

Indirekte Teilliquidation (erstmal) unter dem DBG

Eskalation der Praxis: Harmonisierungszwang für die Kantone?

Das Bundesgericht hat am 22. Oktober 2001 sein erstes Urteil zur indirekten Teilliquidation unter dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) gefällt. Es hat dabei die Chance verpasst, die umstrittene Praxis der indirekten Teilliquidation im DBG auf eine konsensfähige Grundlage zu stellen. Seine Entscheidungsbegründung vermag nicht zu überzeugen, und die wirtschaftlichen Auswirkungen des Urteils sind bedauerlich.

1. Einleitung

Das Bundesgericht hat am 22. Oktober 2001 sein erstes Urteil zur indirekten Teilliquidation unter dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) gefällt [1]. Dass das Gericht die Praxis zum Bundessteuerbeschluss grundsätzlich weiter gelten lässt, vermag kaum zu Erstaunen. Bemerkenswert ist indessen, dass nun sogar schon die Gewährung von Sicherheiten – ungeachtet ihrer tatsächlichen Inanspruchnahme – als Teilliquidation gelten können soll. Dies stellt eine eigentliche *Eskalation der Praxis* dar und wirft die Frage nach den Konsequenzen für das harmonisierte Recht der Kantone auf. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die eskalierte Bundessteuerpraxis vermag die Kantone nicht zu binden, d.h. es besteht Raum für eine gesetzmässige kantonale Rechtsprechung.

2. Der zu beurteilende Sachverhalt

Im Bundesgerichtsurteil vom 22. Oktober 2001 war (vereinfacht) folgender Sachverhalt zu beurteilen: Die im Kanton Zürich wohnhafte B. veräusserte im Dezember 1995 ihre Aktien an der B-AG (entsprechend rund 90% des Aktienkapitals) an die Y-Holding GmbH. Die Erwerberin stand im Besitz der drei Geschäftsführer der B-AG

und war kurz zuvor mit einem Stammkapital von CHF 45 000 gegründet worden. Der Kaufpreis von CHF 9 672 000 wurde getilgt durch Übergabe eines Bankchecks von CHF 3 652 000 und im restlichen Umfang durch Begründung einer Darlehensforderung der verkauften B. Den Bankcheck hatte die Y-Holding GmbH durch ein Bankdarlehen von CHF 3 700 000 finanziert. Dieses Darlehen wiederum war durch Hinterlegung von Inhaberschuldbriefen auf der Liegenschaft der B-AG gesichert.

Mit Blick auf diese Drittpfandbestellung und die schmale Eigenkapitalbasis der Käufergesellschaft qualifizierte der Steuerkommissär den mittels Bankcheck geleisteten Teil des Kaufpreises (CHF 3 652 000) nach den Grundsätzen der indirekten Teilliquidation als steuerbares Einkommen. Die gegen diese Veranlagung gerichtete Einsprache wurde abgewiesen. Die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich hatte die dagegen erhobene Beschwerde teilweise gutgeheissen: Sie trug der im DBG neu ausdrücklich statuierten Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne Rechnung und wog bei der Beurteilung des Unternehmensverkaufs die gesetz-

lichen Begriffe des Kapitalgewinns und des Vermögensertrags gegeneinander ab. Als Folge dieser Abwägung beurteilte sie einen Teil des Kaufpreises – nicht aber den auf den Bankcheck entfallenden Teil – nach den Regeln der indirekten Teilliquidation [2]. Dagegen erhob die Eidg. Steuerverwaltung (nicht jedoch das Kantonale Steueramt) Beschwerde an das Bundesgericht, welches die ursprüngliche Veranlagung des Steueramtes vollumfänglich bestätigte.

3. Indirekte Teilliquidation auch unter dem DBG

Das Bundesgericht hält eingangs fest, dass der massgebende Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG weitgehend dem bisherigen Art. 21 Abs. 1 lit. c BdSt entspreche, somit eine Steuernorm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten darstelle. Die bundesgerichtliche Teilliquidationspraxis sei zwar unter dem Bundessteuerbeschluss verschiedentlich kritisiert worden, doch sei auch unter der Herrschaft des neuen Rechts an ihr festzuhalten (Erw. 2).

Für oder gegen die grundsätzliche Weiterführung der Teilliquidationspraxis unter dem DBG liesse sich eine Reihe bekannter Argumente anführen. Dass diese nicht in die Urteilsbegründung eingeflossen sind, mag man angesichts der intensiven Diskussion der Teilliquidationsproblematik in der Lehre noch verstehen. *Rechtsmethodisch unakzeptabel ist jedoch, dass die DBG-spezifischen Aspekte der indirekten Teilliquidation unberücksichtigt blieben.* Diesbezüglich ist die Urteilsbegründung radikal kurz geraten: Eine Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte der Norm oder mit einschlägigen Publikationen sucht man vergebens.

Dabei hatte der Gesetzgeber bei Erlass des DBG Kenntnis von der Teilliquida-



Daniel Schär, Dr. iur., dipl. Steuerexperte,
Treuhandgesellschaft Altorfer Duss &
Beilstein, Zürich

tionspraxis und dem damit verbundenen Auslegungstreit. Gleichwohl hat er die indirekte Teilliquidation (wie die Transponierung) in Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG nicht als Steuertatbestand normiert, wohl aber die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne in Art. 16 Abs. 3 DBG verankert. Entsprechend kontrovers wurde die Frage der indirekten Teilliquidation 1992 von den Mitgliedern der Kommission «Steuerharmonisierung» diskutiert. Konsens über die grundsätzliche Weiterführung wurde dabei nicht erreicht, obwohl die Kommission Einblick in die Materialien zum StHG und DBG genommen hatte [3]. In Rahmen einer rechtsmethodisch überzeugenden Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG hätte das Bundesgericht zumindest diese Quelle (und damit indirekt die Materialien sowie Publikationen aus der Zeit der Gesetzesentstehung) berücksichtigen müssen. Gerade darin unterscheidet sich die Urteilsbegründung der Bundessteuer-RK von derjenigen des Bundesgerichts.

4. Eskalation der Praxis unter dem DBG

Nach bundesgerichtlicher Auffassung hat die Käuferin wegen ihrer schmalen Eigenkapitalbasis den Aktienwerb nicht aus eigener Kraft finanzieren können, sondern war dafür auf das Kaufobjekt angewiesen. Wie sah nun aber dessen «Mitfinanzierung» aus? Es wurden zwecks Sicherung des Bankdarlehens Inhaberschuldbriefe auf der Liegenschaft des Kaufobjekts hinterlegt. Dies genüge, denn es spiele keine Rolle, ob die Käuferin den Kaufpreis «direkt mit Werten aus der Gesellschaft beglichen hat oder indirekt durch ein mit Werten der Gesellschaft gesichertes Bankdarlehen.» Entscheidend sei, dass die Käuferin ausschliesslich auf Werte der übernommenen Gesellschaft zählen konnte. Dass das Darlehen inzwischen teilweise getilgt wurde (durch nach dem Kauf entstandene Gewinne) und «heute daher kaum mit der Verwertung der von der erworbenen Gesellschaft gewährten Sicherheiten gerechnet werden muss», ändere daran nichts. Massgebend sei, dass im Zeitpunkt der Darlehensge-

währung die Darlehensamortisation bzw. die dadurch auszuschliessende Verwertung der Sicherheiten wegen der schmalen Eigenkapitalbasis nicht absehbar gewesen sei (Erw. 4.b).

a) Besteuerung eines fiktiven Sachverhalts

Damit wird in zweifacher Hinsicht ein fiktiver Sachverhalt besteuert: Die Fiktion liegt zum einen in der (aktenwidrigen) Annahme, dass die Darlehensamortisation nicht absehbar gewesen sein soll, obwohl mit der Bank von Anfang an eine jährliche Darlehensamortisation von CHF 500 000 vertraglich vereinbart worden war (der im Grund-

Teilliquidation, doch kam es in diesem Fall immerhin de facto zur Inanspruchnahme der Sicherheiten (was aus der Urteilsbegründung nicht deutlich wird) [5].

b) Ungenügende Bonitätsprüfung

Anzumerken ist weiter, dass das Bundesgericht die schmale Eigenkapitalbasis der Käufergesellschaft übermässig gewichtet. Dies erinnert an eine (auch nach bundesgerichtlicher Auffassung längst antiquierte [6]) Unternehmensbewertung rein nach der «Substanzwertmethode». Wer jedoch Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG als Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten auf-

«Die eskalierte Bundessteuerpraxis vermag die Kantone nicht zu binden, d. h. es besteht Raum für eine gesetzmässige kantonale Rechtsprechung.»

satz auch nachgelebt wurde). Zum anderen wird eine Entleerung des Kaufobjekts unterstellt, auch wenn es gar nicht dazu kommt: Denn bei der Pfandbestellung zugunsten Dritter handelt es sich zunächst lediglich um eine Eventualverbindlichkeit, die im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen ist (Art. 663b OR). Zur Deckung solcher Verbindlichkeiten sind gemäss BGE 116 II 533 ff. nur bei zu erwartenden Vermögenseinbussen Rückstellungen zu bilden. Ohne solchen Rückstellungsbedarf fehlt es an der Entleerung des Kaufobjekts, wie sie für eine «Teilliquidation» unabdingbar Voraussetzung bildet. Vor diesem Hintergrund hatte das Bundesgericht früher erwo-gen, dass mit einer Verpfändung von Gesellschaftsaktiven zwecks Kreditsicherung die Mittelentnahme zwar eingeleitet werden könne; von einer Teilliquidation ging es jedoch erst aus, wenn es zur Inanspruchnahme der Sicherheiten gekommen war [4]. Diese sachgerechte Schranke ist nun niedrigerissen worden. Der Weg dazu war im Grunde bereits mit Urteil vom 23. April 1999 (noch betreffend BdBSt) gepflastert: Schon in diesem Entscheid erblickte das Bundesgericht in der Drittpfandbestellung die Einleitung einer indirekten

fasst, muss bei dessen Auslegung auch wirtschaftliche Kriterien berücksichtigen. Das bedeutet, dass die Bonität der Darlehensnehmerin zumindest im Grundsatz nach Bankenkriterien zu prüfen ist. Zu beurteilen wäre damit nicht nur die Eigenkapitalbasis, sondern auch die (vergangene und zukünftige) Ertragslage, die Liquidität und qualitative Elemente wie die Marktposition des Unternehmens [7]. Die Bundessteuer-RK hatte diese Kriterien berücksichtigt und gefolgert, dass mit der Drittpfandbestellung im konkreten Fall die Mittelentnahme noch nicht eingeleitet worden sei. Laut dem Bundesgerichtsurteil dagegen wird die Teilliquidationshandlung bereits gesetzt, wenn eine Käufergesellschaft mit schmaler Eigenkapitalbasis den Kaufpreis mit einem Darlehen tilgt, welches durch Aktiven des Kaufobjekts gesichert ist.

Überdies dreht nun die Beweislast: Es obliegt nicht mehr dem Fiskus, das steuerbegründende Merkmal «Teilliquidation» nachzuweisen, sondern umgekehrt dem Steuerpflichtigen, die Möglichkeit der Darlehensamortisation nachzuweisen. Dieser Nachweis ist aber nicht erbringbar, wenn allein auf

die Eigenkapitalbasis abgestellt wird, mithin die Ertragslage des gekauften Unternehmens als Argument nicht zugelassen ist. Dies gilt erst recht, wenn eine Inanspruchnahme der erworbenen Gesellschaft bereits darin erblickt wird, dass «die Amortisationszahlungen ohne die mit der erworbenen Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne» nicht geleistet werden können (Erw. 4.b). Denn bislang war immerhin klar, dass eine Darlehenstilgung mittels Gewinnen, die erst *nach* dem Unternehmenskauf erwirtschaftet wurden (d.h.

Kapitalgewinne nach Art. 16 Abs. 3 DBG eigentlich gegenstandslos sei.

5. Harmonisierungszwang in der Praxis der Kantone?

Hat das Bundessteuerurteil Konsequenzen für das harmonisierte kantonale Recht? Die Harmonisierungsvorgabe für die Kantone ist äusserst knapp gehalten: Art. 7 Abs. 1 StHG bestimmt lediglich, dass auch Vermögensertrag der Einkommenssteuer unterliegt. Die-

menskaufen Drittpfänder bestellt und zur Darlehenstilgung Gewinne eingesetzt werden, die das Kaufobjekt erst nach der Aktienübertragung erwirtschaftet hat.

6. Fazit

Das Bundesgericht hat die Chance verpasst, die umstrittene Praxis der indirekten Teilliquidation im DBG auf eine konsensfähige Grundlage zu stellen. Seine Entscheidungsbegründung vermag nicht zu überzeugen, und die wirtschaftlichen Auswirkungen des Urteils sind bedauerlich. Es stellt sich die grundsätzliche Frage nach Massnahmen, welche die «Qualität» der höchstgerichtlichen Urteile im Steuerrecht verbessern. Genügt hierfür die blosser Entlastung des Bundesgerichts, oder bedarf es nicht vielmehr – wie von anderen schon gefordert [10] – eines eidgenössischen Steuergerichts als Fachgericht?

Jedenfalls bleibt zu hoffen, dass Verwaltungspraxis und Rechtsprechung in den Kantonen den bundesgerichtlichen Überlegungen die Gefolgschaft verweigern und über gesetzmässige, konsensfähige Teilliquidationskonzepte den Rechtsfrieden wahren.

«Das Bundesgericht hat die Chance verpasst, die umstrittene Praxis der indirekten Teilliquidation im DBG auf eine konsensfähige Grundlage zu stellen.»

nicht aus der Substanz des Kaufobjekts stammen), keine «Teilliquidation» im Verkaufszeitpunkt sein kann. Das neue Bundesgerichtsurteil könnte nun dahingehend interpretiert werden, dass es keine Rolle mehr spiele, ob es sich bei den verwendeten Gewinnen um «mitgekauft» oder nachträglich erwirtschaftete Ergebnisse handelt. Damit würde künftig praktisch jeder Leveraged-Buy-out steuerbar.

c) Rechtsgleichheit nicht gewährleistet

Wenn für den Verkäufer auch die Ausschüttung nachträglich erwirtschafteter Gewinne schädlich sein sollte, bliebe die Rechtsgleichheit auf der Strecke, weil der Verkauf an «arme Käufer» unter keinen Umständen mehr steuerneutral abgewickelt werden könnte, der Verkauf an «reiche Käufer» hingegen schon (wobei sich in beiden Fällen die Frage stellen würde, ab wann eine ordentliche Dividende nicht mehr schaden soll). Beide kaufen aber unter der gleichen wirtschaftlichen Erwartung: Das Kaufobjekt muss sich aus sich selbst heraus bezahlt machen, weil sonst keine Investition, sondern allenfalls ein «Unternehmenskauf zwecks Dekoration» vorliegt. Spätestens hier aber fragt sich dann, ob die ausdrückliche Steuerfreiheit privater

ser Norm fehlt der für eine abschliessende Ordnung notwendige Harmonisierungsgrad [8]. Das gilt selbst dann, wenn ein Kanton bei der Umsetzung des StHG den etwas weitergehenden Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG übernommen hat. Entsprechend besteht im Bereich des Vermögensertrags kantonaler Freiraum. Dieser erstreckt sich zunächst auf die Grundsatzfrage, ob die Rechtsfigur der indirekten Teilliquidation im kantonalen Recht überhaupt gilt (sei es in Auslegung der Norm nach wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten oder im Wege der Steuerumgehung). Freiraum muss erst recht bezüglich Einzelheiten der indirekten Teilliquidation bestehen. Es sei hier nochmals an die Kommission «Steuerharmonisierung» erinnert, welche sich nach gründlicher Analyse der Gesetzesmaterialien und intensiven Diskussionen gerade nicht zu einer einheitlichen Stellungnahme bezüglich der Frage der Weitergeltung der indirekten Teilliquidation durchringen konnte [9]. Die Kantone sollten diesen Freiraum dahingehend nutzen, sich auf Missbrauchsfälle zu beschränken. *Die Bundessteuerpraxis vermag die Kantone jedenfalls nicht zu binden.* Es bleibt zu hoffen, dass es wenigstens im kantonalen Recht nicht als schädlich erachtet wird, wenn bei Unterneh-

Anmerkungen

- 1 StE 2002 B 24.4 Nr. 63 (DBG) = Zürcher Steuerpraxis 4/2001, 316 ff.
- 2 Bundessteuer-Rekurskommission Zürich, 2. März 2000, StE 2002 B 24.4 Nr. 62 (DBG), auch betr. vollständigen Sachverhalt (insb. Erw. 3. h und i).
- 3 B. Zwahlen, Die praktische Arbeit der Kommission «Steuerharmonisierung» am Beispiel der Fragen zur indirekten Teilliquidation und zur Transponierung, ASA 62 (1993/94) 187 ff. Vgl. zudem B. Zwahlen, Privatvermögen, Vermögensertrag, Vermögensgewinn, in: Höhn/Athanas, Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, 1993, 63 ff.
- 4 Vgl. ASA 58 (1989/90) 593 f.
- 5 ASA 69 (2000/01) 642 ff.; StE 1999 B 24.4 Nr. 53 (BdBSt).
- 6 ASA 44 (1975/76) 311, betreffend Stempelabgaben.
- 7 M. Boemle, Unternehmensfinanzierung, 12. A., 1998, 368 ff.
- 8 M. Reich, in: Zweifel/Athanas, 1997, Kommentar zu Art. 7 StHG, N 59 und 84.
- 9 B. Zwahlen, a.a.O., 192 f.
- 10 M. Duss, Sprüche voller Widersprüche, Der Schweizer Treuhänder 1-2/2001, 85 f.