

**Der Gesetzgeber hat seinerzeit beschlossen, Ersatzbeschaffungen von der Umsatzabgabe zu befreien. Bei der Auslegung der Gesetzesvorgabe gehen allerdings die Meinungen stark auseinander, und die Hinweise in den Kreisschreiben sind eher knapp ausgefallen.**

MARCO GRETER

## WERTSCHRIFTEN-UMSATZABGABE BEI DER ERSATZBESCHAFFUNG VON BETEILIGUNGEN

### Vom Normtatbestand bis zur angenommenen Abgabe

#### 1. EINLEITUNG

Gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. j *Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG)* in der seit 1. Juli 2004 geltenden Fassung sind von der Umsatzabgabe auch der Erwerb oder die Veräusserung von steuerbaren Urkunden im Rahmen von Ersatzbeschaffungen ausgenommen. Im Nationalrat wurde diese Ausdehnung seinerzeit unter Hinweis darauf bekämpft, dass es sich bei der Umsatzabgabe um eine Transaktionssteuer handle und die Befreiung über die Ziele des Fusionsgesetzes hinausschiesse. Bundesrat *Kaspar Villiger* lehnte die Ausdehnung mit der Begründung ab, dass es bei Umstrukturierungen im Gewinnsteuerrecht um einen Aufschub der Steuer, nicht um eine Befreiung gehe und die Ersatzbeschaffung nichts mit einer echten Umstrukturierung zu tun habe. Dennoch beschloss der Gesetzgeber, auch Ersatzbeschaffungen von der Umsatzabgabe zu befreien. Das Gesetz ist also anzuwenden, fragt sich nur wie, denn die Hinweise in den Kreisschreiben der *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* Nr. 5 vom 1. Juni 2004 (Ziff. 4.7.4) und Nr. 12 vom 20. Dezember 2005 (Ziff. 8.5.1) sind eher knapp ausgefallen, und die Meinungen gehen weit auseinander.

#### 2. NORMTATBESTAND VS. RECHTSFOLGE

Bei Steuerrechtsnormen ist – nicht anders als bei den diesbezüglich «plakativen» Strafrechtsnormen (Wer ... begeht, wird mit ... bestraft) – grundsätzlich zuerst einmal zwischen dem Normtatbestand (unter den ein Sachverhalt subsumierbar sein muss) und den von der Norm bestimmten Rechtsfolgen zu unterscheiden. Art. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> des *Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG)* lautet wie folgt:



MARCO GRETER, DR. IUR.,  
PARTNER, ALTORFER  
DUSS & BEILSTEIN AG,  
ZÜRICH

«Beim Ersatz von Beteiligungen können die stillen Reserven auf eine neue Beteiligung übertragen werden, sofern die veräusserte Beteiligung mindestens 20 Prozent des Grund- oder Stammkapitals der anderen Gesellschaft ausmacht und als solche während mindestens eines Jahres im Besitze der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft war.»

Der *Tatbestand* der Ersatzbeschaffung von Beteiligungen besteht gewinnsteuerrechtlich demnach aus folgenden Elementen:

→ «Ersatz» eines Vermögensgegenstandes, d. h. Veräusserung eines Vermögensgegenstandes und Verwendung des Erlöses zum zeitnahen (Art. 64 Abs. 2 DBG: innert einer angemessenen Frist; nach Ansicht der ESTV in der Regel innert 3 Jahren) Erwerb eines gleichartigen Vermögensgegenstandes; → Der ersetzte Vermögensgegenstand ist eine Beteiligung von mindestens 20% am Grund oder Stammkapital einer anderen Gesellschaft; → Diese Beteiligung ist während mindestens eines Jahres gehalten worden.

Gewinnsteuerlich besteht der Tatbestand der Ersatzbeschaffung also nur in der *Veräusserung* einer qualifizierten Beteiligung unter *Reinvestition* des Erlöses innert angemessener Frist in eine andere Beteiligung, deren Charakteristiken der Gesetzeswortlaut nicht näher umschreibt. Der Zwischenschritt der geldmässigen Veräusserung des bisherigen Wirtschaftsgutes ist dabei nicht begriffsnötig (*Markus Reich* in: *Reich/Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht*, Basel/Frankfurt a. M. 1996, S. 58); es geht tatbeständlich lediglich um den *Austausch* wirtschaftlich gleichartiger Güter.

Die gewöhnliche Rechtsfolge der Veräusserung einer Beteiligung wäre die steuerliche Folge der echten Gewinnrealisation. *Rechtsfolge der Ersatzbeschaffung bei der Gewinnsteuer* ist – wegen des Massgeblichkeitsprinzips unter der Voraussetzung der erfolgsneutralen Verbuchung – der Verzicht auf die Besteuerung der durch den Verkauf frei gewordenen stillen Reserven und deren Weiterführung im Buchwert des Ersatzguts, was dem Austauschtatbestand entspricht. Der Umstand, dass sich der Kapitalgewinn bei Ausweis in der Erfolgsrechnung gemäss Art. 70 Abs. 4 DBG als Beteiligungsertrag qualifizieren würde, ist unbeachtlich.

Der mit dem Fusionsgesetz ins *Umsatzabgaberecht* eingefügte Art. 14 Abs. 1 lit. j StG lautet wie folgt:

«Von der Abgabe sind ausgenommen ... j) der Erwerb oder die Veräusserung von steuerbaren Urkunden im Rahmen von Umstrukturierungen nach den Artikeln 61 Abs. 3 und 64 Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer sowie bei der Übertragung von Beteiligungen von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital anderer Gesellschaften auf eine in- oder ausländische Konzerngesellschaft.»

*Normtatbestand* im hier interessierenden Zusammenhang ist lediglich

→ der Erwerb oder die Veräusserung von steuerbaren Urkunden; → im Rahmen von Umstrukturierungen nach den Artikeln ... 64 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG.

Der Ersatzbeschaffungstatbestand des DBG wird kraft Verweisung zum Normtatbestand des StG. Die *Rechtsfolgen der Tatbestandserfüllung* sind aber unterschiedlich, weil es sich um

*«Tatbestandsvoraussetzung  
der Ersatzbeschaffung –  
weil begriffsimmanent –  
ist aber die Reinvestition  
des Erlöses.»*

zwei verschiedene Steuersysteme handelt. Die *Rechtsfolge bei der Umsatzabgabe* lautet gemäss Art. 14 Abs. 1 Ingress StG: «Von der Abgabe sind ausgenommen...». Die Umsatzabgabe entfällt, wenn der Tatbestand der Ersatzbeschaffung erfüllt ist.

### 3. FOLGERUNGEN

Ob und in welchem Umfang stille Reserven auf das Ersatzobjekt übertragen werden (inwieweit keine Gewinnsteuerfolgen eintreten), ist bei der Umsatzabgabe ebenso wenig relevant wie der Betrag des massgeblichen Kapitalgewinnes, weil dies lediglich für die Rechtsfolgen der Ersatzbeschaffung bei der Gewinnsteuer von Bedeutung ist. *Tatbestandsvoraussetzung* der Ersatzbeschaffung – weil begriffsimmanent – ist aber die *Reinvestition des Erlöses*. Bei der Umsatzabgabe ist demnach das Ausmass der Reinvestition des Erlöses entscheidend (a. M. *Stefan Widmer/Reto Arnold* in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/3, Art. 14 StG N 89 mit der Begründung, dass dem Gesetzeswortlaut keine Einschränkung entnommen werden könne; *Peter Riedweg/Reto Heuberger* in: Basler Kommentar Fusionsgesetz, S. 941 N 23 ebenfalls ohne Berücksichtigung der zum Ersatzbeschaffungsbegriff gehörenden Reinvestition).

Das führt bei der Umsatzabgabe zu den folgenden Grundmodellen:

→ *Verkaufserlös Beteiligung 150, Kaufpreis Ersatzbeteiligung 150*. Es liegt eine kongruente Ersatzbeschaffung vor, was wohl selten der Fall sein dürfte: Verkauf und Kauf sind abgabefrei. → *Verkaufserlös Beteiligung 150, Kaufpreis Ersatzbeteiligung 100*. Bezogen

auf den Verkaufserlös erfolgt lediglich eine Reinvestition im Umfang von 100: Beim Verkauf ist die Umsatzabgabe auf 50 zu erheben, der Kauf ist abgabefrei. → *Verkaufserlös Beteiligung 150, Kaufpreis Ersatzbeteiligung 200*. In die Ersatzbeteiligung wird ein Betrag von 50 über den Verkaufserlös hinaus investiert: Der Verkauf ist abgabefrei, beim Kauf ist die Umsatzabgabe auf 50 zu erheben.

Ergänzend sei festgehalten, dass auch eine Neugründung an Stelle eines Kaufes den Tatbestand der Ersatzbeschaffung erfüllen kann. Wird der Verkaufserlös in eine neu gegründete Gesellschaft investiert, so entfällt die Umsatzabgabe auf der Ausgabe der Beteiligungsrechte gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a StG vollumfänglich, auch wenn mehr als der gesamte Verkaufserlös investiert wird. Wird weniger reinvestiert, so ist beim Verkauf die Umsatzabgabe auf dem Differenzbetrag zu erheben.

### 4. AUSGENOMMENE ABGABE

Nach dem Gesetzeswortlaut wird zwar eine bestimmte Transaktion von der Abgabe befreit, berufen darauf kann sich aber nur der *Abgabeschuldner* für die von ihm geschuldete Abgabe. Im Gegensatz zur in der gleichen Bestimmung (zweiter Satzteil) enthaltenen Übertragung von qualifizierten Beteiligungen auf Konzerngesellschaften oder den unter Art. 14 Abs. 1 vor lit. j StG aufgelisteten Ausnahmen, an denen stets zwei Parteien beteiligt sind (und sich darauf berufen können), ist die Ersatzbeschaffung im Sinne von Art. 64 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG eine interne Angelegenheit derjenigen Partei, welche die Ersatzbeschaffung vornimmt, auch wenn dieser Vorgang aus mindestens zwei Transaktionen mit Gegenparteien besteht. Abgesehen davon, dass ein Einschluss der Gegenpartei in die Abgabebefreiung auf eine praktisch nicht vollziehbare Gesetzesbestimmung hinausläufe (sie hat keine Kontrolle über die Erfüllung des Tatbestandes), ergibt sich auch nichts anderes aus der *ratio legis*: Begünstigt soll derjenige sein, der eine Ersatzbeschaffung vornimmt (a. M. *Widmer/Arnold*, a. a. O. Art. 14 StG N 90, mit der schwer nachvollziehbaren Begründung, dass die Abgabebefreiung sowohl für das Veräusserungs- als auch für das Erwerbsgeschäft gelte).

Die ausgenommene Abgabe ist die nach Art. 17 Abs. 2 lit. b StG (Abgabepflicht) in Verbindung mit Art. 16 StG (Abgabebasis und Berechnungsgrundlage) geschuldete Abgabe des «Ersatzbeschaffers», der Effektenhändler ist. Sind die Gegenparteien auch Effektenhändler, so schulden sie die halbe, und wenn der «Ersatzbeschaffer» nicht Effektenhändler ist, die ganze Abgabe. Es sei denn, der Tatbestand der Ersatzbeschaffung wäre zufälligerweise auch bei ihnen erfüllt, oder sie wären von der Abgabe gemäss Art. 17a StG befreite Anleger, oder die halbe Abgabe entfiel gemäss Art. 19 StG. Art. 14 Abs. 1 StG greift in keiner Weise in die Bestimmung der Abgabepflicht nach Art. 17 StG ein, sondern befreit lediglich den Abgabepflichtigen von der ihm vom Gesetz auferlegten Abgabe, wenn bei ihm die tatbestandsmässigen Voraussetzungen erfüllt sind. ■