

Orlando Rabaglio

Rechtsanwalt, dipl.
Steuerexperte, Partner,
Leiter Produktbereich
Steuern + Recht,
BDO Visura, Zürich

Transponierung und Teilliquidation

Wie weiter nach dem Urteil des Bundesgerichtes vom 11. Juni 2004?

Die hier zur Diskussion stehende Praxis der ESTV bedeutet einen scharfen Bruch mit einer grundsätzlich systematisch ausgerichteten Steuerlehre

1. Einführende Bemerkungen zur Systematik

1.1 Grundsatz der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne und die Ausnahmen¹

Das schweizerische Steuerrecht beruht vom System her immer noch auf dem Grundsatz der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne (Art. 16 Abs. 3 DBG, Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG). Allerdings gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz:

- Der gewerbmässige Liegenschaften- und Wertschriftenhandel (auch der gewerbmässige Weinhandel oder der gewerbmässige Kunsthandel) führen nicht zu steuerfreien Kapitalgewinnen, sondern zu Erwerbseinkommen mit der Folge, dass auch die AHV-Beitragspflicht ausgelöst wird.
- Im Falle der sog. Transponierung² wird unterstellt, der Verkauf einer Beteiligung an eine durch den Verkäufer selbst beherrschte Gesellschaft zu einem über dem Nennwert der Beteiligung liegenden Preis sei kein echter Verkauf bzw. ein Verkauf an sich selbst, weshalb der formell steuerfreie Kapitalgewinn in

diesem Fall als steuerbarer Vermögensertrag umqualifiziert wird. Dasselbe gilt natürlich auch bei der entgeltlichen Einbringung einer Beteiligung in eine selbst beherrschte Gesellschaft zu einem Wert über pari.

- Schliesslich hat die Praxis den Fall der sog. indirekten Teilliquidation unter dem anschaulichen Schlagwort «Verkauf des vollen Portemonnaies» umqualifiziert: Betroffen sind Verkäufe aus dem Privatvermögen (steuerlich gilt hier das Nominalwertprinzip) an eine juristische Person bzw. an das Geschäftsvermögen (Buchwertprinzip). Soweit die Bezahlung des Kaufpreises aus der verkauften Gesellschaft gezogen wird – also eben der Inhalt des Portemonnaies zur Bezahlung desselben verwendet wird – erzielt der Verkäufer steuerbaren Vermögensertrag. Bei der kaufenden Gesellschaft führt die Entnahme bekanntlich zu keinen Steuerfolgen, weil entweder der Beteiligungsabzug die Besteuerung verhindert oder die Ausschüttung zu einer steuerwirksamen Abschreibung führt.

Abgesehen von den Fällen des Handels ist es immer der Verkäufer der Beteiligung, der die negativen Steuerfolgen zu spüren bekommt.

1.2 Die Überdehnung der Ausnahmen

Die Verwaltungspraxis hat auf der Suche nach Steuersubstrat und gereizt durch offensichtliche Umgehungsfälle seitens einzelner Steuerpflichtiger die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu einer fiskalistischen Betrachtungsweise ausarten lassen, indem neue Tatbestände kreiert worden sind.

- Die Eidg. Steuerverwaltung hat sich in einem Rundschreiben vom 14.7.1997 zur sog. Erbenholding auf den Standpunkt gestellt, es komme zur Verwirklichung einer Transponierung nicht darauf an, ob der Veräusserer an eine selbstbeherrschte oder an eine durch Nahestehende, z. B. Familienangehörige oder Erben, beherrschte Gesellschaft verkaufe. In beiden Fällen verwirkliche er einen Transponierungstatbestand, mit dem Effekt, dass der Verkauf an eine durch Nahestehende gehaltene Holdinggesellschaft zu einer Besteuerung der Differenz zwischen Nominalwert und Verkaufspreis beim Verkäufer als Vermögensertrag führt.³ Viele Kantone haben sich indessen mit dieser Betrachtungsweise nicht anfreundet

wollen und die Steuerlehre hat vehement dagegen protestiert.

- Im ebenso denk- wie fragwürdigen Urteil des Bundesgerichtes vom 11. Juni 2004 (BGE 2A.331/2003)⁴ ist das Bundesgericht nun bei der Beurteilung einer solchen Erbenholding-Konstellation noch einen Schritt weitergegangen. Es hat zwar zum einen die Konzeption der Erbenholding nach der Lesart der Eidg. Steuerverwaltung verworfen (das war die einzige gute Nachricht in diesem Urteil), um dann anschliessend den Sachverhalt der Veräusserung einer Beteiligung an eine von den Nachkommen gehaltene Holding gegen Darlehen unter dem Aspekt der indirekten Teilliquidation zu beurteilen. Das Bundesgericht hat sich indessen nicht von der allgemein anerkannten Theorie des Verbotes eines Verkaufes eines «vollen Portemonnaies» leiten lassen, sondern die Kaufpreisfinanzierung aus den künftigen Erträgen der Unternehmung kurzerhand auch als schädliche Aushöhlung qualifiziert. Damit hat das Bundesgericht ungefragt eine weitere Überdehnung der Ausnahme vorgenommen, wie man sie nicht einmal bei den härtesten Fiskalisten zu erwarten gewagt hätte.
- Das Urteil des Bundesgerichtes ist in der Folge heftig kritisiert worden, was allerdings die Eidg. Steuerverwaltung nicht daran gehindert hat, in einem geradezu atemberaubenden Tempo den Profit aus diesem Fehlurteil zu ziehen. In einem Rundschreiben vom 8. September 2004 an die Kant. Steuerverwaltungen hält die ESTV fest, dass einerseits die Konzeption der Erbenholding gemäss Rundschreiben 1997 nicht weiter aufrechterhalten werde, dass andererseits eine indirekte Teilliquidation vorliege bei der Veräusserung von Beteiligungen aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen, sofern der Kaufpreis aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft finanziert werde und Käufer und Verkäufer durch gemeinsames Zusammenwirken diese Mittelentnahme eingeleitet hätten. Die Eidg. Steuerverwaltung weist die Kantone im Weiteren an, für die direkte Bundessteuer ab sofort diese neue Rechtsprechung auf alle offenen und neuen Fälle anzuwenden und gleichzeitig alle diesbezüglichen Fälle der ESTV vorzulegen. Obwohl sich Praxis und Lehre ebenso wie viele kantonale Steuerverwaltungen dezidiert gegen dieses Vorgehen aussprechen, hat die Eidg. Steuerverwaltung mit der Veröffentlichung eines Entwurfes zu einem Kreisschreiben Nr. 7 (Kreisschreiben E-7) klar gemacht, dass sie sich an diese Rechtsprechung des Bundesgerichtes (gerne) gebunden fühlt und dass sie alle Veräusserungsfälle so behandeln wird.

1.3 Zur Kritik am Urteil des Bundesgerichtes und am Vorgehen der Verwaltung

Die Kritik am Urteil des Bundesgerichtes ist laut und deutlich ausgefallen.⁵ Dieser Kritik gilt es nichts beizufügen; sie kann wie folgt zusammengefasst werden:

- Das Urteil des Bundesgerichtes ist steuersystematisch in dieser Form nicht begründet. Eine Besteuerung eines Vermögensertrages unter dem Titel der Teilliquidation setzt voraus, dass dieser Ertrag zum Zeitpunkt der Transaktion vorliegt. Von einer Liquidation oder einer Substanzentnahme kann man nicht sprechen, wenn man die unter neuem Aktionariat erwirtschafteten operativen Gewinne zur Amortisation des Kaufpreises einsetzt.
- Die Besteuerung als Vermögensertrag von der verkauften Gesellschaft nach der Transaktion entnommenen nicht betriebsnotwendigen Mitteln zur Amortisierung des Kaufpreises ist steuersystematisch nicht begründbar. Das Bundesgericht macht sich schon gar nicht die Mühe, sich mit der Praxis und Lehre auseinanderzusetzen, sondern schmettert die langjährige Praxis mitsamt den sie vertretenden Lehrmeinungen ohne Begründung ab.⁶
- Es ist dem schweizerischen Steuersystem immanent, dass private Kapitalgewinne steuerfrei vereinnahmt werden können. Ein Korrektiv ist denkbar, wo Missbrauch und Steuerumgehung vorliegen (z. B. beim Verkauf des «vollen Portemonnaies»). Das Urteil des Bundesgerichtes hat faktisch gegen den Wortlaut des Gesetzes und gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers eine Beteiligungsgewinnsteuer eingeführt.



- Stossend ist an der beschriebenen Praxis, dass die Steuerfolge für den Veräusserer von der Finanzkraft des Käufers abhängt. Kann der Käufer auf eine üppig gefüllte Kriegskasse zurückgreifen, ist die rechnerische Pay-Back-Betrachtungsweise unschädlich; muss der Käufer den Kaufgegenstand indessen aus den künftigen Erträgen finanzieren – was ja jeder vernünftige Investor macht – verursacht die Pay-Back-Rechnung dem Verkäufer Steuerprobleme.
- Die Eidg. Steuerverwaltung überdehnt mit ihrer Kasuistik im Kreisschreibensentwurf

den Entscheid des Bundesgerichtes nochmals empfindlich, denn das Bundesgericht hat sich zu vielen Fragen nicht explizit geäußert. Angesichts der vielen Einzelfallbeispiele, die alle typisiert sind, ist es kaum mehr möglich, den Tatbestand der indirekten Teilliquidation systematisch zu fassen. Wo eine geplante Transaktion nicht in eines der zitierten Beispiele hineinpasst, wird man mit der schlimmstmöglichen Konsequenz rechnen müssen.

- Zu guter Letzt verhindert die von der Eidg. Steuerverwaltung rigoros umgesetzte Ausdehnung der indirekten Teilliquidationstheorie die sinnvolle Nachfolge in KMU-Betrieben. Kapitalkräftige Finanzinvestoren sind weiterhin in der Lage, nachfolgefähige Betriebe aufzukaufen und ihren Konzernen einzuverleiben, während KMU-orientierte Unternehmer aus Gründen der Finanzierbarkeit das Nachsehen haben. Volkswirtschaftlich ist diese Entwicklung höchst bedenklich. Die Lippenbekenntnisse der Politiker und insbesondere des Bundesrates zugunsten einer gesunden KMU-Wirtschaft verlieren an Glaubwürdigkeit.

2. Kritik am Kreisschreiben (Entwurf) E-7

2.1 Die Bedeutung eines Kreisschreibens

- Das Vorgehen der Eidg. Steuerverwaltung weckt in rechtsstaatlicher Hinsicht Bedenken. Zum einen ist fragwürdig, ob das Urteil des Bundesgerichtes vom 11. Juni 2004 generell praxisbildende Wirkung haben darf. Das Schweizer Rechtssystem weist einem Präjudiz nicht diese Bedeutung zu, wie die ESTV dies tut. Problematisch ist auch, dass die ESTV mit ihrem Kreisschreibensentwurf zahlreiche Fälle und Fallkonstellationen zu regeln versucht, die vom Bundesgericht in dieser Form nicht angesprochen und wohl auch nicht überdacht worden sind.
- Ein Kreisschreiben hat den Charakter einer Verwaltungsverordnung, die sich an die unterstellten Behörden richtet und die idealerweise Rechtssicherheit, Kohärenz der Praxis und Berechenbarkeit sicherstellen soll. Ein Kreisschreiben indessen, das als Entwurf bezeichnet ist und dennoch die gleiche praxisfestlegende Wirkung wie ein «richtiges» Kreisschreiben haben soll, ist an sich schon problematisch. Wenn mit der Bezeichnung «Entwurf» zum Ausdruck gebracht werden soll, dass es sich um einen unausgegorenen Schnellschuss, behaftet mit Fehlern, Unklarheiten und Zweideutigkeiten

handeln soll, mag dies richtig sein. Dass aber ein solches Regelwerk dann gleich auch bis zur gesetzlichen Regelung im Rahmen der sog. Unternehmenssteuerreform II gesetzvertretende Bedeutung erhalten soll, vermag nicht einzuleuchten.

- Ebenfalls fragwürdig ist die bundesstaatliche Einordnung der Handlungsweise der ESTV. M.E. ist der Bund zwar zur Beaufsichtigung der Einschätzungspraxis und zur fallweisen Intervention befugt; den Kantonen kann ihre verfassungsmässig zugeteilte Funktion des bundesstaatlichen Gesetzesvollzuges⁷ indes nicht kurzerhand entzogen werden. So ist es denn durchaus vertretbar, ja sogar wünschbar, dass sich einzelne Kantone mit einem gesunden bundesstaatlichen Reflex weigern, dem Bund in einer als falsch betrachteten Praxisanordnung zu folgen. Für die kantonalen Steuern scheinen sich nach heutiger Feststellung die Kantone ohnehin nicht der Sichtweise der ESTV anzuschliessen.

2.2 Materielle Beurteilung einzelner Streitfragen

- In materieller Hinsicht gibt es zahlreiche Einwände gegen die Betrachtungsweise des Kreisschreibens. Was auf einer falschen gedanklichen Konzeption beruhen mag – Teilliquidation liegt vor, wenn künftige Erträge zur Finanzierung des Kaufpreises herangezogen werden – und zu einem Vorgriff auf künftiges Ertragssubstrat führt, erweist sich in der Praxis als kaum durchführbar. Es würde zu weit führen – und ist für die praktische Diskussion auch wenig fruchtbar – wenn man nun die einzelnen Beispielfälle zu analysieren versucht. Allzu viele Ungereimtheiten verbleiben, Ungerechtigkeiten, Ungleichbehandlungen, die von zufälligen Fallkonstellationen abhängen.⁸ Dies sei bei der Kommentierung von Beispiel Nr. 8 (Vgl. Skizze) dargelegt.

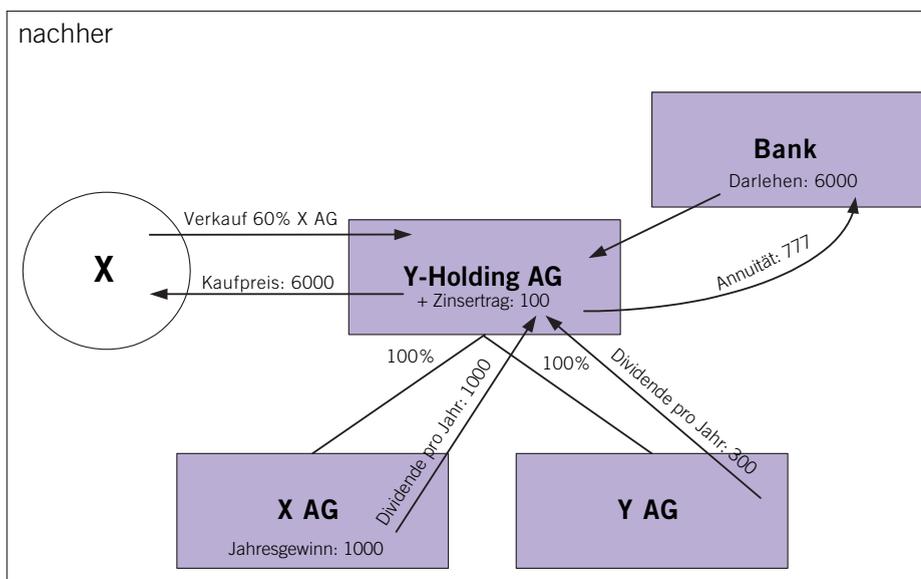
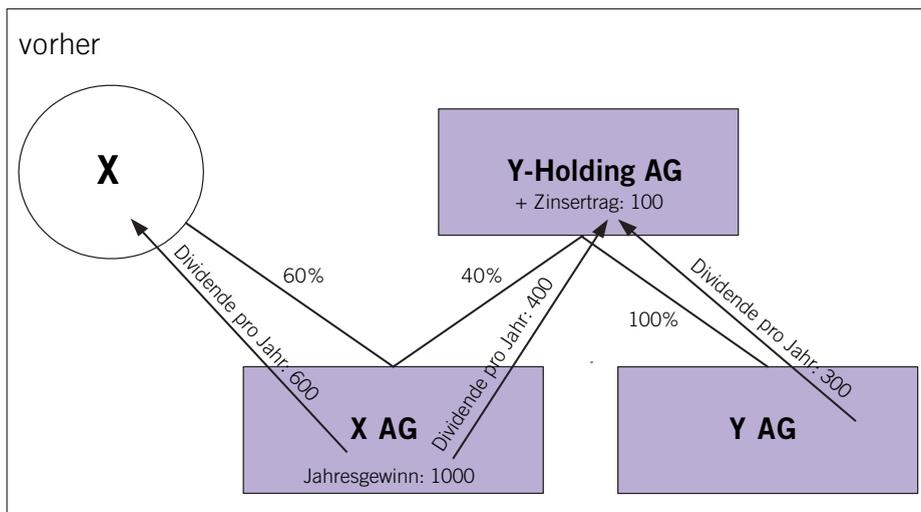
Dem Beispiel liegt die Annahme zugrunde, dass der Kaufpreis für eine Beteiligung nicht

aus künftigen Erträgen der gekauften Aktien herrühren darf. Im konkreten Beispiel kauft die Y-Holding zum Preis von 6000 60% der X-Aktien. Sie verfügt über keine eigenen Mittel und muss deshalb den Kaufpreis über ein Bankdarlehen, das während 10 Jahren zu amortisieren und zu verzinsen ist, finanzieren. Die Y-Holding erzielt – im Moment – einen Ertrag aus Beteiligungen und Zinsen von 800; die Annuität an die Bank beträgt nach Berechnung der ESTV 777. Demzufolge geht man davon aus, die Akquisition könne in einer für den Veräusserer unschädlichen Art erfolgen. Die ESTV schreibt nun in ihrem Kreisschreiben, dass zur Beantwortung der Frage, ob die Finanzierung aus übrigen Erträgen möglich sei, auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Transaktion abzustellen sei. Wie sieht es nun aus, wenn eben zum Zeitpunkt der Transaktion die Dividenderträge aus dem laufenden Jahr als noch sicher erscheinen, aber im Folgejahr ein Einbruch erfolgt? Wie sieht es aus, wenn im laufenden Jahr die Dividenderträge wegen struktureller Veränderungen ausbleiben, aber inskünftig mit guten Erträgen zu rechnen ist? Wie verschafft sich der Verkäufer, dessen Risiko ja hier zur Diskussion steht, die notwendige Übersicht über die finanzielle Gesundheit der Käufergruppe? Wird es allenfalls dem Verkäufer als ein schädliches Zusammenwirken – mit der entsprechenden Steuerfolge – ausgelegt, wenn er sich um die Finanzierungsmodalitäten kümmert?⁹ Wäre er besser beraten gewesen, wenn er sich nicht um die finanzielle Gesundheit der Käufergruppe gekümmert hätte? Es kann doch nicht von solchen Rahmenbedingungen, die der Verkäufer nicht beeinflussen und oft auch nicht vollständig erkennen kann, abhängen, ob sein Verkaufserlös Vermögensertrag oder steuerfreien Kapitalgewinn darstellt.

Es ist ein Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, dass jede Besteuerung einer Gesetzesgrundlage bedarf. In diesem Fall gibt es weder eine Gesetzesgrundlage noch eine verlässliche und in der Praxis mit einer gewissen Planungssicherheit anwendbare Verwaltungsweisung.

3. Handlungsalternativen

Der Handlungsspielraum rund um die indirekte Teilliquidation ist eng geworden. Solange nicht der Bundesrat bzw. der zuständige Departementvorsteher die ESTV anweist, von der KMU-feindlichen Entreichrungstheorie bei kaufmännisch kalkulierten Akquisitionsfinanzierungen abzusehen, bleiben der Praxis



nur bescheidene Ausweich- und Umweglösungen.

3.1 Strukturgestaltungen

Zwar ist mit der neuen Praxis manche Planungsidee eingestürzt. Immerhin gilt es zu beachten, dass viele Kantone für die kantonalen Steuern nach wie vor die alte Praxis oder allenfalls eine von Fall zu Fall modifizierte Lösung vorsehen. Zwischen der Maximalvariante – Ausschüttungssperre auf Altreserven während 5 Jahren – und der vielleicht im Bereich der Unternehmenssteuerreform II anvisierten Lösung – Besteuerung der ausschüttbaren nicht betriebsnotwendigen Mittel zum Zeitpunkt der Transaktion¹⁰ – gibt es in der kantonalen Praxis glücklicherweise noch viele Zwischenlösungen. Oft wird ein Entgegenkommen der kantonalen Steuerbehörden dadurch begünstigt, dass der veräussernde Unternehmer bereit ist, vor der Veräusserung grössere nichtbetriebsnotwendige Vermögensanteile (z. B. Liegenschaften) aus der Gesellschaft zu entnehmen und vielleicht eine Substanzdividende auszuschütten, damit die Bezifferung der mit einer Ausschüttungssperre zu belegenden Reserven entfallen kann. In andern Fällen kann man nachweisen, dass die Finanzierung des Kaufpreises aus den künftigen Erträgen eben keine Entreichung, sondern wirklich die Amortisierung des Kaufpreises im Sinne einer kalkulierten Investitionsrechnung darstellt. Ob dann allein wegen der Bundessteuer noch eine aufwändige Konstruktion in Erwägung zu ziehen ist, muss im Einzelfall erwogen werden; immerhin gilt es zu bedenken, dass die Bundessteuer «nur» noch 11,5% ausmacht.

- In vielen Fällen lohnt es sich nicht nur im Hinblick auf den späteren Verkauf, ein Unternehmen in einer Holding-Struktur zu organisieren. Zwar muss der Aktionär in diesen Fällen seine Beteiligungen zu nominal einbringen; er erhält aber schliesslich unter dem Holdingdach zusätzliche Freiheiten für die Finanzierung, für die Umgliederung einzelner Betriebsteile, einzelner betrieblicher Aktive (z. B. Immaterialgüterrechte) und kann die Nachfolge so organisieren, dass der Nachfolger einen zahlbaren Betrieb übernehmen kann, weil alle nicht betriebsnotwendigen Aktiva andernorts im Konzern platziert sind. Diese Lösung ist zwar steuerlich nicht so attraktiv wie ein umfassender privater Kapitalgewinn, aber die Gestaltungsfreiheit mit der Holding-Gesellschaft wiegt zahlreiche Nachteile wieder auf.
- Nicht völlig aus den Augen verlieren darf man die Zwischenschaltung einer Venture-

Capital-Gesellschaft. Es gibt heute genügend privat gehaltene Vermögensverwaltungsgesellschaften, die in der Lage sind, ein Unternehmen zu kaufen (und aus eigenen Mitteln zu finanzieren), um es dann zu einem späteren Zeitpunkt zum reinen Substanzwert dem erwerbsfähigen Management zu übergeben oder an den Veräusserer zurückzukaufen. Die Frage ist in solchen Fällen, wie zeitnah oder zeitfern die endgültige Transaktion sein muss, damit sie den ursprünglichen Veräusserungsakt nicht «vergiftet». Der Faktor Zeit wird in künftigen Planungen eine entscheidende Rolle spielen.

- Wie sieht es mit einem Asset-Deal aus? Es ist keineswegs abwegig, bei Nachfolgeregelungen auch eine reinen Asset-Deal ins Auge zu fassen. Zwar verliert man dann den allenthalben erhofften steuerfreien Kapitalgewinn; das ist aber nur dann schädlich, wenn der verkaufende Unternehmer auf Privatbezüge angewiesen ist. Oft sieht er sich nach einem erfolgreichen Verkauf mit der Problematik der Wiederanlage konfrontiert; er möchte mehr als Finanzinvestor denn als operativer Unternehmer tätig bleiben. Da ist es nicht so falsch, eine um den Betrieb entleerte Gesellschaft zu betreiben, ihr allenfalls den Holdingstatus zu sichern und so ein Gefäss zur Gestaltung des Familienvermögens zu besitzen, das gegebenenfalls auch als Ganzes an die Nachkommen vererbt werden kann. Natürlich eröffnet ein Asset-Deal auch Möglichkeiten zur Fortführung der Vermögensanlage in einer Immobiliengesellschaft oder in einer Portfolio-Verwaltungsgesellschaft.

Im Hinblick darauf, dass im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II die Besteuerung vor allem der Unternehmer gemildert werden soll (Entlastung durch Teilbesteuerung) gewinnen solche Überlegungen wieder an Bedeutung.

3.2 Anknüpfungspunkt «subjektive Steuerpflicht»

- Es dürfte ein wohl kaum gewollter Effekt sein, dass Unternehmensnachfolgen in Zukunft aus steuerlichen Gründen oft erst nach Wegzug des verkaufenden Aktionärs aus der Schweiz erfolgen. Zieht sich der Aktionär im Rahmen einer Wohnsitzverlegung ins Ausland zurück, kann der Fiskus nicht mehr auf ihn zugreifen. Natürlich ist offensichtlich, dass nicht jeder Unternehmer bereit ist, seinen Lebensabend in einem Steuerparadies oder zumindest an einer Mittelmeerküste zu verbringen; die erhöhte Mobilität und die auch in KMU-Kreisen zu beobachtende Welt-

Läufigkeit der Unternehmer begünstigt aber solche Wege. Die ESTV hat dem Standort Schweiz natürlich einen Bärendienst erwiesen, denn erfahrungsgemäss bezahlen solche Unternehmer nicht nur bei der Veräusserung, sondern vor allem in den Jahren danach hohe Einkommens- und Vermögenssteuern.

- Ebenfalls in den Bereich der Gestaltung durch die subjektive Steuerpflicht fällt die Möglichkeit, Nachfolgen im Familienkreis durch gemischte Schenkung zu vollziehen und die Steuerfolgen aus der Folgefinanzierung den Beschenkten zu überbinden.

3.3 Massnahmen beim Steuerobjekt

Die grössten Probleme entstehen in der Praxis in jenen Fällen, wo während Jahren oder gar Jahrzehnten Gewinne thesauriert und in nicht betriebsnotwendigen Aktiva angelegt worden sind. Gibt es noch Zeit zur Planung, sind alle Register zu ziehen, um den Betrieb zu verschlanken.

- Entnahme von nicht betriebsnotwendigen Aktiva ins Privatvermögen. Zwar kostet eine solche Transaktion Steuern; die Steuerfolgen können indessen besser geplant und zeitlich abgestimmt werden. Substanzdividenden können beispielsweise mit einem grossen Renovationsbedarf auf privaten Liegenschaften gekoppelt werden, die Entnahme von Wertschriften erfolgt sinnvollerweise in Phasen tiefer Börsennotierungen. Der Gedanke einer Abspaltung eines Teilbetriebes mit Liegenschaften ist unter dem Regime des Fusionsgesetzes immer ein lohnender Planungsansatz, wobei man davon ausgehen muss, dass das Abspalten von reinen Immobilienbetrieben in der Praxis eine hohe Hürde nehmen muss.¹¹
- Oft hat es der Unternehmer versäumt, für sich eine adäquate Vorsorge im Rahmen der 2. Säule aufzubauen. Eine geschickte Planung erlaubt insbesondere nach den ab 1.1.2006 geltenden neuen Vorschriften über den Einkauf von fehlenden Beitragsgrundlagen, erhebliche Kapitalien in die Vorsorge umzulenken. Die berufliche Vorsorge ist zurzeit das wohl attraktivste Steuersparinstrument, auch für den Unternehmer.
- Steht eine Unternehmensnachfolge mit vorhandenen familien- oder betriebsinternen Personen an, sind Mitarbeiterbeteiligungsmodelle immer attraktiv. So können in mehreren Etappen eigene Aktien zurückgekauft und à conto Bonus mit entsprechendem steuerwirksamem Diskont an die künftigen Übernehmer abgegeben werden. Die 10%-Klausel verlangt allerdings, dass für eine sol-

che Planung eine gewisse Zeit zur Verfügung steht. Auf allen Aktien, die so an die Unternehmung verkauft werden können, realisiert der Verkäufer seinen erwünschten steuerfreien Kapitalgewinn.

4. Ausblick

Die Schweizer Steuerlandschaft ist in der Vergangenheit noch selten in derart schwerwiegender Weise durch – so ist man geneigt zu sagen – einseitig willkürlich fiskalistische Massnahmen tangiert worden. Die hier zur Diskussion stehende Praxis der ESTV bedeutet einen scharfen Bruch mit einer grundsätzlich systematisch ausgerichteten Steuerlehre. Wir sind im Moment im Bereich eines fallweisen «Drauflosjudizierens» und einer kasuistisch geprägten Umsetzung. Wie soll der Steuerberater abschätzen können, was richtig und was falsch ist, wenn ihm Gericht und Verwaltung alle systematischen Instrumente aus der Hand schlagen und wenn die Steuerwissenschaft und -lehre in der Urteilsfindung einfach übergangen werden? Wie soll für den Wirtschaftsstandort Schweiz Planungssicherheit verwirklicht werden, wenn falsche Urteile blindwütig zur Neudefinition der Praxis führen? Die geplanten gesetzgeberischen Massnah-

men, insbesondere auch die anhängig gemachten parlamentarischen Vorstösse¹², führen diese Kasuistik weiter, ohne einen systematischen Ansatz zu verfolgen. Gefragt sind indessen gesetzgeberische Leitlinien, die eine systematisch kohärente Praxisbildung erlauben und fordern. Es ist zu wünschen, dass im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II dieser Weg eingeschlagen wird und nicht bloss mit einzelnen Pflasterchen die schlimmsten Auswüchse einer aus der Kontrolle geratenen Verwaltungspraxis zugeklebt werden. ■

¹ Vgl. zu dieser Thematik im Zusammenhang mit dem hier diskutierten Bundesgerichtsentscheid die Darstellung von *Übelhart Peter/Arnold Reto*, Erweiterte indirekte Teilliquidationstheorie erschwert Unternehmensnachfolge – ..., in: StR Nr. 4/2005, S. 274 ff.

² Vgl. *Höhn/Waldburger*, Steuerrecht Band II, 9. Auflage, S. 52 ff.

³ Vgl. die Kritik an dieser Konzeption für viele bei *Gurtner Peter*, Erbenholding – Konzeption als Transponierungstatbestand – ein sachwidriger fiskalischer Ansatz, ASA 67 (1998/99), S. 337 ff.; *Maute Wolfgang*, Erbenholding als Anwendungsfall der Transponierung, StR 53 (1998), S. 46 ff.; *Wassmer Bruno/Jakob Walter*, Fragwürdige Ausdehnung der Transponierungstheorie, ST 1998, S. 213 ff.

⁴ Abgedruckt in StR 10/2004 S. 678 ff.

⁵ Vgl. *Übelhart Peter/Arnold Reto*, a.a.O.; *Betschart Philipp*, Grenzenlose indirekte Teilliquidation, ST 10/2004, S. 873 ff.; *Gurtner Peter/Giger Ernst*, Unzulässige Erbenholdingbesteuerung – massive Ausweitung der indirekten Teilliquidationstheorie, in: StR 10/2004, S. 658 ff.; *Holenstein Daniel*, Indirekte Teilliquidation – Besteuerung der tatsächlichen Substanzentnahme, StR 11/2004, S. 720; *Greter Marco*, «Die ESTV unterliegt einem Irrtum», in ST

1-2/2005 S. 64 zur Frage, ob es notwendig ist, dass die ESTV den Bundesgerichtsentscheid zur Erbenholding buchstabengetreu umsetzt.

⁶ Urteil Ziff. 4.5

⁷ Art. 128 Abs. 4 BV, Art. 2 DBG

⁸ Zahlreiche Hinweise auf verunglückte Regelungen enthält der Aufsatz von *Übelhart/Arnold*, a.a.O., der nachweist, dass die ESTV einerseits über das, was sich das Bundesgericht möglicherweise gedacht und vielleicht gewollt hat, hinwegsetzt und dass andererseits gerade die Beispielrechnungen nicht überall schlüssig sind.

⁹ Zwar betont die ESTV im Kreisschreibensentwurf, dass für die Verwirklichung einer indirekten Teilliquidation der Nachweis des gemeinsamen Zusammenwirkens von Käufer und Verkäufer zur Mittelentnahme nötig sei. Dieses Zusammenwirken wird indessen als erwiesen angesehen, wenn der Käufer weiss oder wissen muss, dass die entnommenen Mittel der Gesellschaft nicht wieder zugeführt werden (KS E-7, Ziff. 3.1)

¹⁰ Vgl. Medienmitteilung und Botschaftsentwurf für Unternehmenssteuerreform vom 23. Juni 2005

¹¹ Vgl. Kreisschreiben Nr. 5, Umstrukturierungen

¹² Vgl. Motion 04.3600, *Nationalrat Baumann J. Alexander*, Besteuerung von Unternehmensnachfolgeregelungen; Motion 04.3457, *Nationalrat, Freisinnig-demokratische Fraktion*, Steuerfreundlichere Unternehmensnachfolge; *Parlamentarische Initiative 04.461, Ständerat Lauri*, KMU-Nachfolgelösungen, steuerfreier privater Kapitalgewinn.

