
Steuerneutraler Anteilstausch im neuen Umstrukturierungs- steuerrecht

*Ich danke Peter Reinartz,
Rechtsanwalt & dipl. Steuerexperte,
Bär & Karrer, für die Durchsicht des
Manuskripts.*

1 Einleitung

1.1 Gegenstand

Im vorliegenden Aufsatz werden die Standardvorgänge der *neuen Umstrukturierungsbestimmungen des Einkommens- und Gewinnsteuerrechts* in der Fassung des FusG, mit denen ein Anteilstausch sowohl im Geschäftsvermögen natürlicher als auch juristischer Personen steuerneutral strukturiert werden kann, diskutiert. Diese Standardvorgänge sind im Unterschied zur Steuerermässigung (sog. Beteiligungsabzug) und zu den neuen (nicht rechtsformneutralen) Konzernprivilegien nicht nur auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft anwendbar¹. Im anschliessenden zweiten Teil wird zunächst die *dogmatische Konzeption* des neuen Umstrukturierungssteuerrechts offen gelegt, um anschliessend im dritten Teil den Versuch zu unternehmen, auf verschiedene Fragen, die sich in der *Praxis* immer wieder stellen, Antworten abzuleiten.



Marcel R. Jung
Dr. iur. et lic. oec.,
Rechtsanwalt,
dipl. Steuerexperte,
Bär & Karrer, Zürich
(derzeit University of London)

1.2 Gesetzliche Regelung der Quasifusion

Im Geltungsbereich des alten Rechts in der Fassung vor dem Inkrafttreten des FusG wurde die Steuerneutralität der Quasifusion durch Auslegung des gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriffs ermittelt². Die fehlende gesetzliche Regelung hatte zu einer unstetigen Rechtspraxis und einer Rechtsunsicherheit vor allem im grenzüberschreitenden Verhältnis geführt³. Die neuen Umstrukturierungsbestimmungen weisen nun ausdrücklich auf die Steuerneutralität der Quasifusion im Geschäftsvermögen hin⁴. Nach der Botschaft zum FusG können «Beteiligungsrechte an einer in- oder ausländischen Gesellschaft im Zuge... eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses gegen Beteiligungsrechte an einer *ausländischen* Gesellschaft ausgetauscht werden»⁵. Diesen Hinweis macht die Botschaft allerdings nur als Erläuterung zu Art. 19 Abs. 1 Bst. c E-DBG und somit für die Besteuerungsebene der natürlichen Person. Es können daher Zweifel bestehen, ob die grenzüberschreitende Quasifusion – wie nach der damaligen Ansicht von DIETER METZGER (1992) und Finanzminister STICH (1995) – nach wie vor zu einer Realisation auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft führt⁶. Die Erläuterungen zu Art. 61 Abs. 1 Bst. c E-DBG weisen darauf hin, dass sich diese Bestimmung an Art. 19 Abs. 1 Bst. c E-DBG anlehnt, weshalb die grenzüberschreitende Quasifusion nunmehr zweifelsfrei auch auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft steuerneutral ist⁷.

Die EStV hat am 1. Juni 2004 das KS Nr. 5 betreffend Umstrukturierungen publiziert und darin insbesondere auch die neue Bundesverwaltungspraxis zur Steuerneutralität der Quasifusion dargelegt. Die Botschaft zum FusG verweist für die Auslegung des gesetzlichen Begriffs «fusionsähnlicher Zusammenschluss» auf die *steuerrechtliche Fusions-Richtlinie* des europäischen Unternehmenssteuerrechts⁸, weshalb im vorliegenden Aufsatz neben der Bundesverwaltungspraxis auch die europarechtliche Per-

¹ Auf die Steuerermässigung in Art. 70 Abs. 4 DBG bzw. Art. 28 Abs. 1bis StHG, die konzernsteuerrechtliche Sonderbestimmung (Übergangsrecht) in Art. 207a Abs. 3 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3bis StHG sowie die neuen Konzernprivilegien in Art. 61 Abs. 3 n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 3quater n.F. StHG und die neue Ersatzbeschaffung in Art. 64 Abs. 1bis n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 4bis n.F. StHG sowie die Konkurrenzen wird hier nicht eingegangen. Die neuen Konzernprivilegien hätten m.E. unter einem neuen Titel «Konzern» geregelt werden sollen, da das Konzernsteuerrecht auf einer *anderen* dogmatischen Grundlage (Konzept der wirtschaftlichen Unternehmens-einheit) basiert. S. dazu Fn. 57 und Fn. 83.

² KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. a.

³ s. dazu m.w.H. JUNG, Steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen im harmonisierten Steuerrecht, 2004, S. 322 ff.

⁴ Art. 19 Abs. 1 Bst. c n.F. DBG und Art. 61 Abs. 1 Bst. c n.F. DBG bzw. Art. 8 Abs. 3 Bst. c n.F. StHG und Art. 24 Abs. 3 Bst. c n.F. StHG. Im Privatvermögen natürlicher Personen sind für die Steuerneutralität Art. 16 Abs. 1 DBG bzw. Art. 7 Abs. 1 StHG und Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. Art. 7 Abs. 4 Bst. b StHG massgebend. S. die Hindernisse in Ziff. 3.2.5 und Ziff. 3.3.5.

⁵ *Botschaft FusG* (2000) Ziff. 2.2.7.

⁶ METZGER ST (1992) S. 283; Finanzminister STICH Amt. Bull. SR 26.1.1995 S. 78.

⁷ KS Nr. 5 (2004) Ziff. 3.3.2, Ziff. 4.6.2.8.

⁸ ABl. L 225 20.8.1990 S. 1, geändert durch: ABl. C 241 29.8.1994 S. 21, ABl. L 1 1.1.1995 S. 1, ABl. L 236 23.9.2003 S. 33, ABl. L 58 4.3.2005 S. 19.

⁹ *Botschaft FusG* (2000) Ziff. 2.2.7.

¹⁰ EU-Rat 6141/05 (Presse 21); Doc. 16276/7/2004 und 6000/05.

Inhaltsübersicht

1 Einleitung

- 1.1 Gegenstand
- 1.2 Gesetzliche Regelung der Quasifusion
- 1.3 Inversion-Transactions

2 Dogmatische Konzeption des neuen Umstrukturierungssteuerrechts

- 2.1 Konzept des zweistufigen Realisationsbegriffs
- 2.2 Konzept der Fortsetzung der Investition
- 2.3 Gesetzlicher allgemeiner Umstrukturierungsbegriff
- 2.4 Gesetzliche Entstrickungsklausel
- 2.5 Steuerliche Ergänzungsrechnung

3 Steuerneutrale Standardvorgänge des Anteilstausches

- 3.1 Allgemeines
- 3.2 Anteilstausch bei Unternehmensgründung
 - 3.2.1 Allgemeines
 - 3.2.2 Allgemeine Erfordernisse der Steuerneutralität
 - 3.2.3 Besondere Erfordernisse der Steuerneutralität
 - 3.2.4 Flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung
 - 3.2.5 Hindernisse für die Steuerneutralität
- 3.3 Anteilstausch bei Quasifusion
 - 3.3.1 Allgemeines
 - 3.3.2 Allgemeine Erfordernisse der Steuerneutralität
 - 3.3.3 Besondere Erfordernisse der Steuerneutralität
 - 3.3.4 Flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung
 - 3.3.5 Hindernisse für die Steuerneutralität

4 Ergebnisse

spektive berücksichtigt wird⁹. Brüssel befasste sich vor kurzem mit der steuerrechtlichen Fusions-Richtlinie. Am 17. Februar 2005 hat der EU-Rat eine Änderungsrichtlinie angenommen und dabei die Einigung, die er auf seiner Tagung vom 7. Februar 2005 erzielt hatte, bestätigt¹⁰. Diese Einigung übernahm insbesondere betreffend «Austausch von Anteilen» (Quasifusion) nicht alle Regeln des ursprünglichen

Richtlinienvorschlags der EU-Kommission vom 17. Oktober 2003¹¹ und präzierte ausserdem mit einer neuen Bestimmung die Definition des Austausches von Anteilen¹².

1.3 Inversion-Transactions

Auch die Entwicklungen in den USA werfen interessante Fragen zur Steuerneutralität des grenzüberschreitenden Anteilstausches auf. In den neunziger Jahren haben die Zahl und die Grösse von grenzüberschreitenden Inversion-Transactions (sog. Flip-Transactions) stark zugenommen, insbesondere um dem «langen Arm» von Subpart F (CFC legislation) zu entkommen¹³. Mit einer grenzüberschreitenden Inversion-Transaction übertragen die Gesellschafter einer inländischen Gesellschaft ihre Anteile auf eine ausländische Holdinggesellschaft und zwar im Austausch gegen Anteile an der ausländischen Holdinggesellschaft, sodass die inländische Gesellschaft eine Tochtergesellschaft der ausländischen Holdinggesellschaft wird («the parent flips itself over to become a subsidiary»). Eine solche Transaktion wird als *reine Inversion* («pure inversion») bezeichnet. Steuerlich motivierte Inversions verwenden als erwerbende Holdinggesellschaft ein Off-shore-Vehikel («Nutshell»). Eine Inversion-Transaction kann auch mit einer M & A-Transaktion im Zusammenhang stehen, zum Beispiel dann, wenn eine ausländische Publikumsgesellschaft den Gesellschaftern einer inländischen Publikumsgesellschaft ein öffentliches Umtauschangebot unterbreitet, sodass von einer *beschränkten Inversion* («limited inversion») gesprochen werden kann. Im Jahre 1996 erliess das Treasury Department die Final Regulations zu IRC § 367(a) (sog. Inversion Regulations)¹⁴. Seither wird insbesondere mit einem Substantiality-Test die Steuerneutralität einer grenzüberschreitenden Beteiligungs-Übertragung versagt, wenn im Zeitpunkt des Vorgangs der Un-

ternehmenswert der ausländischen Gesellschaft nicht mindestens gleich gross ist wie derjenige der erworbenen US-Gesellschaft¹⁵.

2 Dogmatische Konzeption des neuen Umstrukturierungssteuerrechts

2.1 Konzept des zweistufigen Realisationsbegriffs

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung knüpft das Einkommens- und Gewinnsteuerrecht die Steuerneutralität einer Unternehmens-Umstrukturierung *im Ergebnis* nicht an die zivilrechtliche Handlungsvariante an¹⁶. Die Prüfung der Realisationsfrage erfolgt nach dem sog. Zweistufenmodell: (i) Konzept des Realisationsereignisses: entgeltliches Veräusserungsgeschäft und (ii) Konzept der Fortsetzung der Investition: wirtschaftliche Beendigung der Investition. Dieses zweistufige Vorgehen ist eine Konsequenz der Anknüpfung des gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriffs an das Bundeszivilrecht¹⁷, das mit dem FusG noch mehr an Bedeutung gewonnen hat. Auf der ersten Stufe gilt das zivilrechtliche Kontinuitätsprinzip¹⁸. Die mitgliedschafts- und vermögensrechtliche Kontinuität der besonderen Rechtsinstitute zur Strukturanpassung des FusG (Fusion, Spaltung und Umwandlung) verneint auf der Gesellschafter- und Gesellschaftsebene die *Entgeltlichkeit* des Vorgangs und somit die echte Realisation¹⁹. Der dogmatische Unterschied zwischen dem Prinzip der vermögensrechtlichen Kontinuität und dem Prinzip der Universalsukzession wurde bis in die jüngste Zeit in der Doktrin nicht hinreichend zur Kenntnis genommen, weshalb die beiden Prinzipien nicht klar auseinander gehalten werden²⁰. Die vermögensrechtliche Kontinuität betrifft auf der Gesellschaftsebene die Neuzuteilung von Vermögensrechten an eine bestehende Rechtslage²¹. Die Universal-

sukzession bewirkt hingegen den Übergang der Aktiven und Passiven auf einen anderen Rechtsträger *uno actu*. Die Umwandlung ist in der Regel ein blosser Rechtsformwechsel, sodass es im Unterschied zur Fusion und Spaltung zu keiner Auflösung der Gesellschaft und somit zu keiner Übertragung von Rechtsverhältnissen kommt, weshalb die beiden Prinzipien der Auflösung ohne Liquidation und der Universalsukzession entfallen.

Das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip setzt

als *drittes Erfordernis* der echten Realisation – neben der Entgeltlichkeit und der Veräusserung – eine wirtschaftliche Beendigung der Investition voraus²². Mit anderen Worten verneinen das zivilrechtliche und das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip auf der *Ebene des objektiven Tatbestandes* die echte Realisation («gain or loss is not realized»). Im Umstrukturierungssteuerrecht sind mit dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip die *allgemeinen Erfordernisse der Steuerneutralität* abzuleiten²³. Die zweite

¹¹ KOM (2003) 613 endg.

¹² Richtlinie 2005/19/EG vom 17.2.2005, ABL L 58 4.3.2005 S. 19.

¹³ AVI-YONAH Tax Notes (2002) S. 1793.

¹⁴ TD 8702, 1997-1 CB 92.

¹⁵ Treas. Reg. § 1.367(a)-3(c)(3)(iii)(A).

¹⁶ BGer 12.4.1946, ASA (1946/47) S. 38–42, Erw. 1; BGer 20.6.1969, ASA (1969/70) S. 497–510; BGer 3.7.1970, ASA (1971/72) S. 113–118, Erw. 2; BGer 14.5.1976, ASA (1976/77) S. 254–259, Erw. 3.a).

¹⁷ BGer 20.6.1969, ASA (1969/70) S. 497–510; BGer 3.7.1970, ASA (1971/72) S. 113–118, Erw. 2; BGer 9.11.2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 66, Erw. 5.a); KÄNZIG StR (1973) S. 504; a.M. REICH in: REICH / DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 1996, S. 39 Fn. 92.

¹⁸ HÖHN / WALDBURGER begründen die Steuerneutralität einer Fusion im Privatvermögen eines Gesellschafters durch Auslegung des *Vermögensertragsbegriffs im Privatvermögen* in Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG mit dem Prinzip der mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität nach Art. 748 a.F. OR. HÖHN / WALDBURGER, Steuerrecht II, 2002, § 48 Rz. 226. s. die Hindernisse in Ziff. 3.2.5 und Ziff. 3.3.5.

¹⁹ BGer 9.11.2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 66, Erw. 5.a); BÖCKLI ASA (1998/99) S. 30. Der umstrittene Entscheid des BGer vom 22.12.1982, ASA (1983/84) S. 374–382, ist m.E. heute betreffend Entgeltlichkeit überholt.

²⁰ REICH vertritt die Ansicht, dass bei der Fusion und Spaltung nach dem FusG ein «entgeltlicher» Subjektwechsel vorliegt. REICH ZSR (2004) S. 111. Auch LOCHER / AMONN sprechen bei der Spaltung von «Entgelt». LOCHER / AMONN ASA 71 (2002/03) S. 764. S. dazu Fn. 56.

²¹ *Botschaft FusG* (2000) Übersicht.

²² Das steuerrechtliche Identitätsprinzip, das in der Praxis bedeutungslos ist, kann die wirtschaftliche und damit steuerrechtliche Veräusserung ausnahmsweise nur dann verneinen, wenn sich die beiden getauschten Wirtschaftsgüter rechtlich nicht unterscheiden (d.h. identische *Rechtsansprüche*), so zum Beispiel der Tausch der CS Group-Namenaktie Nr. 66 gegen die CS Group-Namenaktie Nr. 4. a.M. HÖHN / WALDBURGER, Steuerrecht I, 2001, § 18 Rz. 44; REICH, Die steuerneutrale Reservenübertragung bei Unternehmensumstrukturierungen, in: REICH / ZWEIFEL, Das schweizerische Steuerrecht, 1989, S. 384. Der Supreme Court lehnte hingegen im US-Bundessteuerrecht im Fall *Cottage Savings Association v. Commissioner* am 17.4.1991 das Argument der wirtschaftlichen Identität ab. 499 U.S. 554(1991). Mit der Anfügung von § 6 Abs. 6 Satz 1 ESTG durch das StEntlG 1999/2000/2002 vom 24.3.1999, BStBl I 1999 S. 304, wurde das Tauschgutachten des BFH vom 16.12.1958, BStBl 1959 III S. 30, im deutschen Steuerrecht abgeschafft (sog. Nämlichkeit, d.h. Wert-, Art- und Funktionsgleichheit der getauschten Anteile).

²³ Aus diesem Grunde erscheint die Gliederung der Kommentierung der steuerneutralen Unternehmensumstrukturierungen nach den *zivilrechtlichen* Rechtsinstituten des FusG als untauglich. Zum einen ergibt sich die Steuerneutralität der Fusion, Spaltung und Umwandlung des FusG bereits aus dem zivilrechtlichen Kontinuitätsprinzip. Zum anderen hat die Vermögensübertragung des FusG keinen steuerrechtlichen Zwillingbegriff, sondern ist eine zivilrechtliche Handlungsvariante, mit der verschiedene steuerneutrale Standardvorgänge, aber auch steuerbare Vorgänge strukturiert werden können.

Stufe ist somit Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes. Erst wenn die zweite Stufe überschritten ist und demzufolge alle drei Erfordernisse erfüllt sind, liegt eine sog. echte Realisation vor.

2.2 Konzept der Fortsetzung der Investition

Nach den *steuerrechtlichen* Leitlinien zum FusG sind steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen von steuerbaren Veräußerungsgeschäften klar abzugrenzen²⁴. Die Steuerneutralität von Unternehmens-Umstrukturierungen ist somit *aus dem Blickwinkel des Investors* nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des *Gesamtsachverhalts* auszulegen. Das helvetische «Reservendenken» hat hier im Rahmen der Auslegung der gesetzlichen Umstrukturierungsbestimmungen bzw. des gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriffs keine Bedeutung. Die Reservenproblematik ist vielmehr ein Hindernis für die Steuerneutralität, die aufgrund *anderer gesetzlicher Bestimmungen* in Erscheinung treten kann, namentlich aufgrund des Vermögensertragsbegriffs (Nennwertprinzip!) im Einkommens- und Verrechnungssteuerrecht²⁵.

PETER BÖCKLI (1998) – Mitglied der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen – hat den dogmatischen Ansatz weiterentwickelt und als Konzept der Fortsetzung der Investition (Prinzip der Kontinuität) bezeichnet²⁶. Auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Recht geht immer wieder hervor, dass bei steuerneutralen Unternehmens-Umstrukturierungen auf der Gesellschafter- und der Gesellschaftsebene «Kontinuität» besteht²⁷, d.h., es wird wirtschaftlich und damit steuerrechtlich weder etwas «ausgetauscht» noch «entnommen»²⁸. Die Kontinuität kann sich nach dem Konzept des zweistufigen Realisationsbegriffs aus dem zivilrechtlichen oder dem

steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip ergeben und muss nur *unmittelbar im Zeitpunkt des Vorgangs* bestehen²⁹. Das steuerrechtliche Realisationsprinzip enthält das zeitliche Element des Realisationsbegriffs. Danach grenzt das steuerrechtliche Realisationsereignis (entgeltliches Veräußerungsgeschäft) das wirtschaftliche vom steuerbaren Einkommen ab. Das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip enthält hingegen – genauso wie das zivilrechtliche Kontinuitätsprinzip – *kein zeitliches Element* (!)³⁰. Die Veräußerungssperrfristen in den neuen Umstrukturierungsbestimmungen haben mit dem steuerrechtlichen Realisationsbegriff und mit dem Umstrukturierungssteuerrecht nichts zu tun und wurden daher an der falschen Gesetzesstelle normiert. Es geht bei diesen Sperrfristen vielmehr um *flankierende Massnahmen für andere gesetzliche Bestimmungen* im Zusammenhang mit *Einbringungsvorgängen*, namentlich für die Steuerfreiheit von privaten Beteiligungsgewinnen und für die Steuerermässigung³¹. Die vertikale Spaltung einer Kapitalgesellschaft stellt im Unterschied zur horizontalen Spaltung keinen Einbringungsvorgang dar, da sie zu keiner Verlängerung der Beteiligungskette führt³². Die im Gesetzesentwurf der Botschaft zum FusG noch vorgesehene Sperrfrist für die vertikale Spaltung einer Kapitalgesellschaft ging auf das Erfordernis der fehlenden «wirtschaftlich freien Verfügbarkeit des Entgelts» (zeitlicher Beurteilungshorizont des Realisationsbegriffs) der Ersatzbeschaffungstheorie von ERNST KÄNZIG zurück³³. Der Gesetzgeber hat die Rechtspraxis von diesem sachwidrigen «Zwangserfordernis» befreit³⁴.

2.3 Gesetzlicher allgemeiner Umstrukturierungsbegriff

Die gesetzlichen Begriffe der neuen Umstrukturierungsbestimmungen «Fusion», «Spaltung» und «Umwandlung» sind in einem zivilrechtli-

chen Sinne auszulegen und erfassen daher nur die Annexions- und Kombinationsfusion, die vertikale Auf- und Abspaltung und die rechtsformändernde Umwandlung im Sinne des FusG³⁵. Diese zivilrechtlichen Zwillingbegriffe sind insoweit von dogmatischer Bedeutung, als dass sich die Steuerneutralität dieser Vorgänge bereits aus dem zivilrechtlichen Kontinuitätsprinzip ergeben kann. Die Botschaft zum FusG ist m.E. so zu verstehen, dass Vorgänge, die nicht mit einem besonderen zivilrechtlichen Rechtsinstitut zur Strukturanpassung (Fusion, Spaltung und Umwandlung) gestaltet werden, sondern zum Beispiel mit dem neuen Rechtsinstitut der Vermögensübertragung, dann unter den

gesetzlichen allgemeinen Umstrukturierungsbegriff im Ingress fallen, wenn sie nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise einer zivilrechtlichen Fusion, Spaltung oder Umwandlung gleichkommen³⁶. Dieser Auffangtatbestand erfasst auch die steuerrechtlichen Umstrukturierungsbegriffe «horizontale Spaltung» und «übertragende Umwandlung», die keine zivilrechtlichen Zwillingbegriffe haben³⁷.

2.4 Gesetzliche Entstrickungsklausel

Die Umstrukturierungsbestimmungen enthalten im Ingress die gesetzliche Entstrickungsklausel «soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fort-

²⁴ *Arbeitsgruppe «Steuern bei Umstrukturierungen»* (1997) Ziff. 2.1; Botschaft FusG (2000) Ziff. 1.3.9.3.

²⁵ s. die Hindernisse in Ziff. 3.2.5 und Ziff. 3.3.5.

²⁶ BÖCKLI ASA (1998/99) S. 1–36; s. zur Entstehung der Continuity-of-Interest doctrine im U.S.-Bundessteuerrecht *Weiss v. Stearn*, 265 U.S. 242 (1924); *Shores Va. Tax Rev.* (1998) S. 419–466; m.w.H. JUNG, a.a.O., S. 358 ff.

²⁷ BGer vom 12.4.1946, ASA (1946/47) S. 38–42, Erw. 1; BGer vom 20.6.1969, ASA (1969/70) S. 497–510; BGer vom 3.7.1970, ASA (1971/72) S. 113–118, Erw. 2; BGer vom 14.5.1976, ASA (1976/77) S. 254–259, Erw. 3.a); BGer vom 9.11.2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 66, Erw. 5.a).

²⁸ a.M. REICH, a.a.O., 1989, S. 379–403.

²⁹ a.M. REICH, der auch im neuen Recht einen sog. «zeitlichen Beurteilungshorizont» des Realisationsbegriffs postuliert, obschon die im Gesetzesentwurf der Botschaft zum FusG vorgesehene Sperrfrist für die vertikale Spaltung einer Kapitalgesellschaft vom Ständerat am 21.3.2001 gestrichen wurde. REICH, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, 1983, S. 243; REICH ZSR (2004) S. 113; Amt. Bull. SR Frühjahrssession 2001 21.3.2001 S. 142–168; s. dazu den heute betreffend Sperrfrist überholten Entscheid des BGer zur Emissionsabgabe vom 22.10.1992, ASA (1992/93) S. 825–833, Erw. 5.b), mit dem Argument des «zeitlichen Beurteilungshorizonts» von REICH.

³⁰ SHORES Va. Tax Rev. (1998) S. 430, S. 465.

³¹ s. die Kritik von JUNG, a.a.O., S. 174 ff., S. 193 ff. Der deutsche Gesetzgeber hat Einbringungsklauseln als flankierende Massnahmen für das Halbeinkünfte-

verfahren und für das Schachtelprivileg nicht in den §§ 20 ff. UmwStG (steuerneutrale Einbringungsvorgänge), sondern sachgerecht in § 3 Nr. 40 EStG und § 8b Abs. 4 KStG normiert. S. die flankierenden Massnahmen in Ziff. 3.2.4 und Ziff. 3.3.4.

³² s. zur horizontalen Spaltung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft Fn. 100

³³ KÄNZIG SAG (1958/59) S. 91; KÄNZIG ASA (1972/73) S. 91; KÄNZIG, Die Eidg. Wehrsteuer, I. Teil, 2. A., 1982, Art. 21 Abs. 1 Bst. d Rz. 166; REICH, a.a.O., 1983, S. 243; BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften national und grenzüberschreitend, 1996, S. 183. S. die Kritik von HÖHN / WALDBURGER, a.a.O., 2002, § 48 Rz. 330. BEHNISCH hält nunmehr die Streichung der im Gesetzesentwurf der Botschaft zum FusG vorgesehenen Veräusserungssperrfrist für die vertikale Spaltung einer Kapitalgesellschaft für sachlich richtig. BEHNISCH ASA (2002/03) S. 720.

³⁴ s. dazu Fn. 29.

³⁵ s. dazu Art. 3 FusG, Art. 29 FusG und Art. 53 FusG sowie Art. 2 Bst. a, Bst. b und Bst. ba n.F. Fusions-Richtlinie.

³⁶ *Botschaft FusG* (2000) Ziff. 1.3.9.4.

³⁷ s. zur horizontalen Spaltung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft Fn. 57.

besteht». Es ist von eminenter Bedeutung, das Erfordernis des Fortbestandes der Steuerpflicht in der Schweiz nicht einfach den allgemeinen Erfordernissen zuzuordnen. Der Unterschied zwischen den allgemeinen Erfordernissen zum einen und den besonderen Erfordernissen und den flankierenden Massnahmen für andere gesetzliche Bestimmungen zum anderen liegt in der gesetzlichen Grundlage. Die allgemeinen Erfordernisse der Steuerneutralität lassen sich als Wesensmerkmale der steuerneutralen Standardvorgänge mit dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip direkt aus dem *gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriff* ableiten. Das Erfordernis des Fortbestandes der Steuerpflicht in der Schweiz ist hingegen ein *gesetzlicher* Entstrickungstatbestand. Das zivilrechtliche und das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip verneinen die echte Realisation und können daher ein Entstrickungsereignis und somit die gesetzliche Entstrickungsklausel auslösen³⁸. Die gesetzliche Entstrickungsklausel ist insbesondere im grenzüberschreitenden Verhältnis von Bedeutung und wird nachfolgend für das Abkommensrecht mit dem Ansässigkeits- (Gesellschafterebene) und dem Betriebsstättenprinzip (Gesellschaftsebene) konkretisiert³⁹.

2.5 Steuerliche Ergänzungsrechnung

Das steuerrechtliche Massgeblichkeitsprinzip im Geschäftsvermögen kann m.E. insoweit nicht gelten, als dass das Einkommens- und Gewinnsteuerrecht positive und negative Korrekturatbestände vorsieht, d.h., es gilt *kein Verbuchungsprinzip* in der steuerlichen Ergänzungsrechnung⁴⁰. Auf der Ebene des objektiven Tatbestandes werden in den Art. 18–19 und Art. 27–31 DBG und Art. 58–67 DBG bzw. Art. 8 und Art. 10 StHG und Art. 24–26 StHG steuerrechtliche Korrekturbestimmungen *zu Gunsten und zu Ungunsten* der steuerpflichtigen Person vorgesehen, um das steuerbare Reineinkommen bzw.

den steuerbaren Reingewinn in einer *separaten Ergänzungsrechnung* zu ermitteln⁴¹. Die Frage der Steuerneutralität von Unternehmensumstrukturierungen beantwortet sich somit in der steuerlichen Ergänzungsrechnung nur nach dem steuerrechtlichen Realisationsbegriff. In der Rechtspraxis wird jedoch grundsätzlich *nur zu Ungunsten* der steuerpflichtigen Person vom Verbuchungsprinzip abgewichen. Mit dem Verbuchungsprinzip werden im Geschäftsvermögen die steuerrechtlichen Korrekturatbestände *zu Gunsten* der steuerpflichtigen Person «aus den Angeln» gehoben⁴², d.h., die stillen Reserven dürfen bereits in der *handelsrechtlichen* Erfolgsrechnung nicht aufgedeckt werden (sog. faktische Rückwirkung des Steuerrechts auf das Handelsrecht)⁴³. Diese Praxis ist verfassungsmässig fragwürdig.

3 Steuerneutrale Standardvorgänge des Anteilstausches

3.1 Allgemeines

Der Begriff «Anteilstausch» ist kein steuerrechtlicher Begriff. Die Steuerneutralität des Anteilstausches kann sich aus einem steuerneutralen Standardvorgang des Umstrukturierungssteuerrechts oder aus einer anderen gesetzlichen Bestimmung ergeben⁴⁴. Im vorliegenden Aufsatz wird nur das *Umstrukturierungssteuerrecht* berücksichtigt, wobei kurz auf die Ersatzbeschaffung hinzuweisen ist. Die bisherigen Bestimmungen über die steuerneutrale Ersatzbeschaffung sind m.E. nicht auf den Austausch von Anteilen im Zusammenhang mit steuerneutralen Unternehmensumstrukturierungen anwendbar⁴⁵, da die Umstrukturierungsbestimmungen als *leges speciales* gelten⁴⁶. Die neue Bestimmung in Art. 64 Abs. 1bis n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 4bis StHG, die nur auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft gilt, ist dogmatisch verfehlt.

Der Anteilstausch kann im Umstrukturierungssteuerrecht aufgrund des Tatbestandes der *Unternehmensgründung* (sog. verdeckte Kapitaleinlage) oder der *Quasifusion* steuerneutral sein⁴⁷. Beide Tatbestände basieren auf dem Konzept der Fortsetzung der Investition, wobei das *Erfordernis der Kontrolle* auf unterschiedlichen Ebenen vorausgesetzt wird. Beteiligungs-Umstrukturierungen im Konzern erfüllen regelmässig dann beide Tatbestände gleichzeitig (Konkurrenz), wenn eine Tochtergesellschaft auf eine andere Tochtergesellschaft übertragen wird⁴⁸. Im Jahre 1995 vertraten AGNER / JUNG

/ STEINMANN noch die Ansicht, dass die Quasifusion mangels gesetzlicher Regelung in Art. 61 a.F. DBG nur auf der Grundlage der Praxis zur verdeckten Kapitaleinlage steuerneutral sei⁴⁹.

3.2 Anteilstausch bei Unternehmensgründung

3.2.1 Allgemeines

Das Bundesgericht hat im Entscheid der «Schwyzer Fabrikliengeschaft» am 14. Mai 1976 durch Auslegung des gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriffs mit dem Konzept des zweistu-

³⁸ Der Rückgriff auf die Liquidationsfiktion in Art. 58 Abs. 1 Bst. c zweiter Satz DBG ist m.E. nicht erforderlich, da sich die Steuerbarkeit entweder aus dem gesetzlichen Einkommens- und Gewinnbegriff (echte Realisation) oder der gesetzlichen Entstrickungsklausel ableiten lässt. a.M. DUSS in: REICH / DUSS, a.a.O., 1996, S. 565; HINNY FStR (2001) S. 183; REICH ZSR (2004) S. 129.

³⁹ s. dazu die Verteilungsnormen in Art. 13 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 1 OECD-MA. Auf der Gesellschafterebene genügt auch eine beschränkte Steuerpflicht (Betriebsstättenprinzip).

⁴⁰ GURTNER ASA (2000/01) S. 91; SPORI ASA (2000/01) S. 115; s. dazu auch SIMONEK FStR (2002) S. 10; a.M. m.w.H. LOCHER, Kommentar zum DBG, II. Teil, 2004, Art. 58 Rz. 75.4.6.2.2; s. dazu nachstehend Ziff. 3.2.4 und Ziff. 3.3.4.

⁴¹ In der steuerlichen Ergänzungsrechnung gibt es keine handelsrechtlichen «Buchwerte», sondern steuerliche Werte, wobei zwischen Einkommens- und Gewinnsteuerwerten sowie Gestehungskosten zu unterscheiden ist.

⁴² a.M. LOCHER, a.a.O., 2004, Art. 58 Rz. 76 ff., wonach die steuerrechtlichen Korrekturbestimmungen offenbar nur aus «Aufrechnungen» nach Art. 58 Abs. 1 Bst. a bis Bst. c DBG zu Ungunsten des Steuersubjektes bestehen.

⁴³ BEHNISCH in: VON BÜREN, Aktienrecht 1992–1997, 1998, S. 25; BENZ, Handelsrechtliche und steuer-

rechtliche Grundsätze ordnungsmässiger Bilanzierung, 2000, S. 199. Es gibt im schweizerischen Recht keinen sog. Grundsatz der umgekehrten Massgeblichkeit, wonach steuerliche Werte auch für das Handelsrecht *rechtlich* massgebend sind. S. dazu Art. 34 Abs. 1 VE-RRG. Ungerechtfertigt ist m.E. die Kritik an BENZ von LOCHER, a.a.O., 2004, Art. 58 Rz. 73.

⁴⁴ s. zu den anderen gesetzlichen Bestimmungen Fn. 1.

⁴⁵ a.M. KÄNZIG ASA (1972/73) S. 90 ff.; BEHNISCH, a.a.O., 1996, S. 181; EStV in KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.7.2 betreffend Art. 30 Abs. 1 DBG.

⁴⁶ Aus diesem Grunde fällt im US-Bundessteuerrecht nach IRC § 1031(a)(2)(B) der Austausch von Anteilen an einer Aktiengesellschaft nicht in den Anwendungsbereich der steuerneutralen Ersatzbeschaffung (Like-kind Property).

⁴⁷ In der schweizerischen Doktrin wird die verdeckte Kapitaleinlage von den übrigen steuerneutralen Standardvorgängen des Umstrukturierungssteuerrechts dogmatisch nicht klar abgegrenzt. Im vorliegenden Aufsatz wird daher in Anlehnung an IRC § 351 (Formation) des US-Bundessteuerrechts der Begriff «Unternehmens-Gründung» verwendet.

⁴⁸ Im US-Bundessteuerrecht wird vom sog. IRC § 351 / § 368(A)(1)(B) Overlap gesprochen.

⁴⁹ AGNER / JUNG / STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, 1995, Art. 61 Rz. 10.

figen Realisationsbegriffs die Rechtsfigur der verdeckten Kapitaleinlage entwickelt⁵⁰. Nach der entsprechenden Bundesverwaltungspraxis können *einzelne Wirtschaftsgüter* steuerneutral auf eine bereits bestehende oder neu gegründete Tochtergesellschaft übertragen werden. Das Bundesgesetz über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 vom 10. Oktober 1997 hat nach Ansicht der ESTV auf der *Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft* zu einer wesentlichen Einschränkung der Rechtspraxis geführt⁵¹. Diese Praxisverschärfung ist m.E. eine *flankierende Massnahme* im Zusammenhang mit *Einbringungsvorgängen* für die Ausdehnung der Steuerermässigung auf Beteiligungsgewinnen, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf⁵². Die verdeckte Kapitaleinlage ist im neuen Recht in der Fassung des FusG nach der neuen Bundesverwaltungspraxis ausnahmsweise nur noch im Falle einer Übertragung von «Betrieben oder Teilbetrieben» und «Gegenständen des betrieblichen Anlagevermögens» auf eine inländische Tochtergesellschaft sowie einer »massgeblichen Beteiligung» auf eine in- oder *ausländische* Tochtergesellschaft steuerneutral⁵³.

Im neuen Recht fällt die Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage) unter den gesetzlichen allgemeinen Umstrukturierungsbegriff im Ingress der Umstrukturierungsbestimmungen⁵⁴, wobei nach der Bundesverwaltungspraxis auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft nur die drei erwähnten Sonderfälle steuerneutral sind, und zwar offensichtlich deshalb, weil sich die Steuerneutralität auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft gleichzeitig aus Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG bzw. der Steuerermässigung in Art. 70 Abs. 4 DBG ergeben kann (Konkurrenzen)⁵⁵. Das KS Nr. 9 (1997/98) macht in Ziff. 2.5.3 Bst. c keinen Vorbehalt für die Praxisverschärfung, falls

im Zusammenhang mit der Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft neben der verdeckten Kapitaleinlage gleichzeitig der Tatbestand der Quasifusion nach Ziff. 2.5.3 Bst. a bzw. nunmehr nach Art. 61 Abs. 1 Bst. c n.F. DBG vorliegt. Auf diese Konkurrenz ist nachfolgend in Ziff. 3.3.2 noch genauer einzugehen.

3.2.2 Allgemeine Erfordernisse der Steuerneutralität

Die verdeckte Kapitaleinlage ist als aktienrechtliche Sacheinlage mit Übertragung des Eigentums an den übertragenen Wirtschaftsgütern gegen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft grundsätzlich *entgeltlich*⁵⁶. Die Steuerneutralität eines entgeltlichen Vorgangs kann sich aus dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip des zweistufigen Realisationsbegriffs ergeben, das auf der *Ebene des objektiven Tatbestandes* die wirtschaftliche Beendigung der Investition und somit die echte Realisation verneint. Im Unterschied zur Fusion, Quasifusion, horizontalen und vertikalen Spaltung sowie Umwandlung kennt die Unternehmens-Gründung als *Gesamtvorgang* kein Erfordernis der Gewährung von Anteilen, da die übertragende Person bzw. die übertragenden Personen zusammen unmittelbar nach dem Vorgang die übernehmende Gesellschaft stimmrechtsmässig kontrollieren muss bzw. müssen und somit der Gesamtvorgang insoweit wirtschaftlich und damit steuerrechtlich zu keiner Veräusserung führt. Das Erfordernis der Kontrolle auf der *Ebene der übertragenden Person* ist der fundamentale Unterschied zur Fusion, Quasifusion, horizontalen und vertikalen Spaltung sowie Umwandlung (Unternehmens-Umstrukturierung). Auf der Ebene der übertragenden Person ist jedoch im Geschäftsvermögen m.E. eine Barzahlung höchstens im Umfange der in den übertragenen Wirtschaftsgütern steuerverstrickten stil-

len Reserven als steuerbarer Kapitalgewinn zu qualifizieren («the taxpayer has cashed in»)⁵⁷. Sachgerecht sind daher die Beispiele zur verdeckten Kapitaleinlage in KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. e i.V.m. Bsp. Nr. 5 und Nr. 6 und in KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.2.2.1 i.V.m. Bsp. Nr.

17, die alle von einer Sacheinlage *ins Eigenkapital* (d.h. Nominalkapital und / oder Agio) und somit nicht von einem *Buchwertverkauf* ausgehen. Diese Beispiele gehen von der Übertragung auf eine Tochtergesellschaft aus und fallen somit unter den steuerneutralen Standardvorgang der

⁵⁰ BGer 14.5.1976, ASA (1976/77) S. 254–259; BÖCKLI StR 34 (1979) S. 21–27. a.M. KÄNZIG ASA 45 (1976/77) S. 321–326; BEHNISCH, a.a.O., 1996, S. 195 f. und LOCHER, a.a.O., 2004, Art. 58 Rz. 164, wobei der Vorwurf der «konzernrechtlichen Betrachtungsweise» unzutreffend ist. S. dazu Fn. 83.

⁵¹ KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. c.

⁵² s. dazu die Kritik von HÖHN / WALDBURGER, a.a.O., 2001, § 18 Rz. 71 ff. a.M. EStV in KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. c, KS Nr. 5 (2004) Ziff. 2.2.2, Ziff. 4.6.2.2; s. die flankierenden Massnahmen in Ziff. 3.2.4 und Ziff. 3.3.4.

⁵³ KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. d und Bst. e i.V.m. Bst. c; KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.1.2.1, Ziff. 4.4.2.2.2.

⁵⁴ Die verdeckte Kapitaleinlage ist abzugrenzen von den neuen (nicht rechtsformneutralen) Konzernprivilegien (s. dazu Fn. 1 und Fn. 57) und auch von der redaktionell missglückten Bestimmung in Art. 19 Abs. 1 Bst. a DBG bzw. Art. 8 Abs. 3 Bst. a StHG; s. dazu die Kritik von JUNG, a.a.O., S. 165, S. 235.

⁵⁵ Mit der Steuerermässigung kann nur eine *unechte* Konkurrenz eintreten, da diese einen *steuerbaren* Vorgang (d.h. Aufdeckung und Realisation stiller Reserven) voraussetzt, wobei m.E. eine übertragende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ein *individuelles* Wahlrecht hat, die Umstrukturierungsbestimmungen oder die Steuerermässigung geltend zu machen. M.E. kann auch eine Konkurrenz mit dem neuen Konzernprivileg in Art. 61 Abs. 3 n.F. DBG eintreten. Nach anderer Ansicht der EStV ist Art. 61 Abs. 3 n.F. DBG generell nicht auf die Übertragung «nach unten» auf eine Tochtergesellschaft anwendbar, d.h. auch nicht auf die Übertragung einer massgeblichen Beteiligung, obschon die Beteiligung nicht Gegenstand des vorbehaltenen Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG ist. KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.5.1, Ziff. 4.5.2.1.

⁵⁶ BÖCKLI ASA (1978/79) S. 33 Fn. 6; s. dazu m.w.H. JUNG, a.a.O., S. 26 ff. a.M. BEHNISCH, der die Ansicht vertritt, dass die vertikale Spaltung mit den beiden herkömmlichen Hilfsschritten «*kein Veräusserungstatbestand gegen Entgelt*» sei.

BEHNISCH ASA (2002/03) S. 723. s. dazu Fn. 20.

⁵⁷ Im Unterschied dazu können die Vorgänge nach Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG und Art. 61 Abs. 3 n.F. DBG mit einem *Buchwertverkauf* steuerneutral strukturiert werden. KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.1.1.2, Ziff. 4.5.2.4. Es handelt sich dort dogmatisch nicht um Umstrukturierungssteuerrecht, sondern um Konzernsteuerrecht, wobei m.E. die *erste* Übertragungsform in Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 Bst. d n.F. StHG betreffend «Betrieben oder Teilbetrieben» die horizontale Spaltung des Umstrukturierungssteuerrechts darstellt, weshalb ein steuerneutraler *Buchwertverkauf* nicht sachgerecht ist. Ausserdem ist das 20%-Erfordernis auf der *Ebene der übertragenden Person* als Erfordernis für die Steuerneutralität der horizontalen Spaltung sachwidrig. S. dazu Art. 2 Bst. c Fusions-Richtlinie. Zu den neuen Konzernprivilegien gehört nur die *zweite* Übertragungsform betreffend «Gegenstände des betrieblichen Anlagevermögens». Die EStV fasst beide Übertragungsformen in Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG unter dem (nicht rechtsformneutralen) Begriff «Ausgliederung» auf dem Gebiete des Umstrukturierungssteuerrechts zusammen. KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.1. Die Fassung von Art. 61 Abs. 1 Bst. d n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 Bst. d n.F. StHG und der Begriff «Tochterausgliederung» sind ein grosser Schritt in die falsche Richtung, der zu einer Verwischung der dogmatischen Linien zwischen der Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage), der horizontalen Spaltung, den konzernsteuerrechtlichen Sonderbestimmungen und den flankierenden Massnahmen für die Steuerermässigung geführt hat. Der Versuch des Nationalrates (Zweitrat) am 12.3.2003, die in Ziff. 2.5.3 Bst. d des KS Nr. 9 (1997/98) geltend gemachte Veräusserungssperrfrist für die horizontale Spaltung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft in das Gesetz zu überführen, ist redaktionell missglückt. Amt. Bull. NR, Frühjahrssession 2003, 12.3.2003, S. 227–255, S. 266–275. S. dazu Fn. 1, Fn. 54 und Fn. 100.

verdeckten Kapitaleinlage. Falls Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen werden, ist es – im Unterschied zur Quasifusion – unerheblich, ob die erwerbende Gesellschaft unmittelbar nach dem Vorgang eine stimmrechtsmässige Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung an der erworbenen Gesellschaft hält. Auch unter diesem Aspekt sind die Beispiele in KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. e i.V.m. Bsp. Nr. 6 und in KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.2.2 i.V.m. Bsp. Nr. 17 sachgerecht.

Die Sicherstellung der Fortsetzung der Investition setzt voraus, dass nicht nur die übertragende Person den bisherigen Steuerwert der übertragenen Wirtschaftsgüter für die Anteile an der übernehmenden Tochtergesellschaft fortführt (Steuerwertsubstitution), sondern auch die übernehmende Tochtergesellschaft die übertragenen Wirtschaftsgüter zum bisherigen Steuerwert ansetzt (Steuerwertübertragung). Die Steuerneutralität der verdeckten Kapitaleinlage muss mit einer *Verdoppelung der stillen Reserven* «erkauft» werden, wobei m.E. eine übertragende Person ein individuelles Wahlrecht hat, einen steuerneutralen oder steuerbaren Vorgang (d.h. keine Steuerwertverknüpfung) geltend zu machen⁵⁸. Die erwähnten Beispiele setzen sachgerecht eine solche Steuerwertverknüpfung voraus. Die Steuerwertverknüpfung ist erforderlich, um die Fortsetzung der Investition sicherzustellen, da die übertragende Person bzw. die übertragenden Personen zusammen in der Lage ist bzw. sind, die übernehmende Tochtergesellschaft zu veranlassen, die übertragenen Wirtschaftsgüter weiterzuveräussern und dadurch die bisherige Investition ohne sofortige Steuerbelastung *indirekt* zu beenden. Das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip geht hier ausnahmsweise dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vor. Falls der übertragende Gesellschafter die übertragenen Wirtschaftsgüter im Privatvermögen hält, kann m.E. die erwerbende Gesellschaft diese zum Verkehrswert ansetzen, da

keine Steuerverstrickung gegeben ist. Falls Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Zusammenhang mit der Bildung einer Holdingstruktur durch eine Publikumsgesellschaft übertragen werden (Inversion-Transaction), ist die Möglichkeit von Missbrauchsgestaltungen gering, weshalb auf eine Steuerwertverknüpfung verzichtet werden kann.

3.2.3 Besondere Erfordernisse der Steuerneutralität

Die alte Bundesverwaltungspraxis zur verdeckten Kapitaleinlage vor der Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 setzte die *inländische* Ansässigkeit der übernehmenden Tochtergesellschaft voraus⁵⁹. Diese Praxis ist grundsätzlich sachgerecht, da die gesetzliche Entstrickungsklausel im Ingress der alten und neuen Umstrukturierungsbestimmungen den Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz voraussetzt. Dieses Erfordernis muss konsequenterweise auf der Gesellschafter- (Ansässigkeitsprinzip) und der Gesellschaftsebene (Betriebsstättenprinzip) gelten. Nach der Bundesverwaltungspraxis seit der Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 kann auf der *Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft* eine *massgebliche Beteiligung* auf eine in- oder *ausländische* Tochtergesellschaft steuerneutral übertragen werden⁶⁰. Der Grund für diese «Liberalisierung» besteht darin, dass seither auf entsprechenden Beteiligungsgewinnen die Steuerermässigung geltend gemacht werden kann (Konkurrenz)⁶¹. Die EStV macht in Ziff. 4.6.2.8 des KS Nr. 5 (2004) einen Vorbehalt für die Übertragung einer massgeblichen Beteiligung auf eine ausländische Konzerngesellschaft, wonach die Regeln in Ziff. 4.5.2.6 vorgehen. Dieser Vorbehalt ist m.E. so zu verstehen, dass der Vorgang auch dann steuerneutral sein kann, wenn zwar weder der Tatbestand der Quasifusion noch derjenige der verdeckten Kapitaleinlage in eine ausländische Tochtergesellschaft direkt erfüllt

werden kann. Mittels der Dazwischenschaltung einer steuerneutralen Übertragung zwischen schweizerischen Konzerngesellschaften nach Art. 61 Abs. 3 n.F. DBG kann aber eine anschließende Übertragung von einer schweizerischen Mutter- auf eine ausländische Tochtergesellschaft und somit der Tatbestand der verdeckten Kapitaleinlage in eine *ausländische* Tochtergesellschaft erfüllt werden.

Wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft übertragen werden, kann das Betriebsstättenprinzip m.E. nicht gelten, da es hier nicht zu einer Übertragung von Wirtschaftsgütern auf der Ebene der Gesellschaft kommt. Es gilt nur das *Ansässigkeitsprinzip*. Es wird nur eine innerstaatliche Steuerwertsubstitution auf der Ebene des übertragenden Gesellschafters vorausgesetzt, d.h., die übertragenen Anteile müssen unmittelbar nach dem Vorgang nicht einer inländischen Betriebsstätte der ausländischen erwerbenden Gesellschaft zugerechnet werden. Es ist daher sachgerecht, dass die erwähnten Erläuterungen zu Art. 19 Abs. 1 Bst. c E-DBG bzw. Art. 61 Abs. 1 Bst. c

E-DBG für die Steuerneutralität der grenzüberschreitenden Quasifusion keine zusätzlichen besonderen Erfordernisse der Steuerneutralität voraussetzen. Das Ansässigkeitsprinzip stellt jedoch die Fortsetzung der Investition dann nicht sicher, wenn ein Gründungstatbestand vorliegt, d.h., wenn der übertragende Gesellschafter bzw. die übertragenden Gesellschafter zusammen unmittelbar nach dem Vorgang die erwerbende Gesellschaft stimmrechtsmässig kontrolliert bzw. kontrollieren. In einem solchen Fall wird im innerstaatlichen Verhältnis ausnahmsweise eine Steuerwertverknüpfung vorausgesetzt. Im grenzüberschreitenden Verhältnis bestimmt sich die Ansetzung der Steuerwerte der übertragenen Anteile auf der Ebene der ausländischen erwerbenden Tochtergesellschaft nach der ausländischen Steuerrechtsordnung (Inbound-Übertragung), weshalb eine grenzüberschreitende Steuerwertverknüpfung abzulehnen ist⁶². Die Steuerwertsubstitution auf der Ebene des übertragenden Gesellschafters stellt die Fortsetzung der Investition dann nicht sicher, wenn die ausländische erwerbende Tochtergesellschaft die übertragene Beteiligung zum Verkehrswert ansetzen und/oder ein Schachtelprivileg auf Beteiligungsgewinnen geltend machen kann. Der übertragende Gesellschafter bzw. die übertragenden Gesellschafter zusammen kann bzw. können die ausländische erwerbende Tochtergesellschaft veranlassen, die übertragene Beteiligung ohne Steuerbelastung weiterzuveräußern und dadurch die bisherige Investition ohne sofortige Steuerbelastung *indirekt* beenden⁶³.

Um solche Missbrauchsgestaltungen zu verhindern, hätte der Gesetzgeber als besonderes Erfordernis ein Nachbesteuerungsrecht mit einer (befristeten) *Veräußerungssperrfrist auf der Ebene der ausländischen erwerbenden Gesellschaft* vorsehen sollen. Danach werden die in der übertragenen Beteiligung steuerverstrickten stillen Reserven nachträglich auf der

⁵⁸ Die Steuerermässigung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft kann in der Totalperiode zu einer Entlastung und somit zu (mehr oder weniger) systemgerechten Belastungsergebnissen führen. S. jedoch die Einbringung einer *nicht massgeblichen Beteiligung* in Ziff. 3.2.4.

⁵⁹ AGNER / JUNG / STEINMANN, a.a.O., Art. 61 Rz. 10 und Rz. 11.

⁶⁰ KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. e i.V.m. Bst. c; KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.4.2.2.2.

⁶¹ Art. 70 Abs. 4 DBG; s. zur unechten Konkurrenz mit der Steuerermässigung Fn. 55.

⁶² FÖRSTER / DAUTZENBERG DB (1993) S. 649. S. zur «grenzüberschreitenden Buchwertverknüpfung» im deutschen Steuerrecht Fn. 96.

⁶³ s. die flankierenden Massnahmen auf der *Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft* in Ziff. 3.2.4.

Ebene des übertragenden Gesellschafters besteuert, wenn die ausländische erwerbende Tochtergesellschaft die übertragene Beteiligung an eine Schwestergesellschaft oder an einen Dritten weiterveräussert, oder die Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte übertragen wurden, ihre Aktiven und Passiven in wesentlichem Umfang an eine Schwestergesellschaft oder an einen Dritten veräussert⁶⁴. In diesen Fällen kommt es zu einer indirekten Beendigung der bisherigen Investition. Die Veräusserungssperrfrist stellt die Fortsetzung der Investition durch den übertragenden Gesellschafter sicher und verwirklicht das steuerrechtliche Kontinuitätsprinzip auch im *grenzüberschreitenden Verhältnis*. Die Veräusserungssperrfrist, die sich nicht aus dem steuerrechtlichen Realisationsbegriff und somit auch nicht aus dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip ableiten lässt, ist eine «*second best*»-Lösung im grenzüberschreitenden Verhältnis und muss daher als besonderes Erfordernis der Steuerneutralität *gesetzlich* vorgesehen werden⁶⁵. Eine solche Veräusserungssperrfrist ist nur dann erforderlich, wenn die übertragenden Gesellschafter zusammen unmittelbar nach dem Vorgang die ausländische erwerbende Gesellschaft stimmrechtsmässig kontrollieren, d.h. wenn ein *Gründungsstatbestand* vorliegt⁶⁶.

Nach dem Entscheid des EuGH vom 17. Juli 1997 in Sachen *Leur-Bloem* erscheint jedoch ein allgemein formulierter Missbrauchsvorbehalt wie die siebenjährige Veräusserungssperrfrist in § 26 Abs. 2 UmwStG nach wohl überwiegender Ansicht als *unverhältnismässig* und somit nicht richtlinienkonform⁶⁷. Es muss vielmehr eine fallbezogene Beurteilung des Sachverhalts vorgenommen werden. Eine Veräusserungssperrfrist wäre nach Ansicht von GUGLIELMO MAISTO dann zulässig, wenn auf diese verzichtet wird, falls im Vorgehen der steuerpflichtigen Person ein vernünftiger wirtschaftlicher Grund

erkennbar ist oder wenn sie nachweisen kann, dass keine Steuerhinterziehung oder -umgehung vorliegt⁶⁸. Unter Berücksichtigung der Attraktivität des schweizerischen Wirtschaftsstandorts mit offenen und liberalen Rahmenbedingungen und der Rechtsprechung des EuGH zum Missbrauchsvorbehalt in Art. 11 Bst. a der steuerrechtlichen Fusions-Richtlinie sollte der Gesetzgeber zumindest eine allgemeine Missbrauchsklausel mit einer fallbezogenen Beurteilung des Sachverhalts *in den Umstrukturierungsbestimmungen* für die hier diskutierte grenzüberschreitende Beteiligungs-Übertragung mit Gründungsstatbestand prüfen, um innerstaatliche Vorgänge gegenüber grenzüberschreitenden Vorgängen nicht zu diskriminieren und um die missbräuchliche *indirekte* Beendigung der Investition ohne sofortige Steuerbelastung zu verhindern⁶⁹.

Nach den erwähnten Erläuterungen der Botschaft kann eine in der Schweiz ansässige Publikumsgesellschaft mit einem steuerneutralen Anteilstausch eine Off-shore-Holdingstruktur einführen, indem sie eine ausländische Tochtergesellschaft gründet und diese wiederum den Gesellschaftern der inländischen Publikumsgesellschaft ein öffentliches Umtauschangebot unterbreitet. Auch mit einer Veräusserungssperrfrist, welche die Fortsetzung der Investition sicherstellen soll, wäre eine solche grenzüberschreitende *reine Inversion-Transaction* steuerneutral⁷⁰. Die allgemeine Missbrauchsklausel könnte auch die reine Inversion erfassen⁷¹.

3.2.4 Flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung

DIETER METZGER (1992) und Finanzminister STICH (1995) begründeten ihre in der Einleitung erwähnte Ansicht mit folgendem Beispiel: Eine *Kapitalgesellschaft* überträgt eine Beteiligung auf eine ausländische Tochter-Holdinggesellschaft, welche die übertragene Beteiligung

steuerlich privilegiert weiterveräussert und den daraus erzielten Veräusserungserlös an die übertragende Kapitalgesellschaft in der Schweiz ausschüttet, die auf diesem Beteiligungsertrag die Steuerermässigung geltend macht und dadurch ihre bisherige Investition ohne Steuerbelastung *direkt* beenden kann. In der Totalperiode resultiert somit *kein systemgerechtes Belastungsergebnis*. Um das Besteuerungsrecht des Fiskus in diesem Zusammenhang sicherzustellen, sind flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung erforderlich. Mit der Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 hätte der Gesetzgeber als flankierende Massnahme zum Beispiel eine *Einbringungsklausel* für die Einbringung einer *nicht massgeblichen Beteiligungen* in eine *inländische Tochtergesellschaft* im Anwendungsbereich der Steuerermässigung vorsehen sollen, wonach sich sowohl die im Austausch

erhaltene Beteiligung an der inländischen erwerbenden Tochtergesellschaft als auch die übertragene Beteiligung nicht für die Steuerermässigung qualifizieren⁷². Ausserdem hätte der Gesetzgeber eine *Einbringungsklausel* für die Einbringung einer *nicht massgeblichen Beteiligung* in eine *ausländische Tochtergesellschaft* vorsehen sollen, wonach sich die im Austausch erhaltene Beteiligung an der ausländischen erwerbenden Tochtergesellschaft nicht für die Steuerermässigung qualifiziert. Es geht hier nicht nur um die Sicherstellung der Fortsetzung der Investition, sondern um eine *zusätzliche* Problematik auf der *Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft* im Zusammenhang mit der Steuerermässigung, d.h. um die Sicherstellung von systemgerechten Belastungsergebnissen.

⁶⁴ Eine ähnliche Veräusserungssperrfrist auf der Ebene der ausländischen erwerbenden «Konzerngesellschaft» findet sich in den konzernsteuerrechtlichen Sonderbestimmungen (Übergangsrecht) in Art. 207a Abs. 3 DBG und Art. 24 Abs. 3bis StHG. S. dazu auch BGER vom 6.1.2004, 2A.542/2002 (keine BGE-Publikation).

⁶⁵ Das U.S.-Bundessteuerrecht sieht eine fünfjährige und das deutsche Steuerrecht eine siebenjährige Veräusserungssperrfrist für die übertragenen Anteile auf der Ebene der ausländischen erwerbenden Gesellschaft vor. Treas. Reg. § 1.367(a)-8; § 26 Abs. 2 UmwStG.

⁶⁶ s. zur unechten Konkurrenz mit der Steuerermässigung Fn. 55.

⁶⁷ *Leur-Bloem*, Case C-28/95, EC Court of Justice 17.7.1997, par. 44; Confederation Fiscale Europeenne ET (1998) S. 40; MAISTO in: Schriftenreihe «Referate und Mitteilungen», Heft 2001, hrsg. vom Vorstand des SJV, 2001, S. 209; THÖMMES intertax (1991) S. 359.

⁶⁸ MAISTO, a.a.O., S. 210; s. dazu m.w.H. JUNG, a.a.O., S. 504.

⁶⁹ Eine Missbrauchsklausel für konzerninterne Beteiligungs-Übertragung findet sich zum Beispiel bereits im Anwendungsbereich der Steuerermässigung in Art. 70 Abs. 5 DBG.

⁷⁰ Eine *beschränkte Inversion-Transaction* liegt dann vor, wenn der Tatbestand der Quasifusion erfüllt ist und mit dem Vorgang alle oder zumindest die stimmrechtsmässige Mehrheit der Anteile an der erworbenen Gesellschaft übertragen werden, sodass diese eine Tochtergesellschaft der erwerbenden Gesellschaft wird (z.B. bei einer M & A-Transaktion). Falls gleichzeitig der Tatbestand der Unternehmens-Gründung erfüllt ist (Konkurrenz), liegt eine *reine Inversion-Transaction* vor (z.B. bei der Bildung einer Holdingstruktur).

⁷¹ s. zum Substantiality-Test im US-Bundessteuerrecht in Ziff. 1.3.

⁷² s. dazu Fn. 31. Die elegantere und sachgerechtere Lösung würde darin bestehen, die beiden Erfordernisse der Mindestbeteiligung und der -haltedauer zu streichen und wie im deutschen Steuerrecht zu einem allgemeinen Schachtelprivileg nach § 8b Abs. 1 und Abs. 2 KStG überzugehen.

3.2.5 Hindernisse für die Steuerneutralität

Wie bereits erwähnt, können in der Praxis Hindernisse für die Steuerneutralität aufgrund *anderer gesetzlicher Bestimmungen* in Erscheinung treten, insbesondere aufgrund der Praxis zum Vermögensertragsbegriff (Nennwertprinzip!) im Einkommens- (Transponierung, indirekte Teilliquidation) und Verrechnungssteuerrecht (Alt-Reserven etc.).

3.3 Anteilstausch bei Quasifusion

3.3.1 Allgemeines

Die Quasifusion ist eine Rechtsfigur aus dem Steuerrecht, die im Unterschied zur Fusion, vertikalen Spaltung und Umwandlung *keinen Zwillingbegriff* im FusG hat. Unter den steuerrechtlichen Begriff der Quasifusion kann zum Beispiel ein tausch-, gesellschafts- oder kapitalmarktrechtlicher Vorgang fallen, sodass grundsätzlich ein *entgeltlicher* Vorgang vorliegt. Die Steuerneutralität kann zwar nicht mit dem zivilrechtlichen, aber mit dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip begründet werden.

3.3.2 Allgemeine Erfordernisse der Steuerneutralität

Die *Quasifusion* kann nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nur dann im Ergebnis einer Fusion gleichkommen, wenn die Gesellschafter der erworbenen Gesellschaft unmittelbar nach dem Vorgang Gesellschafter der erwerbenden Gesellschaft sind und die erwerbende die erworbene Gesellschaft stimmrechtsmässig kontrolliert. Im Unterschied zur Unternehmens-Gründung gilt für die Quasifusion das Erfordernis der Kontrolle auf der *Ebene der erwerbenden Gesellschaft*⁷³. Die Steuerneutralität setzt nach der steuerrechtlichen Fusions-Richtlinie voraus, dass unmittelbar nach dem Vorgang die erwerbende Gesellschaft die *Mehrheit der Stimmrechte* an der erworbenen Gesell-

schaft hält⁷⁴. Nach Ansicht der EStV genügen bereits mindestens 50% der Stimmrechte⁷⁵. Es ist unerheblich, ob die erwerbende Gesellschaft vor dem Vorgang eine Minderheitsbeteiligung an der erworbenen Gesellschaft hält oder ob sie eine Mehrheitsbeteiligung aufstockt (Creeping Acquisitions). Entscheidend ist nicht ein Fusionseffekt, sondern die Fortsetzung der Investition, die dann gegeben ist, wenn die erwerbende Gesellschaft unmittelbar nach dem Vorgang die erworbene Gesellschaft kontrolliert. Es ist daher sachgerecht, dass mit der Änderungsrichtlinie vom 17. Februar 2005 die Aufstockung einer stimmrechtsmässigen Mehrheitsbeteiligung ausdrücklich in die Definition des Austausches von Anteilen (Quasifusion) aufgenommen worden ist⁷⁶.

Falls der Erwerb der Anteile schrittweise erfolgt, können Zweifel bestehen, ob ein einziger Tauschvorgang vorliegt oder mehrere separate Tauschvorgänge vorliegen, die steuerlich separat zu beurteilen sind («old and cold stocks»). Im Einzelfall wird massgebend sein, ob die verschiedenen Tauschvorgänge als *einheitlicher* Tauschvorgang angesehen werden können. Ein Anteilstausch im Zusammenhang mit einer Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG (Squeeze Out) und das vorausgehende öffentliche Umtauschangebot nach Art. 22 ff. BEHG sind m.E. steuerlich als einheitlicher Vorgang zu qualifizieren⁷⁷. Auch ein Anteilstausch nach Art. 22 ff. BEHG mit Nachfristen ist als einheitlicher Vorgang anzusehen.

Die steuerrechtliche Fusions-Richtlinie setzt voraus, dass den Gesellschaftern der erworbenen Gesellschaft eine bare Zuzahlung von *höchstens 10% des Nennwertes* oder – bei Fehlen eines solchen – des rechnerischen Wertes der gewährten Anteile ausgerichtet wird⁷⁸. Das Erfordernis der Gewährung von Anteilen sollte m.E. in Anlehnung an Art. 7 Abs. 2 FusG konkretisiert werden, da das Merkmal des wirklichen Wertes sachge-

rechter ist als dasjenige des Nennwertes. Nach der Bundesverwaltungspraxis ist hingegen eine Abgeltung von bis zu 50% des effektiven Wertes der erworbenen Anteile zulässig⁷⁹. Wie bereits erwähnt ist das Erfordernis der Gewährung von Anteilen so zu definieren, dass bei der Gewährung von *neuen* Anteilen (Primary Shares) die übertragenen Wirtschaftsgüter auf der Ebene der übernehmenden Kapitalgesellschaft ins *Eigenkapital* (d.h. Nominalkapital und / oder Agio) einzubuchen sind, um steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen von steuerbaren Veräußerungsgeschäften abzugrenzen⁸⁰.

Ausgleichszahlungen zu Lasten der Reserven der erwerbenden Kapitalgesellschaft und solche, die aus dem Erlös aus der Veräußerung von Bruchanteilsrechten auf dem Kapitalmarkt bezahlt werden, sind im Geschäftsvermögen Bestandteil des steuerbaren Beteiligungsgewinns, auf den m.E. die Steuerermässigung auf Beteiligungsgewinnen geltend gemacht werden kann⁸¹. Im Privatvermögen stellen Ausgleichszahlungen grundsätzlich Bestandteil des steuerfreien Beteiligungsgewinns dar⁸².

Der Vorgang ist m.E. auch dann steuerneutral, wenn die übertragenden Gesellschafter Anteile an der Muttergesellschaft einer erwerbenden Tochtergesellschaft erhalten, sodass eine *indirekte Quasifusion* (Triangular Transaction) vorliegt⁸³. Erhalten sie die Anteile von der Muttergesellschaft, entspricht der Vorgang einer direkten Quasifusion mit einer anschließenden Einbringung der erworbenen Anteile in eine Tochtergesellschaft auf der Grundlage der Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage). Im KS Nr. 5 (2004) wird die indirekte Quasifusion nicht ausdrücklich erwähnt.

Es muss unerheblich sein, ob die bare Zuzahlung von höchstens 50% des effektiven Wertes der erworbenen Anteile an einzelne (non pro rata) oder an alle (pro rata) Gesellschafter der erworbenen Gesellschaft ausgerichtet wird. Es können auch nur einzelne, nicht tauschwillige Gesellschafter der erworbenen Gesellschaft gegen Barzahlung abgefunden werden, wobei das Erfordernis der Gewährung von Anteilen solange nicht verletzt ist und somit der *Gesamt*-vorgang und der Anteilstausch für die anderen, tauschenden Gesellschafter steuerneutral bleibt, als die gesamte Barzahlung höchstens 50% des effektiven Wertes der erworbenen Anteile beträgt. Wird jedoch die 50%-Grenze insgesamt überschritten, ist der Anteilstausch für *alle* Gesellschafter, also auch für die tauschenden Gesellschafter, steuerbar. Eine Barabgeltung von

⁷³ Die Fusion, die horizontale und vertikale Spaltung sowie die Umwandlung (Unternehmens-Umstrukturierung) erfüllen grundsätzlich immer das Erfordernis der Kontrolle auf der Ebene der übernehmenden Gesellschaft, da diese die übertragenen Wirtschaftsgüter im Allgemeinen direkt zu Eigentum erwirbt.

⁷⁴ Art. 2 Bst. d n.F. Fusions-Richtlinie.

⁷⁵ KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.1.

⁷⁶ Art. 2 Bst. d n.F. Fusions-Richtlinie.

⁷⁷ Dieser Qualifikation folgt im Ergebnis wohl auch die Bundesverwaltungspraxis, indem sie die Übertragung nach Art. 22 ff. BEHG und nach Art. 33 BEHG steuerlich gleich behandelt. GRETER SZW (1998) S. 85.

⁷⁸ Art. 2 Bst. d n.F. Fusions-Richtlinie.

⁷⁹ KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.1.

⁸⁰ KS Nr. 5 (2004) in Ziff. 4.3.2.4.

⁸¹ KS Nr. 9 (1997/98) Ziff. 2.5.3 Bst. a.

⁸² KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.3.1. s. die Hindernisse in Ziff. 3.2.5 und Ziff. 3.3.5.

⁸³ Es geht hier nicht um Konzernsteuerrecht, sondern um das Konzept der Fortsetzung der Investition und somit um den Blickwinkel des Investors. Die Gewährung von Anteilen an der Schwestergesellschaft der erwerbenden Gesellschaft genügt daher nicht, da der übertragende Gesellschafter unmittelbar nach dem Vorgang weder direkt noch indirekt und somit wirtschaftlich nicht mehr an den übertragenen Anteilen beteiligt ist. s. zur indirekten Quasifusion auch schon FAIST ASA (1969/70) S. 490.

bis zu 2% der Stimmrechte nach Art. 33 BEHG ist somit für die Steuerneutralität des Gesamtvorgangs und für die anderen, tauschenden Gesellschafter solange nicht schädlich, als mit dem Anteilstausch nicht mehr als 50% des effektiven Wertes der erworbenen Anteile gegen Barzahlung abgegolten werden.

Die dogmatische Begründung, dass Nennwertdifferenzen und Ausgleichszahlungen *zu Lasten der Reserven* der übernehmenden bzw. erwerbenden Kapitalgesellschaft im Privatvermögen steuerlich unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob der Vorgang mit einer Fusion oder Quasifusion strukturiert wird, liegt nicht darin, dass die Fusion ein Umstrukturierungs- und die Quasifusion einen Veräusserungstatbestand darstellt⁸⁴. Sowohl die unechte Fusion, die zum Beispiel mit einer aktienrechtlichen Sacheinlage von Aktiven und Passiven und dem neuen Rechtsinstitut der Vermögensübertragung mit Universalsukzession sowie einer anschliessenden Liquidationsdividende strukturiert wird, als auch die *Quasifusion* sind beides *entgeltliche* Veräusserungsgeschäfte. Die Steuerneutralität ergibt sich für beide Vorgänge aus dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip, das auf der Ebene des objektiven Tatbestandes die wirtschaftliche Beendigung der Investition und somit die echte Realisation («gain or loss is not realized») verneint und daher keine wirtschaftliche und damit *steuerrechtliche* Veräusserung vorliegt⁸⁵. Die unterschiedliche Behandlung von Nennwertdifferenzen und Ausgleichszahlungen hat nichts mit dem Umstrukturierungssteuerrecht zu tun. Die Rechtspraxis hat zu den Einkünften aus beweglichem Privatvermögen in Art. 20 Abs. 1 DBG formale Kriterien zur Abgrenzung des Vermögensertrags vom Kapitalgewinn entwickelt, die als *leges speciales* zum gesetzlichen Einkommensbegriff gelten, insbesondere das *subjektive Herkunftsprinzip* in Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG, das auch *im Zusammenhang* mit

steuerneutralen Unternehmens-Umstrukturierungen anwendbar ist⁸⁶.

Nach dem Konzept der Fortsetzung der Investition kann die Quasifusion auch unter Hingabe von *alten* Anteilen steuerneutral strukturiert werden. Es ist unerheblich, ob der übertragende Gesellschafter seine bisherige Investition mit neuen (Primary Shares) oder alten (Secondary Shares) Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft fortsetzt. Nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des *Gesamtsachverhalts* aus dem Blickwinkel des Gesellschafters der erworbenen Gesellschaft gilt die Steuerneutralität *auch auf der Ebene der Gesellschaft*. Hier zeigt sich in aller Schärfe der *neue dogmatische Blickwinkel* des Konzepts der Fortsetzung der Investition. In diese Richtung ging auch der Vorschlag der EU-Kommission vom 17. Dezember 2003, wonach die erwerbende Gesellschaft die erworbenen Anteile mit dem bisherigen Steuerwert der hingegebenen alten Anteile ansetzen kann, falls sie bereits ausgegebene Anteile hingibt⁸⁷. Die EU-Mitgliedstaaten wollten diese Einschränkung ihrer Fiskalhoheit im Zusammenhang mit einer *Inbound-Übertragung* nicht hinnehmen, weshalb der EU-Rat diese Bestimmung in der Änderungsrichtlinie⁸⁸ vom 17. Februar 2005 nicht berücksichtigt hat. Nach Ansicht der EStV ist die Hingabe von *alten* Anteilen hingegen nicht steuerneutral, wenn die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile verwendet, deren Rückkauf nicht zu einer Besteuerung geführt hat⁸⁹. Diese Regel ist m.E. unverhältnismässig, da auch die Fortführung des bisherigen Steuerwertes der hingegebenen Anteile möglich ist.

Die Quasifusion setzt wie die Fusion (Aktiven und Passiven), die horizontale und vertikale Spaltung (Betrieb oder Teilbetrieb) und die Umwandlung (Aktiven und Passiven) das Erfordernis der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit voraus, d.h., die Übertragung von einzelnen

Wirtschaftsgütern stellt keinen Tatbestand der *Unternehmens-Umstrukturierung* dar⁹⁰. Die Übertragung von Anteilen an einer in liquide Form gebrachten Gesellschaft erfüllt daher an sich nicht den Tatbestand der Unternehmens-Umstrukturierung⁹¹.

MARKUS REICH vertrat im Jahre 1996 die Ansicht, dass die Steuerneutralität der Quasifusion die Fortführung der bisherigen Steuerwerte auf der Ebene der erwerbenden Gesellschaft voraussetze⁹². In einem Aufsatz zum neuen FusG im Jahre 2004 hält MARKUS REICH nunmehr – ohne nähere dogmatische Begründung – dafür, dass die Steuerneutralität voraussetze, dass die erwerbende Gesellschaft die Anteile an der erworbenen Gesellschaft höchstens zum

buchmässigen Aktivenüberschuss der erworbenen Gesellschaft ansetze, wobei im grenzüberschreitenden Verhältnis der Einbuchungswert hingegen keine Rolle spiele⁹³. Nach der bisherigen Bundesverwaltungspraxis konnte die erwerbende Gesellschaft die erworbenen Anteile zum Verkehrswert ansetzen⁹⁴. Mit einer Praxisverschärfung vertritt die EStV in Ziff. 4.6.2.3 des KS Nr. 5 (2004) die Ansicht, dass die Steuerneutralität der Quasifusion auf der *Besteuerungsebene der juristischen Person* die Fortführung der Gewinnsteuerwerte auch auf der Ebene der erwerbenden Gesellschaft voraussetze, was im Ergebnis zu einer Steuerwertverknüpfung führt. Falls Anteile an einer Publikumsgesellschaft erworben werden, kann die erwerbende Gesellschaft

⁸⁴ a.M. SPORI / GERBER ASA (2002/03) S. 702.

⁸⁵ a.M. SPORI / GERBER ASA (2002/03) S. 702. Auch SAUPPER / WEIDMANN, Basler Kommentar zum FusG, 2005, vor Art. 3 Rz. 433, qualifizieren die Quasifusion als «Veräusserungsgeschäft». Von einem «echten Veräusserungsgeschäft» spricht REICH ZSR (2004) S. 131. LOCHER / AMONN gehen sogar davon, dass die Quasifusion ein «echter Realisationsvorgang» sei. LOCHER / AMONN ASA (2002/03) S. 777.

⁸⁶ BLUMENSTEIN / LOCHER, System des Steuerrechts, 2002, S. 180 f.

⁸⁷ Art. 8 Abs. 11 E-Fusions-Richtlinie i.d.F. des Vorschlags der EU-Kommission vom 17.12.2003, KOM (2003) 613 endg. Das Erfordernis der Gewährung von *neuen* Anteilen in § 23 Abs. 4 UmwStG ist nach wohl überwiegender Ansicht nicht richtlinienkonform. ALBRECHT in: HARITZ / BENKERT (Hrsg.), Umwandlungssteuergesetz, 2000, § 23 Rz. 111, Rz. 230.

⁸⁸ Richtlinie 2005/19/EG vom 17.2.2005, ABl. L 58 4.3.2005 S. 19.

⁸⁹ KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.2.2. Es ist zu beachten, dass nach Ziff. 2.3 des KS Nr. 5 (1999/00) ein Erwerb eigener Aktien im Sinne von Art. 4a VStG auch dann vorliegt, wenn eine Tochtergesellschaft Aktien ihrer Muttergesellschaft hält.

⁹⁰ Dieses Erfordernis stellt zusammen mit demjenigen der Gewährung von Anteilen einen ganz wichtigen dogmatischen Unterschied zum Konzernsteuerrecht dar. S. dazu Fn. 1 und Fn. 57. Die horizontale und vertikale Spaltung sind heikler als die Fusion und die Umwandlung, da sie zu einer «Separation» führen, weshalb mit dem Betriebserfordernis sichergestellt werden muss, dass *innerhalb einer Beteiligungskette* ein Unternehmen verbleibt und nicht einzelne Wirtschaftsgüter steuerneutral veräussert werden. KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.3.2.5 ff. Im Unterschied dazu setzt die Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage) auf der *Ebene der übertragenden Person* das Erfordernis der Kontrolle voraus. S. dazu Fn. 57.

⁹¹ s. dazu auch die Entscheide des BGer zur Emissionsabgabe bei HÖHN / WALDBURGER, a.a.O., 2002, § 48 Rz. 197 Fn. 317, Rz. 201 Fn. 332, Rz. 267 Fn. 506.

⁹² REICH in: REICH / DUSS, a.a.O., 1996, S. 291; s. die Kritik von HÖHN / WALDBURGER, a.a.O., 2002, § 48 Rz. 261.

⁹³ REICH ZSR (2004) S. 133.

⁹⁴ *Eidg. Steuerverwaltung*, Unternehmenskonzentrationen aus der Sicht der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe auf Ebene der Gesellschaft und der Anteilinhaber, Referatunterlagen vom 22.5.1997, Ziff. B.2 / 4.2.2.

die erworbenen Anteile «ersatzweise» *höchstens* zum Aktivenüberschuss zu Gewinnsteuerwerten der erworbenen Gesellschaft ansetzen.

Dieser Praxisverschärfung ist Folgendes entgegenzuhalten: Im Unterschied zur Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage) erfordert die Steuerneutralität der Quasifusion im Grundsatz keine Steuerwertverknüpfung, da die übertragenden Gesellschafter zusammen die erwerbende Gesellschaft unmittelbar nach dem Vorgang nicht stimmrechtsmässig kontrollieren und somit nicht in der Lage sind, diese zu veranlassen, die übertragenen Anteile kurze Zeit nach dem Vorgang weiterzueräußern und somit die bisherige Investition ohne sofortige Steuerbelastung *indirekt* zu beenden. Die *Steuerwertsubstitution* auf der Ebene des übertragenden Gesellschafters ist als Erfordernis der Fortführung der Steuerwerte ausreichend. Die Praxisänderung ist insoweit unverhältnismässig. Ausserdem steht sie im Widerspruch zum Vorschlag der EU-Kommission vom 17. Dezember 2003, wonach die erwerbende Gesellschaft die erworbenen Anteile an der erworbenen Gesellschaft im Grundsatz mit dem Verkehrswert im Zeitpunkt des Anteilstausches bewerten kann⁹⁵. Die EU-Mitgliedstaaten wollten jedoch diese Einschränkung ihrer Fiskalhoheit im Zusammenhang mit einer *Inbound-Übertragung* nicht hinnehmen, weshalb der EU-Rat diese Bestimmung in der Änderungsrichtlinie vom 17. Februar 2005 nicht berücksichtigt hat⁹⁶.

Zur Sicherstellung der Fortsetzung der Investition ist eine Steuerwertverknüpfung *ausnahmsweise* dann erforderlich, wenn gleichzeitig ein Gründungstatbestand vorliegt (Konkurrenz), d.h., wenn die übertragenden Gesellschafter zusammen unmittelbar nach dem Vorgang die erwerbende Gesellschaft stimmrechtsmässig kontrollieren⁹⁷. Es gilt der *Vorbehalt des Gründungstatbestandes* und somit der Steuerwertverknüpfung. Die «ersatzweise» Ansetzung

ist m.E. hingegen im Steuerrecht keine sachgerechte Methode und strapaziert den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die Entwicklung der Steuerwerte der Wirtschaftsgüter auf der Ebene der juristischen Person (Inside Basis) steht in keinem direkten Zusammenhang mit derjenigen der Steuerwerte der Anteile an der erworbenen juristischen Person auf der Ebene der übertragenden Gesellschafter (Outside Basis), weshalb die Anteile an der erworbenen Gesellschaft auf der Ebene der erwerbenden Gesellschaft mit einem *zufälligen* Steuerwert angesetzt werden⁹⁸.

3.3.3 Besondere Erfordernisse der Steuerneutralität

Für die grenzüberschreitende Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft im Zusammenhang mit einem Anteilstausch gilt wie erwähnt nach der Botschaft zum FusG nur das *Ansässigkeitsprinzip*. Mit der Steuerwertsubstitution auf der Ebene des übertragenden Gesellschafters ist die Fortsetzung der Investition jedoch dann nicht sichergestellt, wenn gleichzeitig ein Gründungstatbestand vorliegt (Konkurrenz). Auch im grenzüberschreitenden Verhältnis gilt der *Vorbehalt des Gründungstatbestandes*. Es kann auf die Ausführungen de lege ferenda zum Anteilstausch bei Unternehmens-Gründung verwiesen werden (allgemeine Missbrauchsklausel).

3.3.4 Flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung

Die EStV macht in Ziff. 4.6.2.2 des KS Nr. 5 (2004) im Zusammenhang mit dem Austausch von Anteilen auf der *Besteuerungsebene der juristischen Person* anlässlich von steuerneutralen Unternehmens-Umstrukturierungen und unter dem Titel der sog. steuersystematischen Realisation («durch den Beteiligungsabzug bedingte Realisationstatbestände») mehr und

mehr einen allgemeinen Grundsatz der Entstrickungsbesteuerung geltend⁹⁹. Falls die übertragene Beteiligung weniger als 20% und die erhaltene Beteiligung mindestens 20% am Grund- oder Stammkapital betragen, liegt auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft ein steuerbarer Vorgang vor. Diese Bundesverwaltungspraxis ist m.E. eine flankierende Massnahme für die Steuerermässigung, die einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Bundesverwaltungspraxis ist zum einen insoweit unverhältnismässig, als dass die Steuerermässigung nur auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft anwendbar ist. Zum anderen sind flankierende Massnahmen für die Steuerermässigung grundsätzlich

nur dann erforderlich, wenn ein Gründungstatbestand vorliegt, da im Zusammenhang mit M & A-Transaktionen Missbrauchsmöglichkeiten gering sind¹⁰⁰. Es kann auch hier auf die Ausführungen de lege feranda zum Anteilstausch bei Unternehmens-Gründung verwiesen werden (Einbringungsklauseln)¹⁰¹.

3.3.5 Hindernisse für die Steuerneutralität

Im Entscheid vom 9. November 2001 hielt das Bundesgericht dafür, dass sich die Steuerbarkeit eines Nennwertzuwachses direkt aus 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt ableiten lässt, unabhängig davon, ob eine Steuerumgehung gegeben ist, falls eine *Quasifusion mit anschliessender Absorption* vorliegt¹⁰². Nach Ansicht der EStV gilt dies

⁹⁵ Art. 8 Abs. 10 E-Fusions-Richtlinie i.d.F. des Vorschlags der EU-Kommission vom 17.12.2003, KOM (2003) 613 endg.

⁹⁶ Die «grenzüberschreitende Buchwertverknüpfung» in § 23 Abs. 4 UmwStG wird heftig kritisiert. FÖRSTER / DAUTZENBERG DB (1993) S. 645–650; THÖMMES IWB Nr. 12 vom 25.6.1992 F. 3 Gr. 1 S. 1327–1334; THÖMMES DSr (1998) Beilage zu Heft 17 S. 47–52. Mit der Annahme von Art. 8 Abs. 10 E-Fusions-Richtlinie i.d.F. des Vorschlags der EU-Kommission vom 17.12.2003, KOM (2003) 613 endg., hätte diese im deutschen Steuerrecht wohl aufgegeben werden müssen.

⁹⁷ Diese Auslegung gilt mutatis mutandis für die horizontale Spaltung mit Übertragung auf eine juristische Person. S. zur horizontalen Spaltung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft Fn. 57.

⁹⁸ s. dazu die unterschiedlichen Abschreibungsmethoden für Beteiligungen (Outside Basis) und für einzelne Wirtschaftsgüter auf der Ebene der juristischen Person (Inside Basis) HÖHN / WALDBURGER, a.a.O., 2002, § 46 Rz. 65.

⁹⁹ S. dazu Fn. 52.

¹⁰⁰ Für die horizontale Spaltung auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft findet sich die flankierende Massnahme für die Steuerermässigung als Nachbesteuerungsrecht in

Art. 61 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Abs. 2 n.F. DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 Bst. d i.V.m. Abs. 2 n.F. StHG anstatt als Einbringungsklausel im Anwendungsbereich der Steuerermässigung, wobei sie beim Erreichen der 20%-Schwelle der Steuerermässigung angewendet wird. Ohne flankierende Massnahme könnte eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft mit einer horizontalen Spaltung auf eine in- oder ausländische Drittgesellschaft und einer anschliessenden Veräusserung der im Austausch erhaltenen Anteile an der übernehmenden Drittgesellschaft nach Ablauf der einjährigen Mindesthaltedauer der Steuerermässigung die bisherige Investition in einen Betrieb oder Teilbetrieb (mehr oder weniger) ohne Steuerbelastung *direkt* beenden. Ziff. 2.5.3 Bst. d des KS Nr. 9 (1997/98) ging noch von einer 50%-Schwelle und somit von einem Gründungstatbestand (Konkurrenz zwischen verdeckter Kapitaleinlage und horizontaler Spaltung) aus. S. zum Erfordernis der Fortführung der Steuerwerte Fn. 97 sowie zur horizontalen Spaltung auf der Besteuerungsebene Kapitalgesellschaft und Genossenschaft Fn. 57.

¹⁰¹ s. dazu auch Fn. 72.

¹⁰² BGr 9.11.2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 66, Erw. 9.a). Nach der Bundesverwaltungspraxis liegt eine «zeitnahe Absorption» dann vor, wenn die Absorption fünf Jahre nach dem Übernahmeangebot erfolgt. KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.3.2. s. dazu Fn. 18.

auch für Ausgleichszahlungen¹⁰³. Gleichzeitig kann eine Verrechnungssteuerpflicht ausgelöst werden¹⁰⁴. Ausserdem können nach wie vor Hindernisse im Stempelsteuerrecht auftreten¹⁰⁵. Auf dem Gebiete der Emissionsabgabe scheint hingegen ein Hindernis für die Steuerneutralität weggefallen zu sein. Beteiligungs-Übertragungen zwischen verbundenen Kapitalgesellschaften fielen nach Ziff. III des alten Merkblatts Art. 6 Abs. 1 Bst. abis StG (Stand: Mai 2001 mit Änderungen vom August 2002) nicht unter die Regeln über die Quasifusion, sondern wurden als Spaltung qualifiziert. Dieser Praxis ist entgegenzuhalten, dass steuerneutrale Unternehmens-Umstrukturierungen nach dem Grundsatz der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Gesamtvorgangs *aus dem Blickwinkel des Investors* und nicht nach dem Grundsatz der *konzernmässigen* Betrachtungsweise auszulegen sind¹⁰⁶. Es können auch innerhalb eines Konzerns Gesellschaften fusioniert oder quasifusioniert werden. Die Abgrenzung der Quasifusion ist nicht gegenüber der horizontalen Spaltung, sondern gegenüber der Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage) vorzunehmen. Das Betriebserfordernis, das auf einen Gesamtkomplex von Wirtschaftsgütern zugeschnitten ist, gehört in das Spaltungssteuerrecht und kann im Falle der Übertragung einer Beteiligung keine Bedeutung haben¹⁰⁷. Der EuGH hat im Fall *Leur-Bloem* vom 17. Juli 1997 zur steuerrechtlichen Fusions-Richtlinie in diesem Sinne festgehalten, dass der Umstand, dass dieselbe (natürliche) Person, die Alleinanteilsinhaberin der erworbenen Gesellschaft war und unmittelbar nach dem Vorgang Alleinanteilsinhaberin der erwerbenden Gesellschaft wird, der Qualifikation als Quasifusion nicht entgegensteht¹⁰⁸. Der sachwidrige Vorbehalt des alten Merkblatts ist in Ziff. 4.1.7.5 des KS Nr. 5 (2004) nicht mehr zu finden. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum Anteilstausch bei Unternehmens-Gründung verwiesen werden.

4 Ergebnisse

Der Begriff «Anteilstausch» ist kein steuerrechtlicher Begriff. Die Steuerneutralität des Anteilstausches kann sich im Umstrukturierungssteuerrecht aus der *Unternehmens-Gründung* (sog. verdeckte Kapitaleinlage) oder der *Quasifusion* oder aus beiden Tatbeständen gleichzeitig (Konkurrenz) ergeben. Beide Vorgänge haben keinen Zwillingsbegriff im FusG und sind daher grundsätzlich entgeltlich, weshalb die Steuerneutralität nur mit dem *steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip* begründet werden kann. Dieses verfeinert auf der Ebene des objektiven Tatbestandes das steuerrechtliche Realisationsprinzip und verneint dabei die echte Realisation («gain or loss is not realized»).

Im vorliegenden Aufsatz wurden mit dem steuerrechtlichen Kontinuitätsprinzip die *allgemeinen Erfordernisse* der Steuerneutralität sowohl für den Anteilstausch bei Unternehmens-Gründung (sog. verdeckte Kapitaleinlage) als auch bei Quasifusion (Unternehmens-Umstrukturierung) abgeleitet. Die Unternehmens-Gründung setzt das Erfordernis der Kontrolle auf der *Ebene der übertragenden Person* und die Quasifusion auf der *Ebene der erwerbenden Gesellschaft* voraus. Die Unternehmens-Gründung ist daher vor allem für konzerninterne Beteiligungs-Übertragungen und die Quasifusion für M & A-Transaktionen von Bedeutung.

Nach der verschärften Bundesverwaltungspraxis wird für die Quasifusion im innerstaatlichen Verhältnis eine Steuerwertverknüpfung bzw. eine «ersatzweise» Ansetzung vorausgesetzt, unabhängig davon, ob ein Gründungstatbestand vorliegt, wobei im grenzüberschreitenden Verhältnis eine Steuerwertsubstitution auf der Ebene des übertragenden inländischen Gesellschafters offenbar genügt. Diese generelle Praxisverschärfung ist aus der Sicht des übertragenden Gesellschafters unverhältnismässig, diskriminiert innerstaatli-

che Vorgänge gegenüber grenzüberschreitenden Vorgängen und tangiert den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Der Gesetzgeber sollte als zusätzliches *besonderes Erfordernis* der Steuerneutralität die Einfügung einer allgemeinen Missbrauchsklausel mit einer fallbezogenen Beurteilung des Sachverhalts prüfen, um im Zusammenhang mit einem grenzüberschreitenden Anteilstausch bei Unternehmens-Gründung innerstaatliche Vorgänge gegenüber grenzüberschreitenden Vorgängen nicht zu diskriminieren und um die missbräuchliche *indirekte* Beendigung der Investition ohne sofortige Steuerbelastung zu verhindern. Es geht hier um die Sicherstellung der Fortsetzung der Investition natürlicher und juristischer Personen im Anwendungsbereich der Umstrukturierungsbestimmungen. Diese Missbrauchsklausel könnte auch die missbräuchliche reine Inversion-Transaction im innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Verhältnis miteinfassen. Es gilt für die Quasifusion auch im grenzüberschreitenden Verhältnis der Vorbehalt der Konkurrenz mit der Unternehmens-Gründung (allgemeiner Missbrauchsvorbehalt de lege ferenda).

Die Praxisverschärfung der EStV, die unter dem Titel der sog. steuersystematischen Realisation mehr und mehr einen allgemeinen Grundsatz der Entstrickungsbesteuerung geltend macht, wirft verfassungsmässige Fragen zum Legali-

täts- und Verhältnismässigkeitsprinzip auf. De lege ferenda sollte für den Fall, dass eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eine nicht massgebliche Beteiligung überträgt, als *flankierende Massnahme* eine Einbringungsklausel im Anwendungsbereich der Steuerermässigung vorgesehen werden, um die *direkte* Beendigung der Investition ohne Steuerbelastung zu verhindern. Hier geht es nicht nur um die Sicherstellung der Fortsetzung der Investition, sondern um eine *zusätzliche* Problematik auf der Besteuerungsebene der Kapitalgesellschaft und Genossenschaft im Zusammenhang mit der Steuerermässigung, d.h. um die Sicherstellung von systemgerechten Belastungsergebnissen in der Totalperiode.

Hindernisse für die Steuerneutralität des Anteilstausches können aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen in Erscheinung treten, insbesondere aufgrund der Praxis zum Vermögensertragsbegriff (Nennwertprinzip!) im Einkommens- (Transponierung, indirekte Teilliquidation, Quasifusion mit anschliessender Absorption) und Verrechnungssteuerrecht (Alt-Reserven etc.).

¹⁰³ Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.3.2.

¹⁰⁴ KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.3.2 i.V.m. Ziff. 4.1.7.4.

¹⁰⁵ s. dazu KS Nr. 5 (2004) Ziff. 4.1.7.5.

¹⁰⁶ s. dazu Fn. 50 und Fn. 83.

¹⁰⁷ Diese Auslegung steht im Einklang mit dem steuerrechtlichen Entstrickungsprinzip, wonach das Betriebsstättenprinzip für die Outbound-Übertragung von *Anteilen an einer Kapitalgesellschaft keine* Geltung hat. s. dazu Ziff. 3.2.3.

¹⁰⁸ *Leur-Bloem*, Case C-28/95, EC Court of Justice 17.7.1997, par. 34.