

Prof. Dr. iur. René Matteotti / Michael Felber

Verfassungsrechtliche Kritik an der Unternehmenssteuerreform II

Kursorische Überlegungen zu den im Abstimmungskampf verwendeten Argumenten

Eine der zentralen Zielsetzungen der Unternehmenssteuerreform II besteht darin, die Besteuerung der Personengesellschaften und der Kapitalgesellschaften anzugleichen. Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken geben insb. zwei Punkte der Reform: Zum einen sollen Dividenden nicht mehr voll besteuert werden, sondern nur noch zum Satz von 60 %, wenn sie im Privatvermögen gehalten werden, und zu 50 %, wenn sie zum Geschäftsvermögen gehören (sog. Teileinkünfteverfahren). Zum anderen soll die Entlastung nur denjenigen Aktionären gewährt werden, die mindestens 10 % der Aktien an einer Kapitalgesellschaft halten. Die Autoren setzen sich im vorliegenden Beitrag kritisch mit den im Abstimmungskampf vorgetragenen rechtlichen Argumenten für und gegen die Verfassungskonformität der Unternehmenssteuerreform II auseinander.

Rechtsgebiet(e): Besteuerung juristischer Personen

Zitiervorschlag: René Matteotti / Michael Felber, Verfassungsrechtliche Kritik an der Unternehmenssteuerreform II, in: Jusletter 11. Februar 2008

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Teileinkünfteverfahren und Beteiligungsgewinnsteuer
- III. Die Mindestquote von 10 Prozent
- IV. Wie weiter?

I. Ausgangslage

[Rz 1] Der Grundtenor von Seiten der Steuerrechtswissenschaft bei der Frage der Verfassungskonformität der Unternehmenssteuerreform II war bisher einstimmig¹. Mit der Aussage eine Verfassungsverletzung sei in der Abstimmungsvorlage nicht zu erkennen, brachte Ulrich Cavelti eine neue Tonlage in die Debatte². Dieser in der NZZ vom 17. Januar 2008 geäußerten Ansicht kann teilweise gefolgt werden. Die 10-Prozent-Schwelle vermag aber weder steuersystematisch noch verfassungsrechtlich zu überzeugen.

[Rz 2] Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken geben insbesondere zwei Punkte der Reform: Zum einen sollen Dividenden nicht mehr voll besteuert werden, sondern nur noch zum Satz von 60 Prozent, wenn sie im Privatvermögen gehalten werden, und zu 50 Prozent, wenn sie zum Geschäftsvermögen gehören (sog. Teileinkünfteverfahren). Eine solche Entlastung, so insbesondere die Kritik von Robert Waldburger, sei inkonsequent, wenn nicht gleichzeitig eine Besteuerung der privaten Kapitalgewinne erfolgt. Eine Ungleichbehandlung wird zweitens darin gesehen, dass diese Milderung der Dividendenbesteuerung nur für Aktionäre gilt, die mindestens 10 Prozent der Beteiligungspapiere an einer Unternehmung halten.

II. Teileinkünfteverfahren und Beteiligungsgewinnsteuer

[Rz 3] Zur Kritik an der Teilbesteuerung der Dividendeneinkünfte ist zunächst festzuhalten, dass diese vor dem Hintergrund einer der zentralen Zielsetzungen der Unternehmenssteuerreform II zu sehen ist, nämlich des Ziels der sog. Rechtsformneutralität, d.h. der möglichst weitgehenden Angleichung der Besteuerung der Personengesellschaften und der Kapitalgesellschaften. Im heutigen System werden die laufenden Gewinne der Personengesellschaft dem Einkommen des Gesellschafters zugerechnet und einmalig als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit besteuert. Bei den Kapitalgesellschaften werden die laufenden Gewinne dagegen zunächst bei der Unternehmung selber durch die Gewinnsteuer erfasst. Später bei der Ausschüttung stellen Dividendeneinkünfte steuerbares Einkommen auf Stufe der Anteilseigner dar. Steuerliche Unterschiede bestehen auch in Bezug auf die Behandlung der Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Beteiligungsrechten: Während der

Kapitalgewinn von im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungsrechten formell steuerfrei bleibt, unterliegen Kapitalgewinne aus der Veräusserung einer Beteiligung an einer Personengesellschaft der Einkommensteuer. Wird nun die wirtschaftliche Doppelbelastung reduziert und gleichzeitig keine Kapitalgewinnbesteuerung eingeführt, so resultiert nach der Kritik Waldburgers grundsätzlich eine einseitige Begünstigung der Inhaber von Anteilsrechten an einer Kapitalgesellschaft. Cavelti führt nun ins Feld, dass gemäss Modellrechnung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) die Gleichbehandlung zwischen der Steuerlast der Dividenden und der Steuerlast von Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit einer Besteuerung von 60 bis 90 Prozent der Dividenden erreicht sei, ohne dass eine Besteuerung der Gewinne bei Veräusserungen aus dem Privatvermögen nötig wäre. Unter Ausserachtlassung der Sozialversicherungsbeiträge sei eine Besteuerung von 50 bis 80 Prozent angemessen. Ausserdem habe das Bundesgericht die Verfassungskonformität der privaten Kapitalgewinne aus Praktikabilitätsüberlegungen nicht per se abgesprochen.

[Rz 4] Mit der vom Parlament gewählten Besteuerung der Dividenden im Umfang von 60 resp. 50 Prozent liegt man bei der Vorlage am unteren Ende der von der ESTV ermittelten Spanne, weshalb die Quote nicht per se als verfassungswidrig angesehen werden kann, sofern die Modellrechnungen der ESTV richtig sind. Anders sieht die Situation freilich in einzelnen Kantonen aus, wo wesentlich tiefere Teilbesteuerungssätze gelten mit der Folge, dass Aktionärsunternehmer gegenüber Personenunternehmern in verfassungswidriger Weise bevorzugt werden. Hält die Besteuerungsquote von 50 resp. 60 Prozent der Verfassung gerade noch stand, stellt sich die Frage, ob das Teileinkünfteverfahren zwingend mit der Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer einhergehen muss. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass private Kapitalgewinne auch nach schweizerischem Recht nicht einfach – wie oft gesagt wird – nicht, sondern bloss auf indirekte Art besteuert werden. Der Käufer von Aktien übernimmt nämlich die latente Steuerlast auf den Reserven der Gesellschaft, deren Aktien veräussert werden, und stellt die steuerlich voraussehbare Belastung künftiger Dividendenausschüttungen preismindernd in Rechnung. Damit wird der Verkäufer indirekt zu einer der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit «grosso modo» entsprechenden Besteuerung unterworfen. Den Ungenauigkeiten, welche mit diesem System in Bezug auf die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unzweifelhaft in Kauf genommen werden, stehen verwaltungsökonomische Vorteile gegenüber. In den komplexen Fällen, wo sich die Ausschüttungssteuerlast aufgrund besonderer Eigenheiten des schweizerischen Steuerrechts verflüchtigt und eine indirekte Besteuerung des Kapitalgewinns nicht möglich ist, hat der Steuergesetzgeber die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne wesentlich – aber nicht vollständig – eingeschränkt (Stichwörter: Transponierung und indirekte Teilliquidation). In Bezug auf die steuerliche Behandlung

¹ NZZ am Sonntag vom 13. Januar 2008, S. 5.

² NZZ vom 17. Januar 2008, S. 4

privater Kapitalgewinne basiert das schweizerische Steuerrecht somit auf einem System, das die Ziele der Steuergerechtigkeit und Praktikabilität gerade noch verhältnismässig verknüpft. Mit der Annahme der Unternehmenssteuerreform II wird dieser gesetzgeberische Kompromiss zwischen Steuergerechtigkeit und Praktikabilität nicht aus den Angeln gehoben, weswegen die prima vista einleuchtende Auffassung, die Nichteinführung einer Beteiligungsgewinnsteuer verletze offenkundig die Verfassung, nicht zwingend ist.

[Rz 5] Das Unbehagen über die Besteuerungsquote von 50 resp. 60 Prozent ist aber damit nicht vollständig vom Tisch, hängt doch das Urteil über deren Verfassungsmässigkeit davon ab, ob die Modellrechnungen der ESTV zutreffend sind. Als Wissenschaftler und Staatsbürger würde man sich wünschen, wenn für den Entscheid über die Angemessenheit der vom Parlament beschlossenen Besteuerungsquote auf ein von der Verwaltung unabhängiges, aktuelles steuerökonomisches Gutachten zurückgegriffen werden könnte. Die Grundlage, auf welcher die Stimmbürger heute über die Vorlage befinden müssen, ist bedauerlicherweise mehr als dürftig und vermag das Bedürfnis nach unabhängiger Information – dem Sauerstoff für das demokratische Gesetzgebungsverfahren und den Meinungsbildungsprozess in der direkten Demokratie – nicht zu decken.

III. Die Mindestquote von 10 Prozent

[Rz 6] Den eigentlichen Knackpunkt des Teileinkünfteverfahrens stellt die 10-Prozent-Hürde dar. Auch Cavelti sagt, dass hier «formal» eine Ungleichbehandlung der Aktionäre besteht. In der Tat sind von der wirtschaftlichen Doppelbelastung alle Aktionäre betroffen, weswegen aus steuersystematischer Sicht alle Aktionäre in den Genuss des Teileinkünfteverfahrens gelangen müssten. Eine solche Ausdehnung wäre ohne Weiteres möglich und auch fiskalisch verkraftbar gewesen, wenn die Besteuerungsquote des Teileinkünfteverfahrens etwas höher (z.B. 70 bis 80 Prozent) angesetzt worden wäre.

[Rz 7] Eine Durchbrechung des Gleichmässigkeitsprinzips ist verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn mit der Ungleichbehandlung ein legitimes Ziel verfolgt wird und die gesetzgeberischen Massnahmen zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind und in einem vernünftigen Verhältnis zur Benachteiligung der Nichtprivilegierten stehen. Cavelti argumentiert nun, dass die Unterscheidung zwischen Klein- und Grossaktionären «materiell» gerechtfertigt sei, weil die Aktionäre mit unterschiedlichen Beteiligungsquoten ein unterschiedliches unternehmerisches Risiko mit unterschiedlicher Verantwortung tragen.

[Rz 8] Dieser scheinbar konsistenten Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Investitionsrisiko beim Aktienkauf nicht von der Beteiligungsquote, sondern von den Diversifikationsmöglichkeiten und dem Anteil des privaten

Kapitals, das in die Unternehmung investiert wird, abhängt. So trägt ein Anleger, der 50 Prozent seines Kapitals in eine Unternehmung steckt und dies einem Anteil am Aktienkapital der Unternehmung von beispielsweise 10 Prozent entspricht, das gleiche finanzielle Risiko wie ein Anleger, der auch 50 Prozent seines Vermögens in die gleiche Unternehmung investiert, daraus aber nur eine Beteiligung von 1 Prozent resultiert. Die 10-Prozent-Hürde erweist sich somit als ungeeignetes Kriterium, um eine besonders hohe Risikofreudigkeit von Aktionären steuerlich zu begünstigen. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich die Übernahme von hohen Investitionsrisiken steuerlich fördern wollen, hätte er eine Investitionsprämie einführen müssen, die von der Quote des investierten Eigenkapitals und nicht von der Beteiligungsquote hätte abhängig sein müssen. Ob ein freiheitlicher Staat die Übernahme von Geschäftsrisiken mit Steuergeldern überhaupt generell fördern sollte, ist ein anderes Thema, das hier nicht weiter vertieft werden soll. Möchte der Gesetzgeber Investitionen dennoch steuerlich fördern, sollte er diese generell von der Besteuerung ausnehmen, ohne bestimmte Steuerpflichtige zu diskriminieren.

[Rz 9] Lässt sich aber die 10-Prozent-Hürde mit dem im Abstimmungskampf immer wieder ins Feld geführten Argument, dass die Grossaktionäre gegenüber Kleinaktionären grössere Verantwortung in einem Betrieb übernehmen, rechtfertigen? Die erste Frage, die sich hier zunächst stellt, ist, worin sich die Verantwortung eines Aktionärs auszeichnet. Die Aktionäre haben nach dem gesetzgeberischen Konzept bloss eine Verpflichtung: die Hingabe von Kapital, das für den Betrieb des Unternehmens nötig ist. Die Dividende stellt die erfolgsabhängige Entschädigung für das Kapital dar, welches von den Aktionären zur Verfügung gestellt wird, wobei nach dem auch im Aktienrecht geltenden Gleichbehandlungsgebot, die Aktionäre dem Grundsatz nach im Verhältnis ihrer Kapitalanteile am Gewinn partizipieren. Indem das Parlament den Grossaktionären einen Steuerrabatt gewähren möchte, stellt es das vom Gleichbehandlungsgebot geprägte Aktienrecht auf den Kopf: Werden die Steuern mitberücksichtigt, partizipieren die Grossaktionäre bei einer Gesellschaft, an der auch Kleinaktionäre beteiligt sind, fortan progressiv am Unternehmensgewinn. Es findet mit anderen Worten eine Umverteilung statt und zwar eine solche von unten nach oben. Die Frage ist nun, ob eine solche Umverteilung gerechtfertigt ist, weil Grossaktionäre mehr Verantwortung übernehmen und damit einen überproportional höheren Beitrag am Geschäftsergebnis leisten. Wie bereits gesagt, stellt die Dividende nach der klassischen Konzeption bloss eine Entschädigung für die Kapitaleinlage dar. Diejenigen Aktionäre, die neben der anonymen Bereitstellung von Kapital nach aussen sichtbar unternehmerische Aufgaben und Verantwortung im Unternehmen wahrnehmen, werden zusätzlich marktkonform entschädigt. Je nach dem, in welcher privatrechtlichen Form der Aktionär seine Arbeitskraft und seinen Erfahrungsschatz dem Unternehmen zur Verfügung stellt, kann es sich

bei dieser Entschädigung um ein Verwaltungsrats- bzw. Beratungshonorar, eine Tantieme oder um Lohn handeln. Mit Ausnahme der Tantieme stellen diese Entschädigungen bei der Unternehmung steuerlich abzugsfähigen Geschäftsaufwand und beim Aktionär steuerbares Einkommen dar.

[Rz 10] Aus den vorausgegangenen Überlegungen können zwei Schlussfolgerungen gezogen werden: 1. Der Markt entschädigt die Übernahme von Verantwortung in einem Unternehmen zusätzlich, weswegen für den Fiskus kein Anlass besteht, Grossaktionäre gegenüber Kleinaktionären in Abweichung zur aktienrechtlichen Ordnung steuerlich zu privilegieren. 2. Da die zusätzlichen Entschädigungen für die Übernahme von Verantwortung beim Unternehmen abzugsfähigen Aufwand darstellen, stellt sich die Problematik der wirtschaftlichen Doppelbelastung in diesem Zusammenhang gar nicht. Die steuerliche Diskriminierung der Kleinaktionäre gegenüber den Grossaktionären lässt sich somit nicht damit rechtfertigen, dass letztere im Unternehmen eine grössere Verantwortung tragen. Die Dividende stellt bloss eine Entschädigung für die Kapitaleinlage dar. Für ein Unternehmen spielt es keine Rolle, ob das Kapital von einem kleinen oder grossen Aktionär stammt. Allen Aktionären ist gemeinsam, dass sie einen möglichst grossen Gewinn erzielen wollen. Entsprechend besteht kein sachlicher Grund, Dividenden von grossen und kleinen Aktionären unterschiedlichen Besteuerungsregeln zu unterwerfen. Die Verantwortung übernehmenden Aktionäre werden nach den Regeln des Marktes zusätzlich entschädigt, weswegen sich ein steuerlicher Anreiz für ein aktives Engagement im Unternehmen als unnötig und die Diskriminierung der Kleinaktionäre als verfassungswidrig erweisen.

[Rz 11] Im Übrigen zielt die Regelung nach dem Gesetzesentwurf entgegen aller Beteuerungen nicht nur auf personenbezogene Kapitalgesellschaften, bei denen die Aktionäre ihr Kapital und ihre Arbeitskraft dem Unternehmen zur Verfügung stellen. Aufgrund des Gesetzestexts profitieren auch Grossaktionäre börsenkotierter Gesellschaften von der Vorlage und zwar unabhängig davon, ob sie im Unternehmen Verantwortung übernehmen und aktiv Arbeitsplätze schaffen oder ihre Rolle wie beim Kleinaktionär auf die Kapitaleinlage beschränkt ist. Demgegenüber erhalten Aktionäre, welche die 10-Prozent-Hürde nicht erreichen, aber dennoch im Unternehmen aktiv sind, keinen steuerlichen Bonus. Selbst wenn man somit in der Verantwortung ein sachliches Kriterium für eine Differenzierung erblicken würde, erwiese sich der Vorschlag mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip als verfassungswidrig, da er den Begünstigtenkreis ohne Not allzu schematisch umschreibt.

IV. Wie weiter?

[Rz 12] Die Minderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung stellt ein steuerwissenschaftlich berechtigtes und volkswirtschaftlich dringendes Anliegen dar. Allein, das

Teileinkünfteverfahren in der vorgeschlagenen Form vermag verfassungsrechtlich und steuersystematisch nicht zu überzeugen. Sollte der Souverän die Unternehmenssteuerreform II ablehnen, bedeutet dies nicht, dass all die gesetzgeberischen Vorarbeiten umsonst gewesen wären. Die zahlreichen unumstrittenen Punkte der Vorlage könnten – ähnlich wie bei der Familienbesteuerung – mit Dringlichkeitsrecht eingeführt werden. In Bezug auf die Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung böte die Ablehnung die Chance, unser Unternehmenssteuerrecht im Rahmen der bereits angekündigten Unternehmenssteuerreform III unter Berücksichtigung des Steuerstreits mit der EU steuersystematisch überzeugender zu reformieren und international noch attraktiver auszugestalten.

Prof. Dr. iur. René Matteotti, M.A., LL.M. Tax, ist Rechtsanwalt, ordentlicher Professor für schweizerisches, europäisches und internationales Steuerrecht an der Universität Bern und Direktor des Instituts für Steuerrecht der Universität Bern

Michael Felber M. A. HSG ist wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Steuerrecht der Universität Bern.

* * *