

Einfluss des Steuerrechts auf das Handelsrecht

Autor(en): **Ryser, Walter**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **97 (1978)**

PDF erstellt am: **24.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895821>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Einfluß des Steuerrechts auf das Handelsrecht

Referat von Dr. iur. WALTER RYSER

Fürsprecher

Honorarprofessor an der Universität Bern

Direktor der Allgemeinen Treuhand AG, Bern

Inhaltsverzeichnis

Verwendete Abkürzungen	136
I. Einleitung	137
II. Erster Teil	143
A. Staatspolitische und staatsrechtliche Aspekte	143
B. International-privatrechtliche Aspekte	149
C. Autonomie der juristischen Person und Steuerrecht	154
III. Zweiter Teil	157
A. Beispiele zur Frage, ob und inwiefern das Steuerrecht die Verwirklichung des Handelsrechts behindert oder vereitelt	158
B. Beispiele zur Frage, ob Begriffe des Handelsrechts in ihrem materiellen Inhalt durch Einflüsse des Steuerrechts bereits umgeformt worden sind oder einem Umgestaltungsprozeß ausgesetzt werden könnten	166
C. Beispiele zur Frage, ob man von einer Einführung neuer Begriffe ins Handelsrecht sprechen kann, an welcher das Steuerrecht maßgeblich beteiligt wäre	179
D. Beispiele zur Frage, ob allenfalls das Steuerrecht bei der Weiterbildung gewisser Institute des Handelsrechts eine spürbare Rolle spielen könnte	187
IV. Schlußbetrachtungen	195

Verwendete Abkürzungen

Archiv	Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Bern)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
IPR	Internationalprivatrecht
IRC	Internal Revenue Code
Kantone	Die Kantone werden mit den üblichen Buchstaben ZH, BE, LU etc. erwähnt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal et revue genevoise de droit public (Lausanne, Genève)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
Steuerrevue	Steuer Revue (Bern)
VSt	Verrechnungssteuer
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965, SR 642.21
VStVo	Vollziehungsverordnung zum VStG vom 19. Dezember 1966, SR 642.211
WSt	Wehrsteuer
WStB	Bundesratsbeschluß über die Erhebung einer Wehrsteuer vom 9. Dezember 1940, mit mehreren Änderungen, SR 642.11
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

I. Einleitung*

1. Daß das Steuerrecht das tägliche Leben beeinflusst, bedarf kaum einer näheren Erläuterung. Hier wählt sich das Steuerrecht eine Beeinflussung des menschlichen Verhaltens geradezu als Ziel aus¹. Dort macht der Gesetzgeber das Steuerrecht seinen wirtschafts- oder sozialpolitischen Zwecken dienlich². Meistens befließt er sich einer relativen politischen Neutralität. Immer aber richtet der Einzelne sein Verhalten nach den möglichen steuerlichen Auswirkungen aus im Bestreben, die damit entstehenden Lasten tiefzuhalten.

Eine solche ständige, allumfassende Beeinflussung ist übrigens kaum verwunderlich, ist sie doch nichts anderes als eine weitere Folge der allgemeinen Überwucherung privatrechtlicher Entscheidungsspielräume durch verwaltungsrechtliche Normen.

2. Gilt dies im Privatleben allgemein, so naturgemäß umso intensiver im Geschäftsleben, also bei der Handhabung des Handelsrechtes im täglichen Gebrauch. Es darf füglich behauptet werden, daß heute kein vernünftiger Unternehmer einen Führungsentscheid von etwelcher Bedeutung faßt, etwa einen wichtigen Vertrag eingeht, eine größere Investition beschließt oder eine Geschäftsverlegung, -umwandlung, -zusammenlegung oder -aufgliederung in Erwägung zieht, ohne vorab die steuerlichen Folgen seines Vorhabens eingehend prüfen zu lassen. Die Würdi-

* Fürsprecher PETER SPORI, Leiter der Rechtsabteilung der Allgemeinen Treuhand AG in Bern, nahm sich die große Mühe, das deutsche Manuskript durchzusehen. Es sei ihm an dieser Stelle dafür herzlich gedankt.

¹ z.B. in der Form von sog. Lenkungssteuern. Hierüber: RUDOLF PROBST, Abgaben zur Lenkung der Wirtschaft, Archiv 30, 1961/62, S. 417 ff.; PETER BÖCKLI, Indirekte Steuern und Lenkungssteuern, Basel/Stuttgart 1975; ARTHUR MOHR, Die Lenkungssteuer – ein Instrument zur Induzierung sozialorientierten Verhaltens im Wohlfahrtsstaat, Diss. Basel 1976.

² Man denke etwa an die Gestaltung der Zollltarife oder der sog. Freiliste bei der Warenumsatzsteuer sowie allgemein an die Gestaltung der Sozialabzüge und der Tarife bei den direkten Steuern.

gung der steuerlichen Auswirkungen ist zu einem Entscheidungsfaktor geworden, der der Analyse der Finanzierung, der Rentabilitätsberechnung, der Prüfung der verwaltungspolizeilichen Voraussetzungen und des wettbewerbsrechtlichen Spielraums gleichzustellen ist. Die sich durch finanzielle Belastungen kennzeichnenden steuerlichen Auswirkungen setzen somit Schranken, die zwar *de iure* nicht öffentlich-rechtlichen Verboten gleichkommen, nach ihrer Intensität betrachtet jedoch solchen kaum nachstehen und eindeutig als einschneidender angesehen werden als die Normen der Berufsethik oder gar der Sittlichkeit.

3. Allein, ob das Gewicht dieses nicht mehr wegzudenkenden Entscheidungsfaktors bereits eine Beeinflussung des Handelsrechts selbst nach sich zieht, ist eine viel delikaterere Frage.

Immerhin ist bereits der Umstand, daß nach einer solchen Beeinflussung gefragt wird, für den Wandel der Vorstellungen kennzeichnend:

Als vor mehr als 40 Jahren der Schweizerische Juristenverein sich mit dem Thema der Beziehungen zwischen Steuer- und Zivilrecht befaßte³, war das wissenschaftliche Interesse darauf gerichtet, ob überhaupt dem Steuerrecht als einer verhältnismäßig jungen Disziplin der Anspruch zuzuerkennen sei, eigene Begriffe bilden zu dürfen, oder ob nicht grundsätzlich diejenigen des Zivilrechts auch in dieser Sparte uneingeschränkt Geltung hätten. In sehr gelehrten Darlegungen wurde gezeigt, wie der Steuergesetzgeber öfters Begriffe und Institute des Zivilrechts heranzieht, eventuell nachbildet oder sogar umbildet. Gestand man zwar dem Steuerrecht gegenüber dem Zivilrecht durchaus eine gewisse Autonomie zu, so überragte doch der Gedanke, daß sowohl für die Inhaltsbestimmung der verwendeten Begriffe wie auch bei der Frage der Anerkennung der gewählten Rechtsformen die traditionellen zivilrechtlichen Deutungen und Methoden heranzuziehen seien. Andererseits solle zwar der Steuerumgehung mit dem Instrument der wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Auslegungshilfe bei Mißbräuchen zu Leibe gerückt werden.

Diese Grundeinstellung ist heute noch weitgehend anerkannt, obschon verschiedentlich verwässert. Der erhöhte Finanzbedarf

³ Die den Verhandlungen zugrunde liegenden Referate verfaßten Prof. Dr. ERNST BLUMENSTEIN (Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, ZSR NF 52, 1933, S. 142aff.) und Prof. PIERRE AEBY (De l'influence du droit fiscal sur le droit privé, daselbst, S. 280aff.).

der öffentlichen Hand führte zu höheren Steuersätzen. Erst dadurch wurden die rechtlichen Auseinandersetzungen und insbesondere die Auslegungsfragen richtig akut.

Wie hätte unter diesen Umständen die Entwicklung stehenbleiben können? Heute erliegt der Gesetzgeber mehr und mehr der Versuchung, abstrakt zu dekretieren, es sei die wirtschaftliche Betrachtungsweise allgemein zur Auslegung des Steuergesetzes zu verwenden, also nicht bloß als Hilfe gegen den Rechtsmißbrauch heranzuziehen⁴. Oder er begründet bei bestimmten formaljuristischen Tatbeständen, an welche Steuerfolgen geknüpft sind (Eigentumsübertragung, Schaffung von Gesellschaftskapital, Gewinnausschüttung etc.), so viele Ersatztatbestände zu den ursprünglich zivilrechtlich umschriebenen, daß die letzteren drohen, in ihrem Inhalte bedeutend erweitert oder umgedeutet zu werden. Daß die Rechtssicherheit damit nicht unbedingt gefördert wird, sei hier bloß nebenbei bemerkt. Wichtiger für unsere Überlegungen ist aber festzustellen, daß damit eine eigentliche steuerliche Begriffsbildung die zivilrechtliche überlagert und ohne Zweifel mit der Zeit die Verkehrsgeltung der letzteren verdrängt.

Der Kreis scheint sich somit zu schließen, eben mit der Frage, ob heute gesagt werden darf, das Steuerrecht beeinflusse das Handelsrecht.

4. Schwierig ist die Beantwortung dieser Frage deshalb, weil zuerst darüber Klarheit geschaffen werden müßte, wann von einem Einfluß die Rede sein kann. Ist das Handelsrecht bereits tangiert, wenn bei der Standortwahl für ein neues Unternehmen die handelsrechtliche Ordnung eines Staates aus steuerlichen Rücksichten überhaupt beiseite gelassen wird? Wie aber steht es, wenn wegen der in einem bestimmten Territorium herrschenden steuerlichen Verhältnisse eine dort vorhandene handelsrechtliche Form eine ganz besondere Gunst zu genießen beginnt und zwar in einem solchen Maße, daß andere zur Verfügung stehende Formen ins Hintertreffen geraten? Ist dann bereits eine Beeinflussung des Handelsrechtes anzunehmen, wenn aus steuerlichen Rücksichten die Wahl zwischen Institutionen des Handelsrechtes nicht mehr neutral erfolgen kann? Oder fängt eine Beeinflussung

⁴ So etwa Art. 2 Abs. 2 des Steuergesetzes für den Kanton Graubünden vom 21. Juni 1964 oder § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern und den Finanzausgleich vom 7. Februar 1974 des Kantons Basel-Landschaft.

des Handelsrechtes erst dann an, wenn steuerliche Zurechnungsregeln von den zivilrechtlichen abweichen? Oder endlich: Darf man von einem Einfluß bloß dann reden, wenn handelsrechtliche Begriffe durch das Steuerrecht umgedeutet worden sind, oder gar wenn neue vom Steuerrecht geschaffene Begriffe im handelsrechtlichen Instrumentarium Verkehrsgeltung erlangen?

5. Vielleicht ist aber noch ein Wort über den Beeinflussungsprozeß am Platze:

Das Handelsrecht ist als Teil des Privatrechts in erster Linie dazu bestimmt, Beziehungen zwischen Parteien, welche vor dem Gesetz gleichgestellt sind, zu regeln. Das Erfordernis der Rechtssicherheit ist es, welches eine Umschreibung der gegenseitigen Ansprüche verlangt, und zwar erfolgt diese Umschreibung aus Rücksicht auf die Interessen der beteiligten Personen (als Vertragspartner, Gesellschafter, Gläubiger, etc.). Eine Wandlung der so vom Privatrecht definierten Stellung der Parteien ist durchaus denkbar und erfolgt tatsächlich auch, und zwar dann, wenn das in Gesetzgebung und Rechtsprechung ausgedrückte Rechtsempfinden die Gewichte beim Ausgleich der aufeinander-treffenden Interessen anders setzt. Man wäre deshalb geneigt zu sagen, daß hier die Beeinflussung des Rechts durch die politischen und soziologischen Gegebenheiten *von innen* erfolgt.

Anders aber, wenn der Staat nicht bloß als Schiedsrichter über die Gewichtung aufeinandertreffender Privatinteressen Recht setzt oder spricht, sondern wenn er der privatrechtlichen Autonomie als Wahrer allgemeiner Interessen polizeirechtliche, wettbewerbsrechtliche oder sozialrechtliche Schranken auferlegt. Hier erhält sein Eingriff eine Färbung, die deutlicher durch *außerhalb* des Privatrechts stehende Elemente bestimmt wird.

Im Gebiete des Steuerrechts endlich tritt der Staat nicht unmittelbar als Wahrer des öffentlichen Wohls (obschon dieses Alibi auch hier nur zu oft benützt wird), sondern als Fiskus, als *selbst interessierter Partner*, auf. Er drängt sich einfach in die Geschäftswelt als ständiger «Mitgesellschafter» ein. Daß er dabei das Handelsrecht in seiner Handhabung bzw. in seinem Inhalt beeinflussen kann, liegt auf der Hand. Er kann es entweder unmittelbar durch die Rechtsetzung tun, indem neue Konzepte eingefügt werden, die mit der Zeit eine solche Verkehrsgeltung erlangen, daß sie füglich wie Teile des Handelsrechts selbst erscheinen; oder er kann es indirekt tun, indem er die Teilnehmer am Geschäftsleben zu Handlungen veranlaßt, die nicht mehr von den alleinigen privatrechtlichen Parteiinteressen bestimmt, sondern

meistens auch von der Rücksicht auf diesen unbequemen Partner mitgeprägt werden. Solche ständige Abstimmung auf die Ansprüche dieses unerbetenen Gastes im Geschäft schränkt die Freiheit in der Wahl der vom Handelsrecht zur Verfügung gestellten Institute faktisch ein und spornt die Erfindungsgabe der geplagten Steuerzahler in beträchtlichem Maße an. Damit erscheinen merkwürdige Blüten im täglichen Geschäftsleben, die nicht immer als Bereicherungen des Handelsrechtes angesehen werden können. Ohne Übertreibung kann man sagen, «daß ein Großteil aller zivilistischen Phantasie im rechtsberatenden Bereich durch das Steuerrecht veranlaßt wird»⁵.

6. Wie bereits angedeutet, fällt es nicht schwer, tagtägliche Einflüsse des Steuerrechtes auf das Geschäftsleben nachzuweisen. Viel anspruchsvoller aber müßte sich der Versuch gestalten, den Verlauf der Grenze abzustecken, von der an von einer Beeinflussung des Handelsrechtes an sich gesprochen werden kann. Möglicherweise eröffnet sich hier ein spannendes rechtstheoretisches Exerzierfeld. Soll aber das heutige Thema Nährstoff für eine allgemeine, praktisch orientierte Diskussion liefern, so dürfte es wohl sinnvoller sein, die Bandbreite für die folgenden Überlegungen nicht allzu eng zu wählen auf das Risiko hin, daß hie und da Zweifel darüber entstehen können, ob der Rahmen für den versuchten Nachweis möglicher Beeinflussungen nicht zu weit gesteckt worden ist.

7. Eingedenk der Tatsache, daß Auswirkungen nicht unmittelbar zu sein brauchen, dürfte es für die Absteckung der Dimensionen des Themas von Nutzen sein, auf die Vielfalt der Aspekte hinzuweisen. Es ergeben sich insbesondere:

- Staatspolitische und staatsrechtliche Aspekte, etwa bei der Standortwahl für Handelsgesellschaften, bei der Neutralität in

⁵ JENS PETER MEINCKE, Bürgerliches Recht und Steuerrecht, in «Juristische Schulung», Zeitschrift für Studium und Ausbildung, 16. Jahrg., Nov. 1976, S. 693 ff., insbes. S. 694. Für diesen Autor unterliegt der Einfluß des Steuerrechts auf die Entwicklung des Privatrechts keinem Zweifel. Ganze Institute wie das Konzernrecht, das Recht der GmbH + Co. K.G., der atypischen stillen Gesellschaft und der sog. Betriebsaufspaltung (Doppelgesellschaft) seien nicht zuletzt vor dem Hintergrund steuerrechtlicher Überlegungen entwickelt worden. Siehe auch HANS JOACHIM DÖLEMAYER, Wechselbeziehungen zwischen Privat- und Steuerrecht in der schweizerischen Gesellschaftspraxis unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Diss. Kiel 1975.

- der Wahl der verfügbaren handelsrechtlichen Institute oder der Gestaltungsfreiheit bei gewissen Rechtsgeschäften;
- bundesverfassungsrechtliche Aspekte, etwa wenn danach gefragt wird, ob die kantonalen Abgaben unter Umständen die Verwirklichung des Bundeszivilrechts vereiteln;
 - international privatrechtliche Aspekte, etwa bei der Frage der Anknüpfung handelsrechtlicher Gebilde an eine bestimmte Rechtsordnung;
 - rechtstheoretische Aspekte, etwa bei der Frage nach der Natur der juristischen Persönlichkeit bzw. ihrer Autonomie;
 - und selbstverständlich eigentliche handelsrechtliche Aspekte bei allen Fragen nach dem tatsächlichen Inhalt des Handelsrechtes.

Im anschließenden Teil werden die ersten dieser Aspekte kurz gestreift. Im nachfolgenden zweiten Teil sollen die eigentlichen handelsrechtlichen Gesichtspunkte behandelt werden.

II. Erster Teil

A. Staatspolitische und staatsrechtliche Aspekte

8. Anzusprechen wären hier etwa Fragen der Standortwahl bzw. der Anknüpfung an eine bestimmte Handelsrechtsordnung überhaupt oder umgekehrt der Ablehnung einer solchen aus steuerlichen Gründen; oder auch die Frage der faktischen Außerkurssetzung gewisser Institute oder umgekehrt ihrer plötzlichen Gunst; oder auch die Frage einer Vereitelung der freien Wahl unter verschiedenen zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Formen; oder endlich diejenige der Einschränkungen in der Gestaltungsfreiheit bei gewissen Rechtsgeschäften mit Bezug auf deren Inhalt.

9. Was unter dem Kennwort «Standort» in diesem Zusammenhang gemeint ist, kann etwa am Beispiel von Liechtenstein illustriert werden. Unser kleiner Nachbar im Osten verfügt über ein recht gut ausgestattetes Handelsrecht – insbesondere Gesellschaftsrecht – das, nach der Intensität seiner Verwendung betrachtet, in keinem Verhältnis zu Größe und wirtschaftlichem Potential jenes Landes steht. Als Träger unzähliger internationaler Geschäfte treten Gesellschaften liechtensteinischen Rechts auf, welche dort keine Beeinflussung der innenwirtschaftlichen Produktions- oder Verteilungsabläufe bewirken. Wieso diese Popularität? Hauptsächlich, wenn nicht allein deshalb, weil mit der Anknüpfung an die liechtensteinische Handelsrechtsordnung keine steuerlichen Hemmnisse verbunden sind. Nicht nur lösen die über solche mit der Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Träger getätigten Geschäfte keine Gewinnbesteuerung im Fürstentum aus, sondern auch die Ausschüttungen der Gewinne an die Beteiligten bleiben jedenfalls im Sitzlande meistens steuerbefreit. Damit läßt sich ohne Zwang eine Aktivierung der liechtensteinischen Handelsrechtsordnung nachweisen, also eine wenn auch nur quantitative Beeinflussung des Handelsrechts⁶.

⁶ Was wäre überhaupt ein Recht, das toter Buchstabe bliebe, also von niemandem angewandt würde? Ist es deshalb umgekehrt nicht gerechtfertigt, anzuer-

Die besondere Gunst, welche eigentümliche Formen wie diejenige der Anstalt oder des Trust Reg. im Fürstentum genießen, ist weitgehend aus steuerlichen Gründen zu erklären. Statistische Nachweise dürften hier wohl überflüssig sein. Man entsinne sich bloß der kürzlichen Bankaffären im Tessin⁷ und der damit verbundenen Reaktionen aller Art, um den Umfang des Problems abzuschätzen. Die Stimmen waren in diesem Zusammenhang nicht zu überhören, welche die Anknüpfung an eine ausländische Ordnung anstelle der auf den ersten Blick sich aufdrängenden nationalen Ordnung in Frage stellten. Daß übrigens die Grenzen der politischen Polemik deutlich überschritten wurden, zeigt sich daran, daß von offizieller Schweizer Seite Interventionen mit dem Ziel, gewisse handelsrechtliche Reformen in Liechtenstein zu erwirken, stattfanden. Dabei spielten eindeutig auch fiskalische Motive eine Rolle, insoweit man an die Sicherstellung möglicher nach Schweizer Recht entstehender Steueransprüche dachte. Weiß man, daß dabei nicht weniger als die Ausschaltung gewisser ausländischer Gesellschaftsformen auf der Traktandenliste stand, so dürfte hier kein weiteres Wort verloren werden, um eine unmittelbar auf steuerliche Gründe zurückgehende Beeinflussung des Handelsrechts manifest zu machen.

10. Gibt es, so könnte man sich fragen, eine ähnliche Erscheinung in der Schweiz selbst, daß nämlich aus steuerlichen Erwägungen gewisse Institute eine unerklärliche Gunst zu genießen beginnen? Bloß im Sektor des Gesellschaftsrechts könnte man auf zwei Beispiele hinweisen:

Zunächst der richtige Boom an Gründungen von USA-beherrschten Basisgesellschaften⁸ in den 50iger und 60iger Jahren in steuerlich günstigen Kantonen wie Zug, Genf, aber auch Glarus, Waadt, Freiburg, Luzern und Basel-Stadt (um bloß die meist benützten Standorte zu erwähnen). Hier führte das eigenartige

kennen, daß die gesteigerte Beanspruchung spezifischer Formen einer bestimmten Rechtsordnung eben doch eine Beeinflussung dieser Rechtsordnung darstellt?

⁷ Bei der Weiß-Kredit und der Zweigniederlassung Chiasso der SKA wurden faktisch parallele Bankbetriebe geführt, obschon formell unter den Namen von liechtensteinischen Anstalten. Diese Tätigkeiten führten zu beträchtlichen Verlusten. Damit wurden zudem nicht nur Vorschriften des Bankengesetzes, sondern insbesondere auch öffentlichrechtliche Maßnahmen zum Schutz der schweizerischen Währung und eidgenössische Steuervorschriften verletzt.

⁸ Zum Begriff der Basisgesellschaft siehe ERNST HÖHN/EUGEN DAVID, Doppelbesteuerungsrecht, Bern 1973, S. 373 ff.

(damalige) Zusammenspiel einer relativ tiefen Besteuerung in der Schweiz mit den von unserem Land gewährten Vorteilen seiner Doppelbesteuerungsabkommen zu dieser gesteigerten Handhabung der schweizerischen Aktiengesellschaftsform.

Dann wäre die ohne den steuerlichen Hintergrund nicht zu verstehende Anziehungskraft der GmbH zur Zeit der Geltung des früheren Doppelbesteuerungsabkommens mit Deutschland zu erwähnen. Dannzumal genossen deutsche Gesellschafter den Vorteil einer vollen Befreiung in Deutschland sowohl für das in einer Schweizer GmbH investierte Vermögen wie auch für die Gewinne daraus, was nicht nur zur vollen Ausnützung des Steuergefälles, sondern zur Ausschaltung jeglicher wirtschaftlicher Doppelbesteuerung führte⁹.

Wäre ein weiterer Beweis dafür notwendig, daß steuerliche Motive hier maßgebend waren, so genügte es, darauf hinzuweisen, daß der umgekehrte Prozeß einsetzte, sobald die Steuervorteile abgebaut wurden. Mit dem Revenue Act 1962¹⁰ wurde seitens der USA ein erster wichtiger Riegel gestoßen: Unter gewissen Umständen konnten von nun an dem beherrschenden amerikanischen Aktionär die in der Schweiz angesammelten Gewinne pro rata zugerechnet werden, und zwar auch ohne Ausschüttung seitens der Gesellschaft. Dazu kamen die zwar gut gemeinten, aber in ihrer bisherigen Handhabung den Rechtsstaatgedanken hie und da strapazierenden Vorschriften des schweizerischen Mißbrauchsbeschlusses¹¹. Der Todesstoß wurde aber diesen Ba-

⁹ Auch die vermehrte Verwendung der Form der Stiftung im Wirtschaftsleben geht auf steuerliche Erwägungen zurück, insbesondere, wenn sie als Trägerin der zum Zwecke der Personalfürsorge angesammelten Gelder dient. Siehe in diesem Zusammenhang PEIDER MENGARDI, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, ZSR NF 87 II, 1968, S.25.

¹⁰ Subpart F, Sec. 951–964, des amerikanischen Internal Revenue Code (IRC).

¹¹ Bundesratsbeschluß betreffend Maßnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, vom 14. Dezember 1962, SR 672.202. Siehe dazu: KURT LOCHER und WALTER RYSER, Swiss Measures against abuse of tax conventions, Publications of the International Bureau of Fiscal Documentation, No.19, Amsterdam 1963; HEINZ MASSHARDT, Die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, Archiv 31, 1962/63, S.225 ff.; MAX BEAT LUDWIG, Die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, Steuerrevue 1963, S.50 ff.; und in kritischem Sinne besonders: RYSER, in Archiv 32, 1963/64, S.11 ff. und DERSELBE, «Quelques réflexions sur les mesures unilatérales prises par la Suisse contre l'utilisation abusive des traités préventifs de la double imposition», in «Beiträge zu aktuellen Fragen des Steuer- und Gesellschaftsrechts», Bern 1973 (auch englisch in Intertax, Europäische Steuer-Zeitung, Deventer/Bonn 1975, S.60 ff.).

sisgesellschaften erst mit der kürzlichen Änderung in der Steuergesetzgebung der USA¹² verabreicht. Mit der Aufhebung der Regeln über die Mindestausschüttungen kommen nun ausnahmslos alle «passiven» Einkünfte der «controlled foreign corporations» beim «US shareholder» sofort zur Besteuerung¹³, und zwar ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Ausschüttung und ohne Rücksicht auf den effektiven Durchschnittssatz, zu dem alle ausländischen Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen belastet wurden. Die Folgen haben nicht auf sich warten lassen. Die Zahl der Neugründungen amerikanisch beherrschter Basisgesellschaften ist praktisch auf Null gefallen, und die bisherigen Gesellschaften werden entweder umstrukturiert oder stillgelegt.

Das gleiche ist von der GmbH-Blütezeit zu sagen. Mit dem Inkrafttreten des neuen Doppelbesteuerungsabkommens mit Deutschland auf den 1. Januar 1972 werden die Anteile einer deutsch-beherrschten schweizerischen GmbH nun voll beim deutschen Gesellschafter sowohl mit Bezug auf die Einkommensbesteuerung wie auch mit Bezug auf die Vermögensbesteuerung herangezogen. Hinzu kommen noch allenfalls die deutschen Hinzurechnungsbestimmungen des Außensteuergesetzes¹⁴ für nicht ausgeschüttete sogenannte «böse» Einkünfte. Auch hier ist die Folge klar: Praktisch keine Neugründungen und Abbau oder Eintrocknen bisheriger Strukturen der erwähnten Art.

11. Das Gesagte dürfte bereits gezeigt haben, daß nicht etwa bloß am Beispiel der zweifelhaften Figur des Steuerflüchtlings exemplifiziert zu werden braucht. Nüchterne Überlegungen im harten Konkurrenzkampf sind geeignet, auch den durchaus ehrbaren Kaufmann zu derartigen Ablehnungen einer Anknüpfung an die hiesige Rechtsordnung zu verleiten. Als weitere Illustration darf hier etwa die Errichtung ausländischer Tochtergesellschaften größerer Schweizer Banken erwähnt werden, welche im internationalen Emissionsgeschäft tätig sind (Sitz: Bahamas,

¹² Aufhebung der Sec. 963 IRC ab Gesellschaftsjahren, die nach dem 31.12.1975 beginnen.

¹³ Zum Begriff der «passiven» Einkünfte oder präziser des «Subpart F income» siehe Sec. 952 sowie Sec. 956 (a) IRC; zum Begriff der «controlled foreign corporation» siehe Sec. 957 (a) IRC; zum Begriff des «US-shareholder» siehe Sec. 951 (b) IRC.

¹⁴ Gesetz vom 8. September 1972 über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen. Dazu statt vieler: FLICK/WASSERMEYER/BECKER, Kommentar zum Außensteuergesetz, Köln 1973/76.

Bermudas, Luxembourg). Sie sind vornehmlich aus steuerlichen Gründen zu erklären. Solange z.B. die Emission ausländischer Obligationen durch eine schweizerische Bank mit der Emissionsstempelpflicht behaftet war, konnte mit ausländischen Konkurrenzinstituten nicht mehr Schritt gehalten werden. Oder denken wir in diesem Zusammenhang an bedeutende internationale Finanzierungen durch sogenannte «back to back»-Darlehen, die wegen des Hindernisses der Verrechnungssteuer gezwungenermaßen über andere Finanzstellen als schweizerische getätigt werden müssen.

12. Die Ausschaltung einer bestimmten Handelsrechtsordnung (oder umgekehrt deren verstärkte Heranziehung) kann für den Hoheitsträger, der sie eingeführt hat und der sie mit seiner Gerichtsbarkeit schützt, doch nicht ganz gleichgültig sein. Bei den vorangehenden Beispielen ist die Resonanz zwar vor allem staatspolitischer Natur. Es geht darum zu fragen, ob es tragbar, sinnvoll oder wünschenswert ist, gewisse Dienstleistungsträger, die sich sonst schweizerischer Handelsrechtsinstitute bedienen würden, von einer Anknüpfung an die Schweiz fernzuhalten, oder im Gegenteil sie, die sich sonst irgendeiner anderen Rechtsordnung bedienen könnten, zu einer Anknüpfung an unser Land zu ermuntern. Anders ausgedrückt: Wieweit müssen bei der Gestaltung des Steuerrechtes solche letzten Endes strukturellen Auswirkungen berücksichtigt werden?¹⁵ Dabei kann nicht übersehen werden, daß, sofern gesellschaftsrechtliche Institute getroffen werden, indirekt eben ganze Berührungsflächen des Handelsrechtes selbst unter Spannung geraten.

13. Das Problem erhält dann eine deutlichere staatsrechtliche Färbung, wenn es um die aus steuerlichen Rücksichten bewirkte Vereitelung der freien Wahl unter verschiedenen vom Handelsrecht verfügbar gemachten Formen geht. Erweist sich z.B. die Steuerlast eines in der Form einer juristischen Person geführten Geschäftes eindeutig schwerer als des gleichen Geschäftes in der Form einer Personengesellschaft oder einer Einzelfirma, so wird der Steuerfaktor zum bedeutenden, manchmal maßgebenden Entscheidungskriterium, so daß die Wahl der privatrechtlichen

¹⁵ Dazu WALTER RYSER, *Dix leçons introductives au droit fiscal*, Berne 1974, No. 218, S. 164ff. (hiernach zitiert «Dix leçons»). Mehr darüber siehe hinten S. 151/152.

Formen nicht mehr nach den ihnen innewohnenden Vor- und Nachteilen (Haftung, Flexibilität, Übertragbarkeit, Dauerhaftigkeit, Autonomie etc.) erfolgen kann. Damit wird die uneingeschränkte Verwirklichung des Privatrechts von fremden Elementen gestört¹⁶.

14. Ähnliches ist zu sagen von der Gestaltung einer Reihe von Rechtsgeschäften, die zwischen Gesellschaften, welche die Rechtspersönlichkeit genießen, einerseits und den daran beteiligten Personen andererseits abgeschlossen werden. Einer Privatrechtsordnung muß es wohl gleichgültig sein, ob Parteien günstige oder weniger günstige Geschäfte unter sich abschließen. Im Verhältnis Gesellschaft/Gesellschafter befindet sich die privatrechtliche Reizschwelle etwa bei der Nichteinhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gesellschafter oder des Verbots der Einlagenrückgewähr oder bei der Begründung einer Haftung aus Geschäftsführung gegenüber den Mitbeteiligten oder den Gläubigern. Steuerlich aber ist die Reizschwelle viel tiefer angesetzt, und kostspielige Reaktionen der Steuerbehörden sind zu erwarten, wenn bei der Festsetzung der Bedingungen, zu welchen solche Rechtsgeschäfte getätigt werden, nicht «objektivierte» – allenfalls den Besonderheiten des Einzelfalles nicht gerecht werdende – Kriterien beachtet werden. Das Steuerrecht pfropft in der Tat seine eigenen Maßstäbe der freien privatrechtlichen Gestaltung auf¹⁷. Auch das kann dem Schöpfer des Privatrechts nicht gleichgültig sein. Er muß sich zwangsläufig damit auseinandersetzen, wieweit er es dulden soll, daß eine von ihm auf die Vertragsfreiheit aufgebaute Ordnung von solchen öffentlich-rechtlichen Rücksichten durchkreuzt wird. Das Problem ist ja nicht neu, es ist das der ständigen Wandlung der tatsächlichen Staatsverfassung.

15. In diesem Zusammenhang darf wohl auch auf den möglichen bundesverfassungsrechtlichen Aspekt des Problems hingewiesen werden. Unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 ZGB warf HANS HUBER im Berner Kommentar¹⁸ die Frage auf, inwiefern der Rechtsstaat durch das Abgaberecht aufgerollt zu werden

¹⁶ Mehr darüber siehe hinten S. 158.

¹⁷ Mehr darüber siehe hinten S. 160ff. und 164.

¹⁸ Einleitungsband zum Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bern 1962, N. 231–233 ad Art. 6 ZGB.

drohe. Dabei wurde in erster Linie an das kantonale Abgaberecht gedacht¹⁹. Im gleichen Sinn ist die von JACQUES ANDRÉ REYMOND gestellte Frage zu verstehen²⁰, ob die bei der Sitzverlegung von einem Kanton in den anderen anfallenden kantonalen Abgaben die freie Handhabung der handelsrechtlichen Formen nicht so weitgehend verhindern, daß sie möglicherweise mit der Bundesverfassung nicht mehr zu vereinbaren sind.

B. International-privatrechtliche Aspekte

16. IPR und Steuerrecht haben manche Berührungspunkte, insbesondere dort, wo juristische Personen in Frage stehen, und zwar vornehmlich, wo solche juristische Personen im einen Staate errichtet und eingetragen sind, jedoch ihre effektive Verwaltung oder ihre beherrschenden Aktionäre in einem anderen Staate haben.

Wesentlich für das IPR ist die Erarbeitung von Kriterien, nach welchen die Anknüpfung eines Rechtsverhältnisses an eine bestimmte Rechtsordnung zu erfolgen hat, ferner, und dies speziell bei juristischen Personen, die Lösung der Frage nach deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rechtsordnung als Vorstufe zur Prüfung ihrer Anerkennung in einem anderen Staate.

Auch das Steuerrecht muß sich notwendigerweise mit der Frage der persönlichen Anknüpfung an eine bestimmte Steuerrechtsordnung als Voraussetzung der Steuerpflicht befassen.

Anknüpfungsprobleme stehen somit in beiden Bereichen im Zentrum. Von Interesse muß es deshalb sein zu untersuchen, ob die gewählten Anknüpfungskriterien einheitlich oder im Gegenteil unterschiedlich sind, und falls sie auseinanderklaffen, ob die steuerlichen allenfalls geeignet sein könnten, auf diejenigen des IPR zurückzuwirken.

Im Gebiet des IPR stehen sich zwei Hauptschulen gegenüber: Diejenige, welche am Sitz der juristischen Person (Sitztheorie),

¹⁹ ERIK BIRGELEN spricht in seiner Dissertation über «Die Beeinträchtigung der handelsrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch das Steuerrecht» (Zürich 1970) vom denaturierenden Effekt des Steuerrechts auf das Handelsrecht, und zwar dort, wo das Steuerrecht zu einem Verzicht auf die Wahl einer Aktiengesellschaft oder, wegen der Liquidationsbesteuerung, zu einem Verzicht auf eine Änderung der Rechtsform führt.

²⁰ SAG 46, 1974, S. 120–128. Zur Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit durch öffentliche Abgaben siehe auch HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976, S. 173 ff.

und diejenige, welche am Ort der Registrierung (Inkorporationstheorie) anknüpft. Bemerkenswert ist, daß das Steuerrecht im großen und ganzen die gleiche Dualität der Gesichtspunkte aufweist, obschon die verwendeten Begriffe etwas anders lauten. In der Tat wird die persönliche Steuerpflicht entweder am Ort der tatsächlichen Verwaltung (was dem Sitzgedanken der IPR-Konzeption weitgehend entspricht) oder dann am formellen, d.h. am statutarischen Sitz (was für schweizerische Bedürfnisse unmißverständlich auf den Eintragungsort hinweist und somit weitgehend dem Gedankengang der Inkorporationstheorie folgt) begründet. Gewisse Steuerrechtsordnungen knüpfen an weitere Kriterien wie dasjenige des «management and control» an²¹, was sich auf den ersten Blick wie eine Zwischenstufe zwischen der Sitz- und der Kontrolltheorie anhören läßt, in Wirklichkeit aber noch eher als Abart der Sitztheorie anzusehen ist²².

Welche Auffassungen gelten nun in der Schweiz? Im IPR soll seit den 30iger Jahren die Inkorporationstheorie die Oberhand gewonnen haben²³. Ob und wie lange sie sich behaupten wird, ist natürlich eine offene Frage²⁴. Im Steuerrecht wurde traditionell auf den formellen Sitz abgestellt²⁵. Auch etliche Doppelbesteuerungsabkommen verweisen bei der Frage der Nationalität von Gesellschaften auf den Staat, «nach dessen Gesetzen eine Gesellschaft gegründet worden ist»²⁶. Aber diese traditionelle An-

²¹ Vereinigtes Königreich, Republik Irland.

²² Mehr über den Sitzbegriff siehe hinten S. 166 ff. International wird der Gedanke der tatsächlichen Leitung übrigens verschieden verstanden. Im kontinentalen Rechtsgebiet scheint man mehr Wert auf die tagtägliche Wahrnehmung der Geschäftsführungsbefugnisse zu legen, im angelsächsischen dagegen mehr auf die Entscheidung über geschäftspolitische Fragen (also Stufe Verwaltungsrat) abzustellen. Die neue deutsche Abgabeordnung vom 16. März/2. Juli 1976 definiert zwar die Geschäftsleitung als den Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung (§ 10), was aber in Wirklichkeit dem Obengesagten kaum abträglich ist.

²³ FRANK VISCHER, Internationales Privatrecht, in «Schweizerisches Privatrecht», Bd. I, Basel/Stuttgart 1969, S. 569 ff. (auch als sep. Band in der Reihe «Das Recht in Theorie und Praxis», 2. Nachdruck Basel 1973).

²⁴ Immerhin bezieht sich auch der Entwurf der Expertenkommission für die Kodifikation des internationalen Privat- und Zivilprozeßrechts primär auf das Recht, nach welchem eine Gesellschaft organisiert worden ist, spricht also eindeutig der Inkorporationstheorie das Wort. Bloß subsidiär, d.h. wenn die Erfüllung der entsprechenden Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften oder die Erkennbarkeit des zur Organisation herangezogenen Rechts fehlen, soll anderswo, insbesondere am Ort der wahrnehmbaren Geschäftsführung, angeknüpft werden.

²⁵ Mehr darüber siehe hinten S. 166 ff.

²⁶ So etwa das DBA mit dem Vereinigten Königreich von Großbritannien vom

knüpfung ist in den letzten Jahren schwer ins Wanken geraten. Die neueren Steuergesetze tendieren eindeutig zu einer Anknüpfung am Ort der tatsächlichen Verwaltung. Auch das Musterabkommen der OECD zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ist voll dieser Auffassung verpflichtet²⁷. International scheint ferner die Schweiz voll umgeschwenkt und im Doppelbesteuerungsrecht in dieser Hinsicht auf Schritt und Tritt Konzessionen gemacht zu haben²⁸. Angesichts der Anzahl der durch diese Preisgabe der Anknüpfung am formellen Sitz betroffenen Gesellschaften und der damit verbundenen wirtschaftlichen Folgen ist die hier eingetretene Wandlung alles andere als bedeutungslos. Freilich wäre es aber recht schwierig, abmessen zu wollen, inwiefern damit auch eine Abkehr von der Inkorporationstheorie im IPR zu Gunsten der Sitztheorie gefördert wird. Mit der im Steuerrecht bereits erfolgten Wende steigert sich aber indirekt über die Jahre der Druck gegen die unversehrte Aufrechterhaltung dieser Theorie. Kommt sie aber ins Wanken, so bedeutet dies eine mögliche Änderung in der Grenzziehung des Feldes, in welchem unsere Handelsrechtsordnung zum Tragen kommt. Mit eingeschlossen wäre damit auch eine Beeinflussung dieses Feldes seitens des Steuerrechts.

17. Die Parallele IPR – Steuerrecht kann noch unter einem anderen Gesichtspunkt verfolgt werden. Bekanntlich setzt sich ein Teil der Doktrin dafür ein, daß zur Bestimmung der heranzuziehenden Rechtsordnung bzw. zur Bestimmung der «Nationalität» einer juristischen Person das Kriterium der Kontrolle gewählt wird (Kontrolltheorie). Meistens geht es hier um die Frage der Anerkennung eines ausländischen Gebildes bzw. um die Ermächtigung eines ausländisch beherrschten Gebildes zur Tätigkeit gewisser Geschäfte²⁹. Das Steuerrecht kann in diesem Zu-

30.9.1954/2.8.1974, Artikel II (1) (h) (i) oder das DBA mit den U.S.A. vom 24.5.1951, Artikel II (1) (f).

²⁷ Model Double Taxation Convention on income and capital, herausgegeben von der OECD, 1977, Art. 4, Abs. 3.

²⁸ Die Schweiz folgt durchwegs bei den neueren Abkommen dem OECD Modell. Der wichtigste Umschwung in dieser Hinsicht war wohl die Annahme dieser neuen Auffassung im DBA mit Deutschland vom 11. August 1971.

²⁹ In diesem Sinne etwa die Umschreibung des «ausländischen» Charakters einer von im Ausland Ansässigen beherrschten schweizerischen Gesellschaft für die Bedürfnisse der «Lex Furgler» betreffend den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland in der Fassung vom 21. März 1973, SR 211.412.41, Art. 3 lit. c oder für die Bedürfnisse der Maßnahmen betreffend den Schutz der schweizerischen Währung (Verordnung des Bundesrates über

sammenhang wohl als Musterbeispiel gelten für eine Wiederbelebung der Kontrolltheorie. Dies ist kaum verwunderlich, schwingt doch meistens bei deren Anrufung der Gedanke einer (berechtigten oder vermeintlichen) Mißbrauchsbekämpfung mit.

Wie ist es dazu gekommen? Das Handelsrecht ist in erster Linie dazu berufen, die Rechtsbeziehungen, die sich innerhalb eines bestimmten Staatsgebietes abspielen, zu regeln. Nirgends aber geht die den Parteien überlassene Freiheit so weit, wie in dieser Sparte des Rechts. Auch wird ihnen hier großzügig die Befugnis zugestanden, fremde Rechtsordnungen zu küren, um ihre Verhältnisse zu regeln. Berücksichtigt man nun, daß mit der Entwicklung des Dienstleistungssektors und mit der unerhörten Verbesserung der Kommunikationen viele Geschäftstätigkeiten nicht mehr an einen festen Ort (Produktionsstätte oder Marktplatz) gebunden sind, so mußte zwangsläufig die vorhandene Liberalität dazu führen, daß mehr und mehr ausländische Institute, insbesondere in der Form ausländischer Gesellschaften, herangezogen wurden, für die im Errichtungsstaate keine echte Verwurzelung mehr notwendig war. Damit verschob sich das Bild und löste sich die ursprünglich vorhandene natürliche Verknüpfung jeder unter einer bestimmten Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft mit der dieser Rechtsordnung zugrundeliegenden Wirtschaftsordnung. Da aber vielerorts – jedenfalls in unserem Lande – die steuerliche Anknüpfung schlicht am Ort des formellen Sitzes erfolgte (und heute noch primär erfolgt), eröffnete sich namentlich für Ausländer (und eröffnet sich noch immer) die Möglichkeit, auf dem Wege der zivilrechtlichen Inkorporation in unserem Lande eine Rechtsordnung zu wählen, die mit milden steuerlichen Lasten verbunden war. Das war und ist zwar schön, wenn nicht die Drittstaaten, in welchen entweder die Gesellschafter wohnen oder in welchen solche Gebilde tatsächlich verwaltet werden, auch ihre Ansprüche stellten. Sie machen geltend, derartige Gebilde ohne effektive Verwurzelung am Ort der Gründung und Eintragung seien zu ignorieren, jedenfalls kaum zu schützen und direkt oder indirekt ihrer Steuerrechtsordnung zu unterstellen.

Die für eine Besteuerung eingenommenen Standpunkte sind vielfältig. Sie können nach dem Grad der Intensität etwa wie folgt eingereiht werden³⁰:

Maßnahmen gegen den Zufluß ausländischer Gelder vom 20.11.1974, AS 1974, S.1822 Art.2 Abs.2).

³⁰ Siehe «Dix leçons» No.33, S.41 ff.

- Der ausländische Staat, in dem die Gesellschaft nicht gegründet bzw. eingetragen ist, bejaht zwar ihren handelsrechtlichen Bestand am formellen Sitz. Er anerkennt ebenfalls die steuerliche Anknüpfung mit dem Staate des formellen Sitzes, rechnet aber gewisse gewinnbringende Geschäfte nicht der Gesellschaft, sondern anderen Personen zu, die in seiner Gebietshoheit ansässig sind.
- Der zivilrechtliche Bestand im Staate des formellen Sitzes wird zwar bejaht, die dortige grundsätzliche Steueranknüpfung ebenfalls. Jedoch werden durch Sonderbestimmungen die bei der Gesellschaft akkumulierten Gewinne dem Aktionär hinzugerechnet, und zwar auch bei Ausbleiben einer tatsächlichen Ausschüttung³¹.
- Der zivilrechtliche Bestand im Staate des formellen Sitzes wird bejaht, jedoch die steuerliche Anknüpfung dort verneint. Es wird behauptet, diese Anknüpfung bestimme sich nach dem Ort der effektiven Verwaltung, so daß der Staat, in dem diese effektive Verwaltung erfolgt, überhaupt die volle Steuerzugehörigkeit der Gesellschaft beansprucht.
- Der zivilrechtliche Bestand am Ort des formellen Sitzes wird verneint, und zwar unter Anrufung entweder von Regeln des IPR oder von Formerfordernissen des eigenen Rechts. Damit entfällt überhaupt die Anerkennung der im Staate des formellen Sitzes errichteten Gesellschaft. Sie wird vollständig ignoriert und die Gesamtheit der Erträge und des Vermögens den dahinterstehenden Personen zugerechnet.

Die dabei geltend gemachten Argumente fußen entweder auf der Theorie des effektiven Sitzes als des einzig maßgebenden Kriteriums für die Heranziehung zur unbeschränkten Steuerpflicht oder auf der Kontrolltheorie, um einen Durchgriff zu rechtfertigen.

Damit kommen wir zurück zum IPR-Thema: Materiell wird so vorgegangen, wie wenn unter gewissen Voraussetzungen (wobei hier das Motiv einzig und allein ein fiskalisches ist) der Rechtsbestand einer ausländischen Gesellschaft verneint oder durchbrochen werden könnte, und zwar dadurch, daß die getroffene Sitz- und Rechtsordnungswahl durchkreuzt wird. Im Endeffekt bedeutet dies eine Entliberalisierung in der freien Rechtswahl fremder Rechtsordnungen, die für das traditionelle Handelsrecht jedenfalls in den letzten 40 Jahren kennzeichnend war.

³¹ Siehe vorne S. 145 und Anm. 10, 11, 12 und 13.

Damit dürfte sich faktisch wegen des Steuerrechts eine gewisse Schrumpfung des dem Handelsrecht bisher offenstehenden Entfaltungsfeldes ergeben.

C. Autonomie der juristischen Person und Steuerrecht

18. Die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit, d.h. das einer Körperschaft gegenüber gemachte Zugeständnis einer unversehrten Autonomie, ist nicht nur im internationalen Verhältnis, sondern auch im nationalen Bereich von zentraler Wichtigkeit. In unserem Lande wird ganz allgemein den Körperschaften des Handelsrechts volle Autonomie zuerkannt. Sogar wenn sie von einem einzigen Gesellschafter dominiert werden, behalten sie ihre volle rechtliche Unabhängigkeit. Einzig bei Vorliegen eines Rechtsmißbrauches wird die Trennwand zwischen Gesellschafter und Gesellschaft durchbrochen, und erst dann erfolgt eine Identifizierung mit der hinter der Gesellschaft stehenden Person³².

Das Steuerrecht baut ebenfalls auf der rechtlichen Selbständigkeit der Aktiengesellschaften und der anderen juristischen Personen auf und behandelt sie als unabhängige Steuersubjekte. Dies gilt grundsätzlich auch bei Einmanngesellschaften. Immerhin hat auch hier bei Vorliegen eines Mißbrauchs (Steuerumgehung) die Trennung wegzufallen. Es erfolgt dann eine Zurechnung von Einkommen und Vermögen bei dem die juristische Person dominierenden Individuum. Die Beispiele sind wohl gut bekannt, bei welchen der in der Schweiz Ansässige, in der vermeintlichen Hoffnung, sich vor Steuern zu schützen, einen Teil seines Vermögens auf eine liechtensteinische Stiftung, die er weiterhin dominiert, überträgt: Er bleibt nach wie vor für deren Einkommen und Vermögen steuerpflichtig. In letzter Zeit wurde auch bei der Benützung sogenannter Thesaurierungsgesellschaften ähnlich, wenn auch nicht immer mit gleicher Strenge, verfahren³³.

Das Bemerkenswerte bei einer Gegenüberstellung von Handels- und Steuerrecht in dieser Hinsicht ist zunächst, daß der steuerliche Mißbrauch zwar auch als Mißbrauch der Form in Er-

³² Als Beispiele BGE 71 II 272; 81 II 455; 85 II 111; 92 II 166/67.

³³ Entscheide des zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 23.6.1972 und der Rekurskommission des Kantons Zürich vom 20.12.1972, Steuerrevue 1973, S. 521.

scheinung tritt, daß aber die zu schützenden Güter doch wohl nach ganz verschiedenen Wertskalen beurteilt werden: hier die Interessen gleichgerichteter Gläubiger; dort solche des Steuer vogtes. Ferner ist hervorzuheben, daß das Steuerrecht und die Steuerpraxis nicht nur bei Mißbrauchsfällen an der Autonomie der juristischen Person rütteln. Schlechterdings aus bloß fiskalischen Erwägungen wird dem Grundsatz der Selbständigkeit Abbruch getan. Wird zum Beispiel bei der Zuteilung der (interkantonalen) Besteuerungskompetenz für den Gewinn aus dem Verkauf der Aktien einer Immobiliengesellschaft nicht auf das Domizil des Verkäufers, sondern auf den Ort der gelegenen Sache abgestellt³⁴, so hat man damit implizite den Bestand der Immobiliengesellschaft als Rechtsperson ignoriert. Das gleiche gilt, wenn bei der Übertragung der Gesamtheit oder sogar einer Mehrheit der Aktien einer Immobiliengesellschaft steuerlich so vorgegangen wird, wie wenn die Liegenschaft Hand gewechselt hätte (Handänderungssteuer, Bemessung des Gewinns etc.). Das Steuerrecht greift durch die benützte handelsrechtliche Form hindurch. Faktisch wird damit die Autonomie der Rechtsperson beiseitegeschoben. Die handelsrechtlich so wichtige Isolierungsfunktion der Körperschaft wird verwischt oder überhaupt aufgehoben.

Weitere Beispiele lassen sich anführen, bei denen auch ohne Vorliegen einer mißbräuchlichen Verwendung der Rechtsform ähnliche steuerliche Durchgriffe erfolgen. Da wären einmal die Teilliquidationstatbestände zu erwähnen, die als bloß fiktive Konstruktionen so gerne von der Eidgenössischen Steuerverwaltung vertreten werden mit dem Ergebnis etwa, daß Aktiengesellschaften, deren Bestand und deren Reserven überhaupt nicht geändert haben, mit Steuerrechnungen konfrontiert werden, wie wenn sie Ausschüttungen vorgenommen hätten³⁵. Ferner wäre

³⁴ BGE 85 I 96; 91 I 470.

³⁵ Siehe etwa BGE vom 2.3.1973, Archiv 42, 1973/74, S. 319; vom 25.1.1974, Archiv 44, 1975/76, S. 383; oder die «Holdingentscheide» vom 6.4.1973, Archiv 42, 1973/74, S. 393, und vom 14.3.1975, Archiv 43, 1974/75, S. 588; dazu kritisch ERNST KÄNZIG, Von der wirtschaftlichen zur fiskalischen Betrachtungsweise, Archiv 44, 1975/76, S. 1 ff., sowie RYSER, Réflexions sur la notion de revenu, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 679 ff. (hiernach zit. «Réflexions»). Es scheint sich übrigens bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung eine noch abwegigere Praxis herauszubilden, bei der auch bei Einbringung von Aktien in eine nicht vom Einbringer beherrschte Gesellschaft des Veräußerungsgeschäft nicht mehr vollumfänglich als «echte» Realisation anerkannt werden soll, sondern bloß im Umfang der von Dritten an der übernehmenden Gesellschaft gehaltenen Beteiligung.

hier die Ignorierung von Mietverträgen zwischen verbundenen Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Warenumsatzsteuer zu erwähnen mit der farblosen Begründung, es handle sich um verbandsinterne Abreden, auf die die gesetzlichen Vorschriften über die Verträge nicht anwendbar seien³⁶. Ähnlich wird in den USA der «corporate veil» durchstoßen³⁷, jedoch hier gestützt auf klare steuergesetzliche Grundlagen, so etwa bei der Behandlung der «foreign personal holding companies» oder der «controlled foreign corporations» mit Bezug auf das «subpart F income». Ähnlich in Deutschland auf Grund des Außensteuergesetzes mit Bezug auf in Deutschland ansässigen natürlichen Personen gehörende Anteile an ausländischen «Zwischengesellschaften»³⁸.

Weiter kann auf die Nichtanerkennung der Abzugsfähigkeit der dem Aktionär von seiner Aktiengesellschaft für effektive Maklertätigkeit bezahlten Kommissionen hingewiesen werden, welche begründet wird mit der Behauptung, man könne nicht mit sich selbst kontrahieren³⁹.

Es bildet sich somit eine wachsende Disparität im Permeabilitätsgrad der Membrane zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, je nachdem ob der Gesichtspunkt ein handelsrechtlicher oder steuerrechtlicher ist. Damit soll zwar nicht gesagt werden, das Handelsrecht werde bereits inhaltlich angetastet. Aber es soll dennoch auf die ständige vom Steuerrecht bewirkte Erosion der Autonomie der Rechtspersönlichkeit hingewiesen werden. Durch die Einbürgerung und Festigung solcher steuerlicher Konzepte wird damit der Boden genährt, auf welchem auch privatrechtlich ähnliche Gedankengänge gezüchtet oder begünstigt werden.

³⁶ In casu ging es darum, ob «gewerbsmäßige Warenherstellung» vorliege bei Baumaschinen, die zum Zwecke der Vermietung (an Konzerngesellschaften) hergestellt bzw. repariert wurden; BGE 13.2.1976, Archiv 46, 1977/78, S.123.

³⁷ Sec.551ff. IRC; siehe vorne die Anm.10, 12 und 13.

³⁸ Siehe vorne Anm.14.

³⁹ Tatbestand, der dem BGE vom 16.3.1977, Praxis 1977, S.177, zugrundeliegt.

III. Zweiter Teil

19. Galten die bisherigen Überlegungen mehr den peripheren Einwirkungen, so soll im folgenden versucht werden, auf mögliche materielle, d.h. inhaltliche Beeinflussungen hinzuweisen. Man muß sich dabei von Anfang an im klaren sein über die Schwierigkeit des Unterfangens, dürfte es doch wohl selten gelingen, aus einer Mehrzahl von konkurrierenden Ursachen den Einfluß einer einzigen, nämlich des Steuerrechts, eindeutig zu isolieren. Eine eher impressionistische Darstellung an Hand einer Anzahl von Beispielen dürfte dennoch geeignet sein, aus dem Zusammenspiel der mannigfachen Schattierungen ein Gesamtbild erkennbar zu machen, aus welchem gewisse Tendenzen herauszulesen sind. Naheliegend ist, daß diese Kombination von Pinselstrichen den tagtäglich im Steuerrecht beratenden Juristen eher verleiten wird, dort bereits ein merkliches Bild zu sehen, wo dem vorwiegend im Privatrecht Tätigen die Umrisse seiner Disziplin noch keineswegs durch die Übergriffe aus dem Steuerrecht verwischt erscheinen.

20. Die Beispiele sollen in vier Gruppen aufgegliedert werden:

a) Zuerst solche zur Frage, ob und inwiefern das Steuerrecht den Einzelnen in der freien Wahl unter verfügbaren Rechtsformen einschränkt oder inwiefern es sonstwie die volle Verwirklichung gewisser Institute des Handelsrechts vereiteln könnte.

b) Dann solche zur Frage, ob Begriffe des Handelsrechtes in ihrem materiellen Inhalt durch Einflüsse des Steuerrechts allenfalls bereits umgeformt worden sind oder zumindest einem Umgestaltungsprozeß ausgesetzt sein könnten.

c) Dann solche zur Frage, ob man sogar die Einführung neuer Begriffe des Handelsrechts feststellen kann, an welcher das Steuerrecht maßgeblich beteiligt gewesen wäre.

d) Endlich solche zur Frage, ob allenfalls das Steuerrecht bei der Weiterbildung gewisser Institute des Handelsrechtes eine spürbare Rolle gespielt haben könnte.

A. Beispiele zur Frage, ob und inwiefern das Steuerrecht die Verwirklichung des Handelsrechts behindert oder vereitelt

21. Diesem Abschnitt wäre die These voranzustellen, daß sich das Handelsrecht allein auf Grund der seinen Instituten selbst innewohnenden Charakteristiken sollte voll entfalten können, und daß deshalb jede Einschränkung in der Wahl unter den zur Verfügung stehenden Instituten aus anderen und insbesondere aus steuerlichen Erwägungen als Hemmung seiner Verwirklichung und somit als inhaltliche Schrumpfung dieses Rechts selbst zu deuten ist. Auf die staatsrechtlichen und -politischen Aspekte dieser Problematik haben wir bereits hingewiesen. Hier geht es darum zu beleuchten, wie im einzelnen das eine oder andere Institut materiell in seiner Verkehrsgeltung zurückgedrängt, unterspült oder denaturiert werden kann.

22. Unternehmensnachfolge

Beim Tod des Geschäftsinhabers einer Einzelfirma stellt sich stets die Frage nach dem Schicksal der Unternehmung. Sind Erben vorhanden, so erweist sich häufig als wünschbar, das Geschäft dem einen oder andern zuzuteilen. Nichts scheint auf den ersten Blick einfacher. Bestehen aber deutliche Unterschiede zwischen dem einkommenssteuerlich maßgebenden Wert des Geschäftes und seinem wirklichen inneren Wert (stille Reserven auf Liegenschaften, Waren und übrige Posten des Anlagevermögens, Wert der Kundschaft usw.), so wird der Übernehmer in der Regel den Ausgleich gegenüber seinen Miterben auf Grund eben dieses höheren inneren Wertes vornehmen müssen. Da aber für die Zwecke der einkommenssteuerlichen Abrechnung bloß die «Buchwerte geerbt» werden⁴⁰, muß gezwungenermaßen eine meist recht kostspielige steuerliche Abrechnung über die stillen Reserven stattfinden, sofern die (ideellen) Anteile der Miterben am bisherigen Geschäftsvermögen nun in Ansprüche, die ihrem Privatvermögen zuzuordnen sind, umgewandelt werden⁴¹. Will man eine solche Abrechnung abwenden, weil

⁴⁰ BGE vom 29.6.1956, Archiv 25, 1956/57, S.175; siehe auch BGE vom 8.3.1976, Archiv 45, 1976/77, S.187 und «Dix leçons», No.181.

⁴¹ Wobei der übernehmende Erbe naturgemäß eine entsprechende Aufwertung in den Büchern vornehmen kann. Es ist ferner denkbar, daß ein Ausgleich ohne Aufwertung und somit ohne Abrechnung über die stillen Reserven erfolgt, wenn nämlich der Übernehmer die «Differenz» aus Privatvermögen kompensieren kann; siehe «Dix leçons», Nos 186 und 193.

sie die Weiterführung des Geschäftes überhaupt in Frage stellen könnte, so wird man sich damit behelfen müssen, den Miterben, insbesondere der überlebenden Ehefrau, «künstlich» eine Mitbeteiligung am Geschäft einzuräumen, etwa in der Form einer Kommandite. Um die Unternehmung wirtschaftlich zu retten, d.h. das Anfallen einer möglicherweise prohibitiven Steuerforderung auszuschalten, kann also vernünftigerweise nicht die naheliegende Geschäftsübertragung der Einzelfirma auf den einen Erben vorgenommen, sondern muß ein viel komplizierteres Gebilde gewählt werden, welches unter Umständen den persönlichen Wünschen der Erben gar Gewalt antut: Diese wollten ja eigentlich keine gesellschaftliche Beteiligung, bzw. der designierte Übernehmer wollte gar nicht mit anderen die Verantwortung für die Führung teilen; sie müssen sie aber im Namen der Erhaltung der Unternehmung hinnehmen. Die Wahl der Form erfolgt nicht nach den dem Handelsrecht innewohnenden Eigenschaften, sondern wird aufgezwungen. Damit wird das Handelsrecht in seiner Verwirklichung unterhöhlt⁴².

23. Art. 749 OR

Zur Bewerkstelligung des Zusammenschlusses zweier Aktiengesellschaften steht unter anderem das Institut der Kombination zur Verfügung (Art. 749 OR). Es ist durchaus denkbar, daß sich in einem konkreten Falle die Wahl dieses Instituts sinnvoll erwei-

⁴² Es wäre aber verfehlt, hier die Andeutung einer Wertung zu suchen, etwa in dem Sinne, das «böse» Steuerrecht höhle das «gute» Privatrecht aus. An dieser Stelle muß im Gegenteil darauf hingewiesen werden, daß bei Geschäftsübernahmen und -umwandlungen das Steuerrecht besonders großzügig sein kann (obschon noch bei weitem nicht so liberal wie in Nordamerika). Zwar schließt bei Kaufleuten der Einkommensbegriff jede Reservenrealisation ein und läßt das Steuerrecht die Bildung steuerfreier Rückstellungen recht freigiebig zu, so daß eigentlich erwartet werden könnte, daß bei Aufhören der Steuerpflicht (z.B. beim Tod des Geschäftsinhabers) das Unternehmen steuerlich als liquidiert zu gelten hätte, was zur Abrechnung über alle bisherigen stillen Reserven führen müßte. Die Steuerpraxis – die sich hier zu positivem Steuerrecht verdediziert hat – verzichtet aber auf eine solche Abrechnung und läßt eine Übertragung der Reserven auf den Nachfolger steuerfrei zu, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere sofern die bisherigen Buchwerte übernommen und die Aktiven nach wie vor dem Geschäftsvermögen zuzuordnen sind. Die Einschränkungen in der Wahl des Handelsrechts, auf welche hingewiesen wurde, erweisen sich zwar klar als vom Steuerrecht verursacht, aber nicht etwa deshalb, weil dieses besonders streng wäre, sondern gerade im Gegenteil wegen dessen Großzügigkeit: Man kann sich eben nicht mehr erlauben, den Vorteil der dem verstorbenen Unternehmer erwiesenen Liberalität zu verlieren.

sen könnte. Die Wirklichkeit zeigt aber, daß diese Form der Fusion solange toter Buchstabe bleiben wird, als bei einer Kombination die steuerlichen Folgen unvergleichbar schwerer sind als bei einer Absorption im Sinne von Art. 748 OR. Sobald die Gesellschaften bedeutende Werte besitzen, steigt das Mehrgewicht der bei einer Kombination ausgelösten indirekten Steuern so stark an, daß das Vorhaben von Anfang an zum Scheitern verurteilt ist. Angesprochen sind hier in erster Linie die kantonalen Handänderungsabgaben auf Liegenschaften und die eidgenössischen Emissionsabgaben (heute zwar zum reduzierten Satz von 1,5%) auf dem gesamten übertragenen Nettovermögen.

24. System der Besteuerung von Körperschaften

Die Besteuerung der mit der Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gesellschaften (AG, GmbH, Genossenschaften) erfolgt in allen Kantonen und in der Eidgenossenschaft nach dem sogenannten klassischen System⁴³. Dieses sieht vor, daß die Gewinne der Körperschaften zunächst bei diesen selbst besteuert und daß sie nach Ausschüttung ein zweites Mal beim Gesellschafter in der Regel als persönliches Einkommen erfaßt werden. Diese Doppelstufigkeit in der Belastung mußte notwendigerweise zu Auswüchsen führen, welche für das Handelsrecht bedeutsam sind. Es ist naheliegend, daß vor allem bei Aktiengesellschaften mit kleinem Aktionärkreis⁴⁴ die geschäftsleitenden Aktionäre darauf bedacht sind, diese wirtschaftliche Doppelbelastung womöglich zu vermeiden.

Zur Illustration seien bloß drei Aspekte des Problems dargestellt, derjenige der Finanzierung, derjenige der verdeckten Ausschüttungen und derjenige der Dividendenpolitik.

a) Das Handelsrecht schreibt bei Aktiengesellschaften und GmbH ein Mindestkapital vor. Abgesehen von der Einhaltung dieses Minimums scheint somit das Handelsrecht in der Frage der Finanzierung völlig neutral zu sein. Ob die Gesellschafter aus wirtschaftlichen Erwägungen über das Minimum

⁴³ Dieses System, das auch in den U.S.A. und in Holland besteht, wurde in der letzten Zeit von den meisten kontinentalen Staaten zu Gunsten eines mehr oder weniger ausgeprägten Anrechnungsverfahrens verlassen, bei dem die von der Körperschaft bezahlten Steuern voll oder teilweise auf die persönlichen Steuern des Aktionärs angerechnet werden können.

⁴⁴ Mehr als 95% der rund 100000 eingetragenen AG in der Schweiz dürften derart «personenbezogene» Gesellschaften sein.

glauben gehen zu müssen, ist ihre Sache. Nicht so beim Steuerrecht. Hier wird der Verdacht institutionalisiert, die Fremdmittelfinanzierung, also die Finanzierung über andere Wege als durch die Ausstattung der Gesellschaft mit Aktienkapital, sei in erster Linie zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung erfolgt. Dies hat zur Folge, daß Aktionärdarlehen steuerlich ganz oder teilweise zu Eigenkapital umqualifiziert werden und daß die entsprechenden Schuldzinsen (sofern solche bezahlt werden) als nicht abzugsfähig und als ausgeschüttete Gewinne angesehen werden. Damit soll nicht etwa gesagt werden, daß dem nominellen Aktienkapital handelsrechtlich keine Bedeutung mehr zukomme. Zweifellos ist aber zu erkennen, daß in der praktischen Handhabung die Festsetzung der Höhe des nominellen Aktienkapitals und der Aktionärdarlehen nicht mehr nach handelsrechtlichen Erwägungen (etwa Haftungskonsequenzen usw.) erfolgt, es sei denn, man nehme die aus der Umqualifizierung resultierenden steuerlichen Folgen in Kauf⁴⁵.

b) Ähnlich geht es bei den sogenannten verdeckten Ausschüttungen ganz allgemein. Im Streben, die wirtschaftliche Doppelbelastung auszumerzen oder herabzusetzen, werden der Kapitalgesellschaft seitens der geschäftsleitenden Gesellschafter künstliche Aufwandposten angelastet in der Hoffnung, sie würden nicht nur den handelsrechtlichen, sondern ebenfalls den steuerbaren Gewinn reduzieren. Die Leistungen hätten dann bloß eine einzige Besteuerungstufe, nämlich bei den Personen, die sie erhalten (Aktionären oder ihnen nahestehenden Personen), zu passieren. Was alles als vermeintlicher Geschäftsaufwand bei Kapitalgesellschaften mit beschränktem Gesellschafterkreis durch die Gewinn- und Verlustrechnung geschleust wird, zeugt von der unermesslichen Phantasie des menschlichen Geistes. Aber nicht nur beim Aufwand (übersetzte Saläre, übersetzte Passivzinsen, übersetzte Kommissionen, übersetzte Reise- und Repräsentationsspesen usw.) werden solche Leistungen verborgen. Auch Geschäfte, die zu Konditionen getätigt werden, welche einem Dritten nicht gewährt worden wären, kommen hier in Frage.

Nun, inwiefern wird dadurch das Handelsrecht strapaziert?

Es ist sofort ersichtlich, daß die an sich formell richtige Verbuchung solcher Vorgänge letzten Endes zum Ausweis eines Ergebnisses der Betriebstätigkeit führt, welches mit der wirklichen Er-

⁴⁵ Was aber, wenn ausländische Aktionäre beteiligt sind, wegen der Verrechnungssteuer recht bald prohibitiv wird.

tragskraft der Unternehmung nur noch in einem entfernten Zusammenhang stehen kann. Zwar erlaubt das Handelsrecht durchaus eine Darstellung des Geschäftsergebnisses, welches weniger günstig als das wirkliche ist. Man denke bloß an die Bewertungsvorschriften und die Erlaubnis, stille Reserven zu bilden. Allerdings ist es kaum das gleiche, ob man eine Vermögenssituation etwas konservativer präsentiert, d.h. Vorhandenes nicht zum vollen Wert zeigt, oder ob man Werte unter Mißachtung der handelsrechtlichen Kompetenzordnung (Beschlußfassung durch die Generalversammlung über die Verwendung des Reingewinnes) aus dem Gesellschaftsvermögen hinausschmuggelt. Immerhin stellt das Handelsrecht die Bilanzwahrheit als Postulat auf (obwohl durch die Ausnahmen bei den Bewertungsvorschriften abgeschwächt), doch scheint das Steuerrecht starken Antrieb zu diesem Gebot entgegengesetzten Bestrebungen zu geben. Daß damit zudem einer Gefährdung der Rechte der Minderheit Vorschub geleistet wird, sei bloß nebenbei bemerkt.

c) Auch in der zurückhaltenden Dividendenpolitik macht sich die Tendenz zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung bemerkbar. Damit wird zweierlei bewirkt: einerseits eine Minimierung der offen gezeigten Gewinne zu Gunsten der Bildung sogenannter stiller Reserven, andererseits die Thesaurierung eines bedeutenden Anteils der offen gezeigten Gewinne. Das Steuerrecht scheint somit das Seine zur Pflege einer starken Selbstfinanzierung bei den schweizerischen Aktiengesellschaften beizutragen. Diese an und für sich wünschbare Einstellung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß damit der Tendenz Vorschub geleistet wird, das Institut der Aktiengesellschaft weitgehend in atypische Bahnen zu lenken. Dies dürfte zwar kaum bedenklich sein, könnte es aber doch zum Beispiel dort werden, wo bei der wünschbaren Erweiterung der Aktienkapitalbasis durch Beanspruchung von Reserven (Ausgabe von sogenannten Gratisaktien) das Vorhaben deshalb zum Scheitern gebracht wird, weil die ausgegebenen Jungaktien beim Empfänger (als Privatperson) meistens eine Einkommensbesteuerung bewirken⁴⁶.

25. Verlustverrechnung

Das Steuerrecht der Kantone und des Bundes ist sehr engherzig bei der Verrechnung von Verlusten mit Gewinnen aus späte-

⁴⁶ So heute bei der Wehrsteuer und einer Mehrzahl der Kantone.

ren oder früheren Jahren⁴⁷. Die zeitliche Isolierung des zur Steuerbemessung dienenden Jahresergebnisses (allenfalls der Ergebnisse zweier Jahre bei zweijähriger Bemessungsperiode) ist zwar bei uns schon aus Gründen der interkantonalen Doppelbesteuerung verständlich. Sie zwingt jedoch den Gewerbetreibenden, Geschäftsergebnisse zu zeigen, die über die Jahre möglichst ausgeglichen sind, was er meistens durch eine entsprechende Manipulierung der stillen Reserven, insbesondere der Unterbewertung des Warenlagers, bewerkstelligt. Damit wird vermieden, daß Spitzenverluste ausgewiesen werden, die nur schwerlich mit nachfolgenden Gewinnen verrechnet werden können, oder daß umgekehrt Spitzengewinne gezeigt werden, die wegen der progressiven Gestaltung der Steuersätze zu Überbelastungen (gegenüber dem Mittel) führen könnten. Daß damit der Ausweis der jährlichen Ergebnisse an Repräsentativität bzw. Wahrheit nicht gewinnt, liegt auf der Hand. Die mangelnde Flexibilität in der Verlustkompensation erweist sich hier als Hindernis für eine rasche Verwirklichung des handelsrechtlichen Postulats einer höheren Rechnungstransparenz⁴⁸.

26. Bilanzierungsvorschriften

Umgekehrt ist nicht zu verkennen, daß gegenüber den heute sehr liberalen Bestimmungen über die Buchführung und dem Festhalten am Mindestwertprinzip bei der Bewertung der Aktiven das Steuerrecht wiederum ein ansehnliches Maß an Objektivität (welche sich in der Steuerbilanz widerspiegelt) einführt. Unter dem Motto der Wahrung der Periodizität werden Ertragsbelastungen, welche handelsrechtlich durchaus erlaubt sind, steuerlich aufgerechnet oder nicht voll zur sofortigen Auswirkung zugelassen und entsprechend aktiviert⁴⁹. Damit ergeben sich Dis-

⁴⁷ Während die ausländischen Industriestaaten keine zeitlichen Schranken für die Verlustvorträge kennen (Großbritannien) oder doch mindestens 5 Jahre als Verrechnungsspanne vorsehen, manchmal sogar mit der Möglichkeit des «carry back» (U.S.A., vorübergehend Deutschland und Holland), gestatten gewisse kantonale Gesetzgebungen den Verlustvortrag überhaupt nicht (NE) oder beschränken ihn auf die zweijährige Bemessungsperiode (BE), eventuell unter Erweiterung auf die vorangehende Periode (WSt, VD).

⁴⁸ Der mit der Reform des Aktienrechts befaßte Gesetzgeber wäre gut beraten zu bedenken, daß ein allfälliger wesentlicher Abbau der Freiheit, stille Reserven ohne jede Offenbarungspflicht zu bilden, solange auf lebhaftes Opposition stoßen wird, als parallel dazu keine breite steuerliche Verlustverrechnung eingeführt wird.

⁴⁹ Hier werden nicht etwa verdeckte Ausschüttungen anvisiert, dagegen übermä-

krepanzen zwischen Steuer- und Handelsbilanz, die in einer Durchkreuzung der liberalen Buchführungsgrundsätze des Handelsrechts gipfeln. Damit soll nicht gesagt werden, daß die Rechnungsführung und Bilanzierung nach den sehr weitherzigen handelsrechtlichen Vorschriften verunmöglicht sind, sondern bloß, daß die vom Gesetzgeber offensichtlich gewollte konservative Vermögensdarstellung um den Preis der steuerlichen Korrektur erkauft werden muß, also doch materiell ausgehöhlt wird.

27. Steuerklausel

Bei Geschäften zwischen verwandten Gesellschaften (speziell im internationalen Verhältnis) wird hie und da eine sogenannte Steuerklausel in die Verträge eingebaut. Diese Figur hat zwar in der Schweiz noch nicht recht Fuß gefaßt. Um was geht es? Obwohl die Parteien das Rechtsgeschäft zu Bedingungen abschließen wollen, die auch gegenüber Dritten gegolten hätten, können sie nicht ausschließen, daß wegen der engen Beziehungen zwischen den Geschäftspartnern die Steuerbehörden im nachhinein die Angemessenheit der Leistungen in Zweifel ziehen könnten. Trifft letzteres zu, so wird der Fiskus meistens behaupten, die eine Partei habe die andere begünstigt und damit seien künstlich Gewinne zwischen den Partnern verschoben worden. Die steuerlichen Konsequenzen lassen nicht auf sich warten: Aufrechnung der vermeintlich erbrachten Vorteile zu den Gewinnen der so entreicherten Gesellschaft und Erhebung der Ausschüttungssteuer (bei uns der Verrechnungssteuer). Diese nachfolgenden steuerlichen Korrekturen bringen naturgemäß Mehrbelastungen mit sich, da für das gleiche Substrat sowohl beim Leistenden wie beim Empfänger eine Besteuerung erfolgt und zudem öfters keine Neutralisierung der Ausschüttungssteuer durch Anrechnung oder Rückerstattung mehr möglich ist. Deshalb erachten es die Parteien als wünschbar, eine nachträgliche Anpassungsmöglichkeit der vereinbarten Bedingungen vertraglich einzubauen. Dazu dient eben die Steuerklausel. Sie besagt, daß, sollte eine solche steuerliche Aufrechnung seitens des Fiskus nachträglich erfolgen, angenommen wird, der Vertrag sei insofern abgeändert, als die vom Fiskus für angemessen betrachteten Leistungen als zwischen den Parteien vereinbart gelten⁵⁰. Damit wird ein vertraglicher

Bigge Abschreibungen, Belastungen von Aufwänden im Zusammenhang mit erst später zu bewirtschaftenden Aktiven, Werkzeugen, usw.

⁵⁰ Oder: Sollte eine Leistung zu einer Aufrechnung führen, so gelte die entsprechende Vertragsbestimmung als ex tunc aufgehoben.

Rückforderungsgrund für den «Überschuß» eingebaut. Dies soll die Verhinderung der erwähnten steuerlichen Mehrbelastung bedeutend erleichtern. Das Bedenkliche aber an diesem Vorgehen ist, daß die Parteien zur Abwendung einer Konfrontation von vorneherein vor der Steuerobrigkeit kapitulieren und sich in bezug auf ihre Vertragsfreiheit bevormunden lassen. Offenbar geben sich die Parteien kaum Rechenschaft über die Tragweite ihres Verzichts auf die Benützung ihrer vom Privatrecht garantierten Freiheit. Solche Fälle tangieren zwar das Handelsrecht als Form nicht, sie kommen aber einem endgültigen Aufrollen der dem Handelsrecht zugrunde liegenden Privatautonomie durch ein vorweggenommenes Waffenstrecken gegenüber dem Fiskus gleich. Das Bedauerliche ist dabei nicht nur diese Preisgabe der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit, sondern deren Ursache, und zwar die systematische Weigerung der Steuerbehörden (jedenfalls in der Schweiz), bei solchen (beim einen Steuerpflichtigen erfolgten) Gewinnkorrekturen die entsprechende Gegenkorrektur beim anderen Partner steuerwirksam zu gestatten (Anpassung ersten Grades)⁵¹, bzw. die zum Zwecke der Schaffung des zwischen den Parteien notwendig gewordenen Ausgleichs erfolgte Rückbelastung oder Rückgutschrift steuerneutral zu erlauben (Anpassung zweiten Grades bzw. Nebenfolge der Anpassung ersten Grades)⁵².

28. Sitzverlegung

Nachdem das Gesellschaftsrecht in der Schweiz schon seit langem vereinheitlicht ist, dürfte es, so sollte es scheinen, keine Schwierigkeiten bieten, den Sitz einer Handelsgesellschaft innerhalb der Schweiz an einen anderen Ort zu verlegen. Wehe dem, der glaubt, dabei ohne Steuerlasten auszukommen, sofern der neue Sitz nicht im gleichen Kanton liegt und dabei durch die Verlegung dem bisherigen Sitzkanton ein potentielles Steuersubstrat entgeht (namentlich in der Form von noch nicht erfaßten stillen Reserven). Die Freizügigkeit, die zwar zivilrechtlich voll gewährt ist, wird hier durch das Steuerrecht bzw. die Steuerpraxis durchkreuzt. Da wird nämlich ein Liquidationsfall geschaffen,

⁵¹ Dies wäre das «corresponding adjustment» im Sinne von Art.9 Abs.2 des Musterabkommens der OECD.

⁵² Dies wäre das «secondary adjustment», von dem der Kommentar zum Musterabkommen der OECD unter Ziff. 5 und 6 (ad Art.9) spricht und über das auf internationaler Basis noch keine Einigung erzielt worden ist.

der dem Handelsrecht vollständig fremd ist⁵³. Dies hat unter anderem den welschen Berichterstatter veranlaßt, in diesem Zusammenhang die Frage aufzuwerfen, ob solche «Wegzugsteuern» noch mit der Bundesverfassung vereinbar seien⁵⁴. Das Problem ist wohlverstanden vorerst ein verfassungsrechtliches. Immerhin ist die Frage erlaubt, ob damit nicht auch dem Inhalt des Handelsrechts mindestens indirekt Abbruch getan wird.

29. Löschung im Handelsregister nach erfolgter Liquidation

Es sei hier daran erinnert, daß das Steuerrecht ein neues Erfordernis zur Löschung von verrechnungssteuerpflichtigen Handelsgesellschaften im Handelsregister eingeführt hat⁵⁵: Es muß das vorgängige satisfecit der Eidgenössischen Steuerverwaltung eingeholt werden, somit die obrigkeitliche Lossprechung, und zwar natürlich nicht etwa von den Sünden, sondern von den Steuerschulden, dies wohl verstanden nach erfolgter steuerlicher Revision. Damit hat sich der eine Gläubiger eine nicht unbedeutende Waffe in die Hände gespielt, die den anderen fehlt.

B. Beispiele zur Frage, ob Begriffe des Handelsrechts in ihrem materiellen Inhalt durch Einflüsse des Steuerrechts bereits umgeformt worden sind oder einem Umgestaltungsprozeß ausgesetzt werden könnten

30. Ein allfälliger Umgestaltungsprozeß wäre wohl in den meisten Fällen etwa wie folgt zu schematisieren: Da steht zuerst ein Begriff des Handelsrechts – in der Folge entwickelt das Steuerrecht für seine Zwecke einen eigenen, davon mehr oder weniger abweichenden – bei der Handhabung im Geschäftsleben lebt sich der steuerliche ein, wegen der ständigen Notwendigkeit auf die fiskalischen Konsequenzen Rücksicht zu nehmen – mit der Zeit entwickelt sich diese Koexistenz dahin, daß in der Verkehrsgeltung der steuerliche Begriff an Wichtigkeit zunimmt und so faktisch den zivilrechtlichen zu verdrängen droht.

31. Der Begriff des Sitzes

Gemäß Art. 56 ZGB befindet sich der Wohnsitz der juristi-

⁵³ Siehe hinten S. 172 ff.

⁵⁴ Siehe Anm. 20 hievor.

⁵⁵ Art. 11 VStVo.

schen Personen, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Orte, wo ihre Verwaltung geführt wird. Von allen mit der Rechtspersönlichkeit versehenen Handelsgesellschaften verlangt nun das Gesetz zwingend, daß die Statuten ihren Sitz bestimmen. Ferner wird vorgeschrieben, daß die Handelsregistereintragung am Ort des Sitzes zu erfolgen hat. Endlich wird die Existenz der Körperschaft von diesem Eintrag abhängig gemacht. Daraus ist zu folgern, daß bei den schweizerischen Handelsgesellschaften der Sitz notwendigerweise mit dem statutarischen übereinstimmt und daß die subsidiäre Lösung von Art. 56 ZGB (Ort, wo die Verwaltung geführt wird) bedeutungslos bleiben muß⁵⁶. Die dermaßen erfolgte örtliche Bestimmung des Sitzes ist privatrechtlich von beträchtlicher Bedeutung, namentlich in zivilprozeßrechtlicher Hinsicht und als Kompetenzanknüpfung für Betreibungen oder sonstige Vollstreckungsmaßnahmen. Auch international-privatrechtlich wird in der Schweiz mehrheitlich auf den Ort der Registrierung («incorporation») bzw. auf den Ort, wo die Publizitätserfordernisse erfüllt worden sind (stimmt mit dem Ort der Registrierung wegen der Öffentlichkeit des Registers weitgehend überein), abgestellt⁵⁷.

Das Steuerrecht hingegen hat den Begriff des Sitzes als Anknüpfungsort zur Steuerpflicht im Laufe der Zeit bedeutend weitergefaßt. Vor nicht allzu langer Zeit stellten die Gesetzgebungen der großen Mehrheit aller Kantone allein auf den Sitz (im handelsrechtlichen formellen Sinne) als Kriterium zur Entstehung der unbeschränkten Steuerpflicht ab. Heute tut dies bloß noch eine kleine Zahl (TI, VD, NE, GE sowie der Wehrsteuerbeschluß). Alle anderen Gesetzgebungen knüpfen alternativ am Sitz oder am tatsächlichen Ort der Leitung an. Der Entwurf zu einem Modellgesetz betreffend die Harmonisierung der schweizerischen Steuern kennt ebenfalls beide Anknüpfungen⁵⁸. Schon eine sehr weit zurückliegende Rechtsprechung des Bundesgerichts in interkantonalen Doppelbesteuerungssachen hatte im Zweifelsfalle, d.h. wenn in einem Kanton bloß der formelle (sta-

⁵⁶ Auf die Verhältnisse bei den nicht handelsrechtlichen juristischen Personen braucht hier nicht näher eingetreten zu werden.

⁵⁷ Siehe Anm. 23 und 24 hievon.

⁵⁸ Bemerkenswert ist übrigens die dort in Erscheinung tretende mangelnde Logik, ist doch von niemandem je ernsthaft eine wirkliche Alternative im Sinne eines Entweder/Oder postuliert worden, sondern bloß eine subsidiäre Anknüpfung im Sinne einer Rangordnung: Primär am statutarischen Sitz und bloß bei Fehlen eines statutarischen Sitzes im Steuerhoheitsgebiet subsidiär am Ort der tatsächlichen Leitung.

tutarische) Sitz, im anderen Kanton dagegen die wahre Verwaltung war, letzterem den Vorrang zuerkannt, d.h. das Besteuerungsrecht dem Kanton zugewiesen, wo der Ort der wahren Verwaltung vorzufinden war. Verständlich somit das Bestreben der Kantone, ihre Gesetzgebung so zu gestalten, daß von dieser Kompetenzzuweisung ausdrücklich Gebrauch gemacht werden konnte.

Auch international wird mehr und mehr dem Ort der effektiven Leitung, also dem Ort der wahren wirtschaftlichen und administrativen Führung, das Wort gesprochen⁵⁹. Dies bedeutet aber keineswegs, daß man grundsätzlich auf die Anknüpfung am Ort des formellen Sitzes verzichtet. Dieser bleibt nach wie vor primäres Kriterium für die Beanspruchung der Steuerhoheit. Man will sich aber die (unbeschränkte) Besteuerung einer juristischen Person auch dann nicht entgehen lassen, wenn zwar nicht der statutarische Sitz, wohl aber der Ort der tatsächlichen Leitung im Hoheitsgebiet liegt. Man nimmt also in Kauf, daß dadurch Konfliktsituationen entstehen können. International greifen hier allenfalls die Bestimmungen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Beseitigung der Steuerhoheitskonkurrenz Platz. Bemerkenswert ist aber, daß gerade dort, wo nach Abkommen im Zweifelsfalle die unbeschränkte Steuerhoheit für die direkten Steuern dem Ort der tatsächlichen Leitung zugesprochen wird (wie z.B. im DBA Schweiz–Deutschland), die Eidgenossenschaft sich dennoch für die Zwecke der Verrechnungssteuer eine Anknüpfung am formellen Sitz vorbehält⁶⁰.

Andererseits aber anerkennt wiederum eine Mehrzahl von Kantonen den besonderen Umstand, daß Handelsgesellschaften zwar nach schweizerischem Recht errichtet werden und in ihrem Hoheitsgebiet ihren statutarischen Sitz haben können, jedoch ihre Geschäftstätigkeit außerhalb der Kantonsgrenze bzw. der Schweiz ausüben, d.h. den Binnenmarkt kaum tangieren, sei es, daß sie nicht in der Schweiz produzieren, sei es, daß sie an Schweizer Kunden weder verkaufen noch Dienstleistungen erbringen. Obschon die Anknüpfung zur Steuerpflicht grundsätzlich gegeben ist, tragen sie diesem Umstande Rechnung, indem die Gewinnbesteuerung auf einen Bruchteil des Gesamtgewinnes beschränkt wird, wie wenn bloß die Erfassung einer Art «*prae-*

⁵⁹ Siehe vorne Anm. 22.

⁶⁰ Siehe Art. 4 Abs. 10 DBA Schweiz/Deutschland vom 11. August 1971; aber auch Art. 3 (1) (f) (1) DBA Irland/Schweiz vom 8. November 1966.

puum», d.h. des auf die Leitung des Geschäfts allein entfallenden Anteils am Gesamtgewinn, zu erfolgen hätte. Das Verrechnungssteuergesetz geht in dieser Richtung sogar noch etwas weiter, indem bei ausländischen Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungszentrum in der Schweiz die Steuerpflicht an und für sich entfällt, wenn im Inlande keine Geschäftstätigkeit ausgeübt wird⁶¹.

Es ist somit ersichtlich, daß der Sitzbegriff als Anknüpfungskriterium im Steuerrecht viel weiter und reichhaltiger ist als der (formelle) handelsrechtliche. Bei Benützung von im Staate des bloß formellen Sitzes sogenannten passiven Gesellschaften muß deshalb immer wieder davor gewarnt werden, sich getreulich auf die handelsrechtliche Beurteilung zu beschränken. Die möglichen Folgen im Staate der tatsächlichen Leitung – und hier vornehmlich die steuerlichen – sind zu berücksichtigen, will man nicht böse Überraschungen erleben. Sowohl interkantonal wie international muß somit vermehrt auf den steuerlichen Begriffsinhalt abgestellt werden. Insbesondere dort, wo bloße Trägergesellschaften für Beteiligungen oder andere verwertbare Rechte eingeschaltet werden, führt dies zu einer anderen Gewichtung des traditionellen handelsrechtlichen Begriffs gegenüber dem steuerlichen: Die steuerliche Bedeutung überlagert ständig die handelsrechtliche; die handelsrechtliche wird praktisch zur müßigen, theoretischen Definition degradiert.

Das ursprünglich vom Zivilgesetzgeber wohl kaum beabsichtigte, jedoch durchaus tolerierte Auseinanderklaffen von statutarischem Sitz und dem Ort der Leitung, welches zur Erlangung steuerlicher Vorteile vom Steuerpflichtigen weit und breit ausgenutzt wurde – und zwar in durchaus legaler Weise, solange die steuerliche Anknüpfung bloß am formellen Sitz erfolgte – und welches eher als handelsrechtlicher Auswuchs erscheinen muß, wird somit durch die Entwicklung des Steuerrechts (Verlagerung der Anknüpfung auf den Ort der Leitung) wiederum zurückgebildet. Das Steuerrecht führt dazu, daß mehr und mehr darauf acht gegeben wird, daß auch am Ort des formellen Sitzes eine tatsächliche Leitung vorzufinden ist, d.h. daß dort maßgebende autonome Leitungsfunktionen in eigenen Einrichtungen wahrgenommen werden.

Damit wird nach diesem langen Umweg in paradoxer Weise die Einheit zwischen Handelsrecht und Steuerrecht wiederum gefördert.

⁶¹ Art. 9 Abs. 1, zweiter Satzteil VStG.

32. Die «Obligation» als Finanzierungsmittel

Die Obligation ist zwar im Handelsrecht nicht Gegenstand einer Legaldefinition. Immerhin sind sich Rechtsprechung und Doktrin darüber einig, daß es sich um eine in einem Papier verkörperte Schuldverschreibung als Teil einer einheitlichen Hauptschuld handelt, die in einer Vielzahl von Exemplaren gleicher Art vom Schuldner herausgegeben wird, und zwar nach zum voraus festgelegten, gleichen oder gleichartigen Bedingungen betreffend Verzinsung und Rückzahlung. Liest man Art. 4 Abs. 1 lit. a des Verrechnungssteuergesetzes⁶², so scheinen dort auf den ersten Blick wohl bloß Obligationen im handels- und banküblichen Sinn gemeint zu sein. Dies ist aber keineswegs der Fall. Der steuerliche Begriff ist viel ausgedehnter⁶³, erfaßt er doch nicht nur sogenannte Anlehensobligationen, sondern insbesondere auch Kassenobligationen und Diskontpapiere, mit anderen Worten: alle Arten von durch einen Inländer ausgegebenen Schuldverschreibungen, auch wenn ihnen der Wertpapiercharakter fehlt, auch wenn sie nicht in größerer Zahl ausgestellt und bloß privat an mögliche Geldgeber abgegeben werden. In der Tat genügt es, wenn einzeln oder serienweise eine Mehrzahl von Schuldverschreibungen zu gleichartigen Bedingungen ausgegeben werden. Schon bei der Ausgabe von 12 Exemplaren wird nach der heutigen Praxis das Vorliegen einer Obligation angenommen. Werden wechselähnliche Schuldverschreibungen ausgestellt (Diskontpapiere), so sollen bereits mindestens vier Titel

⁶² «Gegenstand der Verrechnungssteuer ... sind die Zinsen ...

a) der von einem Inländer ausgegebenen Obligationen, Serienschuldbriefe, Seriengülten und Schuldbuchguthaben.»

⁶³ Siehe dazu Art. 15 VStVo: «Obligationen sind auf den Inhaber, an Ordre oder auf Namen lautende

a) Anlehensobligationen, mit Einschluß der Partialen von Anleihen, die durch Grundpfand sichergestellt sind, Rententitel, Pfandbriefe, Kassenobligationen, Kassen- und Depositenscheine;

b) in einer Mehrzahl ausgegebene wechselähnliche Schuldverschreibungen und andere Diskontopapiere, die zur Unterbringung im Publikum bestimmt sind.

Serienschuldbriefe und Seriengülten sind in einer Mehrzahl zu gleichartigen Bedingungen ausgegebene Schuldbriefe und Gülten, die auf den Inhaber oder an Ordre gestellt oder mit auf den Inhaber oder an Ordre lautenden Coupons versehen sind und in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung den Partialen von Anleihen gleichstehen»;

sowie R. PFUND, Kommentar zum Verrechnungssteuergesetz, Basel 1971, N. 2.1.–2.13 ad Art. 4 Abs. 1 lit. a sowie Merkblatt S-02.115 vom 12. Januar 1976 der Eidgenössischen Steuerverwaltung.

zur Annahme des Vorliegens von Obligationen genügen, vorausgesetzt, die Emission könne als kollektive Mittelbeschaffung bzw. kollektive Anlagegewährung gewertet werden. Schuldanererkennungen genügen also bereits, sofern sie sich durch Gleichartigkeit und feste Beträge als Teile einer Gesamtschuld oder durch die Einheit der Bedingungen und der systematischen Wiederholung als Mittel zur Verwirklichung einer einheitlichen, auf Geldbeschaffung gerichteten Absicht erweisen. Welche Distanz vom handels- und bankmäßigen Begriff!

Und die praktische Tragweite: Nicht nur Großunternehmungen, deren Bedeutung eine Beanspruchung des öffentlichen Emissionsmarkts ohnehin rechtfertigt, sondern eine Vielzahl anderer kleinerer Unternehmungen, welche sich eine Finanzierung durch eine Mehrzahl von privaten Geldgebern erhoffen, sehen sich, oft ungeahnt, mit Verrechnungssteuerproblemen konfrontiert. Für sie gilt eben auch nicht mehr der übliche handelsrechtliche Begriff der Obligation, sondern bloß noch der steuerliche. Auch wenn sie bloß unter der Hand eine Mehrzahl von mit ähnlichen Bedingungen versehenen Schuldverschreibungen zu placieren versuchen, laufen sie das Risiko, als Obligationenemittent behandelt zu werden. Was also auf den ersten Blick bei der Lektüre des Verrechnungssteuergesetzes als Hinweis auf eine Anleiheobligation erscheint, entpuppt sich als Sammelbegriff für eine Unzahl von denkbaren Finanzierungsmitteln (Wechsel, Notes, einfache Schuldverschreibungen, auch einzelne Schuldverschreibungen über mehr als 12 Monate). Wegen der damit verbundenen harten steuerlichen Konsequenzen (Verrechnungssteuer, allenfalls Wertschriftenumsatzstempel) kann sich der potentielle Geldnehmer nicht mehr erlauben, mit dem Begriff der handelsüblichen Obligation zu operieren. Er muß am Maßstab des steuerlichen Begriffsinhalts umdenken. Auch für den kleineren Geldnehmer, der an eine Vielzahl von Interessenten gelangen möchte, gibt es nur noch einen für seine Überlegungen gültigen Obligationenbegriff, eben den steuerlichen.

33. *Dividende*

Handelsrechtlich ist die Dividende die auf eine Aktie entfallende Quote desjenigen Teils des der Generalversammlung zur freien Verfügung stehenden Reingewinns, den diese auszuschütten beschlossen hat. Der Begriff ist somit recht schmal.

Das Steuerrecht dagegen durchbricht diesen engen Rahmen in mannigfacher Weise. Als Dividende qualifiziert es nicht nur, was

offen dem Aktionär aus Gewinn oder Reserven zukommt, sondern auch, was ihm verdeckt zum geldwerten Vorteil gereicht. Jede für die Gesellschaftsorgane erkennbare Entreicherung der Gesellschaft zu Gunsten des Gesellschafters wird als verdeckte Gewinnausschüttung der Dividende gleichgestellt. Aber nicht nur Vergütungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die mit der Absicht einer Vorteilszuwendung erfolgen, werden von diesem steuerlichen Begriff erfaßt; sogar nachträglich erfolgte Wertkorrekturen bei Geschäften unter verbundenen Unternehmungen, deren causa eindeutig nicht die Verwirklichung einer Gewinnbeteiligung darstellt, werden blindlings und undifferenziert als Dividende behandelt. Gemeint sind hier vornehmlich die Ausgleichsleistungen, welche die notwendige Folge der steuerlich aufgerechneten Gewinnverlagerungen sind⁶⁴.

Es ist unter diesen Umständen kaum erstaunlich, daß der handelsrechtliche Dividendenbegriff gegenüber dem steuerlichen für die meisten Aktionäre privater Aktiengesellschaften fast zur Bedeutungslosigkeit entwertet wird. Die für sie und insbesondere für die Gesellschaft maßgebende Referenz ist die «geldwerte Leistung» im weitesten Sinne, welche bei dieser der Verrechnungssteuer und häufig noch der Gewinnbesteuerung unterliegt und bei jenen als Empfänger der Leistung meist auch noch ein weiteres Mal als Einkommen belastet wird.

34. Liquidation

34.1 Am Begriffe der «Liquidation» läßt sich mit relativer Leichtigkeit die Unbestimmtheit der handelsrechtlichen und steuerlichen Begriffsinhalte aufzeigen und kann man – gerade wegen der mangelnden Eindeutigkeit des zivilrechtlichen Inhalts – die möglicherweise schon erfolgte Infiltration steuerrechtlicher Deutungen festhalten.

Wird im Handelsrecht bezüglich der Handelsgesellschaften von Liquidation gesprochen, so kann offensichtlich dreierlei gemeint sein, und zwar

a) zuerst die auf den Auflösungsbeschluß folgende Umwandlung von Aktivwerten in eine flüssige, leicht verteilbare Form, also meistens in Geld, und parallel dazu die Ablösung der Passiven;

b) dann das Stadium, welches von Gesetzes wegen notwendigerweise jedem Untergang eines Unternehmensträgers voran-

⁶⁴ Siehe Nr. 27 hievon am Ende

geht, es sei denn, das Gesetz selbst mache eine ausdrückliche Ausnahme in dem Sinne, daß eine Auflösung «ohne Liquidation» in einzelnen wenigen Fällen anerkannt wird;

c) endlich die Verteilung des nach Begleichen aller Schulden verbleibenden Vermögens an die Beteiligten.

Dabei ist zu bemerken, daß beim Gebrauch des Begriffes «Liquidation» nicht unbedingt immer alle drei Deutungen gemeint sind.

Wenn das Handelsrecht zum Beispiel von Tatbeständen der Strukturänderung «ohne Liquidation» spricht, ist damit wohl bloß das Ausbleiben des Versilberns der Aktiven und der Ablösung der Passiven und nicht etwa die Verteilung des Überschusses gemeint. In diesem Sinne die Art. 748 OR (Fusion durch Eingliederung), Art. 749 OR (Fusion durch Kombination), Art. 750 OR (Übernahme einer AG durch eine Kommandit-Aktiengesellschaft), Art. 751 OR (Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft). Zu erwähnen sind auch die Art. 770 Abs. 3 OR (Umwandlung einer Kommandit-Aktiengesellschaft in eine AG bzw. Übernahme durch eine andere Kommanditgesellschaft), Art. 824 OR (Umwandlung einer AG in eine GmbH), Art. 914 bzw. 915 OR (Fusion von Genossenschaften bzw. Übernahme einer Genossenschaft durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft).

Aus der relativ beschränkten Zahl der hievor zitierten vom Gesetz gemachten Ausnahmen darf wohl der Schluß gezogen werden, daß bei allen anderen Fällen des Untergangs des Trägers eines Unternehmens eine Liquidation im handelsrechtlichen Sinne vorliegen muß.

Sollte umgekehrt als Kriterium für die Annahme einer Liquidation bloß die Versilberung der Aktiven und die Ablösung der Passiven gelten, müßte der Schluß gezogen werden, daß in vielen anderen Fällen zivilrechtliche Auflösungen «ohne Liquidation» anzunehmen sind, etwa bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG oder einer Genossenschaft in eine AG oder im Falle der Eingliederung der Aktiven und Passiven einer Tochtergesellschaft in die Aktiven und Passiven einer Muttergesellschaft.

Eine gewisse Ähnlichkeit mit den soeben erwähnten Fällen ist bei Art. 576 OR zu erkennen (Ausscheiden eines Gesellschafters unter Weiterführung der Kollektivgesellschaft; entsprechendes gilt für die Kommanditgesellschaft), obwohl dem Wortlaut dieser Vorschrift zu entnehmen ist, daß es sich hier eigentlich nicht einmal um einen richtigen Auflösungsfall handelt, obschon implizite durch die Abfindung des Ausscheidenden (im Sinne eben der

Ausrichtung des ihm zukommenden Anteils am rechnerischen Überschuß) eine «Teilliquidation» stattfindet.

Wie dem aber auch sei, bis auf diese letzte Ausnahme kann doch wohl festgestellt werden, daß handelsrechtlich die Liquidation stets eine vorangehende Kundgebung eines Auflösungswillens und somit in der Regel einen formellen Auflösungsbeschluß voraussetzt.

34.2 Von grundsätzlich anderen Gesichtspunkten geht dagegen das Steuerrecht aus. Dabei sind zwei verschiedene Richtungen auseinanderzuhalten:

a) Zuerst auf dem Gebiete der direkten Steuern diejenige, die sich mit der laufenden Besteuerung der Gewinne bzw. mit der Sonderveranlagung für sogenannte Liquidationsgewinne befaßt.

b) Dann diejenige, welche die Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften betrifft (etwa in Anlehnung an die Bestimmung von Art. 660 Abs. 2 OR).

34.3 Versucht man, den Inhalt des Liquidationsbegriffes in bezug auf seine einkommens- bzw. gewinnsteuerliche Bedeutung näher zu untersuchen, so fällt auf, daß ganz andere Kriterien hier im Spiele sind:

a) Die Versilberung der Aktiven und die Ablösung der Passiven sind an und für sich steuerlich neutral. Einzig dort erhält der Vorgang steuerliche Bedeutung, wo infolge einer solchen Aktiven-Versilberung oder Passiven-Ablösung bisher nicht versteuerte Reserven aufgelöst, d.h. realisiert werden.

b) Die steuerlich bedeutsame Liquidation ist ferner nicht von der vorangehenden Kundgebung eines Auflösungswillens bzw. – bei den Handelsgesellschaften – von der formellen Fassung eines Auflösungsbeschlusses abhängig. Das ist in verschiedener Weise erkennbar:

aa) Bei der Bestimmung der Haftung eines Liquidators für die Zwecke der Verrechnungssteuer: wo nicht auf die formelle, sondern auf die tatsächliche Liquidationstätigkeit abgestellt wird⁶⁵.

bb) Häufiger aber, sobald ein Gegenstand des Geschäfts- in

⁶⁵ Siehe JACQUES BÉGUELIN, La responsabilité fiscale des liquidateurs de sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée et sociétés coopératives, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, p. 545.

das Privatvermögen überführt wird und gleichzeitig die Voraussetzungen für die Revision einer ordentlichen Veranlagung gegeben sind.

cc) Am häufigsten bei jeder Reserveauflösung, insofern als die Steuerpflicht des Unternehmensträgers aufhört bzw. aufhören wird; oder im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Gesellschafters einer Personengesellschaft oder beim Aufhören einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn damit beim Steuerpflichtigen die Gründe für eine Veranlagungsrevision erfüllt sind. So sagen etwa Art. 43 WStB und die sinngemäßen Bestimmungen der meisten kantonalen Gesetze, daß die Sonderveranlagung für sogenannte Liquidationsgewinne alle Kapitalgewinne und faktisch alle sonstigen Reserveauflösungen erfaßt, die bereits während der ganzen Veranlagungsperiode, im Laufe deren die Steuerpflicht aufhört, und während der vorangehenden Bemessungsperiode eingetreten sind. Es werden mit dieser Sonderveranlagung also bei weitem nicht nur die nach Fassung des Auflösungsbeschlusses aufgelösten Reserven erfaßt.

Man sieht also, daß grundsätzlich jede Reservenrealisation, welche in Zusammenhang mit einem Veranlagungsrevisionsfall gebracht werden kann, bereits als steuerlich wirksame Liquidation betrachtet wird, was darauf hindeutet, daß in dieser Beziehung der Inhalt des steuerlichen Begriffs der Liquidation weit über denjenigen des Handelsrechts hinausgeht.

Auf der anderen Seite aber sind die Ausnahmen von den Liquidationstatbeständen im Steuerrecht wiederum viel weitergezogen als im Handelsrecht. Wie oben angedeutet, kennt das Handelsrecht eigentlich nur wenige Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die Auflösung einer Handelsgesellschaft notwendigerweise zu einer Liquidation führt bzw. wonach der Untergang des Trägers eines Unternehmens notwendigerweise dessen Liquidation voraussetzt bzw. bewirkt. Es sind dies die Fusion durch Inkorporation bzw. durch Kombination sowie die Umwandlungen von AG in Kommanditaktiengesellschaften und umgekehrt oder von AG in GmbH (aber nicht umgekehrt) bzw. die Fusion (wohl durch Inkorporation oder Kombination) von Genossenschaften oder noch die Übernahme von AG oder Genossenschaften durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.

Das Steuerrecht ist in dieser Hinsicht viel großzügiger, indem es unter der Voraussetzung der Beachtung gewisser Bedingungen immer dann von einer Besteuerung unter dem Gesichtspunkt der Liquidation Umgang nimmt, wenn keine Reserveauflösungen

erfolgen. Dies bedeutet somit, daß sowohl bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG bzw. der Umwandlung einer Personengesellschaft oder einer Einzelfirma in eine andere Rechtsform inklusive in eine Kapitalgesellschaft (jedoch nicht umgekehrt bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft) oder bei der Eingliederung der Aktiven und Passiven einer Tochtergesellschaft in die Muttergesellschaft oder umgekehrt bei einer Unternehmensspaltung (z.B. aus einer Aktiengesellschaft werden zwei gemacht) vollständige einkommenssteuerliche Neutralität mit Bezug auf die Besteuerung des untergehenden Unternehmensträgers (bzw. bei der Spaltung: der bisherigen Körperschaft) zugesichert wird⁶⁶. Beherrschendes Kriterium ist die Weiterführung der bisherigen Buchwerte im Folgeunternehmen und somit die Wahrung des Steuersubstrats für den Inhaber der Steuerhoheit⁶⁷.

Es ist somit ersichtlich, daß steuerlich immer dann (aber auch nur dann) das Gespenst der steuerwirksamen Liquidation aufgestöbert wird, wenn im Zusammenhang mit einer Strukturänderung, der Beendigung einer Steuerpflicht oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters Reserven aufgelöst werden (und – sofern es sich um die Überführung von Geschäfts- ins Privatvermögen handelt – Reserven als aufgelöst gelten).

34.4 Unter dem zweiten steuerlichen Gesichtspunkt, demjenigen der Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, ist die Diskrepanz zwischen handelsrechtlichem und steuerlichem Begriffsinhalt womöglich noch drastischer. Das Liquidationsergebnis, auf welches der Aktionär (bzw. allenfalls der Gesellschafter einer anderen Kapitalgesellschaft) anteilmäßig Anspruch hat (etwa im Sinne von Art. 660 Abs. 2 OR), ist wohl zu verstehen als das nach Tilgung aller Schulden übriggebliebene Vermögen, ob dies nun mehr oder weniger als die von den Gesellschaftern geleisteten Einzahlungen ausmacht.

⁶⁶ Die wichtigsten üblicherweise von der Praxis geforderten Bedingungen sind die Wahrung der Bilanzkontinuität (gemeint ist natürlich diejenige der Steuerbilanz), eine weitgehende Aufrechterhaltung der bisherigen Macht- bzw. Kontrollverhältnisse und die tatsächliche Weiterführung des (oder der) Betriebe(s). Siehe hierzu H. MASSHARDT, Kommentar zur eidgenössischen Wehrsteuer 1971–1982, Zürich 1972, S. 252 ff.; «Dix leçons», No. 213–214.

⁶⁷ Dies erklärt wiederum, wieso die kantonale Praxis keine steuerliche Immunität bei der Ausgliederung von Beteiligungen seitens einer bisherigen Betriebsgesellschaft in eine Tochtergesellschaft, welche reine Holding-Funktionen ausüben wird, gewährt.

Unter Liquidationsergebnis versteht das Steuerrecht nun etwas ganz anderes, und zwar grundsätzlich jeden Überschuß über das nominelle einbezahlte Gesellschaftskapital (und zwar definiert als die Summe der Nominalwerte aller im Umlauf stehenden, Mitgliedschaftsrechte beinhaltenden Gesellschaftsanteile)⁶⁸. Dies bedeutet also, daß jede Ausschüttung, die eine Verminderung des so definierten Überschusses nach sich zieht, der Besteuerung unterliegt, wobei die gleichen Folgen eintreten wie bei der Verteilung einer Dividende (somit namentlich Erhebung der Verrechnungssteuer). Das Bedenkliche dabei ist, daß solche Ausschüttungen, insofern die Empfänger nicht selbst Kaufleute sind, bei ihnen meistens als Einkommen besteuert werden. Bedenklich ist dies deshalb, weil hier ein bei einer Realsteuer allenfalls noch vertretbarer weiter Ertragsbegriff je nach Umständen unter krasser Mißachtung der einer synthetischen Netto-Einkommenssteuer zugrunde liegenden Verfassungsgrundsätze unbesehen in deren Geltungsgebiet hineingeschmuggelt wird⁶⁹.

Der Einzelne bekommt somit eigentlich am eigenen Leibe zu spüren, was Liquidation im steuerlichen Sinne bedeuten mag, womit die Frage des handelsrechtlichen Inhalts des Begriffes weitgehend verdrängt wird.

Aber hier hört die Diskrepanz noch lange nicht auf. Kauft eine Aktiengesellschaft eigene Aktien zurück und veräußert sie sie nicht spätestens innert Jahresfrist wieder, so wird angenommen, es liege eine Teilliquidation vor und es sei der Überschuß des Erwerbspreises über den Nominalwert (bzw. den einbezahlten Betrag) ausgeschüttet worden, natürlich unter Erhebung der 35%igen Verrechnungssteuer⁷⁰.

Bei jeder Auflösung einer Kapitalgesellschaft (inkl. Genossenschaft) oder Aufspaltung gilt der im vorhergehenden Sinne definierte Liquidationsüberschuß als ausgeschüttet, und zwar auch in denjenigen Fällen, welche vom Zivilrecht ausdrücklich als Auflösung ohne Liquidation (Fusion und gewisse Umwandlungsfälle) bezeichnet werden. Eine einzige, aber äußerst wichtige Ausnahme macht aber Art. 5 des Verrechnungssteuergesetzes, indem bei Fusions- und fusionsähnlichen wie auch bei Aufgliederungstatbeständen keine Ausschüttung angenommen wird und somit keine verrechnungssteuerliche Abrechnung zu erfolgen hat,

⁶⁸ Siehe PFUND, a.a.O. (Anm. 63), N. 3.42 ff. ad Art. 4 Abs. 1 lit. b.

⁶⁹ Siehe dazu «Réflexions», S. 676, 677.

⁷⁰ Ausnahme gemäß Art. 659 Abs. 2 Ziff. 4 und 5, allenfalls Ziff. 2 und 3 OR vorbehalten.

wenn die bisherigen Reserven sich wiederum als Reserven bei der Nachfolgesellschaft einfinden. Nur in diesem Umfange wird von der Regel eine Ausnahme gemacht. Dies bedeutet insbesondere, daß bei einer Fusion jede Beanspruchung von Altreserven zur Liberierung von neuem Nominalkapital in einem Umfange, welcher über das Nominalkapital der aufgenommenen Gesellschaft hinausgeht, die Erhebung der Verrechnungssteuer auslöst unter Behauptung einer erfolgten Teilliquidation bzw. Teilliquidationsergebnisausschüttung. Bei einer Aufspaltung gilt das gleiche, sofern die Nachfolgesellschaften gesamthaft ein höheres Nominalkapital aufweisen als das Kapital der Gesellschaft, aus welcher sie hervorgegangen sind. Es ist somit hier eine ähnliche Feststellung zu machen wie bei der Überprüfung der liquidationssteuerlichen Folgen auf der Ebene der direkten Steuern: Steuerlich werden zwar Fusions- oder fusionsähnliche Fälle oder Aufspaltungsfälle, welche zivilrechtlich streng genommen als Liquidation anzusehen wären, als liquidationsneutral behandelt; andererseits aber werden wiederum steuerwirksame Liquidationen angenommen in Fällen, in welchen gemäß Handelsrecht keine Liquidationstatbestände vorliegen.

Das Steuerrecht geht aber noch weiter. Die Praxis ist auf dem Wege, steuerlich wirksame Liquidationstatbestände zu sehen, wo überhaupt keine Änderung in den Reserven und insbesondere keine Entreichung einer Gesellschaft erfolgt⁷¹.

34.5 Wird nun versucht abzumessen, was Liquidation als Begriff in seiner heutigen Verkehrsgeltung – und zwar eben wegen seines steuerlichen Inhalts – für den zur tagtäglichen Handhabung des Handelsrechts Berufenen, d.h. für den Unternehmer, den Verwaltungsrat-Aktionär, bzw. für den für die Schweiz ganz typischen Aktionär einer Familienaktiengesellschaft und natürlich für deren Berater, darstellt, so darf man füglich die Frage aufwerfen, ob nicht doch die rein zivilrechtliche Deutung, die ja ohnehin nicht so scharf umrissen ist, weitgehend von der steuerlichen verdrängt worden ist.

⁷¹ Hier zeigen sich die Ergebnisse extensivster Auslegungen, die mit traditioneller Jurisprudenz nur noch schwer vereinbar sind. Glaubt man etwa, mit einer aus den Zügeln geratenen Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Steuerrechtslehre neue Impulse geben zu können, so ist wohl die Frage berechtigt, ob hier nicht das zwar kleine, aber immer noch zu verteidigende Überbleibsel des *Steuerrechts* mit der einfachen *Fiskalkunst* verwechselt wird. Siehe dazu den Aufsatz von Bundesrichter HANS DUBS, Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 569, insbes. 581, sowie «Réflexions», S. 683.

C. Beispiele zur Frage, ob man von einer Einführung neuer Begriffe ins Handelsrecht sprechen kann, an welcher das Steuerrecht maßgeblich beteiligt wäre

35. Vermessen wäre es zu behaupten, daß es hier um Feststellungen bereits abgeschlossener Prozesse der Einführung neuer Begriffe gehe. Vielmehr muß es damit sein Bewenden haben, daß skizziert wird, wo neue Kategorien, deren Ursprung im Steuerrecht zu suchen ist, von der Praxis als Modelle zur Lösung konkreter Organisationsfragen verwendet, d.h. in das Instrumentarium der verfügbaren Formen aufgenommen werden. Ob sie aber bereits neue Instrumente des Handelsrechts geworden sind, bleibe dahingestellt. Jedenfalls ist nicht ohne weiteres abzustreiten, daß sie über das bloße Steuerrecht hinaus Verkehrsgeltung erlangt haben.

36. Die Holding- und die «Basis»-Gesellschaften

Das Handelsrecht kennt den Begriff der Holding-Gesellschaft (Art. 671 Abs. 4 und Art. 711 Abs. 2 OR) als eine Gesellschaft, deren Zweck hauptsächlich in der Beteiligung an anderen Unternehmen besteht. Für Gesellschaften dieser Art gelten gewisse Vorschriften über die Äufnung des gesetzlichen Reservefonds nicht und – sofern sie ihre Beteiligungen mehrheitlich an Unternehmen im Auslande haben – gelten unter Umständen die Vorschriften über die Nationalität und den Wohnsitz der Verwaltungsräte nicht mit gleicher Strenge. Die Kommentatoren sind sich darüber einig, daß dabei die Beteiligungen nicht unbedingt eine Beherrschung bzw. eine Einflußnahme ermöglichen müssen, sondern sogar Anlagecharakter haben könnten, und daß sie ferner nicht unbedingt als Partizipation am Aktienkapital, sondern auch in anderer Form (insbesondere derjenigen der Finanzierung durch langfristige Darlehen) in Erscheinung treten können. Der Begriff ist somit recht weit und jedenfalls nicht scharf abgegrenzt.

Das Steuerrecht hat sehr früh anerkannt, daß bei solchen Gesellschaften zur Abwendung der mehrstufigen Belastung bzw. zur Berücksichtigung der bedeutenden Vorbelastung, die auch bei Zinsen und allenfalls bei Lizenzgebühren Platz greift, eine weitgehende Befreiung von den Gewinnsteuern gerechtfertigt sei. So haben sich alle Kantone (mit sehr wenigen Ausnahmen) dazu veranlaßt gesehen, für sogenannte reine Holding-Gesellschaften eine vollständige Befreiung von der Gewinnsteuer vorzusehen, und zwar auch dann, wenn neben Beteiligungserträgen im engeren Sinn auch andere Einkünfte anfallen. Dabei sind die Gesetz-

gebungen wohl vom weiten Begriff des Handelsrechts ausgegangen.

In der Praxis wurde die gesetzliche Steuerbefreiung jedoch mit stets wachsender Zurückhaltung gewährt. Dies erfolgte auf Grund einer engeren Umschreibung des Holding-Begriffes für die Zwecke des Steuerrechts. Die Tendenz ist heute eindeutig, daß eine volle Befreiung von der Gewinnsteuer bloß noch bei mehr oder weniger reinen Holding-Gesellschaften gegeben wird. Dabei hat die Praxis Kriterien eingeführt, wonach ein Mindestprozent der Aktiven aus dauerhaften Beteiligungen bestehen bzw. ein Mindestprozent der Einkünfte aus qualifizierten Beteiligungserträgen stammen soll⁷².

Der maßgebliche steuerliche Holding-Begriff wurde somit mit der Zeit bedeutend enger gefaßt als der handelsrechtliche.

Dies darf zwar wohl nicht zur Annahme verleiten, dieser engere steuerliche Begriff hätte nun den bisherigen handelsrechtlichen verdrängt. Immerhin muß anerkannt werden, daß handelsrechtlich das Interesse weitgehend fehlen muß, eine Holding-Gesellschaft zu begründen, welche nicht in den engeren steuerlichen Rahmen paßt. Bleibt sie bloß Anlagegesellschaft, so fehlt ihr meistens auch die für das Handelsrecht typische wirtschaftliche Begründung als ernst gemeintes Instrument der Beeinflussung oder Kontrolle bzw. als Instrument der Zusammenfassung von Beteiligungsrechten zur Vermeidung einer Aufspaltung⁷³.

Interessant in diesem Zusammenhang ist aber die Feststellung, daß das Steuerrecht ein besonderes Merkmal der Holding-Ge-

⁷² Im Kanton Bern z.B. mehr als 50% der Aktiven und der Erträge; im Kanton St. Gallen mindestens 80% der Aktiven; gemäß dem Entwurf zu einem Rahmengesetz zur Harmonisierung der kantonalen Steuern mindestens 80% der Aktiven oder der Erträge.

⁷³ Eine andere Frage dagegen ist, ob das Steuerrecht in der einschränkenden Umschreibung der Holding-Gesellschaft nicht zu weit gegangen ist, da ja häufig die Erfüllung des Zweckes der Kontrolle bzw. der Zusammenfassung von (maßgebenden) Beteiligungen finanzielle Investitionen erfordert, die nicht unbedingt in der Form von Kapitalzeichnungen erfolgen. Je nach den verwaltungsrechtlichen, insbesondere devisenrechtlichen Vorschriften in ausländischen Staaten bieten sich öfters keine anderen vernünftigen Möglichkeiten an als langfristige Darlehen, die stellvertretend für Eigenkapital erscheinen. Erkennt man sich ferner daran, daß nicht selten die Zinsen solcher langfristiger Darlehen bei der Schuldnergesellschaft im Ausland nicht als Aufwand vom steuerlichen Gewinn abgezogen werden können, so müßte die Forderung nach Ausschaltung der mehrfachen Belastung bei Holding-Verhältnissen eben doch in einer liberalen Umschreibung der reinen Holding gipfeln.

sellschaft zum Anlaß genommen hat, um in Anlehnung daran weitere Gesellschaftstypen zu begünstigen. Dieses Merkmal ist das Fehlen einer örtlichen Bindung des verwalteten Vermögens. Zum Verwalten von Beteiligungen an irgendwo in der Welt befindlichen Gesellschaften drängt sich keine notwendige Verbindung mit einem bestimmten Orte auf. Dieser kann ziemlich willkürlich gewählt werden und braucht auch keineswegs geographisch mit den Geschäfts- und industriellen Einrichtungen der kontrollierten Gesellschaften zusammenzutreffen. Er kann weitgehend aus Erwägungen der Annehmlichkeit, sei es mit Bezug auf die Kommunikation oder auf den Arbeitsmarkt für qualifizierte, mehrsprachige Generalstabsmitarbeiter, sei es mit Bezug auf die steuerlichen Belastungen, bestimmt werden. Der Schritt mußte deshalb nahe liegen, immer dann, wenn am Ort des Sitzes keine geschäftliche Einrichtung bzw. kein Führungsapparat notwendig ist, die gleichen oder ähnliche Steuervorteile zu gewähren wie für Holding-Gesellschaften, auch wenn die betreffende Körperschaft keine Beteiligungen, sondern andere Vermögenswerte besitzt.

Nachdem ja solche Gesellschaften in keiner Weise Produktions- und Handelsabläufe im Inland berühren und somit mehr auf Grund willkürlicher Gegebenheiten mit einem bestimmten Kanton durch die Sitzwahl verbunden sind, konnte verantwortet werden, ihnen eine weitgehende Steuerbefreiung angedeihen zu lassen. Damit war die Kategorie der Domizilgesellschaften geschaffen. Handelsrechtlich unterscheiden sich diese vom Zweck her nicht von anderen Gesellschaften. Sie sind eher als (steuerlich bedingte) Auswüchse der vom Handelsrecht zur Verfügung gestellten Formen anzusehen, und zwar besteht die Anomalie darin, daß bei ihnen meistens eine Aufspaltung zwischen dem statutarischen Sitz einerseits und dem Ort der effektiven Leitung andererseits erkennbar ist, oder daß zumindest der formelle Sitz einerseits und der Ort der wirtschaftlichen Wirksamkeit andererseits auseinanderfallen. Diese wirtschaftliche Wirksamkeit ist zwar in vielen Fällen leicht zu lokalisieren (Produktions- oder Handelseinrichtungen). Zuzugestehen ist aber, daß die Anomalie wohl dann aufhört, wenn eine Lokalisation der wirtschaftlichen Wirksamkeit kaum möglich ist, wie bei gewissen Finanzgeschäften oder der Verwertung von Rechten des geistigen Eigentums. Hier kann wohl nicht mehr von einer abnormen Erscheinungsform gesprochen werden, vorausgesetzt, daß mindestens effektive Leitung und formeller Sitz örtlich übereinstimmen oder daß die effektive Leitung überhaupt keine irgendwo sichtbare feste, dauernde Einrichtung erfordert.

Ob sich aber dieses vom Steuerrecht geschaffene Gebilde, jedenfalls dort, wo es als Auswuchs des Handelsrechts betrachtet werden kann, bereits als Unterkategorie eben dieses Handelsrechts Anerkennung verschafft hat, muß selbstverständlich offenbleiben.

Gerade wegen der Schwierigkeiten, eine ernst zu nehmende wirtschaftliche Begründung für die örtliche Verbindung der Domizilgesellschaft mit ihrem gewillkürten Sitz vorzubringen und damit vom Ausland her geltend gemachte Steueransprüche erfolgreich abzuwehren, bleibt diese Gesellschaftsart recht vulnabel. Dies mußte dazu verleiten, weitere Erscheinungsformen ausfindig zu machen, und führte zur typischen «Basis-Gesellschaft»⁷⁴. Von der Domizilgesellschaft unterscheidet sie sich dadurch, daß sie am Sitz eine wirkliche Verwurzelung mit festen Einrichtungen und meistens einem ganzen Stab von Mitarbeitern nachweisen kann. Typisch für sie ist ferner, daß sich ihre Tätigkeit vorwiegend außerhalb des Sitzlandes auswirkt und daß sie einer Gesellschaftsgruppe als Bindeglied zwischen zwei (oder mehr) in verschiedenen Staaten domizilierten verwandten Gesellschaften angehört. Handelsrechtlich ist hier überhaupt kein Merkmal nachzuweisen, welches sie von den übrigen Aktiengesellschaften unterscheiden würde, es sei denn eben der Umstand, daß sie zu einer Gesellschaftsgruppe gehört, also die Stellung einer Tochter- oder Schwestergesellschaft in einem Konzern einnimmt und daß die Auswirkungen ihrer Tätigkeit weder die Produktions- noch die Handelsabläufe im Inland tangieren. Das Steuerrecht einer Mehrzahl von Kantonen besteuert solche Gesellschaften bloß für eine Quote des Gesamtgewinnes, die Quote nämlich, welche der Leitungsfunktion zuzuweisen ist, wie wenn im Ausland Betriebsstätten vorhanden wären. Im Instrumentarium des internationalen Steuerplaners ist diese Form wohlbekannt. Ob sie sich bereits in ihrer allgemeinen Verkehrsgeltung als Struktur des Handelsrechts entpuppt hat, bleibt auch hier eine mit Zweifeln behaftete Frage.

37. Die Betriebsstätte

Das interkantonale und internationale Recht verwenden einen terminus technicus, um die Stufe zu definieren, von welcher an ein Teilbetrieb die Voraussetzung für die Heranziehung zur Steuerpflicht erfüllt: den Begriff der Betriebsstätte. Dabei geht es

⁷⁴ Zur Terminologie siehe Anm. 8 hievor.

stets um die Abgrenzung der Steuerhoheiten zwischen Kantonen oder Staaten. Diese erfolgt danach, ob in einem Hoheitsgebiet die Anlagen eines fremden Unternehmens bereits als Betriebsstätte anzusehen sind oder nicht. Besteht eine Betriebsstätte, darf besteuert werden, besteht keine, so entfällt die Grundlage für die Besteuerung. Die Gesetzgebungen sprechen diesen Grundsatz entweder selbst aus, oder es greifen die übergeordneten Regeln des internationalen Rechts (Doppelbesteuerungsabkommen) oder des Bundesrechts (Bundesverfassungsverbot der interkantonalen Doppelbesteuerung) Platz.

Die Betriebsstätte wird im interkantonalen Steuerrecht definiert als eine «ständige körperliche Anlage oder Einrichtung, mittels deren sich daselbst ein qualitativ und quantitativ wesentlicher Teil des technischen oder kommerziellen Betriebes vollzieht». International ist die Umschreibung ähnlich. Sie lautet etwa nach dem OECD-Musterabkommen: «Betriebsstätten sind feste Geschäftseinrichtungen, in denen die Tätigkeit des Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird.»⁷⁵

Die Betriebsstätte erweist sich somit als Verdichtung der Organisation eines Teilbetriebes bis zu einem gewissen Grad der wirtschaftlichen Bedeutung. Eine weit ausgebaute Kasuistik sowohl im interkantonalen wie im internationalen Gebiet hat die Grenzziehung recht genau definiert.

Für den Unternehmer ist es natürlich von erster Wichtigkeit zu wissen, ob die Reizschwelle erreicht ist oder nicht, von der an er in den Bereich einer anderen Steuerhoheit als derjenigen seines Hauptgeschäftes bzw. seines Sitzes fallen kann. Ist diese Schwelle erreicht, so heißt dies Konkurrenz von Ansprüchen verschiedener Steuerbehörden, mögliche Doppelbelastungen, mögliche höhere Besteuerungen (aber allenfalls auch mögliche Entlastung), jedenfalls aber mehr Umtriebe. Für die Art und Weise, wie der Unternehmer seine Geschäftstransaktionen außerhalb der kantonalen bzw. nationalen Grenze ausübt, ist die Frage von entscheidender Wichtigkeit, wie weit er Außenposten festigen darf, ohne daß er damit fremde Steuern bewirkt. Ist das Steuergelände dagegen im fremden Hoheitsgebiet günstiger, wird er allenfalls bemüht sein, die Außenposten so zu gestalten, daß dort jedenfalls eine Besteuerung ausgelöst wird, vorausgesetzt natürlich, daß der von dieser Besteuerung betroffene Teil des Gesamtgewinnes und des Gesamtvermögens im Inland befreit wird (was in

⁷⁵ Siehe HÖHN/DAVID, a.a.O. (Anm.8), S.167; Art.1 (1) des OECD Musterabkommens.

den schweizerischen Kantonen und bei der Eidgenossenschaft durchaus der Fall ist).

Auch beim Handelsrecht besteht eine gewisse Parallele zur beschriebenen Erscheinung, indem bei der Verdichtung der Organisation eines Teilbetriebes möglicherweise ein Grad der Selbstständigkeit erreicht wird, der eine Zweigniederlassung entstehen läßt. Daß eine solche stets eine Betriebsstätte ist, braucht nicht besonders erwähnt zu werden. Es bedarf ferner kaum der Erwähnung, daß die rechtlichen Merkmale einer Zweigniederlassung (selbständiger Gerichtsstand, Pflicht zur Buchführung oder mindestens zur Teilbuchführung etc.) eine nicht unbeachtliche Bedeutung haben.

Praktisch aber hat der generelle Begriff der Betriebsstätte im täglichen Gebrauch so große Bedeutung erlangt, daß die Frage den Unternehmer meistens kaum interessiert, ob die höhere Stufe der Zweigniederlassung etwa erreicht sei, sondern vielmehr diejenige, ob die niedrigere Stufe der Betriebsstätte überschritten sei. Gerade dann, wenn er eine Außenvertretung einzurichten oder ausländische Montagearbeiten vorzunehmen hat, kommen solche Überlegungen in ihrer ganzen Strenge zum Vorschein. Für ihn ist nicht wichtig, ob die geplante Verkaufs- oder Werkstelle den Status einer Zweigniederlassung erreicht oder ob seine außerkantonale Werkstätte allenfalls dort für ihn einen Betriebort oder einen Gerichtsstand begründet, entscheidend dagegen die Frage, ob und wieviele Steuern deswegen an den anderen Kanton bzw. an den anderen Staat abgezweigt werden müssen. Wenn überhaupt über die Organisation des Außenpostens entschieden werden muß, kommen hier die Kriterien des Handelsrechts betreffend die Zweigniederlassung kaum jemals wirklich zum Tragen.

Es macht somit den Anschein, daß auch hier wiederum eine Form vom Steuerrecht geschaffen worden ist, welche im Geschäftsleben zu einem solchen Grad der allgemeinen Verkehrsgeltung gelangt ist, daß sie neben dem nun etwas in den Hintergrund geratenen Zweigniederlassungsbegriff existieren kann⁷⁶.

⁷⁶ Umgekehrt gibt es Fälle speziell bei Bauunternehmungen, bei denen die Zuteilung von Arbeiten von der Möglichkeit einer Besteuerung am Ort der Durchführung des Bauvorhabens abhängig gemacht wird. Da sieht man solche Unternehmungen künstlich Zweigniederlassungen eintragen, um im Rennen der Submissionen nicht von Anfang an ausgeschaltet zu sein. Hier könnte gesagt werden, daß gerade umgekehrt das Steuerrecht dazu führt, daß das Instrument der Zweigniederlassung künstlich zur Anwendung kommt, um gerade eine

38. *Anlagefonds*

Um die 30iger Jahre erschienen in der Schweiz die ersten Anlagefonds. Nach recht bescheidenen Anfängen setzte nach dem zweiten Weltkrieg und insbesondere in der Periode zwischen 1958 und 1964 eine ungeahnte Entwicklungsperiode ein, welche aufhorchen ließ. Verzeichnete man 1949 bloß 8 Anlagefonds mit rund 3 Mio Vermögen, so waren es 1958 bereits 46 mit Fr. 2,3 Mia und 1964 233 mit über Fr. 7 Mia.

Analysiert man das Phänomen etwas näher, so fällt auf, daß insbesondere zwei Formen die erwähnte rasante Entwicklung durchmachten, und zwar zunächst die Immobilienfonds – eine typisch schweizerische Erscheinungsart –, die 1964 allein in 165 Organismen ein Vermögen von annähernd Fr. 3,6 Mia vereinigten, und die Wertschriftenfonds für ausländische Wertschriften, die ja zur großen Mehrheit wiederum von ausländischem Kapital gezeichnet wurden⁷⁷. Rückblickend bleibt zweifellos am spektakulärsten das Wachstum der Immobilienfonds in der erwähnten Periode. Dieses kann maßgeblich auf zwei Ursachen zurückgeführt werden: In jener Periode waren die Erträge aus Liegenschaftsanlagen durchschnittlich höher als diejenigen aus Wertschriftenanlagen. Ferner blieben bis anfangs 1967, bzw. bis 1. Januar 1970 die Erträge aus Immobilienanlagefonds an der Quelle so gut wie unbesteuert. Damit boten diese die zu jener Zeit bestmögliche Anlage, welche die maßgebenden Vorteile der Anonymität (Inhabertitel), der praktischen Steuerfreiheit und der relativ höheren Rendite auf sich vereinigte.

In der Tat wurden die Immobilienanlagefonds-Zertifikate vor 1967 (bzw. 1970) kaum besteuert. Die Emissionsabgabe, die Couponabgabe und die Verrechnungssteuer wurden bloß auf derjenigen Quote des Anlagevermögens erhoben, die aus Grundpfandforderungen bestand bzw. aus dem Ertrag daraus, und der Umsatzstempel konnte bloß auf demjenigen Anteil am Gesamtvermögen erhoben werden, der das Aktienkapital der Immobiliengesellschaften, welche die Anlageliegenschaften hielten, ausmachte. Selbstverständlich blieben auch Ausschüttungen aus realisierten Kapitalgewinnen steuerimmun.

In einer Zeit, da der Anleger mehr und mehr bei Investitionen

Voraussetzung zur Steuerpflicht zu erfüllen, die wiederum Voraussetzung zur Zuteilung des Auftrages ist.

⁷⁷ Siehe «Die Volkswirtschaft» 1968, S. 267, und 1976, S. 259f., herausgegeben vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement.

in Gesellschaftsanteilen oder Obligationen recht hohe Quellensteuern im In- und Ausland auf den Erträgen in Kauf nehmen mußte, war natürlich die Ausnützung dieser herrlichen Schutzinsel ein willkommener Balsam, den die Banken und andere Finanzgesellschaften in der Schweiz mit Großzügigkeit ihren Klienten als Wunderkur verschrieben.

Auch bei den Wertschriftenfonds war die Lage trotz verhältnismäßig bescheidener Renditen nicht ungünstig, obwohl zwar die Emissionsabgabe auf der Vermögensquote an ausländischen Wertpapieren zum Tragen kam, wie auch die Couponsteuer. Jedoch wurde auf die Erhebung der Verrechnungssteuer verzichtet, wenn auf Grund eines Affidavits die Ausländerqualität des Inhabers nachgewiesen war. Damit konnte unter Beanspruchung einer breiten Risikoverteilung wiederum ein anonymer, so gut wie steuerneutraler, leichtübertragbarer und verwertbarer Titel in Verkehr gebracht werden.

Obschon es naturgemäß schwer fallen muß, den Anteil zu quantifizieren, welcher bei dieser in verhältnismäßig kurzer Zeit eingetretenen Expansion der Kollektivanlage allein dem Steuerrecht zuzuschreiben ist, ist man sich darüber im klaren, daß es insbesondere mit Bezug auf die Immobilienfonds ohne Zweifel ein ganz wesentlicher war⁷⁸.

Es hat somit den Anschein, wir hätten es hier mit einer Form zu tun, welche es zu einem bedeutenden, wenn nicht maßgeblichen Teil aus steuerlichen Gründen zu einer solchen Popularität gebracht hat, daß sie zum Problem geworden ist: Und zwar zu einem Problem, welches seinerseits nach einer handelsrechtli-

⁷⁸ In der Botschaft zur Einführung des Verrechnungssteuergesetzes kann gelesen werden, daß die Steuervorteile, welche die Inhaber von Immobilienanlagefonds-Zertifikaten mit Bezug auf die Verrechnungssteuer genießen, zweifelsohne eine nicht zu übersehende Rolle in der außerordentlichen Entwicklung der Anlagefonds, insbesondere der Immobilienanlagefonds, gespielt haben. In gleicher Weise äußert sich Prof. PROBST in seinem Gutachten an das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement über Fragen der Investment Trust-Gesetzgebung wie auch ROBERT PFUND in seinem Bericht vom 29. Februar 1960 zu Händen der vom Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartement eingesetzten Expertenkommission zur Behandlung von Fragen der Gesetzgebung über Anlagefonds in steuerlicher Hinsicht (Randziffer 28). Siehe diesbezüglich ebenfalls R. PFUND, Die Behandlung der Investment Trust im schweizerischen Recht, in: Archiv 28, 1959/60, S. 481, insbes. S. 493, welcher sich dort fragt, «ob diese Gebilde (die Immobilien-Trust) ihren ungeahnten Aufschwung nicht zumindest teilweise der Lücke im Steuerrecht verdanken». Ferner: KURT AMONN, Steuerprobleme der schweizerischen Investment-Trust juristisch betrachtet, in: Archiv 29, 1969/61, S. 161.

chen bzw. öffentlich-rechtlichen Regelung rief. Der Aufschwung und die wirtschaftliche Bedeutung, welche das Kollektivsparen erlangte, veranlaßte die gesetzliche Überprüfung des bisher bloß auf privatrechtlicher Vereinbarung beruhenden Rechtsverhältnisses. Sowohl zum Schutze des Sparerers wie zum Schutze öffentlicher Interessen im Sinne von gewerbepolizeilichen Vorschriften griff die Legislative ein.

Was bisher auf Grund eines Innominatsvertrages geregelt wurde, ist nun zu einem Institut des Handelsrechts in der Form des gesetzlich geregelten Kollektivanlagevertrages geworden⁷⁹.

Es läßt sich also kaum bestreiten, daß das damalige Steuerrecht letzten Endes an der Einführung dieses neuen Handelsrechtsinstituts nicht unwesentlich beteiligt gewesen sein muß.

Richtig ist zwar, daß auch nach der vollen Erfassung der Anlagefondsanteile durch die Emissions- und Umsatzabgabe sowie durch die Verrechnungssteuer das Kollektivsparen sich weiterentwickelt hat. Die wesentlichen Vorteile sind denn auch bei den Anlagefonds mit mehrheitlich ausländischen Werten und ausländischen Inhabern geblieben⁸⁰. Tatsache ist aber, daß sich ab 1964 die Immobilienanlagefonds nur noch recht zögernd entwickelt haben, wenn man sie ins Verhältnis zu den Wertschriftenanlagefonds setzt. Wohl hat hier maßgeblich die Entwicklung auf dem Kapitalmarkt beigetragen, verzeichnen doch die Wertschriftenanlagefonds seit 1971 durchschnittlich höhere Renditen als die Immobilienanlagefonds. Der Umstand aber, daß die Erträge der letzteren nun an der Quelle belastet werden, hat möglicherweise zu dieser Disparität und dieser verlangsamten Entwicklung auch noch beigetragen.

D. Beispiele zur Frage, ob allenfalls das Steuerrecht bei der Weiterbildung gewisser Institute des Handelsrechts eine spürbare Rolle spielen könnte

39. Das Treuhandverhältnis und die fiduziarische Anlage

1954 stand im Mittelpunkt der Beratungen des Schweizerischen Juristenvereins die Frage, ob in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts des angelsächsischen Trusts be-

⁷⁹ Art. 8 des Gesetzes über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966, SR 951.31.

⁸⁰ Keine Erhebung der Verrechnungssteuer, Art. 27 VStG und 34 ff. VStVo.

steht. Die ausgezeichneten Referate der damaligen Berichterstatter erlaubten insbesondere, das Wesen unserer «fiducia» näher zu untersuchen⁸¹. So stellte GUBLER in einem rechtshistorischen Überblick die Verbergungs-, Umgehungs- und Sicherungsfunktion als die seit jeher bestehenden Hauptfunktionen der «fiducia» dar. Heute wäre man zwar geneigt, die zwei ersten unter der Bezeichnung der Schutzfunktion zusammenzufassen. Hervorgehoben wurde, daß der «fiducia» die Übertragung eines Rechts auf den Treuhänder, welcher hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich im Interesse des Treugebers handelt, eigen ist. In einer moderneren Ausdrucksweise würde man heute sagen, sie sei ein Auftrag zur indirekten Stellvertretung, verbunden mit einer nach außen gültig vollzogenen Rechtsübertragung, wobei jedoch die Befugnis des Treuhänders mit Bezug auf das übertragene Rechtsgut ihre Grenze im zugrunde liegenden Auftrag findet.

In der Umfrage, welche damals in den Wirtschaftskreisen durchgeführt wurde, zeigte sich, daß als Hauptanwendungsfall die Sicherungsübereignung in Frage kam, aber auch die Tarnung insbesondere gegenüber ausländischem Zugriff, und hier wurde in erster Linie an die nationalsozialistischen Konfiskationsmaßnahmen im Zuge rassenpolitischer Verfolgungen gedacht.

Nicht geahnt wurde dagegen, daß das Institut zu einem modernen, äußerst intensiv gebrauchten Anlagevehikel gemacht werden sollte. In der Tat stellen heute die bankmäßigen Treuhandanlagen bei weitem den häufigsten und auch volumenmäßig den wirtschaftlich wichtigsten Anwendungsfall des Treuhandverhältnisses dar. Unter Einrechnung der Treuhandkredite, die aber eine sehr untergeordnete Rolle spielen, machten die gesamten Treuhandanlagen der Schweizer Banken Ende 1976 mehr als 57 Mia Schweizer Franken oder 16,5% der Bilanzsummen aller Banken aus⁸². 79,8% davon bestanden aus Treuhandguthaben gegenüber dem Auslande, umgekehrt aber stellten 86,7% Treuhandverpflichtungen gegenüber dem Auslande dar.

Wie kam es aber zu einer solchen rasanten Entwicklung? Die Gründe sind sowohl wirtschaftlicher wie steuerlicher Natur. Mit der Entwicklung des Eurogeldmarktes anfangs der sechziger Jahre ergaben sich zinsgünstige Anlagemöglichkeiten, die jedoch

⁸¹ CLAUDE REYMOND, *Le trust et le droit suisse*, ZSR NF 73, 1954, S.119aff.; FRIEDRICH T. GUBLER, *Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (Trust)?*, ZSR NF 73, 1954, S.215aff.

⁸² Diese Treuhandanlagen sind übrigens in den Bankbilanzen gar nicht enthalten.

bloß den wichtigsten Banken und einigen bedeutenden multinationalen Unternehmungen offenstanden. Je nach Finanzplatz mußte man nämlich mit Anlageeinheiten von 100 000 bis 200 000 Franken rechnen, womit der private Anleger meistens ausschied. Dadurch aber, daß die Banken treuhänderisch für ihre Kunden auftraten, das heißt im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung und Risiko der Anleger handelten, wurde auch für die Bankkundschaft der Anschluß an diesen Markt hergestellt. Seitdem ist die Treuhandanlage eine «für das schweizerische Bankwesen typische Geschäftsform (geworden), die sich heute nicht mehr aus der Palette der Dienstleistungen wegdenken läßt»⁸³.

Es war jedoch dem Steuerrecht vorbehalten, für die Wahl des treuhänderischen Verhältnisses die maßgebende Rolle zu spielen. Denkbar wäre nämlich ohne weiteres gewesen, daß die Banken ihre Kunden an eigenen Eurogeldanlagen beteiligen würden oder sonst unmittelbar bei ihnen liegende, auf ausländische Währung lautende Konten verzinsen oder auch noch im Sinne etwa eines back-to-back-Verhältnisses Gelder im Auslande plazieren würden unter entsprechender Verzinsung der deponierten (und blockierten) Gegenposten. Allein alle diese Möglichkeiten mußten wegen ihren steuerlichen Nachteilen ausscheiden. Die Gesetzgebung über die Verrechnungssteuer unterstellt nämlich die Zinsen von Kundenguthaben bei Banken der vollen Belastung von 35%. Handelt aber die Bank bloß als Treuhänderin, das heißt: erfolgt eine Anlage ausschließlich für Rechnung und auf das Risiko des Kunden, jedoch im Namen der Bank, so sind die dem Kunden vergüteten Zinsen nicht mehr Zinsen auf Kundenguthaben im technischen Sinne. Sie unterliegen somit nicht mehr der schweizerischen Quellenbesteuerung⁸⁴. Damit erst war die Voraussetzung für die enorme Entwicklung dieser neuen Anlageform gegeben: günstige Rendite durch Zugang zum Eurogeldmarkt, Anonymität durch das Auftreten einer Schweizer Bank und Befreiung von jeder Quellenbesteuerung.

Es dürfte somit wohl erwiesen sein, daß das Steuerrecht hauptsächlich zu dieser Weiterentwicklung des Treuhandverhältnisses zum voll typisierten Anlageinstrument geführt hat.

⁸³ «Der Monat in Wirtschaft und Finanz», hrsg. vom Schweizerischen Bankverein, September 1977, S. 5.

⁸⁴ Geprüft wird allerdings zur Zeit, ob in Zukunft Zinsen auf Treuhandanlagen der Banken nicht auch der Verrechnungssteuer zu unterstellen sind. Nicht der Bundeskasse wäre damit geholfen, sondern voraussichtlich der schweizerischen Wirtschaft geschadet.

Die kürzliche Chiasso-Affaire hat die Aufmerksamkeit einer breiten Öffentlichkeit auf die Treuhandanlagen der Banken geleitet. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die glaubten unterstellen zu müssen, fiduziarische Geschäfte seien häufig auch unsaubere Geschäfte. Dabei ist aber zu bedenken, daß die Treuhandanlagen ja in erster Linie die durchaus legale handelsrechtliche Antwort auf eine für viele Ausländer sonst platzgreifende inadäquate, wenn nicht ungerechtfertigte Quellenbesteuerung von Bankzinsen waren. Gerade diejenigen, die sich am lautesten vernehmen ließen, gehören aber zu jenen Kreisen, welche seinerzeit die wirkliche Ursache des Phänomens setzten und sie heute natürlich auch aufrechterhalten wollen: eine undifferenzierte und möglichst hohe Quellenbesteuerung aller Erträge aus Finanzoperationen.

40. Doppel- bzw. Parallelgesellschaften

Diese interessante Erscheinung auf dem Gebiet der Kapitalgesellschaften wird dadurch gekennzeichnet, daß durch Koppelung der Aktien zweier Gesellschaften den Aktionären gleichzeitig und nach dem gleichen Maße Anteilsrechte an zwei sonst unabhängig voneinander bestehenden Körperschaften gegeben werden. Mit dem Besitz bzw. mit dem Anteil an der einen ist somit notwendigerweise der Besitz bzw. der Anteil an der anderen Gesellschaft verbunden. Die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte werden dabei entweder in ein und demselben Titel verbrieft, womit eine Verfügung immer nur über die so zusammengebündelten Anteile stattfinden kann, oder die Verknüpfung wird in der Weise hergestellt, daß sich durch die Eintragung im Aktionärsregister der ersten Gesellschaft die Zugehörigkeit zur zweiten Gesellschaft kraft statutarischer Bestimmung ergibt⁸⁵. Dank der relativ großen Biegsamkeit unseres Privatrechts sind solche Konstruktionen durchaus möglich und übrigens notorisch, man denke bloß an die Nestlé-Unilac- oder die Hoffmann-Sapac-Kombinationen. Parallelgesellschaften aber kommen auch bei bescheideneren Verhältnissen vor.

Welches können wohl die Gründe für solche Strukturen sein? Sie sind wiederum mannigfach. Wohl spielt öfters der Gedanke einer gewissen geographischen Dezentralisation der Konzernspitze im Sinne des Aufbaus einer Auffangsstellung zum besseren Schutz bei kriegesischen Ereignissen mit eine Rolle. Der Ansatz

⁸⁵ Wobei natürlich keine Aktientitel ausgegeben werden.

muß dann noch ergänzt werden durch verschiedene andere Vorkehren und ist allenfalls mit vorsorglichen Sitzverlegungsbeschlüssen zu koordinieren.

Meistens aber sind es steuerliche oder devisenrechtliche Gründe, welche für die Wahl solcher Kombinationen maßgeblich sind. In einem multinationalen Konzern, sei es, daß in ihm nur eine Obergesellschaft alle Beteiligungen und Immaterialgüter verwaltet, sei es, daß neben der Obergesellschaft auch mehrere dieser nachgeschalteten Gesellschaften Holdingfunktionen ausüben und die nach geographischen Räumen aufgegliederten immateriellen Rechtsgüter verwerten, kann die Steuerrechnung bedeutend geringer ausfallen, wenn sich die Gesamtheit der Einkünfte nicht in eine einzige schweizerische Konzernspitze ergießt, sondern auf zwei parallel gekoppelte Spitzengesellschaften aufteilt. Einer Holdinggesellschaft in der Schweiz mit ihrer zwar weitgehenden Steuerbefreiung für die erhaltenen Erträge fehlt nämlich die Möglichkeit der Anrechnung oder sonstigen Kompensierung der bedeutenden ausländischen Vorbelastungen, wozu auch die verbleibenden ausländischen Quellensteuern zu zählen sind. Zudem muß sie ganz sicher bei der Ausschüttung die volle schweizerische Verrechnungssteuer von 35 % auf allen so vorbelasteten Einkünften (insofern als sie bei ihr den Gewinn gemehrt haben) abliefern⁸⁶. Bei solchen Verhältnissen und insbesondere dann, wenn die ausländischen Erträge ohnehin nicht die Wohltat internationaler Doppelbesteuerungsvereinbarungen genießen (denken wir an das ganze mittel- und südamerikanische Gebiet), kann es sich als vorteilhaft erweisen, diese Einkünfte von einer Gesellschaft vereinnahmen zu lassen, die entweder in einem Steueroasenland (Panama etwa) errichtet ist oder dann in einem Lande, welches unilateral weitgehende Steueranrechnungen für ausländische Steuern gewährt, vorausgesetzt natürlich, daß diese Einkünfte wiederum direkt an die (endgültigen) Aktionäre ausgerichtet werden können, ohne eine weitere (Quellen-)Steuerschleuse passieren zu müssen. Sogar eine USA-Holding kann unter Umständen günstiger als eine Schweizer Holding sein, insbesondere dann, wenn dort keine wesentlichen Einkünfte aus USA-Quellen vereinnahmt werden. In einem internationalen Vergleich hat übrigens CHARLES CONSTANTIN nachgewiesen, daß rein steuerlich in vielen Fällen Holdingverhältnisse

⁸⁶ Es besteht bei uns insbesondere keine Möglichkeit der Anrechnung ausländischer Quellensteuern an die eigene Ausschüttungssteuer, wie dies etwa in Frankreich möglich ist.

in kontinentalen Hochsteuerländern (Frankreich z.B.) bessere Ergebnisse zeitigen, als wenn der Weg über die Schweiz führt⁸⁷.

Bei der Errichtung solcher Doppel- oder Parallelgesellschaften spielen also die steuerlichen Überlegungen eine wesentliche Rolle. Daß solche Konstruktionen zum Handwerk des Handelsrechtlers gehören, unterliegt keinem Zweifel; ob sie aber bereits Bestandteil des Handelsrechts im engeren Sinne geworden sind, bleibt offen. Jedoch darf festgestellt werden, daß die Impulse zu einer Weiterentwicklung in dieser Richtung in nicht unbeachtlichem Maße vom Steuerrecht her stammen.

41. Steuerrecht und Konzernrecht

Verschiedentlich kam in den bisherigen Ausführungen zum Ausdruck, daß das Steuerrecht, gerade wo die Autonomie der juristischen Person in Frage steht, einen auflösenden bzw. ätzenden Einfluß hat. Deutlich ist die Neigung, unter Heranziehung des wirtschaftlichen Gesichtspunktes vor der Barriere der juristischen Selbständigkeit nicht mehr Halt zu machen, die Trennwand zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu ignorieren und die Folgen gewisser Geschäfte steuerlich anderen Personen zuzuweisen als ihren zivilrechtlichen Trägern, nämlich den beherrschenden Aktionären. Bei einer solchen Tendenz zum Abbau der ansonst isolierenden Membrane der Rechtspersönlichkeit ist die Frage berechtigt, ob darin etwa Ansätze gefunden werden könnten zur Förderung eines Konzernrechts. Jedes Konzernrecht nämlich hebt gewissermaßen bei der Ermittlung der Ergebnisse und der Aufstellung der Vermögenslage die Selbständigkeit der Konzernmitglieder auf. Umgekehrt wäre die Frage berechtigt, ob nicht zuerst die zivilrechtliche Grundlage zu einem Konzernrecht geschaffen werden müßte, damit überhaupt auf steuerlichem Boden Konsolidierungen zu gestatten seien.

Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß von der steuerlichen Seite aus Ansporne zugunsten einer konsolidierten Rechnungsablegung vorzufinden wären: die hauptsächlichen Antriebsfedern wären wohl die damit wahrscheinlich ermöglichte Kompensation von Verlusten bei einem Konzernmitglied mit Gewinnen bei einem anderen, die Aufhebung der wirtschaftli-

⁸⁷ CHARLES CONSTANTIN, *Les entreprises internationales – Problèmes de double imposition*, RDAF 1973, S.153; siehe auch DERSELBE, *Steuerprobleme der internationalen Unternehmungen*, *Steuerrevue* 1974, S.230.

chen Doppelbesteuerung innerhalb des Konzerns und damit die bedeutende Erleichterung von Umstrukturierungen.

Ein Blick auf die Verhältnisse im Auslande zeigt zunächst, daß keine Parallelität zwischen ziviler und steuerlicher Ebene zu herrschen braucht und daß jedenfalls die Schaffung von handelsrechtlich geregelten Konzernverhältnissen durchaus nicht Voraussetzung für die Einführung von steuerlich beachtlichen Konsolidierungen ist.

Übrigens fällt auf, daß, ungeachtet der zivilrechtlichen Verpflichtung zur Führung konsolidierter Rechnungen bzw. ungeachtet deren zivilrechtlicher Anerkennung, die Auswirkungen der steuerlichen Konzernierung meistens an den Grenzen der nationalen Steuerhoheit ihre Schranken finden. Bloß in wenigen Fällen gibt es eine steuerliche Konsolidierung über die Grenze, zum Beispiel in den USA, jedoch beschränkt auf Tochtergesellschaften in angrenzenden Staaten, oder faktisch in Dänemark, sofern die Abschlüsse der verbundenen Gesellschaften zeitgleich sind, oder in Frankreich dank einer obrigkeitlichen Konzession bei der Wahl einer Besteuerung auf der Grundlage des sogenannten «*bénéfice mondial*».

Und gerade aus diesen Gründen müßten ja in der Schweiz der Anerkennung einer steuerlichen Konzernrechnung auch schon national bedeutende Hindernisse im Weg stehen, eben wegen der Aufteilung der Steuersouveränität auf die Kantone und sogar die Gemeinden. Eine bedeutende Vereinfachung wäre durch eine Konsolidierung wahrscheinlich nicht erzielt, indem wiederum zu Gunsten aller interessierten Kantone eine Aufteilung der Steuer-substrate vorzunehmen wäre. Man kann sich vorstellen, daß diese etwa nach dem gleichen Muster erfolgen könnte wie bei einer interkantonalen Unternehmung, das heißt, wie wenn die einzelnen Mitglieder des Konzerns zur Bestimmung des Aufteilungsschlüssels als Betriebsstätte betrachtet würden.

Auch bei der erhofften bedeutenden Erleichterung von Umstrukturierungen (natürlich innerhalb der Grenzen der Schweiz) blieben für diese immerhin nach wie vor die größten Hindernisse bestehen, und zwar die kantonalen Handänderungsabgaben sowie voraussichtlich die eidgenössischen Stempelabgaben.

Man könnte sich sogar vorstellen, daß bei Einführung eines Konzernrechts auf privatrechtlicher Ebene die Diskrepanz zwischen Steuer- und Handelsrecht hie und da noch größer würde, indem sehr wohl denkbar wäre, daß den (zivilrechtlich bedingten) Konzernrechnungen steuerlich keine Anerkennung oder bloß eine teilweise Anerkennung zukäme.

Es dürfte somit zwar aus dem Kreise der interessierten Steuerpflichtigen eher eine befürwortende Stellungnahme gegenüber steuerlich wirksamen Konzernrechnungen erwartet werden. Allein, man muß sich von vorneherein darüber im klaren sein, daß die erhofften fiskalischen Vereinfachungen oder Entlastungen vermutlich nur in einem ganz beschränkten Rahmen realisierbar wären, es sei denn, die Grundlagen unseres Steuerrechts würden vollständig umgebaut. Mit größter Wahrscheinlichkeit dürften ferner die Auswirkungen auf das nationale Steuerhoheitsgebiet beschränkt bleiben. Anders etwa als in Deutschland, wo angeblich die Heranbildung des Konzernrechts vom Steuerrecht beeinflußt worden ist⁸⁸, erweist es sich somit hierzulande eher als verwegen, von den eingangs erwähnten Tendenzen unseres Steuerrechts bereits eine aktive Förderung eines in Bildung begriffenen schweizerischen Konzernrechts zu erwarten.

⁸⁸ Siehe Anm. 5 hievor.

IV. Schlußbetrachtungen

42. Am Ende dieser Ausführungen dürften einige kurze Bemerkungen am Platze sein:

– Daß das Steuerrecht einen Einfluß auf das Handelsrecht hat, müßte der aufmerksame Jurist ahnen, hätte er es nicht bereits auf die mannigfaltigste Weise bei der Ausübung seines Berufes festgestellt oder beim stillen Nachdenken gemerkt. Jedermann wird wohl die Unhaltbarkeit einer Behauptung erkennen, wonach ein solcher Einfluß überhaupt auszuschließen sei. Andererseits wird niemand behaupten wollen, das Handelsrecht sei bereits vollständig vom Steuerrecht aufgerollt worden. Die Wahrheit liegt wohl irgendwo zwischen diesen Extremen.

– Das Hauptproblem besteht offensichtlich in der großen Schwierigkeit, einen solchen Einfluß des Steuerrechts zu isolieren und zu quantifizieren. Wo beginnt er? Woran wird er erkannt? Welches ist sein Anteil an eingetretenen Wandlungen? Die Schwierigkeit wird dadurch noch vergrößert, daß je nach dem Standpunkt des Betrachters (Zivilrechtler, Staatsrechtler, Steuerrechtler usw.) die Würdigung verständlicherweise verschieden ausfallen muß. Insofern als im Bericht Beurteilungen enthalten oder angedeutet sind, haftet ihnen deshalb gezwungenermaßen ein Element der Subjektivität an, womit eine Ermahnung an den Leser verbunden sei, der Lektüre umso kritischer zu obliegen.

– Auf die Gefahr hin, der wissenschaftlichen Aufforderung zur eingehenden Untersuchung der theoretischen Abgrenzungen vielleicht etwas zu leichtfertig ausgewichen zu sein, machte sich der Bericht zur Hauptaufgabe, aufzuzeigen, wo Ansatzpunkte für eine Beeinflussung des Handelsrechtes durch das Steuerrecht erblickt werden können. Deshalb wurde auch das Vorgehen gewählt, eine Vielzahl von Beispielen anzuführen, an Hand deren die Problematik besser erkennbar gemacht werden kann. Mit dieser Festsetzung des Schwerpunktes in der Berichterstattung

entfiel gleichzeitig der Zwang, sämtliche Fälle von Beeinflussungen anzuführen. Das wäre wohl auch gar nicht möglich. Wichtig erschien dem Berichterstatte dagegen, die Bandbreite für die Betrachtungen weit genug zu wählen, um sowohl die direkteren, näheren, wie auch die mittelbaren und peripheren möglichen Aspekte der Beeinflussung anzudeuten.

– Als bemerkenswert muß immerhin erscheinen, wie stark und verschiedenartig die Beeinflussungen sein dürften. Nicht nur bei der Betrachtung der Inhalte handelsrechtlicher Begriffe, sondern schon bei der Absteckung des Entfaltungsfeldes des Handelsrechts überhaupt glaubten wir, sie erkennen zu können. Nicht nur bei Ansätzen zur Weiterentwicklung oder gar Neueinführung handelsrechtlicher Instrumente, sondern bei der faktischen Außerkurssetzung verfügbarer Institute und vielleicht am eindrucklichsten beim Abbau der Autonomie der juristischen Person sind wir ihnen begegnet.

– Müßte man zusammenfassend versuchen, diese Auswirkungen zu charakterisieren, so kämen am ehesten Worte wie Zermürbung, Aufweichung, Ätzung, Erosion, Denaturierung in Frage.

– Der Diskussion und allfälligen weiteren Arbeiten soll es überlassen bleiben, über die Isolierung und Quantifizierung des möglichen Einflusses des Steuerrechtes weitere Erkenntnisse zu liefern. Der vorliegende Bericht dürfte seinen Zweck dann erfüllt haben, wenn er dazu genügend Anregungen gegeben hat.

– Auch sei der Diskussion die Würdigung des Phänomens im Sinne einer rechtstheoretischen und insbesondere einer rechtspolitischen Wertung überlassen. Wichtig schien dem Berichterstatte vor allem, auf das Beeinflussungsphänomen aufmerksam zu machen und die Szene, auf welcher es sich abspielt, zu beleuchten, damit aus den entsprechenden Erkenntnissen ausgewogene Schlüsse für die Zukunft gezogen werden können.