

# Onshore versus Offshore

## Ort der tatsächlichen Verwaltung im internationalen Konzern- steuerrecht

Dr. iur. et lic. oec. HSG Marcel R. Jung, LL.M.  
Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte  
Partner, Reichlin Hess AG, Zug und Zürich



### 1. Einleitung<sup>1</sup>

Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 16. Mai 2013 (2C1086/2012, 2C1087/2012) in Sachen X. Ltd. ein Präjudiz zu *Offshore-Finanzierungsgesellschaften* gefällt.<sup>2</sup> Das Urteil zeigt die gegenwärtige Haltung des Bundesgerichts gegenüber der Aushöhung der Bemessungsgrundlage und der Gewinnverlagerungen durch schweizerische Konzerne mittels Offshore-Finanzierungsgesellschaften. Im Einzelnen zeigt das Urteil das methodische Vorgehen des Bundesgerichts bei der Auslegung und die vom Bundesgericht angerufenen Kriterien bei der Anwendung des Begriffs des *Ortes der tatsächlichen Verwaltung* im internationalen Konzernsteuerrecht.

### 2. Grundlagen

#### 2.1 Sachverhalt

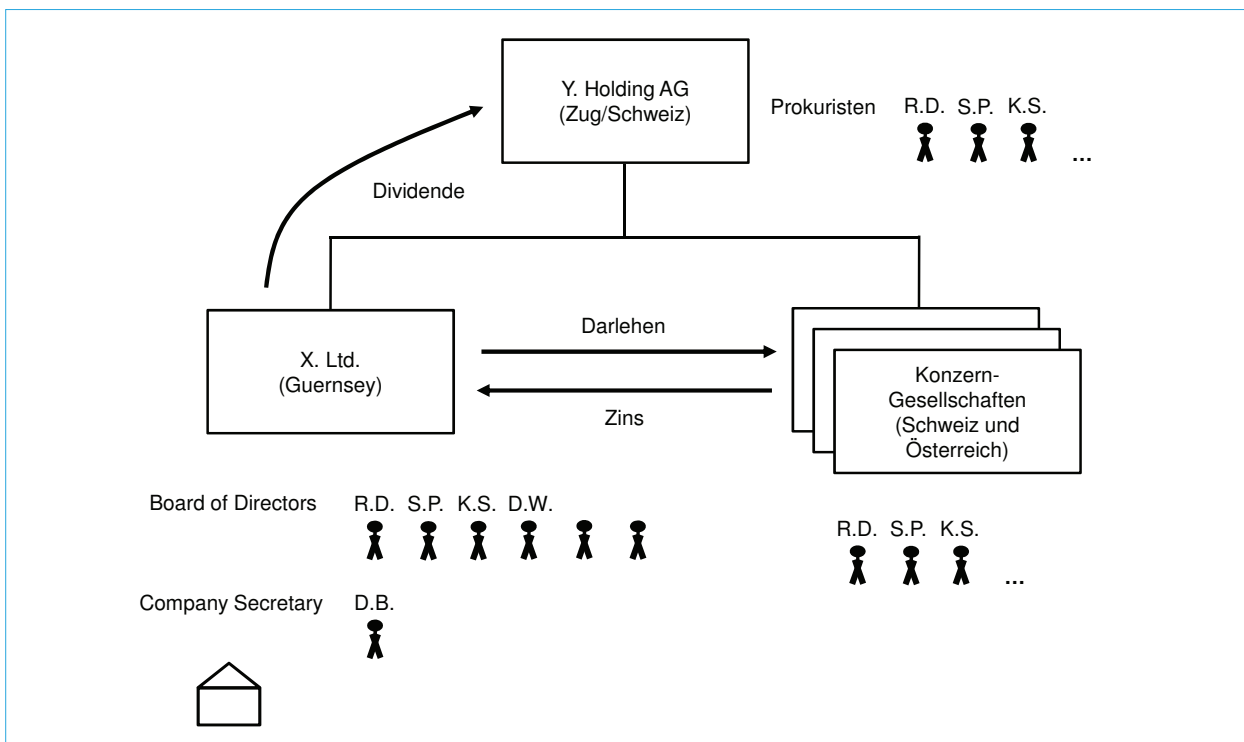
Das Urteil X. Ltd. erging im Jahr 2013 zugunsten des Fiskus. Es betraf eine Gesellschaft mit Sitz in Guernsey, die von der Y. Holding AG mit Sitz in Zug gehalten wurde. Der tatsächliche Zweck der X. Ltd. bestand in der Fremdfinanzierung von schweizerischen und österreichischen Konzerngesellschaften.

X. Ltd. wurde durch die Y. Holding AG mit Eigenkapital refinanziert. Die Zinszahlungen an X. Ltd. waren bei den schweizerischen Konzerngesellschaften steuerlich absetzbar. Der durch X. Ltd. erzielte Nettofinanzertrag wurde in Guernsey nicht besteuert. Dividendenzahlungen der Gesellschaft unter-



lagen bei der Y. Holding AG aufgrund des Beteiligungsabzugs und des Holdingprivilegs nicht der Besteuerung. Das Bundesgericht verneinte mit Wirkung seit der Gründung der X. Ltd. im Jahr 2002 den Ort der tatsächlichen

Verwaltung in Guernsey bzw. bejahte den Ort der tatsächlichen Verwaltung der X. Ltd. am Sitz der Y. Holding AG in Zug und somit eine unbeschränkte Steuerpflicht der X. Ltd. in der Schweiz.



## 2.2 Rechtsfrage

Der Streit vor Bundesgericht drehte sich hauptsächlich um die folgende Frage im Rahmen der Auslegung des Begriffs des Ortes der tatsächlichen Verwaltung in Art. 50 DBG bzw. § 51 StG ZG:

*Befand sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung der X. Ltd. am Sitz der Y. Holding AG in der Schweiz?*

## 2.3 Rechtsauffassungen und Weichenstellungen

Die folgenden Rechtsauffassungen (*ratio decidendi*) waren für die Weichenstellungen in der Urteilsbegründung und das Ergebnis des Urteils ausschlaggebend:

- Das Bundesgericht stellt für die Auslegung des Begriffs des Ortes der tatsächlichen Verwaltung in Art. 50 DBG auf die *Praxis zum Interkantonalen Steuerrecht* ab.<sup>3</sup> Das Bundesgericht geht jedoch – im Gegensatz zur Praxis des Interkantonalen Steuerrechts – implizit von einer echten *alternativen* Anknüpfung der persönlichen Zugehörigkeit in Art. 50 DBG aus.
- Gestützt auf eine Analyse der am Sitz in Guernsey ausgeübten *wirtschaftlichen Funktionen* verneint das Bundesgericht den Ort der tatsächlichen Verwaltung am Sitz der X. Ltd.<sup>4</sup> Es zieht daraus den Umkehrschluss, dass sich der Ort der

tatsächlichen Verwaltung am Sitz der Y. Holding AG in der Schweiz befand.

Die erste Rechtsauffassung bezieht sich auf die Auslegung des Wortes «oder» und die zweite des Begriffs «Ort der tatsächlichen Verwaltung» in Art. 50 DBG: Die persönliche Zugehörigkeit von juristischen Personen wird darin wie folgt angeknüpft: «*Juristische Personen sind aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung in der Schweiz befindet.*»

## 3. Kriterien zur Auslegung des Begriffs des Ortes der tatsächlichen Verwaltung

### 3.1 Praxis zum Interkantonalen Steuerrecht

Nach der Praxis zum Interkantonalen Steuerrecht liegt der Ort der tatsächlichen Verwaltung dort, wo eine Gesellschaft ihren wirtschaftlichen und tatsächlichen Mittelpunkt hat bzw. wo die normalerweise am Sitz sich abspielende *Geschäftsführung* besorgt wird. Die Tätigkeit der obersten Gesellschaftsorgane fällt nicht darunter, soweit sie sich auf die Ausübung der Kontrolle über die eigentliche Geschäftsleitung und gewisse Grundsatzentscheide beschränkt. *Insoweit* sind auch der Ort der Generalver-

sammlungen, der Wohnsitz der Aktionäre und der Ort der Verwaltungsratssitzungen nicht entscheidend.

Das Bundesgericht verweist auf den Abschnitt bei *Athanas/Giglio* (BSK-DBG, 2008, Art. 50 N. 12 ff.), in dem die beiden Kommentatoren feststellen, dass das Bundesgericht die Praxis zum Interkantonalen Steuerrecht im Urteil vom 4. Dezember 2003 (2A.321/2003) erstmals auch auf den Ort der tatsächlichen Verwaltung in Art. 50 DBG im internationalen Verhältnis angewendet habe. *Athanas/Giglio* führen aus, dass nach dieser Praxis die zur *Geschäftsführung berechtigten Mitglieder des Verwaltungsrates* (Verwaltungsratsdelegierte) und *weitere Mitglieder der Geschäftsleitung* Träger der tatsächlichen Verwaltung seien.

### 3.2 Wirtschaftliche Funktionsanalyse

Entgegen dem Verweis auf den Abschnitt bei *Athanas/Giglio* besteht das methodische Vorgehen des Bundesgerichts nicht in einer gesellschaftsrechtlichen Analyse der konkreten Ausgestaltung der Organisation der Geschäftsführungsfunktion der X. Ltd., sondern in einer wirtschaftlichen Funktionsanalyse, welche die Darlehensanzahl, den Gesellschaftszweck, das Konzerninteresse, die personelle und finanzielle Abhängigkeit von der

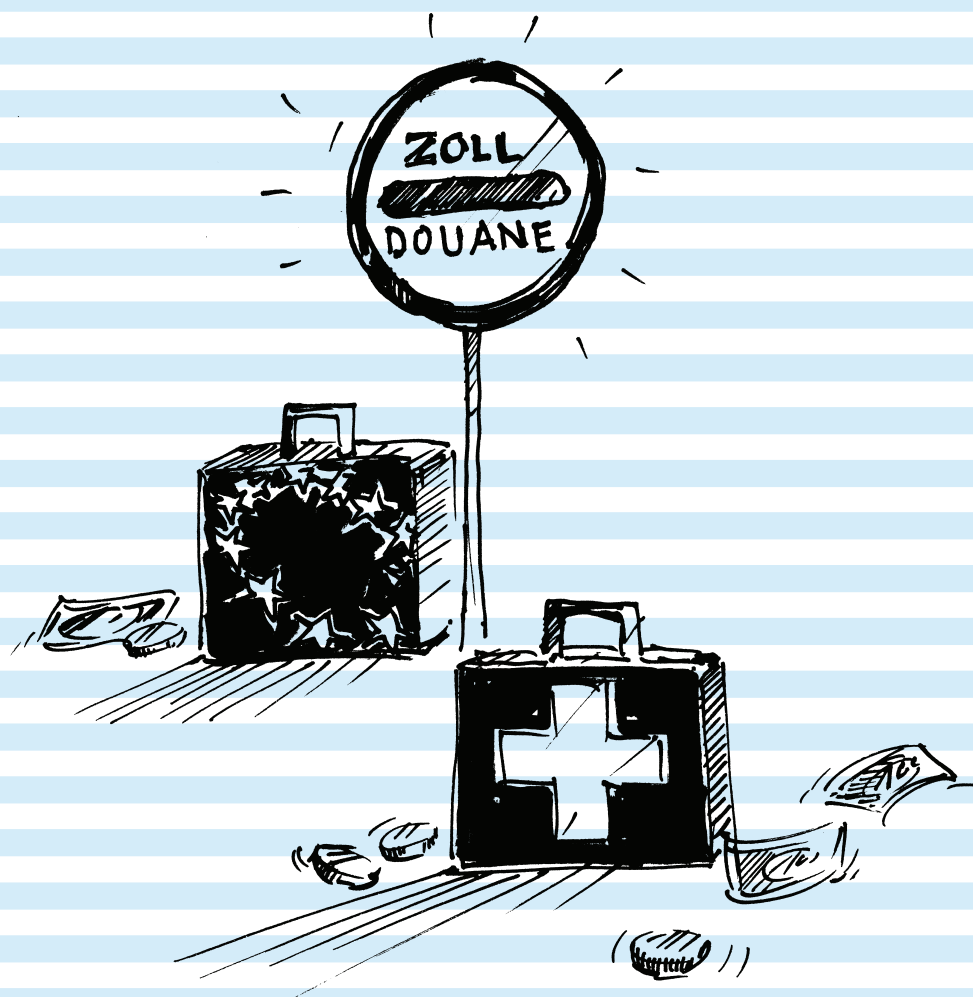
Konzernleitung und die personelle und infrastrukturelle Substanz berücksichtigt.<sup>5</sup>

Das Bundesgericht bejaht den Ort der tatsächlichen Verwaltung am Sitz der Y. Holding AG in der Schweiz, und dies ist das hervorstechende Merkmal dieses Urteils, mit Hilfe einer *Analyse der am Sitz in Guernsey ausgeübten wirtschaftlichen Funktionen*. Die Analyse der am Sitz der X. Ltd. ausgeübten Funktionen entspricht weitgehend der Funktionsanalyse der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien (2010).<sup>6</sup> Die Funktionsanalyse ist keine Methode zur Auslegung des Orts der tatsächlichen Geschäftsleitung in Art. 4 Abs. 3 OECD-MA (1995), sondern eine Methode für die internationale Gewinnberichtigung bei Geschäftsvorfällen zwischen verbundenen Unternehmen.

## 4. Eigene Stellungnahme: Leitungsfunktionen von Konzerngesellschaften

### 4.1 Abgrenzung von oben nach unten

Die Geschäftsführung steht grundsätzlich allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu.<sup>7</sup> Der Verwaltungsrat kann die Geschäftsführung ganz oder teilweise an einzelne Mitglieder (*Delegierte*) oder an Dritte (*Direktoren*) oder ein eigenstän-



diges Organ (*Geschäftsleitung*) übertragen.<sup>8</sup> Es verbleiben dem Verwaltungsrat jedoch die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben.<sup>9</sup> Dazu gehört in erster Linie die Oberleitung der Gesellschaft. Das schweizerische Aktienrecht ermöglicht dementsprechend weitgehend die *vertikale* Trennung der Leitungsfunktionen, indem der Verwaltungsrat die eigentliche Führung der Geschäfte *nach unten* an Direktoren oder eine Geschäftsleitung delegiert.

Es ist eine *gesellschaftsrechtliche* Aufgabe herauszufinden, welche Personen die Funktion der tatsächlichen Verwaltung im Sinne von Art. 50 DBG – d.h. die *Geschäftsführungsfunktionen* – ausüben, wobei im Einzelfall die konkrete Ausgestaltung der Organisation der Leitungsorgane untersucht werden muss. Das methodisch korrekte Vorgehen bei der Auslegung des Begriffs des Ortes der tatsächlichen Verwaltung besteht somit nicht in der Abgrenzung der Geschäftsfüh-

nung *nach oben* und *nach unten*, sondern *von oben nach unten*.

Die Anwendung von Art. 50 DBG auf Gesellschaften mit Sitz im Ausland setzt voraus, dass im Einzelfall die konkrete Ausgestaltung der Organisation der Leitungsorgane der ausländischen Gesellschaft nach dem anwendbaren ausländischen Gesellschaftsrecht geprüft wird. Dazu sind auch die Statuten, das Organisationsreglement und die Eintragungen im ausländischen Handelsregister in Bezug auf die zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigten Personen zu prüfen.

Insbesondere ist auch zu prüfen, ob es sich beim anwendbaren ausländischen Gesellschaftsrecht um ein dualistisches (*Vorstand/Aufsichtsrat*), ein monistisches (*Board of Directors*) oder ein Mischsystem handelt. Das britische Gesellschaftsrecht ist durch ein monistisches Leitungssystem (*Board-System*) der Aktiengesellschaft gekennzeichnet.<sup>10</sup> Das Board of Directors hat sowohl Führungs- als auch Überwachungsfunktionen und ernennt für die Führung des täglichen Geschäfts *Executive Officers* (leitende Angestellte). In den letzten Jahrzehnten hat sich in der britischen *Corporate Governance-Praxis* vor allem bei Publikumsgesellschaften vermehrt eine personelle Trennung des Chairman of the Board vom *Chief*

*Executive Officer* und somit eine *vertikale* Trennung der Leitungsfunktion durchgesetzt.

#### 4.2 Konzernleitungsfunktion der Obergesellschaft

Ein wichtiges Mittel für die Durchsetzung des Konzerninteresses aufgrund der Kompetenzattraktion durch die Konzernleitung ist die *Konzernweisung*.<sup>11</sup> Die Konzernweisung hat ihre Grundlage weder im Vertragsrecht noch im Auftragsrecht.<sup>12</sup> Es handelt sich vielmehr um eine Aufforderung der Konzernleitung an die Leitungsorgane der Untergesellschaft, ein konkretes Ziel im Konzerninteresse eigenständig in Geschäftsführungsmassnahmen umzusetzen.<sup>13</sup>

Anstelle von Konzernweisungen wird in der Praxis häufig als Mittel für die Durchsetzung des Konzerninteresses ein Mitglied der Konzernleitung in den Verwaltungsrat der Untergesellschaft gewählt. Die Doppelorganschaft kann jedoch zu einer allzu starken Instrumentalisierung der Tochtergesellschaft führen.<sup>14</sup>

#### 4.3 Konzernrechtliche Funktion der Untergesellschaft

Die Wahrnehmung der Konzernleitungsfunktion durch die Leitungsorgane der Obergesellschaft setzt die Aufrechterhaltung einer *minimalen Eigenständigkeit* der Untergesellschaft

voraus.<sup>15</sup> Die Willensdurchsetzung durch die Konzernleitung mittels Konzernweisung setzt dementsprechend eine *minimale funktionstüchtige Geschäftsführung* in der Untergesellschaft voraus.<sup>16</sup>

Der Verwaltungsrat der in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft übernimmt und erfüllt *konzernrechtliche Funktionen*. Zu den Residualaufgaben des Verwaltungsrates der Untergesellschaft gehört insbesondere sofortiges Eingreifen bei der Konzernleitung, wenn das steuerrechtliche dealing at arm's length-Prinzip nicht eingehalten wird.<sup>17</sup>

### 5. Analyse der vom Bundesgericht angewendeten Kriterien

Den Thesen des Bundesgerichts, dass eine konzerninterne Finanzierungsgesellschaft *rein administrative Tätigkeiten* im ausschliesslichen Interesse der Konzernleitung ausübe und daher keine eigenständigen Geschäftsführungsentscheide im Sinne von Art. 50 DBG fällen könne, und dass ein Darlehensentscheid nicht am Sitz der Finanzierungsgesellschaft, sondern am Sitz der Konzernleitung gefällt werde, weil dieser *abhängig von der Konzernleitung* erfolge, stehen die folgenden Überlegungen entgegen:

- Die Frage, ob sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung in Art. 50

DBG am Sitz der X. Ltd. in Guernsey oder am Sitz der Y. Holding AG in der Schweiz befand, beurteilt sich nach den am Sitz ausgeübten Geschäftsführungsfunktion.

- Die Willensdurchsetzung durch die Konzernleitung mittels Konzernweisung setzt eine *minimale Eigenständigkeit* der Untergesellschaft und eine *minimale funktionstüchtige Geschäftsführung* in der Untergesellschaft voraus. Die Grenze wird dann überschritten, wenn die Obergesellschaft ihre Leitungsmacht in der Weise ausübt, dass die Untergesellschaft zur *inkorporierten Betriebsabteilung* der Obergesellschaft wird, so dass die Anerkennung einer rechtlich selbständigen juristischen Person nicht mehr gerechtfertigt ist.<sup>18</sup>
- Solange diese Grenze nicht überschritten wird und die Konzernleitung den Leitungsorganen der Untergesellschaft sagt, was sie wünscht, was diese tun sollen, und es diesen überlässt, dies zu tun, üben die Leitungsorgane der Untergesellschaft die Geschäftsführungsfunktion tatsächlich aus und fällen dementsprechend *eigenständige* Entscheide.

Mit dem Verweis auf die Personalunion haben das Bundesgericht und die Vorinstanz in der Tat *ins Schwarze* getroffen:

- Aus dem Sachverhalt der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass auf die Einsetzung einer separaten, vom Verwaltungsrat unabhängigen Geschäftsleitung verzichtet worden sei. Aus diesem Sachverhalt geht ausserdem hervor, dass die Eidg. Steuerverwaltung geltend machte, R.D., S.P. und K.S. seien nicht nur als Directors der X. Ltd., sondern auch als Prokuristen der Y. Holding AG und in verschiedenen Funktionen in anderen Konzern-Gesellschaften tätig gewesen. Die Darlehensverträge mit der X. Ltd. seien alle namens der jeweiligen Konzerngesellschaften von R.D. unterzeichnet worden.
- Die Personalunion von R.D., S.P. und K.S. ist ein Indiz, dass die Konzernleitung die Entscheidungsbefugnisse für die Gewährung von Darlehen an Konzerngesellschaften eben gerade nicht an die Leitungsorgane der X. Ltd. übertragen wollte. Keine Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat an eine lokale Geschäftsleitung bzw. an einen lokalen Geschäftsführer und keine funktionale Trennung der Leitungsfunktionen zwischen der Unter- und der Obergesellschaft (*Delegation of Authorities*) sind Indizien dafür, dass die X. Ltd. in der Tat durch die Y. Holding AG allzu *stark instrumentalisiert* wurde und zur *in-*

*inkorporierten Betriebsabteilung* der Y. Holding AG wurde. In diesem Fall befand sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung der X. Ltd. am Sitz der Y. Holding AG in der Schweiz. Zu prüfen bleibt dann, ob die ausländische «*inkorporierte Betriebsabteilung*» die Kriterien einer ausländischen Betriebsstätte in Art. 51 Abs. 2 DBG erfüllt und somit eine *internationale Steuerauscheidung* anwendbar ist.

- Der Ort der tatsächlichen Verwaltung in der Schweiz nach Art. 50 DBG ist eine steuerbegründende Tatsache, die vom Fiskus zu beweisen ist. Ab einem bestimmten Punkt im Verfahren ist daher nicht mehr «*in dubio pro fisco*», sondern im Zweifelsfall zugunsten der steuerpflichtigen Person zu entscheiden. An diesem Punkt ist die X. Ltd. nicht angelangt.

## 6. Ergebnisse

Verwaltungsräte und Geschäftsleitungsmitglieder von schweizerischen Konzernen sind sich der Steuer- und Reputationsrisiken, die mit Offshore-Strukturen verbunden sind, schon lange bewusst. Dieses Bewusstsein hat schon seit längerer Zeit seinen Niederschlag in einer geschäftspolitischen Zurückhaltung gegenüber Offshore-Strukturen gefunden. Aufgrund der in den letzten Jahren geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen



haben Offshore-Strukturen erhöhte Steuer- und Reputationsrisiken.

Nichtsdestotrotz ist BEPS legal. Beim Einsatz von Offshore-Strukturen ist von der Doppelorganschaft grundsätzlich abzuraten. Die Geschäftsführungsmitglieder der Offshore-Vehikel sind gut beraten, wenn sie mit Hilfe einer Dokumentation nachweisen können, wie sie ihre Geschäftsführungsaufgabe erfüllt haben. Die Korrespondenz zwischen den Organen der Unter- und Obergesellschaft sind Indizien dafür, ob die Konzernleitung nur Einfluss auf die Leitungsorgane der Untergesellschaft mittels Konzernweisungen ausübte oder ob sie die Geschäftsführungsfunktion an sich riss. Abzuraten ist von der Anstellung von lokalem Hilfspersonal, das gleichzeitig für zahlreiche andere Unternehmen tätig ist. Die Glaubwürdigkeit von lokaler Substanz bedingt in der Regel die Entsendung von qualifiziertem Personal ins Ausland, das entsprechend entlohnt und ausgelastet wird.

Das bundesgerichtliche Präjudiz zur Auslegung des Begriffs des Ortes der tatsächlichen Verwaltung in Art. 50 DBG ist auch im Verhältnis zu Staaten, mit denen die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat (DBA-Outbound-Fall), massgebend. Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob und inwieweit dieses Präjudiz (*extreme and bad case*) für andere Fälle massgebend ist, in denen eine *minimale funktionstüchtige Geschäftsführung* in der ausländischen Tochtergesellschaft vorhanden ist. Bei einer zu starken Ausdehnung der unilateralen Regelung in Art. 50 DBG, mit der das Besteuerungsrecht der Schweiz für die persönliche Zugehörigkeit angeknüpft wird, greift die in einem Doppelbesteuerungsabkommen in Anlehnung an Art. 4 Abs. 3 OECD-MA (1977) vereinbarte *breaker rule* korrigierend ein, die *vertragsautonom* auszulegen ist («*international fiscal meaning*»).

- <sup>1</sup> Siehe dazu Marcel R. Jung, Aushöhlung der Bemessungsgrundlage und Gewinnverlagerung durch schweizerische Konzerne mittels Offshore-Finanzierungsstrukturen: Besprechung der Urteile des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2012 (2C\_708/2011) und 16. Mai 2013 (2C\_1086/2012, 2C\_1087/2012), IFF Forum für Steuerrecht 1 (2014) 69 ff. (1. Teil) und 2 (2014) 162 ff. (2. Teil) erschienen ist.
- <sup>2</sup> BGer 16.5.2013, 2C1086/2012, 2C1087/2012. Siehe dazu auch das Urteil der Vorinstanz VGer ZG 27.9.2012, A 2012/10.
- <sup>3</sup> E. 2.2.
- <sup>4</sup> E. 2.4 und 2.5.
- <sup>5</sup> E. 2.4 und 2.5.
- <sup>6</sup> OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris 2010.
- <sup>7</sup> Art. 716b Abs. 3 OR.
- <sup>8</sup> Art. 716b Abs. 1 OR.
- <sup>9</sup> Art. 716a OR.
- <sup>10</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, §13 N 938 ff.
- <sup>11</sup> Siehe zum Konzerninteresse, zur Kompetenzattraktion und zum Einordnungskonzept Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 11 N 268 ff.; Peter Böckli, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, 2014, 203 ff. siehe zur Konzernweisung im Organisationsreglement von Konzernuntergesellschaften Peter Forstmoser, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, 2001, § 27 N 11. Siehe dazu auch Jean Nicolas Druey, Neues aus dem Konzernrecht. Oder: Man bittet, das Skalpell nicht mit dem Buschmesser zu verwechseln, AJP 2005, 1083 ff., und Roland von Büren, Die einheitliche Leitung im Konzern: Einordnungskonzept oder Aushandlungskonzept?, in: Festschrift für Peter Böckli, FS Böckli, Zürich 2006, 429 ff.
- <sup>12</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 13 N 938 ff. Im Urteil vom 9. Mai 1995 (StE 1995 B 72.11 Nr. 3) rechnete das Bundesgericht den durch eine Offshore-Tochtergesellschaft erzielten Gewinn aus der Veräusserung einer Beteiligung aus einem gescheiterten Übernahmerversuch der schweizerischen Muttergesellschaft zu, da die Tochtergesellschaft nicht selbständig tätig geworden sei, sondern im Auftrag der Konzernspitze.
- <sup>13</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 13 N 938 ff.
- <sup>14</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 11 N 329.
- <sup>15</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 11 N 275.
- <sup>16</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 11 N 266.
- <sup>17</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 11 N 299 ff.
- <sup>18</sup> Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 11 N 275,