

---

# Die Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen und die Wettbewerbsneutralität

THOMAS KOLLER/RAOUL DIAS\*

## Inhaltsübersicht

I. Einleitung .....	152
II. Die Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen nach schweizerischem Recht .....	153
1. Die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit .....	153
a) Im Allgemeinen .....	153
b) Für Holdingstiftungen im Besonderen .....	156
2. Die steuerlichen Vorteile der gemeinnützigen Holdingstiftung gegenüber gewöhnlichen Holdingstiftungen und Holdinggesellschaften .....	157
3. Die Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen und das Problem der Wettbewerbsneutralität aus schweizerischer Sicht .....	159
III. Die Steuerbefreiung von Holdingstiftungen und das Problem der Wettbewerbsneutralität im Recht der Europäischen Gemeinschaft .....	161
1. Ausgangslage .....	161
2. Holdingstiftungen als Unternehmen im Sinne des Beihilferechts .....	162
3. Der Begriff der (unerlaubten) staatlichen Beihilfe .....	163
a) Die Finanzierung aus staatlichen Mitteln .....	163
b) Die Selektivität .....	164
c) Die Verfälschung des Wettbewerbs .....	164
4. Ergebnis .....	165
IV. Vergleich der Voraussetzungen einer Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen nach schweizerischem und europäischem Recht unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsverfälschung .....	165
1. Die Steuerbefreiung als indirekte Subvention .....	166
2. Das Verbot der Einflussnahme auf die operativen Geschäfte .....	167
3. Das Problem des fehlenden oder zu geringen Ausschüttungsdrucks .....	168
V. Schluss .....	169

---

\* Das Manuskript wurde am 12.09.2006 abgeschlossen.  
Wir danken Frau stud. iur. Monika Binz, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern, herzlich für die kritische Durchsicht des Textes und die Überprüfung der Nachweise in den Fussnoten.

## I. Einleitung

Der Jubilar dieser Festschrift ist anerkanntermassen *der* ausgewiesene Spezialist im schweizerischen *Stiftungszivilrecht*. Eine Vielzahl von Publikationen, darunter der Berner Kommentar zum Stiftungsrecht, bezeugen dies eindrücklich. Schon früh hat HANS MICHAEL RIEMER aber erkannt, dass neben dem Zivilrecht auch dem *Stiftungssteuerrecht* eine grosse Bedeutung zukommt. Der Erstautor dieses Beitrages verdankt es dem Jubilar, dass er bei ihm das Interesse am Thema „Stiftungen und Steuern“ geweckt und Anstoss für verschiedene Veröffentlichungen in diesem Bereich gegeben hat<sup>1</sup>. Daher freut sich der Erstverfasser, zusammen mit einem seiner Assistenten HANS MICHAEL RIEMER ein paar weitere Ausführungen zum Stiftungssteuerrecht widmen zu dürfen.

Im Zentrum des Interesses des Stiftungssteuerrechts steht naturgemäss die Frage der *Steuerbefreiung von gemeinnützigen Stiftungen*. Ein Teilaspekt dieses Themas ist die Frage der Steuerbefreiung von so genannten *Holdingsstiftungen*, der in der Praxis eine bedeutende Rolle zukommt. Allerdings findet sich zu dieser Frage in der Schweiz relativ wenig Judikatur und Literatur. Dies könnte ein Zeichen dafür sein, dass die Praxis mit dem *Status quo* gut leben kann und dass sich daher im Rechtsalltag kaum je wirkliche Probleme ergeben. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Steuerbefreiung von Holdingstiftungen – wie zu zeigen sein wird – in Wirklichkeit alles andere als unproblematisch ist. Dies gilt selbstverständlich nicht nur für die Schweiz. Ein neueres Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), welches die Befreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen soweit ersichtlich erstmals zum Gegenstand hatte, belegt eindrücklich, in welchem Spannungsfeld die Frage der Steuerbefreiung solcher Stiftungen angesiedelt ist.

Im Folgenden soll zunächst kurz die Rechtslage in der Schweiz bei der Steuerbefreiung von (gemeinnützigen) Holdingstiftungen skizziert werden. Anschliessend wird aufgezeigt, mit welchen Fragestellungen sich der EuGH

---

<sup>1</sup> THOMAS KOLLER, *Stiftungen und Steuern*, in: *Die Stiftung in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis*, hrsg. von HANS MICHAEL RIEMER, Zürich 2001, 39 ff.; DERS., *Maecenas ante portas?*, *Die steuerliche Behandlung von privatrechtlichen Stiftungen gemäss der Parlamentarischen Initiative Schiesser*, in: *Aktuelle Fragen zum Stiftungsrecht, unter Einbezug der geplanten Gesetzesrevision (Parlamentarische Initiative Schiesser)*, hrsg. von HANS MICHAEL RIEMER/RETO SCHILTKNECHT, Bern 2002, 17 ff.; DERS., *Länderbericht Schweiz*, in: *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, hrsg. von W. RAINER WALZ/LUDWIG VON AUER/THOMAS VON HIPPEL, Tübingen (erscheint voraussichtlich anfangs 2007).

im hier interessierenden Bereich beschäftigte. Schliesslich wird das schweizerische Recht dem EuGH-Entscheid gegenübergestellt und mit diesem verglichen.

## **II. Die Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen nach schweizerischem Recht**

### **1. Die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit**

#### *a) Im Allgemeinen*

Gemäss Art. 56 lit. g DBG und Art. 23 lit. f StHG sind juristische Personen, also auch Stiftungen, die gemeinnützige Zwecke verfolgen, für den Gewinn (und bei den kantonalen Steuern auch für das Kapital) von der Steuerpflicht befreit, der ausschliesslich und unwiderruflich diesen Zwecken<sup>2</sup> gewidmet ist<sup>3</sup>. Unternehmerische Zwecke sind nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nicht gemeinnützig; der Erwerb und die Verwaltung von wesentlichen Kapitalbeteiligungen an Unternehmen gelten aber als gemeinnützig, wenn das Interesse an der Unternehmenserhaltung dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet ist und keine geschäftsleitenden Tätigkeiten ausgeübt werden<sup>4</sup>.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) hat in einem Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994 (KS Nr. 12)<sup>5</sup> die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung juristischer Personen wegen Gemeinnützigkeit nach DBG näher umschrieben. Dieses Kreisschreiben ist zwar weder für die Steuerunterworfe-

---

<sup>2</sup> Vgl. zum Zweck der Stiftung im Allgemeinen HANS MICHAEL RIEMER, Systematischer Teil N 403 f., Berner Kommentar, Band I, 3. Abt., 3. Teilband, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Art. 80–89<sup>bis</sup> ZGB, Bern 1975; DERS., Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002, § 36 N 762.

<sup>3</sup> Art. 56 lit. g 1. Satz DBG; Art. 23 lit. f 1. Satz StHG.

Der Wortlaut der beiden Bestimmungen aus dem DBG und dem StHG ist praktisch identisch. Einziger Unterschied ist die zusätzliche Befreiung von der kantonalen Kapitalsteuer gemäss StHG; dies rührt daher, dass 1998 die Erhebung einer Kapitalsteuer auf Bundesebene für juristische Personen aufgehoben wurde.

<sup>4</sup> Art. 56 lit. g 2. und 3. Satz DBG; Art. 23 lit. f 2. und 3. Satz StHG.

<sup>5</sup> Publiziert u.a. in ASA 63, 130 ff.

nen noch für die Steuerjustizbehörden formell verbindlich. Dennoch kommt ihm faktisch eine grosse Bedeutung zu, da es im Wesentlichen die langjährige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Steuerbefreiung gemeinnütziger juristischer Personen im Recht der direkten Bundessteuer wiedergibt<sup>6</sup>. Zudem werden in der Praxis die in diesem Kreisschreiben festgehaltenen Grundsätze von den Steuerbehörden nicht nur bei der direkten Bundessteuer angewandt, sondern in aller Regel auch bei der Befreiung von den direkten Steuern der Kantone und Gemeinden und sogar von den kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern berücksichtigt<sup>7</sup>.

Gemäss diesem Kreisschreiben müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit gewährt werden kann. Zunächst schreibt es in allgemeiner Form vor<sup>8</sup>, dass es sich bei der steuerbefreiten Person um eine *juristische* Person handeln muss, welche sich *unwiderruflich*<sup>9</sup> an den (gemeinnützigen) Zweck bindet und die Mittel *ausschliesslich* für diesen verwendet. Zusätzlich verlangt das Kreisschreiben die *tatsächliche*<sup>10</sup> Verwirklichung der vorgegebenen Zwecksetzung.

Im Weiteren präzisiert das Kreisschreiben den Begriff der *Gemeinnützigkeit*. Von einer gemeinnützigen Zwecksetzung kann nur die Rede sein, wenn eine juristische Person die folgenden zwei Kriterien erfüllt:

---

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 131 II 1 E. 4.1 S. 11, m.Nachw.

<sup>7</sup> Vgl. TH. KOLLER, Länderbericht (FN 1), A. I. a. in fine und B. III. 1. a. bb. Siehe dazu auch unten, II.2.

<sup>8</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 2. a–d.

<sup>9</sup> Ein unwiderruflicher Zweck ist im Grunde nur bei der Stiftung realisierbar; unabänderliche Bestimmungen im Gründungsstatut eines Vereins dürften zivilrechtlich unwirksam sein. Das Kreisschreiben sieht dennoch neben der Stiftung auch den Verein (und sogar die Aktiengesellschaft) als eine mögliche Rechtsform steuerbefreiter juristischer Personen vor (KS Nr. 12 [FN 5] Ziff. II. 2. a.; vgl. zu diesem Problembereich TH. KOLLER, Länderbericht [FN 1], B. II. 1. b.).

<sup>10</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 2. d.; vgl. dazu BGE 120 Ib 374 E. 3a S. 377 = ASA 64, 637; ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht, Band I, 9. Aufl., Bern 2001, § 17 N 32; MARCO GRETER, Art. 56 N 34, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), hrsg. von MARTIN ZWEIFEL/PETER ATHANAS, Basel 2000; TH. KOLLER, Stiftungen und Steuern (FN 1), 64 f.

- *Förderung des Allgemeininteresses:*

Unerlässlich ist zunächst die Förderung des Allgemeininteresses. Ob eine bestimmte Tätigkeit im Allgemeininteresse liegt, beurteilt sich nach der *jeweils massgebenden Volksauffassung*<sup>11</sup>. Namentlich führt das Kreisschreiben karitative, humanitäre, gesundheitsfördernde, ökologische, erzieherische, wissenschaftliche und kulturelle Tätigkeiten als das *Gemeinwohl fördernd*<sup>12</sup> auf. Die Entscheidung, ob im Einzelfall eine solche Förderung des Allgemeininteresses vorliegt oder nicht, ist naturgemäss stark wertungsbezogen, weshalb in Grenzfällen (richterliche) Abgrenzungsschwierigkeiten unvermeidlich sind<sup>13</sup>.

Sodann wird unter dem Kriterium des Allgemeininteresses ein grundsätzlich *offener Destinatärkreis* verlangt. In der Praxis kann dies Probleme bieten, wenn der (durch den Zweck umschriebene) Kreis der Begünstigten relativ eng gefasst ist. So schliesst beispielsweise die Begrenzung der Destinatäre auf den Kreis einer Familie, die Mitglieder eines Vereins oder die Angehörigen eines bestimmten Berufs die Gemeinnützigkeit aus<sup>14</sup>.

In örtlicher Hinsicht kann die Förderung des Allgemeininteresses sowohl im In- als auch im Ausland erfolgen<sup>15</sup>.

- *Uneigennützigkeit:*

Zweite zentrale Voraussetzung für die Steuerbefreiung einer juristischen Person ist die Uneigennützigkeit, vom Kreisschreiben verstanden als *altruisti-*

---

<sup>11</sup> TH. KOLLER, Länderbericht (FN 1), B. III. 1. b. aa.; PETER LOCHER, Art. 56 N 86, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Therwil/Basel 2004; MARKUS REICH, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, ASA 58, 465 ff., spez. 495.

<sup>12</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. a.

Als Beispiele für im Allgemeininteresse liegende Tätigkeiten sind im Kreisschreiben die soziale Fürsorge, Kunst und Wissenschaft, Unterricht, die Förderung der Menschenrechte, Heimat-, Natur- und Tierschutz sowie die Entwicklungshilfe erwähnt.

<sup>13</sup> Der Fall der Welttheatergesellschaft Einsiedeln zeigt dies sehr eindrücklich (BGE 113 Ib 7 ff.; TH. KOLLER, Stiftungen und Steuern [FN 1], 67, m.w.Nachw.; DERS., Länderbericht [FN 1], B. III. 3.; siehe auch FN 47). Vgl. auch BGE 131 II 1 E. 4.2 S. 11 (betr. ein ähnlich gelagertes Problem bei der Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke).

<sup>14</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. a in fine.

<sup>15</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. a.

*sch*es Handeln. Von einem solchen kann nur die Rede sein, wenn keine eigenen Interessen der juristischen Person und der hinter ihr stehenden Personen (z.B. Vereinsmitglieder, Stifter etc.) verfolgt werden<sup>16</sup>. Ausgeschlossen sind daher Erwerbszwecke sowie die *Selbsthilfe* an Mitglieder<sup>17</sup>. Allerdings ist nicht jede Erwerbstätigkeit gemeinnützigkeitsschädlich. Eine Erwerbstätigkeit darf ausgeübt werden, wenn sie bloss *Mittel zum (gemeinnützigen) Zweck* ist und im Verhältnis zur altruistischen Tätigkeit in einem untergeordneten Rahmen betrieben wird<sup>18</sup>.

b) *Für Holdingstiftungen im Besonderen*

Die Verfolgung unternehmerischer Zwecke ist gemäss Gesetz grundsätzlich nicht gemeinnützig. Immerhin lassen das DBG und das StHG wie bereits erwähnt den Erwerb und die Verwaltung wesentlicher Kapitalbeteiligungen an Unternehmen zu, *wenn das Interesse an der Unternehmenserhaltung dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet ist*<sup>19</sup>.

Holdingsstiftungen können gestützt auf diese (gesetzliche) Regelung in den Genuss der Steuerbefreiung gelangen, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Zunächst müssen sie – wie alle andern juristischen Personen auch, die eine Steuerbefreiung anstreben – im Allgemeininteresse und uneigennützig tätig sein. Darüber hinaus haben sie aber zusätzliche Kriterien zu erfüllen, die im Kreisschreiben näher umschrieben sind. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil sich Holdingsstiftungen mit gemeinnütziger Zwecksetzung in einem eigenartigen Spannungsfeld bewegen.

*Vordergründig* betreibt eine Holdingsstiftung an sich wie jede andere Stiftung (mit „gewöhnlichen“ Kapitalanlagen) durch das Halten von Beteiligungen lediglich Vermögensverwaltung<sup>20</sup>. *Materiell* aber besteht für die Holdings-

---

<sup>16</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. b.

<sup>17</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. b.

Bei der Stiftung, die ja keine Mitglieder hat, ist dieses Kriterium im materiellen Sinne zu verstehen, wobei sich die „Selbsthilfe“ in einem zu engen Destinatärkreis ausdrücken kann. Vgl. dazu TH. KOLLER, Stiftungen und Steuern (FN 1), 73 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu BGE 131 II 1 E. 3.3 f. S. 7 (betreffend Steuerbefreiung wegen Verfolgung eines öffentlichen Zwecks); REICH (FN 11), 479 und 490; DBG-GRETER (FN 10), Art. 56 N 34.

<sup>19</sup> Art. 56 lit. g in fine DBG; Art. 23 lit. f in fine StHG.

<sup>20</sup> REICH (FN 11), 491.

stiftung die Möglichkeit der (indirekten) Einflussnahme auf die Führung der Unternehmen, an denen sie namhafte Beteiligungen hält. Wird von dieser Möglichkeit über ein gewisses Mass hinaus Gebrauch gemacht, so übt die Holdingstiftung unternehmerische Zwecke aus. Um Missbräuchen einen Riegel zu schieben, verlangt daher das Gesetz ausdrücklich, dass die Holdingstiftung, die in den Genuss der Steuerbefreiung gelangen will, *keine geschäftsleitende Tätigkeit* in den ihr „gehörenden“ Unternehmen ausübt. Dies setzt gemäss Kreisschreiben u.a. eine klare *organisatorische und personelle* Trennung von Stiftungs- und Verwaltungsrat voraus<sup>21</sup>.

Das Kreisschreiben verlangt zudem *regelmässige ins Gewicht fallende Zuwendungen* der Unternehmungen an die Holdingstiftung. Mit diesen Alimentierungen hat die Holdingstiftung tatsächlich – also nicht bloss auf dem Papier – eine statutenkonforme, im Allgemeininteresse liegende altruistische Tätigkeit auszuüben<sup>22</sup>. Ob eine solche Alimentierung effektiv „regelmässig“ erfolgen muss, wird von einem Teil der Lehre allerdings (zu Recht) in Frage gestellt; die Gewinnausschüttung der von der Stiftung gehaltenen Unternehmen hat wohl eher unter Rücksichtnahme auf die konkrete Ertragslage der Unternehmen zu erfolgen (siehe dazu aber einschränkend unten IV.)<sup>23</sup>. Das Ziel der Unternehmenserhaltung darf zwar bei einer gemeinnützigen Holdingstiftung nicht im Vordergrund stehen; es kann aber wohl auch einer steuerbefreiten Holdingsstiftung nicht verwehrt werden, bei der Ausschüttungspolitik dem Aspekt der dauerhaften Unternehmenserhaltung ebenfalls Rechnung zu tragen.

## **2. Die steuerlichen Vorteile der gemeinnützigen Holdingstiftung gegenüber gewöhnlichen Holdingstiftungen und Holdinggesellschaften**

Aus der Anerkennung der Gemeinnützigkeit resultieren für die Holdingstiftung gegenüber gewöhnlichen Holdingstiftungen und Holdinggesellschaften verschiedene steuerliche Vorteile.

---

<sup>21</sup> Toleriert wird hingegen eine Verbindungsperson, KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. c Abs. 1 in fine.

<sup>22</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II 3. c Abs. 2.

<sup>23</sup> DBG-GRETER (FN 10), Art. 56 N 34; TH. KOLLER, Stiftungen und Steuern (FN 1), 82 f.; LOCHER (FN 11), Art. 56 N 96.

Wie bereits erwähnt entfallen für die steuerbefreite Holdingstiftung zunächst einmal die kantonale und die eidgenössische Gewinnsteuer sowie die kantonale Kapitalsteuer<sup>24</sup>. Zudem führt die Befreiung von den direkten Steuern in aller Regel aber auch zu einer Befreiung von den kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuern, da sich die Steuerbehörden hier bei der Beurteilung von Steuerbefreiungsgesuchen im Wesentlichen von den gleichen Grundsätzen leiten lassen wie bei den direkten Steuern. Die Befreiung von den Erbschafts- und Schenkungssteuern ist besonders bedeutsam, da erb- oder schenkungsrechtliche Zuwendungen an nicht steuerbefreite Stiftungen meist sehr hoch besteuert werden<sup>25</sup>. Aber auch die Entlastung von der Gewinnsteuer und der Kapitalsteuer fällt für steuerbefreite Holdingstiftungen im Vergleich zu gewöhnlichen Holdingstiftungen stark ins Gewicht, während der „Spareffekt“ gegenüber nicht steuerbefreiten Holdinggesellschaften bei der Gewinnsteuer wegen des diesen Gesellschaften zustehenden Beteiligungsabzuges geringer ist<sup>26</sup>. Da von den der Stiftung zufließenden Beteiligungserträgen, übrigen Einkünften, Spenden, Zuwendungen etc. nichts an den Fiskus abgeführt und auch auf dem Stiftungskapital keine (kantonale) Steuer entrichtet werden muss, ist schon der *direkte Vorteil*, den die Steuerbefreiung für eine Holdingstiftung mit sich bringt, beträchtlich.

Darüber hinaus darf aber auch der *indirekte Vorteil* nicht unterschätzt werden, der für eine Holdingstiftung aus der Steuerbefreiung resultiert. Natürliche und juristische Personen können Spenden an wegen Gemeinnützigkeit steuerbefreite juristische Personen bis zu einer gewissen Obergrenze von ihren Einkünften abziehen bzw. als geschäftsmässig begründeten Aufwand geltend machen und so ihre eigene Einkommens- bzw. Gewinnsteuerlast unter Umständen erheblich reduzieren<sup>27</sup>. Damit wird vom Gesetzgeber bewusst ein

---

<sup>24</sup> Siehe dazu oben, II.1.a). Vgl. zur Gewinnsteuer nicht steuerbefreiter juristischer Personen Art. 57 ff. DBG und Art. 24 ff. StHG sowie zur (kantonalen) Kapitalsteuer Art. 29 ff. StHG.

<sup>25</sup> Die Erhebung von Erbschafts- und Schenkungssteuern ist rein kantonale geregelt. Vgl. etwa die Regelung des Kantons Bern in Art. 19 Abs. 1 lit. d ESchG (Bernisches Gesetz vom 23. November 1999 über die Erbschafts- und Schenkungssteuer, BSG 662.1), welche für nicht steuerbefreite Stiftungen den Maximalsteuersatz vorsieht. Siehe dazu auch TH. KOLLER, *Maecenas ante portas* (FN 1), 21.

<sup>26</sup> Vgl. zu dem Holdingkapitalgesellschaften und Holdinggenossenschaften zustehenden Beteiligungsabzug Art. 69 ff. DBG und Art. 28 StHG sowie LOCHER (FN 11), Art. 69 N 1 ff. und HÖHN/WALDBURGER (FN 10), § 18 N 122 ff.

<sup>27</sup> Art. 33a und Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 9 Abs. 2 lit. i und Art. 25 Abs. 1 lit. c StHG. Im Recht der direkten Bundessteuer ist der Abzug begrenzt auf 20% der um die Aufwendungen verminderten Einkünfte bzw. auf 20% des Reingewinns. Bei den direkten Steuern der



Anreiz für Zuwendungen an gemeinnützige Institutionen geschaffen, der unter anderem auch zu einem erhöhten Kapitalzufluss bei gemeinnützigen Holdingstiftungen führen wird<sup>28</sup>.

Insgesamt bietet somit das Steuerrecht der gemeinnützigen Stiftung im Vergleich zu nicht von der subjektiven Steuerpflicht ausgenommenen Stiftungen und Holdinggesellschaften einen bunten Strauss von steuerlichen Vorteilen, so dass es sich für eine Holdingstiftung (und den hinter ihr stehenden Stifter) lohnt, die Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit anzustreben.

### **3. Die Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen und das Problem der Wettbewerbsneutralität aus schweizerischer Sicht**

Die Steuerbefreiung einzelner Steuersubjekte steht in einem *Spannungsverhältnis zum Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV). Eines der zentralen Elemente dieses verfassungsmässigen Rechts ist die *Gleichbehandlung von Konkurrenten*<sup>29</sup>, welche u.a. eine *wettbewerbsneutrale* Besteuerung der Marktteilnehmer voraussetzt<sup>30</sup>. In der politischen Diskussion in der Schweiz wurde diesem Gesichtspunkt in der Vergangenheit nicht immer genügend Rechnung getragen, wenn die steuerliche Behandlung von gemeinnützigen Institutionen zur Debatte stand. In der steuerrechtlichen Literatur dagegen wurde in neuerer Zeit die Beachtung des Gebots der Wettbewerbsneutralität im Zusammenhang mit Steuerbefreiungen zunehmend nachdrücklich postuliert<sup>31</sup>. Heute dürfte nunmehr allgemein anerkannt sein, dass diesem verfassungsrechtlichen Argument bei der Auslegung und Anwendung der

---

Kantone und Gemeinden haben die Kantone die Höchstgrenze der Abzugsfähigkeit festzulegen. Vgl. dazu auch TH. KOLLER, Länderbericht (FN 1), D. I. 2.

<sup>28</sup> Vgl. dazu TH. KOLLER, *Maecenas ante portas* (FN 1), 32 f.

<sup>29</sup> BGE 121 I 129 E. 3b S. 132; 121 I 279 E. 4a S. 285, m.Nachw.; KLAUS A. VALLENDER, Art. 27 N 23 ff., in: *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, hrsg. von BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER, Zürich 2002.

<sup>30</sup> BGE 90 I 159 E. 2 S. 162; REICH (FN 11), 488; TH. KOLLER, *Stiftungen und Steuern* (FN 1), 57; DERS., *Maecenas ante portas* (FN 1), 30; sinngemäss auch BGE 114 Ia 221.

<sup>31</sup> LOCHER (FN 11), Art. 56 N 3, m.Nachw.

Bestimmungen über die Befreiung von der subjektiven Steuerpflicht stets Rechnung zu tragen ist<sup>32</sup>.

Auf den ersten Blick wäre man nun geneigt anzunehmen, die Steuerbefreiung von gemeinnützigen juristischen Personen tangiere den zur Wirtschaftsfreiheit gehörenden Aspekt der Gleichbehandlung von Konkurrenten nicht, solange diese – wie skizziert – nur gewährt wird, wenn keine Erwerbszwecke verfolgt werden. Denn diesfalls fehlt es ja an einer direkten Konkurrenz mit anderen Marktteilnehmern<sup>33</sup>. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen nur Massnahmen verboten, welche den Wettbewerb unter *direkten Konkurrenten* verzerren, wobei als direkte Konkurrenten Angehörige der gleichen Branche gelten, die sich mit gleichem Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen<sup>34</sup>. Die Steuerbefreiung von Holdingstiftungen, welche selbst (direkt) kein Unternehmen führen, scheint daher *prima vista* die Wettbewerbsneutralität nicht zu tangieren. In der steuerrechtlichen Literatur wurde denn auch dieser Teilaspekt des Gemeinnützigkeitsrechts soweit ersichtlich kaum thematisiert.

Dieser erste Eindruck indessen trügt. Im Hinblick auf die dargelegten erheblichen steuerlichen Vorteile, welche eine Steuerbefreiung mit sich bringt, erweckt schon die *steuerliche Ungleichbehandlung* zwischen steuerbefreiten Holdingstiftungen einerseits sowie nicht steuerbefreiten Holdingstiftungen und Holdinggesellschaften andererseits *an sich gewisse Bedenken*. Noch problematischer wird die Sachlage, wenn man die Auswirkungen der Steuerbefreiung auf die Beteiligungsgesellschaften mitberücksichtigt. Mit einem Blick über die Landesgrenzen soll gezeigt werden, dass bei einer umfassenderen Betrachtungsweise die Befreiung von Holdingstiftungen von der subjektiven Steuerpflicht unter Umständen *zu einer wettbewerbsverzerrenden Subventionierung von Unternehmen* führen kann. Allerdings wird sich dabei der bundesgerichtliche Ansatz, wonach Wettbewerbsverzerrungen nur gegenüber direkten Konkurrenten im oben umschriebenen Sinn gegen das verfassungsmässige Recht der Wirtschaftsfreiheit verstossen, als zu eng erweisen; Steuerbefreiungen können den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität auch dann verletzen, wenn andere Marktteilnehmer indirekt benachteiligt werden (indem

---

<sup>32</sup> LOCHER (FN 11), Art. 56 N 3 in fine, m.Nachw.

<sup>33</sup> REICH (FN 11), 490; TH. KOLLER, Stiftungen und Steuern (FN 1), 57; DERS., Länderbericht (FN 1), B. III. 1. b. bb.; DBG-GRETER (FN 10), Art. 56 N 33.

<sup>34</sup> Vgl. dazu spez. BGE 121 I 129 E. 3b S. 132; 121 I 279 E. 4a S. 285, je m.Nachw.; neuerdings jetzt auch BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291.

z.B. die Beteiligungsgesellschaften durch die Steuerbefreiung der Holdingstiftung gegenüber ihren Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil erlangen<sup>35</sup>).

Dies wirft die Frage auf, ob die geltenden steuerlichen Regeln über die Steuerbefreiung von Holdingstiftungen wegen Gemeinnützigkeit dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität genügend Rechnung tragen. Darauf wird später einzugehen sein<sup>36</sup>.

### **III. Die Steuerbefreiung von Holdingstiftungen und das Problem der Wettbewerbsneutralität im Recht der Europäischen Gemeinschaft**

Auch in andern Ländern bestehen gesetzliche Regeln, welche Holdingstiftungen unter gewissen Voraussetzungen von Steuern befreien, so z.B. in Italien. Mit bestimmten hier interessierenden Aspekten aus dem Bereich der Steuerbefreiung solcher Stiftungen in Italien hatte sich anfangs 2006 der EuGH in der *Rechtssache C-222/04*<sup>37</sup> zu befassen.

#### **1. Ausgangslage**

Dieser Rechtsstreit basierte im Wesentlichen auf dem folgenden Sachverhalt: Im Zuge der Privatisierung des Bankensystems anfangs der Neunzigerjahre des letzten Jahrhunderts wurde in Italien für öffentliche Kreditinstitute die Möglichkeit geschaffen, das Bankengeschäft einer von ihnen gegründeten Aktiengesellschaft zu übertragen. Die einbringende Körperschaft als Alleinaktionärin der Bankengesellschaft wurde diesfalls zu einer mit voller Rechtsfähigkeit ausgestatteten Bankstiftung, die in den Genuss von Steuervergünstigungen kam, wenn sie im öffentlichen Interesse liegende oder gemeinnützige Zwecke in den Bereichen Forschung, Bildung, Kunst und Gesundheit verfolgte. Im Übrigen wurden in mehrfach geänderten Erlassen sehr detailliert

---

<sup>35</sup> REICH (FN 11), 491, will darin dagegen offenbar keine Verletzung der „steuerlichen Waffengleichheit“ erblicken.

<sup>36</sup> Siehe dazu unten, IV. und V.

<sup>37</sup> Urteil des EuGH vom 10.1.2006 (Rs. C-222/04); abrufbar unter <http://curia.eu.int>.

und einlässlich die Rahmenbedingungen geregelt, unter denen solche Bankstiftungen tätig sein durften.

Im konkreten Streitfall beantragte die Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato bei der italienischen Steuerverwaltung eine Befreiung von den Steuern auf den Gewinnen, die ihr im Geschäftsjahr 1998 auf ihren Anteilen an der Cassa di Risparmio di San Miniato und der Casse Toscane SpA (später: Cassa di Risparmio di Firenze) ausgerichtet wurden. Innerstaatlich war diese beantragte Steuerbefreiung aus bestimmten, hier nicht interessierenden Gründen umstritten. Im Rahmen dieses Steuerstreits gelangte die Corte suprema di cassazione mit einem Vorlageentscheid an den EuGH und ersuchte um Abklärung der Frage, ob die Steuerregelung für Bankstiftungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei. Zur Hauptsache drehte sich die Diskussion dabei um die Problematik, *ob die streitige Steuervergünstigung eine (unerlaubte) staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV darstelle.*

Grundsätzlich hatte der EuGH *zwei Fragenkomplexe* zu klären: Zum einen war zu entscheiden, ob italienische Bankstiftungen als „Unternehmen“ im Sinne des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft gelten. Zum andern war im Zusammenhang mit der umstrittenen Steuerbefreiung über den Begriff der staatlichen Beihilfe gemäss Art. 87 Abs. 1 EGV zu befinden.

## **2. Holdingstiftungen als Unternehmen im Sinne des Beihilferechts**

Zur ersten Frage führte der EuGH<sup>38</sup> aus, nach ständiger Rechtsprechung umfasse *der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts* jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung. Eine wirtschaftliche Tätigkeit sei jede Tätigkeit, die darin bestehe, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten. Der blosse Besitz von Beteiligungen, auch von Kontrollbeteiligungen, stelle nicht schon eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, wenn mit ihm nur die Ausübung der Rechte, die mit der Eigenschaft eines Aktionärs oder Mitglieds verbunden seien, und gegebenenfalls der Bezug von Dividenden einhergehe. *Übe dagegen eine Einheit, die Kontrollbeteiligungen an einer Gesellschaft halte, die Kontrolle tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der Gesellschaft aus, so sei sie als an der wirtschaftlichen Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens beteiligt anzusehen.* Aufgrund einer näheren Untersuchung der in Frage stehenden

---

<sup>38</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 107 ff.

nationalen Regelungen kam sodann der EuGH zum Schluss, dass italienische Bankstiftungen Aufgaben haben können, die über eine bloße Kapitalanlage eines Investors hinausgehen. Die massgebenden Vorschriften des italienischen Rechts würden es ermöglichen, Kontrollaufgaben wahrzunehmen, aber auch Impulse zu geben und finanzielle Unterstützung zu leisten; *sie würden zeigen, dass es institutionelle und funktionelle Verbindungen zwischen den Bankstiftungen und den Bankengesellschaften gebe*. Das nationale Gericht werde daher abzuklären haben, ob die im Ausgangsverfahren beklagte Bankstiftung nicht nur Kontrollbeteiligungen an einer Bankengesellschaft halte, sondern darüber hinaus diese Kontrolle durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf deren Verwaltung tatsächlich auch ausübe<sup>39</sup>.

### 3. Der Begriff der (unerlaubten) staatlichen Beihilfe

Bei der Prüfung der Frage, was (unerlaubte) staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV sind, hatte der EuGH verschiedene Aspekte zu untersuchen. Die Qualifizierung einer nationalen Massnahme als staatliche Beihilfe hängt von drei Bedingungen ab: a) Die Massnahme muss durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln finanziert werden. b) Sie muss selektiv sein. c) Sie muss den Handel zwischen Mitgliedstaaten verfälschen und eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirken<sup>40</sup>.

#### a) Die Finanzierung aus staatlichen Mitteln

Zum ersten Kriterium hielt der EuGH ausdrücklich fest, dass nach ständiger Rechtsprechung nicht nur positive staatliche Leistungen i.S.v. Subventionen, sondern auch Massnahmen, die eine Belastung eines Unternehmens vermin-

---

<sup>39</sup> Vorliegend nicht von Interesse, im Übrigen natürlich aber sehr bedeutsam, ist ein zweiter Aspekt, den der EuGH geprüft hat. Eine Bankstiftung ist auch dann als Unternehmen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren, wenn sich ihre Tätigkeit nicht auf die Zahlung von Beiträgen an Einrichtungen ohne Erwerbszweck beschränkt, sondern wenn sie im Rahmen der öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecksetzung Finanz- oder Handelsgeschäfte durchführt. Biete sie selbst ohne Absicht der Gewinnerzielung Güter oder Dienstleistungen z.B. in den Bereichen von Forschung, Bildung oder Gesundheitswesen an, so konkurriere ihr Angebot – so der EuGH – mit dem von andern Wirtschaftsteilnehmern, die den gleichen Zweck verfolgen. Treffe dies zu, so müsse die Bankstiftung aufgrund der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit als Unternehmen angesehen werden (a.a.O., Rn 120 ff.).

<sup>40</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 129.

dern (wie z.B. in casu in Form einer Steuerbefreiung) als staatliche Beihilfen nach Art. 87 EGV qualifiziert werden können<sup>41</sup>. Steuervergünstigungen sind somit genauso wie Subventionszahlungen grundsätzlich staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft.

b) *Die Selektivität*

Zum Kriterium der *Selektivität* führte der EuGH<sup>42</sup> aus, die im Ausgangsverfahren streitige Massnahme gelte nicht für alle Wirtschaftsteilnehmer. Sie könne daher nicht als allgemeine steuer- oder wirtschaftspolitische Massnahme angesehen werden. Die betreffende steuerliche Vergünstigung werde aufgrund der Rechtsform des Unternehmens für Bereiche gewährt, in denen dieses Unternehmen seine Tätigkeit ausübe. *Sie weiche damit vom allgemeinen Steuersystem ab, ohne durch die Natur und den inneren Aufbau des Steuersystems gerechtfertigt zu sein.* Die Abweichung liege nicht in der Konzeption der Massnahme oder im Besteuerungsverfahren begründet, sondern beruhe auf der Absicht des nationalen Gesetzgebers, im sozialen Bereich als verdienstvoll angesehene Einrichtungen finanziell zu begünstigen. Eine solche Vergünstigung wirke daher selektiv.

c) *Die Verfälschung des Wettbewerbs*

Besonders interessant sind sodann auch die Erwägungen des EuGH<sup>43</sup> zum dritten Kriterium, nämlich zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und speziell zur *Verfälschung des Wettbewerbs*. Ob sich eine nationale Massnahme tatsächlich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirkt und effektiv zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, ist gemäss ständiger Rechtsprechung irrelevant; es genügt – so der EuGH –, dass die Beihilfe *geeignet* ist, den Handel zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb zu verfälschen. Durch eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe beeinflusst werde der innergemeinschaftliche Handel insbesondere dann, wenn sie die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in die-

---

<sup>41</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 131 ff., m.w.Nachw.

<sup>42</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 134 ff.

<sup>43</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 139 ff.

sem Handel stärke. Im Übrigen brauche das begünstigte Unternehmen nicht selbst am internationalen Handel teilzunehmen. Wenn nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe gewähre, könne die inländische Tätigkeit dadurch beibehalten und verstärkt werden, so dass sich die Chancen der in andern Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, den Markt dieses Mitgliedstaates zu durchdringen, verringern würden. Zudem könne die Stärkung des Unternehmens, das bis anhin nicht am innergemeinschaftlichen Handel teilgenommen habe, dieses in die Lage versetzen, den Markt eines andern Mitgliedstaats zu durchdringen.

Schliesslich führte der EuGH noch aus, *eine Steuervergünstigung wie die im Ausgangsverfahren streitige könne die Stellung einer wirtschaftlichen Einheit, die im Bankensektor tätig sei und aus einer Bankstiftung sowie einer Bankengesellschaft bestehe, in finanzieller Hinsicht und /oder bezüglich ihrer Liquidität stärken*<sup>44</sup>.

#### 4. Ergebnis

Aufgrund all dieser Erwägungen kam der EuGH zum Schluss, dass die im Ausgangsverfahren streitige Steuervergünstigung grundsätzlich als unerlaubte staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV qualifiziert werden könnte<sup>45</sup>. Ob die entsprechenden Voraussetzungen in diesem Fall effektiv erfüllt waren, war anschliessend durch das nationale Gericht, d.h. die Corte suprema di cassazione, zu prüfen.

### IV. Vergleich der Voraussetzungen einer Steuerbefreiung gemeinnütziger Holdingstiftungen nach schweizerischem und europäischem Recht unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsverfälschung

Das skizzierte Urteil des EuGH beleuchtet einige interessante wirtschaftsrechtliche Probleme, die mit der Steuerbefreiung von Holdingstiftungen verbunden sind, welche einen grundsätzlich gemeinnützigen (und daher an

---

<sup>44</sup> Siehe zur letzteren Erwägung das Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 145 2. Spiegelstrich.

<sup>45</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 146.

sich förderungswürdigen) Zweck verfolgen. Aus Schweizer Sicht von besonderem Interesse ist an diesem Urteil, dass nicht steuerrechtliche Fragen zu entscheiden waren, sondern dass eine Steuerbefreiung im Gemeinnützigkeitsbereich unter dem *Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität* zu prüfen war. Der Entscheid des EuGH beleuchtet somit sehr eindrücklich das Spannungsfeld zwischen Gemeinnützigkeitsrecht und Wirtschaftsfreiheit, das in der Schweiz wie erwähnt erst in neuerer Zeit in der steuerrechtlichen Literatur thematisiert wurde.

### 1. Die Steuerbefreiung als indirekte Subvention

Bedeutsam ist zunächst schon einmal der Umstand, dass der EuGH nicht nur positive Leistungen des Staates, also (eigentliche) Subventionen, sondern auch Steuervergünstigungen, insbesondere Steuerbefreiungen, als staatliche Beihilfen qualifiziert. Diese Erkenntnis ist nicht neu; sie entspricht vielmehr ständiger Rechtsprechung des EuGH, und auch in der (ausländischen) Literatur wurde auf diesen Aspekt schon hingewiesen<sup>46</sup>. In der steuerpolitischen Diskussion der letzten Jahre in der Schweiz, insbesondere im Zusammenhang mit der Parlamentarischen Initiative Schiesser, aber wurde dem Gesichtspunkt, dass eine Steuerbefreiung zu einem (unter Umständen erheblichen) *Wettbewerbsvorteil für den Begünstigten führen und damit den aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung verletzen kann*, nicht immer genügend Beachtung geschenkt<sup>47</sup>. Wie

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu als Bsp. etwa W. RAINER WALZ, Stiftungsreform in Deutschland: Stiftungssteuerrecht, in: Stiftungsrecht in Europa, hrsg. von KLAUS J. HOPT/DIETER REUTER, Köln 2001, 197 ff., spez. 211 f.

<sup>47</sup> Siehe dazu bereits TH. KOLLER, *Maecenas ante portas* (FN 1), 30.

Im Ansatz erkannt wurde diese Problematik wohl vom Bundesgericht im Fall der Welttheatergesellschaft Einsiedeln (BGE 113 Ib 7). Das Bundesgericht stellte in diesem Fall verhältnismässig hohe Anforderungen an die Steuerbefreiung eines Vereins, der besondere Theateraufführungen als kulturelles Ereignis bot (vgl. dazu spez. a.a.O., E. 3a S. 10 f.). Derartige Theateraufführungen stehen offenkundig in Konkurrenz zu den Aufführungen anderer Kulturanbieter, so dass mit der Steuerbefreiung einer Theatergesellschaft grundsätzlich eine Wettbewerbsverzerrung möglich wäre. Indem das Bundesgericht aber für die Anerkennung der Gemeinnützigkeit unter anderem sehr grosse Opfer der hinter der Theatergesellschaft stehenden Personen verlangt, kommen für eine Steuerbefreiung nur Institutionen in Betracht, welche Aufführungen anbieten, die bei marktkonformen Eintrittspreisen bei weitem nicht kostendeckend angeboten werden können. Die Steuerbefreiung wirkt sich unter diesen Umständen kaum wettbewerbsverzerrend aus (vgl. zum Fall der Welttheatergesellschaft Einsiedeln auch TH. KOLLER, *Stiftungen und Steuern* [FN 1], 67 ff.).



der vorstehend skizzierte Fall aus dem europäischen Recht zeigt, kann dem Problem, dass eine Steuerbefreiung indirekt wie eine (wettbewerbsverzerrende) Subvention wirkt, insbesondere bei Holdingstiftungen eine grosse Bedeutung zukommen.

## 2. Das Verbot der Einflussnahme auf die operativen Geschäfte

Ins Gewicht fällt die Beeinträchtigung der Wettbewerbsneutralität einer Steuerbefreiung in allererster Linie dann, wenn die steuerbefreite juristische Person direkt oder indirekt am Markt auftritt, d.h. wenn sie sich – wirtschaftlich gesprochen – als Unternehmen gebärdet. Diesem Aspekt tragen sowohl der EuGH im besprochenen Urteil als auch das schweizerische Steuerrecht bei der Steuerbefreiung von Holdingstiftungen Rechnung. Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft und das schweizerische Steuerrecht sind sich in dieser Hinsicht *in der Theorie* verblüffend ähnlich. Der EuGH qualifiziert eine Holdingstiftung beihilferechtlich als Unternehmen, wenn sie tatsächlich durch unmittelbare oder mittelbare Einflussnahme auf die Verwaltung der ihr gehörenden Gesellschaften die Kontrolle ausübt, d.h. mit andern Worten *wenn sie in das operative Geschäft der Beteiligungsgesellschaften eingreift*, wenn sie sich also *nicht passiv verhält* und nicht bloss fördernd tätig ist<sup>48</sup>. Nach schweizerischem Steuerrecht wäre eine solche Einflussnahme der (an sich gemeinnützigen) Holdingsstiftung auf die Geschäfte der Beteiligungsgesellschaften *gemeinnützigkeitsschädlich*<sup>49</sup>. Beihilferechtlich sind in diesem Zusammenhang insbesondere institutionelle und funktionelle Verbindungen zwischen der Holdingstiftung und einer Beteiligungsgesellschaft äusserst heikel<sup>50</sup>. Im schweizerischen Steuerrecht steht parallel dazu die fehlende klare organisatorische und personelle Trennung zwischen Stiftungsrat (der Holdingstiftung) und Verwaltungsrat (einer Beteiligungsgesellschaft) einer Steuerbefreiung entgegen<sup>51</sup>.

In den Einzelheiten bestehen allerdings noch etliche Unsicherheiten. Gemäss EuGH genügt es für einen Verstoss gegen Art. 87 EGV wie erwähnt,

---

<sup>48</sup> W. RAINER WALZ, BLS Non Profit Law News, Ausgabe Nr. 1/2006 (März 2006), 1, abrufbar unter <http://www.law-school.de/newsfeed/0000252013.pdf> (besucht am 12.09.06).

<sup>49</sup> Siehe dazu vorne, II.1.b.

<sup>50</sup> Urteil des EuGH, a.a.O., Rn 112 ff. und insb. Rn 117.

<sup>51</sup> KS Nr. 12 (FN 5) Ziff. II. 3. c. Abs. 1 in fine.

dass die Holdingstiftung *mittelbar* Einfluss auf die Verwaltung der Beteiligungsgesellschaft ausübt. Die Zukunft wird weisen müssen, was darunter genau zu verstehen ist<sup>52</sup>. Dementsprechend wird sich auch erst in einiger Zeit feststellen lassen, inwieweit die *Praxis* im schweizerischen Steuerrecht *in den Details* mit den vom EuGH gesetzten beihilferechtlichen Leitlinien übereinstimmt.

### 3. Das Problem des fehlenden oder zu geringen Ausschüttungsdrucks

Von besonderem Interesse ist schliesslich die Erwägung des EuGH, eine Steuervergünstigung könne die Stellung der wirtschaftlichen Einheit, bestehend aus Stiftung und Beteiligungsgesellschaft, in finanzieller Hinsicht stärken und dadurch den Wettbewerb gegenüber nicht begünstigten Konkurrenten verfälschen. *In der Tat kann die Steuerbefreiung einer Holdingstiftung zur Folge haben, dass der Ausschüttungsdruck auf die Beteiligungsgesellschaften wesentlich geringer* ist als bei Gesellschaften, die einem nicht steuerbefreiten Konzern angehören oder deren Beteiligungsrechte in privaten Händen sind<sup>53</sup>. Denn die steuerbefreite Holdingstiftung kommt gerade aufgrund der fehlenden Steuerbelastung mit weniger Mitteln aus als andere Konzernobergesellschaften oder als private Aktionäre<sup>54</sup>. Damit besteht ein (nicht unbedeutendes) Risiko, dass – wie es WALZ treffend ausdrückt – „der steuerbegünstigte Anteilseigner seinen Steuervorteil über die Gewinnermittlungs- und Ausschüttungspolitik an die Gesellschaft weitergibt“<sup>55</sup>. Beteiligungsgesellschaften von steuerbefreiten Holdingstiftungen können auf diese Weise (indirekt) einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten erlangen<sup>56</sup>.

Diesem Problem kann auf verschiedene Weise entgegengewirkt werden. Denkbar wäre z.B. – wie es offenbar seit den Siebzigerjahren in den USA

---

<sup>52</sup> WALZ, BLS Non Profit Law News (FN 48), 1.

<sup>53</sup> Vgl. dazu einlässlich WALZ, Stiftungsreform (FN 46), 206 ff.

<sup>54</sup> Verstärkt wird dieser Effekt noch dadurch, dass hinter einer Holdingstiftung anders als bei der beherrschenden Konzerngesellschaft, die als (gewinnstrebige) Kapitalgesellschaft organisiert ist, keine Kapitaleigner stehen, die ihrerseits auf Gewinnausschüttungen hoffen.

<sup>55</sup> WALZ, Stiftungsreform (FN 46), 211.

<sup>56</sup> A.M. in dieser Hinsicht offenbar REICH (FN 11), 491: „Die Steuersituation des oder der Aktionäre interessiert unter dem Blickwinkel der steuerlichen Waffengleichheit nicht, da sie nicht unmittelbar die unternehmerische *Leistungserstellung*, sondern lediglich die Frage der *Überschussverteilung* tangiert“.

gehandhabt wird –, bei der (an sich steuerbefreiten) Stiftung eine Ertragssteuer zu erheben, wenn die Stiftung nicht eine als Normalverzinsung des gesamten Stiftungskapitals unterstellte Quote für gemeinnützige Zwecke ausgibt. Mit einer solchen Regelung wird bei der Stiftung (jedenfalls mittelfristig) ein Anreiz geschaffen, von den Beteiligungsgesellschaften eine angemessene Dividende zu verlangen, kommt es doch sonst zu einer „Erosion des Stiftungsvermögens“<sup>57</sup>. Eine andere, flexiblere Lösung besteht darin, die Steuerbefreiung davon abhängig zu machen, dass die Stiftung zumindest regelmässig von den Beteiligungsgesellschaften mit ins Gewicht fallenden Zuwendungen alimentiert wird, die für gemeinnützige Zwecke zu verwenden sind. Dies ist, wie vorn gezeigt<sup>58</sup>, die im Kreisschreiben der ESTV vorgesehene Lösung des schweizerischen Steuerrechts. Mit dieser Alimentierungspflicht können, wenn sie *in der Praxis vernünftig gehandhabt wird*, Wettbewerbsverfälschungen bei den Beteiligungsunternehmen vermieden bzw. zumindest reduziert werden.

## V. Schluss

Insgesamt betrachtet zeigt sich, dass die geltenden Bestimmungen des schweizerischen Steuerrechts zur Steuerbefreiung von an sich gemeinnützig tätigen Holdingstiftungen über weite Strecken mit den beihilferechtlichen und damit wettbewerbsorientierten Erwägungen des EuGH übereinstimmen. Verkürzt ausgedrückt könnte man wohl sagen, *dass das schweizerische Recht in seiner theoretischen Ausgestaltung insoweit – jedenfalls in den Grundzügen – EU-kompatibel ist*. Gleichzeitig kann daraus abgeleitet werden, dass die geltenden Regeln der Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen darauf ausgerichtet sind, *Wettbewerbsverfälschungen unter Marktkonkurrenten zu vermeiden oder wenigstens zu minimieren*. Der Gesetzgeber und die ESTV haben es offenbar verstanden, hier dem aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftssubjekte angemessen Rechnung zu tragen. Ob dies wettbewerbsrechtlich bewusst geschah oder ob die Suche nach einer steuerrechtlich sachgerechten Lösung (wie sie sicher für die ESTV, leider aber nicht immer für den Gesetzgeber

---

<sup>57</sup> WALZ, Stiftungsreform (FN 46), 209.

<sup>58</sup> Siehe vorne, II.1.b).

von zentraler Bedeutung ist) zufällig zu diesem Resultat geführt hat, sei dahin gestellt<sup>59</sup>.

Ein (zentrales) Problem ist damit allerdings noch nicht gelöst: Die Durchsetzung des theoretisch geltenden Steuerrechts im praktischen Rechtsalltag! Fraglich mag zunächst schon sein, ob die Steuerbehörden bei der Prüfung der Gesuche von Holdingstiftungen um Gewährung von Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit den skizzierten Gesichtspunkten genügend Rechnung tragen. Noch problematischer ist die Situation, wenn eine Steuerbefreiung einmal grundsätzlich eingeräumt worden ist. Es hat sich gezeigt, dass in vielen Kantonen eine *Überprüfung der gewährten Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit nur sehr selten erfolgt*, was bei allen gemeinnützigen Institutionen ein *relativ hohes Missbrauchspotential* schafft<sup>60</sup>. Dieses Missbrauchspotential ist bei gemeinnützigen Holdingstiftungen noch wesentlich grösser. So könnte z.B. eine Holdingstiftung mit dem Ziel, die Steuerbefreiung zu erlangen, ursprünglich jegliche Einflussnahme auf das operative Geschäft der Beteiligungsgesellschaften vermeiden und sich angemessene Gewinne ausschütten lassen, die sie für gemeinnützige Zwecke verwendet; *anschliessend könnte sie durch die lückenhafte oder fehlende Kontrolle der Steuerbehörden dann aber dazu veranlasst werden, nach und nach zur „aktiven“ Unternehmerin zu mutieren, Gewinne bei den Beteiligungsgesellschaften zu thesaurieren etc.*

Wettbewerbsverzerrungen durch das unsachgemässe Gewähren und Aufrechterhalten von Steuerbefreiungen sind schon im Interesse unserer eigenen Wirtschaft soweit als möglich zu verhindern. Darüber hinaus dürfte unser Land aber auch aus aussenpolitischen Gründen daran interessiert sein, wettbewerbsverfälschende Missbräuche bei der Steuerbefreiung von gemeinnützigen Holdingstiftungen zu unterbinden, um nicht auch noch in diesem Bereich politischen Druck durch die Europäische Union zu verursachen<sup>61</sup>. Daher empfiehlt es sich, zum einen die Entwicklung der beihilferechtlichen

---

<sup>59</sup> Vgl. dazu auch LOCHER (FN 11), Art. 56 N 3 in fine (m.Nachw.), der zu Recht ausführt, im Kreisschreiben Nr. 12 der ESTV (FN 5) werde der Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität erstaunlicherweise überhaupt nicht erwähnt.

<sup>60</sup> Vgl. dazu TH. KOLLER, Länderbericht (FN 1), F. III.

In einzelnen Kantonen wird immerhin regelmässig kontrolliert, ob die nötigen Mittel die Realisierung des Zwecks noch zulassen (vgl. dazu TH. KOLLER, Länderbericht [FN 1], B. IV. 7.).

<sup>61</sup> Bekanntlich erblickt die EU (in Analogie zur hier diskutierten Problematik) in gewissen von den Kantonen gewährten Steuerprivilegien für Unternehmen eine unerlaubte staatliche Beihilfe. Vgl. dazu z.B. NZZ vom 30.03.2006, S. 30.

Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Steuerbefreiung von Holdingstiftungen weiter zu verfolgen und zum andern der Umsetzung der an sich geltenden internen Regeln zur Steuerbefreiung wegen Gemeinnützigkeit im Rechtsalltag genügend Aufmerksamkeit zu schenken.