Sonderdruck aus

**Festschrift für Peter Böckli
zum 70. Geburtstag**

Herausgegeben von
Ernst A. Kramer / Peter Nobel / Robert Waldburger

Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften

Markus R. Neuhaus
Rolf Watter

Schulthess §

Markus R. Neuhaus
Rolf Watter*

Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften

Inhaltsübersicht

I. Einleitung und Problemstellung ... 174
II. Vertragsrechtliche, handelsrechtliche und steuerliche Analyse ... 178
A. Rechtsverhältnisse bei der Garantie im Allgemeinen ... 178
1. Begriffliches ... 178
2. Inhalt des Versprechens ... 179
3. Rechtsfolgen, insbesondere Regressanspruch ... 180
4. Grundsätzliche Problematik von Interzessionsgeschäften durch Aktiengesellschaften 181
5. Buchhalterische Behandlung ... 183
6. Steuerrechtlich relevante Grundsätze und Normen ... 184
B. Upstream-Garantien ... 190
1. Aktienrechtliche Probleme eines Garantieversprechens ohne adäquate Gegenleistung ... 190
2. Steuerliche Behandlung eines Garantieversprechens ohne adäquate Gegenleistung. 200
3. Bestellung einer Garantie zu Drittkonditionen ... 207
4. Steuerliche Behandlung einer Garantie zu Drittkonditionen ... 207
C. Downstream-Garantien ... 208
1. Handelsrechtliche Betrachtung ... 208
2. Steuerliche Behandlung ... 209
D. Sidestream-Garantien ... 212
1. Handelsrechtliche Fragen ... 212
2. Steuerrechtliche Behandlung ... 213
III. Schluss ... 216

* Die Autoren danken lic. iur. Sonja Kissling, lic. iur. Nicolas Wehrli, lic. iur. Matthias Marbach und lic. oec. Jürg Niederbacher für ihre wertvolle Mitarbeit.

I. Einleitung und Problemstellung

Konzerne bestehen heute in der Regel aus rechtlich unabhängigen Tochtergesellschaften in (meist) verschiedenen Ländern, die (direkt oder indirekt) von einer Muttergesellschaft kontrolliert werden[1]. Seltener wird eine Gruppe auch über Zweigniederlassungen geführt, am ehesten noch in Geschäften, in denen aus regulatorischen Gründen lokal ein relativ hohes Eigenkapital erforderlich ist (namentlich also im Finanzdienstleistungsbereich)[2].

Die *Leitung* eines solchen Konzerns erfolgt dabei *einheitlich*[3]; so wird – im hier interessierenden Bereich – etwa die *Finanzierung* (unabhängig ob diese mittels Eigen- oder Fremdkapital erfolgt) in aller Regel *zentral gesteuert*, ebenso die *Liquidität*, da sich dadurch Kosten sparen lassen, bzw. bessere Konditionen mit Dritten (Banken, Obligationengläubiger etc.) verhandelbar sind.

Ein Mittel, um im Rechtsverkehr den oft notwendigen *Ausgleich* zwischen dieser einheitlichen und *zentralen Leitung* (und dem einheitlichen Auftritt nach aussen) und der tatsächlichen Organisation mit *formell-rechtlich unabhängigen Tochtergesellschaften* zu erreichen, sind im *Finanzierungsbereich Garantien*, die gegenüber Dritten abgegeben werden und eine Leistung einer anderen Konzerngesellschaft (inkl. der Muttergesellschaft) versprechen, falls der direkte Schuldner seine Leistung nicht vertragskonform erbringt. Im *Liquiditätsbereich* können Garantien für erhaltene Barmittel auch eine gewisse Rolle spielen, im Vordergrund des rechtlichen Interesses steht dort aber der vorliegend nicht näher behandelte, aber im Wesentlichen analoge Probleme stellende *Cash-Pool*.

Dem vorliegenden Beitrag liegen folgende *Konstellationen* zu Grunde:

a) Die Konzernmutter finanziert sich bei einer Bank (oder bei Obligationären) zentral, d.h. für die ganze Gruppe. Als Sicherheit wird dabei von den Kreditgebern üblicherweise nicht nur die Verpfändung der Aktien der Tochtergesellschaften verlangt, sondern auch, dass die diversen Töchter ihrerseits den Kreditgebern gegenüber erklären, bei Nichtrückzahlung durch die Mutter einen gewissen Betrag von deren Schuld zu übernehmen; oft müssen auch Pfandrechte an Aktiven der Töchter zugunsten des oder der Gläubiger der Mutter bestellt werden. Da solche Garantien im Interesse einer hierarchisch höher stehenden Gesellschaft abgegeben werden, spricht man hier oft von «*Upstream-Garantien*». Der Grund dafür, dass die Mutter den Kredit nicht zu denselben Konditionen durch blosse Verpfändung der Aktien der Tochter erhält, liegt darin, dass dann die Gläubiger der Mutter gegenüber den Gläubigern der Tochter nachrangig behandelt werden. Eine Garantie der Tochter führt dagegen grundsätzlich zu Gleichrangigkeit, eine Verpfändung von Aktiven der Tochter kann gar bewirken, dass die Gläubiger der Tochter gegenüber den Gläubigern der Mutter nachrangig behandelt werden[4].

b) Aus Steuergründen finanziert sich der Konzern im Rahmen einer Obligationenanleihe nicht direkt, sondern via eine Tochtergesellschaft, die in einem (oft «off-shore») angesiedelten Land ihren Sitz hat, das keine Verrechnungssteuer auf Zinszahlungen kennt. Da diese Tochtergesellschaft (ausser dem Bargeld, das sie aus der Platzierung der Obligationen erhält) keine Aktiven hat und für die Anleihe vom Kreditrating des Gesamtkonzerns profitiert werden soll, gibt in aller Regel die Mutter eine Garantie an die Obligationäre für den Fall ab, dass ihre Tochter die Schuld nicht zurückzahlen kann[5]. Da diese Garantie zugunsten einer Tochter ausgegeben wird, spricht man hier von einer «*Downstream-Garantie*».

c) Eine Verbindung von Upstream- und Downstream-Garantien stellen «*Sidestream-Garantien*» dar, die etwa dort vorkommen, wo eine Tochter sich lokal fi-

[1] Der Jubilar hat Wesentliches zu der heute vorhandenen konzernrechtlichen Literatur des schweizerischen Rechts beigetragen. Vgl. insb. Schweizerisches Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 11; sodann: Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern 2000, 35 ff.; weiter: Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, Der Schweizer Treuhänder, Zürich, Band 54 (1980), 4 ff.; Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Festschrift für Frank Vischer, Peter Böckli/Kurt Eichenberger/Hans Hinderling/Hans Peter Tschudi (Hrsg.), Zürich 1983, 527 ff. Vgl. zur weiteren konzernrechtlichen Literatur: Roland von Büren, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, 2. A., Basel 2005, 5 ff.; Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 1 ff.

[2] Bei einer Struktur mit Zweigniederlassungen kann dann teilweise das Kapital des Hauptsitzes lokal angerechnet werden.

[3] Vgl. dazu etwa Karin Beyeler, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004, 3 ff.

[4] Vgl. dazu etwa Arnold Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, 6.

[5] Die Tochter wird – schon aus Steuergründen – die aus der Platzierung erhaltene Liquidität nicht in Form eines Darlehens an die Mutter, sondern an eine oder mehrere Schwestergesellschaft(en) weiterleiten. Die Garantie kommt dann zum Tragen, wenn die Schwestergesellschaft(en) ihren Verpflichtungen zur Rückzahlung nicht nachkommen können und der Tochter damit die notwendige Liquidität zur Befriedigung ihrer Gläubiger fehlt.
Aus steuerlicher Sicht gilt: Werden die Mittel, welche die Tochter im Zuge der durch die Schweizer Muttergesellschaft garantierten Ausgabe einer Obligation erhält, direkt oder indirekt an die schweizerische Muttergesellschaft zurückgeführt, so gilt die Anleihe verrechnungssteuerlich als in der Schweiz ausgegeben und die Zinszahlungen unterliegen der Verrechnungssteuer, Conrad Stockar/Hans Peter Hochreutener, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Geltendes Recht, Band 2, VStG 4 Abs. 1 lit. a N (21); Thomas Jaussi/Marco Duss, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/2, Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005, VStG 9 N 49 ff. Fliesst das Geld direkt oder indirekt an die schweizerische Muttergesellschaft zurück, wird gemäss Art. 5a StG ebenfalls die Emissionsabgabe ausgelöst, Conrad Stockar/Hans Peter Hochreutener, Band 1, StG 5a N (3) sowie zum Ganzen: Zirkular Nr. 6746 der Schweizerischen Bankiervereinigung an die Mitgliedbanken vom 29. Juni 1993 betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft.

nanziert oder gegenüber Kunden Versprechen abgibt und dafür eine Garantie einer finanziell starken Schwester benötigt, beispielsweise der Gesellschaft, welche die zentralen Güter des Konzerns herstellt oder zentral Drittmittel aufnimmt.

In der Rechtswirklichkeit erfolgen solche Garantiestellungen oft *ohne Entgelt*, obwohl in einem reinen Drittverhältnis Garantiekommissionen geschuldet wären. Im Allgemeinen werden solche Garantien auch *ohne spezifische Sicherheiten* abgegeben (was im Drittverhältnis – wenn überhaupt möglich – zu umso höheren Kommissionen führen würde). Wird die Garantie je abgerufen, stellt sich in der Regel die Frage, ob die Konzerngesellschaft, in deren Interesse die Garantie abgegeben wurde, überhaupt in der Lage ist, die Garantiestellerin schadlos zu halten.

Handelsrechtlich sind solche Garantien vor allem im Fall der Upstream- und Sidestream-Garantien ein Problem, weil die Garantiestellung meist nicht im (direkten) Interesse der Tochter liegt, was sicher immer dann der Fall ist, wenn die Mutter keine handelsübliche, risikogerechte Kommission bezahlt; offensichtlich wird der Schaden dann, wenn die Garantie je zu einer Zahlungspflicht führt (bzw. ein gestelltes Pfand je verwertet wird) und die Mutter die garantie- bzw. sicherstellende Tochter nicht schadlos halten kann. Handelsrechtlich gesehen stellen demgegenüber Downstream-Garantien ein kleineres Problem dar, da die Garantiestellerin in aller Regel vom Geschäft auch profitiert, und sei es auch nur dadurch, dass ihre Tochter «wertvoller» wird, weil sie Ausgaben (z.B. höhere Zinsen) spart. Spezialfälle, in denen Downstream-Garantien problematisch sind, werden im vorliegenden Beitrag aber ebenfalls angesprochen.

Steuerrechtlich sind Leistungsbeziehungen im Konzern, also zwischen verbundenen Unternehmen, grundsätzlich unbedenklich, vorausgesetzt, sie sind geschäftsmässig begründet. Geschäftsmässige Begründetheit liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft dem Drittvergleich standhält, also zu Konditionen abgeschlossen wird, wie sie auch mit unabhängigen Dritten zur Anwendung kämen; dies gilt auch bei der Gewährung von Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften.

Die steuerrechtlich entscheidenden Fragen sind somit, ob zwischen unabhängigen Dritten eine Garantie gewährt worden wäre und wenn ja, wie hoch die Entschädigung dafür auszufallen hätte. Wäre die zwischen verbundenen Unternehmen abgegebene Garantie zwischen unabhängigen Dritten nicht gewährt worden oder ist das Entgelt für eine zwischen verbundenen Unternehmen gewährte Garantie im Drittvergleich ungenügend, so sind im Bereich der Upstream-Garantien das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung, resp. Gewinnvorwegnahme[6] zu prüfen, währenddem bei Downstream-Garantien die Steuerfolgen von verdeckten Kapital-

[6] In BGE 107 Ib 325 ff. = Praxis 71, 318 ff. = ASA 51 (1982/83) 546 ff. (Fall «*Bellatrix*») nahm das Bundesgericht einen terminologischen Wechsel vor, indem es fortan sowohl bei verdeckten Gewinnausschüttungen im engen Sinne als auch bei Gewinnvorwegnahmen von geldwerten Leistungen sprach.

einlagen abzuklären sind. Nicht genügend entschädigte Sidestream-Garantien stellen aus steuerrechtlicher Sicht eine Kombination von verdeckter Gewinnausschüttung, resp. Gewinnvorwegnahme und verdeckter Kapitaleinlage dar, weshalb dort beide Aspekte zu prüfen sind.

Neben den Fragen im Zusammenhang mit der Einräumung der Garantie und der einmaligen oder laufenden Entschädigung für die gewährte Garantie gilt es auch die eigentliche Garantieleistung, also die Leistung bei effektiver Inanspruchnahme der Garantie aus steuerrechtlicher Sicht zu prüfen[7]. Dabei geht es insbesondere um die zentrale Frage, ob die Garantieleistung bei der leistenden Gesellschaft steuerbaren Aufwand darstellt oder nicht und im letzteren Fall allenfalls als verdeckte Kapitaleinlage respektive verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren ist.

Nicht behandelt werden vorliegend allfällige *strafrechtliche Aspekte* einer Garantieabgabe zugunsten einer Konzerngesellschaft (die im Zusammenhang mit Art. 158 StGB aufkommen können)[8]; nur am Rande wird ferner auf die *Verpfändung von Aktiven* einer Gesellschaft zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft und die damit gegebenenfalls verbundenen konkursrechtlichen Probleme eingegangen[9]. Nur ausnahmsweise werden endlich Fragen der Schädigung von Minderheitsaktionären behandelt – ausgegangen wird also in der Regel von der Annahme, dass sämtliche Aktien der Tochtergesellschaften der Mutter gehören. Ausgeklammert werden vorliegend auch internationalprivatrechtliche Fragen[10].

[7] Einer separaten Beurteilung bedarf der Vorgang, bei welchem zwar ein Garantievertrag besteht, zur Vermeidung des Eintritts des Garantiefalls der Garant dem Hauptschuldner aber eine Leistung erbringt und sie so in die Lage versetzt, den Gläubiger zu befriedigen. In einer solchen Konstellation liegen zwei unabhängig voneinander zu beurteilende Rechtsgeschäfte vor, der Garantievertrag einerseits und das der Leistung zugrundeliegende Rechtsverhältnis andererseits, vgl. auch Marco Duss/Julia von Ah, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/2, Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005, VStG 4 N 88 und N 162.

[8] Vgl. dazu Rusch (FN 4), 212 ff.

[9] Vgl. hierzu neuestens Franco Lorandi, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005/11, 1299 ff.

[10] Vgl. dazu etwa Rusch (FN 4), 183 ff.

II. Vertragsrechtliche, handelsrechtliche und steuerliche Analyse

A. Rechtsverhältnisse bei der Garantie im Allgemeinen

1. Begriffliches

Die hier interessierenden Garantien werden oft als interzedierende Rechtsgeschäfte bzw. *Interzessionsgeschäfte* bezeichnet[11,12]. «Interzession» bedeutet das Eintreten für die Schuld eines anderen, ohne dass diese übernommen würde[13], wobei der Interzedent im Interesse (und oft im Auftrag) des Schuldners (z.B. des Kreditnehmers) eine Leistung unmittelbar an den Gläubiger (z.B. den Kreditgeber) verspricht. Bei den hier besprochenen Konstellationen erfolgt die Interzession entweder zugunsten der Schuld der Muttergesellschaft (Upstream-Garantie), der Schwestergesellschaft (Sidestream-Garantie) oder der Tochtergesellschaft (Downstream-Garantie).

Garantien sind *Personalsicherheiten*[14], welche sich dadurch kennzeichnen, dass (im Falle des Kredites) zum Kreditschuldner eine weitere natürliche oder juristische Person für die Rückzahlung und Verzinsung des Kredits einzustehen verspricht. Solche Personalsicherheiten werden in der Schweiz entweder als Garantie oder als Bürgschaft[15] errichtet. Im *Garantievertrag* verspricht der *Promittent* (auch Garantieschuldner oder Garant) dem *Promissar* (auch Gläubiger oder Begünstigter) die Leistung eines *Dritten* (auch Hauptschuldner)[16]. Anders gesagt verspricht der Garant in einer *selbständigen Abrede*, den Begünstigten für den Fall zu entschädigen, dass sich der Hauptschuldner nicht so verhält, wie dies der Garant verspricht[17]. Der «bürgschaftsähnliche» Garantievertrag tritt also zu einer Hauptverpflichtung hinzu[18], *ohne* im schuldrechtlichen Sinne *akzessorisch* zu sein[19]; die Garantie ist demnach auch dann gültig, wenn das Grundschuldverhältnis ungültig oder nicht durchsetzbar ist[20]. Der Hauptschuldner ist nicht Vertragspartei des Garantievertrages; dieser erzeugt nur Rechtswirkung zwischen dem Garanten und dem Begünstigten[21].

11 Andere interzedierende Rechtsgeschäfte sind die Bürgschaft, die Drittpfandbestellung sowie die Sicherungsübereignung von Drittvermögen und die Sicherungszession. Rein funktionell kann schliesslich auch der Schuldbeitritt als interzedierendes Rechtsgeschäft betrachtet werden.

12 Zum Begriff des Interzessionsgeschäfts vgl. Georges Scyboz, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), 7. Band: Obligationenrecht, 2. Halbband, Frank Vischer (Hrsg.), Basel und Stuttgart 1979, 334 f.; Dieter Zobl, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, 2. A., Bern 1982, ZGB 884 N 933.

13 Dieter Aebi, Interzession – Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001, 18; Ulrich Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht. Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB, München 1977, 205.

14 Wie einleitend gesagt, werden Realsicherheiten vorliegend nur am Rand behandelt.

15 Vgl. zur Unterscheidung FN 22 f.

16 Christoph M. Pestalozzi, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 3. A., Basel 2003, OR 111 N 1.

17 Scyboz (FN 12), 325 f.

18 Atypisch wäre eine sog. abstrakte oder reine Garantie, mit welcher der Garant unabhängig von einem konkreten Hauptschuldverhältnis für einen bestimmten Erfolg eintritt.

19 Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 11 N 493.

20 Beat Kleiner, Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, 4. A., Zürich 1990, N 5.24 f.; Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 6; Hermann Becker, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI (Art. 1–183 OR), Bern 1941, OR 111 N 12; vgl. auch BGE 125 III 307 f.

21 Becker (FN 20), OR 111 N 1; Scyboz (FN 12), 326; Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI (Art. 110–113 OR), Bern 2002, OR 111 N 4, 124 und 145; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I und II, 8. A., Zürich 2003, N 4154 und 4166; Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 2; vgl. auch BGE 25 II 853.

2. Inhalt des Versprechens

Um als bürgschaftsähnliche Garantie im Sinne von Art. 111 OR und nicht als Bürgschaft zu qualifizieren, muss der Wille der Parteien zur Unabhängigkeit der Verpflichtung des Garanten von der vertraglichen Leistungspflicht des Schuldners aus der Garantie hervorgehen[22]. Ist dem nicht so, ist im Einzelfall durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln, ob eine akzessorische Bürgschaft oder ein selbständiger bürgschaftsähnlicher Garantievertrag vorliegt[23]. In aller Regel finden sich bei Garantieverträgen Formulierungen, wonach der Garant auf erstes Anfordern sowie unter unwiderruflichem Verzicht auf sämtliche Einreden und Einwendungen seine Leistung zu erbringen hat[24]. Gemeint sind damit – als Folge der fehlenden Akzessorietät – insbesondere keine Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis.

22 Es würde den Rahmen dieses Beitrages übersteigen, die Frage der Unterscheidung zwischen Garantie (oder Versprechen der Leistung eines Dritten, Art. 111 OR) und Bürgschaft (Art. 492 ff. OR), welche die Lehre und Rechtsprechung seit langem beschäftigt, detailliert zu erörtern. Das Bundesgericht hat im Entscheid 113 II 434 Kriterien zur Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Garantie entwickelt, wobei das wichtigste Abgrenzungskriterium in der Akzessorietät liegt. Ist Akzessorietät gegeben, liegt eine Bürgschaft vor; fehlt sie, ist eine Garantie vereinbart. Im Folgenden wird ausschliesslich der Garantievertrag besprochen; vgl. (statt vieler) etwa Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A., Zürich 2004, N 1170 ff.

23 Relevant ist die Unterscheidung nicht nur wegen der zur Verfügung stehenden Einreden – sie gehen bei der Bürgschaft notwendigerweise weiter – sondern insbesondere auch deshalb, weil paradoxerweise das den Interzedenten besser schützende Rechtsgeschäft, die Bürgschaft, striktere Formerfordernisse hat als die Garantie, vgl. Art. 493 OR.

24 Emch/Renz/Arpagaus (FN 22), N 1197.

Der Garantievertrag ist ein *zweiseitiges Rechtsgeschäft*, jedoch in der Regel nur *einseitig verpflichtend*, da nur der Garant eine Pflicht übernimmt. Sofern eine *Kommission* bzw. Risikoprämie bezahlt wird, liegt ein zweiseitiger Vertrag vor[25].

3. Rechtsfolgen, insbesondere Regressanspruch

Bleibt die garantierte Leistung des Hauptschuldners aus, ist der Garant nach Art. 111 OR «zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet», schuldet an sich also nur Schadenersatz, nicht Erfüllung[26] (Erfüllung kann natürlich abgemacht werden, denn Art. 111 OR ist nicht zwingend), wobei das positive Interesse (Erfüllungsinteresse) und nicht das negative zu ersetzen ist[27]. Da der Abschluss eines Garantievertrags kein Rechtsverhältnis zwischen dem Garanten und dem (durch die Garantie begünstigten) Hauptschuldner begründet, erhält der Garant kein direktes Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner. Nach der Lehre findet grundsätzlich auch keine *Subrogation* nach Art. 110 OR statt[28], ausser im Falle einer Anzeige des Hauptschuldners an den Gläubiger (Art. 110 Ziff. 2 OR). Diese Anzeige kann auch konkludent erfolgen[29], oder durch den als Stellvertreter des Hauptschuldners agierenden Garanten. Im Konzern ist u.E. (wenn zwischen den Konzerngesellschaften nicht sowieso ein Auftragsverhältnis besteht, dazu sogleich) in aller Regel anzunehmen, dass der Garant vom Hauptschuldner zumindest implizit eine Vollmacht erhalten hat, eine solche Erklärung abzugeben. Kann die Erklärung im Einzelfall nicht namens des Hauptschuldners abgegeben werden, muss der Garant allenfalls Zug um Zug eine Zession der Forderung verlangen[30], um faktisch eine Subrogation zu erreichen.

[25] Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 7. Anzumerken ist, dass in der Praxis diese Prämie kaum vom Vertragspartner, sondern vielmehr vom Hauptschuldner bezahlt wird – Rechtsgrund für die Zahlung ist dann nicht der Garantievertrag, sondern der Auftrag, eine Garantie abzugeben.

[26] BK-Becker (FN 20), OR 111 N 4.

[27] Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Das Obligationenrecht, 1. Halbband (Art. 1–183 OR), 2. A., Zürich 1929, OR 111 N 10; BK-Weber (FN 21), OR 111 N 149; BK-Becker (FN 20), OR 111 N 14; Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 14; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 21), N 4167.

[28] Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 14; BK-Weber (FN 21), OR 111 N 160; Scyboz (FN 12), 333, der die Voraussetzungen von Art. 110 OR ohne weitere Ausführungen als nicht gegeben erachtet; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 21), N 4167; Oser/Schönenberger (FN 27), OR 111 N 4 und 11, welche Art. 110 OR nicht ausdehnend interpretieren wollen.

[29] BGE 86 II 24 f.; Rainer Gonzenbach in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 3. A., Basel 2003, OR 110 N 13.

[30] Ein Anspruch auf eine Zession besteht allerdings dann nicht, wenn im Garantievertrag eine voraussetzungslose Leistung versprochen wurde, vgl. Pestalozzi (FN 16), OR 111 N 14; BK-Weber (FN 21), OR 111 N 160; Gauch/Schluep/Schmid/Rey (FN 21), N 4167; Scyboz (FN 12), 333; a.M. Kleiner (FN 20), N 24.07, der sich für die Annahme einer Abtretungspflicht im Sinne einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäss Vertrauensprinzip ausspricht. Nach Dieter Zobl, Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, in: Personalsicherheiten, Berner Bankrechtstage, Band 4, Bern 1997, 49, ist dagegen immer eine Beurteilung des Einzelfalls nötig, wenn nicht ausdrücklich eine Abtretungsverpflichtung vertraglich vorgesehen ist.

Selbst wenn dies nicht dazu führt, dass der Garant mit seiner Leistung einen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner erhält, besteht im Konzernverhältnis aber sowieso meist ein *vertraglicher Ersatzanspruch* gestützt auf Art. 402 Abs. 1 OR, da der Garant – speziell in Upstreamverhältnissen – auf Geheiss der Mutter agiert hat, welche der Tochter mit der Anordnung rechtstechnisch einen Auftrag zur Garantieleistung erteilt hat, was ihm wiederum ein Recht auf Ersatz seiner Auslagen gibt[31].

Gesamthaft wird damit der zahlende Garant in aller Regel bei Bezahlung der Garantiesumme einen *Anspruch auf Rückerstattung* erhalten[32], wenn dafür auch mehrere Rechtsgrundlagen möglich sind (Subrogation, vereinbarte Zession oder ein Anspruch aus Art. 402 Abs. 1 OR).

4. Grundsätzliche Problematik von Interzessionsgeschäften durch Aktiengesellschaften

Interzessionsgeschäfte im Rahmen von Konzernbeziehungen sind dann gesellschaftsrechtlich problematisch, wenn sie nicht zu *Drittbedingungen* abgeschlossen werden, die Garantin also für ihre Garantie nicht adäquat entschädigt wird[33], bzw. nicht das erhält, was beispielsweise eine Bank für das gleiche Versprechen verlangen würde und adäquat einerseits die *Kosten*[34] abdeckt, die in der *Blockierung von Liquidität* bestehen (denn die Garantin muss ja damit rechnen, dass sie kurzfristig zu einer Zahlung aufgefordert wird) und andererseits für das *Risiko* entschädigt, dass der Regressanspruch nicht befriedigt wird[35]. Nebst diesen Kosten wird die Garantin

[31] BGE 120 II 34 f.; BK-Weber (FN 21), OR 111 N 161; Scyboz (FN 12), 333; Aebi (FN 13), 21. Anzumerken ist, dass in den Fällen, in denen eine Kommission bezahlt wird, praktisch immer ein solches Auftragsverhältnis besteht.

[32] In der Bankpraxis wird von der garantierenden Tochter oft verlangt, dass sie diesen Regressanspruch gegenüber den Ansprüchen der Banken an den Hauptschuldner subordiniert.

[33] Vgl. dazu Rusch (FN 4), 49 f. mit Verweisen, ferner 106 und 140 ff. Vgl. auch hinten, Ziff. II.B.3. Beurteilungsmassstab ist, ob das handelnde Organ in guten Treuen davon ausgehen darf, dass die Entschädigung fair ist.

[34] Inkl. natürlich die Opportunitätskosten, d.h. der Verlust, der daraus entsteht, dass die Liquidität nicht für andere Geschäftsmöglichkeiten eingesetzt werden kann.

[35] Zu berücksichtigen ist bei der Preiszumessung für dieses Risiko der Umstand, dass die Tochter ihr Risiko im Vergleich etwa zu einer Bank nur unzureichend *diversifizieren* kann. Im Einzelfall ist es durchaus möglich, eine faire Kommission zu berechnen, da sich beispielsweise die Bonität des Konzerns aus dem Bankenkredit (falls die Upstream-Garantie einen solchen besichert) herauslesen lässt, wobei Massstab vor allem sein müsste, welche Zinskosten die Bank mit und ohne Upstream-Garantie verlangt. Gegebenenfalls ist miteinzurechnen, dass der Regressanspruch zu subordinieren ist (vgl. FN 32), aber auch, dass vielleicht auch noch andere Tochtergesellschaften Upstream-Garantien abgeben.

aus dem Geschäft auch einen *angemessenen Gewinn* erzielen wollen. Im Ganzen stellen sich damit bei den Upstream-Garantien ganz ähnliche Probleme wie beim Darlehen einer Gesellschaft an ihren Aktionär[36], wo allerdings die Liquidität sofort (und nicht bloss eventuell und später) abfliesst.

Im Einzelfall kann auch dann von einem Geschäft zu Drittkonditionen (oder besser: fairen Konditionen) gesprochen werden, wenn *keine adäquate Kommission bezahlt wird: dies ist etwa dann der Fall, wenn die Tochter selbst einen Anteil am Darlehen weitergeleitet bekommt* (zu den gleichen Konditionen wie die Mutter) oder die Mutter der Tochter bereits früher ein Darlehen gewährt hat und diese nun zu einer Garantiestellung auffordert[37]; in diesen Fällen wird keine Liquidität blockiert (ausser die, welche die Tochter allenfalls schon erhalten hat, bzw. erhält) und der Regressanspruch ist durch die Verrechnungsmöglichkeit gesichert.

Wird – was praktisch sehr häufig ist – eine Garantie *ohne Entschädigung* geleistet (oder für eine Entschädigung, die tiefer als eine Marktentschädigung ist) und liegt nicht einer der soeben geschilderten Spezialsachverhalte vor, können dadurch *drei Personengruppen* geschädigt werden[38]:

a) Wo die Garantin *Minderheitsaktionäre* hat, werden diese geschädigt, denn die Garantiestellung hat im Umfang der entgangenen Kommission den Charakter einer Gewinnausschüttung[39], welche einzig an die Hauptaktionärin erfolgt.
b) *Bestehende* (langfristige) *Gläubiger* der Garantin werden durch das Garantieversprechen geschädigt, falls keine Kommissionszahlung erfolgt (da sich die Aktiven nicht vermehren) oder nach Zahlung die Regressforderung nicht oder nicht voll durchgesetzt werden kann, denn diesfalls stehen den Gläubigern geringere Aktiven für ihre Befriedigung zur Verfügung. Allerdings werden sich diese Gläubiger dann nicht auf einen Schaden berufen können, wenn die Garantin eine der Garantiesumme entsprechende Zahlung statt an den Dritten auch als Dividende an die Mutter hätte ausschütten können, denn die Gläubiger müssen sich dies (ausser sie hätten sich vertraglich abgesichert) gefallen lassen – womit sie sich nicht beklagen können, wenn die Zahlung auf einem wirtschaftlich analogen, formell aber anderen Weg erfolgt.
c) *Gläubiger*, deren Position erst *nach der Abgabe des Garantieversprechens* begründet wird, werden dann in ihren berechtigten Erwartungen getäuscht, wenn sie nicht adäquat über die ausstehende eventuelle Verpflichtung orientiert werden und sich die Aktiven mangels adäquater Kommissionszahlungen nicht erhöhen. Selbst dann haben sie aber nur berechtigte Ansprüche insoweit, als die Zahlung höher ist, als die ausschüttbaren Reserven im Zeitpunkt der Zahlung. Auch sie können sich (andere vertragliche Regelungen natürlich vorbehalten) nicht darauf berufen, dass keine Ausschüttungen erfolgen dürfen.

[36] Vgl. dazu Böckli, Darlehen (FN 1), 4 ff.; derselbe Sondervermögen (FN 1), 527 ff.; Aktienrecht (FN 1), § 12 N 544 ff.; Louis Bochud, Darlehen an Aktionäre – aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1991, speziell ab 83 ff.; Im vorliegenden Zusammenhang vor allem auch Rusch (FN 4), 135 ff.

[37] Voraussetzung ist natürlich in beiden Fällen, dass die Garantie auf die Darlehenssumme begrenzt ist (welche die Tochter erhält oder schon erhalten hat). Vgl. generell auch Rusch (FN 4), 47 ff.

[38] Kommt es tatsächlich zu einer Zahlung, ohne dass der Regress durchgesetzt werden könnte, sind die drei nachfolgend genannten Gruppen auch geschädigt, wenn eine adäquate Kommission bezahlt wurde – u.E. haben sie dann aber keine Ansprüche, ebenso wenig wie sonst bei einem kommerziell an sich sinnvollen Geschäft, das einfach nicht so herausgekommen ist, wie man sich das erhofft hat.

[39] Vgl. zur Gewinnausschüttung hinten, Ziff. II.B.1.lit.a. Vergrössert wird das Problem dadurch, dass die Minderheitsaktionäre von der Garantie oft erst (bewusst) erfahren werden, wenn sie abgerufen wird und kein Regress möglich ist. Allerdings würde ihnen ein Blick in die Bilanz die Existenz der Garantie auch zeigen, falls sie überjährig ist. Vgl. hinten Ziff. II.A.5.

5. Buchhalterische Behandlung

Nach *Art. 663b Ziff. 1 OR* muss im handelsrechtlichen Einzelabschluss der Gesamtbetrag von Bürgschaften, Garantieverpflichtungen und Pfandbestellungen zugunsten Dritter im Anhang zur Bilanz aufgeführt werden. Unter Garantieverpflichtungen versteht das Gesetz nach herkömmlicher Auslegung Eventualverpflichtungen aus Sicherungsgeschäften. Dazu gehören u.a. auch Garantien im hier verstandenen Sinn. Der Wortlaut des Gesetzes lässt keinen zwingenden Schluss zu, ob alle drei Arten von Sicherungsgeschäften zusammen in einem Gesamtbetrag auszuweisen seien oder ob für jede der drei Gruppen ein Total anzugeben sei[40]. Der Wortlaut der Botschaft lässt eher vermuten, dass – wie im alten Recht[41] – der Gesamtbetrag je Art anzugeben ist[42].

Aktualisieren sich Eventualverbindlichkeiten zu eigentlichen *Verlustrisiken*, ist eine *Rückstellung* gemäss Art. 669 Abs. 1 OR zu bilden. Zu deren Bemessung gelten die gleichen Regeln wie für andere rückstellungsbedürftige Tatbestände (Eintretungswahrscheinlichkeit, Vorsichtsprinzip, Berücksichtigung von verlustmindernden Sachverhalten wie Verrechnungsmöglichkeiten, Regressansprüche usw.)[43].

[40] Vgl. zum Ganzen Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Treuhandexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer, Band 1, Zürich 1998, 248; vgl. auch Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 8 N 305.

[41] So noch Art. 670 altOR.

[42] Markus Neuhaus/Peter Ilg, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., Basel 2002, OR 663b N 13; Erich Homburger, Leitfaden zum neuen Aktienrecht, 3. A., Zürich 1994, 49; HWP (FN 40), 248; Max Boemle, Der Jahresabschluss. Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang, 4. A., Zürich 2001, 405; Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 8 N 310, der einen getrennten Ausweis zumindest als empfehlenswert erachtet, da ein solcher die Transparenz erhöht.

[43] Es stellt sich dabei die Frage, ob und inwieweit für Sicherungsverpflichtungen, für die bereits Rückstellungen gebildet worden sind, im Anhang noch eine Ausweispflicht besteht. Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Entweder wird der Sachverhalt in einem mehr formellen Vor-

Kommt es zur Zahlung, findet in aller Regel[44] zunächst ein *Aktiventausch* statt, indem der Abgang der Liquidität durch einen Regressanspruch ersetzt wird. Oft wird es allerdings so sein, dass dieser Anspruch gefährdet ist, denn wäre der Hauptschuldner voll zahlungsfähig gewesen, wäre es ja meist gar nicht zu einem Abruf der Garantie gekommen. Notwendig wird damit dann oft eine über die Gewinn- und Verlustrechnung zu buchende *Wertberichtigung* dieses Anspruchs bis hin zur vollständigen Abschreibung.

6. Steuerrechtlich relevante Grundsätze und Normen

a. Steuerrechtliche Grundsätze

Das Steuerrecht erfasst einzelne Steuersubjekte. Steuersubjekte sind natürliche und juristische Personen[45]. Ausnahmsweise umfasst ein Steuersubjekt in konsolidierter Form mehrere Rechtsträger. Im Schweizer Steuersystem ist dies einzig unter gewissen Voraussetzungen im Bereich der Mehrwertsteuer der Fall[46]. Ansonsten besteht *kein Konzernsteuerrecht*. Einzelne Konzerngesellschaften und ihre Anteilseigner sind steuerlich demnach so zu behandeln, wie wenn sie voneinander unabhängig wären. Ihre Leistungsbeziehungen müssen geschäftsmässig begründet sein, sie haben vereinfacht formuliert nach denselben Konditionen abgewickelt zu werden, wie sie mit unabhängigen Dritten abgewickelt würden, d.h. sie haben dem *Drittvergleich* standzuhalten[47].

Es ist überdies zu prüfen, ob ein Vorgang aus steuerrechtlicher Sicht gemäss seiner zivilrechtlichen Qualifikation beurteilt werden kann oder nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise steuerrechtlich *umqualifiziert* werden muss. Ebenfalls ist zu prüfen, ob ein Vorgang aus Sicht aller relevanten Steuerarten gleich zu beurteilen ist, oder ob sich allenfalls unterschiedliche Würdigungen pro Steuerart ergeben.

Das Steuerrecht behandelt Kapitaleinlagen, Gewinne und Entnahmetatbestände unterschiedlich. Steuerrechtlich entscheidend ist demnach die Frage, ob ein zu beurteilendes Rechtsgeschäft (1) einen *Kapitaleinlagetatbestand* erfüllt, (2) einen

gehen trotz den bestehenden Rückstellungen im Anhang vollumfänglich offengelegt, wobei der Hinweis auf die bereits gebildeten Rückstellungen gemacht wird, damit beim Leser der Jahresrechnung nicht ein falscher Eindruck von der Höhe der Belangbarkeit entsteht; oder eine mehr auf den bilanzmässigen Vorgang ausgerichtete Darstellung, die den Tatbestand im Umfang der bestehenden Rückstellung im Anhang nicht mehr erwähnt, weil sich der Charakter der Verbindlichkeit durch die Rückstellung gewandelt hat und von einer Eventualverbindlichkeit zu einem festen Bestandteil des Fremdkapitals geworden ist; vgl. dazu HWP (FN 40), 250 f.

44 Vgl. vorne, Ziff. II.A.3.

45 Art. 49 DBG.

46 Art. 22 MWStG.

47 Sog. «dealing at arm's length».

geschäftsmässig begründeten Ertrag oder Aufwand bewirkt oder (3) als *Gewinnausschüttung* qualifiziert wird.

Bei *international tätigen Konzernen* stellen sich die angesprochenen Fragen aus Sicht der verschiedenen involvierten Rechtsordnungen und aus zwischenstaatlicher Sicht. Um diese Fragestellungen abzudecken, hat die *OECD*[48] Richtlinien erarbeitet, welche die Fragen der Entschädigung von konzerninternen Leistungen behandeln. Als Grundsatz gilt auch hier, dass Rechtsgeschäfte zwischen Konzern- oder anderswie nahe stehenden Gesellschaften zu Konditionen abgeschlossen werden müssen, wie sie auch mit unabhängigen Dritten vereinbart würden.

Die OECD hat zur Prüfung dieses Drittvergleichs fünf Methoden entwickelt: die Fremdvergleichsmethode (Comparable Uncontrolled Price Method)[49], die Wiederverkaufspreismethode (Resale Price Method)[50], die Kostenaufschlagsmethode (Cost Plus Method)[51], die Gewinnaufteilungsmethode (Profit Split Method)[52] sowie die Transaktionsbezogene Nettomargen-Methode (Transactional Net Margin Method)[53]. Im Rahmen der hier untersuchten Garantien ist insbesondere die *Fremdvergleichsmethode* von Bedeutung[54]. Diese Methode vergleicht den Transferpreis zwischen verbundenen Unternehmen mit demjenigen Preis, welcher unter vergleichbaren Umständen zwischen dem Lieferanten und einem unabhängigen Abnehmer vereinbart worden wäre. Diese bevorzugte Methode hat jedoch den Nachteil, dass es im Einzelfall sehr schwierig sein kann, Drittpreise für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung (in concreto eine Finanzierungshilfe) zu finden, dies insbesondere deshalb, weil ein Preis immer abhängig von den konkreten Umständen ist[55].

Bei *grenzüberschreitenden Garantien* stellen sich dem Grundsatz nach dieselben Steuerfragen wie im innerschweizerischen Verhältnis. Zusätzlich sind jedoch Aspekte der zwischenstaatlichen Vereinbarungen, also der *Doppelbesteuerungsabkommen*, relevant.

48 OECD-Bericht «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations», Juli 1995.

49 OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 2.6 ff.

50 OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 2.14 ff.

51 OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 2.32 ff.

52 OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 3.5 ff.

53 OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 3.26 ff.

54 Vgl. dazu OECD-Bericht (FN 48), Ziff. 2.6 ff.

55 Konzerninterne Leistungen können eben gerade dadurch gekennzeichnet sein, dass diese Leistungen auf dem freien Markt nicht angeboten werden (z.B. aus wettbewerbstechnischen Gründen). In solchen Fällen ist es unmöglich, Drittvergleichspreise zu bestimmen und es ist auf andere Transferpreismethoden abzustellen. Vgl. auch FN 35.

b. Steuerrechtliche Normen

i) Gewinnsteuer

Im Rahmen der Gewinnsteuer stellen *Kapitaleinlagen* von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften, einschliesslich Aufgelder und Leistungen à fonds perdu *keinen steuerbaren Gewinn* dar[56]. Kapitaleinlagen in der Form entgeltlicher Begründung und Erhöhung des Nennwertes von Beteiligungsrechten sind dagegen Gegenstand der *Emissionsabgabe*[57]. Dies gilt auch für *Zuschüsse*, welche ohne entsprechende Gegenleistung an die Gesellschaft erbracht werden[58].

Der *steuerbare Gewinn* bestimmt sich aus dem Saldo der Erfolgsrechnung; die handelsrechtliche Jahresrechnung ist demnach massgeblich für die steuerrechtliche Gewinnermittlung[59]. Darüber hinaus statuiert das Steuerrecht gewisse *Korrekturnormen*. Demnach sind zum Saldo der Erfolgsrechnung alle vor dessen Berechnung ausgeschiedenen Teile des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden, insbesondere offene und verdeckte Gewinnausschüttungen und geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte, hinzuzurechnen; dies gilt auch für die der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträge (Gewinnvorwegnahmen)[60].

Nach der herrschenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung[61] zu Art. 58 Abs. 1 lit. b al. 5 DBG liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn kumulativ: (1) eine Leistung ausgerichtet wird, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, so dass sich die Leistung als Entnahme von Gesellschaftsmitteln, in einer Verminderung des durch die Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisses auswirkt; (2) mit der Leistung ein Anteilsinhaber (oder eine ihm nahe stehende Person) begünstigt wird, d.h. die Leistung wird einem Beteiligten direkt oder indirekt zugehalten, wobei anzunehmen ist, dass die Leistung unterblieben oder geringer wäre, wenn der Begünstigte eine der Gesellschaft fern stehende Person wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist und sich nicht mit sachgemässem Geschäftsgebaren vereinbaren lässt; (3) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Organe erkennbar und somit beabsichtigt gewesen sein muss.

[56] Art. 60 lit. a DBG.

[57] Art. 5 Abs. 1 StG.

[58] Art. 5 Abs. 2 StG.

[59] Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG.

[60] Art. 58 Abs. 1 lit. b und c DBG.

[61] BGE 82 I 291 f.; BGE 105 Ib 84; BGE 107 Ib 331; BGE 113 Ia 25. Vgl. zudem Markus Neuhaus, Steuerliche Konsequenzen des neuen Aktienrechts, Kritische steuerliche Aspekte sowie Weiterentwicklungsmöglichkeiten samt steuerlichen Konsequenzen, ST 71 (1997) 490.

ii) Kapitalsteuer

Im Kapital erfolgt als Folge einer verdeckten Gewinnausschüttung keine Aufrechnung, da die Mittel im Umfang der steuerlichen Korrektur bereits entnommen worden sind[62].

iii) Verrechnungssteuer

Gewinnausschüttungen stellen gewinnsteuerrechtlich *keinen Aufwand* dar. Zudem unterliegt der Verrechnungssteuer[63] «jede geldwerte Leistung der Gesellschaft oder Genossenschaft an die Inhaber gesellschaftsrechtlicher Beteiligungsrechte oder an ihnen nahe stehende Dritte, die sich nicht als Rückzahlung der im Zeitpunkt der Leistung bestehenden Anteile am einbezahlten Grund- oder Stammkapital darstellt»[64].

Die Verrechnungssteuer ist von der steuerbaren Leistung in *Abzug* zu bringen, also zwingend auf den Leistungsempfänger zu überwälzen[65]. Steuerpflichtig ist die leistende Gesellschaft, welche verpflichtet ist, die Verrechnungssteuer auf den Begünstigten zu *überwälzen*[66]. Wird diese Überwälzung unterlassen, liegt im Umfang der geschuldeten Verrechnungssteuer eine zusätzliche steuerbare Leistung[67] vor (sog. «Aufrechnung ins Hundert»).

Der Leistungsempfänger (Begünstigte) seinerseits ist zur *Rückerstattung* der Verrechnungssteuer berechtigt, wenn er bei der Fälligkeit der steuerbaren Leistung das *Recht zur Nutzung* des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögensertrages besass[68]. Diesen Anspruch verwirkt, wer die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkünfte nicht ordnungsgemäss als Ertrag verbucht[69].

Im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen stellt sich damit zum einen die Frage, welche *Anforderungen* an das *Recht zur Nutzung* des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes[70] und andererseits an die *ordnungsgemässe Verbuchung*[71] zu stellen sind, um den Rückerstattungsanspruch zu sichern. Im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung einer Tochtergesell-

[62] Markus Reich, Verdeckte Vorteilszuwendung zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54 (1985) 621.

[63] Art. 4 VStG, Art. 20 VStV.

[64] Art. 20 Abs. 1 VStV.

[65] Art. 14 VStG.

[66] Art. 14 VStG. Vgl. zur Direktbegünstigtentheorie zudem Duss/von Ah (FN 7), VStG 4 N 134.

[67] Vgl. BGE 118 Ib 317 E.3e = ASA 62 (1993/94) 280; Markus Reich, in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/2, Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005, VStG 14 N 17.

[68] Art. 21 VStG.

[69] Art. 25 VStG.

[70] Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.

[71] Art. 25 Abs. 1 VStG.

schaft an ihre Muttergesellschaft ist das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes bei der begünstigten Muttergesellschaft regelmässig gegeben. Soweit geldwerte Leistungen an andere nahe stehende Personen erfolgen, etwa Schwestergesellschaften, fehlt es an einer direkten Beteiligung. Auch ohne kapitalmässige Beteiligung und damit ohne Eigentum am Ertrag abwerfenden Vermögenswert muss jedoch dann, wenn steuerrechtlich eine geldwerte Leistung angenommen wird, der Begünstigte dieser geldwerten Leistung als am Ertrag abwerfenden Vermögenswert nutzungsberechtigt gelten[72]. Eine andere Beurteilung wäre widersprüchlich.

Bezüglich der *Verbuchung* muss aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung die steuerrechtliche Würdigung eines Rechtsgeschäftes von dessen zivilrechtlicher Darstellung abweicht, zur Erhaltung des Rückerstattungsanspruches genügen, dass das fragliche Rechtsgeschäft, welches steuerrechtlich als geldwerte Leistung qualifiziert wird, von der begünstigten nahe stehenden Person gemäss seinem *zivilrechtlichen* Charakter *korrekt verbucht* wird[73].

[72] Stocker/Hochreutener (FN 5), VStG 21 Abs. 1 N (3) und N (5), mit deutlichem Hinweis auf die Nichtanwendbarkeit der so genannten Dreiecksheorie im Bereich der Verrechnungssteuer; W. Robert Pfund/Bernhard Zwahlen, Verrechnungssteuer, II. Teil, VStG 21 N 5.9, mit Hinweis darauf, dass der Rückerstattungsanspruch die Erfüllung der Voraussetzung in Art. 22 VStG voraussetzt und zudem der «Rückerstattungsanspruch [nicht dem Direktbegünstigten, sondern] nur dem Aktionär gewährt wird, wenn die Gewinnausschüttung zwecks Steuerumgehung an den nahe stehenden Dritten erfolgt ist». Daraus folgt e contrario, dass ohne Vorliegen von Steuerumgehung der Direktbegünstigte auch Erstattungsberechtigter ist; Eveline Saupper/Markus Weidmann, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basel 2005, vor FusG 3 N 169, wonach die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 21. Abs. 1 lit. a VStG (BGer 18.5.1993, ASA 62 (1993/94) 705, VPB 65.112 E. 2b/bb) nicht einem zivilrechtlichen, sondern einem wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt folgt. Im Resultat gleich, in der Begründung anders: Thomas Gehrig, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, Schriftenreihe «Finanzwirtschaft und Finanzrecht», Band 89, Bern 1998, 338.

[73] ESTV in: Merkblatt Verbuchung der verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte als Ertrag bei doppelter Buchhaltung, S-02.104, Ziff. 3., wonach «bestimmte steuerbare geldwerte Leistungen beim Empfänger weder Aufwand noch Ertrag darstellen (zinsloses Darlehen; Differenz Übernahmepreis-Verkehrswert bei Übernahme von Aktiven zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis). In solchen Fällen wäre eine Verbuchung der Leistung als Ertrag handelsrechtlich nicht ordnungsgemäss; sie kann daher auch verrechnungssteuerrechtlich nicht gefordert werden und ist demzufolge nicht Voraussetzung des Rückerstattungsanspruchs.»; ebenfalls Bruno Scherrer/Joelle Zumoffen Fruttero, Steuerstrafrecht und verdeckte Gewinnausschüttung, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Markus Neuhaus/Joelle Zumoffen Fruttero/Claudine Voyame/Jean Raemy/Jean-Pierre Javet/Bruno Scherrer/Rolf Watter/Armin Marti (Hrsg.), Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, 73.; ebenfalls Bernhard Zwahlen in: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/2, Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005, VStG 25 N 7 ff.; Stocker/Hochreutener (FN 5), VStG 25 N (3).

Eine Gewinnausschüttung wurde gerade nicht beschlossen, deren Verbuchung kann aus steuerrechtlicher Sicht demnach auch nicht gefordert werden.

In concreto und unter Verweisung auf die obigen Ausführungen zur buchhalterischen Behandlung einer Garantie[74] bedeutet dies, dass ein allfälliger Rückerstattungsanspruch dann besteht, wenn die Garantie im Anhang der Bilanz der Garantin ausgewiesen wird und die Entschädigung in der effektiv vereinbarten Höhe beim Begünstigen als Aufwand (und bei der Garantin als Ertrag) verbucht ist. Wird die Garantie unentgeltlich gewährt, so enthält die Buchhaltung des Begünstigten während der Dauer der Garantie keine Buchung und trotzdem besteht im Falle der Erfassung einer geldwerten Leistung und Erhebung der Verrechnungssteuer ein Anspruch auf Rückerstattung dieser Verrechnungssteuer[75].

Grundsätzlich ist die Verrechnungssteuer von der steuerbaren Leistung in Abzug zu bringen, zu entrichten und vom Begünstigen zurückzufordern. Auf Gesuch hin kann der steuerpflichtigen Gesellschaft gestattet werden, ihre Steuerpflicht durch *Meldung* der steuerbaren Leistung zu erfüllen. Dies ist dann der Fall, wenn die Entrichtung der Steuer zu unnötigen Umtrieben oder zu einer offenbaren Härte führen würde[76]. Diese Voraussetzungen sind z.B. dann erfüllt, wenn die anlässlich einer amtlichen Kontrolle oder Buchprüfung geltend gemachte Steuer (z.B. aufgrund einer verdeckten Gewinnausschüttung) eine Leistung betrifft, die in einem Vorjahr fällig geworden ist[77] und der Leistungsempfänger Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer hat[78]. Erfolgen im Zusammenhang mit Garantien geldwerte Leistungen, so ist demnach jeweils zu prüfen, ob die Verrechnungssteuer tatsächlich abzuliefern und zurückzufordern ist oder ob auf Gesuch hin das Meldeverfahren zur Anwendung gelangt.

iv) Doppelbesteuerungsabkommen

Bei grenzüberschreitenden Verhältnissen von geldwerten Leistungen ist zu prüfen, ob zwischen den Ansässigkeitsstaaten der Involvierten ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht und ob dieses anwendbar ist. Daraus lassen sich einerseits Antworten auf die Frage der *Höhe* der Verrechnungssteuer und deren allfällige teilweise oder umfassende *Rückerstattung* oder Steueranrechnung ableiten und andererseits ergeben sich daraus allenfalls Lösungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen, sollte ein Land eine steuerliche Korrektur vornehmen.

[74] Vgl. vorne, Ziff. II.A.5.

[75] So insbesondere auch ESTV in: Merkblatt Verbuchung der verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte als Ertrag bei doppelter Buchhaltung, S-02.104, Ziff. 3.

[76] Art. 20 VStG.

[77] Art. 24 Abs. lit. a VStV.

[78] Art. 24 Abs. 2 VStV.

v) Emissionsabgabe

Bei Down- und Sidestream-Garantien ist die Frage zu prüfen, ob ein Zuschuss im Sinne von Art. 5 Abs. 2 StG vorliegt. Dies kann dann der Fall sein, wenn Leistungen aufgrund des Garantievertrages dem Drittvergleich nicht standhalten und als *Eigenkapitaleinlage* qualifiziert werden können.

B. Upstream-Garantien

1. Aktienrechtliche Probleme eines Garantieversprechens ohne adäquate Gegenleistung

Nachfolgend werden Garantien besprochen, welche die garantierende Tochter im Interesse ihrer (direkten oder indirekten) Mutter gegenüber einem Dritten abgibt, *ohne dass diese Leistung zu Drittkonditionen*[79] abgegolten wird[80]. (Handels-) Rechtlich zentrale Frage in diesen Konstellationen ist, ob solche Verträge überhaupt verbindlich sind, bzw. der Dritte, der den wirtschaftlichen Hintergrund in aller Regel kennt, sich auf das Garantieversprechen berufen kann.

a. Schranken der Organvollmacht des Verwaltungsrats

Rechtsgeschäfte einer gewinnstrebigen Gesellschaft *ohne adäquate Gegenleistung* sind in aller Regel interessenwidrig, womit sich die Frage stellt, ob der Abschluss eines solchen Vertrages überhaupt von der *Organvollmacht* des Verwaltungsrats gedeckt ist[81].

Die *Zweckgrenze*[82] (Art. 718a Abs. 1 OR) ist dabei nur insoweit relevant, als sie die äussere Grenze der Organvollmacht absteckt[83] – das handelnde Organ darf aber

[79] Vgl. vorne, Ziff. II.A.4.

[80] Vgl. auch Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht – Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 1996, § 11 N 37.

[81] Rolf Watter, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., Basel 2002, OR 718a N 9.

[82] Mit dem Zweck sind der Endzweck und der statutarische Zweck der Gesellschaft gemeint. Der Endzweck einer Aktiengesellschaft liegt in deren Gewinnstrebigkeit; sie soll durch ihre Geschäftstätigkeit einen Mehrwert für die Beteiligten generieren. Ihr eigentliches Tätigkeitsfeld zur Erarbeitung eines solchen Gewinns, beschreibt die Gesellschaft mittels ihres konkreter gefassten statutarischen Zwecks. Vgl. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 8 N 45 ff.; Aebi (FN 13), 63; Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 1 N 294.

[83] Gemessen wird dabei am Zweck nicht das konkrete Geschäft, sondern es wird nur gefragt, ob der fragliche Typus von Geschäft durch den statutarischen Zweck gedeckt ist, vgl. BSK-Watter (FN 81), OR 718a N 3 f. Die Abgabe von Garantien ist dabei vom Zweck eigentlich immer abgedeckt, weshalb auch eine *in concreto* schädigende Garantie nicht zweckwidrig ist. Ebenso Dieter Zobl, Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft, in: Festschrift für Beat Kleiner, Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Zürich 1993, 185 f.

auch in diesem Rahmen nie annehmen, es sei ermächtigt, Geschäfte zu tätigen, die erkennbar nicht im Interesse der Gesellschaft liegen oder ihr gar schaden[84]. Ebenfalls nie von der Organvollmacht gedeckt sind Geschäfte, von denen der Verwaltungsrat weiss oder wissen muss, dass nicht er, sondern die Generalversammlung dafür zuständig ist.

Da das Eingehen einer Upstream-Garantie ohne adäquate Gegenleistung praktisch immer gegen die Interessen der Garantin verstösst[85] und der Verwaltungsrat zudem nicht zur Vornahme von Gewinnausschüttungen zuständig ist[86], fragt sich, ob im Einzelfall die mangelnde Organvollmacht entweder durch eine explizite *Statutenklausel* oder durch eine *Genehmigung* (bzw. betreffend Gewinnausschüttung Beschlussfassung) der *Generalversammlung* so *ausgedehnt* werden kann, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft rechtsgültig handeln kann. Wo dies nicht möglich ist – oder nicht gemacht wird – fragt sich sodann noch, ob nicht der *gute Glaube* des Dritten die mangelhafte Organvollmacht im Einzelfall heilen kann.

i) Erweiterung der Organvollmacht für zweck- und interessenwidriges Handeln

In der Praxis wird versucht, die Gültigkeit von Garantieversprechen durch Erweiterung des Zwecks mittels einer im statutarischen Zweck aufgeführten so genannten *Konzern- oder Unterwerfungsklausel* zu sichern, wonach sich die Gesellschaft dem Aktionärsinteresse unterordnet[87]. Dabei ist nach dem Wortlaut der Klauseln zu unterscheiden zwischen dem Fall, wo sich die Gesellschaft lediglich im Konzerngefüge einordnet[88], z.B. indem sie sich verpflichtet, allgemeine Weisungen der Mutter bezüglich der Konzernstrategie (Produktgestaltung, Kundensegmente etc.) zu beach-

[84] BGE 126 III 363; BSK-Watter (FN 81), OR 718a N 5; ZR 104 (2005), 258; Rolf Watter, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, Diss. Zürich 1985, N 178; Dieter Zobl, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125 (1989), 295 f.

[85] Vgl. zu Fällen, wo keine Kommissionszahlungen nötig sind Text bei FN 37.

[86] Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

[87] Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 11 N 379: «Das Faktum Konzernierung ändert objektiv den Gesellschaftszweck, und die Statuten müssen diese Tatsache angemessen widerspiegeln.» Vgl. generell auch Rusch (FN 4), 20 ff., speziell 24, der zu Recht darauf hinweist, dass das Schweizer Recht im Gegensatz zum deutschen Recht, welches den Beherrschungsvertrag kennt, kein «Ausgleichssystem» kennt und somit der Konzernzweck die Kapitalschutznormen nicht ausser Kraft setzen kann.

[88] Ordnet sich die Unternehmung durch die Klausel nur in ein Konzernverhältnis ein, ist lediglich ein Beschluss der Generalversammlung mit einem qualifizierten Mehr notwendig (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR), da die Gewinnstrebigkeit nicht aufgegeben wird. Vgl. auch Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 11 N 185 ff.

ten, oder wo sie sich der Mutter in finanzieller Hinsicht unterordnet[89]. Nur letztere Variante interessiert vorliegend.

Unterwirft sich die Tochter der Mutter in finanzieller Hinsicht, indem die Konzernklausel beispielsweise festhält, dass die Gesellschaft dem Aktionär (bzw. der Muttergesellschaft) unentgeltlich Sicherheiten gewähren darf, wird die Organvollmacht ausgedehnt, denn das Organ darf sich natürlich als berechtigt betrachten, Geschäfte zu tätigen, die der Zweck explizit zulässt. Da damit im Effekt (wenn auch nur partiell)[90] die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft aufgehoben wird, erfordert die Einführung einer solchen *Unterwerfungsklausel* im Zweck der Gesellschaft u.E. einen *einstimmigen Beschluss der Generalversammlung* (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR)[91], wobei eine Missachtung dieses Erfordernisses aber nur zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses führt.

Liegt keine solche Zweckklausel vor, kann die Generalversammlung mittels einer besonderen Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung den Mangel im Einzelfall beheben[92]. Ein solcher Akt bedarf dabei ebenfalls (wie die Einführung der Unterwerfungsklausel) der Zustimmung aller Aktionäre, da ja ebenfalls die Gewinnstrebigkeit partiell aufgegeben wird[93], wobei eine informelle, auch ausserhalb einer Generalversammlung erfolgende Zustimmung genügend ist[94].

Anzumerken ist, dass weder die Unterwerfungsklausel, noch der einstimmige Generalversammlungsbeschluss den Verwaltungsrat davon entbinden, andere Interessen zu berücksichtigten – so muss er namentlich sicherstellen, dass die Gesellschaft bei Abruf der Garantie noch über genügend Liquidität (oder Kreditlimiten)

[89] Vgl. das Beispiel bei Rusch (FN 4), 20. Vgl. auch Rusch (FN 4), 79 ff. zur generellen Frage, ob wegen der Bindung der Tochter allenfalls von unsittlichen Geschäften auszugehen ist.

[90] Partiell ist die Aufgabe insoweit, als die Gesellschaft in ihrer eigentlichen Geschäftstätigkeit weiter gewinnstrebig zu agieren hat. Rusch (FN 4), 24 f., leitet daraus ab, dass die Einführung einer Konzernierungsklausel nur eines normalen qualifizierten Quorums bedarf.

[91] Rolf Watter, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, AJP/PJA 2/96, 145; Aebi (FN 13), 73 f., verlangt für statutarische Zusätze wie «unter Aufgabe der Gewinnstrebigkeit» oder «unter Verzicht auf Gegenleistung in der Höhe der freien Mittel» ebenfalls einen einstimmigen Beschluss der Aktionäre; ähnlich auch Spörri (FN 80), § 11 N 105; a.M. Rusch (FN 4), 25 f.

[92] BGE 127 III 333 f.; keine Ermächtigung ist notwendig, wenn eine Benachteiligung ausgeschlossen ist (was logisch ist, denn dann liegt ja auch gar kein interessenwidriges Geschäft vor). Da die Höhe der Kommission aber selten genau festgelegt werden kann, wird das vorsichtige Organ stets einen Entscheid verlangen. Macht es dies im Einzelfall aber nicht, darf aber in guten Treuen davon ausgehen, dass die Kommission adäquat ist, ist das genügend (vgl. Text bei FN 160), denn dann hat es Organvollmacht (auch wenn keine Zweckerweiterung gemacht wurde, vgl. FN 83).

[93] Watter, Gewinnverschiebungen (FN 91), 145; a.M. Rusch (FN 4), 72 f., und wohl auch Zobl, Sicherungsgeschäfte (FN 83), 196.

[94] Watter, Gewinnverschiebungen (FN 91), 145; Rusch (FN 4), 71 ff.; zurückhaltend Peter Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 12 N 531; gemäss BGE 126 III 366 muss zum Schutze der Minderheit ein «anfechtbarer» Beschluss der Generalversammlung vorliegen.

verfügt, um das angestammte Geschäft weiterführen zu können. Dies gilt natürlich auch dann, wenn eine Kommission bezahlt wird.

ii) Erweiterung der Organvollmacht für eine Gewinnausschüttung durch den Verwaltungsrat

Neben der Problematik, dass die Organvollmacht zweck- und interessenwidrige Geschäfte grundsätzlich nicht abdeckt, besteht bei nicht entschädigten Upstream-Garantien das weitere Problem, dass der Verwaltungsrat im Ergebnis wirtschaftlich eine Gewinnausschüttung an den Aktionär vornimmt[95], wozu er innergesellschaftlich nicht zuständig ist.

Der Beschluss über die (offene) Gewinnausschüttung liegt in der Kompetenz der Generalversammlung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Dividenden dürfen nur aus dem Bilanzgewinn oder aus dafür gebildeten Reserven ausgerichtet werden (Art. 675 Abs. 2 OR)[96]. Der Bilanzgewinn wiederum ergibt sich aus der Jahresrechnung, welche die Revisionsstelle zusammen mit dem Antrag über die Verwendung des Bilanzgewinns prüft (Art. 728 Abs. 1 OR). Über das Ergebnis der Prüfung wird die Generalversammlung (im Sinne einer Beschlussvoraussetzung) orientiert (Art. 729c Abs. 1 OR).

Liegt die offene Gewinnausschüttung in der Kompetenz der Generalversammlung, muss das auch für die verdeckte Ausschüttung gelten, denn sonst würde die aktienrechtliche Kompetenzordnung unterlaufen. Da der Verwaltungsrat dies weiss (oder wissen muss), kann er selbst bei Vorliegen einer Unterwerfungsklausel nicht von sich aus tätig werden, wenn kein gültiger, bedingter («bedingt», weil ja noch keine Auszahlung erfolgt. Konsequenz des Beschlusses ist denn auch nicht ein Anspruch des Aktionärs auf Auszahlung, sondern die «Reservierung» für den Fall einer allfälligen späteren Unmöglichkeit, den Regressanspruch durchzusetzen) Ausschüttungsbeschluss[97] vorliegt. Dieser hat die gleichen Voraussetzungen, wie eine offene

[95] Dies, indem er auf eine adäquate Entschädigung verzichtet. Kommt es eines Tages zur Zahlung unter der Garantie (ohne Regressmöglichkeit), ist der Geldfluss dann konkret messbar, er ist aber nur die Folge eines (nicht zu Drittkonditionen geschlossenen) Vertrages (vgl. auch FN 38).

[96] Es fallen darunter der Jahresgewinn (unter Vorbehalt der obligatorischen Zuweisung an die allgemeine gesetzliche Reserve), separat ausgewiesene Gewinnvorträge aus früheren Jahren sowie von der Generalversammlung explizit für künftige Dividendenzahlungen gebildete Reserven, ferner nicht weiter qualifizierte «freie» Reserven; vgl. Peter Kurer, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., Basel 2002, OR 675 N 15 und 21; Spörri (FN 80), § 7 N 121 ff. und N 141 ff., Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 82), § 40 N 36.

[97] Dabei sollte aus Sicht eines vorsichtigen Verwaltungsrats der Generalversammlungsbeschluss den ganzen Garantiebetrag abdecken, auch wenn es theoretisch genügen würde, wenn die während der Laufzeit nach einem Dritttest zahlbaren Kommissionen vom Beschluss erfasst werden, vgl. dazu Aebi (FN 13), 142, mit Text in FN 35, dazu aber auch Rusch (FN 4), 130, der richtig bemerkt, dass mit diesem Text einfach eine Garantiestellung zu Drittkonditionen geschaffen

(direkte) Ausschüttung, womit ein Bilanzgewinn (oder vorhandene ausschüttbare Reserven) ebenso vorhanden sein müssen, wie ein Revisionsbericht; quorumsmässig genügend ist hier ein einfaches Mehr nach Art. 704 OR. Allerdings heisst das nicht, dass vor jeder Upstream-Garantie ein Abschluss gemacht werden muss, wenn beispielsweise der letzte Abschluss schon abgenommen wurde. Namentlich ist Folgendes möglich:

a) Die Generalversammlung kann ausschüttbare Reserven in dem Umfang für die Garantieabgabe «allozieren», wie sie auch ausserordentliche Dividenden sprechen könnte[98]. Voraussetzung dafür ist allerdings eine Bestätigung der Revisionsstelle, dass die vorhandenen ausschüttbaren Reserven tatsächlich noch vorhanden sind, bzw. keine Verluste eingetreten sind[99].
b) Die Generalversammlung kann bei einem Vorhandensein von gesetzlichen Reserven diese im Sinne von Art. 671 Abs. 1 und 2 OR im dort angegebenen Rahmen (Abs. 3 und 4) in freie und damit ausschüttbare Reserven umwandeln und dem Verwaltungsrat erlauben, im Umfang dieser Reserven Garantien abzugeben[100].
c) Die Generalversammlung kann u.E. auch eine Ausschüttung «auf Vorrat» beschliessen und dem Verwaltungsrat erlauben, im Rahmen dieses Betrages in einem späteren Zeitpunkt Upstream-Garantien einzugehen[101].
d) Endlich hat die Generalversammlung die Möglichkeit, das Kapital herabzusetzen, statt die Mittel aber auszuschütten, diese als freie Reserven fortzuschreiben; dieses Verfahren erfordert allerdings einen Gläubigerruf nach Art. 733 OR und ist an die Fristen der Kapitalherabsetzung gebunden.

wird, und festhält, dass wenn die betragliche Festsetzung möglich sei, besser eine Kommission bezahlt werde.

98 BSK-Kurer (FN 96), OR 675 N 35. Nicht möglich ist es dagegen, Gewinne aus dem laufenden Jahr einzubeziehen, ausser es würde ein Abschluss gemacht werden; vgl. auch Böckli, Aktienrecht, (FN 1) § 12 N 532.

99 Vgl. HWP (FN 40), 434 f.

100 Für einen ausdrücklichen Beschluss Böckli, Aktienrecht, (FN 1) § 12 N 520; Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht (Art. 660–697), Zürich 1957, OR 660 N 32; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 82), § 40 N 37 und § 50 N 67; Thomas Friedrich Müller, Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1997, 31; Markus Neuhaus/Bruno Schönbächler, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., OR 671 N 21 ff.; vgl. zur Spezialfrage der Umwandelbarkeit von Agio auf der einen Seite Böckli, Aktienrecht, (FN 1) § 12 N 526 und 527; BSK-Kurer (FN 96), OR 675 N 19; Müller (FN 100), 20; Watter, Gewinnverschiebung (FN 91), 141; offen gelassen bei Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 82), § 50 N 22.

101 Die nachfolgend geforderte Umbuchung auf gesperrte Reserven hat dann sofort nach dem Generalversammlungsbeschluss zu erfolgen.

Da bei der Garantiebestellung die Liquidität nicht sofort (und nur eventuell) gebraucht wird, ist u.E. weiter notwendig, dass nach dem Beschluss analog[102] zur Regelung beim Kauf eigener Aktien (Art. 659 und 659a Abs. 2 OR) jeweils im Betrag der versprochenen (oder beim Beschluss nach lit. c zu versprechenden) Garantie ausschüttbare Reserven in gesperrte Reserven umzubuchen sind – dies nur schon darum, damit während der Laufzeit der Garantie keine wirklichen Ausschüttungen oder neuerliche Garantieversprechen erfolgen. Läuft die Garantie aus, kann wiederum eine Umbuchung stattfinden (analog zu Art. 671a OR). Die Zulässigkeit dieses Vorgehens ergibt sich aus Art. 672 OR[103].

Vorteil der hier vertretenen Lösung ist, dass mit ihr auf die (in der Praxis teilweise in Legal Opinions[104] verlangte)[105] Abgabe eines Revisionsstellenberichts im Zeitpunkt der Zahlung und auf den (nach noch weitergehender Ansicht notwendigen) zweiten Ausschüttungsbeschluss der Generalversammlung im Zahlungszeitpunkt[106] verzichtet werden kann und damit eine Garantieabgabe möglich wird, die der Forderung, dass Verträge eingehalten werden müssen (*pacta sunt servanda*), gerecht wird. Die erste Forderung (Vorliegen eines dannzumaligen Revisionsstellenberichtes als Zahlungsvoraussetzung) hat nämlich (abgesehen vom Umstand, dass das Gesetz den Bericht im Beschluss- nicht im Zahlungszeitpunkt verlangt)[107] den offensichtlichen Nachteil, dass sie dann zu ausserordentlich unbefriedigenden Ergebnissen führt, wenn im Zahlungszeitpunkt keine Reserven mehr vorhanden sind, seien diese nun durch einen Beschluss der Aktionärin oder durch schlechte Geschäfte verschwunden. Die zweite Forderung (zweiter Generalversammlungsbeschluss) scheint uns unpraktikabel[108] und zu unsicher aus Sicht des Dritten (und auch gesamtwirtschaftlich wenig sinnvoll, wird sich doch beispielsweise die Bank die Unsicherheit einfach durch einen höheren Zins entschädigen lassen).

Angemerkt sei, dass die Analyse anders ist, wenn (was in der Praxis vorkommt), die Garantie die Zahlungsbedingung enthält, dass im Zahlungszeitpunkt aus-

102 Rusch (FN 4), 93 ff., diskutiert die analoge Anwendung von Art. 659 ff. OR nur im Zusammenhang mit dem Leveraged Buy-out, d.h. der Interzession zugunsten des Aktienerwerbers und lehnt die Anwendbarkeit ab. Hier erfolgt die Forderung der Blockierung der Reserven aber aus einem anderen Gedanken heraus.

103 BSK-Neuhaus/Schönbächler (FN 100), OR 672 N 6.

104 Vgl. Rusch (FN 4), 229 ff.

105 Vgl. Rudolf Tschäni, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 204.

106 Rusch (FN 4), 127 ff., der zu Recht festhält, dass diese Ansicht schon von vornherein falsch ist, weil der relevante Abfluss nicht erst mit der Inanspruchnahme der Garantie stattfindet.

107 Art. 729c Abs. 1 OR; dazu Rusch (FN 4), 131.

108 Speziell im Konkurs der Mutter, nicht nur, weil dann lange nicht klar ist, wer die Aktien stimmen darf, sondern auch, weil unklar ist, ob die Konkursverwaltung der Mutter nicht versuchen sollte, den Wert der Beteiligung an der Tochter zu sichern, indem sie den Beschluss ablehnt und versucht, die Aktien an der Tochter zu verkaufen.

schüttbare Reserven vorhanden sein müssen und dannzumal noch ein rechtsgültiger Ausschüttungsbeschluss erfolgt; eine solche Garantieabgabe liegt innerhalb der Organvollmacht (eine Unterwerfungsklausel oder ein einstimmiger Generalversammlungsbeschluss vorausgesetzt). Damit braucht es bei dieser Garantieform keinen vorgängigen «Ausschüttungsbeschluss» (auch wenn er in der Praxis teilweise gemacht wird).

Betrachtet man die oben[109] beschriebenen drei durch nicht zu Drittkonditionen gewährten Upstream-Garantien potenziell geschädigten Gruppen, zeigt sich, dass die hier vertretene Lösung zu einem ausgewogenen Ergebnis führt – dass im Einzelfall der Schutz des garantiebegünstigten Dritten vorgehen muss, wird nachfolgend noch gezeigt werden[110].

a) Minderheitsaktionäre werden dadurch geschützt, dass ein einstimmiger Beschluss vorausgesetzt ist, wenn keine Unterwerfungsklausel besteht – und besteht eine solche (dann genügt für den «Ausschüttungsbeschluss» die einfache Mehrheit), konnte diese nur einstimmig eingeführt werden, womit entweder Mitwirkung des Minderheitsaktionärs notwendig war[111] oder dann ein späterer Erwerb von Aktien in Kenntnis einer Unterwerfungsklausel.
b) Bestehende Gläubiger werden adäquat geschützt, denn es wird ein (gültiger) Ausschüttungsbeschluss verlangt – Gläubiger können sich nämlich nicht über eine Garantiebestellung beklagen, wenn sie auch eine (weitergehende) Ausschüttung dulden müssten.
c) «Neue» Gläubiger werden dadurch geschützt, dass (wenigstens bei einer überjährigen Garantie) die Bilanz im Anhang Garantieversprechen aufführt[112] und durch die «Blockierung» der Reserven sichergestellt wird, dass keine Ausschüttungen (oder weitere Garantiebestellungen) erfolgen, bis die Garantie ausläuft (ausser es hätte auch dafür genügend Reserven). Damit wird zwar der Schutz nicht so weit getrieben, wie dies in der Praxis teilweise gefordert wird[113], dass nämlich auch im Moment der Zahlung noch ausschüttbare Reserven bestehen; u.E. ist das aber auch nicht notwendig, denn falls geschäftliche Verluste die vorhandenen Reserven vermindern, bietet Art. 725 OR einen genügenden Schutz, falls die gesperrten Reserven (richtigerweise) nicht zum Referenzkapital hinzugerechnet werden[114]: Hat beispielsweise (vereinfacht) die Gesellschaft ein

[109] Vgl. vorne, Ziff. II.A.4.

[110] Immerhin stehen dann den Aktionären und Gläubigern u.U. Verantwortlichkeitsklagen zu, denn die Organe haben dann ohne interne Ermächtigung gehandelt.

[111] Oder dann wurde die Anfechtungsfrist verpasst.

[112] Vgl. vorne, Ziff. II.A.5.

[113] Vgl. vorne, Ziff. II.B.1.ii).

[114] Nach Hanspeter Wüstiner, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., OR 725 N 18, liegt ein Kapitalverlust vor, wenn der bilanzierte Verlustsaldo die Hälfte des AK

Aktienkapital von 8 und freie Reserven von 10, und gibt sie nun ein Garantieversprechen von 10 ab, ist der Verwaltungsrat dieser Gesellschaft gezwungen, nach einem Verlust von 4 Massnahmen nach Art. 725 Abs. 1 OR einzuleiten.

Dieses Auslegungsergebnis wird durch die herrschende Lehre zu Art. 678 OR gestützt[115]: Der Normzweck dieser Bestimmung liegt in der Sanktionierung der Verletzung der materiellen wie auch der formellen Ausschüttungssperren[116]. Ermächtigen die Aktionäre den Verwaltungsrat jedoch durch einstimmigen Beschluss, entfällt das Schutzbedürfnis der Aktionäre[117].

b. Gutglaubensschutz des Dritten

Ist die Bestellung der Upstream-Garantie innergesellschaftlich nicht genügend abgesichert (durch Unterwerfungsklausel oder Ermächtigung/Genehmigung und durch einen Ausschüttungsbeschluss), fragt sich, ob im Einzelfall die Garantie doch gültig ist, wenn der Dritte gutgläubig war (Art. 718a Abs. 2 OR)[118], wobei sich die Gutgläubigkeit u.E. auf das Vorliegen beider vorstehend geschilderten internen Voraussetzungen (Unterwerfungsklausel oder Ermächtigung/Genehmigung und Ausschüttungsbeschluss) beziehen muss (nicht aber auf die Umbuchung von freien in gesperrte Reserven).

und der gesetzlichen Reserven übersteigt. Die gesetzlichen Reserven umfassen seines Erachtens die allgemeine Reserve (Art. 671), die Reserve für eigene Aktien (Art. 671a) und die Aufwertungsreserve (Art. 671b), d.h. die Reserven, welche einem Ausschüttungsverbot unterliegen; so auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (FN 82), § 50 N 196; Böckli, Aktienrecht (FN 1), § 13 N 717 f., nimmt entgegen der vorgenannten Lehrmeinungen als Referenzgrösse auf der Passivseite der Bilanz die Summe von Aktienkapital und gesetzlichen Reserven und zwar insbesondere der ganzen «allgemeinen Reserve», auch desjenigen Teils, der verwendbares Eigenkapital darstellt, bzw. darstellen kann. Nach Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer, Steuer- und Treuhandexperten, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfer, Band 2, Zürich 1998, 46 f., ist lediglich der gebundene Teil der allgemeinen Reserven in die Vergleichsrechnung nach Art. 725 Abs. 1 OR zur Ermittlung des hälftigen Kapitalverlusts einzubeziehen. Nach dem Wortlaut des Vorentwurfs zur Revision des Aktienrechts beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte der Summe des Aktienkapitals, der Kapitalreserve und der gesetzlichen Reserve nicht mehr durch die Aktiven abzüglich aller Verbindlichkeiten gedeckt ist.

[115] Vgl. generell zu Art. 678 OR im vorliegenden Zusammenhang Rusch (FN 4), 100 ff. Auf die Problematik der Anwendbarkeit dieser Bestimmung wird vorliegend nicht näher eingegangen, weil sich der Anspruch nach dieser Bestimmung nur gegen die Mutter, nicht aber gegen die Bank richtet und damit lediglich zum Regressanspruch hinzutritt. Aus analogen Gründen wird nicht näher auf die Problematik der Einlagerückgewähr eingegangen, Rusch (FN 4), 146 ff.

[116] BSK-Kurer (FN 96), OR 678 N 2.

[117] Vgl. auch generell Oliver Blum, Cash Pooling: Gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP/PJA 2005, 705 ff.

[118] Vgl. Watter, Gewinnverschiebungen (FN 91), 143; Rusch (FN 4), 54 ff.; Zobl, Sicherungsgeschäfte (FN 83), 190 f., 192 f.; Zobl, Vertretungsmacht (FN 84), 300.

Der gute Glaube des Dritten wird nach Art. 3 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 718a Abs. 2 OR vermutet[119]. Umgestossen werden kann diese Vermutung nur im Einzelfall, namentlich dann, wenn der Dritte die Interessenlage (keine adäquate Kommission, fehlende Reserven) kannte oder hätte kennen sollen. Von Banken, die den ganzen wirtschaftlichen Hintergrund in der Regel kennen, wird allerdings oft verlangt werden können, dass sie beim handelnden Organ nachfragen, ob zwischen Mutter und Tochter eine faire Entschädigung bezahlt wird[120] oder interne Beschlüsse vorliegen. U.E. besteht keine Pflicht, sich Protokolle oder Zahlungsbelege vorlegen zu lassen oder gar den materiellen Gehalt der Beschlüsse zu überprüfen, auch wenn Banken das heute meist machen, die Aufgabe aber an Anwälte delegieren, die sich im Rahmen von «Legal Opinions» zu äussern haben. Nebenbei sei bemerkt, dass sich Banken durch solche Opinions dann die Berufung auf ihren guten Glauben verunmöglichen, wenn diese Opinions Probleme aufzeigen.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann eine vorbehaltlose Opinion von Anwälten nur dann abgegeben werden, wenn die obgenannten Voraussetzungen erfüllt sind (wobei die Buchung des Garantiebetrages auf blockierte Reserven u.E. nur eine interne, den handelnden Verwaltungsrat schützende Massnahme ist und im Aussenverhältnis keine Rolle spielt).

c. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich damit das in der folgenden Graphik dargestellte Bild, das darstellt, wann eine gültige Upstream-Garantie resultiert, wobei der Fall, wo eine Kommission zu Drittkonditionen[121] bezahlt wird, auch erfasst wird[122].

Wie dargelegt, schützt das hier vertretene System Aktionäre sowie bestehende und neue Gläubiger u.E. adäquat, insbesondere dann, wenn für den Garantiebetrag eine gesperrte Reserve gebildet wird.

Ist die Garantie extern gültig, obwohl die internen Beschlussvoraussetzungen nicht oder nicht vollständig eingehalten wurden, kann der Verwaltungsrat im Konkurs[123] der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern haftbar werden; bestehen (klagewillige) Minderheitsaktionäre ist auch eine Haftung ausserhalb des Konkurses möglich.

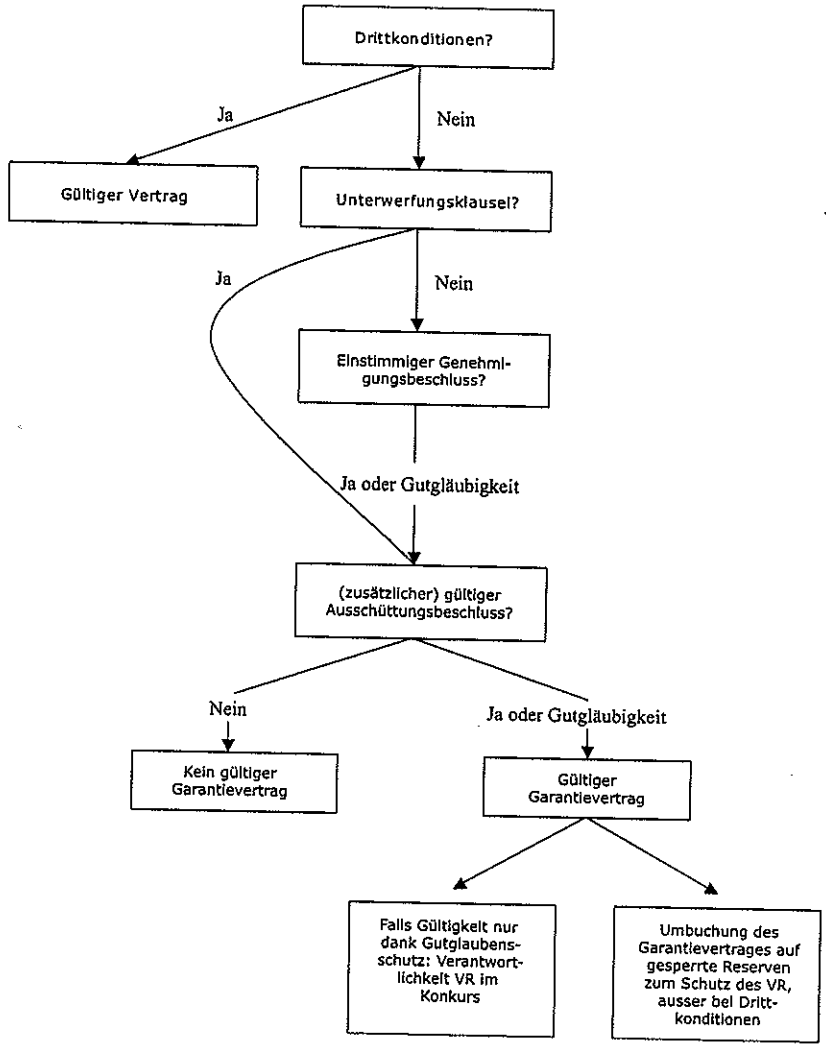
[119] Vgl. BSK-Watter (FN 81), OR 718a N 11; Rusch (FN 4), 54 ff., der für die Bank strenge Massstäbe anlegt; BGE 126 III 364; Walter Stoffel/Michel Heinzmann, Interessendurchgriff?, in: Festschrift für Peter Forstmoser, Hans Casper von der Crone/Rolf Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2003, 201f.; Aebi (FN 13), 80 ff.; auch Rusch (FN 4), 62 f.

[120] Vgl. Rusch (FN 4), 52, der ebenfalls vorschlägt, dass eine Vorkehrung der Bank darin bestehen könnte, im Kreditvertrag zwischen der Bank und der Aktionärin einerseits und im Interzessionsvertrag zwischen der Bank und der abhängigen Gesellschaft andererseits zu stipulieren, dass die Gesellschaft eine adäquate Interzessionsgebühr erhält.

[121] Vgl. hinten, Ziff. II.B.3.

[122] Vgl. FN 160 zum relevanten Massstab.

[123] Rusch (FN 4), 195 und Lorandi (FN 9), S. 1300 legen dar, dass Gewinnausschüttungen, die zivilrechtlich gültig zustande gekommen sind, je nach Konstellation mittels der paulianischen Anfechtung korrigiert werden können.



2. Steuerliche Behandlung eines Garantieversprechens ohne adäquate Gegenleistung

a. Grundsatz

Fehlt es im Rahmen einer Upstream-Garantie an der adäquaten Gegenleistung, so fehlt aus steuerrechtlicher Sicht die *geschäftsmässige Begründetheit*. Es liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor und es kommt zu den entsprechenden *steuerlichen Korrekturen*.

b. Zivilrechtswidrigkeit und deren steuerrechtliche Wirkung

Eine Garantie ohne adäquate Gegenleistung verletzt allenfalls die zivilrechtliche Kompetenzordnung[124]. Es stellt sich die Frage, wie dieser zivilrechtliche Mangel steuerrechtlich zu würdigen ist. Grundsätzlich gilt im Steuerrecht das *Faktizitätsprinzip*. Danach wird steuerlich erfasst, was tatsächlich vollzogen wurde. Risiken ist mit Rückstellungen zu begegnen, welche steuerlich jedoch nur dann anerkannt werden, wenn sie verbucht sind.

Die Tatsache des zivilrechtlichen Mangels des Rechtsgeschäftes allein genügt demnach nicht, um eine steuerliche Erfassung als geldwerte Leistung abzuwenden.

c. Steuerrechtliche Folgen der verdeckten Gewinnausschüttung[125]

i) Gewinnsteuer

Fehlt es bei einem Rechtsgeschäft zwischen Tochter- und Muttergesellschaft an der adäquaten Gegenleistung, so stellt sich aus Sicht des Drittvergleiches zum einen die Frage, ob ein Dritter das Geschäft *überhaupt eingegangen wäre* und zum anderen, wenn ja, zu *welchen Konditionen*.

Eine Garantie wird zwischen unabhängigen Dritten mittels einmaliger Leistung oder periodisch während der Laufzeit abgegolten. Kommt es zur Garantieleistung, so besteht üblicherweise ein *Regressanspruch*, den der Garant durchzusetzen versuchen wird. Gelingt ihm das nicht, so tritt bei ihm ein Verlust ein[126].

Im Verhältnis zwischen Nahestehenden bedeutet dies, dass immer dann, wenn auch ein Dritter die Garantie gewährt hätte und für die gewährte Garantie eine adäquate Gegenleistung entrichtet wird, im Falle der Garantieleistung und dem Eintritt eines Verlustes beim Garanten, dieser *Verlust steuerlich zu akzeptieren ist*[127,128], Dies setzt voraus, dass der Garant alles Mögliche unternommen hat, um seinen Regressanspruch durchzusetzen. *Freiwilliger Verzicht auf den Regressanspruch* stellt seinerseits wieder eine *geldwerte Leistung* dar[129].

Damit fragt sich, welche Steuerfolgen sich ergeben, falls im Rahmen einer Garantie, deren Gewährung als solche dem Drittvergleich standhält, deren Konditionen aber nicht, tatsächlich geleistet werden muss und beim Garanten mangels Regressmöglichkeit ein (über das fehlende Entgelt hinausgehender) Verlust eintritt. Hier muss gelten, dass die Zahlung der garantierten Summe in Erfüllung des eingegangenen Garantievertrages erfolgt. Diese Leistung hält *per se* dem Drittvergleich stand, ist als geschäftsmässig begründet gewinnsteuerrechtlich abzugsfähig und stellt verrechnungssteuerlich keine geldwerte Leistung dar[130]. Mangelhaft ist dagegen die Entschädigung für die Gewährung der Garantie. *Entsprechend hat die steuerliche Korrektur im Ausmass dieser fehlenden Entschädigung für die Einräumung der Garantie zu erfolgen.* Der weitere Ausfall ist nicht zusätzlich oder anstelle des fehlenden Entgeltes steuerlich zu korrigieren[131].

Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein Dritter, z.B. aufgrund des Risikos, *das Garantiegeschäft gar nicht abgeschlossen hätte*. In diesem Fall stellt sich nicht die Frage der Höhe der Entschädigung, resp. der Bestimmung des fehlenden Entgeltes. Die steuerrechtlich relevante Frage ist absoluter, insbesondere beim Eintritt des Garantiefalles. Hier gilt wohl in Analogie zu den Darlehen an den Aktionär[132], welche einem Drittvergleich per se nicht standhalten (nicht bloss in Bezug auf den

[124] Vgl. vorne, Ziff. II.B.1.

[125] Denkbar ist auch eine zu hohe Entschädigung für die Gewährung der Garantie. In diesem Fall stellt sich die Frage der verdeckten Kapitaleinlage in die Tochtergesellschaft. Die daraus resultierenden Steuerfolgen gestalten sich analog derjenigen, die bei einer Downstream-Garantie anfallen.

[126] Vgl. vorne, Ziff. II.A.3. und II.A.5.

[127] So auch DUSS/VON AH (FN 7), VStG 4 N 162, betreffend Leistungen eines Dividendengaranten und N 88 f. betreffend Zinsgaranten, da «die Verhältnisse [...] nicht anders [sind], als wenn der Gläubiger seine Risiken durch eine Versicherung abgedeckt hätte: Der Ersatzpflichtige wird nicht zum Schuldner einer steuerbaren Leistung und der (steuerpflichtige) Zinsschuldner erbringt keine Leistung».

[128] Aus dieser Sicht ist der Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2001 (Sachverhalt s. StE 2002, B 24.4 Nr. 62/63) zur indirekten Teilliquidation falsch. Die Pfandbestellung, vergleichbar mit der Gewährung einer Garantie, stellt keine geldwerte Leistung dar, soweit im Zeitpunkt der Pfandbestellung nicht bereits klar ist, dass es zur Pfandverwertung kommen wird.

[129] Art. 58 Abs. 1 lit. b al. 5 DBG.

[130] So auch DUSS/VON AH (FN 7), VStG 4 N 89, betreffend Zinsgaranten.

[131] Es kann dem Steuerpflichtigen auch nicht entgegengehalten werden, er verhalte sich treuwidrig, indem er zuerst auf eine marktmässige Entschädigung verzichte und danach bloss deren Fehlen steuerlich korrigieren wolle. Entscheidend ist, welches Entgelt wofür zwischen unabhängigen Dritten vereinbart und erbracht worden wäre und inwiefern diese Grösse vom effektiv erbrachten Entgelt abweicht.

[132] MARKUS NEUHAUS, Die Besteuerung des Aktienertrages, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Band 81, Zürich 1988, 194 ff.; FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, DBG 58 N 104; PETER BRÜLISAUER/STEPHAN KUHN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Basel 2000, DBG 58 N 210. Vgl. zur handelsrechtlichen Problemstellung: BÖCKLI, Darlehen (FN 1), 4.

Zinssatz), dass die *gesamte Leistung des Garanten* an den Begünstigten steuerlich als *nicht geschäftsmässig begründet* gilt und als geldwerte Leistung korrigiert wird[133]. Praktisch kann aber wohl nur ausnahmsweise vom Fiskus geltend gemacht werden, ein Dritter hätte die Garantie nicht gewährt, dies insb. deshalb, weil der Konzern als Ganzes üblicherweise kreditwürdig ist und die Garantie letztlich nur eine zusätzliche Sicherheit für den Gläubiger darstellt. Zudem weichen die konkreten Umstände eines Konzerns oft von denjenigen unabhängiger Dritter ab und es ist zu berücksichtigen, dass Garantien oder andersartige Unterstützungen von Konzerngesellschaften meist im gegenseitigen Interesse liegen[134].

Relevant ist auch der *zeitliche Aspekt einer allfälligen steuerrechtlichen Korrektur.* Die steuerrechtliche Veranlagung erfolgt pro Steuerjahr, abgegrenzt wird nach dem Periodizitätsprinzip[135]. Entsprechend ist für jedes Steuerjahr zu bestimmen, ob eine steuerliche Korrektur vorzunehmen ist und wenn ja, in welchem Umfang. Steuerrechtliche Korrekturen erfolgen bei noch offenen Veranlagungen direkt in der relevanten Steuerperiode. Ist die Steuerperiode, für welche eine steuerliche Korrektur vorzunehmen ist, bereits rechtskräftig veranlagt, so kann sie bloss noch erfasst werden, falls die *Voraussetzungen für ein Nach- oder Strafsteuerverfahren erfüllt sind.*

Die Eröffnung eines *Nachsteuerverfahrens* setzt voraus, dass aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln, die der Steuerbehörde nicht bekannt waren, eine Veranlagung zu Unrecht unterblieben oder eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist[136]. Ein *Strafsteuerverfahren* wegen Steuerhinterziehung wird eröffnet, wenn ein Steuerpflichtiger vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt, dass eine Veranlagung zu Unrecht unterbleibt oder dass eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist[137]. *Steuerbetrug* liegt überdies vor, wenn zum Zwecke der Steuerhinterziehung gefälschte, verfälschte oder inhaltlich unwahre Urkunden wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen oder Lohnausweise und andere Bescheinigungen Dritter zur Täuschung gebraucht werden[138].

Im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen stellt sich die Frage, ob zwingend eine unwahre Urkunde vorliegt, falls die Bilanz und Erfolgsrechnung nicht den steuerrechtlich relevanten Drittpreis enthält. Dazu ist Folgendes zu unterscheiden: Wird ein Rechtsgeschäft in der Jahresrechnung einer Gesellschaft gar nicht abgebildet oder widerspricht die Abbildung dem zivilrechtlichen Vorgang, so ist diese Jahresrechnung weder vollständig noch wahr[139]. Die objektiven Tatbestandselemente des Steuerbetruges sind erfüllt und damit auch die Voraussetzungen zur Eröffnung eines Nach- und Strafsteuerverfahrens[140]. Wird hingegen ein Rechtsgeschäft gemäss den Abmachungen der Parteien verbucht[141] und damit willensgemäss abgebildet und qualifiziert danach der Fiskus das Geschäft in eine geldwerte Leistung um, so liegt keine unwahre Urkunde[142] und auch keine neuen Tatsachen oder Beweismittel vor, womit die Voraussetzungen zur Eröffnung eines Nach- und Strafsteuerverfahrens nicht erfüllt sind. *In concreto* bedeutet dies, dass immer dann, wenn eine Garantie im *Anhang* offen gelegt wird, jedoch ein nicht adäquates Entgelt vereinbart und geleistet wird, der Fiskus nach Eintritt der Rechtskraft an seine *Veranlagung mangels Vorliegen neuer Tatsachen gebunden ist* und nicht im Nachhinein ein Nach- oder gar Strafsteuerverfahren eröffnen kann, um eine verdeckte Gewinnausschüttung aufzurechnen.

Fehlt jedoch der Ausweis der Garantie im Anhang, so liegt eine *unvollständige Jahresrechnung* vor[143]. Für den Fall, dass zwar ein Entgelt geleistet wird, dieses vom Fiskus nach Eintritt der Rechtskraft jedoch als ungenügend qualifiziert wird, muss der Vorwurf der unvollständigen Jahresrechnung mangels Ausweis der Garantie im Anhang und damit die Einleitung eines Nach- und allenfalls Strafsteuerverfahrens dann abwendbar sein, wenn das Entgelt für die Garantie in der Erfolgsrechnung ersichtlich war und das Geschäft dem Fiskus somit bekannt war[144]. Ist dies nicht der

[133] Diese Auffassung vertritt (in einer wesentlich weitergehenden Form) ebenfalls die ESTV, Stockar/Hochreutener (FN 5), StG 5 Abs. 2 lit. a N (15), wonach in der Gewährung einer Garantie- oder Bürgschaftserklärung des Aktionärs zugunsten seiner inländischen Gesellschaft noch kein steuerbarer Kapitalzuschuss liegt. «Ein [steuerbarer] Zuschuss ist erst dann gegeben, wenn der Aktionär sein Garantieversprechen einlöst». Entgegen u.A. nimmt die ESTV jedoch keine Differenzierung vor und unterstellt jegliche Garantieleistungen (unabhängig davon, ob das zugrunde liegende Rechtsgeschäft geschäftsmässig begründet ist oder nicht) der Emissionsabgabe.

[134] So schon Reich (FN 62), 616.

[135] Art. 79 DBG.

[136] Art. 151 ff. DBG.

[137] Art. 175 DBG.

[138] Art. 186 DBG.

[139] Diesbezüglich herrscht Einigkeit in der Lehre, vgl. statt vieler: Andreas Donatsch, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 83–222, Basel 2000, DBG 186 N 30.

[140] Kreisschreiben ESTV Nr. 21 vom 7. April 1995, Ziff. IV 1.1.1.

[141] Unter Beachtung der handelsrechtlichen Buchführungsvorschriften gemäss Art. 959 ff. OR.

[142] Scherrer/Zumoffen Fruttero (FN 73), 73 und 75; Markus Neuhaus, Unternehmensbesteuerung nach neuem Aktienrecht, II. Teil: Auswirkungen im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung, ST 68 (1994) 82; Derselbe Erfahrungen aus steuerlicher Sicht, Kritische steuerliche Aspekte des neuen Aktienrechts, ST 68 (1994) 991, betreffend Transferpreise im Konzern; Derselbe (FN 61), 491; Donatsch (FN 139), DBG 186 N 30, sagt klar, dass Buchungen, «bei denen tatsächliche Vorgänge im sachgemässen Konto angeführt werden, welche wirtschaftlich an sich nicht gerechtfertigt sind», keine unwahren Urkunden darstellen; a.M.: Peter Locher, Steuerrechtliche Folgen der Revision des Aktienrechts, ASA 61 (1992) 101; Urs R. Behnisch, Verdeckte Gewinnausschüttung und Steuerstrafrecht, ST 67 (1993) 380.

[143] Art. 663b Ziff. 1 OR i.V.m 662a Abs. 2 Ziff. 1 OR; vgl. auch vorne, Ziff. II.A.5.

[144] So wohl auch ESTV in: Kreisschreiben Nr. 21 vom 7. April 1995, Ziff. 2.2., wonach «die Schätzung und Bewertung steuerbarer Objekte an sich keine neuen Tatsachen schafft. Hat z.B. der Steuerpflichtige in der Steuererklärung oder im Veranlagungsverfahren Angaben über den Wert eines Vermögensgegenstandes oder die Höhe einer geschäftsmässig begründeten Abschreibung gemacht, hat er ein subjektives Werturteil abgegeben. Erweist sich später diese Bewertung als unrichtig, so kann die Veranlagung nur dann erneut überprüft und korrigiert werden, wenn sich

Fall, liegt eine unvollständige Jahresrechnung vor, was zur Eröffnung eines Nach- und Strafsteuerverfahrens führt.

ii) Verrechnungssteuer

Aus verrechnungssteuerlicher Sicht gilt mit Bezug auf obige Ausführungen, dass ein nicht adäquates Entgelt eine geldwerte Leistung darstellt. Fehlt jedes Entgelt, so findet sich in den Büchern der Mutter keine Buchung zum Garantiegeschäft, trotzdem gilt sie als Begünstigte und Nutzungsberechtigte. Damit ist sie *rückerstattungsberechtigt*, resp. sind die Voraussetzungen für das Meldeverfahren erfüllt, soweit aus verrechnungssteuerlicher Sicht eine geldwerte Leistung zugunsten der Mutter angenommen wird[145].

iii) Corresponding/Secondary Adjustment

Erfolgt bei der Tochtergesellschaft eine gewinnsteuerrechtliche Korrektur, so stellt sich die Frage, welche *gewinnsteuerrechtlichen Auswirkungen dies auf die Muttergesellschaft hat*. Bei der Tochtergesellschaft wird der fehlende Ertrag gewinnsteuerrechtlich aufgerechnet. Bei der Muttergesellschaft fehlt im gleichen Ausmass Aufwand (sie hat für die Gewährung der Garantie kein oder ein zu tiefes Entgelt geleistet), ihr Ertrag ist somit zu hoch ausgewiesen. Die geldwerte Leistung ist in den Büchern der Muttergesellschaft jedoch nicht als geldwerte Leistung, d.h. nicht als Beteiligungsertrag ausgewiesen. Qualifiziert sie grundsätzlich für den Beteiligungsabzug[146], so hat die Muttergesellschaft ein Interesse, diesen im Ausmass der verdeckten Gewinnausschüttung auch geltend zu machen.

Die *Primärberichtigung* bei der leistenden Tochtergesellschaft führt demnach in einem ersten Schritt zu einer wirtschaftlichen *Doppelbesteuerung* innerhalb des Konzerns. Erst eine *entsprechende Korrektur* bei der empfangenden Gesellschaft, eine korrespondierende Berichtigung (*corresponding adjustment*), beseitigt die Doppelbesteuerung. Inwiefern eine solche korrespondierende Berichtigung möglich ist, ist einerseits aus innerschweizerischer Sicht und andererseits aus internationaler Sicht zu beurteilen. Dabei stellen sich verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Fragen[147].

Im *innerschweizerischen Verhältnis*, innerkantonal und interkantonal, stellt sich aus verfahrensrechtlicher Sicht die Frage, ob eine steuerliche Korrektur bei einem

herausstellt, dass der Steuerpflichtige unrichtige oder unvollständige Angaben über die Grundlagen der Bewertung gemacht hatte.»

145 Vgl. vorne, Ziff. II.A.6.b.

146 Art. 69 f. DBG.

147 Vgl. dazu insbesondere MARKUS NEUHAUS, Verdeckte Gewinnausschüttungen, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Markus Neuhaus/Joelle Zumoffen Fruttero/Claudine Voyame/Jean Raemy/Jean-Pierre Javet/Bruno Scherrer/Rolf Watter/Armin Marti (Hrsg.), Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, 47 ff.

Steuersubjekt einen Einfluss auf die Veranlagung eines anderen involvierten Steuersubjektes haben kann. Dabei ist relevant, ob die Veranlagung der begünstigten Gesellschaft bereits rechtskräftig ist oder noch nicht. *Fehlt es an der Rechtskraft* bei der begünstigten Gesellschaft, so folgt aus dem verfassungsmässigen Verbot widersprüchlichen Verhaltens[148], dass eine steuerliche Korrektur immer zweiseitig sein muss. Davon geht offensichtlich auch die Eidg. Steuerverwaltung aus, indem sie festhält, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung einer leistenden Gesellschaft bei der empfangenden Gesellschaft als Beteiligungsertrag im Sinne von Art. 69 f. DBG umqualifiziert wird[149]. Ist die begünstigte Gesellschaft bereits *rechtskräftig veranlagt*, so hat die steuerliche Korrektur bei der leistenden Gesellschaft in Bezug auf die Veranlagung der begünstigten Gesellschaft als neue Tatsache zu gelten und damit als Revisionsgrund zur Korrektur der Veranlagung der begünstigten Gesellschaft[150]. Im Weiteren gilt es zu prüfen, ob eine steuerliche Korrektur einer verdeckten Gewinnausschüttung bei der begünstigten Muttergesellschaft Auswirkungen auf die *Gestehungskosten* ihrer Beteiligung an der leistenden Tochtergesellschaft hat. Dies ist grundsätzlich zu verneinen[151], ebenso hat der Vorgang keine Auswirkung auf die Qualifikation einer Beteiligung als Alt- oder Neubeteiligung i.S. von Art. 207a DBG[152]. Im *interkantonalen Verhältnis* stellt sich überdies die kollisionsrechtliche Frage, ob der Ansässigkeitskanton der begünstigten Gesellschaft an die steuerliche Umqualifikation des Kantons der leistenden Gesellschaft gebunden ist. Obwohl nicht höchstrichterlich explizit entschieden, ist aus dem Verbot der interkantonalen

148 Art. 9 BV. So schon REICH (FN 62), 644, wonach «der aus der Leistungsbeziehung resultierende Gewinn nur einmal erzielt worden ist und deshalb auf der Ebene der Tochtergesellschaft auch nur einmal besteuert werden darf»; NEUHAUS, Aktienertrag (FN 132), 151; ebenso BRÜLISAUER/KUHN (FN 132), DBG 58 N 253 und insbesondere N 266 ff.

149 Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998, Ziff. 2.4.1.e.: danach stellen «verdeckte Gewinnausschüttungen und nicht geschäftsmässig begründete Zuwendungen an die Inhaber von Beteiligungen (Zinsen, Preise für materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter sowie für Dienstleistungen, die sich im Lichte des Drittvergleichs nicht rechtfertigen lassen) Beteiligungsertrag im Sinne von Art 69 f. DBG dar, sofern die leistende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft eine entsprechende Gewinnaufrechnung erfahren hat. Stammt die verdeckte Gewinnausschüttung oder die nicht geschäftsmässig begründete Zuwendung aus einer ausländischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, kann überdies der Beteiligungsabzug nur gewährt werden, wenn die zuständige schweizerische Steuerbehörde zur Einsicht gelangt, dass sie anstelle der ausländischen Steuerbehörde eine Aufrechnung vorgenommen hätte oder aber, wenn eine Verständigungslösung kraft eines Doppelbesteuerungsabkommens vorliegt».

150 Ebenso Bundessteuer-Rekurskommission Kanton Zürich, in: MARCO DUSS, Verdeckte Vorteilszuwendung zwischen verbundenen Unternehmen, StR 48 (1993) 18; Im Resultat gleich, in der Begründung anders: REICH (FN 62), 646. Vgl. zudem NEUHAUS (FN 147), 49 f.

151 Ausnahme: Bedingt die verdeckte Gewinnausschüttung eine Abschreibung, so reduzieren sich die Gestehungskosten entsprechend (Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998 i.V.m. Art. 70 Abs. 3 DBG).

152 Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998.

Doppelbesteuerung nach Art. 127 Abs. 3 BV[153] und aufgrund des formell harmonisierten Begriffes des der Gewinnsteuer unterliegenden Steuerobjektes[154] zu schliessen, dass eine korrespondierende Berichtigung vorzunehmen ist[155].

Im *internationalen Verhältnis* behandelt das OECD Musterabkommen in seinem Artikel 9 Absatz 2 die korrespondierende Berichtigung und legt fest, dass eine solche erfolgen soll. Die Schweiz hat jedoch gegenüber diesem Artikel einen Vorbehalt angebracht und übernimmt ihn in seinen Doppelbesteuerungsabkommen regelmässig nicht. Damit verbleibt aus Schweizer Sicht bloss der Weg über eine Verständigungsvereinbarung. Die Schwäche des Verständigungsverfahrens liegt aber darin, dass die involvierten Staaten keine Pflicht trifft, eine Einigung zu erreichen. Ein positives Resultat eines Verständigungsverfahrens stellt jedoch eine neue Tatsache dar und damit einen Revisionsgrund[156], womit auf diesem Weg die Voraussetzungen für eine korrespondierende Berichtigung geschaffen werden können.

Aus der Sicht der Ertragssteuern ist durch eine erfolgreiche Gegenberichtigung die Doppelbesteuerung beseitigt. Soll jedoch diejenige Situation hergestellt werden, die vorherrschen würde, wenn zwischen verbundenen Unternehmen von Anfang an marktkonforme (arm's length) Verrechnungspreise vereinbart worden wären, dann bedarf es eines *secondary adjustments* zur Rückgängigmachung der verdeckten Gewinnausschüttung. Ein solches wurde ursprünglich bloss sehr zurückhaltend steuerlich anerkannt. Art. 678 OR erlaubt aber seit 1992 zu differenzieren: Handelsrechtlich besteht danach unter gewissen Voraussetzungen eine Rückforderungspflicht. Wird diese tatsächlich geltend gemacht, so erfolgt die Einbuchung der Rückforderung zwar handelsrechtlich erfolgswirksam, muss aber steuerlich erfolgsneutral bleiben (ähnlich der Auflösung einer versteuerten Reserve). Die Erfüllung dieser Forderung stellt auch keine steuerbare Kapitaleinlage der zuvor begünstigten Muttergesellschaft in ihre Tochtergesellschaft dar, da die Leistung ja gerade in Erfüllung einer schuldrechtlichen Pflicht nach Art. 678 OR erfolgt und nicht als Zuschuss des Aktionärs.

Auch aus *verrechnungssteuerlicher Sicht* stellt die Sekundärberichtigung unter gewissen Voraussetzungen keine steuerbare Leistung dar. Gemäss geltender Praxis[157] ist das secondary adjustment verrechnungssteuerfrei möglich auf dem Weg der Bildung einer Rückstellung im Umfang der erwarteten Rückforderung bei Bekanntwerden des Anspruchs auf ein secondary adjustment und der anschliessenden Leistung gegen Auflösung dieser Rückstellung.

Dies gilt heute auch im internationalen Verhältnis explizit[158]. Entsprechend ist bei Erreichen einer Verständigungsvereinbarung im internationalen Verhältnis ein secondary adjustment möglich, ohne Verrechnungssteuerfolgen auszulösen.

3. Bestellung einer Garantie zu Drittkonditionen

Bei einer Garantiebestellung zu Drittkonditionen erhält die Gesellschaft für die Bestellung der Garantie eine angemessene Gegenleistung[159]. Liegt dies vor – wobei Massstab der ist, ob das bei der Garantin handelnde Organ *in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass die Konditionen fair sind*[160] – resultiert ohne weiteres ein gültiger Vertrag. Zweckkonformität und Organvollmacht sind praktisch immer gegeben, es besteht u.E. auch keine Ausschüttungsproblematik[161] und es ist auch keine Genehmigung der Generalversammlung notwendig[162].

4. Steuerliche Behandlung einer Garantie zu Drittkonditionen

Wird für die Gewährung der Garantie der Tochter im Upstreamverhältnis ein marktkonformes Entgelt bezahlt, ist der bei der Mutter für das marktkonforme Entgelt verbuchte Aufwand *geschäftsmässig begründet*[163] und es liegt weder eine verdeckte Kapitaleinlage noch eine geldwerte Leistung der Tochter an die Mutter vor.

Wird die Garantie danach tatsächlich in Anspruch genommen und kommt es bei der Tochter trotz Versuch, den Regressanspruch bei der Mutter durchzusetzen,

---

153 Das Erfordernis der Subjektidentität ist nicht rein formal zu verstehen. Auch das Bundesgericht legt den Begriff immer wirtschaftlicher aus. Siehe etwa Praxis 79, Nr. 218, 779 und 781 = BGE 115 Ia 164 f.: ebenso in StR 48 (1993) 287 ff. zu Ehegatten; StR 50 (1995) 327 ff. zu Kinderalimenten; StR 50 (1995) 378 zu Ehegattenalimenten; siehe auch Ernst Höhn/Peter Mäusli, Interkantonales Steuerrecht, 4., vollständig überarbeitete A., Schriftenreihe «Finanzwirtschaft und Finanzrecht», Band 34, Bern 2000, 41.

154 Art. 24 StHG.

155 BGE 115 Ia 166; Zusammenfassung der Erwägungen sowie Kommentar bei: Duss (FN 150), 287; Bundessteuer-Rekurskommission Kanton Zürich, StR 42 (1987) 16 f.; Reich (FN 62), 642 ff.

156 Daniel Lüthi, in: Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, Ernst Höhn (Hrsg.), 2. überarbeitete und ergänzte A., Schriftenreihe «Finanzwirtschaft und Finanzrecht», Band 38, Bern 1993, 434.

157 Praxisänderung der ESTV vom 17.12.2001.

158 Vgl. FN 157.

159 Vgl. dazu vorne, Ziff. II.A.4.

160 Dies natürlich im Zeitpunkt der Abgabe der Garantie, vgl. auch Rusch (FN 4), 121. Notwendig ist also nicht eine objektiv richtige Festsetzung der Kommission, sondern, wie in jeder Frage nach dem Umfang der Vollmacht, was das subjektiv berechtigte Verständnis ist, vgl. BSK-Watter (FN 81), OR 718 N 18, OR 718a N 6 ff.

161 Die Fragen sind ganz analog zu einem korrekt verzinsten Darlehen an die Muttergesellschaft vgl. generell auch FN 36 vorne und ferner: Lukas Glanzmann, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. Bern 1996, 99; vgl. auch detailliert und mit zahlreichen Hinweisen BSK-Kurer (FN 96), OR 680 N 22. Vgl. allgemein auch Böckli, Sondervermögen (FN 1), 527 ff.

162 So aber Rusch (FN 4), 161 ff. wegen des potenziellen Interessenkonfliktes. Das will aber nicht einleuchten, denn die Genehmigung durch die profitierende Aktionärin ist höchstens ein (überdies unnötiges) Feigenblatt.

163 E contrario Art. 58 DBG.

zum Ausfall, so stellt dies *keine verdeckte Gewinnausschüttung* dar, sondern führt zu geschäftsmässig begründetem Aufwand bei der Garantin.

Wird der Regressanspruch hingegen freiwillig nicht durchgesetzt, so stellt dies wiederum eine verdeckte Gewinnausschüttung mit den entsprechenden Steuerfolgen dar.

C. Downstream-Garantien

1. Handelsrechtliche Betrachtung

Bei der Downstream-Garantie interzediert die Muttergesellschaft zugunsten ihrer direkten oder indirekten Tochtergesellschaft oder allgemein der Aktionär zugunsten der Schuld seiner Gesellschaft. Wie bei der Upstream-Garantie, erfolgt die Downstream-Garantie oft auch zur Kreditsicherung als Eventualverpflichtung gegenüber einer Bank (oder wie im einleitend genannten Beispiel zugunsten von Obligationären)[164].

Während bei einer Upstream-Garantie potenziell Mittel der Interzedentin ausgeschüttet werden, erfolgt bei der Downstream-Garantie (ebenfalls potenziell) eine Kapitaleinlage, wenn entweder keine adäquate Entschädigung geleistet wird, oder es zu einer Zahlung unter der Garantie kommt, der keine werthaltige Regressforderung gegenübersteht, denn in beiden Fällen nimmt der Wert der Tochter zu. Allerdings erleidet die Muttergesellschaft – wenigstens in der Regel – keine vermögensmässige Einbusse[165]: Verzicht auf eine adäquate Kommission führt zwar zu vermindertem Gewinn bei der Mutter (und weniger Aufwand bei der Tochter), dafür nimmt aber auch der Wert der Tochtergesellschaft zu, was sowohl aus Sicht der Aktionäre der Mutter, wie auch deren (alten und neuen) Gläubiger ein Nullsummenspiel ist. Es liegt folglich weder eine Gewinnausschüttung vor, noch kann die Sperrquote von Aktienkapital und gebundenen Reserven eine Rolle spielen[166].

Handelsrechtlich liegt das Wohlergehen der Tochtergesellschaft bei der Abgabe einer Downstream-Garantie direkt auch im Interesse der Muttergesellschaft, da dadurch der Wert der Tochter gesteigert wird oder wenigstens erhalten bleibt[167]. Damit ist die Organvollmacht ohne weiteres gegeben[168].

Problematisch kann eine Downstream-Garantie aber dann werden, wenn Werte der Muttergesellschaft vernichtet werden. Dies kann geschehen, wenn bei einer kon-

[164] Vgl. vorne, Ziff. I.

[165] Vorausgesetzt ist hier, dass bei der Tochtergesellschaft keine Minderheitsaktionäre bestehen. Vgl. für den Fall, dass dies gegeben ist: Watter, Gewinnverschiebungen (FN 91), 136 f.

[166] Vgl. zum Ganzen Aebi (FN 13), 45 f.; Blum (FN 117), 714.

[167] Rusch (FN 4), 5.

[168] Vgl. vorne, Ziff. II.B.1.lit.a.

kursreifen Tochtergesellschaft versucht wird, mittels Garantien[169] den überfälligen und letztlich unausweichlichen Konkurs für eine gewisse Zeit hinauszuzögern[170]. In diesen Fällen kann es sein, dass es an der internen Organvollmacht fehlt (denn das Organ muss ja wissen, dass eine solche Leistung nicht im Interesse der Mutter liegt)[171], in aller Regel wird in diesen Konstellationen der gute Glaube des Dritten aber zu schützen sein, denn er wird kaum je erkennen, dass die Lage der Tochter aussichtslos ist.

2. Steuerliche Behandlung

a) Steuerrechtliche Folgen der verdeckten Kapitaleinlage

i) Gewinnsteuer

Verzichtet die Muttergesellschaft für die zugunsten der Tochter abgeschlossene Garantievereinbarung (Downstream-Garantie) auf ein marktkonformes Entgelt oder gewährt die Muttergesellschaft der Tochter eine Garantie, welche unter Dritten nicht gewährt worden wäre[172], so wendet sie der von ihr gehaltenen Tochter einen *Vorteil* zu, der ausschliesslich auf dem *Beteiligungsverhältnis* basiert und nicht geschäftsmässig begründet ist[173].

Der Vorteil liegt auch hier, wie bei den Upstream-Garantien, in der *Differenz* zwischen dem *tatsächlichen* und dem *marktmässigen* Entgelt. In seltenen Fällen kann auch der Betrag der allenfalls zu leistenden Garantiezahlung selbst als verdeckte Kapitaleinlage gelten, nämlich dann, wenn ein Dritter die Garantie nicht gewährt hätte[174].

Im Ausmass der Unangemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung liegt eine *verdeckte Kapitaleinlage* vor. Verdeckt deshalb, weil sie zivilrechtlich und buchhalterisch unter anderem Rechtstitel erfolgt.

Auf der Ebene der *Tochtergesellschaft* stellt die verdeckte Kapitaleinlage eine Verbreiterung der Eigenkapitalbasis dar, wobei die Kapitaleinlage jedoch nicht direkt einem Eigenkapitalkonto gutgeschrieben wird[175]. Anders gesagt: Die verdeckte

[169] Die gleiche Problematik stellt sich, wenn in diesen Konstellationen Zuschüsse oder Kapitalerhöhungen gemacht werden und erkennbar ist, dass die Tochter dadurch nicht gerettet werden kann.

[170] Rusch (FN 4), FN 5; so auch Blum (FN 117), 714.

[171] Zu beachten ist auch, dass der Regressanspruch in Eigenkapital umqualifiziert, bzw. subordiniert werden könnte, vgl. dazu Blum (FN 117), 714, welcher die analoge Problematik bei einer Darlehensgewährung der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft bespricht.

[172] Analog den oben beschriebenen handelsrechtlich problematischen Fällen von Downstream-Garantien.

[173] Art. 58 Abs. 1 lit. b al. 5 DBG.

[174] Auch hier sei auf die Analogie zu den Darlehen an den Aktionär (FN 132) verwiesen.

[175] Reich (FN 62), 626.

Vorteilszuwendung, bestehend aus dem Verzicht auf ein marktkonformes Entgelt, führt zu einem höheren Gewinnausweis der Tochter, da geschäftsmässig begründeter Aufwand im Umfang der Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem marktmässigen Entgelt nicht geleistet und auch nicht verbucht wird.

Aus Sicht der *Muttergesellschaft* findet eine *Umschichtung* von Werten statt. Anstelle der Vereinnahmung einer Bar- oder sonstigen Entschädigung für die gewährte Garantie profitiert die Mutter von einer stillen Wertsteigerung der Tochtergesellschaft. Aus gewinnsteuerrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, wie diese Umschichtung zu *qualifizieren* ist. Zur Beantwortung dieser Frage kommt der konzeptionellen Entwicklung des Schweizer Gewinnsteuerrechts in den letzten Jahren eine entscheidende Rolle zu. Währenddem früher verdeckte Kapitaleinlagen in Tochtergesellschaften gewinnsteuerrechtlich hingenommen wurden[176], änderte dies mit der *Unternehmenssteuerreform I*. Der Beteiligungsabzug wurde auf Kapitalgewinne auf massgeblichen Beteiligungen ausgedehnt. Eine Umschichtung von Werten auf eine Beteiligung, welche in Bezug auf den Kapitalgewinn unter den Beteiligungsabzug fällt, führte gemäss ESTV zu einer steuersystematischen Realisation. Entsprechend wurde eine verdeckte Kapitaleinlage nicht mehr steuerneutral zugelassen, ausser es lag eine Ausgliederung eines in sich geschlossenen Betriebes vor[177]. Diese Haltung blieb jedoch umstritten[178]. Klarheit zu dieser Frage hat das *Fusionsgesetz* gebracht. Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG lässt eine Ausgliederung von Betrieben oder Teilbetrieben sowie die Übertragung von betrieblichem Anlagevermögen auf eine Tochtergesellschaft unter gewissen Voraussetzungen steuerneutral[179] zu. Weitere Übertragungen von stillen Reserven einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft sind hingegen steuerbar. Daraus folgt, dass der Gewinnverzicht zugunsten der Tochtergesellschaft mangels genügendem Entgelt für die Garantie bei der Muttergesellschaft steuerbar ist. Dies gilt trotz der fehlenden vermögensmässigen Einbusse bei der Mutter sowohl im innerschweizerischen wie auch im grenzüberschreitenden Verhältnis[180].

[176] Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998, Ziff. 2.5.3.c; Peter Agner/Angelo Digeronimo/Hans-Jürg Neuhaus/Gotthard Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband, 229 f.; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Band I, 9., überarbeitete und erweiterte A., «Finanzwirtschaft und Finanzrecht», Band 8, Bern 2001, 455.

[177] Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.4.1.2.1; Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998, Ziff 2.5.3c; Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG.

[178] Höhn/Waldburger (FN 176), 456 f.; Marco Duss/Jürg Altorfer, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Basel 2000, DBG 70 N 42.

[179] Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.4.1.2.1.

[180] Bei grenzüberschreitenden Verhältnissen war die steuersystematische Realisation von verdeckten Kapitaleinlagen nie umstritten, Reich (FN 62), 631; Brülisauer/Kuhn (FN 132), DBG 58 N 284.

Gleichzeitig erhöhen sich bei der verzichtenden Mutter im Umfang der Aufrechnung die *Gestehungskosten* der Beteiligung an der begünstigten Tochtergesellschaft[181]. Dabei stellt sich jeweils sogleich die Bewertungsfrage. Übersteigt der neu definierte Wert der Gestehungskosten den betriebswirtschaftlichen Wert der Beteiligung, so entsteht ein gewinnsteuerrechtlich zu anerkennender Abschreibungsbedarf. Im Umfang der Einlage und der erhöhten Gestehungskosten entsteht überdies eine Neubeteiligung i.S. von Art. 207a DBG[182].

Kapitaleinlagen stellen auf Stufe der empfangenden Tochtergesellschaft aus gewinnsteuerrechtlicher Sicht einen erfolgsneutralen Vorgang dar, es entsteht dadurch kein steuerbarer Gewinn[183]. Daraus folgt im Fall der unterpreislichen Garantie der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft, dass im Ausmass der Differenz zwischen tatsächlichem und marktmässigem Entgelt bei der Tochtergesellschaft eine Umqualifikation von steuerbarem Gewinn in steuerfreie Kapitaleinlage erfolgen muss. Alternativ kann die steuerliche Korrektur bei der Tochtergesellschaft durch Geltendmachung von steuerlich abzugsfähigem Aufwand im Ausmass der Differenz zwischen tatsächlichem und marktmässigem Entgelt erfolgen.

ii) Emissionsabgabe

Zuschüsse von Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung sind der Begründung von Beteiligungsrechten gleichgestellt und unterliegen grundsätzlich der Emissionsabgabe[184].

Fehlt es somit bei der Downstream-Garantie am marktkonformen Entgelt, so stellt sich die Frage, ob die Differenz zwischen tatsächlichem und marktmässigem Entgelt als verdeckte Kapitaleinlage der Emissionsabgabe unterliegt. Der Emissionsabgabe unterliegen jedoch bloss Zuschüsse, welche tatsächlich vom Gesellschafter erbracht werden. Ein *Gewinnverzicht* mittels ungenügendem Entgelt für die Einräumung einer Garantie erfüllt dieses Kriterium nicht. Entsprechend unterliegt dieser Vorgang *nicht der Emissionsabgabe*[185].

Wird die Garantie in Anspruch genommen, so stellt unseres Erachtens die Garantieleistung *keinen steuerbaren Zuschuss* dar. Steuerlich zu korrigieren ist wie bei der Upstream-Garantie die *fehlende Entschädigung*, nicht aber die *vertragskonforme*

[181] Kreisscheiben ESTV Nr. 5, vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.4.1.2.7.; Peter Riedweg/Dieter Grünblatt, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basel 2005, Teil 1 vor FusG 69 N 91.

[182] Kreisscheiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.4.1.2.8.; Kreisschreiben ESTV Nr. 9 vom 9. Juli 1998, Ziff. 3.3.4.

[183] Art. 60 lit. a DBG.

[184] Art. 5 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. b StG.

[185] Gemäss geltender Praxis der ESTV unterliegt der periodische Zinsverzicht auf Aktionärsdarlehen nicht der Emissionsabgabe. Gleiches muss bei Garantien gelten.

Garantieleistung[186]. Zudem ist aus Sicht der Emissionsabgabe relevant, dass die Garantieleistung nicht an die Tochter erfolgt, sondern an die begünstigte Partei. Somit fehlt es am emissionsabgaberechtlich relevanten Zuschuss[187].

Anders ist einzig der Fall zu beurteilen, bei welchem ein *Dritter keine Garantie abgegeben hätte*. Kommt es dann tatsächlich zur Garantieleistung, so handelt es sich um einen Zuschuss des Gesellschafters, welchen er in seiner Funktion als Gesellschafter erbringt. Entsprechend unterliegt dieser Zuschuss der Emissionsabgabe[188]. Allenfalls ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Sanierung nach Art. 12 StG erfüllt sind und die Emissionsabgabe erlassen werden kann.

c) Steuerliche Behandlung einer Garantie zu Drittkondition

Wird für die Gewährung der Garantie der Mutter im Downstream-Verhältnis ein marktkonformes Entgelt bezahlt, ist der bei der Tochter für das marktkonforme Entgelt verbuchte *Aufwand geschäftsmässig begründet* und steuerlich zu anerkennen.

Wird die Garantie danach tatsächlich in Anspruch genommen und kommt es bei der Garantin zum Ausfall, trotz des Versuches, den Regressanspruch bei der Tochter durchzusetzen, so stellt dies keine weitere verdeckte Kapitaleinlage dar, sondern führt zu geschäftsmässig begründetem Aufwand bei der Mutter. Wird der Regressanspruch hingegen freiwillig nicht durchgesetzt, so stellt dies wiederum eine verdeckte Kapitaleinlage mit den entsprechenden Steuerfolgen dar.

D. Sidestream-Garantien

1. Handelsrechtliche Fragen

Garantien, die zugunsten einer Schwestergesellschaft abgegeben werden, müssen handelsrechtlich als eine Kombination von Upstream- und Downstream-Garantien betrachtet werden – denn der Nutzen aus der Garantie fliesst sowohl der Schwester,

[186] Vgl. vorne (FN 131) zur Upstream-Garantie.

[187] Offenbar anderer Meinung: ESTV, welche grundsätzlich jede Garantieleistung im Rahmen einer Downstream-Garantie, als Zuschuss qualifiziert, vgl. dazu Stockar/Hochreutener (FN 5), StG Abs. 2 lit. a N (15).

[188] Dies entspricht der Ansicht der ESTV, wonach grundsätzlich kein steuerbarer Kapitalzuschuss vorliegt, wenn der Aktionär zugunsten seiner inländischen Gesellschaft eine Garantieerklärung abgibt. Wird das Garantieversprechen aber eingelöst, liegt ein solcher vor, vgl. dazu Stockar/Hochreutener (FN 5), StG 5 Abs. 2 lit. a N (15). Zudem sieht die ESTV einen steuerbaren Zuschuss auch dann als gegeben, «wenn eine AG von den Aktionären geldwerte Leistungen erhält, die nicht in Form von Barzahlungen, sondern z.B. durch Verrechnung, Gutschrift oder Schulderlass erbracht werden. Ein steuerbarer Zuschuss liegt daher insbesondere vor, wenn der Alleinaktionär gegenüber seiner Gesellschaft unentgeltlich auf Forderungen aus Darlehen verzichtet», vgl. dazu Stockar/Hochreutener (FN 5), StG 5 Abs. 2 lit. a N (2).

wie auch der Mutter der Garantin zu[189]. Somit sind solche Garantien nur zulässig, wenn die bei der Upstream-Garantie genannten Voraussetzungen gegeben sind und zusätzlich (dies als Erkenntnis, dass auch Downstream-Garantien im Einzelfall unzulässig sein können) die finanzielle Lage der Schwester nicht aussichtslos ist.

2. Steuerrechtliche Behandlung

a. Allgemeine Bemerkungen

Auch im Rahmen von Sidestream-Garantien sind die oben genannten allgemeinen steuerrechtlichen Regeln anzuwenden. Es ist demnach zwischen marktmässig und nicht marktmässig entschädigten Garantien zu unterscheiden.

Marktmässig entschädigte Garantien sind steuerlich zu *anerkennen*, selbst wenn es im Nachhinein zur Garantieleistung und mangels Regressmöglichkeit gegenüber der begünstigten Schwester zum Verlust bei der Garantin kommt. Dies setzt jedoch voraus, dass die Gewährung der Garantie dem Drittvergleich standhält und die Garantin nach Garantieleistung ihre Regressmöglichkeiten wie einem Dritten gegenüber geltend macht und durchsetzt. Ebenso besteht die Pflicht der Garantin, bei absehbarer Verschlechterung der finanziellen Situation des Begünstigten Vorkehrungen zu treffen, wie sie auch einem Dritten gegenüber getroffen würden. Unterbleiben diese Massnahmen, so stellen sie ein nicht geschäftsmässig begründetes Verhalten dar und sind steuerlich zu korrigieren.

Nicht marktmässig entschädigte Garantien führen zu Fragen zu verdeckten Gewinnausschüttungen, verdeckten Kapitaleinlagen oder zu Steuerfolgen aus dem Direktverhältnis. Dabei sind die Fragen je nach Steuerart separat zu beantworten.

b. Gewinnsteuern

Grundsätzlich sind bei einer nicht marktkonformen Entschädigung zwischen Schwestergesellschaften und der dadurch vorgenommenen verdeckten Gewinnausschüttung an eine nahe stehende Person vier Arten der Betrachtung denkbar: Dreieckstheorie, modifizierte Dreieckstheorie, pragmatische Theorie oder Direktbegünstigungstheorie[190].

Währenddem in der Vergangenheit im Konzernverhältnis neben der überwiegend angewandten modifizierten Dreieckstheorie[191] gelegentlich auch die reine Dreieckstheorie zur Anwendung kam[192], scheint sich jetzt richtigerweise die *mo-*

[189] Vgl. Rusch (FN 4), 104 f.

[190] Neuhaus (FN 147), 41 ff.

[191] Reich (FN 62), 635 ff.

[192] Z.B. Kanton Bern: NStP 1997, 19 ff.

difizierte Dreiecksttheorie durchzusetzen[193]. Danach gilt aufgrund des Massgeblichkeitsprinzipes, dass sich mangels Verbuchung auf Stufe der gemeinsamen Muttergesellschaft bei dieser keine Steuerfolgen ergeben, sondern einzig auf der Ebene der beiden direkt involvierten Schwestergesellschaften. Anders ist bloss dann zu entscheiden, wenn auf der Beteiligung der leistenden Gesellschaft aufgrund ihrer geldwerten Leistung ein Abschreibungsbedarf entsteht. Diese Abschreibung ist steuerlich zu anerkennen, im gleichen Ausmass erfolgt jedoch eine steuerwirksame Aufwertung der begünstigten Schwestergesellschaft[194].

Bei einer nicht marktmässigen Entschädigung einer Garantie zwischen inländischen Schwestergesellschaften hat die Anwendung der modifizierten Dreiecksttheorie gewinnsteuerrechtlich zur Folge, dass auf Stufe der die Garantie gewährenden Gesellschaft eine Aufrechnung im steuerbaren Ertrag im Umfang der unterpreislich gewährten Garantie erfolgt. Gleichzeitig ist bei der begünstigten Schwester Aufwand im entsprechenden Ausmass zum Abzug zuzulassen.

Hätte ein Dritter die Garantie unter den gegebenen Umständen gar nicht gewährt, so gilt auch hier, dass die Garantieleistung als solche zur geldwerten Leistung an die begünstigte Schwester wird, und im entsprechenden Ausmass steuerlich erfasst wird.

c. Einkommenssteuern

Falls es sich beim gemeinsamen Aktionär der beiden Schwestergesellschaften um eine natürliche Person handelt, bestand in der Praxis keine Einigkeit, ob die reine Dreiecksttheorie anzuwenden sei oder die pragmatische Lösung[195].

Für Letzteres spricht, dass im Rahmen einer Gewinnverschiebung auf Ebene der Gesellschaften das latente Ausschüttungssubstrat und damit das Steuersubstrat erhalten bleibt. Diese Auffassung scheint neu auch von der ESTV vertreten zu werden[196]. Würde unter Anwendung der reinen Dreiecksttheorie eine Gewinnverschiebung zwischen Schwestergesellschaften beim Aktionär als natürlicher Person sogleich besteuert, so ergäbe sich unter dem heutigen Konzept des Nennwertprinzips potenziell eine Dreifachbesteuerung[197].

[193] Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.5.2.16.; so auch Peter Riedweg/Dieter Grünblatt, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basel 2005, vor FusG 29 N 173.

[194] Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.5.2.16.

[195] Beat Jung/Peter Agner, Kommentar zur direkten Bundessteuer, Ergänzungsband zur 2. Auflage des Kommentars von Heinz Masshardt, Zürich 1989, DBG 49 Ziff. 26o; Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Ziff. 4.5.2.16.

[196] Vgl. Kreisschreiben ESTV Nr. 5 vom 1. Juni 2004 Zif. 4.3.3.3 (unter der Bezeichnung «modifizierte Dreiecksttheorie»).

[197] Im Kanton Zürich wird die Anwendung der modifizierten Dreiecksttheorie in der Praxis auf Tatbestände beschränkt, welche gemäss Fusionsgesetz auf der Ebene der Gesellschaften als Umstrukturierung qualifizieren. Liegt keine Umstrukturierung vor, so wird gemäss der Dreiecksttheorie

d. Verrechnungssteuer

Fehlt es im Rahmen von Garantien zwischen Schwestergesellschaften an einem marktmässigen Entgelt, so unterliegt das Missverhältnis der Verrechnungssteuer, welche von der leistenden Gesellschaft zu erheben und im Direktverhältnis auf die begünstigte Gesellschaft zu überwälzen ist[198]. Allenfalls kann die Steuer im Meldeverfahren erledigt werden[199]. Die begünstigte Schwester ist trotz fehlender Aktionärsstellung aufgrund ihrer wirtschaftlichen Stellung als Begünstigte der geldwerten Leistung rückerstattungsberechtigt[200].

e. Emissionsabgabe

Der Emissionsabgabe unterliegen bloss Zuschüsse von Gesellschaftern[201]. Aufgrund des formalen Charakters dieser Steuer kann der Steuertatbestand nicht auf Einlagen anderer nahe stehender Gesellschafter ausgedehnt werden. Demnach unterliegen geldwerte Leistungen von Schwestergesellschaften nicht der Emissionsabgabe[202].

f. Garantien als Sanierungsleistungen

Garantien zwischen Schwestergesellschaften können Bestandteil einer offenen oder stillen Sanierung sein. Sanierungen sind gemäss Praxis der ESTV Aufgabe des Aktionärs[203]. Folglich gelangt ausnahmsweise auch bei Garantien im Rahmen der Sanierung einer Schwestergesellschaft die Dreiecksttheorie zur Anwendung.

der Aktionär sogleich besteuert. Dies führt potentiell zu einer Dreifachbesteuerung, falls das verdeckt verschobene Substrat später tatsächlich ausgeschüttet wird. Die Dreifachbesteuerung desselben Substrates soll jedoch mittels Rückgriff auf allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze vermieden werden. Dabei liegt es am Steuerpflichtigen, im Zeitpunkt der effektiven Ausschüttung die bereits vorgängig erfolgte Besteuerung nachzuweisen. Diese Praxis ist vom Resultat her zu begrüssen. Sie sollte unseres Erachtens jedoch bereits im Zeitpunkt der Gewinnverschiebung mittels Revers abgesichert werden, wobei der Revers bestehende und zukünftige Aktionäre erfassen sollte.

[198] Art. 14 VStG.

[199] Vgl. vorne, Ausführungen zum Meldeverfahren, Ziff. II.A.6.b. sowie Ziff. II.B.2.c.

[200] Vgl. Ausführungen bei FN 72.

[201] Art. 5 Abs. 2 lit. a StG.

[202] Stockar/Hochreutener (FN 5), StG 5 Abs. 2 lit. a N (4).

[203] ESTV Merkblatt S-02.141 zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer vom Februar 2001.

IV. Schluss

Vorliegender Beitrag kommt betreffend Upstream-Garantien zu folgenden handelsrechtlichen Schlüssen:

a) Erste Frage bei der gesellschafts- und steuerrechtlichen Beurteilung von Upstream-Garantien muss sein, ob eine faire Gegenleistung erfolgt oder nicht. Diese Gegenleistung kann in Form eine Kommission erfolgen, aber beispielsweise auch durch Weiterleitung eines (dem Garantiebetrag entsprechenden) Teils des Darlehens, das die Mutter erhält.

b) Ist dies nicht der Fall, gilt, dass gesellschaftsrechtlich eine statutarische Konzernunterwerfungsklausel hilft, aber nicht notwendig ist, um rechtsgültig eine Garantie zu bestellen. Besteht keine solche Klausel, muss allerdings ein (auch informell möglicher) Entscheid aller Aktionäre erfolgen, um dem handelnden Organ die notwendige Vollmacht zu erteilen. Zusätzlich, und unabhängig von der Existenz einer Konzernunterwerfungsklausel ist es notwendig, einen (bedingten) Ausschüttungsbeschluss zu fällen, wobei dieser vorsichtshalber den gesamten maximalen Garantiebetrag – und nicht nur die fehlenden Kommissionen während der Laufzeit – umfassen sollte, obwohl letzteres theoretisch genügen würde.

c) Zu empfehlen ist dem Verwaltungsrat der Garantin ferner, dass mit dem Ausschüttungsbeschluss freie Reserven in analoger Anwendung von Art. 659a Abs. 2 OR gesperrt werden, damit verhindert wird, dass nach Garantiebestellung Reserven ausgeschüttet oder zusätzliche Garantien bestellt werden.

d) Werden die internen Beschlüsse nicht, oder nicht rechtskonform gefällt, kann der gute Glaube des Dritten (in den hier diskutierten Konstellationen meist einer Bank) im Einzelfall dennoch dazu führen, dass ein gültiger Vertrag zustande kommt. Gründe für Gutglaubensschutz sind etwa die berechtigte Annahme, es werde zwischen Mutter und Tochter die Garantie adäquat abgegolten, oder die notwendigen Beschlüsse seien gefällt worden (auch wenn diese dann einem Mangel unterliegen). Die in lit. c) umschriebene Reservensperrung muss – wird sie unterlassen – vom Gutglaubensschutz nicht gedeckt sein. Anzumerken ist, dass dann, wenn die Garantie wegen Gutglaubensschutz gültig wird, es an den internen Voraussetzungen aber fehlt, sich in der Regel der Verwaltungsrat der Garantin im Konkursfall verantwortlich macht[204].

e) Als nicht notwendig wird es vorliegend angesehen, dass – was vor allem in der Praxis beim Erstellen so genannter Legal Opinions immer wieder verlangt wird – bei Abruf der Garantie ein Revisionsstellenbericht bestätigt, dass dannzumal immer noch freie Reserven vorhanden sind, oder gar noch einmal eine Generalversammlung stattfinden müsste. Selbstverständlich ist es aber möglich, in der Garantieabgabe solche späteren Ereignisse zur Zahlungsvoraussetzung zu machen. Auf einen vorab durchgeführten bedingten Ausschüttungsbeschluss kann diesfalls verzichtet werden.

[204] Verantwortlichkeit gegenüber den Minderheitsaktionären ist auch denkbar, wenn keine Unterwerfungsklausel besteht und kein einstimmiger Entscheid erfolgt.

Betreffend Downstream-Garantien wird vorliegend gesellschaftsrechtlich nur dann ein Problem gesehen, wenn die finanzielle Situation der Tochter so schlecht ist, dass deren Konkurs unausweichlich scheint. Wenn die handelnden Organe hier trotzdem eine Garantie abschliessen, wird in aller Regel der Gutglaubensschutz greifen.

Aus steuerrechtlicher Sicht stellen sich im Rahmen von Garantien die grundsätzlichen Fragen zur geschäftsmässigen Begründetheit des Rechtsgeschäftes.

Liegt geschäftsmässige Begründetheit vor, weil die Konditionen eines Garantiegeschäftes im Lichte der konkreten Umstände dem Drittvergleich standhalten, so ist das Rechtsgeschäft aus Sicht aller Steuerarten zu anerkennen. Dies gilt auch dann, wenn es zu einer effektiven Garantieleistung und damit zum Verlust beim Garanten kommt.

Fehlt es an der geschäftsmässigen Begründetheit, weil ein Dritter die Garantie bloss zu anderen Konditionen oder gar nicht abgegeben hätte, so kommt es zu einer steuerrechtlichen Umqualifikation. Das Geschäft wird in seinen schuldrechtlichen Teil und in seinen beteiligungsrechtlich motivierten Teil aufgeteilt. Entsprechend ist im Fall des ungenügenden Entgeltes die Differenz zwischen tatsächlichem und marktmässigem Entgelt steuerlich zu würdigen und im Fall der Garantie, die von Dritten nicht gewährt worden wäre, die effektive Garantieleistung. Dabei muss bei allen involvierten Steuersubjekten eine konsistente Korrektur erfolgen. Die Korrektur ist unterschiedlich, je nachdem ob eine Upstream-, eine Downstream- oder eine Sidestream-Garantie vorliegt.