



Stefan Oesterhelt*

Steuerfolgen von öffentlichen Übernahmen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Barangebot (Cash Offer)
 1. Einkommenssteuer (Privatvermögen)
 2. Einkommenssteuer (Geschäftsvermögen)
 3. Gewinnsteuer der andienenden Aktionäre
 4. Umsatzabgabe
 - 4.1 Steuertatbestand
 - 4.2 Ablieferungspflicht des Effekthändlers
 - 4.3 Rolle des Tenders Agents gemäss Praxis der ESTV
 5. Rückerstattung der Verrechnungssteuer
 - 5.1 Rückerstattungsberechtigung der erwerbenden Gesellschaft
 - 5.2 Rückerstattungsberechtigung der verkaufenden Aktionäre
 - 5.3 Anwendung der Altreservenpraxis der ESTV?
 - 5.4 Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund Treaty Shopping?
 6. Gewinnsteuer der übernommenen Gesellschaft
 7. Grundstückgewinnsteuer
 8. Handänderungssteuer
- III. Tauschangebot (Share Offer)
 1. Gewinnsteuer der übernehmenden Gesellschaft
 - 1.1 Verwendung von Treasury Shares
 - 1.2 Bilanzierung der übernommenen Gesellschaft
 - 1.3 Schaffung von Kapitaleinlagereserven
 2. Einkommenssteuer (Privatvermögen)
 3. Einkommenssteuer (Geschäftsvermögen)
 4. Gewinnsteuer der andienenden Aktionäre
 - 4.1 Steuerneutraler Beteiligungsaustausch
 - 4.2 Besteuerung der Barkomponente
 5. Emissionsabgabe auf neu geschaffenen Aktien
 6. Umsatzabgabe
 7. Rückerstattung der Verrechnungssteuer
 - 7.1 Anwendung der Altreservenpraxis bei Tauschangebot von ausländischer Gesellschaft
 - 7.2 Berechnung der Altreserven
 - 7.3 Rechtsfolgen der Altreservenpraxis
 - 7.4 Anwendung der stellvertretenden Liquidation?
 - 7.5 Übernahme durch inländische Gesellschaft
 8. Grundstückgewinnsteuer
 9. Handänderungssteuer
- IV. Squeeze Out
 1. Beteiligung von 98 % (Art. 137 FinfraG)
 2. Beteiligung von 90 % (Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG)

3. Beteiligung von 66⅔ % (Mutter-Tochter-Fusion)
- V. Umstrukturierungen nach einer öffentlichen Übernahme
 1. Barübernahme
 2. Übernahme durch Aktientausch (Quasifusion)
 3. Weitere Steuerfolgen nach einer Übernahme
- VI. Fazit und Zusammenfassung

I. Einleitung

Dass öffentliche Übernahmen mit zahlreichen steuerlichen Fragestellungen verbunden sind, dürfte hinreichend bekannt sein. Das Hauptaugenmerk liegt dabei naturgemäss auf der Besteuerung der Anteilshaber, d.h. der Angebotsempfänger, da diese im Angebotsprospekt offengelegt wird. Unmittelbar stellt sich sodann die Frage nach der stempelsteuerlichen Behandlung der Transaktion. Öffentliche Übernahmen können aber auch verrechnungssteuerliche Konsequenzen unter dem Titel der Altreservenpraxis oder der internationalen Transponierung nach sich ziehen, was bislang weniger Beachtung fand. Zudem sind auch der Squeeze-Out sowie Umstrukturierungen nach Abschluss der Übernahme mit zahlreichen steuerrechtlichen Fussangeln versehen.

II. Barangebot (Cash Offer)

1. Einkommenssteuer (Privatvermögen)

Inländische Aktionäre, welche ihre Anteile im Privatvermögen halten, realisieren bei der Andienung ihrer Aktien im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots einen gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfreien Kapitalgewinn.

Eine Umqualifikation des steuerfreien Kapitalgewinns in steuerbaren Vermögensertrag unter dem Titel der indirekten Teilliquidation (Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG) kommt nur für Aktionäre in Frage, welche eine Beteiligung von mehr als 20 % halten. Dabei kann die Schwelle von 20 % auch von mehreren Aktionären mit kleineren Beteiligungsquoten zusammen erreicht werden, wenn ein «gemeinsamer Verkauf» vorliegt.¹

* Stefan Oesterhelt, Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte, LL.M., Partner Homburger, Zürich.

¹ Zu den Einzelheiten vgl. MARKUS REICH/ANDREAS HELBING/FABIAN DUSS, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum DBG,

Die Annahme eines öffentlichen Übernahmeangebots stellt aber mit Bezug auf untereinander nicht verbundene Aktionäre keinen «gemeinsamen Verkauf» i.S.v. Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG dar, da es an einer gemeinsamen Willensbildung fehlt. Das wird in Ziff. 4.2 des Kreisschreibens Nr. 14 der ESTV vom 6. November 2007 klargestellt und entspricht auch der gelebten Verwaltungspraxis.

2. Einkommenssteuer (Geschäftsvermögen)

Inländische Aktionäre, welche ihre Anteile im Geschäftsvermögen halten, realisieren durch die Annahme eines Barangebots einen allfälligen Gewinn auf den von ihnen angedienten Aktien. Die Differenz zwischen Angebotspreis und dem Einkommenssteuerwert der veräusserten Aktien unterliegt gemäss Art. 18 DBG der Einkommenssteuer (Buchwertprinzip). Dies gilt auch für Aktionäre, welche als gewerbsmässige Wertschriftenhändler gelten, wenn die Aktien dem Handelsvermögen (Geschäftsvermögen) zuzurechnen sind.

3. Gewinnsteuer der andienenden Aktionäre

Inländische juristische Personen realisieren durch die Annahme eines Barangebots einen allfälligen Gewinn auf den von ihnen angedienten Aktien. Die Differenz zwischen Angebotspreis und Gewinnsteuerwert der veräusserten Aktien unterliegt gemäss Art. 58 DBG der Gewinnsteuer (Buchwertprinzip). Der Beteiligungsabzug ist gemäss Art. 70 Abs. 4 lit. b DBG nur dann anwendbar, wenn eine Kapitalgesellschaft eine während mindestens einem Jahr gehaltene Beteiligung von mindestens 10% veräussert und keine wiederingebrachten Abschreibungen vorliegen.

4. Umsatzabgabe

4.1 Steuertatbestand

Der Erwerb von Aktien im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots ist ein gemäss Art. 13 Abs. 1 StG der Umsatzabgabe unterliegender Erwerb von steuerbaren Urkunden, wenn ein inländischer Effektenhändler an der Transaktion als Partei oder Vermittler beteiligt ist. Die erworbene Gesellschaft (Target) gilt dabei selbst bei einer freundlichen Übernahme weder als Partei noch als Vermittlerin. Die Umsatzabgabe beträgt 0.15% des Angebotspreises beim Erwerb von Aktien einer inländischen Gesellschaft und 0.3% beim Erwerb von Aktien einer ausländischen Gesellschaft. Usanzgemäss wird die Umsatzabgabe von der Anbieterin übernommen.

Dabei ist vom Effektenhändler je eine halbe Umsatzabgabe für jede Partei (Käufer und Verkäufer) geschuldet, die sich nicht als von der Umsatzabgabe gemäss Art. 17a StG befreite Anlegerin oder selbst als Effektenhändlerin ausweist.

Als Effektenhändler gelten neben Banken und anderen Finanzintermediären auch inländische Kapitalgesellschaften, deren Aktiven nach Massgabe der letzten Bilanz zu mehr als CHF 10 Mio. aus steuerbaren Urkunden (z.B. Aktien) bestehen. Ausländische Gesellschaften sind (selbst bei Handelstätigkeit, ohne inländische Betriebsstätte) nie umsatzabgabepflichtige Effektenhändler.

4.2 Ablieferungspflicht des Effektenhändlers

Die Umsatzabgabe muss von dem an der Transaktion beteiligten inländischen Effektenhändler abgeliefert werden. Ist kein inländischer Effektenhändler an der Transaktion als Partei oder Vermittler beteiligt, muss auch dann keine Umsatzabgabe abgeführt werden, wenn Aktien einer inländischen Gesellschaft veräussert werden. Bei einem öffentlichen Übernahmeangebot für eine an einer schweizerischen Börse (SIX SIS oder Berner Börse) kotierten Gesellschaft ist immer ein umsatzabgabepflichtiger Effektenhändler als Vermittler involviert, da letztlich auch die zentrale Gegenpartei (CCP) der SIX SIS², welche ein (Zwischen-)Partei der Transaktion ist, eine Effektenhändlerin i.S.v. Art. 13 Abs. 1 StG ist.

Bei öffentlichen Übernahmen sind somit regelmässig mehrere Effektenhändler als Partei oder Vermittler involviert. Die Beachtung der gesetzlichen Regelung der Abgabepflicht wäre mit einem grossen administrativen Aufwand verbunden. Ungeachtet der grundsätzlichen Abgabepflichten ist es bei öffentlichen Übernahmeangeboten deshalb Praxis, die Umsatzabgabe zentral durch die als Tender Agent beauftragte Bank abzuwickeln. Dieses Vorgehen ermöglicht es, das Angebot durch Lieferung gegen Zahlung mit gleichzeitiger Übernahme der Umsatzabgabe durch die Anbieterin via das Zahlungs- und Abwicklungssystem durchzuführen.

4.3 Rolle des Tenders Agents gemäss Praxis der ESTV

Die ESTV gestattet es deshalb praxismässig im Rahmen eines Steuervorabbescheids, dass der Tender Agent durch die zentrale Eintragung sämtlicher Umsätze in seinem Umsatzregister und Ablieferung der geschuldeten Umsatzabgabe die Abgabepflicht für alle an der öffentlichen Übernahme involvierten Effektenhändler erfüllt und die anderen an der Transaktion beteiligten Effektenhändler (z.B. Effektenhändler als andienende Aktionäre, involvierte Banken, SIX SIS etc.) von der eigenen Umsatzregisterführung, Deklaration und Abrechnung entbunden

3. Aufl., Basel 2017, Art. 20a DBG N 12 ff. Zur Problematik der Umqualifikation unter dem Titel der Transponierung (Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG) beim Aktientausch vgl. unten Ziff. III.2.

² Analoges gilt jeweils für die Berner Börse.

sind. Deshalb weist der Tender Agent die inländischen Banken und SIX SIS mittels Arbeitsanweisung an, keine Umsatzregisterführung, Deklaration und Abrechnung für die von der öffentlichen Übernahme betroffenen Aktien vorzunehmen.

Handelt es sich bei der Anbieterin um eine an einer anerkannten ausländischen Börse kotierte Gesellschaft mit ausländischem Domizil, ist diese von der auf sie entfallenden halben Umsatzabgabe gemäss Art. 17a Abs. 1 lit. g StG befreit. Dies gilt auch für ausländische Konzerngesellschaften (z.B. eine ausländische Zwischenholding) einer solchen Gesellschaft, nicht aber für eine inländische Konzerngesellschaft. Handelt es sich bei der Anbieterin somit um einen gemäss Art. 17a Abs. 1 lit. g StG befreiten Anleger, liefert der Tender Agent die auf die Anbieterin entfallende halbe Abgabe nicht ab.

Schwieriger präsentiert sich die Situation mit Bezug auf die andienenden Aktionäre. Gewisse andienende Aktionäre werden befreite Anleger i.S.v. Art. 17a StG sein (neben den ausländischen kotierten Gesellschaften insbesondere auch ausländische institutionelle Anleger sowie inländische kollektive Kapitalanlagen nach Art. 7 KAG), andere nicht. Der Tender Agent weist die inländischen Banken und SIX SIS mittels Arbeitsanweisung deshalb an, ihr Meldung über die Anzahl der von befreiten Anlegern i.S.v. Art. 17a StG angedienten Aktien zu erstatten. Für die so gemeldeten Aktien (inkl. derjenigen Aktien von befreiten Anlegern, bei der der Tender Agent selbst Depot- oder Korrespondenzbank ist) muss der Tender Agent die auf den andienenden Aktionär entfallende hälftige Umsatzabgabe nicht abliefern.

5. Rückerstattung der Verrechnungssteuer

Wird eine inländische Gesellschaft durch eine in- oder ausländische Gesellschaft übernommen, stellt sich die Frage, ob die auf den Dividenden der übernommenen Gesellschaft geschuldete Verrechnungssteuer von der übernehmenden Gesellschaft zurückgefordert werden kann bzw. ob diesbezüglich das Meldeverfahren angerufen werden kann.

5.1 Rückerstattungs-berechtigung der erwerbenden Gesellschaft

Eine inländische Gesellschaft ist gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG grundsätzlich zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Bei einer ausländischen Gesellschaft ergibt sich die Rückerstattungs-berechtigung aus dem zwischen dem Ansässigkeitsstaat der übernehmenden Gesellschaft und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen. Mit allen EU-Staaten bestehen Abkommen, welche bei massgeblicher Beteiligungsquote und teilweise auch Haltedauer die volle Rückerstattung der auf Dividenden geschuldeten Verrechnungssteuer vorsehen.

Es gibt aber andere Staaten (so z.B. die USA), bei denen nicht die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer, sondern bloss die Rückerstattung bis zu einem Residualsatz (von z.B. 5 % gemäss Art. 10 DBA-USA) gewährt wird. Macht eine in einem solchen Staat ansässige Gesellschaft ein öffentliches Übernahmeangebot für eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft, wird sie die Aktien der schweizerischen Gesellschaft regelmässig durch eine in einem sogenannten «Nullsatzstaat» ansässige Gesellschaft erwerben. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob der Erwerb über eine in einem Nullsatzstaat angesiedelte Zwischengesellschaft ein Fall von «Treaty Shopping» darstellt (vgl. dazu unten Ziff. II.5.4).

5.2 Rückerstattungs-berechtigung der verkaufenden Aktionäre

Ausländische Aktionäre sind nur dann zur vollen Rückerstattung berechtigt, wenn es sich um institutionelle Investoren (Einrichtungen der beruflichen Vorsorge) in gewissen Staaten handelt, mit denen die Schweiz ein entsprechendes Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat. Ausländische juristische Personen sind sodann jeweils erst ab einer gewissen Beteiligungsquote (z.B. 10 %, 20 % oder 25 %) zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt.

Im Ausland ansässige natürliche Personen wie auch im Ausland ansässige juristische Personen mit Portfolio-beteiligungen sind in den meisten Fällen gestützt auf das einschlägige Doppelbesteuerungsabkommen zur Rückerstattung bis zum Residualsatz von 15 % berechtigt. Es gibt aber auch zahlreiche Aktionäre, welche überhaupt nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind. Dies sind einerseits Aktionäre, welche nicht in einem Staat ansässig sind, mit dem die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat (z.B. Monaco, Offshore-Staaten) und andererseits solche, welche sich nicht auf ein Doppelbesteuerungsabkommen berufen können (so z.B. die meisten Fonds und kollektive Kapitalanlagen).

5.3 Anwendung der Altreservenpraxis der ESTV?

Eine öffentliche Übernahme einer inländischen Gesellschaft führt somit mit Bezug auf die bisher nicht zur vollen Rückerstattung berechtigten Aktionäre regelmässig zu einer Verbesserung der Verrechnungssteuerrückstellungsposition. Hier stellt sich die Frage, ob die ESTV die Rückerstattung auf den im Zeitpunkt des Erwerbs vorhandenen handelsrechtlich ausschüttungsfähigen nicht betriebsnotwendigen Reserven der übernommenen Gesellschaft unter dem Titel der Altreservenpraxis verweigern kann.³

³ Vgl. hierzu STEFAN OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, FSr 2017/2, 99 ff.

Mit Bezug auf den Erwerb von Aktien von Minderheitsaktionären kommt die Altreservenpraxis aber nur dann zur Anwendung, wenn die Minderheitsaktionäre zusammenwirken und gemeinsam die Dividendenpolitik der Gesellschaft bestimmen können.⁴ Dies ist bei Publikumsaktionären von kotierten Gesellschaften nicht der Fall. Somit wird praxisgemäss die Altreservenpraxis bei öffentlichen Übernahme mittels Barangebot nicht angewendet.

Anders verhält es sich aber bei einer öffentlichen Übernahme mittels Tauschangebot oder mittels gemischtem Angebot. Dies kann bei einer ausländischen Erwerberin zur Anwendung der Altreservenpraxis führen (vgl. dazu unten Ziff. III.7.1). Bei einer inländischen Erwerberin liegt zwar kein Fall der Altreservenpraxis vor, dafür muss die internationale Transponierung beachtet werden (vgl. dazu unten Ziff. III.7.2).

Hält eine übernehmende Gesellschaft bereits eine Beteiligung an der übernommenen Gesellschaft, welche gemäss anwendbarem Doppelbesteuerungsabkommen mangels Erfüllung der nötigen Beteiligungsquote noch nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, führt der Erwerb zusätzlicher Anteile regelmässig dazu, dass es zu einer Verbesserung der Rückerstattungsposition (typischerweise zur vollständigen Rückerstattungs-berechtigung auf den bereits gehaltenen Anteilen) kommt. Dies ist hingegen kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis.

5.4 Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund Treaty Shopping?

Wie bereits oben ausgeführt, wird eine in einem Staat, mit dem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen mit einem Nullsatz auf Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen abgeschlossen hat (z.B. USA⁵), ansässige Gesellschaft eine schweizerische Gesellschaft immer über eine in einem Nullsatzstaat ansässige Zwischengesellschaft erwerben. Da einer der Hauptgründe für den Einsatz einer solchen Zwischengesellschaft die Erlangung der vollständigen Rückerstattungs-berechtigung für die Verrechnungssteuer auf den von der erworbenen Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden ist, stellt sich die Frage, ob die Rückerstattungs-berechtigung ganz oder teilweise unter dem Titel des Treaty Shopping verweigert werden kann. Völkerrechtliche Rechtsgrundlage hierfür ist der allen Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz inhärente aus Art. 26 WVK abgeleitete ungeschriebene Vorbehalt des Abkommensmissbrauchs.

Aus völkerrechtlicher Sicht wäre gegen die Beschränkung der Rückerstattungs-berechtigung auf den Residualsatz der Konzernobergesellschaft in den meisten Fällen wenig einzuwenden, zumal diese Konstellation ja in BEPS⁶ Action 6 explizit adressiert wird. Die aktuelle Praxis der ESTV ist aber weniger restriktiv, als dies völkerrechtlich möglich wäre, und gewährt die vollständige Rückerstattung an eine in einem Nullsatzstaat ansässige Zwischengesellschaft bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens immer dann, wenn die Zwischengesellschaft einen der drei folgenden Substanztests erfüllt: (i) personelle Substanz, (ii) funktionelle Substanz oder (iii) bilanzielle Substanz. Im Fall einer Übernahme durch eine kotierte Gesellschaft genügt es, dass einer der drei Tests (alternativ) erfüllt ist.

Personelle Substanz liegt vor, wenn die ausländische Anteilsinhaberin über (eigenes) Personal in eigenen Räumlichkeiten im Ansässigkeitsstaat verfügt. Dabei kann das Personal auch in einer verbundenen Gesellschaft beschäftigt sein.

Funktionelle Substanz liegt vor, wenn die Gesellschaft neben der schweizerischen Gesellschaft noch (mindestens) eine weitere substanzielle Beteiligung in einem anderen Staat hält.

Bilanzielle Substanz liegt vor, wenn die Gesellschaft in ihrer Handelsbilanz einen Eigenkapitalisierungsgrad von mindestens 30 % ausweist. Dabei ist auf den handelsrechtlichen Einzelabschluss der Anteilsinhaberin und nicht auf die Verkehrswerte ihrer Aktiven abzustellen.

Mit anderen Worten kann eine in den USA ansässige, börsenkotierte Gesellschaft eine schweizerische Beteiligung über eine z.B. in den Niederlanden ansässige Gesellschaft ohne jegliches Personal und ohne weitere Beteiligungen halten. Wenn die in den Niederlanden ansässige Zwischenholding über einen Eigenkapitalisierungsgrad von mindestens 30 % verfügt, ist diese zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt.

6. Gewinnsteuer der übernommenen Gesellschaft

Der Erwerb einer Gesellschaft mittels öffentlicher Übernahme hat keinen Einfluss auf die Gewinnsteuer der übernommenen Gesellschaft. Dies gilt auch für die künftige Nutzung von Verlustvorträgen der übernommenen Gesellschaft, da die Schweiz – im Gegensatz zu anderen Steuersystemen – grundsätzlich keine Beschränkung der Nutzung von Verlustvorträgen nach einem Kontrollwechsel kennt.

⁴ Vgl. STEFAN OESTERHELT/RAPHAËL FELLAY, La pratique des anciennes réserves de l'AFC, RDAF 2021, 1 ff.

⁵ Gemäss Art. 10 DBA-USA ist eine Rückerstattung bis zum Residualsatz von 5 % möglich. Dasselbe gilt u.a. für die Abkommen mit China, Kanada und Singapur.

⁶ Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) ist ein Projekt der OECD.

7. Grundstückgewinnsteuer

Die Grundstückgewinnsteuer ist bei der Übertragung von Aktien einer Gesellschaft nur dann geschuldet, wenn Aktien einer Immobiliengesellschaft übertragen werden.⁷ Die Übertragung von Aktien einer Betriebsgesellschaft, welche auch Grundstücke hält, löst keine Grundstückgewinnsteuer aus. In den meisten Kantonen muss zudem eine Mehrheitsbeteiligung übertragen werden. Der Verkauf von mehreren Portfoliobeteiligungen, welche zusammen eine Mehrheitsbeteiligung ausmachen, ist nur dann eine wirtschaftliche Handänderung, wenn die Portfolioaktionäre zusammenwirken. Der Umstand, dass eine Mehrheit der Portfolioaktionäre ein öffentliches Kaufangebot annehmen, ist hingegen kein «Zusammenwirken».

In gewissen Kantonen ist die Grundstückgewinnsteuer auch bei der Übertragung von Minderheitsbeteiligungen (Portfoliobeteiligungen) an einer Immobiliengesellschaft geschuldet.⁸ Gemäss Gesetzeswortlaut muss somit bei einer öffentlichen Übernahme einer Immobiliengesellschaft auf den in diesen Kantonen gelegenen Liegenschaften die Grundstückgewinnsteuer deklariert und abgeliefert werden. Schuldner der Grundstückgewinnsteuer ist der andienende Aktionär. Dies ist natürlich wenig praktikabel. Die Liegenschaftskantone haben aber ein gesetzliches Grundpfandrecht für die Grundstückgewinnsteuer. Wenn die Liegenschaftskantone somit auch bei einer öffentlichen Übernahme einer Immobiliengesellschaft auf der Erhebung der Grundstückgewinnsteuer bestehen, wird der Erwerber diese somit anstelle des Veräusserers abliefern, um keinen gesetzlichen Grundpfandrechten ausgesetzt zu sein.

Eine Immobiliengesellschaft liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn einerseits die tatsächliche Geschäftigkeit der Gesellschaft hauptsächlich aus dem Erwerb, Halten, Ausbeuten, Verwalten und Verkauf von Grundstücken besteht und die Gesellschaftsaktivitäten zu mindestens zwei Dritteln aus Grundstücken bestehen.⁹ Die Qualifikation als Immobiliengesellschaft setzt aber nicht in allen Kantonen direkten Grundbesitz voraus. So gelten regelmässig auch Holdinggesellschaften, deren Aktiven zur Mehrheit aus Beteiligungen an Immobiliengesellschaft bestehen, als Immobiliengesellschaft.

8. Handänderungssteuer

Die öffentliche Übernahme einer Immobiliengesellschaft¹⁰ kann in den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Graubünden und Jura auch dazu führen, dass die Handänderungssteuer geschuldet ist. In diesen Kantonen ist die Frage, ob die Verfügungsmacht an einer Immobiliengesellschaft übertragen wird, aus der Sicht des Erwerbers zu beurteilen.¹¹ Da in allen diesen Kantonen auch ausschliesslich der Erwerber Steuerschuldner der Handänderungssteuer ist¹², ist die Erhebung der Handänderungssteuer bei einer öffentlichen Übernahme durchaus praktikabel.

III. Tauschangebot (Share Offer)

1. Gewinnsteuer der übernehmenden Gesellschaft

Für die übernehmende Gesellschaft ist eine Übernahme (ob als Barübernahme oder mittels Aktientausch) grundsätzlich gewinnsteuerneutral.¹³ Werden die Beteiligungsrechte mit Geld («cash») und/oder neu geschaffene Anteile erworben, ergibt sich dies bereits daraus, dass keine stillen Reserven der übernehmenden Gesellschaft realisiert oder steuerneutral übertragen werden. Ein Umstrukturierungstatbestand muss insofern nicht angerufen werden.

1.1 Verwendung von Treasury Shares

Anders liegt der Fall, wenn die übernehmende Gesellschaft eigene Beteiligungsrechte (Treasury Shares) verwendet, um die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft abzufinden. Die Verwendung der eigenen Beteiligungsrechte im Rahmen der öffentlichen Übernahme stellt nach derzeitiger Verwaltungspraxis grundsätzlich einen steuerlichen Realisationstatbestand dar: allfällige stille Reserven auf den Treasury Shares (d.h. die Differenz zwischen Verkehrswert und Gewinnsteuerwert) unterliegen der Gewinnsteuer. Ein Umstrukturierungstatbestand kann diesbezüglich gemäss Praxis der ESTV nicht angerufen werden (ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 4.1.7.2.2). Die ESTV verwehrt somit die steuerneu-

⁷ Vgl. MARTIN ZWEIFEL/SILVIA HUNZIKER/OLIVER MARGRAF/STEFAN OESTERHELT, Schweizerisches Grundstückgewinnsteuerrecht, Zürich 2021, § 6 N 75 ff.

⁸ So in den Kantonen Genf (Art. 80 Abs. 2 LCP GE), Neuenburg (Art. 57 Abs. 2 lit. d LCdir NE), Tessin (Art. 124 Abs. 2 lit. h LT TI) und Wallis (Art. 45 Abs. 2 lit. a StG VS). Im Kanton Waadt gilt dies ab einer Beteiligungsquote von 10 % (Art. 23 Abs. 1^{bis} LI VD).

⁹ BGER 2C_641/2009 vom 21. Januar 2010, E. 5.1; 2C_355/2009 vom 19. November 2009; BGE 104 Ia 251; 99 Ia 459.

¹⁰ Zum Begriff der Immobiliengesellschaft im Sinne der Handänderungssteuer vgl. STEFAN OESTERHELT/LAETITIA FRACHEBOUD, in: Zweifel/Beusch/Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar Immobiliensteuern, Basel 2021, § 5 N 10 ff.

¹¹ Vgl. § 5 Abs. 1 lit. e HÄStG BS; Art. 5 Abs. 2 lit. b HG BE; Art. 4 lit. e HStG FR; Art. 8 Abs. 2 lit. b GKStG GR und Art. 5 Abs. 2 lit. c LDMG JU.

¹² Vgl. § 1 Abs. 3 HÄStG BS; Art. 2 HG BE; Art. 11 Abs. 1 lit. a HGStG FR; Art. 10 GKStG GR und Art. 2 lit. a HÄStG JU.

¹³ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.1.7.2.1.

trale Übertragung von stillen Reserven auf eigenen Aktien auf die tauschenden Aktionäre.¹⁴

Die geltende Verwaltungspraxis, wonach die Veräusserung von eigenen Beteiligungsrechten (Treasury Shares) einen steuerlichen Realisationstatbestand darstellt, steht im Widerspruch zum neuen Rechnungslegungsrecht. Gemäss dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Art. 959a OR sind eigene Aktien nämlich nicht mehr als Aktiven zu bilanzieren, sondern müssen als negativer Eigenkapitalposten behandelt werden.¹⁵ Das Bundesgericht hat im Urteil vom 14. November 2019 entschieden, dass eigene Beteiligungsrechte seit dem 1. Januar 2013 nicht mehr der Kapitalsteuer unterliegen.¹⁶ Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips müsste dasselbe auch für die Gewinnsteuer gelten. Insofern müssten konsequenterweise allfällige Wertschwankungen der eigenen Beteiligungsrechte bei einer erfolgsneutralen Verbuchung mangels steuerlicher Korrektornorm unbeachtlich bleiben.¹⁷

Die SSK hält in ihrer Analyse vom 12. Februar 2013 hingegen fest, dass effektive Buchgewinne und -verluste bei Veräusserung unabhängig von der handelsrechtlichen Verbuchung steuerwirksam seien. Das Urteil des Bundesgerichts vom 14. November 2019 hat die SSK zur Veröffentlichung der Aktualisierung der SSK-Analyse zum neuen Rechnungslegungsrecht vom 5. Februar 2020 veranlasst. Dabei werden aber bloss Konsequenzen für die Kapitalsteuer gezogen. Für die Zwecke der Gewinnsteuer sollen eigene Beteiligungsrechte steuerlich unabhängig von der handelsrechtlichen Verbuchung nach wie vor wie Aktiven behandelt werden. Die Frage der gewinnsteuerlichen Behandlung eigener Beteiligungsrechte ist Gegenstand eines laufenden Gerichtsverfahrens.

1.2 Bilanzierung der übernommenen Gesellschaft

Die übernehmende Gesellschaft darf die übernommenen Anteile zu Anschaffungskosten bilanzieren. Dieser entspricht typischerweise dem Verkehrswert der Anteile, so wie er zwischen den Parteien vereinbart wurde (vereinbarter Anrechnungspreis).

Die ESTV verlangt aber, dass die übernehmende Gesellschaft die bisherigen Gewinnsteuerwerte, welche die Beteiligung bei den bisherigen Anteilsinhabern hatte, übernimmt. Da diese Werte bei einer Publikumsgesell-

schaft nicht bekannt sind, ist diese Regel für Publikumsgesellschaften wenig praktikabel. Die ESTV statuiert für Publikumsgesellschaften daher, dass die übernehmende Gesellschaft die übernommenen Beteiligungsrechte höchstens zum Aktivenüberschuss zu Gewinnsteuerwerten der übernommenen Gesellschaft (Zielgesellschaft) bilanzieren darf (Bilanzierung zum Nettoaktivenwert).¹⁸

Diese Bilanzierungsvorgabe der ESTV hat aber – wenn überhaupt – lediglich Konsequenzen für inländische juristische Personen als Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft (vgl. hierzu unten Ziff. III.3.1 und III.4.1). Für den identischen Sachverhalt des Anteilstausches im Geschäftsvermögen von natürlichen Personen ist diese – steuerlich nicht gerechtfertigte – doppelte Buchwertfortführung dagegen nicht vorgesehen. Für diese ist lediglich die Buchwertfortführung beim tauschenden Gesellschafter erforderlich.¹⁹ Eine Bilanzierung zu einem höheren Wert als dem Nettoaktivenwert (bis maximal zum Verkehrswert) der übernommenen Gesellschaft hat für die übernehmende Gesellschaft keine gewinnsteuerlichen Konsequenzen.

1.3 Schaffung von Kapitaleinlagereserven

Die im Rahmen des Share Offers erworbenen Aktien qualifizieren insgesamt als offene Kapitaleinlage. Die Differenz zwischen neu geschaffenem Grund- oder Stammkapital und dem Verkehrswert der übernommenen Beteiligung kann in der Handelsbilanz der übernehmenden Gesellschaft als Kapitaleinlagereserven ausgewiesen werden und qualifiziert als Kapitaleinlagereserve i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG.²⁰

Die Schaffung von Kapitaleinlagereserven bei der übernehmenden Gesellschaft kann aber die Rechtsfolgen der sogenannten internationalen Transponierung auslösen, weshalb dringend anzuraten ist, die Schaffung von Kapitaleinlagereserven bei der Übernahme einer inländischen Gesellschaft durch eine inländische Gesellschaft auf die Summe von Aktienkapital und Kapitaleinlagereserven der übernommenen Gesellschaft zu beschränken (vgl. hierzu unten Ziff. III.7.5).

Bei der Übernahme einer ausländischen Gesellschaft ist diese Beschränkung freilich nicht zu beachten. Hier können im Umfang des vollen Verkehrswerts der übernommenen Gesellschaft Kapitaleinlagereserven i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG geschaffen werden. Diese qualifizieren sich zudem gemäss Art. 5 Abs. 1^{quater} lit. a VStG als so-

¹⁴ Auch der Tatbestand der Ersatzbeschaffung einer Beteiligung i.S.v. Art. 64 Abs. 1^{bis} DBG dürfte in aller Regel nicht angerufen werden können, da hierfür eine Beteiligung von 10% nötig ist

¹⁵ Vgl. ROBERT GUTSCHE, in: Pfaff/Glanz/Stenz/Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 959a OR N 166 ff.

¹⁶ BGer 2C_119/2018 vom 14. November 2019.

¹⁷ FABIAN DUSS/MICHAEL FELBER, Paradigmenwechsel beim Rückkauf eigener Beteiligungsrechte, StR 75/2020, 200 ff.; STEFAN OESTERHELT, Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2019/2020 (Teil 1), FSr 2020/1, 133 ff., 148.

¹⁸ ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 4.6.2.3.

¹⁹ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 3.3.2 (vgl. hierzu PETER MÜLLER/SUSANNE SCHREIBER, § 2 N 347 ff., in: Zweifel/Beusch/Riedweg/Oesterhelt (Hrsg.), Kommentar Umstrukturierungen, Basel 2015). Als Rechtfertigung der doppelten Buchwertfortführung mag die Vermeidung von höherem Abschreibungsvolumen bei der übernehmenden Gesellschaft angeführt werden. Nun wird die Praxis durch die ESTV aber auch dann angewendet, wenn ausländische juristische Personen Aktien übertragen.

²⁰ ESTV, KS 29b vom 23. Dezember 2019, Ziff. 6.2.5.

genannte Ausland-KER. Bei Ausland-KER ist die 50:50 Ausschüttungsregel von Art. 5 Abs. 1^{ter} VStG nicht zu beachten. Somit können Ausland-KER weiterhin ohne Abzug der Verrechnungssteuer ausgeschüttet werden, ohne dass gleichzeitig eine verrechnungssteuerpflichtige Dividende aus ordentlichen Reserven ausgeschüttet werden muss, wie dies bei normalen Kapitaleinlagereserven der Fall ist.²¹

2. Einkommenssteuer (Privatvermögen)

Ein allfälliger Nennwertzuwachs bzw. ein Anstieg der Kapitaleinlagereserven führt beim Anteilstausch zu keinen Einkommenssteuerfolgen. Auch hier liegt – wie bei einem Barangebot (vgl. dazu oben Ziff. II.1) – ein gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfreier Kapitalgewinn vor.

Nach bisheriger Verwaltungspraxis wurde der steuerfreie Kapitalgewinn aber gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG als Transponierung angesehen und in einen steuerbaren Vermögensertrag umqualifiziert, wenn die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft nach dem Umtauschangebot die Mehrheit der Anteile der übernehmenden Gesellschaft halten (Reverse Takeover). Diese Praxis war fragwürdig, da es bei der Annahme eines öffentlichen Übernahmeangebots mangels gemeinsamer Willensbildung an einem für die Anwendung von Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG auf Portfolioaktionäre erforderlichen «gemeinsamen Handeln» fehlte. Zu Recht wurde diese Praxis mit einer ab 1. Januar 2020 geltenden Praxisänderung korrigiert.²²

3. Einkommenssteuer (Geschäftsvermögen)

Inländische Aktionäre, welche ihr Anteile im Geschäftsvermögen halten, realisieren durch die Annahme eines Umtauschangebots grundsätzlich einen gemäss Art. 18 DBG einkommensteuerpflichtigen allfälligen Gewinn auf den von ihnen angedienten Aktien.

Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG ist der Beteiligungsaustausch bei den Anteilshabern aber einkommenssteuerneutral, sofern eine gewinnsteuerneutrale Umstrukturierung vorliegt und die für die Einkommenssteuer massgebenden Werte übernommen werden (steuerneutraler Beteiligungstausch).

Selbst wenn die Voraussetzungen für einen steuerneutralen Beteiligungstausch nach Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG gegeben sind, ist aber eine allfällige Barkomponente (z.B. Spitzenausgleich) stets gemäss Art. 18 DBG einkommenssteuerpflichtig. Im Umfang der Barkomponen-

te eines gemischten Angebots kommt es somit stets zu einer Realisation allfälliger stiller Reserven. Überwiegt die Aktienkomponente bei einem gemischten Angebot, können aber im Umfang der Aktienkomponente allfällige stille Reserven auf den angedienten Aktien auf die erworbenen Aktien übertragen werden.

Ist die Barkomponente bei einem gemischten Angebot hingegen grösser als 50 Prozent des Verkehrswertes der übernommenen Gesellschaft, können natürliche Personen, welche die Anteilsrechte der übernommenen Gesellschaft im Geschäftsvermögen hielten, den steuerneutralen Beteiligungstausch nach Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG nicht geltend machen, weil die Voraussetzungen für eine Quasifusion nicht gegeben sind (zu den Voraussetzungen der Quasifusion vgl. unten Ziff. III.5). Somit können stille Reserven auf den angedienten Beteiligungsrechten nicht auf die erworbenen Beteiligungsrechte übertragen werden.²³

4. Gewinnsteuer der andienenden Aktionäre

4.1 Steuerneutraler Beteiligungstausch

Inländische juristische Personen realisieren allfällige stille Reserven auf den angedienten Aktien, was grundsätzlich Gewinnsteuerfolgen hat. Wenn die Voraussetzungen für einen steuerneutralen Beteiligungstausch nach Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG erfüllt sind, können stille Reserven auf die eingetauschten Beteiligungsrechte übertragen werden. Ein solcher steuerneutraler Beteiligungstausch ist möglich, wenn eine Quasifusion vorliegt (vgl. dazu unten Ziff. III.5) und die massgebenden Gewinnsteuerwerte der eingetauschten Beteiligungsrechte fortgeführt werden. Mit Bezug auf die Fortführung der für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte fordert die Verwaltungspraxis nicht bloss, dass diese von der andienenden Gesellschaft weitergeführt werden, sondern auch von der Gesellschaft, welche die Anteilsrechte übernimmt.²⁴ Gefordert wird mit anderen Worten, dass die übernehmende Gesellschaft die Anteilsrechte der übernommenen Gesellschaft zu demjenigen Wert bilanziert, mit dem diese von der tauschenden (andienenden) Gesellschaft bilanziert wurden. Ist dieses Kriterium nicht erfüllt, kann sich die andienende juristische Person gemäss Auffassung der ESTV nicht auf Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG berufen.

²¹ Vgl. STEFAN OESTERHELT, Einschränkungen beim Kapitaleinlageprinzip – 50:50-Regel für Publikumsgesellschaften, EF 2019, 867 ff. ESTV, KS 29b vom 23. Dezember 2019, Ziff. 4.2.5; vgl. hierzu STEFAN OESTERHELT, KS 29b der ESTV zum Kapitaleinlageprinzip, StR 2/2020, 102 ff., 108 f.

²³ Hiergegen könnte eingewendet werden, dass aufgrund des Bilanzierungswahlrechts Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG gar nicht angerufen werden müsste. Im Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, 2014, 58 f., wird nämlich folgendes statuiert: «Der Bilanzierende hat die Wahl, den Buchwert des abgegebenen Gegenstands weiterzuführen oder eine Gewinnrealisation anzunehmen, indem der eingetauschte Gegenstand mit dem vorsichtig geschätzten Verkehrswert des abgegebenen Gegenstands angesetzt wird». Die Verwaltungspraxis hält aber daran fest, dass die Übertragung der stillen Reserven nur dann möglich ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG erfüllt sind.

²⁴ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.6.2.3.

Bei einer Publikumsgesellschaft ist dies wenig praktikabel, da die bisherigen Gewinnsteuerwerte der übertragenen Beteiligungsrechte nicht bekannt sind und sich zudem nicht alle übertragenen Beteiligungsrechte im Vermögen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften befinden. Gemäss Verwaltungspraxis kann die übernehmende Gesellschaft die übernommenen Beteiligungsrechte daher ersatzweise höchstens zum Aktivenüberschuss zu Gewinnsteuerwerten (Nettoaktivenwert) der übernommenen Gesellschaft (Zielgesellschaft) bilanzieren.

Die Voraussetzung der doppelten Buchwertfortführung, welche mit dem Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV betreffend Umstrukturierungen neu eingeführt wurde, ist höchst fragwürdig. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wieso die Verbuchung der Beteiligung bei der übernehmenden Gesellschaft für die Qualifikation als steuerneutraler Beteiligungstausch relevant sein sollte. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die übernommene Beteiligung eine ausländische Gesellschaft ist, welche anderen Buchführungsregeln untersteht und somit fraglich ist, wie der Nettoaktivenwert zu ermitteln ist. Noch fragwürdiger ist es, wenn die doppelte Buchwertfortführung gar mit Bezug auf die Übernahme einer (in- oder ausländischen) Gesellschaft durch eine ausländische Gesellschaft gefordert wird.

Die neue Beteiligung übernimmt nicht nur den Gewinnsteuerwert der hingegebenen Beteiligung, sondern auch deren Gestehungskosten und die für die Zwecke des Beteiligungsabzugs (Art. 70 Abs. 4 lit. b DBG) massgebende Haltedauer.²⁵ Die für die Gewährung des privilegierten Tatbestandes für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen geltende Haltedauer von Art. 9 AIA-EU und gewisser Doppelbesteuerungsabkommen beginnt gemäss Verwaltungspraxis aber neu zu laufen.

4.2 Besteuerung der Barkomponente

Durch Ausgleichszahlungen sowie die Barkomponente eines gemischten Angebots werden grundsätzlich allfällige stille Reserven realisiert. Dies gilt auch dann, wenn eine grundsätzlich steuerneutrale Quasifusion vorliegt.

Die Ausgleichszahlungen bzw. Barkomponenten eines gemischten Angebots sind dem Kapitalgewinnbereich zuzuordnen. Der Beteiligungsabzug wird somit nur dann gewährt, wenn die (strengeren) Voraussetzungen von Art. 70 Abs. 4 lit. b DBG erfüllt sind: Haltedauer von einem Jahr und Veräusserung von 10 %.²⁶

5. Emissionsabgabe auf neu geschaffenen Aktien

Die für das Tauschangebot neu geschaffenen Beteiligungsrechten der übernehmenden Gesellschaft unterliegen gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a StG grundsätzlich der Emissionsabgabe. Dem Steuertatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a StG steht aber ein Ausnahmetatbestand gegenüber: Beteiligungsrechte, die in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlüssen begründet oder erhöht werden, sind von der Emissionsabgabe ausgenommen (Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG).

Eine Quasifusion ist ein «einer Fusion wirtschaftlich gleichkommender Zusammenschluss» i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG, weshalb auf die im Rahmen einer Quasifusion geschaffenen Beteiligungsrechte keine Emissionsabgabe abzuführen ist. Ein fusionsähnlicher Zusammenschluss i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG liegt gemäss Verwaltungspraxis immer dann vor, wenn (i) die übernehmende Gesellschaft nach der Übernahme mindestens 50 Prozent der Stimmrechte der übernommenen Gesellschaft hält (stimmrechtmässige Beherrschung von 50 Prozent) und (ii) den Gesellschaftern an der übernommenen Gesellschaft höchstens 50 Prozent des effektiven Wertes der übernommenen Beteiligungsrechte gutgeschrieben oder ausbezahlt wird (Übernahme überwiegend durch Aktientausch).

Keine Rolle spielt mit Bezug auf die Anwendung des Ausnahmetatbestandes von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG demgegenüber, zu welchem Wert die andienenden Anteilinhaber, welche die Anteile im Geschäftsvermögen halten, die eingetauschten Anteile bilanzieren bzw. zu welchem Wert die übernehmende Gesellschaft die übernommene Beteiligung bilanziert.

Die ESTV hält im Kreisschreiben Nr. 5 betreffend Umstrukturierungen vom 1.6.2004 explizit fest, dass die Einbringung von Beteiligungspaketen, die nicht zu einer stimmrechtmässigen Beherrschung von 50 % führen, nicht von der Emissionsabgabe befreit sind. Dabei wird aber bloss das allgemeine Kriterium für die Quasifusion wiederholt und nicht eine zusätzliche Einschränkung aufgestellt. Insbesondere spielt es keine Rolle, ob die stimmrechtmässige Beherrschung von 50 Prozent erst mit der fraglichen Transaktion hergestellt wird oder ob Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft erworben werden, an welcher bereits eine stimmrechtmässige Beteiligung von mindestens 50 % besteht. Dies wurde vom Bundesgericht im Urteil vom 5. März 2002 (mit Bezug auf die Aufstockung einer Beteiligung von 83 % auf 99 %

²⁵ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.6.2.4. Zu den Rechtsfolgen einer Bilanzierung zu einem höheren Wert als dem Gewinnsteuerwert vgl. STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER, Teilweise steuerneutrale Umstrukturierungen, FStR 2018/2, 108 ff.

²⁶ Unpräzise demgegenüber ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.6.2.6, welches mit Bezug auf Ausgleichszahlungen bei Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionen und fusionsähnliche Zusammen-

schlüsse) pauschal von «Beteiligungsertrag» spricht, welcher zum Beteiligungsabzug berechtigt.

sowie das damalige Kriterium von 66⅔%) explizit festgehalten.²⁷

Damit die Voraussetzungen für eine von der Emissionsabgabe befreite Quasifusion vorliegen, darf die Barkomponente eines gemischten Angebots höchstens 50 % betragen. Die ESTV hat diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass nur neugeschaffene Aktien zur Aktienkomponente eines gemischten Angebots zu zählen sind und dass im Rahmen des Tauschangebots allfällig verwendete Treasury Shares zur Barkomponente hinzuzuzählen sind. Diese Sichtweise der ESTV wurde aber vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 22. Juni 2009 verworfen.²⁸ Ob sich die ESTV dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts anschliesst und Treasury Shares nicht zur Barkomponente hinzuzählt, ist derzeit noch offen.

6. Umsatzabgabe

Bei einem Umtauschangebot werden von den andienenden Anteilsinhabern einerseits steuerbare Urkunden i.S.v. Art. 13 Abs. 1 StG auf die übernehmende Gesellschaft übertragen, andererseits werden die andienenden Anteilsinhaber mit steuerbaren Urkunden i.S.v. Art. 13 Abs. 1 StG abgefunden. Es liegen somit zwei potentiell der Umsatzabgabe unterliegende Vorgänge vor. Diese sind auch dann entgeltlich, wenn ein reiner Aktientausch vorliegt.

Die Übertragung von steuerbaren Urkunden bei einem Umtauschangebot ist gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. i StG immer dann von der Umsatzabgabe ausgenommen, wenn die Voraussetzungen für eine Quasifusion gegeben sind.²⁹ Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind dieselbe wie für die Anwendung des Befreiungstatbestandes für die Emissionsabgabe von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG, weshalb grundsätzlich auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Bei einem gemischten Angebot sind die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 lit. i StG immer dann erfüllt, wenn die Barkomponente höchstens 50 % des Angebotspreises ausmacht. Entscheidend sollte dabei nach hier vertretener Auffassung die Gesamttransaktion sein: die Übernahme qualifiziert gesamthaft als Quasifusion, wenn die Barkomponente insgesamt höchstens 50 Prozent des Angebotspreises beträgt. Ist dies der Fall, gilt die Transaktion auch für einen andienenden Aktionär als Quasifusion, welcher ausschliesslich eine Barentschädigung erhält.

Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein Übernahmeangebot für die andienenden Aktionäre ein Wahlrecht zwischen Aktien- oder Barentschädigung vorsieht³⁰ oder wenn für die von einem Squeeze-Out betroffenen Aktionäre das (ausländische) Recht ein Wahlrecht zwischen Aktien- oder Barentschädigung kennt. Selbst bei einem reinen Aktienangebot kann es je nach Umtauschverhältnis dazu kommen, dass gewisse Aktionäre (welche nicht über die nötige Anzahl Aktien der übernommenen Gesellschaft verfügen, um eine Aktie der übernehmenden Gesellschaft zu erhalten) ausschliesslich eine Barkomponente erhalten.

Die Praxis der ESTV in dieser Frage ist nicht ganz eindeutig. So gab es durchaus Fälle, in denen trotz insgesamt überwiegender Aktienkomponente (und somit Qualifikation als Quasifusion) die Anrufung von Art. 14 Abs. 1 lit. i StG für diejenigen Aktionäre, welche entweder aufgrund des Umtauschverhältnisses (Spitzenausgleich) oder aufgrund einer Wahlmöglichkeit überwiegend eine Barentschädigung erhalten haben, verweigert wurde. Eine solche Betrachtung aus Sicht des betroffenen Aktionärs hat zur Konsequenz, dass die Hingabe der Beteiligungsrechte der übernommenen Gesellschaft für Aktionäre mit einer überwiegender Barkomponente nicht von der Befreiung der Umsatzabgabe nach Art. 14 Abs. 1 lit. i StG profitiert, selbst wenn die Aktienkomponente der Gesamttransaktion überwiegt. Eine konstante Praxis der ESTV hat sich zu dieser Frage aber bislang noch nicht herausgebildet. Klar ist aber, dass der Ausnahmetatbestand von Art. 14 Abs. 1 lit. i StG auch von Aktionären, welche überwiegend eine Aktienkomponente erhalten, nur dann angerufen werden kann, wenn die Aktienkomponente der Gesamttransaktion überwiegt.

Bei einem gemischten öffentlichen Übernahmeangebot ist dabei aus Praktikabilitätsgründen auf die Entschädigung für die im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots angedienten Aktien abzustellen. Hat die übernehmende Gesellschaft erklärt, dass das Angebot zustande gekommen ist und werden weitere Aktien erworben (über die Börse oder auf dem Weg eines Squeeze-Outs), sind diese für die Frage, ob die Entschädigung überwiegend in bar ausbezahlt wurde, nicht zu berücksichtigen. Die Bewertung der Aktienkomponente eines gemischten Angebots hat aufgrund des Wertes der den abgefundenen Aktionären abgegebenen Aktien der übernehmenden Gesellschaft im Zeitpunkt des Vollzugs der Transaktion zu erfolgen.

Überwiegt bei einem gemischten Angebot die Barkomponente, kann der Ausnahmetatbestand von Art. 14 Abs. 1 lit. i StG nicht angerufen werden. Bei einem Aktientausch ist die Umsatzabgabe grundsätzlich doppelt geschuldet: Auf den erworbenen Aktien sowie auf den hin-

²⁷ BGer 2A.83/2001 vom 5. März 2002, E. 4.4, siehe in ASA 72 (2003/2004), 170 ff.

²⁸ BVerfG A-1552/2006 vom 22. Juni 2009, E. 4.5.3.

²⁹ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.1.7.6.

³⁰ Zur Zulässigkeit eines solchen Alternativangebots vgl. Urs SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, 263.

gegebenen Aktien. Auf den erworbenen Anteilen ist in diesem Fall stets die Umsatzabgabe geschuldet. Auf der Aktienkomponente des Umtauschgebots ist hingegen nur in dem Umfang die Umsatzabgabe geschuldet, als dafür Treasury Shares verwendet werden. Für die neu geschaffenen Anteile kann nämlich der Ausnahmetatbestand von Art. 14 Abs. 1 lit. a StG angerufen werden.

7. Rückerstattung der Verrechnungssteuer

7.1 Anwendung der Altreservenpraxis bei Tauschangebot von ausländischer Gesellschaft

Wie oben unter Ziff. II.E ausgeführt, führt die öffentliche Übernahme einer inländischen Gesellschaft dazu, dass sich die Verrechnungssteuerrückerstattungsposition mit Bezug auf einen Teil der bisherigen Aktionäre verbessert. Da es sich dabei um Minderheitsaktionäre handelt, welche die Dividendenpolitik der Gesellschaft nicht beherrschen konnten, sieht die ESTV bei einer Barübernahme (Cash Offer) richtigerweise von der Anwendung der Altreservenpraxis ab.

Anders verhält sich die Situation bei der öffentlichen Übernahme einer inländischen Gesellschaft durch eine ausländische Gesellschaft mittels Aktientausch. Hier kommt es gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich zur Anwendung der Altreservenpraxis.

Dies ist immer dann sachgerecht, wenn eine inländische Gesellschaft durch eine viel kleinere (oder gar vollkommen leere) ausländische Gesellschaft übernommen wird, so dass die bisherigen Aktionäre der übernommenen Gesellschaft letztlich auch die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft sind. Hier handelt es sich letztlich um einen zum Zweck der Vermeidung der Verrechnungssteuer als öffentliche Übernahme ausgestalteten Exit aus der Schweiz.

Die ESTV beurteilt nach neuerer Praxis aber auch den Fall, bei dem eine inländische Gesellschaft durch eine substanzreiche ausländische Gesellschaft übernommen wird, als Anwendungsfall der Altreservenpraxis. Dies gilt nicht nur dann, wenn die ausländische übernehmende Gesellschaft deutlich kleiner als die übernommene inländische Gesellschaft ist und somit wirtschaftlich eigentlich ein Reverse Takeover vorliegt, sondern auch in Fällen, in denen die inländische Gesellschaft mittels Aktientausch von einer ausländischen Gesellschaft mit grösserer Marktkapitalisierung übernommen wird. Dies gilt selbst für den Fall eines gemischten Bar-/Aktienangebots.

Sind die bisherigen Aktionäre der übernommenen inländischen Gesellschaft nach dem Aktientausch aber mit weniger als 50% an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt, sieht die ESTV u.U. von der Anwendung der Altreservenpraxis ab, wenn die übernommene Gesellschaft in den Jahren vor der Übernahme ihre Gewinne

regelmässig zu einem Grossteil als Dividenden an die Aktionäre ausgeschüttet hat und somit keine verpönte Gewinnthesaurierung vorliegt.

7.2 Berechnung der Altreserven

Altreserven sind die im Zeitpunkt des Aktientausches handelsrechtlich ausschüttungsfähigen (= Passivtest) nicht betriebsnotwendigen Mittel (= Aktivtest). Aktivtest und Passivtest müssen kumulativ erfüllt werden.

Nicht betriebsnotwendig (Aktivtest) sind diejenigen Mittel, welche zur Erfüllung des betrieblichen Zwecks der Gesellschaft nicht benötigt werden. Die Frage, inwiefern gewisse Mittel für die Erfüllung des betrieblichen Zwecks nicht benötigt werden, kann nicht aufgrund rein objektiver Kriterien beurteilt werden. Vielmehr gilt es auch die subjektive Komponente der für die Gesellschaft agierenden Personen zu berücksichtigen. Diese Unschärfe ist durchaus beabsichtigt, da nur so den für die Anwendung der Steuerumgehung notwendigen subjektiven Umständen Rechnung getragen werden kann. Neben Barmitteln können auch Kapitalanlagen (z.B. Wertschriften oder Kapitalanlageliegenschaften) nicht betriebsnotwendige Mittel darstellen. Stille Reserven auf solchen Kapitalanlagen sind für die Bestimmung der nicht betriebsnotwendigen Mittel (Aktivtest) zu berücksichtigen. Relevant sind die im Zeitpunkt des Aktientausches vorhandenen nicht betriebsnotwendigen Mittel.

Dabei sind einerseits die nicht betriebsnotwendigen Mittel der erworbenen kotierten Gesellschaft zu berücksichtigen. Nicht betriebsnotwendige Mittel von (direkt oder indirekt gehaltenen) Konzerngesellschaften sind insoweit zu berücksichtigen, als diese handelsrechtlich ausschüttungsfähig wären. Bei ausländischen Gruppengesellschaften werden dabei aus Praktikabilitätsgründen die OR-Regeln analog angewendet. Der Steuerpflichtige kann aber den Nachweis erbringen, dass die nach lokalem Recht handelsrechtlich ausschüttungsfähigen nicht betriebsnotwendigen Reserven kleiner sind.

Nicht betriebsnotwendige Mittel sind aber nur im Umfang, bis zu dem diese handelsrechtlich ausschüttungsfähig sind (Passivtest), potentielle «Altreserven». Handelsrechtlich ausschüttungsfähig ist jeweils das (handelsrechtlich ausgewiesene) Eigenkapital der Gesellschaft abzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft (Aktienkapital) sowie der gesetzlichen Reserven im Rahmen der diesbezüglich gesetzlich vorgesehenen Minima. Für eine Holdinggesellschaft gelten somit (unabhängig von der tatsächlichen Höhe der gesetzlichen Reserven) 20% des Aktienkapitals als nicht ausschüttungsfähig (Art. 671 Abs. 1 und 4 OR), bei allen anderen Gesellschaften beträgt diese Sperrgrösse 50% des Aktienkapitals (Art. 671 Abs. 3 OR). Darüber hinausgehende gesetzliche Reserven gelten als «handelsrechtlich ausschüttungsfähig». Verfügt eine Gesellschaft über handelsrechtlich ausschüttungsfähige Kapitaleinlagereserven i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG, gelten diese für

die Zwecke der Altreservenpraxis aber nicht als «handelsrechtlich ausschüttungsfähig», da diese ja ohne Abzug der Verrechnungssteuer hätten ausgeschüttet werden können. Beim Passivtest wird rein auf die Handelsbilanz per Ende des letzten Geschäftsjahres vor dem Aktientausch abgestellt. Stille Reserven auf Kapitalanlagen sind beim Passivtest nicht zu berücksichtigen.

7.3 Rechtsfolgen der Altreservenpraxis

Verfügt die durch eine ausländische Gesellschaft im Rahmen eines Aktientausches übernommene Gesellschaft über Altreserven, führt dies dazu, dass das Meldeverfahren auf den von ihr ausgeschütteten Dividenden abgelehnt wird, bis sämtliche Altreserven ausgeschüttet sind. Ein allfälliger Rückerstattungsanspruch der übernehmenden Gesellschaft wird auf der Ausschüttung unter Berufung auf das aus Art. 26 WVK abgeleiteten, ungeschriebenen Verbot des Abkommensmissbrauch verweigert. Grundsätzlich wird die Rückerstattung – zumindest bei einem auf ein Doppelbesteuerungsabkommen gestützten Antrag³¹ – nur im Umfang der Satzverbesserung verweigert. Bei einer Publikumsgesellschaft ist die Rückerstattungsposition der andienenden Publikumsaktionäre aber nicht bekannt. Solange diese nicht konkret nachgewiesen werden kann – was typischerweise nur mit Bezug auf die meldepflichtigen Aktionäre der Fall ist – kommt es gemäss Praxis der ESTV zur vollständigen Verweigerung der Rückerstattung auf den Altreserven.

Dabei gilt das Prinzip First-in First-out (FIFO). Mithin werden immer zuerst die Altreserven ausgeschüttet. Dies gilt – im Gegensatz beispielsweise zur Praxis der indirekten Teilliquidation – selbst mit Bezug auf die nach der Übernahme erzielten laufenden Gewinne. Auch gilt der Grundsatz «Altreserven heilen durch Zeitablauf nie». Mithin kommt die Altreservenpraxis – anders als etwa bei der indirekten Teilliquidation nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG, wo eine Frist von 5 Jahren gilt – auch noch viele Jahre nach der Übernahme zur Anwendung. Die Altreserven werden aber durch Verluste vermindert. Mit Bezug auf die Verlustverrechnung gilt aber der Grundsatz Last-in First-out (LIFO), d.h. Verluste werden erst dann mit den Altreserven verrechnet, wenn keine anderen Reserven mehr vorhanden sind.

7.4 Anwendung der stellvertretenden Liquidation?

Von der Altreservenpraxis muss die Rechtsfigur der stellvertretenden Liquidation unterschieden werden. Eine Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der stellvertretenden Liquidati-

on ist nach Auffassung der ESTV immer dann gerechtfertigt, wenn das wirtschaftliche Ziel der Transaktion nicht eine Veräusserung der Gesellschaft («share deal»), sondern eine Veräusserung der Vermögenswerte der Gesellschaft («asset deal») war. Entscheidend ist mithin die Absicht des Verkäufers im Zeitpunkt der Veräusserung. Da es sich dabei um eine innere Tatsache handelt, kann das Vorliegen einer «stellvertretenden Liquidation» naturgemäss nur aufgrund von Indizien festgestellt werden. Werden Vermögenswerte (z.B. IP oder Beteiligungen) der erworbenen Gesellschaft zeitnah ausgeschüttet, stellt dies regelmässig ein Indiz für eine stellvertretende Total- oder Teilliquidation dar. Nimmt die ESTV eine stellvertretende Liquidation an, führt dies dazu, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht bloss im Umfang der Altreserven der erworbenen Gesellschaft verweigert wird, sondern auch auf den stillen Reserven sowie dem Goodwill.

Ob die Praxis zur stellvertretenden Liquidation auch bei im Rahmen einer öffentlichen Übernahme erworbenen Gesellschaft zu beachten ist, ist fraglich. Da es sich vor dem Erwerb um eine Publikumsgesellschaft gehandelt hat, liegt hier keine bloss Substituierung eines «asset deals» durch einen «share deal» vor. Dennoch empfiehlt es sich, vor der Ausschüttung von erheblichen Vermögenswerten oder einer Upstream-Fusion der übernommenen Gesellschaft den Aspekt der Rückerstattungsbeurteilung konkret mit der ESTV aufzunehmen.

7.5 Übernahme durch inländische Gesellschaft

Die öffentliche Übernahme einer inländischen Gesellschaft durch eine andere inländische Gesellschaft ist kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis. Zwar kommt es auch bei der Übernahme durch eine inländische Gesellschaft zu einer Verbesserung der Rückerstattungsposition in Bezug auf die bisher nicht zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Aktionäre. Da Dividenden der übernehmenden inländischen Gesellschaft aber ebenfalls der Verrechnungssteuer unterliegen, bleibt das Verrechnungssteuersubstrat verhaftet.

Nun kann die übernehmende inländische Gesellschaft durch die Ausschüttung von Kapitaleinlagereserven i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG verrechnungssteuerfrei Dividenden an ihre Anteilhaber ausschütten. Somit können Reserven der übernommenen Gesellschaft ohne Abzug der Verrechnungssteuer an die Anteilhaber ausgeschüttet werden. Dies rechtfertigt aber nicht die Anwendung der Altreservenpraxis, da sich das latente Verrechnungssteuersubstrat insgesamt nicht verringert. Es kommt lediglich zu einer Verschiebung zwischen übernommener und übernehmender Gesellschaft.

Anders liegt der Fall dann, wenn bei der übernehmenden Gesellschaft Nennwert und/oder Kapitaleinlagereserven i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG gebildet werden, welche die Summe von Nennwert und Kapitaleinlagereserven der

³¹ Anders verhält es sich hingegen gemäss BGer 2C_354/2018 vom 20. April 2020 mit Bezug auf einen gestützt auf Art. 9 AIA-EU gestützten Antrag, bei dem die Rückerstattung stets vollumfänglich verweigert wird, vgl. hierzu STEFAN OESTERHELT, Altreservenpraxis vor Bundesgericht, StR 75/2020, 902 ff.).

übernommenen Gesellschaft übersteigen. Da sowohl Nennwert als auch Kapitaleinlagereserven ohne Abzug der Verrechnungssteuer an die Anteilhaber ausgeschüttet werden können, bleibt das Verrechnungssteuer-substrat in diesem Fall gerade nicht verhaftet.

Gemäss Praxis der ESTV stellt dies aber nicht bloss einen Anwendungsfall der Altreservenpraxis, sondern sogar der internationalen Transponierung dar. Dies bedeutet, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht bloss im Umfang der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen nicht betriebsnotwendigen Mittel (d.h. der Altreserven) verweigert wird, sondern vielmehr auf der gesamten Differenz zwischen Verkehrswert der übernommenen Gesellschaft (wenn in diesem Umfang Nennwert und/oder Kapitaleinlagereserven gebildet wurden) und Nennwert/Kapitaleinlagereserven der übernommenen Gesellschaft. Rechtsgrundlage für die Verweigerung der Rückerstattung ist Art. 21 Abs. 2 VStG, wonach die Rückerstattung in Fällen von Steuerumgehung verweigert wird.

Dies gilt auch bei einem gemischten Angebot, welches neben der Aktientauschkomponente eine Barkomponente enthält, selbst wenn die Barkomponente überwiegt. Mithin wird in diesem Fall auf den Dividenden der übernommenen Gesellschaft bis zur Höhe des überschüssigen Nennwerts resp. den überschüssigen Kapitaleinlagereserven die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens verweigert. Die Barkomponente eines gemischten Angebots ist hingegen unbeachtlich.

Die (in der Regel verheerenden) Rechtsfolgen der internationalen Transponierung beim Aktientauschangebot einer inländischen Gesellschaft können dadurch vermieden werden, dass nur im Umfang der Summe von Nennwert und Kapitaleinlagereserven der übernommenen Gesellschaft Nennwert/Kapitaleinlagereserven bei der übernehmenden Gesellschaft gebildet werden (sogenannte «Agiolösung»).

Die Rechtsfolgen der internationalen Transponierung sind zudem nur dann zu beachten, wenn die übernehmende Gesellschaft im Inland ansässig ist. Bei einer im Ausland ansässigen Gesellschaft kommt zwar die Altreservenpraxis, nicht aber die Praxis zur internationalen Transponierung zur Anwendung.

8. Grundstückgewinnsteuer

Eine öffentliche Übernahme einer Immobiliengesellschaft führt in den oben unter Ziff. II.G erwähnten Kantonen grundsätzlich dazu, dass die Grundstückgewinnsteuer geschuldet ist. Bei einem Tauschangebot mit überwiegender Aktienkomponente muss aber ein Steuerauschiebung nach Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 StHG gewährt werden, da eine Quasifusion vorliegt. Diesbezüglich sind dieselben Voraussetzungen, wie bei der Befreiung von der Emissionsabgabe nach

Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG (vgl. oben Ziff. II.5) bzw. bei der Umsatzabgabe nach Art. 14 Abs. 1 lit. i StG (vgl. oben Ziff. III.6) zu beachten.

9. Handänderungssteuer

In den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Graubünden und Jura führt die öffentliche Übernahme einer Immobiliengesellschaft grundsätzlich auch dazu, dass die Handänderungssteuer geschuldet ist (vgl. dazu oben Ziff. II.8). Bei einem Tauschangebot mit überwiegender Aktienkomponente, muss aber gemäss Art. 103 FusG i.V.m. Art. 24 Abs. 3 StHG eine Befreiung von der Handänderungssteuer gewährt werden, da eine Quasifusion vorliegt.³² Auch hier gelten dieselben Voraussetzungen wie bei der Befreiung von der Emissionsabgabe nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG (vgl. oben Ziff. II.5) bzw. bei der Umsatzabgabe nach Art. 14 Abs. 1 lit. i StG (vgl. oben Ziff. III.6).

IV. Squeeze Out

1. Beteiligung von 98 % (Art. 137 FinfraG)

Bei einer Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG³³ haben die vom Squeeze-Out betroffenen Aktionäre Anspruch auf die Entschädigung gemäss öffentlichem Angebot. Diese wird bei den vom Squeeze-Out betroffenen Aktionären für die Zwecke der Einkommens- und Gewinnsteuern auch analog behandelt.

Die Kraftloserklärung der vom Squeeze-Out betroffenen Titel ist kein gemäss Art. 13 Abs. 1 StG umsatzabgabepflichtiger Vorgang, da es an der Übertragung von Eigentum an steuerbaren Urkunden fehlt. Demgegenüber ist die Neuausgabe der vom Squeeze-Out betroffenen Titel nach Praxis der ESTV ein umsatzabgabepflichtiger Vorgang, falls entweder die übernehmende Gesellschaft oder die übernommene Gesellschaft eine Effektenhändlerin i.S.v. Art. 13 Abs. 3 StG ist.³⁴

³² Vgl. BSK FusG-OESTERHELT, Art. 103 N 15 ff.

³³ Vgl. hierzu RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/TINO GABERTHÜEL, Öffentliche Kaufangebote, 4. Aufl., Zürich 2020, N 829 ff.

³⁴ Vgl. ESTV, 22.1.1998, Praxis der Bundessteuern, Art. 13 Abs. 1 und 2 StG, 1. Im Allgemeinen, Nr. 35; kritisch zum Fall, bei dem nur die übernommene Gesellschaft eine Effektenhändlerin ist, MARCO GRETER Steuerliche Folgen der Kraftloserklärung gemäss Art. 33 Börsengesetz, SZW 1998, 82 ff., 87; PASCAL HINNY, Die steuerliche Behandlung von spin-off, going private (insbesondere des Kraftloserklärungsverfahrens) und von Sanierungen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 201 ff., 218 ff.; PHILIPP BETSCHART, Steueraspekte beim Squeeze-Out von Minderheitsaktionären, StR 61/2006, 90 ff., 92.

Die umsatzabgaberechtliche Behandlung entspricht dabei der Behandlung der ursprünglichen Übernahmeofferte.³⁵ Falls der Squeeze-Out somit im Anschluss an eine Quasifusion stattfindet, ist die Neuausgabe aufgrund von Art. 14 Abs. 1 lit. i StG von der Umsatzabgabe ausgenommen.

Die Hingabe der eigenen Beteiligungsrechte (Aktienkomponente des Tauschangebots) ist von der Umsatzabgabe gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a StG (neugeschaffene Beteiligungsrechte) bzw. (wenn die Voraussetzungen einer Quasifusion erfüllt sind) Art. 14 Abs. 1 lit. i StG (Treasury Shares) befreit. Der Tatbestand von Art. 14 Abs. 1 lit. a StG kann auch dann angerufen werden, wenn die Auslieferung der fraglichen neugeschaffenen Beteiligungsrechte erst geraume Zeit nach dem Abschluss des Squeeze-Out-Verfahrens erfolgt. Erforderlich ist diesbezüglich aber, dass die entsprechenden Beteiligungsrechte in der Bilanz der übernehmenden Gesellschaft gesondert bilanziert werden.

2. Beteiligung von 90 % (Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG)

Wird zwar nicht die Schwelle von 98 % aber die von 90 % erreicht, kann eine Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG durch die Absorption der erworbenen Beteiligung mit einer Gruppengesellschaft der übernehmenden Gesellschaft durchgeführt werden.³⁶ Die von der Abfindungsfusion betroffenen Aktionäre müssen durch eine angemessene Entschädigung abgefunden werden. Dies kann eine Barabfindung (daher auch der Name Barabfindungsfusion) oder eine Naturalleistung (wie z.B. die Aktien der übernehmenden kotierten Topgesellschaft) sein.³⁷

Bei Publikumsgesellschaften wird der Squeeze-Out nach Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG daher typischerweise durch die Absorption der übernommenen Gesellschaft durch eine Tochtergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft auf dem Weg einer Abfindungsfusion durchgeführt. Typischerweise ist dies eine Schwestergesellschaft der übernommenen Gesellschaft. Es kann sich dabei aber auch um die Muttergesellschaft (z.B. eine Zwischenholding) der übernommenen Gesellschaft handeln. Die steuerlichen Konsequenzen einer solchen Schwesterfusion hängen davon ab, ob die Abfindungen der Anteilsinhaber von fusionierenden Gesellschaften oder von deren Muttergesellschaft ausgerichtet werden.

Werden die vom Squeeze-Out betroffenen Aktionäre durch die fusionierenden Gesellschaften selbst abgefunden, wird dies bei in der Schweiz ansässigen natürlichen Personen (Privatvermögen) als Liquidationserlös i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG besteuert. Dies gilt nicht bloss für die Fusion der übernommenen Gesellschaft mit einer Schwestergesellschaft, sondern auch bei einer Fusion mit ihrer Muttergesellschaft.³⁸ Bei den vom Squeeze-Out betroffenen inländischen juristischen Personen stellt die Abfindung ein Beteiligungsertrag dar. Ab einer Beteiligungshöhe von CHF 1 Mio. (Verkehrswert) kann somit der Beteiligungsabzug nach Art. 69 DBG geltend gemacht werden. Die Abfindung unterliegt sodann gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer.

Wird die Abfindung durch die (direkte oder indirekte) Mutter der fusionierenden Gesellschaften ausgerichtet (sogenannter Triangular Squeeze-Out Merger), erzielen die natürlichen Personen (Privatvermögen) hingegen einen gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfreien Kapitalgewinn. Eine Barentschädigung stellt bei inländischen juristischen Personen keinen Beteiligungsertrag, sondern einen Kapitalgewinn dar, bei dem der Beteiligungsabzug erst ab einer Quote von 10 % (Art. 70 Abs. 4 lit. b DBG) möglich ist. Die Verrechnungssteuer ist auf der Abfindung nicht geschuldet.

Somit werden inländische juristische Personen, welche Aktien der erworbenen Gesellschaft von mehr als CHF 1 Mio. aber weniger als 10 % halten, bei einem (reinen oder gemischten) Barangebot steuerlich bessergestellt, wenn sie das Angebot nicht annehmen und auf eine Abfindungsfusion spekulieren, bei der die Abfindung durch die fusionierenden Gesellschaften ausgerichtet wird. Bei inländischen natürlichen Personen (Privatvermögen) sowie (nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten) ausländischen Aktionären verhält es sich umgekehrt.

Aus diesem Grund empfiehlt es sich, im Angebotsprospekt auf die Steuerfolgen für beide Szenarien hinzuweisen und sich nicht bereits auf eine der beiden Varianten festzulegen. So kann man verhindern, dass inländische juristische Personen als Aktionäre aus steuerlichen Gründen das Angebot nicht annehmen und darauf spekulieren, dass die Schwelle von 98 % nicht erreicht und

³⁵ ESTV, KS 12 vom 10. März 2011, Rz. 98.

³⁶ Vgl. BSK FusG-SCHLEIFFER, Art. 18 N 35 ff.; URS BERTSCHINGER/PETER SPORI, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli, Basle 2006, 311 ff.; MARKUS WEIDMANN/RETO HEUBERGER, Abfindungs- und Dreiecksfusionen, FStR 2007/3, 194 ff.

³⁷ Vgl. BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL, Art. 7 N 12.

³⁸ Eine Fusion mit der Muttergesellschaft findet aber in der Praxis sehr selten statt, da dort im Umfang der Differenz des Buchwerts der übernommenen Gesellschaft (Erwerbspreis) und dem (in aller Regel deutlich tieferen) Eigenkapital der übernommenen Gesellschaft ein Fusionsverlust entsteht, welcher handelsrechtlich als Goodwill aktiviert werden kann, aber in der Regel über fünf Jahre abgeschrieben werden muss (vgl. Handbuch für die Wirtschaftsprüfung, Band 1, Zürich 2014, 2020; PIERRE-MARIE GLAUSER, Goodwill et acquisitions d'entreprises – Une analyse sous l'angle du droit fiscal et comptable, in: François Bohnet/Pierre Wessner (Hrsg.), Dorit des sociétés, Mélanges en l'honneur de Roand Ruedin, Basel 2004, 421 ff., 425) ohne dass diese Abschreibungen steuerlich zum Abzug gebracht werden können (Art. 61 Abs. 5 DBG).

somit eine (für sie steuerlich attraktivere) Abfindungsfusion nötig wird.

3. Beteiligung von 66⅔% (Mutter-Tochter-Fusion)

Wird die Beteiligungsschwelle von 90 % nicht erreicht, ist gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG eine Entschädigung der vom Squeeze-Out betreffenden Aktionären durch eine Abfindung nicht möglich. Mithin erhalten die Aktionäre der absorbierten Gesellschaft stets Anteilsrechte der absorbierenden Gesellschaft. Ein Squeeze-Out kann somit nur mittels Absorption der erworbenen Gesellschaft durch die kotierte Topgesellschaft erreicht werden. Hierzu sind gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG 66⅔% der Stimmen der an der Generalversammlung der übernommenen Gesellschaft vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts notwendig.

Bei den vom Squeeze-Out betroffenen Aktionären (Privatvermögen) wird die Abfindung als Liquidationserlös i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG besteuert. Bei den vom Squeeze-Out betroffenen inländischen juristischen Personen stellt die Abfindung einen Beteiligungsertrag dar. Ab einer Beteiligungshöhe von CHF 1 Mio. (Verkehrswert) kann somit der Teilungsabzug nach Art. 69 DBG geltend gemacht werden. Die Abfindung unterliegt sodann gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer.

Ist einer solchen Squeeze-Out-Upstream-Fusion eine Quasifusion vorausgegangen, sind grundsätzlich die Steuerfolgen der Quasifusion mit zeitnaher Absorption zu beachten (vgl. hierzu unten Ziff. V.2). Dies bedeutet, dass ein allfälliger Nennwertzuwachs für die abgefundenen wie auch die andienenden Aktionäre gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer und gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG der Einkommenssteuer unterliegt. Ein Anstieg der Kapitaleinlagereserven führt nach neuerer Praxis hingegen nicht mehr zu Verrechnungssteuer- und Einkommenssteuerfolgen, sondern dazu, dass die Kapitaleinlagereserven von der ESTV im überschüssenden Umfang aberkannt werden.

Eine solche Umqualifikation ist für die andienenden Aktionäre höchst unbillig und kann im Einzelfall die Möglichkeit der Squeeze-Out-Fusion unterhalb der Schwelle von 90 % verunmöglichen. Auf Antrag kann deshalb im Rahmen eines Steuervorabbescheids von diesen Steuerfolgen in der Verwaltungspraxis abgesehen werden, wenn die übernommene Gesellschaft unmittelbar nach dem Squeeze-Out wieder in eine Tochtergesellschaft ausgegliedert wird. Für die vom Squeeze-Out betroffenen Anteilsinhaber bleibt freilich die Qualifikation als Vermögensertrag i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG bestehen.

V. Umstrukturierungen nach einer öffentlichen Übernahme

1. Barübernahme

Wird die im Rahmen einer öffentlichen Barübernahme erworbene Gesellschaft zeitnah durch ihre Muttergesellschaft absorbiert, hat dies keine Steuerkonsequenzen für die andienenden Aktionäre. Insbesondere kommt es nicht zur Umqualifikation des von den inländischen natürlichen Personen realisierten Kapitalgewinns in steuerbaren Vermögensertrag. Für Portfolioaktionäre kommt es auch nicht zur Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbaren Vermögensertrag aufgrund indirekter Teilliquidation (vgl. dazu oben Ziff. II.1).

Analoges gilt für den Fall eines gemischten Angebots mit überwiegender Barkomponente, welches nicht als Quasifusion qualifiziert. Hier wird weder die Barkomponente noch ein allfälliger Nennwertzuwachs bzw. Anstieg der Kapitaleinlagereserven in steuerbaren Ertrag umqualifiziert.

2. Übernahme durch Aktientausch (Quasifusion)

Anders verhält es sich bei einer Übernahme einer Gesellschaft mittels (überwiegend) Aktientausch. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 9. November 2001 entschieden, dass ein im Rahmen einer Quasifusion mit anschliessender Absorption erzielter privater Nennwertzuwachs als steuerbarer Vermögensertrag zu qualifizieren sei.³⁹ Nach publizierter Verwaltungspraxis liegt eine zeitnahe Absorption immer dann vor, wenn diese innert fünf Jahren nach der Übernahme erfolgt.⁴⁰ Die derzeitige Praxis wendet diese Frist strikt verobjektiviert an. Es ist mithin nicht möglich darzutun, dass der Entschluss zur Absorption nicht von vornherein bestanden habe, sondern aufgrund veränderter Umstände erst nach Abschluss der vorangehenden Quasifusion entstanden sei.

Ist der Tatbestand der Quasifusion mit zeitnaher Absorption gegeben, wird ein allfälliger Nennwertgewinn in einen steuerbaren Vermögensertrag i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG umqualifiziert und unterliegt gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG der Verrechnungssteuer. Analoges gilt für eine allfällige Barkomponente des Angebots (Spitzenausgleich oder Barkomponente eines gemischten Angebots mit überwiegender Tauschkomponente). Die Steuerfolgen entsprechen somit den Steuerkonsequenzen einer Fusion mit Verschmelzung zweier Parallelgesellschaften.

³⁹ BGer 2A.135/2002 und 2A.136/2002 vom 9. November 2001, siehe in ASA 72 (2003/2004), 413 ff.; StE 2002 B 24.4 Nr. 66.

⁴⁰ ESTV, KS 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.1.7.3.2 sowie 4.1.1.4.

Die Praxis zur Quasifusion mit zeitnaher Absorption wird von der Verwaltungspraxis analog auch auf öffentliche Übernahmen angewendet, obwohl sich die Einflussmöglichkeit der Portfolioaktionäre im Wesentlichen darauf beschränkt, das Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Die unterschiedliche Behandlung gegenüber der Absorption der mittels Barabfindung übernommenen Gesellschaft rechtfertigt sich dadurch, dass die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt bleiben.

Dennoch kann man sich die Frage stellen, ob die Anwendung der Praxis zur Quasifusion mit zeitnaher Absorption sachgerecht ist.⁴¹ Da sogar eine mehrere Jahre nach der Übernahme vorgenommene Absorption noch als «zeitnahe» Absorption gelten würde, ist die nachträgliche Erhebung von Vermögensertrag bei den andienenden Aktionären praktisch gar nicht zu handhaben. Zudem haben die andienenden Aktionäre keinen direkten Einfluss mehr auf das weitere Schicksal der übernommenen Gesellschaft. Eine Absorption der übernommenen Gesellschaft durch ihre Muttergesellschaft braucht nur dann die Zustimmung der Generalversammlung, wenn es sich dabei um die kotierte Obergesellschaft handelt. Eine Fusion mit einer Zwischengesellschaft braucht dagegen keine Zustimmung der Generalversammlung der kotierten Obergesellschaft. Somit haben die andienenden Aktionäre in diesem Fall keinen Einfluss auf die Absorption, weshalb sich eine Umqualifikation in steuerbares Einkommen bei der Absorption durch eine Zwischengesellschaft m.E. nicht rechtfertigt. Ferner stellt sich die Alternative (direkte Fusion zwischen Parallelgesellschaften) bei einer öffentlichen Übernahme nicht, so dass eine Umqualifikation über den Umgehungstatbestand in das «übliche» Vorgehen scheitern muss.

Immerhin wird von der Umqualifikation für die andienenden Aktionäre praxisgemäss in begründeten Fällen auf Antrag abgesehen, wenn die Absorption nur zum Squeeze-Out von Minderheitsaktionären durchgeführt wird und die Beteiligung im Anschluss daran wieder in eine Tochtergesellschaft ausgegliedert wird. Dennoch wäre es zu begrüßen, wenn die Praxis zur Quasifusion mit zeitnaher Absorption bei öffentlichen Übernahmen von der ESTV aufgegeben würde.

3. Weitere Steuerfolgen nach einer Übernahme

Die oben beschriebene Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbaren Ertrag ist bei weitem nicht die einzige unliebsame Steuerfolge nach einer Übernahme. Anlass zu Diskussionen gibt regelmässig auch die Frage, inwiefern der Zinsaufwand der Akqui-

sitionsfinanzierung von der übernommenen Gesellschaft getragen werden darf oder ob hier eine Aufrechnung unter dem Aspekt der Steuerumgehung Platz greifen muss.⁴² Sodann stellen sich auch steuerliche Fragen im Zusammenhang mit einem allfälligen Roll-Over des Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der übernommenen Gesellschaft in dasjenige der übernehmenden Gesellschaft.⁴³ Die Post Merger Integration der übernommenen Gesellschaft ist regelmässig mit zahlreichen Fusionen von Gruppengesellschaften verbunden, was natürlich jeweils auch steuerliche Fragen aufwirft.

VI. Fazit und Zusammenfassung

Während eine Barübernahme aus steuerrechtlicher Sicht relativ unproblematisch ist, stellen sich bei einem Aktientauschangebot doch einige Fragen. Ob ein Tauschangebot einer ausländischen Gesellschaft aus wirtschaftlicher Sicht überhaupt sinnvoll ist, wird in starkem Masse davon abhängen, dass die zu übernehmende Gesellschaft nicht über überschüssige, ausschüttbare Liquidität (sogenannte Altreserven) verfügt. Bei einem Tauschangebot einer inländischen Gesellschaft ist darauf zu achten, dass durch die Schaffung von Kapitaleinlagereserven bei der übernehmenden Gesellschaft keine internationale Transponierung ausgelöst wird.

Die Steuerplanung endet aber nicht mit dem öffentlichen Angebot. Unliebsame steuerliche Überraschungen können nämlich auch noch viele Jahre nach einer öffentlichen Übernahme auftauchen, wenn die erworbene Gesellschaft durch ihre Muttergesellschaft absorbiert wird.

⁴¹ Vgl. die diesbezügliche Kritik bei STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER, Umstrukturierungen mit zeitnaher Absorption, FStR 2020/1, 25 ff.

⁴² Vgl. hierzu eingehend GERNOT ZITTER/BOJANA MIRKOVIC, Der Debt push-down in der Schweizer Rechtsprechung, ASA 87 (2018/2019), 541 ff.; MADELEINE SIMONEK/OLIVER TRIEBOLD, Akquisitionsstrukturierung bei «Leveraged Buy-Outs (LBO)», Die schweizerische Steuerpraxis zum Debt Push Down auf dem Prüfstand, GesKR 3/2013, 357 ff.

⁴³ Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob gesperrte Mitarbeiteraktien der übernommenen Gesellschaft in solche der übernehmenden Gesellschaft getauscht werden dürfen, ohne dass dies eine Verletzung der Sperrfrist darstellt. Wenn die verbleibende Sperrfrist auf die neuen Aktien übertragen wird, wird dies in der Regel von den Steuerbehörden akzeptiert und keine Verletzung der Sperrfrist angenommen.