

## Unhaltbare Theorie der „indirekten Teilliquidation“

KMU-feindliche Steuerpraxis quer zur offiziellen Wachstumspolitik

13. Juni 2005 Nummer 23/2 6. Jahrgang

# dossierpolitik



## KMU-feindliche Steuerpraxis quer zur offiziellen Wachstumspolitik

### Das Wichtigste in Kürze

Das Bundesgericht hat in einem Aufsehen erregenden Entscheid vom 11. Juni 2004 die Theorie der „indirekten Teilliquidation“ um die Fremdfinanzierung und den Schuldendienst durch künftige Gewinne erweitert. Nach dem Urteil des Bundesgerichts haben Unternehmenskäufe, die vom Käufer fremdfinanziert und durch künftige Unternehmensgewinne amortisiert werden, künftig steuerliche Folgen für den Verkäufer. Der Rechtsgrundsatz des steuerbefreiten privaten Kapitalgewinns wird dadurch in erheblichem Umfang eingeschränkt. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat den in Fachkreisen stark umstrittenen Entscheid des Bundesgerichts unkritisch übernommen und die Steuerpraxis in einem Kreisschreibenentwurf kürzlich sogar noch verschärft. Kantone, Wissenschaft, Wirtschaft sowie grosse Teile der Politik zeigen kein Verständnis für dieses unhaltbare Vorgehen.

### Position von economiesuisse

Mit dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 und seiner neuerlich verschärften Umsetzung in einem Kreisschreibenentwurf durch die Eidgenössische Steuerverwaltung werden Nachfolgeregelungen vor allem bei personenbezogenen Kapitalgesellschaften im KMU-Bereich gefährdet. Nach der neuen Praxis führen Nachfolgeregelungen bei KMU, soweit sie über Fremdkapital finanziert werden, praktisch in jedem Fall zu einer Besteuerung. Die steuerlichen Folgen sind für Verkäufer von Kapitalgesellschaften kaum absehbar. Bei der neuen Praxis zur „indirekten Teilliquidation“ handelt es sich um eine eigentliche „Steuerfalle“.

economiesuisse fordert dringend den Bundesrat auf, den sehr umstrittenen Kreisschreibenentwurf zurückzuziehen und verlangt die Rückkehr zu einer wirtschaftsverträglichen bzw. KMU-freundlichen Regelung des Sachverhalts, insbesondere im Rahmen der geplanten Unternehmenssteuerreform II. Im Fokus einer solchen Regelung, die auch die anderen „Steuerfallen“ eliminieren soll, muss eine eng verstandene Missbrauchsbekämpfung stehen. Eine solche Lösung ist möglich und kompatibel mit dem heutigen Steuerrechtssystem. Auf weitergehende wirtschaftsschädliche und undifferenzierte Regelungen wie die herumgebotene Lösung des „vollen Portemonnaies“ ist zu verzichten.

„Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei“ – so legt es das Gesetz über die direkte Bundessteuer in Art. 16 Abs. 3 fest. Seit längerer Zeit und in einer kontinuierlich steigenden Anzahl von Fällen verfolgt die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) entgegen gesetzlichem Auftrag und Aufrufen von Kantonen, Wissenschaft und Wirtschaft sowie gestützt auf selbst in Fachkreisen sehr umstrittene Bundesgerichtsentscheide einen anderen Weg.<sup>1</sup> Wo Beteiligungen vom Pri-

vat- ins Geschäftsvermögen verkauft werden, handelt es sich z.B. beim resultierenden Gewinn für den Verkäufer nach Ansicht der ESTV häufig nicht um einen *steuerfreien Kapitalgewinn* im eigentlichen Sinn, sondern um einen *steuerbaren Vermögensertrag*. Eine Privatperson muss demnach jenen Teil des Erlöses aus dem Verkauf einer Be-

bestand der sog. „Transponierung“ mit Spezialfall Erbenholding sowie um den sog. „gewerbsmässigen Wertschriftenhandel“. Alle diese Theorien werden gemeinhin unter dem Begriff der steuerlichen „Ärgernisse“ zusammengefasst.

<sup>1</sup> Nebst der „indirekten Teilliquidation“ geht es um den Tat-

teiligung versteuern, der von den Behörden als (Vermögens-)Ertrag anstatt als (Kapital-)Gewinn qualifiziert wird (bzw. vom Kapitalgewinn zum Vermögensertrag umqualifiziert wird). Dieser Erlösteil ist durch die automatische Neubewertung einer Beteiligung in der Folge ihres Systemwechsels vom Nennwert- zum Buchwertprinzip bei der Übertragung vom Privat- ins Geschäftsvermögen häufig beträchtlich. Kommt es zu einer Besteuerung, wird der gesetzlich verankerte Grundsatz des steuerbefreiten Kapitalgewinns durch die fiskalistische Uminterpretation der ESTV in krasser Weise verletzt und ausgehöhlt.

### Theorie im Windschatten der Missbrauchsbekämpfung

Im Ursprung der Theorie der sog. „indirekten Teilliquidation“ stand die *gezielte* „Missbrauchsbekämpfung“ in Sonderfällen: Massgeblicher Bezugspunkt war die finanzielle Situation einer Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt ihres Verkaufs (der ganzen Gesellschaft oder einer Beteiligung). War die Gesellschaft mit hohen Reserven oder liquiden Vermögenswerten, die betriebswirtschaftlich als nicht notwendig erachtet wurden, ausgestattet, bestand nach dem fiskalistischen Ansatz der Steuerbehörden die Annahme, dass es sich bei einem Teil der Reserven und Vermögenswerte um Gewinne handelte, die in der Ver-

gangenheit beim Unternehmen angefallen, aus Gründen der Vermeidung der sog. „wirtschaftlichen Doppelbelastung“ – der Doppelbesteuerung von ausgeschütteten Gewinnen bei der Gesellschaft und beim Aktionär – aber der Ausschüttung als Dividenden entgangen waren. In der Übertragung der Gesellschaft konnte es für den Verkäufer gemäss Gesetz nun theoretisch möglich werden, diese nicht ausgeschütteten Gewinne über den Verkaufspreis steuerfrei zu beziehen. Im Urteil der ESTV und des Bundesgerichts stellte ein solcher Vorgang einen Tatbestand der Steuerumgehung dar. Diese ausgesprochen unkonventionelle Umqualifizierung eines Steuertatbestands wurde damit begründet, dass, hätte sich der Verkäufer die Gewinne vor dem Verkauf ausgeschüttet, er Einkommenssteuer auf den bezogenen Gewinnen bezahlt hätte und der Preis für das von ihm jetzt verkaufte Unternehmen um diese Gewinne (Dividenden) tiefer gewesen wäre. Der Käufer der Gesellschaft hätte in dieser Optik den Verkäufer nicht für den solchermassen „übersetzten“ Kaufpreis zu entschädigen brauchen. Kam nun als zusätzliches Element dazu, dass der Käufer der Gesellschaft den („übersetzten“) Kauf finanzierte, indem er im Anschluss an den

Kauf bestehende und von ihm übernommene Unternehmenssubstanz veräusserte, stellte dies im Urteil der Steuerbehörden einen Vorgang teilweiser Liquidation dar („indirekte Teilliquidation“).

Für die Steuerbehörden massgeblich in diesem Fall war das Vorliegen von Reserven und liquiden, betriebswirtschaftlich nicht notwendigen Aktiven zum Zeitpunkt des Verkaufs sowie die spätere (Teil-)Auflösung dieser Reserven und Aktiven („Entreicherung“ durch Ausschüttung einer sog. „Substanzdividende“). Der Verkäufer hatte in der Folge den als „übersetzt“ betrachteten Teil seines Verkaufserlöses als Vermögensertrag zu versteuern. Die Besteuerung war abhängig von der effektiven Substanzentnahme und erfolgte auf deren Zeitpunkt hin.

### Schrittweise, kontinuierliche Verschärfung

Ging das ursprüngliche Konzept der „indirekten Teilliquidation“ vom Ziel einer gezielten Missbrauchsbekämpfung aus, wurde die Praxis vor allem durch die Ausdehnung des Begriffs der „Entreicherung“ mit den Jahren schrittweise verschärft und ins Uferlose getrieben. So stellte z.B. das Bundesgericht bereits 2002 in einem Entscheid fest, dass die Sicherstellung eines Darlehens durch den Käufer zur Finanzierung eines Unternehmenskaufes mit Immobilien des gekauften Unter-

nehmens bereits als Tatbestand der „Entreicherung“ qualifiziert. Durch diese Entwicklung wurde nicht nur ein von Volk und Ständen zuletzt im Jahr 2001 mit der Ablehnung der Volksinitiative für eine Kapitalgewinnsteuer bestätigter Rechtsgrundsatz eingeschränkt – die Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinns –, es wurde mit diesen und anderen Praxisverschärfungen immer mehr auch in unternehmerische Entscheide eingegriffen. Schliesslich und vor allem begannen sich erhebliche und in ihrer Tragweite bis heute nicht absehbare Probleme im Bereich der Unternehmensnachfolge zu stellen, allen voran bei personenbezogenen KMU, die als Kapitalgesellschaften organisiert sind.

### Fatale Folgen eines Bundesgerichtsentscheids...

Auf die Spitze getrieben wurde diese Entwicklung im Juni 2004 mit einem Entscheid des Bundesgerichts im sog. „Erbenholding-Fall“ (Entscheid vom 11. Juni 2004). Das Bundesgericht entschied in diesem Aufsehen erregenden Fall, dass nicht nur die Ausschüttung *bestehender* Mittel zur Kaufpreisfinanzierung schädlich ist und beim Verkäu-

„Ging das ursprüngliche Konzept der ‚indirekten Teilliquidation‘ vom Ziel einer gezielten Missbrauchsbekämpfung aus, wurde die Praxis mit den Jahren schrittweise verschärft und ins Uferlose getrieben.“

fer zu einem steuerbaren Vermögensertrag führt, sondern auch die Ausschüttung *künftiger* Gewinne, d.h. von Gewinnen, die noch nicht existieren und erst zu erwirtschaften sind!

Verschuldet sich ein Käufer für den Kauf einer Gesellschaft und stellen die künftigen, noch nicht realisierten Gewinne der erworbenen Gesellschaft die einzige finanzielle Basis für den Zinsendienst und die Schuldenamortisation dar, handelt es sich im Urteil des Bundesgerichts – und ganz im Sinne der Praxis der ESTV – künftig um einen Fall von „Entreicherung“ und damit um eine „indirekte Teilliquidation“. Im Umfang der Differenz zwischen dem Verkaufserlös und dem Nennwert der veräusserten Beteiligung bezieht der Verkäufer steuerbaren Vermögensertrag. Der Zeitpunkt, an dem der Vermögensertrag anfällt (Realisationszeitpunkt), ist der Zeitpunkt des Verkaufs. Der Verkäufer hat die Steuerschuld zu begleichen unabhängig davon, ob er aus dem Verkauf Mittel bezieht oder künftig (über ausgeschüttete Gewinne des Käufers, z.B. im Rahmen einer Darlehensrückzahlung) erst beziehen wird. Die Folgen dieses Entscheids sind für Käufer wie für Verkäufer potenziell fatal.

### ... für den Verkäufer

Für den *Verkäufer* bedeutet der Entscheid des Bundesgerichts, dass bei ihm eine unter Umständen erhebliche Steuerschuld anfällt, ohne dass er über die seine Steuerschuld ursächlich begründenden Mittel verfügt, die geschuldete Steuer zu bezahlen. Dies ist insofern relevant, als im Rahmen von Familiennachfolgeregelungen, insbesondere bei KMU, häufig Darlehen (vom heutigen Besitzer) an die nachfolgenden Eigentümer (Erben) zur Kaufpreisfinanzierung gewährt werden, die naturgemäss erst im Verlauf der Zeit zurückbezahlt werden. Zum Zeitpunkt des Verkaufs (bzw. einer Darlehensgewährung) fliessen damit unter Umständen effektiv gar keine Mittel. Verfügt der Verkäufer

nicht über andere Mittel, die Steuerschuld zu begleichen, kann dies zu erheblichen (Liquiditäts-)problemen führen und eine Nachfolgeregelung unter Umständen verhindern. Zudem besteht die Gefahr, dass eine einmalige (hohe) Besteuerung zu einer negativen, ungerechtfertigten Progressionswirkung beim Verkäufer führt.

### ... und für den Käufer

Für den *Käufer* bedeutet das Urteil, dass er eine Akquisi-

tion praktisch selbst, d.h. vollständig aus eigenen Mitteln finanzieren muss. Verwendet er Fremdkapital und hat er keine andere Möglichkeit für den Zinsendienst und die Amortisation der Schuld, als auf die Gewinne der übernommenen Gesellschaft zurückzugreifen, wird von Behördenseite künftig von einer „Entreicherung“ durch den Käufer ausgegangen. Lediglich bei Eigenfinanzierung des Kaufes – d.h. Finanzierung aus eigenen Mitteln, die nicht aus erworbener, bestehender Unternehmenssubstanz stammen, keine künftigen Gewinne darstellen und nicht von Dritten in irgendeiner Form zur Verfügung gestellt werden – soll künftig eine „Entreicherung“ und damit eine „indirekte Teilliquidation“ ausgeschlossen werden. Durch diese um Fremdkapitalfinanzierungen erweiterte widersinnige Auslegung des Konzepts der „indirekten Teilliquidation“ sind die Spielräume für Unternehmenskäufe ausserordentlich eng geworden.

Das Bundesgericht urteilte im erwähnten Fall im Zusammenhang mit einer Nachfolgeregelung bei einem Familienunternehmen. Im Urteil hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass *auch Fälle von Leveraged und Management Buyouts* (LBO bzw. MBO) unter denselben Gesichtspunkten allenfalls zu prüfen wären.

### Zuspitzung und Verwirrung mit Kreisschreibenentwurf

Die ESTV setzte mit dem Argument der Schaffung von Rechtssicherheit den Entscheid des Bundesgerichts um und verschärfte den Entscheid in Teilen noch. Ein erstes Rundschreiben erliess die Steuerverwaltung am 8. September 2004, ein Kreisschreibenentwurf an die Kantone folgte am 14. Februar 2005 (ESTV, Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Kreisschreiben Nr. 7, Übertragung von Beteiligungsrechten vom Privat- ins Geschäftsvermögen).

Bereits im Rundschreiben vom September waren die Kantone angewiesen worden, sämtliche Fälle, die unter dem Tatbestand der „indirekten Teilliquidation“ geprüft werden könnten, der ESTV zu melden. Der Kreisschreiben-

entwurf Nr. 7 löste breite Entrüstung in weiten Kreisen der Wirtschaft, insbesondere im KMU-Bereich, bei der Wissenschaft sowie bei den Kantonen aus, weil er zum einen einen weit herum anerkannten unhaltbaren Zustand auf eine noch nicht absehbare Zeit hinaus zementierte – nämlich bis zur angekündigten gesetzlichen Regelung im Rahmen der geplanten Unternehmenssteuerreform II –, zum anderen die seit langem bestehende und vom Bundesgericht verschärfte Unsicherheit und Verunsicherung weiter vertiefte. Die betroffenen Kreise der Wirtschaft wa-

---

**„Der Kreisschreibenentwurf Nr. 7 löste breite Entrüstung in weiten Kreisen der Wirtschaft, insbesondere im KMU-Bereich, bei der Wissenschaft sowie bei den Kantonen aus.“**

---

ren vor Erlass des ausgesprochen KMU-feindlichen Kreisschreibens von der ESTV noch nicht einmal angehört worden. Dies befremdete umso mehr, als eine entsprechende Anfrage für die Suche nach einer wirtschaftsverträglichen Lösung für das in Frage stehende Problem bei den Behörden Anfang Jahr deponiert worden war.

Die folgenden Beispiele, die dem Anhang des Entwurfs Kreisschreiben Nr. 7 entnommen sind, sollen die neue, sehr strenge Praxis veranschaulichen. Es handelt sich um typische Fälle.

#### **Beispiel 1: Nachfolgeregelung bei familienbezogenen KMU**

Ein KMU-Unternehmer verkauft seine Gesellschaft zu 100 Prozent an eine von seinen Erben zum Zweck der Unternehmensübernahme gegründete Holding. Die Holding der Erben finanziert den Kauf der KMU über ein Bankdarlehen sowie ein Darlehen, das ihr vom Unternehmer-Vater zur späteren Rückzahlung gegeben wird. Die Holding hat keine eigenen Mittel und kann den Schuldendienst für das Bankdarlehen nur über die Gewinne der übernommenen KMU leisten. Das Darlehen des Vaters zahlt die Holding zurück, indem sie bestehende Substanz der KMU auflöst. Die ESTV beurteilt diesen Fall in doppelter Hinsicht als gegebener Tatbestand einer „indirekten Teilliquidation“. Nicht nur führt in den Augen der ESTV die Darlehensrückzahlung an den Unternehmer-Vater zu einer direkten „Entreicherung“ der Familien-KMU. Auch der Zinsendienst an die Bank und die Amortisation des Bankdarlehens durch die künftigen Gewinne der KMU führen im Urteil der ESTV zu einer „Entreicherung“. Angenommen, die Erbenholding hatte für den Kauf des Familienunternehmens 10 000 Franken bezahlt bei einem Nennwert der übernommenen Aktien von 1000 Franken, müsste der Unternehmer-Vater die Differenz von 9000 Franken als Einkommen (Vermögensertrag) versteuern. Der Fall wäre auch als Vorliegen einer „indirekten Teilliquidation“ beurteilt worden, wenn der Kauf der KMU zu 100 Prozent über entweder ein Verkäuferdarlehen oder ein solches einer Bank erfolgt wäre. Hätte die Erbenholding das entsprechende Darlehen (des Vaters oder der Bank) über künftige Gewinne finanziert, hätte die ESTV auf einen Fall von „Entreicherung“ geurteilt. Der Unternehmer-Vater wäre gezwungen gewesen, die Differenz zwischen Nennwert und Buchwert der übertragenen Aktien als Einkommen zu versteuern.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Neben der „Entreicherung“ ist das „gemeinsame Zusammenwirken“ von Verkäufer und Käufer massgebliches Kriterium für das Vorliegen einer „indirekten Teilliquidation“: Der Verkäufer muss zumindest gewusst haben, dass es im Zusammenhang mit der Unternehmensübertragung später zu einer „Entreicherung“ durch den Käufer kommt. Mit der stark erweiterten Auslegung des „Entreicherungs“-Begriffs hat die-

#### **Beispiel 2: Management und Leveraged Buyout**

Ähnliche bzw. dieselben Mechanismen spielen in Fällen von MBO und LBO. Auch hier kommt es in vielen Fällen zu erheblicher Fremdfinanzierung, wobei die Fremdfinanzierung beim LBO das nachgerade spezifische Element ist. Bei beiden Formen von Unternehmensübertragungen handelt es sich um bedeutende Alternativen zur Lösung von Nachfolgeproblemen vor allem bei kleinen und mittleren Familienunternehmen. Unter der aktuellen, um Fremdfinanzierungen verschärften Teilliquidationspraxis laufen sowohl leitende Angestellte, die eine KMU, in der sie heute tätig sind, im Sinne der Unternehmensfortführung erwerben wollen, als auch externe Investoren, die an der Fortführung eines Unternehmens interessiert sind und zu diesem Zweck auf die Mitwirkung des Kapitalmarkts setzen, Gefahr, als „schädliche“ Käufer zu gelten, weil sie durch ihr Vorgehen eine „Entreicherung“ der Zielgesellschaft verursachen (und damit steuerbaren Vermögensertrag für den Verkäufer).

Verkauft ein KMU-Unternehmer seine Firma an einen Kreis von Angestellten, wird von diesen zur Übernahme wiederum häufig eine Holding gegründet. Die Holding hat den einzigen Zweck, die Beteiligungen an der übernommenen Gesellschaft zu halten. Den Kaufpreis finanziert die Holding durch ein Bankdarlehen, den Schuldendienst für das Darlehen kann die Holding wie in den obigen Fällen des Familienunternehmens nur aus Erträgen der erworbenen Gesellschaft leisten. Im Urteil der ESTV (und des Bundesgerichts) liegt somit wiederum eine „Entreicherung“ aus künftigen Gewinnen vor. Betrug der Kaufpreis für die Gesellschaft 10 000 Franken bei einem Nennwert der übernommenen Aktien von 1000 Franken, fällt auf den Verkäufer ein steuerbarer Vermögensertrag von 9000 Franken. Hinterlegt die „Angestellten-Holding“ bzw. im Fall von LBO die Gesellschaft eines Finanzinvestors die Aktien der übernommenen Gesellschaft bei der Bank als Sicherheiten für das Darlehen, evtl. ergänzt um Inhaberschuldbriefe auf den Immobilien der Gesellschaft, qualifizieren bereits diese Sicherheitsleistungen als „Entreicherung aus bestehender Substanz“: Ein Fall von „indirekter Teilliquidation“ liegt damit wiederum vor.

#### **Kritik aus Fachkreisen an neuer Praxis**

Die neue Praxis, wie sie vom Bundesgericht am 11. Juni 2004 festgelegt und von der ESTV im Entwurf Kreisschrei-

ses ursprüngliche Negativkriterium an Bedeutung verloren. In vielen Fällen von Fremdfinanzierung muss davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer von dieser Finanzierungsform gewusst hat bzw. hätte wissen *können*, was nach heutiger Auslegung für die Erfüllung des Kriteriums des gemeinsamen Zusammenwirkens bereits genügt.

ben Nr. 7 im Februar 2005 zumindest für die Erhebung der direkten Bundessteuer umgesetzt wurde, hat zu Kopfschütteln in Fachkreisen und zu Verunsicherung und Empörung in weiten Teilen der Wirtschaft, insbesondere bei den hauptbetroffenen KMU geführt. Im Parlament wurden Vorstösse aus verschiedenen Fraktionen eingereicht, die den Verzicht auf die Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids und die Rückkehr zur früheren Praxis fordern.<sup>3</sup> Auch bei den Kantonen ist die Zurückhaltung gross, die neue Praxis für die kantonalen Steuern anzuwenden. Die Ausdehnung der „indirekten Teilliquidation“ auf Sachverhalte, wo nicht liquidiert wird und Einkommen im Gegenteil erst geschaffen werden muss, wird praktisch einstimmig abgelehnt.

In Fachkreisen werden u.a. die folgenden Punkte an der neuen Praxis kritisiert:

- Gemäss Kreisschreibenentwurf Nr. 7 liegt bei Eigenfinanzierung niemals, bei Fremdfinanzierung jedoch immer ein Tatbestand der „Entreicherung“ vor (egal durch wen die Fremdfinanzierung erfolgt). Diese Annahme wird als betriebswirtschaftlich falsch und praxisfremd qualifiziert. Warum die Ausschüttung künftiger Gewinne als „Entreicherung“ und damit schädlich gelten soll, wenn die akquirierende Gesellschaft den Kaufpreis mit Fremdkapital statt mit Eigenkapital finanziert, wird als nicht nachvollziehbar betrachtet.
- Die neue Praxis schafft im Expertenurteil unerwünschte Marktverzerrungen, indem potente (ausländische) Investoren von der Praxis wahrscheinlich weniger betroffen sind, da in solchen Fällen in der Regel genügend Ertragsquellen vorhanden sind, den Kauf einer Gesellschaft anderweitig als über künftige Gewinne zu finanzieren, bzw. indem in vielen Fällen eine direkte, auf den Beteiligungserwerb bezogene Darlehensaufnahme nicht feststellbar oder nachweisbar ist. Im Urteil von Fachleuten werden dadurch möglicherweise unterschiedliche Käuferschichten ungleich behandelt.
- Die neue Praxis wird in zahlreichen Punkten als widersprüchlich und inkonsistent beurteilt. So gilt gemäss

---

**„Die neue Praxis der Steuerverwaltung läuft einer volkswirtschaftlich wichtigen und von den Bundesbehörden immer wieder versprochenen Wachstums- und insbesondere KMU-freundlichen Steuerpolitik diametral entgegen.“**

---

Entwurf Kreisschreiben Nr. 7 als Zeitpunkt, an dem ein Verkäufer Vermögensertrag bezieht (Realisationszeitpunkt), der Zeitpunkt des Verkaufs einer Beteiligung (oder des Unternehmens). Ob zu diesem Zeitpunkt Vermögensertrag tatsächlich bereits ausgeschüttet wurde, ist unwesentlich; zur Besteuerung des Verkäufers muss eine effektive Ausschüttung nicht abgewartet werden. Im Widerspruch dazu wird sodann festgehalten, dass das allei-

nige Vorhandensein erheblicher liquider Mittel (zum Zeitpunkt des Verkaufs) nicht auf eine (künftige) „Entreicherung“ schliessen lasse; entscheidend sei, ob eine effektive Substanzverminderung eintrete oder nicht. Angesichts dieses Widerspruchs taucht die Frage auf, wie die Besteuerung zum Zeitpunkt des Verkaufs mit der Bedingung einer effektiven Substanzminderung in Einklang zu bringen ist, wenn zum Zeitpunkt des Verkaufs einer Beteiligung nach allgemeinem Ermessen noch gar nicht feststehen kann, ob eine Substanzminderung dereinst überhaupt einmal eintritt oder nicht.

- Das Vorgehen der ESTV wird als einzigartig und fragwürdig beurteilt. In der Aufforderung der ESTV an die Kantone, sämtliche Fälle von möglicher „indirekter Teilliquidation“ zur Prüfung zu melden, nimmt sich die ESTV nach Expertenmeinung ein Recht aus, das ihr als Aufsichtsorgan nicht zukommt. Zudem hat die ESTV das für die Bundessteuerpraxis relevante Dokument Kreisschreiben Nr. 7 – eine Verwaltungsverordnung ohne eigentlichen Rechtsanspruch – erst noch lediglich in eingeschränkter Form als „Entwurf“ veröffentlicht. Ein solches Vorgehen trägt nach allgemeinem Befinden wenig zur gewünschten Schaffung von Rechtssicherheit bei und bewirkt erst Recht das Gegenteil.
- Schliesslich und entscheidend läuft die neue Praxis der ESTV einer volkswirtschaftlich wichtigen und von den Bundesbehörden immer wieder versprochenen Wachstums- und insbesondere KMU-freundlichen Steuerpolitik diametral entgegen. Steuerfolgen, die kaum absehbar sind, und wenn, dann prohibitiv wirken, verhindern im Expertenurteil sinnvolle Nachfolgeregelungen oder führen zu Verzögerungen, die unter Umständen die Existenz einer Gesellschaft gefährden können. Aus der Steuerpraxis ist derzeit eine grössere Anzahl von Fällen bekannt, wo Nachfolgeregelungen aufgrund der neuen Praxis aufgeschoben wurden oder auf unbestimmte Zeit hängig sind. Genaue Zahlen sind schwer festzulegen, da jedoch von den gesamthaft 300 000 Schweizer KMU in den nächsten Jahren rund 50 000 bis

<sup>3</sup> Parlamentarische Initiative Lauri (04.461): „KMU-Nachfolgelösungen. Steuerfreier privater Kapitalgewinn“. Motion FDP (04.3457): „Steuerfreundlichere Unternehmensnachfolge“. Motion Baumann (04.3600): „Besteuerung von Unternehmensnachfolgeregelungen“. Motion FDP (05.3242): „Beseitigung von Steuerfallen bei Nachfolgeregelungen bei Unternehmen“. Postulat Heberlein/Bührer (05.30490/05.3047): „Übertragung von Beteiligungsrechten im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge“.

70 000 ihre Nachfolge regeln müssen, gilt es von einer sehr grossen Zahl von Unternehmensübertragungen auszugehen, die von der neuen Praxis erheblich gestört zu werden drohen oder gar Gefahr laufen zu scheitern. Die neue Praxis steht damit nicht zuletzt im Widerspruch zu den bundesrätlichen Absichten im Rahmen der geplanten Unternehmenssteuerreform II, deren wesentliches Anliegen es gerade ist, Risikokapital zugunsten Schweizer KMU zu entlasten und Unternehmensnachfolgen zu erleichtern.

## Kommentar

Mit dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 und der Praxisanweisung im Entwurf Kreisschreiben Nr. 7 der ESTV drohen zentrale Werte für die Schweizer Volkswirtschaft vernichtet zu werden. Zahlreiche Unternehmensnachfolgen bei Familien-

gesellschaften und KMU stehen auf dem Spiel, Management Buyouts und Leveraged Buyouts werden durch die neue Praxis so gut wie unmöglich gemacht. Von einem schon wackligen Ansatz zur gezielten Bekämpfung ausnahmsweiser Steuerumgehungen hat sich die Theorie der „indirekten Teilliquidation“ zu einer eigentlichen fiskalistischen Steuerfalle für ganze Teile der Wirtschaft und insbesondere den KMU-Bereich entwickelt. Es erstaunt daher sehr, dass das Eidgenössische Finanzdepartement wirtschaftsfeindliche Praktiken wie diese innerhalb seiner Verwaltung (weiter) toleriert. Hier ist ein bundesrätliches Machtwort gefragt.

Die Annahme, dass Eigenfinanzierungen grundsätzlich unschädlich, Fremdfinanzierungen jedoch grundsätzlich schädlich seien, ist betriebswirtschaftlich falsch; die Vorstellung, dass Unternehmenskäufe ganz aus Eigenmitteln getätigt werden, ist praxis- und wirtschaftsfremd. Die Refinanzierung aus künftigen Unternehmensgewinnen ist feste Grundlage jedes (betriebs-)wirtschaftlichen Handelns.

Auch das praktische Vorgehen der ESTV wirft Fragen auf. Welche rechtliche Stellung hat ein Kreisschreiben-Entwurf? Kann die ESTV als reine Aufsichtsbehörde von den Kantonen die Vorlegung sämtlicher (möglicher) Fälle von „indirekter Teilliquidation“ zur summarischen Prüfung verlangen? Wie steht es mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, wenn nach einhelliger Meinung ausgewiesener Fachleute die Rechtsunsicherheiten im Bereich Unternehmensübertragungen heute grösser sind denn je?

Die bürgerlichen Parteien, die Wirtschaft und, nach heute noch gängiger Steuerpraxis zu urteilen, eine grosse Mehrheit der Kantone lehnen die neue, ausufernde Regelung des Bundesgerichts in Sachen „indirekter Teilliquidation“

und die darauf basierende Praxisauslegung der ESTV ab.

Die Wirtschaft fordert mit

Nachdruck eine möglichst liberale, wirtschafts- und KMU-freundliche Lösung des Problems, und zwar wie vom Bundesrat geplant im Rahmen der anstehenden Unternehmenssteuerreform II. Ein konkreter Lösungsansatz, den es aus Sicht der Kantone noch zu beurteilen gilt, könnte in der Stossrichtung folgendermassen aussehen:

- 1) Weiterhin Grundsatz der Steuerfreiheit für Übertragungen von Beteiligungsrechten vom Privat- ins Privatvermögen ebenso wie vom Privat- ins Geschäftsvermögen (natürliche wie juristische Personen).
- 2) Möglichkeit der Nachbesteuerung des bei der Veräusserung einer Beteiligung von mindestens  $33\frac{1}{3}$  Prozent vom Privat- ins Geschäftsvermögen erzielten Gewinns, wenn innerhalb von fünf Jahren nach der Veräusserung eine Substanzdividende ausgeschüttet wird aus Mitteln, die vor der Übertragung erwirtschaftet worden sind.
- 3) Verzicht auf eine Besteuerung im obigen Fall, wenn in den fünf Jahren vor der Veräusserung eine angemessene Dividende ausgeschüttet worden ist.
- 4) Ablehnung des Konzepts der Besteuerung des „vollen Portemonnaies“, wonach nicht betriebsnotwendige, ausschüttungsfähige Mittel beim Verkäufer besteuert werden sollen, obwohl beim Unternehmen keine Substanzentnahme erfolgt ist (keine Besteuerung eines im Einzelfall arbiträr bestimmten „Ausschüttungssurrogats“, sondern auf effektive Ausschüttung abstellen).

**„Hier ist ein bundesrätliches  
Machtwort gefragt.“**

5) Zurücknahme des umstrittenen Kreisschreibenentwurfs Nr. 7 der ESTV. Die im Zusammenhang mit dem Bundesgerichtsentscheid vom 11. Juni 2004 entstandene Situation der Rechtsunsicherheit und faktischen Verunmöglichung von Unternehmensübertragungen in gewissen Fällen ist angesichts der gravierenden Auswirkungen für KMU-Nachfolgeregelungen umgehend im Sinne der oben skizzierten Lösung zu verbessern.

Der präsentierte Lösungsansatz entspricht in Teilen früherer Rechtsprechung des Bundesgerichts, zudem ist er weitgehend konform mit der langjährigen Praxis vieler Kantone. Auf eine ausgreifende Lösung, wie sie der Bundesrat gemäss vorgestellten Eckwerten zur Unternehmenssteuerreform II plant, ist demgegenüber zu verzichten. Es kann bei der gesetzlichen Regelung der „indirekten Teilliquidation“ nur um die Beseitigung offensichtlicher Missbräuche in Ausnahmefällen gehen, eine „Beteiligungsgewinnsteuer light“, wie sie mit dem vom Bundesrat favorisierten Konzept des „vollen Portemonnaies“ für alle und ohne Einschränkungen eingeführt werden soll, ist aus Sicht der Wirtschaft inakzeptabel. Eine solche Lösung würde einmal mehr in unzulässiger Weise in unternehmerische Entscheide eingreifen, zudem wäre sie aufgrund des hohen Aufwands nicht praktikabel.

Für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der Unternehmenssteuerreform II ist die heute bestehende Rechtsunsicherheit bei Unternehmensverkäufen im Sinne der oben skizzierten Lösung umgehend zu beseitigen. Der Entwurf Kreisschreiben Nr. 7 ist zurückzunehmen. Der ausufernden fiskalistischen Auslegung des steuerbaren Vermögensertrags durch die Steuerverwaltung des Bundes muss nun endlich und dringlich ein Ende gesetzt werden. Bundesrätliches Handeln ist gefordert, und zwar rasch.

---

**Rückfragen:**

[pascal.gentinetta@economiesuisse.ch](mailto:pascal.gentinetta@economiesuisse.ch)

[frank.marty@economiesuisse.ch](mailto:frank.marty@economiesuisse.ch)