
Emissionsabgaben trotz steuer- befreitem fusions- ähnlichem Zusammenschluss



Tobias F. Rohner

Dr. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Partner, FRORIEP, Zürich

Besprechung des Bundesgerichtsentscheids 2C_1001/2014 vom 10. August 2015

1 Sachverhalt und Prozess- geschichte

Dem Bundesgerichtsentscheid 2C_1001/2014 liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Cablisys Holding AG mit Sitz in Cressier (FR) (nachfolgend: «C AG») ist ein seit dem Jahr 2000 an der Berner Börse (Berne eXchange) kotiertes Unternehmen. Im Jahr 2007 wies die C AG eine Unterbilanz im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR aus und erhöhte deshalb ihr Aktienkapital von CHF 9350000.– um CHF 7862860.– auf CHF 17212860.– durch die Ausgabe von 786286 Inhaberaktien zu je CHF 10. Vor der Kapitalerhöhung wurden die Aktien der C AG an der Börse zu CHF 3.65 pro Aktie gehandelt.

Libertierte wurde die Kapitalerhöhung wie folgt: Herr X, mit Wohnsitz in der Schweiz, brachte 6600 (66%) Aktien der D SA mit Sitz in Tunesien ein. Deren Verkehrswert betrug im Zeitpunkt der Einbringung insgesamt CHF 5356500.– (d. h. rund CHF 811.60 pro D-Aktie) und deren umgerechneter Nominalwert CHF 609447.30. Herr X erhielt hierfür 535650 Aktien der C AG. Pro ein-

gelegte Aktie der D betrug das Entgelt somit 81.16 Aktien der C AG. Sodann brachten Herr X und vier weitere natürliche Personen, wovon drei ihren Wohnsitz in Frankreich und eine in der Schweiz hatten, insgesamt 1510 Aktien der F SAS mit Sitz in Frankreich ein, deren Verkehrswert im Zeitpunkt der Einbringung CHF 2927512.50 (d. h. rund CHF 1938.75 pro F-Aktie) und deren umgerechneter Nominalwert CHF 165525.– betrug. Die fünf Sacheinleger erhielten hierfür 250636 Aktien der C AG und eine Barabfindung in der Höhe von insgesamt CHF 421152.50.

Die Kapitalerhöhung der C AG um CHF 7862860.– entspricht somit exakt dem Verkehrswert der eingelegten Aktien der D SA (CHF 5356500.–) sowie der F SAS (CHF 2927512.50/. Barabfindung von CHF 421152.50 = CHF 2506360.–). Die C AG verfügte nach der Transaktion über 66% der Stimmrechte der D SA und über 100% der Stimmrechte an der F SAS.

Die zwei Voraussetzungen der steuerneutralen Quasifusion, d. h. (1.) mindestens 50% der Stimmrechte an der übernommenen Gesellschaft und (2.) maximale Auszahlung von 50% des effektiven Werts der übernommenen Beteiligungsrechte, wie sie von der Verwaltungspraxis im Kreisschreiben Nr. 5 vom 1. Juni 2004 («KS 5»), Ziff. 4.1.7.1. definiert wurden, erachtete die ESTV

als erfüllt. Dennoch verweigerte die ESTV die vollständige Befreiung der Transaktion von der Emissionsabgabe, indem sie auf KS 5, Ziff. 4.1.7.5. verwies, welche (auszugsweise) wie folgt lautet:

«Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Zusammenschlüsse (Quasifusionen) begründet oder erhöht werden, sind von der Emissionsabgabe ausgenommen (Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG).

Nicht abgabebefreit sind:

a) Eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft, die das nominelle Kapital der übernommenen Gesellschaft übersteigt, sofern die Merkmale der Abgabeumgehung erfüllt sind.

Werden ausländische Beteiligungen mit geringem nominellem Kapital und hohem Agio von im Ausland wohnhaften natürlichen Personen oder von in- oder ausländischen Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften eingebracht, ist eine Kapitalerhöhung im Umfang von in der Regel 30 Prozent des Verkehrswertes der übertragenen Beteiligung(en) zulässig. [...]»

Vorliegend betrachtete die ESTV somit die Aktienkapitalerhöhung im Umfang von 70% des Verkehrswertes der übertragenen Beteiligungen als einen der Emissionsabgabe unterliegenden Vorgang. Insoweit liege kein emissionsabgabebefreiter fusionsähnlicher Zusammenschluss vor.

Die Beschwerde der C AG ans Bundesverwaltungsgericht wurde gutgeheissen und es wurde festgestellt, dass die ihr auferlegte Emissionsabgabe nicht geschuldet sei. Das Bundesverwaltungsgericht begründete seinen Entscheid insbesondere damit, dass im vorliegenden Fall keine Abgabeumgehung im Sinne von lit. a der Ziff. 4.1.7.5. KS 5 vorliege. Die ESTV zog das Urteil ans Bundesgericht weiter. Dieses hiess die Beschwerde gut.

Inhaltsverzeichnis

1 Sachverhalt und Prozessgeschichte

2 Erwägungen des Bundesgerichts

3 Würdigung der Rechtsprechung

- 3.1 Wesen der Emissionsabgabe und Konzept der Steuerumgehung
- 3.2 Fehlende Steuerumgehung
- 3.3 Beschränkung der nominellen Kapitalerhöhung unter dem Nennwertprinzip
- 3.4 Beschränkung unter dem Kapitaleinlageprinzip

4 Zusammenfassung

2 Erwägungen des Bundesgerichts

Die Lausanner Richter hielten fest, dass die Erhöhung des Aktienkapitals gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a StG grundsätzlich der Emissionsabgabe unterliege. Mit Verweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG und auf das Bundesgerichtsurteil 2C_976/2014 vom 10. Juni 2015 wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen einer Quasifusion in casu erfüllt seien.

Das Bundesgericht verwies in seinen Erwägungen auf die Praxis der ESTV (KS 5 Ziff. 4.1.7.5.) und erwog, dass Kapitalerhöhungen der übernehmenden Gesellschaft, die das nominelle Kapital der übernommenen Gesellschaft übersteigen, nicht abgabebefreit seien, sofern die Merkmale der Abgabeumgehung erfüllt seien. Die entsprechende Limitierung von neuem Nennkapital würde auf dem bis Ende 2006 geltenden Nennwertprinzip beruhen und solle verhindern, dass Umstrukturierungen missbraucht

würden, um mehr steuerfrei rückzahlbaren Nennwert zu schaffen, als unter der alten Struktur möglich gewesen sei. Für die Übernahme ausländischer Beteiligungen gelte bei Quasifusionen eine Sonderregelung: Werde eine ausländische Beteiligung mit geringem nominellem Kapital und hohem Agio von im Ausland wohnhaften natürlichen Personen oder von in- und ausländischen Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften eingebracht, sei eine Kapitalerhöhung im Umfang von in der Regel 30% des Verkehrswerts der übertragenen Beteiligung (nachfolgend: «30%-Regel») von der Emissionsabgabe ausgenommen.

Es sei daher im vorliegenden Fall zu prüfen, ob eine Steuerumgehung vorliege. Eine solche liege gemäss ständiger Rechtsprechung vor, wenn (1.) eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint; (2.) anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich nur deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären; und (3.) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde.

In casu hätte die C AG in Anbetracht ihrer Unterbilanz ihr Kapital herabsetzen und nötigenfalls einen Kapitalschnitt durchführen müssen. Stattdessen habe sie ihr Kapital im Hinblick auf die Quasifusion erhöht. Die Erhöhung des Aktienkapitals um rund CHF 7.9 Mio. stehe dabei in keinem Verhältnis zu den nominellen Aktienkapitalien (rund CHF 0.77 Mio.) der übernommenen Beteiligungen. Dieses Vorgehen sei sachwidrig und daher ungewöhnlich.

Auf die Absicht, «à discrétion» neues Aktienkapital zu schaffen, könne bei der Übernahme einer ausländischen Gesellschaft geschlossen werden, wenn das Ausmass der Kapitalerhöhung

ungewöhnlich sei bzw. (bei der Einbringung ausländischer Beteiligungen) 30% des Verkehrswerts der einzubringenden Beteiligung überschreite und das Austauschverhältnis nicht plausibilisiert werden könne. Im vorliegenden Fall sei es der C AG nicht darum gegangen, ein bestimmtes Austauschverhältnis festzulegen, sondern möglichst viel Aktienkapital zu schaffen. Eine Sanierung der übernehmenden Gesellschaft auf dem Weg der Kapitalherabsetzung sei nicht ins Auge gefasst worden. Dies würde zu einer erheblichen Einsparung bei der Emissionsabgabe führen, wenn das Vorgehen anerkannt würde.

Das Bundesgericht kam schliesslich zum Schluss, dass alle Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt seien und daher das Vorgehen der C AG nicht als ein fusionsähnlicher Zusammenschluss im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG anerkannt werden könne, weshalb die Emissionsabgabe geschuldet sei.

3 Würdigung der Rechtsprechung

3.1 Wesen der Emissionsabgabe und Konzept der Steuerumgehung

Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG statuiert, dass Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlüssen begründet werden, von der Emissionsabgabe zu befreien sind. Dieser Norm liegt gemäss den Materialien zur Revision des StG der Gedanke zugrunde, dass Kapitalbeschaffungen im Zusammenhang mit Umstrukturierungen oftmals unter dem Druck wirtschaftlicher Notwendigkeit erfolgen und daher steuerlich zu entlasten sind¹. Sind die Kriterien einer Umstrukturierung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG erfüllt, sollen grundsätzlich keine Emissionsabgaben diese Transaktion verteuern.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die ESTV die Emissionsabgabebefreiung auf maximal 30% des Verkehrswerts der eingebrachten ausländischen Beteiligungen beschränken darf, obwohl Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG eine solche Limitierung nicht kennt.

Die Emissionsabgabe ist eine Rechtsverkehrssteuer². Als solche stellt sie, wie dies explizit in Art. 27 Abs. 1 StG statuiert wird, auf den wirklichen Inhalt der Urkunde ab und nicht auf den von den Beteiligten verfolgten wirtschaftlichen Zweck³.

Mit anderen Worten ist dem StG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise grundsätzlich fremd⁴. Mithin sind die Steuerbehörden bei der Interpretation der Bestimmungen des StG strikte an die zivilrechtliche Gestaltung gebunden. So unterliegt etwa die Finanzierung einer Gesellschaft mittels Fremdkapital nie der Emissionsabgabe, selbst wenn dem Fremdkapital wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt⁵. Ebenso wenig unterliegt bspw. ein indirekter Zuschuss einer Grossmuttergesellschaft – unter Überspringung der Muttergesellschaft – an ihre Enkelgesellschaft der Emissionsabgabe, weil der Begriff des Gesellschafters in Art. 5 Abs. 2 lit. a StG nicht wirtschaftlich, sondern zivilrechtlich geprägt ist⁶. Folglich darf das im Rahmen einer Quasifusion tatsächlich geschaffene nominelle Kapital nicht durch Auslegung umqualifiziert bzw. nur in gewissem Umfang als abgabebefreites nominelles Kapital anerkannt werden.

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Normen des StG ist lediglich dann zulässig, wenn eine Steuerumgehung vorliegt. Eine Steuerumgehung setzt nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung u. a. voraus, dass die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls als nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint. Die Steuerumgehung stellt folglich das Ergebnis in Frage und untersucht, ob dieses Ergebnis auch auf anderem, nicht völlig ungewöhnlichem Weg, Steuern ausgelöst hätte.

Im vorliegenden Fall haben das Bundesgericht wie auch die Vorinstanzen die Voraussetzungen einer Quasifusion zu Recht nicht in Frage gestellt. Das Bundesgericht hat alsdann mit Verweis auf die Verwaltungspraxis der ESTV (KS 5, Ziff. 4.1.7.5.) festgehalten, dass bei der Übernahme ausländischer Beteiligungen eine «Sonderregel» bestehe: Kapitalerhöhungen bei der Einbringung ausländischer Beteiligungen sollten in der Regel 30% des Verkehrswerts nicht überschreiten. Daraufhin hielt es fest, dass die Frage der Steuerumgehung zu prüfen sei.

Bislang war unklar, ob die 30%-Regel unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu prüfen ist. Das Bundesgericht stellt mit dem vorliegenden Entscheid klar, dass nicht nur bei der Einbringung inländischer, sondern auch bei ausländischen Beteiligungen eine Beschränkung des stempel-freien nominell geschaffenen Kapitals in Be-

¹ Bericht der Kommission des Nationalrates vom 16. September 1991, BBl 1991 IV 516 Ziff. 42; vgl. auch BGer 2C_1001/2014 vom 18. August 2015, E. 3.1.

² Vgl. zur Rechtsnatur der Emissionsabgabe u. a. BVGer A-1592/2006 vom 15. April 2009, E. 4.3.1.

³ Vgl. BVGer A-7065/2013 vom 11. September 2014, E. 3.4; BVGer A-1592/2006 vom 15. April 2009, E. 4.4.3; Blaise Eckert/Jérôme Piquet, in: Oberson/Hinny [Hrsg.], Kommentar Stempelabgaben, Zürich/Basel/Genf 2006,

Art. 5 N 2; Marco Duss/Julia von Ah/Roman Sieber, in: Zweifel/Athanas/Bauer-Balmelli [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Basel 2012, Art. 5 StG N. 52.

⁴ Vgl. BVGer A-1592/2006 vom 15. April 2009, E. 4.4.3.

⁵ Dies im Unterschied zu Kapital-, Gewinn- und Einkommenssteuern, die eine wirtschaftliche Sichtweise einnehmen.

⁶ BVGer A-1592/2006 vom 15. April 2009, E. 4.3.1.

tracht kommt, wenn eine Steuerumgehung vorliegt⁷. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Es wäre hingegen wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht deutlicher zum Ausdruck gebracht hätte, dass die Anwendung der 30%-Regel zwingend eine Steuerumgehung voraussetzt und nicht nur im vorliegenden Fall und auf seine Rechtsprechung hingewiesen hätte, welche Raum für die Prüfung einer Steuerumgehung lässt, selbst wenn eine Norm keiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugänglich ist: *«Der Annahme einer Steuerumgehung liegt – wie bereits ausgeführt – der Gedanke zugrunde, dass die missbräuchliche Geltendmachung eines Rechts bzw. die missbräuchliche Berufung auf eine gesetzliche Norm keinen Schutz verdient. Diese Grundüberlegung gilt jedoch unabhängig davon, ob eine Norm rein zivilrechtlich auszulegen ist oder in wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Ergibt sich, dass eine gewählte Rechtsgestaltung den – letztlich – verfolgten wirtschaftlichen Gegebenheiten nach völlig unangemessen ist und dass die Akzeptanz dieser Rechtsgestaltung aufgrund der Anwendung der hierfür vorgesehenen Gesetzesnormen zu unbilligen Steuereinsparungen führen würde, so verdient die missbräuchliche Berufung auf die letztlich wirtschaftlich nicht gewollte Rechtsgestaltung keinen Schutz. Ob der Inhalt der missbräuchlich in Anspruch genommenen Normen dabei in rein zivilrechtlicher Auslegung oder in wirtschaftlicher Auslegung zu ermitteln ist, ist irrelevant.»*

Die Anwendung des Konzepts der Steuerumgehung ist auch bei Rechtsverkehrssteuern sachgerecht und entspricht gefestigter Rechtsprechung. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Steuerumgehung und wirtschaftlicher Betrachtungsweise sehr schwierig zu ziehen, zumal das Konzept der Steuerumgehung auch Aspekte einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise umfasst. Da sich aber die wirtschaftliche Betrachtungsweise

nicht mit der Rechtsnatur der Emissionsabgabe vereinbaren lässt, darf eine Steuerumgehung im Zusammenhang mit Emissionsabgaben nur in ganz ausserordentlichen Fällen in Frage kommen. Ein ausserordentlicher Fall ist etwa im Mantelhandel zu sehen. Dass dieser sogar Eingang ins Gesetz gefunden hat (Art. 5 Abs. 2 lit. b StG), obwohl das Konzept der Steuerumgehung eine gesetzliche Regelung des Mantelhandels nicht notwendig gemacht hätte, unterstreicht nochmals, dass der Raum für die Annahme von weiteren Steuerumgehungsfällen äusserst beschränkt ist. Oder anders ausgedrückt: Der Gesetzgeber hätte, wenn er in der Verletzung der 30%-Regel eine Steuerumgehung gesehen hätte, dies auch ausdrücklich gesetzlich geregelt.

3.2 Fehlende Steuerumgehung

Gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt eine Steuerumgehung nur in ganz ausserordentlichen Situationen in Frage, namentlich dann, wenn trotz Heranziehung des Normsinns als Auslegungsschranke eine Besteuerung nicht möglich ist. Der Sachverhalt muss völlig unangemessen sein, denn eine Steuerumgehung kann nur bei einer Sachverhaltsgestaltung vorliegen, die – wenn man von den steuerlichen Aspekten absieht – jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt. Die Annahme einer Steuerumgehung bleibt aber ausgeschlossen, wenn andere als blosse Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine wesentliche Rolle spielen⁸. Mit anderen Worten kann das Gesetz zwar angewendet werden, das Ergebnis erschiene aber aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Sachverhalts in hohem Masse als stossend bzw. käme einer Willkür gleich⁹.

Im vorliegenden Fall verweist das Bundesgericht zwar auf diese neuere Rechtsprechung zur Steuerumgehung (BGE 138 II 239 und 131 II 627), ohne jedoch deren restriktive Anwendungsmöglichkeit – «nur in ganz ausserordentlichen Situationen» – zu thematisieren. In casu hätten sich

aber auch gute Gründe finden lassen, weshalb die vorliegende Transaktion nicht als ungewöhnlich oder sachwidrig, geschweige denn als absonderlich zu betrachten sein sollte, wie folgende Rechnung zeigt:

Die Aktien der C AG wurden vor der Kapitalerhöhung zum Kurs von CHF 3.65 gehandelt. Der Verkehrswert einer Aktie der D SA betrug gerundet CHF 811.60 und jener einer Aktie der F SAS CHF 1938.75. Hätte Herr X verlangt, dass er wertmässig kein Verlustgeschäft macht, hätte er pro Aktie der D SA 222 neue Aktien der C AG und eine Barabfindung von CHF 1.30 erhalten müssen ($\text{CHF } 811.60 / \text{CHF } 3.65 = \text{CHF } 222.356$; $0.356 \times \text{CHF } 3.65 = \text{CHF } 1.30$). Stattdessen hat Herr X pro Aktie der D SA lediglich 81.16 Aktien der C AG erhalten. Gleiches gilt für die einbringenden Aktionäre der F SAS. Hätten diese verlangt, dass sie wertmässig kein Verlustgeschäft machen, hätten sie pro Aktie der F SAS 531 neue Aktien der C AG und eine Barabfindung von CHF 0.60 erhalten müssen ($\text{CHF } 1938.75 / \text{CHF } 3.65 = \text{CHF } 531.164$; $0.164 \times \text{CHF } 3.65 = \text{CHF } 0.60$). Stattdessen erhielt diese Aktionärsgruppe pro Aktie der F SAS lediglich 165.98 Aktien der C AG und eine Barabfindung von CHF 421 152.50. Folglich hätte das Aktionariat der C AG, soweit lediglich das Umtauschverhältnis der Aktien berücksichtigt wird, ein viel höheres, allerdings nicht vollliberiertes Aktienkapital beschliessen können, als sie tatsächlich geschaffen hat.

Der Umstand, dass die C AG die Aktienkapitalerhöhung auf den Verkehrswert der Sacheinlage beschränkte, ist vermutungsweise darauf zurückzuführen, dass sie kein teillibiertes Aktienkapital schaffen wollte. Hätte die C AG pro Aktie der D SA 222 neue Aktien der C AG mit ei-

nem Nominalwert von CHF 10.– je Aktie geschaffen, wäre das nominelle Aktienkapital um CHF 14 652 000.– ($6600 \times 222 \times \text{CHF } 10.–$) erhöht worden. Dieses wäre aber bloss im Umfang von CHF 5 356 500.– liberiert. Ein solches teillibiertes Aktienkapital hätte grundsätzlich zu einer Nachschusspflicht der einbringenden Aktionäre geführt, wofür diese kaum Hand geboten hätten. Zudem wäre die Schaffung von teillibiertem Aktienkapital etwa durch die Herausgabe einer speziellen Aktienkategorie (z. B. teilliberierte B-Aktien) besonders für eine börsennotierte Gesellschaft wie die C AG nicht praktikabel, weil jeder Erwerber einer teillibierten Aktie nach Art. 687 Abs. 1 OR zur Einzahlung verpflichtet werden kann, was die Fungibilität einer Aktie verunmöglicht. Auch eine Aktienkapitalerhöhung unter dem Verkehrswert der Sacheinlage wäre für die einbringenden Aktionäre uninteressant gewesen, weil sie dadurch der C AG unentgeltlich Reserven zugeführt und damit die C AG saniert hätten, obwohl die Sanierung der C AG vor allem Sache des bestehenden Aktionariats der C AG und nicht der Aktionäre der D SA und der F SAS ist. Ferner konnte die C AG mittels ihres gewählten Vorgehens ihr Bilanzbild (höheres Aktienkapital) gegen aussen verbessern und musste dem Markt gegenüber nicht kundtun, dass sie ein Sanierungsfall sei. Es lassen sich folglich Gründe finden, die zeigen, dass die Transaktion nicht ausschliesslich fiskalisch motiviert war.

Schliesslich ist auch fraglich, ob das von der C AG gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Ersparnis bei den Emissionsabgaben geführt hätte, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen worden wäre. Das Bundesgericht erwog, dass die C AG vor der Kapitalerhöhung ei-

⁷ Vgl. Eveline Saupper/Markus Weidmann, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005, vor Art. 3 FusG N. 445.

⁸ BGE 138 II 239, E. 4.1.

⁹ BGE 138 II 239, E. 4.2.

ne deklarative Kapitalherabsetzung hätte durchführen müssen¹⁰. Diese sei nicht ins Auge gefasst worden. Stattdessen ging es – so das Bundesgericht – der C AG darum, das maximal mögliche nominelle Kapital zu bilden, was zu einer erheblichen Einsparung bei der Emissionsabgabe geführt hätte, falls das Vorgehen als steuerneutrale Quasifusion anerkannt worden wäre. Hätte die C AG eine Kapitalherabsetzung vorgenommen und sogleich wieder neues Kapital eingebracht (sog. Kapitalschnitt oder Harmonika) wäre auf dem Zuschuss grundsätzlich die Emissionsabgabe geschuldet gewesen¹¹. Diese Sanierungsleistung wäre gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. k StG hingegen von der Emissionsabgabe befreit gewesen. Hätte also die C AG ihr Aktienkapital von CHF 9 350 000.– um CHF 7 862 860.– reduziert und sogleich Nennwert im Umfang des Verkehrswerts der eingebrachten Beteiligungen von CHF 7 862 860.– neu geschaffen, wären keine Emissionsabgaben angefallen. Das Bundesgericht bleibt die Antwort schuldig, wo die vermeintlich «erhebliche» Einsparung der Emissionsabgaben zu finden ist.

3.3 Beschränkung der nominellen Kapitalerhöhung unter dem Nennwertprinzip

Vor dem Hintergrund der vorhergegangenen Ausführungen stellt sich die Frage, weshalb die ESTV bei Quasifusionen Maximallimiten für Nominalwerte fordert, hingegen nicht für Kapitaleinlagen, obwohl Kapitalerhöhungen den Kapitaleinlagen in die Reserven (sog. Zuschüsse) emissionsabgaberechtlich gleichgestellt sind¹². Diese Beschränkung lässt sich lediglich dann nachvollziehen, wenn das Nennwertprinzip ins Spiel gebracht wird, unter welchem auch der vorliegende Fall zu beurteilen war. Das Prinzip hatte bis 31. Dezember 2010 Geltung und besagte, dass sämtliche Ausschüttungen von Reserven gleich welcher Art der Verrechnungssteuer und Einkommenssteuer unterliegen¹³.

Mit der Beschränkung der Schaffung von neuem nominellem Kapital im Rahmen von Umstrukturierungen sollte unter dem Nennwertprinzip verhindert werden, dass Umstrukturierungen dazu missbraucht werden, um in deren Rahmen mehr steuerfrei rückzahlbaren Nennwert zu schaffen, als unter der alten Struktur möglich war¹⁴.

Mithin ist die eigentliche Steuerumgehungsgefahr nicht in der Reduktion oder Vermeidung von Emissionsabgaben zu sehen. Die mögliche Einsparung beträgt nämlich maximal 1% des neu geschaffenen nominellen Kapitals. Vielmehr stand die Möglichkeit im Visier des Fiskus, steuerbare (offene und stille) Reserven der übertragenden Gesellschaft durch eine nominelle Kapitalerhöhung auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft in steuerfrei rückzahlbaren Nennwert umzuwandeln. Doch dies ist vorwiegend ein Problem der Einkommens- und Verrechnungssteuern und nicht der Emissionsabgaben, weshalb der Thematik prioritär mit den Missbrauchsbestimmungen des Einkommenssteuerrechts und dem VStG zu begegnen ist.

Solche verobjektivierten¹⁵ Missbrauchsbestimmungen, welche die sog. Transponierung regeln, bestehen denn auch seit dem 1. Januar 2007 mit Art. 7a Abs. 1 lit. b StHG bzw. Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG¹⁶. Diese sehen für natürliche Personen mit Steuerpflicht in der Schweiz vor, dass der Erlös aus der Übertragung einer Beteiligung von mindestens 5% am Grundkapital einer Kapitalgesellschaft aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen einer Personenunternehmung oder juristischen Person, an welcher der Veräusserer oder Einbringer nach der Übertragung zu mindestens 50% am Kapital beteiligt ist, als steuerbarer Vermögensertrag gilt, soweit die gesamthaft erhaltene Gegenleistung den Nennwert der übertragenen Beteiligung übersteigt.

Aufgrund dieser Vorschriften wird sich ein Aktionär, der eine Beteiligung von mindestens 5% in seine selbst beherrschte Gesellschaft einbringt,

davor hüten, eine Kapitalerhöhung durchzuführen, die den Nennwert der eingebrachten Beteiligung übersteigt. Diese Transponierungsproblematik schränkt die Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb der Quasifusion enorm ein.

Eine weitere Missbrauchsbestimmung ist in Art. 21 Abs. 2 VStG enthalten. Das Bundesgericht wendete diese Bestimmung auf internationale Transponierungsfälle an¹⁷. Solche liegen vor, wenn nicht oder nicht vollumfänglich rückerstattungsberechtigte Ausländer, auf welche das schweizerische Einkommenssteuerrecht nicht anwendbar ist, eine schweizerische Beteiligung zum Verkehrswert in eine von ihnen beherrschte schweizerische (Holding-)Gesellschaft einbringen und diese hierfür neues Aktienkapital oder Kapitaleinlagereserven schafft. Auf diese Weise kann die vorhandene Verrechnungssteuersubstanz auf Ebene der eingebrachten Beteiligung in verrechnungssteuerfrei rückzahlbares Aktienkapital bzw. Kapitaleinlagereserven auf Ebene der Muttergesellschaft umgewandelt werden. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid aus dem Jahre 1971 ausdrücklich fest, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur dann zu verweigern ist, wenn sich das «unge-

wöhnliche Vorgehen nicht durch ernsthafte wirtschaftliche (nicht steuerliche) Überlegungen rechtfertigen» lässt. Mithin bedarf es für die internationale Transponierung eines ungewöhnlichen Vorgehens, welches ausschliesslich steuerlich motiviert ist.

Eine weitere Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten, indem Emissionsabgaben selbst bei einkommensneutraler Quasifusion erhoben werden, widerspricht der Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 lit a^{bis} StG, welche gerade die steuerliche Entlastung von Umstrukturierungen bezweckt. Das Konzept der Steuerumgehung darf nur in ganz ausserordentlichen Fällen zur Anwendung gelangen, wie es auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung fordert¹⁸. Ein solcher ausserordentlicher Fall ist aber vorliegend zu verneinen.

3.4 Beschränkung unter dem Kapitaleinlageprinzip

Das Bundesgericht musste sich vorliegend nicht mit der Frage auseinandersetzen, wie der Fall unter dem Kapitaleinlageprinzip zu entscheiden gewesen wäre.

Unter dem Kapitaleinlageprinzip, das Kapitaleinlagen und nominelles Kapital gleichbehand-

¹⁰ BGer 2C_1001/2014 vom 10. August 2015, E. 4.6.

¹¹ Art. 5 Abs. 2 lit. a StG.

¹² Art. 5 Abs. 2 lit. a StG.

¹³ Hingegen war die Rückzahlung von Aktienkapital auch schon unter dem Nennwertprinzip steuerfrei.

¹⁴ BGer 2C_1001/2014 vom 10. August 2015, E. 3.5. Bringt ein in der Schweiz ansässiger Aktionär seine Anteile an einer Gesellschaft zum Verkehrswert in eine Schweizer Holdinggesellschaft gegen Herausgabe von neuen Aktien ein, qualifiziert die Transaktion als Quasifusion. Diese ermöglicht es dem Aktionär, latentes Verrechnungssteuersubstrat in Form von offenen und stillen Reserven auf Ebene der übertragenen Gesellschaft in verrechnungs- und einkommenssteuerfrei rückzahlbares Nominalkapital auf Ebene der übernehmenden Holdinggesellschaft umzuwandeln.

¹⁵ D. h. es bedarf keines subjektiven Elements (Wissen und Wollen), um den Tatbestand der Transponierung zu erfüllen. Dies im Unterschied zur Steuerumgehung, welche ein subjektives Tatbestandsmerkmal voraussetzt.

¹⁶ Vor der gesetzlichen Normierung wurde der Tatbestand der Transponierung in Lehre und Rechtsprechung bereits unter dem Bundesratsbeschluss über die Erhebung der direkten Bundessteuer (BdBSt) vielfach beleuchtet; siehe etwa BGE 115 Ib 238.

¹⁷ BGer 30.4.1971, ASA 40 (1971/72), S. 512; vgl. Thomas Jaussi/Costante Ghielmetti/Markus Pfirter, Allgemeiner Überblick über die Rückerstattung der eidg. Verrechnungssteuer, STR 67/2012, S. 743; David Brönimann, Internationale Transponierung, STR 67/2012, S. 562 ff.

¹⁸ So auch BGE 138 II 239, E. 4.1.

delt, besteht kein Anlass mehr, die Steuerumgehung auf die Schaffung von Nennkapital (nicht aber auf Zuschüsse) zu beschränken. Deshalb wird die Beschränkung der nominellen Kapitalerhöhung auf in der Regel 30% des Verkehrswerts der eingebrachten Beteiligung sinnlos, wenn umgekehrt steuerlich dasselbe Ergebnis erzielt werden könnte, indem anstelle von Nennkapital Kapitaleinlagereserven geschaffen würden. Die EStV hält im Kreisschreiben Nr. 29a vom 9. September 2015 (nachfolgend: «KS 29a») lediglich fest, dass unter dem Kapitaleinlageprinzip der Nennwertbegriff gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG in Bezug auf die Festsetzung des steuerbaren Vermögensertrags nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG weiter zu fassen ist¹⁹. Nicht nur Gutschriften und die Zunahme des Nominalkapitals zeitigen unter dem Aspekt der Transponierung Einkommenssteuerfolgen, sondern auch die Verbuchung des über dem Nominalkapital liegenden Wertes als Agio und die Geltendmachung als Reserven aus Kapitaleinlagen. Zur Frage, ob und wie die 30%-Regel betreffend die Emissionsabgaben im Zusammenhang mit dem Kapitaleinlageprinzip anzuwenden ist, äussert sich keine schriftliche Verwaltungsverordnung.

Ein Teil der Literatur verlangt, dass unter dem Kapitaleinlageprinzip anlässlich einer Quasifusion im Vergleich zur Ausgangslage kein erhöhter Bestand an steuerfrei rückzahlbarem Nennwert und/oder Kapitaleinlagesubstrat geschaffen werden darf²⁰.

Diese Auffassung ist abzulehnen, soweit sie sich nicht auf Missbrauchsfälle beschränkt. Zudem sollte berücksichtigt werden, dass die gesetzliche Normierung der Transponierung die Gestaltungsfreiheit innerhalb von fusionsähnlichen Transaktionen sehr einschränkt. Weshalb die sehr formell zu verstehende Emissionsabgabe zusätzlich korrigierend bei Quasifusionen – ob einkommenssteuerneutral oder nicht – eingreifen soll und damit Unternehmensumstrukturierungen zusätzlich verteuert, ist nicht nachvoll-

ziehbar und verträgt sich nicht mit dem gesetzgeberischen Gedanken, Umstrukturierungen steuerlich zu entlasten. Die Emissionsabgabe darf bei Quasifusionen – wenn überhaupt – lediglich im äusserst selten anzutreffenden Missbrauchsfall erhoben werden. Ein solcher ist nicht schon dann anzunehmen, wenn ein im Vergleich zur Ausgangslage erhöhter Bestand an steuerfrei rückzahlbarem Nennwert oder Kapitaleinlagesubstrat geschaffen wird. Ergibt sich die Erhöhung des Aktienkapitals und/oder der Kapitaleinlagereserve aus dem Umtauschverhältnis der Aktien, liegt in jedem Fall keine Steuerumgehung vor²¹.

4 Zusammenfassung

Das Bundesgericht kommt, wenn auch nicht ausdrücklich, zum Schluss, dass die Befreiung der Emissionsabgabe bei Quasifusionen lediglich dann nicht gilt, wenn eine Abgabeumgehung vorliegt. Im vorliegenden Fall bejahten die Lausanner Richter eine Abgabeumgehung, obwohl sich Gründe finden liessen, die aufzeigen, dass die Transaktion weder ungewöhnlich noch ausschliesslich fiskalisch motiviert war.

Nach der Auffassung des Autors ist es allgemein sehr fraglich, ob eine Umgehung von Emissionsabgaben im Zusammenhang mit Quasifusionen jemals vorliegen kann. Die Quasifusion wird kaum gewählt, um etwaige Emissionsabgaben zu vermeiden. Vielmehr lassen sich durch die Quasifusion unter Umständen gewichtigere Einkommens- und Verrechnungssteuerfolgen vermeiden. Damit die Quasifusion nicht missbraucht wird, um Einkommens- und Verrechnungssteuern zu umgehen, hat der Gesetzgeber den Tatbestand der Transponierung geschaffen. Dieser schränkt die Bildung von Nennkapital und Kapitaleinlagereserven in genügendem Mass ein und schliesst daher Steuerumgehungen und damit auch eine Umgehung der Emissionsabgabe grundsätzlich aus. Insbesondere

kann dann nicht von einer Steuerumgehung die Rede sein, wenn sich die Erhöhung des Nennka-

pitals und/oder der Kapitaleinlagereserven aus dem Umtauschverhältnis der Aktien ergibt.

¹⁹ KS 29a, Ziff. 4.2.5.

²⁰ Hans-Peter Hochreutener, Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, Bern 2013, Rz. 987.

²¹ Vgl. auch Eveline Saupper/Markus Weidmann, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005, vor Art. 3 FusG N. 445.