Steuerfragen bei öffentlichen Übernahmeangeboten

von
Urs Schenker

Inhalt

I. Transaktionsstrukturen und Aktionärskategorien
1. Transaktionsstrukturen
a) Barangebot
b) Tauschangebot
c) Rückkauf eigener Aktien
2. Aktionärskategorien
a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen
b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen
c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz
d) Steuerbefreite institutionelle Investoren, Domizil Schweiz
e) Ausländische Aktionäre

II. Einkommens- und Ertragssteuerbelastung der Aktionäre bei öffentlichen Angeboten
1. Barofferte
a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen
b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen
c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz
d) Ausländische Aktionäre
2. Tauschangebot
a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen
b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen
c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz
d) Ausländische Aktionäre
3. Rückkauf von Aktien durch die Gesellschaft selbst
a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen
b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen
c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz
d) Ausländische Aktionäre

III. Verrechnungssteuern bei öffentlichen Angeboten
1. Bar- und Tauschangebote
2. Rückkauf durch die Gesellschaft
3. Rückforderung der Verrechnungssteuer

IV. Stempelsteuern
1. Umsatzabgabe
a) Barangebote
b) Tauschangebote
c) Rückkauf eigener Aktien
2. Emissionsabgabe
a) Barangebote
b) Tauschangebote

V. Die steuerliche Behandlung der Fusion
1. Einkommens- und Ertragssteuern bei den Aktionären
a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen
b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen
c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz
2. Verrechnungssteuer
3. Umsatzabgabe
4. Emissionsabgabe

Weiterführende Literatur

I. Transaktionsstrukturen und Aktionärskategorien

1. Transaktionsstrukturen

Die folgenden Transaktionsvarianten weisen in steuerlicher Hinsicht relevante Unterschiede auf, weshalb sie im folgenden jeweils einzeln behandelt werden:

a) Barangebot

Bei dieser Transaktionsstruktur erhalten die Aktionäre der Zielgesellschaft für ihre Aktien einen Barbetrag. Damit realisiert der Aktionär der Zielgesellschaft beim Vollzug des öffentlichen Angebotes den Wert der Aktien in gleicher Weise wie bei einem Verkauf an der Börse. In steuerlicher Hinsicht werden Barangebote deshalb auch gleich behandelt wie jeder andere Verkauf von Aktien.

b) Tauschangebot

Erhält der Aktionär der Zielgesellschaft bei einem Tauschangebot Aktien des Übernehmers, so liegt in steuerlicher Hinsicht kein Verkauf sondern eine fusionsähnliche Transaktion vor, bei der der Aktionär der Zielgesellschaft seine Beteiligung fortsetzt. Wegen der wirtschaftlichen Kontinuität der Beteiligungsrechte führt die Annahme eines Tauschangebotes – mindestens wenn Aktien einer schweizerischen Gesellschaft gegen Aktien einer anderen schweizerischen Gesellschaft getauscht werden – nicht zu einer steuerlichen Realisierung.

Tauschangebote, bei denen der Aktionär der Zielgesellschaft keine Aktien erhält, sondern Obligationen, Notes oder Optionen, werden steuerlich wie Barangebote behandelt, da der Aktionär bei diesen Transaktionen seine Beteiligung in wirtschaftlicher Sicht nicht fortsetzt und somit den Aktienwert in steuerlicher Hinsicht realisiert.

c) Rückkauf eigener Aktien

Der Rückkauf eigener Aktien stellt – falls er öffentlich angekündigt wird – ebenfalls ein öffentliches Angebot im Sinne von Art. 2 Bst. c und Art. 22 BEHG dar[1]. In steuerlicher Hinsicht unterscheidet sich der Rückkauf eigener Aktien jedoch stark von Bar- oder Tauschangeboten, da die Aktionäre beim Rückkauf eigener Aktien eine Leistung der Gesellschaft erhalten, während sie bei Tausch- oder Barangeboten eine Leistung eines Dritten erhalten. In steuerlicher Hinsicht gilt diese Leistung der Gesellschaft grundsätzlich als Ausschüttung, was zu einer völlig anderen Steuerbehandlung führt als bei einer Leistung von Dritten.

2. Aktionärskategorien

Die steuerlichen Auswirkungen einer Transaktion hängen nicht allein von der Transaktionsstruktur ab, sondern auch vom Steuerstatus des Aktionärs. Dabei muss zwischen folgenden Kategorien von Aktionären unterschieden werden:

a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen

Für natürliche Personen, die ihre Aktien im Privatvermögen halten, gilt der Grundsatz, dass Kapitalgewinne steuerfrei sind, dass Verluste, die bei der Veräusserung von Aktien entstehen, aber auch nicht mit dem steuerbaren Einkom-

1 Vgl. Mitteilung Nr. 1 der UEK vom 28. März 2000.

men verrechnet werden können. Leistungen der Gesellschaft an den Aktionär sind dagegen – mit Ausnahme der Rückzahlung des Nominalwerts – steuerbar. So stellen insbesondere Dividendenzahlungen, Liquidationsausschüttungen und auch Nennwerterhöhungen steuerbares Einkommen dar. Die Tatsache, dass sämtliche Leistungen, die über die Rückzahlung des Nominalwertes hinausgehen, als Einkommen besteuert werden, wird als „Nominalwertprinzip" bezeichnet. Dieses führt insbesondere dazu, dass bei einer Liquidation der Gesellschaft der gesamte Liquidationserlös, den der Aktionär erhält, als Einkommen besteuert wird, soweit diese Ausschüttung den Nominalwert übersteigt. Damit löst sich die Besteuerung völlig vom tatsächlichen Gewinn, den der Aktionär erzielt hat, da die als Einkommen besteuerte Differenz zwischen Nominalwert und Ausschüttung den tatsächlichen Gewinn des Aktionärs übersteigt, wenn dieser seine Aktien zu einem Preis erworben hat, der über dem Nominalwert lag.

Der Grundsatz, dass Kapitalgewinne, die im Privatvermögen realisiert werden, steuerfrei sind, wird jedoch dann durchbrochen, wenn der Käufer die Reserven der gekauften Gesellschaft benutzt, um den Kaufpreis zu bezahlen, da die Steuerbehörden den steuerfreien Kapitalgewinn in diesem Fall gemäss der Theorie der indirekten Teilliquidation in eine Liquidationsausschüttung umqualifizieren und entsprechend den Einkommenssteuern unterwerfen.

Eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz kann Verrechnungssteuern, die auf Ausschüttungen erhoben werden, vollumfänglich zurückfordern, sofern sie das entsprechende Einkommen in der Steuererklärung korrekt deklariert.

b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen

Bei natürlichen Personen, die Aktien im Geschäftsvermögen halten, gilt das Buchwertprinzip, d.h. werden Aktien verkauft, so wird die Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert der betreffenden Aktien[2] und dem Verkaufspreis steuerbares Einkommen. Führt der Verkauf der Aktien zu einem Verlust, so kann der betreffende Aktionär diesen Verlust von seinem übrigen steuerbaren Einkommen abziehen. Dividendenzahlungen und andere Ausschüttungen einer Gesellschaft stellen ebenfalls steuerbares Einkommen dar, wobei es der betreffenden Person aber bei Substanzausschüttungen und Liquidationsausschüttungen möglich ist, das betreffende Einkommen durch eine Abschreibung der Aktien auf den neuen – tieferen – Kurs zu kompensieren.

2 Kaufpreis abzüglich allfälliger Abschreibungen, Gewinn aber auch Rückstellungen, die beim Verkauf aufgelöst werden müssen.

Ein steuerbarer Gewinn, den eine natürliche Person im Rahmen ihres Geschäftsvermögens erzielt, unterliegt jedoch nicht nur den Einkommenssteuern, sondern auch den Sozialversicherungsabgaben. Obwohl die Sozialversicherungsbeiträge vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden können, ergibt sich insgesamt ein sehr hoher Belastungssatz[3].

Zum Geschäftsvermögen gehören alle Aktiven, die zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit dienen, sei dies im Rahmen einer Einzelfirma oder einer Personengesellschaft. Da eine natürliche Person, die selbständig tätig ist, neben ihrem Geschäftsvermögen auch Privatvermögen hält und Aktien grundsätzlich Teil des Privat- wie auch des Geschäftsvermögens sein können, stellt sich bei Aktien immer die Frage, zu welchem Vermögensbereich diese zu zählen sind. Werden Aktien, die einer selbständig tätigen Person gehören, in der Buchhaltung der betreffenden Einzelfirma oder Personengesellschaft aufgeführt, so gelten sie in jedem Fall als Geschäftsvermögen, da der Aktionär mit der Aufnahme in die Buchhaltung selbst zum Ausdruck gebracht hat, dass diese Aktien Teil des Geschäftsvermögens sind. Selbst wenn die betreffenden Aktien allerdings nicht in der Buchhaltung einer Personengesellschaft oder einer Einzelfirma aufgeführt werden, sondern von den betreffenden natürlichen Personen privat gehalten werden, können sie dem Geschäftsvermögen zugerechnet werden, wenn sie dem Geschäft indirekt dienen, beispielsweise weil sie zugunsten des Geschäftes verpfändet worden sind.

Selbst wenn eine natürliche Person keiner selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht und auch nicht an einer Personengesellschaft beteiligt ist, können die Steuerbehörden Aktien als Geschäftsvermögen und die entsprechenden Gewinne als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren, wenn die betreffende Privatperson als gewerbsmässiger Wertpapierhändler betrachtet werden kann, weil ihre Aktivität über die blosse private Vermögensverwaltung hinausgeht. Obwohl weder die eidgenössische Steuerverwaltung noch die kantonalen Steuerbehörden einheitliche Kriterien entwickelt haben, um die private Vermögensverwaltung vom gewerbsmässigen Wertpapierhandel zu unterscheiden, zeigt sich

3 Die Sozialversicherungsbeiträge führen ab einem Einkommen von CHF 97'000 nicht mehr zu einer Steigerung der Rente und müssen deshalb aus wirtschaftlicher Sicht als reine Steuerbelastung betrachtet werden.

anhand der bis heute ergangenen Entscheide, dass nach Ansicht der Steuerbehörden der Bereich der privaten Vermögensverwaltung verlassen wird, wenn sehr viele Transaktionen abgewickelt werden, das Wertschriftenportfolio mehrmals jährlich umgewälzt wird, Positionen nur kurzfristig gehalten werden und der Wertschriftenbestand in erheblichem Masse durch Kredite finanziert wird oder aber der betreffende Anleger berufliche Kenntnisse[4] für seine Tätigkeit nutzt.

Eine natürliche Person mit Wohnsitz in der Schweiz kann die Verrechnungssteuer, die auf Ausschüttungen erhoben wird, vollumfänglich zurückfordern, sofern sie das entsprechende Einkommen in ihrer Steuererklärung korrekt deklariert.

c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz

Wie bei Privatpersonen mit Geschäftsvermögen gilt auch für Kapitalgesellschaften das Buchwertprinzip, d.h. die Differenz zwischen dem steuerlich massgeblichen Buchwert und dem Verkaufspreis wird als steuerbarer Ertrag betrachtet. Ausschüttungen der Gesellschaft (Dividenden, Liquidationsausschüttungen etc.) stellen ebenfalls steuerbaren Ertrag dar.

Diese Besteuerung von Kapitalgewinnen und Ausschüttungen wird jedoch insoweit durchbrochen bzw. massiv reduziert, als die betreffende Kapitalgesellschaft den Beteiligungsabzug geltend machen kann:

- *Beteiligungsabzug bei Ausschüttungen*

  Bezüglich Ausschüttungen kann der Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 DBG und Art. 28 Abs. 1 StHG geltend gemacht werden, wenn die Beteiligung mindestens 20% des Kapitals der betreffenden Gesellschaft umfasst oder sich der Marktwert der Beteiligung auf mindestens CHF 2 Mio. beläuft.

- *Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen*

  Auch bei Kapitalgewinnen kann der Beteiligungsabzug gemäss Art. 70 Abs. 4 DBG und Art. 28 Abs. 1^{bis} StHG geltend gemacht werden, wenn eine Beteiligung von mindestens 20% an der betreffenden Gesellschaft

4 Z.B. bei beruflicher Tätigkeit als angestellter Wertschriftenhändler oder Bankier etc.

verkauft wird, diese nach dem 1.1.1997 erworben wurde und von der betreffenden Kapitalgesellschaft für mindestens ein Jahr gehalten worden ist.

Der Beteiligungsabzug hat zur Folge, dass die gesamten Steuern in dem Verhältnis reduziert werden, in dem die Netto-Beteiligungserträge zum Gesamtgewinn stehen:

$$\text{Steuern nach Beteiligungsabzug} = \text{Steuern auf gesamtem Reingewinn vor Beteiligungsabzug} \times \left(1 - \frac{\text{Nettobeteiligungsertrag}}{\text{Gesamtgewinn}}\right)$$

Der Netto-Beteiligungsertrag entspricht gemäss Art. 70 DBG bzw. Art. 28 Abs. 1 StHG dem Ertrag dieser Beteiligung abzüglich des darauf entfallenden Finanzierungsaufwandes und eines Betrages von 5% des Beteiligungsertrages zur Deckung des Verwaltungsaufwandes[5]. Als Finanzierungsaufwand gelten dabei Schuldzinsen sowie weiterer Aufwand, der wirtschaftlich den Schuldzinsen gleichzustellen ist[6]. Der gesamte Finanzierungsaufwand des Unternehmens muss dabei proportional zu den Aktiven verlagert werden, d.h. den Beteiligungen wird ein Anteil zugerechnet, der ihrem Anteil an den Gesamtaktiven des Unternehmens entspricht. Der Beteiligungsabzug führt damit normalerweise zu einer Besteuerung, die einem Bruchteil des normalen Steuersatzes entspricht.

Die Besteuerung von Kapitalgesellschaften hängt im weiteren von deren Steuerstatus ab; soweit die betreffenden Gesellschaften auf kantonaler Ebene als Holding-, Domizil- oder gemischte Gesellschaft ein Steuerprivileg geniessen, fallen die kantonalen Steuern auf Beteiligungserträgen und Kapitalgewinnen auf Beteiligungen weg, unabhängig davon, ob der Beteiligungsabzug geltend gemacht werden kann[7].

Soweit eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz Ausschüttungen erhält, die der Verrechnungssteuer unterliegen, kann sie diese vollumfänglich zurückfordern, sofern sie die entsprechenden Erträge korrekt in ihrer Steuererklärung

5 Dieser Pauschalsatz wird entsprechend reduziert, wenn die Gesellschaft nachweisen kann, dass der effektive Verwaltungsaufwand unter 5% liegt.

6 Z.B. Kosten aus Wertpapierpensionsgeschäften

7 Zu den Voraussetzungen für die Qualifikation als Holdinggesellschaft bzw. Domizil- oder gemischte Gesellschaft, vgl. Art. 28 StHG.

deklariert hat. Dies gilt auch dann, wenn die betreffende juristische Person aufgrund eines Beteiligungsabzuges oder eines kantonalen Steuerprivilegs die betreffenden Einkünfte nur zu einem reduzierten Satz versteuern muss.

d) Steuerbefreite institutionelle Investoren, Domizil Schweiz

Verschiedene juristische Körperschaften des öffentlichen Rechts wie insbesondere Gemeinden, Kantone und auch viele öffentlichrechtliche Anstalten sind von den Ertrags- bzw. Einkommenssteuern befreit. Von den Ertrags- und Einkommenssteuern befreit sind aber auch Pensionskassen und Anlagestiftungen von Pensionskassen, denen im Kapitalmarkt eine starke Bedeutung zukommt.

Die steuerbefreiten institutionellen Investoren zahlen weder auf Kapitalgewinnen noch auf Dividendenausschüttungen eine Ertrags- oder Einkommenssteuer. Da sie ausserdem berechtigt sind, die Verrechnungssteuer vollumfänglich zurückzufordern, sind sie von sämtlichen sonst für Aktionäre relevanten Steuern befreit.

e) Ausländische Aktionäre

Aktionäre mit Steuerdomizil ausserhalb der Schweiz unterliegen weder bezüglich Ausschüttungen noch bezüglich Kapitalgewinnen der schweizerischen Einkommens- oder Ertragssteuer, da der blosse Besitz von Aktien einer schweizerischen Gesellschaft weder eine beschränkte noch eine unbeschränkte Steuerpflicht in der Schweiz begründet. Eine beschränkte Steuerpflicht kann sich nur ergeben, wenn der ausländische Aktionär in der Schweiz eine Betriebsstätte unterhält und die betreffenden Aktien zu den Aktiven dieser Betriebsstätte gehören. In diesen Fällen fallen auf Veräusserungsgewinnen und Dividenden die schweizerischen Ertrags- bzw. Einkommenssteuern an, was auch gemäss sämtlichen Doppelbesteuerungsabkommen, welche die Schweiz abgeschlossen hat, zulässig ist.

Soweit ein ausländischer Aktionär Ausschüttungen einer schweizerischen Gesellschaft erhält, die der Verrechnungssteuer unterliegen, kann er diese nur soweit zurückfordern, als dies nach einem auf den betreffenden Aktionär anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen möglich ist. Damit verbleibt bei Ausschüttungen häufig eine Sockelbesteuerung.

II. Einkommens- und Ertragssteuerbelastung der Aktionäre bei öffentlichen Angeboten

1. Barofferte

Bei einer Barofferte ergeben sich für die Aktionäre folgende steuerliche Konsequenzen:

a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen

Wenn eine natürliche Person für Aktien, die sie in ihrem Privatvermögen hält, eine Barofferte annimmt, so treten die gleichen Steuerfolgen ein wie beim Verkauf der Aktien an der Börse: Falls der Verkaufspreis den früheren Kaufpreis übersteigt, realisiert die betreffende Person einen privaten Kapitalgewinn, der steuerfrei bleibt. Sollte die Annahme des Barangebotes dagegen zu einem Verlust führen, so stellt dieser Verlust ebenfalls das Resultat privater Kapitalanlage dar und kann entsprechend nicht vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden. Sollte die Zielgesellschaft vor dem Angebot noch eine Dividende ausschütten, so stellt diese – wie sämtliche anderen Ausschüttungen – steuerbares Einkommen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG und Art. 7 StHG dar.

Der Grundsatz, dass im Rahmen des Privatvermögens realisierte Kapitalgewinne steuerfrei sind, wird allerdings durchbrochen, falls der Kaufpreis aus den beim Vollzug des Kaufs bestehenden Reserven der verkauften Gesellschaft finanziert wird. Die Steuerbehörden betrachten in derartigen Fällen die Differenz zwischen dem Nominalwert der betreffenden Aktien und dem Kaufpreis nicht als Kapitalgewinn, sondern gemäss der Theorie der indirekten Teilliquidation als Ertrag aus Liquidationsausschüttung. Diese Theorie, die zur Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn zu steuerbarem Einkommen führt, wurde allerdings nicht an öffentlichen Angeboten entwickelt, sondern an privat abgewickelten Unternehmenskäufen und fand bisher meines Wissens noch nie Anwendung auf ein öffentliches Übernahmeangebot für kotierte Gesellschaften. Grundsätzlich könnte sie aber auch auf öffentliche Angebote Anwendung finden, falls in einem

konkreten Fall die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Theorie gegeben sind:

– *Finanzierung des Kaufpreises aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft*

  Dieses Tatbestandselement wird erfüllt, wenn die gekaufte Gesellschaft innert 5 Jahren nach Vollzug des Kaufs Reserven, die vor dem Vollzug bei der Zielgesellschaft geäufnet worden sind, durch eine Dividendenausschüttung oder eine Liquidationsausschüttung an die Übernehmerin überführt. Die gleiche Auswirkung hat auch eine Fusion zwischen der Übernehmerin und der gekauften Gesellschaft, sofern diese innert 5 Jahren nach dem Vollzug des Kaufs erfolgt, da bei einer Fusion ebenfalls sämtliche vorbestehenden Reserven auf die Übernehmerin übertragen werden.

– *Übernahme durch eine buchführungspflichtige Person*

  Die Theorie der indirekten Teilliquidation kann nur zur Anwendung kommen, wenn die Zielgesellschaft von einer Person übernommen wird, deren Besteuerung auf dem Buchwertprinzip basiert[8], da diese Personen die Ausschüttung vorbestehender Reserven steuerfrei entgegennehmen können[9].

– *Mitwirkung der Aktionäre*

  Die Theorie der indirekten Teilliquidation kann nur zur Anwendung kommen, wenn der verkaufende Aktionär an der Ausschüttung der Reserven der Zielgesellschaft mitwirkt. Der typische Publikumsaktionär hat keinerlei Mitwirkungsmöglichkeit bei einem öffentlichen Angebot; er kann dieses zwar ablehnen oder annehmen, er hat aber keinen Einfluss auf die Vorbereitung der Transaktion und die Transaktionsstruktur. Deshalb liegt

8 Das Buchwertprinzip gilt für Kapitalgesellschaften und für Privatpersonen, die Aktien für ihr Geschäftsvermögen erwerben.

9 Diese Steuerzahler, die dem Buchwertprinzip unterliegen, können den Eingang der Dividende mit einer entsprechenden Abschreibung auf der neuerworbenen Beteiligung kompensieren, da eine Ausschüttung vorbestehender Reserven zu einer Verminderung des Wertes der Aktien führt; Kapitalgesellschaften können auf diesen Ausschüttungen den Beteiligungsabzug geltend machen, so dass es unabhängig von einer Abschreibung gar nicht zu einer Besteuerung kommen kann.

beim typischen Publikumsaktionär auch nie eine aktive Mitwirkung bezüglich der späteren Ausschüttung vorbestehender Reserven vor. Bei einem Hauptaktionär, der aktiv über die Transaktion verhandelt hat und nachher seine Aktien im Rahmen des öffentlichen Angebotes verkauft, kann sich aber tatsächlich eine derartige aktive Mitwirkung ergeben, wenn er im Rahmen der Verhandlungen bereits eine spätere Ausschüttung vorbereitet, indem er bei der übernommenen Gesellschaft für genügende Liquidität sorgt oder sogar bereits vor dem Vollzug eine Generalversammlung einberuft, um nach dem Vollzug der Transaktion so rasch wie möglich über eine Dividendenausschüttung bzw. eine Fusion beschliessen zu können.

Das Bundesgericht beschränkt den Begriff der „Mitwirkung" aber nicht auf die aktive Mitwirkung bei der Vorbereitung einer Ausschüttung, sondern geht davon aus, dass dieses Kriterium schon dann erfüllt ist, wenn dem Verkäufer bewusst war oder aufgrund der erkennbaren Umstände bewusst sein musste, dass die Mittel der gekauften Gesellschaft zur Kaufpreisfinanzierung herangezogen werden. Daher würde auch ein Publikumsaktionär das Kriterium der Mitwirkung erfüllen, wenn im Angebotsprospekt bezüglich der Finanzierung festgehalten würde, dass die Mittel der gekauften Gesellschaft zur Finanzierung herangezogen werden bzw. eine Fusion zwischen Übernehmer und Zielgesellschaft geplant ist. Gibt der Angebotsprospekt allerdings keine derartigen Hinweise, so kann es m.E. gegenüber den Publikumsaktionären selbst dann nicht zu einer Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbaren Ertrag kommen, wenn die Mittel der Zielgesellschaft tatsächlich später für die Finanzierung des Kaufpreises eingesetzt werden. Da die Art der Finanzierung des Angebotes gemäss Art. 20 UEV-UEK im Angebotsprospekt dargestellt werden muss, kann sich der Aktionär darauf verlassen, dass der Kaufpreis nicht durch Mittel der gekauften Gesellschaft finanziert wird, wenn dies nicht ausdrücklich im Angebotsprospekt festgehalten wird. Damit fehlt es in diesen Fällen selbst nach der sehr grosszügigen Auslegung des Bundesgerichtes an einer Mitwirkung des Verkäufers.

b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen

Natürliche Personen, die Aktien im Geschäftsvermögen halten und diese durch Annahme eines Barangebotes verkaufen, realisieren mit diesem Verkauf einen steuerbaren Ertrag in Höhe der Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem steuerlich massgebenden Buchwert[10]. Dieser Gewinn unterliegt den Sozialversicherungsabzügen[11] und den normalen Einkommenssteuern. Sofern bei der Annahme des Barangebotes ein Verlust realisiert wird, da der Verkaufspreis unter dem steuerlich massgebenden Buchwert liegt, kann dieser Verlust vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden.

Schüttet die übernommene Gesellschaft vor der Übernahme noch eine Dividende aus, so gilt diese ebenfalls als normales Einkommen, das Sozialversicherungsabzügen und Einkommenssteuern unterliegt.

c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz

Nimmt eine Kapitalgesellschaft für die ihr gehörenden Aktien der Zielgesellschaft eine Barofferte an, so realisiert sie einen Kapitalgewinn in Höhe der Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert und dem Verkaufspreis. Dieser Gewinn unterliegt den normalen Ertragssteuern, deren Höhe sich insbesondere nach dem Status der Gesellschaft richtet; bei kantonal steuerprivilegierten Holding-, Domizil- und gemischten Gesellschaften unterliegen derartige Erträge nur den Bundessteuern.

Sollte der Verkauf zu einem Verlust führen, da der Verkaufspreis unter dem steuerlich massgebenden Buchwert liegt, so kann dieser Verlust vom steuerbaren Ertrag abgezogen werden. Zahlt die Zielgesellschaft vor der Übernahme eine Dividende an ihre Aktionäre, so stellt diese Dividende ebenfalls steuerbaren Ertrag der betreffenden Kapitalgesellschaft dar.

Kapitalgesellschaften können allerdings unter den in Ziff. I.2.c) oben dargestellten Bedingungen sowohl bei einem Kapitalgewinn wie auch bei Dividendenerträgen den Beteiligungsabzug geltend machen, was dazu führt, dass die Steuerbelastung auf einen Bruchteil der normalen Belastung sinkt:

- *Beteiligungsabzug bei Kapitalgewinn*

  Der Beteiligungsabzug bei Kapitalgewinnen setzt voraus, dass die verkaufende Kapitalgesellschaft mindestens 20% der Zielgesellschaft im Rahmen des Barangebotes verkauft, diese Beteiligung nach dem 1. Januar 1997 erworben hat und sie für mindestens ein Jahr gehalten hat[12].

- *Beteiligungsabzug bei Dividenden*

  Der Beteiligungsabzug bei Dividenden und anderen Ausschüttungen setzt voraus, dass die Beteiligung der verkaufenden Gesellschaft einen Verkehrswert von mindestens 2 Mio. aufweist oder mindestens 20% des Kapitals der Zielgesellschaft umfasst.

Die unterschiedlichen Voraussetzungen für Beteiligungsabzug bei Kapitalgewinn und Dividenden sowie der Umstand, dass meist nur wenige Kapitalgesellschaften als Aktionäre eine Beteiligung von mindestens 20% an der Zielgesellschaft halten, führt dazu, dass Kapitalgesellschaften als Aktionäre häufig daran interessiert sind, dass eine Transaktion mit einem hohen Ausschüttungsbestandteil strukturiert wird oder aber sogar in Form einer Teilliquidation (dazu Ziff. II.3. unten) durchgeführt wird.

d) Ausländische Aktionäre

Aktionäre, die im Ausland domiziliert sind, unterliegen nicht den schweizerischen Ertrags- oder Einkommenssteuern, da der Besitz von Aktien eines schweizerischen Unternehmens keinen Anknüpfungspunkt für Einkommens- und Ertragssteuern darstellt. Nur wenn – wie in Ziff. I.2.e) vorne dargestellt – ein ausländischer Aktionär in der Schweiz über eine Betriebsstätte verfügt, werden

10 Kaufpreis abzüglich Abschreibungen oder Rückstellungen, die aufgrund des Verkaufes aufgelöst werden müssen, erhöhen ebenfalls das steuerbare Einkommen.

11 Die Sozialversicherungsabzüge können vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden.

12 Der Beteiligungsabzug kann allerdings nicht für wiedereingebrachte Abschreibungen und im Zusammenhang mit dem Verkauf aufgelöste Rückstellungen geltend gemacht werden; diese Einkommen unterliegen den normalen Steuern. Diese gesonderte Behandlung von Abschreibungen und Rückstellungen ist sachlich gerechtfertigt, da die entsprechenden Beträge bei der Schaffung dieser Abschreibungen und Rückstellungen vom steuerbaren Ertrag abgezogen worden sind.

Veräusserungsgewinne und allfällige Dividendeneinkünfte in der Schweiz besteuert, sofern die betreffenden Aktien als Aktiven dieser Betriebsstätte betrachtet werden müssen. Selbstverständlich unterliegen ausländische Aktionäre aber den steuerlichen Vorschriften, die an ihrem Domizil gelten und die zu einer entsprechenden Besteuerung des Gewinnes führen können.

Soweit vor der Transaktion Dividenden ausgeschüttet werden, können ausländische Aktionäre die schweizerische Verrechnungssteuer nur nach Massgabe eines allfälligen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und ihrem Domizilland zurückfordern, was zum Teil zu einer relativ hohen Endbelastung führen kann[13].

2. Tauschangebot

Tauschangebote haben für die Aktionäre folgende steuerliche Konsequenzen:

a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen

Eine natürliche Person, die in ihrem Privatvermögen gehaltene Aktien gegen Aktien des Übernehmers tauscht, löst keine Besteuerung aus, selbst wenn der Tausch als Realisierung gewertet wird, da Kapitalgewinne auf dem Privatvermögen steuerfrei sind[14]. Auch wenn die neu erhaltenen Aktien gesamthaft einen höheren Nennwert aufweisen, als die dafür eingetauschten Aktien, führt dies – im Gegensatz zu einer Nennwerterhöhung im Rahmen einer Fusion[15] – nicht zu einer Besteuerung, da die Nennwerterhöhung keine Leistung der Zielgesellschaft an den Aktionär darstellt, sondern eine Leistung des Übernehmers. Sofern das Tauschangebot eine Barkomponente enthält, führt dies nicht zu einer Besteuerung, da Barzahlungen, wie in Ziff. II.1.a) oben dargestellt, bei Aktien, die im Privatvermögen gehalten werden, keine Besteuerung auslösen.

13 Dazu Ziff. III.3.

14 Vgl. dazu Ziff. II.1.a) oben.

15 Vgl. dazu Ziff. V.1.a) unten.

b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen

Bei Aktien, die im Geschäftsvermögen gehalten werden, stellt sich die Frage, ob der Tausch überhaupt eine Realisierung darstellt oder ob der Buchwert der bisherigen Beteiligung an der Zielgesellschaft – unabhängig vom Verkehrswert der Aktien der Übernehmerin, die der Aktionär erhält – auf die neue Beteiligung am Übernehmer übertragen werden kann. Für die Buchwertübertragung spricht, dass eine Übernahme durch Aktientausch zu einer Quasifusion zwischen Übernehmer und Zielgesellschaft führt und deshalb nicht als Verkauf von Aktien sondern als Reorganisation zu betrachten ist, bei der die ursprüngliche Beteiligung an der Zielgesellschaft in wirtschaftlicher Hinsicht durch die Beteiligung an der Gesamtgesellschaft fortgesetzt wird. Aufgrund dieser wirtschaftlichen Kontinuität der Beteiligungen liegt keine Realisierung vor, weshalb die beim Tausch erhaltenen Aktien zum bisherigen Buchwert der eingetauschten Aktien eingebucht werden können.

Gemäss der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der meisten kantonalen Steuerbehörden führt ein Umtauschangebot tatsächlich nicht zu einer Realisierung, wenn die Aktionäre der Zielgesellschaft im Tauschangebot Aktien einer schweizerischen Gesellschaft erhalten und die Bedingungen einer fusionsähnlichen Transaktion eingehalten werden, d.h. der Übernehmer mindestens zwei Drittel der Aktien der Zielgesellschaft übernimmt. Erhalten die Aktionäre dagegen Aktien einer ausländischen Gesellschaft, so gehen die Eidgenössische Steuerverwaltung und die meisten kantonalen Steuerbehörden davon aus, dass eine Realisierung vorliegt und betrachten die Differenz zwischen dem bisherigen steuerlich massgeblichen Buchwert der Beteiligung an der Zielgesellschaft und dem Verkehrswert der neu erhaltenen Aktien als steuerbares Einkommen. Diese Differenzierung zwischen in- und ausländischen Aktien ist m.E. aber nicht gerechtfertigt, da einerseits die wirtschaftliche Kontinuität der Aktienbeteiligung bei einem Tausch in Aktien einer ausländischen Gesellschaft genau gleich wie beim Tausch in Aktien einer Schweizer Gesellschaft gegeben ist und da andererseits bei einem Tausch in ausländische Aktien dem schweizerischen Fiskus kein Besteuerungssubstrat entgeht; sowohl der schweizerische Aktionär, wie auch die

schweizerische Zielgesellschaft bleiben beide der schweizerischen Besteuerung unterworfen[16].

Soweit ein Tauschangebot eine Barkomponente enthält, gilt dieser Betrag in jedem Fall als realisiert und stellt entsprechend steuerbares Einkommen dar.

Soweit der Tausch einen Realisierungstatbestand darstellt und zu steuerbarem Einkommen führt, unterliegt dieses Einkommen auch den Sozialversicherungsabzügen.

c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz

Bei Kapitalgesellschaften als Aktionäre gelten die oben in Ziff. II.2.b) für Aktien im Geschäftsvermögen dargestellten Grundsätze; bei einem Tausch in Aktien einer Schweizer Gesellschaft entsteht kein steuerbarer Ertrag, bei einem Tausch in Aktien einer ausländischen Gesellschaft entsteht dagegen ein Ertrag in Höhe der Differenz zwischen dem steuerlich massgeblichen Buchwert der Aktien der Zielgesellschaft und dem Verkehrswert der im Tausch erhaltenen ausländischen Aktien. Soweit ein Tauschangebot eine Barkomponente enthält, gilt dieser Betrag in jedem Fall als realisiert und stellt entsprechend steuerbaren Ertrag dar.

Soweit ein Tausch zu einer Realisierung führt, kann eine Kapitalgesellschaft den Beteiligungsabzug geltend machen, wenn die oben in Ziff. II.1.c) bzw. I.2.c) dargestellten Kriterien für den Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinn erfüllt werden.

d) Ausländische Aktionäre

Bei einem im Ausland ansässigen Aktionär löst die Annahme eines Tauschangebotes keine schweizerische Besteuerung aus. Die Besteuerung richtet sich damit vollumfänglich nach den Bestimmungen am Domizil des betreffenden ausländischen Aktionärs. Das gleiche gilt auch, falls eine zusätzliche Barkomponente ausbezahlt wird. Eine Ausnahme ergibt sich nur, wenn der betreffende

16 Die Botschaft zum Fusionsgesetz (BBl 2000, S. 4508) sieht deshalb vor, dass bei Quasifusionen durch Aktientausch auch bei einem Tausch in ausländische Aktien keine Besteuerung eintritt.

ausländische Aktionär eine Betriebsstätte in der Schweiz hat und die eingetauschten Aktien Aktiven dieser Betriebsstätte darstellen. In diesem Fall gelten die oben in Ziff. II.2.b) bzw. II.2.c) dargestellten Grundsätze.

3. Rückkauf von Aktien durch die Gesellschaft selbst

Wird ein Rückkauf von Aktien öffentlich angekündigt, so stellt dies ein öffentliches Angebot im Sinne von Art. 2 Bst. e BEHG dar[17]. Typischerweise wird ein öffentlich angekündigter Rückkauf eigener Aktien in einer der folgenden Formen vollzogen:

– *Öffentliches Angebot zum Kauf von Aktien*

  Bei dieser Art des Rückkaufs macht die Gesellschaft ein Angebot für den Kauf einer bestimmten Anzahl eigener Aktien zu einem von der Gesellschaft festgelegten Preis. Ein derartiges Übernahmeangebot zu einem Festpreis ist relativ selten, da eine Prämie über dem Marktpreis offeriert werden muss, diese aber nur dem Teil der Aktionäre zugute kommt, für den die Annahme eines derartigen Angebotes steuerlich vorteilhaft ist. Wie weiter hinten in Ziff. II.3.a) und II.3.d) gezeigt wird, werden damit natürliche Personen, die Aktien im Privatvermögen halten, sowie auch ausländische Aktionäre faktisch vom Angebot ausgeschlossen. Auch wenn im Angebot vorgesehen ist, dass alle Aktionäre, die Aktien einreichen, pro rata berücksichtigt werden, und damit die rein rechtliche Gleichbehandlung der Aktionäre gewahrt wird, wird mit einem derartigen Angebot daher in wirtschaftlicher Hinsicht das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre verletzt, was dazu führt, dass die Aktionäre derartige Angebote normalerweise nicht schätzen.

17 Der Rückkauf von Aktien über die Börse oder im Blockhandel ohne öffentliche Ankündigung gilt dagegen nicht als öffentliches Angebot, löst aber letztlich die gleichen steuerlichen Konsequenzen aus.

– *Rückkauf über zweite Handelslinie*

  Bei dieser Art des Angebotes bietet die Gesellschaft keinen festen Preis für den Rückkauf der Aktien an, sondern teilt öffentlich mit, dass sie eine bestimmte Anzahl von Aktien zum Marktpreis an der Börse erwerben wolle. Die Gesellschaft tritt aber nicht wie andere Käufer der Aktien anonym auf, sondern kauft die Aktien nur über eine speziell für diesen Zweck eingerichtete „zweite Linie" zurück. Diese separate Abwicklung des Aktienrückkaufs ist nötig, da der Verkauf an die Gesellschaft für den Aktionär andere Steuerfolgen hat, als der normale Verkauf über die Börse und der Aktionär deshalb Klarheit darüber haben muss, ob er seine Aktien an die Gesellschaft oder an einen Dritten verkauft.

– *Ausgabe von Put-Optionen*

  Häufig werden heute Rückkaufangebote so strukturiert, dass sämtliche Aktionäre für jede Aktie, die sie besitzen, eine Put-Option erhalten. Eine bestimmte Anzahl von Put-Optionen berechtigt den betreffenden Aktionär dann, eine Aktie zu einem über dem Börsenkurs liegenden Preis an die Gesellschaft zu verkaufen. Diejenigen Aktionäre, für die ein Verkauf von Aktien an die Gesellschaft steuerlich ungünstig ist, werden die betreffenden Put-Optionen an die Aktionäre verkaufen, für die der Verkauf an die Gesellschaft steuerlich vorteilhaft ist. Entsprechend den unten in Ziff. II.3.a) bis II.3.d) dargestellten steuerlichen Rahmenbedingungen werden natürliche Personen, die ihre Aktien im Privatvermögen halten, sowie ausländische Aktionäre ihre Put-Optionen an Schweizer Kapitalgesellschaften und an steuerfreie institutionelle Anleger verkaufen, für die der Verkauf von Aktien an die Gesellschaft steuerlich vorteilhaft ist bzw. mindestens keine Nachteile mit sich bringt. Durch den Verkauf der Put-Optionen profitieren die Aktionäre, die aus steuerlichen Gründen ihre Aktien der Gesellschaft nicht zurückverkaufen können, ebenfalls von der Prämie, die die Gesellschaft für den Rückkauf ihrer Aktien über den Marktwert hinaus bezahlt.

Für die einzelnen Aktionäre hat ein Rückkauf von Aktien durch die Gesellschaft folgende steuerliche Konsequenzen:

a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen

Verkauft eine natürliche Person ihre Aktien an die Gesellschaft zurück, so wird der von der Gesellschaft bezahlte Preis in steuerlicher Hinsicht nicht als Kaufpreiszahlung, sondern als Liquidationsausschüttung betrachtet, da die Gesellschaft mit diesem Rückkauf dem Aktionär wie bei einer Liquidation Eigenkapital zurückerstattet. Daher wird die Differenz zwischen dem Nominalwert der Aktie und ihrem Kaufpreis als steuerbares Einkommen betrachtet. Das steuerbare Einkommen kann damit erheblich über dem tatsächlichen Gewinn liegen, wenn der betreffende Aktionär seine Aktien zu einem Preis gekauft hat, der über dem Nominalwert lag.

Von dieser Besteuerung des Rückkaufspreises wird gemäss Art. 7 Abs. 1bis StHG und Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG i.V.m. Art. 4a VStG abgewichen, falls die Gesellschaft die zurückgekauften Aktien nicht in einer Kapitalherabsetzung vernichtet und im übrigen die folgenden Kriterien erfüllt werden:

– Die Zahl der zurückgekauften Aktien überschreitet die in Art. 659 OR definierte Grenze nicht, d.h. die Gesellschaft hält nach dem Rückkauf nicht mehr als 10% der Aktien[18].

– Die Aktien werden von der Gesellschaft innerhalb von 6 Jahren wieder veräussert. Falls die Aktien zur Sicherstellung von Optionsanleihen, Wandelanleihen oder Mitarbeiterbeteiligungsplänen dienen, steht diese Frist während der Laufzeit dieser Anleihen bzw. Pläne still, wobei der Fristst illstand gemäss Art. 4a Abs. 3 VStG allerdings auf ein Maximum von 6 Jahren beschränkt wird, falls die Aktien zur Sicherstellung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen verwendet werden.

Die Zuteilung und der Weiterverkauf von Put-Optionen löst beim Aktionär keine Steuerfolgen aus; der Erhalt der Put-Option wird nicht als Ausschüttung der Gesellschaft betrachtet und der Verkauf führt zu einem steuerfreien privaten Kapitalgewinn.

18 Diese Grenze erhöht sich auf 20%, falls Aktien aufgrund von Vinkulierungsbestimmungen zurückgekauft werden; dieser Fall kann aber bei kotierten Gesellschaften aufgrund der Beschränkung der Vinkulierungsgründe gemäss Art. 685d OR von vornherein gar nicht eintreten.

b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen

Verkauft eine natürliche Person Aktien, die sie im Geschäftsvermögen gehalten hat, an die Gesellschaft zurück, so wird die Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert und dem Rückkaufspreis als steuerbares Einkommen betrachtet, wobei dieses Einkommen sowohl den Sozialversicherungsabzügen wie auch den Einkommenssteuern unterliegt.

Die Zuteilung von Put-Optionen führt nicht zu einem steuerbaren Ertrag; der Erlös aus dem Verkauf von Optionen wird aber als steuerbares Einkommen betrachtet.

c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz

Verkauft eine Kapitalgesellschaft Aktien an eine Gesellschaft zurück, so gilt die Differenz zwischen dem steuerlich massgebenden Buchwert und dem Kaufpreis als steuerbarer Ertrag. Werden die Aktien in einer nachfolgenden Kapitalherabsetzung vernichtet, so gilt die Differenz zwischen dem Rückkaufpreis und dem Nominalwert der betreffenden Aktien aber als Liquidationsausschüttung. Damit kann die Kapitalgesellschaft für den Rückzahlungsbetrag den Beteiligungsabzug geltend machen, falls die Voraussetzungen für den Beteiligungsabzug bei Ausschüttungen gemäss Art. 69 DBG und Art. 28 Abs. 1 StHG erfüllt sind, d.h. wenn sie vor dem Rückkauf Aktien an der betreffenden Gesellschaft mit einem Verkehrswert von mehr als CHF 2 Mio. gehalten hat oder die Beteiligung 20% des Kapitals der betreffenden Gesellschaft überschreitet. Die Anwendung des Beteiligungsabzuges führt wie in Ziff. I.2.c) oben dargestellt zu einer erheblichen Verminderung des Steuerbetrages. Damit sind Rückkaufangebote für Kapitalgesellschaften als Aktionäre letztlich steuerlich wesentlich günstiger als Barübernahmeangebote von Dritten oder ein Verkauf über die Börse, da die Differenz der Steuerbelastung zwischen einem Verkauf an Dritte und dem Rückkauf an die Gesellschaft – gerade bei einer vollumfänglich besteuerten operativen Gesellschaft und bei einer hohen Differenz zwischen Buchwert und Verkaufspreis – massiv sein kann.

d) Ausländische Aktionäre

Ausländische Aktionäre unterliegen vorbehältlich der Existenz einer Betriebsstätte in der Schweiz, die die Aktien hält – auch beim Rückkaufangebot der Gesellschaft keinen schweizerischen Ertrags- oder Einkommenssteuern. Wie in Ziff. III.2. unten dargestellt, wird aber die Verrechnungssteuer auf der Differenz zwischen Nominalwert und Rückkaufpreis erhoben, die von ausländischen Aktionären meist nur teilweise zurückgefordert werden kann, so dass bei derartigen Transaktionen dem ausländischen Aktionär häufig ein erheblicher Sockelsteuerbetrag verbleibt.

III. Verrechnungssteuern bei öffentlichen Angeboten

Die Verrechnungssteuer wird grundsätzlich auf allen Leistungen von Aktiengesellschaften an ihre Aktionäre erhoben, soweit die betreffenden Leistungen ihren Grund im Beteiligungsverhältnis haben und nicht eine Nennwertrückzahlung darstellen. Damit wird die Verrechnungssteuer nicht nur auf Dividendenzahlungen und Liquidationsausschüttungen erhoben, sondern auch auf versteckten Ausschüttungen[19]. Die Verrechnungssteuer kann auch Auswirkungen auf öffentliche Übernahmeangebote haben:

1. Bar- und Tauschangebote

Die Leistungen, die ein Aktionär der Zielgesellschaft bei einem Bar- oder Tauschangebot erhält, stammen vom Übernehmer und nicht von der Zielgesellschaft. Damit liegt keine Leistung der Gesellschaft vor, die der Verrechnungssteuer unterstehen würde. Dies gilt auch, wenn die Aktionäre der Zielgesellschaft bei einem Tauschangebot Aktien erhalten, die einen gesamthaft höheren Nennwert aufweisen, als die Aktien der Zielgesellschaft, die sie eingeliefert haben.

19 Derartige versteckte Ausschüttungen („geldwerte Leistungen") liegen insbesondere vor, wenn eine Gesellschaft einem Aktionär bzw. einer anderen nahestehenden Person Leistungen zu Preisen erbringt, die unter dem Marktniveau liegen oder von derartigen Personen Leistungen zu Preisen einkauft, die über dem Marktniveau liegen.

Wenn vor einem Übernahmeangebot eine Dividende ausbezahlt wird, so unterliegt diese der Verrechnungssteuer, die zu einem Satz von 35% erhoben und von der Gesellschaft direkt vom Dividendenbetreffnis abgezogen wird.

2. Rückkauf durch die Gesellschaft

Der Rückkauf von Aktien stellt eine Teilliquidation dar, da dem Aktionär ein Teil des Eigenkapitals zurückerstattet wird. Damit wird die Verrechnungssteuer gemäss Art. 4a Abs. 1 VStG auf der Differenz zwischen Nominalwert und Rückkaufspreis erhoben. Diese Verrechnungssteuer wird von der Gesellschaft beim Rückkauf direkt abgezogen, so dass der Verkäufer, der seine Aktien der Gesellschaft verkauft, nicht den gesamten Kaufpreis erhält, sondern nur einen Teilbetrag in Höhe des Nominalwertes zuzüglich 65% der Differenz zwischen Nominalwert und Kaufpreis.

Die Verrechnungssteuer wird allerdings nicht erhoben, falls die in Art. 4a VStG dargestellten Kriterien erfüllt sind:

- Die Aktien werden nicht in einer Kapitalherabsetzung vernichtet.
- Die Gesellschaft kauft nicht mehr als 10% der Aktien zurück[20].
- Die Aktien werden innert sechs Jahren weiterverkauft. Diese Frist steht still, solange die Aktien zur Deckung von Optionsanleihen, Wandelanleihen oder Mitarbeiterplänen benötigt werden. Soweit Mitarbeiterbeteiligungsprogramme abgedeckt werden, kann die Frist allerdings höchstens sechs Jahre still stehen.

Sofern sich nachträglich zeigt, dass diese Kriterien nicht erfüllt werden, weil die Aktien nach sechs Jahren immer noch nicht weiterverkauft worden sind, muss die Gesellschaft nachträglich die Verrechnungssteuer abliefern. Diese Steuern muss sie gemäss Art. 14 VStG auf die Aktionäre, die ihr die Aktien verkauft haben, abwälzen, d.h. von diesen nachträglich die Zahlung der Verrechnungssteuer fordern. Soweit eine derartige Abwälzung allerdings aus praktischen

20 Ein Rückkauf von 20% ist möglich, wenn der Rückkauf aufgrund der Vinkulierungsbestimmungen erfolgt. Dieser Fall kann aber aufgrund der gemäss Art. 685d OR für kotierte Gesellschaften eingeschränkten Vinkulierungsmöglichkeiten bei kotierten Gesellschaften von vornherein nicht vorliegen.

Gründen nicht möglich ist[21], muss der Steuerbetrag „ins Hundert" aufgerechnet werden, d.h. beläuft sich auf 53,8% der Differenz zwischen Nominalwert und Rückkaufpreis[22].

3. Rückforderung der Verrechnungssteuer

Aktionäre, die in der Schweiz aufgrund ihres Wohnsitzes bzw. Sitzes unbeschränkt steuerpflichtig sind, haben Anrecht auf vollumfängliche Rückerstattung der Verrechnungssteuer, falls sie die betreffenden Erträge in ihrer Steuererklärung richtig und vollständig angegeben haben. Diese Rückforderung ist auch möglich, wenn die betreffenden Erträge nicht besteuert werden. Damit können insbesondere steuerbefreite institutionelle Anleger oder auch Gesellschaften, die aufgrund eines Steuerprivilegs als Holding-, Domizil- oder gemischte Gesellschaft oder aber aufgrund des Beteiligungsabzugs stark reduzierte Steuern auf den betreffenden Dividendeneinkünften bezahlen, die Verrechnungssteuer vollumfänglich zurückfordern.

Im Ausland domizilierte Aktionäre können die Verrechnungssteuer nur insofern zurückfordern, als dies in einem Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehen ist, was normalerweise dazu führt, dass eine gewisse Sockelsteuer in Höhe von meist 15% zurückbleibt[23]. Ob der Restbetrag im Land, in dem der betreffende Aktionär domiziliert ist, an die lokal zu bezahlenden Steuern angerechnet werden kann, hängt sowohl vom Doppelbesteuerungsabkommen, wie auch vom lokal geltenden Steuerrecht ab.

21 Wenn Aktien über die Börse bzw. in einem öffentlichen Angebot gekauft worden sind, sind die Namen der Aktionäre der Gesellschaft häufig nicht bekannt.

22 CHF 153.80 abzüglich 35% ergibt CHF 100.

23 Die Sockelsteuer liegt bei einem geringeren Prozentsatz bzw. bei 0, wenn die Aktien von einer ausländischen Gesellschaft gehalten werden und unter einem Doppelbesteuerungsabkommen das Schachtelprivileg geltend gemacht werden kann (Voraussetzung für das Schachtelprivileg ist je nach Doppelbesteuerungsabkommen ein Besitz von 10-25% am Kapital der Schweizer Gesellschaft).

IV. Stempelsteuern

1. Umsatzabgabe

a) Barangebote

Die Umsatzabgabe wird bei Wertpapiertransaktionen gemäss Art. 13 Abs. 1 StG erhoben, falls der Verkäufer, der Käufer oder eine Person, die als Vermittler an der Transaktion mitgewirkt hat, ein Effektenhändler im Sinne des Stempelsteuergesetzes[24] ist. Diese Umsatzabgabe beläuft sich bei Aktien schweizerischer Gesellschaften gemäss Art. 16 Abs. 1 StG auf 0,15% des Kaufpreises; bei Aktien ausländischer Gesellschaften beträgt sie 0,3%. Da ein öffentliches Angebot für Aktien schweizerischer Gesellschaften praktisch immer über eine Bank bzw. einen Effektenhändler abgewickelt wird, fällt die Umsatzabgabe von 0,15% bei derartigen Transaktionen schon wegen der Einschaltung einer Bank bzw. eines Effektenhändlers an.

b) Tauschangebote

Bei einem Tausch wird die Umsatzabgabe zweimal erhoben, da für die Zwecke der Umsatzabgabe ein Tausch als zwei Kauftransaktionen (Verkauf der Aktien der Zielgesellschaft an den Übernehmer, Verkauf der Aktien des Übernehmers an den Aktionär der Zielgesellschaft) betrachtet wird. Damit werden bei einem Tausch gegen Aktien einer schweizerischen Gesellschaft Umsatzabgaben in Höhe von insgesamt 0,3% fällig. Stammen die vom Übernehmer angebotenen Aktien allerdings nicht aus Eigenbeständen, sondern werden sie im Rahmen einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage der Aktien der Zielgesellschaft geschaffen, so fällt gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. a und Bst. b StG weder auf der Auslieferung der neuen Aktien des Übernehmers an die Aktionäre der Zielgesellschaft noch auf der Einlieferung der Aktien der Zielgesellschaft durch deren Aktionäre eine Umsatzabgabe an. Werden bei einem Tauschangebot ausländische Aktien angeboten, so beläuft sich die zweite Umsatzabgabe auf 0,3%,

24 Unter den Begriff des Effektenhändlers im Sinne von Art. 13 Abs. 3 StG fallen nicht nur Banken und professionelle Wertschriftenhändler und -vermittler, sondern gemäss Art. 13 Abs. 3 Bst. d StG alle Kapitalgesellschaften, die gemäss ihrer letzten Jahresbilanz Wertschriften mit einem Buchwert von mehr als CHF 10 Mio. besitzen.

weshalb sich eine gesamte Umsatzsteuerbelastung in Höhe von 0,45% ergibt. Da sich die Ausnahmebestimmung von Art. 14 Abs. 1 Bst. b StG nur auf die Einlieferung von Aktien zur Sacheinlage bei Schweizer Gesellschaften bezieht, die Emission von ausländischen Aktien aber gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. f StG von der Umsatzabgabe ausgenommen ist, fällt eine Umsatzabgabe in Höhe von insgesamt 0,15% an, wenn die im Tauschangebot abgegebenen ausländischen Aktien durch eine Kapitalerhöhung geschaffen werden.

Beim Tausch bemisst sich eine allenfalls anfallende Emissionsabgabe gemäss Art. 16 Abs. 2 StG auf dem Verkehrswert der beim Tausch übergebenen Aktien des Übernehmers.

c) Rückkauf eigener Aktien

Die Umsatzabgabe fällt grundsätzlich auch dann an, wenn eine Gesellschaft selbst Aktien zurückkauft, sofern entweder die Gesellschaft selbst Effektenhändler im Sinne von Art. 13 StG ist oder aber eine Bank oder ein anderer Effektenhändler an der Transaktion mitwirkt. Wenn eine Gesellschaft eigene Aktien zurückkauft, um diese in einer Kapitalherabsetzung zu vernichten, so entfällt die Umsatzabgabe gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. e StG aber, da die Rücklieferung von Aktien zur Vernichtung von der Umsatzabgabe ausgenommen ist.

2. Emissionsabgabe

Wenn eine schweizerische Gesellschaft Aktien ausgibt oder bei bestehenden Aktien den Nennwert erhöht, so wird gemäss Art. 5 Abs. 1 StG die Emissionsabgabe erhoben, wobei diese gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a StG vom Betrag erhoben wird, der der Gesellschaft als Gegenleistung für die Ausgabe der Beteiligungsrechte bzw. die Erhöhung des Nennwertes zufliesst, mindestens aber vom Nennwert der neu ausgegebenen Aktien bzw. vom Betrag, um den der Nennwert erhöht wird[25].

25 Die Emissionsabgabe wird gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a StG aber auch auf Zuschüssen erhoben, welche die Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung an ihre Gesellschaft erbringen (a fonds perdu Beiträge).

a) Barangebote

Bei Barangeboten fällt keine Emissionsabgabe an, da keine neuen Aktien geschaffen werden.

b) Tauschangebote

Werden in einem Tauschangebot Aktien einer schweizerischen Gesellschaft zum Tausch angeboten, die durch Sacheinlage der Aktien der Zielgesellschaft neu geschaffen werden, so fällt grundsätzlich eine Emissionsabgabe an. Diese Emissionsabgabe entfällt aufgrund von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG jedoch, wenn das Tauschangebot zu einer fusionsähnlichen Transaktion führt. Eine derartige Transaktion liegt vor[26], wenn:

- Die übernehmende Gesellschaft eine operative Gesellschaft ist oder, falls es sich um eine Holdinggesellschaft handelt, mindestens eine operative Tochter zu mindestens 66⅔% besitzt;
- mindestens ⅔ der Aktien der Zielgesellschaft übernommen werden;
- die neuen Aktien durch eine Sacheinlage geschaffen werden;
- eine allfällige Barkomponente, die 50% des Aktienwertes nicht übersteigt, an die Aktionäre der Zielgesellschaft ausgezahlt wird.

Gemäss dem Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung von Mai 2001[27] wird die Emissionsabgabe in der Regel insoweit nicht erlassen, als der gesamte Nennwert der neu ausgegebenen Aktien höher ist, als derjenige der zum Tausch angebotenen Aktien der Zielgesellschaft. Die EStV will damit letztlich vermeiden, dass mit der Umwandlung von Reserven Nominalwerte geschaffen werden, auf denen nie eine Emissionsabgabe erhoben wurde. Da im erwähnten Merkblatt aber festgehalten wird, dass der Einzelfall nach den Kriterien der Steuerumgehung untersucht werden muss, besteht die Eidgenössische Steuerverwaltung in der Praxis nicht auf einer Zahlung der Emissionsabgabe auf diesem Differenzbetrag, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Transaktion nicht in der Absicht strukturiert wurde, höhere Nennwerte zu schaffen, sondern dass sich die Nennwerterhöhung rein aus der Mechanik der Transaktion und der unterschiedlichen Werte der beteiligten Unternehmen ergibt. Sobald eine Transaktion zu einer Erhöhung des gesamten Nennwertes führt, muss daher das Gespräch mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung gesucht werden, um gegebenenfalls ein Private Ruling über die steuerliche Behandlung einzuholen.

26 Merkblatt der EStV betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG (Mai 2001).

27 Merkblatt der EStV betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG (Mai 2001), 5.

V. Die steuerliche Behandlung der Fusion

Eine Fusion hat in wirtschaftlicher Hinsicht die gleichen Auswirkungen wie ein Tauschangebot oder, sofern eine Fusion mit einer Ausgleichszahlung verbunden wird, wie eine Tauschofferte mit Barkomponente. Der Entscheid zwischen den beiden Transaktionsvarianten – öffentliches Angebot einerseits und Fusion andererseits – wird häufig von steuerlichen Gesichtspunkten beeinflusst, weshalb die steuerlichen Konsequenzen einer Fusion im folgenden dargestellt werden sollen.

1. Einkommens- und Ertragssteuern bei den Aktionären

a) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Privatvermögen

Die Fusion löst bei einer natürlichen Person, die Aktien im Privatvermögen hält, grundsätzlich keine Einkommenssteuern aus. Letztlich liegt nicht einmal ein privater Kapitalgewinn vor, da der Aktionär die Aktien nicht verkauft, sondern – entsprechend dem fusionsrechtlichen Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte – seine Beteiligung fortsetzt. Vom Grundsatz, dass bei einer Fusion keine Einkommenssteuern anfallen, gibt es allerdings folgende Ausnahmen:

- *Nennwerterhöhung:*

  Falls der Aktionär der übernommenen Gesellschaft in einer Fusion Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhält, deren Nennwert gesamthaft grösser ist, als der Nennwert der Aktien, die er vor der Fusion gehalten hat, wird die Nennwertdifferenz beim Aktionär als Einkommen besteuert. Diese Besteuerung folgt letztlich der Logik des Nominalwertprinzips und wird damit begründet, dass die Nennwerterhöhung eine Leistung der Ge-

sellschaft darstellt, an der der Aktionär beteiligt ist. Eine derartige Nennwerterhöhung kann sich rein aus der Mechanik der Transaktion aufgrund unterschiedlicher Unternehmenswerte und unterschiedlicher Nominalkapitalien ergeben; letztlich ergibt sich eine Nennwerterhöhung immer dann, wenn das Verhältnis zwischen Unternehmenswert und Nominalkapital bei der übernommenen Gesellschaft höher ist als bei der übernehmenden Gesellschaft. Dieses Ergebnis kann vermieden werden, indem die übernehmende Gesellschaft vor der Transaktion den Nennwert ihrer Aktien herabsetzt. Eine andere Möglichkeit zur Vermeidung einer derartigen Besteuerung ist, die Rolle von übernehmender und übernommener Gesellschaft umzukehren (Reverse Merger).

– *Ausgleichszahlung*

  Sofern im Rahmen der Fusion eine Ausgleichszahlung erbracht wird, wird diese als Ausschüttung betrachtet, da sie aus den Reserven der Gesellschaft erfolgt, an der der Aktionär beteiligt ist.

Wird ein Zusammenschluss nicht durch eine Fusion, sondern durch ein öffentliches Angebot mit Aktientausch vollzogen, so fallen diese Belastungen nicht an, selbst wenn eine Barkomponente bezahlt wird oder der Aktionär im Tausch Aktien erhält, deren gesamter Nennwert den gesamten Nennwert der Aktien übersteigt, die er im Tauschangebot abgeliefert hat. Daher ist ein öffentliches Tauschangebot für natürliche Personen als Aktionäre der Zielgesellschaft günstiger als eine Fusion, wenn sich aufgrund der Bewertung und der Nennwertverhältnisse bei einer Übernahme eine Nennwerterhöhung ergibt.

b) Natürliche Person, Wohnsitz Schweiz, Aktien im Geschäftsvermögen

Die Fusion führt nicht zu steuerbarem Einkommen, da sie wegen der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte nicht als Realisierung betrachtet wird[28]. Eine Nennwerterhöhung führt bei Aktien, die im Geschäftsvermögen gehalten werden, nicht zu einer Besteuerung, da für Aktiven im Geschäftsvermögen nicht das Nominalwert- sondern das Buchwertprinzip gilt. Eine Ausgleichszahlung führt

28 Die Beteiligung an der fusionierten Gesellschaft hat damit denselben Buchwert wie die Beteiligung an der Zielgesellschaft.

grundsätzlich zu steuerbarem Einkommen, da diese Ausschüttung wie eine Dividende behandelt wird[29]. Führt die Ausschüttung allerdings zu einem Absinken des Aktienkurses, so kann das Einkommen durch eine entsprechende Abschreibung kompensiert werden.

c) Kapitalgesellschaft, Domizil Schweiz

Bei Kapitalgesellschaften führt eine Fusion nicht zu einem steuerbaren Ertrag, da es aufgrund der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte nicht zu einer Realisierung kommt[30]. Eine Nennwerterhöhung führt ebenfalls nicht zu einem Ertrag, da Kapitalgesellschaften nach dem Buchwertprinzip und nicht nach dem Nominalwertprinzip besteuert werden. Eine Ausgleichszahlung wird in steuerlicher Hinsicht als Ausschüttung betrachtet und stellt daher grundsätzlich steuerbaren Ertrag dar. Dabei kann die betreffende Kapitalgesellschaft allerdings den Beteiligungsabzug geltend machen, falls sie die Bedingungen für den Beteiligungsabzug für Ausschüttungen gemäss Art. 69 DBG bzw. Art. 28 Abs. 1 StHG erfüllt[31], d.h. wenn die Beteiligung an der übernommenen Gesellschaft einen Verkehrswert von mindestens CHF 2 Mio. hat oder sich auf 20% des Grundkapitals der übernommenen Gesellschaft beläuft.

2. Verrechnungssteuer

Die Verrechnungssteuer wird auf den Leistungen der fusionierten Gesellschaft an die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft erhoben. Derartige Leistungen liegen bei Fusionen in folgenden Fällen vor:

– *Nennwertdifferenz*

  Übersteigt der gesamte Nennwert der Aktien, die ein Aktionär der übernommenen Gesellschaft in der Fusion erhält, den gesamten Nennwert der Aktien, die er einliefert, so stellt diese Nennwertdifferenz eine geldwerte

29 Auf diesem Einkommen werden auch die Sozialversicherungsabgaben erhoben.

30 Die Beteiligung an der fusionierten Gesellschaft hat den selben Buchwert wie die Beteiligung an der Zielgesellschaft.

31 Vgl. Ziff. I.2.c) vorne.

Leistung an den Aktionär dar, die der Verrechnungssteuer zum Satz von 35% unterworfen ist. Die übernehmende Gesellschaft muss daher gemäss Art. 14 VStG einen Abzug zulasten des Aktionärs der übernommenen Gesellschaft machen. Falls die übernehmende Gesellschaft den Aktionären der übernommenen Gesellschaft im Rahmen der Fusion keine Ausgleichszahlung erbringt, ist ein derartiger Abzug praktisch kaum durchführbar[32], was dazu führt, dass der Verrechnungssteuerbeitrag „ins Hundert" aufgerechnet wird und zum Satz von 53,8% auf der Nennwerterhöhung von der übernehmenden Gesellschaft abgeliefert werden muss.

– *Ausgleichszahlungen*

Ausgleichszahlungen gelten als steuerbare Ausschüttungen, weshalb die übernehmende Gesellschaft von einer derartigen Ausschüttung 35% Verrechnungssteuer abziehen muss.

In der Schweiz domizilierte Aktionäre, die von einem Verrechungssteuerabzug betroffen sind, können den Verrechnungssteuerbetrag vollumfänglich zurückfordern, falls sie die betreffende Leistung in ihrer Steuererklärung korrekt als Einkommen deklarieren. Dieses Rückforderungsrecht besteht auch dann, wenn der betreffende Aktionär selbst keine Ertrags- oder Einkommenssteuern bezahlt, da er als steuerbefreiter institutioneller Anleger keine derartigen Steuern bezahlt oder aber aufgrund eines Steuerprivilegs als Holding-, Domizil- oder gemischte Gesellschaft bzw. aufgrund des Beteiligungsabzuges nur reduzierte Steuern auf der betreffenden Ausschüttung bezahlt. Im Ausland ansässige Aktionäre können die Verrechnungssteuer nur soweit zurückfordern, als dies in dem auf sie anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehen wird.

32 Letztlich müsste von den Aktionären verlangt werden, dass sie im Rahmen der Fusion nicht nur die Aktien der bisherigen Gesellschaft einliefern, sondern auch 35% der Nennwertdifferenz, bevor sie Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten oder es müsste ein Teil der auszugebenden Aktien einbehalten und verkauft werden, um mit dem Verkaufserlös die Verrechnungssteuer zu bezahlen.

3. Umsatzabgabe

Bei einer Fusion fällt keine Umsatzabgabe an, da die Ein- und Auslieferung von Titeln bei einer Fusion gemäss Art. 14 Abs. 1 Bst. a und Bst. b StG von der Umsatzabgabe ausgenommen sind.

4. Emissionsabgabe

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG fällt bei der Fusion keine Emissionsabgabe auf den neu geschaffenen Aktien an. Gemäss dem Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Mai 2001[33] wird die Emissionsabgabe allerdings insoweit erhoben, als die Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft das Nominalkapital der untergehenden Gesellschaft übersteigt. Da in diesem Merkblatt aber festgehalten wird, dass der Einzelfall nach den Kriterien der Steuerumgehung untersucht werden muss, besteht die Eidgenössischen Steuerverwaltung in der Praxis nicht auf einer Zahlung der Emissionsabgabe auf diesem Differenzbetrag, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Transaktion nicht in der Absicht strukturiert wurde, höhere Nennwerte zu schaffen, sondern dass sich die Nennwerterhöhung rein aus der Mechanik der Transaktion und der unterschiedlichen Werte der beteiligten Unternehmen ergibt.

Weiterführende Literatur

REICH MARKUS, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Basel 2000.

HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, 9. Aufl., Bern 2001.

33 Merkblatt der EstV betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. a^{bis} StG 1.1.