

# Haftung und Steuerklauseln in Unternehmenskaufverträgen

Dr. iur. Gernot Zitter



*Gernot Zitter, Dr. iur., LL.M.  
(Northwestern), dipl. Steuer-  
experte, Senior Manager,  
Ernst & Young Zürich,  
gernot.zitter@ch.ey.com*

## Inhalt\*

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>200</b>	<b>4.2</b>	<b>Definition der Steuern</b>	<b>208</b>
<b>2</b>	<b>Transaktionsstruktur</b>	<b>200</b>	<b>4.3</b>	<b>Gewährleistungen und Garantien</b>	<b>208</b>
<b>2.1</b>	<b>Share Deal und Asset Deal</b>	<b>200</b>	4.3.1	Allgemeines	208
<b>2.2</b>	<b>Umstrukturierungen vor Unternehmenskauf</b>	<b>201</b>	4.3.2	Steuerliche Gewährleistungen	208
<b>3</b>	<b>Haftung des Erwerbers für Steuerverbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens</b>	<b>201</b>	4.3.3	Steuerliche Garantien	210
<b>3.1</b>	<b>Allgemeines</b>	<b>201</b>	<b>4.4</b>	<b>Zeitliche Abgrenzung</b>	<b>211</b>
<b>3.2</b>	<b>Share Deal</b>	<b>201</b>	<b>4.5</b>	<b>Verjährung</b>	<b>211</b>
<b>3.3</b>	<b>Asset Deal</b>	<b>202</b>	<b>4.6</b>	<b>Verdeckte Gewinnausschüttungen</b>	<b>211</b>
3.3.1	Allgemeines	202	<b>4.7</b>	<b>Indirekte Teilliquidation</b>	<b>212</b>
3.3.2	Gewinnsteuer	202	<b>4.8</b>	<b>Transaktionssteuern</b>	<b>213</b>
3.3.3	Verrechnungssteuer	202	<b>5</b>	<b>Steuerfolgen vertraglicher Entschädigung</b>	<b>213</b>
3.3.4	Emissionsabgabe	202	<b>5.1</b>	<b>Allgemeines</b>	<b>213</b>
3.3.5	Mehrwertsteuer	203	<b>5.2</b>	<b>Kaufpreisreduktion</b>	<b>213</b>
3.3.5.1	Allgemeines	203	<b>5.3</b>	<b>Leistung an die Käufergesellschaft</b>	<b>213</b>
3.3.5.2	Singularsukzession	203	<b>5.4</b>	<b>Leistung an die Zielgesellschaft</b>	<b>214</b>
3.3.5.3	Universalsukzession	204	<b>5.5</b>	<b>Earn-out-Mechanismen</b>	<b>214</b>
3.3.6	Zivilrecht	205	<b>6</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>214</b>
3.3.6.1	Art. 181 OR	205		Literatur	215
3.3.6.2	Art. 333 OR	205		Dokumentationen, Sammelwerke	216
<b>3.4</b>	<b>Umstrukturierungen vor Unternehmenskauf</b>	<b>206</b>		Rechtsquellen	216
3.4.1	Steuerrechtliche Haftung	206		Materialien	217
3.4.1.1	Gewinnsteuer	206		Praxisanweisungen	217
3.4.1.2	Mehrwertsteuer	207			
<b>3.4.2</b>	<b>Zivilrechtliche Haftung</b>	<b>207</b>			
<b>4</b>	<b>Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag</b>	<b>208</b>			
<b>4.1</b>	<b>Allgemeines</b>	<b>208</b>			

\* Ich danke Frau lic.iur. Ladina Nick für ihre wertvolle Unterstützung bei der Literaturrecherche.

## 1 Einleitung

Die vertragliche Ausgestaltung ist neben der Durchleuchtung des zu erwerbenden Unternehmens im Rahmen einer due diligence-Prüfung<sup>1</sup> und der Strukturierung zentrales Element der modernen Transaktionsberatung beim Unternehmenskauf. Prima vista erscheinen die Identifizierung steuerlicher Risiken des Kaufobjekts sowie eine steuereffiziente Transaktionsstrukturierung als die eigentlichen Kernelemente der transaktionsbezogenen Steuerberatung. Allerdings zeigt erst die vertragliche Ausformulierung, ob diese Bereiche aus steuerlicher Sicht adäquat erfasst wurden, sodass eine vertiefte Analyse diverser Aspekte steuerlicher Vertragsgestaltung angezeigt erscheint.

Schwerpunkt der vorliegenden Abhandlung bilden einerseits die Haftung beim Kauf von Unternehmungen und andererseits der Umgang mit Steuerrisiken im Unternehmenskaufvertrag, insbes. die Bedeutung und Reichweite von Steuerklauseln.<sup>2</sup> Dabei wird aus der Optik eines Erwerbers untersucht, wie steuerlichen Risiken typischerweise mit Steuerklauseln Rechnung zu tragen ist und welche weiterführenden Fragestellungen sich aus Steuersicht ergeben. Die Notwendigkeit der Aufnahme von Steuerklauseln im Vertrag ergibt sich aus der einfachen Überlegung, dass Steuerrisiken, die sich nach Erwerb materialisieren, nachträglich zu zusätzlichen Verbindlichkeiten werden,<sup>3</sup> welche den Wert des Kaufobjekts mindern. Ohne entsprechende Vorkehrung im Vertrag hätte der Käufer damit einen zu hohen Kaufpreis bezahlt. Notwendigkeit und Umfang von Steuerklauseln werden aber auch durch die Frage bestimmt, ob den Käufer direkt eine Haftung für Steuerschulden des erworbenen Unternehmens trifft.<sup>4</sup> In diesem Fall besteht aus Käufersicht offensichtlicher Absicherungsbedarf, da sich eine Haftung nach Erwerb in dessen Sphäre auswirkt.

Die Haftungsfrage kann erst beantwortet werden, wenn klar ist, wie die Transaktionsstruktur aussieht, weil je nachdem, ob ein Unternehmen in Form eines share deal oder eines asset deal<sup>5</sup> veräussert wird, unterschiedliche Haftungsfolgen resultieren können. Ebenso zu berücksichtigen sind dem eigentlichen Unternehmenskauf vorgelagerte Umstrukturierungen, die eigene, für den Erwerber relevante Haftungstatbestände begründen können. Schliesslich sind die einzelnen Steuerarten in die Überlegungen zur Vertragsabfassung miteinzubeziehen, enthalten die Steuergesetze doch mitunter spezielle Haftungsbestimmungen, die eine entsprechende Auseinandersetzung im Vertrag erfordern. Im Anschluss an die haftungsrechtliche Vordiskussion, die gewissermassen den Weg für die steuerliche Vertragsgestaltung ebnet, werden im Zuge der due diligence-Prüfung häufig identifizierte Steuerrisiken herausgegriffen, und es wird analysiert, wie diese Risiken im vertraglichen Kontext zu berücksichtigen sind.

## 2 Transaktionsstruktur

### 2.1 Share Deal und Asset Deal

Ziel beider Transaktionsformen ist der Erwerb eines Unternehmens, das in der Schweiz zumeist in der Form einer Aktiengesellschaft betrieben wird. Beim asset deal werden Aktiven und Passiven des Unternehmens direkt erworben. Kaufobjekt bilden die Gesamtheit aller Sachen, Rechte und immateriellen Werte sowie grundsätzlich auch die Verbindlichkeiten des Unternehmens.<sup>6</sup> Vertragsparteien des Unternehmenskaufvertrags sind der Erwerber und die das Unternehmen betreibende Kapitalgesellschaft; ihr fliesst die Gegenleistung (Kaufpreis) zu. Beim share deal hingegen wird das Unternehmen indirekt erworben. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bilden Kaufobjekt die Anteile an der Gesellschaft, welche das Unternehmen betreibt.<sup>7</sup> Verkäufer sind die Anteilseigner, denen auch die Gegenleistung zufliesst.

Aus steuerlicher Sicht sind aufgrund der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne gem. Art. 16 Abs. 3 DBG und Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG sowie der (indirekten) Befreiung über den Beteiligungsabzug gem. Art. 70 Abs. 4 DBG

1 STRASSER, Treuepflicht und «due diligence»-Prüfung, 748 ff.  
 2 Nicht eingegangen wird auf Steuerklauseln in Finanzierungsverträgen, wie etwa credit facility agreements.  
 3 In diesem Zusammenhang wird auch von «debt-like items» gesprochen. Solche werden oft bereits im Kaufpreis berücksichtigt. Generell gilt es abzuwägen, ob das Steuerrisiko in die Kaufpreisberechnung Eingang finden oder mittels Vertragsklausel abgesichert werden soll.  
 4 In der Steuerlehre ist von Haftung grundsätzlich nur die Rede, wenn für eine Schuld aus dem Schuldverhältnis einer anderen Person einzustehen ist. REICH, Steuerrecht, § 5 N 33. Haftung wird in diesem Sinn als Fremdhafung verstanden, d. h., Haftender ist, wer leisten muss, obwohl er einen steuerbegründenden Sachverhalt nicht verwirklicht hat. Vgl. LOCHER, Art. 13 DBG N 1. Wirtschaftlich gesehen trägt der Erwerber beim Unternehmenskauf allerdings auch dann ein Haftungsrisiko, wenn nicht er selbst, sondern das von ihm erworbene Unternehmen für Steuerverbindlichkeiten haftet. Insofern ist der Terminus «Haftung» in weiterer Folge auch in diesem wirtschaftlichen Sinn zu verstehen.

5 S. gleich, Abschn. 2.1.

6 Dabei ist Verhandlungssache, welche Verbindlichkeiten Gegenstand des Kaufs bilden. Auch eine reine Aktivenübertragung ist denkbar. Aus rechtlicher Sicht wird der asset deal v. a. dann vorgezogen, wenn nur bestimmte oder gar keine Passiven übernommen werden sollen. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 68.

7 BGE 107 II 422.

und Art. 28 Abs. 1 StHG share deals die weitaus häufigste Transaktionsform. Dementsprechend liegt der Schwerpunkt der vorliegenden Abhandlung auf dem share deal.<sup>8</sup>

## 2.2 Umstrukturierungen vor Unternehmenskauf

Es kommt oft vor, dass Unternehmen vor dem eigentlichen Verkauf umstrukturiert werden, um das Kaufobjekt in die für die Parteien geeignete Form zu bringen. Mittels einer Umstrukturierung können Unternehmensbereiche, die der Erwerber nicht übernehmen will, aus dem eigentlichen Kaufobjekt herausgelöst werden, oder das Kaufobjekt wird durch eine Umstrukturierung überhaupt erst geschaffen.<sup>9</sup> Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn nur ein Teil eines Unternehmens verkauft werden soll, der Verkäufer aber aus steuerlichen Gründen keinen asset deal durchführen will, sondern den entsprechenden Unternehmensteil unter Inanspruchnahme eines steuerlichen Umstrukturierungstatbestandes in einer eigenen (bestehenden oder neu gegründeten) Gesellschaft bündelt und dann mit dem Käufer einen share deal über deren Anteile abschliesst.

## 3 Haftung des Erwerbers für Steuerverbindlichkeiten des erworbenen Unternehmens

### 3.1 Allgemeines

Die Transaktionsstruktur ist von fundamentaler Bedeutung für die Frage, ob Steuerverbindlichkeiten im Rahmen eines Unternehmenskaufs auf den Erwerber übergehen. Sie ist dementsprechend auch Ausgangspunkt für die steuerliche Risikobehandlung im Vertrag und muss feststehen, bevor sich der Vertragsverfasser mit den steuerlichen Risiken adäquat auseinandersetzen kann. Share deal und asset deal setzen aus haftungsrechtlicher Perspektive bei gänzlich unterschiedlichen Voraussetzungen an und erfordern demgemäss unterschiedliche Reaktionen bei der vertraglichen Gestaltung. Vor dem eigentlichen Unternehmenskauf ausgeführte Umstrukturierungen wiederum sind aus Sicht des Käufers deshalb auf steuerliche Implikationen zu prüfen, weil die Steuergesetze mitunter spezielle, für Umstrukturierungen geltende Haftungsbestimmungen vorsehen.

### 3.2 Share Deal

Träger steuerlicher Verpflichtungen, die aus dem Steuerrechtsverhältnis entspringen, ist grundsätzlich das Steuersubjekt.<sup>10</sup> Steuersubjekt oder Steuerpflichtiger ist, wer die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, an die das Steuergesetz die Leistungspflicht knüpft.<sup>11</sup> Zivilrechtlich ist dazu die Rechtsfähigkeit Voraussetzung. Gem. Art. 53 ZGB ist eine Aktiengesellschaft als juristische Person selbst Trägerin von Rechten und Pflichten.

Folglich übernimmt der Erwerber beim share deal ein eigenständiges Steuersubjekt, ohne selbst für durch dieses Steuersubjekt begründete Verbindlichkeiten zivilrechtlich<sup>12</sup> und steuerrechtlich<sup>13</sup> zu haften. Einzustehen für noch nicht definitiv veranlagte bzw. noch nicht verjährte Steuerverbindlichkeiten und damit auch solche Steuerschulden, die sich nach Erwerb materialisieren, aber eine Periode vor Erwerb betreffen, hat die Gesellschaft, deren Anteile erworben werden. Dadurch, dass die Gesellschaft jetzt Eigentum des Erwerbers ist, wirkt sich ein solches Entstehen für Steuerverbindlichkeiten wirtschaftlich allerdings bei diesem aus. M. a. W. übernimmt der Käufer zusammen mit dem Eigentum an den Gesellschaftsanteilen sämtliche auf Stufe der Gesellschaft bestehende steuerliche Verpflichtungen wirtschaftlich in seine Risikosphäre. Aus Sicht der Haftung erübrigt es sich damit grundsätzlich auch – anders als beim asset deal<sup>14</sup> –, eine Unterscheidung nach Steuerarten vorzunehmen, da die Gesellschaft als eigenes Steuersubjekt für Steuerverbindlichkeiten aus sämtlichen Steuerarten einzustehen hat.<sup>15</sup> Die due diligence-Prüfung muss die zu erwerbende Gesellschaft samt allenfalls bestehenden Tochtergesellschaften im Hinblick auf jede Steuerart (v. a. Gewinnsteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben und Mehrwertsteuer, aber z. B. auch Quellensteuern gem. Art. 83 ff. DBG) durchleuchten, um ein abschliessendes steuerliches Risikoprofil erstellen zu können, das im Vertrag entsprechend abzubilden ist.

<sup>8</sup> Der share deal ist allerdings nicht nur aufgrund steuerlicher Überlegungen die häufigere Transaktionsform. S. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 46.

<sup>9</sup> Sog. carve-out oder reverse carve-out.

<sup>10</sup> BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 53.

<sup>11</sup> REICH, Steuerrecht, § 5 N 28.

<sup>12</sup> TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 51.

<sup>13</sup> S. oben, Fn 4.

<sup>14</sup> Dazu gleich, Abschn. 3.3.

<sup>15</sup> Vgl. für die Gewinnsteuerpflicht Art. 49 Abs. 1 Bst. a iVm Art. 50 und Art. 54 Abs. 1 und 2 DBG, für die Mehrwertsteuerpflicht Art. 10 Abs. 1 iVm Art. 14 Abs. 1 MWSTG, für die Verrechnungssteuerpflicht Art. 4 Abs. 1 Bst. b iVm Art. 10 Abs. 1 VStG, für die Emissionsabgabepflicht Art. 10 Abs. 1 StG, und Art. 17 Abs. 1 iVm Art. 13 Abs. 3 StG für die Umsatzabgabepflicht. Art. 10 Abs. 1 StG statuiert in Bezug auf die Emissionsabgabe für den Mantelhandel eine spezielle Solidarhaftung des Veräusserers, die neben jene der Gesellschaft tritt. Gemäss dieser Bestimmung haftet für die beim Handwechsel der Mehrheit von Beteiligungsrechten geschuldete Abgabe der Veräusserer der Beteiligungsrechte solidarisch.

Im Bereich der Mehrwertsteuer ist zu beachten, dass sich beim Erwerb einer Gesellschaft, welche Mitglied einer Mehrwertsteuergruppe gem. Art. 13 MWSTG war, die Solidarhaftung nach Art. 15 Abs. 1 lit. c MWSTG auf die Steuerforderungen beschränkt, die sich aus ihren eigenen unternehmerischen Tätigkeiten ergeben haben. Diese Haftung kann dann zum Tragen kommen, wenn eine Gesellschaft aus einer Mehrwertsteuergruppe herausgekauft und die Zugehörigkeit zur Gruppe durch den Verkauf beendet wird.

### 3.3 Asset Deal

#### 3.3.1 Allgemeines

Eine generelle (indirekte) Haftung des Erwerbers für Steuerverbindlichkeiten des in Form von Aktiven und Passiven übertragenen Unternehmens würde sich dann einstellen, wenn das erworbene Unternehmen ein eigenes Steuersubjekt darstellte. Dies ist beim asset deal grundsätzlich nicht der Fall. Steuersubjekt und damit steuerpflichtig ist (und bleibt) die das Unternehmen veräussernde Kapitalgesellschaft.

#### 3.3.2 Gewinnsteuer

Es ist möglich, dass in der Bilanz ausgewiesene Gewinnsteuerverbindlichkeiten der einen Unternehmensteil (Betrieb) veräussernden Gesellschaft zu diesem Betrieb gehören. Sofern die Parteien eine diesbezügliche Vereinbarung treffen, können zum Betrieb gehörige Gewinnsteuerverbindlichkeiten beim asset deal zusammen mit anderen Passiven dem Erwerber überbunden werden. Dies setzt wie erwähnt einen entsprechenden Konsens zwischen den Parteien voraus und wird sich entsprechend im Kaufpreis niederschlagen. Für in der Bilanz der veräussernden Gesellschaft ausgewiesene, jedoch nicht vertraglich transferierte Gewinnsteuerverbindlichkeiten könnte mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage ebenso wenig eine Erwerberhaftung ausgelöst werden wie für von vornherein nicht ausgewiesene, aber drohende Steuerverbindlichkeiten der Verkäufersgesellschaft.<sup>16</sup>

16 Anders die deutsche und österreichische Rechtslage, die jeweils eine Reihe von spezialgesetzlichen und zivilrechtlichen Haftungstatbeständen vorsehen. So statuiert § 75 AO eine Haftung des Betriebsübernehmers «für Steuern, bei denen sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet, und für Steuerabzugsbeträge, vorausgesetzt, dass die Steuern seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahrs entstanden sind und bis zum Ablauf von einem Jahr nach Anmeldung des Betriebs durch den Erwerber festgesetzt oder angemeldet werden.» Auch das deutsche Handelsrecht enthält mit § 25 HGB eine Bestimmung, wonach derjenige, der «ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, (...) für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten

#### 3.3.3 Verrechnungssteuer

Der Verrechnungssteuer ist ein gesetzliches Konzept einer Erwerberhaftung beim asset deal fremd.<sup>17</sup> Wegen der in Art. 10 Abs. 1 VStG angeordneten Steuerpflicht des Schuldners der steuerbaren Leistung sind jedoch Fälle denkbar, in denen aufgrund eines Schuldnerwechsels die Steuerpflicht mitübertragen wird. Der Erwerber eines aus Aktiven und Passiven bestehenden Vermögens wird etwa dann zum Steuerschuldner, wenn in den Passiven eine (zinstragende) Verbindlichkeit enthalten ist, deren Bedienung die Verrechnungssteuer auslöst.<sup>18</sup> Dabei handelt es sich nicht um eine eigentliche Steuernachfolge.<sup>19</sup> Die Steuerpflicht des Erwerbers ist hier Konsequenz einer Kombination aus zivilrechtlichem Schuldnerwechsel und Definition des Kaufobjekts.

#### 3.3.4 Emissionsabgabe

Die Emissionsabgabe knüpft als Verkehrssteuer an einen bestimmten Vorgang des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs an.<sup>20</sup> Dieser Vorgang wird einmalig mit der Abgabe erfasst. Eine gesetzliche Steuernachfolge gibt es nicht.<sup>21</sup> Nach der alten Rechtslage konnte die Emissionsabgabepflicht im Gegensatz zur Verrechnungssteuer nicht durch Übertragung einer abgabepflichtigen Obligation an den Erwerber weitergegeben werden, weil für Obligationen (und Geldmarktpapiere) nur der inländische Schuldner gem. aArt. 10 Abs. 3 StG abgabepflichtig war, der die Titel ausgibt. Der Wortlaut war insofern eindeutig und liess im Bereich der Obligationen keinen Übergang emissionsabgaberechtlicher Pflichten auf den Erwerber zu. Die Bestimmung von Art. 10 Abs. 3 StG wurde mit Wirkung vom 1.3.2012 aufgehoben, sodass sich das Problem nicht mehr stellt.

des früheren Inhabers (haftet).» S. statt vieler TIPKE/KRUSE, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 75. Für Österreich vgl. die steuerliche Haftungsbestimmung für asset deals gem. § 14 Abs. 1 Bst. a BAO, der wie folgt lautet: «Wird ein Unternehmen oder ein im Rahmen eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen übereignet, so haftet der Erwerber für Abgaben, bei denen die Abgabepflicht sich auf den Betrieb des Unternehmens gründet, soweit die Abgaben auf die Zeit seit dem Beginn des letzten, vor der Übereignung liegenden Kalenderjahres entfallen.» Daneben bestehen mit § 1409 ABGB und § 38 UGB zivil- bzw. handelsrechtliche Haftungsbestimmungen, die Steuerverbindlichkeiten mitumfassen. S. zum Ganzen LUMSDEN, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln, 378 f.

17 PFUND, Art. 10 VStG N 1.8. Die Haftungsbestimmung von Art. 15 VStG ist mangels Vorliegens der darin statuierten Voraussetzungen beim asset deal nicht anwendbar.

18 Z. B. Obligationen iSv Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG oder Versicherungsleistungen gem. Art. 7 Abs. 1 VStG.

19 PFUND, Art. 10 VStG N 1.8.

20 REICH, Steuerrecht, § 2 N 35.

21 Art. 10 Abs. 1, 2. Satz StG ist schon deshalb nicht einschlägig, weil der Erwerber nicht zum Kreis der Solidarverpflichteten gehört.



### 3.3.5 Mehrwertsteuer

#### 3.3.5.1 Allgemeines

Im Mehrwertsteuerrecht findet sich im Vergleich zu den zuvor dargestellten Steuerarten mit Art. 16 Abs. 2 MWSTG eine Norm, die bei einem asset deal unter gewissen Voraussetzungen für den Erwerber haftungsbegründende Wirkung entfalten kann und den in Abschn. 3.3.1 dargestellten Grundsatz des steuerlichen Nichteinstehenmüssens des Erwerbers insofern relativiert. Entsprechend ist dieser Norm sowohl bei der steuerlichen due diligence-Prüfung als auch bei der Vertragserrichtung Rechnung zu tragen.

Gem. Art. 16 Abs. 2 MWSTG tritt in die steuerlichen Rechte des Rechtsvorgängers oder der Rechtsvorgängerin ein, wer ein Unternehmen übernimmt. Die Wirkung dieser Steuernachfolge besteht im Eintritt des Steuersukzessors in das Steuerrechtsverhältnis des Rechtsvorgängers.<sup>22</sup> Der Steuersukzessor tritt sowohl in die materielle Steuerschuld des Rechtsvorgängers ein (Zahlungssukzession inklusive Berechtigung zum Vorsteuerabzug) als auch in seine verfahrensrechtliche Stellung (Verfahrenssukzession).<sup>23</sup> Abgesehen von der Rechtsfolge, die im 2. Halbsatz von Art. 16 Abs. 2 MWSTG verhältnismässig klar umschrieben ist («tritt in die steuerlichen Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers oder der Rechtsvorgängerin ein»), ist der 1. Halbsatz («Wer ein Unternehmen übernimmt») infolge seines erst kurzen Bestehens und des zur Vorgängerbestimmung veränderten Wortlauts erklärungs- bzw. auslegungsbedürftig.

Artikel 16 Abs. 2 MWSTG trat am 1.1.2010 in Kraft. Davor war Art. 30 Abs. 2 BG über die Mehrwertsteuer vom 2.9.1999 (nachfolgend «aMWSTG») für die Steuernachfolge und Haftung massgebend.<sup>24</sup> Diese Norm vereinte gewissermassen den Regelungsinhalt der mehrwertsteuerlichen Haftung, der im neuen Recht auf die Bestimmungen von Art. 15 Abs. 1 lit. d und Art. 16 Abs. 2 MWSTG aufgeteilt ist.<sup>25</sup> Während Art. 15 Abs. 1 lit. d MWSTG auf die Person des bisherigen Steuerschuldners – und beim asset deal damit des Veräusserers – zugeschnitten ist, dessen fortgesetzte Haftung in Form einer

Solidarhaftung während dreier Jahre geregelt wird, normiert Art. 16 Abs. 2 MWSTG die Haftungsnachfolge aus Erwerbersicht. Der Erwerber tritt in die Mehrwertsteuerrechtsverhältnisse des Veräusserers ein und wird neu zum Steuersubjekt der übernommenen mehrwertsteuerlichen Rechte und Pflichten, wenn sowohl er als auch der Veräusserer – wovon hier ausgegangen wird – die allgemeinen Voraussetzungen gem. Art. 10 Abs. 1 MWSTG erfüllen, es sich also um 2 Mehrwertsteuersubjekte handelt.

Bei der Auslegung des 1. Halbsatzes in Art. 16 Abs. 2 MWSTG stellt sich insbes. die Frage nach dem Unternehmensbegriff. Gemäss einem Teil der Lehre soll dieser wie unter dem alten Recht ausgelegt werden, wonach die Übertragung der Gesamtheit der Aktiven und Passiven<sup>26</sup> sowie der Wegfall des übertragenden Steuersubjekts<sup>27</sup> Voraussetzungen für die Rechtsnachfolge waren. Nach einem anderen Teil der Lehre hingegen wurde die Formulierung «wer ein Unternehmen übernimmt» bewusst gewählt, um diese Bestimmung mit dem FusG und Art. 181 OR in Einklang zu bringen.<sup>28</sup> Im Folgenden wird danach unterschieden, ob die «Übernahme eines Unternehmens» im Weg der Singular- oder der Universalsukzession erfolgt.

#### 3.3.5.2 Singularsukzession

Werden Aktiven im Rahmen einer Singularsukzession (Einzelrechtsnachfolge) übertragen, so gehen persönliche Schulden des Übertragenden, zu denen u. a. solche des öffentlichen Rechts und damit auch Steuerschulden zählen, grundsätzlich nicht auf den Erwerber über.<sup>29</sup> Allerdings zeigt Art. 16 Abs. 2 MWSTG, dass dieser Grundsatz im öffentlichen Recht nicht absolut gilt. Vielmehr handelt es sich um eine spezialgesetzliche Grundlage, welche eine Haftung dem Grunde nach anordnet. Ob Art. 16 Abs. 2 MWSTG bei einer Singularsukzession Anwendung finde, ist nicht klar.<sup>30</sup> Sofern die Norm in Anlehnung an Art. 181 OR ausgelegt wird, erscheint dies denkbar, und der Erwerber tritt bei dieser Interpretation des Unternehmensbegriffs in die mehrwertsteuerlichen

22 BAUMGARTNER/CLAVADETSCHER/KOCHER, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, § 3 Rz 102.

23 BLUMENSTEIN/LOCHER, System des Schweizerischen Steuerrechts, 75.

24 Artikel 30 Abs. 2 aMWSTG lautete wie folgt: «Wer ein Unternehmen mit Aktiven und Passiven übernimmt, tritt in die steuerlichen Rechte und Pflichten des übernommenen Unternehmens ein. Der bisherige Steuerschuldner haftet mit dem neuen noch während zwei Jahren seit der Mitteilung oder Auskündigung der Übernahme solidarisch für die Steuerschulden, welche vor der Übernahme entstanden sind.»

25 Vgl. Botschaft Vereinfachung der Mehrwertsteuer, 6957. MÜLLER, Art. 16 N 13.

26 BGer 2A.349/2004 (1.12.2004) E 2.4. Dabei sei es unerheblich, ob die Aktiven mittels Singular- oder Universalsukzession übertragen würden. S. auch BREITENBACH/RAFFAELLO, Mehrwertsteuerliche Aspekte bei Umstrukturierungen, 434.

27 BGer 2A.349/2004 (1.12.2004) E 2.2; BGer 2A.66/1999 (22.3.1999) E 2 und SRK 1.6.2004, VPB 66.158 E 3a/bb. Wegfall des Steuersubjekts bedeutet nach der Lehre die Streichung aus dem Register der Mehrwertsteuerpflichtigen. Vgl. BAUMGARTNER/CLAVADETSCHER/KOCHER, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, § 3 Rz 107.

28 RINNE, Die neuen Haftungsbestimmungen im Mehrwertsteuerrecht, 301.

29 Vgl. hierzu TSCHÄNI, Art. 181 OR N 8.

30 Die Botschaft Vereinfachung der Mehrwertsteuer, 6957, verweist zwar auf Art. 181 OR, jedoch in Bezug auf die Rechtslage unter dem aMWSTG.

Rechte und Pflichten des übernommenen Unternehmens bzw. Unternehmensteils ein. Den Erwerber träfe dann sowohl eine Zahlungssukzession als auch eine verfahrensrechtliche Nachfolge. Allerdings müssen bei dieser Auslegung sämtliche Voraussetzungen von Art. 181 OR erfüllt sein.<sup>31</sup> Versteht man Art. 16 Abs. 2 MWSTG wie unter altem Recht, wäre erforderlich, dass einerseits sämtliche Aktiven und Passiven übertragen werden und andererseits das bisherige Steuersubjekt infolge der Übertragung wegfallen würde. Gegen ein solches Verständnis spricht der Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 MWSTG, der im Gegensatz zu Art. 30 Abs. 2 aMWSTG nur noch von «Übernahme eines Unternehmens» spricht.<sup>32</sup>

Auf die Übertragung eines einzigen Aktivums im Weg der Singularzession kann Art. 16 Abs. 2 MWSTG keine Anwendung finden. Zwar können einzelne Aktiven durchaus Gegenstand eines Unternehmens bilden.<sup>33</sup> Jedoch verbindet man mit dem Wort «Unternehmen» schon nach allgemeinem Sprachgebrauch eine betriebliche Einheit, deren Funktionieren Aktiven und Passiven voraussetzt. Stützt man sich bei der Interpretation von Art. 16 Abs. 2 MWSTG auf Art. 181 OR, ist eine Steuernachfolge schon deshalb ausgeschlossen, weil Art. 181 OR die Übertragung sowohl von Aktiven als auch Passiven voraussetzt.<sup>34</sup>

### 3.3.5.3 Universalsukzession

Zivilrechtlich gehen nach dem Prinzip der Universalsukzession Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers *uno actu* auf einen anderen Rechtsträger über, ohne dass die für die Einzelübertragung der erfassten Vermögenswerte geltenden Vorschriften erfüllt werden müssten.<sup>35</sup> Mehrere im FusG geregelte Institute sehen eine Gesamtrechtsnachfolge vor. Während bei der Fusion eine vollständige Gesamtrechtsnachfolge eintritt, bewirken Spaltung und Vermögensübertragung eine partielle Universalsukzession.<sup>36</sup>

Wird ein *asset deal* zivilrechtlich als Spaltung<sup>37</sup> oder Vermögensübertragung<sup>38</sup> abgewickelt, fragt sich, ob der Käufer für die Mehrwertsteuerschulden des Verkäufers hafte. Die ESTV hat unter altem Recht hierzu folgende Praxis entwickelt: «Werden Gläubigerforderungen im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan einer übernehmenden Gesellschaft zugewiesen, so haftet primär diese. Vermag sie indessen eine zugewiesene Forderung nicht zu tilgen, haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (subsidiär haftende Gesellschaften) solidarisch (Art. 47 Abs. 1 FusG), sofern die Forderung nicht sichergestellt ist und eine der Voraussetzungen nach Artikel 47 Absatz 2 FusG (z. B. Konkurs der primär haftenden Gesellschaft) erfüllt ist. Lässt sich eine Verbindlichkeit aufgrund des Spaltungsvertrags oder Spaltungsplanes nicht einer übernehmenden Gesellschaft zuordnen, haften die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (von vornherein) solidarisch (Art. 38 Abs. 3 FusG). Bei einer Vermögensübertragung haften die bisherigen Schuldner für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner (Art. 75 Abs. 1 FusG).»<sup>39</sup> Diese Praxis legte die haftungsrechtlichen Bestimmungen des FusG zugrunde, indem sie sowohl bei der Spaltung als auch bei der Vermögensübertragung eine Solidarhaftung des neuen Schuldners annahm. «Neuer Schuldner» ist bei der Spaltung die übernehmende Gesellschaft.<sup>40</sup> Bei der Vermögensübertragung ist es direkt die Käufergesellschaft.<sup>41</sup>

Diese Praxis wird z. T. auch für das neue Recht vertreten. Demnach könne der Fiskus die vermögensrechtlichen Ansprüche gestützt auf die Haftungsbestimmungen im FusG geltend machen.<sup>42</sup> Die Regelung der Steuernachfolge im MWSTG diene ausschliesslich der Regelung der Verfahrenspflichten des Steuersubjekts. Das Bundesverwaltungsgericht hat bei einer Aufspaltung einer Gesellschaft in Bezug auf die mehrwertsteuerliche Haftung

31 Art. 181 OR setzt voraus, dass sowohl Aktiven als auch Passiven (entweder sämtliche Aktiven oder zumindest ein «organisch in sich geschlossener Teil des Vermögens») übertragen werden und eine Mitteilung an die Gläubiger zum Umfang der zu übernehmenden Passiven erfolgt. S. TSCHÄNI, Art. 181 OR N 10 f.

32 In diesem Sinn wohl auch RINNE, Die neuen Haftungsbestimmungen im Mehrwertsteuerrecht, 301.

33 Zu denken ist hier an Immaterialgüterrechte, die zur Vereinnahmung von Lizenzen berechtigen, und zwar v. a. dann, wenn die Gesellschaft einzig zur Verwertung solcher Rechte eingesetzt wird.

34 S. zuvor, Fn 31.

35 MORSCHER, Art. 1 FusG N 45.

36 Eine solche wird in dem Sinn verstanden, dass es sich qualitativ um eine vollwertige Universalsukzession handelt, die

aber quantitativ auf die im Inventar genannten Vermögenswerte beschränkt ist. Vgl. BGER 4P.299/2005 (31.1.2006) E 2.2.2. Übertragung von Vermögensteilen einer Gesellschaft gegen Gewährung von Anteilsrechten an der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Vgl. Botschaft FusG, 4355. In einer Drittraktion müsste die übernehmende Gesellschaft im Anschluss an die Spaltung an den Käufer veräussert werden.

38 Mittels Vermögensübertragung kann ein Rechtsträger sein Vermögen oder Teile davon nach Massgabe eines Inventars *uno actu* auf andere Rechtsträger übertragen, ohne dass die für die Einzelübertragung der erfassten Vermögenswerte geltenden Vorschriften erfüllt werden müssen. MORSCHER, Art. 1 FusG N 46.

39 MB Übertragung mit Meldeverfahren Ziff. 3.2.5.

40 Art. 29 FusG. Beim *asset deal* unter unabhängigen Dritten müsste sodann die übernehmende Gesellschaft an den Käufer veräussert werden.

41 S. den Satzteil «andere Rechtsträger des Privatrechts» in Art. 69 Abs. 1 FusG.

42 BAUMGARTNER/CLAVADETSCHER/KOCHER, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, § 3 Rz 107.

analog zu Art. 38 Abs. 3 FusG mangels Zuordnung der Mehrwertsteuerschulden auf eine solidarische Haftung der 2 aufnehmenden Gesellschaften entschieden.<sup>43</sup> Ein anderer Teil der Lehre zog unter dem alten Recht aus der oben geschilderten Praxis der ESTV den Schluss, das MWSTG und FusG fänden konkurrierend Anwendung.<sup>44</sup>

Der Auffassung einer mehrwertsteuerlichen Nachfolgehafteung des Erwerbers ausschliesslich auf Grundlage der Haftungsnormen des FusG ist entgegenzuhalten, dass das MWSTG keinen expliziten Verweis auf das FusG enthält. Das MWSTG statuiert vielmehr selbst eine Haftungsnachfolgeregelung. Die Rechtsfolge ist explizit angeordnet; einzig die Voraussetzungen, die eine solche Haftung auslösen sollen, sind aufgrund des unscharfen Terminus «Unternehmen» nicht klar aus dem Gesetzeswortlaut ablesbar. Nach dem Wortlaut stellt sich Art. 16 Abs. 2 MWSTG als die im Vergleich zur Vorgängerbestimmung weiter gefasste Haftungsnorm dar.<sup>45</sup> Zum einen ist es nicht mehr erforderlich, dass sämtliche Aktiven und Passiven übertragen werden. Zum anderen ist auch der Wegfall des übertragenden Steuersubjekts nicht länger Voraussetzung. Allerdings hilft dies bei der Auslegung, wann es sich um ein Unternehmen iSv Art. 16 Abs. 2 MWSTG handelt, nur bedingt weiter. Insbes. ist nicht klar, ob ein Gesamt- oder Teilvermögen iSv Art. 38 Abs. 1 lit. b MWSTG ein «Unternehmen» iSv Art. 16 Abs. 2 MWSTG darstellen könne. Die Steuernachfolge tritt bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen jedoch unabhängig von der Anwendung des Meldeverfahrens ein.

Aufgrund der unklaren und nach wie vor einer Ausjudizierung harrenden Gesetzeslage erscheint bei der Vertragsgestaltung besondere Vorsicht geboten. Dementsprechend sind Vorkehrungen im Vertrag aus Sicht des Erwerbers nicht nur dann zu treffen, wenn sämtliche Aktiven und Passiven durch den Käufer bei einem asset deal übernommen werden. Auch die Übertragung kleinerer Einheiten, wie bspw. Teilbetriebe, sollte im Vertrag berücksichtigt werden.

### 3.3.6 Zivilrecht

#### 3.3.6.1 Art. 181 OR

Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Übernehmer die Übernahme den Gläubigern

mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern publiziert worden ist (Art. 181 Abs. 1 OR). Es ist somit Sache der Parteien, ob sie Schulden gem. Art. 181 OR übertragen wollen. Da die Anwendung von Art. 181 OR zwischen den Parteien häufig wegbedungen wird<sup>46</sup> und mit dem FusG zivilrechtlich zweckmässiger Übertragungsarten geschaffen wurden, spielt diese Bestimmung in der Praxis bloss eine untergeordnete Rolle. Es soll daher nicht weiter auf Art. 181 OR eingegangen werden.

#### 3.3.6.2 Art. 333 OR

Gem. Art. 333 Abs. 1 OR geht bei der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch den Arbeitgeber auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber des Betriebs haften gem. Art. 333 Abs. 3 OR solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang fällig geworden sind und die nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird. Die in Art. 333 OR angeordnete Solidarhaftung des bisherigen Arbeitgebers (Veräusserers) mit dem Erwerber ist aus Sicht der Vertragsgestaltung deshalb erwähnenswert, weil sie gemäss der Lehre auch die Sozialversicherungsabgaben umfasst,<sup>47</sup> die durch eine entsprechend weite Fassung des definierten Begriffs «Steuern» im Unternehmenskaufvertrag häufig ebenfalls zu den Steuern und Abgaben gezählt werden.<sup>48</sup> Zu beachten ist

43 BVGer A-1433/2006 (18.2.2008) E 8.4.2.

44 HERTEL/HEER, Mehrwertsteuerliche Haftung bei Unternehmensverkäufen. MWST-Haftung in der Schweiz geht weiter als im EU-Raum, 873.

45 So wohl auch RINNE, Die neuen Haftungsbestimmungen im Mehrwertsteuerrecht, 301.

46 Für Einzelheiten vgl. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 91. Vor diesem Hintergrund sollte auch die in Abschn. 3.3.5.2 erörterte mehrwertsteuerliche Haftung bei einer Auslegung in Anlehnung an Art. 181 OR kein ernsthaftes Problem darstellen, wenn man einen vertraglichen Ausschluss als zulässig erachtet. Für einen solchen Ausschluss: HERTEL/HEER, Mehrwertsteuerliche Haftung bei Unternehmensverkäufen. MWST-Haftung in der Schweiz geht weiter als im EU-Raum, 873.

47 HOFSTETTER, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmensanierungen, 928. Zur österreichischen Rechtslage vgl. die Spezialbestimmung für Sozialversicherungsbeiträge in § 67 Abs. 4 ASVG: «Wird ein Betrieb übereignet, so haftet der Erwerber für Beiträge, die sein Vorgänger zu zahlen gehabt hätte, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Vorgängers sowie der Haftung des Betriebsnachfolgers nach § 1409 ABGB unter Bedachtnahme auf § 1409a ABGB und der Haftung des Erwerbers nach § 38 des Unternehmensgesetzbuches (UGB), dRGI S. 219/1897, für die Zeit von höchstens zwölf Monaten vom Tag des Erwerbes zurückgerechnet. Im Fall einer Anfrage beim Versicherungsträger haftet er jedoch nur mit dem Betrag, der ihm als Rückstand ausgewiesen worden ist.» LUMSDEN, Tax Due Diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln, 379.

48 S. unten, Abschn. 4.2.

ferner, dass Art. 333 OR auch bei Spaltungen und Vermögensübertragungen nach dem FusG gilt.<sup>49</sup>

Darüber hinaus könnte man sich fragen, ob eine allfällige Quellensteuerpflicht des Arbeitnehmers ebenfalls in den sachlichen Geltungsbereich von Art. 333 OR falle. Ausländische Arbeitnehmer, welche die fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung nicht besitzen, in der Schweiz jedoch steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt haben, werden gem. Art. 83 ff. DBG und Art. 32 ff. StHG für ihr Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit einem Steuerabzug an der Quelle unterworfen. Für die Entrichtung der Quellensteuer haftet gem. Art. 88 Abs. 3 DBG und Art. 37 Abs. 1 StHG der Schuldner der steuerbaren Leistung. Die solidarische Haftung von Art. 333 Abs. 3 OR greift jedoch nur, wenn es sich um Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis handelt.<sup>50</sup> Die Quellensteuer stellt keine Forderung des Arbeitnehmers, sondern eine solche des Fiskus dar. Bereits aus diesem Grund ist eine Haftung des Erwerbers für Quellensteuerpflichtungen des Veräusserers abzulehnen. Abgesehen davon wäre eine solche Haftung für Steuerschulden allein auf zivilrechtlicher Grundlage wegen des abgabenrechtlichen Legalitätsprinzips problematisch.<sup>51</sup> In den steuerrechtlichen Spezialgesetzen selbst fehlt es jedenfalls an einer entsprechenden Rechtsgrundlage. Denkbar wäre, dass Quellensteuern passivseitig Teil des zu veräussernden Unternehmens(teils) bilden und im Vertragsweg dem Erwerber überbunden werden.

### 3.4 Umstrukturierungen vor Unternehmenskauf

#### 3.4.1 Steuerrechtliche Haftung

##### 3.4.1.1 Gewinnsteuer

Überträgt eine juristische Person Aktiven und Passiven auf eine andere juristische Person, so sind gem. Art. 54 Abs. 3 DBG die von ihr geschuldeten Steuern von der übernehmenden juristischen Person zu entrichten. Der Wortlaut dieser Bestimmung suggeriert auf den ersten Blick eine klassische asset deal-Haftung, die der Systematik dieser Abhandlung folgend oben in Abschn. 3.3 erläutert werden müsste. Nach Rechtsprechung und Lehre statuiert Art. 54 Abs. 3 DBG hingegen eine Steuersukzession für die in Art. 61 Abs. 1 lit. a und b DBG vorgesehenen, gewinnsteuerneutralen Umstrukturierungstatbestände.<sup>52</sup> Dies allerdings nur insoweit, als das bis-

herige Steuersubjekt aufhört zu existieren.<sup>53</sup> Die Norm erfasst somit jene Fälle, in denen eine juristische Person ohne zivilrechtliche Liquidation im Weg der Universal sukzession untergeht, sowie Vermögensübertragungen mit anschliessender zivilrechtlicher Liquidation.<sup>54</sup> Überträgt etwa eine juristische Person Aktiven und Passiven auf eine andere mittels Fusion gem. Art. 3 ff. FusG, so wird die übernehmende juristische Person Steuernachfolgerin der übernommenen, indem sie deren Steuerschulden zu begleichen hat, d. h. die Sukzessorin tritt in die materielle Steuerschuld der Rechtsvorgängerin ein (Zahlungssukzession).<sup>55</sup> Weitere Fälle von Universal sukzession stellen die Umwandlung und die Aufspaltung gemäss FusG<sup>56</sup> dar.

Fraglich ist, ob eine Existenzbeendigung des bisherigen Steuersubjekts im von Art. 54 Abs. 3 DBG geforderten Sinn auch durch eine faktische Liquidation herbeigeführt werden könne. Eine Gesellschaft wird nach der Rechtsprechung faktisch liquidiert, indem ihre Aktiven veräussert oder verwertet werden und der Erlös nicht wieder investiert, sondern verteilt wird. Sie kann nicht nur faktisch liquidiert sein, wenn ihr sämtliche Aktiven entzogen werden, sondern auch dann, wenn ihr zwar einige Aktiven (wie namentlich Bankguthaben, flüssige Mittel oder Buchforderungen gegen ihre Aktionäre u. ä.) verbleiben, im Übrigen aber die wirtschaftliche Substanz entzogen wird.<sup>57</sup> Eine faktische Liquidation setzt weder einen Auflösungsbeschluss noch den Willen der Gesellschaftsorgane, die Gesellschaft zu liquidieren, voraus.<sup>58</sup> Eine konsequente Fortführung des Gedankens, die Haftung gem. Art. 54 Abs. 3 DBG greife nur dann, wenn das bisherige Steuersubjekt aufhört zu existieren, verbietet es, die faktische Liquidation in den sachlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung einzubeziehen. Die Übertragung von Aktiven und Passiven von einer juristischen Person auf eine andere, unter Beendigung der Existenz der ersten, ist nämlich rein zivilrechtlich zu verstehen. Dem Einbezug des auf einer wirtschaftlichen Be-

49 Vgl. Art. 49 Abs. 1 FusG (Spaltung) und Art. 76 Abs. 1 FusG (Vermögensübertragung).

50 BGE 132 III 46.

51 Für Einzelheiten s. Abschn. 3.4.2.

52 BAUER-BALMELLI/OMLIN, Art. 54 DBG N 35.

53 BGer (1.6.1976), ASA 45 (1976/77), 539. S. auch LOCHER, Art. 54 DBG N 40, und die dort zitierte Judikatur sowie REICH, Umstrukturierungen, 1. Teil, 102.

54 Zu den Fällen der Vermögensübertragung, in denen der übertragende Rechtsträger bestehen bleibt, s. unten, 3.4.2.

55 LOCHER, Art. 54 DBG N 41. Daneben erfolgt auch ein Eintritt in die verfahrensrechtliche Stellung der untergehenden Gesellschaft (Verfahrenssukzession).

56 Nur bei einer Aufspaltung wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Bei der Abspaltung hingegen wird nur ein Teil an Aktiven und Passiven auf die übernehmende Gesellschaft übertragen, sodass die übertragende Gesellschaft bestehen bleibt. Hier handelt es sich um eine sog. partielle Universal sukzession, die keine Haftung nach Art. 54 Abs. 3 DBG zu begründen vermag. Ebenso RIEDWEG/GRÜNBLATT, vor Art. 29 FusG N 105.

57 BGer 20.10.1989, BGE 115 Ib 274 E 10a.

58 BGer 20.10.1989, BGE 115 Ib 274 E 10c.



trachtungsweise fussenden faktischen Liquidationskonzepts fehlt es klar an der gesetzlichen Grundlage. Eine Haftung gem. Art. 54 Abs. 3 DBG bei faktischer Liquidation ist folglich abzulehnen.

Entgegen dem ersten Anschein, Art. 54 Abs. 3 DBG sei als steuerliche asset deal-Haftung zu interpretieren, entfaltet die Bestimmung hauptsächlich Wirkung als gesetzlich angeordnete Verlängerung der Steuerpflicht bei Umstrukturierungen mit Universalsukzessionscharakter.<sup>59</sup> Zu beachten ist sie aus vertraglicher Sicht v. a. dann, wenn dem Unternehmenskauf eine «qualifizierte» Umstrukturierung vorgelagert ist und in der Folge das im Zuge der Umstrukturierung entstandene Kaufobjekt im Weg eines share deal veräussert wird. Die due diligence-Prüfung und die vertragliche Gestaltung müssen sich hier zusätzlich auf die übertragende Gesellschaft und nicht bloss auf das Kaufobjekt konzentrieren.

Neben Art. 54 Abs. 3 DBG hat der Vertragsverfasser die Bestimmung von Art. 61 Abs. 4 DBG im Auge zu behalten. Demnach haften bei Verletzung einer durch eine steuerliche Vermögensübertragung ausgelösten Sperrfrist die im Zeitpunkt der Sperrfristverletzung unter einheitlicher Leitung zusammengefassten inländischen Kapitalgesellschaften und Genossenschaften für die Nachsteuer solidarisch. Diese Haftung unterliegt keiner betragsmässigen Beschränkung.<sup>60</sup>

### 3.4.1.2 Mehrwertsteuer

Aus Sicht der Mehrwertsteuer können Umstrukturierungen relevant sein, wenn der Verkäufer eine Gesellschaft durch Umstrukturierung zum Verkauf vorbereitet. Art. 16 Abs. 2 MWSTG unterscheidet nicht zwischen Transaktionen unter unabhängigen Dritten und Umstrukturierungen iSv Übertragungen zwischen Nahestehenden. Auch das in Art. 38 MWSTG geregelte Meldeverfahren ändert daran nichts, da die Steuernachfolge im Recht der Mehrwertsteuer unabhängig vom Meldeverfahren eintritt. Insofern unterscheidet sich die Situation nicht von jener beim asset deal.<sup>61</sup> Übernimmt der Käufer die Anteile einer Gesellschaft, die vor dem Verkauf Gegenstand einer Umstrukturierung war, kann eine vertragliche Regelung in Bezug auf die Mehrwertsteuer sinnvoll bzw. notwendig sein, auch wenn die Gesellschaft erst kurz vor dem Kauf aus einer Umstrukturierung hervorgegangen ist.

### 3.4.2 Zivilrechtliche Haftung

Neben den dargestellten steuerlichen Haftungsbestimmungen finden sich auch im Zivilrecht Normen, die einen ex-lege-Übergang von Schulden von einem auf ein anderes Rechtssubjekt anordnen. So sieht etwa Art. 560 Abs. 2 ZGB vor, dass die Schulden des Erblassers zu persönlichen Schulden der Erben werden. Für den Bereich des Unternehmenskaufs relevanter sind die Bestimmungen des FusG, die für die Fusion in Art. 22 Abs. 1, für die Aufspaltung in Art. 38 Abs. 3 und für die Vermögensübertragung in Art. 75 Abs. 1 FusG eine (Solidar-) Haftung für Schulden vorsehen. Hier stellt sich insbes. die Frage, ob diesen zivilrechtlichen Regelungen in Bezug auf die steuerliche Nachfolgehaftung eine eigenständige Bedeutung zukomme, oder anders ausgedrückt, ob unter «Verbindlichkeiten» oder «Schulden» auch Steuerschulden zu subsumieren seien.

Bei näherer Betrachtung ist diese Frage indes nur bei der Vermögensübertragung relevant. Bei der Fusion und der Aufspaltung greift nämlich die Spezialnorm von Art. 54 Abs. 3 DBG, da in beiden Fällen der übertragende Rechtsträger untergeht.<sup>62</sup> Bei der Abspaltung stellt sich die Frage bereits aus zivilrechtlicher Sicht nicht, weil eine der Aufspaltung vergleichbare Regelung gem. Art. 38 Abs. 3 FusG fehlt. Mangels gesetzlicher Grundlage haftet bei Abspaltungen für vertraglich nicht zugewiesene Verbindlichkeiten ausschliesslich die übertragende Gesellschaft.<sup>63</sup> Gem. Art. 75 Abs. 1 FusG haften die bisherigen Schuldner für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner. Dem Wortlaut nach wären somit auch Steuerschulden erfasst. Nach der Lehre bedarf es für die Steuernachfolge aufgrund des im Abgaberecht geltenden strengen Legalitätsprinzips allerdings einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage im öffentlichen Recht.<sup>64</sup> Eine solche fehlt aber für Vermögensübertragungen, und Art. 54 Abs. 3 DBG ist – wie gezeigt – nicht einschlägig. Daher ist Art. 75 Abs. 1 FusG auf Steuerschulden nicht anwendbar, wenn der übertragende Rechtsträger nach der Vermögensübertragung weiterhin bestehen bleibt. Eine Haftung des neuen für Steuerschulden des alten Schuldners kann in diesem Fall nicht begründet werden.

59 Vgl. REICH, Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, 101.

60 MEISTER, Haftungstatbestände im Schweizerischen Steuerrecht – ein Überblick, 67 f.

61 Abschn. 3.3.5.

62 S. insbesondere zur Aufspaltung zuvor, Fn 56.

63 Botschaft FusG, 4439. HERTEL/HEER, Mehrwertsteuerliche Haftung bei Unternehmensverkäufen. MWST-Haftung in der Schweiz geht weiter als im EU-Raum, 873.

64 REICH, Steuerrecht, § 5 N 36. Zum Legalitätsprinzip im Abgaberecht s. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 621 f.

## 4 Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag

### 4.1 Allgemeines

Vertragliche Abreden als ureigener Ausdruck der zivilrechtlichen Privatautonomie und Abschlussfreiheit der Parteien stehen vermeintlich im Widerspruch zum Steuerrecht, das seiner Natur her öffentliches Recht ist und zwingenden Charakter hat. Abreden, die Steuerlasten unter den Parteien aufteilen, wirken denn auch ausschliesslich zwischen diesen, nicht jedoch gegenüber dem Fiskus. M. a. W. entfalten derartige Regelungen nur Innen- und keine Aussenwirkung.<sup>65</sup> Allerdings ist unbestritten, dass die Vertragsparteien im Rahmen der Schranken der Privatautonomie Steuerklauseln in Verträge aufnehmen und so steuerrelevante Sachverhalte regeln dürfen.<sup>66</sup> Den Wirkungsmechanismen des Privatrechtes, insbes. der Möglichkeit, dispositives Recht durch Parteienvereinbarung in auf die Bedürfnisse der Parteien zugeschnittene Verhaltensanordnungen abzuändern, kommt auch bei den Steuerklauseln entscheidende Bedeutung zu. Auf der Grundlage der zivilrechtlichen Institute erstellen die Parteien regelmässig ein eigenes steuerliches Regelwerk, das einem bestimmten Gliederungsschema folgt und je nach Verhandlungsmacht stärker zugunsten der einen oder der anderen Partei ausformuliert sein kann.

Im Folgenden werden einige der typischen Steuerklauseln in Unternehmenskaufverträgen unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Grundlagen dargestellt. Es versteht sich, dass aufgrund der Einzelfallbezogenheit vertragliche Steuerregelungsmöglichkeiten nicht in dem Detaillierungsgrad aufgezeigt werden können, wie er in der Praxis Eingang in die Verträge findet.

### 4.2 Definition der Steuern

Einen zentralen Bestandteil des steuerlichen Regelungsgefüges im Vertrag stellt die Definition der Steuern dar. Sinn und Zweck eines definierten Begriffs ist, dass ihm im Vertrag immer der gleiche, definierte Inhalt zukommt und er entsprechend diesem Begriffsinhalt zu verstehen ist. Der Begriff «Steuern» findet sich neben anderen definierten Begriffen<sup>67</sup> oft in einem eigenen Anhang zum Vertrag, kann aber bspw. auch am Beginn des Abschnitts

über die steuerlichen Gewährleistungsbestimmungen oder des Vertrags definiert sein.

Aus Käufersicht sollten die Steuern mit Blick auf die Gewährleistung und Garantie des Verkäufers umfassend definiert werden und auch Sozialversicherungsabgaben, Strafzahlungen (Bussen) und Verzugszinsen beinhalten. Wenn Unternehmenskaufverträge neben Schweizer Zielgesellschaften auch deren ausländische Tochtergesellschaften abdecken, wird in der Steuerdefinition oft festgehalten, dass nicht nur die durch inländische, sondern auch durch ausländische Steuerbehörden erhobenen Steuerarten von der Definition umfasst sind.<sup>68</sup>

## 4.3 Gewährleistungen und Garantien

### 4.3.1 Allgemeines

Die Unterscheidung zwischen Gewährleistung und Garantie ist aus zivilrechtlicher Sicht – jedenfalls nach der gesetzlichen Ordnung des Obligationenrechts – von hoher Relevanz, da je nachdem, welches Instrument vorliegt, unterschiedliche Rechtsfolgen resultieren. Sie spielt auch in der Parteienabrede eine tragende Rolle, welche das dispositive Normengefüge nicht übernimmt, sondern abändert. Ist die vertragliche Regelung nicht klar, muss mittels Auslegung eruiert werden, ob eine Gewährleistung oder eine Garantie vorliege. Auslegungsschwierigkeiten können sich v. a. dann ergeben, wenn in englischsprachigen Unternehmenskaufverträgen, die Schweizer Recht unterstehen, die Begriffe «representations and warranties» und «indemnities» verwendet werden, ohne dass ersichtlich ist, ob damit gewährleistungsrechtliche Zusicherungen oder selbständige bzw. unselbständige Garantien gemeint seien.<sup>69</sup>

### 4.3.2 Steuerliche Gewährleistungen

Im anglo-amerikanischen Raum werden unter «representations and warranties» auf einen bestimmten Zeitpunkt hin zugesagte Tatsachen verstanden, die eine Partei der anderen gegenüber im Vertrag abgibt und auf die letztere vertraut.<sup>70</sup> Auch in Schweizer Recht unterstehenden Verträgen wird dieses Begriffspaar verwendet, nicht zuletzt deshalb, weil viele Unternehmenskaufverträge in engli-

65 KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, 112. So treffen bspw. Steuerfolgen aus indirekter Teilliquidation nach der gesetzlichen Ordnung von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG und Art. 7a Abs. 1 lit. a StHG immer den Verkäufer, auch wenn er diese vertraglich auf den Käufer überwälzt. S. dazu im Detail unten, Abschn. 4.7.

66 S. KOLLER, Wechselwirkungen zwischen privatrechtlichen Rechtsgeschäften und ihren Steuerfolgen, 333.

67 In der englischen Terminologie als «definitions» oder «defined terms» bezeichnet.

68 Der Begriff «taxes» könnte bspw. wie folgt definiert sein: «Taxes shall mean any federal, state or municipal taxes, including corporate income tax, value added tax, withholding tax, real estate transfer tax, payroll tax and social security contributions or any other taxes or imposts levied by a governmental authority or equivalent taxes under the laws of any jurisdiction, including interest and penalties.»

69 BENEDICK/VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, 10. S. auch HONSELL, Art. 197 OR N 4.

70 S. FOX, Working With Contracts, 9.

scher Sprache verfasst werden, selbst wenn die Anwendung schweizerischen Rechts vereinbart wurde.

«Representations and warranties» bedeutet übersetzt «Zusicherungen und Gewährleistungen». Ob damit letztlich Zusicherungen iSv Art. 197 OR gemeint sind, ist – wie schon erwähnt – eine Auslegungsfrage, wenn die zivilrechtliche Qualifikation aus dem Vertrag nicht hervorgeht.

Gem. Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Die herrschende zivilrechtliche Lehre sieht in einer Zusicherung eine Wissenserkklärung (Vorstellungsäusserung). Weiter muss es sich um eine Erklärung des Verkäufers über Sacheigenschaften handeln, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend waren.<sup>71</sup> Nach dem Bundesgericht liegt eine Zusicherung iSv Art. 197 Abs. 1 OR dann vor, wenn bestimmte tatsächliche oder rechtliche Eigenschaften der Kaufsache garantiert werden, wobei sich die Zusage auf den Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bezieht.<sup>72</sup> So stellen bspw. Angaben über den bisherigen Ertrag des Unternehmens eine Zusicherung dar.<sup>73</sup>

Die Qualifikation als Zusicherung iSv Art. 197 Abs. 1 OR hat nach der gesetzlichen Ordnung eine Reihe von Nachteilen für den Käufer, so insbes. die Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR, bei deren Versäumnis die käuferseitigen Gewährleistungsansprüche entfallen, sowie die kurze Verjährungsfrist von 1 Jahr nach Art. 210 Abs. 1 OR. Darüber hinaus haftet der Verkäufer gem. Art. 200 Abs. 1 OR nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufs gekannt hat. Für Mängel, die der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nach Art. 200 Abs. 2 OR nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat. Bei vertraglichem Nichtausschluss von Art. 200 OR hätte der Käufer somit keinen Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Verkäufer in Bezug auf den gekannten oder erkennbaren Mangel, und zwar auch dann nicht, wenn er den Mangel im Rahmen einer vor dem Unternehmenskauf durchgeführten due diligence-Prüfung identifiziert hat. Daher werden Art. 200 OR ebenso wie Art. 201 und

Art. 210 OR, die allesamt dispositiver Natur sind,<sup>74</sup> im Vertrag häufig wegbedungen.<sup>75</sup> Auch die steuerlichen Gewährleistungsbestimmungen im Unternehmenskaufvertrag sind aus Sicht des Käufers oft so formuliert, dass sie die für den Käufer nachteiligen zivilgesetzlichen Bestimmungen ausschliessen oder modifizieren. Ansonsten könnte der Fall eintreten, dass der Käufer zwar einen steuerlichen Mangel vor dem Kauf ausmacht, ihn dem Verkäufer aber genau aus diesem Grund nicht entgegenhalten könnte. Dieses Paradoxon ist durch vertraglichen Ausschluss von Art. 200 OR zugunsten des Käufers aufzulösen.

Die typische («allgemeine») steuerliche Gewährleistungsklausel sieht im Wesentlichen vor, dass sämtliche Steuererklärungen ordnungsgemäss und fristgerecht eingereicht und sämtliche Steuern entweder bezahlt oder in der Bilanz zurückgestellt wurden. Daneben hält die Klausel häufig auch fest, dass keine steuerlichen Buchprüfungen oder Streitigkeiten mit den Steuerbehörden angedroht oder hängig seien. Der in der Steuerklausel verwendete Begriff «Steuern» ist im Regelfall mit dem ihm in den Begriffsdefinitionen des Vertrags zugewiesenen Inhalt zu verstehen. Aus zivilrechtlicher Sicht ist die steuerliche Gewährleistungsklausel im eben dargestellten Sinn als Zusicherung iSv Art. 197 Abs. 1 OR zu qualifizieren.<sup>76</sup> Der Verkäufer sichert dem Käufer den Bestand bestimmter steuerlich relevanter Tatsachen im Vertragszeitpunkt zu<sup>77</sup> und bestätigt dadurch das Nichtvorhandensein eines steuerlichen Mangels.<sup>78</sup>

Die Rechtsfolgen für unrichtige Zusagen werden im Vertrag meistens exklusiv, d. h. unter Ausschluss in diesem Zusammenhang ansonsten anwendbarer Bestimmungen des Obligationenrechts, geregelt.<sup>79</sup> Dabei ist insbes. im Hinblick auf die allgemeine steuerliche Gewährleistungsklausel zu beachten, dass Gewährleistungszusagen im Regelfall betragsmässig beschränkt sind.<sup>80</sup> Darin manifestiert sich letztlich auch die Schwäche der allgemeinen steuerlichen Gewährleistungsklausel, die den Käufer auf den ersten Blick vermeintlich umfassend schützt, weil ja unter anderem zugesichert wird, dass sämtliche

71 HONSELL, Art. 197 OR N 14.

72 BGE 122 III 426 (27.6.1996), BGer 4C.260/2001 (4.1.2002). S. auch BGE 88 II 416, wo das Bundesgericht zugesicherte Eigenschaften als bestimmt umschriebene, objektiv feststellbare Tatsachen bezeichnet, von denen der Verkäufer dem Käufer gegenüber behauptet, sie seien vorhanden.

73 S. BENEDICK/VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, 10.

74 HONSELL, Art. 200 OR N 5, Art. 201 OR N 13 und Art. 210 OR N 5.

75 Vgl. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 168 f.

76 S. BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 91, der von «einfacher Steuergarantie» spricht.

77 Vgl. Art. 200 Abs. 2 OR.

78 BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 89.

79 Der Käufer hätte gem. Art. 205 Abs. 1 OR grundsätzlich wahlweise Anspruch auf Wandelung oder Minderung. Allerdings erscheint die Wandelung beim Unternehmenskauf als Rechtsbehelf wenig praktikabel, weshalb sie in der Praxis regelmässig vertraglich ausgeschlossen wird. S. TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 170.

80 Sog. caps oder De-minimis-Bestimmungen.

Steuern bis zum Abgrenzungstichtag entweder bezahlt oder zurückgestellt seien.<sup>81</sup> Allerdings konterkariert eine betragsmässige Obergrenze dieses vermeintliche Schutzpotential. Eine für den Käufer besonders wichtige steuerrelevante Tatsache oder Erwartung sollte folglich Gegenstand einer Garantie sein.

### 4.3.3 Steuerliche Garantien

Garantie wird oft mit «indemnity» oder «indemnification» übersetzt. Dabei versteht die anglo-amerikanische Vertragsdoktrin unter indemnification grundsätzlich den Rechtsbehelf, der gewährt wird, wenn eine Gewährleistungszusage gebrochen wird.<sup>82</sup> Andererseits kann der Begriff «indemnification» auch ohne Konnex zu einem Gewährleistungsversprechen zu verstehen sein.<sup>83</sup>

Die Schweizer Judikatur grenzt die Garantie von der Zusicherung in der Weise ab, dass der Verkäufer bei der Garantie einen zukünftigen Erfolg verspricht, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht.<sup>84</sup> Das Bundesgericht unterscheidet zwischen unselbständigen Garantien, wenn auf die Zukunft gerichtete Zusicherungen von den Eigenschaften der Sache abhängen, und selbständigen Garantien, wenn der Verkäufer einen künftigen Erfolg verspricht, welcher über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht, weil er wesentlich noch von anderen künftigen Faktoren abhängt, welche – wie z. B. die Konjunkturentwicklung – von den Sacheigenschaften unabhängig sind und ausserhalb der Einflussmöglichkeiten des Verkäufers liegen.<sup>85</sup> Die Garantie kann solcherart als Leistungsversprechen des Verkäufers für die Zeit nach dem Übernahmestichtag verstanden werden.<sup>86</sup> Oft werden derartige Versprechen in Unternehmenskaufverträgen explizit als Garantien iSv Art. 111 OR bezeichnet, was sinnvoll ist, um Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Zusicherung zu vermeiden.<sup>87</sup> Liegt eine Garantie vor und tritt der versprochene Erfolg nicht ein, erhält der Käufer einen Erfül-

lungsanspruch auf Schadenersatz, wobei die gewährleistungsrechtliche Prüfungs- und Rügeobliegenheit nicht zur Anwendung gelangen.<sup>88</sup> Darüber hinaus gilt bei selbständigen Garantien<sup>89</sup> nicht die kurze, 1-jährige Gewährleistungsfrist, sondern die lange Frist von 10 Jahren gem. Art. 127 OR.<sup>90</sup> Allerdings werden auch Garantien in der vertraglichen Praxis häufig durch Parteiabrede modifiziert, da es sich bei den zugrundeliegenden OR-Bestimmungen wie auch bei der Gewährleistung grundsätzlich um dispositives Recht handelt.<sup>91</sup>

Steuer Garantien werden entsprechend der zivilrechtlichen Grundnatur der Garantie vom Käufer meist dann verlangt, wenn die due diligence-Prüfung ein steuerliches Risiko zu Tage gefördert hat, dessen zukünftiges Eintreten als wahrscheinlich oder zumindest möglich eingeschätzt wird. Nach der Doktrin gehören zur Steuer Garantie eine Übernahme aller in den Folgejahren den Betrag der bilanzierten Steuerrückstellung um eine bestimmte Summe übersteigenden, kausal der Zeit bis zum Vollzugstag zurechenbaren Steuerzahlungen durch den Verkäufer und eine mit Zahlungsfolgen ausgestattete Garantie, dass die Deklarations- und Zahlungspflichten für indirekte und direkte Steuern vollständig, genau und zeitgerecht erfüllt worden seien. In diesen Bereich gehört weiter auch die Garantie der Abwesenheit von verdeckten Gewinnausschüttungen oder Gewinnvorwegnahmen im steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen Sinn.<sup>92</sup> Legt man dieses Verständnis einer vertraglichen Steuer Garantie zugrunde, wird rasch klar, dass die Abgrenzung zur steuerlichen Gewährleistung im Einzelfall diffizil sein kann. Eine Garantie dafür, dass Steuern für Perioden vor dem Stichtag ordnungsgemäss deklariert und vollständig bezahlt bzw. zurückgestellt worden seien, bezieht sich letztlich auf Tatsachen, die bereits im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bestehen<sup>93</sup> und rückt sie konzeptionell nahe an die Gewährleistung. Auch die Garantie der Abwesenheit geldwerter Leistungen könnte als Zusage auf den Übernahmzeitpunkt hin interpretiert werden, obwohl sich die steuerlichen Folgen daraus regelmässig erst in der Zukunft einstellen.

81 Dem Wortlaut einer solchen Klausel nach umfassen «sämtliche Steuern» nicht nur tatsächlich zurückgestellte, sondern auch latente Steuern, d. h. nicht in der Bilanz durch Rückstellung erfasste Steuerrisiken.

82 Indemnity als Rechtsfolge aus einer Gewährleistungsverletzung. S. Fox, Working With Contracts, 27.

83 Z. B. dann, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber verpflichtet, diesem sämtliche Schäden und Kosten im Zusammenhang mit einer Rechtsstreitigkeit zu ersetzen. Fox, Working With Contracts, 240.

84 BGE 122 III 426 (27.6.1996) E 4.

85 BGer 4C.260/2001 (4.1.2002) E 3a. In diesem Sinn auch HONSELL, Art. 197 OR N 17.

86 BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 92.

87 Vgl. BENEDICK/VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, 10. Allerdings reicht die Bezeichnung «Garantie» alleine nicht aus, um eine Garantie im Rechtssinn zu begründen.

HONSELL, Art. 197 OR N 17; TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 167.

88 BENEDICK/VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, 10, und die dort zitierte Lehre.

89 BGer 4C.260/2001 (4.1.2002) E 3a.

90 HONSELL, Art. 111 OR N 17.

91 Zur Verjährung s. sogleich, Abschn. 4.5.

92 BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 93.

93 S. oben, Fn 73.



Diese Abgrenzungsambiguität wird auch in der Lehre herausgestrichen.<sup>94</sup> Sie sollte jedoch eher akademischer Natur bleiben,<sup>95</sup> wenn der Vertrag einerseits eine von den Gewährleistungszusagen des Verkäufers separate Klausel enthält, aus der klar hervorgeht, dass der steuerlich relevante Sachverhalt für den Käufer eine besondere Erwartung begründet, die er rechtlich absichern will bzw. die Grundlage für die steuerliche Garantie bildet, und andererseits die betragsmässigen Haftungsobergrenzen für Gewährleistungszusagen nicht gelten sollen. In diesem Fall muss die Vertragsinterpretation zum Ergebnis gelangen, dass der Käufer dem Verkäufer ein Leistungsversprechen abgerungen hat, das über eine blossе Eigenschaftszusage hinausgeht und unabhängig von dieser zu erfüllen ist.<sup>96</sup>

#### 4.4 Zeitliche Abgrenzung

Die steuerlichen Gewährleistungs- und Garantieverpflichtungen des Verkäufers werden im Unternehmenskaufvertrag auf einen Stichtag bezogen. Dieser kann, muss aber nicht mit dem closing<sup>97</sup> zusammenfallen. Steuern, die in Perioden bis zum Stichtag anfallen, sind vom Verkäufer «glattzustellen.» Danach ist die Entrichtung der Steuern der erworbenen Zielgesellschaft Sache des Käufers. Dieser vertraglich vereinbarte Stichtag entspricht nur in den seltensten Fällen dem Ende der steuerlichen Veranlagungsperiode der Zielgesellschaft. Weicht der vertragliche Stichtag vom Ende der Veranlagungsperiode ab, muss die Verteilung der Steuern zwischen den Parteien im Vertrag für den entsprechenden Zeitraum<sup>98</sup> abgegrenzt werden. Dabei wird z. T. fingiert, dass die straddle period einer separaten Veranlagung zugänglich sei. Fällt der steuerliche Abgrenzungstichtag nicht mit dem closing zusammen, kann – je nach Zeitablauf – eine mehr oder weniger lange «steuerfreie» Periode resultieren, in welcher der Verkäufer dem Käufer gegenüber nicht mehr für steuerliche Gewährleistungen oder Garantien einzustehen hat. Dies ist aus Sicht des Käufers nicht optimal, da er in diesem Zeitraum noch nicht die Verfügungsgewalt über die Zielgesellschaft ausüben kann.

#### 4.5 Verjährung

Wie bereits erwähnt,<sup>99</sup> sieht das Obligationenrecht bei der Gewährleistung eine Verjährungsfrist von lediglich 1 Jahr vor. Diese Frist ist für den Unternehmenskauf regelmässig zu kurz. Dies gilt insbes. im Hinblick auf steuerliche Risiken, die sich oft erst in einem späteren Zeitpunkt zeigen.<sup>100</sup> Dementsprechend wird die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche in Unternehmenskaufverträgen oft verlängert. Aus steuerlicher Sicht erweist sich jedoch selbst eine derartige Verlängerung als nicht genügend,<sup>101</sup> betragen die steuerlichen Verjährungsfristen doch mind. 5 Jahre.<sup>102</sup>

Deshalb sollte aus Sicht des Käufers die steuerliche Verjährungsfrist so bemessen sein, dass sie erst mit der Rechtskraft der entsprechenden Veranlagung endet.<sup>103</sup> Handelt es sich um eine selbständige Garantie, gilt gem. Art. 127 OR wie erwähnt die lange Verjährungsfrist von 10 Jahren. Das Bundesgericht leitet aus Art. 129 OR ab, dass eine Verkürzung dieser Frist unzulässig sei.<sup>104</sup>

#### 4.6 Verdeckte Gewinnausschüttungen

Im Rahmen der due diligence-Prüfung werden häufig verdeckte Gewinnausschüttungen der Zielgesellschaft an ihre Mutter- oder andere Konzerngesellschaften ausgemacht. Verdeckte Gewinnausschüttungen unterliegen gem. Art. 4 Abs. 1 Bst. b iVm Art. 13 Abs. 1 Bst. a VStG und Art. 20 Abs. 1 VStV zunächst der Verrechnungssteuer von 35 %. Werden solche Ausschüttungen nach dem Verkauf der Zielgesellschaft an den Käufer im Rahmen einer verrechnungssteuerlichen Buchprüfung aufgegriffen und ist die Verjährungsfrist gem. Art. 17 Abs. 1 VStG noch nicht abgelaufen, stellt sich das Problem, dass die Zielgesellschaft weder ihrer Verrechnungssteuerpflicht gem. Art. 10 Abs. 1 iVm Art. 11 Abs. 1 VStG noch ihrer Überwälzungspflicht gem. Art. 14 Abs. 1 VStG nachgekommen ist. Ob eine Überwälzung der Verrechnungssteuer auf den Leistungsempfänger nach Verkauf, gestützt auf Art. 14 VStG, möglich sei, erscheint nach dem Wortlaut der Bestimmung fraglich, da «die steuerbare

94 Vgl. BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 95, nach dem viele Garantieabreden dazu dienen, irgendwelche dem Käufer besonders wichtigen Erwartungen rechtlich abzusichern, sowie TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 167.

95 S. auch TSCHÄNI/WOLF, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, 101.

96 In diesem Sinn auch BÖCKLI, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, 101.

97 Vollzugsdatum des Kaufvertrages, d. h., wenn sämtliche closing-Bedingungen eingetreten sind.

98 Dieser wird auch als «straddle period» bezeichnet.

99 S. oben, Abschn. 4.3.2.

100 BENEDICK/VISCHER, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, 4.

101 S. TSCHÄNI/WOLF, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, 106.

102 Vgl. Art. 120 DBG, Art. 17 VStG, Art. 42 MWSTG und Art. 30 StG.

103 Bei den Selbstveranlagungssteuern sollte die vertragliche mit der entsprechenden gesetzlichen Verjährungsfrist abgestimmt werden, d. h. aus Käufersicht ist die Verjährungsfrist bis zum Eintritt der Verjährung der jeweiligen Steuerforderung zu verlängern. S. für die Mehrwertsteuer HERTEL/HEER, Mehrwertsteuerliche Haftung bei Unternehmensverkäufen. MWST-Haftung in der Schweiz geht weiter als im EU-Raum, 875.

104 BGE 132 III 285, E 2. Vgl. auch DÄPPEN, Art. 129 OR N 3.

Leistung (...) bei der Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen (ist).» M. a. W. statuiert das VStG die Pflicht zur sofortigen Überwälzung.<sup>105</sup> Allerdings hat das Bundesgericht entschieden, dass im Fall der Nichtüberwälzung bei der Ausrichtung der steuerbaren Leistung der Steuerpflichtige den Steuerbetrag nachträglich vom Leistungsempfänger einzufordern habe und die Überwälzung auf diese Weise vorzunehmen sei.<sup>106</sup> Die steuerpflichtige Gesellschaft hat gemäss Bundesgericht einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rückgriffsanspruch gegen den Leistungsempfänger, wobei es Aufgabe der ESTV und nicht des Zivilrichters sei, zu entscheiden, ob ein Rückgriffsanspruch bestehe.<sup>107</sup> Der Zielgesellschaft bleibt nach dieser Judikatur die Möglichkeit, den Steuerabzug gegenüber dem Verkäufer nachträglich durchzusetzen.

Findet die Überwälzung aus irgendeinem Grund nicht statt, geht die ESTV in der Regel davon aus, dass der ausgeschüttete Betrag bloss die Nettoleistung der steuerbaren Bruttoleistung darstelle.<sup>108</sup> Durch diese sog. Aufrechnung ins Hundert<sup>109</sup> ist die Überwälzung zwar vorgenommen.<sup>110</sup> Jedoch trägt die Zielgesellschaft als Schuldner der Leistung das Verrechnungssteuerrisiko.<sup>111</sup> Weil die ins Hundert aufgerechnete Verrechnungssteuer aus dem Gewinn bzw. den Reserven der Zielgesellschaft zu entrichten ist,<sup>112</sup> ist diese direkt entreichert. Wurde im Vertrag nichts vorgekehrt, geht die Wertreduktion der Zielgesellschaft zu Lasten des Käufers.<sup>113</sup>

Bei betragsmässig hohen Verrechnungssteuerrisiken müssen diese bereits im Kaufpreis berücksichtigt oder

mittels Garantie des Verkäufers abgesichert werden.<sup>114</sup> Die allgemeine steuerliche Gewährleistungsklausel eignet sich hier weniger, v. a. dann nicht, wenn sie über Deckelungen (sog. caps) zu einer begrenzten Haftung des Verkäufers führt.

#### 4.7 Indirekte Teilliquidation

Der indirekten Teilliquidation wird in Unternehmenskaufverträgen prominent Raum gewidmet, wenn in der Schweiz ansässige natürliche Personen Beteiligungen iSv Art. 20a Abs. 1 Bst. a DBG und Art. 7a Abs. 1 Bst. a StHG veräussern. Dann sind es der oder die Verkäufer, die den vertraglichen Schutz in Anspruch nehmen, um die schwerwiegenden steuerlichen Konsequenzen einer Umqualifizierung des steuerfreien Kapitalgewinns in steuerbaren Vermögensertrag abzuwenden.<sup>115</sup> Diese wohl bekannteste Steuerklausel ist oft in Anlehnung an Ziff. 4.5 des KS Indirekte Teilliquidation formuliert und umschreibt bestimmte Vorgänge, die schädliche Ausschüttungen iSd indirekten Teilliquidation darstellen. Dem Käufer wird untersagt, die Zielgesellschaft innerhalb der Frist von 5 Jahren nach dem Verkaufszeitpunkt in Transaktionen zu verwickeln, die als geldwerte Leistungen zu Gunsten des Käufers oder dessen Aktionären qualifiziert werden könnten. Der Käufer sollte sich durch dieses vertragliche Verbot allerdings nicht zu sehr ans Gängelband nehmen lassen, und es muss ihm vertraglich zumindest erlaubt sein, jenen Spielraum auszuschöpfen, den ihm das KS Indirekte Teilliquidation belässt.

Aus zivilrechtlicher Sicht ist die indirekte Teilliquidationsklausel – obwohl zumeist als Verbot des Käufers formuliert – wohl als selbständige Garantie zu qualifizieren. Das als Unterlassungspflicht ausgestaltete vertragliche Verbot kann nämlich umgekehrt auch als Versprechen eines künftigen Erfolgs interpretiert werden, wobei der Erfolg in der Nichtumsetzung der unzulässigen Transaktionen bzw. daraus folgend im Nichteintreten der für den Verkäufer schädlichen Steuerfolgen aus indirekter Teilliquidation besteht. Das Versprechen eines künftigen Erfolgs, der über die vertragsgemässe Beschaffenheit der Kaufsache hinausgeht, ist nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung gerade Wesensmerkmal des selbständigen Garantievertrags.<sup>116</sup>

105 Praxis II, Art. 14 Nr. 30.

106 Praxis II, Art. 14 Nr. 3 und Nr. 4.

107 Praxis II, Art. 14 Nr. 4.

108 Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, 17.

109 Diese Methode wird auch vom Bundesgericht gestützt. Vgl. BGE 118 I b 317.

110 REICH, Art. 14 VStG N 19. Wird ein steuerliches Risiko aus verdeckter Gewinnausschüttung der Zielgesellschaft an den verkaufenden Aktionär im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch Hinterlegung des entsprechenden Betrags auf ein escrow-Konto abgesichert, muss dies eine wirksame Überwälzung der Verrechnungssteuer mit der Folge darstellen, dass keine Aufrechnung ins Hundert vorgenommen werden darf.

111 So auch WEIDMANN/OESTERHELT, Nachentrichtung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 12 VStrR, 622.

112 REICH, Art. 14 VStG N 20.

113 Das beschriebene Problem erfährt durch die Bestimmung von Art. 24 Abs. 1 Bst. a VStV eine gewisse Entschärfung, wobei allerdings die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 2 VStV erfüllt sein müssen. Im internationalen Verhältnis ist diese Bestimmung aber wohl nicht direkt anwendbar, weshalb sich das Problem v. a. dann stellt, wenn ein ausländischer Verkäufer eine Schweizer Zielgesellschaft veräussert. Art. 24 Abs. 1 Bst. a VStV müsste jedoch analog auf internationale Sachverhalte angewendet werden, wenn die Rückerstattungsberechtigung des Empfängers gegeben ist.

114 Vgl. auch TSCHÄNI/WOLF, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, 106.

115 Diese Regelung entfaltet nur im Verhältnis zwischen den Parteien Wirkung. Im Aussenverhältnis haftet immer der Verkäufer. S. oben, Abschn. 4.1.

116 S. BGE 4C.260/2001 (4.1.2002) E 3a und die dort zitierte Judikatur und Literatur.

#### 4.8 Transaktionssteuern

Die Verteilung der durch die Transaktion selbst ausgelösten Steuern (und anderer Kosten) ist regelmässig Gegenstand einer separaten Regelung im letzten Abschnitt des Vertrags.<sup>117</sup> Im Schweizer Kontext ist v. a. die Umsatzabgabe betroffen, wenn zumindest eine der Vertragsparteien Effektenhändler iSv Art. 13 Abs. 3 StG ist. In diesem Fall bestimmt sich die Höhe der Umsatzabgabe entweder nach Art. 13 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 iVm Art. 16 Abs. 1 Bst. a StG oder Art. 13 Abs. 2 Bst. b iVm Art. 16 Abs. 1 Bst. b StG. Die Abgabepflicht ist im Gesetz klar geregelt: Gem. Art. 17 Abs. 1 StG schuldet der Effektenhändler die Umsatzabgabe. In der vertraglichen Praxis wird die Umsatzabgabe hingegen entweder hälftig zwischen den Parteien verteilt oder es wird nur eine Partei – selbst wenn diese nicht Effektenhändler ist – belastet.<sup>118</sup>

Mitunter wird diese Bestimmung standardmässig auch in den Vertrag aufgenommen, wenn keine der Vertragsparteien Effektenhändler ist. Vermeintlich schadet sie dann nicht, ist doch kein Effektenhändler als Vertragspartei beteiligt. Allerdings ist Vorsicht geboten, wenn eine dritte Partei, z. B. eine Investmentbank, die Interessenten zusammenführt und der Vertrag in der Folge zwischen diesen tatsächlich abgeschlossen wird. Banken iSd BankG sind gem. Art. 13 Abs. 3 Bst. a StG per se Effektenhändler. Die Zusammenführung der Vertragsparteien dürfte in der Praxis der ESTV mit grosser Wahrscheinlichkeit als Vermittlung iSv Art. 17 Abs. 3 Bst. b StG qualifiziert werden, sodass die Bank gem. Art. 17 Abs. 2 Bst. b StG umsatzabgabepflichtig wird.<sup>119</sup> Dies hätte auf die Parteien immer noch keinen Einfluss, und die vertragliche Verteilung der Umsatzabgabe erscheint nach wie vor redundant. Allerdings überwälzen Banken die Umsatzabgabe regelmässig auf ihre Auftraggeber. Geschieht dies, wird die Umsatzabgabe wieder zum Problem der Vertragsparteien und der vertraglichen Regelung neues Leben eingehaucht. Aus Käufersicht erweist sich die Vertragsklausel v. a. dann als Bumerang, wenn er gemäss Vertrag die Umsatzabgabe allein zu tragen hat.

## 5 Steuerfolgen vertraglicher Entschädigung

### 5.1 Allgemeines

Verletzt der Verkäufer Gewährleistungs- oder Garantiezusagen, steht dem Käufer ein vertraglicher Ausgleichsanspruch zu. Manchmal finden sich Bestimmungen im Vertrag, wonach sämtliche Zahlungen des Verkäufers infolge der Verletzung von Gewährleistungen oder Garantien den Kaufpreis reduzieren. Ausgleichsansprüche können vom Verkäufer aber auch ausbezahlt werden. Hinsichtlich steuerlicher Ausgleichsansprüche bedingt sich der Käufer zuweilen ein Wahlrecht in dem Sinn aus, dass die Ausgleichszahlung entweder an die Käufer- oder die Zielgesellschaft fliesst. Es stellt sich die Frage, wie derartige Zuflüsse steuerlich zu behandeln seien.<sup>120</sup>

### 5.2 Kaufpreisreduktion

Die vertragliche Regelung, dass Ausgleichsansprüche eine Reduktion des Kaufpreises bewirken, wird buchhalterisch nachvollzogen, wenn der Käufer aus der Verletzung der entsprechenden Gewährleistungs- oder Garantie-zusage einen durchsetzbaren Anspruch gegenüber dem Verkäufer geltend machen kann. Den Zufluss verbucht die Käufergesellschaft liquiditätswirksam. Die Gegenbuchung erfolgt direkt auf der Beteiligung (erworbene Anteilsrechte) an der Zielgesellschaft. Durch diesen Vorgang werden die Anschaffungskosten der Beteiligung nachträglich reduziert. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Reduktion iSd Gestehungskostenlehre eine Verminderung des Erwerbspreises oder eine Desinvestition darstellt.<sup>121</sup> Beide Ansätze führen zum gleichen Ergebnis: Die Gestehungskosten und der Gewinnsteuerwert der Beteiligung werden entsprechend herabgesetzt. Es entsteht kein Anwendungsfall von Art. 62 Abs. 4 DBG und der jeweiligen kantonalen Bestimmung.

### 5.3 Leistung an die Käufergesellschaft

Leistet der Verkäufer aufgrund einer Gewährleistungs- oder Garantieverletzung an die Erwerbergesellschaft, kann diese buchhalterisch so vorgehen wie unter 5.2 beschrieben. Dies unabhängig davon, ob der Vertrag vorsieht, dass Ausgleichsansprüche eine Kaufpreisreduktion bewirken. Hinsichtlich der Gestehungskosten gilt das zuvor unter 5.2 Gesagte.

117 In der anglo-amerikanischen Terminologie als «miscellaneous section» bezeichnet.

118 Dem Fiskus gegenüber bleibt der Effektenhändler abgabepflichtig. Die Regelung im Vertrag entfaltet zwischen den Parteien nur Innenwirkung. Vgl. oben, Abschn. 4.1.

119 S. hierzu POLTERA/ZITTER, Kauf und Verkauf von Unternehmungen. Entwicklungen in der Praxis, Lösungsansatz zu Fall 5. Zur Kritik am Vermittlerbegriff der ESTV ZITTER, Vermittlung durch die Muttergesellschaft, 862 ff.

120 Im Folgenden wird unterstellt, dass es sich jeweils um eine Schweizer Käufer- und Zielgesellschaft handle.

121 KS Beteiligungserträge Ziff. 2.5.1. Vgl. auch DUSS/ALTORFER, Art. 70 DBG N 34 und die dort zitierte Literatur.

#### 5.4 Leistung an die Zielgesellschaft

Erfolgt die Entschädigungsleistung direkt an die Zielgesellschaft,<sup>122</sup> muss diese den Zufluss grundsätzlich erfolgswirksam verbuchen. Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips fliesst dieser Ertrag gem. Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG und der entsprechenden kantonalen Bestimmung in das steuerliche Ergebnis der Zielgesellschaft ein. Andererseits steht diesem Zufluss der Abfluss aus dem Schlagendwerden des steuerlichen Risikos entgegen, sodass sich Zu- und Abfluss ausgleichen. Einen Schaden würde die Gesellschaft jedoch erleiden, wenn der durch das steuerliche Risiko verursachte Abfluss etwa unter der (behördlichen) Berufung auf das Periodizitätsprinzip nicht steuerwirksam verbucht werden dürfte. In diesem Fall würde sich in der vertraglichen Gestaltung eine gross-up-Klausel anbieten, um die daraus resultierende steuerliche Belastung der Zielgesellschaft abzufedern.<sup>123</sup>

#### 5.5 Earn-out-Mechanismen

Earn-out-Klauseln stellen eine variable Kaufpreiskomponente dar, wonach der Käufer dem Verkäufer neben einem Fixkaufpreis einen von bestimmten, nach Vollzug eintretenden Ereignissen abhängigen zusätzlichen Kaufpreis bezahlt.<sup>124</sup> Neben der vom künftigen Gewinn abhängigen Kaufpreiskomponente kommen in der Praxis auch solche zulasten des Verkäufers vor, wenn nämlich eine vom Verlust des verkauften Unternehmens abhängige Zahlung des Verkäufers an den Käufer vereinbart wird.<sup>125</sup>

Bezahlt der Käufer dem Verkäufer nachträglich einen zusätzlichen Kaufpreis aufgrund einer earn-out-Klausel, muss die Zahlung auf der erworbenen Beteiligung aktiviert werden. Dieser aus steuerlicher Sicht nur Bestandskonten berührende und daher erfolgsneutrale Vorgang bewirkt einerseits eine Erhöhung der Anschaffungskosten und andererseits eine Erhöhung des Gewinnsteuerwerts der Beteiligung. Im umgekehrten Fall des «negativen Kaufpreises» erhält der Käufer vom Verkäufer eine Zahlung, welche dieser anschaffungskostenmindernd auf der Beteiligung verbucht. Auch hier müssen spiegelbildlich Anschaffungskosten und Gewinnsteuerwert der Beteiligung nachträglich reduziert werden, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen in Abschn. 5.2 verwiesen werden kann.

Zu beachten ist jedoch eine mögliche Umqualifikation der earn-out-Zahlung in einen Lohnbestandteil. Dies kann vorkommen, wenn eine natürliche Person ihre Anteile an der Zielgesellschaft veräussert, aber weiterhin auf Basis eines Anstellungsvertrags beschäftigt bleibt. In diesen Fällen argumentieren die Steuerbehörden zuweilen, dass die earn-out-Zahlung Lohn darstelle, weil der angestellte ehemalige Verkäufer durch seine Tätigkeit die Zahlung gewissermassen erst ermöglicht habe. Bei einer solchen Qualifikation besteht das Risiko, dass die Gesellschaft auf dem Lohnbestandteil Sozialabgaben abführen muss.<sup>126</sup> Dieser Zahlungsabfluss muss aus Käufersicht im Vertrag entsprechend thematisiert werden.

## 6 Zusammenfassung

Der Absicherungsbedarf eines Erwerbers für Steuerrisiken hängt massgeblich von der Transaktionsstruktur ab. Je nachdem, ob ein Unternehmen im Weg eines share deal oder eines asset deal erworben wird, gestaltet sich die Haftung des Erwerbers unterschiedlich. Materialisieren sich Steuerrisiken nach einem share deal, vermindert sich der Wert der Zielgesellschaft. Dies hat direkte Auswirkungen in der konsolidierten Vermögenssphäre des Erwerbers. Beim asset deal hingegen kann den Erwerber eine direkte gesetzliche Haftung, so insbes. im Bereich der Mehrwertsteuer, treffen. Während sich der Erwerber beim share deal gegen eine allfällige Wertminderung der Zielgesellschaft nach Vollzug der Transaktion absichern muss, wird er beim asset deal einen vertraglichen Regressanspruch gegen den Verkäufer für den Fall anstreben, dass die gesetzliche Haftung für Steuerschulden bei ihm durchschlägt. Absicherungsbedarf kann sich zusätzlich ergeben, wenn die Zielgesellschaft Gegenstand von Umstrukturierungen vor der eigentlichen Transaktion war. Dies hauptsächlich deshalb, weil durch Umstrukturierungen Steuerverbindlichkeiten auf die Zielgesellschaft übergehen können. Darüber hinaus führt die Verletzung bspw. einer durch eine steuerliche Vermögensübertragung ausgelösten Sperrfrist zu Steuerfolgen, die gem. Art. 61 Abs. 4 DBG auch eine Haftung der Zielgesellschaft begründen kann. Die sorgfältige Analyse

122 Dies wird mitunter v. a. hinsichtlich der steuerlichen Ausgleichsansprüche vereinbart, da beim share deal die Zielgesellschaft für sämtliche Steuern haftet.

123 Zum Begriff der gross-up-Klausel bei Finanzierungen siehe SCHMID, Gross-up Klauseln in Darlehensverträgen, 284 ff.

124 VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, 509 f.

125 VISCHER, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, 510.

126 Es ist offensichtlich, dass dieser Auffassung aus steuersystematischer Sicht Gewichtiges entgegenzuhalten ist. So ist die earn-out-Komponente als Teil des Kaufpreises definiert, weshalb sie – dem Grundgeschäft folgend – steuerfreien Kapitalgewinn darstellen muss, wenn eine natürliche Person unter Einhaltung der sonstigen Bestimmungen der indirekten Teilliquidation Anteile an eine Vertragspartei veräussert, für die das Buchwertprinzip gilt. Zudem ist es systematisch nicht zu begründen, weshalb eine Zahlung des Käufers an den Verkäufer Sozialversicherungsabgaben auf Ebene der Gesellschaft auslösen soll.



dieser Vorfragen ist somit erste Weichenstellung für die Ausgestaltung des Vertragswerks aus steuerlicher Sicht.

In einem zweiten Schritt sind sodann die im Rahmen der due diligence-Prüfung identifizierten Steuerrisiken im Vertrag konkret abzudecken. Abzuwägen ist insbes., ob die steuerlichen Risiken derart schwer wiegen, dass sie von vornherein kaufpreismindernd berücksichtigt werden oder über eigene Garantiezusagen abgesichert werden müssen. Die allgemeine steuerliche Gewährleistungsklausel bietet bei Vereinbarung vertraglicher Haftungsobergrenzen aus Käufersicht keinen ausreichenden Schutz. Sich allein auf diese Klausel zu verlassen und ihr womöglich die steuerliche due diligence-Prüfung zu opfern, empfiehlt sich jedenfalls nicht.

## Literatur

- BAUER-BALMELLI MAJA/OMLIN LUCIA, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 - 82, 2. A., Basel u. a. 2008
- BAUMGARTNER IVO/CLAVADETSCHER DIEGO/KOCHER MARTIN, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz. Einführung in die neue Mehrwertsteuerordnung, Langenthal 2010
- BENEDICK GILLES/VISCHER MARKUS, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskaufvertrag, Jusletter vom 4.9.2006
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. A., Zürich 2002
- BÖCKLI PETER, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 59
- BREITENBACH DOMINIK/PIETROPAOLO RAFFAELLO, Mehrwertsteuerliche Aspekte bei Umstrukturierungen, ASA 74 (2005/06), 428
- DÄPPEN ROBERT K., in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. I, Art. 1 - 529 OR, 5. A., Basel u. a. 2011
- DUSS MARCO/ALTORFER JÜRIG, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 - 82, 2. A., Basel u. a. 2008
- EILERS STEPHAN/BEUTEL DAVID, Steuerfreistellungen und -gewährleistungen in M&A-Transaktionen, IStR 2010, 564
- FOX CHARLES M., Working With Contracts. What Law School Doesn't Teach You, New York 2002
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich u. a. 2010
- HERTEL MARKUS/HEER MICHELLE, Mehrwertsteuerliche Haftung bei Unternehmensverkäufen. MWST-Haftung in der Schweiz geht weiter als im EU-Raum, ST 2005, 869
- HOFSTETTER HANS, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, AJP 1998, 926
- HONSELL HEINRICH, in: Basler Kommentar Obligationenrecht, Bd. I, 5. A., Basel u. a. 2011
- KOLLER THOMAS, Privatrecht und Steuerrecht. Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993
- Wechselwirkungen zwischen privatrechtlichen Rechtsgeschäften und ihren Steuerfolgen. Ein Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme, ZBJV 1998, 309
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil: Art. 1 - 48 DBG, Therwil-Basel 2001
- LUMSDEN ROBIN, Tax Due diligence: Steuerliche Aspekte der Vertragsgestaltung, Steuerklauseln, in: Andreas Baumann/Kornelia Waitz-Ramsauer (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf & Due diligence, Bd. II: Tax, LexisNexis 2009
- MEISTER THOMAS, Haftungstatbestände im Schweizerischen Steuerrecht – ein Überblick, in: Michael Beusch/ISIS (Hrsg.), Steuerrecht 2008. Best of zsis, Zürich 2008, 67
- MORSCHER LUKAS, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel u. a. 2005
- MÜLLER GUIDO, in: Felix Geiger/Regine Schluckebier (Hrsg.), MWSTG Kommentar. Schweizerisches Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Zürich 2012
- PFUND W. ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, 1. Teil: Art. 1 - 20 VStG, Basel 1971
- POLTERA FLURIN/ZITTER GERNOT, Kauf und Verkauf von Unternehmungen. Entwicklungen in der Praxis. Fallbeispiele, St.Galler Seminar zur Unternehmensbesteuerung vom 27./28.9.2011
- REICH MARKUS, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel u. a. 2005
- Steuerrecht, 2.A., Zürich u. a. 2012

- Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 1. Teil, Basel u. a. 1996
- RIEDWEG PETER/GRÜNBLATT DIETER, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel u. a. 2005
- RINNE CHRISTINA, Die neuen Haftungsbestimmungen im Mehrwertsteuerrecht, ST 2011, 298
- SCHMID CHRISTOPH OLIVER, Gross-up-Klauseln in Darlehensverträgen, FStR 2006, 284
- STRASSER MATHIAS, Treuepflicht und «due diligence»-Prüfung, *ecolex Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001, 748
- TIPKE KLAUS/KRUSE WILHELM HEINRICH, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung. Kommentar zur AO (ohne Steuerstrafrecht) und FGO, Köln (Loseblatt)
- TSCHÄNI RUDOLF, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel u. a. 2005
- M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich u. a. 2003
- TSCHÄNI RUDOLF/WOLF MATTHIAS, Vertragliche Gewährleistungen und Garantien – Typische Vertragsklauseln, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich 2006, 93
- VISCHER MARKUS, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, 509
- WEIDMANN MARKUS/OESTERHELT STEFAN, Nachentrichtung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 12 VStrR, StR 2007, 622
- ZITTER GERNOT, Vermittlung durch die Muttergesellschaft. Auslegung von Art. 17 Abs. 3 lit. b des Stempelsteuergesetzes, ST 2011, 860
- reichischen Monarchie (vom 1.6.1811), StF: Justizgesetzsammlung (JGS) Nr. 946/1811
- AO, (dt.) Abgabenordnung (vom 16.3.1976) idF vom 1.10.2002, BGBl 2002 I, 3866, 2003 I, 61; zuletzt geändert durch G vom 22.12.2011, BGBl 2011 I, 3044
- ASVG, (österreich.) BG über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) (vom 9.9.1955), BGBl Nr. 189/1955, 951
- BankG, BG über die Banken und Sparkassen (vom 8.11.1934), SR 952.0
- BAO, (österreich.) BG über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden verwalteten Abgaben (Bundesabgabenordnung) (vom 28.6.1961), BGBl 194/1961, 1031
- DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11
- FusG, BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (vom 3.10.2003), SR 221.301
- HGB, (dt.) Handelsgesetzbuch (vom 10.5.1897) in der im BGBl Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung; zuletzt geändert durch G vom 22.12.2011, BGBl I, 3044
- MWSTG, BG vom 12.6.2009 über die Mehrwertsteuer, SR 641.20
- OR, BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (vom 30.3.1911), SR 220
- StG, BG über die Stempelabgaben (vom 27.6.1973), SR 641.10
- StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14
- UGB, (österreich.) BG über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch), (dt.) RGBI 219/1897
- VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.21
- VStV, VV zum BG über die Verrechnungssteuer (vom 19.12.1966), SR 642.211
- ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10.12.1907), SR 210

## Dokumentationen, Sammelwerke

- Die Eidgenössische Verrechnungssteuer (Stand der Gesetzgebung: 1.1.2010), Autor: Team Dokumentation und Steuerinformation, ESTV, Bern 2010
- Praxis II, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, 2 Bde., Hrsg.: Maja Bauer-Balmelli/Hans Peter Hochreutener/Markus Küpfer, Therwil-Basel (Loseblatt)

## Rechtsquellen

- ABGB, (österreich.) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oester-

## Materialien

Botschaft FusG, Botschaft zum BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) (vom 13.6.2000), BBl 2000, 4337

Botschaft Vereinfachung der Mehrwertsteuer, Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer (vom 25.6.2008), BBl 2008, 6885

## Praxisanweisungen

KS Beteiligungserträge, KS Nr. 27 (1-027-D-2009-d) der ESTV – Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 17.12.2009)

KS Indirekte Teilliquidation, KS Nr. 14 (1-014-D-2007-d) der ESTV – Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten («indirekte Teilliquidation») (vom 6.11.2007)

MB Übertragung mit Meldeverfahren, MB Nr. 11 (610.545-11) der ESTV – Übertragung mit Meldeverfahren (gültig vom 1.1.2008 - 31.12.2009)