

Mark Cagienard / Daniel Jenny*

Steuerfreier privater Kapitalgewinn: Tragweite und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Besprechung des Urteils 2C_618/2014 des Bundesgerichts vom 3. April 2015

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Ausgangslage: Reinvermögenszugangstheorie
 2. Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen: Standpunkte der Vorinstanz und des Beschwerdeführers
 3. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise («substance over form»)
- III. Erläuterungen
 1. Der steuerfreie private Kapitalgewinn als Ausnahmeregelung
 2. Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen
 - 2.1 Grundsatz der Gesamtreinkommensbesteuerung
 - 2.2 Abgrenzungskriterien
 - 2.3 Gemischte Rechtsgeschäfte bzw. gemischte Verträge
 - 2.4 Vorbehalt der Steuerumgehung
 3. Anwendung auf den vorliegenden Fall
- IV. Bedeutung für die Praxis
 1. Form der Abgeltung ist unbedeutend
 - 1.1 Earn-out
 - 1.2 Asymmetrischer Kaufpreis
 2. Inhalt der Abgeltung ist entscheidend
 - 2.1 Erwerbseinkommen
 - 2.2 Konkurrenzverbot
 3. Vertragsgestaltung
 4. Schutz durch Steuerruling?

Kernsätze

1. Der steuerrechtliche Begriff des Einkommens aus einer (Erwerbs-)Tätigkeit ist weit auszulegen: Einkommen aus Erwerbstätigkeit liegt bereits dann vor, wenn zwischen der vom Steuerpflichtigen erhaltenen Leistung und seiner Tätigkeit ein derartiger wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dass die Leistung die Folge der Tätigkeit ist und der Steuerpflichtige die Leistung im Hinblick auf seine Tätigkeit erhält.
2. Die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne stellt demgegenüber mit Blick auf den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

(Art. 127 Abs. 2 BV) und die diesen konkretisierende Reinvermögenszugangstheorie eine systemwidrige Ausnahme dar. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis sind Ausnahmen zur allgemeinen Einkommenssteuer restriktiv zu handhaben.

3. Die Vereinbarung einer gestaffelten Leistung des Kaufpreises, wobei die Zahlung an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses des Verkäufers gekoppelt ist, erscheint sehr atypisch für einen (Aktien-)Kaufvertrag. Eine solche Vereinbarung legt nahe, dass die Zahlung des Kaufpreises nicht für die Eigentumsübertragung an den Aktien erfolgt, sondern als Entschädigung für die zukünftig zu leistende Arbeit des Verkäufers in seiner Eigenschaft als unselbstständig Erwerbstätiger der Gesellschaft. Unerheblich ist dabei, dass die Zahlung nicht durch die formelle Arbeitgeberin erfolgt, sondern durch deren Mehrheitsaktionärin; auch die Leistung eines Dritten ist dem Arbeitseinkommen zuzurechnen, sofern sie dem Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zufließt.

I. Sachverhalt

A. war als Partner bei der X. AG (offenbar eine grosse Revisionsgesellschaft) angestellt, wo er den Bereich Corporate Finance mit einem seit Jahren eingespielten und erfolgreichen Team leitete. Aufgrund von veränderten regulatorischen Bestimmungen in den Vereinigten Staaten entschied sich die X. AG, den Geschäftsbereich Corporate Finance bestehend aus A., sechs weiteren Partnern und den ca. 30 Angestellten des Corporate Finance Teams aus der X. AG auszugliedern und auf eine neu zu gründende Gesellschaft zu übertragen.

Zu diesem Zweck gründeten A. und die sechs weiteren Partner am 28. September 2005 die Y. AG mit einem Aktienkapital von CHF 100'000. A. zeichnete aus privaten Mitteln ein Viertel der Aktien. Kurz darauf, am 14. Oktober 2005, wurde zwischen der X. AG und den ausscheidenden Partnern eine Austrittsvereinbarung mit dem Ziel abgeschlossen, das gesamte Corporate Finance Team in eine neu gegründete Tochtergesellschaft der

* Mark Cagienard, LL.M. VAT, dipl. Steuerexperte, Rechtsanwalt, CMS von Erlach Poncet AG; Dr. Daniel Jenny, LL.M., Rechtsanwalt, CMS von Erlach Poncet AG.

Bank Z. zu überführen. Als Entschädigung für die Überlassung gewisser Kundenbeziehungen und von Büromobilien wurde ein Kaufpreis in Höhe von CHF 200'000 zzgl. MWST vereinbart.

Per 1. Dezember 2005 übernahm die Y. AG die laufenden Geschäfte des früheren Bereichs Corporate Finance der X. AG. Nachdem die Y. AG zwischenzeitlich in Z. AG umfirmiert worden war, verkauften die sieben Partner am 3. Januar 2006 zusammen 51 % der Aktien der Z. AG (vormals Y. AG) an die Bank Z. zu einem Preis von insgesamt CHF 15'345'000. Davon entfiel ein Anteil von CHF 3'836'250 auf A. Der Kaufpreis entsprach rund dem 300-fachen des einbezahlten Nennwerts der Z. AG.

Bei Vertragsschluss resp. bei Übertragung der Aktien war gegenüber A. indes nur ein Betrag von CHF 1'023'750 zu bezahlen. Für die Tilgung des restlichen Kaufpreises wurden drei weitere Tranchen, zahlbar jeweils am 3. Januar der Kalenderjahre 2007, 2008 und 2009, vereinbart. Gemäss den Bestimmungen des Kaufvertrags setzte die Auszahlung jeder Tranche voraus, dass A. nicht vor dem jeweiligen Auszahlungsdatum sein Arbeitsverhältnis bei der Z. AG gekündigt hatte resp. selbiges nicht aus einem wichtigen Grund durch den Arbeitgeber gekündigt worden war. Die Auszahlung der letzten Tranche per 3. Januar 2009 setzte gemäss Kaufvertrag zusätzlich voraus, dass der kumulierte Umsatz der Z. AG während den Geschäftsjahren 2006–2008 mindestens CHF 25'000'000 betragen würde.

In der Steuererklärung für die Periode 2006 behandelte A. die Zahlung der ersten Tranche als steuerfreien privaten Kapitalgewinn. Das kantonale Steueramt Zürich teilte diese Ansicht indes nicht und rechnete den Gewinn aus dem Aktienverkauf als steuerbares Einkommen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf. Die dagegen gerichtete Einsprache, der Rekurs an das kantonale Steuerrekursgericht und die Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wurden (teils im zweiten Umgang) durch alle Instanzen abgewiesen.¹ Mit Eingabe vom 26. Juni 2014 gelangte A. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Mai 2014 mit der Begründung, es liege ein steuerfreier privater Kapitalgewinn vor.

II. Erwägungen und Entscheid

1. Ausgangslage: Reinvermögenszugangstheorie

Nach einer ersten Erwägung zur Vereinigung der Verfahren² betreffend direkte Bundessteuer und kantonale Steuern, den Prozessvoraussetzungen und den Beschwerdegründen³ geht das Bundesgericht kurz auf das Konzept der Reinvermögenszugangstheorie ein. Danach unterliegen aufgrund der Generalklausel von Art. 16 Abs. 1 DBG und des nicht abschliessenden Positivkatalogs gemäss Art. 17–23 DBG alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte der Einkommenssteuer, mit Ausnahme der Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen (Art. 16 Abs. 3 DBG). Insbesondere bilden alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis mit Einschluss der Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen oder geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen steuerbares Einkommen (Art. 17 Abs. 1 DBG).⁴

2. Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen: Standpunkte der Vorinstanz und des Beschwerdeführers

Die Vorinstanz führte aus, ein steuerfreier Kapitalgewinn aus der Veräusserung von Privatvermögen liege bloss dann vor, wenn ein Wertzufluss als Gegenwert des veräusserten Vermögensrechts erscheine. Vorliegend resultiere die Differenz zwischen dem einbezahlten Nennwert der neu gegründeten Gesellschaft und dem Verkaufspreis daraus, dass das gesamte – seit Jahren eingespielte und erfolgreiche – Corporate Finance Team zum Übertritt und zur Weiterführung des Betriebs hätte motiviert werden können. Der durch den Kaufpreis abgegoltene Wert in Form von Goodwill sei mithin nicht im Laufe der rund einmonatigen Geschäftstätigkeit der neu gegründeten Gesellschaft aufgebaut worden, sondern bereits in den Jahren zuvor. Deshalb stehe der Goodwill in engem wirtschaftlichem und kausalem Zusammenhang zur früheren Erwerbstätigkeit bei der X. AG. Der Beschwerdeführer habe zwar formal Aktien verkauft; doch sei die Käuferin nur dann bereit gewesen, den im Kaufpreis enthaltenen Goodwill zu entschädigen, wenn sich die Verkäufer für die Dauer von drei Jahren ab Vertragsschluss zur Weiterarbeit verpflichteten. Der realisierte Goodwill stehe

¹ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2011.61/1 ST.2011.91 vom 12. Juli 2011; Urteil des VGer ZH SB.2014.00014 vom 14. Mai 2014.

² Die Verfahren 2C_618/2014 und 2C_619/2014 wurden vor Bundesgericht vereinigt. Der Bundesgerichtsentscheid wurde auch in die Sammlungen der steuerrelevanten Entscheide aufgenommen: vgl. StE 2015 B.22.2 Nr. 32; ZStP 2015 Nr. 9.

³ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 1.

⁴ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 2.

somit ebenfalls in einem engen wirtschaftlichen und kausalen Zusammenhang mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers A. bei der Z. AG und erscheine deshalb als Gegenleistung für die zukünftig zu erbringende Tätigkeit als Arbeitnehmer. Die besonderen zeitlichen Verhältnisse würden diese Würdigung bestätigen: Nur einen Monat nach Übernahme des Corporate Finance Teams durch die neu gegründete Z. AG habe der Beschwerdeführer den vorhandenen Goodwill bereits teilweise realisiert, weshalb auch ein enger zeitlicher Zusammenhang zur unselbständigen Erwerbstätigkeit von A. bei der X. AG und vor allem auch der Z. AG bestehe.⁵

Der *Beschwerdeführer* wendete dagegen im Wesentlichen ein, dass der Begriff des Einkommens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit nichts mit einem Kapitalgewinn gemein habe. Vielmehr sei unselbständiges Erwerbseinkommen stets das Entgelt für eine Arbeitstätigkeit. Ein solcher Vermögenszufluss könne aber nicht gleichzeitig ein Kapitalgewinn aus der Realisation des Mehrwerts eines Vermögenswerts sein. Zwar könne sich im Verhältnis zwischen Arbeitsverhältnissen und Kapitalgewinnen gegebenenfalls die Frage stellen, ob ein realisierter Mehrwert vollumfänglich auf einen Kapitalgewinn zurückzuführen sei. Vorliegend habe jedoch das vom Steuerrekursgericht eingeholte Gutachten ergeben, dass der vom Beschwerdeführer beim Aktienverkauf erzielte Erlös dem Verkehrswert entsprochen habe. Es sei daher ausgeschlossen, dass ein Teil des Erlöses ein Arbeitsentgelt darstelle. Der im Verkaufspreis neben dem Substanzwert ebenfalls enthaltene Goodwill sei bereits seit dem 1. Dezember 2005 Bestandteil des Betriebsvermögens der Z. AG (damals noch Y. AG) gewesen; werde dieser durch den Kaufpreis mitabgegolten, so stelle dies eine Gegenleistung für die Eigentumsübertragung an den Aktien dar und keine Entschädigung für die Arbeitsleistung des Aktionärsdirektors.⁶

3. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise («substance over form»)

Das Bundesgericht bestätigt vollumfänglich das Urteil der Vorinstanz. Der Begriff des Einkommens aus einer (Erwerbs-) Tätigkeit sei weit zu interpretieren. Es handle sich dabei nicht nur um Einkommen aus einer vertraglich vereinbarten Gegenleistung im engeren Sinne. Ein Einkommen aus Erwerbstätigkeit liege vielmehr bereits dann vor, wenn zwischen der Leistung, die der Steuerpflichtige erhält, und seiner Tätigkeit ein derartiger wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dass die Leistung die Folge der Tätigkeit ist und der Steuerpflichtige die Leistung im Hinblick auf seine Tätigkeit erhält. Demgegenüber stelle die Steuerfreiheit privater Kapitalge-

winne mit Blick auf den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) und die diesen konkretisierende Reinvermögenszugangstheorie eine systemwidrige Ausnahme dar. Wohl sei diese Ausnahme vom Gesetzgeber u.a. auch aus Gründen der Veranlagungsökonomie gewollt, doch seien Ausnahmen vor dem Hintergrund einer allgemeinen Einkommenssteuer restriktiv zu handhaben.⁷

Im vorliegenden Fall sei unbestritten, dass der Substanzwert der verkauften Aktien der Z. AG im Wesentlichen dem Nennwert entsprach, der Verkaufspreis jedoch rund 300 Mal höher lag. Zutreffend sei sodann, dass das vom Steuerrekursgericht eingeholte Gutachten zum Ergebnis gelangte, dass der bezahlte Verkaufspreis (gerade noch) innerhalb der Schätzungsbandbreite des Verkehrswertes liege. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer könne daraus jedoch noch nicht geschlossen werden, der bezahlte Aufpreis zum Substanzwert könne a priori kein Erwerbseinkommen darstellen. Vielmehr erscheine eine gestaffelte Leistung des Kaufpreises in Verknüpfung der Zahlungen an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses der Verkäufer für einen Kaufvertrag sehr atypisch; zumal eine solche Regelung nahelege, dass die Zahlung des vereinbarten Preises nicht für die Eigentumsübertragung an den Aktien, sondern als Entschädigung für die zukünftig zu leistende Arbeit des Verkäufers in seiner Eigenschaft als unselbständig Erwerbstätiger der Gesellschaft erfolge. Mit anderen Worten sei der abgegoltene Goodwill überhaupt erst dadurch entstanden, dass der Kaufvertrag eine erhebliche arbeitsvertragliche Komponente aufwies. Soweit sie den Aktiennennwert übersteigen, erschienen die aus dem Aktienkaufvertrag resultierenden Ansprüche des Beschwerdeführers daher aus «*wirtschaftlicher Perspektive*»⁸ als Kombination von Antrittsgeld (erste Tranche) und Treueprämien (zweite bis vierte Tranche) und mithin als Salärbestandteile. Dass die Zahlung nicht durch die formelle Arbeitgeberin Z. AG, sondern durch deren Mehrheitsaktionärin Bank Z. erfolgt ist, ändere daran nichts; auch die Leistung eines Dritten sei nach der Rechtsprechung dem Arbeitseinkommen zuzurechnen, wenn sie dem Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zufließe.⁹

Damit erübrigte sich nach Ansicht des Bundesgerichts die weitere Prüfung, ob das Vorgehen des Beschwerdeführers gegebenenfalls als Steuerumgehung zu qualifizieren wäre. Ebenfalls liess das Bundesgericht offen, inwieweit die Realisierung des erzielten Erlöses als Resultat eines zielgerichteten gesellschaftlichen Zusammenwirkens der Poolmitglieder erscheine und damit Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit darstellen könnte.¹⁰

⁵ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 3.

⁶ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 4.

⁷ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.1.

⁸ Hervorhebung hinzugefügt.

⁹ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.2.

¹⁰ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.3.

III. Erläuterungen

1. Der steuerfreie private Kapitalgewinn als Ausnahmeregelung

Wäre der steuerfreie Kapitalgewinn ein Tier, so müsste er in der schweizerischen Steuerlandschaft auf die Liste der bedrohten Arten gesetzt werden. Derart mannigfaltig sind die Ausnahmen von der gesetzlich normierten Steuerfreiheit geworden, dass der steuerfreie Kapitalgewinn in freier Wildbahn nur noch vereinzelt beobachtet werden kann. Und selbst dann muss er sich vor dem Zugriff des Fiskus stark in Acht nehmen, der ihn mit immer neuen Ansätzen regelrecht auszurotten versucht. Fiskalisch unbehelligt bleibt bisweilen einzig der «steuerfreie» Kapitalverlust. Der vorliegende Entscheid bestätigt die Tendenz der Steuerbehörden, praktisch jeden (substantziellen) privaten Kapitalgewinn – teilweise auch zu Recht – steuerlich zu hinterfragen, leider ohne jedoch griffige Leitlinien für die Praxis zu entwickeln. Aufgrund der Bedeutung des privaten Kapitalgewinns insbesondere im KMU-Bereich hat der Entscheid erwartungsgemäss bereits ein gewisses Echo ausgelöst.¹¹

Vorliegend soll nicht auf die herkömmlichen und im Kreis der im Gesellschaftsrecht/M&A tätigen Anwälte bereits bekannten Einschränkungen des steuerfreien Kapitalgewinns eingegangen werden, namentlich: die Besteuerung von Grundstücksgewinnen bzw. die wirtschaftliche Handänderung (die im Bereich des Privatvermögens auf Kantons- und Gemeindeebene mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst wird), die Besteuerung infolge gewerbmässigen Wertschriften-, Liegenschaften-, Kunst- oder anderen Handels (die zu einer Besteuerung von Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit führt, da der Kapitalgewinn im Bereich der Veräusserung von Geschäftsvermögen nicht steuerfrei ist), sowie die indirekte Teilliquidation, die Transponierung, der Rückkauf von eigenen Aktien und der Mantelhandel (die jeweils, abhängig von den konkreten Umständen, zu einer Umqualifizierung des steuerfreien Kapitalgewinns in einen steuerbaren Vermögensertrag führen). Für einen Überblick zu den möglichen Steuerfolgen beim Unternehmenskauf und -verkauf wird auf die einschlägigen Darstellungen verwiesen.¹²

Vielmehr soll im Folgenden der Fokus auf die Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit¹³ gelegt werden, unter Ausserachtlassung des Themas der Mitarbeiterbeteiligungen, für welche ausführliche gesetzliche Regelungen und Praxisanweisungen bestehen.¹⁴

2. Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen

2.1 Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung

Wie auch das Bundesgericht im vorliegenden Fall betont hat, handelt es sich bei der Ausnahme des steuerfreien privaten Kapitalgewinns im Grunde um einen Systemfehler, der im Konflikt zur Reinvermögenszugangstheorie steht, welche den Einkommensbegriff des schweizerischen Steuerrechts massgeblich bestimmt.¹⁵ Danach begründet jeder vermögensbildende Zufluss von aussen (deshalb auch besser: Reinvermögenszuflussstheorie¹⁶) grundsätzlich steuerbares Einkommen, was in der Generalklausel von Art. 16 Abs. 1 DBG¹⁷ («Der Einkommenssteuer unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte») zum Ausdruck kommt. Der Gesetzgeber geht somit von einem umfassenden Einkommensbegriff im Sinne der «global income taxes» aus.¹⁸ Als steuerbares Einkommen gelten insbesondere alle Einkünfte aus unselbständiger¹⁹ und selbständiger Erwerbstätigkeit²⁰ sowie alle Erträge aus beweglichem²¹ und unbeweglichem Vermögen²² sowie die Einkünfte aus Vorsorge.²³

Beim vom Gesetzgeber verwendeten Einkommensbegriff handelt es sich um einen sog. «steuerrechtlichen

– eine Regel mit Ausnahmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich/Basel/Genf 2006, 211 ff.; URS SCHENKER, *Steuerliche Aspekte in Übernahmeverträgen – Eine Einführung*, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions*, Zürich 1998, 173 ff.

¹³ Aufgrund der Nähe zu den Einkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit werden vorliegend auch die *Einkünfte für die Eingehung eines Konkurrenzverbots* miteinbezogen, obwohl sie in der Systematik des DBG den «übrigen Einkünften» gemäss Art. 23 DBG zuzurechnen sind.

¹⁴ Vgl. ESTV, Kreisschreiben Nr. 37 vom 22. Juli 2013, Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen.

¹⁵ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 2; so auch BGE 139 II 363 E. 2.2 S. 367.

¹⁶ MARKUS REICH, *Steuerrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012, § 10 Rz. 23 ff.; so auch für den Kanton Zürich: RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, 3. Aufl., Zürich 2013, VB zu §§ 16–37a StG N 12.

¹⁷ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11).

¹⁸ REICH (FN 16), § 10 Rz. 8.

¹⁹ Art. 17 ff. DBG.

²⁰ Art. 18 ff. DBG.

²¹ Art. 20 f. DBG.

²² Art. 21 DBG.

²³ Art. 22 DBG.

¹¹ So beispielsweise die am gleichen Tag erschienenen Kommentare in der NZZ: ANDREA OPEL/BARBARA STILLHART-ZIMMERMANN, *Steuerfreier Kapitalgewinn und Firmenverkäufe*, NZZ Nr. 144 vom 25. Juni 2015, 19; SAMUEL RAMP, *Steuerfreier Kapitalgewinn und Firmenverkäufe*, Sind Beteiligungsverkäufe in jedem Fall steuerfrei?, NZZ Nr. 144 vom 25. Juni 2015, 27.

¹² Aus der «M&A Literatur»: PASCAL HINNY, *Steuerfolgen Unternehmenskauf und -verkauf*, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XVI*, Zürich/Basel/Genf 2014, 257 ff.; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, *M&A Transaktionen nach Schweizer Recht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, insb. 3. Kapitel Rz. 23 ff. und Rz. 134 ff. sowie 5. Kapitel Rz. 57 ff.; URS SCHENKER, *Der steuerfreie private Kapitalgewinn beim Unternehmensverkauf*

Wirtschaftsbegriff»;²⁴ der Steuerrechtsgesetzgeber hat sich bei der Normierung der steuerbaren Einkünfte einer *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* bedient, indem er einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt wählt.²⁵ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist kein eigenständiges Auslegungselement,²⁶ sondern ist im Rahmen der teleologischen Auslegung zu berücksichtigen.²⁷ Der Begriff des Einkommens soll nach seinem wirtschaftlichen Gehalt ausgelegt werden.²⁸ Da bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Normsinn das Abstellen auf den wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts verlangt, hat der Rechtsanwender *«nicht primär auf das verwendete privatrechtliche Gefäss oder den beschrittenen privatrechtlichen Weg zu schauen, sondern auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der privatrechtlichen Ausgestaltung»*.²⁹ Der teleologischen Auslegung (und damit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise) sind jedoch Grenzen gesetzt – die Auslegung darf nicht zum *«Spiel ohne Grenzen»* werden.³⁰

Im Gegensatz zu den steuerbaren Einkünften sind gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG und Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG³¹ die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen explizit für steuerfrei erklärt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese Ausnahme von der allgemeinen Einkommensbesteuerung aus Gründen der Kohärenz des Steuersystems, der Gleichbehandlung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit restriktiv auszulegen.³² Diese treffenden Überlegungen dürfen aber nicht dazu führen, dass *«aufgrund frei schwebender Gerechtigkeitsüberlegungen»* steuerfreie private Kapitalgewinne (allenfalls unter Berufung auf die wirtschaftliche

Betrachtungsweise) in steuerbares Einkommen umqualifiziert werden.³³

2.2 Abgrenzungskriterien

Bislang standen in der Lehre – soweit ersichtlich – für die Frage der Unterscheidung zwischen steuerbarem Einkommen und steuerfreiem privatem Kapitalgewinn in erster Linie die Abgrenzungen (i) zum Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit sowie (ii) zum Ertrag aus (beweglichem und unbeweglichem) Vermögen im Vordergrund. Im Lichte der restriktiven Annahme eines steuerfreien privaten Kapitalgewinns wurden die Begriffe des (steuerbaren) Vermögensertrags und der (steuerbaren) selbständigen Erwerbstätigkeit weit gefasst.³⁴

Kaum thematisiert wird hingegen die Abgrenzung zwischen steuerbarem Einkommen aus *unselbständiger Erwerbstätigkeit* und steuerfreiem privatem Kapitalgewinn.³⁵ Für die Zwecke dieser Abgrenzung wollte die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Bestimmung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit analog heranziehen.³⁶ Danach bilden all jene Gewinne aus der Veräusserung von Vermögenswerten steuerbare Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit, welche über die schlichte Verwaltung des Privatvermögens hinausgehen bzw. wenn solche Gewinne nicht nur in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit erlangt werden, sondern die Tätigkeit in ihrer Gesamtheit auf Erwerb (Verdienst) gerichtet ist.³⁷ Das Bundesgericht hat diese in der Literatur umstrittene Definition³⁸ für die vorliegend in Frage stehende Abgrenzung zum Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit glücklicherweise nicht übernommen. Teilweise wird vertreten, dass es sich ohnehin nur um eine Leerformel handle, die praktisch auf jeden Verkäufer von Aktien anwendbar sei.³⁹

Herkömmlicherweise wird der *Kapitalgewinn* anhand des *Substanzverzehrskriteriums* definiert, welches im Zusammenhang mit der Abgrenzung zum (steuerbaren) Vermögensertrag entwickelt worden ist.⁴⁰ Unerlässlich

²⁴ PETER LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, in: Behnisch/Marantelli (Hrsg.), Beiträge zur Methodik und System des schweizerischen Steuerrechts, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. em. Dr. iur. Peter Locher, 211. Vgl. zum Verhältnis zwischen Privatrecht und Steuerrecht beispielsweise THOMAS KOLLER, Aspekte der Wertungskongruenz bzw. Wertungsdisparität zwischen dem Privatrecht und dem Steuerrecht, ASA 57 (1988/89), 465 ff.; ERNST BLUMENSTEIN, Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, ZSR 52 (1933), 141a ff.

²⁵ ERNST ZELLER, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989, § 12 Rz. 275.

²⁶ Im Steuerrecht gelten grundsätzlich die gleichen Regeln der juristischen Auslegung wie im Zivilrecht (sog. Methodenpluralismus; vgl. dazu ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht, Bd. I, 9. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2001, § 5 Rz. 21).

²⁷ ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern/München 2005, 149 und 189; LOCHER (FN 24), 211; ZELLER (FN 25), § 12 Rz. 275.

²⁸ LOCHER (FN 24), 211.

²⁹ REICH (FN 16), § 6 Rz. 14.

³⁰ REICH (FN 16), § 6 Rz. 48, insb. auch Anm. 61. Vgl. hinten Ziff. III.2.4 zur Steuerumgehung.

³¹ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14).

³² BGE 139 II 363 E. 2.2 S. 367; MARKUS REICH, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 16 DBG N 52.

³³ REICH (FN 32), Art. 16 DBG N 53 (betr. Umqualifizierung von steuerfreiem privatem Kapitalgewinn in steuerbaren Vermögensertrag).

³⁴ Vgl. REICH (FN 32), Art. 16 DBG N 52.

³⁵ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 16), § 16 N 110 ff., insb. N 128 ff.; REICH (FN 32), Art. 16 DBG N 52 ff.; bei beiden Literaturen wird bei der Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen nicht auf die Abgrenzung zum Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit eingegangen.

³⁶ Urteil des VGer ZH SB.2014.00014 vom 14. Mai 2014 E. 3.2.

³⁷ BGE 125 III 113 E. 3c S. 118; Urteil des BGer 2C_361/2011 vom 8. November 2011 E. 2.1.

³⁸ REICH (FN 32), Art. 18 DBG N 11.

³⁹ SCHENKER (FN 12 [2006]), 221.

⁴⁰ BGE 139 II 363 E. 2.3 S. 367; PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, I. Teil, Basel 2001, Art. 16 DBG N 73 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 16 DBG N 166.

che Voraussetzung des steuerfreien Kapitalgewinns ist gemäss Rechtsprechung und Lehre das Vorliegen einer Gesamt- oder Teilveräusserung von dinglichen oder obligatorischen Rechten. Diese verlassen das Eigentum der veräussernden Person und schmälern vorübergehend, d.h. bis zum Eintreffen der Gegenleistung, die bei der steuerpflichtigen Person vorhandene Substanz.⁴¹ Beim Kapitalgewinn wird demzufolge ein Vermögenszuwachs durch *Veräusserung* realisiert. Der Kapitalgewinn im Privatvermögensbereich entspricht der Differenz zwischen dem (höheren) Veräusserungsgewinn und den (tieferen) Anlagekosten.⁴² Dabei wird vorausgesetzt, dass sich der Vermögenszugang nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens als «*natürliche und typische (adäquate)*» Folge des Vermögensabgangs darstellt.⁴³ Somit sind (nur) all jene Wertzuflüsse steuerfrei, die als Gegenwert (Erlös) für das durch die Veräusserung realisierte Vermögensrecht erscheinen.⁴⁴ Daran fehlt es von vornherein insoweit, als ein sog. *gemischtes Rechtsgeschäft*⁴⁵ vorliegt und dem Vermögenszugang (auch) veräusserungsfremde Teile innewohnen.⁴⁶ In solchen Fällen ist der Kapitalgewinn (mindestens teilweise) nicht auf einen Wertzuwachs zurückzuführen, der während der Haltedauer des Verkäufers entstanden ist, sondern auf äussere Umstände, die nicht unmittelbar mit der veräusserten Substanz im Zusammenhang stehen.

2.3 Gemischte Rechtsgeschäfte bzw. gemischte Verträge

a. Voraussetzungen

Wie an einem Steuerfachseminar vom 12. März 2015 vorgestellt wurde, hat sich das Kantonale Steueramt Zürich die vom Bundesgericht entwickelte Rechtsfigur des «gemischten Vertrags» bzw. des «gemischten Rechtsgeschäfts» zwecks Abgrenzung des steuerfreien Kapitalgewinns vom steuerbaren Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in seiner Veranlagungspraxis zu eigen

gemacht.⁴⁷ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich bislang noch keine einheitliche (höchstrichterliche) Praxis zu den gemischten Rechtsgeschäften herausbilden konnte.⁴⁸ So liegt gemäss den Praxisanweisungen des Kantonalen Steueramts Zürich im Zusammenhang mit Beteiligungsverkäufen ein *gemischtes Rechtsgeschäft* mit veräusserungsfremden Elementen insbesondere dann vor, wenn anlässlich des Verkaufs einer privat gehaltenen Beteiligung folgende Kriterien erfüllt sind:⁴⁹

- i. es handelt sich bei der verkauften Beteiligung um eine personenbezogene Gesellschaft;
- ii. der Kaufpreis entschädigt nicht nur den Substanzwert, sondern weist auch eine erhebliche Goodwill-Komponente auf;
- iii. gleichzeitig wird ein Konkurrenzverbot⁵⁰ und/oder die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses⁵¹ mit dem Verkäufer vereinbart; und
- iv. das Konkurrenzverbot bzw. die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses wird nicht marktgemäss («Drittvergleich») entschädigt.

Sind die Kriterien eines gemischten Rechtsgeschäfts erfüllt, so droht in der Veranlagungspraxis eine Zerlegung des formell erzielten Kapitalgewinns in eine steuerfreie Kapitalgewinnkomponente und eine steuerbare Einkommenskomponente aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bzw. übrigen Einkünften. Die Figur des gemischten Rechtsgeschäfts kann letztlich als Umsetzung der vom Gesetzgeber geforderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Einkommensbegriffs verstanden werden. Damit erfolgt die Abgrenzung (auch) über eine teleologische Auslegung der relevanten Begriffe «Einkommen» und «Kapitalgewinn». Wie erwähnt, sind der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Rahmen der teleologischen Auslegung aber auch Grenzen zu setzen.

Gemäss den Praxisanweisungen sind die genannten Kriterien für das Vorliegen eines gemischten Rechtsgeschäfts nicht abschliessend zu verstehen. Massgebend bleibt zudem immer die Gesamtbetrachtung der Verhältnisse. So wird bei einem Start-Up Unternehmen, das in der Gründungsphase aufgrund mangelnder Liquidität nicht in der Lage ist, marktgerechte Löhne auszubezahlen, keine Umqualifizierung von allfälligen Kapitalgewinnen anlässlich der Veräusserung vorgenommen, solange der bisherige Lohnverzicht nicht offensichtlich missbräuchlich

⁴¹ BGE 139 II 363 E. 2.3 S. 367.

⁴² RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 16), § 16 StG N 111 und N 118; GIORGIO MEIER-MAZZUCATO, Entgeltliche Unternehmensnachfolge von KMU mit Schwerpunkt steuerliche Aspekte, Bern, 2009, 200 ff.

⁴³ BGE 139 II 363 E. 2.4 S. 367.

⁴⁴ ROLAND BÖHLI/MARTIN POLETTI, Mitarbeiterbeteiligungen – Qualifikation des Entgelts bei Veräusserung von Aktien, ST 89 (2015), 386.

⁴⁵ Der vom Bundesgericht verwendete Begriff des «gemischten Rechtsgeschäfts» dürfte sich an die zivilrechtliche Klassifizierung von Innominatverträgen anlehnen. Namentlich wird bei den Arten von Innominatverträgen zwischen gemischten Verträgen (*mixti iuris*) und Verträgen eigener Art (*sui generis*) differenziert. Unter gemischten Verträgen werden einheitliche Verträge verstanden, bei denen Tatbestandsmerkmale verschiedener Vertragstypen kombiniert werden (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 8 f.).

⁴⁶ BGE 139 II 363 E. 2.4 S. 368.

⁴⁷ BARBARA BRAUCHLI ROHRER/EVELINE WILDMAN, Steuerfreier Kapitalgewinn, ST 2015 390 ff., Ziff. 4.3.

⁴⁸ Urteil des VGer SG B 2013/8 und B 2013/9 vom 12. Februar 2014 E. 4.3.2.

⁴⁹ Vgl. ZStP 2015 Nr. 9, 103.

⁵⁰ Gemäss Art. 23 lit. c DBG unterliegen als sog. «übrige Einkünfte» auch «Entschädigungen für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit» der Einkommenssteuer.

⁵¹ Problematisch kann unter diesem Gesichtspunkt auch der Abschluss eines Beratungsverhältnisses sein, etwa wenn die Bedingungen des Beratungsvertrags den «Berater» als faktischen Angestellten erscheinen lassen.

erscheint. Eine «Nachbesteuerung» vergangener Löhne ist gesetzlich nicht vorgesehen und kann auch nicht mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt werden.^{52, 53}

b. Beweislastverteilung

Die für die Steuerpflichtigen zentrale Frage in der Praxis ist das Thema der Verteilung der Beweislast. Gemäss allgemeinen Beweislastgrundsätzen gilt im Steuerrecht, dass steuerbegründende Tatsachen von den Veranlagungsbehörden und steuermindernde Tatsachen von den Steuerpflichtigen zu beweisen sind.⁵⁴ Gelingt es der Veranlagungsbehörde nachzuweisen, dass ein Wertzufluss stattgefunden hat, so begründet dieser Wertzufluss aufgrund der Reinvermögenszugangstheorie und der Einkommensgeneralklausel die natürliche Vermutung, dass es sich um steuerbares Einkommen handelt. Diese Vermutung kann vom Steuerpflichtigen entkräftet werden, indem er nachweist, dass es sich nicht um steuerbares Einkommen, sondern um einen Kapitalgewinn handelt.⁵⁵ Liegt ein Kaufvertrag im Bereich des Privatvermögens vor, so begründet dies jedoch zunächst die tatsächliche Vermutung zugunsten des Steuerpflichtigen, dass der Veräusserungserlös einen (steuerfreien) Kapitalgewinn darstellt und nicht ein Entgelt für allfällige weitere Leistungen des Verkäufers beinhaltet. Es obliegt dann der Veranlagungsbehörde nachzuweisen, dass der Veräusserungserlös ganz oder teilweise keine Kaufpreisqualität besitzt.⁵⁶ Die Rechtsprechung scheint an diesen Nachweis allerdings keine grossen Anforderungen zu stellen; so reicht es bereits, dass, bezogen auf ein gemischtes Rechtsgeschäft, eine ungewöhnliche und erklärungsbedürftige Ungleichbehandlung mehrerer Verkäufer vorliegt.⁵⁷ In diesem Fall kippt die Beweislast wieder auf die Seite des Steuerpflichtigen, der den Gegenbeweis zu erbringen hat, dass trotz grundsätzlichen Vorliegens eines gemischten Rechtsgeschäfts im Kaufpreis dennoch keine Einkommenskomponente enthalten ist.⁵⁸

2.4 Vorbehalt der Steuerumgehung

Wie generell im Steuerrecht gilt der Vorbehalt der Steuerumgehung auch bei der Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen. So prüfen Steuerbehörden Beteiligungsverkäufe, bei denen sie den Verdacht hegen, dass die Lohnkomponente eines verkaufenden und gleichzeitig (weiterhin) in der Gesellschaft tätigen Aktionärs zwecks «Optimierung» des steuerfreien Kapitalgewinns in den Kaufpreis verschoben wurde, (auch) aus Sicht der Steuerumgehung.⁵⁹

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts, die auf der Konzeption von ERNST BLUMENSTEIN⁶⁰ beruht, liegt eine Steuerumgehung vor, wenn

- i. eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich (insolite), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint (objektives Element),
- ii. zudem anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (subjektives Element), und
- iii. das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde (effektives Element).⁶¹

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu prüfen.⁶² Eine Steuerumgehung soll allerdings nur in ganz ausserordentlichen Situationen in Frage kommen, namentlich dann, wenn trotz Heranziehung des Normsinns als Auslegungsschranke eine Besteuerung nicht möglich ist. Mit anderen Worten kann das Gesetz zwar angewendet werden, das Ergebnis erscheint aber aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Sachverhalts in hohem Masse als stossend bzw. käme einer Willkür gleich.⁶³ Die Annahme einer Steuerumgehung geht über die wirtschaftliche Betrachtungsweise hinaus, indem der Besteuerung im Rahmen einer Sachverhaltsfiktion an-

⁵² Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 16), VB zu §§ 16–37a StG N 18 f. («Realitätsprinzip»); weitergehend (wohl) THOMAS KUNZ/ARISTE BAUMBERGER, Steuerlich anerkannte Aktionärsgehälter, Neue Fragestellungen infolge des Dividendenprivilegs (2. Teil), ST 81 (2007), 748.

⁵³ Eine Thesaurierung von Gewinnen kann sowohl betriebs- als auch volkswirtschaftlich sinnvoll sein, da sie die Stabilität der betroffenen Unternehmen massiv erhöht, was insbesondere die Krisenresistenz fördert (SCHENKER [FN 12 [2006]], 221). Eine solche Thesaurierung dürfte in der Regel die Thematik der indirekten Teilliquidation verschärfen.

⁵⁴ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 40), Art. 123 DBG N 77 m.w.N.

⁵⁵ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2011.203/1 ST.2011.279 vom 20. April 2012 E. 2.b).

⁵⁶ BÖHL/POLETTI (FN 44), 389 (unter Verweisung auf Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2012).

⁵⁷ Vgl. hinten Ziff. IV.1.2 zum «asymmetrischen Kaufpreis».

⁵⁸ Urteil des BGer 2P.69/2005 und 2P.269/2003 vom 26. Juni 2005 E. 4.2.3.

⁵⁹ RETO HEUBERGER, Steuerfragen bei Buy-out- und Exit-Transaktionen, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity II, Zürich 2012, 104 mit dem Beispiel eines verkaufenden Alleinaktionärs und Geschäftsführers einer Gesellschaft, der mit Zustimmung des Käufers auf das Closing der Verkaufstransaktion sein Salär massiv kürzt (von CHF 300'000 auf CHF 60'000).

⁶⁰ BLUMENSTEIN (FN 24), 141a ff.; ERNST BLUMENSTEIN, Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung, ASA 8 (1939/40), 238 ff. und 273 ff.

⁶¹ Urteil des BGer 2A.535/2003 vom 28. Januar 2005 E. 4 (= StE 2005 B 25.2 Nr. 7); BGE 131 II 627 E. 5.2 S. 635 f.; BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243; Urteil 2A.123/2006 vom 10. Juli 2006 E. 2.2 (=StE 2006 A 12 Nr. 15).

⁶² Anstelle vieler BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 245.

⁶³ BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243; REICH (FN 16), § 6 Rz. 47.

stelle der formalen (privatrechtlichen) Ausgestaltung des konkreten Sachverhalts ein – mit Blick auf das vom Steuerpflichtigen angestrebte wirtschaftliche Ziel – sachlich angemessener Sachverhalt zugrunde gelegt wird.⁶⁴

Eine klare Grenzziehung zwischen teleologischer Auslegung (unter Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise) und der Steuerumgehung fällt schwer. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass es gar nicht des Rückgriffs auf das Korrektiv der Steuerumgehung bedarf, wenn das Steuergesetz nicht an privatrechtliche Strukturen anknüpft, sondern mit steuerrechtlichen Wirtschaftsbegriffen⁶⁵ operiert.⁶⁶ Diese Ansicht wird vom Bundesgericht explizit verworfen, indem es festhält: *«Der Annahme einer Steuerumgehung liegt – wie bereits ausgeführt – der Gedanke zugrunde, dass die missbräuchliche Geltendmachung eines Rechts bzw. die missbräuchliche Berufung auf eine gesetzliche Norm keinen Schutz verdient. Diese Grundüberlegung gilt jedoch unabhängig davon, ob eine Norm rein zivilrechtlich auszulegen ist oder in wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Ergibt sich, dass eine gewählte Rechtsgestaltung den – letztlich – verfolgten wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen ist und dass die Akzeptanz dieser Rechtsgestaltung aufgrund der Anwendung der hierfür vorgesehenen Gesetzesnormen zu unbilligen Steuereinsparungen führen würde, so verdient die missbräuchliche Berufung auf die letztlich wirtschaftlich nicht gewollte Rechtsgestaltung keinen Schutz. Ob der Inhalt der missbräuchlich in Anspruch genommenen Normen dabei in rein zivilrechtlicher Auslegung oder in wirtschaftlicher Auslegung zu ermitteln ist, ist irrelevant.»*⁶⁷ Ein Rückgriff auf das Korrektiv der Steuerumgehung ist in jedem Fall (noch) nötig, wenn steuergesetzliche Bestimmungen klare Sinnschranken (oft aus Rechtssicherheitsüberlegungen) aufweisen und die teleologische Auslegung an ihre Grenzen stösst.⁶⁸ Das Vorliegen einer Steuerumgehung ist durch die Steuerbehörden nachzuweisen. Dabei dürfen sich die Steuerbehörden nach der Praxis des Bundesgerichts auf sog. natürliche Vermutungen stützen.⁶⁹

⁶⁴ BGE 138 II 239 E. 4.1; REICH (FN 16), § 6 Rz. 24; ohne eine Sachverhaltsfiktion: THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht: Unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: Ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, 217 ff.; vgl. sodann zur «Vektoretheorie»: PETER BÖCKLI, Steuerumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe, in: FS Cagianut, Bern/Stuttgart 1990, 289 ff.

⁶⁵ Vgl. vorne Ziff. III.2.1.

⁶⁶ LOCHER (FN 24), 214 (mit Nachweis älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung); a.M. BGE 138 III 239 E. 4.2 S. 245 f.

⁶⁷ BGE 138 III 239 E. 4.2 S. 245 f.

⁶⁸ REICH (FN 16), § 6 Rz. 48.

⁶⁹ BGE 138 III 4.4 S. 249: So durfte sich beispielsweise die Steuerbehörde «darauf beschränken darzulegen, dass keine wirtschaftlichen oder geschäftlichen Gründe für das Halten des Flugzeugs ersichtlich sind. Daraus ergibt sich die natürliche Vermutung, dass das Flugzeug für private Zwecke des Aktionärs und ihm Nahestehender verwendet wird. [...] Die Steuerpflichtige kann diese Vermutung

Insbesondere scheint das Bundesgericht aus einer absonderlichen Sachverhaltsgestaltung (objektives Element) auf die (einzige) Absicht der Steuerersparnis (subjektives Element) zu schliessen.⁷⁰

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Der Entscheid ist in der Sache sicherlich vertretbar. Das Urteil vermag in seiner Begründung allerdings nicht vollends zu überzeugen. Die Kernerwägung zur Abgrenzung zwischen steuerfreiem privatem Kapitalgewinn und steuerbarem Einkommen (E. 5) ist denkbar kurz gehalten. Das Bundesgericht hat sich weder mit den möglichen Abgrenzungskriterien grundlegend auseinandergesetzt, noch ist es auf den Unterschied zwischen wirtschaftlicher Betrachtungsweise (teleologische Auslegung) und Steuerumgehung eingegangen. Leider hat es das Bundesgericht auch versäumt, den vorliegenden «Spezialfall» von den «Normalfällen» abzugrenzen und insbesondere griffige Kriterien für die steuerliche Behandlung von gemischten Rechtsgeschäften zu entwickeln. Die speziellen Umstände des vorliegenden Falls und die gänzliche Umdeutung des formellen Kapitalgewinns in steuerbares Einkommen werfen die Frage der Grenzen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf bzw. ob der Entscheid nicht mit dem Vorliegen einer Steuerumgehung hätte begründet werden müssen.⁷¹

Zu Recht hat das Bundesgericht vor der Prüfung einer Steuerumgehung zunächst untersucht, ob eine Besteuerung aufgrund einer teleologischen Auslegung (wirtschaftliche Betrachtungsweise) zulässig ist. Indem es eine gestaffelte Kaufpreiszahlung, die an den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geknüpft ist, als «atypisch» taxierte, konnte das Bundesgericht die Massgeblichkeit der formalen Rechtsgestaltung verneinen. Stattdessen stellte es auf den wirtschaftlichen Gehalt der Abmachungen zwischen den Vertragsparteien ab und lokalisierte den «veräusserungsfremden Teil» im Aktienkaufvertrag. Während gestaffelte und gleichzeitig bedingte – z.B. an gewisse Umsatzzahlen anknüpfende – Kaufpreiszahlungen (Earn-outs) an und für sich nicht unüblich sind, ist die (formelle) Anknüpfung eines Earn-outs an die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich eher unüblich.⁷² Daraus folgte das Bundesgericht, dass der abgegoltene Goodwill erst dadurch entstand, dass der Aktienkaufvertrag eine «erhebliche arbeitsrechtliche Komponente» aufwies. Ohne weiteren Begründungsaufwand qualifizierte das Bundesgericht den gesamten Kapitalgewinn in steuerbares

jedoch entkräften, indem sie nachweist, dass das Flugzeug für geschäftliche Zwecke benötigt wird.»

⁷⁰ BGE 138 III 239 E. 4.3.3 S. 249.

⁷¹ So OPEL/STILLHART-ZIMMERMANN (FN 11), 19.

⁷² Vgl. dazu hinten Ziff. IV.1.1. Eine solche Verknüpfung erinnert an eine Gratifikation.

Einkommen um. Dieses Vorgehen gibt doch zu einigen kritischen Bemerkungen Anlass.

Vorliegend wurde die Qualifikation des gesamten Kapitalgewinns als Salärbestandteil dadurch begünstigt, dass ein sehr hoher personenbezogener Goodwill (reine Dienstleistungsgesellschaft ohne nennenswerten Kundenstamm⁷³) vorlag, welcher in einem engen wirtschaftlichen und kausalen Zusammenhang mit der (zukünftigen) unselbständigen Erwerbstätigkeit von A. für die Z. AG. bestand. Dass der ganze Goodwill innerhalb kürzester Zeit (einen Monat nach der Gründung der Z. AG) durch die (teilweise) Veräusserung der Aktien der Z. AG realisiert wurde, legt nahe, dass der Kapitalgewinn nicht auf einen Wertzuwachs während der Haltedauer des A. zurückzuführen war.⁷⁴ In diesem Zusammenhang stellt sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die (Folge-)Frage, ob der vorliegend besteuerte Goodwill in der ursprünglichen Gesellschaft (X. AG) geschaffen wurde. Bei einer solchen Betrachtung müsste von einer «unterpreisigen» – d.h. nicht dem *Drittvergleich* stehhaltenden – Überlassung von Goodwill durch die X. AG (ehemalige Arbeitgeberin) an die Partner ausgegangen werden.⁷⁵ Die Problematik einer solchen Betrachtung dürfte, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausführte, darin bestehen, dass die X. AG über den personenbezogenen Goodwill nicht wirklich zu verfügen in der Lage war. Namentlich wäre es der X. AG rechtlich nicht möglich gewesen, das Know-How des ausgegliederten Corporate Finance Teams vermögensmässig an sich zu binden bzw. dieses zu veräussern; vielmehr hätten die Teammitglieder auch einfach kündigen können.⁷⁶ Naheliegender ist deshalb, davon auszugehen, dass der veräusserbare Goodwill rein personenbezogen war und letztlich allein die zukünftige Arbeitsleistung der Partner und die mit dem ganzen Team erzielbaren Umsätze «verkauft» werden sollten. Daraus schloss das Bundesgericht, dass der gesamte Kaufpreis inklusive der bei Vertragsschluss bezahlten ersten Tranche (und nicht etwa lediglich die nachträglich zahlbaren, vom Bestand des

Arbeitsverhältnisses abhängigen Tranchen) in Erwerbseinkommen umzuqualifizieren sei. Somit war nicht mehr von einem gemischten Rechtsgeschäft auszugehen, sondern von einer vollständigen Negierung der zivilrechtlichen Gestaltung. Nach der hier vertretenen Ansicht überschreitet ein solches Vorgehen die zulässigen Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus folgenden Gründen:

Zum einen hatte das Steuerrekursgericht gutachterlich feststellen lassen, dass der bezahlte Kaufpreis für die Aktien durchaus innerhalb der Schätzungsbandbreite des Verkehrswerts lag. Nach Ansicht des Bundesgerichts könne aus dieser Tatsache jedoch noch nicht abgeleitet werden, dass es sich «a priori» nicht um Erwerbseinkommen handle.⁷⁷ Für das Bundesgericht stand wohl unausgesprochen das Kriterium der Adäquanz in Frage, wonach der Kapitalgewinn nur dann als solcher zu behandeln ist, wenn er als adäquate Folge des Vermögensabgangs erscheint. Die Überlegung des Bundesgerichts ist vorliegend allerdings schwer nachvollziehbar und hätte einer weiteren Erläuterung bedurft: Liegt der für die Aktien vereinbarte Kaufpreis im Rahmen der (unabhängigen) Verkehrswertschätzungen, darf daraus durchaus geschlossen werden, dass der Kaufpreis tatsächlich – auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – für die Aktien bezahlt wurde; in einer solchen Konstellation erscheint der Kaufpreis mithin als Gegenwert (Erlös) für das durch die Veräusserung realisierte Vermögensrecht.⁷⁸ Daher scheint die vollständige Umqualifizierung des Kaufpreises in Erwerbseinkommen allein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als doch eher zweifelhaft, denn der Kaufpreis enthält unter diesen Umständen aus wirtschaftlicher Sicht bzw. Bewertungssicht ja gerade keine gemischte (veräusserungsfremde) Komponente. Wie vorstehend erläutert,⁷⁹ liegt die Beweislast in Bezug auf das Vorliegen einer veräusserungsfremden Komponente bei den Steuerbehörden. Das Bundesgericht bleibt jedoch die Begründung, weshalb bei nachgewiesener Werthaltigkeit des Kaufgegenstandes gleichwohl eine veräusserungsfremde Komponente vorliege, schuldig.

Hinzu kommt, dass mit Blick auf die vorstehend erwähnten Kriterien für die Annahme eines gemischten Rechtsgeschäfts⁸⁰ eine Prüfung, ob die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses von A. marktgemäss («Drittvergleich») entschädigt wurde, gänzlich unterblieb; eine marktgemässe Entlohnung würde eine (teilweise) Umqualifizierung des Kapitalgewinns unter dem Titel Erwerbseinkommen ausschliessen. Diesbezüglich hatte das Steuerrekursgericht des Kantons Zürich die Voraussetzungen kurzerhand umgedreht und argumentiert, dass eine Entlohnung im Be-

⁷³ Gemäss eigener Aussage des Steuerpflichtigen A. besteht in diesem Geschäft kein Kundenstamm (vgl. Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2011.203/1 ST.2011.279 vom 20. April 2012 E. 3c)bb/cc) (ein Kundenstamm existierte lediglich im nebensächlichen Bereich Real Estate). Es kann den Urteilen auch nicht entnommen werden, dass hinsichtlich des Corporate Finance Teams ein über die Partner hinausgehender «Brand» (Markenwert) bestand.

⁷⁴ Vgl. für dieses Kriterium vorne Ziff. III.2.2 zu den «Abgrenzungskriterien».

⁷⁵ Dies könnte steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung (bei Betonung des Beteiligungsverhältnisses von A. an der X. AG) oder als Abgangsentschädigung (bei Betonung des Arbeitsverhältnisses von A. mit der X. AG) qualifiziert werden.

⁷⁶ Urteil des VGer ZH SB.2014.00014 vom 14. Mai 2014 E. 4.1. Diese Problematik ist bekannt bei Sacheinlagen, wonach Arbeitsleistungen und persönliche Fähigkeiten grundsätzlich nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein können (PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 15 Rz. 12; BSK OR II-SCHENKER, Art. 628 OR N 3).

⁷⁷ Urteil des BGer 2C_618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.2.

⁷⁸ Vgl. zu diesem Erfordernis vorne Ziff. III.2.2.

⁷⁹ Vorne Ziff. III.2.3b.

⁸⁰ Vorne Ziff. III.2.3a.

reich Corporate Finance «gegen oben offen» und auch ein Bonus von CHF 1 Mio. pro Jahr (bei einem Nettolohn von CHF 590'553.70⁸¹) nicht aussergewöhnlich sei.⁸² In diesem Zusammenhang hätte es jedoch an den Steuerbehörden gelegen nachzuweisen,⁸³ dass der Nettolohn von CHF 590'553.70 eindeutig zu tief festgelegt wurde. Dies hätte primär über einen Vergleich mit dem vormaligen Salär von A. bei der X. AG erfolgen müssen. Stattdessen begnügte sich das Steuerrekursgericht mit der lapidaren Feststellung, dass sich das aus dem konvertierten Kapitalgewinn resultierende Einkommen noch innerhalb der maximal denkbaren Salärhöhe von A. bewege. Eine solche Begründung kann für die Umqualifizierung eines Kapitalgewinns (einzig) gestützt auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht ausreichen, zumal – wie bereits ausgeführt – die «Werthaltigkeit» der Aktien gutachterlich erstellt war. Vielmehr hätte der Weg über eine Prüfung der (engeren) Kriterien für das Vorliegen einer Steuerumgehung führen müssen.

Die Vorinstanz hatte denn auch im Rahmen einer Eventualbegründung das Vorliegen einer Steuerumgehung bejaht. Für die Vorinstanz sprachen insbesondere die folgenden Gründe für die Annahme einer Steuerumgehung:⁸⁴

- *Branchenunübliches Vorgehen:*
Nach Ansicht der Vorinstanz erfolgten Übertritte solcher Teams üblicherweise direkt in eine Gesellschaft der übernehmenden Gruppe begleitet von der Zahlung von Antrittsschädigungen und allenfalls Ausgabe von Mitarbeiterbeteiligungen.
- *Unübliche Strukturierung:*
Die kurzfristige Gründung der Z. AG mit sogleich anschliessender Veräusserung an die Bank Z. erschien der Vorinstanz konstruiert, d.h. als den wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht angepasst. Die Vorinstanz hielt es für fraglich, ob die Partner tatsächlich über einen längeren Zeitraum die alleinige unternehmerische Verantwortung für die Tochtergesellschaft Z. AG hätten tragen wollen.
- *Mangelnde Kapitalisierung:*
Die Z. AG erschien zudem nicht ausreichend kapitalisiert für eine zeitlich unbeschränkte operative Tätigkeit; die ausreichende Kapitalisierung wurde erst nach der Übernahme durch die Bank Z. hergestellt.

Somit waren sowohl das Kriterium der absonderlichen Sachverhaltsgestaltung (objektives Element) als auch die Kriterien der (einzigen) Absicht der Steuerersparnis

(subjektives Element) und der effektiven Steuerersparnis (effektives Element) aus Sicht der Vorinstanz erfüllt. Nach Ansicht der Vorinstanz hätte ein – nicht rein steuerlich getriebenes – sachlich angemessenes Vorgehen darin bestanden, sich den formal als Kapitalgewinn vereinnahmten Betrag in Form von Antritts- und Treupremien ausrichten zu lassen. Eine entsprechende, allein steuerlich motivierte Konversion von zukünftigem Lohn in Kapitalgewinn wird von der Lehre denn auch grundsätzlich als Steuerumgehung qualifiziert.⁸⁵

Der vorliegende Fall zeigt, dass durchaus Sachverhaltskonstellationen denkbar sind, bei denen die wirtschaftliche Betrachtungsweise an ihre Grenzen stösst, selbst wenn es sich um die Auslegung eines «steuerrechtlichen Wirtschaftsbegriffs» (Einkommen) handelt. Vorliegend hätte die vom Bundesgericht vertretene Besteuerung des (ganzen) formal erzielten Kapitalgewinns als Einkommen lediglich unter dem Titel einer Steuerumgehung erfolgen dürfen, andernfalls die Auslegung nach der hier vertretenen Auffassung tatsächlich zum «Spiel ohne Grenzen» verkommt.⁸⁶

IV. Bedeutung für die Praxis

In der Praxis hat der vorliegend besprochene Bundesgerichtsentscheid bereits für einiges Aufsehen gesorgt. So lautet beispielsweise der Titel einer in der NZZ erschienenen Kommentierung des Entscheids: «*Bald kein steuerfreier Kapitalgewinn mehr bei Firmenverkäufen?*».⁸⁷ Ganz so schlimm steht es zum Glück nicht: Eine Analyse der Entscheide zeigt, dass sowohl das Bundesgericht als auch die Vorinstanzen die speziellen Umstände des Sachverhalts (insbesondere auch die zeitlichen Abläufe) wiederholt hervorgehoben haben – unabhängig davon, ob die Einkommensbesteuerung mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise oder mit einer Steuerumgehung begründet wurde. Mit anderen Worten ist der hier besprochene Bundesgerichtsentscheid nur sehr beschränkt verallgemeinerungsfähig.

1. Form der Abgeltung ist unbedeutend

Wenn es um die Optimierung eines steuerfreien Kapitalgewinns geht, sind der Kreativität der Steuerpflichtigen oft keine Grenzen gesetzt.⁸⁸ Deshalb ist es nicht

⁸¹ Dieser Nettolohn von CHF 590'553.70 setzte sich offenbar aus einem branchenüblichen Fixlohn sowie einem marktgerechten gewinnabhängigen Bonus zusammen.

⁸² Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2011.203/1 ST.2011.279 vom 20. April 2012 E. 3c)ee).

⁸³ Vorne Ziff. III.2.3b.

⁸⁴ Urteil des VGer ZH SB.2014.00014 vom 14. Mai 2014 E. 5.2. Zu den Voraussetzungen der Steuerumgehung siehe vorne Ziff. III.2.4.

⁸⁵ HEUBERGER (FN 59), 104.

⁸⁶ REICH (FN 16), § 6 Rz. 48, insb. auch Anm. 61; vgl. auch OPEL/STILLHART-ZIMMERMANN (FN 11), 19.

⁸⁷ Offenbar wurde dieser Titel der Kommentierung erst später in der «Online-Ausgabe» der NZZ verwendet. Vgl. FN 11 zum ursprünglichen Titel der von OPEL/STILLHART-ZIMMERMANN vorgenommenen Kommentierung FN 11.

⁸⁸ In der Praxis wird häufig versucht, einzelnen Managern noch kurz vor dem Verkauf des Unternehmens die Möglichkeit eines steuerfreien Kapitalgewinns einzuräumen.

möglich, alle Konstellationen zu erfassen, bei denen der steuerfreie Kapitalgewinn besonders gefährdet ist. Nachfolgend werden einige Konstellationen bzw. Indizien genannt, bei denen eine veräusserungsfremde Komponente naheliegt. Dabei zeigt sich, dass aus steuerlicher Sicht *nicht primär die Form der Zahlung* relevant ist, sondern der *Grund* für die Zahlung. Mögliche Erscheinungsformen von Vereinbarungen mit veräusserungsfremden Elementen sind in der Praxis insbesondere der Earn-out und die asymmetrische Kaufpreiszahlung, wobei auch weitere Formen denkbar sind.⁸⁹

1.1 Earn-out

Beim *Earn-out* handelt es sich um einen gestaffelten, variablen Kaufpreis(anteil)⁹⁰, der von einem zukünftigen Ereignis abhängig ist (bedingter Kaufpreis).⁹¹ Earn-outs werden häufig dann eingesetzt, wenn die Erwartungen von Verkäufer und Käufer bezüglich der zukünftigen Entwicklung des Zielunternehmens und damit die Kaufpreisvorstellungen erheblich divergieren.⁹² Dementsprechend basiert der Earn-out in der Regel auf der Entwicklung bestimmter Kennzahlen des Zielunternehmens (Gewinn- und Verlustrechnung); daneben sind Earn-outs auch als Anreizinstrument in personenbezogenen Branchen anzutreffen.⁹³ Häufig – aber nicht immer – wird der Earn-out-berechtigte Verkäufer im Zielunternehmen für eine gewisse Periode weiterarbeiten. Dabei ist eine formale Verknüpfung zwischen der Pflicht zur Bezahlung des Earn-outs und dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses oder der Eingehung eines Konkurrenzverbots (Bedingung) in der Praxis eher selten anzutreffen.⁹⁴

Ob eine Kaufpreiszahlung gestaffelt⁹⁵ und bedingt erfolgt oder nicht, ist für das Vorliegen eines steuerfreien privaten Kapitalgewinns grundsätzlich irrelevant. Steuerlich problematisch werden Earn-outs dann, wenn de-

ren Auszahlung zivilrechtlich an eine über die Übertragung der Aktien hinausgehende Leistung des Verkäufers geknüpft ist, namentlich an dessen Weiterarbeit im verkauften Unternehmen oder an die Einhaltung eines Konkurrenzverbots.⁹⁶

Aus dem Gesagten erhellt, dass in einer Vielzahl der Fälle ein Earn-out aus der steuerlichen Optik des gemischten Rechtsgeschäfts unproblematisch sein wird. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Grund für die Vereinbarung des Earn-outs tatsächlich darin liegt, divergierende Bewertungs- und Kaufpreisvorstellungen zu überbrücken. In einer solchen Konstellation wird der Earn-out keine verdeckte Lohnkomponente enthalten, sondern die «ambitionierten» Wert- und Kaufpreisvorstellungen des Verkäufers im Falle der Zielerreichung vergüten.

1.2 Asymmetrischer Kaufpreis

Gleiches gilt, wenn der Verkäufer – ganz grundsätzlich oder im Rahmen des Earn-outs – einen Anteil am Gesamtkaufpreis erhält, der seine Beteiligungsquote am verkauften Unternehmen übersteigt («*asymmetrischer Kaufpreis*'). Auch hier muss nach dem Grund der asymmetrischen Kaufpreiszahlung gefragt werden. Steuerlich unproblematisch ist, wenn der Grund dafür im Verkauf der Beteiligung selbst liegt, namentlich wenn die verkaufte Beteiligung einen über die Beteiligungsquote (am Kapital) hinausgehenden Mehrwert verkörpert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verkäufer ein Mehrheitspaket (Kontrollprämie⁹⁷), Vorzugs- oder Stimmrechtsaktien verkauft.

2. Inhalt der Abgeltung ist entscheidend

Nach der Theorie des gemischten Rechtsgeschäfts ist steuerlich problematisch, wenn der Grund einer Kaufpreiszahlung – unabhängig davon, ob die Zahlung in Form eines Earn-outs, eines asymmetrischen Kaufpreises oder in anderer Form erfolgt – darin liegt, dass damit verdeckt eine (teilweise) Entschädigung für die Mitarbeit oder für ein Konkurrenzverbot des Verkäufers erfolgen soll.

2.1 Erwerbseinkommen

Ob der Kaufpreis bzw. ein Teil des Kaufpreises eine verdeckte Entschädigung für die Weiterarbeit des Verkäufers enthält, ist aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. In diesem Zusammenhang werden auch die Plausibilität der Unternehmensbewertung

⁸⁹ Vgl. zur Form der Garantie hinten Ziff. IV.3; eine weitere denkbare Form wäre die Einräumung von Call- oder Put-Optionen, welche einem in der Gesellschaft mitarbeitenden Aktionär einen präferentiellen Verkauf seiner Mitarbeiteraktien erlaubt. Solche Optionen können beispielsweise in einem Aktionärsbindungsvertrag vorgesehen sein.

⁹⁰ Zur Möglichkeit eines (negativen) Earn-out als negativer Kaufpreis siehe MARKUS VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 98 (2002), 510.

⁹¹ VISCHER (FN 90), 509.

⁹² FRANK J. MATZEN, Ablauf einer Transaktion, in: Hermann J. Knott/Werner Mielke, Unternehmenskauf, 4. Aufl., Köln 2012, Rz. 132; OLIVER BLUM, Internationaler Vergleich typischer Klauseln aus M&A-Verträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, 232.

⁹³ BLUM (FN 92), 232.

⁹⁴ Zu den häufigsten Earn-out Kriterien: CMS European M&A Study 2015 (FN 106), 12; FRANK J. MATZEN (FN 92), Rz. 131; vgl. immerhin VISCHER (FN 90), 511 betr. «Kündigung durch gewisse Schlüsselmitarbeiter», wobei dies nicht zwingend mit der Verpflichtung zur Weiterarbeit des Verkäufers gleichzusetzen ist.

⁹⁵ Dem gestaffelten Verkaufspreis kann aus Sicht des Verkäufers eine Finanzierungsfunktion zukommen (TSCHÄNI/DIEM/WOLF [FN 12], 4. Kap. Rz. 12).

⁹⁶ Dazu sogleich Ziff. IV.2.

⁹⁷ Bei Verkauf von börsennotierten Aktien ist die Bezahlung einer Kontrollprämie (börsenrechtlich) ausgeschlossen.

im Verkaufszeitpunkt und der für die Aktien bezahlte Kaufpreis eine wesentliche Rolle spielen.

Ein starkes Indiz für eine steuerlich problematische Kaufpreiszahlung liegt vor, wenn – wie im besprochenen Bundesgerichtsentscheid – die Auszahlung zivilrechtlich an die Bedingung der Weiterbeschäftigung des Verkäufers geknüpft ist. Ebenfalls als Indiz zu werten ist, wenn der sich zur Weiterarbeit verpflichtende Verkäufer⁹⁸ einen Anteil des Gesamtkaufpreises erhält, der seine Beteiligungsquote am verkauften Unternehmen übersteigt (asymmetrischer Kaufpreis).⁹⁹ Diesbezüglich hat das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid aus dem Jahr 2005 festgehalten: *«Es bleibt aber dabei, dass die Ungleichbehandlung der Verkäufer bezüglich des Kaufpreises der Aktionäre ungewöhnlich ist und einen entsprechenden Erklärungsbedarf hervorrief»*.¹⁰⁰ Kann die «Ungleichbehandlung» aus wirtschaftlicher Perspektive nicht mit dem Verkauf der Beteiligung selbst begründet werden (Kontrollprämie, Vorzugs- oder Stimmrechtsaktien) und arbeitet der – im Verhältnis zur veräusserten Beteiligung – zusätzlich entschädigte Verkäufer weiter im verkauften Unternehmen, spricht tatsächlich einiges dafür, dass es sich im Ausmass der Ungleichbehandlung um eine verdeckte Entschädigung für die Weiterarbeit handelt. Entscheidende Bedeutung kommt dabei auch dem Umstand zu, ob der Verkäufer für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses marktgemäss («Drittvergleich») entschädigt wird. In der Praxis ist es jedoch schwierig festzustellen, wann eine Entschädigung eines Mitarbeiters nicht mehr marktgemäss ist. Naheliegend erscheint – im Sinne einer unteren Grenze – ein Vergleich der Lohnsituation vor und nach dem Verkauf. Kann der Verkäufer eine marktgemässe Entschädigung für die Arbeitstätigkeit belegen, darf es zu keiner Besteuerung unter der Rechtsfigur des gemischten Rechtsgeschäfts kommen.¹⁰¹

Weiter kann sich ein asymmetrischer Kaufpreis auch dadurch ergeben, dass die Verkäufer den im Kaufvertrag vorgesehenen Gesamtkaufpreis intern, d.h. unter den Verkäufern, nicht entsprechend der Kapitalquote am verkauften Unternehmen verteilen.¹⁰² Die Grundlage einer solchen Verteilung des Verkaufserlöses bildet in der Regel ein Aktionärbindungsvertrag.¹⁰³ Häufig dürfte es sich bei einer solchen internen Regelung um eine Anreizstruktur für das mitbeteiligte Top-Management

(Verkaufsbonus) handeln. In einer solchen Konstellation kann der Grund für den asymmetrischen Kaufpreis in einer verdeckten Entschädigung für bisherige Arbeit liegen.¹⁰⁴

2.2 Konkurrenzverbot

Bei einem Verkauf eines Unternehmens sehen die Vertragsparteien häufig vor, dass der Verkäufer für eine bestimmte Zeit¹⁰⁵ einem Konkurrenzverbot unterliegt.¹⁰⁶ Damit will der Käufer den wirtschaftlichen Wert des Unternehmens für eine gewisse Zeit absichern. Oft ist das Konkurrenzverbot des Verkäufers im Aktienkaufvertrag selber geregelt, wobei für die Einhaltung des Konkurrenzverbots keine separate Entschädigung vorgesehen wird. Auch ist die formelle Verknüpfung zwischen der Verpflichtung zur (teilweisen) Kaufpreiszahlung und einem Konkurrenzverbot (im Sinne einer Bedingung) in der Praxis selten anzutreffen.¹⁰⁷ Stattdessen vereinbaren die Parteien häufig eine Konventionalstrafe, sollte der Verkäufer gegen das Konkurrenzverbot verstossen.

Entschädigungen für den Abschluss eines Konkurrenzverbotes gelten grundsätzlich als steuerbare Einkünfte für die Nichtausübung eines Rechts i.S.v. Art. 23 lit. c DBG und unterliegen dementsprechend der Einkommensbesteuerung.¹⁰⁸ Dies gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unabhängig davon, ob eine solche (separate) Entschädigung in einer eigenen Vereinbarung oder im Aktienkaufvertrag selbst ausgewiesen ist.¹⁰⁹ Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, bei denen die Parteien keine vertragliche Aufteilung zwischen Kaufpreis und

¹⁰⁴ Urteil des VGer SG B 2013/8 und B 2013/9 vom 12. Februar 2014. Dass diese Entschädigung letztlich durch den bisherigen Hauptaktionär bzw. die anderen Aktionäre – und nicht durch die Zielgesellschaft selbst – bezahlt wird, dürfte entsprechend den Erwägungen des Bundesgerichts im vorliegend besprochenen Entscheid für die steuerliche Qualifikation als Erwerbseinkommen unerheblich sein.

¹⁰⁵ Aus *kartellrechtlicher* Sicht sind Konkurrenzverbote als Nebenabreden in Aktienkaufverträgen (*«ancillary restraints»*) in der Regel für eine Zeitperiode von 2–3 Jahren ab Vertragsunterzeichnung zulässig, je nachdem ob Know-how mitübertragen wird (vgl. Entscheid der WEKO in Sachen «ISS/Edelweissfm» vom 28. Juli 2006, RPW 2006/4, 682 ff.; Entscheid der WEKO in Sachen «Migros/Galaxus» vom 18. Juli 2012, RPW 2012/2, 846 ff.; Bekanntmachung der EU Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (2005/C 56/03), insb. Rz. 18 ff.). Darüber hinausgehende Konkurrenzverbote müssten durch eine besondere Kundentreue gerechtfertigt werden.

¹⁰⁶ CMS European M&A Study 2015, 7. Ausgabe, 12 (die Studie kann bei CMS von Erlach Poncet AG angefragt werden), 31.

¹⁰⁷ Vorne FN 94; vgl. als Beispiel einer solchen Anknüpfung das Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2010.235/1 ST.2010.330 vom 4. Februar 2011 E. 4c.

¹⁰⁸ Urteil des BGer 2A.549/2004 vom 24. Januar 2005 E. 2.1.

¹⁰⁹ Vgl. Urteil des BGer 2A.549/2004 vom 24. Januar 2005 E. 2.1. Der Einwand des Beschwerdeführers, die im Kaufvertrag ausgewiesene Unterteilung in eine Kapitalgewinnkomponente und in eine Entschädigung für das Konkurrenzverbot sei rein auf Druck der Käuferin zustande gekommen und deshalb als simuliert zu betrachten, verfiel – für den Praktiker wenig erstaunlich – nicht (Urteil des BGer 2A.549/2004 vom 24. Januar 2005 E. 2.4).

⁹⁸ Eine solche Verpflichtung kann auch ausserhalb des Aktienkaufvertrags (z.B. in einem Arbeitsvertrag) enthalten sein.

⁹⁹ Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (FN 16), § 16 N 127 m.w.N.

¹⁰⁰ Urteil des BGer 2P.69/2005 und 2P.269/2003 vom 16. Juni 2005 E. 4.2.3.

¹⁰¹ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2012 E. 4c).

¹⁰² Urteil des VGer SG B 2013/8 und B 2013/9 vom 12. Februar 2014.

¹⁰³ So auch im Urteil des VGer SG B 2013/8 und B 2013/9 vom 12. Februar 2014.

Entschädigung für ein Konkurrenzverbot vornehmen. In solchen Konstellationen untersuchen die Steuerbehörden, ob mit der Kaufpreiszahlung eine *verdeckte Entschädigung* für das Konkurrenzverbot erfolgte.¹¹⁰ Augenscheinlich problematisch ist eine Verknüpfung der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung mit der Einhaltung des Konkurrenzverbots, wie sie dem Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2011 zugrunde lag. Namentlich war die Auszahlung der letzten Tranche von 20 % des Kaufpreises von der Einhaltung eines zweijährigen Konkurrenzverbots durch den Verkäufer abhängig gemacht worden. In Anbetracht dessen, dass die Zahlung bei Verletzung des Konkurrenzverbots unabhängig vom Vollzug des Vertrags verfiel, lag steuerbares Einkommen vor.¹¹¹ Sodann kann auch ein – im Vergleich zur Beteiligungsquote am verkauften Unternehmen – höherer, d.h. asymmetrischer Kaufpreis zugunsten des (im Unterschied zu den übrigen Verkäufern) einem Konkurrenzverbot unterliegenden Verkäufers für eine verdeckte Entschädigung für das Konkurrenzverbot sprechen.¹¹² Keine Hinweise auf eine verdeckte Entschädigung für das Konkurrenzverbot sah das Steuerrekursgericht des Kantons Zürich dagegen in einem Fall, in welchem die Einhaltung eines fünfjährigen Konkurrenzverbots mit einer Konventionalstrafe abgesichert wurde.¹¹³ Massgebende Entscheidungsgrundlagen waren die Tatsache, dass die Preisbestimmung nachvollziehbar war, aufgrund des Alters des Verkäufers (61 Jahre) nicht wirklich von einer Belastung durch das Konkurrenzverbot auszugehen war und die Veranlagungsbehörde keine weiteren Nachweise für eine steuerbare Entschädigungskomponente vorzubringen vermochte.¹¹⁴

3. Vertragsgestaltung

Aufgrund der Tatsache, dass die Steuerbehörden eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anwenden, spielt die Form der Ausgestaltung der Kaufpreiskomponenten nur eine sehr begrenzte Rolle.¹¹⁵ So ist es aus steuerlicher Sicht beispielsweise unerheblich, ob die Parteien statt eines Earn-outs eine selbständige Garantie vereinbaren.

Aus wirtschaftlicher Sicht kann mittels der Aufnahme einer *selbständigen Garantie* in den Aktienkaufvertrag, mit welcher der Verkäufer gewisse Kennzahlen für eine bestimmte Zeitperiode garantiert, ein gleiches oder ähnliches Resultat wie mit einem kennzahlenabhängigen Earn-out erzielt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Garantiefall noch durch einen Kaufpreiserückbehalt (Escrow) abgesichert wird.¹¹⁶ Gegen die Vereinbarung einer solchen Garantie ist aus steuerlicher Sicht (wie beim «reinen», kennzahlenbasierten Earn-out) auch nichts einzuwenden, solange der Garantiefall nicht von der Weiterarbeit des Verkäufers oder der Einhaltung eines Konkurrenzverbots abhängig gemacht wird.¹¹⁷

Auch wenn vertragsgestalterische Massnahmen regelmässig sehr stark vom konkreten Einzelfall abhängen, erscheint es aufgrund der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zumindest empfehlenswert, im Rahmen der Vertragsgestaltung folgende Punkte zu beachten:

- Kaufpreiszahlungen bzw. Tranchen nicht von der Einhaltung des Anstellungsverhältnisses bzw. des Konkurrenzverbots abhängig zu machen;
- Berechnung des Kaufpreises bzw. des Earn-outs zu dokumentieren (insb. unterschiedliche Wert- und Kaufpreisvorstellungen), um nötigenfalls eine verdeckte Entschädigung für unselbständige Erwerbstätigkeit oder das Eingehen eines Konkurrenzverbots widerlegen zu können;
- Vereinbarung einer marktgemässen Entschädigung im Falle der Weiterarbeit des Verkäufers, welche in einem separaten Arbeitsvertrag dokumentiert wird;
- Regelung über die Steuerfolgen im Falle einer Umqualifizierung des Kapitalgewinns.

In Bezug auf den letzten Punkt wäre es denkbar, dass sich der Käufer im Aktienkaufvertrag verpflichtet, den Verkäufer schadlos zu halten, sofern die Steuerbehörden den steuerfreien Kapitalgewinn (teilweise) in steuerbares Einkommen umqualifizieren. Solche Schadloshaltungsklauseln sind bereits im Zusammenhang mit der indirekten Teilliquidation bekannt,¹¹⁸ waren aber für die vorliegende Thematik (zumindest) bislang in der Praxis nicht zu beobachten. Ob der Verkäufer die Aufnahme einer solchen Schadloshaltung verlangen kann, ist primär eine Frage seiner Verhandlungsstärke. Da der Ersatz des Steuerschadens wiederum als steuerbares Erwerbseinkommen zu betrachten wäre, sollte aus Sicht des Verkäufers

¹¹⁰ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2010.222/1 ST.2010.311 vom 29. Juni 2011 E. 4c.

¹¹¹ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2010.235/1 ST.2010.330 vom 4. Februar 2011 E. 4c.

¹¹² Unklar diesbezüglich das Urteil des BGer 2P.69/2005 und 2P.269/2003 vom 26. Juni 2005 E. 4.2.3. Namentlich hält das Bundesgericht bei der Abgrenzung zu Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit fest: «Danach hätte der Beschwerdeführer [...] den Gegenbeweis dafür erbringen müssen, dass mit dem «Kaufpreis» nicht nur der Wert der Aktien, sondern noch andere Gegenleistungen (wie z.B. das Konkurrenzverbot) abgegolten werden sollten.»

¹¹³ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2010.222/1 ST.2010.311 vom 29. Juni 2011.

¹¹⁴ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2010.222/1 ST.2010.311 vom 29. Juni 2011 E. 2c/cc).

¹¹⁵ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich 1 DB.2011.61/1 ST.2011.91 vom 12. Juli 2011 E. 2b.

¹¹⁶ VISCHER (FN 90), 511.

¹¹⁷ Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich vom 20. April 2012 E. 4c): «Mithin ist zu untersuchen, ob die Verträge Klauseln enthalten, welche den Verbleib des Pflichtigen garantieren bzw. die Käuferin bei Weggang des Pflichtigen schadlos halten sollen. Dies kann geschehen durch positive (wie zukünftige Leistungen beim Verbleib) oder negative Anreize (Konventionalstrafen, bedingte Kaufpreiserückleistungsverpflichtungen bei Weggang).»

¹¹⁸ Vgl. dazu beispielsweise HINNY (FN 12), 295.

fers im Rahmen der Schadloshaltung eine «Gross-up» Klausel (Iteration) gewählt werden.¹¹⁹

4. Schutz durch Steuerruling?

Theoretisch ist es denkbar, die Frage des Vorliegens eines gemischten Rechtsgeschäfts den zuständigen Steuerbehörden vorab zur Prüfung zu unterbreiten. Dies dürfte insbesondere dann in Betracht gezogen werden, wenn die Parteien in Übereinstimmung mit den Steuerbehörden die steuerbare und die steuerfreie Komponente im Voraus verbindlich abstimmen und dokumentieren möchten. Allerdings stösst das Instrument des Steuerrulings¹²⁰ bei binären Fragen wie dem Vorliegen eines steuerfreien privaten Kapitalgewinns an seine Grenzen. Einerseits sind die Steuerbehörden generell zurückhaltend, wenn es um die Vorabbestätigung steuerfreier privater Kapitalgewinne geht; aus fiskalischen Gründen bevorzugen sie eine ex post Betrachtung, in der Regel über mehrere Perioden hinweg. Andererseits ist der Handlungsspielraum des Verkäufers oft stark begrenzt: bei negativem Ausgang der Rulinganfrage dürften die zur Verfügung stehenden Strukturierungsalternativen aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums der Transaktion in der Regel bereits erschöpft sein. Mit anderen Worten macht eine Rulinganfrage nur dann Sinn, wenn die Parteien bereit und überhaupt in der Lage sind, alternative Transaktionsstrukturen umzusetzen, sofern die Rulinganfrage negativ ausfällt.

¹¹⁹ Gemeint ist damit, dass der Wortlaut der vertraglichen Schadloshaltung nicht nur die Steuern aus der Umqualifizierung von Kapitalgewinn in Einkommen selbst erfassen soll, sondern auch die Einkommenssteuern aus der Schadloshaltung (bzw. den Schadloshaltungen) selbst.

¹²⁰ Vgl. zum Steuerruling RENÉ SCHREIBER/ROGER JAUN/MARLENE KOBIERSKI, Steuerruling – Eine systematische Auslegeordnung unter Berücksichtigung der Praxis, ASA 80 (2011/2012), 293 ff.