

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SR.2021.00019 vom 25. Mai 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-05-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SR.2021.00019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SR.2021.00019)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SR.2021.00019 du 25 mai 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SR.2021.00019 del 25 maggio 2022

## Regeste

Nachsteuern (Staats- und Gemeindesteuern 2008) | Indirekte Teilliquidation; Mitwirkungserfordernis. Novenrecht (E. 1). Definition und Voraussetzungen der indirekte Teilliquidation (E. 2.1). Sperrfristverletzende Ausschüttung von nichtbetriebsnotwendiger Substanz (E. 2.2). (Passive) Mitwirkung der Verkäuferschaft: Die jüngere Praxis, wonach das Vorhandensein nichtbetriebsnotwendiger bzw. ausschüttungsfähiger Substanz noch nicht auf eine relevante Mitwirkung schliessen lässt, bezieht sich v.a. auf nicht geschäftsführende Minderheitsaktionäre ohne nennenswerten Einfluss auf die Ausschüttungspolitik, während bei einem Mehrheitsaktionär bzw. einem Minderheitsaktionär mit aktiver Einbindung in die Ausschüttungspolitik in diesen Konstellationen in der Regel von einer hinreichenden Mitwirkung auszugehen ist. Verspricht die Käuferschaft bereits beim Kauf, keine sperrfristverletzenden Ausschüttungen aus der Zielgesellschaft zu bewirken und im Falle der Besteuerung einer indirekten Teilliquidation die Verkäuferschaft schadlos zu halten, schliesst dies eine massgebliche Mitwirkung an der sperrfristverletzenden Substanz ausschüttung keineswegs aus (E. 2.3). Berechnung des steuerbaren Vermögensertrags und periodengerechte Zuordnung (E. 2.4 und 2.5). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder der Begründungspflicht durch die Vorinstanzen (E. 3). Ausgangsgemässe Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (E. 4). Abweisung der (vereinigten) Rechtsmittel.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung SR.2021.00019 SR.2021.00020 Urteil der 2. Kammer vom 25. Mai 2022  
Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Elisabeth Trachsel, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiber Felix Blocher. In Sachen 1. A, 2. B, beide vertreten durch RA C, Rekurrierende und Beschwerdeführende, gegen Kanton Zürich, vertreten durch das kantonale Steueramt, Rekursgegner und Beschwerdegegner, betreffend Nachsteuern (Staats- und Gemeindesteuern 2008 sowie Direkte Bundessteuer 2008), hat sich ergeben: I. A und D waren zu 60 bzw. 40 Prozent an der E AG beteiligt, wobei die Aktien steuerlich jeweils im Privatvermögen gehalten wurden. Am 5. Dezember 2008 verkauften beide ihre gesamten Beteiligungen an die F AG mit Hauptsitz in G/Land H, welche damit Alleineigentümerin der E AG wurde. Am 8. April 2013 gingen die Aktiven und Passiven der E AG zufolge Fusion auf die F AG über. Hierauf eröffnete das kantonale Steueramt am 11. Juni 2018 ein Nachsteuerverfahren aufgrund des Verdachts auf eine Unterbesteuerung infolge Sperrfristverletzung bei indirekter Teilliquidation. Nach weiteren Untersuchungen und Gewährung des rechtlichen Gehörs setzte das kantonale Steueramt den nachzubesteuernden

Vermögensertrag am 4. Juni 2019 auf Fr. ... fest und auferlegte A und dessen Ehefrau B (nachfolgend: die Pflichtigen) Nachsteuern samt Zinsen von Fr. ... (Staats- und Gemeindesteuern 2008) bzw. Fr. ... (direkte Bundessteuer 2008). Die hiergegen erhobene Einsprache hiess das kantonale Steueramt am 24. August 2021 insoweit gut, als es den nachzubesteuernden Vermögensertrag auf Fr. ... herabsetzte und die Nachsteuern (samt Zinsen) entsprechend auf Fr. ... (Staats- und Gemeindesteuern 2008) bzw. Fr. ... (direkte Bundessteuer 2008) reduzierte. II. Mit Rekurs- bzw. Beschwerde vom 12. Oktober 2021 liessen die Pflichtigen dem Verwaltungsgericht beantragen, es sei das Nachsteuerverfahren einzustellen. Eventualiter seien die Nachsteuern für die Staats- und Gemeindesteuern 2008 sowie die direkte Bundessteuer 2008 auf ein steuerbares Einkommen von Fr. ... zu beschränken. Weiter wurde um die Zuspreehung einer Parteientschädigung ersucht. Mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2021 vereinigte das Verwaltungsgericht die Rechtsmittelverfahren bezüglich der Nachsteuern für die Staats- und Gemeindesteuern 2008 (SR.2021.00019) und die Nachsteuern für die direkte Bundessteuer 2008 (SR.2021.00020). Während das kantonale Steueramt mit Eingabe vom 3. Dezember 2021 die Abweisung der Rechtsmittel und die Bestätigung des vorinstanzlichen Einspracheentscheids unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Pflichtigen beantragte, liess sich die Eidgenössische Steuerverwaltung nicht vernehmen. Mit Replik vom 17. Januar 2022 hielten die Pflichtigen vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Mit Duplik vom 7. Februar 2022 (Datum Poststempel) erneuerte auch das kantonale Steueramt seine bereits gestellten Anträge. Mit Triplik vom 11. März 2022 hielten die Pflichtigen weiter an ihren Anträgen fest. Das Steueramt verzichtete mit Eingabe vom 17. März 2022 auf eine weitere Stellungnahme. Die Kammer erwägt: 1. Da das Verwaltungsgericht vorliegend als erste gerichtliche Instanz entscheidet, können im Rahmen des Streitgegenstands neue Tatsachen uneingeschränkt geltend gemacht werden (vgl. § 162 Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 147 Abs. 3 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 [StG]; Art. 153 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 [DBG]; § 52 in Verbindung mit § 20a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.1**

Als steuerbarer Ertrag aus beweglichem Vermögen gilt gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG und § 20a Abs. 1 lit. a StG auch der Erlös aus dem Verkauf einer Beteiligung von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aus dem Privatvermögen in das Geschäftsvermögen einer anderen natürlichen oder einer juristischen Person, soweit innert fünf Jahren nach dem Verkauf, unter Mitwirkung des Verkäufers, nicht betriebsnotwendige Substanz ausgeschüttet wird, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war. In diesen Konstellationen entnimmt die Käuferin der erworbenen Gesellschaft Mittel zur Finanzierung des Kaufpreises, wodurch sich der Wert der Gesellschaft und entsprechend auch der Wert der Beteiligung reduziert. Die Gesellschaft wird teilweise liquidiert. Die der Gesellschaft entnommenen Mittel fliessen dem Verkäufer indirekt über die Käuferin in Form des Kaufpreises zu (sogenannte indirekte Teilliquidation). Gilt für die Käuferin das Buchwertprinzip, erzielt der Verkäufer im Umfang der entnommenen Substanz nicht einen steuerfreien Kapitalgewinn, sondern einen steuerbaren Ertrag aus beweglichem Vermögen (vgl. hierzu Markus Reich in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 3. A., Basel 2017, Art. 20a DBG N. 9 ff.; Felix Richner et al.,

Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. A., Zürich 2021, § 20a StG N. 6 ff.; Kreisschreiben Nr. 14 der Eidgenössischen Steuerverwaltung [EStV] bezüglich Verkauf von Beteiligungsrechten aus dem Privat- in das Geschäftsvermögen eines Dritten ["indirekte Teilliquidation"] vom 6. November 2007 [KS EStV Nr. 14]).

### **E. 2.2.1**

Bei einer indirekten Teilliquidation muss somit innert 5 Jahren ab dem Verkauf nichtbetriebsnotwendige Substanz, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war, zwecks Finanzierung des Kaufpreises entnommen werden. Handelsrechtlich ausschüttungsfähig ist bei einer Aktiengesellschaft das ausgewiesene Eigenkapital der letzten handelsrechtskonformen Bilanz vor dem Verkauf der Zielgesellschaft abzüglich des Aktienkapitals sowie der maximal möglichen gesetzlichen Reserven gemäss Art. 671 ff. des Obligationenrechts (OR). Seit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips per 1. Januar 2011 sind Ausschüttungen von Reserven aus Kapitaleinlagen an die Aktionäre steuerfrei (Art. 20 Abs. 3 DBG und § 20 Abs. 4 StG [jeweils heutige Gesetzesfassung]), weshalb die für die indirekte Teilliquidation massgeblichen handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven seither um allfällige Reserven aus Kapitaleinlagen zu kürzen sind. Nichtbetriebsnotwendige Substanz ist zu vermuten, wenn nach dem Verkaufszeitpunkt Ausschüttungen aus der Zielgesellschaft erfolgen, die über den ordentlich erwirtschafteten Gewinnen liegen (KS EStV Nr. 14, Ziff. 4.6.3). Eine indirekte Teilliquidation setzt sodann den Verkauf einer qualifizierten Beteiligung von 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital der Zielgesellschaft voraus. Verkauften mehrere Personen gemeinsam zu gleichen Konditionen, wird die erforderliche qualifizierte Beteiligung erreicht, wenn alle veräusserten Beteiligungsrechte von Personen mit unbeschränkter Steuerpflicht in der Schweiz zusammen mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital der Zielgesellschaft ausmachen (Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG; § 20a Abs. 1 lit. a StG). Da nur der Verkauf aus dem Privat- ins Geschäftsvermögen einer anderen natürlichen oder juristischen Person mit einem steuerrelevanten Systemwechsel vom Kapitaleinlage- ins Buchwertprinzip einhergeht, muss sich die erforderliche qualifizierte Beteiligung im Privatvermögen der Verkäuferschaft befunden haben. Auch bei gemeinsam verkauften Einzelbeteiligungen müssen mindestens 20 Prozent aus dem Privatvermögen der einzelnen Verkäufer stammen (vgl. Richner et al., § 20a StG N. 24; KS EStV Nr. 14, Ziff. 4.2 und 5.1.2).

### **E. 2.2.2**

Am 5. Dezember 2008 veräusserten der Pflichtige und D den gesamten Aktienbestand der E AG an die F AG. Die nichtbetriebsnotwendige Substanz wurde von der Verkäuferschaft auf den Verkaufszeitpunkt hin auf Fr. ... geschätzt. Der Verkauf wurde zwischen den beiden bisherigen Anteilseignern offenkundig koordiniert, jedoch müsste eine Koordination vorliegend nicht abschliessend nachgewiesen werden, nachdem der vom Pflichtigen veräusserte 60%-Anteil auch für sich alleine eine qualifizierte Beteiligung im Sinn Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG und § 20a Abs. 1 lit. a StG darstellt. Sodann ist es auch unbestrittenermassen zum erforderlichen Systemwechsel gekommen, indem durch den Verkauf die Beteiligungsrechte aus dem Privatvermögen des Pflichtigen ins Geschäftsvermögen der F AG überführt wurden. Ebenfalls unbestritten ist es noch innerhalb der fünfjährigen Sperrfrist zu einer Substanz ausschüttung an die F AG gekommen, nachdem diese am 8. April 2013 die Aktiven und Passiven der vormaligen E AG im Rahmen einer Absorptionsfusion übernommen hatte.

#### **E. 2.3.1.1**

Weiter setzt die indirekte Teilliquidation die Mitwirkung der Verkäuferschaft voraus. Eine solche ist gemäss Art. 20a Abs. 2 DBG bzw. § 20a Abs. 2 StG gegeben, wenn der Verkäufer weiss oder wissen musste, dass der (Ziel-)Gesellschaft zwecks Finanzierung des Kaufpreises Mittel entnommen und nicht wieder zugeführt werden.

#### **E. 2.3.1.2**

Die Mitwirkung kann auch bei einer finanzstarken Käufergesellschaft erfüllt sein. Der Hinweis der Verkaufspartei auf die starke Finanzkraft der Käuferin bzw. des Konzerns, dem die Käufergesellschaft angehört, vermag nicht zu belegen, er habe nicht mit dem Gebrauch dieser Mittel für den Erwerb der Aktien rechnen können (ASA 66, 146 Erw. 5c, bb; vgl. zum Ganzen KS EStV Nr. 14, Ziff. 4.7). Eine Substanzausschüttung ist bei wirtschaftlich potenter Käuferschaft vielmehr zu erwarten, wenn zum Verkaufszeitpunkt nichtbetriebsnotwendige Substanz in grossem Ausmass vorhanden ist, welche auf absehbare Zeit in einem Missverhältnis zu den betrieblichen Erfordernissen der gekauften Gesellschaft steht (vgl. Richner et al., § 20a StG N. 58).

#### **E. 2.3.1.3**

Wie sich aber sowohl aus der Gesetzgebungsgeschichte als auch der grammatikalischen Gesetzesauslegung erschliesst und jüngst vom Bundesgericht bestätigt wurde, reicht die blossе Kenntnis über das Vorhandensein nichtbetriebsnotwendiger bzw. ausschüttungsfähiger Substanz alleine noch nicht aus, eine relevante (passive) Mitwirkung der Verkäuferschaft an der nachfolgenden Substanzausschüttung zu bejahen. Vielmehr ist darüber hinaus als subjektives Tatbestandselement zu ermitteln, ob die Verkäuferschaft wusste oder wissen musste, dass der Verkaufspreis durch Substanzentnahme der Gesellschaft mitfinanziert würde (vgl. BGr, 28. März 2019, 2C\_702/2018, E. 8; BGr, 28. März 2019, 2C\_703/2018, E. 8; BGr, 19. November 2021, 2C\_648/2020, E. 2.1; a. M. Peter Locher, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1-48 DBG, 2. A., Basel 2019, Art. 20a N. 44). Der Gesetzestext verlangt demnach eine Analyse des subjektiven Tatbestandselements beim Verkäufer, um zu ermitteln, ob dieser wusste oder wissen musste, dass der Verkaufspreis durch Substanzentnahme der Gesellschaft finanziert wird (BGr, 19. November 2021, 2C\_648/2020, E. 2.1; a. M. Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&M-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich etc. 2021, Rz. 166). Der Verkäufer muss sich darum kümmern, wie der Kaufpreis von der Käufergesellschaft finanziert wird und ob der Kaufpreis auch ohne Rückgriff auf die Mittel der Zielgesellschaft finanziert werden kann (BGr, 19. November 2021, 2C\_648/2020, E. 2.4)

#### **E. 2.3.1.4**

Hierbei genügt es bereits, wenn die Verkäuferschaft mit dem Verkauf eine Situation schafft, bei der sie weiss oder wissen muss, dass sie zu einer Substanzentnahme durch die Käufergesellschaft führt. Sofern der Verkäufer in seiner Eigenschaft als Beteiligter von einer beabsichtigten Fusion zwischen der Zielgesellschaft und der Käuferin wusste, liegt durch den Verkauf ebenfalls eine Mitwirkung bei der Substanzentnahme vor. Gemäss Bundesgericht spielt der Umstand, dass der Verkäufer keine Kenntnis von der Fusion hatte, allerdings dann keine Rolle für die Beurteilung der Mitwirkung, sofern der Verkäufer damit rechnen musste, dass die mit seiner Mitwirkung der verkauften Gesellschaft entzogenen Mittel dieser nicht wieder zugeführt würden (ASA 66, 146, Erw. 5c, bb). Die Erfüllung des

subjektiven Tatbestands kann der Verkäuferschaft umso eher unterstellt werden, als sie selbst mit einer übermässigen Thesaurierung einer späteren Substanzentnahme durch die Käuferschaft Vorschub geleistet hat (vgl. Richner et al., § 20a StG N. 58; kritisch dazu Markus Reich/Andreas Helbing/Fabian Duss in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. A., Basel 2017, Art. 20a DBG N. 70). Auch in den Gesetzesmaterialien wird die Bedeutung eines massgeblichen Einflusses auf die Ausschüttungspolitik der betreffenden Gesellschaft betont (vgl. BBl 2005, 4804). Entsprechend macht es einen Unterschied, ob nichtbetriebsnotwendige Substanz von einem Minderheitsaktionär ohne Einfluss auf die Ausschüttungspolitik veräussert wird, oder ob die Veräusserung durch einen Mehrheitsaktionär bzw. einen Minderheitsaktionär mit aktiver Einbindung in die Ausschüttungspolitik erfolgt. Zumindest im letztgenannten Fall bildet die Kenntnis über das Vorhandensein nichtbetriebsnotwendiger bzw. ausschüttungsfähiger Substanz bereits ein starkes Indiz dafür, dass eine spätere Substanzausschüttung billigend in Kauf genommen wurde, hätte es der veräussernde Aktionär diesfalls doch selbst in der Hand gehabt, durch eine rechtzeitige Anpassung der Ausschüttungspolitik der Thesaurierung ausschüttbarer Substanz entgegenzuwirken. Die jüngere Praxis, wonach das Vorhandensein nichtbetriebsnotwendiger bzw. ausschüttungsfähiger Substanz noch nicht auf eine relevante Mitwirkung schliessen lasse, bezieht sich damit v. a. auf nicht geschäftsführende Minderheitsaktionäre ohne nennenswerten Einfluss auf die Ausschüttungspolitik. Sodann kann eine entsprechende Kenntnis umso eher vorausgesetzt werden, je enger die Verkäuferschaft mit der Käuferschaft verbunden ist (vgl. dazu auch BGr, 19. November 2021, 2C\_648/2020, E. 2.4).

#### **E. 2.3.1.5**

Verspricht die Käuferschaft bereits beim Kauf, keine sperrfristverletzenden Ausschüttungen aus der Zielgesellschaft zu bewirken und im Falle der Besteuerung einer indirekten Teilliquidation die Verkäuferschaft schadlos zu halten, kann dies sowohl für als auch gegen eine massgebliche Mitwirkung sprechen: Die Aufnahme derartiger Klauseln bildet einerseits Beleg dafür, dass Käufer und Verkäufer an die Möglichkeit der indirekten Teilliquidation gedacht haben, weshalb diesfalls zumindest die Wissenskomponente der Mitwirkung bejaht werden muss (diesbezüglich ebenso Susanne Schreiber et al., Praxis zur indirekten Teilliquidation – Eine Standortbestimmung [Teil 2], ZStP 1/2019, S. 6 f.). Andererseits können solche Klauseln gerade auch den Willen manifestieren, eine sperrfristverletzende Teilliquidation mit negativen Steuerfolgen für die Verkäuferschaft zu verhindern. Allerdings ist mit der Vereinbarung einer solchen Klausel keineswegs ausgeschlossen, dass die Verkäuferschaft nicht zumindest billigend eine spätere Sperrfristverletzung in Kauf nimmt, insbesondere wenn sie abredegemäss im (Nach-)Besteuerungsfall von der Käuferschaft ohnehin vollumfänglich schadlos gehalten werden müsste (a.M. jedoch Schreiber et al., ZStP 1/2019, S. 7). Mit solchen Klauseln werden letztlich nicht primär Ausschüttungen unterbunden, sondern die steuerlichen Folgen einer allfälligen Substanzausschüttung auf die Käuferschaft überwältigt. Übernimmt aber die Käuferschaft die steuerlichen Folgen einer indirekten Teilliquidation, stellt dies im Endeffekt eine im Zusammenhang mit der Teilliquidation stehende Gegenleistung dar. Die Steuerfolgen einer indirekten Teilliquidation können damit nicht in jedem Fall mit einer gegenteiligen (internen) Vereinbarung der Parteien zum Verkaufszeitpunkt ausgeschlossen werden, soweit ein späterer Vertragsbruch nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. Locher, Art. 20a DBG N. 46; Richner et al., § 20a StG N. 57 mit Hinweisen). Die Aufnahme

solcher Klauseln belegt deshalb nicht zwingend eine fehlende Mitwirkung, solange sperrfristverletzende Ausschüttungen unter Schadloshaltung der Käuferschaft von den Beteiligten weiterhin billigend in Kauf genommen werden (Schreiber et. al., ZStP 1/2019, S. 7).

#### **E. 2.3.2.1**

Die Mehrheitsbeteiligung des Pflichtigen und das Aktienpaket des damaligen Minderheitsaktionärs wurden am 5. Dezember 2008 für insgesamt Fr. ... veräussert, was deutlich über dem per 31. Dezember 2007 errechneten und im Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 zugrunde gelegten Eigenkapital von Fr. ... und weit über dem damaligen Unternehmenswert nach der Formelbewertung von Fr. ... lag. Sodann wurden vor dem Verkauf der Aktienpakete Abklärungen bei der Bank I in Auftrag gegeben, bei welchen unter anderem die Frage einer indirekten Teilliquidation und die Steuerfolgen einer allfälligen Sperrfristverletzung erörtert wurde (vgl. dazu das Schreiben der Bank I vom 17. November 2008). Im Rahmen der damaligen Abklärungen wurde die nichtbetriebsnotwendige Substanz per Verkaufszeitpunkt auf Fr. ... geschätzt. Im Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 liess sich die Verkäuferschaft überdies ausdrücklich zusichern, dass die Käuferin bis zum 31. Dezember 2013 alles zu unterlassen habe, was aus steuerlicher Sicht im Sinn von Art. 20a Abs. 1 DBG einer indirekten Teilliquidation gleichkommen könnte, ansonsten die Verkäuferschaft schadlos zu halten wäre.

#### **E. 2.3.2.2**

Die hohe Diskrepanz zwischen Verkaufspreis und dem Unternehmenswert erklärt sich vorliegend durch die mitveräusserte nichtbetriebsnotwendige Substanz, was dem Pflichtigen als Mehrheitsaktionär und damaligem Verwaltungsratspräsidenten der E AG bereits zum Verkaufszeitpunkt bewusst gewesen sein musste, zumal er zusammen mit dem damaligen (geschäftsführenden) Minderheitsaktionär vor dem Verkauf gerade auch die Frage einer indirekten Teilliquidation bei der Bank I abklären liess und ausdrücklich eine entsprechende Klausel in den Kaufvertrag aufgenommen wurde. Selbst wenn die damalige Klausel dem Wortlaut nach gerade darauf abzielte, eine Substanzausschüttung innerhalb der Sperrfrist zu verhindern, zeigt sie klar auf, dass die naheliegende Möglichkeit einer solchen Sperrfristverletzung auch der Verkäuferschaft bewusst sein musste und unabhängig von deren subjektiven Absichten mit einer solchen zu rechnen war.

#### **E. 2.3.2.3**

Die in der veräusserten Gesellschaft im grossen Umfang vorhandene nichtbetriebsnotwendige Substanz stand offenkundig in einem Missverhältnis zu deren betrieblichen Erfordernissen, weshalb eine weitere Thesaurierung wirtschaftlich keinen Sinn ergab und bereits beim Verkauf mit einer Substanzausschüttung zu rechnen war. Wie bereits dargelegt wurde, können die Steuerfolgen einer indirekten Teilliquidation nicht schon mit einer gegenteiligen (internen) Vereinbarung der Parteien zum Verkaufszeitpunkt ausgeschlossen werden und kann die Aufnahme einer solchen Klausel gerade auch belegen, dass Käufer und Verkäufer an die Möglichkeit der indirekten Teilliquidation gedacht haben. Es erscheint deshalb keineswegs abwegig, dass dem Pflichtigen bereits zum Verkaufszeitpunkt bewusst war, dass die Käufergesellschaft den Kaufpreis (nachträglich) durch eine Substanzausschüttung (mit)finanzieren könnte. Jedenfalls musste ihm gerade auch aufgrund der erwähnten Vertragsklausel und des grossen Umfangs der mitveräusserten nichtbetriebsnotwendigen Substanz bewusst gewesen sein, dass es zu einer entsprechenden

Substanzausschüttung innerhalb der Sperrfrist kommen könnte.

#### **E. 2.3.2.4**

Unerheblich ist hingegen, welche konkreten weiteren Ziele die Käufergesellschaft mit der Absorption der E AG verfolgte. So ist es durchaus denkbar, dass die F AG durch die Absorption im Sinn der Darstellung der Pflichtigen (auch) die Zusammenfassung aller schweizerischen Gesellschaften der F-Unternehmensgruppe anstrebte, ohne dass hierdurch die steuerrechtliche Beurteilung beeinflusst wird. Vielmehr ergab sich hieraus gerade die nochmals gesteigerte Wahrscheinlichkeit einer sperrfristverletzenden Substanzausschüttung.

#### **E. 2.3.2.5**

Sodann hatte der Pflichtige als Mehrheitsaktionär sowie zeichnungsberechtigter Delegierter und Präsident des Verwaltungsrats massgeblichen Einfluss auf die vorangegangene Thesaurierung der mitveräusserten Substanz. Seine Rolle beschränkte sich nicht auf diejenige eines nicht in die Geschäftsleitung eingebundenen Aktionärs, vielmehr hat er mit seinem Verhalten der späteren Substanzausschüttung selbst Vorschub geleistet. Der Betrag der nichtbetriebsnotwendigen Substanz summierte sich dabei auf eine Gesamtsumme, bei welcher unter betrieblichen Gesichtspunkten nicht mehr ernsthaft mit einer Nichtausschüttung gerechnet werden konnte und die Thesaurierung offenkundig allein aus steuerlichen Gründen bis nach dem Verkauf aufrechterhalten wurde. Der Pflichtige musste sich deshalb der Gefahr einer sperrfristverletzenden Substanzausschüttung bewusst sein (Wissenselement) und er nahm eine solche – auch aufgrund der vereinbarten Schadloshaltung – mindestens billigend in Kauf (Willenselement), womit das subjektive Element der (passiven) Mitwirkung auch im Licht der jüngsten bundesgerichtlichen Praxis gegeben ist. Massgeblich hierfür ist nicht allein die bewusste Mitveräusserung ausschüttungsfähiger Substanz, sondern auch die vorangegangene Mitwirkung des Pflichtigen bei deren Thesaurierung und deren erheblichem Umfang, welche in einem derart klaren Missverhältnis zu den betrieblichen Erfordernissen der gekauften Gesellschaft standen und eine baldige Substanzausschüttung derart wahrscheinlich machten, dass der Pflichtige nicht mehr ernsthaft auf eine Nichtausschüttung vertrauen konnte und diese damit mindestens in Kauf nahm.

#### **E. 2.3.2.6**

Nicht ausschlaggebend ist hingegen der Umstand, dass beim Verkauf auch konkrete Abklärungen bezüglich der Bonität der Käuferin getätigt wurden und diese eine finanzstarke Bauunternehmung ist, welche zur Finanzierung des Kaufpreises nicht unmittelbar auf eine Ausschüttung angewiesen war. Wie bereits dargelegt wurde, kann die Finanzstärke der Käuferschaft nicht allein ausschlaggebend sein, solange die Verkäuferschaft aufgrund der Umstände gleichwohl mit einer Substanzausschüttung rechnen musste.

#### **E. 2.3.2.7**

Offenbleiben kann, inwieweit der Pflichtige – welcher gemäss Handelsregistereintrag auch nach dem Verkauf seiner qualifizierten Beteiligung an der E AG (kollektiv)zeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrats blieb und gemäss den Bestimmungen des Kaufvertrags vom 5. Dezember 2008 (Ziff. 8.2) weiter beratend für die E AG tätig war – sich an den nachfolgenden Fusionsplänen aktiv beteiligt haben könnte. Damit hat der Pflichtige in massgeblicher Weise an der sperrfristverletzenden

Substanzausschüttung mitgewirkt. Auf die vom kantonalen Steueramt mit Duplik vom 3. Februar 2022 neu aufgeworfene Frage einer allfälligen Steuerumgehung muss bei diesem Ergebnis nicht weiter eingegangen werden.

#### **E. 2.4.1**

Soweit es zu sperrfristverletzenden Substanzausschüttungen unter Mitwirkung der Verkäuferschaft gekommen ist, wird der Verkaufserlös bei der Verkaufspartei (teilweise) als steuerbarer Vermögensertrag erfasst. Basierend auf dem Gesetzeswortlaut ("soweit [...] nicht betriebsnotwendige Substanz ausgeschüttet wird, die im Zeitpunkt des Verkaufs bereits vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war"), ist grundsätzlich die Schnittmenge aus dem Ausschüttungsbetrag und der zum Verkaufszeitpunkt bereits vorhandenen und handelsrechtlich ausschüttbaren nichtbetriebsnotwendigen Substanz zu ermitteln, wobei der Verkaufserlös die Obergrenze bilden muss. Gemäss KS EStV Nr. 14, Ziff. 5.1 bildet die kleinste der folgenden Grössen (nach Massgabe der veräusserten Beteiligungsquote) den steuerbaren Vermögensertrag: a) Verkaufserlös; b) Ausschüttungsbetrag; c) handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven; d) nichtbetriebsnotwendige Substanz. Die ausgeschüttete Substanz ist zum Verkehrswert zu bewerten, jedoch nur insoweit zu berücksichtigen, als sie im Veräusserungszeitpunkt nichtbetriebsnotwendig, bereits damals vorhanden und handelsrechtlich ausschüttungsfähig war. Entsprechend werden mit einer Substanzausschüttung auf die Käuferin übertragene betriebsnotwendige Vermögenswerte – etwa infolge einer Fusion der Käuferin mit der Zielgesellschaft – nicht in die Bemessung des Vermögensertrags miteinbezogen (Reich/Helbing/Duss, Art. 20a DBG N. 76).

#### **E. 2.4.2**

Gemäss vorinstanzlicher Berechnung bildet vorliegend der Ausschüttungsbetrag von Fr. ... die kleinste Grösse, woraus sich nach Massgabe der veräusserten Beteiligungsquote von 60 % ein steuerbarer Vermögensertrag von Fr. ... ergibt. Der Ausschüttungsbetrag errechnete sich hierbei wie folgt: Aktiven per 31.12.2012 Fr. ... ./ Fremdkapital per 31.12.2012 Fr. -... Zwischensumme Fr. ... Stille Reserven Fr. ... ./ Aktienkapital per 31.12.2012 Fr. -... Ausschüttungsbetrag: Fusion per 08.04.2013 Fr. ... Die miteingerechneten stillen Reserven basieren auf den Angaben zu den kaufpreisbestimmenden Faktoren im Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 und einer in Zusammenhang mit diesem Verkauf von der Verkäuferschaft erstellten Aufstellung der zum Veräusserungszeitpunkt vorhandenen nichtbetriebsnotwendigen Substanz. In diesen Dokumenten wurden stille Reserven auf dem Inventar bzw. Vorräte in Höhe von Fr. ..., aus Delkredere bzw. Wertberichtigung einer Forderung in Höhe von Fr. ... und auf Garantiarbeiten in Höhe von Fr. ... aufgeführt, womit der Gesamtwert der stillen Reserven auf Fr. ... beziffert wurde. Allerdings standen dem Rückstellungen für eine überbewertete Betriebsliegenschaft (Fr. ...), Ferienguthaben der Belegschaft (Fr. ...) und latente Steuern (Fr. ...) in Höhe von insgesamt Fr. ... gegenüber, weshalb der Saldo der auflösbaren stillen Reserven im Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 mit lediglich Fr. ... beziffert wurde. Die bei den stillen Reserven gemäss Kaufvertrag gemachten Rückstellungen können steuerlich jedoch nicht vollumfänglich berücksichtigt werden, da weder die mit der späteren Fusion übertragenen betriebsnotwendigen Vermögenswerte – und damit auch die darauf entfallenden Rückstellungen – noch die latenten Steuern bei der Bemessung des Vermögensertrags miteinzubeziehen sind, zumal letztere gemäss Kaufvertrag bis zum Übergangsstichtag zulasten der Verkäufer gingen. Die vorinstanzlich zur Berechnung des

Ausschüttungsbetrags hinzuaddierten stillen Reserven sind damit zumindest nicht zu hoch ausgefallen, hätten doch grundsätzlich neben den vorinstanzlich berücksichtigten stillen Reserven auf dem Inventar bzw. Vorräten in Höhe von Fr. ... und aus Delkredere bzw. Wertberichtigung einer Forderung in Höhe von Fr. ... (insgesamt Fr. ...) auch noch die im Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 erwähnten stillen Reserven betreffend die Garantiarbeiten (Fr. ...) berücksichtigt werden können, während bei den Rückstellungen höchstens die Rückstellungen betreffend das Ferienguthaben (Fr. ...) hätten Berücksichtigung finden müssen.

### **E. 2.4.3**

Die Pflichtigen bestreiten, dass die der steueramtlichen Berechnung zugrunde gelegten stillen Reserven per 31. Dezember 2012 noch vorhanden gewesen und damit in die Berechnung miteinzubeziehen seien. Sodann weise die per diesem Stichtag erstellte Fusionsbilanz lediglich insgesamt Fr. ... an nichtbetriebsnotwendiger Substanz aus, enthalten in der Bilanz-Position "flüssige Mittel" von insgesamt Fr. ... Hingegen seien in der Bilanz per 31. Dezember 2007 lediglich flüssige Mittel im Umfang von insgesamt Fr. ... vorhanden gewesen, weshalb der steuerbare Vermögensertrag beim Pflichtigen entsprechend seiner 60%igen Beteiligungsquote höchstens Fr. ... betragen könne. Weiter lassen die Pflichtigen behaupten, dass die zum Ausschüttungsbetrag geschlagenen stillen Reserven Vorräte in Höhe von Fr. ... und eine "Wertberichtigung Forderung" in Höhe von Fr. ... betroffen hätten, welche in einer von der Verkäuferschaft vor dem Aktienverkauf selbst erstellten Aufstellung zur nichtbetriebsnotwendigen Substanz erwähnt, zum Fusionszeitpunkt jedoch längst nicht mehr vorhanden gewesen seien, sondern als Bestandteil des Umlaufvermögens per definitionem bzw. Art. 959 Abs. 3 OR voraussichtlich innerhalb eines Jahres ab Bilanzstichtag oder innerhalb des normalen Geschäftszyklus zu flüssigen Mitteln oder anderweitig realisiert worden seien. Wie das kantonale Steueramt in seiner Duplik vom 3. Februar 2022 zu Recht ausführte, basiert die Berechnung des Ausschüttungsbetrags auf den abgenommenen und testierten Bilanzen und Erfolgsrechnungen der E AG samt Anhängen sowie den ebenfalls geprüften, genehmigten und als wahr testierten Dokumenten zum Aktienverkauf vom 5. Dezember 2008. Unabhängig davon, aus was sich die einberechneten stillen Reserven in Höhe von Fr. ... nun genau berechneten, übersteigen sie jedenfalls nicht den von der Verkäuferschaft zum Veräusserungszeitpunkt hierfür selbst zugrunde gelegten Betrag. Eine Auflösung stiller Reserven hätte sodann gemäss Art. 663 b OR (in der bis Ende 2012 gültigen Fassung) im Anhang der Jahresrechnung offengelegt werden müssen. Da die Pflichtigen nicht substantiiert darlegen, wann, wie und warum die aus den Jahresrechnungen der E AG sowie dem Kaufvertrag vom 5. Dezember 2008 ersichtlichen stillen Reserven aufgelöst wurden, ist auf die handelsrechtlich belegte und nachvollziehbare Berechnung des kantonalen Steueramts abzustellen. Sodann übersehen die Pflichtigen in ihren Ausführungen, dass betragsmässig zwar ein Konnex zwischen der mitveräusserten nichtbetriebsnotwendigen Substanz und der späteren Substanzausschüttung bestehen muss, die Ausschüttungssubstanz aber keineswegs auch in der Sache identisch mit der übertragenen Substanz sein muss. So ist es durchaus denkbar, dass nichtbetriebsnotwendige Mittel zwischenzeitlich in irgendeine andere nichtbetriebsnotwendige Form gebracht werden und umgekehrt. Entscheidend ist nicht, dass die Substanzveräusserung und Substanzausschüttung exakt dieselben Bilanzpositionen betreffen, sondern in welchem betragsmässigen Umfang mitveräusserte nichtbetriebsnotwendige Substanz später auch tatsächlich ausgeschüttet wird. Nach dem Prinzip von "last in – first out" (LIFO) nicht zu

berücksichtigen sind lediglich die nach dem Verkaufszeitpunkt neu erwirtschafteten Mittel (vgl. Reich/Helbing/Duss, Art. 20a DBG N. 58). Die steueramtliche Berechnung ist damit zumindest im Ergebnis nachvollziehbar und die hiergegen von den Pflichtigen vorgetragene Argumente vermögen nicht zu überzeugen oder erscheinen irrelevant. Entsprechend ist der auf die Beteiligungsquote des Pflichtigen entfallende steuerbare Vermögensertrag zu Recht auf Fr. ... (60 % des Ausschüttungsbetrags von Fr. ...) festgesetzt worden und der vorinstanzliche Entscheid auch diesbezüglich zu bestätigen.

#### **E. 2.5.1**

Der steuerbare Vermögensertrag aus einer indirekten Teilliquidation ist derjenigen Steuerperiode zuzuschlagen, in welcher der qualifizierende Verkauf stattgefunden hat, während der Zeitpunkt der Substanzentnahme nicht massgeblich ist (Richner et al., § 20a StG N. 8). Abzustellen ist in der Regel auf den Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts (Richner et al., § 20a StG N. 8; KS EStV Nr. 14, Ziff. 4.4), spätestens jedoch auf den Zeitpunkt der Übergabe der Beteiligung (Reich/Helbing/Duss in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Art. 20a DBG N. 17). Sind bereits rechtskräftig veranlagte Steuerjahre betroffen, werden die Steuern im Nachsteuerverfahren erhoben (Art. 151 ff. DBG; § 160 ff. StG).

#### **E. 2.5.2**

Der Aktienverkauf fand unbestritten in der bereits rechtskräftig eingeschätzten bzw. veranlagten Steuerperiode 2008 statt, weshalb die aus der indirekten Teilliquidation zu besteuern den Erträge auch in dieser Steuerperiode im Rahmen einer Nachbesteuerung zu erfassen sind. Da die privilegierte Besteuerung qualifizierter Beteiligungen bei der direkten Bundessteuer erst seit der Steuerperiode 2009 zur Anwendung gelangt (vgl. den per 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen und zwischenzeitlich redigierten Art. 20 Abs. 1 bis DBG), ist dem Pflichtigen diesbezüglich auch zu Recht eine Teilbesteuerung versagt worden, während auf Ebene der kantonalen Steuern auf die im Streit stehende Steuerperiode (entsprechend der vorinstanzlichen Berechnung) bereits das Teilsatzverfahren Anwendung fand.

#### **E. 3**

Nach dargelegter Rechts- und Sachlage ist auch keine Gehörsverletzung durch die Vorinstanzen, insbesondere auch keine Verletzung der Begründungspflicht, ersichtlich. Damit sind die Rechtsmittel der Pflichtigen vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Pflichtigen aufzuerlegen und steht ihnen als unterliegende Partei keine Entschädigung zu (§ 162 Abs. 3 StG in Verbindung mit § 151 Abs. 1 und § 152 StG sowie § 17 Abs. 2 VRG bzw. Art. 153 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 144 Abs. 1 und 4 DBG sowie Art. 64 Abs. 1–3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG]). Eine Parteientschädigung steht auch dem kantonalen Steueramt nicht zu, gehört doch die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln zu dessen angestammter bzw. üblicher Amtstätigkeit und rechtfertigt der vorliegend angefallene Aufwand keine Entschädigung (vgl. Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 51).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.