

## Teil 4

### Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: Die zivil- und handelsrechtliche Sicht\*

Rolf Watter, Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt, Partner Bär & Karrer, Zürich

#### Inhaltsübersicht

##### A. Begriff

1. Die verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtlich geprägter Begriff
2. Die Motivation für verdeckte Gewinnausschüttungen

##### B. Grundgedanken zur zivil- und handelsrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung

1. Im allgemeinen
2. Handelsrechtliche Irrelevanz der Person des Empfängers
3. Fallgruppen
4. Handelsrechtliche Begriffsbeschreibung

##### C. Zivil- und handelsrechtliche Rechtsfolgen von verdeckten Gewinnausschüttungen

1. Übersicht
2. Die Behandlung von Selbstkontrahieren und Eigengeschäften
3. Die Bedeutung von Art. 678 OR
4. Die Behandlung der Gewinnvorwegnahme
5. Gewinnausschüttungen ohne ausschüttbaren Gewinn/Pauliana
6. Die Bedeutung der Generalversammlung
7. Die Aktivierungsfähigkeit des Rückstellungsanspruchs

\*Stand des Manuskripts Januar 1996. Der Autor hat in der AJP 1996, S. 135 ff., einen Artikel über „Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht“ veröffentlicht, der sich neben den hier behandelten Gewinnverschiebungen an den Aktionär auch mit Gewinnverschiebungen an Tochtergesellschaften und Dritte auseinandersetzt. Vorliegender Artikel unterscheidet sich von jenen Ausführungen vor allem durch den Einbezug internationaler Aspekte, Fragen der Buchhaltung und der Haftung der Revisionsstelle.

- D. Der internationale Aspekt  
 E. Exkurs: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle  
 F. Schlussfolgerungen

## A. Begriff

### 1. Die verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtlich geprägter Begriff

Der Begriff „Verdeckte Gewinnausschüttung“<sup>1</sup> wurde vom Steuerrecht geprägt. *Im zivil- und handelsrechtlichen Bereich kommt er nicht vor*, auch wenn der Gesetzgeber im Zuge der Revision des Aktienrechts mittels Art. 678 Abs. 2 OR versuchte, solche Ausschüttungen teilweise zu regeln<sup>2</sup>.

1 Vgl. aus der neuesten Rechtsprechung BGE in ASA 1994/5208 ff., VwGr GR in StE 1994, B 72.13.22/22, VwGr FR in StE 1994, 72.13.22/27, VwGr AG in StE 1994, 72.13.22/28, VwGr SZ in StE 1994, 72.13.22/29, VwGr GE in StE 1994, 72.13.22/30. Zum Begriff statt vieler: Altdorfer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und AHV, STh 1985, 72 ff.; Bochud, Darlehen an Aktionäre, Diss. Bern 1991, 162 ff.; Henggeler, Verdeckte Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft, SAG 1941/2, 50 ff.; Isler, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften, SAG 1955/6, 57 ff.; Käzig, Die direkte Bundessteuer, Basel 1992, N 73 ff. zu Art. 49 I b aBdBS; Masshard, Kommentar zur direkten Bundessteuer, Zürich 1985, N 24 ff. zu Art. 49 I b aBdBS; Neuhaus, Erfahrungen aus steuerlicher Sicht, STh 1994, 985 ff., 989 ff., und derselbe, Die Besteuerung des Aktien-ertrages, Diss. Zürich 1988, 88 ff.; Probst, Die verdeckte Gewinnausschüttung im schweizerischen Handelsrecht, Diss. Bern (gedruckt Zürich) 1981, 2 ff., speziell 11; Reich, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 1985/6, 609 ff., 612 ff.; Reymond, Dividendes cachées et rendement des sociétés anonymes, SAG 1983, 14 ff.; Rivier, Réflexions sur le prêt d'une société anonyme à son actionnaire, ASA 1985/6, 14 ff.; Schärer, Von Kapitalanlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerrechtlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, ASA 1974/5, 273 ff., 290 ff.; Stockar, Gewinnkorrektur zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 1985/6, 321 ff. Zur Rechtslage in Deutschland Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen in Kapitalgesellschaften, 2. Auflage, Heidelberg 1990, 24 ff.; Lange, Verdeckte Gewinnausschüttungen, 6. Auflage, Heme/Berlin 1993, 33 ff., 178 ff.

2 Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Separatdruck), 153. Vgl. zur Bedeutung dieser Norm für das Steuerrecht Gurtner, Steuerfolgen des neuen Aktienrechts, STh 1992, 477 ff.; Locher, Steuerrechtliche Folgen der Revision des Aktienrechts, ASA 1992/3, 97 ff., 100 ff.; Neuhaus, Erfahrungen (Fn. 1), 990 ff. Vgl. allgemein ferner OR-Kurer, N 12 ff. zu OR 678; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N 119 ff., § 50, und neuerdings G. Stocchi/G. Moghini, Art. 678 CO; Aspetti legali e fiscali e posizione dell'ufficio di revisione, STh 1995, 752 ff.; Thomas H. Kunz, Die geschäftsmässig begründete Höhe des Aktionärsgehaltes, STh 1995, 761 ff., und Watter, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften, AJP 1996, 135 ff.

Definiert wird die verdeckte Gewinnausschüttung im steuerlichen Bereich als

- a) Leistung, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, wenn
- b) mit dieser Leistung ein Mitglied der Gesellschaft<sup>3</sup> begünstigt wird und anzunehmen ist, dass einem unbeteiligten Dritten eine solche Leistung nicht erbracht worden wäre, und
- c) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Organe erkennbar gewesen ist<sup>4</sup>.

Unerheblich ist in der Regel, ob eine Steuerverkürzung *beabsichtigt* war oder nicht<sup>5</sup>.

Die *Rechtsfolge* einer verdeckten Gewinnausschüttung besteht auf der steuerlichen Ebene in aller Regel darin, dass der verdeckt zugewendete Vorteil sowohl auf der Stufe der Gesellschaft als auch beim Aktionär zum Ertrag bzw. Einkommen hinzugerechnet wird und die Zuwendung auch der Verrechnungssteuer unterliegt, vgl. auf Stufe der Bundessteuern Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG, allenfalls Art. 20 Abs. 1 lit. c und 23 DBG, ferner Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG<sup>6</sup>.

Die steuerliche Diskussion ist von *zwei Grundkonstellationen* geprägt, derjenigen

- a) der *Einmann- oder Familien-AG*, bei welcher der Einzel- oder Hauptaktionär sich oder eine ihm (meist familiär) nahestehende Person bevorzugt, indem entweder Gesellschaftsmittel und Leistungen der AG zu billig bezogen oder dieser Gegenstände oder Leistungen zu teuer verkauft werden, und

3 In der steuerlichen Rechtsprechung (vgl. z.B. BGE 105 Ib 84) und in der Literatur (statt vieler Känzig [Fn. 1], N 75 ff. zu Art. 49 I.b aBdBS.) steht als Empfänger der Aktionär oder eine ihm nahestehende Person im Vordergrund (vgl. auch BGE in ASA 1994/5, 213; nach Känzig [Fn. 1], N 77 ff. zu Art. 49 I.b aBdBS., liegt bei einer Leistung an einen Dritten gar keine verdeckte Gewinnausschüttung vor (vgl. aber auch N 104 daselbst). Anders etwa Masshard (Fn. 1), N 24 zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBS. Immerhin behandelt nun das DBG verdeckte Gewinnausschüttungen und geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. b DBG) richtigerweise parallel (vgl. auch Känzig [Fn. 1], N 104 f. zu Art. 49 I.b aBdBS.). Vgl. zu letzterem Watter (Fn. 2), 139.

4 So erstmals BGE in ASA 1956/7, 433 ff.

5 Vgl. Känzig (Fn. 1), N 78 zu Art. 49 I.b aBdBS.; ferner daselbst, N 77, wo es sogar als irrelevant bezeichnet wird, ob sich die Unternehmensleistung des Umstandes, dass sie Gewinne ausschüttet, bewusst ist.

6 Vgl. auch BGE in ASA 1994/5, 208 ff., zu Fragen der Steuerhinterziehung.

- b) der Gewinnverschiebungen in *multinationalen*<sup>7</sup> Konzernen, wo vor allem mittels nicht marktkonformer Transferpreise versucht wird, Gewinne in steuergünstige Rechtskreise zu verschieben<sup>8</sup>.

Nachdem der Schweizer Fiskus in dieser zweiten Konstellation (wenigstens im Moment noch) eher „on the receiving side“ ist, von „falschen“ Transferpreisen also profitiert, steht vor allem die *Gesellschaft mit wenigen Aktionären* im Zentrum der Aufmerksamkeit der Steuerbehörden; wenig diskutiert werden demgegenüber verdeckte Gewinnausschüttungen bei Unternehmen mit einem grösseren Aktionärskreis, was sich aber bei der folgenden handelsrechtlichen Betrachtung als nötig erweisen wird.

## 2. Die Motivation für verdeckte Gewinnausschüttungen

Die *Motivation* für eine verdeckte Gewinnausschüttung kann verschieden sein, beispielsweise darin liegen,

- a) dass die Aktionäre Gelder von der AG beziehen wollen, aufgrund bilanzrechtlicher oder statutarischer Vorschriften (Art. 660 Abs. 1 und Art. 675 Abs. 2, ferner Art. 674 i.V.m. Art. 671 ff. OR) aber *kein Gewinn ausgeschüttet werden kann*;
- b) dass andere Aktionäre, insbesondere *Minderheitsaktionäre, benachteiligt* werden sollen, indem nur privilegierte Aktionäre von der Ausschüttung profitieren<sup>9</sup>;
- c) dass *Steuern gespart* werden sollen, indem der Gewinn durch Zuwendungen verkleinert wird, Quellen- und Verrechnungssteuern vermieden werden, Gewinne innerhalb eines Konzerns dort realisiert werden, wo die niedrigsten Steuersätze gelten, ein progressiver Satz gebrochen oder Verlustvorträge ausgenützt werden; beispielsweise kommt es oft vor, dass eine *Verschiebung von Aktiven zu Buchwerten* erfolgt, um Gewinnrealisationen

7 Die Problematik ist im nationalen Bereich natürlich auch gegeben, wo kantonale Ertragssteuer von Gewinnverschiebungen betroffen sein können.

8 Vgl. generell zu den Transferpreisen und zu Verträgen zwischen verschiedenen Gliedern eines Konzerns Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1993, 115 ff.

9 Bei der Ausschüttung an den Alleinaktionär ist seine Lage wirtschaftlich nach der Ausschüttung identisch zur Lage vor der Ausschüttung; Dem ausgeschütteten Betrag steht nämlich eine Verminderung des Wertes seiner Aktien gegenüber.

- beim Verkäufer zu vermeiden, und dies dem Verkäufer gleichgültig ist, weil er wirtschaftlich mit dem Käufer verbunden ist;
- d) dass *Transferrestriktionen* von Gewinnen und/oder Devisen umgangen werden sollen;
- e) dass der Käufer aus handelsrechtlichen Gründen (z.B. im Zusammenhang mit Art. 725 OR) nicht mehr bezahlen soll oder bezahlen kann und sich der Verkäufer nicht daran stört, wiederum weil Käufer und Verkäufer wirtschaftlich verbunden sind.

## B. Grundgedanken zur zivil- und handelsrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung

### 1. Im allgemeinen

Das Handelsrecht muss sich vor allem mit denjenigen Konstellationen befassen, in denen *Gläubiger* oder *Mit-* und insbesondere *Minderheitsaktionäre* durch die verdeckte Gewinnausschüttung zu *Schaden* kommen (vgl. die in A.2.a und b geschilderten Motivationen). Dass damit auch steuerrechtliche oder andere öffentlich-rechtliche Vorschriften umgangen werden können (vgl. die Motivationen A.2.c und d), spielt bei der handelsrechtlichen Betrachtungsweise eine untergeordnete Rolle, wobei sich immerhin in allen Fällen von verdeckten Gewinnausschüttungen (also auch im Beispiel A.2.e) handelsrechtliche Fragen stellen, insbesondere im Zusammenhang mit der Problematik, wie die Vorgänge bilanztechnisch zu behandeln sind und ob Verantwortlichkeiten entstehen, wenn wegen solcher Geschäfte Dritte oder die Gesellschaft selber geschädigt werden.

Mit ein Grund für die bislang eher stiefmütterliche Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung im Handelsrecht dürfte sein, dass nach dem Grundsatz „Wo kein Kläger, da kein Richter“ – und damit oft generell kein Jurist – verdeckte Gewinnausschüttungen selten zu zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen den involvierten Personen führen. Immerhin sind folgende Konstellationen denkbar, wo sich Interessengegensätze herauskristallisieren können und letztlich geklagt werden könnte:

- a) Wo Minderheitsaktionäre existieren, sind diese von Gewinnentnahmen zugunsten des Hauptaktionärs betroffen.

- b) Geht eine Gesellschaft Konkurs, sind Gläubiger durch Gewinnentnahmen geschädigt<sup>10</sup>.
- c) Ändern die „Machtverhältnisse“ in einer Gesellschaft, z.B. weil der Hauptaktionär verstirbt, er die Aktien verkauft oder in einer Gesellschaft mit breit gestreutem Aktionariat ein neuer Verwaltungsrat bestellt wird, kann der neue Kontrollinhaber versucht sein, frühere Gewinnentnahmen rückgängig machen zu wollen.

In allen Konstellationen stören sich die Betroffenen (und mit ihnen auch der Fiskus) daran, dass der ausgewiesene Gewinn und damit die der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel verkürzt werden. Im Gegensatz zur Bildung stiller Reserven, die vom Gesetzgeber (leider immer noch) geduldet werden<sup>11</sup>, werden die entsprechenden Erlöse bei der verdeckten Gewinnausschüttung nämlich nicht nur nicht ausgewiesen, sondern der Gesellschaft auch dauernd entzogen.

### 2. Handelsrechtliche Irrelevanz der Person des Empfängers

Wie schon erwähnt, betrachtet das Steuerrecht oft nur Leistungen an den *Aktionär* oder *eine ihm nahestehende Person* als verdeckte Gewinnausschüttung, ja knüpft seine Überlegungen meist direkt an diese persönliche Eigenschaft des Empfängers an<sup>12</sup>. Demgegenüber ist aus handelsrechtlicher Sicht – unter Berücksichtigung des Umstandes, dass vor allem die Fälle wichtig sind, wo durch die Gewinnverschiebung Minderheitsaktionäre oder Gläubiger geschädigt werden – der *potentielle Empfängerkreis umfassend zu definieren*, da es aus der Sicht des Gläubigers oder des Minderheitsaktionärs *irrelevant ist, ob der Aktionär oder ein beliebiger Dritter* von der Gewinnverschiebung profitiert<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Ausserhalb des Konkurses ist der Gläubiger von der verdeckten Gewinnausschüttung zwar betroffen, weil sich sein Haftungssubstrat vermindert, er ist aber im Rechtssinne nicht geschädigt (vgl. Art. 756 und 757, wo eine analoge Problematik besteht).

<sup>11</sup> Anzuführen ist: und deren Bildung durch das Steuerrecht nach wie vor gefördert wird. Im Steuerrecht dürfte denn auch die Hauptmotivation für die Bildung stiller Reserven liegen, ist es doch interessant festzustellen, dass die konsolidierten Rechnungen, die steuerrechtlich irrelevant sind, fast stets eine „true and fair view“ präsentieren.

<sup>12</sup> Vgl. Fn. 3 oben.

<sup>13</sup> Selbstverständlich nimmt aber auch das Handelsrecht zur Kenntnis, dass die Gefahr, dass Gelder an eine verbundene Person verschoben werden, viel grösser ist als die Ausschüttung an einen unabhängigen Dritten. Nach dem hier vertretenen System muss sich das

Aus dem Blickwinkel des Handelsrechts ist bei einer Betrachtung von verdeckten Gewinnausschüttungen und der darin involvierten Personen daher nicht der Empfänger typisierend, sondern der Umstand, dass *eine die AG kontrollierende Person* oder Personengruppe Gelder entweder an sich selber, an ihr nahestehende Personen oder an Dritte verschiebt. Diese kontrollierenden Personen (nachfolgend „Kontrollinhaber“) sind bei Gesellschaften mit einem kleinen Aktionärskreis in der Regel der einzige Mehrheitsaktionär oder die abgestimmt handelnden Mehrheitsaktionäre, bei Gesellschaften mit einem breit gestreuten Aktionariat können es auch der Verwaltungsrat oder von ihm eingesetzte Direktoren sein.

Das Handelsrecht wird generell (also auch bei der Einmann- oder Familien-AG) eher auf den Verwaltungsrat schauen als auf das Aktionariat, nachdem bei der Gesellschaft mit kleinem Aktionärskreis sehr oft personelle Identität zwischen Aktionariat und Verwaltungsrat besteht – oder dann der Verwaltungsrat von den bestimmenden Aktionären abhängig ist. Der Grund für diese Fokussierung liegt darin, dass die meisten Formen verdeckter Gewinnausschüttungen als zweiseitige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden (dazu B.3), für deren Abschluss seitens der Gesellschaft eben deren Verwaltungsrat verantwortlich ist.

Während also das Steuerrecht primär die „Achse“ Gesellschaft – Aktionär im Auge hat<sup>14</sup>, muss die handelsrechtliche Betrachtung eine umfassendere sein: Sie hat primär Verschiebungen zwischen dem Kontrollinhaber und von ihm begünstigten Personen<sup>15</sup> zu erfassen, will sie die mit der verdeckten Gewinnausschüttung verbundenen Gefahren für Minderheitsaktionäre und Gläubiger mit einem einheitlichen Denkansatz lösen.

### 3. Fallgruppen

Versucht man Fallgruppen zu bilden, wie verdeckte Gewinnausschüttungen vorgenommen werden, lassen sich folgende Kategorien unterscheiden:

a) Denkbar ist zunächst, dass sich der Kontrollinhaber entschliesst, sich direkt, ohne eigene Leistung und ohne Einhaltung der Regeln von Art. 698

handelnde Organ speziell bei Geschäften mit ihm nahestehenden Personen fragen, ob es zu diesen ermächtigt ist, vgl. C.2 unten, ferner Watter (Fn. 3), 140; unbedenklich sind nur Gewinnverschiebungen an eine nicht überschuldete, 100% beherrschte Tochter.

14 Dies gilt insbesondere für die Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttungen im Bereich des Verrechnungssteuerrechts, vgl. als gesetzliche Basis Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG.

15 Es ist theoretisch auch denkbar, dass der Kontrollinhaber Gelder an Personen verschiebt, die ihm nicht nahe stehen, vgl. dazu B.4.c.

Ziff. 4 und 675 Abs. 2 OR, Gelder auszuschütten<sup>16</sup>. Buchungstechnisch kann eine solche Ausschüttung eigentlich nur als Schenkung ausgewiesen werden.

Vorliegend nicht zu behandeln ist der Fall, wo die Aktionäre beschliessen, eine Dividende auszuschütten, obwohl die Voraussetzungen nach Art. 675 Abs. 2 und Art. 674 OR nicht gegeben sind. Diese Ausschüttung erfolgt nämlich offen (und nicht verdeckt), wenn auch unter Verletzung aktienrechtlicher Vorschriften.

- b) Denkbar ist weiter, dass die Aktionäre Einkommen, das der Gesellschaft zusteht, direkt beziehen oder ein lukratives Geschäft gar nicht über die Gesellschaft, sondern über eine nahestehende Person abwickeln (sog. „Gewinnvorwegnahmen“). In dieser Konstellation werden Erträge, die der Gesellschaft zustehen, bei dieser gar nie gebucht<sup>17</sup>.
- c) Zu unterscheiden davon sind Geschäfte, welche die Gesellschaft für nahestehende Personen übernimmt oder mit diesen abschliesst, obwohl dafür (zumindest im fraglichen Ausmass) kein sachlicher Grund und keine Rechtspflicht besteht. Zu denken ist hier etwa an den Kauf und das anschließende unentgeltliche Zurverfügungstellen eines Privatwagens<sup>18</sup>, an die Ausbezahlung von Beraterhonoraren, Spesenvergütungen oder Provisionen<sup>19</sup>, an die Verbürgung einer privaten Schuld oder an das Zahlen von Prämien für private Versicherungsformen<sup>20</sup>. Diese Leistungen werden buchungstechnisch in aller Regel ausgewiesen (Art. 663b Ziff. 1 OR für Bürgschaften), auch wenn kaum je offen deklariert wird, dass es sich um Leistungen handelt, die nicht im Interesse der Gesellschaft erfolgen.

d) Häufig sind die Fälle, wo sog. *gemischte Rechtsgeschäfte* vorgenommen werden, d.h. Rechtsgeschäfte, die grundsätzlich auch mit Dritten abgeschlossen werden, die aber in der Preisgestaltung der nahestehenden Person einen Vorteil einräumen. Zu unterscheiden sind zwei Unterfälle:

16 Nicht beachtet wird natürlich auch Art. 729c OR.

17 Vgl. statt vieler Neuhaus, Erfahrungen (Fn. 1), 989.

18 Känzig (Fn. 1), N 91 zu Art. 49 I.b aBdBSt. Gemeint sind hier Zahlungen ohne Gegenleistung; sind die Beträge „nur“ überhöht, liegt ein Fall von lit. d vor.

19 Känzig (Fn. 1), N 82 f. zu Art. 49 I.b aBdBSt.

20 Känzig (Fn. 1), N 84 zu Art. 49 I.b aBdBSt.

21 Der Begriff der „Sache“ ist hier natürlich in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch Immaterialgüterrechte, Beteiligungen usw. Vgl. hierzu Känzig (Fn. 1), N 93 zu Art. 49 I.b aBdBSt.

- aa) Im ersten erwirbt die Gesellschaft von einer n-stehenden Person eine Sache<sup>21</sup> oder Leistung<sup>22</sup> zu einem übersetzten Preis. Buchungstechnisch ist diese Art der Gewinnverschiebung in einer ersten Phase kaum von einem Drittgeschäft zu unterscheiden; wird der Erwerb aktiviert, stellt sich aber die Frage nach der notwendig werdenden Abschreibung.
- bb) Nicht einmal die Abschreibungsproblematik stellt sich, wenn die Gesellschaft eine Sache zu billig an eine nahestehende Person veräußert<sup>23</sup> oder dieser eine Dienstleistung zu einem zu geringen Preis erbringt.

#### 4. Handelsrechtliche Begriffsumschreibung

Will man den Versuch einer handelsrechtlichen Definition des Begriffs „verdeckte Gewinnausschüttung“ machen, sind nach dem Gesagten *folgende Elemente* zentral<sup>24</sup>:

- a) ein vom *Kontrollinhaber veranlasster*<sup>25</sup> *Vermögensabgang* (oder ein nicht eingetretener Vermögenszugang<sup>26</sup>) bei einer AG<sup>27</sup>, wobei sich dieser Vermögensabgang als Differenz zwischen dem Vermögen der Gesellschaft mit und demjenigen ohne die fragliche Transaktion bestimmen lässt;
- b) fehlendes Interesse dieser AG am Vermögensabgang bzw. keine Rechtfertigung durch einen (sich allenfalls später realisierenden) Nutzen.

22 Hierunter fallen etwa Dienstleistungen, aber auch Lizenzen, Darlehen, Pacht und Miete. Vgl. Känzig (Fn. 1), N 85 zu Art. 49 I.b aBdBSt für zu niedrig verrechnete Zinsen oder für zu hohe, an den Empfänger überwiesene Zinsen bei Darlehen, die die AG erhalten hat; ferner N 88 daselbst für Miet- und Pachtzinsen, N 89 für Lizenzgebühren.

23 Känzig (Fn. 1), N 96 ff. zu Art. 49 I.b aBdBSt.

24 Vgl. auch die handelsrechtliche Begriffsumschreibung bei Probst (Fn. 1), 11. Entgegen der von Känzig (vgl. das Zitat in Fn. 5) vertretenen Ansicht muss zivilrechtlich ein Bewusstsein des Kontrollinhabers, dass er Gewinnverschiebungen vornimmt, gefordert werden, vgl. auch C.2 unten. Wie hier VwGr ZH in Zbl. 78, 87.

26 Vgl. Bochud (Fn. 1), 162 ff. Vgl. zur Gewinnvorwegnahme Text bei Fn. 17. Hier erfolgt kein Rechtsgeschäft zwischen Kontrollinhaber und Empfänger, sondern der Kontrollinhaber veranlasst die AG, ein Geschäft nicht selber wahrzunehmen, obwohl es ihr zuzustehen würde.

27 Im Schweizer Recht kann hier keine konsolidierte Betrachtungsweise angewandt werden: Massgeblich ist nur die einzelne Gesellschaft.

Wie noch weiter zu zeigen sein wird, muss der Masstab zivilrechtlich in der Frage bestehen, ob die handelnden Personen nach Treu und Glauben annehmen dürfen, das fragliche Geschäft bringe der Gesellschaft einen adäquaten Gegenwert bzw. – und das dürfte in aller Regel identisch sein – liege im Interesse der Gesellschaft. Gibt die Gesellschaft beispielsweise Gratsbillette<sup>28</sup> ab, scheint auf den ersten Blick – objektiv betrachtet – keine Gegenleistung zu bestehen. Wenn jedoch die handelnden Personen in guten Treuen annehmen dürfen, dass die Ausgabe solcher Billette einen Werbeeffect hat, der in Zukunft zu einem höheren Ertrag führt, liegt kein relevanter Vermögensabgang vor.

Klar ist auch, dass sich die Frage der Adäquanz der Gegenleistung nach der Situation beim Vertragsabschluss stellt und spätere Einflüsse – beispielsweise Kursveränderungen u.ä. – ausser Betracht bleiben müssen.

- c) Diesem Vermögensabgang steht auf seiten des Empfängers, der in aller Regel dem Kontrollinhaber nahesteht, ein *Vermögenszugang* gegenüber, wobei die – den Interessen der AG zuwiderlaufende – Vermögensverschöpfung ihren Grund im nahen Verhältnis zwischen dem Kontrollinhaber und dem Empfänger hat<sup>29</sup>.

Die Beziehung muss zivilrechtlich nicht notwendigerweise in einer engen *persönlichen* Bindung zwischen dem Kontrollinhaber und dem Empfänger liegen. Macht ein Kontrollinhaber eine grössere Donation an ein Museum, ohne dass ein Interesse der Gesellschaft zu eruieren wäre, ist eine solche Gewinnverschiebung aus der Sicht der Gläubiger oder der Minderheitsaktionäre nicht weniger störend als eine verdeckte Ausschüttung an den Kontrollinhaber selber – auch sie ist also nach den Regeln der verdeckten Gewinnausschüttung zu erfassen<sup>30</sup>.

28 Vgl. zu dieser Frage auch Bochud (Fn. 1), 163 Fn. 195.

29 Für Bochud (Fn. 1), 180 ff., liegt die causa der Vermögensverschiebung im „Beteiligungsvertrag“; er betrachtet also Ausschüttungen beispielsweise als teilweise auf Kauf (oder ähnlicher Rechtsgrundlage), teilweise auf diesem Beteiligungsvertrag beruhend. Diese Betrachtungsweise ist nach dem hier vertretenen Ansatzpunkt deshalb zu eng, weil Gewinnverschiebungen des *Kontrollinhabers*, also auch des Verwaltungsrates, betrachtet werden: Bei letzterem kann aber oft kein Beteiligungsvertrag vorliegen, da er gar nicht Aktionär zu sein braucht.

30 Das Steuerrecht behilft sich in solchen Situationen oft mit einer Dreiecks-theorie, indem es annimmt, der Kontrollinhaber habe wirtschaftlich sich selber eine Leistung zugesprochen und diese dann – beispielsweise per Schenkung – dem Museum vermacht. Denkbar ist, dass auch zivilrechtlich argumentiert wird, es liege eine mittelbare Zuwendung „für Rechnung des Aktionärs“ vor, vgl. etwa für das deutsche Recht Döllinger (Fn. 1), 56 ff.

## C. Zivil- und handelsrechtliche Rechtsfolgen von verdeckten Gewinnausschüttungen

### 1. Übersicht

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist aus juristischer Sicht aus zwei Gesichtspunkten zu analysieren:

- a) Aus *Gläubigersicht* ist relevant, ob die Gesellschaft im Grundsatz über ausschüttbare Mittel verfügt<sup>31</sup> und ob die Bilanz durch die Transaktion nicht verfälscht wird, was beispielsweise geschehen kann, wenn die Gesellschaft zu teuer erworbene Gegenstände zum Erwerbspreis aktiviert.

Der Gläubiger würde es natürlich vorziehen, wenn überhaupt keine Ausschüttungen erfolgen würden, da eine Forderung gegen eine mit einer „Fettschicht“ von Reserven umgebene Gesellschaft mehr Wert ist als eine Forderung gegen eine Gesellschaft, die alle Ausschüttungsmöglichkeiten wahrgenommen hat; letztere Gesellschaft ist nämlich – falls alle anderen Variablen identisch bleiben – konkursanfälliger. Der Gläubiger hat aber kein schützenswertes Interesse daran, dass ausschüttbare Mittel nicht ausgeschüttet werden<sup>32</sup>.

Gewinnverschiebungen, die erfolgen, obwohl keine ausschüttbaren Mittel vorliegen, verletzen aktienrechtliche Vorschriften (vgl. Art. 660, 675 und 671 ff. OR).

Dieser Verletzung wird im folgenden dadurch Rechnung getragen, dass eine Genehmigung eines Vermögensabganges durch die einstimmig agierende Generalversammlung ausgeschlossen wird – im Gegensatz zum Fall, wo ausschüttbares Subsirat vorliegt.

- b) Unabhängig davon gilt aus der Sicht der *Minderheitsaktionäre*<sup>33</sup>, dass ihnen jede Art von Gewinnverschiebungen missfallen muss, weil dadurch ihr Dividendenanspruch und ihr Anteil an der Substanz des Unternehmens verringert wird.

31 Vgl. zu diesem Aspekt Böckli, Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, FS Vischer, Zürich 1983, 527 ff., speziell 539 ff. Angemerkt sei, dass entgegen der daselbst in Fn. 74 vertretenen Auffassung zur Bestimmung der ausschüttbaren Beträge auch das Agio hinzuzuzählen ist, falls die Generalversammlung der Gewinnausschüttung zustimmt (dazu unten Ziff. C.6); wie hier (bezüglich der grundsätzlichen Ausschüttbarkeit bei Vorliegen eines GV-Beschlusses) OR-Neuhaas, N 29 ff. zu OR 671 mit einer Darstellung der Argumente pro und contra einer Ausschüttbarkeit des Agio; unentschieden Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 4), N 22, § 50.

32 Vgl. auch Fn. 10.

33 Theoretisch auch aus der Sicht des Hauptaktionärs, falls dieser die Kontrolle faktisch fast völlig einem Verwaltungsrat oder Direktorium überlässt.

Das juristische *Charakteristische* an verdeckten Gewinnausschüttungen liegt dabei darin, dass – abgesehen vom Fall der Gewinnvorwegnahme, wo Geschäfte gar nicht von der AG, sondern direkt über eine nahestehende Person abgewickelt werden<sup>34</sup> – in allen Konstellationen *Rechtsgeschäfte* (meist zweiseitige Verträge) zwischen der Gesellschaft (agierend entweder durch den Kontrollinhaber oder eine von ihm abhängige Person) auf der einen (vgl. B.2 und B.3) und dem Kontrollinhaber oder einem Dritten (meist ein dem Kontrollinhaber nahestehende Person) auf der anderen Seite abgeschlossen werden, mithin an beiden „Enden“ des Rechtsgeschäfts meist gleiche oder „ähnliche“ Personen agieren und der Kontrollinhaber kein gesellschaftliches Interesse, sondern ein Eigeninteresse verfolgt. In der klassischen Rechtslehre werden solche Geschäfte unter den Stichworten „Selbstkontrahieren“ und „Eigengeschäfte“ abgehandelt.

In der Folge soll diese Sichtweise näher analysiert werden, wobei zuerst der Aspekt des Selbstkontrahierens näher besprochen wird, dann derjenige von Art. 678 Abs. 2 OR, der eine explizite Norm gegen Gewinnverschiebungen enthält, aber einen etwas anderen Anwendungsbereich beschlägt, wie zu zeigen sein wird. Zu analysieren ist auch der Aspekt der Geschäftsführung ohne Auftrag, die auf die Gewinnvorwegnahmen Anwendung findet. Erst dann sollen diejenigen Spezialfälle zur Sprache kommen, wo der Gesellschaft (zusätzlich) keine ausschüttbaren Gewinne zur Verfügung stehen.

### 2. Die Behandlung von Selbstkontrahieren und Eigengeschäften

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich des *Selbstkontrahierens* ist uneinheitlich. Teilweise wurde das Selbstkontrahieren für nichtig erklärt<sup>35</sup>, teilweise wenigstens dort erlaubt, wo Marktpreise sicherstellen, dass eine Übervorteilung des Vertretenen ausgeschlossen ist<sup>36</sup>.

Ein Teil der Lehre, vertreten u.a. durch den Autor dieses Artikels<sup>37</sup>, ist der Ansicht, dass für die rechtliche Erfassung des Selbstkontrahierens zuerst abge-

34 Vgl. B.3.b. oben. Diese Fälle unterliegen zivilrechtlich auch anderen Regeln, vgl. C.4 unten.

35 BGE 106 Ib 148 (mit weiteren Verweisen), wonach „in der Regel“ Nichtigkeit vorliegt.

36 BGE 93 II 481.

37 Vgl. Watter, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. „Missbrauch der Vertretungsmacht“, Diss.

klärt werden müsse, ob der handelnde Vertreter bzw. das handelnde Organ *intern bevollmächtigt* sei, Geschäfte der in Frage stehenden Art auch mit sich selber – oder einer ihm nahestehenden Person – abzuschliessen<sup>38</sup>. Ist dies der Fall, führt die Handlung des Organs zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung der AG.

Massgebend für die Beurteilung des Umfangs der Bevollmächtigung (bzw. für die Frage, ob ein konkretes Geschäft „abgedeckt“ sei), ist dabei, was das handelnde Organ nach *Vertrauensprinzip* – d.h. nach guten Treuen – annehmen und verstehen durfte. Von Ausnahmen abgesehen, darf es nur davon ausgehen, dass es zu Geschäften ermächtigt ist, die im Interesse der AG liegen (wobei dieses Interesse in der Verfügung der Aktionäre steht)<sup>39</sup>. Für das Gebiet der *verdeckten Gewinnausschüttungen* heisst das konkret: Zivilrechtlicher Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Frage, ob das handelnde Organ in guten Treuen davon ausgehen konnte, es sei zum fraglichen Geschäft, d.h. zur Veranlassung eines Vermögensabgangs und zur Begünstigung einer nahestehenden Person, autorisiert. Dies ist praktisch nur der Fall, wenn

- a) das in guten Treuen handelnde Organ gar nicht erkennen konnte, dass ein Vermögensabgang stattfindet, oder
- b) falls es dies zwar erkennt oder erkennen müsste, es aber eine Bevollmächtigung daraus ableiten darf, dass es die Gesamtheit der Aktionäre hinter sich weiss (und zusätzlich nicht gegen eine Ausschüttungssperre verstossen wird)<sup>40</sup>.

Konkret heisst das folgendes:

- Der Kontrollinhaber darf namens der Gesellschaft mit sich oder Familienangehörigen einen Arbeitsvertrag abschliessen; er darf dabei aber nur davon ausgehen, dass er zur Vereinbarung von Entschädigungen ermächtigt ist, die sich im Rahmen des Marktüblichen halten.

Zürich 1985, N 59, 106, 195; in OR-Watter, N 6 ff. zu OR 718a und N 19 zu OR 33, jeweils mit Verweisen.

38 Vgl. OR-Watter, N 6 und 13 zu OR 718a. Zu dieser Annahme ist das Organ etwa berechtigt, wenn wegen des Vorhandenseins von Marktpreisen eine Übervorteilung der vertretenen Gesellschaft ausgeschlossen ist. Vermunungsweise ist die intern erteilte Ermächtigung umfassend, vgl. OR-Watter, N 5 zu OR 718a. Zu beachten ist nach Art. 718 Abs. 1 OR auch die Zweckgrenze, die praktisch aber wenig Einfluss hat, falls sie nur als Schranke gegen gewisse Arten von Geschäften verstanden wird, vgl. OR-Watter, N 4 zu OR 718a (anderer Meinung insbesondere Handschin (Fn. 8), 102 ff., 120 ff., der die Vertretungsmacht unter Zwecküberlegungen behandelt).

39 Wie noch zu zeigen sein wird, können einem Vermögensabgang aber nur *alle* Aktionäre zustimmen.

40 Dazu C.6.

- Der Kontrollinhaber darf von ihm nahestehenden Personen keine Güter oder Dienstleistungen zu überhöhten Preisen beziehen, ausser er wüsste das gesamte Aktionariat hinter sich. Dergleichen darf er keine Güter der Gesellschaft zu billig abgeben. Das ganze Aktionariat hinter sich weiss beispielsweise der Verwaltungsrat einer Konzerntochter, der aus der Zentrale die Weisung erhalten hat, Dienstleistungen einer Konzernmutter oder einer Schwester-gesellschaft zu einem objektiv zu günstigen Preis zu erbringen;

- Der Verwaltungsrat einer Gellschaft, die neben der Konzernmutter auch noch Minderheitsaktionäre hat, darf sich demgegenüber nicht auf eine Billigung „falscher“ Preise durch das Aktionariat stützen, da er in guten Treuen nicht annehmen darf, die Minderheitsaktionäre stimmten einer solchen Politik zu. Ist hingegen dieser Verwaltungsrat nach Treu und Glauben der Ansicht, er verrechne der Mutter adäquate Preise, ist seine Handlung für die Gesellschaft von vornherein verbindlich – eine Spezialvollmacht des Aktionariats oder eine nachträgliche Genehmigung ist nicht nötig.

Liegt in diesem internen Verhältnis *keine gültige Bevollmächtigung* vor, d.h. darf das handelnde Organ nicht davon ausgehen, dass es zum Abschluss eines bestimmten Geschäftes bevollmächtigt ist, kommt ein gültiges Rechtsgeschäft nur zustande, wenn der Geschäftspartner in seinem *guten Glauben* zu schützen ist (Art. 718a Abs. 2 OR), was beim eigentlichen Selbstkontrahieren nie der Fall ist<sup>41</sup>, wogegen dieser Aspekt beim Eigengeschäft (dem sog. „materiellen Selbstkontrahieren“) genau zu untersuchen ist<sup>42</sup>.

Will der Verwaltungsrat einer Konzerntochter mit einem Bekannten des Hauptaktionärs des Konzerns ein für letzteren sehr lukratives Geschäft abschliessen, das zu diesen Bedingungen nicht im Interesse der Konzerntochter liegt, kommt ein Vertrag zustande, ausser der Vertragspartner habe die Bevorteilung erkennen können.

Ofi wird ausschlaggebend sein, ob der Dritte, d.h. der Vertragspartner, direkt oder nur indirekt vom Geschäft profitiert: Der Sohn des einzigen Verwaltungsrats, der von der Gesellschaft einen Sportwagen für einen Spottpreis erwirbt, wird sich kaum auf seinen guten Glauben berufen können. Bessere Chancen hat eine Bank, die eine von der AG unterzeichnete Bürgschaft zugunsten des Kontrollinhabers eingegangenommen hat.

Das Organ wird in dieser Konstellation, in der sein Handeln intern zwar nicht zulässig ist, nach aussen aber wegen Gutgläubensschutzes einen Vertrag bewirkt, der nicht im Interesse der AG liegt, dieser gegenüber nach Art. 754 OR ersatzpflichtig.

Kommt der Vertrag auch nicht dank des Gutgläubensschutzes zustande, ist schliesslich noch abzuklären, ob die Gesellschaft das Handeln des vollmacht-

41 OR-Watter, N 12 zu OR 718a. Gemeint ist mit „eigentlichem Selbstkontrahieren“ Personenidentität zwischen Kontrollinhaber und Vertragspartner.

42 Vgl. neuestens BGE 120 II 23 ff., 27 („Mövenpick“) zum Sorgfaltsmassstab.



losen Organs in analoger Anwendung von Art. 38 OR ebenfalls nachträglich genehmigt hat<sup>43</sup>.

Erfolgt keine Genehmigung, bewirkt das Handeln des Organs definitiv keinen Vertrag (es liegt rechtlich somit ein „Nichtgeschäft“ vor), und es ergeben sich folgende Rechtsfolgen:

- a) Der Empfänger erwirbt kein Eigentum an Sachen, da die für den Eigentumsübergang notwendige causa fehlt. Die AG kann damit Sachen mit der Eigentumsklage vom Empfänger herausverlangen (aber nicht vom Vierten, falls sie der Empfänger weiterveräussert hat und dieser die Sache gutgläubig erworben hat, Art. 933 ZGB)<sup>44</sup>.
- b) Geldleistungen kann die AG demgegenüber nur nach Bereicherungsrecht herausverlangen. Sie ist dabei an die kurzen Verjährungsfristen von Art. 67 OR gebunden<sup>45</sup>. Analoges gilt, wenn die AG Dienstleistungen erbracht hat – für deren Ersatz ist sie auf einen Anspruch aus Bereicherungsrecht angewiesen. Wird innert dieser Frist nichts geltend gemacht, wird der Vermögensabgang definitiv.
- c) Der Dritte hat allenfalls Ersatzansprüche gegen das Organ und die Gesellschaft (nach Art. 39 und 722 OR), sofern sein Selbstverschulden nicht so gross ist, dass eine Schadenersatzpflicht ausser Betracht bleiben muss, was insbesondere dann der Fall ist, wenn der Kontrollinhaber mit sich selber kontrahierte.

43 Dazu unten C.6. Denkbar ist in concreto eigentlich nur die Genehmigung durch die Generalversammlung; zusätzlich ist zu beachten, dass eine Genehmigung dann nicht möglich ist, wenn Ausschüttungssperren verletzt werden.

44 Vgl. BK-Zäch, N 77 zu Art. 39 (allerdings für Ansprüche des Dritten, nicht für solche des Vertretenen bzw. der AG).

45 M.E. steht Art. 63 OR der Geltendmachung eines Bereicherungsanspruchs nicht entgegen: Es könnte zwar theoretisch argumentiert werden, dass sich die AG über die Leistung nicht im Irrtum befand (insbesondere deshalb, weil ihr das Wissen des handelnden Kontrollinhabers zugerechnet wird), was in der vorliegenden Konstellation aber nicht gelten kann, da der ungestreu handelnde Kontrollinhaber nicht von seiner eigenen Untreue profitieren darf; vgl. mit ähnlicher Überlegung BGE 112 II 503. Vgl. auch zur generellen Relativierung von Art. 63 OR BGE 115 II 28 ff. Ebenfalls nicht anwendbar ist Art. 66 OR.

### 3. Die Bedeutung von Art. 678 OR

Wie schon festgestellt, wollte der Gesetzgeber mit Art. 678 Abs. 2 OR verdeckte Gewinnausschüttungen erfassen, indem er eine Rückerstattung „anderer Leistungen“ anordnete, soweit „diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung“ und „zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens“<sup>46</sup> stehen<sup>47</sup>. Eine Rückerstattungspflicht besteht nur bei Bösgläubigkeit des Empfängers (was aus Abs. 1 folgt), was aber bei einem offensichtlichen Missverhältnis in aller Regel der Fall sein wird. Geltend gemacht werden kann der Anspruch während fünf Jahren. Anspruchsberechtigt sind die betroffene AG und auch der Aktionär; anzufügen ist, dass sich der Gläubiger im Konkurs der AG den Anspruch der AG abtreten lassen kann, falls die Konkursverwaltung nicht selber tätig wird (Art. 260 SchKG).

Es bleibt, das *Verhältnis* dieser Norm zur Rechtslage, die sich aus dem Aspekt des Selbstkontrahierens ergibt, abzuklären. Vorab fällt auf, dass die Anspruchsvoraussetzungen ähnlich sind – etwa der gute Glaube des Empfängers bei beiden Betrachtungsweisen eine Rückforderung der AG ausschliesst. Art. 678 OR ist aber nur anwendbar, wenn das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung „offensichtlich“ ist. Wird die verdeckte Gewinnausschüttung dagegen unter dem Aspekt des Selbstkontrahierens betrachtet, ist eine solche Offensichtlichkeit nicht Voraussetzung – ist doch erster Ansatzpunkt der, dass untersucht wird, ob das handelnde Organ selber nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass es bevollmächtigt sei, was auch dann nicht gegeben ist, wenn das Organ wissen muss, dass es seine Kompetenzen nur geringfügig überschreitet. Immerhin dürfte dann – falls nicht der Kontrollinhaber selber Gegenpartei ist und damit Selbstkontrahieren vorliegt – bei nicht offensichtlichem Missverhältnis in aller Regel ein Fall des Gutgläubenschutzes vorliegen, womit sich die beiden Betrachtungsweisen im Ergebnis wieder annähern.

M.E. gelten beide Normengefüge *nebeneinander*: Der Aspekt des Selbstkontrahierens bzw. des Eigengeschäfts ist unter erleichterten Bedingungen anwendbar, dafür gelten dort kürzere Verjährungsfristen, und der Minderheitsaktionär kann gegen den Empfänger keine Klage erheben<sup>48</sup>. Ist das Missver-

46 Dieses Element ist sinnwidrig; die Lehre postuliert denn auch, es entweder gar nicht zu beachten (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 1429) oder es im Sinne einer spürbaren Auswirkung zu verstehen (OR-Kurer, N 16 zu OR 678).

47 Vgl. generell OR-Kurer, N 12 ff. zu OR 678.

48 Möglich ist ihm einzig, gegen den untätigen Verwaltungsrat auf Ersatz nach Art. 754 OR zu klagen.

hältnis „offensichtlich“ im Sinne von Art. 678 OR, hat auch der Aktionär einen Klageanspruch. Sodann sind die Rückforderungsfristen erheblich länger.

#### 4. Die Behandlung der Gewinnvorwegnahme

Wenn Aktionäre sich Erträge der AG aneignen, indem sie Geschäfte tätigen, die eigentlich der AG zustehen bzw. zu Erträgen bei dieser hätten führen sollen (Gewinnvorwegnahmen, vgl. B.3.b), liegt kein Fall von Selbstkontrahieren und m.E. auch kein Anwendungsfall von Art. 678 Abs. 2 OR vor, da seitens der AG keine Leistungen erbracht werden, diese sich vielmehr passiv gegen ein Geschäft des Aktionärs verhält, das eigentlich ihr selber zusteht.

In dieser Konstellation hat die AG das Recht, die getätigten Gewinne nach Art. 423 OR vom sog. Geschäftsführer herauszuverlangen<sup>49</sup>, wobei die Ansprüche der AG innert eines Jahres verjähren<sup>50</sup>. Diese Norm ist – nach allerdings umstrittener Ansicht – auch anwendbar, wenn der Geschäftsführer gutgläubig war, sich also nicht bewusst war, dass er ein Geschäft abwickelte, das eigentlich der AG zustand<sup>51</sup>. Liegt Bösgläubigkeit vor, hat die AG nach herrschender Ansicht ferner einen Anspruch aus Art. 678 Abs. 1 OR, der erst in fünf Jahren verjährt<sup>52</sup>; wiederum hat bei der Geltendmachung dieser Norm auch der (Minderheits-)Aktionär einen selbständigen Klageanspruch.

#### 5. Gewinnausschüttungen ohne ausschüttbaren Gewinn/Pauliana

Werden mit der verdeckten Gewinnausschüttung die Ausschüttungssperren der Art. 675 ff. OR umgangen, sieht Art. 678 Abs. 1 OR eine Rückerstattungs-pflicht des bösgläubigen Empfängers vor<sup>53</sup>. Aus dieser Norm folgt, dass aus

49 Vgl. zum Verhältnis dieses Anspruchs zum Bereicherungsrecht OR-Weber, N 9 ff. zu OR 423. Vgl. auch neuerdings Nietispach, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. ZH (gedruckt Bern) 1994, 331 ff., 337 ff., der überzeugend die Meinung vertritt, dass die Gewinnherausgabe auch auf der Basis des Bereicherungsrechts erfolgen kann.

50 OR-Weber, N 17 zu OR 423.

51 Vgl. die Gegenüberstellung der Meinungen bei OR-Weber, N 8 zu OR 423.

52 Böckli (Fn. 46), N 1430; OR-Kurer, N 9 zu OR 678.

53 M.E. ist das Wort „ungerechtfertigt“ in diesem Sinne zu verstehen; das blosses Nicht-erfolgen eines Generalversammlungsbeschlusses bei der verdeckten Gewinnausschüttung

der blossen Tatsache, dass Gelder an nahestehende Personen „verschoben“ werden, obwohl kein ausschüttbarer Gewinn besteht, keine *Nichtigkeit* folgt, da es ja ansonsten nicht angebracht wäre, die Rückforderung auf fünf Jahre zu beschränken (Art. 678 Abs. 4 OR).

*Nichtig* ist hingegen der *GV-Beschluss*, der trotz fehlenden ausschüttbaren Gewinns eine offene Ausschüttung sanktioniert oder das Organ zu einer Handlung ermächtigt (oder diese genehmigt), die eine verdeckte Ausschüttung darstellt<sup>54</sup>. Aus dieser Aussage folgt auch, dass ein Organ in einer Gesellschaft, die über keine ausschüttbaren Gewinne verfügt, nie annehmen darf, es sei zu Rechtsgeschäften autorisiert, die zu einem Vermögensabgang bei der AG führen.

Erwähnt sei ferner, dass den Gläubigern auch die Rechtsbehelfe des SchKG zur Verfügung stehen: Nach Art. 286 SchKG sind Schenkungen und Rechtsgeschäfte, bei denen Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen, anfechtbar, sofern sie innert sechs Monaten (ab 1. Januar 1997 zwölf Monaten) vor der Konkurseröffnung stattgefunden haben. Ähnliches gilt, wenn der Schuldner beispielsweise ein Pfandrecht einräumt und in diesem Zeitpunkt bereits überschuldet war (Art. 287 SchKG). Sämtliche Rechtshandlungen sind schliesslich anfechtbar – unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme, aber innerhalb einer fünfjährigen Verwirkungsfrist (Art. 292 SchKG bzw. Art. 288 revSchKG) –, falls eine auch beim Empfänger erkennbare Absicht bestand, Gläubiger des Schuldners zu benachteiligen. Der Rechtsbehelf der Pauliana wird im allgemeinen aber gegenüber demjenigen von Art. 678 OR zurücktreten, da die Fristen und die Beweisfragen dort für die Konkursverwaltung bzw. für die Gläubiger, die sich Ansprüche haben abtreten lassen, einfacher sind.

(samt Fehlen des Revisionsberichts) macht für sich die Gewinnverschiebung nicht „ungerechtfertigt“ nach Abs. 1, da Abs. 2 dann obsolet würde.

54 Böckli (Fn. 46), N 1415 ff.; eine Genehmigung ist damit auch ausgeschlossen, was vor allem bedeutet, dass die AG (und später die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger) hier nicht auf Ansprüche verzichten kann. Vgl. auch C.6 unten.

## 6. Die Bedeutung der Generalversammlung

Bereits bei der Behandlung des Aspekts des Selbstkontrahierens (Ziff. C.2) wurde festgehalten, dass das handelnde Organ bei Transaktionen, die nicht zu Marktkonditionen erfolgen, von einer *Ermächtigung* zur Zustimmung zu einem Vermögensabgang ausgehen darf, wenn es das gesamte Aktionariat hinter sich weiss. Ebenfalls schon angetönt wurde, dass die Generalversammlung Geschäfte im Bereich des Selbstkontrahierens nachträglich *genehmigen* kann, ausser es werde gegen die Ausschüttungssperren verstossen<sup>55</sup>.

Dass eine Ermächtigung (oder Genehmigung) nur vom *gesamten Aktionariat* ausgehen kann, folgt aus Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR, wonach Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar sind, wenn die Gewinnstrebigkeit der AG ohne Zustimmung aller Aktionäre aufgehoben wird. Was nach dieser Bestimmung für die generelle Gewinnstrebigkeit einer AG gilt, muss auch auf einzelne Geschäfte anwendbar sein, für die sämtliche Aktionäre den Verwaltungsrat von der Pflicht, stets die Interessen der AG zu beachten, entbinden können<sup>56</sup>.

Offen bleibt, ob ein *förmlicher*, zu *protokollierender Beschluss* nötig ist, der für die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit allenfalls sogar öffentlich zu beurkunden wäre<sup>57</sup>, oder ob ein informeller Beschluss bzw. eine wie auch immer geartete (aber unzweideutige) Willensäusserung des Aktionariats ausreichend ist<sup>58</sup>.

M.E. sollte eine *unzweideutige Willensäusserung* des gesamten Aktionariats, die auch informell erfolgen kann, genügen. Praktisch denkbar ist eine solche

55 M.E. steht dieser Aussage der neue Art. 716a OR, der eine Übertragung von Verwaltungsratskompetenzen auf die Generalversammlung verbietet, nicht entgegen, da aus Art. 706 OR folgt, dass die Generalversammlung die Gewinnstrebigkeit aufheben kann; vgl. zur generellen Genehmigungsfähigkeit der Generalversammlung BGE in ZR 1978, 127 ff. Eine andere Ansicht vertritt insbesondere Handschin (Fn. 8), 122 (mit allerdings sehr formeller Betrachtungsweise, die im weiteren damit zusammenhängt, dass die Frage dort im Zusammenhang mit der Zweckänderung diskutiert wird, vgl. auch Fn. 38).

56 Das gesamte Aktionariat kann natürlich auch eine Gruppe von Geschäften, beispielsweise Geschäfte mit der Konzernmutter, von der Pflicht zur Gewinnstrebigkeit ausnehmen.

57 Zumindest materiell wird ja der Zweck einer Gesellschaft geändert, was an sich auch nach einer formellen Korrektur der Statuten rufen würde.

58 Hierzu Bochud (Fn. 1), 167 ff., 194 f.; sehr kritisch zum „geheimen Ausschüttungsbeschluss“ Böckli (Fn. 46), N 1417; vgl. ferner Graf, Verträge zwischen Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1988, 174, der nur einen ausdrücklichen Beschluss sieht, den Vertrag, der zu Lasten der Gesellschaft abgeschlossen wird, ansonsten (m.E. zu Unrecht) als nichtig betrachtet.

formlose unzweideutige Willenserklärung sowieso nur in der Einmann-AG und in der Konzerntochter<sup>59</sup>, wo argumentiert werden kann, es könne dort zu jedem beliebigen Zeitpunkt eine Universalversammlung stattfinden. Die handelnde Protokollierung des Ermächtigungs- oder Genehmigungsbeschlusses kann dort keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts haben, was aus dem im Handelsrecht generell geltenden *favor negotii* – und damit zusammenhängend aus Überlegungen zur Rechtssicherheit – folgt<sup>60</sup>. Im weiteren rechtfertigt sich diese Überlegung mit dem Schutz des handelnden Organs, insbesondere in der Konzerntochter, da dieses, falls von keiner Genehmigung der Muttergesellschaft ausgegangen wird, nach Art. 754 OR haftbar wird.

Es ist lebensfremd, vom Verwaltungsrat einer Schweizer Konzerntochter zu verlangen, dass die ausländische Konzernmutter die Transferpreise noch einmal mittels förmlichen Generalversammlungsbeschlusses absegnet, nachdem die Konzernleitung die Preise diktiert hat.

Wo hingegen *mehrere Aktionäre* vorhanden sind, wird sich die unzweideutige Willensäusserung nur dann erreichen lassen, wenn eine formelle Versammlung abgehalten wird.

Ebenfalls ein *formeller Beschluss* ist m.E. nötig, wenn für die Gewinnverschiebung keine frei ausschüttbaren Mittel zur Verfügung stehen, wohl aber ein *Agio*: Hier ist zu fordern, dass sich die Generalversammlung förmlich äussert, da hier ja zusätzlich ein Bilanzposten umqualifiziert wird<sup>61</sup>. Analoges gilt, wenn statutarische Ausschüttungssperren missachtet werden: Dann ist ein statutenändernder Beschluss nötig, der mit dem entsprechenden Mehr zu erfolgen hat und auch öffentlich zu beurkunden ist.

Verletzt dagegen der formlos oder formell korrekt erfolgende Generalversammlungsbeschluss die *gesetzlichen Ausschüttungssperren*, ist er nichtig. Auf diese Nichtigkeit kann sich ein späterer Verwaltungsrat (oder beispielsweise die Konkursmasse) jederzeit berufen.

59 Zwar halten hier jeweils neben der Konzernmutter auch Verwaltungsräte Aktien (wegen Art. 707 I OR), wobei in der Praxis aber stets Treuhandverträge zwischen diesen Verwaltungsräten und der Konzernmutter bestehen, die erstere zur Befolgung von Weisungen zwingt.

60 Es wäre nämlich der Rechtssicherheit mehr als abträglich, wenn beispielsweise Geschäfte zwischen Konzerngesellschaften – wo sich empirisch ja keine Generalversammlungsbeschlüsse, die Transferpreise festlegen, feststellen lassen – als ungültig einzustufen wären.

61 Vgl. hierzu Fn. 31 und zusätzlich Böckli (Fn. 46), N 1414b. Nach der hier vertretenen Meinung gilt also ein Mittelweg zwischen der strengen Haltung Böcklis und der liberalen von Neuhaus (und anderen Autoren), die das Agio direkt als allgemeine Reserve behandeln bzw. wenigstens eine solche Qualifizierung nach Abnahme der ersten Rechnung annehmen.

## 7. Die Aktivierungsfähigkeit des Rückerstattungsanspruchs

Soweit ein Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft besteht, d.h. nach der hier vertretenen Ansicht also

- a) der handelnde Kontrollinhaber in guten Treuen von keiner Bevollmächtigung ausgehen konnte,
- b) der Empfänger in seinem guten Glauben nicht zu schützen ist und
- c) keine Genehmigung erfolgt,

ist dieser Anspruch m.E. innerhalb der ein- oder fünfjährigen Verjährungsfrist (oder der an sich „ewig“ dauernden Frist für eine Vindikation) dann aktivierbar, wenn innerhalb dieser Frist auch tatsächlich ein Wille zur Geltendmachung besteht und der Empfänger fähig ist, die Rückleistung zu erbringen<sup>62</sup>. Ist dies der Fall, erfolgt bilanzmässig (vorerst) kein Vermögensabgang; dieser tritt erst bei Verjährung oder Verzicht auf Geltendmachung des Anspruchs ein.

## D. Der internationale Aspekt

Speziell im Konzern erfolgen Gewinnverschiebungen oft im internationalen Rahmen. Für zivilrechtliche Überlegungen ist hier Art. 158 IPRG relevant, der bestimmt, dass Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, die nach dem Recht des Vertragspartners unbekannt sind, diesem nicht entgegengehalten werden können, ausser der Vertragspartner hätte die Beschränkung gekannt oder kennen müssen.

Unter solche Beschränkungen fällt auch die Beschränkung im Zusammenhang mit dem Selbstkontrahieren: Falls also der Staat, in dem der Vertragspartner (z.B. die Muttergesellschaft) ansässig ist, eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis in diesem Zusammenhang nicht kennt, ist der Vertrag mit der Mutter gültig, ausser diese hätte wissen müssen, dass ein Vertrag in der Schweiz wegen Selbstkontrahierens ungültig sein kann.

Für Zahlungen nach Art. 678 OR an ausländische Empfänger sollte m.E. eine Zuständigkeit der Schweizer Gerichte nach Art. 151 IPRG bejaht werden,

<sup>62</sup> Vgl. Bochud (Fn. 1), 241 ff.

ebenso eine Anwendbarkeit von Schweizer Recht nach Art. 155 lit. f oder g IPRG; die ausdehnende Auslegung dieser Bestimmungen rechtfertigt sich nämlich durch die Voraussetzung, dass ein offensichtliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gegeben sein muss.

## E. Exkurs: Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle

Unbestritten dürfte zunächst sein, dass die Revisionsstelle, wenn sie anlässlich ihrer Prüfung entdeckt, dass verdeckte Gewinnausschüttungen stattgefunden haben, diese nach Art. 729b OR entweder dem Verwaltungsrat, oder – was in Anbetracht der fast zwangsläufigen Verwicklung des Verwaltungsrats meist der Fall sein dürfte – der Generalversammlung melden muss<sup>63</sup>, wobei die Revisionsstelle gut beraten sein dürfte, wenn sie die Generalversammlung nicht (nur) separat informiert, sondern auch im Revisionsbericht einen Vermerk macht.

Viel schwieriger zu beantworten ist die Frage, inwieweit der Revisionsstelle eine Pflicht zukommt, aktiv abzuklären, ob in der zu prüfenden Periode keine Gewinnausschüttungen stattgefunden haben. M.E. muss folgendes gelten:

- a) Wo Gegenstände von nahestehenden Personen zu teuer erworben werden und sich damit bei der AG eine Bewertungsproblematik stellt (sofern der erworbene Gegenstand nicht teilweise abgeschrieben wird), wird dieser spezielle Typus der verdeckten Gewinnausschüttung im Rahmen der normalen Bewertungsprüfung erfasst. Der von der Revisionsstelle anzuwendende Sorgfaltsmassstab ist identisch mit demjenigen der gesamten Prüfung.
- b) Gewinnvorwegnahmen kann die Revisionsstelle in aller Regel nicht erkennen. Hingegen kann sie vom Verwaltungsrat eine Vollständigkeitserklärung verlangen, in der der Verwaltungsrat bestätigt, dass er alle zu erfassenden Geschäftsvorfälle verbucht hat<sup>64</sup>. Erhält die Revisionsstelle eine solche Erklärung, muss sie nur noch konkreten Verdachtsmomenten nachgehen.

<sup>63</sup> Böckli, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für die Revisionsstelle, Zürich 1994, 49.

<sup>64</sup> Vgl. OR-Pedroja/Watter, N 25 zu OR 728; Revisionshandbuch der Schweiz, 2. Auflage, Zürich 1992, Bd. I, 605.

- c) M.E. ist es einer Revisionsstelle zu empfehlen, vom Verwaltungsrat im Rahmen von Art. 728 OR generell Unterlagen zu allen (wesentlichen) Geschäftsvorgängen zu verlangen, die Transaktionen zwischen dem Kontrollinhaber und einer diesem nahestehenden Person betreffen. Sind Anzeichen für Gewinnverschiebungen vorhanden, dürfte dafür m.E. sogar eine Pflicht bestehen. Soweit sich aus diesen Unterlagen der Verdacht auf verdeckte Gewinnausschüttungen ergibt, hat die Revisionsstelle dann die Meldepflichten, die vorstehend umschrieben wurden, zu beachten.

## F. Schlussfolgerungen

1. Das Handelsrecht muss sich im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung vor allem mit dem *Gläubiger- und Minderheitenschutz* auseinandersetzen.
2. Das Handelsrecht hat nicht primär die Achse AG – Aktionär im Auge, wie dies im Steuerrecht der Fall ist, sondern muss *Gewinnverschiebungen an alle Dritten* betrachten, da Zuwendungen an vom Aktionariat unabhängige Dritte dieselben negativen Wirkungen für Gläubiger und Minderheitsaktionäre haben wie Gewinnverschiebungen an Aktionäre. Das Steuerrecht sollte damit – aus der Sicht des Handelsrechts – die verdeckte Gewinnausschüttung und die geschäftsmässig nicht begründete Zuwendung an Dritte auf seiten der Gesellschaft gleich behandeln, wie das nun in Art. 58 I.b DBG gemacht wird<sup>65</sup>.
3. Typisch für alle Fälle verdeckter Gewinnausschüttung ist, dass der *Kontrollinhaber* mit sich selber – oder einer ihm nahestehenden Person – ein Rechtsgeschäft abschliesst und dieses Rechtsgeschäft einen *Vermögensabgang* bei der AG und einen Vermögenszugang beim Empfänger herbeiführt. Diese Sachverhalte sind zivilrechtlich einerseits unter dem Aspekt des *Selbstkontrahierens* (oder des sog. Eigengeschäfts), andererseits unter demjenigen von *Art. 678 Abs. 2 OR* zu betrachten.
4. Verdeckte Gewinnausschüttungen bzw. Gewinnverschiebungen sind danach handelsrechtlich folgendermassen zu behandeln: Zunächst ist auseinander-

<sup>65</sup> Selbstverständlich ist, dass das Steuerrecht die Steuerfolgen beim Empfänger (oder beispielsweise die Verrechnungssteuer, die letztlich an Beteiligungsertrag anknüpft), verschieden behandeln soll.

zuhalten, ob die Gesellschaft im Grundsatz über *ausschüttbare Mittel* verfügt (dann Ziff. 5) oder nicht (dann Ziff. 6), oder ob es sich um eine *Gewinnvorwegnahme* handelt (dann Ziff. 7).

5. Sind im Grundsatz *ausschüttbare Mittel* vorhanden, ist

- a) zunächst zu untersuchen, ob das für die AG handelnde Organ *intern bevollmächtigt* ist, d.h. ob es in guten Treuen davon ausgehen konnte, es sei zur Veranlassung eines Vermögensabganges autorisiert, was nur der Fall ist, wenn
  - aa) es in guten Treuen gar nicht erkennen konnte, dass ein Vermögensabgang stattfindet, oder
  - bb) es die Gesamtheit der Aktionäre hinter sich weiss, wobei kein förmlicher Beschluss nötig ist, wenn die Willensäusserung aller Aktionäre unzweideutig ist (dazu gleich in lit. c).
- b) Liegt in diesem Sinne *keine gültige Bevollmächtigung* vor, kommt ein gültiges Rechtsgeschäft nur zustande, wenn der Geschäftspartner in seinem *guten Glauben* zu schützen ist, was beim eigentlichen Selbstkontrahieren nie der Fall ist, wohl aber dann gegeben sein kann, wenn ein nahe- oder fernstehender Dritter Vertragspartei ist. Das Organ wird in dieser Konstellation, wo sein Handeln intern zwar nicht zulässig ist, nach aussen aber wegen Gutgläubensschutzes einen Vertrag bewirkt, nach Art. 754 OR ersatzpflichtig.
- c) Kommt der Vertrag auch nicht dank des Gutgläubensschutzes zustande, ist abzuklären, ob die Generalversammlung das Handeln des vollmachtlos handelnden Organs allenfalls nachträglich *genehmigt* hat. Nach der hier vertretenen Ansicht kann eine solche Genehmigung auch formlos erfolgen, falls der Wille aller Aktionäre zweifelsfrei feststeht, was in praktischer Hinsicht nur bei der hundertprozentig beherrschten Konzerntochter oder bei der Einmann-AG vorkommt. Wird dagegen Agio für die Ausschüttung herangezogen, ist ein förmlicher Generalversammlungsbeschluss nötig (ferner ein statutenändernder Beschluss, wenn statutarische Ausschüttungssperren aufgehoben werden müssen).
- d) Erfolgt keine Genehmigung, bewirkt das Handeln des Organs definitiv keinen Vertrag, und es ergeben sich *folgende Rechtsfolgen*:
  - aa) Übertragene Sachen können von der AG stets zurückgefordert werden.

- bb) Für Geld- oder Dienstleistungen gilt das Bereicherungsrecht, mithin eine Verjährungsfrist von einem Jahr. Nachher ist der Vermögensabgang definitiv.
- e) Falls das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung offensichtlich ist (für Organ und Dritte), gilt *zusätzlich* Art. 678 Abs. 2 OR. Danach gilt für die Rückforderungsklage generell eine fünfjährige Verjährungsfrist; zusätzlich hat auch der Aktionär ein Klagerecht.
6. Verfügt die AG demgegenüber über *keine* (genügenden) *ausschüttbaren Mittel*, gilt folgendes: Da das handelnde Organ nie davon ausgehen kann, es sei zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts ermächtigt, das zu einem Vermögensabgang trotz nicht vorhandenen Ausschüttungsstrats führt (ausser es könne den Vermögensabgang gar nicht erkennen), ferner auch das einstimmig handelnde Aktionariat eine solche Handlung weder bewilligen noch genehmigen darf, stellt sich nur die Frage nach dem guten Glauben des Empfängers bzw. Dritten. Ist dieser nicht gutgläubig, gilt Art. 678 Abs. 1 OR, haben AG und Aktionär also die Möglichkeit, Rückzahlung innert fünf Jahren an die AG zu fordern.
7. Bei der *Gewinnvorwegnahme* ist zu differenzieren: Handelt derjenige, der das Geschäft ausführt, *gutgläubig*, hat die AG die Möglichkeit, den ihr vorenthaltenen Gewinn innert Jahresfrist nach Art. 423 OR herauszufordern. Ist der Handelnde *bösgläubig*, gilt Art. 678 Abs. 1, haben also wieder AG und Aktionär ein Klagerecht, das erst in fünf Jahren verjährt.
8. Verdeckte Gewinnausschüttungen sind damit als Rechtsgeschäfte *nicht nützlich*, sie sind allenfalls aber „Nichtgeschäfte“ und führen zu *Rückforderungsansprüchen*, die in der Regel, abgesehen von der Eigentumsklage, innert eines oder fünf Jahren verjähren. Im internationalen Bereich ist die Rückforderbarkeit teilweise weiter eingeschränkt.
9. Gewinnverschiebungen führen primär zu einer Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats gegenüber der Gesellschaft, wobei Aktionäre und im Konkursfall allenfalls auch die Gläubiger Klagerechte haben. Die Revisionsstelle hat verdeckte Gewinnausschüttungen, die sie entdeckt, in aller Regel der Generalversammlung zu melden – auch dürfte ein Vermerk im Revisionsbericht zu empfehlen sein. Eine Pflicht, aktiv nach verdeckten Gewinnausschüttungen in der zu prüfenden Periode zu suchen, besteht nicht; hingegen wird vorliegend empfohlen, die Vollständigkeitserklärung allenfalls zu erweitern bzw. vom Verwaltungsrat Auskünfte über Geschäfte mit nahestehenden Personen zu verlangen.

10. Offen bleiben muss, ob die hier gezogenen Schlüsse Auswirkungen auf die Steuerpraxis haben sollen oder haben werden. Selbstverständlich kann das Steuerrecht Bestimmungen wie Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG autonom auslegen und ist an handelsrechtliche Überlegungen nicht zwangsläufig gebunden<sup>66</sup>. Immerhin sollten Steuerbehörden dann keine verdeckten Gewinnausschüttungen annehmen, wenn das handelnde Organ in guten Treuen davon ausgehen konnte, es sei zur fraglichen Transaktion ermächtigt, weil es den Vermögensabgang gar nicht erkennen kann (anders, wenn sich die Genehmigung auf den Willen aller Aktionäre abstützt). Das kann sich insbesondere für Transferpreise im Konzern auswirken, wo die Steuerbehörden nicht ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der handelnden Organe setzen dürfen. Anzumerken ist schliesslich, dass aus der Sicht des Handelsrichters die Steuerbehörden berücksichtigen müssten, dass – allerdings innert relativ kurzer Fristen – die Gesellschaft viele verdeckte Gewinnausschüttungen rückgängig machen kann, ein Vermögensabgang also erst dann definitiv wird, wenn die entsprechenden Rückforderungsfristen abgelaufen sind.

<sup>66</sup> Vgl. anschaulich zum Zusammenspiel von Handels- und Steuerrecht auf dem vorliegenden Gebiet Bochud (Fn. 1), 269 ff.