

**Die dringenden Anpassungen bei der Unternehmensbesteuerung, die indirekte Teilliquidation und die Transponierung sind am 1. 1. 2007 in Kraft getreten. Nachdem die Praxis des Bundes und die Rechtsprechung des Bundesgerichts auf heftigste Kritik gestossen waren, orientierte sich der Gesetzgeber an der bisherigen, bewährten kantonalen Praxis. Die Umsetzung der neuen Gesetzgebung und der Entwurf des Kreis-schreibens Nr. 14 [1] bedürfen einiger Präzisierungen.**

JÜRIG ALTORFER

## DIE INDIREKTE TEILLIQUIDATION GESETZLICH GEREGET

### Den Willen des Gesetzgebers umsetzen! [2]

Die Praxis zur indirekten Teilliquidation und zur Transponierung stützte sich während Jahren einzig auf die Rechtsprechung [3]. Die Rechtsprechung der Kantone und die bundesgerichtliche Rechtsprechung haben sich dabei zwischenzeitlich voneinander entfernt. Spätestens seit dem allgemein kritisierten Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 [4] klafften die bundessteuerliche und die kantonalen Steuerpraxen auseinander.

Auf Druck der Öffentlichkeit und der Politik hat der Bundesrat am 26. Januar 2005 entschieden, unter anderem die indirekte Teilliquidation im Rahmen der *Unternehmenssteuerreform II (USTR II)* gesetzlich zu regeln [5]. Mit dieser gesetzlichen Regelung wollte der Bundesrat wieder Rechtssicherheit schaffen, d. h. sicherstellen, dass bezüglich Abgrenzung zwischen privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Vermögensertrag Klarheit herrscht [6]. Nach heftigen Debatten hat die vereinigte Bundesversammlung die Regelung der indirekten Teilliquidation zusammen mit derjenigen der Transponierung aus der USTR II herausgelöst und eine vom bundesrätlichen Konzept abweichende Lösung geschaffen.

#### 1. VORGESCHICHTE

##### 1.1 Politischer Prozess

**1.1.1 Das Ersatz-Dividendenkonzept des Bundesrates.** Der Bundesrat wollte ein objektiviertes Konzept, welches «bei der Veräusserung von Beteiligungsrechten eine anteilmässige Erfassung der im Unternehmen zurückbehaltenen und in nicht betriebsnotwendige Aktiven reinvestierten Gewinne als Ersatz-Dividende ermöglichte [7]. Subjektive Faktoren, insbesondere Eigenschaft und Verhalten des Käufers, sollten ... keine Rolle mehr spie-

len. Auch die Finanzkraft des Käufers und die Frage, ob Käufer und Verkäufer die Entreicherung der veräusserten Gesellschaft gemeinsam geplant und vorgenommen haben, sollten in Zukunft nicht mehr ausschlaggebend sein. Entscheidend sollte einzig die Frage sein, ob das veräusserte Unternehmen nicht betriebsnotwendiges, ausschüttungsfähiges Netto-Vermögen aufweist und ob der Veräusserer einen massgebenden Einfluss auf die Ausschüttungspolitik der betreffenden Gesellschaft hatte. Ein massgeblicher Einfluss liege nach bisheriger Praxis bei einer Kapitalquote von mindestens 20 Prozent vor.»

Nach dem bundesrätlichen Konzept sollte die Substanz eines verkauften Unternehmens aufgeteilt werden in die betriebsnotwendige Substanz und eine ausschüttungsfähige Ersatz-Dividende («volles Portemonnaie»). Letztere stelle beim Veräusserer der Beteiligungsrechte nicht Teil des steuerfreien Veräusserungserlöses, sondern steuerbaren Ertrag aus beweglichem Vermögen dar. Systematisch eingegliedert ist die vorgeschlagene Regelung zur indirekten Teilliquidation deshalb in Art. 20 E-DBG (*Entwurf Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*) und Art. 7 E-STHG (*Entwurf Steuerharmnisierungsgesetz*).

**1.1.2 Konzept des Parlamentes.** Stände- und Nationalrat haben dem Ersatz-Dividendenkonzept des Bundesrates eine klare Absage erteilt. Besteuert werden soll nur das, was wirklich ausgeschüttet wird und was im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden war [8]. In vielen Voten wurde klar gemacht, dass eine Lösung geschaffen werden soll, welche die Praxis vor dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 festhält. Dabei ist die «bisherige, bewährte kantonale Praxis zum Gesetzeswortlaut» zu erheben [9]. Verwiesen wird insbesondere auf den Entscheid der Bundessteuerrekurskommission des Kantons Zürich vom 2. März 2000 [10], der offenbar auch für die Kommission wegweisend war, nachdem sich diese über die Finanzdirektorenkonferenz nach den kantonalen Praxen erkundigt hatte. Nach verschiedenen Differenzbereinigungsverfahren einigte sich die vereinigte Bundesversammlung auf folgenden Gesetzeswortlaut:

Art. 20a DBG **Besondere Fälle**

<sup>1</sup>Als Ertrag aus beweglichem Vermögen im Sinne von Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c gilt auch:



JÜRIG ALTORFER,  
DR. OEC. HSG, DIPL.  
STEUEREXPERTE,  
PARTNER, ALTORFER  
DUSS & BEILSTEIN AG,  
ZÜRICH  
WWW.ADBTAX.CH

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;

...

²Mitwirkung 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.

Mit diesem Wortlaut soll die Rechtsunsicherheit beim Verkauf von Unternehmungen, insbesondere von Klein- und Mittelunternehmungen geschaffen und der Veräusserungstau, der sich seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 ergeben hatte, beseitigt werden [11]. Es ist offenkundig, dass der Gesetzgeber mit diesen Formulierungen über die bisherige kantonale Steuerpraxis hinausgeht bzw. Teilsachverhalte regelt, die bisher nicht geregelt waren. In diesen Fällen hat man sich für die Auslegung zusätzlich an der Hauptmotivation des Gesetzgebers zu orientieren: an der Missbrauchsverhinderung [12].

**1.2 Kreisschreiben ESTV.** Mitte November 2006 hat die *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)* den Entwurf ihres Kreisschreibens 2006 Nr. 14 zum Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten auf ihre Homepage gestellt. Es sollte ursprünglich am 1. Januar 2007 in Kraft treten.

In weiten Teilen respektiert die Dienstanweisung der ESTV die Absicht des Gesetzgebers. Dort, wo aus Sicht der Autoren Auslegungsfragen keinem eindeutigen Ergebnis zugeführt werden konnten, hält sich das Kreisschreiben streng an den Wortlaut des Gesetzes. Bezüglich Mitwirkung wird aber auf die bisherige Rechtsprechung des BGer zurückgegriffen, was angesichts des Wortlauts nicht von vorneherein unzulässig erscheint. Dabei wird allerdings verkannt, dass die bisherige Bundesgerichtspraxis auf dem Verkauf von Mehrheitsbeteiligungen beruhte. Das in Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG verlangte Mitwirkungselement ist indessen an eine Minderheitsbeteiligungsquote gekoppelt, die bei der Auslegung eine erweiterte Optik verlangt.

Im folgenden wird auf den Entwurf nur eingegangen, soweit sich Abweichungen zu den Ausführungen des Autors ergeben.

## 2. DETAILS DER GESETZLICHEN REGELUNG

**2.1 Beteiligungsbegriff.** Gegenstand der indirekten Teilliquidationen sind «Beteiligungen am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft».

Einerseits ist dieser Beteiligungsbegriff aus dem Unternehmenssteuerrecht bekannt (insbesondere Art. 69 DBG). Andererseits war Art. 20a Abs. 1 DBG Teil der USTR II, welche die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Privatvermögen zum Ziel hat [13]. Deshalb kann nach der hier vertretenen Meinung nicht unbesehen auf die Auslegung von Art. 69 DBG abgestellt werden. Die Unterschiede sind hienach aufzuzeigen.

**2.1.1 Beteiligungsbegriff nach Art. 69 DBG.** Da der Beteiligungsbegriff in Art. 20a Abs. 1 DBG im wesentlichen mit demjenigen von Art. 69 DBG übereinstimmt, wäre das Abstellen auf diesen Beteiligungsbegriff naheliegend. Nach den Materialien zu Art. 69 DBG sind Beteiligungen insbesondere [14]:  
→ Aktien von Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, → Stammeinlagen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, → Anteilsscheine von Genossenschaften, → Partizipationsscheine gemäss Art. 656a OR (*Obligationenrecht*).

Auch andere Rechte können als Beteiligungen erfasst werden, so Genussscheine, stille Beteiligungen oder hybride Finanzierungsinstrumente [15].

**2.1.2 Entwicklung im Rahmen der USTR II.** Zentrales Element der USTR II ist die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär. In der ersten Vorlage, die am 5. Dezember 2003 in die Vernehmlassung geschickt wurde, waren neben dem Teilbesteuerungsverfahren zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung auch Massnahmen zur Beseitigung der sog. «Ärgernisse» Transponierung, indirekte Teilliquidation und gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vorgesehen. Es wurden drei Modelle zur Diskussion gestellt. In den Modellen 1 und 2 wäre die indirekte Teilliquidation einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden, welche in direktem Zusammenhang mit der Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung gestanden wäre. Aufgrund der Ausgangslage für die USTR II ist die gesetzliche Regelung der indirekten Teilliquidation als Teil des Unternehmenssteuerreformgesetzes II und deshalb im Gesamtkontext mit den Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung zu betrachten.

Eine wirtschaftliche Doppelbelastung ergibt sich bei allen Beteiligungsrechten im Privatvermögen, welche ein *Anrecht auf einen Anteil Gesellschaftsreserven* enthalten, die aus auf Gesellschaftsebene (vor-)versteuerten Gewinnen gebildet wurden. Dies sind Aktien von Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, Stammeinlagen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Anteilsscheine von Genossenschaften, Partizipationsscheine oder Genussscheine, stille Beteiligungen oder hybride Finanzierungsinstrumente.

**2.1.3 Vergleich.** Beide Auslegungsarten führen zum gleichen Ergebnis. Es ist aber festzustellen, dass der Einbezug von stimmrechtslosen Beteiligungsrechten (Partizipations- und Genussscheine) vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte eigentlich keinen Sinn macht. Es ging bei der Regelung der indirekten Teilliquidation immer darum, Missbrä-

che zu verhindern, die sich daraus ergeben können, dass der Verkäufer einer Beteiligung es vor dem Verkauf in der Hand gehabt hat, thesaurierte Gewinne auszuschütten. Ein Partizipant, ein Genussscheininhaber oder ein stiller Beteiligter haben diese Einflussmöglichkeit nicht [16]. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber eine verobjektivierte Regelung gewählt hat, welche nur beschränkt Rücksicht auf die Einflussmöglichkeit des Beteiligten nimmt.

## 2.2 Beteiligungsquote von mindestens 20%

Die neue Gesetzesregelung sieht im Gegensatz zur bisherigen Praxis eine Mindestquote von 20% am Kapital der veräusserten Gesellschaft vor. Diese Quote gilt für einen einzelnen Veräusserer, wenn entweder in einer einzigen Transaktion eine Beteiligung von mehr als 20% oder innerhalb von fünf Jahren verschiedene Minderheitsbeteiligungen von zusammen mindestens 20% veräussert. Gleiches gilt, wenn verschiedene Minderheitsaktionäre gemeinsam, d. h. nach einem *einheitlichen Gesamtplan* [17], ihre Beteiligungen innert fünf Jahren veräussern.

**2.2.1 Ein oder mehrere Käufer.** Nach dem verobjektivierten Gesetzeswortlaut ist nur die verkaufte Beteiligungsquote entscheidend. Keine Rolle spielt, ob der Verkauf an einen oder mehrere Käufer erfolgt, ob mehrere Käufer zusammenwirken oder ob die Käufer überhaupt gemeinsam auftreten.

Faktisch wird die Charakteristik der Käufer jedoch für das Vorliegen einer indirekten Teilliquidation trotzdem relevant sein. Angesichts des Umstandes, dass der Gesetzgeber die Beteiligungsquote mit dem Mitwirkungskriterium gekoppelt hat, werden sich allein aus der Anzahl der Käufer und deren Beziehung untereinander beim Kriterium des Wissens oder Wissenmüssens Unterschiede ergeben [18].

**2.2.2 Mehrere Verkäufer verkaufen gemeinsam.** Dem Gesetzeswortlaut ist zu entnehmen, dass auch Minderheitsbeteiligte, welche weniger als 20% einer Beteiligung besitzen, unter Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG fallen, wenn sie *gemeinsam* eine Beteiligung von mehr als 20% veräussern. Aus den Materialien ergeben sich kaum Hinweise darauf, was unter «gemeinsam» zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut folgt vorab, dass das *Agieren als Verkäufer* gemeinsam sein muss. Nach Reich [19] braucht es einen *Gesamtplan der Veräusserer*, um gemeinsam zu handeln. Dabei ist es unerheblich, ob die Verkäufer gemeinsam in einem einzigen Kaufvertrag ihre Beteiligung verkaufen, oder ob jeder einzelne einen Kaufvertrag mit dem oder den Käufern abschliesst. Ebenso unerheblich sind die Höhe der Kaufpreise, die Zahlungsmodalitäten und der Verkaufszeitpunkt (innerhalb der Fünfjahresfrist). Entscheidend ist ein gemeinsames Handeln der Veräusserer. Dies setzt eine von den Verkäufern ausgehende und unter ihnen bestehende Koordination und Willensbildung bezüglich des Verkaufs voraus.

Im Entwurf des Kreisschreibens Nr. 14 ESTV wird dagegen von subjektiven Elementen (Koordination oder Mitwirkung) abstrahiert und auf einen Verkauf zu gleichen Konditionen abgestellt [20]. Diese Betrachtung folgt nur vordergründig dem Wortlaut von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG; sie setzt sich mit

der Bedeutung des Wortes «gemeinsam» weder teleologisch noch gesetzessystematisch auseinander.

**2.2.2.1 Kauf- oder Übernahmeangebot.** Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Normzweck ist zu schliessen, dass das Akzeptieren eines Kaufangebotes durch mehrere untereinander unabhängige Beteiligte (z. B. im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebotes nach Art. 32 BEHG, *Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*), diese einzelnen Verkäufer nicht zu gemeinsam handelnden Personen macht. Ihr Handeln beschränkt sich je einzeln auf das Akzeptieren des Angebotes. Bei einem öffentlichen Übernahmeangebot könnte ein gemeinsames Verkaufen höchstens dann gegeben sein, wenn die Beteiligten einzeln oder als Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK (*Verordnung der Eidg. Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel*) mindestens 20% der Aktien halten und aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses das Übernahmeangebot annehmen. Selbstredend sind von dieser Einschränkung nicht betroffen allfällige Aktionäre, die zusammen über eine Beteiligungsquote von mehr als 20% verfügen und gemeinsam aktiv als Verkäufer agieren. Diese Aktionäre können unter Umständen im Gegensatz zu gewöhnlichen Publikumsaktionären im Rahmen eines Kaufangebotes eine aktive Verkäuferrolle wahrnehmen. Im Einzelfall ist deren Rolle bei der Transaktion zu klären.

Im ganzen Bereich der öffentlichen Übernahmeangebote ist für die Auslegung zu beachten, dass der Gesetzgeber ausdrücklich die bisherige kantonale und nicht die Bundessteuerpraxis übernehmen wollte und die diesbezügliche Praxis der ESTV keineswegs von allen Kantonen für die kantonalen Steuern übernommen worden war.

Gemäss Entwurf Kreisschreiben ESTV ist die Qualifikationsquote demgegenüber eine objektive Tatsache. Sie setze keine Koordination auf Seiten der verschiedenen Verkäufer voraus und impliziere keine Mitwirkung. Erforderlich sei lediglich ein Verkauf zu gleichen Konditionen. Die Qualifikationsquote könne deshalb auch bei der Annahme eines öffentlichen Übernahmeangebotes überschritten werden. Eine Mitwirkung der Publikumsaktionäre könne nur dann ausgeschlossen werden, wenn für die verkaufenden Publikumsaktionäre aus den öffentlich zugänglichen Unterlagen keine nicht betriebsnotwendige Substanz ersichtlich sei und (wohl gemäss Angebotsprospekt) die Weiterführung des Betriebes der übernommenen Unternehmung beabsichtigt sei [21]. Das Kreisschreiben ersetzt mithin die gesetzliche Verkaufsquote unzulässigerweise durch eine Kaufquote [22]. Gemäss Eugen David, Ständerat und Mitglied der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) wollte das Parlament die Andienung von Aktien in einem öffentlichen Übernahmeangebot durch voneinander unabhängige Veräusserer nicht erfassen. Der Entwurf des Kreisschreibens widerspricht deshalb in diesem Punkt dem klaren Willen des Gesetzgebers [23].

**2.2.2.2 Mitarbeiterbeteiligungsprogramm.** Nach der hier vertretenen Auffassung fehlt es aus den gleichen Gründen auch an einem Zusammenwirken, wenn Angestellte einer Gesellschaft im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungspro-

grammes Beteiligungsrechte ihrer Arbeitgeberin von mehr als 20% besitzen. Wenn diese Beteiligungsrechte entweder periodisch oder beim Verlassen der Arbeitsstelle der Arbeitgeberin oder einer zum Zwecke des Verkaufs und des Rückkaufs eingesetzten Gesellschaft verkauft werden, fehlt es ebenfalls an einem unter den Veräusserern aufeinander abgestimmten Gesamtplan. Die Verkäufer haben in diesem Fall nicht eine Vereinbarung untereinander geschlossen, sondern jeder einzelne mit seinem Arbeitgeber oder allenfalls mit der Gesellschaft, die diese Beteiligungsrechte handelt. Sollten während einer Zeitspanne von fünf Jahren mehr als 20% der Beteiligungsrechte durch Mitarbeiter verkauft werden, sind diese einzelnen Verkäufe nicht zusammenzurechnen. Anders wäre möglicherweise zu entscheiden, wenn ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm im Zuge eines Verkaufs der Arbeitgeberin, deren Aktien nicht breit gestreut sind, aufgelöst würde. Es wäre zu untersuchen, ob Mitarbeiteraktionäre wie «normale» Aktionäre zu behandeln seien, auch dann, wenn der Beteiligungsplan für den Fall eines Verkaufs der Arbeitgeberin eine Verkaufspflicht («drag along») enthält. Abzuklären wären die Hintergründe des Mitarbeiterbeteiligungsplanes, und die Mitwirkung der Mitarbeiter müsste in die Beurteilung miteinbezogen werden.

**2.2.3 Zeitlich gestaffelte Verkäufe.** Die Qualifikationsquote kann auch durch zeitliche Staffelung der Verkäufe überschritten werden.

**2.2.4 Privat- oder Geschäftsvermögen der gemeinsam verkaufenden Beteiligten.** Die Bestimmung, wonach bei mehreren gemeinsam handelnden Verkäufern die Beteiligungsquoten zusammenzurechnen sind, enthält keine ausdrücklichen Hinweise darauf, ob es aus Verkäufersicht bedeutsam ist, ob die zusammenzurechnenden Beteiligungen zum Geschäfts- oder zum Privatvermögen der veräussernden Personen gehören. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich indessen, dass nur der Verkauf von mindestens 20% einer Beteiligung *aus dem Privatvermögen* unter die Norm fällt. Dies wird so im ersten Satz von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG festgehalten. Die nachfolgende Bestimmung, wonach bei gemeinsam verkaufenden Personen die Beteiligungsrechte zusammenzurechnen sind, kann den ersten Satz nur in bezug auf den Personenkreis erweitern, nicht aber in bezug auf die vermögensmässige Qualifikation der veräusserten Beteiligung [24].

**2.3 Verkauf aus dem Privatvermögen ins Geschäftsvermögen einer natürlichen oder juristischen Person.** Im Rahmen des gesetzgeberischen Prozesses wurde bewusst die Bedingung aufgeführt, dass ein Verkauf in das Geschäftsvermögen einer natürlichen oder einer juristischen Person zu erfolgen habe («Systemwechsel»).

Geschäftsvermögen liegt bei natürlichen Personen in erster Linie vor, wenn sie Inhaber von Einzelfirmen oder Teilhaber von Personengesellschaften sind [25]. Geschäftsvermögen kommt aber auch vor bei gewerbmässigen Wertschriftenhändlern [26], oder wenn der Käufer eine Beteiligung zu gewillkürtem Geschäftsvermögen nach Art. 18 Abs. 2 DBG erklärt [27].

Bei juristischen Personen liegt immer Geschäftsvermögen vor. Steuerlich unerheblich ist, ob die juristischen Personen der Besteuerung unterliegen oder nach Art. 59 DBG ganz oder teilweise von der Steuerpflicht befreit sind. Juristische Personen sind gemäss Art. 49 DBG Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen und übrige juristische Personen. Diesen gleichgestellt sind steuerlich die Anlagefonds mit direktem Grundbesitz im Sinne von Art. 31. Abs. 2 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds. Als «übrige juristische Personen» gelten u. a. die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten sowie die Körperschaften des kantonalen Rechts [28].

Damit werden nicht alle vom Bundesrat vorgesehenen Systemwechselfälle erfasst. Der Bundesrat sah noch vor, dass beim Verkauf einer Beteiligung an eine Privatperson im Ausland ohne Nachweis, dass für diese nicht das Gestehungskostenprinzip gelte, ebenfalls eine indirekte Teilliquidation vorliege [29]. Beim Verkauf an eine Privatperson im Ausland wird mit dem gewählten Wortlaut nicht mehr entscheidend sein, ob diese dem Nennwert- oder dem Gestehungskostenprinzip unterliegt, sondern wie bei einem Verkauf an Inländer, nur noch, ob sie die Beteiligung in ihr Geschäfts- oder Privatvermögen erwirbt.

## 2.4 Nicht betriebsnotwendige Substanz

**2.4.1 Begriff.** Ebenfalls nicht definiert ist der Begriff der «nicht betriebsnotwendigen Substanz». Sowohl der Bundesrat [30] als auch Kommissionsminderheiten der beiden Räte [31] machten Lösungsvorschläge. Schematisch sollten die Aktiven und die damit verknüpften Verbindlichkeiten sowie eine Liquiditätsreserve bestimmt werden, welche als nicht betriebsnotwendig gelten. Der breiten Kritik, welche der bundesrätliche Vorschlag widerfuhr, wollten die Minderheiten unter anderem dadurch begegnen, dass der Nachweis einer höheren erforderlichen als der gesetzlich normierten Liquiditätsreserve zugelassen worden wäre.

Nun hat der Gesetzgeber keine Definition vorgenommen. Er hat aber immer wieder betont, dass der Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich vom 2. März 2000 [32] wegweisend sei für die Konzeption von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG [33]. Zwar wird es bewusst der Praxis überlassen, die Berechnung der nicht betriebsnotwendigen Substanz festzulegen. Dabei kann es aber nicht angehen, dass Steuerbehörden Unternehmern schematisch vorschreiben, welches die steuerliche Maximalsubstanz ist. Die richtige Grösse hat sich am Einzelfall [34] und dort an Business- und Liquiditätsplänen zu orientieren, so wie dies bereits die Bundessteuerrekurskommission Zürich im erwähnten Entscheid verlangte:

«Wenn in objektiver Hinsicht «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 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.»

Die Anwendung allfälliger grosszügiger Safe Haven Rules ist bei diesem Grundsatz nicht ausgeschlossen. Diese würden es erlauben, die nicht betriebsnotwendige Substanz ohne langwierige Berechnungen und Verhandlungen mit den Steuerbehörden festzulegen [35].

Vorweg aus praktischer Sicht und mit Blick auf die Entstehung einer indirekten Teilliquidationskonstellation (Verzicht auf die Ausschüttung nichtbetriebsnotwendiger Substanz) sowie im Lichte der Praxis zahlreicher Kantone dürfte es auch zulässig sein, für die Frage der nicht betriebsnotwendigen Substanz statusmässig auf den Zeitpunkt der Transaktion abzustellen. Damit berücksichtigt man das Verhalten des Verkäufers und kann von den zukünftigen Absichten des Erwerbers abstrahieren. Die ESTV folgt denn auch dieser Betrachtung [36].

Vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte klar ist, dass der Begriff der nicht betriebsnotwendigen Substanz nicht nur die Aktivseite der Bilanz berücksichtigt, sondern ebenso die Finanzierungsseite und damit die Verbindlichkeiten und das Eigenkapital.

**2.4.2 Spezielle Anwendungsfälle.** Neue Abgrenzungsfragen werden sich unter anderem ergeben bei Investment-, Vermögensverwaltungs- und Immobiliengesellschaften. Deren Tätigkeit wird in der Steuerpraxis derzeit nur bedingt als betriebliche Tätigkeit anerkannt. Der Entwurf des Kreisschreibens 2006 Nr. 14 sieht vor, dass sich die betriebliche Aktivität im Sinne des Kreisschreibens 2004 Nr. 5 versteht, während der Gesellschaftszweck nicht massgebend sein soll. Dabei widerspricht sich die Praxis [37]. Während im Bereich der Einkommenssteuer durchaus eine selbständige Erwerbstätigkeit aus gewerbmässigem Wertschriften- oder Liegenschaftenhandel vorliegen kann, qualifiziert sich die gleiche Tätigkeit für die Zwecke der Gewinnsteuer bei juristischen Personen unter Umständen nicht als betriebliche Tätigkeit [38].

Folgt man den Überlegungen im Parlament, bemisst sich – entgegen der im Entwurf des Kreisschreibens vertretenen Ansicht – bei jeder Gesellschaft die betriebsnotwendige bzw. nicht betriebsnotwendige Substanz erstens am Zweck der Gesellschaft und zweitens an den für die Verfolgung dieses Zweckes erstellten Strategie-, Business- und Liquiditätsplänen.

**2.4.2.1 Investmentgesellschaften.** Investmentgesellschaften, insbesondere solche mit einem grösseren Aktionärskreis, legen ihre Mittel gemäss einer in den Statuten vorgegebenen Strategie in Beteiligungen oder anderen Wertpapieren an. Oftmals verfügen sie darüber hinaus über ein Anlagereglement oder andere Ausführungsbestimmungen, welche der Verwaltungsrat oder die Generalversammlung regelmässig überprüfen und den Marktverhältnissen anpassen. Solche Gesellschaften gründen mehrere Personen, die ihre Investi-

tionen mit anderen Personen oder Institutionen bündeln, damit auch vergrössern und absichern wollen. Man findet sie aber auch in sogenannten «Family Offices» oder als börsenkotierte oder nicht börsenkotierte Gesellschaften zur kollektiven Kapitalanlage [39]. Reglemente und Börsenprospekte enthalten regelmässig Angaben über das geplante Ausschüttungsverhalten. So qualifizieren sich allenfalls liquide Mittel bei «Thesaurierungsgesellschaften» als betriebsnotwendig, währenddem die gleichen Mittel bei «Ausschüttungsgesellschaften» als nicht betriebsnotwendig anzusehen sind, wenn die vorgenommenen Ausschüttungen nicht den im Reglement vorgesehenen Ausschüttungen entsprechen.

**2.4.2.2 Immobiliengesellschaften.** Bei Immobiliengesellschaften unterscheidet man Immobiliengesellschaften, welche die Liegenschaften zur Kapitalanlage halten und ihre Rendite aus der Vermietung erzielen, von Liegenschafts-handelsgesellschaften, welche ihre Rendite aus dem Handel und allenfalls aus der Entwicklung von Liegenschaften erzielen. Unabhängig davon, ob sich die Liegenschaften im Anlage- oder im Umlaufvermögen befinden und ob sie der Kapitalanlage dienen oder «Handelsware» darstellen, qualifizieren sich diese Liegenschaften in der Regel als betriebsnotwendig. Dies ungeachtet dessen, ob sich die Tätigkeit der Gesellschaft für die Zwecke der Gewinnsteuer als Betrieb qualifiziert oder nicht.

**2.4.2.3 Vermögensverwaltungsgesellschaften.** Die Vermögensverwaltungsgesellschaften stellen je nach deren Anlageverhalten den klassischen Fall des «vollen Portemonnaies» dar. Unter dem bundesrätlichen Konzept läge bei einem Verkauf der Gesellschaft eine Ersatz-Dividende in Höhe der Reserven vor. Die Anlagen einer solchen Gesellschaft sind in aller Regel gemäss statutarischem Zweck und allenfalls sogar einem Anlagereglement oder ähnlichem angelegt. Die Erlöse aus dem Verkauf von Anlagen werden wiederum in Vermögensanlagen investiert. Für die Aufnahme von Fremdkapital bei Dritten muss es zudem Business- und/oder Liquiditätspläne geben. Nach dem Willen des Gesetzgebers bemisst sich bei einem Verkauf einer solchen Gesellschaft die Höhe der nicht betriebsnotwendigen Substanz an diesen Strategie- und Businessplänen. Nach diesen Plänen dürften in der Regel alle Aktiven betriebsnotwendig angelegt sein. Eine Besteuerung unter dem Titel indirekte Teilliquidation entfiel damit von vornherein.

Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass der Verkauf einer solchen Gesellschaft trotzdem zu Einkommenssteuerfolgen führt. Sind die Aktiven nicht mehr entsprechend den ursprünglichen Plänen und Regeln angelegt und in liquide Form gebracht, ist zu untersuchen, ob eine Steuerumgehung («Mantelhandel») vorliegt. Einkommenssteuerrechtlich würde ein Verkauf der Gesellschaft als Totalliquidation mit anschliessender Neugründung behandelt.

**2.4.3 Innerhalb der Fünfjahresfrist veräusserte Vermögenswerte.** Die Frage der Betriebsnotwendigkeit eines Vermögenswertes beantwortet sich nach der Funktion desselben im Zeitpunkt des Verkaufs der Beteiligung. Eine Zweckänderung oder eine an-

dere betriebliche Disposition während der Fünfjahresfrist ändern an dieser Beurteilung im nachhinein nichts. So hat die Ausschüttung des Erlöses nach dem Verkauf eines früher betrieblich genutzten Vermögenswertes (z. B. nach einer Redimensionierung oder Erneuerung des Maschinenparks) keine Umqualifikation des entsprechenden Vermögenswertes zur Folge [40]. Das gleiche gilt für den Verkauf betriebsnotwendiger Vermögenswerte, welche anschliessend gemietet werden (Sale and Leaseback von Liegenschaften oder Maschinen).

**2.4.4 Konzern- oder Einzelbetrachtung.** In Stammhaus- oder Holdingstrukturen stellt sich die Frage, auf welcher Stufe die nicht betriebsnotwendige Substanz zu ermitteln ist. Der Bundesrat stellte sich auf den Standpunkt, dass konsolidierungsfähige Beteiligungen grundsätzlich zum betriebsnotwendigen Anlagevermögen gehören, da durch sie erst ein Konzern gebildet werde [41]. In begründeten Einzelfällen, namentlich bei reinen Holdingstrukturen, seien auch die ausschüttungsfähigen Netto-Aktiven von Beteiligungen bei der Ermittlung der Ersatz-Dividende mitzubersichtigen.

Diese Überlegung erscheint auch unter der vom Parlament verabschiedeten Norm als sachgerecht. Anzuführen ist allerdings, dass erstens auch bei den Tochtergesellschaften die Analyse sowohl bezüglich der ausschüttungsfähigen Aktiven als auch bezüglich des ausschüttungsfähigen Eigenkapitals [42] vorzunehmen ist. Und zweitens erhöht die ausschüttungsfähige nicht betriebsnotwendige Substanz der Tochtergesellschaft diejenige der Muttergesellschaft sowohl bezüglich der Aktiven als auch des Eigenkapitals.

In praktischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass bei echten Holdingstrukturen die nicht unmittelbar betriebsnotwendigen Mittel bereits aus Gründen der Effizienz oft zentral bewirtschaftet werden, sei es in der Holding selbst oder in einer separaten Finanzgesellschaft. Auch bei dieser Konstellation muss der Nachweis der betriebsnotwendigen Verwendung im Konzern möglich sein.

**2.5 Handelsrechtlich ausschüttungsfähiges Eigenkapital.** Die Ausschüttung nicht betriebsnotwendiger Mittel ist nur in dem Ausmasse steuerbar, als die ausschüttende Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufs über ausschüttungsfähiges Eigenkapital verfügt.

**2.5.1 Offene Reserven.** Die Frage der Ausschüttbarkeit richtet sich nach dem Privatrecht. Ausschüttungen dürfen nur aus dem im letzten Jahresabschluss vor dem Verkauf vorhandenen Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden [43]. Der Bilanzgewinn setzt sich zusammen aus dem Jahresgewinn und dem Gewinnvortrag. Ausschüttungsfähig ist auch die allgemeine gesetzliche Reserve, soweit sie 50% (bei Holdinggesellschaften 20%) des Aktienkapitals übersteigt (Art. 671 Abs. 3 und 4 OR). Handelsrechtlich ausschüttungsfähig im Sinne von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG sind gemäss Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14 [44] auch Reserven, welche gemäss Art. 672 und 673 OR aufgrund statutarischer Bestimmungen gebunden sind. Diese Reserven unterliegen je nach deren Zweckbestimmung den gleichen Verfügungsbeschränkungen wie die allgemeinen gesetz-

lichen Reserven nach Art. 671 OR [45]. Damit fallen sie – bei entsprechenden statutarischen Beschränkungen – im hier massgebenden Zeitpunkt des Beteiligungsverkaufs streng nach dem Gesetzeswortlaut unter die nicht ausschüttungsfähigen Reserven. Diese Beurteilung greift jedoch zu kurz. Wie bei der gesetzlichen Reserve nach Art. 671 OR kann es nicht die Meinung sein, über die maximal gebundenen gesetzlichen Reserven hinaus Reserven als nicht ausschüttungsfähig zu qualifizieren, wenn es in der Hand der Beteiligten liegt, mittels Generalversammlungsbeschlüssen und Statutenänderungen tatsächlich über diese Reserven zu verfügen.

Nicht ausschüttungsfähig hingegen ist die gesetzliche Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) oder die Reserven, die durch die Aufwertung von Liegenschaften oder Beteiligungen zur Beseitigung von Verlusten (Art. 671b OR) geschaffen wurden. Ebenfalls nicht ausschüttungsfähig ist der Gewinn des während des Beteiligungskaufs laufenden Geschäftsjahres, da dieser vor dessen Ablauf noch nicht ausschüttungsfähig ist [46].

Zwischen dem Bilanzstichtag und dem Verkaufszeitpunkt liegende Vorfälle werden grundsätzlich nicht in die Bemessung des ausschüttungsfähigen Eigenkapitals miteinbezogen. In speziellen Fällen ist es trotzdem angezeigt, diese zu berücksichtigen. So z. B. bei Verlusten, Kapitalerhöhungen, Umwandlung von Reserven in Aktien- oder Stammkapital und unter dem Titel der Steuerumgehung allenfalls auch die nicht wirtschaftlich begründbare Auflösung von stillen Reserven.

**2.5.2 Stille Reserven.** Vor dem Hintergrund des klaren Gesetzeswortlaut überrascht, dass im Parlament widersprüchliche Äusserungen fielen [47]: Ständerat Germann vertrat die Auffassung, dass sich die Ausschüttungsfähigkeit der nicht betriebsnotwendigen Substanz nach der Höhe der frei verfügbaren offenen Reserven gemäss Handelsbilanz, einschliesslich der stillen Reserven auf den tatsächlich zur Ausschüttung gelangenden betriebsnotwendigen (er meinte wohl nicht betriebsnotwendigen) Aktiven richte [48]. Dieser Auslegung wurde im Nationalrat widersprochen, da die stillen Reserven nie Gegenstand der Beratungen gewesen seien [49].

Aufgrund des klaren gesetzlichen Wortlautes und der Entstehungsgeschichte dürfte sich die Thematik der stillen Reserven indessen auf die *Aktivseite der Bilanz* beschränken. Sofern handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven vorhanden sind (Passivseite), sind die nicht betriebsnotwendigen Aktiven zu Verkehrswerten einzusetzen, wenn sie zur Ausschüttung gelangen. Damit erhöhen sich die ausschüttungsfähigen Reserven nicht. Die stillen Reserven werden aber bei der Berücksichtigung der Bewertung der Aktiven in die Beurteilung miteinbezogen. Selbstredend ist, dass dabei latente Steuern in Abzug zu bringen sind.

Allfällige Überlegungen, stille Reserven als handelsrechtlich ausschüttungsfähig im Sinne von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG zu betrachten, wenn lediglich vom beherrschenden Beteiligten beeinflusste buchtechnische Massnahmen einer Ausschüttung entgegenstehen, erweisen sich vor dem klaren Gesetzeswortlaut als unzulässig [50]. Nicht ausgeschlossen wird durch diese Auslegung, dass die übermässige Bildung von – wenn möglich sogar besteuerten – stillen Reserven im

Hinblick auf den Verkauf der Beteiligung unter Steuerumgebungsgesichtspunkten untersucht wird.

**2.5.3 Konzern- oder Einzelbetrachtung.** Wie bei der Bestimmung der nicht betriebsnotwendigen Substanz stellt sich auch bei der Bestimmung des ausschüttungsfähigen Eigenkapitals die Frage, ob im Falle einer Holding- oder einer Stammhausstruktur Eigenkapital von Tochtergesellschaften in die Beurteilung miteinzubeziehen ist. In der parlamentarischen Diskussion wurde dieser Gesichtspunkt nicht thematisiert. Ausgehend vom Grundgedanken, dass nicht betriebsnotwendige Aktiven (abzüglich des darauf entfallenden Fremdkapitals) von Tochtergesellschaften im Zeitpunkt des Verkaufs für die Berechnung der gesamten nicht betriebsnotwendigen Substanz herangezogen werden kann, muss das gleiche für das Eigenkapital gelten. Einerseits ist damit das ausschüttungsfähige Eigenkapital die Obergrenze für die Bestimmung der nicht betriebsnotwendigen Substanz der Tochtergesellschaft, andererseits erhöht dieses ausschüttungsfähige Eigenkapital auch dasjenige der Muttergesellschaft, insoweit bei dieser nach Vornahme der Ausschüttung der Tochtergesellschaft keine Abschreibung der Beteiligung vorgenommen werden muss.

Diese Überlegungen kommen indessen nur dann zum Tragen, wenn von der entsprechenden Tochtergesellschaft tatsächlich eine direkte oder indirekte Ausschüttung an den Käufer im Sinne von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG erfolgt.

**2.6 Mitwirkung des Verkäufers.** Die Frage der Mitwirkung war eine der im Parlament am heftigsten diskutierten Themen. Für die WAK-NR und auch für das Plenum muss die *Mitwirkungsfrage zusammen mit der Höhe der Beteiligungsquote* beantwortet werden [51]. Bei der ebenfalls diskutierten 50%-Beteiligungsquote hätte es keine Mitwirkung gebraucht, bei der nun beschlossenen 20%-Quote hingegen schon. Argumentiert wurde zu Recht, dass ein Verkäufer einer 50%-Beteiligung es in der Hand hat, die Gesellschaft unter seiner Herrschaft zu entreichern, ein Minderheitsaktionär hingegen nicht. Deshalb sei bei der Übertragungsrate von 20% zwingend eine Mitwirkung vorzusehen [52].

**2.6.1 Wissen oder Wissenmüssen.** Die Art der Mitwirkung wurde in Art. 20a Abs. 2 DBG definiert:

«Mitwirkung... liegt vor, wenn der Verkäufer weiss oder wissen muss, dass der Gesellschaft zwecks Finanzierung des Kaufpreises Mittel entnommen und dieser nicht wieder zugeführt werden.»

Es wurde ausdrücklich darauf verzichtet, eine «aktive» Mitwirkung [53] zu verlangen oder gänzlich auf eine Mitwirkung zu verzichten [54]. Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die bisherige kantonale Steuerpraxis übernehmen wollte, stellt sich die Frage, ob mit diesem Wortlaut die bisherige Bundesgerichtspraxis fortgeführt werden sollte [55]. Die in der Lehre und der Praxis verwendete Unterscheidung in aktive und passive Mitwirkung wurde bewusst vermieden [56]. Das Kriterium des «Wissens» oder «Wissenmüssens» folgt der langjährigen Bundesgerichtspraxis [57]. In der vertieften Diskussion wurde auch deutlich, was der Gesetzgeber unter diesem Wortlaut versteht: Der Verkäufer muss sich darum

kümmern, wie der Käufer den Kaufpreis finanziert. «Eine blosser Lippenbekenntnisklausel anlässlich eines Unternehmensverkaufs, worin der Verkäufer bestätigt, dass er dem Unternehmen in den nächsten fünf Jahren keine Mittel entziehen muss, genügt nicht. Auf der anderen Seite braucht es aber auch keine inquisitorische Nachforschung des Verkäufers und keine Offenlegung aller Verhältnisse beim Käufer. Es genügt, was ein Verkäufer im Rahmen einer üblichen Bonitätsprüfung und im Rahmen der üblichen Verhandlungen vom Käufer an Offenlegung verlangen darf. Die Auskunft muss plausibel einsichtig sein. Sie muss durch leicht überprüfbare und einsichtige Fakten nachvollziehbar sein [58].» Keine Besteuerung soll zudem erfolgen, «wenn es allein in der Hand des Käufers liegt, die Ausschüttung zu bewirken, und der Verkäufer überhaupt nichts dazu beigetragen hat und auch davon nichts wissen konnte» [59].

In der publizierten Praxis der ESTV wurde bisher verlangt, dass die Steuerbehörden den Nachweis der Mitwirkung zu erbringen haben [60]. Allerdings war es in der Praxis trotzdem kaum möglich, eine Besteuerung wegen mangelnder Mitwirkung zu vermeiden, wenn alle anderen Kriterien einer indirekten Teilliquidation gegeben waren, dies vor allem mit Blick auf die passive Mitwirkung. Die Lehre blickt diesbezüglich zum Teil pessimistisch in die Zukunft.

«Was auch immer der Verkäufer zur Abklärung der finanziellen Potenz des Käufers unternimmt, es wird ihm – das nun sogar gesetzlich festgeschriebene – Argument des Wissenmüssens entgegengehalten» [61].

Nach den deutlichen Voten im Parlament und den umfangreichen und klaren Materialien zu diesem Thema verdient das Kriterium der Mitwirkung eine seriösere Behandlung [62].

**2.6.2 Mitwirkung beim Verkauf an mehrere oder an unbekannte Käufer.** Beim Verkauf an mehrere Käufer ist bezüglich der Anforderungen an das Wissen oder Wissenmüssen zu unterscheiden, wie die Käufer zusammenwirken.

→ Treten die Käufer gemeinsam auf, z. B. indem sie einem *gemeinsamen Vertreter oder Beauftragen* haben, dürften die gleichen Anforderungen an das Wissen um die finanziellen Möglichkeiten und die Zukunftspläne gestellt werden, wie beim Verkauf an einen einzelnen Käufer.

→ Erfolgt ein Verkauf in mehreren Tranchen von weniger als 20% innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren an *mehrere, nicht zusammenwirkende Käufer*, dürfte es nicht zumutbar sein, bei Erreichen der 20%-Grenze sich über die finanziellen Möglichkeiten und Absichten des oder der früheren Käufer ins Bild zu setzen.

→ Anders verhält es sich, wenn der gestaffelte Verkauf an mehrere Käufer von Anfang an vorgesehen ist. In diesem Fall dürfte es eher zumutbar sein, sich bereits bei der Erstellung des «*Gesamtplanes*» über die Bonität der Käufer zu orientieren wie bei einem Verkauf an einen einzelnen Erwerber.

→ Beim Verkauf im Rahmen eines *Börsenganges (IPO)* kennt der Verkäufer die Mehrzahl der Käufer in der Regel nicht [63]. Entsprechend ist es nicht möglich, Informationen über deren finanzielle Verhältnisse einzuholen.

→ Ebenso unbekannt ist dem Verkäufer der Käufer, wenn ein *Vertreter oder ein Beauftragter ohne Nennung des Käufers* für diesen

Dritten eine Beteiligung erwirbt. In diesem Fall dürften seine Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung ebenfalls nicht über die allgemeine Bonitätsprüfung (z.B. Finanzierungszusage einer Bank) hinausgehen können.

**2.6.3 Mitwirkung beim gemeinsamen Verkauf.** Eine neue, bisher von der Rechtsprechung und dem grössten Teil der Lehre nicht behandelte Dimension erhält das Mitwirkungselement, wenn Minderheitsbeteiligte, womöglich sogar solche mit Beteiligungen von unter 20%, eine Beteiligung mit anderen Beteiligten gemeinsam verkaufen. Unbestritten dürfte sein, dass im Falle einer gemeinsamen Willensbildung bezüglich des Verkaufs unter allen Beteiligten das Kriterium des «Wissens oder des Wissenmüssens» für alle Verkäufer gilt bzw. das Wissen des Verhandlungsführers allen angerechnet werden kann. Fraglich ist indes, ob es sich anders verhält, wenn Beteiligte aufgrund vertraglicher Verpflichtungen (z. B. in einem Aktionärbindungsvertrag oder einem Mitarbeiterbeteiligungsplan) ihre Beteiligung verkaufen müssen, wenn der oder die Mehrheitsbeteiligten ihre Beteiligung veräussern (sogenannte «Drag-along-Klauseln»). Die Mitbeteiligten, welche quasi zwangsweise ihre Beteiligung veräussern müssen, haben unter Umständen keinerlei Möglichkeiten, sich über die Finanzkraft des Käufers zu informieren.

Diese beiden realistischen Beispiele machen deutlich, dass das Kriterium «Wissenmüssen» besonders durch den Einbezug von Minderheitsbeteiligungen differenzierter als bisher angewandt werden muss. Es ist in jedem Einzelfall vorab abzuklären, unter welchen Umständen ein Beteiligter seine Beteiligung verkauft und welche Möglichkeiten ihm zur Abklärung der Finanzierungspläne des Käufers überhaupt möglich und zumutbar sind.

**2.7 Ausschüttung von Substanz.** Zentrales Element von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG ist die tatsächliche Substanzausschüttung. Das vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept des «vollen Portemonnaies» wurde nicht übernommen. Es wurde vielmehr angeknüpft an die vor dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 herrschende Praxis, insbesondere die kantonale [64]. In welchen Fällen eine Ausschüttung von Substanz vorliegt, richtet sich somit nach der bisherigen Praxis und Rechtsprechung. Dies ist u. a. dann der Fall,

a) wenn das *Kaufobjekt der Käuferin ein Darlehen gewährt*, mit dessen Rückzahlung nicht zu rechnen ist [65]. Nicht die Darlehensgewährung an sich ist schädlich. Nur wenn im Zeitpunkt der Darlehensgewährung keine ernsthaften Aussichten auf Rückzahlung oder Verrechnung mit Dividendenausschüttungen aus laufenden Gewinnen der gekauften Gesellschaft besteht, wird weiterhin eine «schädliche» Finanzierung des Kaufpreises aus Substanz der gekauften Unternehmung angenommen. Nach dem neuen Gesetzeswortlaut muss auch eine Verrechnung des Darlehens mit einer Substanzdividende zulässig sein, welche aus dem Verkauf betriebsnotwendiger Substanz erfolgt. Steuerbar kann in jedem Fall nur der Teil der Darlehensgewährung sein, welcher im Falle der Nichteinbringlichkeit des Darlehens auf nicht betriebsnotwendige Substanz entfällt,

b) wenn und soweit ein dem Käufer gewährtes Darlehen innerhalb der Fünfjahresfrist mit einer Ausschüttung von nicht betriebsnotwendiger Substanz aus der Gesellschaft verrechnet wird [66] oder

c) wenn das Kaufobjekt infolge *Fusion* von Käuferin und Kaufobjekt untergeht [67].

Eine Finanzierung des Kaufpreises aus Mitteln des Kaufobjekts kann aber auch durch weitere *offene oder verdeckte Vorteilszuwendungen* erfolgen, z. B.

a) durch überhöhte Honorarzahungen zugunsten der Käuferin oder

b) durch *Verpfändung* von Wertschriften oder anderer Aktiven des Kaufobjekts zugunsten des Kredits der Kaufgesellschaft [68]. Dies ergibt sich insbesondere dann, wenn die Käuferin über eine sehr schmale Eigenkapitalbasis verfügt. Daran vermag der Umstand, dass auf Grund einer zu einem späteren Zeitpunkt vorgenommenen Beurteilung kaum mit der Verwertung der gewährten Sicherheiten gerechnet werden muss oder dass sich die Sicherheiten im Nachhinein als wertlos erweisen, nichts zu ändern. Bei der diesbezüglichen Risikobeurteilung ist auf den Zeitpunkt der Darlehensgewährung abzustellen [69]. Ob betriebsnotwendige oder nicht betriebsnotwendige Aktiven verpfändet werden, sollte bei diesem Sachverhalt unbeachtlich sein. Massgebend muss sein, ob die gekaufte Gesellschaft überhaupt über nicht betriebsnotwendige Aktiven verfügt. Vereinzelt wird vertreten, dass unter dem neuen Wortlaut die tatsächliche und nicht nur die indirekte Entreichung innerhalb der Fünfjahresfrist zu erfolgen hat [70],

c) durch *Übernahme bestehender Aktionärsdarlehen*: Die Käufergesellschaft übernimmt eine Darlehensschuld des verkaufenden Aktionärs gegenüber dem Kaufobjekt (im Kaufobjekt Aktivdarlehen) und verrechnet es mit dem Kaufpreis, mit anschließendem Verzicht auf die Rückzahlung durch das Kaufobjekt [71]. Dabei geht man unter dem neuen Gesetzeswortlaut davon aus, dass dieses Darlehen nicht betriebsnotwendig ist.

Wenn sich die Sicherheiten der kreditgebenden Bank auf die Beteiligung selbst, nicht aber auf Aktiven des Kaufobjekts beziehen, lag bisher keine indirekte Teilliquidation vor.

Entgegen der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts [72] findet unter dem neuen Gesetzeswortlaut keine «schädliche» Ausschüttung statt, wenn laufende Gewinne des Kaufobjektes ausgeschüttet werden.

**2.8 Fünfjahresfrist.** Die Fünfjahresfrist ist für zwei Tatbestandselemente von Bedeutung. Sie ist erstens die Frist, innert welcher der Substanzentzug aus der verkauften Beteiligung zu Ertrag aus beweglichem Vermögen beim Verkäufer führen kann. Zweitens definiert sie den Zeitraum, innert welcher Teilverkäufe von Beteiligungen für die Erreichung der massgeblichen 20%-Quote zusammengerechnet werden.

**2.8.1 Beginn und Ende.** Nach dem Wortlaut beginnt diese Frist mit dem «Verkauf». Eine genauere Umschreibung dieses Zeitpunktes findet sich weder im Gesetzestext noch in den Materialien. Es ist insbesondere kein Hinweis zu finden, dass



damit etwas anderes gemeint wäre als der Zeitpunkt, in welchem der Verkauf rechtswirksam wird, d. h., in welchem die Eigentumsübertragung der Beteiligungsrechte stattfindet. Massgebend ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes (Vertragsunterzeichnung). Nicht massgebend ist der Zeitpunkt der Übertragung der Aktien und der Zahlung des Kaufpreises (Vollzugsgeschäft oder «Closing»), sofern die Erfüllung nicht von vornherein als unsicher betrachtet werden muss [73]. Nicht relevant sind auch etwaige zurückliegende Bilanzstichtage, welche regelmässig für die Kaufpreisberechnung massgebend sind.

Der Gesetzgeber wollte die bisherige kantonale Steuerpraxis in eine gesetzliche Form giessen und damit objektivierte Verhältnisse schaffen. Subjektive Elemente spielen bei dieser Konzeption keine Rolle mehr [74]. Demzufolge endet die Fünfjahresfrist taggenau nach Ablauf von fünf Jahren. In diesem verobjektivierten Konzept ist der Käufer nach fünf Jahren und einem Tag frei, ohne Einschränkungen und ohne Steuerfolgen für den Verkäufer, über die Substanz der gekauften Beteiligung zu verfügen.

**2.8.2 Frist bei Teilverkäufen.** Bei einer Teilveräusserung von Beteiligungsrechten von weniger als 20% beginnt die Frist nicht zu laufen. Wenn im Zeitpunkt des ersten Verkaufes aufgrund eines «Gesamtplans» feststeht, dass weitere Teilverkäufe erfolgen, kann eine Zusammenrechnung der Beteiligungsquoten erfolgen. Gemäss Entwurf Kreisschreiben wird auch diese Voraussetzung verobjektiviert. Danach fallen bei zeitlich gestaffelten Verkäufen alle Transaktionen unter Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG, sobald insgesamt innerhalb von fünf Jahren seit dem ersten Verkauf mindestens 20% veräussert werden [75].

Die für die Substanzentnahme relevante Frist beginnt entgegen der Meinung von Bundesrat Merz [76] mit jeder Teilveräusserung, die in Ausführung des «Gesamtplanes» vorgenommen wird. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass der Vermögensertrag im Zeitpunkt des Verkaufs realisiert wird und die Besteuerung nur unter der Bedingung erfolgt, dass innerhalb von fünf Jahren keine Substanzausschüttung vorgenommen wird [77]. Zur Besteuerung gelangen mithin alle zusammenhängenden, innerhalb von fünf Jahren vor der Substanzausschüttung getätigten Beteiligungsverkäufe.

Teilverkäufe von Beteiligungen von über 20% sind nicht zusammenzurechnen. Sie sind als einzelne für die Frage der indirekten Teilliquidation massgebliche Verkäufe zu behandeln. Das bedeutet, dass fünf Jahre nach Verkauf einer ersten Beteiligung diese Beteiligungsquote bei der Berechnung des steuerbaren Teils einer Substanzausschüttung als vom Käufer gehaltene Beteiligung gilt [78]. Nur der Teil der Substanzausschüttung, welcher auf die später verkaufte Beteiligung entfällt, kann (innerhalb der ab dem zweiten Verkauf laufenden Frist) Vermögensertrag darstellen.

## 2.9 Vorbescheide zur Erhöhung der Rechtssicherheit?

**2.9.1 Allgemeines.** Vorbescheide (genauer: Vorgängige Auskünfte ohne Verfügungscharakter) [79] beinhalten die vorweggenommene steuerliche Beurteilung von Sachverhalten, die sich verwirklichen werden. Kein Anspruch auf Vorbe-

scheide besteht für Sachverhalte, die sich nur möglicherweise verwirklichen könnten.

Bei indirekten Teilliquidationen werden die Steuerfolgen gemäss Entscheid des Gesetzgebers nun bewusst im Zeitpunkt der Entreichung ausgelöst, und nur dann, wenn es tatsächlich zu einer Entreichung kommt. Unter der Voraussetzung diesbezüglicher vertraglicher Zusicherungen an den Verkäufer dürften solche Entreicherungen aber nur noch selten der Fall sein. Damit besteht an sich kein Anlass zur Abgabe eines Vorbescheides für einen Sachverhalt, der sich höchstwahrscheinlich gar nicht verwirklichen wird.

Indes stand die Normierung im Bestreben nach vermehrter Rechtssicherheit. Daher sind die Steuerbehörden weiterhin zur Abgabe von gewissen Vorbescheiden bereits im Zeitpunkt der Transaktion angehalten und auch bereit.

Weiter ist vorstellbar, dass sich der Erwerber vor einer Substanzausschüttung innert fünf Jahren nach der Veräusserung Klarheit über den Umfang der Steuerfolgen verschaffen will. Hier liegt die vorweggenommene steuerliche Beurteilung durchaus auch im Interesse der Steuerbehörden.

Zuständig für Vorbescheide ist die für die Verkäufer zuständige kantonale Steuerbehörde.

**2.9.2 Vorbescheide im Hinblick auf eine beabsichtigte Transaktion.** Vor der Transaktion können folgende Vorbescheide eingeholt werden:

→ Anwendbarkeit der neuen gesetzlichen Vorschriften, gegebenenfalls mit darin enthaltener Bestätigung, dass Ausschüttungen, die auf ordentliche Gewinne, welche nach der Transaktion enthalten sind, zurückgehen, nicht zu einer indirekten Teilliquidation führen.

→ Ausschluss des Tatbestandes der indirekten Teilliquidation durch fehlende objektive Voraussetzungen. Mit Blick auf die diesbezüglich eindeutigeren Verhältnisse setzt die Beurteilung mit Vorteil an der Passivseite der Bilanz des Kaufobjekts an: → Kein Systemwechselfall; → Beteiligungsquote weniger als 20 Prozent; → Fehlen von handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven im Zeitpunkt der Transaktion aufgrund der Jahresrechnung, welche dem Verkauf zugrunde liegt; → Beurteilung von Sachverhalten, welche mit der Veräusserung der Beteiligung zusammenhängen, hinsichtlich Ausschüttungen (z. B. Gewährung von Darlehen); → Feststellungen hinsichtlich gemischter Verträge (Konkurrenzverbot; Umqualifikation Lohnbezüge in Kapitalgewinn).

Bestätigungen können ferner auch dann abgegeben werden in Fällen, wo offensichtlich nur betriebsnotwendige Substanz vorhanden sind.

Folgenden Anträgen auf Vorbescheide dürfte von den Steuerbehörden nicht entsprochen werden:

→ Vorliegen oder Nichtvorliegen der Mitwirkung; → Bewertungen und Feststellungen hinsichtlich der nicht betriebsnotwendigen Liquidität, bevor eine Entreichung beschlossen ist und wenn ein Ausschüttungsverbot unterzeichnet worden ist.

Zur Erhöhung der Rechtssicherheit können in Fällen mit vorhandenen nicht betriebsnotwendigen Mitteln durch vorgän-

gige Ausschüttung Verhältnisse geschaffen werden, welche in steuerlicher Hinsicht unproblematisch sind.

**2.9.3 Vorbescheide unmittelbar vor einer Substanz ausschüttung.** Unmittelbar vor einer Substanz ausschüttung können ferner Vorbescheide abgegeben werden, die sich zu den Voraussetzungen der Mitwirkung, dem Bestand und zum Umfang der nicht betriebnotwendigen Liquidität sowie zu deren Ausschüttungsfähigkeit nach handelsrechtlichen Grundsätzen äussern. Voraussetzung ist, dass eine Ausschüttung beschlossen ist oder zumindest eine ernsthafte Ausschüttungsabsicht besteht.

**2.10 Besteuerung im Nachsteuerverfahren.** Der Vermögensertrag nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG wird der Steuerperiode des Verkaufs der Beteiligung zugerechnet. Der Vermögensertrag wird mit dem Verkauf der Beteiligung erzielt und nicht mit der Substanz ausschüttung. Nur die steuerrechtliche Qualifikation des Erlöses aus dem Verkauf der Beteiligung wird durch die Substanz ausschüttung nachträg-

lich bestimmt. Falls der Verkäufer im Zeitpunkt der Substanz ausschüttung bereits rechtskräftig veranlagt ist, erfolgt die Besteuerung im Nachsteuerverfahren nach Art. 151 Abs. 1, 152 und 153 DBG.

### 3. FAZIT

Mit Art. 20a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 DBG hat der Gesetzgeber eine Norm geschaffen, welche einen bisher in der Schweiz unbekanntem Detaillierungsgrad aufweist. Der Gesetzgeber wollte das Heft wieder in die Hand nehmen, nachdem die Praxis und die Rechtsprechung sich in eine von ihm nie gewollte Richtung entwickelt hatten. Mit der neuen Norm dürften tatsächlich viele Unklarheiten beseitigt sein. Allerdings besteht die Gefahr, dass mit der grundsätzlich gewollten Verobjektivierung Tatbestände unter die neue Norm fallen, welche bisher nie Gegenstand indirekter Teilliquidation waren. Diese Konsequenz ist vom Gesetzgeber nicht gewollt, was es im Auge zu behalten gilt. ■

**Anmerkungen:** 1) Im Zeitpunkt der Drucklegung dieses Artikels war die definitive Fassung des Kreisschreibens noch nicht publiziert. 2) Leicht überarbeitete Fassung eines am ISIS-Seminar vom 29./30. Januar in Flims abgegebenen Referates. Der Autor dankt seinem Namensvetter, Dr. Jürg B. Altorfer, Kantonales Steueramt Zürich, Fachstelle Einschätzungspraxis, für die kritische Durchsicht und die vielfältigen Hinweise. 3) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht auf 1984 zurück: «Kaffeeholding-Fall», BGR 19. 11. 1984, ASA 54 (1985/1986) 211 ff. 4) StE 2004 B 24.4 Nr. 70; ASA 73 (2004/2005) 402 ff. 5) EFD Rohstoff v. 23. 6. 2005, <https://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/messages/message/de/attachments/10/7/6/ustrII.pdf> (besucht am 10. 11. 2006). 6) Botschaft, 4804. 7) Botschaft, 4804 auch zum Folgenden. 8) Votum SR David v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 116. 9) Votum SR Frick v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 115 auch zum Folgenden. In gleichem Sinne auch Votum SR David v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 108. 10) BSt-RK Zürich 2. 3. 2000, StE 2002 B 24.4 Nr. 62. 11) Votum SR Germann (Kommissionssprecher) v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 106. 12) Votum SR Forster-Vannini v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 115. 13) Botschaft, 4794 ff. 14) KS EStV v. 9. 7. 1998, Ziff. 2. 3. 2. 15) Duss Marco/von Ah Julia/Rutishauser Frank, in: Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A. Basel 2002, Art. 28 StHG N 38 und N 45. 16) Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004, § 5; Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §§ 46 und 47. 17) Reich Markus, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, 2. A. (noch nicht publiziert), Art. 20a N 7. 18) Dazu 2.6.1. 19) Reich Markus (zit. Anm. 16), Art. 20a N 7. 20) Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14, Ziffer 4.2. 21) Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14, Ziffer 4.2 und 5.2. 22) Art. 20a Abs. 1 lit. a regelt die Steuerpflicht des Verkäufers und sieht den Steuertatbestand nach dem Willen des Gesetzgebers eindeutig aus dessen Sicht, was steuer-systematisch klar zum Ausdruck kommt. 23) Zitiert in: Neue Zürcher Zeitung, Nr. 284 vom 6. Dezember 2006, S. 25 («Zankapfel Unternehmenssteuerreform»). 24) Gl. M. Kuhn Stefan/Poltera Flurin, St. Galler Seminar zur Unternehmensbesteuerung vom 9./10. Oktober 2006, Seminar: Unternehmensnachfolge inkl. Management Buy-

outs im Lichte der neusten Entwicklung von Praxis und Gesetzgebung, Lösungsansätze, 10. 25) Duss Marco/Greter Marco/von Ah Julia, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, Zürich 2004, 35 ff. 26) Altorfer Jürg/von Ah Julia, in: Klöti-Weber Marianne/Siegrist Dave/Weber Dieter (Hrsg.), Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 1 §§ 1–111, 2. A. Muri-Bern 2004, § 27 N 41 ff. 27) Duss Marco/Greter Marco/von Ah Julia (zit. Anm. 23), 29 f. 28) Locher Peter, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Therwil/Basel 2004, Art. 49 N 12 ff. 29) Botschaft, 4805. 30) Botschaft, 4805 f. 31) Antrag der Minderheit SR v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 111; Antrag der Minderheit II NR v. 9. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 851. 32) BSt-RK Zürich, 2. 3. 2000, StE 2002 B 24.4 Nr. 62. 33) Dazu vorne 1.1.2. 34) Votum SR Jenny und Votum SR Schweiger v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin, S 118. 35) Simonek Madeleine/Feldmann Hansurs, Die indirekte Teilliquidation im gesetzlichen Kleid, in: Jusletter 10. Juli 2006 <http://www.schellenberg-wittmer.net/downloads/memberspub/443.pdf> (besucht am 10. 11. 2006). 36) Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14, Ziffer 4.6.1. 37) Altorfer Jürg/von Ah Julia (zit. Anm. 21), § 28 N 20 ff. 38) Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14, Ziffer 4.3.2.6. ff. 39) Art. 2 Abs. 3 und Art. 110 ff. Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG). 40) Simonek Madeleine/Feldmann Hansurs (zit. Anm. 33), 4. 41) Botschaft, 4805 auch zum Folgenden. 42) Dazu vorne 2.5.3. 43) Art. 675 Abs. 2 OR i. V. m. Art. 671 OR; Böckli Peter (zit. Anm. 15), § 12 N 518 ff.; Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter (zit. Anm. 15), § 40 N 17 ff. 44) Folgt aus der abschliessenden Aufzählung der massgebenden OR-Artikel in Ziffer 4.6.2. des Kreisschreibens. 45) Neuhaus Markus/Schönbächler Bruno, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, Art. 672 N 5 ff.; Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter (zit. Anm. 15), § 50 N 42 ff. 46) Kuhn Stefan/Poltera Flurin (zit. Anm. 22), Lösungsansätze, 9; Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter (zit. Anm. 15), § 40 N 55. 47) Simonek Madeleine/Feldmann Hansurs (zit. Anm. 33), 4. 48) Votum SR Germann v. 14. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 465. 49) Votum NR Imfeld v. 19. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 987. 50) Simonek Madeleine/Feldmann Hansurs (zit. Anm. 33), 5; Reich Markus (zit. Anm. 16),

Art. 20a N 10; Kuhn Stefan/Poltera Flurin (zit. Anm. 22), 5, erkennen eine vom Parlament bewusst in Kauf genommene Unklarheit. 51) Votum NR Zuppiger v. 19. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 987. 52) Votum NR Wandfluh v. 9. 6. 2006 und 19. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 848 und N 986. 53) Beantragt von NR Wandfluh am 19. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 986. 54) Beantragt von NR Fässler-Osterwalder am 19. 6. 2006, Amtl. Bulletin 2006, N 986. 55) Simonek Madeleine/Feldmann Hansurs (zit. Anm. 33), 3. 56) Votum SR Frick v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 115. 57) Reich Markus (zit. Anm. 16), Art. 20a N 11. 58) Votum SR Frick v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 115. 59) Votum SR David v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 116. 60) Entwurf Kreisschreiben 2005 Nr. 7, Ziffer 3.2.2. 61) Reich Markus (zit. Anm. 16), Art. 20a N 11. 62) Auf jeden Fall darf von seiten der Steuerbehörden nicht mehr verlangt werden, dass der Verkäufer vertraglich durchsetzen muss, dass der Käufer auf eine Substanzentnahme während fünf Jahren verzichtet. In Fällen, in welchen für den Käufer keine Nachteile resultieren (z. B. Behinderung von sinnvollen Integrationen in bestehende Konzernstrukturen) ist die Vereinbarung von Ausschüttungsverboten im Sinne eines Indizes gegen die Mitwirkung aber nach wie vor vorteilhaft. 63) Beilstein Werner/Watter Rolf, Going Public der Immobiliengesellschaft, in: Der Schweizer Treuhänder 8/2000, S. 827. 64) Dazu vorne 1.1.2. 65) In Anlehnung an BGR 23. 4. 1999, ASA 69 (2000/2001) 642 ff. 66) In Anlehnung an BGR 13. 2. 1995, ASA 64 (1995/1996) 401 ff. 67) BGR 9. 7. 1996, StE 1997 B 24.4 Nr. 46. 68) BGR 2. 5. 1997, Schweizer Steuerpraxis 1998, 5; BGR 23. 4. 1999, StE 1999 B 24.4 Nr. 53. 69) BGR 22. 10. 2001, StE 2002 B 24.4 Nr. 63; BGR 30. 11. 1999 [2A.454/1999], nicht publ. 70) Kuhn Stefan/Poltera Flurin (zit. Anm. 22), 8. 71) BGR 16. 11. 1990, ASA 59 (1990/1991) 717 ff. 72) BGR 22. 10. 2002, StE 2002 B 24.4 Nr. 63; StE 2004 B 24.4 Nr. 70; ASA 73 (2004/2005) 402 ff. 73) BGE 2P.323/2003 vom 7. Mai 2005 = StE 2005 A 24.21 Nr. 16, E. 4.1 mit Hinweisen. 74) Botschaft, 4804. 75) Entwurf Kreisschreiben 2006 Nr. 14, Abschnitt 4.2. 76) Votum BR Merz v. 14. 3. 2006, Amtl. Bulletin 2006, S 119. 77) Reich Markus (zit. Anm. 16), Art. 20a N 13. 78) Im Sinne von Entwurf Kreisschreiben 2005 Nr. 7, Beispiel 3. 79) Eisenring, Peter: Vorgängige Auskünfte von Steuerbehörden in der Schweiz, in: ASA 68 (1999/2000) S. 102 ff.

## RÉSUMÉ

## La liquidation partielle indirecte réglée par la loi

Avec l'article 20 al. 1 lit a et al. 2 de la *loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LFID)*, le législateur a créé une norme détaillée à un point jusqu'ici inconnu en Suisse. Il a souhaité reprendre les choses en main, alors que la pratique et la jurisprudence s'étaient développées dans une direction qu'il n'avait jamais souhaitée. En effet, cette nouvelle norme devrait permettre d'éclaircir de nombreux points demeurés obscurs. Le danger existe toutefois que, par l'objectivisation voulue par principe, certains faits n'ayant jamais fait l'objet d'une liquidation partielle indirecte tombent sous le coup de la nouvelle norme. Il ne faut pas perdre de vue le fait que cette conséquence n'est pas voulue par le législateur.

Sous la pression du public et des milieux politiques, le Conseil fédéral a notamment adopté, le 26 janvier 2005, un projet de réglementation de la liquidation partielle indirecte dans le cadre de la réforme de la fiscalité des entreprises II. Grâce à cette réglementation légale, le Conseil fédéral a souhaité créer une sécurité juridique accrue et garantir que la délimitation entre les gains en capital privé et le revenu de fortune imposable soit clarifiée. Après de vifs débats, les deux Chambres ont séparé la réglementation de la liquidation partielle indirecte de la transposition de la réforme de la fiscalité des entreprises II, pour finalement parvenir à une solution s'écartant du concept du Conseil fédéral. La formulation du Conseil des Etats et du Conseil national s'oriente selon la «pratique cantonale en vigueur qui a fait ses preuves».

La nouvelle réglementation légale prévoit une quote-part minimale de 20% du capital d'une société cédée. Cette quote-part s'applique à un seul vendeur si une participation supérieure à 20% est aliénée au cours d'une seule transaction ou si différentes participations minoritaires représentant ensemble 20% au moins sont aliénées sur une période de cinq ans. Il en va de même lorsque

plusieurs actionnaires minoritaires cèdent ensemble leurs participations dans un délai de cinq ans. L'aspect décisif est le fait que les vendeurs doivent agir en commun, ce qui implique une coordination entre les vendeurs et une volonté commune allant dans le sens d'une vente. Dans le projet de circulaire de l'AFC, en revanche, on fait abstraction d'éléments subjectifs (coordination ou collaboration) et l'on se fonde sur la vente aux mêmes conditions. Cette considération ne suit qu'en apparence le texte de l'article 20 al. 1 lit. a LFID; elle n'examine l'expression «en commun» ni d'un point de vue téléologique ni sous l'angle de la systématique de la loi et remplace à tort la quote-part de vente légale par une quote-part d'achat.

Le législateur a expliqué ce qu'il entend par «participation». «Une simple clause formelle à l'occasion d'une vente d'entreprise, par laquelle le vendeur affirme ne pas devoir prélever des moyens dans l'entreprise au cours des cinq années qui suivent la vente, ne suffit pas. Par ailleurs, une recherche inquisitoire de la part du vendeur et une publication complète de la situation économique de l'acheteur ne s'imposent pas non plus. Ce qu'un vendeur est en droit de demander à un acheteur dans le cadre d'un contrôle de solvabilité ordinaire ou de négociations habituelles devrait suffire». De plus, il n'y a pas d'imposition «si l'acheteur est en mesure de procéder à des distributions et que le vendeur n'y était pour rien ou n'en était pas informé.» (cf. note 57, article allemand).

C'est sciemment que l'on laisse à la pratique le soin de procéder au calcul de la substance non nécessaire à l'exploitation; il n'est toutefois pas admissible que les autorités fiscales prescrivent aux entreprises une substance fiscale maximale selon un schéma fixé. Le montant adéquat doit être fixé cas par cas et s'orienter sur les modèles d'affaires et les plans de liquidités. De nouvelles questions de délimitation surgiront, notamment pour les sociétés d'investissement

ou de gestion de fortune ou encore pour les sociétés immobilières, dont l'activité n'est actuellement reconnue, en matière de pratique fiscale, comme activité d'exploitation que sous certaines conditions. Le projet de Circulaire n° 14, 2006 prévoit que l'activité d'exploitation doit être définie selon la Circulaire n° 15, 2004, alors que le but de la société ne doit pas être déterminant.

Pour ce qui est des structures de maison mère ou de holding, les actifs nets susceptibles d'être distribués et les fonds propres de participations sont pris en considération lors de la détermination de la substance non nécessaire à l'exploitation et susceptible d'être distribuée.

Les distributions sont déterminées uniquement en fonction du bénéfice ressortant des derniers comptes annuels précédant la vente et en fonction des réserves constituées à cet effet. Le bénéfice porté au bilan est composé du bénéfice annuel et du bénéfice reporté. La réserve générale légale est également susceptible d'être distribuée aussi longtemps qu'elle dépasse les 50% (20% pour les sociétés holding) du capital-actions (art. 671 al. 3 et 4 CO). Des réserves qui, selon les articles 672 et 673 CO, sont liées en raison de dispositions statutaires sont également susceptibles d'être distribuées au sens du droit commercial. La façon dont doivent être traitées les réserves latentes n'est pas claire. Selon le texte de la loi et son historique, le thème des réserves latentes devrait se limiter à l'actif du bilan. Pour autant qu'il existe des réserves susceptibles d'être distribuées au sens du droit commercial (passif), les actifs non nécessaires à l'exploitation doivent être enregistrés à la valeur vénale s'ils sont distribués. Les réserves susceptibles d'être distribuées n'augmentent pas. Les réserves latentes sont toutefois incluses dans l'estimation des actifs au moment de la prise en considération de l'évaluation. Il s'agit alors de déduire les impôts différés.

JA/AFB