

Unternehmensverkauf – Erhalt des steuerfreien Kapitalgewinns! Praxiserfahrungen

Oliver Wamister

Advokat bei Ludwig + Partner AG

Ein Unternehmer möchte seine Gesellschaft, deren Anteile er im Privatvermögen hält, verkaufen. Erzielt er dabei stets einen steuerfreien Kapitalgewinn?

Gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG sind Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen steuerfrei. Eine eigentlich einfache und unmissverständliche Gesetzesbestimmung: Wer als Privatperson Aktien verkauft, muss die darauf erzielten Gewinne nicht versteuern. So einfach dies tönt, so schwierig ist es, dieses Ziel zu erreichen; insbesondere wegen den weitreichenden Missbrauchstatbeständen u.a. der indirekten Teilliquidation. Welche Vorkehrungen sind sinnvoll?

Tatbestand der indirekten Teilliquidation

Der Tatbestand der indirekten Teilliquidation ist nach Art. 20a DBG und KS Nr. 14¹ gegeben, wenn (1) eine natürliche Person (2) aus ihrem Privatvermögen (3) in das Geschäftsvermögen einer anderen natürlichen oder juristischen Person (4) ihre Beteiligung von mindestens 20% am Grund- und Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (5) verkauft und überträgt sowie (6) innerhalb von 5 Jahren nach Verkauf (7) unter

ihrer Mitwirkung (8) eine **Ausschüttung nichtbetriebsnotwendiger Substanz** aus der übernommenen Gesellschaft stattfindet. Der Verkäufer realisiert seinen Verkaufsgewinn nicht als steuerfreien Kapitalgewinn, sondern als steuerbaren Vermögensertrag (Einkommen).

Ausschüttung nichtbetriebsnotwendiger Substanz!

In der Praxis stellt sich für die Käufergesellschaft die Frage, was als Substanzentnahme gilt. Die indirekte Teilliquidation zielt auf die Substanz ab, die vor dem Verkauf hätte ausgeschüttet werden können (sog. nichtbetriebsnotwendige Substanz). Man schaut dafür die Passivseite (Reserven) und die Aktivseite (nichtbetriebsnotwendige Substanz) an.

Ausgangsgrösse für eine Substanzentnahme bilden passivseitig die handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven gemäss der letzten Jahresrechnung vor dem Verkauf. Sofern diese Reserven innerhalb der 5-Jahres-Frist nicht angetastet werden und nur der künftig erarbeitete Jahresgewinn ausgeschüttet wird, fällt man nicht unter den Tatbestand der indirekten Teilliquidation. Passivseitig gilt also eine Einzelbetrachtung der ausschüttungsfähigen Reserven. Wird aber der Jahresgewinn „künstlich“ erhöht, indem beispielsweise die Abschreibungspolitik geändert wird oder Beteiligungsertrag aus einer Tochtergesellschaft zufließt, der über ihrem Jahresgewinn liegt, kommt es zu einer Substanzentnahme bzw. Ausschüttung die das jährliche operative Ergebnis überschreitet. Folge: steuerbarer Vermögensertrag beim Verkäufer, welcher jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehrt. Vorsicht geboten ist auch bei einem Darlehen der gekauften Gesell-

schaft an die Käufergesellschaft (sog. „Up-Stream Darlehen“) deren Rückzahlung als gefährdet erscheint. Diefalls könnten sich die Steuerbehörden auf den Standpunkt stellen, es liege eine Ausschüttung i.S. des Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG vor.

Betreffend Umfang der Besteuerung wird dann auch die Aktivseite der Bilanz betrachtet. Dies selbstverständlich nur, sofern die handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven grösser sind als die aktivseitig vorhandene nichtbetriebsnotwendige Substanz, da nur der tiefere dieser beiden Beträge beim damaligen Verkäufer besteuert wird. Weitgehend klar ist, dass nichtbetriebsnotwendige Liegenschaften, grosse Liquiditäts- und Wertschriftenbestände als nichtbetriebsnotwendige Substanz gelten. Eine erste Knacknuss bildet bereits die zulässige *Liquiditätsreserve* (sprich Cash), welche ein Unternehmen zur Aufrechterhaltung des Betriebs tatsächlich braucht. In der Praxis wird nichtbetriebsnotwendige Liquidität ab 10% des Jahresumsatzes oder ab dem Betrag eines absoluten Monatsumsatzes angenommen. Bedeutend kniffliger ist der Fakt, dass auch *stille Reserven auf betriebsnotwendigen Aktiven* in einer strikten Betrachtung als nichtbetriebsnotwendige Substanz qualifiziert werden. Ferner ist zu beachten, dass aktivseitig eine konsolidierte Betrachtung erfolgt, sodass sämtliche Gesellschaften, die mit der übernommenen Gesellschaft unter einheitlicher Leitung stehen, in die Betrachtung miteinbezogen werden. Insbesondere beim Verkauf einer Holdingstruktur kann sich die nichtbetriebsnotwendige Substanz somit in einer oder mehreren Tochtergesellschaften befinden.

Planungsinstrumente

Verkäufer: Die Problematik im Tatbestand der indirekten Teilliquidation liegt darin, dass Handlungen des Käufers/der Käufergesellschaft nachträglich Steuerfolgen beim Verkäufer auslösen können. Hierzu gibt es einige Massnahmen vorzuziehen. Entweder wird der Verkauf derart gestaltet, dass eindeutig keine indirekte Teilliquidation mit den entsprechenden Steuerfolgen anfallen kann, oder man sieht im Kaufvertrag vor, dass der Käufer keine Handlung vornehmen darf, die als indirekte Teilliquidation qualifiziert bzw. dass der Käufer dem Verkäufer die zusätzliche Steuerbelastung ersetzt.

Käufer: Sofern der Beteiligungserwerb (Share Deal) vor der ordentlichen Generalversammlung stattfindet, kann sich die Käufergesellschaft im Jahr des Beteiligungserwerbs u.U. sowohl den ordentlichen Gewinn des laufenden Geschäftsjahres als auch den ordentlichen Gewinn des Vorjahres ausschütten lassen. Ferner besteht die Möglichkeit eines Darlehens der gekauften Gesellschaft an die Käufergesellschaft (sog. „Up-Stream Darlehen“), sofern deren Rückzahlung nicht als gefährdet erscheint, die Statuten der gekauften Gesellschaft ein „Up-Stream Darlehen“ erlauben und das Darlehen aus den freien Reserven gewährt wird.



¹Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung Nr. 14, Indirekte Teilliquidation, vom 6.11.2007