

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Eingliederung statt Rente? – Aus der Sicht des Unternehmenssteuer- reformgesetzes II nicht unbedingt!

Einmal mehr: Gedanken zur Harmonie oder Dissonanz im Verhältnis zwischen zwei Teilrechtsgebieten

Sonderdruck aus

Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit

Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von:

Gabriela Riemer-Kafka
Alexandra Rumo-Jungo

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

Eingliederung statt Rente? – Aus der Sicht des Unternehmenssteuerreformgesetzes II nicht unbedingt!

Einmal mehr: Gedanken zur Harmonie oder Dissonanz im Verhältnis zwischen zwei Teilrechtsgebieten*

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	370
I. Was hat das Unternehmenssteuerreformgesetz II mit dem Grundsatz «Eingliederung statt Rente» zu tun?	372
1. Die künftige steuerrechtliche Privilegierung der Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit gestützt auf Art. 37b DBG	372
2. Art. 37b DBG als Anreiz für steuerplanerische Gedankenspiele?	373
II. Das konkrete Problem als Beispiel für eine Frage der Koordination von Wertungen zwischen zwei Teilrechtsgebieten....	374
1. Grundsätzliches	374
2. Das Prinzip «Eingliederung statt Rente» als fundamentale Wertung des Invalidenversicherungsrechts	375
a) Allgemeines	375
b) Das Prinzip «Eingliederung statt Rente» in der 5. IV-Revision	377
c) Ausblick auf die 6. IV-Revision	378
d) Zusammenfassung	378
3. In Frage stehende Wertungen des Steuerrechts	379
a) Die verfassungsmässigen Besteuerungsprinzipien	379
b) Die Ziele des Unternehmenssteuerreformgesetzes II.....	380
4. Besteht zwischen diesen Wertungen grundsätzlich ein Widerspruch?.....	381
III. Die Tatbestandsvoraussetzung der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit infolge Invalidität im Einzelnen....	382

* Ich danke meinem Assistenten lic. iur. Norbert Sennhauser, Fürsprecher, herzlich für die konstruktiv-kritische Durchsicht des Textes. Das Manuskript wurde am 31. August 2009 abgeschlossen.

1. Allgemeines.....	382
2. Der Begriff der Invalidität nach Art. 37b DBG.....	383
3. Die definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit.....	384
a) Ist die teilweise Weiterführung der bisherigen oder die Aufnahme einer neuen selbständigen Erwerbstätigkeit zulässig?.....	385
b) Was ist davon unter dem Gesichtspunkt «Eingliederung statt Rente» zu halten?.....	386
c) Kann das Problem auf dem Auslegungsweg gelöst werden?.....	387
4. Die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit als Ausweg?.....	388
IV. Fazit.....	389
V. Nachtrag.....	390

Einleitung

ERWIN MURER war es stets ein wichtiges Anliegen, dass unser Sozialstaat auf Dauer auf einem tragfähigen Fundament beruht. Mit grosser Sorge hat er daher in den letzten Jahren die allseits bekannte ungünstige Entwicklung eines der wichtigsten schweizerischen Sozialversicherungszweige, der Invalidenversicherung (IV), verfolgt. Exemplarisch für die tiefe Sorge des Jubilars, der mit dieser Festschrift geehrt werden soll, ist folgende Äusserung aus dem Jahr 2004:

«Man bekommt das Gefühl, der Sozialstaat beginne seine eigenen Grundlagen zu zerstören. In gewissen Gegenden stellt er bereits rund 8% der erwerbstätigen Bevölkerung mittels Rente ins gesellschaftliche Abseits. Er trägt – auch wegen der IV – wesentlich zur immer grösseren Staatsverschuldung bei, die unsere Kinder und Kindeskinde abzutragen haben. Bedenklich ist auch die Tatsache, dass der Vorgang das Vertrauen der Bevölkerung in das ‚soziale Korrektiv‘ zu untergraben beginnt, weil sich der Eindruck verbreitet, dass ‚hier etwas nicht stimmen kann‘.»¹

¹ ERWIN MURER, Die verfehlte rechtliche Behandlung der «Versicherungsfälle unklarer Kausalität» und ihre Auswirkungen auf die Rentenexplosion in der IV, in: Die 5. IV-Revision: Kann sie die Rentenexplosion stoppen?, Freiburger Sozialrechtstag 2004, hrsg. von Erwin Murer, Bern 2004, 1 ff., spez. 4 f. Ziff. 2.

Stichworte wie «Rentenexplosion»², «Einmal Rente – immer Rente ...»³ oder «Rentenkrise»⁴ sind deutlicher Ausdruck seiner berechtigten Besorgnis um die Zukunft der Invalidenversicherung.

Eine (wenngleich natürlich bei weitem nicht die einzige) Möglichkeit, die Lage der Invalidenversicherung zu verbessern, besteht offenkundig darin, dem Grundsatz «Eingliederung vor Rente» (so die eingebürgerte Formulierung⁵) vermehrt Nachachtung zu verschaffen. Denn die IV ist über die Jahre von diesem zentralen Prinzip deutlich abgekommen⁶. Bestrebungen zu einer «Wiederbelebung» dieses Grundsatzes waren denn auch, wie zu zeigen sein wird⁷, vor allem im Rahmen der 5. IV-Revision im Gange⁸ und werden voraussichtlich künftig unter dem Motto «Eingliederung aus Rente»⁹ noch verstärkt werden. Aber ich hege einen gewissen Verdacht, dass nicht sämtliche gesetzgeberischen Reformen, die unser Parlament in letzter Zeit verabschiedet hat, diesem Ziel wirklich gerecht werden.

ERWIN MURER ist die praktische Verwirklichung der Prinzipien «Eingliederung vor Rente» und «Eingliederung aus Rente» ein grosses Anliegen. Symbolhaft kommt dies darin zum Ausdruck, dass er den im Grunde wesentlich treffenderen Ausdruck «Eingliederung statt Rente» geprägt hat¹⁰. Er dürfte daher den von mir geäusserten Verdacht mit einem (wiederum sehr berechtigten) Stirnrunzeln zur Kenntnis nehmen. Dennoch – oder gerade deshalb – hoffe ich, dass die folgenden Ausführungen, mit denen ich den Verdacht näher zu begründen versuche, sein Interesse finden werden.

² Siehe dazu etwa den Titel des vorstehend erwähnten Tagungsbandes.

³ MURER, Versicherungsfälle unklarer Kausalität (Fn. 1), 4 Anm. 12.

⁴ ERWIN MURER, Zur 5. IV-Revision, in: Personen-Schaden-Forum 2007, hrsg. von Stephan Weber, Zürich 2007, 205 ff., spez. 207.

⁵ ERWIN MURER, Invalidenversicherung: Prävention, Früherfassung und Integration, Kommentar zu Art. 1, 3a–3c, 6a, 7a–7c, 7d und 14a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, Bern 2009, Art. 1a N 9.

⁶ MURER, Zur 5. IV-Revision (Fn. 4), 207.

⁷ Näheres dazu unten in Ziff. II.2.b).

⁸ MURER, Zur 5. IV-Revision (Fn. 4), 207.

⁹ Vgl. etwa ANDREAS TRAUB, «Eingliederung aus Rente»: Zur Bedeutung der erwerbsbezogenen Konditionierung auch im Zusammenhang mit der Revision von Dauerleistungen, SZS 2009, 147 ff.

¹⁰ Näheres dazu unten in Ziff. II.2.c).

Dieser von MURER geprägte Begriff bringt zutreffend zum Ausdruck, dass die Eingliederung eine *Alternative* zur Rente und nicht eine «Phase vor der Rente» darstellt (MURER, IVG-Kommentar [Fn. 5], Art. 1a N 9).

I. Was hat das Unternehmenssteuerreformgesetz II mit dem Grundsatz «Eingliederung statt Rente» zu tun?

1. Die künftige steuerrechtliche Privilegierung der Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit gestützt auf Art. 37b DBG

Auf den 1. Januar 2011 wird der zweite wesentliche Teil des sogenannten Unternehmenssteuerreformgesetzes II in Kraft treten¹¹. Bestandteile dieses Reformpakets bilden u.a. ein neuer Art. 37b DBG und ein neuer Art. 11 Abs. 5 StHG, die beide – der eine für die direkte Bundessteuer, der andere für die Einkommenssteuern der Kantone und Gemeinden – den selben Regelungsbereich beschlagen¹². Art. 37b Abs. 1 DBG, der im Zentrum des Interesses dieses Beitrages steht¹³, hat folgenden Wortlaut:

«Wird die selbstständige Erwerbstätigkeit nach dem vollendeten 55. Altersjahr oder wegen Unfähigkeit zur Weiterführung infolge Invalidität definitiv aufgegeben, so ist die Summe der in den letzten zwei Geschäftsjahren realisierten stillen Reserven getrennt vom übrigen Einkommen zu besteuern. Einkaufsbeiträge gemäss Artikel 33 Absatz 1 Buchstabe d sind abziehbar. Werden keine solchen Einkäufe vorgenommen, so wird die Steuer auf dem Betrag der realisierten stillen Reserven, für den der Steuerpflichtige die Zulässigkeit eines Einkaufs gemäss Artikel 33 Absatz 1 Buchstabe d nachweist, zu einem Fünftel der Tarife nach Artikel 36 berechnet. Für die Bestimmung des auf den Restbetrag der realisierten stillen Reserven anwendbaren Satzes ist ein Fünftel dieses Restbetrages massgebend, es wird aber in jedem Falle eine Steuer zu einem Satz von mindestens 2 Prozent erhoben.»

¹¹ Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 23. März 2007 (AS 2008, 2893 ff.).

Ein weiterer wesentlicher Teil dieser Reform trat auf 1. Januar 2009 in Kraft und zwei untergeordnete Teilbereiche sind seit 1. Juli 2008 bzw. 1. Januar 2010 in Kraft (siehe dazu AS 2008, 2902).

¹² Formell wurde Art. 11 Abs. 5 StHG bereits am 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt. Gemäss Art. 72h Abs. 1 Satz 1 StHG haben die Kantone innert zwei Jahren nach Inkrafttreten Zeit, ihre Gesetzgebung anzupassen. Diese Anpassungen entfalten ihre Wirkung für alle Kantone erst zwei Jahre nach Inkrafttreten der Änderung des StHG (Art. 72h Abs. 1 Satz 2 StHG). Faktisch werden somit Art. 37b DBG und Art. 11 Abs. 5 StHG zum gleichen Zeitpunkt (auf den 1. Januar 2011) wirksam.

Versäumt ein Kanton die fristgerechte Anpassung seines Steuerrechts, so findet Art. 11 Abs. 5 StHG ab 1. Januar 2011 auf die kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern direkt Anwendung (Art. 72h Abs. 2 StHG).

¹³ Art. 11 Abs. 5 StHG beschlägt dasselbe hier interessierende Problem und wird im Folgenden weggelassen. Aufgrund des Prinzips der sogenannten vertikalen Steuerharmonisierung (vgl. zu diesem Grundsatz BGE 133 II 114 (116) E. 3.2; 131 I 409 (412 f.) E. 3.2; 130 II 65 (77) E. 6.2; 130 II 509 (513) E. 9.3; 125 II 183 (190) E. 6g) gilt alles, was hier diskutiert wird, grundsätzlich auch für die kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern.

Mit dieser Bestimmung wird die Besteuerung stiller Reserven bei der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit unter gewissen Voraussetzungen privilegiert behandelt¹⁴. Anwendbar ist dieses *Besteuerungsprivileg*, wenn die selbständige Erwerbstätigkeit entweder nach dem vollendeten 55. Lebensjahr – also gleichsam «altershalber»¹⁵ – oder aber wegen *Unfähigkeit zur Weiterführung infolge Invalidität* aufgegeben wird, wobei die Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss Gesetzeswortlaut *definitiv* sein muss.

2. Art. 37b DBG als Anreiz für steuerplanerische Gedankenspiele?

Rechenbeispiele zeigen, dass Art. 37b DBG je nach den Umständen zu einer beachtlichen Steuereinsparung bei der direkten Bundessteuer führen kann¹⁶. Zieht man die kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern mit in Betracht, so vergrössern sich die möglichen Steuereinsparungen noch ganz beträchtlich. *Dieses Steuersparpotenzial reizt natürlich zu steuerplanerischen Gedankenspielen*, frei nach dem Motto «Gut geplant ist bei den Steuern mehr als halb gewonnen»¹⁷.

Leicht ketzerisch (und verkürzt) könnte man im Rahmen eines solchen Gedankenspiels aus dieser Norm vielleicht Folgendes ableiten: Wer (ab 1. Januar 2011) seine selbständige Erwerbstätigkeit vor Vollendung des 55. Altersjahres aufgeben und in den Genuss der günstigen Besteuerungsregel kommen will, *muss versuchen, definitiv invalid zu werden*. Selbstredend muss dabei zuerst abgeklärt werden, was unter Invalidität im Sinne dieser Bestimmung und was unter definitiver Aufgabe der (selbständigen) Erwerbstätigkeit zu verstehen ist. Immerhin ist mit diesem Gedankenspiel schon eines ange-

¹⁴ In verschiedenen kantonalen Steuergesetzen finden sich bereits seit einiger Zeit ähnliche Besteuerungsprivilegien (vgl. etwa Art. 44 Abs. 1 lit. d des bernischen Steuergesetzes vom 21. Mai 2000 [BSG 661.11] und dazu CHRISTOPH LEUCH/PETER KÄSTLI, Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz, Artikel 1 bis 125, Muri-Bern 2006, Art. 44 N 13 ff., sowie das Merkblatt 10 der Steuerverwaltung des Kantons Bern; § 38b des thurgauischen Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern vom 14. September 1992 [Rechtssbuch 640.1]).

¹⁵ Dieses steuerrechtliche «Pensionsalter» ist mit 55 Jahren bemerkenswert niedrig angesetzt. Die gleiche Alterslimite haben bisher allerdings auch schon kantonale Gesetze vorgesehen (vgl. etwa Art. 44 Abs. 1 lit. d des bernischen und § 38b des thurgauischen Steuergesetzes). Die Alterslimite von 55 Jahren wird zudem auch in Zusammenhang mit der Beurteilung des Vorsorgecharakters von Abgangsentschädigungen herangezogen (vgl. Kreisschreiben Nr. 1 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3. Oktober 2002 «Die Abgangsentschädigung resp. Kapitalabfindung des Arbeitgebers», Ziffer 3.2, insbesondere lit. a).

¹⁶ Vgl. dazu etwa die Berechnungsbeispiele bei MAX LEDERGERBER/PETER LANG, Steuern und Vorsorge/Liquidationsgewinne und Steueraufschubtatbestände gemäss StR II, unveröffentlichte Seminarunterlagen (First Seminare) vom Oktober/November 2008, Lösungen Fallbeispiele, 3 ff.

¹⁷ Siehe zu diesem Motto TONY Z'GRAGGEN, Auswirkungen der USTR II auf die Besteuerung von Liquidationsgewinnen – Gut geplant ist bei den Steuern mehr als halb gewonnen, Der Schweizer Treuhänder 2008, 770 ff. Selbstverständlich verwendet Z'GRAGGEN dieses Motto nicht in Zusammenhang mit der «Planung» einer Geschäftsaufgabe wegen Invalidität.

deutet: *Der Grundsatz «Eingliederung statt Rente» könnte möglicherweise mit der Steueroptimierung auf Kriegsfuss stehen.* Oder noch krasser ausgedrückt: Wer z.B. einen «Versicherungsfall unklarer Kausalität»¹⁸ geschickt aufgleist und wem es so gelingt, sich künftig wegen (steuerrechtlich anerkannter) Invalidität von einer selbständigen Erwerbstätigkeit fernzuhalten, der kann auch Steuern optimieren. Es könnte somit sein, dass hier das Sozialversicherungsrecht (konkret das Invalidenversicherungsrecht) einerseits und das Steuerrecht andererseits in einem staatspolitisch und volkswirtschaftlich wichtigen Bereich nicht oder jedenfalls nicht vollumfänglich am gleichen Strang ziehen. Diese Frage soll hier näher untersucht werden.

II. Das konkrete Problem als Beispiel für eine Frage der Koordination von Wertungen zwischen zwei Teilrechtsgebieten

1. Grundsätzliches

In Bezug auf das hier zu beleuchtende Problem bestehen offenkundig *Wechselwirkungen zwischen dem Sozialversicherungsrecht einerseits und dem Steuerrecht andererseits.* Die Interaktion zweier rechtlicher Subsysteme an solchen Schnittstellen kann als *Koordinationsproblem* verstanden werden. Das oberste (materielle) Koordinationsziel muss (bzw. müsste) dabei darin bestehen, *Wertungsdisparitäten* zwischen den betroffenen Rechtsgebieten auszuschalten und im Gegenzug *Wertungskongruenz* zwischen den Teilrechtsgebieten zu schaffen¹⁹. Dies setzt voraus, dass vorgängig die *koordinationsrelevanten Wertungselemente* der in Frage stehenden Teilrechtsbereiche eruiert und gewichtet werden. Gefragt wäre dann im Idealfall *Harmonie, nicht Dissonanz* zwischen den Subsystemen, hier also zwischen dem Sozialversicherungsrecht und dem Steuerrecht. Dass dieses Ziel in der Realität nicht immer erreicht wird, ist allerdings offenkundig.

¹⁸ Siehe dazu den in Fn. 1 aufgeführten Beitrag von MURER.

¹⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden grundlegend bereits THOMAS KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, Bern 1993, 41 ff. sowie passim (mit Beispielen).

Weitere konkrete Beispiele für die Koordination von Wertungen an der Schnittstelle von Teilrechtsordnungen finden sich bei THOMAS KOLLER, *Harmonien und Dissonanzen im Verhältnis zwischen Privatrecht und Steuerrecht*, SJZ 2000, 305 ff.; DERS., *Wechselwirkungen zwischen privatrechtlichen Rechtsgeschäften und ihren Steuerfolgen – Ein Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme*, ZBJV 1998, 309 ff.; DERS., *Ehescheidung und AHV*, AJP 1998, 291 ff.; DERS., *Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen als privatrechtlich nicht ersatzfähiger Schaden – ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme*, AJP 2008, 1295 ff.

Im Rahmen der erforderlichen Werteabstimmung hat jedes der betroffenen Rechtsgebiete einen *sachgerechten Anteil der Koordinationslast* zu übernehmen. Die Schaffung von Wertungskongruenz ist dabei theoretisch auf drei Ebenen denkbar: erstens auf Stufe des *Gesetzgebers*, zweitens auf Stufe der *rechtsanwendenden Behörden* und drittens auf Stufe der *privaten Rechtssubjekte*. Die letztgenannte Ebene ist allerdings praktisch nur von Bedeutung, wenn es sich bei einem der involvierten Subsysteme um das Privatrecht handelt (so typisch etwa bei der Koordination von Privatrecht und Steuerrecht). Stehen wie hier ausschliesslich zwei Teilrechtsgebiete des öffentlichen Rechts zur Diskussion, kann die Koordinationsaufgabe in aller Regel nur vom Gesetzgeber und von den rechtsanwendenden Behörden erfüllt werden.

Im Folgenden geht es nun darum, die in Frage stehenden Wertungen des Invalidenversicherungsrechts einerseits und des Steuerrechts andererseits zu skizzieren. Anschliessend soll untersucht werden, ob zwischen diesen Wertungen grundsätzlich Wertungsharmonie besteht bzw. ob sich eine solche Wertungsharmonie zumindest im Rahmen der Rechtsanwendung herstellen lässt oder ob die Rechtsordnung – zum Beispiel weil der Gesetzgeber einen klaren Entscheid getroffen hat (wenn vielleicht auch, ohne sich des Problems bewusst zu sein) – einen allfälligen Wertungswiderspruch hinnehmen muss.

2. Das Prinzip «Eingliederung statt Rente» als fundamentale Wertung des Invalidenversicherungsrechts

a) Allgemeines

Im Invalidenversicherungsrecht stellt das Prinzip «Eingliederung statt Rente» – bisher besser bekannt unter der eingebürgerten Formulierung «Eingliederung vor Rente»²⁰ – eine fundamentale Wertung dar²¹. Seine gesetzliche Ausprägung hat dieser Grundsatz heute in Art. 1a lit. a und lit. b IVG (eingefügt mit der 4. IV-Revision) sowie in Art. 7 und Art. 16 ATSG gefunden.

²⁰ Siehe zur von MURER verwendeten neueren und treffenderen Formulierung des Grundsatzes oben Fn. 5.

²¹ Vgl. dazu und zum Folgenden statt aller etwa THOMAS LOCHER, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, 3. Aufl. Bern 2003, § 9 N 10, § 34 N 4 und § 44 N 35; UELI KIESER, *ATSG-Kommentar*, 2. Aufl. Zürich 2009, Vorbemerkungen N 47, Art. 7 N 15 und Art. 16 N 22; DERS., *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, Zürich/St. Gallen 2008, 52 N 37, 74 N 100 f., 167 N 49, 177 N 74, 264 N 39 und 331 N 177; ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 3. Aufl. Basel 2009, § 12 N 31. Ausführlich zum Ganzen jetzt vor allem auch MURER, *IVG-Kommentar* (Fn. 5), Art. 1a N 4 ff.

Der Grundsatz «Eingliederung vor Rente» stand z.B. auch im Zentrum des Interesses des (massgebend von Erwin Murer geprägten) Freiburger Sozialrechtstages 1998 (vgl. dazu den Tagungsband mit dem Titel «Eingliederung vor Rente – Eingliederung in der Sackgasse? – Neue Lösungsansätze für ein altes Problem», hrsg. von Erwin Murer, Bern 1998).

Gemäss Art. 1a lit. a IVG sollen die Leistungen dieses Gesetzes die Invalidität mit geeigneten, einfachen und zweckmässigen Eingliederungsmassnahmen verhindern, vermindern oder beheben. Erst an zweiter Stelle sollen die Leistungen der IV nach Art. 1a lit. b IVG *die verbleibenden ökonomischen Folgen der Invalidität* im Rahmen einer angemessenen Deckung des Existenzbedarfs *ausgleichen*. Bereits aus diesem Aufbau der gesetzlichen Regelung geht klar hervor, dass es im Invalidenversicherungsrecht in erster Linie darum geht, eine Erwerbsunfähigkeit als Folge einer Gesundheitsbeeinträchtigung möglichst zu verhindern oder zumindest klein zu halten.

Noch deutlicher erkennbar wird dieses Bestreben, wenn man Art. 7 und Art. 16 ATSG betrachtet. Gemäss Art. 7 Abs. 1 ATSG gilt als Erwerbsunfähigkeit der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und *nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende* ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Und nach Art. 16 ATSG wird für die Bestimmung des Invaliditätsgrades das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität *und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen* durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Die letztere Bestimmung bringt noch einen weiteren wichtigen Grundsatz der Invalidenversicherung zum Ausdruck: *Wer in seiner Erwerbsfähigkeit durch eine Gesundheitsbeeinträchtigung trotz Eingliederungsmassnahmen eingeschränkt ist, hat seine Resterwerbsfähigkeit im Rahmen des Zumutbaren zu verwerten*²².

Das Prinzip «Eingliederung statt Rente» (verbunden mit der Pflicht zur Verwertung der Resterwerbsfähigkeit im Rahmen des Zumutbaren) bildet *die zentrale Ausprägung des Grundsatzes der Schadenminderungspflicht im Sozialversicherungsrecht*²³. Die Schadenminderungspflicht ist gleichsam dem Begriff der Invalidität immanent²⁴. Dementsprechend sind in der Invalidenversicherung Eingliederungsmassnahmen (begleitet durch den akzessorischen Taggeldanspruch) gegenüber einer Rente prioritär: Solange Eingliederungs-

massnahmen durchgeführt werden, entsteht kein Rentenanspruch²⁵, und das Ziel der Eingliederungsmassnahmen besteht darin, eine IV-Rente zu vermeiden bzw. bereits Berentete wieder in den Erwerbsprozess zurückzuführen. *Die Eingliederung ist mithin als (vorrangige) Alternative zur Rente zu verstehen*²⁶.

b) Das Prinzip «Eingliederung statt Rente» in der 5. IV-Revision

Der Grundsatz «Eingliederung statt Rente» war (unter dem Begriff «Eingliederung vor Rente») an sich dem Invalidenversicherungsrecht seit je bekannt. Im Zuge der «Rentenexplosion», die in der IV in den letzten Jahren zu verzeichnen war²⁷, schien er aber in der Praxis zunehmend in den Hintergrund zu geraten. Jedenfalls erachtete es der Gesetzgeber in den letzten Jahren als zentral, der praktischen Umsetzung der Schadenminderungspflicht im IV-Recht wieder vermehrt Nachachtung zu verschaffen. So wurde in der 4. IV-Revision²⁸ mit Art. 1a lit. a IVG das Prinzip ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen²⁹ und bei der 5. IV-Revision³⁰ bildete dieser Grundsatz das *Leitthema*³¹. Die zentralen Stichworte dieser 5. IV-Revision waren demgemäss die *frühzeitige Erfassung von arbeitsunfähigen Versicherten, Massnahmen der Frühintervention und Integrationsmassnahmen*³². Die Eingliederung Betroffener ins Erwerbsleben sollte mit dieser Revision verstärkt gefördert und der Zugang zur Rente erschwert werden³³. Um die Zahl der Neurenten zu

²² KIESER, ATSG-Kommentar (Fn. 21), Art. 16 N 23; DERS., Sozialversicherungsrecht (Fn. 21), 177 N 74.

²³ KIESER, ATSG-Kommentar (Fn. 21), Vorbemerkungen N 47; DERS., Sozialversicherungsrecht (Fn. 21), 264 N 39; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Fn. 21), § 12 N 31.

Die Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflicht sowie damit verbunden die Pflicht zur Selbsteingliederung werden insbesondere in Art. 7 IVG explizit geregelt (vgl. dazu ausführlich MURER, IVG-Kommentar [Fn. 5], Art. 7, 7a und 7b N 7ff.).

²⁴ THOMAS LOCHER, Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, 407 ff., spez. 421.

²⁵ BGE 126 V 241 E. 5 S. 243; KIESER, ATSG-Kommentar (Fn. 21), Vorbemerkung N 47; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER (Fn. 21), § 12 N 80.

Zum (akzessorischen) Taggeldanspruch während der Durchführung von Eingliederungsmassnahmen siehe Art. 22 ff. IVG.

²⁶ MURER, IVG-Kommentar (Fn. 5), Art. 1a N 9.

²⁷ Siehe zum Ausdruck «Rentenexplosion» oben bei Fn. 4.

Umfangreiches Zahlenmaterial zur Rentenentwicklung in der Invalidenversicherung in den letzten Jahren findet sich z.B. in der Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (5. IV-Revision) vom 22. Juni 2005, BBl 2005, 4459 ff.

²⁸ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Änderung vom 21. März 2003, in Kraft seit 1. Januar 2004 (AS 2003, 3837 ff.).

²⁹ KIESER, Sozialversicherungsrecht (Fn. 21), 74 N 100; MURER, IVG-Kommentar (Fn. 5), Art. 1a N 4.

³⁰ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Änderung vom 6. Oktober 2006, in Kraft seit 1. Januar 2008 (AS 2007, 5129 ff.).

Siehe zur 5. IV-Revision insgesamt auch BETTINA KAHIL-WOLFF (Hrsg.), La 5^e révision de l'AI, Bern 2009.

³¹ TRAUB (Fn. 9), 147; ähnlich KIESER, Sozialversicherungsrecht (Fn. 21), 74 N 100, und MURER, Zur 5. IV-Revision (Fn. 4), 207; MURER, IVG-Kommentar (Fn. 5), Art. 1a N 5.

³² MURER, Zur 5. IV-Revision (Fn. 4), 208 ff.

Vgl. auch MURER, IVG-Kommentar (Fn. 5), Art. 1a N 9, wonach die durch die 5. IVG-Revision neu vorgesehenen Massnahmen den IV-Stellen eine bis anhin ungewohnte unternehmerische Aufgabe auferlegen.

³³ Faktenblatt des Bundesamtes für Sozialversicherungen «Rentenzugang: strikt und fair.» vom 19. März 2007, S. 1 (abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00092/01581/index.html?lang=de>).

senken, sollten unter anderem *negative Anreize im Zusammenhang mit der Eingliederung beseitigt werden*³⁴. Wörtlich findet sich dazu in der Botschaft zur 5. IV-Revision die folgende bemerkenswerte Aussage³⁵:

«Das heutige IV-System führt allein oder im Zusammenspiel mit anderen Zweigen der sozialen Sicherheit zum Teil zur paradoxen Situation, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen nach Eintritt der Invalidität finanziell besser dastehen als vorher. *So kann es auch sein, dass diese Personen keinerlei finanzielles Interesse daran haben, ihre Rest-erwerbsfähigkeit auszunützen*, weil ihre Rente gekürzt würde. Die vorgeschlagenen Massnahmen sollen daher den Betroffenen positive Anreize bieten, sich für die Eingliederung zu interessieren bzw. nicht darauf zu verzichten.»

c) Ausblick auf die 6. IV-Revision

In Zukunft dürfte der Grundsatz «Eingliederung statt Rente» in der IV voraussichtlich in noch stärkerem Masse im Blickwinkel des Gesetzgebers liegen. Im Rahmen der geplanten 6. IV-Revision soll nach Angaben des Bundesamtes für Sozialversicherungen ein bisher praktisch nicht genutztes Eingliederungspotential gezielt ausgeschöpft werden; neu sollen grundsätzlich auch schon laufende Renten systematisch darauf überprüft werden, ob bei ihren Bezügerinnen und Bezügerern ein Potenzial zur Wiedereingliederung vorhanden sei³⁶. In der Literatur wurde dieses Ziel mit dem treffenden Schlagwort «Eingliederung aus Rente» umschrieben³⁷.

d) Zusammenfassung

Kurz gefasst gilt mithin Folgendes: Es ist ein zentrales Anliegen der Invalidenversicherung (und damit eines ihrer grundlegendsten Wertungselemente), alles zu unterstützen, was die Wiedereingliederung von in ihrer Gesundheit beeinträchtigten Personen in den Erwerbsprozess fördert, und möglichst alles zu eliminieren, was diesem Bestreben zuwiderläuft. *Insbesondere ist es aus der Sicht der IV wichtig, dass für die Betroffenen keine finanziellen Anreize bestehen, sich der Eingliederung zu entziehen und eine Rente anzustreben.*

Dies wird insbesondere auch durch die stärkere Betonung der Mitwirkungs- und Selbsteingliederungspflicht der Versicherten bewirkt (vgl. MURER, IVG-Kommentar [Fn. 5], Art. 7, 7a und 7b N 40).

³⁴ Botschaft zur 5. IV-Revision (Fn. 27), 4502.

³⁵ A.a.O., 4503 f. (Hervorhebung von mir).

³⁶ Faktenblatt des Bundesamtes für Sozialversicherungen zur 6. IV-Revision vom 17. Juni 2009, S. 2 (abrufbar unter <http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02473/index.html?lang=de>).

³⁷ TRAUB (Fn. 9), 147 ff; MURER, IVG-Kommentar (Fn. 5), Art. 1a N 9.

3. In Frage stehende Wertungen des Steuerrechts

a) Die verfassungsmässigen Besteuerungsprinzipien

Im vorliegenden Zusammenhang von Interesse sind zunächst einmal zwei grundlegende Prinzipien des schweizerischen Steuerrechts, die in der Bundesverfassung verankert sind. Zum einen handelt es sich um die Grundsätze der *Allgemeinheit* und der *Gleichmässigkeit der Besteuerung* sowie den Grundsatz der *Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit*³⁸, zum andern um den *Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Besteuerung*, demzufolge die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln ist³⁹.

Diese beiden Fundamentalprinzipien des Steuerrechts können im Einzelfall unter Umständen untereinander in einem *Spannungsverhältnis* stehen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn sich der Steuergesetzgeber für eine privilegierte Behandlung bestimmter Steuerpflichtiger oder bestimmter Steuererwerbstatbestände entscheidet und so eine Regelung trifft, die – möglicherweise – dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht. Geht die Regelung von einem kantonalen Gesetzgeber aus, so lässt sich der Konflikt in der Regel zugunsten des Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit lösen, da das Bundesverfassungsrecht Vorrang vor dem kantonalen Steuergesetz hat⁴⁰. Anders verhält es sich, wenn die Regelung vom Bundesgesetzgeber erlassen wird: Aufgrund der «Verfassungsresistenz» der Bundesgesetze⁴¹ hat die gesetzliche Regelung (faktisch) Vorrang vor den Besteuerungsgrundsätzen nach Art. 127 Abs. 2 BV. *Immerhin können und müssen aber die Steuer- und die Steuerjustizbehörden bei der Anwendung der entsprechenden Normen diesen Besteuerungsgrundsätzen im Rahmen des ihnen zustehenden Auslegungsspielraums Rechnung tragen.*

³⁸ Art. 127 Abs. 2 BV; als Beispiel aus der (umfangreichen) Rechtsprechung des Bundesgerichtes siehe statt aller etwa BGE 133 I 206 (Obwaldner Steuerfall).

³⁹ Art. 127 Abs. 1 BV; vgl. als Beispiel etwa BGE 120 Ia 343 (noch unter der Geltung von Art. 4 aBV).

⁴⁰ So eindrücklich etwa im Obwaldner Steuerfall (BGE 133 I 206).

Eine solche Lösung ist allerdings nicht immer möglich (illustrativ dazu der Ehegattenbesteuerungsfall BGE 110 Ia 7).

⁴¹ Art. 190 BV.

b) Die Ziele des Unternehmenssteuerreformgesetzes II

Beim Unternehmenssteuerreformgesetz II ging es – wie der Bundesrat in seiner Botschaft ausführte⁴² – im Wesentlichen darum, (1.) eine steuerliche Entlastung von Risikokapital zu erreichen, die primär den Investoren zugute kommen sollte, welche sich unternehmerisch beteiligen, (2.) *kleine und mittlere Unternehmen (KMU) steuerlich zu entlasten* sowie (3.) ungerichtfertigte Überbesteuerungen zu mildern oder zu beseitigen. Im Rahmen der Bestrebungen um eine steuerliche Besserstellung der KMU sollten dabei unter anderem *Steuererleichterungen bei der zu Lebzeiten oder nach dem Tod des Inhabers erfolgten Liquidation eines Unternehmens eingeführt werden*⁴³.

Zur Umsetzung des letztgenannten Ziels der Reform schlug der Bundesrat dem Parlament die Schaffung eines Art. 37a DBG vor, in dem bei der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit eine privilegierte Besteuerung der stillen Reserven vorgesehen war⁴⁴. Allerdings war die vom Bundesrat vorgeschlagene *steuerliche Rechtsfolge* nicht identisch mit der steuerlichen Privilegierung, wie sie nun in Art. 37b DBG enthalten ist. Im hier interessierenden Punkt aber stimmen der bundesrätliche Entwurf (Art. 37a E-DBG) und die vom Parlament nach langen Debatten verabschiedete Bestimmung (Art. 37b DBG) überein: *Tatbestandsvoraussetzung* für die steuerlich günstige Rechtsfolge ist die *definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit nach dem vollendeten 55. Altersjahr oder wegen Unfähigkeit zur Weiterführung infolge Invalidität*⁴⁵.

Unbestrittenermassen besteht eines der Ziele der neuen Bestimmung in der Milderung der *Progressionsbelastung*⁴⁶: Stille Reserven werden – so die gängige Auffassung – in aller Regel über einen längeren Zeitraum gebildet;

⁴² Vgl. dazu Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005, 4733 ff., spez. 4735.

⁴³ A.a.O., 4736.

⁴⁴ Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), BBl 2005, 4875 ff., spez. 4878.

Siehe dazu auch PETER LANG, Aufschubstatbestände und Liquidationsgewinne gemäss Unternehmenssteuerreformgesetz II, IFF Forum für Steuerrecht 2008, 110 ff., spez. 116.

⁴⁵ Zum komplizierten Werdegang von Art. 37b DBG in den parlamentarischen Beratungen siehe den Erläuternden Bericht vom 28. Mai 2009 zum Vernehmlassungsverfahren zur Verordnung über die Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit (Art. 37b DBG) der Stabstelle Gesetzgebung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1665/Bericht.pdf>), 5 ff.; EMANUEL LAUBER/REBEKKA HOLENSTEIN, Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit – Auslegeordnung zum neuen Art. 37b DBG, Der Schweizer Treuhänder 2009, 337 ff., spez. 338 f.; LANG (Fn. 44), 116.

Die Tatbestandsvoraussetzung der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit infolge Invalidität wurde in den parlamentarischen Beratungen allerdings nicht diskutiert.

⁴⁶ ERICH ETLIN, USTR II – Personengesellschaften profitieren – Verbesserung der steuerlichen Situation und erleichterte Nachfolgeregelungen, Der Schweizer Treuhänder 2008, 762 ff., spez. 765.

werden diese im Rahmen der Unternehmensliquidation «auf einen Schlag»⁴⁷ aufgelöst, so kann dies wegen der Steuerprogression zu einer als stossend empfundenen steuerlichen Belastung führen. Art. 37b DBG soll dem entgegenwirken⁴⁸. Umstritten (aber hier nicht weiter von Interesse) ist, ob dieser Norm teilweise auch *Vorsorgecharakter* zukommen soll⁴⁹.

4. Besteht zwischen diesen Wertungen grundsätzlich ein Widerspruch?

Auf den ersten Blick scheint zwischen den vorstehend skizzierten Wertungen des Invalidenversicherungsrechts einerseits und des Steuerrechts andererseits kein Wertungswiderspruch zu bestehen⁵⁰. Das Steuerrecht betrachtet die definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit wegen Unfähigkeit zur Weiterführung infolge Invalidität als *objektive Tatbestandsvoraussetzung* für den Eintritt der auf Milderung der Progression abzielenden Rechtsfolge⁵¹: Art. 37b DBG soll bei der Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit aus bestimmten, in der Person des Unternehmers liegenden Gründen (Alter [ab Vollendung des 55. Lebensjahres] oder Invalidität) zur Anwendung kommen, «...welche von diesem nicht beeinflusst werden können»⁵². Das invalidenversicherungsrechtliche Grundprinzip «Eingliederung statt Rente» hatte der Gesetzgeber dabei offensichtlich nicht vor Augen.

⁴⁷ So wörtlich die Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Fn. 42), 4824.

⁴⁸ A.a.O., 4824; vgl. auch LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 337 und 339; LANG (Fn. 44), 116; IVO P. BAUMGARTNER, Art. 37b N 3, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, 2. Aufl. Basel 2008.

⁴⁹ Befürwortend LANG (Fn. 44), 116; BAUMGARTNER (Fn. 48), Art. 37b N 6; ETLIN (Fn. 46), 765; eher ablehnend Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Fn. 42), 4824, und LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 339.

Den Vorsorgecharakter des hier interessierenden Besteuerungsprivilegs betont auch die Steuerrekurskommission des Kantons Bern in einem Entscheid vom 16. April 1996 (E. 2) zum damals geltenden Art. 47a, der Vorgängernorm des heute geltenden Art. 44 Abs. 1 lit. d des bernischen Steuergesetzes.

⁵⁰ Offen bleiben kann hier, ob Art. 37b DBG mit dem verfassungsmässigen Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit harmoniert oder nicht. Die deklarierte Absicht des Gesetzgebers bestand darin, eine Norm zu schaffen, welche diesem Prinzip vermehrt Nachachtung verschafft. Ob Art. 37b DBG dem gerecht wird oder ob er nicht vielmehr zu einer möglicherweise problematischen Privilegierung von Selbständigerwerbenden führt, müsste anhand von Modellrechnungen überprüft werden. Gewisse Äusserungen aus Steuerberaterkreisen scheinen daraufhin zu deuten, dass die neue Bestimmung den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumindest «ritzen» könnten (vgl. dazu etwa Z'GRAGGEN [Fn. 17], 775: «Aus steuerplanerischer Sicht ist gegen die Bildung von stillen Reserven nun nichts mehr einzuwenden; im Gegenteil, sie ist nun praktisch immer empfehlenswert.»).

⁵¹ Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Fn. 42), 4824; LANG (Fn. 44), 117; BAUMGARTNER (Fn. 48), Art. 37b N 10.

⁵² BAUMGARTNER (Fn. 48), Art. 37b N 10 (Hervorhebung im Original).

Anders ausgedrückt könnte man die Absicht des Gesetzgebers wie folgt formulieren: Muss jemand nach dem (von ihm nicht beeinflussbaren) Eintritt einer Invalidität seine selbständige Erwerbstätigkeit endgültig aufgeben, so findet Art. 37b DBG Anwendung. Zunächst ist also zu prüfen, ob der betroffene Steuerpflichtige (im objektiven Sinn) invalid geworden ist. In einem zweiten Schritt gilt es zu untersuchen, ob er *als Folge dieser Invalidität* die selbständige Erwerbstätigkeit definitiv beendet hat. Die invalidenversicherungsrechtliche Frage, was unter Invalidität zu verstehen ist, ob durch Eingliederungs- und Umschulungsmassnahmen eine Erwerbsunfähigkeit vermieden werden kann etc., interessieren das Steuerrecht somit – prima vista – nicht. Art. 37b DBG kommt erst zum Zug, nachdem die selbständige Erwerbstätigkeit aufgrund der Invalidität aufgegeben wurde. *Eine Wertungsdisparität zwischen dem Steuerrecht und dem Invalidenversicherungsrecht würde so nicht bestehen.*

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich indessen, dass die Sachlage nicht so einfach ist. Bereits einleitend wurde angedeutet, dass Art. 37b DBG im Zusammenhang mit der Tatbestandsvoraussetzung der Invalidität zu (sozialversicherungsrechtlich bedenklichen) steuerplanerischen Gedankenspielen zwecks Steueroptimierung anregen könnte. *Es könnte sein, dass Art. 37b DGB für Steuerpflichtige faktisch (wenn auch vom Gesetzgeber nicht gewollt) Anreize bietet, auf dem Weg der «Invalidität» definitiv in eine Erwerbsunfähigkeit hinein zu steuern.* Solche negativen finanziellen Anreize stünden aber offensichtlich in einem Wertungswiderspruch zum Invalidenversicherungsrecht.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob Art. 37b DBG solche ungünstigen Anreize mit sich bringt und ob (sowie gegebenenfalls mit welchen Mitteln) solchen negativen Anreizen begegnet werden kann. Dazu ist eine nähere Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzung der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit infolge Invalidität erforderlich.

III. Die Tatbestandsvoraussetzung der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit infolge Invalidität im Einzelnen

1. Allgemeines

Der Text von Art. 37b DBG lässt zahlreiche Fragen offen, so insbesondere auch, was unter Invalidität im Sinne dieser Bestimmung und was unter definitiver Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit zu verstehen ist. Der Bundesrat plant daher den Erlass einer Verordnung über die Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbständigen Erwerbs-

tätigkeit (E-LGBV), mit welcher die neue gesetzliche Regelung «umgesetzt»⁵³ werden soll. Zum Entwurf einer solchen Verordnung⁵⁴ hat die Eidgenössische Steuerverwaltung am 28. Mai 2009 eine Vernehmlassung veröffentlicht⁵⁵. Wann die Verordnung definitiv verabschiedet wird, ist noch offen⁵⁶. In Kraft treten soll sie am 1. Januar 2011 zusammen mit Art. 37b DBG⁵⁷.

Die geplante Verordnung wird im Wesentlichen verschiedene (wenn auch nicht alle) in Art. 37b DBG enthaltenen Begriffe *konkretisieren*. Es versteht sich dabei von selbst, dass die Verordnungsbestimmungen wegen des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Besteuerung den *Rahmen der gesetzlichen Regelung nicht überschreiten* dürfen. Im Übrigen wird es ohnehin auch Aufgabe der Steuer- und Steuerjustizbehörden sein, bei der Anwendung von Art. 37b DBG diese Bestimmung durch *sachgemässe Auslegung* zu konkretisieren.

2. Der Begriff der Invalidität nach Art. 37b DBG

Art. 37b DBG enthält wie erwähnt keine Umschreibung des Begriffs der Invalidität⁵⁸. Dies wirft die Frage auf, ob von Invalidität im Sinne dieser Bestimmung nur gesprochen werden kann, wenn der Steuerpflichtige eine Rente der Invalidenversicherung erhält⁵⁹. Prima vista wäre eine solche Betrachtungsweise steuerrechtlich durchaus verständlich. Denn eine IV-Rente setzt *Erwerbsunfähigkeit voraus*⁶⁰ und Art. 37b DBG hat ja die Aufgabe der Erwerbstätigkeit als Folge einer Invalidität im Auge.

Invalidenversicherungsrechtlich wäre eine solche Betrachtungsweise allerdings fatal. Gemäss dem Grundsatz «Eingliederung statt Rente» haben Versicherte nur Anspruch auf eine Rente, wenn sich die Erwerbsfähigkeit nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wieder herstellen, erhalten oder verbessern lässt⁶¹. Würde das Besteuerungsprivileg von Art. 37b DBG den Bezug einer IV-Rente voraussetzen, so würde das Steuerrecht für Steuer-

⁵³ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsverfahren (Fn. 45), 2.

⁵⁴ Abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1665/Vorlage.pdf>.

⁵⁵ Vgl. dazu den Erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsverfahren (Fn. 45).

⁵⁶ Gemäss Auskunft der Eidgenössischen Steuerverwaltung ist die Verwaltung bestrebt, das Vernehmlassungsverfahren so zu gestalten, dass die definitive Fassung anfangs Februar 2010 vorliegen sollte. Allfällige Differenzen zwischen dem Entwurf und der nach Drucklegung dieses Beitrages erfolgenden Endfassung der Verordnung können hier naturgemäss noch nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu aber den Nachtrag unten in Ziff. V.).

⁵⁷ Art. 13 E-LGBV.

⁵⁸ So auch LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 340.

⁵⁹ So z.B. die Auffassung von LEUCH/KÄSTLI (Fn. 14), Art. 44 N 20, zur schon seit einiger Zeit geltenden entsprechenden Bestimmung im bernischen Steuerrecht (siehe dazu oben Fn. 14).

⁶⁰ Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG; vgl. auch Art. 8 i.V.m. Art. 7 ATSG.

⁶¹ Art. 28 Abs. 1 lit. a IVG.

pflichtige, die auf Steueroptimierung aus sind, einen hohen Anreiz schaffen, sich Eingliederungsmassnahmen zu entziehen oder diese zu unterlaufen. Obwohl vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, bestünde dann eine *klare Wertungsdissonanz* zwischen dem Invalidenversicherungsrecht und dem Steuerrecht.

Soweit dürfte es indessen aller Wahrscheinlichkeit nach nicht kommen. Gemäss Art. 1 Abs. 2 E-LGBV soll sich der Eintritt der Invalidität nach Art. 4 Abs. 2 IVG bestimmen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 IVG gilt die Invalidität als eingetreten, *sobald sie die für die Begründung des Anspruchs auf die jeweilige Leistung erforderliche Schwere erreicht hat*. Mit «Leistungen» der IV sind nicht nur Renten, *sondern auch andere Leistungen, wie z.B. Eingliederungs- und Umschulungsmassnahmen, gemeint*⁶². Massgebend soll somit klarerweise nicht eine sozialversicherungsrechtliche Invalidität i.S.v. Art. 8 ATSG sein, welche an die bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit anknüpft. Der Invaliditätsbegriff von Art. 37b DBG soll bewusst weiter verstanden werden als der Invaliditätsbegriff des ATSG⁶³.

Unter dem Gesichtspunkt der *Wertungskoordination* kann diese Auffassung nur begrüsst werden, weil so negative Anreize für Steuerpflichtige, sich Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen zu entziehen oder solche zu torpedieren, vermieden werden. Diese Auslegung des Invaliditätsbegriffs dürfte sich auch durchaus im gesetzlichen Rahmen bewegen. Gleichzeitig kann damit ein weiteres Problem gelöst werden: Ein Anspruch auf eine IV-Rente entsteht erst nach einer Karenzfrist von einem Jahr⁶⁴. Zudem kann es verfahrensmässig sehr lange dauern, bis eine Rente definitiv zugesprochen wird. Würde man bei Art. 37b DBG von einem «engen» Invaliditätsbegriff ausgehen und den Bezug einer IV-Rente als Voraussetzung für die privilegierte Besteuerung verlangen, so würden diese Karenzfrist und die oft lange IV-rechtliche Verfahrensdauer für den Steuerpflichtigen massive Inkonvenienzen mit sich bringen⁶⁵. Mit der vorgeschlagenen Begriffsumschreibung werden solche Unzulänglichkeiten vermieden.

3. Die definitive Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit

Art. 37b DBG verlangt eine *definitive Aufgabe* der selbständigen Erwerbstätigkeit. Was darunter zu verstehen ist, wird im Verordnungsentwurf nicht umschrieben; Art. 1 Abs. 1 E-LGBV gibt insoweit nur den Gesetzestext

⁶² So ausdrücklich der Erläuternde Bericht zum Vernehmlassungsverfahren (Fn. 45), 8.

⁶³ LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 340.

⁶⁴ Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG.

⁶⁵ Auf diese Problematik wurde in der Literatur schon mehrfach aufmerksam gemacht, etwa mit dem Hinweis, gerade bei schweren Krankheiten oder Unfällen werde es allenfalls zu einer Aufgabe der Erwerbstätigkeit kommen, bevor eine amtliche Invaldisierung vorliege oder ohne dass eine solche überhaupt ausgesprochen werde (LANG [Fn. 44], 117; ähnlich auch BAUMGARTNER [Fn. 48], Art. 37b N 12).

wieder. Im Erläuternden Bericht wird dazu bloss ausgeführt, *die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit stehe der privilegierten Besteuerung des Liquidationsergebnisses nicht im Wege*⁶⁶.

Damit stellen sich zwei Fragen: (1.) Darf nach der invaliditätsbedingten Liquidation des Geschäfts grundsätzlich in einer andern Branche eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen werden? (2.) Darf nach Eintritt der Invalidität und der (weitgehenden) Liquidation des Geschäfts eine (allenfalls geringfügige) selbständige Teilzeiterwerbstätigkeit in derselben oder in einer andern Branche ausgeübt werden?

- a) Ist die teilweise Weiterführung der bisherigen oder die Aufnahme einer neuen selbständigen Erwerbstätigkeit zulässig?

In der Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II wurde zu Art. 37a E-DBG ausgeführt, von einer endgültigen Liquidation *könne nicht gesprochen werden, falls eine steuerpflichtige Person ein Unternehmen übertrage, um danach ein anderes zu betreiben*. Und von einer endgültigen Aufgabe der Erwerbstätigkeit könne nur gesprochen werden, *wenn das Unternehmen sein Umlaufvermögen vollständig aufgelöst habe*⁶⁷. Eine nähere Differenzierung zwischen altershalber und invaliditätsbedingter Aufgabe der Erwerbstätigkeit erfolgt dabei nicht. Würde man dies zum Nennwert nehmen, so könnte Art. 37b DBG auf jeden Fall nicht zur Anwendung kommen, wenn ein teilinvaliden Steuerpflichtiger sein Unternehmen zwar nicht ganz, aber doch zum grossen Teil liquidiert und noch in beschränktem Rahmen weiter derselben Erwerbstätigkeit nachgeht. In der Literatur wurde demgegenüber die Auffassung vertreten, es dürfe zwar nicht zu grosszügig davon ausgegangen werden, dass die selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben werde, obwohl noch Erwerbseinkommen aus selbständiger Tätigkeit erzielt werde. Aus praktischer Sicht dränge es sich aber auf, in konkretisierender Form zu regeln, ob und allenfalls in welchem Umfang eine geringfügige selbständige Erwerbstätigkeit weitergeführt werden könne. *Eine Honorarobergrenze im Umfang der maximalen einfachen AHV-Altersrente*⁶⁸ *könnte für die Definition einer noch eben zulässigen Tätigkeit herangezogen werden*⁶⁹.

⁶⁶ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsverfahren (Fn. 45), 7.

⁶⁷ Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Fn. 42), 4824 (Hervorhebungen von mir). Verhältnismässig streng in Bezug auf die *vollständige* Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit auch die Steuerrekurskommission des Kantons Bern in einem Entscheid vom 16. April 1996.

⁶⁸ Zurzeit (2009) also Fr. 2'280.– pro Monat bzw. Fr. 27'360.– pro Jahr (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung 09 über Anpassungen an die Lohn- und Preisentwicklung bei der AHV/IV/EO vom 26. September 2008, in Kraft ab 1. Januar 2009 [AS 2008, 4715], i.V.m. Art. 34 Abs. 3 AHVG).

⁶⁹ LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 339 f. (Hervorhebung von mir); wesentlich offener, aber grundsätzlich ebenfalls für eine «liberale» Lösung der Teilzeitbeschäftigungsfrage BAUM-

Auf die Frage, ob der Steuerpflichtige eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgeben und eine andere (oder wieder die gleiche) aufnehmen dürfte, gibt der Verordnungsentwurf scheinbar eine indirekte Antwort. Gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. b E-LGBV gilt Art. 37b DBG *nicht für Liquidationsgewinne, welche die steuerpflichtige Person nach der Wiederaufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt*. Prima vista könnte daraus e contrario geschlossen werden, dass die Wiederaufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit der Anwendung von Art. 37b DBG bei der Liquidation des früheren Unternehmens nicht entgegen stehen soll. Effektiv will damit aber der Verordnungsgeber nur ein Problem lösen: Wer aufgrund einer behaupteten definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit von Art. 37b DBG profitieren konnte, soll später nicht erneut in den Genuss dieser privilegierten Besteuerung kommen⁷⁰. Der Verordnungsgeber geht dabei davon aus, dass in einer solchen Situation hinsichtlich der ersten Besteuerung keine Korrektur über ein Nachsteuerverfahren möglich sei⁷¹. Somit lässt sich aus Art. 1 Abs. 3 lit. b E-LGBV nichts für den Fall ableiten, dass vor der rechtskräftigen Veranlagung der Steuern für die Liquidationsperiode klar ist, dass der Steuerpflichtige (z.B. nach einer von der IV bezahlten Umschulung) eine andere selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen wird. Es ist daher durchaus möglich, dass die Steuer- und Steuerjustizbehörden die privilegierte Besteuerung nach Art. 37b DBG verweigern werden, wenn der Steuerpflichtige noch vor der rechtskräftigen Veranlagung der Steuern für die Liquidationsperiode eine neue selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt oder die bisherige Erwerbstätigkeit (nach einer weitgehenden, aber nicht vollständigen Liquidation seines Unternehmens) in stark reduziertem Umfang weiterführt.

b) Was ist davon unter dem Gesichtspunkt «Eingliederung statt Rente» zu halten?

Unter dem Gesichtspunkt der Wertungskoordination zwischen dem Invalidenversicherungsrecht und dem Steuerrecht ist das Geschilderte ausserordentlich bedenklich. Steuerrechtlich ist es zwar an sich sachgerecht, eine Steuerprivilegierung, wie sie Art. 37b DBG als *Ausnahmenorm* vorsieht, nur in engem Rahmen (und vor allem nicht beim gleichen Steuerpflichtigen mehrmals) zuzulassen. Dies würde eher dafür sprechen, *das Kriterium der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit eng auszulegen*. IV-rechtlich wäre das indessen fatal. Dem Steuerpflichtigen würde so jeglicher

Anreiz genommen, sich Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen der IV zu unterziehen. Ebenso würde jeder Anreiz fehlen, eine allenfalls noch vorhandene Resterwerbsfähigkeit zu verwerten. Dem Grundsatz «Eingliederung statt Rente» würde dies diametral zuwiderlaufen. *Art. 37b DBG würde damit in offenkundiger Wertungsdissonanz zum IV-Recht stehen*. Daran würde auch der Umstand nichts ändern, dass jeder Versicherte gemäss IV-Recht im Rahmen des Zumutbaren bei Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen mitzuwirken hat und Art. 37b DBG von seinem Konzept her erst zum Tragen kommen soll, wenn trotz solcher Massnahmen die selbständige Erwerbstätigkeit nicht weitergeführt werden kann und daher die Unternehmung liquidiert werden muss. Denn das ist reine Theorie; faktisch würde Art. 37b DBG bei einer engen Auslegung des Begriffs der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit den Grundsatz «Eingliederung statt Rente» klar unterlaufen.

c) Kann das Problem auf dem Auslegungsweg gelöst werden?

Ob bzw. inwieweit die Steuer- und die Steuerjustizbehörden das Problem auf dem Weg einer «extensiven» Auslegung von Art. 37b DBG lösen können, ist fraglich. Der *Gesetzestext* spricht klar von der definitiven Aufgabe der Erwerbstätigkeit. Auch der *Wille des Gesetzgebers*, wie er in der Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II Ausdruck gefunden hat (und in den parlamentarischen Beratungen unbestritten war⁷²), scheint eindeutig zu sein: *Von einer endgültigen Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit könne nur gesprochen werden, wenn das Unternehmen sein Umlaufvermögen vollständig aufgelöst habe, und eine endgültige Liquidation liege nicht vor, falls jemand ein Unternehmen überträgt, um danach ein anderes zu betreiben*⁷³. Einen grossen Auslegungsspielraum lässt dies an sich nicht offen.

Zu prüfen wäre allerdings, ob nicht eine differenziertere Betrachtung bei invaliditätsbedingter (ganzer oder teilweiser) Aufgabe der bisherigen selbständigen Erwerbstätigkeit möglich ist. Denn hier liegt im Grunde ein anderer Fall vor, als wenn eine Person zwar «altershalber», jedoch vor Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters freiwillig die bisherige selbständige Erwerbstätigkeit aufgibt, aber dennoch weiterhin in anderer Form (oder im bisherigen Bereich in stark reduziertem Mass) selbständig erwerbstätig bleibt. Bei invaliditätsbedingter Aufgabe bestimmt ein *Zwangselement* das Verhalten der steuerpflichtigen Person: In ihrer angestammten Tätigkeit ist sie nicht mehr oder nur noch eingeschränkt wirtschaftlich leistungsfähig, aber mit Unterstützung der Invalidenversicherung versucht sie, in einem neuen Bereich

GARTNER (Fn. 48), Art. 37b N 8 (die Praxis werde entsprechende Regeln entwickeln müssen), sowie EITLIN (Fn. 46), 766.

Relativ offen und auf eine Beurteilung im Einzelfall verweisend auch LEUCH/KÄSTLI (Fn. 14), Art. 44 N 19.

⁷⁰ Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsverfahren (Fn. 45), 8.

⁷¹ A.a.O.

⁷² Vgl. dazu oben Fn. 45.

⁷³ Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II (Fn. 42); 4824 (Hervorhebung von mir); vgl. dazu oben III.3.a).

oder in reduziertem Mass im bisherigen Bereich weiterhin selbständig zu arbeiten. Deswegen wäre jedenfalls bei invaliditätsbedingten Fällen eine extensivere Auslegung des Tatbestandselements der definitiven Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit angezeigt.

Wie weit man dabei gehen kann, ohne den Grundsatz der Gesetzmässigkeit bei der Auslegung von Art. 37b DBG zu verletzen, wird sich weisen müssen. In der Literatur wurde z.T. – allerdings ohne Differenzierung zwischen altershalber und invaliditätsbedingter Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit – dafür plädiert, den Steuerpflichtigen die Weiterführung einer bisherigen oder die Aufnahme einer neuen selbständigen Erwerbstätigkeit *in untergeordnetem Umfang* zu konzederen⁷⁴. Ob damit allerdings genügend Anreiz geschaffen wird, um Betroffene für die Durchführung von Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen sowie zur Verwertung einer allenfalls vorhandenen Resterwerbsfähigkeit zu motivieren, ist fraglich.

4. Die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit als Ausweg?

Wie erwähnt steht dagegen die Aufnahme einer *unselbständigen Erwerbstätigkeit* nach Auffassung des Ordnungsgebers einer privilegierten Besteuerung des Liquidationsergebnisses nicht im Weg. Diese Auffassung dürfte auch gesetzeskonform sein, verlangt doch Art. 37b DBG nicht die Aufgabe jeglicher, sondern nur die definitive Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit.

In allen Fällen, bei denen bereits zu Beginn allfälliger Umschulungs- oder Eingliederungsmassnahmen der IV klar ist, dass der Versicherte nach deren Abschluss keine vernünftige Chance haben wird, wieder selbständig tätig zu werden, steht somit Art. 37b DBG nicht in einem Wertungswiderspruch zum Grundsatz «Eingliederung statt Rente». Fraglich ist nun, ob nicht auch Versicherte, welche beabsichtigen, nach einer Umschulung weiterhin *wirtschaftlich* selbständig tätig zu bleiben, *formal* den Weg der unselbständigen Erwerbstätigkeit beschreiten und so in den Genuss der privilegierten Besteuerung von Art. 37b DBG gelangen können.

Theoretisch ist ein solcher Weg in der Tat denkbar. Dem Steuerpflichtigen steht an sich die Möglichkeit offen, eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH zu gründen und sich von «seiner» Gesellschaft anstellen zu lassen. Grundsätzlich kann – wie in der Literatur geltend gemacht wurde – ein Steuerpflichtiger in einer solchen Situation von Art. 37b DBG profitieren⁷⁵. Dies soll sogar (wie behauptet wird) dann möglich sein, wenn ein Unternehmen faktisch gar nicht liquidiert, sondern in eine juristische Person umgewandelt wird (und

dabei die stillen Reserven aufgedeckt werden, so dass Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG nicht zur Anwendung kommt)⁷⁶. Umso mehr müsste es daher unter dem Gesichtspunkt von Art. 37b DBG zulässig sein, dass der Steuerpflichtige seinen Betrieb effektiv liquidiert, nach einer von der IV bezahlten Umschulung ein neues Unternehmen in der Form einer juristischen Person gründet und anschliessend mit dieser juristischen Person ein Anstellungsverhältnis eingeht.

Ob damit die von Art. 37b DBG ausgehenden negativen Anreize hinreichend beseitigt werden, ist allerdings fraglich. Zum einen besteht bei einem solchen Vorgehen stets das Risiko, dass die Steuerbehörden den Vorgang auf eine *Steuerumgehung* hin prüfen werden⁷⁷. Allerdings wird man davon ausgehen dürfen, dass in der vorliegend interessierenden Konstellation nicht leichthin eine Steuerumgehung erblickt werden dürfte. Zum andern – und dies fällt wesentlich stärker ins Gewicht – ist ein derartiges «Konstrukt» mit *relativ hohen Kosten* verbunden (die von der Invalidenversicherung wohl kaum übernommen würden ...). Eine wirklich taugliche Möglichkeit, um einen Versicherten, der in den Genuss der privilegierten Besteuerung nach Art. 37b DBG kommen möchte, für Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen der IV zu motivieren, dürfte dieser Weg wohl nur in den seltensten Fällen darstellen.

IV. Fazit

Das Fazit ist ernüchternd: Art. 37 DBG wird voraussichtlich für Steuerpflichtige negative Anreize bieten, sich Umschulungs- und Eingliederungsmassnahmen der IV zu unterziehen und eine allfällige Resterwerbsfähigkeit im Rahmen des Zumutbaren zu verwerten. Diese steuerrechtliche Norm steht damit in einem Wertungswiderspruch zum IV-rechtlich zentralen Grundsatz «Eingliederung statt Rente». Kurz gefasst könnte man sagen, der Gesetzgeber hat es (vielleicht) im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II gut gemeint, aber (höchstwahrscheinlich) schlecht gemacht, weil er die Dissonanz zum IV-Recht nicht gesehen hat. *Die Zukunft wird weisen müssen, ob es den Steuer- und Steuerjustizbehörden gelingen wird, im Rahmen der Anwendung von Art. 37b DBG die Auswirkungen des Wertungswiderspruchs zum mindern und so im Ergebnis dem Idealziel der Wertungsharmonie zwischen dem Steuerrecht und dem Invalidenversicherungsrecht ein wenig näher zu kommen.* Ebenso wird sich zeigen müssen, ob und inwieweit Steueroptimierungsgesichtspunkte

⁷⁴ LAUBER/HOLENSTEIN (Fn. 45), 339 f. (vgl. dazu oben in Ziff. III.3.a).

⁷⁵ A.a.O., 340.

⁷⁶ A.a.O., 340.

In diesem Sinne (zum entsprechenden Art. 44 Abs. 1 lit. d des bernischen Steuergesetzes) auch ein Entscheid der Steuerrekurskommission des Kantons Bern vom 8. April 2008 E. 2 (unter Berufung auf die kantonale Steuerverwaltung, welche die Steuerprivilegierung bei Umwandlung einer Einzelirma in eine GmbH anerkannte).

⁷⁷ A.a.O., 340.

bei Umschulungs- und Eingliederungsfällen eine wesentliche Rolle spielen werden. Auf die entsprechenden praktischen Erfahrungen der IV-Behörden darf man jetzt schon gespannt sein.

V. Nachtrag

Die Verordnung über die Besteuerung der Liquidationsgewinne bei definitiver Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit (LGBV)⁷⁸ wurde vom Bundesrat am 17. Februar 2010 erlassen. Soweit hier von Interesse weicht die endgültige Fassung nicht vom Entwurf ab.

⁷⁸ Siehe zum Entwurf dieser Verordnung vom Ziff. III.1. und dort spez. Fn. 56.