

INDIREKTE ENTREICHERUNG IM KONZERN

Risiken verdeckter Gewinnausschüttungen unter Umgehung einer Schweizer Zwischengesellschaft

Verdeckte Gewinnausschüttungen einer Tochtergesellschaft an ihre Grossmuttergesellschaft oder Nahestehende können auch auf Stufe der Muttergesellschaft Auswirkungen auf die Bilanz haben und/oder Steuerfolgen auslösen.

1. EINLEITUNG

1.1 Aktueller Hintergrund. Verrechnungspreise im Konzern wurden nicht erst durch das BEPS-Projekt der *Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung OECD* [1] in den Fokus der Steuerbehörden gerückt. In der Praxis ist festzustellen, dass auch die Schweizer Steuerverwaltungen im Rahmen von Steuerrevisionen einen immer stärkeren Schwerpunkt auf die Prüfung der Angemessenheit gruppeninterner Darlehensverzinsungen, Management Fees, Lizenzgebühren u. ä. legen. Es ist unbestritten, dass geldwerte Leistungen an Beteiligte oder Nahestehende mit bedeutenden Steuerfolgen verbunden sein können. Im Lichte der aktuellen Bestrebungen zu umfassender Steuertransparenz innerhalb der EU [2] und der OECD [3] stellt sich die Frage, ob Vorgänge ausserhalb der Schweiz für eine Schweizer Gesellschaft unmittelbar Steuerfolgen auslösen könnten, wenn denn diese Tatsachen den Schweizer Steuerbehörden offengelegt werden. Zu denken ist insbesondere an geldwerte Leistungen, welche von einer (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaft an andere Gruppengesellschaften fliessen. Hierbei ist zu prüfen, ob eine Entreichung der Tochtergesellschaft, soweit sie mit einer indirekten Entreichung der Muttergesellschaft einhergeht [4], aus Sicht des Schweizer Handels-, Gesellschafts- und Steuerrechts von Relevanz ist.

1.2 Thematische Abgrenzung (Fallkonstellationen). Praxisgemäss sind heutige Konzerne weitestgehend international über ganz unterschiedliche Stufen vernetzt. Zwecks Veranschaulichung der vorliegend behandelten Thematik wird

von den nachfolgenden drei Fallkonstellationen und deren Erfassung aus Sicht des Schweizer Handels-, Gesellschafts- und Steuerrechts ausgegangen, wobei die Auswirkungen auf Stufe der Schweizer Muttergesellschaft im Vordergrund stehen (vgl. *Abbildung 1*).

2. RECHTLICHES

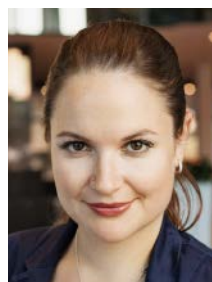
Obwohl die Thematik der geldwerten Leistung und insbesondere der verdeckten Gewinnausschüttung vom Steuerrecht geprägt ist, stellt sich die Frage, wie derartige Sachverhalte handels- sowie gesellschaftsrechtlich beurteilt werden. Zwar besteht – nicht zuletzt aufgrund des steuerrechtlichen Massgeblichkeitsprinzips – ein enges Verhältnis zwischen Zivil- und Steuerrecht. Die Beurteilung geldwerter Leistungen bzw. Vermögensverlagerungen aus privatrechtlicher Sicht erfolgt indes immer losgelöst von der steuerlichen Beurteilung [5].

2.1 Handelsrecht

2.1.1 Grundsatz ordnungsgemässer Buchführung. Ein zentraler Grundsatz des Schweizer Handelsrechts ist das Führen ordnungsgemäss erstellter Geschäftsbücher. Anhand der Vorschriften zur Rechnungslegung soll die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens zur zuverlässigen Urteilsbildung Dritter dargestellt werden [6]. Mit Blick auf gesellschaftsrechtliche Grundsätze dient das Buchführungs- und Rechnungslegungsrecht auch dem Kapital- und Gläubigerschutz [7]. Nicht zuletzt, weil die ordnungsgemäss erstellte Jahresrechnung grundsätzlich sämtliche Rechtsgestaltungen eines Unternehmens reflektiert [8], ist sie unter Vorbehalt anwendbarer



ROLAND BÖHI, DR. IUR.,
DIPL. STEUEREXPERTE,
RECHTSANWALT,
PARTNER,
TRANSACTION TAX,
EY, ZÜRICH



ANNA ELDRING,
DIPL. STEUEREXPERTIN,
MANAGERIN,
TRANSACTION TAX, EY,
ZÜRICH

steuerlicher Korrekturvorschriften für die steuerliche Beurteilung des zu behandelnden Sachverhalts massgeblich [9]. Aus steuerlicher Sicht ist mit anderen Worten das Handelsrecht Ausgangspunkt [10].

2.1.2 Verbuchung einer indirekten Entreichung. In sämtlichen vorliegenden Fallkonstellationen ist auf Stufe Muttergesellschaft der einzige bilanzielle Anknüpfungspunkt zum relevanten Entreichungsvorgang die Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Der in der Bilanz abgebildete Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft basiert auf der zugrunde liegenden Bewertung im Erwerbs-/Gründungszeitpunkt zuzüglich Investitionen und abzüglich allfälliger Wertberichtigungen [11]. Je nach Art der angewendeten Bewertungsmethode zur Wertermittlung der Beteiligung hat die Gewinnentwicklung in der Tochtergesellschaft unterschiedliche Auswirkung darauf, ob bei der Muttergesellschaft im Laufe der Zeit ein Abschreibungsbedarf auf dem Beteiligungsbuchwert entsteht [12].

Geldwerte Leistungen auf Stufe der Tochtergesellschaft durch übersetzten Aufwand oder zu geringen Ertrag gegenüber nahestehenden Personen können durch das Schweizer Handelsrecht nicht verhindert werden. Jedoch gilt die Jahresrechnung der Muttergesellschaft im Sinne des Schweizer Handelsrechts nur dann als ordnungsgemäss erstellt, wenn dessen Bestimmungen regelkonform angewendet werden. Dazu gehört namentlich, dass ein durch geldwerte Leistungen bedingter Wertzerfall der Tochtergesellschaft auf der bilanzierten Beteiligung zu berücksichtigen ist. Eine Entreichung der Tochtergesellschaft durch geldwerte Leistung führt jedoch nicht zwingend zu einem solchen Abschreibungsbedarf; ein solcher ist erst dann gegeben, wenn der Buchwert den aktuellen Unternehmenswert übersteigt [13].

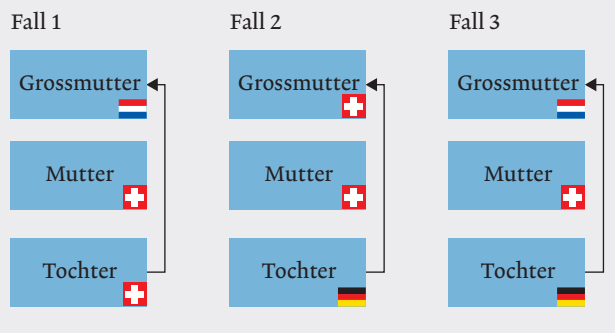
2.2 Gesellschaftsrecht

2.2.1 Rechtsbehelfe Muttergesellschaft. In allen drei zu prüfenden Fallkonstellationen werden der Tochtergesellschaft durch geldwerte Leistungen Mittel entzogen. Aus Sicht der Schweizer Muttergesellschaft wird namentlich das Ausschüttungs-substrat gekürzt und damit ihr Anspruch auf Dividende tangiert [14]. Daneben sind durch derartige Geschäftsgebaren auch Interessen der Gesellschaftsgläubiger der Tochtergesellschaft betroffen [15]. Die Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV, Bundesverfassung) lässt es – unter Berücksichtigung zwingender zivilrechtlicher Schranken wie Art. 19 und 20 OR, *Obligationenrecht*, sowie Art. 27 ff. ZGB, Zivilgesetzbuch – jedoch prinzipiell zu, dass



LUKAS SCHERER,
RECHTSANWALT,
SENIOR CONSULTANT,
TRANSACTION TAX, EY,
ZÜRICH

Abbildung 1: DREI FALLKONSTELLATIONEN



Leistungsverhältnisse bei konzerninternen Transaktionen frei bestimmbar sind. Im Rahmen dieser zwingenden Schranken sind unausgewogene Vermögensverschiebungen daher per se nicht unzulässig [16]. Nebst den allgemeinen, durch das Zivilrecht normierten Schranken grenzt das Gesellschaftsrecht die Vertragsfreiheit anhand spezifischer Regeln weiter ein. Eine der Leitlinien des Gesellschaftsrechts ist namentlich der Kapitalschutz [17]. Dazu enthält bspw. das Aktienrecht konkrete Vorschriften (z. B. Reservenbildung, Verbot der Einlagenrückgewähr oder Vorschriften zur Gewinnverwendung) und Rechtsbehelfe wie die Rückforderungsklage, die der Erhaltung des Eigenkapitals dienen sollen [18]. Mit geldwerten Leistungen befasst sich im Gesellschaftsrecht einzig Art. 678 Abs. 2 OR explizit und begründet eine Rückerstattungspflicht der begünstigten Leistungsempfängerin (namentlich der nahestehenden Person) [19], wenn die erbrachte Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft [20] steht. Der Anspruch auf Rückerstattung ist allerdings auf dem Klageweg mittels Rückerstattungsklage durchzusetzen. Die Klagelimitation beschränkt sich auf die Gesellschaft selbst sowie deren Aktionäre [21]. Mit Blick auf Leistungsverhältnisse im Konzern dürfte sich die Anwendung der Rückforderungsklage für verdeckte Gewinnausschüttungen damit grundsätzlich erübrigen, da kaum je eine Konzerngesellschaft gegen eine andere Konzerngesellschaft Klage erheben wird.

2.2.2 Revisionsstelle der Muttergesellschaft. Es stellt sich die Frage, ob die Revisionsstelle bei geldwerten Leistungen allfällige Eingriffs- oder Einflussmöglichkeiten hat. Auf Stufe der Tochtergesellschaft wird die Revisionsstelle bei offensichtlichen Missverhältnissen zwischen Leistung und Gegenleistung – namentlich, wenn die Gesellschaft dadurch entreichert wird – durch ihre Prüfung Kenntnis von diesen Geschäftsgebaren erhalten. Auf Stufe der Mutter- oder Grossmuttergesellschaft wird die Revisionsstelle je nach Bewertungsmethode einen Wertzerfall auf der Beteiligung und die Pflicht zur Wertberichtigung feststellen. Ihre Erkenntnis wird die Revisionsstelle bei eingeschränkter Revision [22] im Revisionsbericht zuhanden der Generalversammlung oder bei ordentlicher Revision zuhanden des Verwaltungsrats und der Generalversammlung festhalten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die geldwerten Leistungen in den

hier behandelten Fallkonstellationen im Konzernverhältnis erfolgen und sowohl Generalversammlung als auch Verwaltungsrat davon Kenntnis haben dürften, werden die Erkenntnisse der Revisionsstelle die Leistungsbeziehungen kaum beeinflussen. Die Eingriffsmöglichkeiten der Revisionsstelle sind entsprechend auf den möglichen Hinweis, dass die Beteiligung an der Tochtergesellschaft wertberichtigt werden muss, begrenzt [23].

3. STEUERLICHE ANALYSE

Je nach Konstellation der zu prüfenden Transaktionen können die möglichen Steuerfolgen die Verrechnungssteuer, Gewinnsteuer, Mehrwertsteuer oder die Stempelabgaben umfassen.

3.1 Einleitung und Grundlagen. Unabhängig vom tatsächlichen Entgelt erfasst die Mehrwertsteuer sämtliche Leistungen an eng verbundene Personen zum Verkehrswert [24]. Da die Leistungserbringerin, im vorliegenden Fall die Tochtergesellschaft, Steuersubjekt ist und die Mehrwertsteuer auf derselben Leistungsbeziehung grundsätzlich nur einmal erhoben wird, können indirekte Leistungen an Nahestehende nur bei der Leistungserbringerin selbst mehrwertsteuerlich erfasst werden. Im Verhältnis Tochter- zur Muttergesellschaft sowie Mutter- zur Grossmuttergesellschaft liegt allenfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung, aber keine direkte Leistungsbeziehung vor. Da Dividenden und andere Gewinnanteile nicht der Schweizer Mehrwertsteuer unterliegen [25], kommt mehrwertsteuerlichen Fragen im Rahmen der indirekten Entreichung keine eigenständige Bedeutung zu. Auf eine stempelabgaberechtliche Beurteilung wird ebenfalls verzichtet, da in den zu prüfenden Fallkonstellationen weder steuerbare Urkunden übertragen werden [26] noch von offenen oder verdeckten Kapitaleinlagen gesprochen werden kann [27].

Es verbleibt somit zu prüfen, ob in den vorliegenden Fallkonstellationen eine verdeckte Gewinnausschüttung [28] der Tochtergesellschaft auf Stufe der Zwischengesellschaft (Schweizer Muttergesellschaft) von der Gewinn- und/oder Verrechnungssteuer erfasst wird. Die eigentliche Leistung erfolgt in allen eingangs dargestellten Fallkonstellationen durch die Tochtergesellschaft direkt an die Grossmuttergesellschaft. Formell liegt keine Leistung der Muttergesellschaft (Zwischengesellschaft) vor. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid [29] mit ähnlich gelagerter Fallkonstellation [30] ausgeführt, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend sei. Diese muss ergeben, dass die Leistung ohne Gegenleistung erbracht wird und der Aktionär (vorliegend die Grossmuttergesellschaft) – direkt oder indirekt – durch die von ihm beherrschte Gesellschaft begünstigt wird. Erforderlich sei «ein Mittelfluss von der Muttergesellschaft an den Aktionär, ohne dass der Muttergesellschaft hierfür eine entsprechende Gegenleistung zukommt». Möglich sei dies, «wenn die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft anweist, direkt an den Aktionär zu leisten». Weiter könne dieser Vermögensfluss nicht als direkte Leistung der Tochtergesellschaft an den Aktionär der Muttergesellschaft betrachtet werden, weil die Leistung – aus Sicht der Tochterge-

sellschaft – ihre Causa im Beteiligungsverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft habe. Da der Begünstigte an der Tochtergesellschaft nicht beteiligt sei, müsse die Leistung daher «als Ausschüttung der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft und von dieser an den Aktionär betrachtet werden». Die Anmerkung des Bundesgerichts, dass der Mittelfluss von der Muttergesellschaft an den Aktionär möglich sei, indem «die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft anweist, direkt an den Aktionär zu leisten», wirft für uns doch Fragen auf: Sie lässt theoretisch die Möglichkeit offen, dass ohne eine solche Anweisung keine Leistung von der Muttergesellschaft an den Aktionär vorliegt. Da diesem Aspekt in der späteren Subsumtion des zitierten Bundesgerichtsentscheids jedoch keine Beachtung mehr geschenkt wird, liegt für uns die Vermutung nahe, dass eine solche Anweisung allein aus dem direkten Beteiligungsverhältnis der Mutter- an der Tochtergesellschaft angenommen wird. Ein Verzicht auf Anweisung der Tochtergesellschaft, die Leistung an den Aktionär zu unterlassen, würde so gemäss unserer Lesart auch als schädliche Anweisung interpretiert. Für diese Interpretation des Entscheids spricht die Tatsache, dass im erwähnten Urteil offenbar nicht nur keine Anweisung der Mutter- an die Tochtergesellschaft vorlag, sondern sich die Tochtergesellschaft sogar «der Kontrolle der Beschwerdeführerin weitgehend entzogen hatte und deren Aktionär (...) über die deutsche [Tochter-]Gesellschaft faktisch verfügen konnte».

3.2 Gewinnsteuer. Der steuerbare Reingewinn eines Unternehmens setzt sich gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG, *Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*/Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG, *Steuerharmonisierungsgesetz*, aus dem Saldo der Erfolgsrechnung sowie den der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträgen zusammen. Gemäss herrschender Praxis [31] sollen mit letzterem Begriff die im Interesse des Anteilnehmers vorgenommenen Gewinnverzichte erfasst werden. Da diese auf Stufe der leistenden Gesellschaft zu einer definitiven Entreichung führen, seien diese eigentlich schon unter dem Titel der verdeckten Gewinnausschüttung gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. b al. 5 DBG erfasst. In den vorliegend untersuchten Fallkonstellationen wird die Leistung von der Tochtergesellschaft erbracht. Es ist daher auf dieser Stufe zu prüfen, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt [32]. Kommt diese Prüfung zum Schluss, dass eine geldwerte Leistung der Tochtergesellschaft an die Aktionärin oder eine nahestehende Person vorliegt, ist gemäss der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts [33] von einer zweistufigen Betrachtungsweise auszugehen. Demnach ist wirtschaftlich im Umfang der geldwerten Leistung eine Ausschüttung der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft erfolgt, gefolgt von einer entsprechenden Ausschüttung der Muttergesellschaft an ihre Aktionärin.

3.2.1 Wertberichtigung der Beteiligung. Je nach Ausmass der Mittelentnahme aus der Tochtergesellschaft kann sich daraus auf Stufe Muttergesellschaft ein Abschreibungsbedarf der Beteiligung an der Tochtergesellschaft ergeben [34]. Als «geschäftsmässig nicht begründete Abschreibung» gemäss

Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG/Art. 24 Abs. 1 lit. a StHG kann eine solche Wertberichtigung nicht betrachtet werden, da die Beteiligung durch die Mittelentnahme tatsächlich an Wert eingebüsst hat. Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips muss eine solche Wertberichtigung grundsätzlich, wenn sie handelsrechtlich geboten ist, auch steuerlich akzeptiert werden [35]. Sie steht jedoch, wie alle Wertberichtigungen von Beteiligungen, unter dem Aufrechnungsvorbehalt von Art. 62 Abs. 4 DBG/Art. 28 Abs. 1^{ter} StHG.

3.2.2 Beteiligungsabzug. Unter der Annahme, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaft vorliegt und diese wirtschaftlich und steuerlich als zweistufige Ausschüttung via Muttergesellschaft zu betrachten ist, hätte die Leistung auf Stufe Muttergesellschaft zur Folge, dass auf dem Betrag der geldwerten Leistung der Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 DBG/Art. 28 Abs. 1 StHG zur Anwendung käme [36]. Hat die verdeckte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaft jedoch zu einer Abschreibung auf der Beteiligung geführt [37], ist der Abschreibungsbetrag bei der Berechnung des Beteiligungsabzugs vom Nettoertrag aus Beteiligungen zu subtrahieren (Art. 70 Abs. 3 DBG).

3.2.3 Gestehungskosten. Verdeckte Kapitaleinlagen von Mutter in Tochtergesellschaften, bspw. durch die unentgeltliche

Erbringung von Dienstleistungen, werden steuerlich in der Regel als Investition in die Beteiligung betrachtet, welche die Gestehungskosten der Beteiligung erhöht [38]. Umgekehrt reduzieren Ausschüttungen der Tochtergesellschaft, welche zu einer Abschreibung der Beteiligung führen, die Gestehungskosten [39]. Wirtschaftlich und steuerlich ist gemäss den obigen Ausführungen eine indirekte Entreichung der Muttergesellschaft durch verdeckte Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft an die Grossmuttergesellschaft wie eine zweifache Gewinnverwendung zu behandeln: Es wird eine Ausschüttung der Tochter an die Mutter, gefolgt von einer Ausschüttung der Mutter an die Grossmutter, angenommen. Die durch die Muttergesellschaft nicht vereinnahmte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaft könnte als Verzicht auf diese betrachtet werden. Da die Tochtergesellschaft dadurch jedoch nicht bereichert wird, sondern im Gegenteil eine entsprechende Entreichung durch Leistung an die Grossmuttergesellschaft eintritt, kann vorliegend keine Kapitaleinlage der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft angenommen werden. Aus einer indirekten Entreichung kann somit steuersystematisch keine Erhöhung der Gestehungskosten resultieren. Entsteht durch die verdeckte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaft auf Stufe der Muttergesellschaft jedoch ein Abschreibungsbedarf auf der

Beteiligung [40], reduzieren sich die Gestehungskosten im Umfang der Abschreibung [41].

3.3 Verrechnungssteuer

3.3.1 Geldwerte Leistungen als Gegenstand der Verrechnungssteuer. Gegenstand der Verrechnungssteuer sind, unter anderem, die Gewinnanteile und sonstigen Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Aktien (Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG, Verrechnungssteuergesetz). Als Ertrag gilt auch jede geldwerte Leistung der Gesellschaft an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte oder ihnen nahestehende Dritte (Art. 20 Abs. 1 VStV, Verrechnungssteuerverordnung). Um in den Anwendungsbereich dieser Normen zu fallen, muss eine Entreichung der Gesellschaft vorliegen, welche ihren Rechtsgrund zwingend im Beteiligungsverhältnis hat [42]. Unter dem Begriff der Entreichung ist, allgemein gesprochen, ein Vermögensabgang oder der Verzicht auf einen Vermögenszugang zu verstehen [43]. Indem eine Schweizer Muttergesellschaft nicht verhindert, dass ihrer Tochtergesellschaft durch die Grossmuttergesellschaft oder Nahestehende Mittel entzogen werden, verzichtet die Muttergesellschaft auf einen Vermögenszugang, da das Gewinnausschüttungspotenzial der Tochtergesellschaft reduziert oder gar eliminiert wird. Eine Entreichung der Muttergesellschaft muss unter diesem Gesichtspunkt somit bejaht werden. Es ist weiter denkbar, dass die geldwerte Leistung der Tochtergesellschaft mit einer Reduktion ihres Unternehmenswerts einhergeht. Die Muttergesellschaft ist in diesem Fall bereits durch den Wertverlust ihrer Beteiligung an der Tochtergesellschaft entreichert, insbesondere wenn ein Wertberichtigungsbedarf entsteht [44]. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung [45] lässt sich eine Zuwendung an Aktionäre oder Nahestehende dann aus dem Beteiligungsverhältnis erklären, wenn sie unter den gleichen Verhältnissen einem unbeteiligten Dritten nicht erbracht worden wäre. Entscheidend ist nicht, ob der Beteiligte selbst Empfänger der Leistung ist, sondern dass die Leistung ihre Ursache im Beteiligungsverhältnis hat und somit die Qualität eines Ertrags aus Aktien beibehält [46]. Die Leistung ist – sofern sie irgendwie gesellschaftlich veranlasst ist – um die Verrechnungssteuer zu kürzen, unabhängig davon, an wen sie erfolgt [47].

3.3.2 Geldwerte Leistung von Tochter- an Grossmuttergesellschaft. Eine geldwerte Leistung kann vorliegen, wenn eine Tochtergesellschaft dem Aktionär der sie beherrschenden Muttergesellschaft freie Mittel zuwendet, ohne dadurch eine entsprechende Gegenleistung zu vereinnahmen. Dabei spielt es für die Verrechnungssteuerpflicht keine Rolle, ob es sich bei der Tochtergesellschaft um eine ausländische oder schweizerische Gesellschaft handelt. Die Verrechnungssteuerpflicht knüpft an die Leistung der inländischen Gesellschaft an. Deshalb muss die geldwerte Leistung aus der Sicht der (schweizerischen) Muttergesellschaft vorliegen [48]. *Lissi* [49] vertritt entgegen der von ihm selbst zitierten Praxis der *Eidg. Steuerverwaltung ESTV* [50] die Meinung, dass es steuersystematisch korrekt wäre, in Fallkonstellationen, in denen es sich sowohl bei der Tochter- als auch der Muttergesellschaft um Schweizer Unternehmen handelt, die Verrechnungssteuer

auf beiden Stufen zu erheben [51]. Dieser Ansicht können sich die Autoren aus steuersystematischer und erhebungstechnischer Sicht nicht anschliessen. Denn die strittige geldwerte Leistung fliesst tatsächlich nur einmal, namentlich von der Tochtergesellschaft an die Grossmuttergesellschaft. Gemäss der im Rahmen der Verrechnungssteuer bis auf wenige Ausnahmen anwendbaren Direktbegünstigungstheorie gilt diejenige Person als leistungsbegünstigt, die nach aussen in den Genuss der steuerbaren Leistung gelangt ist [52]. In den vorliegenden Fallkonstellationen ist dies zweifelsohne die Grossmuttergesellschaft. Wird bei der indirekten Entreichung eine zweistufige verdeckte Gewinnausschüttung konstruiert, ist dennoch bei beiden Leistungen dieselbe Person, namentlich die Grossmuttergesellschaft, direkt begünstigt [53]. Um ihren Sicherungszweck gegenüber einer möglichen Steuerpflicht des Leistungsempfängers zu erfüllen, muss die Verrechnungssteuer auf dieser Leistung daher nur einmal erhoben werden. Befindet sich die Tochtergesellschaft im Ausland, verbleibt als einziger verrechnungssteuerlicher Anknüpfungspunkt die schweizerische Muttergesellschaft. Einzig in solchen Konstellationen, in denen eine Erhebung bei der Tochtergesellschaft nicht möglich ist, ist u. E. die Erhebung der Verrechnungssteuer auf Stufe Muttergesellschaft als subsidiäres Steuersubjekt steuersystematisch auch gerechtfertigt, sofern die übrigen Voraussetzungen auch erfüllt werden.

4. ZUSAMMENFASSUNG SCHWEIZER STEUERFOLGEN [54]

4.1 Fallkonstellation 1 (Luxemburg/Schweiz/Schweiz).

Fall 1

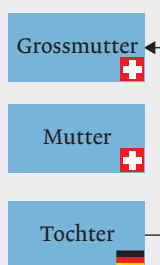


- Aufrechnung der geldwerten Leistung der Tochtergesellschaft an die Grossmuttergesellschaft zum steuerbaren Reingewinn der Tochter- sowie der Muttergesellschaft, wobei auf Stufe Muttergesellschaft der Beteiligungsabzug anwendbar ist.
- Muss die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aufgrund der geldwerten Leistung abgeschrieben werden, reduziert sich für die Berechnung des Beteiligungsabzugs auf Stufe Muttergesellschaft der Nettobeteiligungsertrag im Umfang der Abschreibung. Die Gestehungskosten reduzieren sich um denselben Betrag.
- Die Schweizer Verrechnungssteuer ist auf dem Betrag der geldwerten Leistung auf Stufe Tochtergesellschaft geschuldet. Deren Rückforderbarkeit richtet sich nach dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der

Schweiz und Luxemburg, wobei in dieser Konstellation keine direkte Beteiligung vorliegt, was eine definitive Belastung zum Sockelsatz von 15% zur Folge hätte [55]. Eine allfällige doppelte Erhebung der Verrechnungssteuer auf Stufe Tochter- und Muttergesellschaft müsste konsequenterweise dazu führen, dass auf der «1. Ausschüttung» das inländische Meldeverfahren [56] zur Anwendung gelangen würde. Auf der «2. Ausschüttung» müsste sich die Rückforderung auf das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Schweiz und Luxemburg stützen, wobei jedoch der 0%-Satz für direkte Beteiligungen zur Anwendung gelangen sollte.

4.2 Fallkonstellation 2 (Schweiz/Schweiz/Deutschland).

Fall 2



- Aufrechnung der geldwerten Leistung der Tochtergesellschaft an die Grossmuttergesellschaft zum steuerbaren Reingewinn der Muttergesellschaft, wobei auf Stufe Muttergesellschaft der Beteiligungsabzug anwendbar ist.
- Gewinnsteuerliche Erfassung der Leistung auf Stufe Grossmuttergesellschaft, welche die Erträge verbucht.
- Muss die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aufgrund der geldwerten Leistung abgeschrieben werden, reduziert sich für die Berechnung des Beteiligungsabzugs auf Stufe Muttergesellschaft der Nettobeteiligungsertrag im Umfang der Abschreibung. Die Gesteuerungskosten reduzieren sich um denselben Betrag.
- Analog wäre zu prüfen, ob durch die verdeckte Gewinnausschüttung der Tochtergesellschaft auf Stufe Grossmuttergesellschaft ebenfalls ein Abschreibungsbedarf auf der Beteiligung an der Muttergesellschaft besteht, welcher die Gesteuerungskosten an dieser Beteiligung reduzieren würde.
- Mangels steuerlicher Anknüpfung der Tochtergesellschaft in der Schweiz ist die Schweizer Verrechnungssteuer auf dem Betrag der geldwerten Leistung auf Stufe Muttergesellschaft geschuldet. Deren Rückforderbarkeit richtet sich nach dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Luxemburg, wobei der 0%-Satz für direkte Beteiligungen [57] zur Anwendung gelangen sollte [58].

4.3 Fallkonstellation 3 (Luxemburg/Schweiz/Deutschland).

Fall 3



- Aufrechnung der geldwerten Leistung der Tochtergesellschaft an die Grossmuttergesellschaft zum steuerbaren Reingewinn der Muttergesellschaft, wobei auf Stufe Muttergesellschaft der Beteiligungsabzug anwendbar ist.
- Muss die Beteiligung an der Tochtergesellschaft aufgrund der geldwerten Leistung abgeschrieben werden, reduziert sich für die Berechnung des Beteiligungsabzugs auf Stufe Muttergesellschaft der Nettobeteiligungsertrag im Umfang der Abschreibung. Die Gesteuerungskosten reduzieren sich um denselben Betrag.
- Mangels steuerlicher Anknüpfung der Tochtergesellschaft in der Schweiz ist die Schweizer Verrechnungssteuer auf dem Betrag der geldwerten Leistung auf Stufe Muttergesellschaft geschuldet. Das interne Meldeverfahren [59] sollte zur Anwendung gelangen.

5. FAZIT

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich eine indirekte Entreichung durch überhöhte Transferpreise oder ähnliche Leistungen im Konzern handels- sowie gesellschaftsrechtlich lediglich in einer eventuellen Wertberichtigung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft auf Stufe der Schweizer Muttergesellschaft niederschlägt. Demgegenüber kann eine derartige indirekte Entreichung auf Stufe einer Schweizer Muttergesellschaft bedeutende verrechnungssteuerliche Folgen haben. Gewinnsteuerlich dürfte der entsprechende Ertrag in der Regel durch den Beteiligungsabzug oder eine Wertberichtigung der Beteiligung an der Tochtergesellschaft neutralisiert werden. Die besprochenen Fallkonstellationen haben sich auf die drei Stufen Grossmutter-, Mutter- und Tochtergesellschaft konzentriert. Im Interesse der Rechtssicherheit stellen sich die Autoren denn auch auf den Standpunkt, dass – unter dem Vorbehalt der Steuerumgehung – das Konzept der indirekten Entreichung nicht weiter auf Enkel-, Urenkel-, Ururenkelgesellschaften usw. ausgedehnt werden kann. Bereits in der besprochenen simplen Konstellation ist fraglich, aus Sicht von welchem Rechtssystem das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung durch eine ausländische Tochtergesellschaft zu beurteilen ist. Entsprechend sollte die Praxis vorsichtig angewandt und auf eindeutige Fälle beschränkt bleiben. ■

Anmerkungen: 1) OECD-Initiative unter dem Titel «Base Erosion and Profit Shifting» (BEPS) – Dokumentation unter <http://www.oecd.org/tax/beps-reports.htm> bzw. auf Deutsch unter <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/beps-berichte.htm> erhältlich. 2) «Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation» – Dokument erhältlich unter http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_cooperation/mutual_assistance/direct_tax_directive/com_2013_348_en.pdf. 3) Insbesondere Aktionspunkte 5, 11, 12, und 13 des «Aktionsplan zur Bekämpfung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung». 4) Leistungen der Tochtergesellschaft an Schwester- oder Tochtergesellschaften, welche direkt oder indirekt von der beschriebenen Muttergesellschaft gehalten werden, entreichern diese Muttergesellschaft auch indirekt nicht. 5) Heuberger, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001, S. 14: «Die Beurteilung der verdeckten Vermögensverlagerung aus zivilrechtlicher Sicht hat unabhängig von den Wertungen des Steuerrechts zu erfolgen. Insbesondere kann aus der Qualifizierung als verdeckte Gewinnausschüttung in der Praxis zum Steuerrecht nicht der Schluss auf deren Handelsrechtswidrigkeit gezogen werden.» 6) Art. 958 OR; Wirz, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Basel 2015, Rz 174 ff. 7) Heuberger, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 122. 8) Gehrig, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, Bern 1998, S. 64, Ziff. 3.5.1. 9) Reich, Steuerrecht, Zürich 2012, § 20, Rz 2 ff. 10) Übersicht in Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, Zürich 2014, S. 79 ff. 11) Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung» (HWP 2014), Ausgabe 2014, Teil II, Ziff. 4.3.4.3 sowie Teil IV, Ziff. 2.17.1 ff. 12) Bewertungsmethoden wie die Substanzwert-Methode oder die Net-Present-Value-Methode berücksichtigen im Gegensatz zu reinen Ertragswertmethoden wie die Discounted-Cash-Flow-Methode oder Economic-Value-Added-Methode die Ertragskomponenten der zu beurteilenden Unternehmung höchstens indirekt; zum Ganzen: Helbling, Unternehmensbewertung und Steuern, Düsseldorf 1995, S. 69 ff; Schön, Unternehmensbewertung im Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Zürich 2000, S. 43 ff; HWP 2014, Teil II, Ziff. 4.3.4.3 sowie Teil IV, Ziff. 2.17.1 ff. 13) Vgl. Ausführungen hiervor (Ziff. 2.1.2); HWP 2014, Teil II, Ziff. 4.3.4.3 sowie Teil IV, Ziff. 2.17.1 ff. 14) Heuber-

ger, Verdeckte Gewinnausschüttung, S. 21. 15) Watter, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im Schweizerischen Handelsrecht, in: AJP 5 (1996), S. 141 ff. 16) Zum Ganzen: Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2014, § 6 Rz 611a ff. 17) BGE 140 III 533, E. 4.1; Böckli, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, § 1 Rz 153 ff. 18) Art. 671–680 OR. 19) Art. 678 Abs. 1 OR. 20) Verglichen mit der geltenden steuerrechtlichen Praxis zur verdeckten Gewinnausschüttung verlangt Art. 678 Abs. 2 OR zusätzlich und als kumulative Voraussetzung, dass die erbrachte Leistung, nebst dem, dass sie offensichtlich nicht verhältnismässig zur Gegenleistung ist, auch im Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht. Nach Böckli, § 12 Rz 556 und Kurer/Kurer, in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II Art. 530–964 OR, Basel 2012, Art. 678 Rz 16 ist letzteres Erfordernis «offensichtlich sinnwidrig». 21) Art. 678 Abs. 2 OR. 22) Art. 727 a OR und Art. 729 b OR. 23) Vgl. auch Ziff. 2.1.2 oben. Durch Festhalten etwaiger Erkenntnisse im Revisionsbericht von nicht ordnungsgemäss verbuchten Vorgängen (z. B. Unterlassung der Wertberichtigung) kommt die Revisionsstelle allerdings ihrer Sorgfalts- und Meldepflicht nach, wodurch sie sich einer allfälligen Haftung gemäss Art. 755 Abs. 1 OR – namentlich gegenüber Gesellschaftsgläubigern – entziehen dürfte. 24) Art. 24 Abs. 2 MWStG i. V. m. Art. 3 lit. h MWStG i. V. m. Art. 26 MWStV. 25) Art. 18 Abs. 1 lit. f MWStG. 26) Umsatzabgabe, Art. 13 StG. 27) Emissionsabgabe, Art. 4 Abs. 2 lit. a StG. Die Tochtergesellschaft erhält keinen Zuschuss, sondern wird im Gegenteil entreichert. Vgl. auch hinten Ziff. 3.1.3 zu Gestehungskosten. 28) Auf Ausführungen zum Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung wird vorliegend verzichtet, um nicht von der eigentlichen Fragestellung abzuschweifen; vgl. zum Ganzen: Böhi, S. 86 ff., m. w. H. 29) BGER 2A.79/2002 vom 27. Januar 2003. 30) Eine deutsche Tochtergesellschaft erbrachte verschiedene geldwerte Leistungen zugunsten des nigerianischen Aktionärs (wohnhalt in England) unter Umgehung der Schweizer Zwischengesellschaft. 31) Brülisauer/Poltera, in Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Basel 2008 (DBG-Kommentar), Art. 58 Rz 257 sowie Art. 58 Rz 163 ff. 32) Brülisauer/Poltera, DBG-Kommentar, Art. 58 Rz 54. 33) Vgl. Ziff. 3.1 hiervor. 34) Vgl. Ziff. 2.1.2 hiervor. 35) Reich, § 15 Rz 61 ff.; Greter, Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, Zürich 2000, S. 118; ESTV-Kreisschreiben Nr. 27 2009 (ESTV-KS 27/2009), Steuerermässigung

auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 2.4.1. 36) Duss/Altdorfer, DBG-Kommentar, Art. 70 Rz 18 ff. 37) Vgl. Ziff. 2.1.2 hiervor. 38) ESTV-KS 27/2009, Ziff. 2.5.1. 39) Ibid. 40) Vgl. Ziff. 2.1.2 hiervor. 41) ESTV-KS 27/2009, Ziff. 2.5.1 sowie in dessen Anhang das Beispiel Nr. 3, S. 10. 42) Duss/Helbling/Duss, in Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, Basel 2012 (VStG-Kommentar), Art. 4 Rz 7 sowie Art. 4 Rz 126, 129 ff., Art. 4 Rz 132 und Art. 4 Rz 143a ff. 43) Jaussi/Nachbur/Pfirter, Die Verrechnungssteuer – Eine «Risikosteuer» bei KMU?, in: TREX – Der Treuhandexperte, S. 142. 44) Vgl. hiervor unter Ziff. 2.1.2. 45) U. a. BGER vom 4. Mai 1999 (ASA 68, 739 E. 2 a, m. w. H.). 46) Duss/Helbling/Duss, VStG-Kommentar, Art. 4 Rz 143a. 47) Duss/Helbling/Duss, VStG-Kommentar, Art. 4 Rz 143 c. 48) BGER 2A.79/2002, E. 2.1, sowie Praxis ESTV, gemäss welcher ein Gewinnabführungsvertrag einer Tochtergesellschaft an die indirekte Muttergesellschaft die Erhebung der Verrechnungssteuer auf Stufe Muttergesellschaft zur Folge hat, vgl. dazu Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG, Nr. 275. 49) Vgl. zum Ganzen Lissi, Steuerfolgen von Gewinnausschüttungen schweizerischer Kapitalgesellschaften im internationalen Konzernverhältnis, Zürich 2007. 50) Lissi, S. 43 f. 51) Lissi, S. 46. 52) Merkblatt der ESTV zur Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer (Februar 2001, MB-ESTV Leistungsempfänger). Die Verrechnungssteuer ist auf diesen Leistungsempfänger zu überwälzen, und die Voraussetzungen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer müssen durch diese Person erfüllt sein. 53) Vgl. zur Direktbegünstigungstheorie MB-ESTV Leistungsempfänger; Duss/Helbling/Duss, VStG-Kommentar, Art. 4 Rz 143 a ff.; Reich/Bauer/Balmelli, VStG-Kommentar, Art. 14 Rz 22 f. 54) Zu ausländischen Steuerfolgen kann in diesem Beitrag keine Stellung genommen werden. 55) Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Grossherzogtum von Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, abgeschlossen am 21. Januar 1993 (in Kraft getreten am 19. Februar 1994, DBA CH-Lux), Art. 10 Abs. 2 lit. a (ii). 56) Vgl. Art. 20 VStG i. V. m. Art. 24 VStV bzw. Art. 26 a VStV. 57) Vgl. DBA CH-Lux, Art. 10 Abs. 2 lit. b (i). 58) Vgl. zur Direktbegünstigungstheorie das MB-ESTV Leistungsempfänger. 59) Vgl. Art. 20 VStG i. V. m. Art. 24 VStV bzw. Art. 26 a VStV.