EUROPA INSTITUT ZÜRICH

HERAUSGEBER: RUDOLF TSCHÄNI

Mergers & Acquisitions VIII

Schulthess §

Der steuerfreie private Kapitalgewinn beim Unternehmensverkauf – eine Regel mit Ausnahmen

Urs Schenker*

Inhalt

I. Die Besteuerung des Gewinnes beim Verkauf eines Unternehmens 212

II. Die Besteuerung natürlicher Personen beim Verkauf einer Gesellschaft 215
1. Der Grundsatz: Kapitalgewinne im Privatvermögen sind steuerfrei 215
2. Die Ausnahmen 215
a) Theoretische Basis der Ausnahmen 215
b) Privat- oder Geschäftsvermögen – „Quasi-Effektenhändler" 219
aa) Verkauf von Anteilen aus dem Geschäftsvermögen 219
bb) Abgrenzung von Geschäfts- und Privatvermögen 220
cc) „Quasi-Effektenhändler" 221
dd) Konsequenzen für Unternehmensverkäufe 226
c) Verkauf einer Immobiliengesellschaft 227
d) Verkauf einer Mantelgesellschaft 228
e) Direkte Teilliquidation 229
f) Indirekte Teilliquidation – Refinanzierung des Kaufpreises aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft 230
aa) Refinanzierung aus künftigen Gewinnen der gekauften Gesellschaft 231
bb) Refinanzierung durch vorbestehende Reserven 232
cc) Mitwirkung des Verkäufers 235
dd) Folgen der Theorie der indirekten Teilliquidation 236
ee) Position der kantonalen Steuerverwaltungen 237
ff) Welche Transaktionen sind noch möglich? 238
gg) Notwendigkeit von Steuerrulings 241
g) Transponierung – Verkauf an eine vom Verkäufer beherrschte Gesellschaft 242

III. Unternehmenssteuerreform II 243
1. Von der indirekten Teilliquidation zur „Ersatzdividendenabrechnung" 243
2. Die gesetzliche Regelung des „Quasi-Effektenhändlers" 245

* Bei diesem Beitrag wurde das Format des Referates im Wesentlichen beibehalten und entsprechend weitgehend auch auf einen wissenschaftlichen Apparat verzichtet.

	Asset Deal	Share Deal	Dividende
Natürliche Personen	Einkommenssteuern + Sozialabgaben*	Steuerfreier privater Kapitalgewinn mit Ausnahmen	Einkommenssteuern
Juristische Personen	Gewinnsteuern aber Ersatzinvestitionen	Gewinnsteuern aber Beteiligungsabzug	Gewinnsteuern aber Beteiligungsabzug

* Gilt auch für Share Deal im Geschäftsvermögen einer natürlichen Person

Die Analyse der steuerlichen Entwicklung über die letzten 20-30 Jahre zeigt, dass sich die steuerlichen Rahmenbedingungen für juristische Personen konstant verbessert haben. Mit der Unternehmenssteuerreform I wurde 1998 der Beteiligungsabzug auf Verkäufe von Beteiligungen eingeführt, mit dem Fusionsgesetz wurde 2004 die Kompensation von Gewinnen aus Beteiligungsverkäufen durch Ersatzinvestitionen erleichtert. Bei natürlichen Personen ist dagegen im gleichen Zeitraum eine gegenteilige Tendenz festzustellen: Die Eidgenössische Steuerverwaltung versucht bereits seit geraumer Zeit, den Bereich des steuerfreien privaten Kapitalgewinns insbesondere durch die Ausdehnung des Begriffs des „Quasi-Effektenhändlers" und durch die immer breitere Anwendung der Theorie der indirekten Teilliquidation einzuschränken, eine Tendenz, die der Bundesrat mit der Unternehmenssteuerreform II nun noch verstärken will.

Diese unterschiedlichen Tendenzen bei der Besteuerung von juristischen Personen und natürlichen Personen lassen sich darauf zurück führen, dass die Schweiz bei juristischen Personen in einem starken internationalen Steuerwettbewerb steht und deshalb eine Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen notwendig war, um die Schweiz als Standort für Gesellschaften weiterhin attraktiv zu gestalten. Bei natürlichen Personen ist der Steuerwettbewerb dagegen wesentlich geringer, da der steuermotivierte Wohnsitzwechsel noch relativ selten ist, weshalb Behörden und Gesetzgeber in diesem Bereich mehr Potenzial sehen, um das Steueraufkommen zu erhöhen.

II. Die Besteuerung natürlicher Personen beim Verkauf einer Gesellschaft

1. Der Grundsatz: Kapitalgewinne im Privatvermögen sind steuerfrei

Verkauft eine natürliche Person Aktien aus dem Privatvermögen, so realisiert sie grundsätzlich einen steuerfreien privaten Kapitalgewinn. Dies wird in Art. 16 Abs. 3 DBG[8] festgehalten:

> „Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei".

2. Die Ausnahmen

Von der im Gesetz klar festgehaltenen Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinnes gibt es aber gewichtige Ausnahmen, bei denen der steuerfreie Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen umqualifiziert wird, d.h. mit Einkommenssteuern belegt wird:

a) Theoretische Basis der Ausnahmen

Während einige dieser Ausnahmetatbestände, wie insbesondere die Erfassung von Immobilien- und Mantelgesellschaften sowie die direkte Teilliquidation und die Transponierungstheorie, schon länger bestehen, ohne dass ihr Anwendungsbereich in den letzten Jahren wesentlich erweitert worden wäre, haben die Steuerbehörden mit der Unterstützung des Bundesgerichtes den Anwendungsbereich der indirekten Teilliquidation sowie auch die Erfassung von natürlichen Personen als „Quasi-Effektenhändler" in den letzten Jahren zum Teil massiv ausgedehnt.

Ursprüngliches Motiv der oben dargestellten Ausnahmen war es, Umgehungstatbestände zu erfassen, weshalb sich diese Ausnahmen an den relativ restriktiven Voraussetzungen einer Steuerumgehung orientieren mussten. Nachdem das Bundesgericht allerdings festgestellt hatte, dass Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt, der inhaltlich Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG entsprach und wie dieser die Besteuerung des Vermögensertrages vorsah, eine Steuernorm mit „wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten" darstellt[9], basierte die Weiterentwicklung der Ausnahmen und insbesondere die Ausdehnung des Tatbestandes der indirekten Teilliquidation

8 Vgl. die analoge Bestimmung in Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG.

9 ASA 72, 218.

nicht mehr auf diesen restriktiven Voraussetzungen, sondern nur noch auf der Überlegung, welche Veräusserungsgewinne in wirtschaftlicher Hinsicht als Vermögenserträge bzw. Ausschüttungen betrachtet werden müssen[10].

Triebfeder für die Entwicklung dieser Ausnahmen ist primär der Umstand, dass die Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinnes eine Ausnahme im System der Besteuerung aller Wertzuflüsse bei natürlichen Personen darstellt[11] und deshalb von einzelnen Autoren als verfassungswidrige Abweichung vom Prinzip der Rechtsgleichheit betrachtet[12] wird – eine Position, die das Bundesgericht bisher allerdings ausdrücklich ablehnte[13]. Diese Tendenz, aus grundsätzlichen bzw. verfassungstheoretischen Gründen den steuerfreien Kapitalgewinn als „systemwidrige" Ausnahme einzuschränken, kommt im exemplarischen Entscheid der Steuerkommission II des Kantons Zürich vom 5. August 2004[14] deutlich zum Ausdruck:

> „Mit der Generalklausel von Art. 16 Abs. 1 DBG befolgt der Gesetzgeber das in Art. 127 Abs. 3 BV verankerte Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Eine gleichmässige Besteuerung aller Bürger nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist nur dann gewährleistet, wenn alle Einkünfte in dem der Einkommenssteuer unterworfenen Einkommen vollständig erfasst werden, mit anderen Worten, wenn die Bemessungsgrundlage der Einkommenssteuer umfassend ist und nicht etwa einzelne Einkunftsarten privilegiert oder gänzlich von der Besteuerung ausschliesst (vgl. Silvia Maria Senn, die verfassungsmässige Verankerung von anerkannten Besteuerungsgrundsätzen, 1999, S. 171, mit zahlreichen Nachweisen). Vor diesem Hintergrund erscheint der Ausschluss der privaten Kapitalgewinne von der Einkommenssteuer verfassungsrechtlich zumindest als problematisch (die überwiegende Mehrheit der Lehre erblickt denn darin auch einen Verstoss gegen die Verfassung; siehe Nachweis bei Locher, Art. 16 N 72). Das Bundesgericht hat sich mit der Frage nach der Verfassungsmässigkeit der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen in einem Entscheid betreffend die Abschaffung der Kapitalgewinnbesteuerung im Kanton Basel-Landschaft befasst (BGE 114 Ia 221). Dabei hat es als sachliche Gründe, die eine Freistellung der Kapitalgewinne nicht als Verfassungsverletzung erscheinen lassen, Praktikabilitätserwägungen (Schwierigkeiten der Ermittlung der Kapitalgewinne) sowie die geringe Ergiebigkeit der Steuer (im zu beurteilenden Fall betrug der Ertrag in zwei Jahren rund 1 bzw. 2,5 Mio. Franken und rechtfertigte kaum den Erhebungsaufwand) anerkannt. Gleichzeitig hat das Gericht jedoch festgehalten, solche Gründe seien nur so lange zu respektieren, als sie nicht bloss vorgeschützt würden, um ein mit der Verfassung schlechthin unvereinbares Privileg zu begründen (BGE 114 Ia 221 E. 6a S. 232). Für die Auslegung von Art. 16 Abs. 3 DBG kann aus dem dargelegten Diskussionsstand abgeleitet werden, dass die Bestimmung unter der Herrschaft des Gebots verfassungskonformer Auslegung (vgl. dazu Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., 2002, Rz 230 ff.) restriktiv auszulegen ist".

10 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, Ziff. 1.

11 Dieses Prinzip wird in Art. 18 Abs. 1 DBG sowie in Art. 7 Abs. 1 StHG festgehalten.

12 LOCHER, Kommentar zum DBG, N 72 zu Art. 16 DBG, mit weiteren Hinweisen.

13 BGE 114 Ia 221; vgl. auch FILLI A., Die Besteuerung der Kapitalgewinne im Spannungsfeld der realfiskalischen Gegebenheiten, ASA 66, 435 ff.

14 StR 2004, 742; der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

Der generelle Kampf gegen die Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinnes kommt aber auch bei der Ausdehnung der Besteuerung der „Quasi-Effektenhändler" zum Ausdruck, da die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung und verschiedener kantonaler Steuerämter bei nüchterner Betrachtung letztlich einfach darauf hinausläuft, erfolgreiche Anleger zu besteuern.

Ein weiteres Motiv für die Ausdehnung der Ausnahmen und insbesondere der Theorie der indirekten Teilliquidation ist der Umstand, dass ein Verkauf einer im Privatvermögen gehaltenen Gesellschaft an eine Käuferin, welche die betreffenden Anteile in ihrem Geschäftsvermögen hält, dazu führt, dass die latente Steuerlast auf den Reserven der Gesellschaft aufgehoben wird[15]. Eine natürliche Person, die Anteile an einer Gesellschaft im Privatvermögen hält, wird – wie oben dargestellt – nach dem Nominalwertprinzip auf allen Ausschüttungen bestehender Reserven und in der Zukunft erarbeiteter Gewinne besteuert. Verkauft sie nun diese Anteile an eine juristische Person oder an eine natürliche Person, die die betreffenden Anteile im Geschäftsvermögen hält, ist es dem neuen Eigentümer zum Teil möglich, sich Reserven und zukünftige Gewinne ohne entsprechende Besteuerung auszuschütten; handelt es sich beim Käufer um eine juristische Person, so kann sie sämtliche Ausschüttungen aufgrund des Beteiligungsabzuges steuerfrei vereinnahmen, handelt es sich um eine natürliche Person, die die Aktien im Geschäftsvermögen hält, so kann sie die Ausschüttung der im Verkaufszeitpunkt bereits bestehenden Reserven normalerweise durch eine Abschreibung auf dem Buchwert der Beteiligung kompensieren[16]. Da der Verkauf aus dem Privatvermögen einer Person in das Geschäftsvermögen einer anderen Person in dieser Weise zum Wegfall der wirtschaftlichen Doppelbelastung führt, d.h. dazu, dass thesaurierte und zukünftige Gewinne steuerfrei ausgeschüttet werden können, betrachtet die Eidgenössische Steuerverwaltung eine derartige Transaktion als einen unberechtigten Entzug

15 Vgl. insbesondere BGE 2A.331/2003 E. 2.2.

16 Wird die beim Kauf vorhandene Substanz ausgeschüttet, so vermindert dies direkt den Wert des Unternehmens und erlaubt eine Abschreibung. Im Gegensatz zu einer juristischen Person kann eine natürliche Person, die Aktien im Geschäftsvermögen hält, die Ausschüttung laufender Gewinne dagegen nicht steuerfrei gestalten.

von Steuersubstrat. Diese Argumentation ist nicht nur die Basis für die immer stärkere Ausdehnung der Theorie der indirekten Teilliquidation[17], sondern führt letztlich zum Postulat der Eidgenössischen Steuerverwaltung, dass bei einem Verkauf von Aktien aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen immer über die vorhandenen Reserven abzurechnen ist – ein Postulat, das der Bundesrat in der Unternehmenssteuerreform II offensichtlich weit gehend verwirklichen will.

Mit der Theorie, dass durch den Wechsel vom Privat- ins Geschäftsvermögen unberechtigterweise Steuersubstrat verloren geht, wird letztlich die wirtschaftliche Doppelbelastung – die in einer Gesellschaft erarbeiteten Gewinne werden zunächst bei der Gesellschaft selbst durch die Gewinnsteuer erfasst und dann ein zweites Mal bei der Ausschüttung an den Aktionär durch die Einkommenssteuer belastet – zum Dogma erhoben und dieses direkt zur Grundlage für die Besteuerung gemacht[18]. Diese Argumentation ist aus folgenden Gründen unrichtig:

- Die wirtschaftliche Doppelbelastung ist nicht ein Grundprinzip des Steuerrechts, sondern eine Folge davon, dass sich ein Aktionär entschliesst, eine Gesellschaft durch Ausschüttungen zu entreichern und den betreffenden Betrag in das Privatvermögen zu überführen. Der Aktionär ist aber nicht dazu verpflichtet, eine derartige Ausschüttung vorzunehmen; er hat das Recht auf die Überführung von Gesellschaftsmitteln in das Privatvermögen zu verzichten und Gewinne zu thesaurieren, um so das Eigenkapital der Gesellschaft zu stärken[19].
- Erwirbt eine juristische Person Aktien einer Gesellschaft, die Reserven aufweist, so wird die Besteuerung der Ausschüttung letztlich nur aufgeschoben. Schüttet nämlich die Erwerberin eigene Gewinne oder die Gewinne der von ihr beherrschten Gesellschaften an ihre Eigentümer aus, so wird es wiederum zur Doppelbelastung kommen.

Die Tendenz, die wirtschaftliche Doppelbelastung zum Grundprinzip des Steuerrechts zu erheben, zeigt sich beispielsweise im Entscheid des Bundesgerichtes

17 Vgl. insbesondere BGE 2A.331/2003 E. 2.4; Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, Ziff. 3.

18 Vgl. zu diesem Gedankengang BGE 2A.331/2003 E. 2.2.

19 Diese Thesaurierung ist sowohl betriebs- wie auch volkswirtschaftlich sinnvoll, da sie die Stabilität der betroffenen Unternehmen massiv erhöht, was insbesondere die Krisenresistenz fördert.

vom 11. Juni 2005, mit dem das Bundesgericht die Anwendung der indirekten Teilliquidation ganz massiv ausdehnte[20]:

> „Die Besteuerung lösen daher auch alle Vorgänge aus, durch welche die Gesellschaft den Beteiligten im Ergebnis Ausschüttungen aus dem Gewinn oder den Reserven ausrichtet, wie Barleistungen aus Fusionen, Hingabe von Geschäftsaktiven und Anteile am Erlös einer Teil- oder Totalliquidation (ASA 69, 642 E. 2a, mit Hinweisen). Dadurch wird die konsequente Durchführung der wirtschaftlichen Doppelbelastung des Gewinns bei der Gesellschaft und der Gewinnausschüttung beim Aktionär sichergestellt, die der Gesetzgeber durch die Besteuerung sämtlicher geldwerter Vorteile an die Beteiligten bezweckt. Nach der Praxis führen daher aus Gründen der rechtsgleichen Besteuerung und mit Rücksicht auf die Steuersystematik auch alle Vorgänge zur Besteuerung, durch welche die Ausschüttungssteuerlast auf Gewinnen und Reserven im Zusammenhang mit privaten Aktienverkäufen aufgehoben oder reduziert wird".

Wie weiter hinten zu zeigen ist, soll diese Sicherung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II nun flächendeckend verwirklicht werden, indem stille und offene Reserven – dem alten Postulat der Eidgenössischen Steuerverwaltung folgend – beim Übergang einer Beteiligung vom Privat- ins Geschäftsvermögen besteuert werden, womit sich das Steuerrecht in diesem Bereich sowohl vom Realisierungsprinzip[21] wie auch vom Ausschüttungsprinzip[22] löst.

b) Privat- oder Geschäftsvermögen – „Quasi-Effektenhändler"

aa) Verkauf von Anteilen aus dem Geschäftsvermögen

Befanden sich die bei einem Gesellschaftsverkauf übertragenen Anteile vor dem Verkauf im Geschäftsvermögen einer Privatperson, so wird der Verkaufsgewinn, d.h. die Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem steuerlich massgeblichen Buchwert, als Gewinn aus selbständiger Tätigkeit betrachtet. Dementsprechend unterliegt der betreffende Gewinn zunächst einmal den Sozialversicherungsabzügen in Höhe von 9,8%[23]. Der nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge verbleibende Restgewinn ist als Einkommen aus selbständiger

20 BGE 2A.331/2003.

21 Stille Reserven werden nur besteuert, wenn sie tatsächlich realisiert werden.

22 Ausschüttungen werden nur besteuert, wenn sie tatsächlich vorgenommen werden.

23 Soweit das Einkommen CHF 77'400 übersteigt, stellen die Sozialversicherungsabzüge reine Steuern dar, da sie nicht zu einer Rentenerhöhung führen.

Erwerbstätigkeit zu versteuern[24]. Diese Kombination von Sozialversicherungsabgaben und Einkommenssteuern führt zu einer sehr hohen Gesamtbelastung des Gewinnes.

bb) Abgrenzung von Geschäfts- und Privatvermögen

Aktien befinden sich im Geschäftsvermögen einer natürlichen Person, wenn die betreffende Person einen Geschäftsbetrieb als Einzelfirma oder im Rahmen einer Personengesellschaft führt, und die im Rahmen eines Gesellschaftsverkaufs verkauften Anteile entweder in der Buchhaltung dieser Personengesellschaft oder Einzelfirma aufgeführt wurden oder die verkauften Anteile in einem funktionalen Zusammenhang mit der Tätigkeit der Personengesellschaft bzw. der Einzelfirma standen und somit der Geschäftstätigkeit dienten[25]. Ein derartiger funktionaler Zusammenhang kann bereits vorliegen, wenn die verkaufte Gesellschaft enge Geschäftsbeziehungen mit der betreffenden Personengesellschaft bzw. Einzelfirma hatte[26].

Da die Praxis zum funktionalen Zusammenhang schwankt und die Entscheidungen der Steuerbehörden dementsprechend nicht immer klar vorhersehbar sind, empfiehlt es sich, einen Vorabentscheid der Steuerbehörden einzuholen, wenn eine Person, die im Rahmen einer Einzelfirma oder einer Personengesellschaft selbständig erwerbstätig ist, eine Beteiligung an einer Gesellschaft verkauft. Die Problematik der Zuteilung zum Geschäfts- oder Privatvermögen kann dadurch vermieden werden, dass die Einzelfirma bzw. Personengesellschaft vor einem derartigen Verkauf in eine Aktiengesellschaft eingebracht wird und die Beteiligung, deren Verkauf geplant ist, nicht in die neue Gesellschaft eingebracht, sondern im Privatvermögen behalten wird. Mindestens nach Ablauf der Sperrfrist von 5 Jahren[27] ist dann der Verkauf der Beteiligung gefahrlos möglich, da der Verkäufer in diesem Fall gar kein Geschäftsvermögen mehr hat[28].

24 Art. 18 Abs. 2 DBG; Art. 7 Abs. 1 StHG.

25 ASA 62, 409; BGE 112 Ib 79; REICH, Die Abgrenzung von Geschäfts- und Privatvermögen im Einkommenssteuerrecht SJZ 80 (1984), 224.

26 Z.B. als Zuliefer- oder Verarbeitungsbetrieb; vgl. BGE 2A.431/2000.

27 Art. 19 Abs. 2 DBG.

28 Bei diesem Vorgehen könnten sich die Steuerbehörden allerdings auf den Standpunkt stellen, dass eine Privatannahme vorliegt, weil die betreffende Beteiligung funktional zum Geschäftsvermögen gehörte aber nicht mit dem Geschäftsvermögen zusammen in die neugegründete AG eingebracht worden ist. Diese Argumenation wird in der Praxis allerdings selten vorgebracht und würde zu einer Festlegung des Wertes der betreffenden Aktien im Zeitpunkt

cc) „Quasi-Effektenhändler"

Nach der Praxis des Bundesgerichtes[29], erzielt eine Privatperson steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, wenn sie Vermögensgegenstände und insbesondere Aktien bzw. Beteiligungen in einer Art und Weise kauft und verkauft, die über die „schlichte Verwaltung" von Privatvermögen hinausgeht. Sie entfaltet damit im Bereich der Vermögensverwaltung eine Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist, weil sie Käufe und Verkäufe von Aktien bzw. Beteiligungen „systematisch und mit der Absicht der Gewinnerzielung" vornimmt. Überschreitet eine natürliche Person diese Grenze zwischen Vermögensverwaltung und selbständiger Erwerbstätigkeit, so wird sie als nebenberuflicher Effektenhändler („Quasi-Effektenhändler") betrachtet. Dies führt dazu, dass sämtliche Gewinne als Erwerbseinkommen betrachtet werden und entsprechend Sozialversicherungsabzügen sowie Einkommenssteuern unterworfen sind.

Die vom Bundesgericht gewählt Formulierung, dass Vermögensanlage dann zur gewerbsmässigen Tätigkeit wird, wenn sie „systematisch mit der Absicht der Gewinnerzielung"[30] betrieben wird, ist letztlich eine Leerformel, die auf fast jeden Anleger anwendbar ist, weil einerseits jeder Anleger mit seinen Anlagen tatsächlich Geld gewinnen will und andererseits – mindestens erfolgreiche Anleger – in dem Sinne systematisch vorgehen als sie Gewinne bewusst realisieren und neue Anlagen in vielversprechende Titel machen. Dennoch blieb bisher in der Praxis die Besteuerung von Privatpersonen als „Quasi-Effektenhändler" eine relativ seltene Ausnahme, da in der Praxis konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen, die zeigen, dass die Grenze zwischen Vermögensverwaltung und „professionellem" Wertpapierhandel überschritten wird. Diese Zurückhaltung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der in der Diskussion zum Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 1998 zum Ausdruck kam, wo ein weiteres Mal die Einführung der privaten Kapitalgewinnsteuer und auch die Normierung des „Quasi-Effektenhändlers" abgelehnt wurde. In dieser Debatte brachte insbesondere Bundesrat Villiger zum Ausdruck, dass eine „dynamische" private Vermögensverwaltung ohne Steuerfolgen möglich sein soll[31].

der Umwandlung führen; eine Diskussion die im Allgemeinen einfacher geführt werden kann und zu tieferen Werten führt als die spätere Bewertung beim tatsächlichen Verkauf.

29 ASA 69, 788; ASA 73, 299; ASA 71, 627.

30 Vgl. ASA 69, 652 und 788; ASA 67, 483.

31 Votum Villiger, amtliches Bulletin Ständerat, 10.3.1999, S. 140. „Es sind im allgemeinen seltene Fälle und dabei wird es bleiben. Das ist auch im Interesse des Fiskus, denn dieser trägt bei der gewerbsmässigen Besteuerung auch ein Risiko, weil er dann nämlich auch Ver-

In der konkreten Situation ist es aber zum Teil schwierig vorauszusehen, ob ein Privatanleger tatsächlich als „Quasi-Effektenhändler" qualifiziert wird, da die Entscheide relativ selten sind und die Praxis zum Teil stark schwankt; die Analyse der entsprechenden Entscheide[32] zeigt aber, dass folgende Indizien auf eine selbständige Tätigkeit hinweisen:

– *Systematische und planmässige Methode der Anlage*

  Die Formel des „systematischen oder planmässigen" Vorgehens wird in fast allen Entscheiden verwendet[33], trägt aber sehr wenig zur Differenzierung der gewerblichen Tätigkeit von der „normalen" Vermögensanlage bei, da einerseits die private Kapitalanlage – wie oben dargestellt – letztlich auch immer systematisch, planmässig und auf Gewinn ausgerichtet ist und andererseits nach den oben erwähnten Zitaten von Bundesrat Villiger die dynamische Vermögensverwaltung nach modernen Kriterien nicht zu einer Beteuerung führen soll. Letztlich handelt es sich bei diesem Kriterium nach der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung eher um ein negatives Kriterium. Ein Privatanleger, der erfolglos tätig ist, d.h. bei seiner Vermögensverwaltung Verluste erzielt, kann sich in der Praxis kaum je darauf berufen, dass er gewerbsmässig gehandelt hat, um die betreffenden Verluste von seinem übrigen Einkommen abzuziehen, da in diesen Fällen nach dem Verständnis der Steuerbehörden und der Gerichte schon a priori kein planmässiges und auf Gewinn ausgerichtetes Verhalten vorliegt[34].

– *Hohe Anzahl von Einzeltransaktionen und kurze Besitzdauer*

  Nach der Praxis von Gerichten und Behörden deutet eine kurze Besitzdauer und eine hohe Anzahl von Transaktionen darauf hin, dass die betreffende Person tatsächlich nicht als Anleger tätig ist, sondern gewerbsmässig handelt und dabei an der raschen Erzielung von Gewinnen

luste zum Abzug zulassen muss; Votum Villiger, Amtliches Bulletin, Ständerat, 3.3.1999 „Wir wollen keine Kapitalgewinnsteuer für alle Normalanleger und Sparer – oder wie immer sie diese bezeichnen – auch wenn sie nach modernsten Methoden ein gutes Portefeuille bewirtschaften. Da will der Fiskus nicht „zuschlagen". Das wäre eine Kapitalgewinnsteuer durch die Hintertüre. …".

32 Vgl. für eine Übersicht dieser Kriterien Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV vom 21. Juni 2005, Ziff. 3.3.

33 ASA 69, 652 und 788; ASA 67, 483; StE B 23.1 (2002) Nr. 50.

34 Vgl. StE B 23.1 (2003) Nr. 56; StE B 23.9 (2004) Nr. 7; vgl. im Übrigen zur Zurückhaltung der ESTV Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, Ziff. 3.4.

interessiert ist[35]. Bei der Beurteilung der Gewerbsmässigkeit ist die kurze Besitzdauer aber wichtiger als die Handelsfrequenz; die kurze Besitzdauer kann gerade im Zusammenhang mit dem Element der Fremdfinanzierung bereits bei einer einzigen Transaktion zur Annahme der Gewerbsmässigkeit führen[36].

– *Der enge Zusammenhang zwischen Anlage und beruflicher Tätigkeit*

  Besteht ein enger Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen und seinen Vermögensanlagen, weil die betreffende Person z.B. beruflich selbst als Vermögensverwalter oder in ähnlicher Position tätig ist, so kann dies zur Annahme führen, dass nicht eine gewöhnliche Vermögensverwaltungstätigkeit vorliegt, sondern – gerade wenn zusätzlich noch die Kriterien der kurzen Haltedauer, der hohen Frequenz oder der Fremdfinanzierung erfüllt werden – eine gewerbsmässige Tätigkeit[37]. Problematisch ist dabei allerdings, dass das Bundesgericht nicht mehr nur allein auf die Eigenschaften bzw. Berufstätigkeit der steuerpflichtigen Person selbst abstellt, sondern dieses Argument auch dann verwendet wird, wenn sie die Anlageentscheide einem bevollmächtigten Dritten überträgt, der mit hoher Professionalität arbeitet[38]. Diese äusserst gefährliche Entwicklung müsste in letzter Konsequenz dazu führen, dass jedes Vermögensverwaltungsmandat zur gewerbsmässigen Tätigkeit des Anlegers führt, da Vermögensverwalter notgedrungen spezielle Fachkenntnisse haben und auch professionell arbeiten müssen. Diese Konsequenz wurde bisher aber noch nie gezogen; die Analyse der konkreten Bundesgerichtsentscheide, bei welchen die Professionalität der Hilfsperson der steuerpflichtigen Person zugerechnet wurden, zeigt auch, dass es sich um Fälle mit sehr hohen Handelsfrequenzen und unüblich grossen Risiken handelte und das Bundesgericht der steuerpflichtigen Person letztlich nur die Argumentation verwehrte, dass nicht sie selbst, sondern ein Anlageberater als Hilfsperson diese gewerbliche Tätigkeit entfaltet hat[39].

35 ASA 69, 625 und 788; ASA 63, 43; ASA 59, 709.

36 BGE 2A.23/2004; ASA 69, 652.

37 ASA 66, 224; ASA 71, 627; ASA 69, 652 und 788; ASA 67, 483; ASA 66, 224.

38 Vgl. StE B 23.1 (2002) Nr. 50; StE B 23.1 (2000) Nr. 45.

39 StE B 23.1 (2002) Nr. 50; StE B 23.1 (2000) Nr. 45.

– *Einsatz erheblicher Fremdmittel*

Als wichtigstes Kriterium einer gewerblichen Tätigkeit gilt in der Praxis die Finanzierung von Vermögensanlagen durch Fremdkapital[40]. Tatsächlich widerspricht die Aufnahme von Fremdkapital letztlich der Idee der Vermögensanlage, weil nicht vorhandenes Vermögen angelegt wird, sondern mit Fremdkapital gearbeitet wird und der Anleger mit der Aufnahme von Fremdkapital sein Risiko im Sinne des Leverage Effekts massiv erhöht[41]. Für die Steuerbehörden war die Finanzierung von Aktienbeständen durch Fremdkapital aber immer auch deshalb ein Ärgernis, weil die betreffenden Fremdkapitalzinsen vom übrigen Einkommen abgezogen wurden. Dies konnte vor der Einführung der Begrenzung des Schuldzinsabzugs[42] in Einzelfällen zum Ergebnis führen, dass nur noch ein sehr geringes Einkommen besteuert werden konnte, während die Kapitalgewinne steuerfrei blieben[43].

Eine steuerlich schädliche Fremdfinanzierung wird in der Praxis allerdings nur dann angenommen, wenn die betreffenden Mittel zur Finanzierung von Wertschriftentransaktionen aufgenommen wurden. Dies führt dazu, dass eine steuerpflichtige Person ihre Liegenschaften mit Hypotheken finanzieren kann, ohne dass dadurch ihr Wertschriftenbestand als fremdfinanziert gilt und allfällige Kapitalgewinne als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit besteuert werden. Dieses Vorgehen, Liegenschaften teilweise mit Hypotheken zu finanzieren und gleichzeitig überschüssige Liquidität in Wertpapieren anzulegen, entspricht auch dem Grundsatz einer gesunden Diversifikation der Vermögensanlagen, da die Fremdfinanzierung von Liegenschaften nicht besonders risikoreich ist und die Verteilung des Gesamtvermögens auf Liegenschaften und Wertschriften für die Liquidität und den Anlageerfolg des Anlegers positiv ist. Die Eidgenössische Steuerverwaltung ist allerdings der Ansicht, dass die steuerpflichtige Person die Verwendung der Fremdmittel nachweisen muss, d.h. beweisen muss, dass die in der Steuererklärung geltend gemachten Schulden nicht zum Kauf von Wertschriften verwendet worden sind und dass beim Fehlen eines derartigen Nachweises eine proportionale Aufteilung auf die gesamten Aktiven der betreffenden Personen vor-

40 Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV vom 21. Juni 2005, S. 3; vgl. auch Votum Gemperle, Amtliches Bulletin Ständerat 2.3.1999 S. 43.

41 Vgl. StE B 23.1 (1998) Nr. 38.

42 Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und Art. 9 Abs. 2 lit. a StHG.

43 ASA 69, 788; ASA 69, 652; ASA 67, 483.

genommen wird[44]. Dies hätte zur Folge, dass der mangelnde Verwendungsnachweis bei Hypotheken tatsächlich zur Annahme einer Fremdfinanzierung des Wertschriftenbestandes und einer entsprechenden Besteuerung führen könnte[45].

– *Die Wiederanlage der erzielten Gewinne in gleichartige Vermögensgegenstände*

Die Tatsache, dass die Verkaufserlöse bzw. –gewinne wieder in gleichartige Vermögensgegenstände investiert werden, wird zum Teil als Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit betrachtet[46]. Dieses Kriterium hat allerdings – genau wie das Kriterium des systematischen Vorgehens – keine eigenständige Bedeutung, da es gerade auch ein Zeichen der „normalen" Vermögensverwaltung ist, dass die zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend der gewählten Asset Allocation investiert bleiben, d.h. Verkaufserlöse wieder angelegt werden.

Die oben erwähnten Kriterien[47] erscheinen relativ breit, wobei gerade die Kriterien des systematischen und planmässigen Vorgehens und der Wiederanlage und zum Teil auch das Kriterium der Fachkenntnisse fast alle erfolgreichen Anleger und den gesamten Bereich der Anlage durch Vermögensverwalter abdeckt. Die Analyse der Praxis zeigt aber, dass die meisten Entscheide auf dem Kriterium der Fremdfinanzierung basierten und zusätzlich meist noch eine kurze Haltedauer oder eine hohe Umsatzfrequenz vorlagen[48], was erklärt, dass trotz der zum Teil sehr breiten Formulierung der Kriterien die „Quasi-Effektenhändler" gegenüber den Normalanlegern immer noch eine verschwindend kleine Minderheit darstellen.

Aufgrund der Unsicherheit, die sich durch die einzelnen Entscheide zum „Quasi-Effektenhändler" ergeben hat, hat die Eidgenössische Steuerverwaltung im Kreisschreiben Nr. 8 vom 21. Juni 2005 in Zusammenarbeit mit der schweizerischen Steuerkonferenz Kriterien aufgestellt, deren *kumulative* Erfüllung dazu führt, dass die Eidgenössische Steuerverwaltung und die kantonalen Steuerver-

44 Kreisschreiben Nr. 1 der ESTV vom 19. Juli 2000, Ziff. 3.

45 Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV vom 21. Juni 2005, Ziff. 4.2.

46 ASA 69, 652; ASA 69, 788; ASA 67, 483; ASA 66, 224.

47 Vgl. für eine Übersicht dieser Kriterien Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV vom 21. Juni 2005, Ziff. 3.3.

48 Vgl. aber StE B 23.1 (2003) Nr. 54 und B 23.1 (2002) Nr. 50, wo nur eine hohe Handelsfrequenz aber keine Fremdfinanzierung vorlag.

waltungen in jedem Fall davon ausgehen, dass schlichte Vermögensverwaltung vorliegt. Dabei handelt es sich um folgende Kriterien:

> „1. Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens ein Jahr.
>
> 2. Das Transaktionsvolumen (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestands zu Beginn der Steuerperiode.
>
> 3. Das Erzielen von Kapitalgewinnen aus Wertschriftengeschäften bildet keine Notwendigkeit, um fehlende oder wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung zu ersetzen. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die realisierten Kapitalgewinne weniger als 50% aller steuerbaren Einkünfte in der Steuerperiode betragen.
>
> 4. Die Anlagen bzw. deren Transaktionen sind grundsätzlich allen Anlegern zugänglich und stehen nicht in engem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit bzw. sind nicht auf spezielle Kenntnisse aufgrund einer besonderen beruflichen Stellung zurückzuführen.
>
> 5. Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z.B. Zinsen, Dividenden, usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen."

Diese Kriterien sind als „Save Haven-Rules" konzipiert, d.h. Abweichungen von diesen Regeln führen nicht direkt zur Besteuerung. Zu einer Besteuerung kann es vielmehr erst kommen, wenn die oben dargestellten Indizien für eine gewerbliche Tätigkeit, wie insbesondere hohe Frequenz, kurze Besitzdauer und hohe Fremdfinanzierung vorliegen. Obwohl die Eidgenössische Steuerverwaltung diesen Vorbehalt in Ziff. 2 ihres Kreisschreibens zum Ausdruck bringt, versucht sie mindestens unterschwellig, mit den oben dargestellten Kriterien langfristig einen Standard zu setzen, bei dem jede Abweichung zur Besteuerung führt. Ausserdem scheinen diese „Save Haven-Rules" auch als Benchmark für die in der Unternehmenssteuerreform II vorgesehene flächendeckende Besteuerung von Kapitalgewinnen zu dienen, so dass diese neue Regelung aus diesem Blickwinkel sogar noch als „Erleichterung" betrachtet werden können.

dd) Konsequenzen für Unternehmensverkäufe

Verkauft eine natürliche Person eine Gesellschaft bzw. eine grössere Beteiligung an einer Gesellschaft, so wird der Bereich der oben dargelegten „Save Haven-Rules" normalerweise verlassen, weil der realisierte Kapitalgewinn in der betreffenden Steuerperiode die Grenze von 50% der steuerbaren Einkünfte

(Ziff. 3 der Kriterien) typischerweise überschreitet[49]. Überdies sind auch die Anteile, die in einem Unternehmenskauf verkauft werden, normalerweise nicht Anlagen, die allen Anlegern zugänglich sind (Ziff. 4 der Kriterien), so dass auch dieses Kriterium der „Save Haven-Rules" meist nicht erfüllt wird.

Damit muss letztlich bei jedem Unternehmensverkauf aufgrund der oben dargestellten Abgrenzungskriterien abgeklärt werden, ob Privatvermögen oder bereits Geschäftsvermögen vorliegt. Die Erfahrung zeigt, dass es bei der Analyse des Einzelfalles nach diesen Kriterien meistens nicht zu einer Besteuerung kommt, da Gesellschaften typischerweise langfristig gehalten werden und deshalb selbst bei einer Fremdfinanzierung keine gewerbliche Tätigkeit vorliegt. Problematisch kann die Situation für den Verkäufer aber dann werden, wenn er die verkaufte Gesellschaft bzw. Beteiligung nur relativ kurz gehalten und den ursprünglichen Kaufpreis stark fremdfinanziert hat. Diese Situation kann bei Management Buy-Outs bzw. Management Beteiligungen in Leveraged Buy-Outs eintreten. Auch wenn es in der Praxis bisher zu wenigen Besteuerungsfällen gekommen ist, empfiehlt es sich gerade aufgrund des erwähnten Kreisschreibens, vor jedem Verkauf einen Vorabentscheid der Steuerbehörden einzuholen.

c) Verkauf einer Immobiliengesellschaft

Verkauft eine natürliche Person eine Immobiliengesellschaft, d.h. eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH, deren tatsächlicher Hauptzweck im Besitz und in der Verwaltung von Immobilien liegt, so wird der Verkauf als wirtschaftliche Handänderung an den Grundstücken der Immobiliengesellschaft betrachtet[50], was dazu führt, dass auf dem Gewinn gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG bzw. den anwendbaren kantonalen Steuergesetzen die kantonale Grundstückgewinnsteuer erhoben wird. Bei einem derartigen Verkauf werden weder kantonale Einkommenssteuern noch Bundessteuern oder Sozialabgaben erhoben. Bundessteuern und Sozialabgaben würden aber erhoben, soweit zusätzlich die Kriterien für eine gewerbliche Tätigkeit vorliegen[51].

Wird eine Gesellschaft verkauft, die neben einem operativen Geschäft auch über Immobilien verfügt, so liegt grundsätzlich auch dann keine wirtschaftliche Handänderung vor, wenn das Grundeigentum das Hauptaktivum der Gesellschaft dar-

---

49 StE B 23.1 (1995) Nr. 32.

50 BGE 104 Ia 253; BGE 99 Ia 466; ASA 42, 428; StE B 42.23 (1995) Nr. 6; StE B 42.23 (1996) Nr. 7.

51 StE B 23.1 (1991) Nr. 24.

stellt[52]. Wird allerdings ein Unternehmen verkauft, bei dem der Liegenschaftenbesitz gegenüber der operativen Tätigkeit sehr stark im Vordergrund steht, so sollte mit den Steuerbehörden in einem Vorabentscheid festgelegt werden, ob die verkaufte Gesellschaft in steuerlicher Hinsicht als Immobiliengesellschaft betrachtet wird oder nicht.

Die Regeln über die Besteuerung des Verkaufs von Immobiliengesellschaften können auch dann zu einer Besteuerung des Verkäufers führen, wenn die verkaufte Gesellschaft zwar ein operatives Geschäft hat und deshalb nicht als Immobiliengesellschaft gilt, der Käufer den Geschäftsbetrieb der verkauften Gesellschaft jedoch unmittelbar nach dem Kauf einstellt und dann die Immobilien der gekauften Gesellschaft gewinnbringend nutzt. Die Steuerbehörden gehen in einem derartigen Fall davon aus, dass der Verkäufer von diesem Plan wusste bzw. diesen erkennen musste und den Geschäftsbetrieb nur mitverkauft hat, um die Steuerfolgen beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft zu vermeiden. Daher sollte der Verkäufer im Falle von Gesellschaften, deren Wert durch Schliessung des operativen Betriebs gesteigert werden kann, vertraglich vereinbaren, dass der Käufer den operativen Betrieb während einer bestimmten Frist weiterführen muss.

d) Verkauf einer Mantelgesellschaft

Verkauft eine natürliche Person eine Gesellschaft, deren Aktiven hauptsächlich in liquider Form[53] vorliegen und die nicht über einen operativen Geschäftsbetrieb verfügt, so wird der Verkauf als Umgehung der Regeln über die Besteuerung von Liquidationsausschüttungen betrachtet. Dies hat zur Folge, dass die Differenz zwischen Verkaufspreis und Nennwert der verkauften Aktien der Verrechnungssteuer unterliegt und beim Verkäufer als Einkommen besteuert wird[54].

Die Besteuerung des Verkaufserlöses beim Verkauf einer Mantelgesellschaft verunmöglicht es einer natürlichen Person, die eine Gesellschaft besitzt, den Verkauf des Unternehmens so zu strukturieren, dass die Gesellschaft bei einem ersten Schritt ihren Betrieb verkauft und der Aktionär nachher in einem zweiten Schritt die Gesellschaft verkauft. Damit ist es in der Schweiz normalerweise unmöglich, einen Unternehmenskauf bei einer von einer natürlichen Person gehaltenen Gesellschaft als Betriebsverkauf zu strukturieren, was die steuerliche Optimierung beim Käufer stark erschwert.

52 HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht, 9. Aufl. 2002, Bd. 2, 174 ff.

53 Liquidität oder Wertschriften.

54 HÖHN/WALDBURGER (FN 52), 56 f., 105 f.; REICH, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, N 63 zu Art. 20 DBG; ASA 42, 649; ASA 62, 628.

e) Direkte Teilliquidation

Verkauft ein Aktionär seine Aktien an die Gesellschaft zurück, so liegt – unabhängig von der zivilrechtlichen Gestaltung – aus steuerlicher Sicht kein Verkauf, sondern eine Teilliquidation vor, da wie bei einer Ausschüttung Vermögen der Gesellschaft an den Aktionär übertragen wird[55]. Bei einer derartigen Teilliquidation wird der verkaufende Aktionär daher entsprechend dem Nominalwertprinzip auf der erhaltenen Liquidationsschüttung, d.h. auf der Differenz zwischen dem bezahlten Rückkaufpreis und dem Nominalwert der betreffenden Aktien, besteuert. In diesem Fall kann das steuerbare Einkommen, das der Verkäufer realisiert, wesentlich über seinem tatsächlichen Gewinn liegen, falls er die betreffenden Aktien zu einem Preis gekauft hat, der über dem Nominalwert liegt. Auf der Differenz zwischen Nominalwert und Rückkaufspreis wird auch die Verrechnungssteuer erhoben, die in der Schweiz ansässige Steuerpflichtige jedoch vollumfänglich zurückfordern können, sofern sie das betreffende Einkommen in ihrer Steuererklärung ordnungsgemäss deklarieren.

Die vorne beschriebenen Steuerfolgen treten immer dann ein, wenn eine Gesellschaft die betreffenden Aktien nach dem Erwerb im Rahmen einer Kapitalherabsetzung vernichtet oder den Rahmen von Art. 659 OR überschreitet, d.h. mehr als 10% ihres Aktienkapitals zurückkauft[56]. Die Steuerfolgen einer direkten Teilliquidation treten jedoch nicht ein, wenn der Rückkauf die Grenzen von Art. 659 OR nicht überschreitet und die Gesellschaft die Aktien nach dem Kauf weiterveräussert. Gemäss Art. 4a Abs. 2 VStG und Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 7 Abs. 1bis StHG müssen die Aktien allerdings innert 6 Jahren weiterveräussert werden[57]. Bei einer Überschreitung dieser zeitlichen Limite werden Verrechnungs- und direkte Bundessteuern auch dann erhoben, wenn das Kapital nicht herabgesetzt wird und die Gesellschaft die betreffenden eigenen Aktien als Teil ihrer Aktiven hält. Erwirbt die Gesellschaft ihre eigenen Aktien allerdings, um damit Wandel- oder Optionsrechte von Obligationären oder Mitarbeitern zu decken, so steht die 6-jährige Frist für die Zeit still[58], in der die Wandel- und Optionsrechte geltend gemacht werden können. Dieser Friststill-

55 StE B 24.4 (1995) Nr. 38.

56 Sofern der Rückkauf von Aktien erfolgt, weil die Gesellschaft aufgrund von Vinkulierungsbestimmungen die Zustimmung zur Übertragung an eine Drittperson verweigert, kann sie allerdings bis zu 20% ihrer Aktien zurückkaufen.

57 Zu den Regelungen im Einzelnen Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV vom 19.8.1999 mit Präzisierung vom 26.3.2002.

58 Art. 4a Abs. 3 VStG.

stand ist allerdings auf 6 Jahre beschränkt, falls die Aktien zur Absicherung eines Mitarbeiterbeteiligungsplans verwendet werden.

Die Besteuerung der direkten Teilliquidation bei Privatpersonen erschwert es bei Unternehmenskäufen mit natürlichen Personen als Verkäufern, einen Teil des Kaufpreises durch einen teilweisen Rückkauf der eigenen Aktien direkt dem gekauften Unternehmen selbst zu belasten. Ein derartiger Rückkauf ist nur im Rahmen der Grenzen von Art. 659 OR, d.h. von 10% des Kapitals möglich und unter der Bedingung, dass die Gesellschaft die Aktien tatsächlich innert 6 Jahren weiterverkauft. Wird dieser Weg gewählt, um den Kaufpreis zu reduzieren, den der Käufer selbst bezahlen muss, so wird sich eine Privatperson als Verkäufer bezüglich des Weiterverkaufs vertraglich absichern und sich beispielsweise ein Rückkaufsrecht zu einem sehr tiefen Preis vorbehalten, wenn die Aktien nicht bis zu einem bestimmten Termin weiterverkauft werden.

f) Indirekte Teilliquidation – Refinanzierung des Kaufpreises aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft

Ist der Käufer eine buchführungspflichtige Person[59] und refinanziert dieser den Kaufpreis durch Mittel der gekauften Gesellschaft, so wird der Gewinn, den der Verkäufer erzielt, nicht als privater Kapitalgewinn betrachtet, sondern – im Umfang der Finanzierung aus Gesellschaftsmitteln und bis maximal zur Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Nominalwert der Aktien – als steuerbare Liquidationsausschüttung aus indirekter Teilliquidation. Diese Besteuerung wird vom Bundesgericht[60] damit begründet, dass der Verkäufer in wirtschaftlicher Betrachtung nicht eine Kaufspreiszahlung des Käufers erhält, sondern indirekt eine Ausschüttung der Gesellschaft, wenn der Käufer den Kaufpreis steuerfrei aus den im Zeitpunkt des Kaufs bereits bestehenden Reserven bzw. den späteren Erträgen der Gesellschaft refinanziert[61]. Einem Käufer, dessen Besteuerung auf dem Buchwertprinzip basiert, ist es grundsätzlich möglich, Ausschüttungen von Erträgen, die er aus der gekauften Gesellschaft erzielt, steuerfrei zu vereinnahmen, da er zuerst den Kaufpreis der Aktien als steuerlich massgebenden Buchwert aktivieren und die zur Refinanzierung vorgenommenen Ausschüttungen dann durch eine entsprechende Abschreibung auf dem Buchwert neutralisieren kann oder – sofern der Erwerber eine Kapitalgesellschaft ist – diese Ausschüttungen aufgrund des

59 D.h. eine Kapital- oder Personengesellschaft oder eine natürliche Person, welche die betreffenden Aktien mit ihrem Geschäftsvermögen kauft. Nach der Praxis der ESTV werden ausländische Käufer grundsätzlich als buchführungspflichtige Käufer behandelt.

60 BGE 2A.331/2003 E. 4 mit weiteren Verweisen auf die bisherige Praxis.

61 BGE 2A.331/2003.

Beteiligungsabzuges steuerfrei entgegennehmen kann[62]. Entsprechend dieser Begründung der Teilliquidationstheorie kommt es auch bei einer Refinanzierung des Kaufpreises durch eine Reservenausschüttung nicht zur Besteuerung des Verkäufers, wenn der Erwerber eine natürliche Person ist, welche die Aktien im Privatvermögen hält und deshalb die Reservenausschüttungen als Einkommen versteuern muss.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze und vor allem die im Entscheid vom 11. Juni 2004[63] vorgenommene Erweiterung der indirekten Teilliquidation im Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 vom 14. Februar 2005 systematisiert und daraus Regeln zur Anwendung der indirekten Teilliquidation geschaffen, die von ihr in der Praxis umgesetzt werden[64].

aa) Refinanzierung aus künftigen Gewinnen der gekauften Gesellschaft

Nach der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung[65] die auf dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004[66] basiert, wird die Kaufpreiszahlung als Einkommen betrachtet, soweit der Käufer den Kaufpreis durch Fremdkapital finanziert[67] und es dem Käufer nicht möglich ist, das betreffende Darlehen auf der Basis von Erträgen, die er ausserhalb der gekauften Gesellschaft erzielt, zu verzinsen und innert 10 Jahren zu amortisieren. Eine Fremdfinanzierung soll dabei auch dann vorliegen, wenn eine Gesellschaft als Käuferin den Kaufpreis zwar mit Eigenkapital finanziert, dieses Eigenkapital aber vom Eigentümer der kaufenden Gesellschaft selbst durch Fremdkapital finanziert worden ist, weil es in einer derartigen Struktur möglich ist, das vom Eigentümer der kaufenden Gesellschaft aufgenommene Fremdkapital durch Kapitalherabsetzungen steuerfrei zu refinanzieren[68].

Zur steuerunschädlichen Amortisation und Verzinsung der Akquisitionsfinanzierung können alle Erträge beigezogen werden, die der Käufer ausserhalb der

62 BGE 115 Ib 249.

63 BGE 2A.331/2003.

64 Zur Praxis der Kantone siehe hinten, Ziff. II.2.f)ee).

65 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005 Übertragung von Beteiligungsrechten vom Privat- ins Geschäftsvermögen; BGE 2A.331/2003.

66 BGE 2A.331/2003 E. 4.5.

67 Dabei ist unerheblich, ob das Darlehen vom Verkäufer der gekauften Gesellschaft selbst oder einem Dritten stammt.

68 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 12 und Beispiele Nr. 11 bzw. Nr. 12 im Anhang zu diesem Kreisschreiben.

gekauften Gesellschaft erzielt, wie insbesondere Erträge aus eigener gewerblicher Tätigkeit oder Erträge aus anderen Beteiligungen. Ob die 10-Jahreslimite mit diesen Erträgen eingehalten werden kann, wird von der Eidgenössischen Steuerverwaltung aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt des Kaufs, d.h. aufgrund eines in diesem Zeitpunkt erstellten Business Plans des Käufers analysiert. Hat die Eidgenössische Steuerverwaltung aufgrund des Business Plans anerkannt, dass die Kaufpreisfinanzierung innert 10 Jahren amortisiert werden kann und deshalb einen positiven Steuervorabentscheid abgegeben, entwickelt sich die Situation später aber tatsächlich anders, d.h. gelingt es dem Käufer wegen tieferen Erträgen in seinem übrigen Geschäft nicht, den Kaufpreis in der vorgesehenen Weise zu amortisieren, so ändert dies an der Steuerfreiheit der Transaktion nichts mehr.

Wenn in einem konkreten Fall eine Refinanzierung aus zukünftigen Gewinnen vorliegt, weil nicht nachgewiesen werden kann, dass die Amortisation aus Quellen ausserhalb der gekauften Gesellschaft innert 10 Jahren möglich ist, wird der Verkäufer grundsätzlich im Zeitpunkt des Verkaufs im Umfang der Fremdfinanzierung besteuert, soweit diese den Betrag übersteigt, den der Käufer aus anderen Quellen innert 10 Jahren verzinsen und amortisieren kann. Die Besteuerung ist aber in jedem Fall auf die Differenz zwischen dem Kaufpreis der verkauften Aktien und ihrem Nennwert beschränkt. Die Eidgenössische Steuerverwaltung ist immerhin bereit[69], die Besteuerung bis zu dem Zeitpunkt aufzuschieben, in dem das Darlehen, das zur Besteuerung geführt hat, tatsächlich aus Mitteln der gekauften Gesellschaft amortisiert wird, sofern der Verkäufer einen entsprechenden Revers unterzeichnet, in dem er sich zu dieser ratenweisen Besteuerung verpflichtet.

bb) Refinanzierung durch vorbestehende Reserven

Falls es aufgrund der vorne dargestellten Grundsätze nicht zu einer Besteuerung kommt, weil der Verkäufer den Kaufpreis nicht fremdfinanziert oder eine „unschädliche" Fremdfinanzierung vorliegt, die innert 10 Jahren aus anderen Quellen amortisiert werden kann, so kann die Transaktion aufgrund der Theorie der indirekten Teilliquidation immer noch besteuert werden, wenn der Kaufpreis innert 5 Jahren nach Vollzug der Transaktion aus den im Zeitpunkt des Verkaufs vorhandenen Mitteln der gekauften Gesellschaft refinanziert wird[70]. Nach

69 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 13 f.

70 StE B 24.2 (2002) Nr. 63; ASA 69, 642; ASA 60, 537; ASA 58, 587 und 600.

der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung werden folgende Transaktionen als Refinanzierung betrachtet[71]:

- *Substanzausschüttung oder Rückkauf eigener Aktien durch die gekaufte Gesellschaft*

  Wird der Kaufpreis dadurch refinanziert, dass sich der Käufer die vor dem Kauf bei der gekauften Gesellschaft bestehenden Reserven ausschüttet oder die gekaufte Gesellschaft eigene Aktien vom Käufer zurückkauft, so wird dies als indirekte Teilliquidation betrachtet[72].

  Die Ausschüttung von nach dem Verkauf erzielten Gewinnen an den Käufer führt dagegen nicht zur Anwendung der Teilliquidationstheorie, sofern die Transaktion nicht wegen Fremdfinanzierung gemäss den oben dargestellten Regeln besteuert wird.

- *Liquidation der gekauften Gesellschaft*

  Die Liquidation der gekauften Gesellschaft, bei der diese in einer Liquidationsausschüttung ihre Aktiven und Passiven auf die Käuferin überträgt, hat für den Verkäufer die gleichen Folgen wie eine Substanzausschüttung und führt deshalb ebenfalls zur Anwendung der Theorie der indirekten Teilliquidation.

- *Fusion zwischen Käufer und gekaufter Gesellschaft*

  Fusioniert die Käuferin nach dem Kauf mit der gekauften Gesellschaft, so wird dies als indirekte Totalliquidation betrachtet, da durch eine derartige Fusion die zur Finanzierung des Kaufpreises aufgenommenen Schulden und die Reserven der gekauften Gesellschaft in einer Gesellschaft vereinigt werden, so dass die vorbestandenen Reserven direkt zur Refinanzierung des Kaufpreises verwendet werden können[73].

- *Darlehensfinanzierung mit Mitteln der gekauften Gesellschaft*

  Wird der Kauf der Gesellschaft dadurch finanziert, dass der Käufer von der gekauften Gesellschaft ein Darlehen aufnimmt, so löst dies keine Teilliquidationsbesteuerung aus, da durch die Darlehensgewährung die

71 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 9 sowie Beispiele Nr. 3 bis Nr. 6 im Anhang zu diesem Kreisschreiben.

72 Das gleiche gilt natürlich, wenn die verkaufte Gesellschaft dem Käufer zunächst ein Darlehen gewährt und dieses nachher mit einer Ausschüttung verrechnet wird.

73 StE B 24.4 (1994) Nr. 34.

Reserven der gekauften Gesellschaft nicht definitiv auf den Käufer überführt werden und damit der Kaufpreis auch nicht mit diesen Reserven refinanziert wird[74]. Bei einer derartigen Konstellation kann es aber dann zu einer Besteuerung kommen, wenn keine ernsthafte Aussicht auf Rückzahlung des Darlehens besteht, weil das Darlehen, das die gekaufte Gesellschaft dem Käufer gewährt hat, nicht innert vernünftiger Frist mit dem laufenden Gewinn des Käufers getilgt werden kann[75]. Die Eidgenössische Steuerverwaltung geht davon aus[76], dass die Besteuerung Platz greifen muss, soweit das betreffende Darlehen nicht innert 10 Jahren aus den Erträgen des Käufers verzinst und amortisiert werden kann[77]. Für die Bestimmung der Rückzahlungsfähigkeit sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Darlehensaufnahme massgebend und nicht die tatsächliche Entwicklung[78], weshalb die Amortisation im Zeitpunkt des Kaufs mittels eines Business Plans nachgewiesen werden muss.

– *Refinanzierung des Kaufpreises durch Sicherheiten der gekauften Gesellschaft*

Sichert der Käufer das Fremdkapital, das er zur Finanzierung des Kaufpreises aufnimmt, durch die Verpfändung der gekauften Aktien, so löst dies keine Steuerfolgen aus, da damit nicht in das Vermögen der gekauften Gesellschaft eingegriffen wird[79]. Auch die Verpfändung von Aktiven der verkauften Gesellschaft führt grundsätzlich nicht zur Anwendung der Teilliquidationstheorie, da eine derartige Verpfändung nicht zu einem endgültigen Transfer der Reserven zum Käufer führt[80]. Wiederum kann

74 Zur Besteuerung kommt es allerdings gemäss der vorne in Ziff. II.2.f)aa) dargestellten Gründe, wenn die Finanzierung durch die gekaufte Gesellschaft Teil einer Finanzierung ist, die nicht innert 10 Jahren aus Quellen ausserhalb der gekauften Gesellschaft finanziert werden kann.

75 StE B 24.4 (1990) Nr. 21; StE B 24.4 (1991) Nr. 28.

76 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 9 f.

77 Bei den Zinsen werden unabhängig von tatsächlich vereinbarten Zinsen marktübliche Sätze angewandt.

78 Vgl. StE B 24.4 (2002) Nr. 63; in diesem Fall hat das Bundesgericht entschieden, dass die Theorie der indirekten Teilliquidation bei einer Darlehensgewährung zur Anwendung kommt, obwohl der Käufer das gesamte Darlehen bis zum Zeitpunkt des Urteils zurückbezahlt hatte; dies weil im Zeitpunkt der Darlehensaufnahme nicht völlig klar war, ob eine Rückzahlung tatsächlich möglich sei.

79 Wie vorne dargestellt, kann allerdings die Tatsache der Kreditaufnahme allein bereits zur Anwendung der Theorie der indirekten Teilliquidation führen.

80 StE B 24.4 (2002) Nr. 62.

aber auch eine Verpfändung die Anwendung der Teilliquidationstheorie auslösen, wenn von vornherein klar ist, dass der Käufer die Kaufpreisfinanzierung nicht zurückzahlen kann und deshalb die verpfändeten Aktiven mit hoher Wahrscheinlichkeit beansprucht werden[81]. Die Eidgenössische Steuerverwaltung beurteilt die Wahrscheinlichkeit der Rückzahlung nach den gleichen Kriterien wie die Frage, ob ein Kredit zurückbezahlt wird, d.h. sie stellt darauf ab, ob es dem Käufer möglich ist, den Kredit innert 10 Jahren zu amortisieren.

cc) Die Mitwirkung des Verkäufers

Ein Verkäufer kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann aufgrund der Theorie der indirekten Teilliquidation besteuert werden, wenn er an der indirekten Teilliquidation, d.h. der Entreicherung der verkauften Gesellschaft mitgewirkt hat. Dies ist nach der Praxis insbesondere dann der Fall, wenn der Verkäufer vor dem Verkauf die Aktiven der verkauften Gesellschaft in liquide Form gebracht hat und im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages noch an der Vorbereitung des Ausschüttungsbeschlusses oder ähnlichen Transaktionen[82] mitgewirkt hat. Das Bundesgericht legt den Begriff der Mitwirkung heute aber sehr weit aus und erfasst auch Tatbestände, bei denen keine aktive Mitwirkung vorliegt. In diesem Sinn nimmt das Bundesgericht eine „Mitwirkung" bereits dann an, wenn dem Verkäufer aufgrund der Transaktionsstruktur oder der Vermögensverhältnisse des Käufers bewusst sein musste, dass der Käufer den Kauf aus den Mitteln der Gesellschaft finanzieren wird[83]. Wenn der Käufer über sehr wenig Eigenkapital verfügt, so muss sich der Verkäufer letztlich immer bewusst sein, dass der Kaufpreis fremdfinanziert wird, was nach den vorne dargestellten Grundsätzen bereits zur Besteuerung führt[84]. Dies führt dazu, dass der Verkäufer nur dann dem Vorwurf der Mitwirkung an einer Teilliquidation entgehen kann, wenn er im Kaufvertrag ausdrücklich festhält, dass der Käufer den Kaufpreis nicht mit Krediten finanzieren darf, sofern die Eidgenössische Steuerverwaltung nicht die Unbedenklichkeit dieser Finan-

81 StE B 24.4 (2002) Nr. 63.

82 Fusion, Liquidation.

83 ASA 69, 642; StE B 24.4 (2002) Nr. 63. Der Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 12 f. geht in diesem Sinne von einer „passiven" Mitwirkung aus.

84 Sofern die Verschuldung nicht aus anderen Quellen als aus der gekauften Gesellschaft zurückgeführt werden kann.

zierung bestätigt hat, und dass der Käufer innert fünf Jahren nach Vertragsvollzug keine vorne dargestellten Teilliquidationshandlungen vornehmen darf[85].

dd) Folgen der Theorie der indirekten Teilliquidation

Die indirekte Teilliquidation und insbesondere ihre Ausweitung durch den Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004[86] und den Entwurf des Kreisschreibens der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 14. Februar 2005 auf die vorne dargestellten Sachverhalte, d.h. auf die Refinanzierung von Krediten aus zukünftigen Erträgen, hat massive Auswirkungen auf die Strukturierung von Unternehmenskäufen. Letztlich führt diese Praxis dazu, dass der Verkäufer einer Gesellschaft immer dann vollumfänglich besteuert wird, wenn der Käufer zum Erwerb eine Akquisitionsgesellschaft errichtet, diese mit Krediten finanziert und mit dieser die Aktien des Verkäufers kauft. Damit werden bei natürlichen Personen als Verkäufer insbesondere die folgenden Transaktionen steuerbar:

- *Leveraged-Buy-Out Transaktionen*

  Klassische Leveraged-Buy-Out Transaktionen, bei denen eine Akquisitionsgesellschaft gegründet wird, die zu einem grossen Teil fremdfinanziert wird und mit diesen Mitteln dann Aktien des Verkäufers kauft, führen zur Besteuerung des Verkäufers, da die Kaufpreisfinanzierung bei diesen Strukturen nur aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft erfolgen kann. Damit sind diese Transaktionen wegen der entsprechenden Steuerkosten mit natürlichen Personen als Verkäufer letztlich nicht mehr möglich.

- *Management-Buy-Out/Unternehmensnachfolge im KMU-Bereich*

  Da das Management bzw. ein Käufer, der im KMU-Bereich ein Unternehmen erwirbt, um es selbst zu führen, typischerweise nicht die notwendigen Mittel hat, um eine solche Transaktion vollständig selbst zu finanzieren, wird für eine derartige Transaktion wie bei einem Leveraged-Buy-Out – meist eine Akquisitionsgesellschaft gegründet, die einen Teil des Kaufpreises fremdfinanziert. Da diese Käufer normalerweise keine anderen Erträge als die Erträge des gekauften Unternehmens haben, führt diese Art der Finanzierung nach den Vorstellungen von Bundesgericht und Eidgenössischer Steuerverwaltung zur Besteuerung im Umfang der Kreditfinanzierung, was den Kauf unattraktiv macht bzw. verunmöglicht. Dies gilt insbesondere auch für Transaktionen im Rahmen einer Familiennachfolge; wenn nur ein Teil der Erben das Familienunternehmen weiterführt und die übrigen Erben auszahlen muss, wurde bisher häufig eine Struktur gewählt, bei der die übernahmewilligen Erben eine Holding gründen und diese – finanziert durch Fremdkapital – die Gesellschaft kauft, so dass genügend freies Erbsubstrat für die übrigen Erben geschaffen werden kann.

[85] Nach der Praxis der Steuerbehörde stellt aber auch eine derartige Klausel keinen absoluten Schutz dar, da dem Verkäufer auch bei einer derartigen Klausel eine „Mitwirkung" vorgeworfen wird, wenn er aufgrund der Vermögensverhältnisse des Käufers davon ausgehen musste, dass sich dieser nicht an die vereinbarte Klausel halten kann.

[86] BGE 2A.331/2003.

Letztlich hat die Ausdehnung der indirekten Teilliquidation den Effekt, dass nur noch grosse Unternehmen, die über hohes Eigenkapital und grosse Erträge verfügen, Unternehmen von natürlichen Personen kaufen können, ohne dass beim Verkäufer der Kaufpreis besteuert wird. Dagegen werden Übernahmen durch Erben, Manager und andere KMU, die sich für die Akquisition stark fremdfinanzieren müssen, unmöglich. Die Ausdehnung der Teilliquidation wird dementsprechend nicht zu höheren Steuereinnahmen führen, da steuerpflichtige Transaktionsstrukturen vermieden werden, verzerrt aber den Wettbewerb bei Unternehmenskäufen zu Gunsten grosser Unternehmen. Der Bundesrat versucht nun mit seinen Vorschlägen zur Unternehmenssteuerreform II diese Verzerrung insofern auszugleichen, als die neu vorgeschlagene Reservenabrechnung bei allen Verkäufen von Gesellschaften an juristische Personen über die vorhandenen offenen und stillen Reserven abgerechnet wird. Damit wird letztlich aber einfach „still" eine Beteiligungsgewinnsteuer eingeführt, die – wie hinten in Ziff. III.1. dargestellt – völlig kontraproduktiv ist, da sie zwangsläufig dazu führt, dass die Eigenkapitaldeckung von Gesellschaften auf ein Minimum reduziert wird.

ee) Position der kantonalen Steuerverwaltungen

Die kantonalen Steuerverwaltungen wenden die Theorie der indirekten Teilliquidation bei der Refinanzierung aus bestehenden Reserven der verkauften Gesellschaft auch auf die kantonalen Einkommenssteuern an, wobei es zwischen den einzelnen Kantonen allerdings zum Teil erhebliche Unterschiede in der Beurteilung konkreter Transaktionen gibt. Ein Grossteil der kantonalen Steuerbehörden wendet die Theorie der indirekten Teilliquidation aber nicht bei den Fällen an, in denen der Kaufpreis durch zukünftige Gewinne refinanziert wird, da die ausufernde Praxis des Bundesgerichtes und der Eidgenössischen Steuerverwaltung dem Grundsatz, dass private Kapitalgewinne steuerfrei sind, wider-

spricht. Viele kantonale Steuerbehörden bringen daher die im Entwurf des Kreisschreibens der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 14. Februar 2005 dargestellten Grundsätze nicht vollständig zur Anwendung.

ff) Welche Transaktionen sind noch möglich?

Ansatzpunkt der Transaktionsplanung muss sein, die Tatbestandsmerkmale der indirekten Teilliquidation zu vermeiden. In diesem Sinne sind folgende Transaktionsstrukturen möglich:

– *Verkauf in das Privatvermögen*

Die Theorie der indirekten Teilliquidation kommt nur zur Anwendung, wenn eine Privatperson Aktien in das Geschäftsvermögen des Käufers verkauft. Diese Theorie kann dagegen nicht zur Anwendung kommen, wenn Aktien in das Privatvermögen einer natürlichen Person verkauft werden. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer den Kaufpreis mit Krediten finanziert und diese Kredite durch die Ausschüttung von bestehenden Reserven oder zukünftigen Erträgen der gekauften Gesellschaft refinanziert. Optimal werden derartige Transaktionen so strukturiert, dass der Käufer, der eine Gesellschaft in sein Privatvermögen kauft, die durch die Fremdfinanzierung entstehenden Schuldzinsen bis auf einen Restbetrag von CHF 50'000[87] mit Dividenden aus der gekauften Gesellschaft refinanziert. Da er die entsprechenden Zinsen von seinem Einkommen abziehen kann, vermeidet er in diesem Bereich die Doppelbelastung. Der zulässige Schuldzinsüberhang von maximal CHF 50'000 und die Amortisationen sollten dann zur Vermeidung der Doppelbelastung aus einem entsprechend erhöhten Lohn finanziert werden, den der Käufer von der gekauften Gesellschaft erhält. Diese Refinanzierung durch Lohn hat allerdings Grenzen, da sich der Eigentümer einer Gesellschaft nach der Praxis der Steuerbehörden nur den für Drittpersonen in gleicher Position üblichen Lohn auszahlen kann und ein darüber hinausgehender Betrag als versteckte Dividende betrachtet wird. Amortisationen, die über den Spielraum hinausgehen, den der maximal zulässige Lohn erlaubt, müssen dann durch Ausschüttungen der gekauften Gesellschaft finanziert werden, was zu einer entsprechenden wirtschaftlichen Doppelbelastung führt.

[87] Zulässiger Schuldzinsüberhang gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und Art. 9 Abs. 2 lit. a StHG.

Der Verkauf einer Gesellschaft in das Privatvermögen eines Käufers ist meistens aber auf relativ kleine Transaktionen beschränkt, da das Risiko einer hohen persönlichen Verschuldung auf die meisten Käufer abschreckend wirkt. Überdies muss meist ein grosser Teil der für die Finanzierung aufgenommenen Fremdmittel durch die Ausschüttung versteuerter Gewinne, d.h. unter Inkaufnahme der wirtschaftlichen Doppelbelastung amortisiert werden, da der steuerlich abzugsfähige Lohn meistens nicht genügend erhöht werden kann, um sämtliche Amortisationen zu decken. Falls eine natürliche Person, welche Anteile einer Gesellschaft in ihr Privatvermögen erworben hat, diese Anteile nicht relativ lange hält, läuft sie auch Gefahr, dass die erworbenen Anteile aufgrund der Fremdfinanzierung im Rahmen der vorne dargestellten Praxis zum „Quasi-Effektenhändler" als Geschäftsvermögen betrachtet werden und der Gewinn später entsprechend als Erwerbseinkommen besteuert wird.

– *Vermeidung des Zusammenwirkens von Käufer und Verkäufer*

Wie oben dargestellt, setzt die Theorie der indirekten Teilliquidation voraus, dass der Verkäufer an der Substanzentnahme zur Refinanzierung des Kaufpreises „mitwirkt". Dieses Tatbestandselement ist aber relativ schwierig zu vermeiden, da – wie vorne gezeigt – das Bundesgericht kein aktives Mitwirken des Verkäufers voraussetzt, sondern ein „Mitwirken" schon annimmt, wenn der Verkäufer weiss oder wissen müsste, dass der Kaufpreis aus dem Unternehmen finanziert wird, weil beispielsweise die Käufergesellschaft ein geringes Eigenkapital aufweist. Dennoch ist es in der Praxis zum Teil möglich, die Anwendung der indirekten Teilliquidation durch die Vermeidung jeglichen Mitwirkens und Mitwissens auszuschliessen und auf dieser Basis einen Steuervorabbescheid einzuholen. Dies setzt allerdings voraus, dass dem Verkäufer keinerlei Einsicht in die Transaktionsplanung gewährt wird und dass das nach aussen sichtbare Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital der Käuferin nicht schon auf die Notwendigkeit einer hohen Fremdfinanzierung und damit einer Refinanzierung aus dem gekauften Unternehmen hinweist. Geeignet ist dieses Verfahren dementsprechend vor allem für mittelgrosse und grosse Käufer, die noch andere geschäftliche Aktivitäten aufweisen und bei denen deshalb die Refinanzierung durch die Mittel des gekauften Unternehmens nicht offensichtlich ist. Das Argument der fehlenden Mitwirkung kann aber auch bei der Übernahme von Publikumsgesellschaften durch öffentliche Übernahmeangebote greifen sowie bei privat gehaltenen Gesellschaften mit einem breiten Aktionärskreis, da in diesen Verhältnissen

allein schon die Beherrschungsverhältnisse bzw. der fehlende Einfluss der einzelnen Verkäufer auf die verkaufte Gesellschaft zeigen, dass diese nicht an der Transaktionsgestaltung mitwirken konnten.

– *Erfüllung der Bedingungen gemäss Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung*

Die Besteuerung kann auch abgewendet werden, indem die Bedingungen des Kreisschreibens für die Finanzierung der Transaktion eingehalten werden. Konkret muss die Käuferin dazu die Verpflichtung eingehen, die bei der gekauften Gesellschaft im Zeitpunkt der Transaktion vorhandenen Reserven während 5 Jahren weder durch Ausschüttungen, Liquidation noch Fusion zu entnehmen. Zusätzlich muss anhand eines Business Plans nachgewiesen werden, dass die Käuferin die Zinsen auf der für die Akquisition notwendigen Fremdfinanzierung sowie die Amortisation der gesamten Fremdfinanzierung innert 10 Jahren aus Ertragsquellen refinanzieren kann, die sich ausserhalb der gekauften Gesellschaft befinden. Ein derartiger Nachweis ist selbstverständlich nur einer „reichen" Käuferin möglich, d.h. einer Gesellschaft, die bereits über ein eigenes operatives Geschäft oder über andere Beteiligungen verfügt, mit denen ein genügend grosser Cashflow erwirtschaftet werden kann. Dies führt dazu, dass – wie oben dargestellt – grössere Unternehmen beim Unternehmenskauf einen massiven Vorteil gegenüber kleinen Unternehmen bzw. natürlichen Personen haben.

– *Abrechnung der Bundessteuer – Vermeidung der kantonalen Einkommenssteuer*

Da viele Kantone von der Praxis der Eidgenössische Steuerverwaltung zur indirekten Teilliquidation insofern abweichen, als sie die oben dargestellte Refinanzierung des Kaufpreises aus zukünftigen Gewinnen nicht als steuerschädlich betrachten, ist es grundsätzlich möglich, eine Transaktion so zu strukturieren, dass sie zwar von der Eidgenössischen Steuerverwaltung als Fall der indirekten Teilliquidation betrachtet wird, auf kantonaler Ebene eine Besteuerung aber vermieden wird. Dieses Ziel kann dadurch erreicht werden, dass der Gesellschaftskauf durch eine neu gegründete Akquisitionsgesellschaft durchgeführt wird, die sich zwar verpflichtet, die bei der gekauften Gesellschaft vorhandenen Reserven für 5 Jahre nicht für die Refinanzierung des Kaufpreises zu verwenden, die beim Kauf aufgenommene Fremdfinanzierung aber aus den zukünftigen ordentlichen Erträgen der gekauften Gesellschaft refinanziert. In diesem

Rahmen ist es auch möglich, Leveraged Buy-Out und Management Buy-Out Transaktionen zu strukturieren. Der Steuernachteil durch die Abrechnung der direkten Bundessteuer ist aber relativ gross, da der Verkäufer auf dem von der Käuferin aufgenommenen Fremdkapital 11,5%[88] Steuern bezahlen muss. Dieser Steuernachteil führt normalerweise dazu, dass eine derartige Transaktionsstruktur nicht in Frage kommt und der Verkäufer bei der Durchführung der Transaktion Käufer bzw. Strukturen bevorzugt, die völlig steuerfrei sind, d.h. das Unternehmen lieber an einen „reichen" Verkäufer verkauft, der die Bedingungen des Entwurfs des Kreisschreibens Nr. 7 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 14. Februar 2005 vollständig erfüllt.

– *Vermeidung der subjektiven Steuerpflicht*

Die Steuerpflicht des Verkäufers kann dadurch beseitigt werden, dass dieser vor der Transaktion seinen Wohnsitz von der Schweiz in ein Land verlegt, das den Kapitalgewinn nicht versteuert. Da ein derartiger Wohnsitzwechsel in der Schweiz keine Besteuerung auslöst, kann dadurch tatsächlich jede Besteuerung vermieden werden. Der Wohnsitzwechsel muss allerdings konsequent durchgeführt werden, d.h. der tatsächliche Lebensmittelpunkt muss aus der Schweiz verlegt werden und die Wohnsitznahme im Drittland muss nachgewiesen werden. In der Praxis bedeutet dies, dass jede ständige Wohnstätte in der Schweiz aufgegeben werden muss und dass keine kurzfristige Rückkehr möglich ist.

gg) Notwendigkeit von Steuerrulings

Da die Praxis der kantonalen Steuerbehörden zum Teil nicht klar definiert ist und die Eidgenössische Steuerverwaltung bei der Anwendung der Kriterien gemäss dem Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 vom 14. Februar 2005 einen erheblichen Ermessensspielraum hat, ist es notwendig, alle Unternehmensverkäufe durch natürliche Personen mit den Steuerbehörden vorzubesprechen und ein Tax Ruling einzuholen, in dem sich die Steuerbehörden verbindlich über die Besteuerung der Transaktion äussern. Ein Tax Ruling ist insbesondere unabdingbar, wenn ein Kauf mit Fremdfinanzierung finanziert wird, die Kriterien gemäss dem Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 vom 14. Februar 2005 aber erfüllt werden sollen.

[88] Grenzsteuersatz, Art. 214 Abs. 2 DBG.

g) Transponierung – Verkauf an eine vom Verkäufer beherrschte Gesellschaft

Veräussert der Verkäufer seine Aktien, die zu seinem Privatvermögen gehören, zu einem Preis, der über dem Nennwert liegt, an eine von ihm selbst beherrschte Gesellschaft[89], so wird dieses Vorgehen von der Eidgenössischen Steuerverwaltung und den kantonalen Steuerbehörden nicht als Verkauf von Aktien, sondern als eine Umstrukturierung des Vermögens betrachtet, bei der potentiell steuerbare Reserven in eine steuerfreie Rückzahlung einer Kaufpreisforderung umgewandelt („transponiert") werden[90] [91]. Der Verkäufer könnte nämlich nach dieser Transaktion die Reserven der verkauften Gesellschaft an die von ihm selbst beherrschte Gesellschaft – dank Beteiligungsabzug steuerfrei – ausschütten, und diese könnte dann den Kaufpreis aus dieser Ausschüttung steuerfrei als Kaufpreiszahlung an den Verkäufer zahlen. Bei einer derartigen Transponierung wird daher die Differenz zwischen dem Nennwert der verkauften Aktien und dem Verkaufspreis als Einkommen besteuert, wobei es irrelevant ist, ob die betreffenden Reserven tatsächlich einmal ausgeschüttet werden.

Die Transponierungstheorie kann eine Kapitalgesellschaft als Käuferin daran hindern, dem Verkäufer als Teil des Kaufpreises Aktien der Käuferin anzubieten. Beteiligt sich der Verkäufer nämlich als Minderheitsaktionär an der Käuferin, so kann er, falls ein Aktionärbindungsvertrag abgeschlossen wird, als Mitbeherrscher der Käuferin betrachtet werden, was zur Besteuerung des erzielten Gewinnes führen kann[92]. Wird eine Transaktionsstruktur geplant, bei der sich der Verkäufer an der Käuferin beteiligt, so sollten sich die Parteien daher durch ein Tax Ruling bestätigen lassen, dass keine Transponierung vorliegt. Eine derartige Bestätigung der Steuerbehörden ist im Normalfall möglich, wenn die natürliche Person als Verkäufer eine Beteiligung erwirbt, die ihr keine Beherrschung der Käuferin erlaubt und sie auch in einem Aktionärbindungsvertrag keinerlei Mitspracherechte bei der Käuferin erlangt, sondern ein derartiger Vertrag nur Vor- und Mitverkaufsrechte regelt.

89 Eine derartige Beherrschung liegt auch vor, wenn mehrere Personen gemeinsam eine Gesellschaft aufgrund eines Aktionärbindungsvertrages oder anderer Mittel beherrschen und die Einbringung gemeinsam vornehmen.

90 ASA 68, 422; ASA 58, 689; BGE 2A.331/2003 E. 3 mit weiteren Verweisen; Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 3. Februar 1987; vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der ESTV vom 14. Februar 2005, S. 3 ff.

91 Die Transponierungstheorie kann nicht nur bei Verkäufen zur Anwendung kommen, sondern auch bei Sacheinlagen, wenn der Aktionär für die Sacheinlage Aktien, die einen höheren Nennwert aufweisen als die eingelegten Aktien, oder noch weitere Leistungen wie z.B. eine Gutschrift erhält; StE B 24.4 (1990) Nr. 48; StE B 24.4 (1990) Nr. 52.

92 BGE 115 Ib 246; StE B 24.4 (1999) Nr. 49; StE B 24.4 (1990) Nr. 22.

III. Unternehmenssteuerreform II

Im Juni 2005 hat der Bundesrat die Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) und einen entsprechenden Gesetzesentwurf publiziert. Wie der voluminöse Name des Gesetzesentwurfes aussagt, zielt dieser auf eine Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für Unternehmen ab. Der Entwurf enthält tatsächlich einige Massnahmen, die sich zugunsten von Unternehmen und Aktionären auswirken; so soll es nach diesem Gesetzesentwurf den Kantonen insbesondere möglich werden, die Kapitalsteuer an die Gewinnsteuern anzurechnen, so dass profitable Unternehmen steuerlich entlastet werden. Überdies sollen bei der direkten Bundessteuern Einkünfte natürlicher Personen aus Dividenden schweizerischer Gesellschaften nur zu 80% besteuert werden und soll den Kantonen ebenfalls die Möglichkeit gegeben werden, in einem von ihnen selbst festzusetzenden Rahmen die Besteuerung von Dividendeneinkünften zu reduzieren. Damit soll das Problem der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Unternehmensgewinnen bzw. Dividendeneinkünften gemildert werden. Die Unternehmenssteuerreform enthält aber Bestimmungen über den „Quasi-Effektenhändler" sowie die indirekte Teilliquidation, die eine Verschärfung der bisherigen Praxis darstellen und den Bereich steuerfreier Kapitalgewinne wesentlich einschränken.

1. Von der indirekten Teilliquidation zur „Ersatzdividendenabrechnung"

Die Unternehmenssteuerreform soll offenbar dem alten Postulat der Eidgenössischen Steuerverwaltung Rechnung tragen, dass bei einem Verkauf einer Beteiligung aus dem Privatvermögen des Verkäufers in das Geschäftsvermögen des Käufers über die gesamten Reserven, die ausgeschüttet werden könnten, steuerlich abgerechnet wird, um so das „Prinzip" der wirtschaftlichen Doppelbelastung lückenlos zu verwirklichen. Verkauft eine natürliche Person, die vor dem Verkauf eine Beteiligung von mindestens 20% am Kapital einer Gesellschaft im Privatvermögen hält, Anteile an einen Käufer, der die verkauften Anteile in sein Geschäftsvermögen übernimmt, soll gemäss Art. 20 Abs. 1^{bis} EDBG der Verkäufer anteilsmässig für die bei der verkauften Gesellschaft vor-

handenen stillen und offenen Reserven[93] besteuert werden. Die Besteuerung greift aber nur bis zu dem Betrag, in dem die Gesellschaft tatsächlich ausschüttungsfähige Aktiven hat, was allerdings im Gesetzesentwurf sehr breit definiert wird, da das gesamte Nettoumlaufvermögen und das nicht betriebsnotwendige Nettoanlagevermögen nach Abzug der Nettovorräte und ähnlicher Aktiven[94] sowie einer angemessenen Liquiditätsreserve[95] als ausschüttungsfähige Aktiven betrachtet werden. Die in der Botschaft[96] aufgeführten Beispiele zeigen klar, dass bei den meisten Transaktionen ein sehr hoher Betrag von stillen und offenen Reserven abgerechnet wird. Die auf diese Weise besteuerten Reserven werden in der Steuerbilanz der Gesellschaft einer speziellen Reserve zugeteilt, die dann steuerfrei ausgeschüttet werden kann[97].

Letztlich wird mit der Besteuerung einer „Ersatzdividende" gemäss Unternehmenssteuerreform II auf kaltem Wege eine Beteiligungsgewinnsteuer eingeführt, die sich zum Teil an fiktiven Gewinnen orientiert, da diese Besteuerung auch dann Platz greift, wenn der Verkäufer die verkauften Aktien selbst zu einem Preis über dem Nominalwert gekauft hat und damit sein tatsächlicher Gewinn wesentlich geringer ist als der Betrag der abgerechneten „Ersatzdividende"[98].

Wirtschaftlich ist diese Stossrichtung der Unternehmenssteuerreform nicht nachvollziehbar, da eine derartige Reservenabrechnung nicht nur Verkäufe steuerlich unattraktiv macht und damit den zur langfristigen Existenzerhaltung eines Unternehmens häufig notwendigen Besitzerwechsel verhindert, sondern weil sie Unternehmen in letzter Konsequenz zu Ausschüttungen zwingt. Das heutige System, bei dem Ausschüttungen besteuert werden, private Kapitalgewinne aber steuerfrei bleiben, hat in wirtschaftlicher Betrachtung den grossen Vorteil, dass Substanz in Unternehmen thesauriert wird, was die betreffenden Unternehmen gegenüber konjunkturellen oder betrieblichen Ertragsproblemen absichert. Die radikale Reservenbesteuerung, die letztlich immer zu einer Ausschüttung führen wird, da es nicht mehr sinnvoll ist, die erwirtschafteten und vom Unternehmen versteuerten Mittel im Unternehmen zu belassen, bewirkt genau das Gegenteil; Unternehmen werden auf ein Mindestkapital abgemagert, was deren Stabilität gefährdet. Eine Betrachtung der in der Botschaft aufgeführten Beispiele zeigt klar auf, dass kaum ein Unternehmen tatsächlich derart massive Beträge ausschütten könnte, wie dies im Rahmen der „Ersatzdividende" vorgerechnet wird, ohne dabei seine weitere Existenz zu gefährden.

93 Dazu gehören auch sämtliche gesetzliche Reserven, die den Sperrbetrag von Art. 671 OR übersteigen.

94 Z.B. Ware in Arbeit, aber offensichtlich nicht Debitoren.

95 Gemäss Botschaft, 68, kann sich die Liquiditätsreserve auf maximal 10% des Betriebsaufwandes der letzten 3 Geschäftsjahre belaufen.

96 Botschaft, 134 ff.

97 Botschaft, 69; Art. 20 Abs. 3 EDBG; Art. 7a Abs. 1 EStHG.

98 In Extremfällen wird auf diese Weise auch ein Verlust besteuert; dies dann, wenn Verkaufspreis unter dem Kaufspreis liegt, das Unternehmen aber dennoch Reserven und nach der oben erwähnten Formel auch ausschüttungsfähige Aktiven aufweist.

Die Aussage auf S. 120 der Botschaft, dass unklar ist, ob die Einführung der „Ersatzdividendenabrechnung" zu höheren Einnahmen führt, ist verfehlt bzw. soll die massive Steuerbelastung von KMU-Eigentümern kaschieren; die Erfahrung zeigt, dass heute zwar viel von der indirekten Teilliquidation gesprochen und geschrieben wird, dass die tatsächlichen Besteuerungsfälle aber sehr selten und die Steuererträge entsprechend gering sind, da die Beteiligten eine Besteuerung durch richtige Transaktionsgestaltung bzw. richtige Wahl des Käufers vermeiden. Die Besteuerung der „Ersatzdividende" führt dagegen zu einer flächendeckenden Besteuerung von Verkaufserlösen und höhlt den privaten Kapitalgewinn bei unternehmerischen Beteiligungen völlig aus.

2. Die gesetzliche Regelung des „Quasi-Effektenhändlers"

Art. 18 Abs. 2 ^{bis} EDBG sieht vor, dass Veräusserungsgewinne aus Wertschriften, die nicht schon wegen eines funktionalen Zusammenhanges mit dem Geschäftsbetrieb des Verkäufers Geschäftsvermögen darstellen, als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit besteuert werden, wenn:

- *die Wertschriften mit mindestens 20% Fremdkapital erworben wurden und nicht länger als 5 Jahre im Eigentum der betreffenden Person waren oder*
- *der jährliche Verkaufserlös mindestens CHF 500'000 beträgt und das zu Beginn des Steuerjahres vorhandene Wertschriftenvermögen wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen wurde.*

Diese im Gesetzesentwurf erwähnten Kriterien führen zu einer sehr breiten Besteuerung von Wertschriftenerlösen, da es beim ersten Kriterium der Fremdfinanzierung gemäss Botschaft[99] nicht darauf ankommt, ob die Fremdfinanzierung unmittelbar mit dem Kauf der Wertschriften zusammenhängt, sondern auch durch Erhöhung bestehender Schulden (z.B. einer Hypothek) erfolgen kann. Damit kommt es letztlich wohl immer zu einer proportionalen Verteilung

99 Botschaft, 72.

der gesamten Schulden auf sämtliche Aktiven, da sich die Steuerbehörden immer auf den Standpunkt stellen können, dass der Steuerpflichtige die in Wertschriften angelegten Gelder auch zur Rückführung seiner Hypothekarverschuldung hätte verwenden können und damit indirekt eine Fremdfinanzierung vorliegt.

Bei Unternehmensverkäufen hätte die neue Gesetzesnorm die Konsequenz, dass letztlich jeder Verkauf einer Beteiligung besteuert wird, wenn diese weniger als 5 Jahre gehalten wurde und der Verkäufer eine Fremdkapitalfinanzierung aufweist, die über 20% hinausgeht.

Für Anleger wird eine dynamische Vermögensverwaltung dagegen äusserst schwierig, da die Steuerpflicht schon dann eintritt, wenn bei einem Portefeuille von CHF 500'000 der gesamte Bestand einmal verkauft und neu angelegt wird, da dann bereits ein zweifacher Umschlag durch Kauf und Verkauf erfolgt ist[100]. Natürliche Personen werden damit letztlich in passive Investments, d.h. auf Fonds abgedrängt, da nur kollektive Anlagen Sicherheit vor einer Anwendung der neuen Bestimmungen geben und eine gewisse Flexibilität in der Vermögensverwaltung zulassen, da die Umsatztätigkeit von Fonds den Anlegern offenbar nicht zugerechnet werden soll. Eine eigene dynamische Vermögensverwaltung sowie die unternehmerische Beteiligung werden dagegen steuerlich äusserst ungünstig. Dieser Effekt ist volkswirtschaftlich letztlich unglücklich, da das private Risikokapital, mit dem erfahrungsgemäss ein grosser Teil der Schweizer KMU finanziert wird, geringer wird.

Die Botschaft[101] hält fest, dass aufgrund der neuen Bestimmungen über den „Quasi-Effektenhändler" kein zusätzlicher Steuerertrag zu erwarten ist. Die Botschaft lässt dabei völlig ausser Acht, dass es nach der heutigen Praxis nur in sehr seltenen Einzelfällen zur Besteuerung kommt, dass die neue Besteuerung aber die Anleger flächendeckend betrifft und das Steueraufkommen nur dann nicht massiv steigt, wenn tatsächlich alle Anleger völlig auf passive Investments umsteigen.

100 Würden der Bestand der Aktien im laufenden Jahr noch einmal verkauft, so reicht bereits ein Bestand von CHF 250'000, da sich dann der gesamte Verkaufserlös auf CHF 500'000 beläuft.

101 Botschaft, 120.