EUROPA INSTITUT ZÜRICH

HERAUSGEBER: RUDOLF TSCHÄNI

Mergers & Acquisitions IX

Schulthess §

Die Besteuerung von Privatpersonen beim Verkauf von Beteiligungen

Günstigere Rahmenbedingungen durch das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung

Urs Schenker*

Inhalt

I. Der steuerfreie Kapitalgewinn – eine Regel mit Ausnahmen 186
1. Der Grundsatz: Kapitalgewinne im Privatvermögen sind steuerfrei 186
2. Ausnahmen beim Verkauf von Beteiligungen 187
3. Die ausufernde Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung bei der indirekten Teilliquidation 188

II. Die gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation und der Transponierung 190
1. Die Regelung der indirekten Teilliquidation in der Steuerreform II 190
2. Das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung 190
3. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung 192

III. Die gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation 193
1. Das Konzept der indirekten Teilliquidation 193
2. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Besteuerung 194
a) Verkauf einer Beteiligung von mindestens 20% 194
b) Verkauf einer Beteiligung aus dem Privatvermögen einer natürlichen Person in das Geschäftsvermögen einer natürlichen oder juristischen Person 197
c) Der Bestand von ausschüttungsfähigen Reserven und nicht betriebsnotwendigen Mitteln im Zeitpunkt des Verkaufs 198
d) Ausschüttung der vorbestehenden Reserven innert fünf Jahren 202
aa) Die Ausschüttungsfrist 202
bb) Die Ausschüttung vorbestehender Reserven 202
e) Mitwirkung des Verkäufers bei der Ausschüttung 206
3. Die Besteuerung 206

* Bei diesem Beitrag wurde das Format des Referats im Wesentlichen beibehalten und entsprechend wurde auch weitgehend auf einen wissenschaftlichen Apparat verzichtet. Der im November 2006 erschienene Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV wurde jedoch berücksichtigt.

IV. Die gesetzliche Regelung der Transponierung 207
1. Konzept der Transponierung 207
2. Voraussetzungen für die Besteuerung 208
a) Veräusserung einer Beteiligung von mindestens 5% 208
b) Beherrschung der Käuferin 209
c) Der Kaufpreis überschreitet den Nennwert der eingebrachten Aktien 210
V. Mögliche Transaktionsstrukturen 211
1. Grundstruktur: Kauf mit einer Akquisitionsholding 211
2. Optimierungsmöglichkeiten 214
a) Kapitalherabsetzung der gekauften Gesellschaft 214
b) Verkauf von Aktien an die verkaufte Gesellschaft 215
c) Kauf mit einer operativen Gesellschaft 215
d) Kauf mehrerer Gesellschaften von einem Verkäufer 216
3. Beteiligung des Verkäufers an der kaufenden Gesellschaft 217
4. Absicherung von Transaktionsstrukturen in der Praxis 218
a) Vorabentscheide der Steuerbehörden 218
b) Vertragliche Absicherung des Verkäufers 219
VI. Inkrafttreten/Übergangsregelung 220
1. Inkrafttreten 220
2. Übergangsregelung 220

I. Der steuerfreie Kapitalgewinn – eine Regel mit Ausnahmen

1. Der Grundsatz: Kapitalgewinne im Privatvermögen sind steuerfrei

Verkauft eine natürliche Person Aktiven aus dem Privatvermögen, so realisiert sie einen steuerfreien Kapitalgewinn. Dieser Grundsatz wird in Art. 16 Abs. 3 DBG[1] festgehalten:

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

Dieses Prinzip gilt auch beim Verkauf von Aktien- und GmbH-Anteilen[2]. Dabei ist nicht nur die Veräusserung einzelner Aktien steuerfrei, sondern auch der Verkauf sämtlicher Aktien einer Gesellschaft sowie grösserer Beteiligungen.

1 Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG sieht die gleiche Regelung für die kantonale Besteuerung vor.

2 Im Folgenden wird zur Vereinfachung allgemein von „Aktien" gesprochen, wobei aber immer auch Anteile an einer GmbH mitumfasst werden.

Dies ermöglicht es einem Unternehmer grundsätzlich, sein Unternehmen zu verkaufen, ohne dass der Gewinn der Einkommenssteuer unterliegt.

2. Ausnahmen beim Verkauf von Beteiligungen

Das oben dargestellte Prinzip, dass einzelne Aktien, Beteiligungen und ganze Gesellschaften steuerfrei verkauft werden können, wird durch verschiedene Ausnahmen durchbrochen, die sich in der steuerrechtlichen Praxis entwickelt haben[3]: So wird insbesondere der Verkauf von Immobiliengesellschaften als wirtschaftliche Handänderung an den betroffenen Grundstücken der Grundstückgewinnsteuer unterworfen[4] und der Verkauf einer Mantelgesellschaft, d.h. einer Gesellschaft, deren Aktiven sich in liquider Form befinden, als Liquidation der Gesellschaft besteuert, was zu einer entsprechenden Belastung mit Verrechnungs- und Einkommenssteuern führt[5]. Soweit der Verkäufer eine Beteiligung an eine von ihm selbst beherrschten Gesellschaft verkaufte, wurde dies unter der „Transponierungstheorie" als Umwandlung von potenziell steuerbaren Reserven in steuerfreien Kapitalgewinn betrachtet, weshalb die gesamte Differenz zwischen Nennwert und Kaufpreis der verkauften Aktien als steuerbares Einkommen des Verkäufers qualifiziert wurde[6].

In einzelnen Fällen nehmen die Steuerbehörden auch an, dass ein Verkauf einer Beteiligung nicht aus dem Privat-, sondern aus dem Geschäftsvermögen einer Privatperson erfolgt. Dies führt dazu, dass der erzielte Gewinn als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit nicht nur der Einkommenssteuer, sondern auch den Sozialabzügen unterworfen wird. Gerade bei Personen, die im Rahmen einer Einzelfirma oder einer Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft ein Geschäft betreiben, nehmen die Steuerbehörden häufig die Position ein, dass auch Aktien bzw. Beteiligungen, die nicht in der Buchhaltung der betreffenden Gesellschaft bzw. Einzelfirma aufgeführt wurden, zum Geschäftsvermögen ge-

3 Zu diesen Ausnahmen im Einzelnen: SCHENKER, Der steuerfreie private Kapitalgewinn beim Unternehmensverkauf – eine Regel mit Ausnahmen, in: TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, 219 ff. mit Verweisen.

4 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.

5 HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht, 9. Aufl. 2002, Bd. 2, 56 f., 105 f.; REICH, Kommentar zum Schweizer Steuerrecht, N 63 zu Art. 20 DBG; ASA 42, 649; ASA 62, 628.

6 ASA 68, 422; ASA 58, 689; BGer 2A.331/203 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, 3 ff.

hören und deshalb versteuert werden müssen, wenn irgendein geschäftlicher Zusammenhang zwischen der Beteiligung und der selbständigen Tätigkeit des Steuerzahlers besteht[7]. Zusätzlich haben die Eidg. Steuerverwaltung und das Bundesgericht auch die Figur des „Quasi-Effektenhändlers" entwickelt: Sie stellten sich auf den Standpunkt, dass Personen, die sehr häufig mit Aktien handeln oder Beteiligungen stark mit Fremdkapital finanzieren und nur für eine relativ kurze Zeit halten, als „nebenberufliche Wertschriftenhändler" zu qualifizieren sind. Damit sind die gesamten Gewinne aus dem Verkauf von Wertschriften bzw. Beteiligungen als Ertrag aus selbständiger Tätigkeit steuerbar und unterliegen auch den Sozialabzügen[8].

Damit hat sich in den letzten Jahren neben dem Prinzip des steuerfreien Kapitalgewinns eine ganze Reihe von Ausnahmen entwickelt, die zur Besteuerung des Verkaufsgewinnes führen können; diese müssen entsprechend der Strukturierung von Unternehmens- bzw. Beteiligungsverkäufen beachtet werden.

3. Die ausufernde Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung bei der indirekten Teilliquidation

Das grösste Problem bei der Strukturierung von Unternehmensverkäufen ergab sich aber aus der „Theorie der indirekten Teilliquidation". Ist der Käufer eine buchführungspflichtige Person[9] und refinanziert er den Kaufpreis durch Mittel der gekauften Gesellschaft, so wird nach dieser Theorie 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 Liquidation aus indirekter Teilliquidation betrachtet[10]. Während bis Anfang der 90er-Jahre nur Fälle besteuert wurden, in denen der Käufer die bei der gekauften Gesellschaft im Verkaufszeitpunkt vorhandenen Mittel tatsächlich für die Finanzierung des Kaufpreises verwendete, wurde der Kreis der steuerbaren Transaktionen in den letzten 15 Jahren immer stärker ausgedehnt. So war immer schwieriger zu erkennen, wann eine Transaktion unter der Theorie der indirekten Teilliquidation besteuert wurde und wann sie steuerfrei war[11].

Höhepunkt dieser Entwicklung war, dass das Bundesgericht mit seinem Entscheid vom 11. Juni 2004 den Anwendungsbereich der Theorie der indirekten Teilliquidation noch einmal ganz massiv ausdehnte und auch alle Fälle erfasste, bei denen die Käuferin den Kaufpreis aus zukünftigen Erträgen der gekauften Gesellschaft refinanziert – was eigentlich der Regelfall beim Unternehmenskauf ist[12]. Dieser Entscheid motivierte die Eidg. Steuerverwaltung dazu, in ihrem Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 vom 14. Februar 2005 den Kreis der steuerbaren Transaktionen so weit zu ziehen, dass praktisch jeder mit Fremdkapital finanzierte Beteiligungskauf steuerbar wurde, wenn der Käufer nicht nachweisen konnte, dass er den Kaufpreis aus anderen Quellen als den zukünftigen Gewinnen der gekauften Gesellschaft refinanzieren konnte. Diese ausufernde Praxis führte dazu, dass nicht nur Leverage Buy-outs und Management Buy-outs, sondern auch sehr viele familieninterne Unternehmensübertragungen unmöglich wurden, da bei derartigen Transaktionen die Käufer typischerweise eine Gesellschaft gründen müssen, die Fremdkapital aufnimmt und als Käuferin auftritt[13].

Gemäss informellen Auskünften der EStV und verschiedener kantonaler Steuerverwaltungen waren aufgrund dieser Entwicklung seit 2004 bei den Steuerbehörden mehrere hundert Fälle pendent, bei denen die drohende Besteuerung eine Transaktion verhinderte. Dabei handelt es sich offenbar vor allem um Nachfolgeprobleme im KMU-Sektor, d.h. Fälle, bei denen Manager oder einzelne Erben ein Unternehmen übernehmen wollten.

7 ASA 62, 409; BGE 112 1B79; REICH, Die Abgrenzung von Geschäfts- und Privatvermögen im Einkommenssteuerrecht, SJZ 80 (1984), 224.

8 ASA 69, 788; ASA 73, 299; ASA 71, 627; ASA 67, 483; Kreisschreiben Nr. 8 der EStV vom 21. Juni 2005; BGE 2A.23/2004.

9 D.h. eine Kapital- oder Personengesellschaft oder eine natürliche Person, welche die betreffenden Aktien mit ihrem Geschäftsvermögen kauft.

10 BGer 2A.331/203 E.4 mit weiteren Verweisen auf die bisherige Praxis des Bundesgerichtes.

11 Vgl. dazu SCHENKER (FN 3), 230 ff.

12 BGer 2A.331/2003 E.4.5; dieser Entscheid wurde in der Literatur praktisch einhellig abgelehnt, vgl. BETSCHART, Grenzenlose indirekte Teilliquidation, ST 2004, 873; LUTZ/HONOLD, Indirekte Teilliquidation – ist wirklich Hopfen und Malz verloren? IFF 2005, 139 ff.; GURTNER/GIGER, Unzulässige Erbenholdingbesteuerung – massive Ausweitung der indirekten Teilliquidationstheorie, StR 2004, 658; HOLENSTEIN, Indirekte Teilliquidation – Besteuerung der tatsächlichen Substanzen, StR 2004, 718; RABAGLIO, Transponierung und Teilliquidation, TREX, 2005 220; SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtssprechung des Bundesgerichtes im Jahr 2004, direkte Bundessteuer, ASA 75, 2006, 16 f.

13 UEBELHART/ARNOLD, Erweiterte indirekte Teilliquidationstheorie erschwert Unternehmensnachfolge – eine Bestandesaufnahme unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs des Kreisschreibens Nr. 7 der Eidg. Steuerverwaltung StR 2005, 274.

II. Die gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation und der Transponierung

1. Die Regelung der indirekten Teilliquidation in der Steuerreform II

Nachdem verschiedene Parlamentarier gesetzgeberische Massnahmen verlangt hatten, um die Praxis der Eidg. Steuerverwaltung und des Bundesgerichtes zu korrigieren, plante der Bundesrat, die Frage der indirekten Teilliquidation sowie auch die Definition des „Quasi-Effektenhändlers" im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II zu regeln. Leider sah der Entwurf des Bundesrates vom Juni 2005 aber eine fiskusfreundliche Regelung vor, die noch einmal zu einer massiven Ausdehnung der Besteuerung bei Unternehmensverkäufen geführt hätte[14]. Der Bundesrat hatte vorgesehen, dass bei einem Verkauf einer Beteiligung von einer natürlichen Person an eine juristische Person bzw. in das Geschäftsvermögen einer natürlichen Person auf allen Reserven, welche die verkaufte Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufes hatte, automatisch Einkommenssteuern erhoben werden sollten. Mit dieser flächendeckenden „Reservenabrechnung" bei einem Verkauf von Gesellschaften wollte der Bundesrat letztlich das Prinzip des steuerfreien Kapitalgewinnes beim Verkauf von Beteiligungen vollständig aushöhlen und praktisch durch die Hintertür eine Beteiligungsgewinnsteuer einführen[15].

2. Das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung

Da die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung in keiner Weise den Vorstellungen der bürgerlichen Parlamentsmehrheit entsprach, beschloss die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates („WAK-SR") im Januar 2006, vom fiskalistischen Vorschlag des Bundesrates abzugehen. Sie entschied sich dazu, das Problem der indirekten Teilliquidation von der Unternehmenssteuerreform II zu trennen und in einem separaten Gesetz, dem *Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung*, zu regeln. Ziel war es, die Unsicherheiten beim Verkauf von Unternehmen so rasch wie möglich zu beseitigen und die Besteuerung auf Fälle einzuschränken, bei denen eine eigentliche Steuerumgehung vorliegt. Ausgangspunkt der Überlegungen der WAK-SR war letztlich, dass die ausufernde Praxis der EStV und des Bundesgerichtes

14 Botschaft 68 ff. mit Beispielen 134 ff.; SCHENKER (FN 3), 243 ff.

15 SCHENKER (FN 3), 243 ff.

nicht zu höheren Steuereinnahmen führte, sondern schlicht dazu, dass die beteiligten Parteien Transaktionen vermieden, die eine Besteuerung ausgelöst hätten. Damit hatte die Ausweitung der Theorie der indirekten Teilliquidation bei Lichte betrachtet nur folgende Auswirkungen:

- Alle Transaktionen, die vor der Veröffentlichung des Bundesgerichtsurteils vom 11. Juni 2004 von den Parteien im Vertrauen auf die vorher geltende Praxis strukturiert worden waren und bei denen deshalb eine Amortisation des Kaufpreises durch zukünftige Erträge der gekauften Gesellschaft vorgesehen war, konnten von der EStV besteuert werden, sofern weder eine rechtskräftige Veranlagung noch ein Vorabentscheid vorlag, der eine Besteuerung ausschloss. Damit wurden tendenziell eher Transaktionen bei kleineren Unternehmen mit einer Steuer bedroht, da bei grösseren Transaktionen praktisch immer ein Vorabentscheid der Steuerbehörden eingeholt wurde, auch wenn die Transaktion aufgrund der alten Praxis als „ungefährlich" erschien.
- Nach Bekanntwerden des Bundesgerichtsurteils vom 11. Juni 2004 wurden Unternehmenskäufe so strukturiert, dass eine Besteuerung vermieden werden konnte, d.h. Unternehmen wurden primär an in- und ausländische Grossunternehmen verkauft, welche nachweisen konnten, dass sie den Kaufpreis aus anderen Quellen als den zukünftigen Gewinnen der gekauften Gesellschaft refinanzieren und verzinsen konnten[16]. Verkäufe an Manager wurden dagegen, wenn immer möglich, vermieden.

Damit beschränkte sich der Steuereffekt der neu definieren indirekten Teilliquidation letztlich auf die Besteuerung von Personen, die bis zum 11. Juni 2004 der geltenden Praxis vertraut hatten und auf Unternehmen, bei denen ein Verkauf an einen „reichen" Käufer, der den Kaufpreis mit eigenen Mitteln oder Erträgen aus anderen unternehmerischen Aktivitäten finanzieren konnte, nicht möglich war.

Der Gedanke, die steuerlichen Rahmenbedingungen für Unternehmenskäufe rasch zu verbessern, wurde auch vom Nationalrat positiv aufgenommen, so dass in der Sommersession 2006[17] das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung verabschiedet werden konnte. Es regelt die indirekte Teilliquidation in einer Weise, die im Wesentlichen dem Zustand vor

16 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 7 der EStV vom 14. Februar 2005, 12 ff.

17 Die Schlussabstimmung fand am 23. Juni 2006 statt.

dem verfehlten Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 entspricht und die Besteuerung auf Fälle zurückführt, in denen eine Steuerumgehung vorliegt. Die in diesem Gesetz vorgesehenen Änderungen am Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) und am Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) definieren nun klar die Grenze zwischen steuerfreien und steuerbaren Transaktionen beim Verkauf von Unternehmen und Beteiligungen durch Privatpersonen und erlauben es, derartige Transaktionen mit Rechtssicherheit zu planen. Die vom Parlament beschlossene Regelung ist in dem Sinne unternehmens- und unternehmerfreundlich, als sie es nun wieder ermöglicht, Unternehmenskäufe mit Fremdkapital zu finanzieren, das aus zukünftigen Gewinnen des gekauften Unternehmens amortisiert wird. Somit sind Management Buy-outs, Leverage Buy-outs und auch der Auskauf einzelner Erben im Erbfall wieder möglich.

3. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung

Das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung ändert nichts am Grundsatz, dass private Kapitalgewinne steuerfrei sind. Es regelt nun aber in Art. 20a DBG und in Art. 7a StHG ausdrücklich die Besteuerung beim Verkauf von Gesellschaften bzw. Beteiligungen. Eine Besteuerung soll dann Platz greifen, wenn einerseits eine Gesellschaft im Verkaufszeitpunkt ausschüttungsfähige Reserven aufweist, und anderseits der Verkäufer diese nach dem Kauf tatsächlich in steuerfreier Weise zur Refinanzierung des Kaufpreises verwendet. Damit will der Gesetzgeber Fälle erfassen, in denen die Besteuerung von Dividendenausschüttungen dadurch umgangen wird, dass der Verkäufer eine Kaufpreiszahlung erhält, die wirtschaftlich betrachtet eine Ausschüttung von Reserven darstellt, die vor dem Verkauf angehäuft worden sind.

Art. 20a DBG hat folgenden Wortlaut[18]:

> "[1] Als Ertrag aus beweglichem Vermögen im Sinne von Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c gilt auch:
>
> a. der Erlös aus dem Verkauf einer Beteiligung von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen einer anderen natürlichen oder einer juristischen Person, soweit innert fünf Jahren nach dem Verkauf, unter Mitwirkung des Verkäufers, nicht betriebsnotwendige Substanz ausgeschüttet wird, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war; dies gilt sinngemäss auch, wenn innert fünf Jahren mehrere Beteiligte eine solche Beteiligung gemeinsam verkaufen oder Beteiligungen von insgesamt mindestens 20 Prozent verkauft werden; ausgeschüttete Substanz wird beim Verkäufer gegebenenfalls im Verfahren nach den Artikeln 151 Absatz 1, 152 und 153 nachträglich besteuert;
>
> b. der Erlös aus der Übertragung einer Beteiligung von mindestens 5 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen einer Personenunternehmung oder einer juristischen Person, an welcher der Veräusserer oder Einbringer nach der Übertragung zu mindestens 50 Prozent am Kapital beteiligt ist, soweit die gesamthaft erhaltene Gegenleistung den Nennwert der übertragenen Beteiligung übersteigt; dies gilt sinngemäss auch, wenn mehrere Beteiligte die Übertragung gemeinsam vornehmen.
>
> [2] Mitwirkung im Sinne von Absatz 1 Buchstabe a liegt vor, wenn der Verkäufer weiss oder wissen muss, dass der Gesellschaft zwecks Finanzierung des Kaufpreises Mittel entnommen und nicht wieder zugeführt werden."

Die neuen gesetzlichen Bestimmungen regeln die Besteuerung beim Verkauf von Beteiligungen durch natürliche Personen bezüglich indirekter Teilliquidation und Transponierung *abschliessend*. Daher kann die Eidg. Steuerverwaltung die Besteuerung von Aktienverkäufen nicht mehr mit der Begründung ausdehnen, dass Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG, der die Besteuerung des Ertrages aus beweglichem Vermögen regelt, eine Norm mit „wirtschaftlichem Anknüpfungspunkt" sei[19], und bei jedem kreditfinanzierten Verkauf eine versteckte Ausschüttung annehmen oder den Anwendungsbereich der Transponierungstheorie auf weitere Fälle ausdehnen.

III. Die gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation

1. Das Konzept der indirekten Teilliquidation

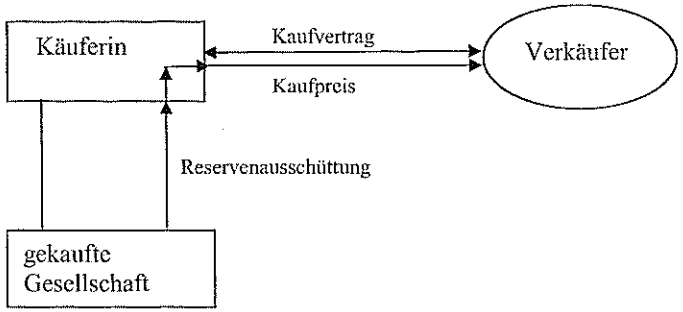
Eine indirekte Teilliquidation liegt vor[20], wenn eine natürliche Person eine Beteiligung an eine juristische Person oder in das Geschäftsvermögen einer natürlichen Person verkauft, welche die Ausschüttungen der gekauften Gesellschaft dank Beteiligungsabzug bzw. Abschreibungen steuerfrei vereinnahmen kann und die Käuferin den Kaufpreis nach dem Kauf tatsächlich durch eine steuer-

18 Art. 7a StHG hat den gleichen Wortlaut.

19 ASA 72, 218.

20 Vgl. BGer 2A.2.3.1/2003 E.4 mit Verweisen.

freie Ausschüttung von Reserven refinanziert, die bereits im Zeitpunkt des Verkaufs existierten[21].



Grund für die Besteuerung bzw. die Umqualifikation des Kapitalgewinnes in Einkommen ist, dass der Verkäufer durch Dividendenverzicht in der verkauften Gesellschaft Reserven aufgehäuft hat, die er bei einem derartigen Vorgehen indirekt in Form des Kaufpreises erhält und er damit die Besteuerung von Dividendenausschüttungen umgehen kann[22].

2. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Besteuerung

Aus dem oben wiedergegebenen Text von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG[23] ergibt sich, dass der Erlös aus dem Verkauf einer Gesellschaft bzw. einer Beteiligung nur dann unter dem Titel der indirekten Teilliquidation besteuert werden kann, wenn die nachfolgend aufgeführten Bedingungen erfüllt sind.

a) Verkauf einer Beteiligung von mindestens 20%

Nach dem Willen des Parlamentes soll es nur zur Besteuerung kommen, wenn wesentliche Beteiligungen am Unternehmen verkauft werden, weshalb die Grenze im Gesetzestext auf 20% festgelegt wurde. Wenn eine kleinere Beteiligung verkauft wird, kann es nicht zur Besteuerung kommen, d.h. der Gewinn des Verkäufers bleibt auch dann steuerfrei, wenn der Kaufpreis durch vorbestehende Reserven der betreffenden Gesellschaft steuerfrei refinanziert wird[24]. Der Gesetzestext bezieht sich auf das Kapital der betreffenden Gesellschaft und nicht auf die Stimmrechte[25]. Damit kann es auch dann nicht zur Besteuerung kommen, wenn Stimmrechtsaktien verkauft werden, deren Stimmenanteil zwar über 20% liegt, deren Kapitalanteil aber diese Grenze unterschreitet.

Um Umgehungstransaktionen zu vermeiden, werden gemäss dem Text von Art. 20a Abs. 1 lit. a Verkäufe aber auch dann erfasst, wenn die einzelne Transaktion die 20%-Grenze unterschreitet, aber entweder der gleiche Verkäufer innerhalb von fünf Jahren mit mehreren einzelnen Transaktionen gesamthaft diese Grenze überschreitet, oder aber mehrere Verkäufer innert fünf Jahren gemeinsam über Beteiligungen von insgesamt 20% verkaufen. Im Einzelnen kommt es zu dieser Addition mehrerer Verkäufe in folgenden Fällen:

- *Gestaffelte Verkäufe eines Verkäufers*

  Die Verkäufe müssen jeweils einzeln die Kriterien für die Anwendung von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG erfüllen, d.h. sie müssen in das Geschäftsvermögen einer natürlichen oder juristischen Person erfolgen. Verkauft der Verkäufer im Fünf-Jahres-Zeitraum auch Aktien in das Privatvermögen natürlicher Personen, so können diese Aktien nicht addiert werden. Da der Gesetzestext auf den Verkäufer abstellt, können einzelne Verkäufe auch dann addiert werden, wenn sie an verschiedene Personen erfolgen. So kommt es beispielsweise zu einer Addition, wenn ein Verkäufer im Fünf-Jahres-Zeitraum zweimal 18% der Aktien einer Gesellschaft an verschiedene Holdinggesellschaften verkauft und diese den Kaufpreis, wie unten dargestellt, innert fünf Jahren durch eine Substanzausschüttung oder eine ähnliche Transaktion aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft refinanzieren.

21 Derartige Reserven werden im Folgenden jeweils als „vorbestehende Reserven" bezeichnet.

22 Diese indirekte Zuführung von Reserven hat auch zur Bezeichnung „indirekte Teilliquidation" geführt, vgl. dazu Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV vom 10. November 2006 betr. Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten („indirekte Teilliquidation").

23 Die folgenden Ausführungen gelten auch für den Bereich der kantonalen Steuern, da Art. 7a Abs. 1 StHG inhaltlich gleich formuliert ist.

24 Da der parallele Verkauf von 20% durch mehrere Aktionäre erfasst wird, dürften sich derartige Situationen auf Fälle beschränken, bei denen ein Mehrheitsaktionär, der bereits über 80% hält, die restlichen 20% von einem anderen Aktionär erwirbt und diesen Kauf durch die Mittel der gekauften Gesellschaft finanziert.

25 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV, Ziff. 3.2 und 4.2.

– *Gemeinsamer Verkauf mehrerer Verkäufer*

Da der gemeinsame Verkauf ein Zusammenwirken der einzelnen Verkäufer voraussetzt, kann es meines Erachtens in analoger Anwendung von Art. 20a Abs. 2 DBG nicht zu einer Besteuerung kommen, wenn einzelne Verkäufer ohne bewusstes Zusammenwirken ihre Aktien in parallelen Transaktionen dem Käufer verkaufen[26]. Würden dagegen die Transaktionen der einzelnen Verkäufer auch dann zusammengezählt, wenn diese nicht zusammenwirken und allenfalls nicht einmal Kenntnis von den parallelen Transaktionen haben, so wäre die Frage der Besteuerung für den einzelnen Verkäufer nicht mehr vorhersehbar; ein Resultat, welches das Parlament mit der neuen Regelung und dem Erfordernis der Mitwirkung bzw. des Mitwissens in Art. 20a Abs. 2 DBG gerade vermeiden wollte. Das Element des Zusammenwirkens zwischen verschiedenen Verkäufern fehlt beispielsweise, wenn eine Käuferin bei verschiedenen Aktionären einer Gesellschaft über einige Monate oder Jahre in unabhängigen Transaktionen Aktien kauft. Dieses Element fehlt aber auch bei einem öffentlichen Übernahmeangebot, da die einzelnen Aktionäre das Angebot ohne Koordination untereinander allein für ihren eigenen Aktienbesitz annehmen. Damit kann es beim öffentlichen Angebot schon von vornherein nur für diejenigen Aktionäre zu einer Besteuerung kommen, die entweder einzeln oder im Rahmen einer Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK mindestens 20% der Aktien halten und diese auch dem Anbieter verkaufen[27].

26 A.M. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, wobei die EStV damit argumentiert, dass der „gemeinsame Verkauf" eine objektive Tatsache sei, die keine Koordination auf Seiten der verschiedenen Verkäufer voraussetzte und auch keine Mitwirkung implizierte.

27 A.M. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006 Ziff. 4.2; die EStV geht aufgrund der in der vorhergehenden Fussnote dargelegten Argumentation davon aus, dass bei der Annahme eines öffentlichen Übernahmeangebotes ein gemeinsamer Verkauf vorliegt, selbst wenn die einzelnen Aktionäre ihre Handlungen nicht koordinieren, da diese Aktionäre gleichzeitig das gleiche Angebot annehmen und damit in objektiver Sicht ein „gemeinsamer Verkauf" vorliegt. Damit kommt es bei einem öffentlichen Angebot nur dann nicht zur Besteuerung nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG, wenn natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz weniger als 20% der Aktien der Zielgesellschaft halten bzw. weniger als 20% verkaufen.

b) Verkauf einer Beteiligung aus dem Privatvermögen einer natürlichen Person in das Geschäftsvermögen einer natürlichen oder juristischen Person

Basis der indirekten Teilliquidation ist, dass der Käufer Ausschüttungen der gekauften Gesellschaft steuerfrei entgegennehmen kann. Dies ist nur möglich, wenn der Käufer entweder eine juristische Person ist, die im Allgemeinen auf Dividenden den Beteiligungsabzug geltend machen kann, oder aber eine natürliche Person, welche die Aktien im Geschäftsvermögen hält und deshalb bei der Ausschüttung von vorbestehenden Reserven zur Kompensation des steuerbaren Einkommens eine Abschreibung machen kann[28]. Daher kann es von vornherein nur zu einer Besteuerung kommen, wenn eine natürliche Person Aktien aus dem Privatvermögen an eine juristische Person oder aber in das Geschäftsvermögen einer natürlichen Person verkauft.

Die Besteuerung gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG kann dagegen *nicht* Platz greifen, wenn der Käufer eine natürliche Person ist und die Aktien für sein Privatvermögen erwirbt[29]. Dies gilt selbst dann, wenn der Käufer den Kaufpreis unmittelbar nach dem Kauf durch die Ausschüttung von vorbestehenden Reserven der Gesellschaft finanziert, was bei einem Verkauf an eine juristische Person bzw. in das Geschäftsvermögen einer natürlichen Person die Besteuerung auslöst. Derartige Transaktionen dürften aber die Ausnahme bleiben, da die betreffende Ausschüttung in diesen Fällen beim Käufer vollumfänglich besteuert wird. Deshalb werden natürliche Personen, die eine Beteiligung erwerben, mit Vorteil eine Akquisitionsgesellschaft gründen, welche die Transaktion vornimmt.

Während bei einem Verkauf an eine juristische Person die Kriterien von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG immer erfüllt werden, muss beim Verkauf an eine natürliche Person im Einzelfall abgeklärt werden, ob diese die betreffende Beteiligung im Rahmen ihres Privatvermögens oder ihres Geschäftsvermögens erwirbt. Geschäftsvermögen liegt immer dann vor, wenn der Käufer eine Beteiligung im Rahmen einer Einzelfirma oder einer Personengesellschaft[30] erwirbt und diese Beteiligung auch in die Buchhaltung der Einzelfirma bzw. Personengesellschaft aufnimmt. Zusätzlich zu diesen klaren Fällen nimmt die Eidg.

28 BGE 115 IB 249.

29 SCHENKER (FN 3), 230.

30 Kommandit- und Kollektivgesellschaft.

Steuerverwaltung aber auch Geschäftsvermögen an, wenn die neue Beteiligung zwar nicht in die Buchhaltung einer Einzelfirma oder Personengesellschaft aufgenommen wird, aber immerhin indirekt zum Betrieb einer derartigen Unternehmung dient[31], oder wenn der Käufer als „Quasi-Effektenhändler" qualifiziert wird, da bei einem „Quasi-Effektenhändler" sämtliche Aktien und Beteiligungen als Geschäftsvermögen betrachtet werden[32]. Überdies liegt auch ein Verkauf in das Geschäftsvermögen vor, wenn der Käufer die erworbenen Aktien im Zeitpunkt des Erwerbs als Geschäftsvermögen im Sinne von Art. 18 Abs. 2 DBG erklärt, damit ihm Zinsabzüge in unbeschränkter Höhe möglich sind[33]. Aufgrund der Unsicherheiten, die beim Verkauf an eine Privatperson bezüglich Geschäfts- bzw. Privatvermögen entstehen können, muss in diesen Fällen immer ein Vorabentscheid der Steuerbehörden eingeholt werden, in dem diese bestätigen, dass ein Verkauf in das Privatvermögen vorliegt.

c) Der Bestand von ausschüttungsfähigen Reserven und nicht betriebsnotwendigen Mitteln im Zeitpunkt des Verkaufs

Die Besteuerung nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG kann nur Platz greifen, wenn die verkaufte Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs ausschüttungsfähige Reserven und nicht betriebsnotwendige Mittel hat. Im Einzelnen müssen deshalb folgende Bedingungen erfüllt sein:

– *Handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven im Zeitpunkt des Verkaufs*

  Die Gesellschaft muss im Zeitpunkt des Verkaufs über ausschüttungsfähige Reserven verfügen. Der im Gesetzestext verwendete Begriff „handelsrechtlich ausschüttungsfähig" erfordert, dass die Gesellschaft in ihrer letzten Jahresrechnung vor dem Verkauf freie Reserven oder Gewinnvorträge auswies, da nur diese gemäss Art. 675 Abs. 2 OR ausgeschüttet werden können[34]. Die zwischen dem Bilanztermin und dem Verkauf zusätzlich aufgelaufenen Gewinne sind dagegen nicht ausschüttungsfähig, da gemäss Art. 675 Abs. 2 OR nur Reserven bzw. Gewinnvorträge ausgeschüttet werden können, die in einer von der Generalversammlung genehmigten Bilanz ausgewiesen worden sind[35].

  Als ausschüttungsfähig gelten allerdings nicht nur die freien Reserven und Gewinnvorträge, sondern auch die allgemeine gesetzliche Reserve soweit sie bei operativen Gesellschaften 50% des Aktienkapitals und bei Holdinggesellschaften 20% des Aktienkapitals überschreitet[36]. Die spezielle gesetzliche Reserve für eigene Aktien gemäss Art. 671a OR oder Reserven, die durch die Aufwertung von Liegenschaften und Beteiligungen gemäss Art. 671b OR geschaffen wurde, sind dagegen nicht ausschüttungsfähig und können deshalb auch im Rahmen von Art. 20a Abs. 1 lit.a DBG nicht berücksichtig werden[37].

  Da sich der Text von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG ausdrücklich auf handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven bezieht, werden stille Reserven nicht erfasst. Das Gleiche gilt auch für allfällige Reserven bei Tochtergesellschaften der verkauften Gesellschaft: auch diese werden handelsrechtlich nicht in der Bilanz der verkauften Gesellschaft ausgewiesen, da die betreffende Tochtergesellschaft in der Bilanz der verkauften Gesellschaft mit einem Beteiligungswert geführt wird und das bei ihr vorhandene Eigenkapital keinen direkten Einfluss auf die Gestaltung der Bilanz bzw. den Eigenkapitalausweis der Muttergesellschaft hat.

  Soweit keine handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven existieren, kann es beim Verkauf von vornherein nicht zu einer Besteuerung kommen. Da stille Reserven von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG nicht erfasst werden, gilt dies auch dann, wenn eine Gesellschaft zwar keine offen ausgewiesenen freien Reserven, aber stille Reserven hat, die bei entsprechender Realisierung zu einem Gewinn bzw. Gewinnvortrag oder offenen

31 ASA 62, 409; BGE 112 IB 79; REICH (FN 5), 224.

32 Vgl. ASA 69, 788; ASA 73, 299; ASA 71, 627; ASA 67, 483.

33 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.3.

34 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.6.2, die EStV stellt auf den Bestand des Eigenkapitals ab, der „in der letzten handelsrechtskonformen Bilanz ausgewiesen" wurde.

35 M.E. ist es allerdings nicht möglich, die Besteuerung dadurch zu vermeiden bzw. zu reduzieren, dass die Erstellung des Jahresabschlusses hinausgezögert wird. Dieser muss gemäss Art. 699 Abs. 2 OR spätestens sechs Monate nach Schluss des Geschäftsjahres vorliegen, da in diesem Zeitpunkt eine ordentliche Generalversammlung durchgeführt werden muss, die gemäss Art. 698 Abs. 2 OR über die Genehmigung der Jahresrechnung Beschluss fassen muss.

36 Art. 671 Abs. 3 bzw. 4 OR; in der aktienrechtlichen Literatur ist umstritten, ob auch die allgemeine gesetzliche Reserve, die aus einem Agio bei einer Kapitalerhöhung entstanden ist, ausschüttungsfähig ist; nach herrschender Lehre gilt diese Reserve, aber als gewöhnliche gesetzliche Reserve und ist daher innert den oben angegebenen Grenzen ausschüttungsfähig, weshalb sie im Rahmen von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG berücksichtigt werden muss. Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStv vom 10. November 2006, Ziff. 4.6.2.

37 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.6.2.

Reserven führen. Führt die verkaufte Gesellschaft in ihrer Bilanz beispielsweise Liegenschaften unter ihrem Verkehrswert auf und hat dementsprechend stille Reserven, so kann sie den Gewinn, den sie bei einem späteren Verkauf dieser Liegenschaften erzielt, ausschütten, ohne dass dies zu einer Besteuerung gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG führt.

– *Nicht betriebsnotwendige Mittel im Zeitpunkt des Verkaufs*

Die Besteuerung kann nach dem Gesetzestext nur soweit greifen, als die verkaufte Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs auch in der Lage war, eine Ausschüttung vorzunehmen, d.h. über nicht betriebsnotwendige Aktiven verfügte. Massstab für die Frage, ob Aktiven für den Betrieb der Gesellschaft notwendig sind, ist die tatsächliche Aktivität der verkauften Gesellschaft im Sinne des steuerrechtlichen Betriebsbegriffes[38], und nicht der oft sehr breit formulierten Gesellschaftszweck. Dies bedingt, dass nur Aktiven als betrieblich notwendig gelten, die für eine tatsächlich ausgeübte betriebliche Aktivität notwendig sind. Als nicht betriebsnotwendig gelten dagegen Wertschriften, Finanzbeteiligungen sowie auch nicht betrieblich genutzte Liegenschaften[39], da diese für die betriebliche Tätigkeit nicht notwendig sind. Das gleiche gilt auch für Liquidität, welche die Bedürfnisse des Unternehmens überschreitet, wobei 10% des jährlichen Betriebsaufwandes als betriebsnotwendig betrachtet werden müssen[40]. Nachdem gemäss dem Text von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG bei der Bewertung nichtbetrieblich notwendiger Aktiven nicht auf die handelsrechtliche Bewertung abgestellt wird, sind die Verkehrswerte derartiger Aktiven massgebend[41]. Auch nicht betriebsnotwendige Aktiven von Tochtergesellschaften müssen daher berücksichtigt werden, sofern die verkaufte Gesellschaft durch Stimmenmehrheit eine Ausschüttung dieser nichtbetriebsnotwendigen Mittel herbeiführen kann und die betreffenden Mittel handelsrechtlich auch tatsächlich ausgeschüttet werden dürfen[42].

38 Vgl. Kreisschreiben Nr. 5 der EStV vom 1. Juni 2004.

39 Das betriebliche Umlaufvermögen, d.h. Vorräte, Debitoren und übrige Forderungen, muss wie das betriebliche Anlagevermögen als betriebsnotwendige Mittel betrachtet werden; allenfalls kann aber eine im Vergleich zu Vorjahren unnatürliche Aufblähung des Nettoumlaufvermögens (hervorgerufen z.B. durch die sofortige Zahlung von Kreditoren und die Verschleppung der Debitoren) unter dem Umgehungstatbestand zu einer Aufrechnung bei den nicht betriebsnotwendigen Aktiven führen.

40 Dieser Prozentsatz ergibt sich in Anlehnung an die Vorschläge des Bundesrates im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II.

41 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.6.3.

Der Betrag der beim Verkauf vorhandenen ausschüttungsfähigen Reserven und nicht der betriebsnotwendigen Aktiven beschränkt den Betrag des steuerbaren Einkommens, der sich für den Verkäufer ergeben kann, wobei jeweils der tiefere Betrag als Höchstgrenze der möglichen Besteuerung gilt. Damit kommt es von vornherein – und unabhängig von der späteren Refinanzierung des Kaufpreises – nicht zu einer Besteuerung, wenn die verkaufte Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs keine handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven aufweist. Es kann aber auch nicht zur Besteuerung kommen, wenn die verkaufte Gesellschaft in ihren Passiven zwar ausschüttungsfähige Reserven aufweist, da sie vor dem Verkauf Gewinne erzielt hat, aber im Zeitpunkt des Verkaufs keine nichtbetriebsnotwendigen Aktiven aufweist, weil sie die gesamten Gewinne zur Expansionsfinanzierung verwendet hat.

Da es sich bei den handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven und den nichtbetriebsnotwendigen Mitteln um Tatbestandselemente handelt, welche Voraussetzung für das Entstehen einer Steuerforderung sind, müssen sie von den Steuerbehörden nachgewiesen werden. Die Ansicht der EStV, dass eine Vermutung dafür bestehe, dass eine Gesellschaft im Betrag der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven auch nichtbetriebsnotwendige Substanz habe[43], ist dagegen unzulässig. Einer derartigen Vermutung, die zu einer Beweislastumkehrung führen würde, so dass der Steuerpflichtige nachweisen müsste, dass im Zeitpunkt des Verkaufs keine nichtbetriebsnotwendigen Mittel vorhanden waren, fehlt jede rechtliche Grundlage. Diese Vermutung lässt sich aber auch nicht mit allgemeiner Lebenserfahrung begründen, da das typische Unternehmen die nichtausgeschütteten Gewinne zur Eigenfinanzierung des Betriebes verwendet und nicht zum Erwerb nichtbetriebsnotwendiger Aktiven.

42 Der Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 vom 10. November 2006 geht allerdings weiter, da die gesamte nichtbetriebsnotwendige Substanz von Gesellschaften einbezogen wird, welche im Sinne von Art. 61 Abs. 3 DBG unter einheitlicher Leitung der verkauften Gesellschaft stehen. Diese Definition ist m.E. zu breit, da nichtbetriebsnotwendige Mittel nur dann relevant sein können, wenn sie der verkauften Gesellschaft tatsächlich zur Verfügung stehen und von dieser auch zur Refinanzierung des Kaufpreises ausgeschüttet werden können.

43 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006.

d) Ausschüttung der vorbestehenden Reserven innert fünf Jahren

aa) Die Ausschüttungsfrist

Die Besteuerung wird dadurch ausgelöst, dass die verkaufte Gesellschaft innert fünf Jahren Reserven ausschüttet, welche bereits im Zeitpunkt des Verkaufs bestanden haben. Auch wenn eine derartige Frist letztlich willkürlich erscheint, kann bei einem derartigen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Ausschüttung alter Reserven und Kauf angenommen werden, dass der Käufer den Kaufpreis mittels dieser Ausschüttung tatsächlich refinanziert hat und der Verkäufer damit in wirtschaftlicher Betrachtung durch die Kaufpreiszahlung indirekt Reserven der verkauften Gesellschaft erhalten hat.

Die Fünf-Jahresfrist beginnt im Zeitpunkt des Verkaufs einer qualifizierten Beteiligung zu laufen. Im Falle von gestaffelten Verkäufen von insgesamt 20% innerhalb von fünf Jahren ab dem ersten Verkauf beginnt für jeden Verkauf ein eigener Fristenlauf[44]. Dies kann dazu führen, dass bei einer späteren Ausschüttung nur ein Teil der Verkäufe besteuert wird, sofern im Zeitpunkt der Ausschüttung die Fünf-Jahresfrist für einen Teil der Verkäufe bereits abgelaufen ist.

bb) Die Ausschüttung vorbestehender Reserven

Eine Ausschüttung wird dann von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG erfasst, wenn sie zu Lasten der vorbestehenden Reserven gebucht wird bzw. im Falle verdeckter Ausschüttungen in dieser Weise gebucht werden müsste. Werden Ausschüttungen dagegen zu Lasten von Gewinnen vorgenommen, die nach dem Zeitpunkt der Veräusserung erzielt werden, kann es nicht zu einer Besteuerung kommen[45]. Dies ermöglicht es dem Käufer, den Kaufpreis durch die zukünftigen Gewinne des gekauften Unternehmens zu refinanzieren, ohne dass dies beim Verkäufer negative Steuerfolgen auslöst. Meines Erachtens ist dabei die Ausschüttung al-

44 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.4.

45 Normalerweise wird eine Gesellschaft Gewinnvorträge und freie Reserven in ihrer handelsrechtlichen Bilanz nicht gesondert nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung ausweisen, so dass nicht ersichtlich ist, ob zu Lasten vorbestehender Reserven oder neu entstandener Reserven ausgeschüttet wird. Im Sinne einer natürlichen Vermutung kann jedoch davon ausgegangen werden, dass nach einem Kauf sämtliche Ausschüttungen zu Lasten von Gewinnen gemacht werden, die nach dem Zeitpunkt des Verkaufs angefallen sind; damit kommt es nur zur Besteuerung, wenn die Ausschüttungen nach dem Verkauf über die nach diesem Zeitpunkt ausgewiesenen handelsrechtlichen Gewinne hinausgehen.

ler Gewinne zulässig, die nach dem letzten, dem Verkauf vorhergehenden Bilanztermin erzielt wurden. Gewinne, die nach dem Bilanztermin erzielt werden, sind im Zeitpunkt des Verkaufs handelsrechtlich nicht ausschüttungsfähig, da eine Ausschüttung nur aufgrund einer ordentlichen, von der Generalversammlung genehmigten Jahresrechnung erfolgen kann, bei der die betreffenden Gewinne als freie Reserven bzw. Gewinnvortrag im Sinne von Art. 675 Abs. 2 OR gebucht worden sind[46].

Die Ausschüttung kann dadurch erfolgen, dass die gekaufte Gesellschaft eine Dividende zu Lasten der bereits im Verkaufszeitpunkt bestehenden Reserven ausschüttet, was in der Praxis als „Substanzdividende" bezeichnet wird[47]. Letztlich löst aber jeder Vorgang, der zu einer Auflösung der Reserven und einem Transfer der betreffenden Mittel zum Käufer führt, eine Besteuerung aus[48]:

– *Rückkauf eigener Aktien durch die gekaufte Gesellschaft*

  Kauft die gekaufte Gesellschaft vom Käufer einen Teil ihrer Aktien zurück, so führt dies nicht zu einer Reduktion der Reserven bei der betreffenden Gesellschaft. Die zurückgekauften Aktien werden viel mehr zum Kaufpreis aktiviert, während auf der Passivseite gemäss Art. 659a Abs. 2 OR freie Reserven in Höhe des Kaufpreises auf die gebundene Reserve für eigene Aktien umgebucht werden. Da sich der Gesamtbetrag der Reserven durch den Rückkauf von Aktien daher nicht verringert, kann ein Rückkauf von Aktien durch die gekaufte Gesellschaft von der Käuferin grundsätzlich nicht als Ausschüttung betrachtet werden.

  Sofern das Aktienkapital aber herabgesetzt und die zurückgekauften Aktien vernichtet werden, wird die Reserve für eigene Aktien definitiv ausgebucht, was wiederum zur Besteuerung führt, sofern es sich bei den umgebuchten Reserven um vorbestehende Reserven handelte. Das Gleiche muss in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 4a VStG auch dann gelten, wenn die gekaufte Gesellschaft mehr als 10% ihrer Aktien zurückkauft oder aber die zurückgekauften Aktien nicht innert sechs Jahren weiterveräussert.

46 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.6.2.

47 Vgl. Entwurf des Kreisschreiben Nr. 7 der EStV vom 14. Februar 2005, Ziff. 3.2.4.

48 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.5.

– *Liquidation der gekauften Gesellschaft*

Die Liquidation der gekauften Gesellschaft, bei der diese in einer Liquidationsausschüttung ihre Aktiven und Passiven bzw. einen Aktivenüberschuss an die Käuferin überträgt, hat die gleichen Folgen wie eine Dividendenausschüttung, da die Reserven der gekauften Gesellschaft aufgelöst und auf die Käuferin übertragen werden[49].

– *Fusion zwischen Käuferin und gekaufter Gesellschaft*

Fusioniert die Käuferin nach dem Kauf mit der gekauften Gesellschaft, so werden die vorbestehenden Reserven der gekauften Gesellschaft und die gesamten Mittel der gekauften Gesellschaft vollumfänglich auf die Käuferin überführt, so dass ebenfalls eine Ausschüttung vorliegt[50].

– *Darlehensfinanzierung mit Mitteln der gekauften Gesellschaft*

Wird der Kauf der Gesellschaft dadurch finanziert, dass die Käuferin von der gekauften Gesellschaft ein Darlehen aufnimmt, so löst dies keine Besteuerung aus, da durch die Darlehensgewährung die Reserven der gekauften Gesellschaft nicht definitiv auf die Käuferin überführt werden und damit der Kaufpreis auch nicht mit diesen Reserven refinanziert wird[51]. Bei einer derartigen Konstellation kann es aber dann zu einer Besteuerung kommen, wenn keine ernsthaften Aussichten auf Rückzahlung des Darlehens bestehen, weil das Darlehen, das die gekaufte Gesellschaft der Käuferin gewährt, nicht innert vernünftiger Frist mit den laufenden Gewinnen der Käuferin getilgt werden kann[52]. Die Eidg. Steuerverwaltung geht in diesem Sinne davon aus, dass es zu einer Besteuerung kommen muss, sofern das betreffende Darlehen nicht innert zehn Jahren aus den Erträgen der Käuferin verzinst und amortisiert werden kann, wobei auch die Dividenden, welche die gekaufte Gesellschaft aus zukünftigen Gewinnen ausschüttet, zur Verzinsung und Amortisation verwendet werden können[53]. Für die Bestimmung der Rückzahlungsfähigkeit sind nach

49 Vgl. StE 1994 B24.4 Nr. 34; SCHENKER (FN 2), 233.

50 StE B24.4 (1994) Nr. 34.

51 Das Darlehen wird in der Bilanz normal aktiviert, so dass die Reserveposition durch diesen Vorgang nicht betroffen wird; erst bei Verrechnung mit einer Dividendenzahlung oder bei einer Abschreibung kommt es zu einer Reduktion der Reserveposition.

52 Vgl. StE B24.4 (1990) Nr. 21; StE B24.4 (1991) Nr. 28.

53 Vgl. Kreisschreiben Nr. 7 (Entwurf) der EStV vom 14. Februar 2005, 10.

der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes die Verhältnisse im Zeitpunkt der Darlehensaufnahme massgebend und nicht die tatsächliche Entwicklung[54], weshalb die Amortisation im Zeitpunkt des Kaufs mittels eines Businessplans nachgewiesen und durch einen Vorabentscheid der Steuerverwaltung bestätigt 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, löst dies keine Steuerfolgen aus, da damit nicht in das Vermögen der gekauften Gesellschaft eingegriffen wird und sich dementsprechend auch die Reserveposition nicht ändert. Auch die Verpfändung von Aktiven der verkauften Gesellschaft führt grundsätzlich nicht zur Besteuerung, da eine derartige Verpfändung nicht zu einem endgültigen Transfer der vorbestehenden Reserven zum Käufer führt[55]. Wiederum kann aber auch eine Verpfändung die Besteuerung auslösen, wenn von vornherein klar ist, dass der Käufer die Kaufpreisfinanzierung nicht zurückzahlen kann und deshalb die verpfändeten Aktiven der verkauften Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit beansprucht werden, was dann zu einer entsprechenden Ausbuchung der vorbestehenden Reserven führt[56]. Die Eidg. 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 gesicherten Kredit innert zehn Jahren zu amortisieren[57].

54 Vgl. StE B24.4 (2002) Nr. 63; ASA 72, 218.

55 Die Gewährung einer Sicherheit führt in der Bilanz der gekauften Gesellschaft nicht zu Veränderungen, da die Sicherheit selbst nicht verbucht werden muss. Erst Rückstellungen oder Abschreibungen, die sich wegen Problemen bei der Rückzahlung der gesicherten Darlehen aufdrängen, beeinflussen die Reserveposition.

56 StE B24.4 (2002) Nr. 63; Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006 Ziff. 4.5.

57 Kreisschreiben Nr. 7 (Entwurf) der EStV vom 14. Februar 2005, 10.

e) Mitwirkung des Verkäufers bei der Ausschüttung

Zur Besteuerung kann es gemäss dem Wortlauf von Art. 20a Abs. 1 lit.a DBG[58] nur kommen, wenn der Verkäufer bei der Ausschüttung mitwirkt. Aktive Mitwirkung liegt immer dann vor, wenn der Verkäufer selber die Ausschüttung vorbereitet, indem er z.B. selbst die für eine Fusion, Liquidation oder Ausschüttung gesellschaftsrechtlich notwendigen Schritte einleitet. Zur Besteuerung genügt es gemäss Art. 20a Abs. 2 DBG aber bereits[59], dass der Verkäufer weiss oder wissen muss, dass der verkauften Gesellschaft zwecks Finanzierung des Kaufpreises Mittel entnommen werden[60]. Damit ist das Erfordernis der Mitwirkung erfüllt, wenn der Verkäufer aufgrund des Verhältnisses zwischen Kaufpreis einerseits und eigenen Mitteln der Käuferin sowie dem zukünftigen Gewinn der verkauften Gesellschaft andererseits erkennen muss, dass der Kaufpreis weder aus den eigenen Mitteln der Käuferin bezahlt, noch aus den zukünftigen Gewinnen der gekauften Gesellschaft innert vernünftiger Zeit amortisiert werden kann[61]. Damit dürfte die Frage der Mitwirkung kaum je eine Hürde für die Besteuerung nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG sein, da praktisch in allen Fällen, in denen später Reserven ausgeschüttet werden müssen, bereits beim Kauf eine relativ dünne Eigenkapitaldeckung des Käufers vorlag und deshalb ein Gericht zum Schluss kommen wird, dass die Notwendigkeit der Ausschüttung schon beim Verkauf erkennbar war.

3. Die Besteuerung

Die Besteuerung erfolgt gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG im Nachsteuerverfahren im Sinne von Art. 151 ff. DBG. Dieses Verfahren wird in dem Zeitpunkt eingeleitet, in dem die verkaufte Gesellschaft die vorbestehenden Reserven ausschüttet, d.h. die betreffende Dividendenzahlung erfolgt bzw. eine Fusion oder Liquidation durchgeführt wird. Das steuerbare Einkommen entspricht dabei der kleinsten der folgenden Grössen[62]:

58 Vgl. StE B24.4 (2002) Nr. 63; ASA 60, 537; ASA 59, 717.

59 Art. 7a Abs. 2 StHG ist für die kantonalen Steuern in gleicher Weise formuliert.

60 In der bisherigen Gerichtspraxis wurde dies als „passive Mitwirkung" bezeichnet. Vgl. StE B24.4 (2002) Nr. 63; ASA 60, 537; ASA 59, 717.

61 Vgl. ASA 59, 717 E.7; BGer 2A.648/2005; ASA 66, 146, vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006 Ziff. 4.7.

62 Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 5.1.1.

- Differenz zwischen Verkaufserlös und Nominalwert[63];
- Betrag der Ausschüttung, der zu Lasten der vorbestehenden Reserven erfolgt;
- Betrag der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven, die in der letzten dem Verkauf vorhergehenden Bilanz ausgewiesen werden;
- Nichtbetriebsnotwendige Mittel, die im Verkaufszeitpunkt existieren.

IV. Die gesetzliche Regelung der Transponierung

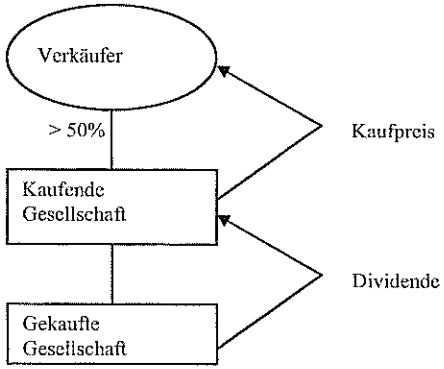
1. Konzept der Transponierung

Eine Transponierung liegt dann vor, wenn eine natürliche Person Aktien an eine Gesellschaft verkauft, die sie selbst beherrscht, und der Preis über dem Nennwert des verkauften Aktienwertes liegt. Grund für diese Besteuerung ist letztlich, dass gar kein echter Verkauf, sondern eine Umstrukturierung im Vermögen der steuerpflichtigen Person vorliegt, mit der es dieser gelingt, Reserven, deren Ausschüttung steuerbar ist, in eine Kaufpreisforderung umzuwandeln[64], welche steuerfrei bezogen werden kann[65]. Der Verkauf zu einem Preis über dem Nominalwert erlaubt es dem Verkäufer nämlich, einen Teil der Reserven der „verkauften" Gesellschaft dadurch steuerfrei an sich zu ziehen, dass die verkaufte Gesellschaft diese steuerfrei an die Käuferin ausschüttet und die Käuferin diese Mittel dann zur Amortisation des Kaufpreises verwendet.

63 Da bei einer Liquidation gemäss dem Nominalwertprinzip nur die Leistungen der Gesellschaft besteuert werden können, die über dem Nominalwert hinausgehen, kann bei indirekten Teilliquidationen ebenfalls kein höherer Betrag besteuert werden; die Aussage im Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 5.1.1, dass der gesamte Verkaufserlös besteuert werden könne, ist m.E. daher unrichtig.

64 Bzw. zu „transponieren".

65 Vgl. ASA 68, 422; ASA 58, 689; BGer 2A.331/2003 E.3 mit weiteren Verweisen; Kreisschreiben Nr. 6 der EStV vom 3. Februar 1987.



Letztlich ist die Transponierung ein Unterfall der indirekten Teilliquidation, da in beiden Fällen rechtlich eine Kaufpreiszahlung, wirtschaftlich aber eine Ausschüttung vorliegt. Da der Verkäufer bei der Transponierung aber die kaufende Gesellschaft beherrscht und damit selbst über Höhe und Zeitpunkt der Ausschüttung bestimmt, wird im Gegensatz zur oben dargestellten Besteuerung aus indirekter Teilliquidation nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Ausschüttung abgestellt, sondern unmittelbar beim Verkauf die Differenz zwischen Kaufpreis und Nennwert besteuert.

2. Voraussetzungen für die Besteuerung

Eine Transaktion kann nur dann gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG[66] besteuert werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt werden:

a) Veräusserung einer Beteiligung von mindestens 5%

Für die Besteuerung genügt die Übertragung einer Beteiligung von 5% am Kapital einer Gesellschaft, wobei nach dem Gesetzestext auf den Kapitalanteil und nicht auf den Stimmrechtsanteil abgestellt wird. Im Gegensatz zur indirekten Teilliquidation erwähnt der Gesetzestext bei der Transponierung keine Umgehungstatbestände durch mehrere gleichartige Veräusserungstransaktionen. Trotzdem dürfte es in analoger Anwendung der Bestimmungen zur indirekten

66 Diese Ausführungen gelten auch für die kantonalen Steuern, da Art. 7a Abs. 1 lit. b StHG den gleichen Wortlaut hat.

Teilliquidation zur Besteuerung kommen, wenn eine Person Einzeltransaktionen vornimmt, die unter der 5%-Grenze liegen, zusammen aber einen höheren Prozentsatz ergeben, da bei einer derartigen Aufteilung der Transaktionen eine Gesetzesumgehung vorliegt.

Soweit ein Anteil übertragen wird, der unter 5% liegt, kommt es nicht zur Besteuerung. Daher ist es einer natürlichen Person möglich, derartige Beteiligungen gegen Kaufpreise, die über den entsprechenden Nennwerten liegen, in eine vom Verkäufer selbst beherrschte Holding zu verkaufen. Auf diese Weise kann der Verkäufer die zukünftigen Ausschüttungen auf den betreffenden Aktien durch die Zahlung des Kaufpreises steuerfrei einnehmen. Dieses Vorgehen erscheint zwar vordergründig attraktiv, bringt aber den Nachteil mit sich, dass alle Kapitalgewinne, welche die neue Holdinggesellschaft in Zukunft macht, den direkten Bundessteuern unterworfen sind[67] und bei einer Ausschüttung auch noch als Einkommen besteuert werden, was gesamthaft zu einer höheren Steuerbelastung führen wird als die Befreiung der Dividenden von der Einkommenssteuer.

b) Beherrschung der Käuferin

Zu einer Besteuerung kann es nur kommen, wenn der Verkäufer zu mindestens 50% am Kapital der kaufenden Gesellschaft beteiligt ist. Wiederum stellt der Gesetzestext auf das Kapital und nicht auf die Stimmverhältnisse ab, so dass es möglich wäre, eine Beteiligung ohne entsprechende Steuerfolgen in eine Gesellschaft einzubringen, die der Verkäufer zwar stimmenmässig, nicht aber kapitalmässig beherrscht.

Gemäss dem letzten Satz von Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG kann die 50%-Grenze aber auch durch Gruppenbildung überschritten werden. Dieser Tatbestand wird erfüllt, wenn verschiedene Aktionäre einer Gesellschaft gemeinsam ihre Aktien in eine Holding einbringen, die sie zusammen beherrschen, indem sie gemeinsam über 50% des Kapitals dieser Gesellschaft halten[68]. Eine gemeinsame Beherrschung kann aber nur vorliegen, wenn die betreffenden Aktionäre aufgrund eines Aktionärbindungsvertrages oder ähnlicher Vereinbarungen gemeinsam einen erheblichen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft haben, indem sie z.B. im Verwaltungsrat vertreten sind oder aber anderweitig Vetorechte

67 Bei einer Beteiligung von weniger als 20% kann der Beteiligungsabzug für Kapitalgewinne im Sinne von Art. 69 f. DBG bzw. 28 Abs. 1bis StHG nicht in Anspruch genommen werden.

68 Vgl. BGE 115 1B 246; StE B24.4 (1999) Nr. 49; StE B24.4 (1999) Nr. 52.

für wesentliche geschäftliche Entscheide haben. Keine Beherrschung liegt dagegen vor, wenn sich der Verkäufer einer Gesellschaft in einer Minderheitsposition bei der Käuferin beteiligt und keine Mitspracherechte hat, sondern im Rahmen eines Aktionärbindungsvertrages nur vermögensrechtliche Ansprüche vereinbart hat, wie z.B. Anspruch auf die Zahlung einer bestimmten Dividende oder Mitverkaufsrechte.

c) Der Kaufpreis überschreitet den Nennwert der eingebrachten Aktien

Zu einer Besteuerung kann es nur kommen, wenn die Gegenleistung, die der Verkäufer erhält, über dem Nennwert der verkauften Aktien liegt. Dabei ist es allerdings irrelevant, in welcher Form dieser Kaufpreis ausbezahlt wird; die Besteuerung erfolgt unabhängig davon, ob der Kaufpreis in bar ausbezahlt wird oder ob der Verkäufer eine Gutschrift erhält. Eine Transponierung kann aber auch durch Sacheinlage ausgelöst werden, d.h. wenn der Verkäufer seine Aktien gar nicht verkauft, sondern als Sacheinlage gegen Ausgabe neuer Aktien einbringt, und der Nominalwert der neu ausgegebenen Aktien über dem Nominalwert der eingebrachten Aktien liegt[69]. Bei diesem Vorgehen kann der Verkäufer nämlich die Reserven der verkauften Gesellschaft durch eine entsprechende Kapitalherabsetzung bei der kaufenden Gesellschaft steuerfrei vereinnahmen.

Das Erfordernis, dass der Kaufpreis über dem Nennwert der verkauften Aktien liegen muss, zeigt auch, wie die Besteuerung bei einer Holdingbildung vermieden werden kann. Wenn eine natürliche Person aus bestehenden Beteiligungen eine Holding bilden oder eine Beteiligung in eine bestehende Holdinggesellschaft einbringen will, so kommt es nicht zu Steuerfolgen, wenn sie als Gegenleistung eine Zahlung oder neue Aktien erhält, die den Nominalwert der eingebrachten Aktien nicht übersteigten. Damit die Gesellschaft, welche die betreffenden Aktien übernimmt, ein dem Wert der Einlage entsprechendes Eigenkapital ausweist, kann sie die übernommenen Aktien zu ihrem Verkehrswert aktivieren und die Differenz zwischen dem Kaufpreis und diesem Verkehrswert als Agio-Reserve einbuchen[70]. Da es diese Art der Verbuchung dem Verkäufer nicht ermöglicht, Reserven der verkauften Gesellschaft steuerfrei an sich zu ziehen, kommt es bei diesem Vorgehen nicht zu einer Besteuerung.

69 Vgl. StE B24.4 (1990) Nr. 48; StE B24.4 (1999) Nr. 52.

70 Vgl. Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 3. Februar 1987, Ziff. III.

V. Mögliche Transaktionsstrukturen

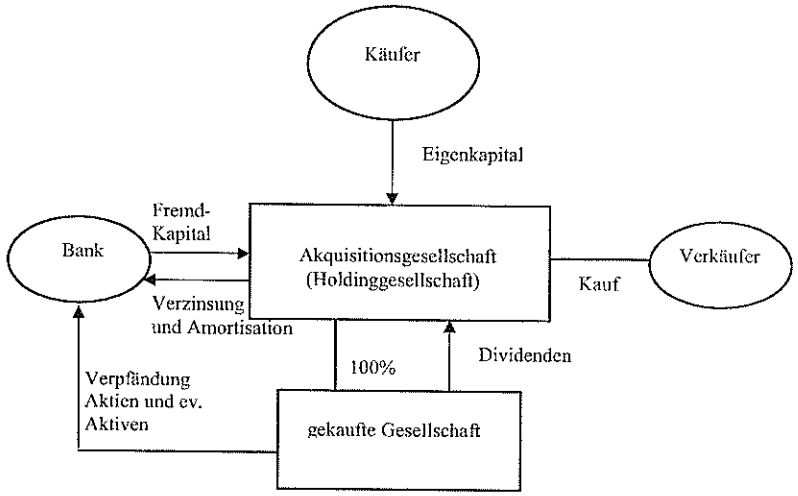
Die neuen gesetzlichen Vorschriften ermöglichen beim Kauf einer Gesellschaft von natürlichen Personen steueroptimierte Akquisitionsstrukturen:

1. Grundstruktur: Kauf mit einer Akquisitionsholding

Bei dieser Transaktionsstruktur gründet der Käufer zunächst eine neue Holdinggesellschaft, welche die Gesellschaft vom Verkäufer kauft. Die Akquisitionsgesellschaft wird mit Eigen- und mit Fremdkapital finanziert, wobei das Fremdkapital durch Verpfändung der gekauften Aktien sowie, im zulässigen Rahmen, auch durch Aktiven der gekauften Gesellschaft gesichert wird[71]. Das Fremdkapital kann dabei von Dritten, aber auch vom Verkäufer selber stammen. Derartige Verkäuferdarlehen werden gerade bei familieninternen Nachfolgeregelungen häufig verwendet, um die Finanzierung zu erleichtern.

Die Akquisitionsgesellschaft verzinst und amortisiert das aufgenommene Fremdkapital dann mit Dividendenausschüttungen der gekauften Gesellschaft, die diese aus den nach dem Kauf realisierten Gewinnen finanziert.

71 Wie oben dargestellt, löst die Verpfändung der Aktiven der verkauften Gesellschaft allerdings nur dann keine Besteuerung aus, wenn die gesicherten Schulden innert vernünftiger Frist (normalerweise innert zehn Jahren) durch zukünftige Ausschüttungen verzinst und amortisiert werden können.



Diese Struktur ermöglicht es dem Käufer, über die Einschaltung der Akquisitionsgesellschaft das Fremdkapital mit steuerfrei vereinnahmten Dividenden zu finanzieren, da die Akquisitionsgesellschaft die Dividenden dank Beteiligungsabzug ohne Steuerbelastung vereinnahmen kann. Nach fünf Jahren fusionieren gekaufte Gesellschaft und Akquisitionsgesellschaft, so dass die Restschuld dann aus den bei der gekauften Gesellschaft vorhandenen Mitteln getilgt werden kann[72].

In dieser Weise können insbesondere Leverage Buy-outs, Management Buy-outs, aber auch Nachfolgeregelungen innerhalb von Familien optimiert werden, da es letztlich möglich ist, einen grossen Teil des Kaufpreises durch die zukünftigen Erträge des gekauften Unternehmens zu finanzieren. Sollte es der Akquisitionsgesellschaft allerdings nicht möglich sein, die Zinsen und Amortisationen für die Kaufpreisfinanzierung aus den von der gekauften Gesellschaften nach dem Kauf erwirtschafteten Gewinnen zu bezahlen, und muss die gekaufte Gesellschaft deshalb Reserven ausschütten, die bereits vor dem Verkauf existierten, so führt dies nachträglich zur Besteuerung beim Verkäufer. Die Besteuerung gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG kommt grundsätzlich unabhängig von den Absichten der Parteien zur Anwendung, d.h. auch wenn der Käufer ursprünglich beabsichtigt, die Kaufpreisfinanzierung aus zukünftigen Gewinnen zu verzinsen und zu amortisieren, kommt es zur Besteuerung, wenn dieser Plan nicht verfolgt wird bzw. aus wirtschaftlichen Gründen nicht verfolgt werden kann. Immerhin kann sich der Verkäufer meines Erachtens aber darauf berufen, dass es ihm an dem gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 2 DBG notwendigen Mitwissen fehlte, wenn er beim Abschluss des Kaufvertrages nicht davon ausgehen musste, dass die vorbestehenden Reserven in irgendeiner Weise zur Refinanzierung des Kaufpreises verwendet würden. Diese Argumentation ist allerdings nur stichhaltig, wenn das Eigenkapital der Akquisitionsgesellschaft genügend hoch ist, um die Finanzierung im Rahmen der normalen Schwankungen des Geschäftes sicherzustellen und der Gewinnrückgang der verkauften Gesellschaft auf aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist, die der Verkäufer beim Abschluss des Kaufvertrages nicht voraussehen und der Verkäufer deshalb in guten Treuen davon ausgehen konnte, dass es nie zu einer Ausschüttung vorbestehender Reserven kommen würde. Damit diese Argumentation Platz greifen kann, genügt es dementsprechend nicht, wenn der Rückgang der Gewinne der gekauften Gesellschaft auf gewöhnliche konjunkturelle oder industriezyklische Gründe zurückzuführen ist, da die Parteien derartige Entwicklungen grundsätzlich in Betracht ziehen müssen und der Verkäufer deshalb wissen muss, dass es in einer derartigen Konstellation zur Ausschüttung vorbestehender Reserven kommt[73].

Auch bei der oben dargestellten Akquisitionsstruktur ist es aber nicht möglich, den Kaufpreis zulasten des Gewinnes der gekauften Gesellschaft abzuschreiben, da sich der Buchwert der Aktiven der gekauften Gesellschaft durch den Kauf nicht ändert[74]. Die Akquisitionsgesellschaft hat auch keine Möglichkeit, den Beteiligungswert oder den Goodwill, der mit der verkauften Gesellschaft verbunden ist, planmässig abzuschreiben. Die Akquisitionsgesellschaft kann nur Abschreibungen vornehmen, wenn es bei der gekauften Gesellschaft zu ei-

72 Der bei dieser Fusion allenfalls entstehende Fusionsverlust kann steuerlich *nicht* vom Gewinn abgezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn der Fusionsverlust handelsrechtlich als Goodwill aktiviert und in den Folgejahren zu Lasten des Ertrages amortisiert wird; die entsprechenden Abschreibungen können vom steuerbaren Einkommen nicht in Abzug gebracht werden.

73 Vgl. Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der EStV vom 10. November 2006, Ziff. 4.7; zur Schwierigkeiten beim Nachweis des „Nichtwissens", ASA 66, 146.

74 In der Schweiz gibt es in diesem Sinne keinen „Step-up" der Buchwerte der gekauften Gesellschaft. Dies gilt auch bei der späteren Fusion von Akquisitionsholding und gekaufter Gesellschaft, da der Unterschied zwischen dem nach Buchwerten berechneten Überschuss der Aktiven bei der gekauften Gesellschaft in diesem Zeitpunkt als Fusionsverlust ausgebucht oder aber als Goodwill aktiviert werden muss, wobei weder der Fusionsverlust noch die Abschreibung des Goodwills vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden können.

nem anhaltenden strukturellen Wertverlust kommt, wobei diese Abschreibung bei einer Akquisitionsgesellschaft aber steuerlich ohnehin nicht sinnvoll ist, da eine derartige Gesellschaft typischerweise gar kein steuerbares Einkommen hat, sondern nur steuerfreie Dividenden bezieht.

Nach schweizerischem Recht können die Zinsen, welche die Akquisitionsgesellschaft bezahlt, nicht dem Vorsteuergewinn der gekauften Gesellschaft belastet werden. Dies ist erst nach der Fusion möglich, die aber nach den oben dargestellten steuerlichen Rahmenbedingungen erst fünf Jahre nach dem Kauf durchgeführt werden kann. Bis zu diesem Zeitpunkt laufen die Zinsbelastungen auf Stufe der Akquisitionsholding steuerlich betrachtet „ins Leere", da die Akquisitionsgesellschaft aus den Dividendenzahlungen dank dem Beteiligungsabzug nur steuerfreie Einkünfte hat und deshalb keine Verrechnung mit steuerbaren Erträgen möglich ist.

2. Optimierungsmöglichkeiten

Beim oben dargestellten Grundmodell existieren Optimierungsmöglichkeiten, die allerdings sehr stark vom konkreten Fall abhängen:

a) Kapitalherabsetzung der gekauften Gesellschaft

Die gekaufte Gesellschaft kann unmittelbar nach dem Verkauf eine Kapitalherabsetzung durchführen, bei der sie ihr Kapital auf den Minimalbetrag von CHF 100'000 reduziert und den Differenzbetrag zum bisherigen Nominalkapital an die Akquisitionsgesellschaft ausschüttet. Mit dem Herabsetzungsbetrag kann die Akquisitionsgesellschaft einen Teil des Fremdkapitals sofort refinanzieren, ohne dass dies zu negativen Steuerfolgen beim Verkäufer führt. Die Kapitalherabsetzung stellt keine Ausschüttung von vorbestehenden Reserven dar, da die Auszahlung an die Akquisitionsgesellschaft bei dieser Transaktion allein dem Kapitalkonto belastet wird, die Reserven aber nicht reduziert werden.

Soweit die gekaufte Gesellschaft die Kapitalrückzahlung mit Fremdkapital finanzieren muss, führt die Kapitalherabsetzung in wirtschaftlicher Hinsicht dazu, dass ein Teil der Akquisitionsfinanzierung von der gekauften Gesellschaft aufgebracht wird. Dies hat insbesondere den Vorteil, dass die Zinsbelastung der Holdinggesellschaft, die bei dieser – wie oben dargestellt – steuerlich „ins Leere" geht, sinkt und die steuerlich abzugsfähige Zinsbelastung bei der gekauften Gesellschaft steigt.

b) Verkauf von Aktien an die verkaufte Gesellschaft

Sofern die zum Verkauf stehende Gesellschaft genügend freie Reserven hat, um den Kaufpreis zu decken, kann sie gemäss Art. 659 OR bis maximal 10% ihres Aktienkapitals zurückkaufen. Ein derartiger Rückkauf von Aktien führt nicht zu einer Steuerbelastung des Verkäufers, wenn die Aktien innert sechs Jahren weiter veräussert werden[75].

Daher ist es möglich, einen Verkauf so zu strukturieren, dass die Akquisitionsgesellschaft des Käufers 90% der Aktien der verkauften Gesellschaft kauft, diese selbst aber auch noch 10% der Aktien vom Verkäufer erwirbt, dies erlaubt es, 10% des Kaufpreises der verkauften Gesellschaft zu belasten. Dieser Optimierungsschritt ermöglicht es letztlich, die Fremdkapitalaufnahme bei der Akquisitionsgesellschaft zu reduzieren und 10% der mit der Akquisitionsfinanzierung verbundenen Zinsen direkt bei der gekauften Gesellschaft anfallen zu lassen, so dass diese die entsprechende Zinsbelastung ihrem Vorsteuergewinn belasten kann.

Bei einer derartigen Transaktionsgestaltung will der Verkäufer allerdings typischerweise sicherstellen, dass die Gesellschaft die Aktien, die er verkauft hat, tatsächlich innert sechs Jahren wieder verkauft. In den meisten Fällen muss die Akquisitionsgesellschaft daher eine Garantie dafür übernehmen, dass die betreffenden Aktien tatsächlich innert sechs Jahren weiterverkauft werden. Diese Verpflichtung wird häufig auch noch mit einem Kaufsrecht des Verkäufers abgesichert, das ihm ermöglicht, die betreffenden Aktien sehr billig zurückzukaufen, falls sie nicht fristgemäss weiterverkauft werden.

c) Kauf mit einer operativen Gesellschaft

Die oben dargestellte Grundstruktur kann steuerlich optimiert werden, wenn an Stelle einer neu gegründeten Akquisitionsgesellschaft eine operativ tätige Gesellschaft mit eigenem steuerbaren Einkommen verwendet wird. Die Verbesserung ergibt sich daraus, dass einerseits die Zinsen für die Akquisitionsfinanzierung dem Vorsteuergewinn der kaufenden Gesellschaft belastet werden können, und andererseits auch allfällige Abschreibungen zu Lasten des steuerbaren Gewinnes gemacht werden können. Da auch eine operative Gesellschaft den Beteiligungsabzug vollumfänglich geltend machen kann, kann sie die Dividenden der gekauften Gesellschaft genau wie eine als Holdinggesellschaft gegründete

[75] Art. 4a Abs. 2 VStG und Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 7 Abs. 1bis StHG.

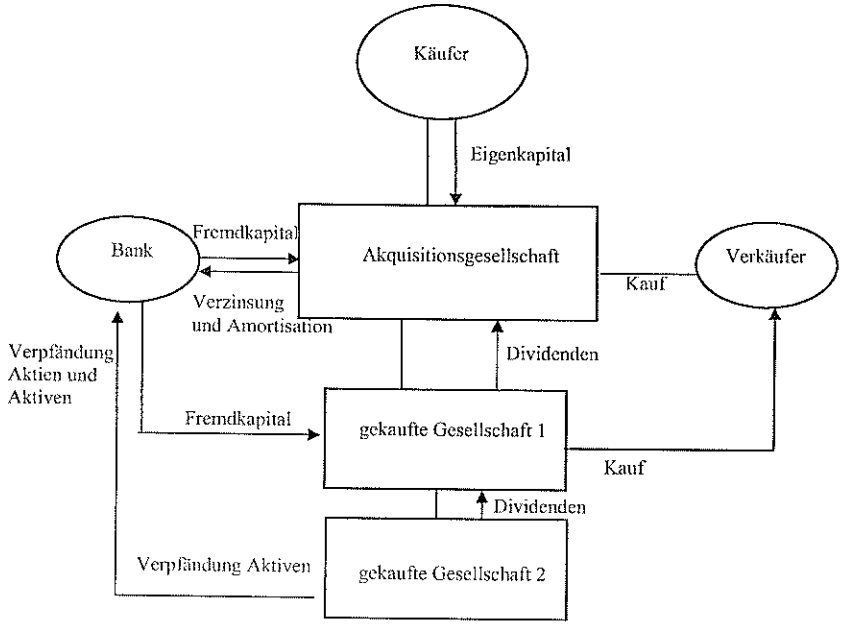
neue Akquisitionsgesellschaft steuerfrei vereinnahmen und hat daher in dieser Beziehung keine Nachteile.

Diese Optimierung ist natürlich nur möglich, wenn der Käufer über eine geeignete operative Gesellschaft verfügt, was beim typischen Leverage Buy-out, Management Buy-out oder auch bei Nachfolgeregelungen innerhalb der Nachkommen eines Unternehmers selten der Fall ist. Diese Struktur kann aber verwendet werden, wenn eine bereits bestehende operative Gesellschaft ein anderes Unternehmen kauft.

d) Kauf mehrerer Gesellschaften von einem Verkäufer

Falls der Verkäufer nicht eine, sondern zwei oder sogar mehrere Gesellschaften verkauft[76], kann die oben dargestellte Struktur derart ergänzt werden, dass der Käufer zunächst mit einer Akquisitionsgesellschaft eine Gesellschaft kauft und diese dann die zweite Gesellschaft vom Verkäufer kauft, was folgende Struktur ergibt:

[76] Eine derartige Situation ergibt sich in der Praxis dann, wenn ein Unternehmer seine Tätigkeiten in mehreren Gesellschaften verfolgt (Produktions-, Handels-, Immobiliengesellschaft), diese aber nie in einer Holding- oder Stammhausstruktur zusammengeführt hat.



Diese Struktur hat den Vorteil, dass die Gesellschaft, die als erste gekauft wird, wie oben beim Kauf durch operative Gesellschaft beschrieben, die Finanzierungskosten für den Kauf der zweiten Gesellschaft sowie auch allfällig notwendige Abschreibungen dem eigenen steuerbaren Gewinn belasten kann. Bei dieser Transaktionsstruktur können auch die gesamten Aktiven der ersten Gesellschaft zur Sicherstellung des Kaufpreises der zweiten Gesellschaft verpfändet werden, was die Finanzierung erleichtern kann[77].

3. Beteiligung des Verkäufers an der kaufenden Gesellschaft

Zum Teil hat der Verkäufer den Wunsch, sich an der kaufenden Gesellschaft als Minderheitsaktionär zu beteiligen, um an der Wertsteigerung dieser Gesellschaft teilzunehmen. In anderen Fällen kann eine derartige Beteiligung auch die Finanzierung der Akquisitionsgesellschaft erleichtern. In der Praxis werden derartige Strukturen vor allem bei Leverage Buy-outs, wie auch bei Manage-

[77] Für die Verpfändung der Aktiven der zweiten gekauften Gesellschaft gelten dagegen die oben dargestellten Einschränkungen für die Verpfändung von Aktiven.

ment Buy-outs eingesetzt, kommen aber zum Teil auch beim Verkauf eines Unternehmens an Nachkommen zur Anwendung.

Solange die Beteiligung des Verkäufers an der Akquisitionsgesellschaft unter 50% liegt, kann es bei einer derartigen Transaktionsgestaltung aufgrund von Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG nicht zu einer Besteuerung wegen Transponierung kommen. Der Verkäufer muss in diesen Fällen allerdings vermeiden, dass seine Beteiligung an der Akquisitionsgesellschaft als „Mitbeherrschung" betrachtet wird. In diesem Sinne sollte er Vereinbarungen vermeiden, die ihm Mitsprache im Verwaltungsrat oder Vetorechte bei Geschäftsentscheidungen geben. Vereinbarungen über Vermögensrechte, wie die Ausschüttung einer Mindestdividende oder ein Mitverkaufsrecht, führen dagegen nicht zu einer Gruppenbildung zwischen Käufer und Verkäufer, die als Mitbeherrschung betrachtet werden kann. Da der Begriff der Mitbeherrschung allerdings gesetzlich nicht definiert wird, empfiehlt es sich, bei einer derartigen Fallgestaltung einen Vorabentscheid der Steuerbehörden einzuholen, in der diese bestätigen, dass im konkreten Fall keine Mitbeherrschung vorliegt und dass es deshalb trotz der Beteiligung des Verkäufers nicht zu einer Besteuerung kommt.

4. Absicherung von Transaktionsstrukturen in der Praxis

In der Praxis ist es auch unter den neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen notwendig, Akquisitionsstrukturen wie folgt abzusichern:

a) Vorabentscheide der Steuerbehörden

Da sich die Steuerbehörden in der Vergangenheit bei der Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen als sehr innovativ gezeigt haben, empfiehlt es sich, trotz der gesetzlichen Grundlage von Art. 20a DBG bzw. Art. 7a StHG bei konkreten Transaktionen Vorabentscheide einzuholen, in denen die Steuerbehörden die Steuerfreiheit aufgrund der konkreten Umstände bestätigen[78]. Dies ist insbesondere dann notwendig, wenn Optimierungsschritte, wie beispielsweise die Verpfändung von Aktiven der gekauften Gesellschaft oder die Beteiligung des Verkäufers an der Akquisitionsgesellschaft, in Betracht gezogen werden.

78 Der Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV vom 10. November 2006, Ziff. 5.2, sieht ausdrücklich die Erteilung von verbindlichen Auskünften bezüglich Voraussetzung und Folgen der indirekten Teilliquidation vor.

b) Vertragliche Absicherung des Verkäufers

Der Verkäufer sollte sich im Kaufvertrag zusichern lassen, dass sich der Käufer an die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Vermeidung einer Besteuerung hält, d.h. innert fünf Jahren nach dem Verkauf keine Reserven der gekauften Gesellschaft ausschüttet, die bereits im Zeitpunkt des Kaufs existierten. Mit einer derartigen Klausel ist es dem Verkäufer möglich, auf den Käufer Rückgriff zu nehmen falls es zu einer Besteuerung kommt, weil der Käufer sich nicht an die steuerlichen Rahmenbedingungen für steuerfreie Kapitalgewinne hält.

Wenn der Kaufvertrag Ausschüttungen vorbestehender Reserven verbietet, so kann sich der Verkäufer bei späteren Ausschüttungen, die eine Besteuerung auslösen können, grundsätzlich auch darauf berufen, dass er an der Ausschüttung nicht mitgewirkt habe, da ihm das Mitwissen im Sinne von Art. 20a Abs. 2 DBG[79] fehlte. Wenn der Käufer ausdrücklich die vertragliche Verpflichtung übernommen hat, keine Ausschüttungen aus vorbestehenden Reserven vorzunehmen, kann der Verkäufer ja nicht annehmen, dass es zu derartigen Ausschüttungen kommt. Die Steuerbehörden haben eine derartige Argumentation im Rahmen ihrer bisherigen Praxis zur indirekten Teilliquidation allerdings im konkreten Fall fast immer mit der Begründung abgelehnt, dass der Verkäufer in Anbetracht der Finanzlage der Akquisitionsgesellschaft davon ausgehen musste, dass diese ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen könne und die Reserven zur Refinanzierung des Kaufpreises verwenden müsse. Da das Erfordernis der Mitwirkung bzw. des Mitwissens nun aber gemäss dem Text von Art. 20a Abs. 2 DBG gesetzliche Voraussetzung für eine Besteuerung ist, sollte sich der Verkäufer meines Erachtens in derartigen Situationen immer dann auf die vertragliche Verpflichtung der Käuferin berufen können, wenn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinerlei Indizien dafür bestanden, dass die Akquisitionsgesellschaft später zu einer Vertragsverletzung gezwungen sein könnte.

79 Für den kantonalen Bereich Art. 7a Abs. 2 StHG.

VI. Inkrafttreten/Übergangsregelung

1. Inkrafttreten

Das Bundesgesetz über dringende Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Die Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes werden allerdings erst ein Jahr später in Kraft treten. Es ist aber davon auszugehen, dass die Kantone das neue Recht sofort anwenden, da es der Praxis der meisten Kantone entspricht; diese sind dem Bundesgerichtsurteil vom 11. Juni 2004 nicht gefolgt und haben deshalb die Theorie der indirekten Teilliquidation nie in der Weise ausgedehnt wie die Eidg. Steuerverwaltung, so dass die neuen rechtlichen Grundlagen letztlich zum grössten Teil nur die bisherige kantonale Praxis wiedergeben bzw. präzisieren.

2. Übergangsregelung

Die Regeln betreffend indirekte Teilliquidation gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG gelten gemäss Art. 205b DBG ausdrücklich auch für Transaktionen, die während der Steuerjahre ab 2001 durchgeführt wurden, aber noch nicht definitiv veranlagt worden sind. Daher werden die meisten Transaktionen, die gemäss dem Bundesgerichtsurteil vom 11. Juni 2004 wegen der Finanzierung eines Aktienkaufs aus den zukünftigen Erträgen der gekauften Gesellschaft mit Steuern bedroht sind, nach dem neuen Recht beurteilt, sofern ein allfälliges Rechtsmittelverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Die rückwirkende Anwendung des neuen Rechts wird in den meisten Fällen dazu führen, dass es nicht zu einer Besteuerung kommt, sofern die Parteien der vor dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 geltenden Praxis nachgekommen sind.