeverfahren einerseits und im spanischen Rechtshilfeverfahren andererseits bejahte die ESTV die Amtshilfefähigkeit, weil die amerikanischen Steuerbehörden in die Lage zu versetzen seien, die wirtschaftliche Berechtigung an den beiden Konti zu überprüfen. Gegen die entsprechende Schlussverfügung der ESTV erhob die spanische Anwältin Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die vom Bundesgericht abgewiesen wurde.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

In E 3 wurden zunächst die Verfahrensbestimmungen der V zum DBA-US über die Gewährung von Amtshilfe bei Betrugsdelikten wiedergegeben, obwohl deren Rechtmässigkeit im bundesgerichtlichen Verfahren nicht strittig war.

Sodann führte das Bundesgericht (E 3.2) aus, dass es zulässig sei, wenn die ESTV im Dialog mit dem IRS Ergänzungen eines Ersuchens verlange, solange als diese Ergänzungen im Zusammenhang mit den ursprünglichen Ersuchen des IRS ständen. Unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung<sup>45</sup> erinnerte das Gericht sodann an den Grundsatz, wonach weitergehende Änderungen aber eines neuen Amtshilfesuchts seitens des IRS bedürften. Abgelehnt hat das Gericht die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach Stellungnahmen der ESTV gegenüber dem IRS, die Amtshilfe könne aufgrund der bisher übermittelten Informationen nicht geliefert werden, Schlussverfügungen iSv Art. 20d V zum DBA-US, auf welche die ESTV nicht mehr zurückkommen könne, darstellten. Das Gericht kritisierte allerdings die Tatsache, dass die ESTV zunächst die Amtshilfefähigkeit verneint hatte und dann trotzdem eine Schlussverfügung erlassen habe. Damit habe die Verwaltung mit ihren «Winkelzügen»<sup>46</sup> der Rechtssicherheit geschadet.

Den Vorwurf der Beschwerdeführerin, die ESTV habe zu Unrecht dem IRS ihren Namen bekannt gegeben, wies das Bundesgericht zurück, weil einerseits dem IRS dieser Name bereits bekannt gewesen sei<sup>47</sup> und weil anderer-

seits die Beschwerdeführerin zu den entsprechenden Schreiben der ESTV im Vorfeld konsultiert worden sei, Änderungswünsche habe anbringen können und zur definitiven, dem IRS übermittelten Version ihr Einverständnis gegeben habe (E 3.3).

In E 4.1 und 4.2 machte das Gericht zunächst allgemeine Ausführungen zum Begriff «tax fraud or the like», wie er in Art. 26 DBA-US enthalten ist, und stellte dann fest, dass der in den USA Beschuldigte diesen Tatbestand erfüllt habe, was auch die Beschwerdeführerin anerkannt habe. Die Beschwerdeführerin mache jedoch geltend, dass sie an diesen Betrugshandlungen in keiner Weise mitgewirkt habe und dass sie deshalb als unbeteiligte Drittperson zu behandeln sei.

Dazu führte das Bundesgericht (E 5.1 und 5.2) aus, dass Art. 26 DBA-US die Amtshilfe nicht auf Personen beschränke, die in einem oder in beiden Vertragsstaaten ansässig seien, und dass die Tatsache, dass die Kontoinhaberin ihren Wohnsitz in Spanien habe, der Amtshilfegewährung nicht entgegenstehe. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Amtshilfe deshalb nicht möglich sei, weil der notwendige Zusammenhang zum Betrugsdelikt fehle, wenn das Delikt im Ausland begangen worden sei und anschliessend das Geld in der Schweiz angelegt werde, wurde zurückgewiesen.

Nach dieser negativen Feststellung legte dann das Bundesgericht fest, welche Grundsätze im Bereich der Amtshilfe im Verhältnis zu den USA unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes mit Bezug auf Informationen über Drittpersonen – d. h. über Personen, die im amerikanischen Strafverfahren nicht beschuldigt sind – gelten. Dazu entschied das Gericht, dass hier die gleichen Grundsätze wie bei der Rechtshilfe gemäss IRSG zu gelten hätten. Demgemäss könnten Informationen aus dem Geheimbereich von Personen, die nicht in das Strafverfahren im Ausland verwickelt sind, dann ausgetauscht werden, wenn die Bedeutung der im Ausland begangenen Tat dies rechtfertige und wenn die Informationen über diese Drittperson für die Sachverhaltsaufklärung im Ausland unentbehrlich seien. Dazu gehörten gemäss Rechtsprechung zur Rechtshilfe auch Inhaber von Bankkonti, wenn diese Konti – selbst ohne das Wissen der Kontoinhaber – dazu gedient haben, das Delikt im Ausland zu begehen, das Produkt aus diesem Vergehen zu überweisen oder das Delikt zu verschleiern.

Dass das Protokoll zur Änderung des DBA-D gemäss der Auffassung gewisser Autoren anders zu interpretieren sei, bilde nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Sodann wendete das Bundesgericht die von ihm entwickelten Grundsätze auf den Fall der Beschwerdeführerin an und entschied, dass es für die Bejahung der Amtshilfefähigkeit bereits ausreichend sei, dass die Beschwer-

45 Vgl. dazu BGer 2A.250/2001 E 8, 6.2.2002 = StE 2002 A 31.4 Nr. 6 = StR 2002, 410.

46 Im französischen Originaltext verwendet das Bundesgericht den Ausdruck «tergiversations»; gemäss Langenscheidt bedeutet dies: «Ausrede», «Ausflucht», «Winkelzug».

47 Vgl. die Darstellung des Sachverhalts, aus der hervorgeht, dass dem IRS die Kontoinhaberin – als vermutete Treuhänderin des in den USA Beschuldigten – bereits im Zeitpunkt der ersten Gesuchergänzung bekannt war und dass der IRS der ESTV diesen Namen mitgeteilt hat.

deführerin – als Freundin und Geschäftspartnerin – ihre Entschädigung für die Beratungsleistungen von einer vom Beschuldigten beherrschten Gesellschaft erhalten habe und dass sie mit dieser Gesellschaft auch durch eine Darlehensgewährung im Geschäftsverkehr gestanden habe. Dass diese Geschäfte auf den Namen der im amerikanischen Strafverfahren nicht beschuldigten Beschwerdeführerin getätigt worden seien, sei unerheblich. Es sei nicht Sache der ESTV, im Rahmen ihrer Vorprüfung des amerikanischen Amtshilfeersuchens zu prüfen, ob die Angaben der Beschwerdeführerin, wonach nicht der in den USA Beschuldigte, sondern sie selbst die an den fraglichen Geldern wirtschaftlich Berechtigte sei, zu überprüfen. Die vom IRS verlangten Informationen seien offensichtlich nicht ohne Zusammenhang mit dem in den USA verfolgten Delikt und deshalb amtshilfeweise zu übermitteln.

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Der hier angezeigte Entscheid des Bundesgerichts ist bezüglich der Rechtsstellung von Drittpersonen in Amtshilfeverfahren gemäss dem DBA-US von grundlegender Bedeutung. Indem das Bundesgericht erkannt hat, dass für die Anforderungen an die internationale Amtshilfe die gleichen Grundsätze gelten, wie es sie für die internationale Rechtshilfe aufgestellt hat, und aus seinen Ausführungen über die Aufgaben der ESTV in den Amtshilfeverfahren ergibt sich, dass der Geheimbereich von Drittpersonen sehr stark eingeschränkt ist, wenn diese Personen mit einer in den USA beschuldigten Person im Geschäftsverkehr gestanden haben. Wenn die Schwere des Delikts in den USA dies rechtfertigt (das Gericht gibt keine Hinweise darauf, wo hier die Grenze gesetzt wird), sind Informationen – inkl. Bankinformationen – über eine Drittperson bereits dann dem IRS zugänglich zu machen, wenn diese Drittperson mit der in den USA beschuldigten Person im Geschäftsverkehr steht und wenn – auch ohne ihr Wissen – dieser Geschäftsverkehr dazu gedient haben kann, das Delikt in den USA zu begehen, die aus einem Steuerdelikt stammenden Gelder zu überweisen oder die Herkunft der Gelder aus einem Steuerdelikt zu verschleiern.

Damit ist das Bankgeheimnis in einem weiteren, wichtigen Bereich aufgeweicht worden. Personen, die mit einer Person, die in den USA in ein Strafverfahren verwickelt ist oder künftig wird, im Geschäftsverkehr stehen, müssen damit rechnen, dass auch persönliche Bankinformationen dem IRS bekannt werden. Aufgrund des vorliegenden Entscheids wird erkenntlich, dass der Schutzbereich der Drittpersonen sehr stark eingeschränkt worden ist.

Die ESTV wollte diesen Schutz des Geheimbereichs von Drittpersonen weiter fassen und hat, nachdem sie den

Sachverhalt vertieft geprüft und die Argumente der Drittperson angehört hatte, zunächst die Amtshilfefähigkeit verneint, mit dem Argument, die in Spanien ansässige Drittperson sei wirtschaftlich Berechtigte an den fraglichen Geldern. Erst nachdem diese Person anlässlich ihrer Einvernahme in Spanien erklärte, ihr seien die Optionen, die ihr angeblich den Betrag von fast \$ 20 Mio. eingetragen haben sollen, unbekannt, hat die ESTV angesichts der widersprüchlichen Angaben der Kontoinhaberin – einerseits ihr gegenüber und andererseits (in der vermutlich rechtshilfeweise erfolgten Aussage) vor den spanischen Behörden – die Gewährung der Amtshilfe für zulässig erachtet, um damit dem IRS zu ermöglichen, den wahren Sachverhalt zu ermitteln.

Für ihr Bemühen um korrekte Sachverhaltsvermittlung hat sich die ESTV vom Bundesgericht den Vorwurf, sie habe «Winkelzüge» gemacht und der Rechtssicherheit geschadet, eingehandelt.

Die Anweisungen des Bundesgerichts an die ESTV sind klar. Sie hat ihr Praxis der Amtshilfe bezüglich Drittpersonen an jene, weitgehende, im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen anzupassen. Dies zumindest im Verhältnis zu den USA.

Offen bleibt, wie sich im Lichte dieses Urteils die Praxis über den Umfang des Geheimbereichs von Drittpersonen unter jenen DBA, die für die Amtshilfegewährung einen direkten Zusammenhang zwischen der verlangten Amtshilfemassnahme und dem im Ausland begangenen Delikt verlangen und keine Ausdehnung des Geltungsbereichs auf Nichtansässige beinhalten, auf die Praxis der ESTV und des Bundesgerichts auswirken wird.

Aufgrund des Wortlauts und des Sinns der Bestimmungen in jenen DBA sollte eine Amtshilfegewährung bezüglich Informationen über Drittpersonen nur dann möglich sein, wenn der direkte Zusammenhang zwischen dem im Ausland begangenen Delikt und der Amtshilfemassnahme gegeben ist<sup>48</sup> und wenn der Verdacht besteht, dass die Drittpersonen an jenem Delikt beteiligt gewesen sind. Die blosser Tatsache, dass diese Drittpersonen mit der beschuldigten Person freundschaftlich und/oder geschäftlich verbunden waren, dürfte richtigerweise für die Aufhebung ihres Geheimbereichs nicht genügen. Sollte jedoch das Bundesgericht auch hier die integrale Übernahme seiner im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen entwickelten, viel weiter gehenden Praxis anordnen, ergäbe sich auch unter den andern DBA, welche die Amtshilfe für Steuer- bzw. Abgabebetrag vorse-

48 OBERSON, L'échange international de renseignements en matière fiscale, 137; WALDBURGER, Die Revision des schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommens (DBA-D), 43.

hen, die gleiche Rechtslage wie gemäss dem hier besprochenen Bundesgerichtsurteil.

Eine Praxis zur Amtshilfe gemäss andern DBA als jenem mit den USA – und damit auch zur hier behandelten Frage der Stellung von Drittpersonen – hat sich noch nicht entwickeln können, weil die Amtshilfebestimmungen in diesen andern Abkommen bestimmen, dass Amtshilfe nur für Taten geleistet werden kann, die frühestens ab dem Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen begangen wurden. Weil zwischen der Tatbegehung und deren Aufdeckung durch die Steuerbehörden häufig relativ viel Zeit vergeht, sind bei der ESTV noch zu keiner andern Amtshilfebestimmung als zu jener gemäss dem DBA-US Amtshilfeersuchen eingegangen.

Steuerpflichtige und deren Berater, die mit der Schweiz in einem wirtschaftlichen Verhältnis stehen – auch wenn sie hier lediglich ein Bankkonto unterhalten – müssen zur Kenntnis nehmen, dass immer dann, wenn sie mit einer in den USA steuerpflichtigen Person im Geschäftsverkehr stehen, ein amtshilfeweiser Informationsaustausch mit den USA über ihre persönlichen Verhältnisse, inkl. Bankinformationen, möglich ist, wenn die in den USA steuerpflichtige Person dort in ein Strafverfahren verwickelt wird und wenn der Geschäftsverkehr mit dieser Drittperson im amerikanischen Strafverfahren von Bedeutung sein kann. Diese Möglichkeit besteht auch, wenn die Drittperson vom (vermuteten) fraudulösen Verhalten ihres Geschäftspartners keine Kenntnis hat. Damit ist es möglich, dass «Kommissar Zufall» über die Offenlegung von Informationen aus dem Geheimbereich einer Drittperson gegenüber den USA entscheidet. Dies ist die Konsequenz der Übertragung der im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen weit gehenden Praxis auf die Amtshilfe gemäss dem DBA mit den USA.

## Literatur

BEHNISCH URS R., Gibt es den steuerfreien Kapitalgewinn bei einer Beteiligungsveräusserung noch?, Jusletter 20.9.2004

BETSCHART PILIPP, Grenzenlose indirekte Teilliquidation, ST 2004, 873 ff.

BÖCKLI PETER, Reformatio in pejus – oder der Schlag auf die hilfeschuchende Hand, ZBl 1980, 97 ff.

BUCHSER MICHAEL/JAU MARTIN, Methodische Überlegungen zur indirekten Teilliquidation, ASA 74 (2005/2006), 125 ff.

DUSS MARCO, Indirekte Teilliquidation und Vertrauensschutz: Das Tagebuch der Marie A., ST 2007, 409 ff.

GRETER MARCO, «Ist es notwendig, dass die ESTV den Bundesgerichtsentscheid zur Erbenholding buchstabengetreu umsetzt?», ST 2005, 64

GRÜNINGER HAROLD, Steuerrechtliche Entwicklungen, SZW 2005, 29 ff.

GURTNER PETER/GIGER ERNST, Unzulässige Erbenholdingbesteuerung – massive Ausweitung der indirekten Teilliquidationstheorie, StR 2004, 658 ff.

HEY JOHANNA, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln 2002

HOLENSTEIN DANIEL, Indirekte Teilliquidation – Besteuerung der tatsächlichen Substanzentnahme, StR 2004, 718 ff.

LEISNER ANNA, Kontinuität als Verfassungsprinzip. Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, Tübingen 2002

LUTZ GEORG/HONOLD KERSTEN ALEXANDER, Indirekte Teilliquidation – Ist wirklich Hopfen und Malz verloren?, FStR 2005, 139 ff.

NOLL PETER, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973

OBERSON XAVIER, L'échange international de renseignements en matière fiscale. Récents développements et perspectives pour la Suisse, in: Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), L'entraide administrative, Schulthess Médias Juridiques, Genf/Zürich/Basel 2005, S. 127 ff.

REICH MARKUS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel/Genf/München 2000

REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2004 (1. Teil), FStR 2005, 224 ff., (2. Teil), FStR 2005, 290 ff.

SCHMID HUBERTUS, Stolperstein der Unternehmenssteuerreform, NZZ 7./8.1.2006, 25

STAMPE MICHÈLE, Die Praxisänderung im Steuerrecht, Zürich 2007

UEBELHART PETER/ARNOLD RETO, Erweiterte indirekte Teilliquidationstheorie erschwert Unternehmensnachfolge – Eine Bestandesaufnahme unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs des Kreisreibens Nr. 7 der Eidg. Steuerverwaltung, StR 2005, 274 ff.

WALDBURGER ROBERT, Die Revision des schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommens (DBA-D), FStR 2002, 40 ff.

WEBER-DÜRLER BÉATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a. M. 1983

– Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 2004, 1 ff.

ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Chronik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Oktober 2003 bis Oktober 2004, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, H. 12, Bern 2005, 213 ff.

indirekte Teilliquidation; BGE vom 11. Juni 2004 (2A.331/2003) (vom 8.9.2004)

KS Übertragung von Beteiligungen, KS Nr. 7 (1-007-D-2005-d) der ESTV – Übertragung von Beteiligungen vom Privat- ins Geschäftsvermögen (Entwurf vom 14.2.2005)

## Rechtsquellen

DBA-US, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (vom 2.10.1996), SR 0.672.933.61

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

IRSG, BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) (vom 20.3.1981), SR 351.1

Steuergesetz des Kantons Zürich (vom 8.6.1997), LS 631.1

V zum DBA-US, V zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2.10.1996 (vom 15.6.1998), SR 672.933.61

## Materialien

Botschaft zum BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) (vom 22.6.2005), BBl 2005, 4733 ff.

Unternehmenssteuerreformgesetz II, BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Vorlage gemäss Botschaft), BBl 2005, 4875 ff.

Vereinfachungsgesetz-E ESTV, Entwurf der ESTV zu einem BG über Vereinfachungen im Bereich der zeitlichen Bemessung, der Steuerausscheidungen, des Steuererlasses und der Gewinne aus Spielen (vom April 2006, nicht veröffentlicht)

## Praxisanweisungen

RS Erbenholding und indirekte Teilliquidation, RS (2-009-D-2004-d) der ESTV – Erbenholding und

# Gesetzgebungs-Agenda 2007/3

Lic. iur. Rainer Zigerlig\*/Lic. iur. Heinz Baumgartner\*\*/Dr. Raoul Stocker\*\*\*

## Inhalt

1	Bund	2.16	Zug
1.1	Unternehmenssteuerreform II	2.17	Zürich
1.2	Ehe- und Familienbesteuerung	3	Doppelbesteuerungsabkommen
1.3	Steuerbefreiung des Existenzminimums im StHG	3.1	Chile
1.4	Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und Einführung der straflosen Selbstanzeige	3.2	Grossbritannien
1.5	Quellenbesteuerung von Vorsorgeleistungen	3.3	Südafrika
1.6	Aufhebung von Bundessteuerbestimmungen, die gegen Art. 6 EMRK verstossen		
2	Kantone		
2.1	Appenzell Ausserrhoden		
2.2	Basel-Landschaft		
2.3	Basel-Stadt		
2.4	Bern		
2.5	Freiburg		
2.6	Genf		
2.7	Glarus		
2.8	Nidwalden		
2.9	Obwalden		
2.10	Schaffhausen		
2.11	Schwyz		
2.12	Solothurn		
2.13	Thurgau		
2.14	Uri		
2.15	Wallis		

\* Leiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

\*\* Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

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

## 1 Bund

### 1.1 Unternehmenssteuerreform II

Am 23.3.2007 haben die eidg. Räte das BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) verabschiedet.<sup>1</sup> Die vom Nationalrat in der Herbstsession 2006 beschlossenen Abweichungen gegenüber der Fassung des Ständerats<sup>2</sup> waren zuvor in der Frühjahrsession 2007 wie folgt bereinigt worden:

- Der Satz für die Teilbesteuerung von Dividenden (bei Beteiligungen im Geschäftsvermögen zusätzlich auch für Veräusserungsgewinne) beträgt bei der direkten Bundessteuer 50 % für Beteiligungen im Geschäftsvermögen und 60 % für solche im Privatvermögen. Vorausgesetzt wird eine Mindestbeteiligung von 10 %; auf einen Einbezug indirekt gehaltener Beteiligungen in dieses Kriterium wurde verzichtet. Die Kantone können die wirtschaftliche Doppelbelastung ebenfalls mildern, sind indessen in der Ausgestaltung frei. Zu beachten haben sie lediglich zwingend die Mindestbeteiligung von 10 % als Voraussetzung für eine Milderung.
- Auf eine Regelung des Quasi-Wertschriftenhandels wurde verzichtet. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft<sup>3</sup> eine ausdrückliche Regelung vorgeschlagen; beide Räte beschlossen zunächst eigene Lösungen, die im Differenzbereinigungsverfahren schliesslich zu einem Verzicht auf eine Normierung führten.
- Für den Abzug privater Schuldzinsen bleibt es beim geltenden Recht (Beschränkung auf den Umfang der steuerbaren Vermögenserträge und weitere Fr. 50 000).
- Hinsichtlich der steuerlichen Folgen der Überführung von Grundstücken aus dem Geschäftsvermögen in das Privatvermögen wurde der bundesrätliche Vorschlag unverändert übernommen. Danach wird über die Quote der wieder eingebrachten Abschreibungen steuerlich sofort abgerechnet, während in den Kantonen mit dualistischer Grundstückgewinnbesteuerung für die Wertzuwachsquote ein Aufschub der Besteuerung bis zur Veräusserung der Liegenschaft beansprucht werden kann.
- Liquidationsgewinne, die zufolge Geschäftsaufgabe nach dem 55. Altersjahr oder wegen Invalidität anfallen, werden getrennt vom übrigen Einkommen besteuert. Beiträge zum Einkauf in die berufliche Vorsorge sind dabei abziehbar. Werden keine Einkäufe

vorgenommen, wird der entsprechende Betrag, für den der Steuerpflichtige die Zulässigkeit eines Einkaufs nachweist, gleich wie eine Kapitaleistung aus Vorsorge besteuert. Für die Bestimmung des auf den Restbetrag der realisierten stillen Reserven anwendbaren Satzes ist für die direkte Bundessteuer ein Fünftel dieses Restbetrages massgebend, wobei in jedem Falle eine Steuer zu einem Satz von mind. 2 % erhoben wird. Für das kantonale Recht richtet sich die Besteuerung des Restbetrages nach kantonaler Regelung, d. h., die Kantone sind in deren Ausgestaltung frei.

Gegen dieses Gesetz reichte am 9.7.2007 eine Koalition aus mehreren Parteien und Organisationen links der Mitte innert der vorgegebenen Frist das Referendum mit rund 65 000 Unterschriften ein. Die Volksabstimmung wird voraussichtlich am 24.2.2008 stattfinden. Zuvor hatte die Sozialdemokratische Partei der Schweiz zusätzlich ihre Absicht bekundet, das beschlossene Teilbesteuerverfahren für Dividenden auch auf seine Verfassungskonformität gerichtlich überprüfen zu lassen. Zu diesem Zweck will sie ein entsprechendes kantonales Gesetz, das eine ähnliche oder die gleiche Lösung vorsieht, vor Bundesgericht anfechten.

### 1.2 Ehe- und Familienbesteuerung

Der Reform der Ehe- und Familienbesteuerung, die mit der Ablehnung des Steuerpakets 2001 am 16.5.2004 neu angegangen werden muss, misst der Bundesrat ebenso grosse Bedeutung zu wie der anstehenden Unternehmenssteuerreform II (s. Abschn. 1.1). Deren Ausarbeitung setzt nach seiner Aussage jedoch zunächst wichtige Grundsatzentscheide voraus, insbesondere zur Ehepaarbesteuerung und zu steuerlichen Massnahmen für Kinder.

Um gleichwohl kurzfristig eine Verbesserung zu erreichen, unterbreitete der Bundesrat den eidg. Räten mit Botschaft vom 17.5.2006<sup>4</sup> eine Gesetzesvorlage, deren Ziel es ist, in einem ersten Schritt die verfassungswidrige steuerliche Diskriminierung der Zweiverdienerhepaare gegenüber den gleich situierten Konkubinatspaaren im Recht der direkten Bundessteuer möglichst schnell zu mildern. Dieses Gesetz wurde von den eidg. Räten in der Herbstsession 2006 unverändert verabschiedet<sup>5</sup> und tritt auf den 1.1.2008 in Kraft.<sup>6</sup> Es sieht eine Erhöhung des Zweiverdienerabzugs auf 50 % des Zweitverdienstes (bis max. Fr. 12 500) und einen neuen Verheiratetenabzug von Fr. 2500 vor. Diese Lösung führt auf Stufe Bund zu Mindereinnahmen von Fr. 500 Mio., die gegenfinanziert werden müssen.

1 S. BBI 2007, 2321.

2 S. Gesetzgebungs-Agenda 2006/4, Abschn. 1.1, FStR 2006, 316 f.

3 S. BBI 2005, 4733.

4 S. BBI 2006, 4471.

5 S. BBI 2006, 8339.

6 S. AS 2007, 615.

Im Dezember 2006 hat der Bundesrat nunmehr den zweiten Schritt eingeleitet, mit dem der Systemscheid zwischen Individualbesteuerung und Ehegattenbesteuerung gefällt und auch die übrigen Mängel des geltenden Systems gelöst werden sollen. Zu diesem Zweck schickte er 4 Modelle in die Vernehmlassung, die nach seiner Auffassung weitestgehend die Vorgaben des Bundesgerichtes bezüglich Belastung der verschiedenen Kategorien von Steuerzahlenden durch die direkte Bundessteuer erfüllen. Nach der Vernehmlassung sollen dem Parlament die notwendigen Grundlagen unterbreitet werden, damit es einen Grundsatzentscheid über die Besteuerungsform für Ehepaare treffen kann.<sup>7</sup> Alle 4 Modelle zielen auf ein Steuersystem ab, das den Geboten der Rechtsgleichheit und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besser entspricht. Unabhängig vom gewählten Modell sollen möglichst ausgewogene Belastungsrelationen zwischen den einzelnen Kategorien von Steuerzahlenden erreicht werden.<sup>8</sup>

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis Ende Juni 2007.

### 1.3 Steuerbefreiung des Existenzminimums im StHG

In der Herbstsession 2006 hatte der Nationalrat als Erstrat, gestützt auf einen entsprechenden Bericht seiner Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 5.5.2006<sup>9</sup> und eine Stellungnahme des Bundesrates vom 30.8.2006<sup>10</sup>, eine parlamentarische Initiative angenommen, welche die Aufnahme einer Bestimmung im StHG vorsieht, wonach das Existenzminimum nicht besteuert werden darf. Mit dieser Initiative sollte die Vorschrift wieder aufgenommen werden, welche bereits im Steuerpaket 2001 enthalten war, wegen dessen Ablehnung in der Volksabstimmung vom 16.5.2004 indessen nie Gesetz wurde.

Auf Veranlassung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates wurde vor der Beratung im Ständerat eine Vernehmlassung bei den Kantonen durchgeführt. Diese ergab eine grossmehrheitliche Ablehnung seitens der Kantone, was den Ständerat in der Sommersession 2007 veranlasste, als Zweitrat auf die Initiative nicht einzutreten. Nach der mehrheitlichen Auffassung der Kantone wird dem angestrebten Ziel bereits heute in allen Kantonen angemessen Rechnung getragen,

sei es über Tariffreigrenzen, Sozialabzüge oder Steuererlass im Einzelfall. Die vorgeschlagene Normierung hätte deshalb wohl nur deklaratorischen Charakter; andererseits würde eine konkreter abgefasste Norm in die Tarifautonomie der Kantone eingreifen.

### 1.4 Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und Einführung der straflosen Selbstanzeige

Am 18.10.2006 hat der Bundesrat den eidg. Räten eine Botschaft zu einem BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige zugeleitet.<sup>11</sup> Mit den entsprechenden Gesetzesänderungen will der Bundesrat die Steuerzahlenden motivieren, bisher unversteuertes Vermögen und Einkommen zu deklarieren. Erben sollen bei Offenlegung der Steuerhinterziehung des Erblassers von einer tieferen Nachsteuer profitieren. Auch soll bei erstmaliger Offenlegung eigener Steuerhinterziehungen (Selbstanzeige) auf die Erhebung der Busse verzichtet werden, sodass nur die geschuldete Steuer (Nachsteuer) und der Verzugszins entrichtet werden müssen. Die beiden Massnahmen betreffen die Bundessteuer sowie die Einkommens- und Vermögenssteuern der Kantone und Gemeinden.

Nach der geltenden Regelung kann bei einer Steuerhinterziehung des Erblassers die Nachsteuer inkl. Verzugszins von bis zu 10 Jahren vor dem Tod des Erblassers eingefordert werden. Neu soll sie samt dem Verzugszins nur noch für die letzten 3 vor dem Todesjahr des Erblassers abgelaufenen Steuerperioden nachgefordert werden. Die Erben kommen allerdings nur dann in den Genuss der vereinfachten Erbenachbesteuerung, wenn sie ihre Mitwirkungspflichten erfüllen (insbesondere bei der Errichtung eines vollständigen und genauen Nachlassinventars) und die Steuerbehörden noch keine Kenntnis von der Steuerhinterziehung hatten. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, erfolgt eine ordentliche Nachbesteuerung bis auf 10 Jahre zurück.

Die Selbstanzeige – Manifestation von Reue durch den Steuerhinterziehenden – soll inskünftig beim ersten Mal ohne Straffolge bleiben. Diese so genannte straflose Selbstanzeige soll nach dem Willen des Bundesrates einmal im Leben möglich sein. Einzig die ordentliche Nachsteuer und der Verzugszins würden für höchstens 10 Jahre erhoben. Bei jeder weiteren Anzeige würde die Busse wie bis anhin ein Fünftel der hinterzogenen Steuer betragen und die Nachsteuer inkl. Verzugszins erhoben. Die Möglichkeit zu einer straflosen Selbstanzeige besteht für natürliche und juristische Personen. Wie bei der vereinfachten Erbenachbesteuerung kann die Privilegierung

7 Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements, [www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de](http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de).

8 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 1.2, FStR 2007, 162 f.

9 S. BBl 2006, 7539.

10 S. BBl 2006, 7551.

11 S. BBl 2006, 8795.

bei einer Selbstanzeige jedoch nur dann gewährt werden, wenn die Steuerbehörden noch keine Kenntnis von der Hinterziehung hatten und die steuerpflichtige Person die Steuerbehörden vorbehaltlos unterstützt. Der Mechanismus der straflosen Anzeige soll zudem auch auf Teilnehmende einer Steuerhinterziehung ausgedehnt werden: Anstifter, Gehilfen oder Mitwirkende sollen künftig unter den gleichen Voraussetzungen wie die steuerpflichtige Person von der straflosen Selbstanzeige Gebrauch machen können.<sup>12</sup>

### 1.5 Quellenbesteuerung von Vorsorgeleistungen

Werden Vorsorgeleistungen an im Ausland wohnhafte Personen ausgerichtet, erhebt die Vorsorgeeinrichtung in der Regel eine Quellensteuer. Die Quellensteuereinnahmen kommen demjenigen Kanton zu, in welchem die Vorsorgeeinrichtung ihren Sitz hat. Diese Regelung führt dazu, dass die Quellensteuererträge aus Vorsorgeleistungen an im Ausland lebende Personen vor allem in Kantonen mit grossen Sammelstiftungen anfallen. Eine im Jahre 2004 eingereichte parlamentarische Initiative wollte diese Ordnung geändert sehen. Die Quellensteuereinnahmen aus Vorsorgeleistungen an im Ausland wohnhafte Personen sollen jenem Kanton zustehen, in dem die vorsorgeberechtigte Person gearbeitet hat. Die vorbereitenden Kommissionen für Wirtschaft und Abgaben (WAK) beider Räte gaben der parlamentarischen Initiative Folge. Die WAK des Nationalrates arbeitete in der Folge eine entsprechende Vorlage aus. Nach dieser soll nicht mehr der Sitzkanton der Vorsorgeeinrichtung bezugsberechtigt sein, sondern derjenige Kanton, in dem der im Ausland lebende Vorsorgeempfänger für sein letztes Erwerbseinkommen besteuert worden ist. In seiner Stellungnahme vom 31.1.2007 zum entsprechenden Bericht der WAK des Nationalrates (vom 28.11.2006)<sup>13</sup> kommt der Bundesrat indessen zu einer negativen Beurteilung. Er zeigt zwar Verständnis für die Einwände gegen das geltende Recht, erachtet indessen den bürokratischen Aufwand für die Vorsorgeeinrichtungen als unverhältnismässig hoch. Bei einer Neuregelung müssten die Vorsorgeeinrichtungen nämlich zwingend den bezugsberechtigten Kanton ermitteln und bei der Abrechnung bis zu 26 verschiedene Tarife berücksichtigen. Da sich die geltende Rechtsordnung in der Praxis bewährt habe, solle von einer unnötigen Verkomplizierung Abstand genommen werden. Dieser Schluss drängt sich gemäss dem Bundesrat auch aus steuersystematischer Sicht auf, liegt doch zum Zeitpunkt der Ausrichtung der Vor-

sorgeleistungen der einzige aktuelle wirtschaftliche Anknüpfungspunkt des im Ausland lebenden Vorsorgenehmers im Kanton, in welchem die Vorsorgeeinrichtung ihren Sitz hat. Auch erweist sich nach Auffassung des Bundesrates der aus dem verbleibenden Quellensteuerertrag resultierende Umverteilungsnutzen gegenüber dem bürokratischen Aufwand als zu klein, um die Beibehaltung des geltenden Rechts in Frage zu stellen.<sup>14</sup>

### 1.6 Aufhebung von Bundessteuerbestimmungen, die gegen Art. 6 EMRK verstossen

Am 25.3.2002 hatte der Kanton Jura unter Bezugnahme auf ein Urteil des Europäischen Menschenrechtsgerichts, ergangen gegen die Schweiz, eine Standesinitiative mit dem Begehren eingereicht, alle Bestimmungen im Bundessteuerrecht, die dem angesprochenen Urteil zuwiderlaufen, aufzuheben bzw. zu ändern. Beide Räte gaben dieser Standesinitiative Folge.<sup>15</sup> Umgesetzt wurde diese Initiative mit dem BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern, das die eidg. Räte am 20.12.2006 verabschiedeten und das der Bundesrat nach unbenutztem Ablauf der Referendumsfrist auf den 1.1.2008 in Kraft setzte.<sup>16</sup> Die neuen Bestimmungen sollen ein faires Strafverfahren bei Steuerhinterziehung gemäss Art. 6 EMRK und der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gewährleisten. In DBG und StHG wird das Recht auf Aussage- und Mitwirkungsverweigerung im Steuerhinterziehungsverfahren verankert. Auch die Verwendung von Beweismitteln aus dem Nachsteuerverfahren im Steuerhinterziehungsverfahren wird entsprechend der EMRK-Rechtsprechung neu geregelt. Im Weiteren wird die bisher geltende Schuldvermutung unter Ehegatten gestrichen. Neu können Ehegatten nicht mehr für Hinterziehungsdelikte des andern Ehegatten geübt werden.

## 2 Kantone

### 2.1 Appenzell Ausserrhodon

Am 14.5.2007 hat der Kantonsrat der Steuergesetzrevision<sup>17</sup> in 1. Lesung zugestimmt. Gleichzeitig wurde der Regierungsrat beauftragt, bei der Milderung der wirt-

12 Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements, [www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=7750](http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=7750).

13 S. BBl 2007, 1173.

14 S. BBl 2007, 1191.

15 S. Gesetzgebungs-Agenda 2006/2, Abschn. 1.3, FStR 2006, 159.

16 S. AS 2007, 2973.

17 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.1, FStR 2007, 164 f.

schaftlichen Doppelbelastung für Beteiligungen von mind. 10 % oder einem Verkehrswert von mind. Fr. 2 Mio. anstelle des Teilsatzes von 60 % einen solchen von 50 % (Halbsatzverfahren) zu prüfen und die Kostenfolgen aufzuzeigen sowie weitere Entlastungen bei der Vermögensbesteuerung zu prüfen.

Die Vorlage unterstand bis am 15.6.2007 der Volksdiskussion. Ein Diskussionsbeitrag bezieht sich auf die Anerkennung von Energiesparmassnahmen als Liegenschaftsunterhaltskosten.

Der Regierungsrat wird bis zur 2. Lesung im Kantonsrat am 20.8.2007 die entsprechenden Anträge behandeln und beantworten. Die Steuergesetz-Revision soll auf den 1.1.2008 in Kraft treten.

## 2.2 Basel-Landschaft

Der Baselbieter Landrat hat am 21.6.2007 der Vorlage über die Reform der Unternehmensbesteuerung zugestimmt. Das qualifizierte Mehr wurde jedoch nicht erreicht. Deshalb wird in einer kantonalen Volksabstimmung über diese Reform noch entschieden werden. Vorgesehen ist eine Inkraftsetzung per 1.1.2008.

Die Reform der Unternehmensbesteuerung sieht bei der Staatssteuer für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften die Schaffung eines zweistufigen, proportionalen Gewinnsteuersatzes von 12 % vor. Die ersten Fr. 30 000 an steuerbarem Gewinn sollen nur mit 6 % besteuert werden. Heute kennt das Steuergesetz einen renditeabhängigen Tarif, der minimal 6,5 % und maximal 20 % beträgt. Eine Änderung bei der Gewinnbesteuerung ist nur auf kantonaler Ebene vorgesehen. Der proportionale Gewinnsteuersatz bei der Gemeindesteuer bleibt bei den bisherigen 2 % - 5 % des Gewinns. Ferner soll der Kapitalsteuersatz bei der Staatssteuer nominell um die Hälfte auf 1 ‰ gesenkt werden. Im Gegensatz zum Gewinnsteuersatz sollen bei der Reduktion des Kapitalsteuersatzes auch die Gemeinden im gleichen Ausmass zu einer tieferen Kapitalsteuerbelastung beitragen. Der Rahmen für die Kapitalsteuersätze bei den Gemeinden soll deshalb künftig nominell nur noch halb so hoch sein wie heute und 1,75 ‰ - 2,75 ‰ betragen. Der neue Rahmen für die Kapitalsteuersätze bei den Gemeindesteuern wird gestaffelt eingeführt, damit für die Gemeinden ein grösserer Planungsspielraum entsteht. Eine Reduktion der Kapitalsteuer ist auch bei Holding- und Domizilgesellschaften vorgesehen. Der bisher auf Holdinggesellschaften angewendete Steuersatz von je 0,25 ‰ für Kanton und Gemeinde soll auf je 0,1 ‰ gesenkt werden. Bei den Domizilgesellschaften soll der heutige Kapitalsteuersatz von je 1 ‰ für Kanton und Gemeinde um die Hälfte auf je 0,5 ‰ gesenkt werden.

Als weitere Massnahme ist vorgesehen, dass Unternehmen betriebliche Verluste mit allfälligen Grundstückgewinnen verrechnen können. Zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung sollen zudem die Dividenden und Gewinnausschüttungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften mit dem Halbsatzverfahren besteuert werden, sofern die berechnete Person mit mind. 10 % an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt ist.

Im Weiteren wird die mögliche Dauer von Steuererleichterungen auf die nach StHG zulässige Maximaldauer von 10 Jahren, statt wie bisher von 7 Jahren, erweitert.

Ferner müssen im Rahmen der Anpassung an die Bundesgesetzgebung die Tatbestände der indirekten Teilliquidation und der Transponierung im kantonalen Steuergesetz geregelt werden. Sodann werden verschiedene redaktionelle Anpassungen und Klarstellungen vorgeschlagen.

## 2.3 Basel-Stadt

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hat am 26.6.2007 einen Gesetzesentwurf betreffend Teilrevision des Steuergesetzes zuhanden des Grossen Rates verabschiedet. Gegenstand der Vorlage ist die Umsetzung bundesrechtlicher Vorschriften (BG über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung [indirekte Teilliquidation, Transponierung], Kollektivanlagengesetz, neues Stiftungsrecht [Erhöhung des Spendenabzugmaximums von 10 % auf 20 % des Reineinkommens], Schwarzarbeitsgesetz, Art. 29a BV für Erlassentscheide [Rechtsweggarantie], BG über Änderungen des Nachsteuer- und Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung und Besteuerung des Rückkaufswertes von Rentenversicherungen).

## 2.4 Bern

Der Grosse Rat des Kantons Bern hat im März 2007 die Teilrevision des Steuergesetzes in 2. Lesung verabschiedet. Die wesentlichen Punkte sind:

- hälftiger Ausgleich der kalten Progression durch Anpassung von Tarifen und Abzügen (Verwendung der verbleibenden Mittel für gezielte Entlastungen von Familien und Mittelstand, s. nachfolgend);
- Erhöhung der Kinderabzüge von Fr. 4400 auf Fr. 6000, Verdoppelung des Kinderbetreuungskostenabzugs von Fr. 1500 auf Fr. 3000 und Erhöhung des zusätzlichen Versicherungsabzuges pro Kind von Fr. 600 auf Fr. 700;
- Entlastung des Mittelstandes durch Senkung des Einkommenssteuertarifs ab einem steuerbaren Einkommen von Fr. 30 000 und Entlastung der hohen Einkommen durch Senkung der maximalen Steuersätze von 6,5 % auf 6,1 %;

- Senkung des Vermögenssteuertarifs um 11 % - 35 % (höchste einfache Steuer neu 1,00 ‰ statt 1,25 ‰);
- Teilbesteuerung auf qualifizierten Beteiligungen mit Entlastung beim Einkommen um 50 % und beim Vermögen um 20 %;
- Beibehaltung der Vermögenssteuerbremse, neu mit Begrenzung auf 30 % des Vermögensertrags, mind. aber 2,2 ‰ des steuerbaren Vermögens (bisher 25 %/2,5 ‰).

Diese finanziellen Entlastungen treten erst im Jahr 2009 in Kraft.

Bereits im Jahr 2008 treten in Kraft:

- Teilbesteuerung auf qualifizierten Beteiligungen mit Entlastung beim Einkommen um 50 %;
- Erhöhung des Spendenabzugs auf 20 % des Reineinkommens;
- Senkung der Quellensteuer für Künstler, Sportler und Referenten auf 10 %;
- Umsetzung von Bundesrecht (BG gegen die Schwarzarbeit, Aufhebung der Strafgerichtsbarkeit für Steuerhinterziehung, Rechtsweggarantie für Erlassentscheide, Regelung der indirekten Teilliquidation und der Transponierung, Kollektivanlagengesetz);
- Erleichterung der Unternehmensnachfolge an nicht verwandte Personen im Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer.

Bei den Kantonssteuern gibt es im Jahr 2008 einen Rabatt in der Höhe von Fr. 100 Mio., wobei der Rabatt je nach Höhe des steuerbaren Einkommens 2,5 % - 12 % beträgt (höchster Rabatt für tiefste Einkommen).

Zurzeit läuft die Referendumsfrist von 3 Monaten.

## 2.5 Freiburg

Im Herbst 2007 ist eine weitere Änderung des Steuergesetzes geplant. Es geht dabei hauptsächlich um die Umsetzung von Bundesrecht (Unternehmenssteuerreform II, BG gegen die Schwarzarbeit sowie Kollektivanlagengesetz). Das Inkrafttreten ist auf den 1.1.2008 vorgesehen.

## 2.6 Genf

Das Gesetzesprojekt Nr. 9903, das der Regierungsrat am 6.9.2006 zuhanden des Grossen Rates verabschiedet hat<sup>18</sup>, befindet sich nach wie vor in der parlamentarischen Kommission in Bearbeitung. Das Inkrafttreten ist noch offen.

## 2.7 Glarus

Die Landsgemeinde hat am 6.5.2007 folgenden Anträgen zugestimmt:

- tarifarische Entlastung der verheirateten Steuerpflichtigen;
- Erhöhung des Kinderabzugs von Fr. 5000 auf Fr. 6000;
- Einführung eines Sozialabzugs von Fr. 6000 für Kinder in Ausbildung und mit ständigem auswärtigem Aufenthalt (ausserhalb des Kantons);
- Erhöhung der Versicherungsabzüge von Fr. 2000 auf Fr. 2400 für Alleinstehende, von Fr. 4000 auf Fr. 4800 für Verheiratete und von Fr. 600 auf Fr. 800 je Kind;
- Übernahme der Bestimmungen des BG gegen die Schwarzarbeit ins Steuergesetz.

Die Änderungen werden am 1.1.2008 in Kraft treten.

## 2.8 Nidwalden

Der Landrat hat die Steuergesetzrevision<sup>19</sup> am 27.6.2007 in 2. Lesung gutgeheissen. Angesichts des nach der 1. Lesung vom Demokratischen Nidwalden angedrohten Referendums wurde auf die vorgesehene weitere Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung verzichtet. Unter dem Vorbehalt des Referendums treten die Änderungen am 1.1.2008 in Kraft.

## 2.9 Obwalden

Mit Entscheid vom 1.6.2007 hat das Bundesgericht die degressiven Einkommens- und Vermögenssteuertarife wegen Verstosses gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und gegen das Gebot der Rechtsgleichheit aufgehoben.<sup>20</sup>

Der Regierungsrat hat auf dem Verordnungsweg am 12.6.2007 neue Einkommens- und Vermögenssteuertarife erlassen, welche am 29.6.2007 dem Kantonsrat zur Genehmigung unterbreitet wurden und bis zum Erlass von durch den Gesetzgeber festgelegten neuen Tarifen gelten. Diese sind wie folgt ausgestaltet:

- Der Einkommenssteuertarif verläuft bis zu einem steuerbaren Einkommen von Fr. 63 500 progressiv und für höhere Einkommen proportional. Dies ergibt einen Maximalsteuersatz von 12,5 % (Kantons- und Gemeindesteuern Sarnen, konfessionslos).
- Für die Vermögenssteuer gilt ein durchgehend proportionaler Tarif von 0,2 ‰ (einfache Steuer). Dies

19 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.8, FStR 2007, 167.

20 BGer 2P.43/2006, 1.6.2007; NZZ Nr. 125 vom 2./3.6.2007, S. 15 f.

18 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/1, Abschn. 2.6, FStR 2007, 79.

ergibt eine Vermögenssteuerbelastung von 1,382 ‰ (Kantons- und Gemeindesteuern Sarnen, konfessionslos).

Per 1.1.2008 plant der Regierungsrat die Einführung eines neuen Einkommenssteuertarifs. Dieser soll durchgehend proportional (flat rate) sein und eine Belastung im Bereich von 12 ‰ vorsehen (Kantons- und Gemeindesteuern Sarnen, konfessionslos). Um die unteren und mittleren Einkommen zu entlasten, werden neue Steuerfreibeträge bei der Bemessungsgrundlage vorgesehen, womit eine Senkung des steuerbaren Einkommens und somit eine tiefere Steuerbelastung erreicht wird.

## 2.10 Schaffhausen

Am 20.3.2007 hat der Regierungsrat die Vorlage für eine Revision des Steuergesetzes v. a. im Bereich der Unternehmenssteuern zuhanden des Kantonsrates verabschiedet. Im Einzelnen enthält die Vorlage insbesondere folgende Punkte:

- Reduktion der einfachen Gewinnsteuer mit Einführung eines proportionalen Gewinnsteuersatzes von 6 ‰ anstelle des bisherigen, dreistufigen Tarifs;
- Reduktion der einfachen Kapitalsteuer für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften von 1,5 ‰ auf 0,5 ‰;
- Reduktion der einfachen Kapitalsteuer für Holdinggesellschaften sowie Domizil- und gemischte Gesellschaften von 0,025 ‰ auf 0,01 ‰;
- Reduktion der einfachen Kapitalsteuer für Vereine, Stiftungen und übrige juristische Personen von 1 ‰ auf 0,3 ‰;
- Reduktion der einfachen Kapitalsteuer für Anlagefonds bzw. neu transparent besteuerte Formen der kollektiven Kapitalanlage von 1 ‰ auf 0,3 ‰;
- Anrechnung der Gewinnsteuer an die Kapitalsteuer;
- Reduktion der Minimalsteuer von 0,75 ‰ auf 0,375 ‰;
- Reduktion des Quellensteuersatzes für ausländische Organe von 25 ‰ auf 20 ‰;
- Aufhebung der Beschränkung des Teilbesteuerungsverfahrens für Ausschüttungen aus massgeblichen Beteiligungen auf inländische Beteiligungen;
- Anpassungen an das Bundesrecht (indirekte Teilliquidation und Transponierung, Stiftungsrecht, BG gegen die Schwarzarbeit, Kollektivanlagengesetz, Datenbearbeitung);
- Änderung der Berechnungsweise beim Abzug von Krankheits- und Unfallkosten.

Die Inkraftsetzung ist auf den 1.1.2008 vorgesehen.

## 2.11 Schwyz

Die SVP des Kantons Schwyz lanciert eine Volksinitiative mit dem Titel «Steuerentlastung für Erziehungsarbeit in der Familie». Zur Stärkung der traditionellen Familien soll ein neuer Sozialabzug eingeführt werden für Eltern bzw. Erziehungsberechtigte, die ein Kind oder mehrere Kinder in Eigenbetreuung und unter Verzicht auf Fremdbetreuung grossziehen.

Zur Umsetzung der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie beantragt der Regierungsrat dem Kantonsrat ein Massnahmenpaket, das auch zwei Änderungen des Steuergesetzes beinhaltet. Nach geltendem Recht entscheidet der Vorsteher des Finanzdepartements endgültig über kantonale Steuererlassgesuche. Neu sollen der erstinstanzliche Entscheid der Steuerverwaltung überlassen und dafür Weiterzugsmöglichkeiten an den Regierungsrat und das Verwaltungsgericht geschaffen werden. Weiter soll klargestellt werden, dass bei der Gewährung und Verweigerung von Zahlungserleichterungen weder die allgemeinen Verfahrensvorschriften der Verwaltungsrechtspflegeverordnung zu beachten noch Rechtsmittel zulässig sind.

## 2.12 Solothurn

Am 27.6.2007 hat der Kantonsrat mit grossem Mehr die Teilrevision des Steuergesetzes verabschiedet. Er ist dabei seiner vorberatenden Kommission vollumfänglich gefolgt. Diese aber hatte am Entwurf der Regierung<sup>21</sup> verschiedene Korrekturen angebracht, mit dem Ziel, mittelständische Personen zusätzlich zu entlasten, trotzdem aber die Mindererträge für die Gemeinden in Grenzen zu halten. Beschlossen sind die folgenden Entlastungsmassnahmen:

- Einkommenssteuertarif: Senkung des maximalen Steuersatzes von 11 ‰ auf 10,5 ‰ und Erhöhung der Nullstufe auf Fr. 10 000 für Alleinstehende bzw. Fr. 19 000 für Verheiratete;
- Teilsplitting mit Divisor 1,9 statt des bisherigen Doppeltarifs;
- Erhöhung des Versicherungsprämienabzuges um Fr. 1000 auf Fr. 2500 pro erwachsene Person;
- Abzug für Kosten der erwerbs- oder invaliditätsbedingten Kinder-Drittbetreuung je Kind bis zu Fr. 6000 (bisher Fr. 2500);
- Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung für ausgeschüttete Gewinne aus Beteiligungen von mind. 10 ‰ an schweizerischen Gesellschaften mittels des Halbsatzverfahrens;

21 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.11, FSStR 2007, 168.

- Reduktion der Vermögenssteuer in zwei Schritten von bisher maximal 2,5 % auf maximal 1,5 % bzw. 1,0 %, aus verfassungsrechtlichen Gründen weiterhin mit einer milden Progression;
- Senkung der Kapitalsteuer für juristische Personen von 1,2 % auf 0,8 %;
- Senkung der Gewinnsteuer der 2. Stufe, d. h. für Gewinne, soweit sie Fr. 100 000 übersteigen, von 9,0 % auf 8,5 %.

Ausserdem soll künftig die kalte Progression bereits bei einer Teuerung von 5 % (bisher 7 %) ausgeglichen werden. Die tariflichen Entlastungen gehen zur Schonung der Gemeindefinanzen zum Teil weniger weit als gemäss Vorschlag der Regierung. Stattdessen ist vorgesehen, den Steuerfuss für die Staatssteuer im Rahmen der Budgetberatung von bisher 108 % auf 105 % zu senken. Die Entlastungen sollen gestaffelt 2008 und 2012 (2. Schritt bei der Vermögenssteuer, Gewinnsteuer der juristischen Personen) in Kraft treten.

Unbestritten blieben die notwendigen Anpassungen an geändertes Bundesrecht, namentlich betreffend:

- Rechtsweggarantie;
- BG gegen die Schwarzarbeit;
- BG über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung (Transponierung und indirekte Teilliquidation);
- BG über die kollektiven Kapitalanlagen.

Wenn gegen die Gesetzesrevision das fakultative Referendum ergriffen würde, könnte die Volksabstimmung nicht mehr im laufenden Jahr durchgeführt werden. Um das Inkraftsetzen auf Anfang 2008 nicht zu gefährden, hat der Kantonsrat den Beschluss von sich aus der Volksabstimmung unterstellt. Diese wird im Oktober 2007 stattfinden.

### 2.13 Thurgau

Der Regierungsrat hat am 27.2.2007 eine Botschaft zur Änderung des Steuergesetzes zuhanden des Grossen Rates verabschiedet. Mit der Teilrevision sollen insbesondere der Mittelstand entlastet sowie die Vermögenssteuern gesenkt werden. Die wichtigsten Revisionspunkte sind:

- Umsetzung des Partnerschaftsgesetzes, des BG gegen die Schwarzarbeit, der Rechtsweggarantie, des BG über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung und des neuen Stiftungsrechtes;
- vertikale Harmonisierung mit der direkten Bundessteuer im Verfahrensrecht: Fristwiederherstellungs- und Beschwerdefrist, Nichtanwendbarkeit von Gerichtsferien;
- Einkommenssteuertarifsenkung für Einkommen zwischen Fr. 50 000 und Fr. 150 000;

- Einführung einer proportionalen Steuer auf Kapitalleistungen aus Vorsorge: Verheiratete 2,0 % und übrige Steuerpflichtige 2,4 %;
- Steuerliche Begünstigung der Unternehmensnachfolge sowie Einführung einer separaten Jahressteuer für die in den letzten 2 Geschäftsjahren realisierten stillen Reserven mit privilegiertem Steuersatz;
- Erhöhung der Vermögensfreibeträge: bei Steuerpflichtigen in ungetrennter Ehe von Fr. 100 000 auf Fr. 150 000, bei allen übrigen Steuerpflichtigen von Fr. 50 000 auf Fr. 75 000 und für jedes nicht selbständig besteuerte Kind von Fr. 40 000 auf Fr. 75 000;
- Einführung eines proportionalen Satzes von 1,1 % anstelle des progressiven Vermögenssteuertarifes;
- Anrechnung der Gewinnsteuer an die Kapitalsteuer.

Die vorberatende Kommission hat gegenüber der Botschaft des Regierungsrates zwei Änderungen angebracht. Zum einen sollen bei der Vermögenssteuer die Freibeträge bei Steuerpflichtigen in ungetrennter Ehe auf Fr. 200 000, bei Alleinstehenden auf Fr. 100 000 und pro minderjähriges Kind auf Fr. 100 000 erhöht werden. Zum anderen sollen bei freiwilligen Zuwendungen neu 20 % statt 10 % des Reineinkommens abziehbar sein.

Der Grosse Rat hat diese Steuergesetzrevision am 20.6.2007 in 1. Lesung gutgeheissen. Die 2. Lesung hat am 4.7.2007 stattgefunden, und die Schlussabstimmung wird am 15.8.2007 durchgeführt. Voraussichtlich wird das gesamte Paket auf den 1.1.2008 in Kraft gesetzt.

### 2.14 Uri

2009 ist eine Totalrevision des Steuergesetzes vorgesehen. Geplant sind in erster Linie Steuersenkungen bei den natürlichen Personen. Die einzelnen Massnahmen sind noch nicht konkretisiert.

### 2.15 Wallis

Der Staatsrat hat sich mit Bezug auf die Motion betreffend Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung<sup>22</sup> für eine Teilbesteuerung von Dividenden, die aus Beteiligungen von mindestens 10 % stammen, ausgesprochen. Die Teilbesteuerung für Beteiligungen, die zum Privatvermögen gehören, soll auf 60 %, jene für Beteiligungen, die zum Geschäftsvermögen gehören, auf 50 % festgelegt werden. Der Staatsrat wird dem Grossen Rat einen Entwurf für ein Dekret unterbreiten.

Die Motion betreffend Förderung der familieninternen Kinderbetreuung<sup>23</sup> wird zur Ablehnung vorgeschlagen.

22 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.14, FStR 2007, 168.

23 S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.14, FStR 2007, 168.

## 2.16 Zug

Am 13.3.2007 hat der Regierungsrat des Kantons Zug das zweite Revisionspaket zum Steuergesetz verabschiedet und bis zum 15.6.2007 in die Vernehmlassung gegeben. Die wichtigsten Punkte sind:

- Umsetzung folgender neuer oder geänderter Bundesgesetze: BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), BG gegen die Schwarzarbeit, BG über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung (Transponierung und indirekte Teilliquidation), BG über die kollektiven Kapitalanlagen und BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern;
- bei den Holding-, Domizil- und gemischten Gesellschaften soll auf den unteren Gewinnsteuersatz verzichtet werden und stattdessen generell der obere einfache Gewinnsteuersatz von 7 % gelten;
- der Quellensteuertarif für gewisse Vergütungen an ausländische Gesellschaftsorgane soll leicht angehoben werden;
- bei der Vermögenssteuer soll der Abzug für Verheiratete von heute Fr. 166 000 auf neu Fr. 200 000 erhöht werden, für alle übrigen Steuerpflichtigen von heute Fr. 83 000 auf neu Fr. 100 000. Zudem soll neu auch für jedes minderjährige Kind ein Abzug in der Höhe von Fr. 50 000 geltend gemacht werden können;
- weiter möchte die Regierung den maximalen einfachen Vermögenssteuersatz per 1.1.2009 von heute 2,5 ‰ auf 2,25 ‰ senken. In den Folgejahren soll der maximale Vermögenssteuersatz zudem in fünf jährlichen Schritten je um weitere 0,05 ‰ gesenkt werden, bis im Jahre 2014 ein einfacher Maximalsteuersatz von 2 ‰ erreicht ist;
- die wirtschaftliche Doppelbelastung auf den Einkünften AG/Aktionär soll neu um 50 % statt wie bisher um 30 % gemildert werden. Für das Vermögen soll die Milderung neu 40 % statt wie bisher 30 % betragen.

Das Inkrafttreten ist auf den 1.1.2009 geplant.

## 2.17 Zürich

Am 11.6.2007 hat sich der Kantonsrat unter anderem mit folgenden Steuergeschäften befasst:

- Als Gegenvorschlag zu zwei parlamentarischen Initiativen, die ein Vollsplitting verlangt hatten, beschloss der Kantonsrat, eine Standesinitiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs für das StHG einzureichen. Danach hätten die Ehegatten ein Wahlrecht, anstelle der gemeinsamen eine getrennte Veranlagung zu verlangen, wobei das Wahlrecht vor der

Steuerperiode ausgeübt werden müsste<sup>24</sup>. Der Regierungsrat hatte ein solches Wahlrecht abgelehnt.

- In Zustimmung zur kantonalen Volksinitiative «Schluss mit weiteren KMU-Schikanen! Kantonale Volksinitiative zur Vereinfachung der Lohndeklaration» beschloss sodann der Kantonsrat, eine weitere Standesinitiative einzureichen. Diese ist in der Form der allgemeinen Anregung gehalten und lautet: «Die Bundesgesetzgebung über die direkten Steuern des Bundes, der Kantone und Gemeinden (DBG und StHG) sowie über die Sozialversicherungen ist so zu ändern, dass den Arbeitgebern durch die ihnen auferlegten Bescheinigungs- und Abrechnungspflichten kein erheblicher Aufwand entsteht. Geringfügige Gehaltsnebenleistungen sind von der Besteuerung und der Beitragspflicht für Sozialversicherungen sowie von den entsprechenden Bescheinigungs- bzw. Abrechnungspflichten zu befreien. Für nicht geringfügige Gehaltsnebenleistungen ist die Möglichkeit der Pauschalierung einzuräumen. Es ist sicherzustellen, dass das steuerbare Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sowie der für die Sozialversicherungsbeiträge massgebliche Lohn übereinstimmend festgelegt werden. Die Ausführungsbestimmungen sind durch den Bundesrat in einer Verordnung festzulegen und dem Parlament zur Genehmigung vorzulegen.»
- Schliesslich beschloss der Kantonsrat, im Sinne eines Gegenvorschlags zu einer parlamentarischen Initiative, in 1. Lesung eine Änderung des Steuergesetzes, die eine Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung in Form des Teilsatzverfahrens vorsieht. Danach sollen ausgeschüttete Gewinne aus Kapitalgesellschaften und Genossenschaften mit Sitz in der Schweiz zur Hälfte des für das steuerbare Gesamteinkommen anwendbaren Steuersatzes besteuert werden, sofern die steuerpflichtige Person mit wenigstens 10 % am Aktien-, Grund- oder Stammkapital beteiligt ist.<sup>25</sup> Im Hinblick auf die damit verbundenen Steuerausfälle wurden nach der 1. Lesung im Kantonsrat drei dringliche Vorstösse eingereicht.

Im Zusammenhang mit dem Fall einer Besteuerung nach dem Aufwand, über den auch die Presse berichtet hatte, wurden im Kantonsrat acht Vorstösse eingereicht. In einem dringlichen Postulat vom 4.6.2007 wurde der Regierungsrat ersucht, «eine Präzisierung des Steueramts bezüglich der Erwerbstätigkeit im Sinne der Basler Regelung zu prüfen und darüber dem Kantonsrat zu berichten.» In seiner Stellungnahme vom 27.6.2007 beantragte der Regierungsrat, dieses Postulat nicht zu überweisen.

<sup>24</sup> S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/1, Abschn. 2.18, FStR 2007, 82.

<sup>25</sup> S. Gesetzgebungs-Agenda 2007/2, Abschn. 2.16, FStR 2007, 169 f.

Er verwies unter anderem auf das Urteil des Bundesgerichts vom 15.5.2000<sup>26</sup>, worin ausdrücklich festgestellt wird, dass die Auffassung zutrefte, wonach eine Erwerbstätigkeit im Ausland einer Pauschalbesteuerung nicht entgegenstehe, und zwar unabhängig davon, ob sie für eine schweizerische oder ausländische Unternehmung ausgeübt werde.

### 3 Doppelbesteuerungsabkommen

#### 3.1 Chile

Am 26.4.2007 konnte in Bern ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete des Einkommens und Vermögens (Chile verfügt zurzeit über keine Vermögensteuer, plant jedoch, in naher Zukunft eine solche einzuführen) paraphiert werden.

Das DBA folgt sowohl formell als auch materiell weitgehend dem OECD-Musterabkommen. Da Chile nach unilateralem Steuerrecht zur Bestimmung der Ansässigkeit juristischer Personen das Kriterium der tatsächlichen Leitung nicht kennt, wurde vereinbart, dass sich die Vertragsstaaten in Fällen von Doppelsässigkeit verständigen (Art. 4 Abs. 3).

Eine Bauausführung oder Montage sowie die in diesem Zusammenhang erbrachte Überwachungstätigkeit begründen eine Betriebsstätte, wenn ihre Dauer 6 Monate überschreitet (Art. 5). Ebenso begründet eine Betriebsstätte, wer während mehr als 183 Tagen innerhalb einer Periode von 12 Monaten Dienstleistungen in einem Vertragsstaat erbringt.

Art. 7 (Unternehmensgewinne) entspricht Art. 7 des OECD-MA. Ziff. 3 des Protokolls präzisiert, dass die Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten den Regeln der OECD folgt und Ziff. 4 definiert, was unter «geschäftsmässig begründeten Aufwendungen» zu verstehen ist.

Für Dividenden sieht Art. 10 allgemein eine Quellensteuer von 15 % vor. Die Vertragsstaaten gewähren im gleichen Umfang eine pauschale Steueranrechnung. Für Zinsen sieht Art. 11 grundsätzlich eine Quellensteuer von 15 % vor. Zinsen aus Bank- und Versicherungsdarlehen, Obligationen sowie aus dem Verkauf von Maschinen und Ausrüstungen dürfen mit einer Quellensteuer von 5 % belastet werden. Zudem ist eine automatische Meistbegünstigung für den Fall vereinbart worden, dass Chile mit anderen OECD-Mitgliedstaaten tiefere Quellensteuern auf Zinsen vereinbart. Lizenzgebühren unterliegen nach Art. 12 einer Quellensteuer von 10 %, für Leasing-

gebühren ist eine Quellensteuer von 5 % vorgesehen. Auch hier ist eine automatische Meistbegünstigungsklausel vereinbart worden für den Fall, dass Chile mit anderen OECD-Mitgliedstaaten tiefere Quellensteuern für Lizenzgebühren vereinbart. Art. 13 sieht, unter bestimmten Voraussetzungen, ein Quellensteuerrecht für Kapitalgewinne aus dem Verkauf von Beteiligungen an im anderen Vertragsstaat ansässigen Kapitalgesellschaften in Höhe von maximal 17 % vor.

Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit sind im Ausübungsstaat steuerbar, sofern die Tätigkeit während mehr als 183 Tagen innerhalb einer Periode von 12 Monaten dort erbracht wird (Art. 14).

Art. 18 sieht ein Besteuerungsrecht des anderen Vertragsstaates für Pensionen aus privater und öffentlich-rechtlicher Quelle in Höhe von 15 % vor.

In Art. 25 wurde eine Amtshilfeklausel vereinbart, die den Informationsaustausch zur richtigen Durchführung des Abkommens sowie zur Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts in Fällen von Steuerbetrug bezweckt. Für den Fall, dass Chile Mitgliedstaat der OECD wird, gewährt die Schweiz ebenso Amtshilfe für Holdinggesellschaften.

Art. 27 beinhaltet u. a. eine Bestimmung, die sog. Durchlaufgesellschaften die Abkommensvorteile versagt, sofern sie hauptsächlich aus Gründen der Erlangung dieser Vorteile gegründet wurden (analog der unter Grossbritannien beschriebenen «Durchlaufregelung»).

#### 3.2 Grossbritannien

Am 26.6.2007 ist in London das Protokoll zur Änderung des DBA zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland vom 8.12.1977 unterzeichnet worden.

Das Revisionsprotokoll sieht neu eine «Durchlaufregelung» vor. Dabei geht es darum, die Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen auszuschliessen, wenn eine in einem Vertragsstaat ansässige Person (zumeist eine Gesellschaft) zwischengeschaltet wird, damit eine andere Person in einem Drittstaat in den Genuss steuerlicher Entlastungen auf der Grundlage des Abkommens gelangen kann, auf die sie ohne diese Konstruktion kein Anrecht hätte. Die Abkommensvorteile werden dann verweigert, wenn der Hauptzweck der gewählten geschäftlichen Ausgestaltung die Erlangung der Abkommensvorteile darstellt.

Für Beteiligungsverhältnisse von mind. 10 % sieht das Protokoll ein ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats der die Dividende empfangenden Gesellschaft vor.

26 ASA 70 (2001/02), 575 ff.

Eine neue Bestimmung sieht vor, in Fällen von Steuerbetrug und ähnlichen Delikten Amtshilfe zur richtigen Durchführung des innerstaatlichen Rechts der Vertragsstaaten zu gewähren. Ebenso wurde eine Amtshilfe für Holdinggesellschaften vereinbart.

Das Revisionsprotokoll sieht für in Rentenform ausbezahlte Ruhegehälter und ähnliche Vergütungen ein ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates der die Renten beziehenden Person vor. Neu wird für Kapitalauszahlungen von Vorsorgeeinrichtungen das ausschliessliche Besteuerungsrecht im Quellenstaat vorgeschrieben.

Ebenso wird explizit festgehalten, dass vorübergehend entsandte Arbeitnehmer der Sozialversicherung des Staates unterstellt bleiben, aus dem sie entsandt worden sind.

Das Revisionsprotokoll wird in der Folge den Eidgenössischen Räten zur Genehmigung unterbreitet.

### 3.3 Südafrika

Am 11.5.2007 wurde in Südafrika das revidierte DBA zwischen der Schweiz und Südafrika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Einkommenssteuer unterzeichnet.

Das revidierte Abkommen folgt weitgehend sowohl formell als auch materiell dem Musterabkommen der OECD. Unter das Abkommen fällt auch eine in Südafrika erhobene Zusatzsteuer für Gesellschaften im Umfang von 12,5 % (secondary tax on companies). Personengesellschaften gelten nicht als ansässig im Sinne des Abkommens und sind deshalb nicht abkommensberechtigt.

Bauausführungen und Montagen sowie die in diesem Zusammenhang erbrachten Überwachungstätigkeiten begründen eine Betriebsstätte, sofern deren Dauer 12 Monate übersteigt.

Art. 7 (Unternehmensgewinne) entspricht neu integral der in Art. 7 des OECD-MA enthaltenen Bestimmung.

Das Recht des Quellenstaates zur Besteuerung von Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen (ab 20 %) konnte auf 5 % reduziert werden (vorher 7,5 %). In allen übrigen Fällen beträgt der Sockelsatz 15 %. Für Zinsen ist ein Besteuerungsrecht des Quellenstaates in Höhe von 5 % vorgesehen. Südafrika erhebt jedoch zurzeit keine Quellensteuer auf ins Ausland gezahlte Zinsen. Für Lizenzgebühren konnte der Grundsatz der ausschliesslichen Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des Empfängers beibehalten werden. Leasingzahlungen fallen nicht unter den Begriff der Lizenzgebühren.

Gewinne aus der Veräusserung von Anteilen an Immobiliengesellschaften werden dem Belegenheitsstaat zugewiesen.

Einkünfte aus einer in einem Staat erbrachten selbständigen Tätigkeit können in diesem Staat besteuert werden, sofern sich der Erbringer während eines Steuerjahres mindestens 183 Tage dort aufhält.

Art. 24 sieht neben dem Verständigungsverfahren neu die Möglichkeit der Anrufung eines Schiedsgerichts vor, wenn innerhalb von drei Jahren nach Einleitung eines Verständigungsverfahrens die zuständigen Behörden keine Einigung erzielt haben. Eine Amtshilfeklausel sieht einen Informationsaustausch zur Durchführung des internen Rechts der Vertragsstaaten in Fällen von Steuerbetrug vor.

Das revidierte Abkommen wird in der Folge den Eidgenössischen Räten zur Genehmigung unterbreitet.



---

Impressum (Fortsetzung)

**IFF Beirat Steuerrecht**

Prof. Dr. Peter Athanas  
Dr. Ruedi Baumann  
Dr. Ivo P. Baumgartner  
Prof. Dr. Ulrich Cavelti  
Yvon de Coulon, avocat  
Dr. Marco Duss  
Lic. iur. Urs Hartmann  
Prof. Dr. Pascal Hinny  
Dr. Walter Jakob  
Dr. Heinz Keller  
Dr. Urs Landolf  
Alfred Meier, Fürsprecher  
Dr. Thomas Meister  
Prof. Dr. Xavier Oberson  
Prof. Dr. Markus Reich  
Dr. Alfred Storck  
Prof. Dr. Klaus A. Vallender  
Prof. Dr. Robert Waldburger  
Lic. iur. Rainer Zigerlig

---

## Abonnement

Ausfüllen und senden/faxen an:

**IFF Institut für Finanzwissenschaft und Finanzrecht**  
Universität St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen

Fax +41 (0)71 224 26 70

Ich abonniere/wir abonnieren das IFF Forum für Steuerrecht zum Preis von CHF 396 pro Jahr, beginnend mit:

- Ausgabe 2001/1       Ausgabe 2003/1       Ausgabe 2005/1       Ausgabe 2007/1  
 Ausgabe 2002/1       Ausgabe 2004/1       Ausgabe 2006/1

In diesem Preis sind der Jahresordner und die Mehrwertsteuer enthalten; Versandkosten werden mit dem effektiven Betrag in Rechnung gestellt.

Anzahl Abonnements:

---

Name/Firma:

---

Adresse:

PLZ, Ort:

---

Tel.:

Fax:

---

E-Mail:

---

Datum:

Unterschrift:

---

