

Zur Theorie der indirekten Teilliquidation unter dem DBG

Anmerkungen zum Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich vom 2. März 2000 (4 DB.1999.80¹) und zum Urteil des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2001 (2A.474/2000/bie²)

Dr. oec. publ. Jürg B. Altorfer*

Inhalt**

1	Einleitung
2	Sachverhalt und Entscheid der Veranlagungsbehörde
3	Erwägungen der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich
3.1	Indirekte Teilliquidation unter dem DBG
3.2	Fallbezogene Erwägungen
4	Erwägungen des Bundesgerichts
4.1	Indirekte Teilliquidation unter dem DBG
4.2	Fallbezogene Erwägungen
5	Anmerkungen
5.1	Zur Theorie der indirekten Teilliquidation nach der bisherigen Rechtsprechung
5.2	Indirekte Teilliquidation unter dem DBG
5.3	Finanzierung des Kaufpreises aus Mitteln des Kaufobjekts
5.3.1	Verkauf der Liegenschaft nach der Transaktion
5.3.2	Sicherheiten des Kaufobjekts
5.3.3	Amortisation des Kredits
5.4	Mitwirkung
5.5	Mögliche Grundsätze für eine künftige Praxisfestlegung
6	Ausblick
	Literatur

1 Einleitung

Die Theorie der indirekten Teilliquidation ist seit langem in der Lehre zum Teil heftig kritisiert worden. Im Zentrum steht dabei, dass der objektiv gleiche Sachverhalt nach dem subjektiven Verhalten der Akteure zu unterschiedlichen Steuerfolgen führen kann³. Dass das Verhalten des Käufers nach der Transaktion die Steuerfolgen beim Verkäufer bestimmen kann, wirkt tatsächlich befremdend und ist der Rechtssicherheit abträglich. Andererseits wird aber sowohl in der Veranlagungspraxis als auch in der Lehre anerkannt, dass die steuerplanerische Umqualifikation von steuerbarem Vermögensertrag in steuerfreien Kapitalgewinn unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu untersuchen ist⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob der Sachverhalt unter dem BdBSt oder dem DBG zu beurteilen ist.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur indirekten Teilliquidation erging unter dem BdBSt. Die Bundessteuer-Rekurskommission Zürich hatte erstmals Gelegenheit, sich mit der Problematik unter dem DBG zu befassen. In einem äusserst bemerkenswerten Entscheid hat sie sich mit der Theorie der indirekten Teilliquidation gemäss den neuen gesetzlichen Grundlagen auseinandergesetzt und dabei mögliche Grundsätze für eine zweckmässige Praxisfestlegung aufgezeigt. Die ESTV hat gegen diesen Entscheid jedoch Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben, welche gutgeheissen wurde.

* Chef der Hauptabteilung Einschätzungsdienste II des kantonalen Steueramtes Zürich, Vorsitzender der Arbeitsgruppe Unternehmenssteuern der Schweizerischen Steuerkonferenz und Vorsitzender der Klausurkommission der Steuerexpertenprüfung. Die Ausführungen entsprechen der persönlichen Auffassung des Autors.

** Der Autor dankt Herrn Walter Urwyler, dipl. Wirtschaftsprüfer, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 StE 2002 B 24.4. Nr. 62.

2 StE 2002 B 24.4. Nr. 63.

3 REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 92 ff.

4 REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 93; VGr Zürich 6.9.1988, StE 1988 B 24.4 Nr. 16.

2 Sachverhalt und Entscheid der Veranlagungsbehörde

Die Steuerpflichtige J. war Eigentümerin von 1403 Aktien der B-AG. Der Nennwert ihrer Aktien betrug insgesamt Fr. 403 000, aufgeteilt in Namensaktien mit unterschiedlichen Nennwerten. 45 der restlichen Aktien der B-AG zu nominal je Fr. 1000 hielten die drei Geschäftsführer der Gesellschaft, B., M. und S., je zu einem Drittel.

Die drei Geschäftsführer der B-AG gründeten am 27. Oktober 1995 die MBO Holding GmbH, wobei sie das Stammkapital von Fr. 45 000 durch Einlage der 45 Aktien der B-AG liberierten.

Mit Vertrag vom 6. Dezember 1995 veräusserte J. ihre 1403 Aktien für Fr. 9 672 000 an die MBO Holding GmbH. Diese beglich den Kaufpreis mit einem Darlehen der Verkäuferin J. von Fr. 6 020 000, das durch Verpfändung sämtlicher Stammanteile an der MBO Holding GmbH gesichert war. Zum anderen übergab sie der Verkäuferin einen Bankcheck über Fr. 3 652 000, den sie durch ein Bankdarlehen von Fr. 3 700 000 finanzierte. Als Sicherheit für dieses Darlehen verpflichtete sich die MBO Holding GmbH gegenüber der Bank einerseits dazu, sämtliche Aktien der B-AG zu verpfänden und im Betrag von Fr. 7 000 000 Inhaberschuldbriefe auf deren Liegenschaft zu hinterlegen. Andererseits wurden Solidarbürgschaften über Fr. 100 000 geleistet und Ansprüche von je Fr. 500 000 aus den Todesfallrisiko-Policen von B., M. und S. verpfändet. Ferner wurde festgehalten, dass die MBO Holding GmbH gegenüber der kreditgewährenden Bank jährlich eine Amortisation von Fr. 500 000 zu leisten habe sowie dass die nach deren Leistung noch vorhandene Liquidität erstens für Zinszahlungen für das Darlehen der Verkäuferin und zweitens für zusätzliche Amortisationen zu verwenden sei. Weiter verpflichtete sich die Kreditnehmerin, während der ganzen Kreditlaufzeit keine zusätzlichen finanziellen Verpflichtungen ohne Einwilligung der Bank einzugehen und keine Aktiven zu Gunsten von Dritten zu verpfänden oder zu zedieren. Zudem wurde vereinbart, dass der gesamte Erlös aus dem Verkauf einer der B-AG gehörenden Attikawohnung vollumfänglich zur Reduktion des Bankdarlehens zu verwenden sei. Diese Wohnung wurde im Jahre 1996 von der Verkäuferin J. erworben.

Für die Bundessteuer-Rekurskommission Zürich waren zwecks Abklärung der Finanzierung der Amortisationen ausserdem die Bilanz der MBO Holding GmbH und die Gewinnentwicklung der B-AG entscheidend relevant (siehe Tabellen).

Der ausserordentliche Gewinn des Jahres 1996 ist zurückzuführen auf die am 26. März 1996 erfolgte Veräusserung der 7-Zimmer-Attikawohnung an die Steuerpflichtige und vormalige Aktionärin J.

Bilanz MBO Holding	30. 6.1997	30. 6.1998	30. 6.1999
Bankdarlehen	2 300 000	2 050 000	?
Darlehen Verkäuferin	6 020 000	6 020 000	?
Total langfristiges Fremdkapital	8 320 000	8 070 000	7 520 000
Eigenkapital	1 738 000	2 112 327	3 153 555

Erfolgsrechnung B-AG	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Ordentlicher Gewinn	234 745	255 970	1 003 167	491 305	782 978	1 406 653
Ausserordentl. Gewinn				932 000	29 542	
Reingewinn gemäss ER	234 745	255 970	1 003 167	1 423 305	812 520	1 406 653
Dividende (aus Vorjahresgewinn)	0	0	0	1 000 000	1 420 000	800 000

Zuflüsse aus indirekter Teilliquidation stellen Gewinnanteile aus Beteiligungen dar, die sowohl nach Art. 20 Abs. 1 lit. c BdBSt als auch nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG als Einkommen steuerbar sind. Der Steuerkommissär stellte sich daher auf den Standpunkt, dass in Bezug auf die Fälle indirekter Teilliquidation im Wortlaut keine Änderungen erfolgt sind und daher auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts abzustellen sei. Aufgrund des im Vergleich zum Kaufpreis geringen Eigenkapitals der Käuferin sei davon auszugehen, dass sie den für den Aktienkauf benötigten Bankkredit nicht ohne Sicherheiten erhalten hätte und nicht in der Lage gewesen wäre, den Kredit ohne Rückgriff auf die Eigenmittel des Kaufobjekts zurückzuzahlen. Obwohl im Kaufvertrag vereinbart war, dass alle Handlungen, die steuerlich zur Annahme einer indirekten Teilliquidation führen, zu unterlassen seien, erkannte er ein Zusammenwirken zwischen Käuferin und Verkäuferin, unter anderem weil durch die verlangten Sicherheiten ein offenkundiges Interesse der Käuferin an Aktiven des Kaufobjekts bestanden habe und die Übergabe der Inhaberschuldbriefe mit Sicherheit vor der Kreditbeanspruchung nur durch die Verkäuferin habe erfolgen können.

Aufgrund der Entreichung des Kaufobjekts, verbunden mit dem diesbezüglichen, allerdings nicht verbuchten Rückstellungsbedarf des Kaufobjekts, setzte er das Einkommen aus indirekter Teilliquidation auf rund Fr. 3 700 000 fest, also mit dem Betrag des durch Sicherheiten des Kaufobjekts unterlegten Bankkredits.

3 Erwägungen der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich

3.1 Indirekte Teilliquidation unter dem DBG

Die Rekurskommission stellte zunächst fest, dass die Weiterführung der indirekten Teilliquidation unter dem DBG in der Lehre umstritten sei und dass es bereits unter dem alten Bundessteuerrecht kontrovers war, ob die indirekte Teilliquidation, wenn überhaupt, über das

Steuerungsumgehungsverbot oder unmittelbar durch Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt begründbar sei. Das Bundesgericht habe sich in seiner Praxis kaum ernsthaft mit dem Lehrstreit auseinandergesetzt und die indirekte Teilliquidation regelmässig auf Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt als Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten gestützt⁵.

Trotz Kenntnis der bestehenden Teilliquidationspraxis habe der Gesetzgeber beim Erlass des DBG eine Norm geschaffen, deren Wortlaut keinen Hinweis auf die umstrittene Teilliquidationspraxis beinhalte und aus der sich kein klarer gesetzgeberischer Wille hinsichtlich Ausschluss oder Weiterführung der indirekten Teilliquidation ermitteln lasse. Allerdings habe er in Art. 16 Abs. 3 DBG gleichzeitig explizit die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne statuiert. Daraus ergäben sich folgende Konsequenzen: «Einerseits kann und muss davon ausgegangen werden, dass Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG mit der Vorläufernorm Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt strukturell verwandt ist. Dementsprechend hat der <Vermögensertrag> – wie schon unter altem Bundessteuerrecht – als ein steuerrechtlicher Begriff zu gelten, bei dessen Auslegung wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Unter diesem Blickwinkel erscheint die Weiterführung der Praxis zur indirekten Teilliquidation – methodisch gestützt auf Gesetzesauslegung – möglich. Andererseits weist – wie Reich (S. 93 Anm. 266) zutreffend festhält – auch eine wirtschaftlich konzipierte Steuernorm Sinnschranken auf. Der ausufernden Formalisierung des Vermögensertragsbegriffs im alten Recht im Zusammenhang mit der indirekten Teilliquidation ist durch die Lehre Kritik erwachsen. Kritisch äussert sich die Doktrin – wie gezeigt – auch hinsichtlich der Gesetzmässigkeit der indirekten Teilliquidation unter neuem Recht. Diese Kritik ist gleichermassen ernst zu nehmen wie das klare Bekenntnis des Gesetzgebers zur Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne, welches nicht auf dem Auslegungsweg unterlaufen werden darf. Dem <Vermögensertrag> nach dem Gesetzeswortlaut gleichgestellt, ist auch der Begriff <Kapitalgewinn> ein solcher mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten, der rechtlich entsprechend seinem wirtschaftlichen Sinn zu verstehen ist.»⁶

Missbrauchsfälle könnten aber unter dem DBG ebensowenig hingenommen werden wie unter dem BdBSt. «Auch nach dem neuen Recht sind Gestaltungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Beteiligungsrechten möglich, durch die einem Steuerpflichtigen etwas formell als Verkaufserlös für hingeebene Anteile zufließt, was wirtschaftlich betrachtet Vermögensertrag darstellt. Solcher Vermögensertrag kann aber nicht mehr

in einseitiger wirtschaftlicher Auslegung des Vermögensertragsbegriffes von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG ermittelt werden, sondern diesem ist der ebenfalls wirtschaftlich auszulegende Kapitalgewinnbegriff von Art. 16 Abs. 3 DBG gegenüber zu stellen: Formeller Erlös aus der Veräusserung von Beteiligungsrechten kann nur insoweit steuerbarer Vermögensertrag sein, als er wirtschaftlich betrachtet nicht (privater) Kapitalgewinn ist und – ebenfalls wirtschaftlich betrachtet – überdies Erlös aus (Teil-) Liquidationen bzw. eine Gewinnausschüttung darstellt. Im Übrigen ist eine <Umqualifikation> von Kapitalgewinn in Vermögensertrag nur gerechtfertigt, wenn eine Steuerumgehung vorliegt.»⁷

Der Beurteilung unter dem Aspekt der Steuerumgehung und durch Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 16 Abs. 3 DBG ist gemeinsam, dass in Fällen von indirekten Teilliquidationen ein Vorgehen gewählt worden ist, das dem wirtschaftlichen Sachverhalt nicht entspricht und das zu einer erheblichen Steuerersparnis geführt hat. «So kann ein Verkauf von Anteilen aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen eines Dritten dann keinen steuerfreien Kapitalgewinn bilden, wenn der Kauf aus vorhandenen und zur Entnahme verfügbaren Mitteln der Gesellschaft finanziert wird und dem Verkäufer derart indirekt Mittel zufließen, deren Entnahme vor dem Verkauf bei ihm zu steuerbarem Ertrag geführt hätte⁸.» Objektives Erfordernis bildet demnach, dass dem Kaufobjekt die Mittel im Zusammenhang mit deren Verkauf tatsächlich entnommen worden sind. Die Darlehensaufnahme oder die Stellung von Sicherheiten genügen nicht für die Annahme einer Teilliquidation. «Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Praxis selber auch immer wieder auf das Erfordernis der tatsächlichen Nichtrückführung bzw. der voraussichtlichen Nichtrückführbarkeit der entnommenen Mittel hingewiesen (vgl. ASA 58, 587 ff., insb. 593 f.⁹).»

Bei wirtschaftlicher Auslegung des Kapitalgewinns sei daher in erster Linie zu fragen, was Gegenstand des Unternehmensverkaufs ist. Wenn «die aus dem Privatvermögen in den Geschäftsvermögensbereich übertragene Gesellschaft über liquide Mittel verfügt, die in keinem Verhältnis zur aktuellen Geschäftstätigkeit stehen, sich aus Strategie und Businessplan nicht als betriebsnotwendig erklären lassen, also ausschüttungsfähig sind, so gehört solche formell <mitverkaufte Liquidität> wirtschaftlich betrachtet nicht zum Verkaufsobjekt. Unter diesem Gesichtswinkel verkörpert wirtschaftlich jeder derartige Verkaufserlös für Beteiligungsrechte zu einem mehr oder weniger grossen Teil eine Abgeltung für thesaurierte Gesellschaftsmittel. Ein in die-

5 Letztmals am 23.4.1999, StE 1999 B 24.4 Nr. 53 Erw. 2.

6 Erw. 2b.

7 Erw. 2c.

8 Erw. 2c.

9 Erw. 2c.

sem Sinn künstlich überhöhtes Entgelt kann auch Gegenstände des Geschäftsvermögens betreffen, welche der Verkäufer der Beteiligungsrechte nach der Veräusserung von der verkauften Gesellschaft erwirbt: Sie sind wirtschaftlich gesehen in der Regel nicht Gegenstand des erfolgten Verkaufs.

Aus den gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen ergibt sich, dass es gewisser Voraussetzungen beim Aktionär bedarf, wenn er Gewinnausschüttungen der Gesellschaft bestimmen will, wogegen er in aller Regel voraussetzungslos über seine Beteiligungsrechte verfügen kann. Als Gewinn ausschüttbar ist nur, was die Gesellschaft erwirtschaftet hat. Wo Gewinnausschüttungen nicht bestimmt werden können, kann – auch wirtschaftlich betrachtet – <indirekt> kein Vermögensertrag an Stelle eines Kapitalgewinnes treten¹⁰.»

Die Auslegung von Steuernormen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten findet schliesslich ihre Schranke bei den Geboten der Rechtssicherheit und der Gesetzmässigkeit der Besteuerung: «Das nicht beeinflussbare Verhalten eines Dritten darf die steuerliche Qualifikation eines Sachverhaltes beim Steuerpflichtigen grundsätzlich nicht entscheiden. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung kann folglich in subjektiver Hinsicht nur dann ein indirekter Vermögensertrag vorliegen, wenn Käufer und Verkäufer vor dem Verkauf auf die Mittelentnahme hinwirken bzw. dabei zusammenwirken¹¹.»

«Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die bisherige Praxis zu Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG grundsätzlich weiterhin von Bedeutung bleibt. Die im neuen Bundessteuerrecht ausdrücklich verankerte Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne verbietet indessen – qua Auslegung des Kapitalgewinnbegriffs nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten – die unbeschene Übernahme der bisherigen Teilliquidationspraxis in allen Einzelheiten.»¹²

3.2 Fallbezogene Erwägungen

Bezüglich der vom Kaufobjekt geleisteten Sicherheit sei festzuhalten, «dass nur eine effektive, allenfalls noch eine aus objektiven wirtschaftlichen Gründen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme der Sicherheiten eine Mittelentnahme darstellt.»¹³ Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass die pfandrechtlich gesicherte Kreditvergabe der Bank nicht schon allein wegen der tatsächlich schmalen Eigenkapitalbasis der Käufergesellschaft ungewöhnlich und zum Scheitern verurteilt sei. Die Beurteilung dürfe nicht nur auf einer Bilanzanalyse basieren, sondern sie müsse die

modernen Grundsätze der Kreditvergabe und Unternehmensbewertung mit berücksichtigen, insbesondere den Ertragswert und die Bonität der Unternehmung. Neben den quantitativen Elementen Bilanzstruktur, Ertragslage und Liquidität spielten auch qualitative Elemente wie Marktsituation, Strategie und Businessplan eine Rolle.

Der Bankkredit von Fr. 3 000 000 stelle lediglich 34 % des mutmasslichen Unternehmenswerts dar. Im Gegensatz zum Darlehen der Verkäuferin sei der Bankkredit in den Folgejahren nicht nur verzinst, sondern aus den Dividenden des Kaufobjekts aus ordentlichen Gewinnen periodisch teilamortisiert worden. Angesichts der von der B-AG erwirtschafteten ordentlichen Ergebnisse in den Jahren 1995–1998 sei nicht wahrscheinlich, dass die Bank ihr Pfandrecht geltend machen müsse. Daher führe die Pfandbestellung entgegen der Auffassung des Steuerkommissärs nicht zu einer Mittelentnahme aus dem Kaufobjekt.

Andererseits beinhalte die Jahresrechnung 1996 einen ausserordentlichen Gewinn von Fr. 900 000, welcher durch die Veräusserung der Liegenschaft an die Verkäuferin und frühere Aktionärin der B-AG entstanden sei. Dieser Gewinn gehe auf den Verkauf der Liegenschaft unmittelbar nach dem Verkauf der B-AG zurück und sei im Folgejahr zur Ausschüttung gelangt. Wirtschaftlich liege kein Veräusserungstatbestand vor, wenn eine nicht betriebsnotwendige Liegenschaft im Dezember 1995 als Teil des Unternehmens mitverkauft und drei Monate später von der ehemaligen Aktionärin zurückgekauft werde, zumal dieser Kauf bereits beim Aktienverkauf geplant gewesen sei. Der Mitverkauf der Liegenschaft habe ein künstlich erhöhtes Entgelt für die Aktien bewirkt, womit der Verkäuferin in diesem Umfang indirekt Vermögensertrag zugeflossen sei. Als geldwerte Leistung zu erfassen sei jedoch nur jener Anteil, welcher der B-AG nach Abzug der Steuern verblieben ist. Dieser Nettoertrag wurde auf Fr. 700 000 festgesetzt.

Ungewöhnlich erscheine sodann, dass die Aktien der B-AG im Dezember 1995 auf der Grundlage der Jahresrechnung 1994, welche am 31. Dezember 1994 abschloss, verkauft worden seien, ohne dass Vereinbarungen über Korrekturmechanismen für die Kaufpreisberechnung getroffen und das Recht auf den Geschäftsgewinn 1995 geregelt worden seien. Angesichts ausschüttungsfähiger Reserven von rund Fr. 3 000 000 sei im Umfang des ordentlichen Reingewinns 1995 von Fr. 1 000 000 betrieblich nicht notwendige und im Kaufpreis enthaltene Überschussliquidität mitverkauft worden, welche durch die Ausschüttung im Jahre 1996 an die MBO Holding GmbH der Kaufpreisrefinanzierung diene. In diesem Umfang sei tatsächlich eine Entreichnung erfolgt und der Verkäuferin durch indirekte Teilliqui-

10 Erw. 2d.

11 Erw. 2d.

12 Erw. 2d.

13 Erw. 3d.

dation Vermögensertrag zugeflossen. Daher sei dieser Betrag ebenfalls als Vermögensertrag zu besteuern.

Weiter stehe fest, dass die Verkäuferin an der Teilentleerung mitgewirkt habe. «Bei einem Veräusserungsgeschäft dieser Grössenordnung ist die Art der Kaufpreisfinanzierung für die verkaufende Partei von erheblicher Bedeutung und erfordert deshalb, sich über die finanziellen Verhältnisse der Käuferschaft zu erkundigen»¹⁴. Dies ergebe sich zunächst daraus, dass die drei Gesellschafter der Käuferin zugleich Mitglieder der Geschäftsleitung des Kaufobjekts waren und dass beide Vertragsparteien von der gleichen Treuhandgesellschaft beraten waren, welche die Steuerfolgen der Transaktion durch eine steueramtliche Auskunft zu klären versucht hatte. Ferner gewährte die Verkäuferin der Käuferin selbst ein Darlehen von Fr. 6 000 000, im Wissen darum, dass die Bank einen weiteren Kredit von Fr. 3 000 000 einräumte. Angesichts dieser Fremdfinanzierung müsse davon ausgegangen werden, dass die Verkäuferin über die finanziellen Verhältnisse der Käuferin im Bild gewesen sein musste. Die Mitwirkung an der Finanzierungsstruktur ergebe sich auch aus dem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Aktienverkauf, Darlehensvertrag mit der Bank, Hinterlegung der Inhaberschuldbriefe und Zahlung des Kaufpreises. Vor allem aber habe die Verkäuferin an der Entleerung des Kaufobjekts mitgewirkt. Denn bereits im Zeitpunkt des Aktienverkaufs sei geplant gewesen, ihr später die Attikawohnung zu verkaufen. Ebenso habe der Verkäuferin klar sein müssen, dass die «mitverkaufte Dividende» pro 1995 zur Darlehensamortisation und damit zur Finanzierung eines Teils des Kaufpreises eingesetzt werde.

Der Vermögensertrag aus Teilliquidation wurde auf insgesamt Fr. 1 730 000 festgelegt.

4 Erwägungen des Bundesgerichts

4.1 Indirekte Teilliquidation unter dem DBG

Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG entspreche weitgehend dem bisherigen Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt, somit einer Steuernorm, die gemäss der Rechtsprechung einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt aufgewiesen habe. Unter Verweis auf das Urteil vom 15.8.2000¹⁵ sei daran auch unter der Herrschaft des neuen Rechts festzuhalten. Die Steuerbehörden seien folglich auch bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG nicht strikte an die zivilrechtliche Gestaltung von Rechtsgeschäften gebunden, sondern hätten den

Sachverhalt rechtlich entsprechend seinem wirtschaftlichen Gehalt zu würdigen.¹⁶

4.2 Fallbezogene Erwägungen

Soweit die Holding als Käuferin den Kaufpreis der Aktien mittels dem durch Bankdarlehen gedeckten Check beglichen habe, sei der von der Beschwerdeführerin aus dem Aktienverkauf erzielte Erlös als Ertrag aus indirekter Teilliquidation zu betrachten. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Holding in der Folge das von der Bank gewährte Darlehen zumindest teilweise habe amortisieren können und heute kaum mehr mit der Verwertung der von der erworbenen Gesellschaft gewährten Sicherheiten gerechnet werden müsse. Zum einen habe die Käuferin aufgrund ihrer schmalen Eigenkapitalbasis die Amortisationszahlungen ohne die seitens der erworbenen Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne nicht leisten können; sie habe folglich auch hierzu die erworbene Gesellschaft in Anspruch genommen. Zum andern spreche nichts dagegen, hier – analog der Rechtsprechung zu den geldwerten Leistungen – auf den Zeitpunkt des Aktienkaufes bzw. der Aufnahme des dafür notwendigen Darlehens abzustellen. Spätere Entwicklungen seien somit nur insoweit zu berücksichtigen, als sie zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt oder zumindest absehbar gewesen seien. Vorliegend sei im Zeitpunkt des Aktienerwerbs bzw. der Kreditaufnahme die Darlehensamortisation bzw. die dadurch auszuschliessende Verwertung der von der übernommenen Gesellschaft gewährten Sicherheiten nicht absehbar gewesen.

5 Anmerkungen

5.1 Zur Theorie der indirekten Teilliquidation nach der bisherigen Rechtsprechung

Gemäss bisheriger Rechtsprechung geht das Bundesgericht von einer indirekten Teilliquidation aus, wenn die Käuferin den Kaufpreis nicht aus eigenen Mitteln, sondern aus Mitteln des Kaufobjekts aufbringt, ohne dieser die Mittel wieder zuzuführen, und der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Beteiligter diese Entnahme von Gesellschaftsmitteln noch selbst eingeleitet hat (Mitwirkung)¹⁷ bzw. dabei weiss oder wissen muss, dass die zur Finanzierung des Kaufpreises dienenden Mittel der Gesellschaft nicht wieder zugeführt werden¹⁸. Mit einer Ausschüttung der Mittel des Kaufobjekts hat der Verkäu-

14 Erw. 4b.

15 StE 2001 B 24.4 Nr. 57.

16 Erw. 2.

17 BGr 13.2.1995, StE 1995 B 24.4 Nr. 38 Erw. 4c und d.

18 BGr 16.11.1990, StE 1991 B 24.4 Nr. 28.

fer auch dann zu rechnen, wenn er sich vertraglich verpflichtet, die Aktiven der Gesellschaft in flüssige Form zu bringen¹⁹. Ferner wird bereits das Wissen des Verkäufers um die anschliessende Absorption als Mitwirkung betrachtet. Schliesslich wird das Zusammenwirken im Hinblick auf die erfolgte Entnahme nicht widerlegt, wenn sich die Käufer vertraglich zwar verpflichtet haben, Teilliquidationshandlungen zu unterlassen, solche aber trotzdem vorgenommen werden²⁰.

Aufgrund dieser Rechtsprechung, insbesondere mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999²¹, welchem der gleiche Sachverhalt zugrunde lag, war der Steuerkommissär verpflichtet, den Fall aufzugreifen. Gleichzeitig bot sich damit die Gelegenheit zur gerichtlichen Beurteilung der Theorie der indirekten Teilliquidation unter dem DBG.

Aufgrund des Sachverhalts, insbesondere wegen der Pfandbestellung auf Aktiven des Kaufobjekts und der bescheidenen Eigenkapitalbasis von Fr. 45 000, hatte der Steuerkommissär starke Anhaltspunkte dafür, dass die MBO Holding GmbH den *Kaufpreis nicht aus eigenen, sondern aus Mitteln des Kaufobjekts B-AG* aufgebracht hat.

Ferner war auch die Annahme einer *Mitwirkung* naheliegend: Die Bank hat den Bankcheck erst nach Hinterlegung der Inhaberschuldbriefe, welche nur durch die Verkäuferin hatte erfolgen können, ausgestellt. Der Verkäuferin hätte es dadurch bewusst sein müssen, dass die Käuferin ein wesentliches Interesse an der Liegenschaft der B-AG bzw. der darauf lastenden Inhaberschuldbriefe hatte und deswegen den Kaufpreis aus Mitteln des Kaufobjekts finanzieren würde.

Selbst wenn der Sachverhalt für den Steuerkommissär unter dem Aspekt der Steuerumgehung zu beurteilen gewesen wäre, wären der im Darlehensvertrag mit der kreditgewährenden Bank vereinbarte Verkauf der Attikawohnung mit anschliessender Ausschüttung dieser Mittel sowie die fehlende Berücksichtigung des Gewinns 1995 ins Auge gestochen und hätten zur Annahme einer indirekten Teilliquidation legitimiert.

5.2 Indirekte Teilliquidation unter dem DBG

Zunächst fällt auf, dass im Urteil des Bundesgerichts eine Auseinandersetzung mit den neuen gesetzlichen Grundlagen vollkommen fehlt. Es hat lediglich auf sein Urteil vom 15. August 2000 in einem Transponierungsfall verwiesen. Auch hier fehlt aber eine nähere Begründung:

«Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG entspricht weitgehend dem bisherigen Art. 21 Abs. 1 lit. c des Bundesratsbeschlusses vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung der direkten Bundessteuer (BdBSt). Hierbei handelte es sich nach der Praxis um eine Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten. Sie ist nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszulegen, wobei nicht strikte von der zivilrechtlichen Gestaltung auszugehen ist, die der Steuerpflichtige gewählt hat. Vielmehr haben die Steuerbehörden den Sachverhalt steuerrechtlich auch entsprechend seinem wirtschaftlichen Gehalt zu würdigen (...). Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht trotz verschiedentlicher Kritik in der Lehre bestätigt (...). Daran ist auch unter der Herrschaft des neuen Rechts festzuhalten²².»

Das DBG enthält den Grundsatz der Gesamt-Reineinkommensbesteuerung²³. Dieser kommt überall dort zum Tragen, wo der Steuergesetzgeber nicht klar und deutlich davon abgewichen ist²⁴. Daher sind alle Einkünfte steuerbar, ausser sie sind ausdrücklich ausgenommen. Dies ist bei den privaten Kapitalgewinnen gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG der Fall.

Aufgrund der strukturellen Verwandtschaft von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG mit der Vorläufernorm berücksichtigt auch die Rekurskommission bei der Auslegung wirtschaftliche Gesichtspunkte. Im Gegensatz zum Bundesgericht knüpft sie aber am zivilrechtlich massgebenden Sachverhalt an: dem Verkauf von Beteiligungsrechten, aus welchem ein Kapitalgewinn erzielt worden ist. Sie legt den Begriff des Kapitalgewinns wirtschaftlich aus, indem sie nach dem Objekt der Transaktion fragt, und kommt zum Schluss, dass formell mitverkaufte Liquidität, welche nicht betriebsnotwendig und ausschüttungsfähig ist, wirtschaftlich betrachtet nicht zum Verkaufsobjekt gehört, sondern eine Abgeltung für thesaurierte Gesellschaftsmittel darstellt. Das Bundesgericht dagegen setzt sich ohne nähere Begründung über die gesetzliche Neukonzeption hinweg und beschränkt sich auf die ausschliessliche Auslegung des Vermögensertragsbegriffs nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

Immerhin ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts insofern relevant, als formeller Erlös aus der Veräusserung von Beteiligungen wirtschaftlich betrachtet auch Erlös aus (Teil-)Liquidation sein bzw. eine Gewinnausschüttung darstellen muss. Dies ergibt sich schon daraus, dass Gewinnanteile aus Beteiligungen sowohl nach Art. 20 Abs. 1 lit. c BdBSt wie auch nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG als Einkommen steuerbar sind. Durch die strukturelle Verwandtschaft der beiden Normen wird die Berücksichtigung von wirtschaftlichen Gesichtspunkten bei der Auslegung

19 BGr 9.7.1996, StE 1997 B 24.4 Nr. 46.

20 BGr 23.4.1999, StE 1999 B 24.4 Nr. 53.

21 BGr 23.4.1999, StE 1999 B 24.4 Nr. 53.

22 BGr 15.8.2000, StE 2001 B 24.4 Nr. 57.

23 BGr 8.1.1999, StE 1999 B 23.1 Nr. 41 Erw. 4a.

24 REICH, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 16 DBG N 18.

weiterhin als möglich erachtet, konsequenterweise beim Vermögensertrag und auch beim Kapitalgewinn.

Im Übrigen kann eine Umqualifikation von Kapitalgewinn in Vermögensertrag aber nur beim Vorliegen einer Steuerumgehung erfolgen. Unabhängig davon, ob die Rechtsfolge einer Gewinnausschüttung aus indirekter Teilliquidation durch wirtschaftliche Auslegung beider Normen herbeigeführt oder mit einer Steuerumgehung begründet wird, ist in solchen Fällen ein Vorgehen gewählt worden, das dem wirtschaftlichen Sachverhalt nicht entspricht und zu einer Steuerersparnis geführt hat. Dass die beiden Betrachtungen eng verwandt sind und in der Veranlagungspraxis kaum sauber getrennt werden können, zeigt gerade der vorliegende Fall. Sowohl der Zusammenhang der Veräusserung der Liegenschaft an die Verkäuferin mit dem Verkauf der Beteiligung als auch die fehlende Regelung des Rechts auf den Geschäftsgewinn 1995 stellen gute Gründe für die Annahme einer indirekten Teilliquidation dar.

5.3 Finanzierung des Kaufpreises aus Mitteln des Kaufobjekts

5.3.1 Verkauf der Liegenschaft nach der Transaktion

Erstaunlicherweise ist das Bundesgericht auf diesen Teil des Sachverhalts nicht eingetreten, obwohl der Zusammenhang mit dem Verkauf der Beteiligung offensichtlich und die subjektive Voraussetzung der Mitwirkung angesichts des Verkaufs innert kurzer Zeit nach der Transaktion naheliegend ist. Dass ein Zusammenhang mit der Finanzierung der Transaktion besteht, ergibt sich aus der Verpflichtung der Käuferin, den gesamten Erlös aus dem Verkauf dieser Wohnung vollumfänglich zur Reduktion des Bankdarlehens zu verwenden.

5.3.2 Sicherheiten des Kaufobjekts

Der Bankkredit von Fr. 3 000 000 stellt nur rund einen Drittel des Werts des Kaufobjekts dar. Da der Bankkredit nicht nur verzinst, sondern aus den Dividenden des Kaufobjekts, welche auf ordentlichen Gewinnen ausgeschüttet worden sind, teilamortisiert worden ist, rechnete die Rekurskommission nicht mit einer Inanspruchnahme der Sicherheiten und damit auch nicht mit einer Entreichung. Das Bundesgericht dagegen stellte auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung ab und schloss die Inanspruchnahme der Sicherheiten aufgrund der schmalen Eigenkapitalbasis nicht aus.

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Praxis immer wieder auf das Erfordernis der tatsächlichen Nichtrück-

führung bzw. der voraussichtlichen Nichtrückführbarkeit der entnommenen Mittel hingewiesen²⁵. Eine Entnahme von Mitteln aus dem Kaufobjekt muss also effektiv erfolgen²⁶. Wenn die Theorie der indirekten Teilliquidation durch Auslegung der beiden Normen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten begründet werden soll, dann muss die Frage der Entreichung des Kaufobjekts zur Kaufpreisfinanzierung ebenfalls nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt werden. Eine solche tritt dann nicht ein, wenn dem Kaufobjekt für die Stellung der Sicherheiten ein risikogerechtes, auf die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme abgestimmtes Entgelt vergütet wird. Da die Festlegung der Höhe dieses Entgelts im Einzelfall schwierig ist und weil bei den bisherigen Fällen, die das Bundesgericht zu beurteilen hatte, mit einer Inanspruchnahme jeweils zu rechnen oder eine solche nicht auszuschliessen war, ist die Versuchung gross, in Fällen mit geringer Eigenfinanzierung auf eine indirekte Teilliquidation im Umfang der gewährten Sicherheiten zu schliessen. Dies darf aber höchstens im Sinne einer widerlegbaren Vermutung erfolgen.

Mit der Feststellung, «...spätere Entwicklungen (seien) somit nur insoweit zu berücksichtigen, als sie zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt oder zumindest absehbar waren»²⁷, schliesst das Bundesgericht selbst die Berücksichtigung von späteren Entwicklungen nicht aus. Eine Auslegung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten muss auch die Usancen im Wirtschaftsleben respektieren. Insofern ist der Rekurskommission zuzustimmen, wenn sie ihre Beurteilung nicht nur anhand einer statischen Bilanzanalyse vornimmt, sondern auf die modernen Grundsätze der Kreditvergabe und Unternehmensbewertung abstellt und neben den quantitativen Elementen Bilanzstruktur, Ertragslage und Liquidität auch qualitative Elemente wie Marktsituation, Strategie und Businessplan miteinbezieht. Selbst wenn man die Beurteilung auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung vornimmt (eine Notwendigkeit für das Erteilen von behördlichen Auskünften und zeitnahe Veranlagungen), ist eine umfassende Analyse anhand dieser Grundlagen angezeigt.

Der Umgang mit der Unsicherheit dieser Entscheidungsgrundlagen stellt nicht nur eine Herausforderung für die steuerliche Beurteilung der Transaktion dar, sondern – mit finanziell sogar höheren Folgen – auch für die Vertragsparteien bei der Kaufpreisermittlung und für die Kreditinstitute bei der Festlegung der risikogerechten Kreditkonditionen. Daher ist für steuerliche Zwecke mit Vorteil ebenfalls auf die Unterlagen abzustellen, die den Vertragsverhandlungen zugrunde liegen.

25 BGr 9.9.1988, ASA 58 (1989/90) 593; BGr 23.4.1999, StE 1999 B 24.4 Nr. 53Erw. 3b.

26 Bundessteuer-Rekurskommission Zürich 16.9.1987, StE 1988 B 24.4 Nr. 14.

27 Erw. 4b.

Im Gegensatz zum Verkäufer (Gewährleistungen, Kaufpreisrückbehalte) oder zu den Banken (Anpassung von Kreditlimiten oder Konditionen) können die Steuerbehörden bei Abweichungen vom Businessplan nicht auf ihren seinerzeitigen Entscheid zurückkommen, ausser der Businessplan erweist sich als offensichtlich falsch oder für steuerliche Zwecke manipuliert. Bei Umstrukturierungen wird für Entnahmetatbestände zwar regelmässig eine Nachbesteuerung für den Fall des nachträglichen Dahinfallens der Voraussetzungen für die Steuerneutralität vereinbart. Ein solches Vorgehen ist aber bei Beteiligungstransaktionen nicht möglich, weil die Nachbesteuerung bei Umstrukturierungen im Gegensatz zu Beteiligungstransaktionen auf Dispositionen des gleichen Steuerpflichtigen und nicht auf solche eines Dritten zurückgeht und weil sie nicht durch unternehmensendogene Einflüsse auf den künftigen Geschäftsgang beeinflusst wird.

5.3.3 Amortisation des Kredits

Die Rekurskommission war in der günstigen Lage, dass im Zeitpunkt des Verfahrens die Jahresrechnungen bis 1998 zur Verfügung standen und sich daraus zeigte, dass der Bankkredit nicht nur verzinst, sondern teilweise auch amortisiert werden konnte. In den Amortisationszahlungen erkannte die Rekurskommission zunächst eine Abnahme der Wahrscheinlichkeit, dass die Sicherheiten des Kaufobjekts in Anspruch genommen werden. Ferner betrachtete sie diese Zahlungen nicht als indirekte Teilliquidation, weil sie aus Dividenden geleistet wurden, welche auf ordentliche Gewinne des Kaufobjekts zurückgehen.

Das Bundesgericht dagegen stellte fest, dass die Käuferin aufgrund ihrer finanziellen Situation die Amortisationen ohne die mit der erworbenen Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne nicht hätte leisten können und dass sie daher die erworbene Gesellschaft in Anspruch genommen hat.

Auch diese Erwägungen erweisen sich als realitätsfremd und mit einer Auslegung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten unvereinbar. Gegen die Amortisation von Krediten aus Rückflüssen des Kaufobjekts darf steuerlich solange nichts eingewendet werden, als diese auf Gewinne aus der ordentlichen Geschäftstätigkeit und nicht auf die Auflösung stiller Reserven zwecks Generierung von Ausschüttungssubstrat zurückgehen, also auf Mittel, die im Zeitpunkt der Transaktion noch nicht vorhanden waren. Andernfalls würden auch Transaktionen von Beteiligungen ohne betriebsfremde Liquidität im Zeitpunkt des Verkaufs, wo die Möglichkeit zu einer vorgängigen

Ausschüttung gar nicht besteht, ebenfalls zu einer indirekten Teilliquidation führen. Auch bei einer Beurteilung unter dem Aspekt der Steuerumgehung ergibt sich diesbezüglich nichts anderes, weil die Dispositionsmöglichkeit – zwischen Ausschüttung und Verkauf zu einem tieferen Preis versus Verkauf zu einem hohen Preis – ohne vorgängige Ausschüttung gar nicht besteht.

Es muss daher auch in Zukunft möglich sein, dass der Kaufpreis aus Ausschüttungen des Kaufobjekts, welche auf laufend erarbeitete Mittel zurückgehen, ohne Annahme einer indirekten Teilliquidation finanziert werden kann²⁸. Ausschüttungen betriebsfremder Liquidität im Zusammenhang mit und kurz nach dem Verkauf der Beteiligungen veranlassen dagegen zu Recht zur Prüfung des Sachverhalts auf eine indirekte Teilliquidation.

5.4 Mitwirkung

Unter altem wie neuem Recht steht die Annahme einer indirekten Teilliquidation richtigerweise unter der Voraussetzung der Mitwirkung des Veräusserers oder des Zusammenwirkens von Käufer und Verkäufer.

Reich²⁹ erblickt im Mitwirkungselement den Umgehungsvorwurf, der wenig mit einem wirtschaftlichen Verständnis des Vermögensertragsbegriffs zu tun hat. Diese Auffassung trifft aber nur zu, wenn man die indirekte Teilliquidation unter dem Aspekt der Steuerumgehung beurteilt. Bei wirtschaftlicher Auslegung des Kapitalgewinn- und Vermögensertragsbegriffs stellt Erlös aus indirekter Teilliquidation eine Ausschüttung von thesaurierten Gewinnen an den Verkäufer und seinerzeitigen Aktionär dar, die, streng genommen, bei diesem nur dann steuerbar sein kann, wenn er im Zeitpunkt der Disposition der Ausschüttung noch als nahestehende Person gilt.

Persönliche und wirtschaftliche Verbindungen können aus steuerlicher Sicht auch dann zum Nahestehen gegenüber einer Aktiengesellschaft führen, wenn keine eigentumsrechtliche Beziehung besteht³⁰. Bezogen auf Beteiligungstransaktionen ist dies wohl dann der Fall, wenn im Zusammenhang mit dem Verkauf eine Ausschüttung vereinbart oder auf eine solche hingewirkt wird.

Unabhängig davon, wie man die Mitwirkung begründet, ist unschwer zu erkennen, dass diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt ist.

28 Kantonales Steueramt Zürich, Kommission für kaufmännisches Steuerrecht, 22.9.1997 und 20.11.2001.

29 REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 93.

30 Steuerrekurskommission I des Kantons Zürich, 26.2.2001.

5.5 Mögliche Grundsätze für eine künftige Praxisfestlegung

Rechtsmittelentscheide entfalten in der Praxis primär unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit eine präjudizielle Wirkung. Aus praktischer Sicht gilt es für Steuerpflichtige und Steuerbehörden, beim Vorliegen von Präjudizien in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen den Ausgang eines weiteren Verfahrens abzuschätzen, sodass sich eine vom Präjudiz abweichende Haltung als nicht sinnvoll erweisen kann.

Wenn man dem Grundsatz der Rechtsgleichheit entsprechen will, wären für die Gestaltung der Praxis zur indirekten Teilliquidation neben den Gerichtsentscheiden auch die zahlreichen diesbezüglichen steuerbehördlichen Auskünfte zu berücksichtigen. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Grenze zwischen steuerfreiem Kapitalgewinn und steuerbarem Vermögensertrag bei Transaktionen von Beteiligungen nicht scharf gezogen werden kann und selbst bei konsequenter Beachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein grosser Ermessensspielraum besteht. Daher ist es vertretbar, wenn die Steuerbehörden für die Gestaltung der Praxis zur indirekten Teilliquidation vom problematischen Urteil des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2001 abweichen und sich an die überzeugenderen Erwägungen der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich anlehnen. Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Entnahme der Liegenschaft und die Nichtberücksichtigung des Reingewinns 1995 in diesem Fall wohl auch unter dem Aspekt der Steuerumgehung zur Annahme einer indirekten Teilliquidation geführt hätten.

In Anlehnung an diesen Entscheid kann formeller Erlös aus der Veräusserung von Beteiligungsrechten unter dem DBG nur insoweit steuerbarer Vermögensertrag sein, als er wirtschaftlich betrachtet nicht (privater) Kapitalgewinn ist und, ebenfalls wirtschaftlich betrachtet, *überdies* Erlös aus (Teil-) Liquidation bzw. eine Gewinnausschüttung darstellt³¹. Daher ist zu prüfen,

- was Gegenstand der Transaktion ist (Unternehmung oder betriebsfremde und ausschüttungsfähige Liquidität in Form thesaurierter Gewinne),
- ob, auf welche Weise und wann eine Mittelentnahme tatsächlich erfolgt ist, und
- ob der Verkäufer, unter dem Aspekt der Steuerumgehung oder in seiner Eigenschaft als nahestehende Person, auf diese Mittelentnahme hin- oder dabei mitgewirkt hat.

Auch unter dem DBG kann *kein steuerfreier Kapitalgewinn* vorliegen, wenn

- mit der aus dem Privatvermögen in den Geschäftsvermögensbereich übertragenen Gesellschaft thesaurierte und ausschüttungsfähige liquide Mittel, die in keinem Verhältnis zur aktuellen Geschäftstätigkeit stehen und sich aus Marktsituation, Strategie und Businessplan nicht als betriebsnotwendig erweisen, mitverkauft werden und wirtschaftlich betrachtet nicht zum Kaufobjekt gehören,
- diese Mittel der Gesellschaft tatsächlich entnommen werden oder mit deren Rückführung aufgrund einer Analyse nach modernen Grundsätzen der Kreditvergabe und Unternehmensbewertung nicht zu rechnen ist,
- dem Verkäufer derart indirekt Mittel zufließen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Abgeltung für thesaurierte Gewinne darstellen und deren Entnahme vor dem Verkauf bei ihm zu steuerbarem Ertrag geführt hätte, und
- Käufer und Verkäufer vor dem Verkauf auf die Mittelentnahme hinwirken bzw. dabei zusammenwirken.

Ein in diesem Sinn überhöhtes Entgelt kann auch Gegenstände des Geschäftsvermögens betreffen, welche der Verkäufer der Beteiligungsrechte nach der Veräusserung von der verkauften Gesellschaft erwirbt. Sie sind wirtschaftlich gesehen in der Regel nicht Gegenstand des erfolgten Verkaufs.

Im Übrigen ist eine steuerliche Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbaren Vermögensertrag nur gerechtfertigt, wenn eine Steuerumgehung vorliegt.

6 Ausblick

Dem Vernehmen nach hält die ESTV an ihrer Absicht fest, das längst in Aussicht gestellte Kreisschreiben zu Fragen der Erbenholding und indirekten Teilliquidation doch noch zu publizieren. Es wäre zu begrüssen, wenn sich die Autoren nicht ausschliesslich an der bisherigen, zum Teil fragwürdigen und realitätsfremden Rechtsprechung des Bundesgerichts orientieren, sondern auch die wertvollen Erwägungen der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich mit berücksichtigen würden.

Bis dahin bleibt aufgrund des derzeitigen Standes der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts anderes übrig, als entweder die betriebsfremde Liquidität vor dem Verkauf auszuschütten, auf den Ausschluss des optionalen Geschäftsvermögens hinzuwirken oder ein Ausschüttungs- und Fusionsverbot über fünf Jahre zu vereinbaren. Steuerliche Aspekte der einen oder anderen Vertragspartei müssen somit bei der Festlegung des Kaufpreises berücksichtigt werden. Soweit ersichtlich, waren Substanzausschüttungen oder andere geldwerte

31 Bundessteuer-Rekurskommission Zürich 2.3.2000, Erw. 2c.

Vorteile nach Ablauf von fünf Jahren noch nicht Gegenstand von Rechtsmittelverfahren.

Im Übrigen steht für qualifizierte Beteiligungen eine Erhöhung der Rechtssicherheit mit der Unternehmenssteuerreform II in Aussicht, mit welcher eine steuerliche Behandlung der Rückflüsse aus juristischen Personen angestrebt wird, die von der Ausschüttungspolitik unabhängig ist. Es geht dort also nicht primär um die Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer, wie dies verschiedentlich behauptet worden ist, sondern um die steuerlich gleiche Behandlung sämtlicher Rückflüsse aus Investitionen in Beteiligungen.

Literatur

- AGNER/JUNG/STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995
- ALTORFER JÜRIG B., Unternehmenssteuerrecht, Kauf und Verkauf von Unternehmungen, Schweizerische Steuerakademie, Skript zur Vorlesung, 2., aktualisierte Fassung, 2001
- ALTORFER JÜRIG, Kauf und Verkauf von Kapitalunternehmungen im Steuerrecht, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Bd. 73, Bern/Stuttgart/Wien 1994
- BETSCHART PHILIPP, Objektivierete indirekte Teilliquidation, in: StR 2002, S. 226 ff.
- DUSS MARCO, Übertragung von Beteiligungen, Problembereiche «Transponierung» und «indirekte Teilliquidation», in: ST 1989, 247 ff.
- HIRT BEAT, Grundfragen der Einkommensbesteuerung, untersucht am Beispiel des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit nach Art. 18 DBG, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Bd. 90, Bern/Stuttgart/Wien 1998
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Bd. 8/II, 8. A., Bern/Stuttgart/Wien 1999, § 30 N 114 ff.
- LOCHER PETER, Die indirekte Teilliquidation im Recht der direkten Bundessteuer, in: Reich/Zweifel, Das Schweizerische Steuerrecht, Festschrift für F. Zupinger, Bern 1989, 219 ff.
- Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1–48 DBG, Therwil/Basel 2001, Art. 20 RZ 107 ff.
- REICH MARKUS, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 83–95
- in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Basel/Genf/München 2000, Art. 20 N 72–80
- SCHÄR DANIEL, Indirekte Teilliquidation (erstmalig) unter dem DBG; Eskalation der Praxis: Harmonisierungszwang für die Kantone, in: ST 2002, S. 225 ff.
- ZWAHLEN BERNHARD, Die praktische Arbeit der Kommission «Steuerharmonisierung» am Beispiel der Fragen zur indirekten Teilliquidation und zur Transponierung, in: ASA 62 (1993/94) 186 ff.
- Privatvermögen, Vermögensertrag, Vermögensgewinn, in: Höhn/Athanas, Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, Bern/Stuttgart/Wien 1993, 63 ff.