

THOMAS KOLLER

Wettlauf mit Steuerfolgen Zivilrechtliche Betrachtungen über einen konzernrechtlichen Steuerfall

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Ausgangsfall
- III. Die Reaktion der Literatur auf den BGE vom 9.5.1995
- IV. Eigene zivilrechtliche Betrachtungen
 1. Das Fehlen eines kodifizierten Konzernrechts in der Schweiz
 2. Die Rechtsbeziehungen unter Konzerngesellschaften im Rahmen der klassischen Dogmatik
 - a) Die aktienrechtliche Deutung
 - b) Die vertragsrechtliche Deutung
 - aa) Das Problem der Fremdqualifikation
 - bb) Die vertragsrechtliche Natur der Weisung
 3. Die konzernrechtliche Weisung als rechtliches Lenkungsinstrument sui generis?
 4. Beurteilung des Ausgangsfalls
- V. Schluss

I. Einleitung

Das Konzernrecht ist von eminenter praktischer Bedeutung. Darüber hinaus bildet es aber auch einen Rechtsbereich von grosser theoretischer Tragweite, handelt es sich doch um eine Regelungsmaterie, die im Schnittbereich (mindestens) dreier rechtlicher Subsysteme liegt. Betroffen sind das *Handelsrecht*, das *Steuerrecht* und das *Zivilrecht im engeren Sinn*¹. Aus zivilistischer Sicht sind dabei insbesondere vertrags- und haftungsrechtliche Fragestellungen von

¹ Der Begriff des Zivilrechts ist mehrdeutig. So wird er etwa als Synonym zum Begriff Privatrecht verwendet (vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, Bern 1993, 31/32). Bestandteil eines so verstandenen Zivilrechts im weiten Sinne ist auch das Handelsrecht. Vielfach wird indessen der Begriff Zivilrecht auf die klassischen Privatrechtsmaterien beschränkt und als Gegensatz zum Handelsrecht aufgefasst, das sich historisch aus anderen Quellen entwickelt hat (vgl. dazu etwa EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Zürich 1988, 13/14; PIO CARONI «Privatrecht»: Eine sozialhistorische Einführung, Basel und Frankfurt a.M. 1988, 157 ff., m.z.Nw.). Im vorliegenden Zusammenhang wird der Begriff des Zivilrechts im engen Sinn verwendet.

ausserordentlichem Interesse². Es ist daher wohl vertretbar, wenn sich ein Zivilrechtler in einer Festschrift, die einem Emeritus des schweizerischen und internationalen Privat- und Handelsrechts gewidmet ist, mit einem konzernrechtlichen Fall befasst und so – hoffentlich – zur Abrundung der mit diesem Buch geplanten aktienrechtlichen Bestandesaufnahme rund fünf Jahre nach Inkrafttreten des neuen schweizerischen Aktienrechts beiträgt. Gleichzeitig soll mit diesem Aufsatz versucht werden, die Vernetzung zwischen Handelsrecht, Steuerrecht³ und Zivilrecht anhand eines Falles, der in der Praxis viel Aufsehen erregt hat, exemplarisch aufzuzeigen.

II. Der Ausgangsfall⁴

Im Rahmen der strategischen Konzernplanung fasste die X AG in Zürich in ihrer Eigenschaft als Holdinggesellschaft der gleichnamigen Gruppe den Grundsatzentscheid, den in der gleichen Branche tätigen englischen Y-Konzern zu übernehmen. Aus Gründen der Geheimhaltung wurde die Z Finance and Commodities Inc. in Panama, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der X AG, mit dem Erwerb von Aktien der Y betraut. Die Bilanzsumme der Z Inc. per 31.12.1987 belief sich auf 15 Mio. US\$, das Eigenkapital auf 6 Mio. US\$ und der Reingewinn per 1987 auf 1 Mio. US\$. In der Folge kaufte die Z Inc. für rund eine Milliarde SFr. Aktien der Y. Finanziert wurden diese Käufe durch Mittel des X-Konzerns im Betrag von rund 900 Mio. SFr.⁵ sowie durch Aufnahme von Bankkrediten von ca. 100 Mio. SFr., für welche die X AG als Garantin auftrat. Nach Bekanntwerden der Übernahmeabsicht der X versuchte der Konkurrenzkonzern U seinerseits, die Y-Gruppe zu übernehmen. Daraufhin fand zwischen den beiden Wirtschaftsgiganten X und U ein eigentlicher Wettlauf um die restlichen Aktien der Y-Gruppe statt, den der X-Konzern verlor. Schliesslich verkaufte die Z Inc. die bereits erworbenen Aktien des Y-Konzerns an U und realisierte dabei einen Kapitalgewinn von 500 Mio. SFr.

Dieser Wettlauf um globale Marktanteile in der Nahrungsmittelbranche⁶ fand ein Nachspiel in der Schweiz. Im Rahmen der Veranlagung der X AG für

² Insbesondere das *Konzernhaftungsrecht* hat im Zivilrecht in den letzten Jahrzehnten eine grosse Bedeutung erlangt (vgl. dazu nur etwa den Aufsehen erregenden BGE 120 II 331 ff. [Swissair-Fall] sowie KARL HOFSTETTER, *Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne*, Tübingen 1995, m.z.Nw.).

³ Vgl. zum Konzernsteuerrecht neuerdings auch RICHARD ALLEMANN, *Die Gestaltung der Konzernspitze unter steuerlichen Aspekten*, Diss. St. Gallen 1997.

⁴ Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich vom 10.9.1992 (StE 1995 B 72.11 Nr. 3) und Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 9.5.1995 (ASA 65 51 ff.; StE 1995 B 72.11 Nr. 3).

⁵ Wovon ca. 700 Mio SFr. von der X AG selbst stammten.

⁶ In den in Fn. 4 erwähnten Publikationen werden die Beteiligten nur in anonymisierter Form erwähnt. Zudem findet sich kein Hinweis auf die Branche, der die drei in Frage stehenden Konzerne angehören. In Wirtschaftskreisen ist indessen längst bekannt, um welche Konzerne es sich handelt.

die direkte Bundessteuer 1989/1990 rechnete der zuständige Zürcher Steuerkommissär den von der Z Inc. erzielten Kapitalgewinn von 500 Mio. SFr. der X AG zum steuerbaren Reinertrag hinzu. Die Bundessteuer-Rekurskommission Zürich hiess eine Beschwerde der X AG gegen diese Veranlagung gut, während die II. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts den Standpunkt des Steuerkommissärs schützte. Das Bundesgericht führte zur Begründung im wesentlichen aus, die Z Inc. habe die Aktien der Y-Gruppe im Auftrag oder mindestens auf Weisung der X AG erworben, weshalb der X AG ein zivilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des beim Versuch der Übernahme der Beteiligung an der Y durch die Z Inc. erzielten Gewinns zustehe⁷. Diese Forderung sei nach handelsrechtlichen Grundsätzen als Ertrag zu verbuchen und beeinflusse unmittelbar die Gewinn- und Verlustrechnung, weshalb gestützt auf Art. 49 Abs. 1 lit. a BdBSt der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung um diese Forderung zu berichtigen sei⁸.

III. Die Reaktion der Literatur auf den BGE vom 9.5.1995

In der Folge löste dieser Entscheid – wie nicht anders zu erwarten war – mehrere, vorwiegend heftige kritische Reaktionen aus⁹. Dabei brachten die Kritiker gegen den erwähnten Bundesgerichtsentscheid etliche handelsrechtliche und steuerrechtliche Bedenken vor, auf welche hier nicht eingegangen werden soll. Zusätzlich aber – und das ist vorliegend von Interesse – wandten sich die verschiedenen Autoren zur Hauptsache gegen die Auffassung des Bundesgerichts, zwischen der X AG und ihrer Tochtergesellschaft Z Inc. in Panama habe ein Auftragsverhältnis mit Gewinnablieferungspflichten bestanden.

Im wesentlichen setzt dabei die Kritik bei zwei verschiedenen Punkten an. Zum einen wird – vorwiegend von WATTER und von NEUHAUS – geltend gemacht, die Parteien hätten gerade kein Auftragsverhältnis zwischen Mutter und Tochter und schon gar keine Ablieferungspflicht begründen wollen. Zivilrechtlich könne man kein Vertragsverhältnis annehmen, wenn die Betroffenen keines gewollt hätten¹⁰. Aufgrund des konkreten Sachverhaltes stehe der Wille

⁷ Art. 400 OR.

⁸ Vgl. E. 4a in fine sowie E. 5 des BGE vom 9.5.1995.

⁹ Vgl. dazu in chronologischer Reihenfolge XAVIER OBERSON, *Jurisprudence récente de droit bancaire en matière administrative et fiscale*, in: *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne 1995, 91ff., spez. 97ff. (blosser Hinweis ohne Kritik); ROLF WATTER, *Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht*, AJP 1996 135 ff.; ROLAND VON BÜREN/BEAT BRECHBÜHL, *Verkennung der Führungsmechanismen im Konzern oder: In dubio pro fisco: Zu BGE vom 9.5.1995 (StE 95 B 72.11 Nr. 3)*, ZBJV 1996 542 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, *Konzernrecht/Droit des Groupes de Sociétés*, Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 1995 in Sachen X AG (StE 95 B 72.11 Nr. 3, ZBJV 1996 542), SZW 1996 236 ff.; MARKUS R. NEUHAUS, *Besteuerung von Offshore-Gesellschaften*, StR 1996 505 ff. und 573 ff.

¹⁰ WATTER (Fn. 9) 747.

der involvierten Parteien fest, keinen Auftrag in bezug auf den Erwerb der Y Aktien abzuschliessen¹¹. Demnach konstruiere das Bundesgericht für das Steuerrecht ein zivilrechtliches Verhältnis, das nie bestanden habe und von dem ausdrücklich feststehe, dass es die Parteien nie gewollt hätten¹². Man habe demnach einen Entscheid und eine Argumentation vor sich, wo sich Zivilrecht und Steuerrecht völlig verselbständigt hätten¹³. Die Auftragskonstruktion sei eine Unterlegung unter einen nicht bestehenden Willen¹⁴.

Zum andern wird – vor allem etwa von VON BÜREN/BRECHBÜHL – vorgebracht, das Bundesgericht verkenne die Führungsmechanismen im Konzern. Das herrschende Unternehmen bediene sich zur Durchsetzung der gefällten strategischen Entscheide gegenüber dem abhängigen Unternehmen der Weisung. Begriffsinhärent sei, dass die Weisung – im Gegensatz zu einem Vertrag – keiner übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärung bedürfe. Die Weisung sei kein Vertrag; stütze sich daher das abhängige Unternehmen auf eine Weisung, so habe das herrschende Unternehmen keine Ansprüche i.S.v. Art. 400 OR¹⁵. Die Weisung sei im Konzernverhältnis dem Auftrag keineswegs zur Seite zu stellen, weil sie ein Lenkungsinstrument bilde¹⁶. Das Bundesgericht unterlasse eine Auseinandersetzung mit den Grundsätzen konzernrechtlicher Strukturen oder der Abgrenzung von konzerninternen Weisungen und Auftragsverhältnissen¹⁷. Die auftragsrechtliche Qualifikation widerspreche dem konzernmässigen Gedankengut¹⁸. Das Bundesgericht habe ein konzerntypisches Verhalten in das Prokrustesbett des Auftrags gezwängt und damit das von der X AG gewählte konzernrechtliche Vorgehen missachtet, was nicht angehe¹⁹.

Im Konzert dieser heftigen Kritik finden sich immerhin auch mässigerere Töne. So hält DRUEY dem Standpunkt von VON BÜREN/BRECHBÜHL entgegen, auch diese Sicht blende von der enormen gedanklichen Komplexität des Konzerns einen Teil aus. Der Begriff der Weisung reiche nicht aus, um den Konzern in den Griff zu bekommen. Die rechtliche Nachkonstruktion des innerkonzernlichen Steuerungsvorganges sei von der Natur der Sache her unbestimmt und schillernd. Die Auftragskonstruktion sei durch kein Argument a priori von der Hand zu weisen²⁰.

¹¹ NEUHAUS (Fn. 9) 513 und 584.

¹² NEUHAUS (Fn. 9) 514 und 584.

¹³ NEUHAUS (Fn. 9) 584.

¹⁴ DRUEY (Fn. 9) 238.

¹⁵ VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9) 548/549.

¹⁶ DRUEY (Fn. 9) 238.

¹⁷ NEUHAUS (Fn. 9) 512.

¹⁸ NEUHAUS (Fn. 9) 518.

¹⁹ VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9) 550.

²⁰ DRUEY (Fn. 9) 238/239.

IV. Eigene zivilrechtliche Betrachtungen

1. Das Fehlen eines kodifizierten Konzernrechts in der Schweiz

Konzerne gehören seit Jahrzehnten weltweit, so selbstverständlich auch in der Schweiz, zur Realität des Rechtsalltags. Umso erstaunlicher ist es, dass zahlreiche Rechtsordnungen, so wiederum die schweizerische, *keine umfassende Regelung des Konzernrechts* kennen²¹. Das schweizerische Recht verfügt bloss über einige wenige Normen, welche der konzernrechtlichen Realität ausdrücklich Rechnung tragen²². Grundsätzlich behandelt das schweizerische Recht jede Konzerngesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde²³ mit eigenen Organen und – wie es das Bundesgericht ausdrückt – namentlich einem Verwaltungsrat, dessen Aufgabe es ist, die Geschäfte im Interesse der betreffenden Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns oder anderer Konzerngesellschaften zu besorgen²⁴. Das aktienrechtliche Leitbild der rechtlich, wirtschaftlich und organisatorisch selbständigen Gesellschaft wird allerdings der Konzernwirklichkeit je länger je weniger gerecht²⁵. Auf das Fehlen eines *kodifizierten Konzernrechts* ist denn auch in der schweizerischen wirtschaftsrechtlichen Literatur schon mehrfach – zum Teil zu Recht kritisch – hingewiesen worden²⁶.

Solange dieser Zustand andauert, bleibt nichts anderes übrig, als konzernrechtliche Probleme im Einzelfall in Anwendung des bestehenden *wirtschafts- und zivilrechtlichen Instrumentariums* zu lösen. Auch wenn ein solches «Konzernrecht durch Einzelentscheide»²⁷ erhebliche Nachteile mit sich bringt, braucht dies einer behutsamen Rechtsentwicklung, welche die Konzernwirk-

²¹ Das Bundesgericht hat in zahlreichen Urteilen ausgeführt, das schweizerische Recht kenne «kein eigentliches Konzernrecht» (vgl. dazu etwa E. 3b des erwähnten Bundesgerichtsurteils vom 9.5.1995 m.z.Nw.); ähnlich auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. Zürich 1996, N 1179. Diese Ausdrucksweise ist indessen ungenau. Eine Rechtsordnung, in der Konzerne vorkommen, kennt zwangsläufig auch ein Konzernrecht. Was der schweizerischen Rechtsordnung fehlt, ist eine umfassende gesetzliche Regelung dieser Materie.

²² Vgl. z.B. Art. 663e ff. OR; Art. 69 f. DBG; Art. 17 Abs. 3 MWSTV; Art. 20 ff. BEHG.

²³ BGE 110 Ib 226 E. 3a = ASA 55 70 E. 3a; Ausnahmen bestehen nur bei besonderen Verhältnissen (vgl. dazu als illustratives Beispiel etwa BGE 116 Ib 331 ff. [SKA-Fall] sowie ausführlich LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 183 ff.).

²⁴ BGE vom 9.5.1995 E. 3b m.w.Nw.

²⁵ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, 931 Rz. 3.

²⁶ Vgl. dazu nur etwa BÖCKLI (Fn. 21) N 1177 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 25) 931 ff.; ROLAND RUEDIN, Vers un droit des groupes de sociétés?, ZSR 99/1980 II 147 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 99/1980 II 273 ff.; ROLAND VON BÜREN, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, 47 ff., je m.z.Nw.

²⁷ BÖCKLI (Fn. 21) N 1186.

lichkeit sachgerecht zu erfassen sucht, nicht entgegenzustehen²⁸. Solche einzelfallbezogenen Entscheide müssen indessen stets in einen Gesamtzusammenhang eingeordnet werden. Insbesondere darf im Einzelfall bei der Beurteilung konzernrechtlicher Fragen nicht leichtthin von allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Prinzipien abgewichen werden.

2. Die Rechtsbeziehungen unter Konzerngesellschaften im Rahmen der klassischen Dogmatik

Wie dargelegt geht das geltende schweizerische Konzernrecht vom Grundsatz aus, dass jede Gesellschaft trotz konzernmässiger Verbundenheit unter den Gruppenmitgliedern als eigenständiges Rechtssubjekt besteht und dass insbesondere die von der Muttergesellschaft *wirtschaftlich abhängigen* Mitglieder *rechtlich unabhängig* sind, weshalb deren Verwaltungsräte die Geschäfte im Interesse der jeweiligen Gesellschaften selbst und nicht in demjenigen der Gruppe zu führen haben²⁹. Die gegenteilige Praxis, wie sie im Rechtsalltag häufig anzutreffen ist, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit den Prinzipien des geltenden schweizerischen Rechts vereinbar³⁰. Dies wirft die Frage auf, wie die faktisch erfolgende Einflussnahme der Konzernmutter auf die von ihr abhängigen Konzerntöchter rechtlich zu qualifizieren ist. Dafür bieten sich im Rahmen der klassischen Dogmatik zwei Möglichkeiten an: Eine aktienrechtliche Deutung und eine vertragsrechtliche Deutung³¹.

a) Die aktienrechtliche Deutung

Die konzernmässige Leitung einer Tochtergesellschaft durch die Konzernmutter kann zunächst als aktienrechtliche Beziehung gedeutet werden³². Diesfalls würde unterstellt, dass die Konzernmutter dem Verwaltungsrat der Konzerntochter *in ihrer Eigenschaft als Aktionärin* verbindliche Weisungen erteilt. Eine solche Qualifikation der Mutter-Tochter-Beziehung stösst indessen auf verschiedene Schwierigkeiten. Aktionäre können ihre Rechte gegenüber dem Verwaltungsrat nur auf dem Weg der Generalversammlung wahrnehmen. Nun

²⁸ Vgl. dazu eindrücklich etwa den – in der Literatur m.E. zu Unrecht scharf kritisierten – BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Fall), der – was viele Konzernrechtler nicht wahrhaben wollen – nahtlos in die im Schuldrecht in den letzten Jahrzehnten feststellbare Entwicklung hineinpasst (vgl. dazu etwa WOLFGANG WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des Schweizerischen Schuldrechts, Teil I, recht 1997 85 ff., sowie HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 1996 273 ff.).

²⁹ BGE 110 Ib 132 E. 3b aa; 108 Ib 37 E. 4c.

³⁰ BGE 110 Ib 133 E. 3b; a.M. NEUHAUS (Fn. 9) 516 und HANDSCHIN (Fn. 23) 108.

³¹ Vgl. dazu auch HANDSCHIN (Fn. 21) 42 ff. sowie OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 ff. N 510 ff.

³² Nicht in Form von Aktiengesellschaften organisierte Konzernmitglieder werden hier ausser acht gelassen.

ist diese Generalversammlung zwar «oberstes Organ der Aktiengesellschaft»³³, aber sie ist gegenüber dem Verwaltungsrat dennoch nicht omnipotent, da diesem verschiedene unübertragbare und unentziehbare Aufgaben – so insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft – obliegen³⁴. Die Möglichkeiten der Generalversammlung, auf strategische Entscheide des Verwaltungsrates sowie auf die laufende Geschäftsführung Einfluss zu nehmen, sind daher (wenn auch nicht faktisch, so doch rechtlich) sehr beschränkt³⁵. Zudem käme eine derartige aktienrechtliche Qualifikation der Einflussnahme der Konzernmutter auf Konzerntöchter praktisch nur dann in Frage, wenn die leitende Gesellschaft alleinige Aktionärin der Tochter ist. Denn damit eine Weisung der Mutter an die Tochter, die in aller Regel formlos erfolgen wird, als Generalversammlungsbeschluss qualifiziert werden könnte, müssten die Voraussetzungen für eine Universalversammlung i.S.v. Art. 701 OR erfüllt sein. Aber auch dieser Weg hat seine Tücken, insbesondere weil selbst bei Universalversammlungen gewisse Formalitäten zu beachten sind und nicht jede blossе Zusammenkunft aller Aktionäre als Universalversammlung betrachtet werden kann³⁶.

b) Die vertragsrechtliche Deutung

In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass zwischen verschiedenen Konzerngesellschaften, so auch zwischen Mutter und Tochter, Verträge abgeschlossen werden können³⁷. Die Annahme einer vertraglichen Beziehung zwischen zwei Konzerngesellschaften bildet in der Regel dann kein Problem, wenn die betroffenen Konzernglieder selbst ausdrücklich von einer solchen Bindung ausgehen. Komplizierter – und wesentlich interessanter – ist die Lage, wenn die Betroffenen das Vorliegen eines solchen Vertrages bestreiten.

In der vorne zitierten Literatur wird – wie skizziert – der Entscheid des Bundesgerichts vom 9.5.1995 im wesentlichen mit der Begründung kritisiert, das Bundesgericht habe den betroffenen Konzerngesellschaften ein Auftragsverhältnis unterstellt, obwohl ein solches nicht gewollt gewesen sei, und das Bundesgericht habe übersehen, dass die konzernbeherrschende Gesellschaft der abhängigen Gesellschaft einseitig Weisungen erteile, welche keinen Vertrag darstellen würden. Beide Einwände gegen das Bundesgerichtsurteil über-

³³ Art. 698 Abs. 1 OR.

³⁴ Art. 716a Abs. 1 OR.

³⁵ Vgl. dazu etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 25) 344 ff.; BÖCKLI (Fn. 21) N 1578e ff.; HANDSCHIN (Fn. 23) 46/47; MARIE-THERESE MÜLLER, Unübertragbare und unentziehbare Verwaltungsratskompetenzen und deren Delegation an die Generalversammlung, AJP 1992 784 ff. (Letztere allerdings mit differenzierter Meinung zur Zulässigkeit der Beschlussdelegation), je m.w.Nw.

³⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 25) 202 Rz. 8 (in bezug auf «kleine Verhältnisse»); ähnlich auch BÖCKLI (Fn. 21) N 1262b; a.M. WATTER (Fn. 9) 145.

³⁷ Vgl. dazu etwa HANDSCHIN (Fn. 23) 115 ff. sowie HANSJÖRG GRAF, Verträge zwischen Konzerngesellschaften (unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte), Diss. Bern 1988.

zeugen indessen – jedenfalls in der Absolutheit, wie sie vorgebracht wurden – nicht.

aa) Das Problem der Fremdqualifikation

Bei der rechtlichen Einordnung eines von Privatrechtssubjekten rechtlich geregelten Sachverhalts unter gesetzlich oder rechtsdogmatisch entwickelte Typen und Institutionen lassen sich drei Stufen unterscheiden: Die *Eigenqualifikation* der Beteiligten, die *zivilrechtliche Fremdqualifikation* und die *ausserzivilrechtliche* (im Regelfall steuerrechtliche) *Fremdqualifikation*³⁸. Diese unterschiedlichen Qualifikationsstufen sind in der gesamten Rechtsordnung von grosser Bedeutung.

Im Innenverhältnis zwischen zwei Beteiligten mag die Eigenqualifikation – gleichsam das Etikett, welches die Parteien ihrer Beziehung anhängen – unter Vorbehalt von Art. 18 OR durchaus massgebend sein. Es versteht sich aber von selbst, dass bei der richterlichen Beurteilung einer Rechtsgestaltung im Aussenverhältnis die Eigenqualifikation nur von beschränkter Tragweite sein kann³⁹. Wie WALZ eindrücklich dargelegt hat, kann bereits das Zivilrecht selbst im Rahmen der ihm eigenen rechtlichen Schutzbezüge die Eigenqualifikation der Beteiligten nur unter bestimmten rechtlich präzisierbaren Voraussetzungen übernehmen und sich in andern Fällen keineswegs an die von den Parteien vorgenommene Einordnung binden⁴⁰. Dasselbe muss selbstredend auch für ausserzivilrechtliche Teilrechtsordnungen, so etwa für das Steuerrecht, gelten, welche aufgrund ihrer eigenen Sachgerechtigkeit eigenständige Anknüpfungen vorzunehmen haben⁴¹. Dies wird in der Literatur oft übersehen.

Bei von der Eigenqualifikation abweichenden (vor allem steuerrechtlichen) Fremdqualifikationen ist die Reaktion von Betroffenen und Praktikern immer wieder dieselbe: «Wenn Steuerbehörden ... bestimmte vertragliche Gestaltungen anders qualifizieren als die Steuerpflichtigen, also etwa eine Darlehenshingabe als Zuführung von Eigenkapital, einen Mietvertrag als Kauf- oder als Versorgungsvertrag, die Begründung eines Niessbrauchs an einem Sparguthaben als Unterhaltsleistung, so wird fast regelmässig der Vorwurf laut, dem wirklichen Sachverhalt sei ein anderer Sachverhalt unterstellt worden, die Behörde oder das Gericht arbeite mit einer Sachverhaltsfiktion u.ä.»⁴² Symptomatisch dafür sind die erwähnten Kritiken am BGE vom 9.5.1995, in denen von einer «Unterstellung» die Rede ist oder von der

³⁸ Vgl. zu dieser Stufenfolge einlässlich W. RAINER WALZ, *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, Grundlinien einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik*, Heidelberg und Hamburg 1980, 234 ff. (spez. 235 Anm. 3).

³⁹ TH. KOLLER (Fn. 1) 257/258.

⁴⁰ WALZ (Fn. 38) 236.

⁴¹ WALZ (Fn. 38) 237.

⁴² WALZ (Fn. 38) 247/248.

«Konstruktion» eines Auftrages, obwohl zivilrechtlich und gemäss dem Parteiwillen keiner gewollt sei⁴³. In der Allgemeinheit, wie diese Kritik vorgebracht wird, beruht sie offensichtlich auf einer Nichtbeachtung der verschiedenen dargelegten Qualifikationsstufen.

Bei der zivilrechtlichen oder steuerrechtlichen Fremdqualifikation einer Rechtsbeziehung⁴⁴ muss der Rechtsanwender zwangsläufig die Situation von aussen beurteilen. Er hat alle Umstände des Falles zu berücksichtigen und einer vernünftigen Würdigung zu unterziehen. Dem behaupteten übereinstimmenden Willen der Parteien kann dabei nur untergeordnete Bedeutung zukommen, soweit *Drittinteressen* von Privaten oder des Fiskus in Frage stehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen den Betroffenen eine *Interessenkonvergenz* existiert, die einem marktmässigen Austarieren von Interessensgegensätzen entgegensteht⁴⁵, wie dies typischerweise bei einer konzernmässigen Verbundenheit zweier Gesellschaften mit der faktischen Weisungsunterworfenheit der abhängigen Gesellschaft der Fall ist⁴⁶. Denn in solchen Situationen laufen die Interessen der an der Rechtsbeziehung direkt Beteiligten den Interessen Dritter in der Regel zuwider.

Diese Problematik lässt sich anhand eines einfachen, aber praktisch wichtigen Beispiels leicht illustrieren: Veräussert jemand einen Vermögensgegenstand, etwa ein Grundstück, unter dem Titel «Kaufvertrag» zu einem relativ niedrigen Preis, so muss gegebenenfalls sowohl unter dem Gesichtspunkt der erbrechtlichen Herabsetzung von Verfügungen unter Lebenden gemäss Art. 527 ZGB als auch im Hinblick auf das Schenkungssteuerrecht geprüft werden, ob eine gemischte Schenkung vorliegt. Eine solche setzt in beiden Rechtsgebieten nebst einem objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung an sich auch einen *subjektiven Schenkungswillen* (*animus donandi*) voraus⁴⁷. Bei der Beurteilung der Frage, ob die am «Kaufvertrag» beteiligten Parteien eine teilweise unentgeltliche Zuwendung gewollt haben, kann nun

⁴³ Vgl. z.B. VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9) 550 und 552; NEUHAUS (Fn. 9) 513/514.

⁴⁴ Eine zivilrechtliche Fremdqualifikation einer Rechtsbeziehung ist stets erforderlich, wenn zwischen den Betroffenen Streit ausbricht und ein Zivilprozess anhängig gemacht wird. Eine solche Fremdqualifikation steht im allgemeinen deshalb nicht im Widerspruch zu einer Eigenqualifikation, weil unter den Betroffenen selbst keine Einigkeit über die rechtliche Einordnung ihrer Beziehung besteht. Zivilrechtliche Fremdqualifikationen sind aber auch dann erforderlich, wenn ein Dritter aus einer Rechtsbeziehung zwischen zwei anderen Personen einen Anspruch ableitet (so z.B. im Zusammenhang mit Vorkaufsrechten, Gewinnbeteiligungsansprüchen, Fragen der Gläubigerbenachteiligung, Rückerstattungen von verdeckten Gewinnausschüttungen, erbrechtlichen Herabsetzungsklagen bei Verfügungen unter Lebenden gemäss Art. 527 ZGB usw.). Dass der Richter in einer solchen Situation nicht einfach die Eigenqualifikation der an der Beziehung Beteiligten übernehmen kann, liegt auf der Hand. Seltsamerweise stossen in der Literatur und Praxis zivilrichterliche Fremdqualifikationen, welche von Eigenqualifikationen abweichen, seltener auf Kritik als entsprechende steuerrechtliche Fremdqualifikationen.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Problematik im Zusammenhang mit dem Steuerrecht einlässlich etwa WALZ (Fn. 38) 299 ff.; Hinweise auch bei TH. KOLLER (Fn. 1) 258, 333 und 403.

⁴⁶ Ähnlich auch GRAF (Fn. 37) 47.

⁴⁷ Vgl. für das Schenkungssteuerrecht BGE 118 Ia 497 ff. sowie für die erbrechtliche Herabsetzung BGE 120 II 420 E. 3a, 116 II 674 E. 3b aa, 98 II 356 ff. E. 3 und 84 II 348 E. 6.

aber offenkundig nicht auf deren blosser Behauptungen abgestellt werden. Vielmehr muss stets aus der Gesamtheit aller äusseren Umstände⁴⁸ – gleichsam «objektivierend» – auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des (inneren) animus donandi geschlossen werden.

Diese Problemlage ist für Fremdqualifikationen von Rechtsbeziehungen, welche Drittinteressen tangieren, charakteristisch und tritt bei einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die Interessen des Fiskus den (konvergierenden) Interessen der Konzerngesellschaften gegenüberstehen, besonders deutlich zu Tage. Bei einer von der übereinstimmenden Sachdarstellung der direkt Betroffenen abweichenden richterlichen Qualifikation einer solchen Rechtsbeziehung kann daher noch lange nicht von «Unterstellung», «Konstruktion» und ähnlichem gesprochen werden.

bb) Die vertragsrechtliche Natur der Weisung

Faktisch bedient sich das herrschende Unternehmen im Konzern gegenüber dem abhängigen Unternehmen zur Durchsetzung seiner Konzernleitungsmacht der Weisungen. Rechtlich werden solche Weisungen als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen qualifiziert⁴⁹. Als solche unterscheiden sie sich von Verträgen, die auf gegenseitiger übereinstimmender Willensäusserung der Parteien beruhen. Daraus kann indessen nicht abgeleitet werden, dass zwischen herrschender und beherrschter Gesellschaft im Konzern kein Vertragsverhältnis besteht, wenn die Konzernmutter der Tochter eine Weisung erteilt⁵⁰. Weisungen schweben nicht in einem zivilrechtlich luftleeren Raum, sondern bedürfen einer rechtlichen Basis. Die Grundlage, auf der Weisungen erteilt werden, ist stets ein Vertragsverhältnis, in der Regel ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag. Weisungen sind Willenserklärungen (z.B. des Auftraggebers), die den Inhalt des Vertrages (z.B. des Auftrags) konkretisieren⁵¹. Im Rahmen des Auftragsrechts kann die Weisung als Anordnung des Auftraggebers umschrieben werden, die dem Beauftragten *innerhalb des konkreten Vertrages* Gegenstand sowie Art und Weise seines Tuns vorschreibt⁵². Die Weisungsbefugnis – und das ist von zentraler Bedeutung – geht nicht weiter als der Vertrag, auf dem das Weisungsrecht beruht⁵³. Der Vertrag bildet mithin Grundlage und Grenze für das Weisungsrecht⁵⁴. Er stellt quasi den rechtlichen

⁴⁸ Vgl. dazu illustrativ etwa BGE 118 Ia 502 E. 2b.

⁴⁹ VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9) 548, m.Nw.

⁵⁰ Klar falsch daher VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9) 549; vgl. auch GRAF (Fn. 37) 98, der gar von einem Weisungsvertrag spricht.

⁵¹ OR-WEBER, Art. 397 N 6; SPR-HOFSTETTER, 78; BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 20; SPR-VISCHER, 2. Aufl. Basel und Frankfurt a.M. 1994, 55 ff. (Letzterer für den Arbeitsvertrag).

⁵² BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 16, m.w.Nw.

⁵³ SPR-HOFSTETTER, 78.

⁵⁴ BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 22, m.Nw.

Rahmen der Weisung dar⁵⁵. Die Rechtsfigur des Vertrages als zweiseitiges Rechtsgeschäft und die Weisung als einseitige Willenserklärung stehen somit in einem Über- bzw. Unterordnungsverhältnis. Das wird von gewissen Kritikern am BGE vom 9.5.1995, so besonders etwa von VON BÜREN/BRECHBÜHL, übersehen.

Die Unterscheidung zwischen Vertrag einerseits und auf ihm beruhender einseitiger Willenserklärung im Bereich der Weisungen andererseits ist für die Zivilrechtsdogmatik nichts Aussergewöhnliches. Auch in anderen Gebieten des modernen Zivilrechts sind derartige Differenzierungen geläufig. So unterscheidet die heutige Zivilrechtslehre etwa deutlich zwischen Vollmachtserteilung im Stellvertretungsrecht oder Ermächtigungen im Anweisungsrecht sowie den Vertragsverhältnissen, auf welchen die Vollmachtserteilung bzw. die Anweisung beruht⁵⁶. Die Vollmachtserteilung im Stellvertretungsrecht sowie die Ermächtigung im Anweisungsrecht sind einseitige Erklärungen des Vollmachtgebers bzw. des Anweisenden und haben keinen Vertragscharakter. Die rechtliche Basis dieser einseitigen Willenserklärungen bilden aber stets Verträge.

3. Die konzernrechtliche Weisung als rechtliches Lenkungsinstrument sui generis?

Das geltende schweizerische Konzernrecht ist – wie in der Literatur zu Recht festgehalten wird – von einem Widerspruch geprägt. Einerseits gehen Gesetzgeber und Rechtsprechung selbst von der Faktizität der einheitlichen Leitung im Konzern aus⁵⁷ und knüpfen in bestimmten Bereichen daran gar wichtige, für die Konzerne z.T. einschneidende Rechtsfolgen⁵⁸. Andererseits werden die einzelnen Konzernglieder als eigenständige Rechtssubjekte betrachtet, die primär ihre Eigeninteressen und nicht Interessen des Konzerns wahrzunehmen haben⁵⁹. Im Rahmen dieses vom Gesetzgeber vorerst noch nicht gelösten Konflikts bedürfen die Weisungen der Ober- an die Untergesellschaft eines rechtlichen Fundaments, das wie dargelegt im Vertragsrecht gefunden werden kann. Rechtsprechung und Literatur haben allerdings immer wieder versucht,

⁵⁵ Im weitesten Sinne könnte man daher von einem sogenannten *Rahmenvertrag* sprechen (vgl. zum Fragenkreis des Rahmenvertrages etwa HANS CASPAR VON DER CRONE, *Rahmenverträge*, Zürich 1993).

⁵⁶ Vgl. für das Stellvertretungsrecht statt aller BUCHER (Fn. 1) 615 ff. und für das Anweisungsrecht OR-TH. KOLLER, Vorbemerkungen zum 18. Titel N 1 (je m.w.Nw.).

⁵⁷ Art. 663e Abs. 1 OR.

⁵⁸ Vgl. neben den Konzernrechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 663e ff. OR vor allen etwa BGE 120 II 331 ff. (Swissair-Fall) und 116 Ib 331 ff. (SKA-Fall).

Diese Bestimmungen und Urteile haben den Schutz Dritter im Auge und betreffen mithin das *Konzernausserrecht*. Für das *Konzerninnenrecht* kann daraus m.E. nichts abgeleitet werden (a.M. von BÜREN/BRECHBÜHL [Fn. 9] 547).

⁵⁹ Vgl. zu diesem Konflikt eindrücklich etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 25) 935 ff.

die Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften als etwas Eigenständiges, ausserhalb des Vertragsrechts Liegendes zu qualifizieren. So hat etwa das Bundesgericht in einem Warenumsatzsteuerfall das Vorliegen von Mietverträgen zwischen Konzerngesellschaften mit der Begründung verneint, die den Konzern beherrschenden Leiter würden einseitig zu Gunsten und zu Lasten der ihnen gehörenden Gesellschaften Anordnungen treffen⁶⁰. Und im Zusammenhang mit den – in der Literatur allerdings höchst umstrittenen – (steuerrechtlichen) Transponierungsfällen hat es gar den Begriff des *konzernrechtlichen Verfügungsgeschäfts* geprägt⁶¹. Auch in der Literatur wurde vereinzelt die These vertreten, gewisse «Verträge» zwischen Konzerngesellschaften, insbesondere sogenannte «Konzernverträge», seien nur in einem formellen Sinne Verträge, eigentlich aber bloss «verbandsinterne Abreden», auf welche die Regeln über die Verträge überhaupt nicht oder nur unter Vorbehalt angewandt werden könnten⁶².

Diese Überlegungen müssten – konsequent weitergedacht – dazu führen, Weisungen der beherrschenden an die abhängige Gesellschaft als ein *besonderes konzernrechtliches Lenkungsinstrument* zu betrachten, welches von den gängigen privatrechtlichen Kategorien nicht erfasst wird. Letztlich wollen wohl auch verschiedene Autoren, die am BGE vom 9.5.1995 Kritik geübt haben, (wenn auch bloss implizite) zum Ausdruck bringen, dass ihrer Auffassung nach konzernrechtliche Weisungen ein *Instrument sui generis zur Durchsetzung der Lenkungsmacht* im Konzern darstellen⁶³. In Anlehnung an SHAKESPEARE könnte dann gesagt werden: «Es gibt mehr konzernrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Himmel und Erde, als sich die zivilistische Schulweisheit träumen lässt.»

Die Zukunft wird weisen müssen, ob sich diese Betrachtungsweise durchsetzen und zu sachgerechten Lösungen konzernrechtlicher Fragestellungen führen wird. Dabei müssten allerdings die Auswirkungen einer derartigen rechtlichen Würdigung konzerninterner Weisungen auf verschiedene Bereiche des Privatrechts und (vor allem) des Steuerrechts sorgfältig geprüft werden.

⁶⁰ ASA 46 129/130 E. 3b. In späteren Fällen hat es diese Auffassung allerdings wieder in Zweifel gezogen und die zu beurteilende Steuerfrage anders entschieden (BGE 110 Ib 228 E. 4d = ASA 55 72 E. 4d; ASA 49 502 E. 3b, m.w.Nw.).

⁶¹ ASA 42 397/398 E. 2; PETER LOCHER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983, 223; PETER BÖCKLI, Die Transponierungstheorie, Überlegungen zur neueren Bundesgerichtspraxis bei Sachwertbringungen und zur «wirtschaftlichen» Betrachtungsweise, ASA 47 31 ff., spez. 50; ERNST HÖHN, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, ASA 46 145 ff., spez. 153; ders., «Videant iudices» ..., ASA 56 463 ff., spez. 476; PETER AGNER, Spiegel der Rechtsprechung, ASA 56 291 ff., spez. 298; MARCUS DESAX, Von der Methodologie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Steuerrecht, ASA 60 31 ff., spez. 40.

⁶² ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 OR N 68; anders für den «Konzernvertrag» nun aber klar OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 ff. N 507 ff.

⁶³ In diesem Sinne wohl etwa DRUEY (Fn. 9) und VON BÜREN/BRECHBÜHL (Fn. 9).

4. Beurteilung des Ausgangsfalls

Wendet man die vorstehenden Überlegungen auf den hier besprochenen Fall an, so gibt es – um mit Druey zu sprechen – kein Argument, mit dessen Hilfe ein Auftragsverhältnis a priori von der Hand gewiesen werden kann⁶⁴. Die Z Inc. als kleine panamesische Gesellschaft mit einer Bilanzsumme von rund 15 Mio. US\$, eigenen Mitteln von 6 Mio. US\$ und einem jährlichen Reingewinn von 1 Mio. US\$ war in keiner Weise in der Lage, aus eigener Kraft für rund 1 Milliarde SFr. Aktien zu erwerben⁶⁵. Sie konnte nur dank der beträchtlichen finanziellen Zuwendungen anderer Konzerngesellschaften sowie dank der Garantien der Mutter gegenüber den Banken die Aktien der Y kaufen. Ausserdem benötigte sie für den geplanten Erwerb der weiteren Aktien (welcher dann in der Folge scheiterte) Garantien der Konzernmutter im Umfang von zusätzlichen ca. 4 Milliarden SFr.⁶⁶. Die Z Inc. hätte das fragliche Geschäft daher nicht nur ohne Hilfe der Konzernmuttergesellschaft gar nicht abwickeln können, sondern diese Aktienakquisition lag – da sie in keinem vernünftigen Verhältnis zu ihren eigenen finanziellen Möglichkeiten stand – auch gar nicht in ihrem Interesse. Bei einer so schmalen Eigenmittelbasis einen Aktienerwerb von derart gigantischem Ausmass auf eigene Rechnung zu tätigen, wäre geradezu krass sorgfaltswidrig gewesen⁶⁷. Die Z Inc. hat denn auch unbestrittenermassen nicht in eigenem Interesse, sondern im Interesse der Konzernmutter (und auf deren Anordnung hin) gehandelt, wobei eines der Motive für diese Vorgehensweise u.a. das Bestreben der Konzernmutter nach Geheimhaltung der Transaktion gewesen ist⁶⁸. Sämtliche wirtschaftlichen Risiken dieser Transaktion mussten offenkundig von der X AG getragen werden. Denn zum einen hätte die Z Inc. gar nicht über ein genügendes eigenes Haftungssubstrat verfügt, um allfällige Verluste verkraften zu können, und zum andern hätte die X AG die Z Inc. in einem Verlustfall im Sinne von Art. 402 Abs. 1 OR von ihren Verbindlichkeiten gegenüber Dritten entbinden bzw. auf die Rückzahlung der geleisteten Vorschüsse verzichten müssen, da sie sonst gegen das Prinzip der *Wahrung des Integritätsinteresses der abhängigen Gesellschaft*⁶⁹ verstossen hätte. Würde man ein Auftragsverhältnis verneinen, so läge in casu eine

⁶⁴ DRUEY (Fn. 9) 239.

⁶⁵ Die Behauptung der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich in ihrem Entscheid vom 10.9.1992, die Z Inc. hätte das Geschäft durch Verpfändung des Kaufobjekts auch ohne Unterstützung der Konzernmutter recht weitgehend selber finanzieren können (a.a.O., E. 2c bb bbb), ist nicht überzeugend. Es ist kaum anzunehmen, dass ein Geldgeber (z.B. eine Bank) bei einer derart schmalen Kapitalbasis der Z Inc. im Rahmen einer allfälligen Verpfändung der gekauften Aktien einen Kredit ohne grosse Sicherheitsmarge eingeräumt hätte.

⁶⁶ BGE vom 9.5.1995, E. 4a in fine (StE 1995 B 72.11 Nr. 3 Seite i).

⁶⁷ Art. 717 OR.

⁶⁸ Ein weiterer Grund für diese Vorgehensweise war offenbar auch das Bestreben des Konzerns, eine Steuerersparnis zu erzielen (vgl. dazu den Sachverhalt im Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission Zürich vom 10.9.1992, StE 1995 B 72.11 Nr. 3 Seite a).

⁶⁹ Vgl. zu diesem Prinzip etwa OR-SCHLUEP/AMSTUTZ, Einleitung vor Art. 184 ff. N 512.

Einmischung der Konzernmutter in die Geschäftsführung ihrer Tochter vor, welche klar gegen das aktienrechtliche Trennungsprinzip verstossen würde und unter Umständen massive konzernrechtliche Haftungsfolgen hätte auslösen können⁷⁰. Unter diesen Umständen lässt sich bei einer umfassenden Betrachtung des Vorgangs von aussen die Rechtsbeziehung zwischen der X AG und der Z Inc. ohne weiteres als Auftrag deuten. Denn was anderes als ein Auftrag kommt in Betracht, wenn ein Rechtssubjekt dergestalt *in fremdem Interesse und auf fremde Rechnung* handelt, sofern man nicht zum dogmatisch noch nicht gefestigten «konzernrechtlichen Lenkungsinstrument sui generis» Zuflucht nehmen will?

V. Schluss

Dass die Konzernwirklichkeit von komplexer Natur ist, ist seit langem eine Binsenweisheit. Die Möglichkeiten der herrschenden Gesellschaft zur Einflussnahme und Willensdurchsetzung gegenüber den abhängigen Gesellschaften im Konzerninnenverhältnis sind faktisch vielfältig. VON BÜREN hat dies ebenso plastisch wie treffend folgendermassen ausgedrückt: «Ein Wunsch, eine Empfehlung, ja ein blosser Hinweis der Konzernleitung ist den Leitungsorganen der abhängigen Gesellschaft Befehl.»⁷¹ Die rechtliche Qualifikation solcher «Befehle» bereitet im geltenden Recht indessen Schwierigkeiten; einfache Lösungen bieten sich nicht in allen Fällen an⁷².

Die von verschiedenen Autoren erhobenen Einwendungen gegen die vom Bundesgericht getroffene Annahme, zwischen der X AG und ihrer Tochtergesellschaft Z Inc. habe ein Auftragsverhältnis bestanden, sind aus den dargelegten Gründen nicht überzeugend. Geprägt ist diese Kritik letztlich von einer – auch sonst weitverbreiteten – Grundhaltung, die *das Steuerrecht als eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts* auffasst⁷³. Diese Grundhaltung ist indessen fragwürdig, liegt doch ein Teil der Schuld für zahlreiche als unerwünscht betrachtete Immissionen des Steuerrechts auf das Privatrecht und insbesondere auf das Gesellschaftsrecht bei den Privatrechtlern selbst, die vielfach allzu willfährig steuerlich veranlasste Konstruktionen akzeptiert und teilweise sogar gefördert haben⁷⁴. Eine gewisse Zurückhaltung der Privat-

⁷⁰ Vgl. zur Haftung der Konzernmutter bei Einmischung in Tochterbelange ausführlich etwa HOFSTETER (Fn. 2) 69 ff.

⁷¹ VON BÜREN (Fn. 26) 52.

⁷² Im gleichen Sinn wie hier wohl auch DRUEY (Fn. 9) passim.

⁷³ Vgl. zu diesem Problembereich insgesamt etwa die ausserordentlich interessanten und aufschlussreichen Ausführungen von BRIGITTE KNOBBE-KEUK, *Das Steuerrecht – eine unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?*, Rechtsordnung und Steuerwesen Band 4, Köln 1986.

⁷⁴ Eindringlich zu diesem Fragenkomplex insgesamt etwa BERNHARD GROSSFELD, *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft Nr. 130, Heidelberg und Karlsruhe 1977; KNOBBE-KEUK (Fn. 73) 5; TH. KOLLER (Fn. 1) 120 ff.

rechtler in der «wohlwollenden» Beurteilung von faktischen Vorgängen im Wirtschaftsleben ist daher durchaus geboten.

Der hier diskutierte Entscheid darf in seiner Bedeutung allerdings nicht überbewertet werden, hat er doch letztlich nur – aber immerhin – in einem besonders gelagerten Fall eine konzernsteuerrechtliche Frage zum Gegenstand, die eine gewisse Brisanz aufweist, weil unter anderem eine weltbekannte Steueroase involviert ist. Dessen ungeachtet zeigt dieses Urteil einmal mehr, dass an sich eine gesetzliche Regelung des Konzernrechts notwendig wäre⁷⁵. Eine Kodifikation des Konzernrechts (und dabei insbesondere des *Konzernverfassungsrechts*⁷⁶) müsste allerdings auch internationalprivatrechtliche und vor allem steuerrechtliche Bereiche umfassend miteinbeziehen und könnte daher auf nationaler Ebene kaum sinnvoll erfolgen⁷⁷. Selbst eine auf das *Konzernsteuerrecht* beschränkte gesetzliche Regelung, die es erlauben würde, Fälle wie den vorliegenden sachgerecht zu behandeln, müsste global angegangen werden (was im Hinblick auf die zahlreichen Steueroasen jedoch praktisch unmöglich wäre). Aus diesem Grunde wird eine solche Kodifikation wohl kaum je realisiert werden.

⁷⁵ Vgl. ähnlich auch die beiden Referate am Schweizerischen Juristentag 1980 (RUEDIN [Fn. 26] 147ff. und DRUEY [Fn. 26] 273 ff.). Kritisch demgegenüber Schlussbericht der Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», hrsg. vom Bundesamt für Justiz, Bern 1993, 69 ff.

⁷⁶ Siehe zu diesem Begriff HOFSTETTER (Fn. 2) 130, m.Nw.

⁷⁷ Gegen einen «helvetischen gesetzgeberischen Pionierakt» (Ausdruck nach BÖCKLI [Fn. 21] N 1178) auch Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht» (Fn. 75) 77/78.