

Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht



Dr. jur., LL.M. Rolf Watter,
Rechtsanwalt, Privatdozent
an der Universität Zürich

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage und Problemstellung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Probleme der Gewinnverschiebung aus zivil- und handelsrechtlicher Sicht
 - 3. Motive und Mittel für Gewinnverschiebungen
 - a. Bei verdeckten Gewinnausschüttungen
 - b. Bei Gewinnverlagerungen
 - c. Vorgehensweisen
 - 4. Die steuerliche Betrachtungsweise
 - a. Die verdeckte Gewinnausschüttung
 - b. Die Gewinnverlagerung (verdeckte Kapitaleinlage)
 - c. Die gewerbmässig nicht begründete Zuwendung an Dritte
- B. Grundgedanken zur zivil- und handelsrechtlichen Erfassung der Gewinnverschiebung
 - 1. Im allgemeinen
 - 2. Handelsrechtliche Irrelevanz der Person des Empfängers
 - 3. Handelsrechtliche Begriffsumschreibung
- 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 des Gewinnverzichtes
 - 5. Gewinnausschüttungen ohne ausschüttbaren Gewinn
 - 6. Die Bedeutung der Generalversammlung
- D. Zivil- und handelsrechtliche Folgen der Gewinnverlagerung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Bei einhundertprozentigen Tochtergesellschaften
 - 3. Mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaften und Dritte
- E. Der BGE vom 9. Mai 1995
- F. Schlussfolgerungen

A. Ausgangslage und Problemstellung

1. Allgemeines

Aktiengesellschaften können aus verschiedenen Motivationen heraus versucht sein, Gewinne nicht selber zu realisieren, sondern sie einer ihr verbundenen Person (einem

Aktionär oder einer Tochter- oder Schwestergesellschaft) zuzuhalten.

Im folgenden wird dabei für den Fall, dass Gewinne an einen Aktionär, also gleichsam "nach oben" verschoben werden, ohne dass die aktienrechtlichen Gewinnverteilungsvorschriften eingehalten würden, von *verdeckten Gewinnausschüttungen*¹ gesprochen; im Fall, wo Gewinne auf eine Tochtergesellschaft "nach unten"² "verlagert" werden, von einer *Gewinnverlagerung*. Beide Bereiche werden vorliegend unter dem Begriff der *Gewinnverschiebung* zusammengefasst.

Gewinnverschiebungen werden normalerweise primär aus der *steuerlichen Optik* heraus beleuchtet: Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung stammt ja auch aus

- 1 Vgl. aus der neuesten Rechtsprechung BGE in ASA 1994/5, 145 ff., 208 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 WERNER ALTDORFER, Verdeckte Gewinnausschüttungen und AHV, STh 1985, 72 ff.; LOUIS BOCHUD, Darlehen an Aktionäre, Diss. Bern 1991, 162 ff.; I. HENGELER, Verdeckte Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft, SAG 1941/2, 50 ff.; EUGEN ISLER, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften, SAG 1955/6, 57 ff.; ERNST KÄNZIG, Die direkte Bundessteuer, Basel 1992, N 73 ff. zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt; HEINZ MASSHARDT, Kommentar zur direkten Bundessteuer, Zürich 1985, N 24 ff. zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt; MARKUS R. NEUHAUS, Erfahrungen aus steuerlicher Sicht, STh 1994, 985 ff. 989 ff. und DERS., Die Besteuerung des Aktienwertes, Diss. ZH 1988, 88 ff.; DIETER L. PROBST, Die verdeckte Gewinnausschüttung im schweizerischen Handelsrecht, Diss. Bern (gedruckt Zürich) 1981, 2 ff., speziell 11; MARKUS REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 1985/6, 609 ff., 612 ff.; JACQUES-ANDRÉ REYMOND, Dividendes cachées et rendement des sociétés anonymes, SAG 1983, 14 ff.; JEAN-MARC RIVIER, Réflexions sur le prêt d'une société anonyme à son actionnaire, ASA 1985/6, 14 ff.; ERWIN SCHÄRRER, Von Kapitalanlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerrechtlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, ASA 1974/5, 273 ff., 290 ff.; CONRAD STOCKAR, Gewinnkorrektur zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 1985/6, 321 ff. Zur Rechtslage in Deutschland GEORG DÖLLERER, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen in Kapitalgesellschaften, 2. A. Heidelberg 1990, 24 ff.; JOACHIM LANGE, Verdeckte Gewinnausschüttungen, 6. A., Herne/Berlin 1993, 33 ff., 178 ff.
- 2 Analoges gilt, wo Gewinne an eine Schwestergesellschaft verlagert werden. Dieser Fall wird im folgenden aus Platzgründen nicht näher behandelt.

dem Steuerrecht,³ wobei der Gesetzgeber im Zuge der Revision des Aktienrechts versucht hat, mittels Art. 678 Abs. 2 OR solche Ausschüttungen auch zivilrechtlich zu erfassen.⁴

Typische solche Fälle sind etwa überhöhte Lohnzahlungen oder das Zurverfügungstellen von Luxuswagen an den Aktionär – in einem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid hielt eine Gesellschaft drei Ferrari, einen Porsche und einen Maserati, die allesamt vom Hauptaktionär und Familienmitgliedern gefahren wurden.⁵

Auch die Gewinnverlagerung wird primär im Steuerrecht behandelt,⁶ einerseits auf Stufe der empfangenden Tochtergesellschaft (dort primär unter dem Stichwort der – allenfalls verdeckten – Kapitaleinlage), andererseits aber auch auf Stufe der den Gewinn verschiebenden Gesellschaft, so in einem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:⁷

Die X AG Zürich, eine börsennotierte Holdinggesellschaft mit weltweit mehr als 50 Tochtergesellschaften, plante die Akquisition der ebenfalls kotierten englischen Gesellschaft Y AG. Nach ca. dreijähriger Evaluation wurde 1988 der Grundsatzentscheid zum Erwerb der Y AG vom Verwaltungsratsausschuss der X AG gefällt. Mit der Planung der Übernahme wurde H betraut, der seinerseits eine englische Investmentbank beizog.

Geplant war aus Gründen der Steuerkonsolidierung, den Erwerb über eine zu gründende englische Subholding abzuwickeln – aus Geheimhaltungsgründen wurden erste Aktienpakete aber über Z Inc., Panama erworben. Die Z Inc. beschäftigte 4 Geschäftsleitungsmitglieder und eine Büroangestellte – sie hatte Aktiven von US\$ 15 Mio. und war eine nichtkonsolidierte, 100%ige Tochtergesellschaft der X AG.

Die Z Inc. Erwerb in 20 Kaufgeschäften vorerst 14,9% des Kapitals der Y AG und – nachdem diese Transaktionen entsprechend dem englischen Recht offengelegt wurden – weitere Aktien. Der Gesamtkaufpreis von rund CHF 1 Mia. wurde mittels Darlehen von der X AG im Umfang von CHF 700 Mio., durch andere Gruppengesellschaften mit CHF 200 Mio. und durch Bankkredite von CHF 100 Mio. finanziert.

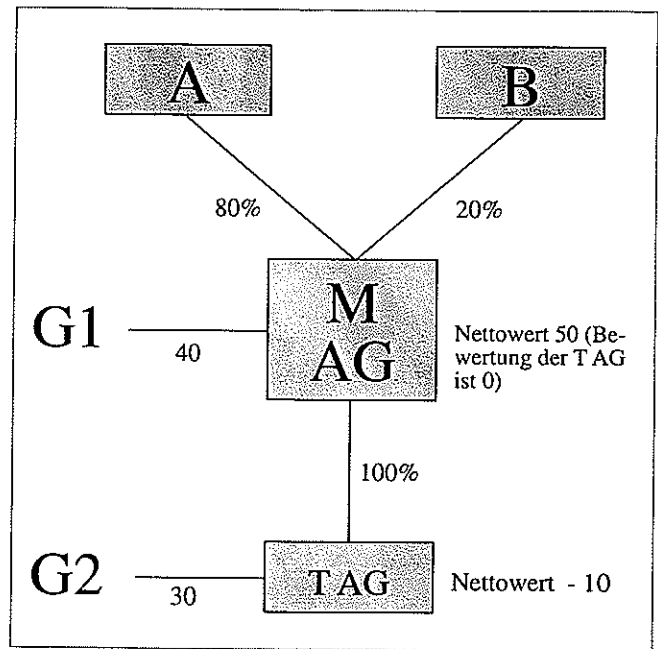
Nachdem die Übernahmeabsicht klar wurde, lancierte ein anderer Schweizer Konzern, die U AG, ebenfalls eine Übernahmeofferte für die Y AG. Die beiden Gesellschaften überboten sich gegenseitig in der Folge und die U AG war schliesslich erfolgreich. Die Z Inc. bot deshalb die von ihr erworbenen Aktien der U AG an und realisierte einen Gewinn von CHF 500 Mio., der in die Konzernrechnung einfluss.

Dieser Gewinn wurde vom Bundesgericht – entgegen einem Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich⁸ – dem steuerbaren Reinertrag der X AG hinzuge-rechnet.

2. Probleme der Gewinnverschiebung aus zivil- und handelsrechtlicher Sicht

Die zivil- und handelsrechtliche Betrachtungsweise hat eine doppelte Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang: einerseits sind Gewinnverschiebungen aus Sicht der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger problematisch, andererseits bildet das Zivilrecht wegen des Massgeblichkeitsprinzipes⁹ in steuerrechtlichen Fragen die Grundlage einer Besteuerung, ausser steuerliche Korrekturvorschriften würden Platz greifen.

Die zivilrechtliche Problematik von Gewinnverschiebungen kann an folgendem, in der Abbildung schematisch wiedergegebenen Sachverhalt dargestellt werden, der die Situation der M AG am Anfang eines Geschäftsjahres wiedergibt:



- 3 Vgl. zur gesamten Problematik auch ROLF WATTER, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: die zivil- und handelsrechtliche Sicht, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Publikation zur Kammertagung 1995, Zürich 1996 (erscheint demnächst). Teile dieses Artikel werden nachfolgend der einfacheren Leserlichkeit willen noch einmal wiedergegeben.
- 4 Vgl. Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (Separatdruck), 153. Vgl. zur Bedeutung dieser Norm für das Steuerrecht PETER GURTNER, Steuerfolgen des neuen Aktienrechts, STh 1992, 477 ff.; PETER 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, Basel 1994, N 12 ff. zu OR 678; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N 119 ff. § 50 und neuerdings G. STICCHI/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.
- 5 Vgl. BGE vom 22. Oktober 1992 in ASA 1994/5, 145 und StR 1995, 542.
- 6 Vgl. unten, A.4.b
- 7 Vgl. StE 1995, B.72.11 Nr. 3 und dazu auch XAVIER OBERSON, Jurisprudence récente de droit bancaire en matière administrative et fiscale, Journée 1995 de droit bancaire et financier, Bern 1995, 97 ff.
- 8 Deren Erwägungen sind in StE 1995, B.71.11 Nr. 3 wiedergegeben.
- 9 Vgl. statt vieler StE 1995, B.71.11 Nr. 3, h, Erw. 3a.

M AG hat einen Mehrheitsaktionär A, der auch ihren Verwaltungsrat beherrscht. Die M AG hat Gläubiger (mit G1 bezeichnet), die Guthaben von 40 haben, die T AG schuldet G2 total 30, hat aber nur noch einen Wert (ohne diese Schuld) von 20, bzw. einen Nettowert von (-10). Der Wert der M AG beträgt 50, wobei die Tochter in deren Bilanz mit 0 bewertet ist, da A gegen einen allfälligen Konkurs der Tochter nichts unternehmen würde.

Angenommen wird, die M AG könnte ein Geschäft realisieren, das ihr einen Nettogewinn von 30 einbringt, wobei dieses Geschäft das einzige der M AG im relevanten Geschäftsjahr ist und die laufenden Kosten von M AG 15/Jahr betragen, während T keine laufenden Kosten hat. Anhand dieser Ausgangslage lassen sich die zivilrechtlichen Folgen einer Gewinnverlagerung für Gläubiger und Minderheitsaktionäre folgendermassen analysieren:

Realisiert M den Gewinn von 30 selber, präsentiert sich die Lage der Beteiligten am Ende des Geschäftsjahres folgendermassen:

Der Nettowert der M AG beläuft sich auf 65 (50+30-15), T AG ist weiterhin überschuldet, der Minderheitsaktionär B profitiert rechnerisch mit 3 (20% des Mehrwertes von 15).

Erlaubt demgegenüber die M AG, dass A den Gewinn realisiert oder schüttet sie diesen verdeckt an A aus, verschlechtert sich die Position von B um 3 (20% des Minderwertes von 15) und diejenige von G1 um 5, da der Nettowert von M AG nun nur noch 35 beträgt. Die Situation von G2 wird durch eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht tangiert.

Entscheidet sich demgegenüber M AG, das Geschäft der T AG zuzuweisen, also einen Gewinn zu verlagern, ist die Situation die folgende: Der Nettowert der T AG beträgt nun 20, was die Situation von G2 um 10 verbessert (er kann nun mit einer vollen Rückzahlung seines Darlehens rechnen). Der Wert der M AG steigert sich um netto 5 auf 55 (Wert der T AG nun 20, abzüglich der 15 laufender Kosten), womit die Position von G1 unberührt bleibt (bzw. sich dann bessert, wenn der Mehrwert nicht ausgeschüttet wird), und B mit 1 profitiert.

Sowohl die Position der Gläubiger als auch diejenige des B, der bei einer "normalen Abwicklung" mit 3 und bei einer Gewinnverlagerung mit 1 profitiert, bei einer verdeckten Gewinnausschüttung an A aber um 3 schlechter als am Anfang dasteht, werden somit durch die Gewinnverschiebung tangiert.

3. Motive und Mittel für Gewinnverschiebungen

a. Bei verdeckten Gewinnausschüttungen

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

a. dass die Aktionäre Gelder von der AG beziehen wollen, aufgrund der bilanzrechtlichen oder statutarischen Vorschriften (Art. 660 Abs. 1 und Art. 675 Abs. 2, ferner Art. 674 in Verbindung mit 671 ff. OR, daneben Art. 729c OR) aber *kein Gewinn ausgeschüttet werden kann*;¹⁰

b. dass andere Aktionäre *benachteiligt* werden sollen, indem nur privilegierte Aktionäre von der Ausschüttung profitieren;¹¹

c. dass *Steuern gespart* werden sollen, indem Erträge unter Verkürzung von Ertragssteuern und oft auch unter Vermeidung von Verrechnungs- oder anderen Quellensteuern an den Aktionär ausgeschüttet werden;

Eine Spielart dieser Motivation sind Gewinnverschiebungen in *multinationalen*¹² *Konzernen*, wo vor allem mittels nicht marktkonformer Transferpreise versucht wird, Gewinne in steuergünstige Rechtskreise zu verschieben, beispielsweise an den Sitz der Muttergesellschaft.¹³

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, weil Käufer und Verkäufer wirtschaftlich verbunden sind.

b. Bei Gewinnverlagerungen

Die Motivation von Gewinnverlagerungen kann liegen

a. im *steuerlichen Bereich*, indem beispielsweise Gewinne bei der Tochter nur gering besteuert werden (etwa wegen Vorhandenseins eines Verlustvortrages oder wegen generell geringerer Steuerbelastung) und spätere Ausschüttungen dieses Gewinnes (wegen eines Holdingabzuges) bei der Muttergesellschaft nur in einem geringen Mass zu versteuern sind.

Denkbar hier ist insbesondere, dass ein lukratives Geschäft, das an sich der Muttergesellschaft zustehen würde, der Tochter zugewiesen wird. Möglich ist aber auch, dass der Tochtergesellschaft Güter und Dienstleistungen zu billig übertragen werden.

b. Ein anderer Grund für eine Gewinnverlagerung kann die *Entschuldung* einer Tochtergesellschaft oder deren *Aufkapitalisierung* mit Reserven sein.

c. Es sind weiter *betriebliche Gründe* denkbar, etwa, weil das Geschäft bei der Tochter wegen vorhandenen Kapazitäten besser abgewickelt werden kann.

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

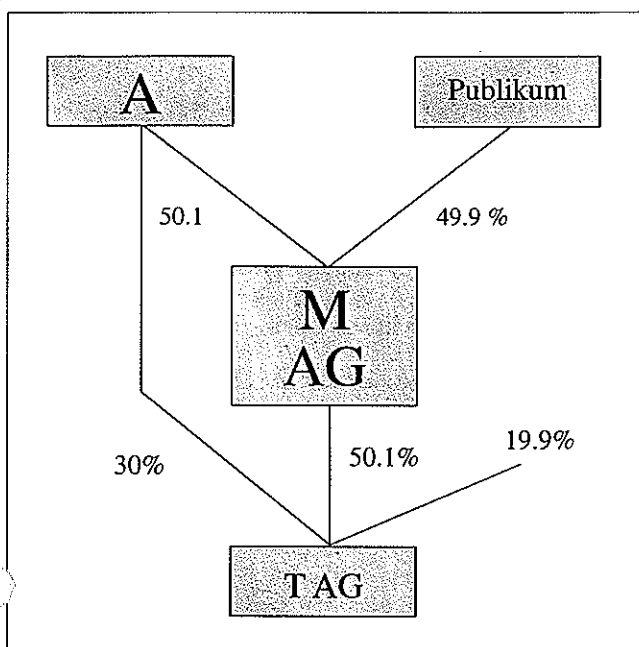
11 Bei der Ausschüttung an den Alleinaktionär ist dessen wirtschaftliche Lage nach der Ausschüttung identisch zur Lage vor der Ausschüttung: Dem ausgeschütteten Betrag steht nämlich eine Verminderung des Wertes seiner Aktien gegenüber.

12 Die Problematik ist im nationalen Bereich natürlich auch gegeben, wo kantonale Ertragssteuern von Gewinnverlagerungen betroffen sein können.

13 Vgl. generell zu den Transferpreisen und zu Verträgen zwischen verschiedenen Gliedern eines Konzerns LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1993, 115 ff. Nachdem der Schweizer Fiskus für diese Fragen (wenigstens im Moment noch) eher "on the receiving side" ist, von "falschen" Transferpreisen also profitiert, steht dieser Fall kaum im Blickpunkt des Interesses hiesiger Steuerbehörden.

d. Gewinnverlagerungen werden schliesslich zur *Bevorzugung* von Personen gemacht, die als Minderheitsaktionäre oder als Gewinnbeteiligte bei der Tochter an deren Gewinn partizipieren.

Darstellen lässt sich dies an der Graphik 2: A, der sowohl auf der Stufe der Mutter, als auch auf derjenigen der Tochter beteiligt ist, profitiert, wenn er ein Geschäft, das 30 einbringt, statt auf Ebene der Mutter, auf derjenigen der Tochter abwickelt, mit 1,5, da er bei Abwicklung über die Mutter 15 erhält (50.1% von 30), bei Abwicklung über die Tochter aber 16.5 (9 als Beteiligter an der Tochter, 7,5 als Beteiligter an der Mutter, da diese selber am Gewinn der Tochter mit 15 profitiert).



c. Vorgehensweisen

Betrachtet man die Mittel, mit denen Gewinne verschoben werden, so kann man zwei Typen unterscheiden: Im wichtigeren schliesst die AG (vertreten durch ihren Verwaltungsrat oder von diesem abhängige Personen) ein Rechtsgeschäft mit dem Begünstigten, dies entweder ohne dass dafür eine geschäftliche Rechtfertigung existieren würde, oder dann zu marktunüblichen Konditionen.

Zu denken ist im ersten Unterfall etwa an das unentgeltliche Zurverfügungstellen eines Privatwagens,¹⁴ an die Ausbezahlung von Beraterhonoraren, Spesenvergütungen oder Provisionen,¹⁵ an die Verbürgung einer privaten Schuld oder an das Zahlen von Prämien für private Versicherungsformen.¹⁶ 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.

Im zweiten Unterfall, also bei Geschäften, die in der Preisgestaltung der nahestehenden Person einen Vorteil

einräumen (gemischte Rechtsgeschäfte), existieren zwei Spielformen: (i) im ersten erwirbt die Gesellschaft von einer nahe stehenden Person eine Sache¹⁷ oder Leistung¹⁸ 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; (ii) nicht einmal die Abschreibungsproblematik stellt sich, wenn die Gesellschaft eine Sache zu billig an eine nahe stehende Person veräussert¹⁹ oder dieser eine Dienstleistung zu einem zu geringen Preis erbringt.

Eine andere Möglichkeit besteht darin, Gewinne, die an sich der AG zustehen würden, einer verbundenen Person zuzuweisen. In dieser Konstellation werden Erträge, die der Gesellschaft zustehen, bei dieser gar nie gebucht.²⁰ Im Gegensatz zur ersten Fallgruppe, wo namens der AG stets ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, besteht hier oft keine vertragliche Beziehung zwischen der AG und dem Begünstigten. Deshalb wird in dieser zweiten Konstellation, die im folgenden mit dem Stichwort "Gewinnverzicht" beschrieben wird (oft auch – aber meines Erachtens ungenau – als "Gewinnvorwegnahme" bezeichnet), ein anderer Rückforderungsmechanismus Patz greifen.

4. Die steuerliche Betrachtungsweise

a. Die verdeckte Gewinnausschüttung

Definiert wird die verdeckte Gewinnausschüttung im steuerlichen Bereich als (a) Leistung, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, welche (b) ein Mitglied der Gesellschaft²¹ begünstigt und anzunehmen ist,

14 KÄNZIG (FN 1), N 91 zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt.

15 KÄNZIG (FN 1), N 82 f. zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt.

16 KÄNZIG (FN 1), N 84 zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt.

17 Der Begriff der "Sache" ist hier natürlich in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch Immaterialgüterrechte, Beteiligungen etc. Vgl. hierzu KÄNZIG (FN 1), N 93 zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt.

18 Hierunter fallen etwa Dienstleistungen, aber auch Lizenzen, Darlehen, Pacht und Miete. Vgl. KÄNZIG (FN 1), N 85 zu Art. 49 Abs. 1 lit.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.

19 KÄNZIG (FN 1), N 96 ff. zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt.

20 Vgl. statt vieler NEUHAUS, Erfahrungen (FN 1), 89.

21 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 Abs. 1 lit.b aBdBSt) steht als Empfänger der Aktionär oder eine ihm nahestehende Person im Vordergrund (vgl. auch BGE in ASA 1994/5, 213, wo gesagt wird, dass als "Dritte" im Sinne von Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt "Leistungen an den Anteilsinhaber und ihm nahe stehende Personen" gelten); nach KÄNZIG [FN 1], N 77 ff. zu Art. 49 Abs. 1 lit.b aBdBSt liegt bei einer Leistung an einen Dritten gar keine verdeckte Gewinnausschüttung vor (vgl. aber auch N 104 daselbst). Anders etwa MASSHARDT (FN 1), N 24 zu

dass einem unbeteiligten Dritten eine solche Leistung nicht erbracht worden wäre, wobei (c) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Organe erkennbar gewesen ist.²² Unerheblich ist in der Regel, ob eine Steuerverkürzung *beabsichtigt* war oder nicht.²³

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. für die 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, Art. 14 VstG, 20 Abs. 1 VStV.²⁴

b. Freiwillige Zuwendungen an Dritte

Freiwillige Zuwendungen, also solche zu denen eine Unternehmung rechtlich nicht verpflichtet ist,²⁵ werden steuerlich folgendermassen behandelt: Erfolgen sie an Personen, die einem Aktionär nahestehen,²⁶ gelten die Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung (vgl. A.4.a), da durch eine solche Leistung indirekt auch der Aktionär bevorteilt wird.²⁷ Besteuert werden die Ausschüttungen beim Beteiligten (und nicht beim nahestehenden Dritten).²⁸ Je nach kantonalen Steuergesetzgebung ist der nahestehende Dritte für die erhaltene Zuwendung schenkungssteuerpflichtig.²⁹

Zuwendungen an Personen, die keinem Aktionär nahestehen, werden auf der Stufe der Gesellschaft entweder als *geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen* (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG) behandelt und dem Einkommen hinzugerechnet oder dann wird (häufiger) deren Kostencharakter anerkannt.³⁰ Auf Stufe des *begünstigten Dritten* stellen die Zuwendungen geldwerte Leistungen dar, die vom Dritten selber als Einkommen zu versteuern sind.³¹

c. Die Gewinnverlagerung (verdeckte Kapitaleinlage)

Die verdeckte Kapitaleinlage wird im steuerlichen Bereich definiert als (a) Leistung, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, mittels der (b) eine beherrschte juristische Person begünstigt wird und anzunehmen ist, dass einem unbeteiligten Dritten eine solche Leistung resp. Gegenleistung nicht erbracht worden wäre, wobei (c) die Differenz zwischen dem wirklichen Wert und dem Anrechnungswert des Rechtsgeschäftes buchmässig auf der Stufe der Tochter nicht ausgewiesen wird,³² letztlich aber eine wertmässige Zunahme des Wertes der Beteiligung bei der Mutter resultiert;³³ und (d) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Organe erkennbar gewesen ist.³⁴

Die *steuerlichen Folgen* der verdeckten Kapitaleinlage entsprechen im Grundsatz denjenigen der offenen Kapitaleinlage, d.h. sie werden auf Stufe der einlegenden Person und auf Stufe der empfangenden AG erfolgsneutral behandelt (Art. 60 lit. a DBG),³⁵ bei der Muttergesellschaft führen solche Zahlungen zu einer Erhöhung des Beteiligungs-

kontos.³⁶ Ob zusätzlich Ertragsteuern anfallen, hängt von der Art der Kapitaleinlage ab:

Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt. 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 Abs. 1 lit. b aBdBSt.

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

23 Vgl. KÄNZIG (FN 1), N 78 zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt; ferner daselbst N 77, wo es sogar als irrelevant bezeichnet wird, ob sich die Unternehmensleitung des Umstandes, dass sie Gewinne ausschüttet, bewusst ist.

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

25 KÄNZIG (FN 1), N 104 zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt.

26 Der Begriff des "nahestehenden Dritten" wird in Art. 20 Abs. 1 VStV im Zusammenhang mit der Umschreibung des Ertragsbegriffes explizit erwähnt und vom Bundesgericht (BGE und ASA 1976/77, 601) weit ausgelegt. Eine wirtschaftliche oder persönliche Verbindung zu einem Aktionär, die nach den gesamten Umständen als der eigentliche Grund für die Erbringung der ungewöhnlichen Leistung betrachtet werden muss, genügt, um eine Person als nahestehend zu bezeichnen, vgl. etwa MASSHARDT (FN 1), N 24 zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt.

27 Vgl. FN 21, ferner RUDOLF G. PROBST, Das Gesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. II, Basel/Frankfurt am Main 1995, N 15.1 zu Art. 58 DBG; F. CAGIANUT/E. HÖHN, Unternehmenssteuerrecht, 3. A., Bern 1993, 462 f.; MASSHARDT (FN 1), N 5 zu Art. 49 lit. b aBdBSt; NEUHAUS, Aktienrecht (FN 1) 96; vgl. REICH (FN 1), 621 f.

28 Vgl. BGE in ASA 1994/5, 151; MASSHARDT (FN 1), N 71 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c aBdBSt. Anders REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. II, Bern 1963, N 50 zu § 19 lit. c und d StG, wonach die begünstigten nahestehenden Dritten die verdeckten Zuwendungen als Beteiligungsertrag versteuern müssen.

29 Vgl. BGE in ASA 1994/5, 151.

30 KÄNZIG (FN 1), N 104 f. N 105 zu Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt. So handelt es sich bei Vergabungen an Vereine, an öffentliche oder gemeinnützige Institutionen und bei freiwilligen Zuwendungen an Vorsorgeeinrichtungen zugunsten des eigenen Personals meist um geschäftsmässig begründeten Aufwand, der dem steuerbaren Gewinn nicht zuzurechnen ist (vgl. Art. 59 Abs. 1 lit. b, c DBG).

31 BGE in ASA 1994/5, 151 f. Das Bundesgericht lehnt bei Zuwendungen an nicht nahestehende Dritte die Dreiecks-theorie ab und folgt der Meinung von MASSHARDT (FN 1), N 72 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c aBdBSt.

32 REICH (FN 1), 612; CAGIANUT/HÖHN (FN 27), 440. KÄNZIG (FN 1), N 66 zu Art. Art. 49 Abs. 1 lit. b aBdBSt.

33 Vgl. REICH (FN 1), 612, 625 mit Verweis auf PETER BÖCKLI, Die Transponierungstheorie, ASA 1978/9, 38 f.

34 Vgl. FN 22.

35 Vgl. CAGIANUT/HÖHN (FN 27), 442 f.; REICH (FN 1), 632.

36 Anders ist die Betrachtungsweise bei grenzüberschreitenden Kapitaleinlagen, BGE in ASA 1984/5, 278; REICH (FN 1), 630.

a. Wird Kapital eingelegt, indem die Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft überhöhte Preise (für Güter oder Dienstleistungen) bezahlt, realisiert die *Tochtergesellschaft* einen Gewinn im Umfang der Differenz zwischen Verkehrswert und Buchwert (oder Ertrag im Ausmass der wirklich erbrachten Leistung), während die Differenz zwischen Transaktionspreis und Verkehrswert als erfolgsneutrale Kapitaleinlage behandelt wird.³⁷ Bei der Muttergesellschaft ist der überhöhte Preis (der ja nicht aktiviert werden darf oder gegebenenfalls sofort abzuschreiben ist) als Erhöhung auf dem Beteiligungskonto zu verbuchen (und es ist gesondert zu prüfen, ob dieser Wert abgeschrieben werden kann).³⁸

Angenommen, die Muttergesellschaft kaufe von der Tochtergesellschaft eine Maschine, die einen Buchwert von 40 und einen Verkehrswert von 50 hat, für 80. Der steuerpflichtige Gewinn der *Tochtergesellschaft* beträgt dann 10 (Differenz Verkehrswert zu Buchwert), 30 stellen eine Kapitaleinlage dar. Die Muttergesellschaft verbucht die Maschine zu 50 und erhöht das Beteiligungskonto um 30.

b. Erfolgt eine verdeckte Kapitaleinlage in der Form eines *Gewinnverzichts* bzw. eines unterpreislichen Verkaufes durch die Muttergesellschaft, ist die Rechtslage umstritten. Nach der herrschenden Ansicht ist hier auf den Buchwert abzustellen,³⁹ da der Gewinnverzicht lediglich einen stillen Mehrwert auf der Beteiligung bewirkt, der nicht als echter Zufluss eines Vermögenswertes betrachtet werden kann.⁴⁰

Verkauft die Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft Maschinen zum Buchwert von 20, obwohl sie einen Verkehrswert von 30 haben, bucht die Tochtergesellschaft den Kauf zu 20 (realisiert also keinen Gewinn) und erhält eine Kapitalanlage von 10, auf dem Beteiligungskonto der *Muttergesellschaft* entsteht ein stiller Mehrwert von 10 (der die bisherigen stillen Reserven auf den Maschinen ersetzt).

Weitere Steuerfolge der verdeckten Kapitaleinlage ist die Erhebung der *Emissionsabgabe* bei der begünstigten Tochtergesellschaft.⁴¹

B. Grundgedanken zur zivil- und handelsrechtlichen Erfassung der Gewinnverschiebung

1. Im allgemeinen

In allen Konstellationen von Gewinnverschiebungen stören sich die Betroffenen (und mit ihnen auch der Fiskus) daran, dass die der Gesellschaft zur Verfügung stehenden Mittel verkürzt werden, bzw. Gewinnchancen nicht von der AG selber genutzt werden. Im Gegensatz zur Bildung stiller Reserven, die vom Gesetzgeber (leider immer noch) geduldet werden,⁴² werden die entsprechenden Mittel nämlich nicht nur nicht ausgewiesen, sondern der Gesellschaft auch entzogen. Bei der verdeckten Gewinnausschüttung ist der Entzug ein dauernder, bei der Gewinnverlagerung meist nur vorübergehend.

2. Handelsrechtliche Irrelevanz der Person des Empfängers

Wie schon erwähnt, betrachtet das Steuerrecht oft nur Leistungen an den *Aktionär* oder *eine ihm nahe stehende Person* als verdeckte Gewinnausschüttung, ja knüpft seine Überlegungen meist direkt an dieser persönlichen Eigenschaft des Empfängers an.⁴³ Analoges gilt für Gewinnverlagerungen, wo praktisch nur vollständig beherrschte Konzerngesellschaften als potentielle Empfänger betrachtet werden.

Demgegenüber ist aus handelsrechtlicher Sicht – unter Berücksichtigung des Umstandes, dass hier die Fälle wichtig sind, wo durch die Gewinnverlagerung 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, eine nicht vollständig beherrschte Tochtergesellschaft oder ein beliebiger Dritter* von der Gewinnverschiebung profitiert.⁴⁴

Eine Ausnahme besteht nur bei der 100%igen Tochtergesellschaft – Gewinnverlagerungen auf diese führen (den Ausnahmefall deren Überschuldung vorbehalten) zu keinem Schaden der Gläubiger oder Minderheitsaktionäre.

Aus dem Blickwinkel des Handelsrechts ist bei einer Betrachtung von Gewinnverschiebungen und der darin involvierten Personen daher nicht der Empfänger typisierend, sondern der Umstand, dass *eine die AG kontrollierende Person* oder Personengruppe Mittel auf eine Art verschiebt, die den Interessen dieser AG (und damit der Gesamtheit ihrer Aktionäre) zuwiderläuft. Diese kontrol-

37 CAGIANUT/HÖHN (FN 27), 444.

38 REICH (FN 1), 626.

39 Vgl. REICH (FN 1), 628 ff.; BGE in StE 1995, B. 72.11.

40 REICH (FN 1), 629; anderer Meinung CAGIANUT/HÖHN (FN 27) 443, wonach die Beteiligte einen Gewinn im Umfang der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Buchwert der Leistung realisiert. CAGIANUT/HÖHN folgen hier der früheren Ansicht von REICH (Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983, 201), gemäss der die Handelsbilanz steuerlich zu korrigieren ist, indem die stillen Reserven erfolgswirksam zu Lasten des Beteiligungskontos aufgelöst werden.

41 Art. 5 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art 8 Abs. 1 lit. b BG über die Stempelabgaben, dies zu einem Satz von 2%.

42 Anzufügen 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.

43 Vgl. FN 21 oben.

44 Selbstverständlich nimmt aber auch das Handelsrecht zur Kenntnis, dass die Gefahr, dass auf eine verbundene Person Gelder verschoben werden, viel grösser ist, als die Ausschüttung an einen unabhängigen Dritten. Nach dem hier vertretenen System muss sich das handelnde Organ speziell bei Geschäften mit ihm nahe stehenden Personen fragen, ob es zu diesen ermächtigt ist, vgl. C.2 unten.

lierenden Personen (im folgenden "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 A.3.c oben), für deren Abschluss seitens der Gesellschaft eben deren Verwaltungsrat verantwortlich ist.

3. Handelsrechtliche Begriffsumschreibung

Will man den Versuch einer handelsrechtlichen Definition des Begriffes der "Gewinnverschiebung" machen, sind nach dem Gesagten *folgende Elemente* zentral:⁴⁵

- a. Ein vom *Kontrollinhaber veranlasster*⁴⁶ *Vermögensabgang* (oder ein von ihm unterbundener Vermögenszugang⁴⁷) bei einer AG,⁴⁸ wobei sich dieser Vermögensabgang als Differenz zwischen dem Vermögen der Gesellschaft mit und demjenigen ohne die fragliche Transaktion bestimmen lässt. Der Vermögensabgang tritt oft dadurch ein, dass der rechtsgeschäftlich vereinbarten Leistung der Gesellschaft keine adäquate Gegenleistung des Leistungsempfängers gegenübersteht, oder indem die Gesellschaft ein ihr zustehendes, gewinnbringendes Geschäft einer Person zuweist.
- b. Fehlendes Interesse dieser AG am Vermögensabgang, bzw. keine Rechtfertigung durch einen (allenfalls später sich realisierenden) Nutzen.

Wie noch näher zu zeigen sein wird, muss der Massstab zivilrechtlich in der Frage bestehen, ob die handelnden Personen nach Treu und Glauben annehmen durften, 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 Gratisbillette⁴⁹ 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 interessenwidriger Vermögensabgang vor.

- c. Diesem Vermögensabgang steht auf Seite des Empfängers, der in aller Regel dem Kontrollinhaber nahe steht, ein *Vermögenszugang* gegenüber, wobei die – den Interessen der AG zuwiderlaufende – Vermögensverschiebung ihren Grund im nahen Verhältnis zwischen dem Kontrollinhaber und dem Empfänger hat.⁵⁰

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 Gewinnverlagerung aus der Sicht der Gläu-

biger oder der Minderheitsaktionäre nicht weniger störend als eine verdeckte Ausschüttung an den Kontrollinhaber selber – auch sie ist also analog zu den Regeln über die Gewinnverlagerung zu erfassen.⁵¹

C. Zivil- und handelsrechtliche Rechtsfolgen von verdeckten Gewinnausschüttungen

1. Übersicht

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

- a. Aus *Gläubigersicht* ist relevant, ob die Gesellschaft im Grundsatz über ausschüttbare Mittel verfügt⁵² und ob die Bilanz durch die Transaktion nicht verfälscht wird, was

45 Vgl. auch die handelsrechtliche Begriffsumschreibung bei PROBST (FN 1), 11.

46 Entgegen der von KÄNZIG (vgl. das Zitat in FN 23) vertretenen Ansicht muss zivilrechtlich ein Bewusstsein des Kontrollinhabers, dass er Gewinnverlagerungen vornimmt, gefordert werden, vgl. auch C.2 unten. Wie hier VwGr ZH in Zbl. 78, 87.

47 Vgl. BOCHUD (FN 1), 162 ff.; dieser Sachverhalt wird hier als "Gewinnverzicht" bezeichnet, vgl. A.3c oben.

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

49 Vgl. zu dieser Frage auch BOCHUD (FN 1), 163 FN 195.

50 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 Gewinnverlagerungen des Kontrollinhabers, also auch des Verwaltungsrates, betrachtet werden: Bei letzterem kann aber oft kein Beteiligungsvertrag vorliegen, da er gar nicht Aktionär zu sein braucht.

51 Das Steuerrecht behilft sich in solchen Situationen oft mit einer Dreieckstheorie, 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 DÖLLERER (FN 1), 56 ff.

52 Vgl. zu diesem Aspekt C.5 unten und PETER 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-NEUHAUS, N 29 ff. zu OR 671 Basel 1994, mit einer Darstellung der Argumente pro und contra einer Ausschüttbarkeit des Agio; unentschieden FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), N 22 § 50.

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.

b. Unabhängig davon gilt aus der Sicht der *Minderheitsaktionäre*,⁵³ dass ihnen jede Art von Gewinnausschüttung (die nicht proportional zum Aktienbesitz erfolgt), missfallen muss, weil dadurch ihr Dividendenanspruch und ihr Anteil an der Substanz des Unternehmens verringert wird.

Wie schon ausgeführt worden ist, ist es charakteristisch für Gewinnausschüttungen, dass – abgesehen vom Fall des Gewinnverzichtes – *Rechtsgeschäfte* zwischen der Gesellschaft (agierend entweder durch den Verwaltungsrat oder von ihm abhängige Personen) auf der einen und (meist) dem Kontrollinhaber oder einem ihm nahestehenden Dritten auf der anderen Seite abgeschlossen werden, mithin an beiden "Enden" des Rechtsgeschäftes 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 Gewinnausschüttungen enthält, aber einen etwas anderen Anwendungsbereich beschlägt. Zu analysieren ist sodann der Fall des Gewinnverzichtes. 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 Bundesgerichtes im Bereich des *Selbstkontrahierens* ist uneinheitlich. Teilweise wurde das Selbstkontrahieren für nichtig erklärt⁵⁴, teilweise wenigstens dort erlaubt, wo Marktpreise sicherstellen, dass eine Übervorteilung des Vertretenen ausgeschlossen ist.⁵⁵

Ein Teil der Lehre, vertreten u.a. durch den Autor dieses Artikels,⁵⁶ ist der Ansicht, dass für die rechtliche Erfassung des Selbstkontrahierens zuerst abgeklärt 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 nahe stehenden Person – abzuschliessen.⁵⁷ 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). 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 Vermögensabganges und zur Begünstigung einer nahe stehenden 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 (dazu C.6 unten) der Aktionäre hinter sich weiss (und zusätzlich nicht gegen eine Ausschüttungssperre verstossen wird).

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 bewegen;
- der Kontrollinhaber darf von ihm nahestehenden Personen keine Güter oder Dienstleistungen zu überhöhten Preisen beziehen, ausser er wüsste die gesamte Aktionariat hinter sich. Desgleichen 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, die Dienstleistung einer Konzernmutter oder einer Schwestergesellschaft zu einem objektiv zu günstigen Preis zu erbringen;

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

54 BGE 106 Ib 148 (mit weiteren Verweisen), wonach "in der Regel" Nichtigkeit vorliege.

55 BGE 93 II 481.

56 Vgl. ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. "Missbrauch der Vertretungsmacht", Diss. ZH 1985, N 59, 106, 195; in OR-WATTER, N 6 ff. zu OR 718a und generell daselbst in N 19 zu OR 33, Basel 1994, jeweils mit Verweisen.

57 Vgl. OR-WATTER, N 6 und 13 zu OR 718a, Basel 1994. Zu dieser Annahme ist das Organ etwa berechtigt, wenn wegen des Vorhandenseins von Marktpreisen eine Übervorteilung der vertretenen Gesellschaft ausgeschlossen ist. Vermutungsweise 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 die Zweckgrenze nur als Schranke gegen gewisse Arten von Geschäften verstanden wird, vgl. OR-WATTER, N 4 zu OR 718a Basel 1994 (a.M. insb. HANDSCHIN [FN 13], 102 ff., 120 ff., der die Vertretungsmacht unter Zwecküberlegungen behandelt).

- der Verwaltungsrat einer Gesellschaft, 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,⁵⁸ wogegen dieser Aspekt beim Eigengeschäft (dem sogenannten "materiellen Selbstkontrahieren") genau zu untersuchen ist.⁵⁹

Oft 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 entgegengenommen 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, nach Art. 754 OR ersatzpflichtig.

Kommt der Vertrag auch nicht dank des Gutgläubensschutzes zustande, ist schliesslich noch abzuklären, ob die Gesellschaft das Handeln des vollmachtlosen Organs in analoger Anwendung von Art. 38 OR allenfalls nachträglich *genehmigt* hat.⁶⁰

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

- Der Empfänger erwirbt kein Eigentum an von der AG veräusserten 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).⁶¹
- Geldleistungen kann die AG demgegenüber nur nach Bereicherungsrecht herausverlangen. Sie ist dabei an die kurzen Verjährungsfristen von Art. 67 OR gebunden.⁶² 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.
- 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 kontrahiert hat.⁶³

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" angeordnet hat, soweit "diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung" und "zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens"⁶⁴ stehen.⁶⁵ 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 der Gläubiger im Konkurs der AG sich 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 dass 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

58 OR-WATTER, N 12 zu OR 718a, Basel 1994. Gemeint ist mit "eigentlichem Selbstkontrahieren" Personenidentität zwischen Kontrollinhaber und Vertragspartner.

59 Vgl. neuestens BGE 120 II 23 ff., 27 ("Mövenpick") zum Sorgfaltsmassstab.

60 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.

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

62 M.E. steht Art. 63 OR der Geltendmachung eines Bereicherungsanspruches 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 ungetreu 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 115 II 28 ff. Ebenfalls nicht anwendbar ist Art. 66 OR.

63 Vgl. BGE 121 III 176 f.

64 Dieses Element ist sinnwidrig; die Lehre postuliert denn auch, es entweder gar nicht zu beachten (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1429) oder es im Sinne einer spürbaren Auswirkung zu verstehen (OR-KURER, N 16 zu OR 678, Basel 1994).

65 Vgl. generell OR-KURER, N 12 ff. zu OR 678, Basel 1994.

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 – bei nicht offensichtlichem Missverhältnis in aller Regel ein Fall des Gutgläubensschutzes vorliegen, womit sich die beiden Betrachtungsweisen im Ergebnis wieder annähern.

M.E. gelten beide Normengefüge *nebeneinander*: Der Aspekt des Selbstkontrahierens bzw. des Eigengeschäftes ist unter erleichterten Bedingungen anwendbar, dafür gelten dort kürzere Verjährungsfristen, und es kann der Minderheitsaktionär gegen den Empfänger keine Klage erheben.⁶⁶ Ist das Missverhältnis "offensichtlich" im Sinne von Art. 678 OR, hat auch der Aktionär einen Klageanspruch. Sodann sind die Rückforderungsfristen erheblich länger.

4. Die Behandlung des Gewinnverzichtes

Wenn Aktionäre sich Erträge der AG aneignen, indem sie Geschäfte tätigen, die eigentlich der AG zustehen bzw. zu Erträgen bei dieser hätten führen sollen (Gewinnverzicht, vgl. A.3c), 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 sogenannten Geschäftsführer herauszuverlangen,⁶⁷ wobei die Ansprüche der AG innert einem Jahr verjähren.⁶⁸ Diese Norm ist – nach allerdings umstrittener und hier abgelehnter Ansicht – auch anwendbar, wenn der Geschäftsführer gutgläubig war, sich also nicht bewusst war, dass er ein Geschäft abwickelte, das eigentlich der AG zustand.⁶⁹ Liegt Bösgläubigkeit vor, hat die AG nach herrschender Ansicht ferner einen Anspruch aus Art. 678 Abs. 1 OR, der erst in fünf Jahren verjährt;⁷⁰ wiederum hat bei der Geltendmachung dieser Norm auch der (Minderheits-)Aktionär einen selbständigen Klageanspruch.

5. Gewinnausschüttungen ohne ausschüttbaren Gewinn

Werden mit der verdeckten Gewinnausschüttung die Ausschüttungssperren der Art. 675 ff. OR umgangen⁷¹, sieht Art. 678 Abs. 1 OR eine Rückerstattungspflicht des bösgläubigen Empfängers vor. Aus dieser Norm folgt, dass aus der blossen Tatsache, dass Gelder an nahe stehende Personen "verschoben" werden, obwohl kein ausschüttbarer Gewinn besteht, *keine Nichtigkeit* folgt, da es ja ansonsten nicht angebracht wäre, die Rückforderung auf 5 Jahre zu beschränken (Art. 678 Abs. 4 OR).

Nichtig ist hingegen der *GV-Beschluss*, der trotz fehlendem ausschüttbarem Gewinn eine offene Ausschüttung

sanktioniert oder das Organ zu einer Handlung ermächtigt (oder diese genehmigt), die eine verdeckte Ausschüttung darstellt.⁷² 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 6 Monaten (nach der am 1.1.1997 in Kraft tretenden Revision: innert einem Jahr) vor der Konkursöffnung 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 Verwirklichungsfrist (Art. 292 SchKG bzw. Art. 288 rev. SchKG) –, 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.

6. Die Bedeutung der Generalversammlung

Bereits bei der Behandlung des Aspektes des Selbstkontrahierens (Ziff. C.2) wurde festgehalten, dass das handelnde

- 66 Möglich ist ihm einzig, gegen den untätigen Verwaltungsrat auf Ersatz nach Art. 754 OR zu klagen.
- 67 Vgl. zum Verhältnis dieses Anspruches zum Bereicherungsrecht OR-WEBER, N 9 ff. zu OR 423, Basel 1992. Vgl. auch neuerdings MARKUS NIETLISPACH, 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.
- 68 OR-WEBER, N 17 zu OR 423, Basel 1992.
- 69 Vgl. die Gegenüberstellung der Meinungen bei OR-WEBER, N 8 zu OR 423, Basel 1992.
- 70 BÖCKLI (FN 64), N 1430; OR-KURER, N 9 zu OR 678, Basel 1994.
- 71 M.E. ist das Wort "ungerechtfertigt" in diesem Sinne zu verstehen; das blosses Nichterfolgen eines Generalversammlungsbeschlusses bei der verdeckten Gewinnausschüttung (samt Fehlen des Revisionsberichtes) macht für sich die Gewinnverlagerung nicht "ungerechtfertigt" nach Abs. 1, da Abs. 2 dann obsolet würde.
- 72 BÖCKLI (FN 64), 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.

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.⁷³

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.⁷⁴

Offen bleibt, ob ein *förmlicher, zu protokollierender Beschluss* nötig ist, der für die Aufhebung der Gewinnstrebigkeit allenfalls sogar öffentlich zu beurkunden wäre,⁷⁵ oder ob ein informeller Beschluss bzw. eine wie auch immer geartete (aber unzweideutige) Willensäusserung des Aktionariates ausreichend ist.⁷⁶

M.E. sollte eine *unzweideutige Willensäusserung* des gesamten Aktionariates, die auch informell erfolgen kann, genügen. Praktisch denkbar ist eine solche formlose unzweideutige Willenserklärung sowieso nur in der Einmann-AG und in der Konzerntochter,⁷⁷ wo argumentiert werden kann, es könne dort zu jedem beliebigen Zeitpunkt eine Universalversammlung stattfinden. Die mangelnde 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.⁷⁸ 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 der Gesellschaft gegenüber haftbar wird.⁷⁹

Es ist lebensfremd, vom Verwaltungsrat einer Schweizer Konzerntochter zu verlangen, dass die ausländische Konzernmutter die Transferpreise noch einmal mittels förmlichem Generalversammlungsbeschluss 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 Gewinnverlagerung keine frei ausschüttbaren Mittel zur Verfügung stehen, wohl aber *Agio*, in einem Art. 671 Abs. 3 OR übersteigenden Betrag: Hier ist zu fordern, dass sich die Generalversammlung förmlich äussert, da ein Bilanzposten umqualifiziert wird.⁸⁰ 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.

-
- 73 M.E. steht dieser Aussage 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 insb. HANDSCHIN (FN 13), 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 57.
- 74 Das gesamte Aktionariat kann natürlich auch eine Gruppe von Geschäften, beispielsweise Geschäfte mit der Konzernmutter, von der Pflicht zur Gewinnstrebigkeit ausnehmen.
- 75 Zumindest materiell wird ja der Zweck einer Gesellschaft geändert, was an sich auch nach einer formellen Korrektur der Statuten rufen würde.
- 76 Hierzu BOCHUD (FN 1), 167 ff., 194 f.; sehr kritisch zum "geheimen Ausschüttungsbeschluss" BÖCKLI (FN 64), N 1417; vgl. ferner HANSJÖRG GRAF, Verträge zwischen Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1988, 174, der nur einen ausdrücklichen Beschluss sieht, den Vertrag, der zulasten der Gesellschaft abgeschlossen wird, ansonsten (m.E. zu Unrecht) als nichtig betrachtet.
- 77 Zwar halten hier jeweils neben der Konzernmutter auch Verwaltungsräte Aktien (wegen Art. 707 I Abs. 1 OR), wobei in der Praxis aber stets Treuhandverträge zwischen diesen Verwaltungsräten und der Konzernmutter bestehen, die erstere zur Befolgung von Weisungen zwingt.
- 78 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.
- 79 Vgl. mit einem anderen Ansatz allerdings BÖCKLI (FN 64), N 1637 f., ferner allgemein zum (fehlenden) Konzernrecht N 1579h ff. daselbst und – rechtsvergleichend – §§ 291 ff. des deutschen AktG.
- 80 Vgl. hierzu FN 52 und zu dieser Auseinandersetzung OR-NEUHAUS, N 28 ff., speziell 36 zu OR 671, Basel 1994; BÖCKLI (FN 64), N 1414b f. Nach der hier vertretenen Meinung gilt also ein Mittelweg zwischen der strengen Haltung BÖCKLIS und der liberalen von NEUHAUS (und anderer Autoren), die das Agio direkt als allgemeine Reserve behandeln, bzw. wenigstens eine solche Qualifizierung nach Abnahme der ersten Rechnung annehmen.

D. Zivil- und handelsrechtliche Folgen der Gewinnverlagerung

1. Allgemeines

Analog zur Lage bei der verdeckten Gewinnausschüttung ist die Lage bei der Gewinnverlagerung aus dem Gesichtswinkel des Gläubigers und des Minderheitsaktionärs zu betrachten:

Beide Gruppen können sich dabei nicht an einer Gewinnverlagerung auf die Tochtergesellschaft stören, falls diese (i) von der fraglichen AG 100%ig beherrscht und (ii) nicht überschuldet ist.⁸¹ Die Gewinnverlagerung auf die vollbeherrschte Tochter führt nämlich nur zu einem vermeintlichen Vermögensabgang bei der Mutter, stehen doch dem Abgang eine – wegen des dortigen "Vermögenszuganges" – höhere Bewertung der Beteiligung an der Tochter gegenüber; entsprechend entsteht in dieser Konstellation bei einer konsolidierten Betrachtungsweise dem Konzern auch kein Verlust.

Immerhin ist aus der Sicht des Minderheitsaktionärs zu bemerken, dass sich bei einer Gewinnverlagerung die für die Gewinnausschüttung relevante statutarische Bilanz schlechter präsentiert als die konsolidierte, wird eine Höherbewertung der Beteiligung doch in aller Regel nicht erfolgen, ja gar nicht möglich sein, womit sich der statutarische Abschluss bis zur Ausschüttung des Gewinnes der Tochter an die Mutter schlechter präsentiert; nachdem aber unser Recht dem Verwaltungsrat erlaubt, mit praktisch ähnlicher Wirkung stille Reserven zu schaffen, muss dieser Aspekt belanglos sein, dies umso mehr, als der Minderheitsaktionär natürlich kein Anrecht auf Ausschüttung eines Gewinnes hat.

Umgekehrt werden sich beide Gruppen an einer Gewinnverlagerung an eine nicht vollständig beherrschte Tochter stören, da hier dem direkten Vermögensabgang nur eine der kapitalmässigen Beherrschungsquote entsprechende Höherbewertung des Beteiligungswertes gegenübersteht. Analog zur Rechtslage bei der verdeckten Gewinnausschüttung haben aber Gläubiger in dieser Konstellation nur dann eine geschützte Rechtsposition, falls in der fraglichen AG keine ausschüttbaren Mittel zur Verfügung stehen, da sie – bei Vorhandensein solcher Mittel – stets mit einem Vermögensabgang rechnen müssen.

2. Bei einhundertprozentigen Tochtergesellschaften

Sind Gewinnverlagerungen an vollständig beherrschte Tochtergesellschaften in aller Regel unbedenklich, kann das handelnde Organ davon ausgehen, es sei zur fraglichen Handlung ermächtigt, falls eine geschäftliche Rechtfertigung für die Gewinnverlagerung besteht.

Diese Rechtfertigung kann durchaus in steuerlichen Motiven begründet sein, oder im Bemühen, die Tochter zu sanieren. Ohne weiteres zulässig sind natürlich auch Fälle, wo beispielsweise aus Geheimhaltungsgründen eine Tochter eingeschaltet wird, oder diese über die Abwicklung eines konkreten Geschäftes nötige Infrastruktur verfügt.

Eine Ermächtigung darf die handelnde Person dagegen nicht annehmen, wenn sie eine Gewinnverlagerung nur deshalb vornimmt, weil sie bei der Tochtergesellschaft beispielsweise als Arbeitnehmer gewinnbeteiligt ist.

Einer speziellen Rechtfertigung bedarf es bei der überschuldeten Tochtergesellschaft, da hier die handelnden Organe wissen müssen, dass die Gewinnverlagerung im Grundsatz Interessen der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre tangieren kann. Dürfen aber die handelnden Personen in guten Treuen annehmen, dass es im langfristigen Interesse der AG liegt, ihre Tochter keinem Konkurs auszusetzen, sind sie zur Gewinnverlagerung ermächtigt, die Gewinnverlagerung ist damit (erfolge sie in der Form des Rechtsgeschäftes oder der Zuweisung eines lukrativen Geschäftes) zivilrechtlich gültig.

3. Mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaften und Dritte

Bei der nur mehrheitlich beherrschten Tochtergesellschaft und Gewinnverschiebungen ("gewerbsmässig nicht begründete Zahlungen") an verbundene Dritte gilt das zur verdeckten Gewinnausschüttung Gesagte analog.

Zu untersuchen ist damit zunächst, ob das handelnde Organ in guten Treuen davon ausgehen durfte, es sei zum fraglichen Geschäft ermächtigt (vgl. C.2). Ist dies nicht der Fall, ist nach dem allfällig spielenden Gutgläubensschutz des Empfängers zu fragen; sind die Voraussetzungen dafür nicht gegeben, ist noch die Frage der Genehmigung der Generalversammlung zu überprüfen.

Verfügt die AG (im Ausmass des Betrages, den sie wegen der Beteiligung Dritter "verliert") über keine ausschüttbaren Reserven, gelten ebenfalls die Ausführungen zur verdeckten Gewinnausschüttung; auch betreffend der Rückforderung der erbrachten Leistungen kann auf lit. C. oben verwiesen werden.

E. Der BGE vom 9. Mai 1995

Diesem Entscheid der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes lag der eingangs (A.1) geschilderte Sachverhalt zugrunde. Das Bundesgericht entschied, dass der Gewinn von 500 Mio. Franken der Muttergesellschaft zuzurechnen sei, da die panamesische Tochtergesellschaft in einem Auftragsverhältnis für die Mutter tätig gewesen und damit dieser gegenüber ablieferungspflichtig sei. Damit sei der Gewinn der Tochter bei der Mutter als Ertrag zu verbuchen.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist dieser Entscheid zu kritisieren: Betrachtet man rein zivilrechtlich das Verhältnis zwischen der Mutter und der Tochter, so ist

⁸¹ Dass letzterer Aspekt relevant ist, folgt aus dem in lit. A.2 einleitend geschilderten Beispielfall.

zunächst einmal offensichtlich, dass die Parteien eben gerade kein Auftragsverhältnis zwischen Mutter und Tochter begründen wollten und schon gar keine Ablieferungspflicht. Zivilrechtlich kann man aber kein Vertragsverhältnis annehmen, wenn die Parteien keines wollten. Vorliegend haben die Parteien vielmehr eine Gewinnverlagerung gemacht, dies begründet mit Geheimhaltungs- und allenfalls auch mit Steuereinsparungsüberlegungen. Dass letztere für eine Gewinnverlagerung an eine 100%ige Tochter zu anerkennende Rechtfertigungsgründe sind, wurde oben (D.2) aufgezeigt, ebenso, dass damit rein zivilrechtlich betrachtet keine Forderung der Mutter gegen die Tochter besteht.

Nur nebenbei sei vermerkt, dass sich das Bundesgericht auch in der internationalprivatrechtlichen Betrachtung aufs Glatteis begibt: Wenn schon ein Auftrag vorliegen würde, wäre dieser nach panamesischem Recht zu beurteilen, Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG. Das Bundesgericht führt hier folgendes aus: "Die Beschwerdegegnerin macht nicht geltend, aus dem Zivilrecht Panamas ... folge, dass die panamesische Tochtergesellschaft nicht verpflichtet sei, den Gewinn herauszugeben. Eine solche Abmachung widerspräche auch dem Grundsatz des dealing at arm's length und könnte jedenfalls im internationalen Verhältnis nicht anerkannt werden. Es ist deshalb von der Ordnung auszugehen, die das schweizerische Recht aufstellt." Das Bundesgericht geht also in einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise von einer Art "ordre public" der Ablieferungspflicht aus, den es allerdings anwendet, ohne das panamesische Recht überhaupt zu prüfen.

Welche Rechtsunsicherheit mit der vom Bundesgericht geschaffenen Theorie entsteht, wird sich zeigen, wenn das erste Mal ein ausländischer Fiskus (oder beispielsweise eine ausländische Konkursmasse) sich auf den Standpunkt stellt, Schweizer Konzerntöchter handelten bei lukrativen Geschäften stets im Auftrag der ausländischen Mutter und hätten damit ihre Gewinne direkt im Sitzland der Mutter zu versteuern, bzw. an die Konkursmasse auszuliefern.

Mit den vorstehenden Bemerkungen soll nur die Begründung des Entscheides des Bundesgerichtes kritisiert werden, das für einen komplexen steuerrechtlichen Sachverhalt eine zivilrechtliche Abstützung suchte und dabei in einer Sackgasse einbog. Ob eine Betrachtungsweise unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten – beispielsweise unter der Annahme einer faktischen Zweigniederlassung der panamesischen Gesellschaft in der Schweiz oder einer Steuerumgehung – zum gleichen Resultat geführt hätte, muss hier offenbleiben; die ebenfalls publizierten Begründungen der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich lassen allerdings zweifeln, dass sich aus steuerlicher Begründung eine Aufrechnung hätte rechtfertigen lassen.

F. Schlussfolgerungen

1. Das Handelsrecht muss sich im Bereich der Gewinnverschiebung vor allem mit dem *Gläubiger- und Minderheitenschutz* auseinandersetzen; dabei muss es Transaktionen mit allen Arten von Dritten betrachten, da alle

Zuwendungen an Aussenstehende dieselben negativen Wirkungen für Gläubiger und Minderheitsaktionäre haben wie Gewinnausschüttungen an Aktionäre oder Gewinnverlagerungen auf nur teilweise beherrschte Tochtergesellschaften. Auch das Steuerrecht sollte damit – aus der Sicht des Handelsrechtes – 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.

2. Typisch für alle Fälle der Gewinnverschiebung ist, dass der *Kontrollinhaber* mit sich selber oder einer ihm nahestehenden Person ein Rechtsgeschäft abschliesst und dieses Rechtsgeschäft zu einem *Vermögensabgang* bei der AG und einem Vermögenszugang beim Empfänger führt. Diese Sachverhalte sind zivilrechtlich unter dem Aspekt des *Selbstkontrahierens* (oder des sogenannten Eigengeschäftes), unter demjenigen von Art. 678 Abs. 2 OR und allenfalls als Gewinnverzicht zu behandeln und folgendermassen zu analysieren:

a. Zunächst ist zu untersuchen, ob das für die AG handelnde Organ *intern bevollmächtigt* war, d.h. ob es in guten Treuen davon ausgehen konnte, es sei zur Veranlassung eines Vermögensabganges autorisiert, was nur der Fall ist, wenn (i) es gar nicht erkennen konnte, dass ein Vermögensabgang stattfindet, (ii) es die Gesamtheit der Aktionäre hinter sich weiss – was in praktischer Hinsicht nur bei der hundertprozentig beherrschten Konzerntochter oder bei der Einmann-AG vorkommt – oder es sich (iii) um eine geschäftlich zu rechtfertigende Gewinnverschiebung an eine 100%ige, nichtüberschuldete Tochtergesellschaft handelt.

b. Liegt *keine* in diesem Sinne *gültige Bevollmächtigung* vor, kommt ein gültiges Rechtsgeschäft nur zustande, wenn der Empfänger in seinem *guten Glauben* zu schützen ist, was aber nur selten der Fall sein wird. Kommt der Vertrag auch nicht dank des Gutgläubensschutzes zustande, ist abzuklären, ob die Generalversammlung das Handeln des vollmachtlosen Organs allenfalls nachträglich *genehmigt* hat, wobei eine Genehmigung (wie auch die vorgängige Bevollmächtigung) auch formlos erfolgen kann, falls der Wille aller Aktionäre zweifelsfrei feststeht. Nichtig ist der Beschluss, falls keine ausschüttbaren Mittel zur Verfügung stehen.

c. Erfolgt keine Genehmigung, bewirkt das Handeln des Organs definitiv keinen Vertrag, und es ergeben sich *folgende Rechtsfolgen*: (i) übertragene Sachen können von der AG stets zurückgefordert werden, (ii) für Geld- oder Dienstleistungen gilt das Bereicherungsrecht, mithin eine Verjährungsfrist von einem Jahr. Nachher ist der Vermögensabgang definitiv. Falls das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung offensichtlich ist (für Organ und Dritten), gilt *zusätzlich* Art. 678 Abs. 2 OR: Danach gilt für die Rückforderungsklage generell eine fünfjährige Verjährungsfrist; zusätzlich hat auch der Minderheitsaktionär ein Klagerecht.

3. Bei der *Gewinnverschiebung* durch Zuweisung eines gewinnbringenden Geschäftes (Gewinnverzicht), ist zu untersuchen, ob Art. 423 OR Anwendung findet (mit einer