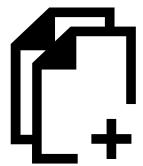


Z S i S)



UNTERLAGEN





Institut für Schweizerisches
und Internationales Steuerrecht

Fallbeispiele

Abgrenzung Lohn/Dividende bei Mitarbeiteraktionären

Natalie Dini

MLaw, LL.M. Taxation, Partnerin Tax Partner AG

Barbara Stötzer

Rechtsanwältin, dipl. Steuerexpertin, Partnerin rabaglio schär ag

ISIS)-Seminar 21/304

Mitarbeiterentschädigungen im Steuer- und Sozialversicherungsrecht

Nottwil, 13./14. September 2021

Inhaltsverzeichnis

Fall 1: Dividende vs. Lohn (Grundfall)	3
Fall 2: Substanzdividende (Abwandlung zu Fall 1)	4
Fall 3: Asymmetrische Dividenden	5
Fall 4: Geldwerte Leistungen	6
Fall 5: Lohnverzicht.....	7

Fall 1: Dividende vs. Lohn (Grundfall)

X und Y sind Ärzte und betreiben über die ihnen je zu 50% gehörende Medikus AG eine Hausarztpraxis. Ausser den zwei Aktionären arbeiten in der Praxis noch zwei angestellte Ärzte und diverse Praxisassistentinnen.

Im 2021 möchten X und Y (für den Abschluss 2020) sich die gesamten offenen Reserven, die aus dem Jahresgewinn 2020 bestehen, als Dividenden von jeweils CHF 500'000 auszahlen.

Weitere Zahlengrundlagen:

- Vermögenssteuerwert per 31.12.2020: CHF 2'000'000
- Lohn X und Y jeweils CHF 120'000, Pensum 100%
- Lohn A (angestellter Arzt, 70%) CHF 110'000
- Lohn B (angestellte Ärztin, 100%) CHF 160'000

Fragen

1. Könnte die Ausgleichskasse die Aufteilung zwischen Lohn und Dividende beanstanden?
2. Was sind die Steuerfolgen einer (sozialversicherungsrechtlichen) Umqualifizierung von Dividenden in Lohn auf Stufe Gesellschaft und Aktionär?
3. a. Wie könnte die sozialversicherungsrechtliche Beanstandung vermieden werden?
b. Hilft es, wenn X und Y den gesamten Gewinn als Lohn beziehen?

Fall 2: Substanzdividende (Abwandlung zu Fall 1)

X und Y sind ein Ehepaar. Sie haben die Praxis vor 10 Jahren (2011) übernommen. Sie haben in den Jahren 2014 bis 2018 stets einen Lohn von über CHF 250'000 bezogen. X und Y haben sich, obwohl dies bei einem Jahresgewinnen von bis zu CHF 200'000 möglich gewesen wäre, aber nie Dividenden ausgezahlt. Ab 2019 reduzieren sie ihren Lohn auf CHF 120'000. Ende 2020 zeichnet sich ein baldiger Verkauf der Praxis ab. Um die Gesellschaft im Hinblick darauf zu erleichtern, möchten X und Y im 2021 für das Geschäftsjahr 2020 eine Dividende von CHF 1'000'000 ausschütten.

- Vermögenssteuerwert per 31.12.2020: CHF 2'700'000
- Lohn X und Y jeweils CHF 120'000, Pensum 100%; früher CHF 250'000 (bei weitestgehend gleicher Tätigkeit)
- Lohn A (angestellter Arzt, 70%) CHF 110'000
- Lohn B (angestellte Ärztin, 100%) CHF 160'000

Frage

- Darf die Ausgleichskasse Lohn aufrechnen?

Fall 3: Asymmetrische Dividenden

An der IT-Consult AG sind A, B, C und D beteiligt. A und B haben damals die Gesellschaft gegründet und halten je 30%, B und C sind erst später hinzugekommen und halten je 20%. Alle vier beziehen Löhne, die einiges über dem gemäss Salarium ermittelten Lohn liegen und welche auch im Branchenvergleich eher überdurchschnittlich erscheinen.

Per 31.12.2020 betrug der Vermögenssteuerwert CHF 4'000'000; der Jahresgewinn 2020 belief sich auf CHF 420'000. Im 2021 beschlossen die Aktionäre für das Geschäftsjahr 2020 eine Dividende von CHF 400'000 auszuschütten. Diese Dividende wurde wie in den Vorjahren allerdings nicht nach Massgabe des Aktienbesitzes ausgeschüttet, sondern gemäss einem intern vereinbarten Gewinnbeitragsschlüssel. So erhalten A und B einen höheren Anteil am Gewinn, weil die Lizenzentgelte der Gesellschaft aus einem von A und B vor der Gründung selbst programmierten Programm eingerechnet werden.

Fragen

1. Ist eine solche asymmetrische Dividende handelsrechtlich erlaubt?
2. Was sind die Steuerfolgen einer asymmetrischen Dividende?
3. Wie sieht es sozialversicherungsrechtlich aus?

Fall 4: Geldwerte Leistungen

A ist Alleinaktionär der Networking AG. Nach einigen Jahren mit Verlusten erzielt er in dieser Gesellschaft endlich hohe Umsätze und Gewinne. Um diese zu erzielen, reist er viel, trifft sich mit Kunden und pflegt mit grossem Aufwand sein Netzwerk. Er bezieht aus der Gesellschaft einen im Verhältnis zum Umsatz recht niedrigen Lohn und keine Dividende. Bei einer steuerlichen Buchprüfung fallen dem Revisor insbesondere die hohen Reise- und Repräsentationsspesen auf, ausserdem bemängelt er die Kosten eines rein privat genutzten Fahrzeugs. Steuerlich wird ein Teil der Spesen als Aufwand nicht zum Abzug zugelassen. Insgesamt werden rund CHF 700'000 aufgerechnet, da die Steuerbehörde eine verdeckte Gewinnausschüttung an A annimmt. A akzeptiert die Verfügung und die Busen zähneknirschend, weil er arg im Stress ist und nicht die Kapazität hat, der Steuerbehörde detailliert die Aufwände und ihre Begründetheit aufzuschlüsseln.

Kurze Zeit später erhält die Networking AG eine Verfügung der Ausgleichskasse, in der die aufgerechneten Spesen als Lohn betrachtet und nachträglich AHV-Beiträge darauf erhoben werden. A wundert sich, da nach Auskunft seines Treuhänders bei einem Vermögenssteuerwert von über CHF 10 Mio. (aufgrund der hohen Gewinne) der niedrige Lohn selbst bei einer Dividende von CHF 1 Mio. nicht zu beanstanden wäre.

Frage

- Darf die Ausgleichskasse Lohn aufrechnen?

Fall 5: Lohnverzicht

Die Schwestern X und Y haben gemeinsam ein neues Produkt im Bereich der Kosmetik entwickelt und gründen Ende 2019 zusammen die Z GmbH, bei welcher sie als Geschäftsführerinnen angestellt sind. Zwecks Finanzierung der ersten Start-Up-Phase haben sie einen Grossteil ihres Ersparnen in die GmbH eingebracht und beschlossen, sich während der ersten 1-2 Jahre keine Entschädigung zu bezahlen. In den Geschäftsjahren 2019 und 2020 erzielt die GmbH noch keine Gewinne und entsprechend werden auch keine Dividenden ausgerichtet. Erst im Verlauf des Jahres 2021 zeichnen sich erste Gewinne ab und die Schwestern erhalten ein Angebot, die GmbH für CHF 1 Mio. an einen Konkurrenten zu verkaufen. Im Rahmen des Verkaufsvertrages verpflichten sich die Schwestern, für eine Dauer von mindestens zwei Jahren weiterhin für die GmbH tätig zu sein.

Fragen

1. Erzielen X und Y beim Verkauf ihrer GmbH-Anteile einen steuerfreien Kapitalgewinn (ohne Berücksichtigung Aspekt der indirekten Teilliquidation) oder könnte ein Teil des Kapitalgewinns in steuerbaren Lohn umqualifiziert werden?
2. Was sind die sozialversicherungsrechtlichen Folgen?



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement des Innern EDI
Bundesamt für Sozialversicherungen BSV

Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML)

Gültig ab 1. Januar 2019

Stand: 1. Januar 2021

318.102.02 d WML

11.20

2. Teil: Arten der Entgelte und ihre beitragsrechtliche Behandlung

I. Lohnbestandteile

1. Grundlohn, Entschädigungen und Zulagen mit Lohncharakter (Art. 7 AHVV)

- 2001 Grundlohn, Entschädigungen und Zulagen mit Lohncharakter gehören zum massgebenden Lohn, soweit sie nicht Unkosten darstellen (vgl. dazu Rz 3001 ff.). Dies betrifft na-mentlich:
- 2002 – Zeit- und Stücklohn, Akkordlohn, Provisionen und Prä-mien (z.B. für gute Vorschläge, Leistungs- und Risiko-prämien);
– Zusätzlicher Monatslohn (z.B. 13. Monatslohn);
– Gratifikationen (z.B. Treueprämie, Dienstaltersge-schenk);
– Entschädigungen zum Ausgleich der mit der Funktion oder dem Arbeitsort verbundenen Inkovenienzen wie:
– Entschädigungen für Überzeit-, Sonntags-, Nacht-²⁷ und Schichtarbeit²⁸ oder Reisezeit und Stellvertretung;
– Zulagen für Arbeit im Wasser, Schlamm oder Staub sowie unter Tage;
– Zuwendungen für Schulgelder für Kinder von Arbeit-nehmenden, die eine Privatschule besuchen²⁹;
– Entschädigung für Wohnsitzwechsel (notwendig ge-wordener Verkauf des Autos oder der Möbel, Vertrags-brüche, Unkosten im Zusammenhang mit der Woh-nungssuche etc.)³⁰. Für Umzugsentschädigungen vgl. Rz 3003;

²⁷ 23. Juni 1986 ZAK 1987 S. 359 –

²⁸ 2. August 1978 ZAK 1978 S. 544 –

²⁹ 10. März 1987 ZAK 1988 S. 30 –

5. Mai 1988 ZAK 1989 S. 151 –

9. Mai 2001 AHI 2001 S. 218 –

³⁰ 5. Mai 1988 ZAK 1989 S. 151 –

- Orts- und Teuerungszulagen (zum Ausgleich erhöhter Lebenshaltungskosten am Arbeitsort). Zum massgebenden Lohn gehören auch Zuschüsse der Arbeitgebenden an die Wohnungsmiete.

- 2003 Entscheidend für die Zuordnung zum massgebenden Lohn ist der Charakter der Vergütung und nicht die von den Arbeitgebenden verwendete Bezeichnung.
- 2004 Die Arbeit ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit, fern vom Wohnort oder unter erschweren Umständen, kann besondere Auslagen für Verpflegung, Unterkunft oder Kleidung usw. verursachen. Ob die Zulagen dazu dienen, die Unkosten der Arbeitnehmenden zu ersetzen, muss von Fall zu Fall aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse entschieden werden (vgl. Rz 3001 ff.). Im Zuständigkeitsbereich der SUVA kann im Allgemeinen von deren Feststellungen ausgegangen werden.

2. Ferien-, Feiertags- und andere Absenzentschädigungen (Art. 7 Bst. o AHVV)

- 2005 Entschädigungen für Ferien, Feiertage und Abwesenheit aus wichtigen Gründen (Heirat, Eintragung der Partnerschaft, Geburt, Todesfall, Umzug) gehören zum massgebenden Lohn.
- 2006 Die Vergütungen können in ordentlichem Lohn für nicht geleistete Arbeit oder in besonderen Absenzentschädigungen bestehen.

3. Gewinnbeteiligungen

- 2007 Gewinnbeteiligungen der Arbeitnehmenden gehören grundsätzlich zum massgebenden Lohn.

- 2008 Beteiligungen der Arbeitnehmenden am Gewinn der Arbeitgebenden (z.B. als Gewinnanteile bezeichnet) gehören zum massgebenden Lohn, soweit sie den Zins für eine allfällige Kapitaleinlage übersteigen³¹ (für stille Teilhabende s. die WSN; für die Gewinnbeteiligung der Kommanditäre vgl. Rz 4002).
- 2009 Die Verzinsung einer allfälligen Kapitaleinlage richtet sich nach dem zwischen den Parteien vereinbarten Zinssatz. Fehlt eine solche Vereinbarung oder erscheint der vereinbarte Zinssatz im Hinblick auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten als übersetzt, so sind die jeweils gültigen Zinssätze für Betriebskredite gemäss Rundschreiben [«Steuerlich anerkannte Zinssätze 20xx für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken»](#) der Eidgenössischen Steuerverwaltung heranzuziehen.

3.1 Zuwendungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person

3.1.1 Grundsatz

- 2010 Zuwendungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person an ihre Arbeitnehmenden, die gleichzeitig an der Gesellschaft beteiligt sind, gehören unbekümmert der verwendeten Bezeichnung zum massgebenden Lohn, wenn das *Arbeitsverhältnis* den ausschlaggebenden Grund für deren Ausrichtung bildet³². Für die Entgelte, die einer versicherten Person als Organ einer juristischen Person zukommen, siehe Rz 2049 ff.

³¹	30.	Januar	1951	ZAK	1951	S.	361	EVGE	1951	S.	99
	19.	Oktober	1951	ZAK	1951	S.	493	–			
	7.	September	1954	ZAK	1954	S.	428	EVGE	1954	S.	182
	28.	September	1956	ZAK	1956	S.	474	EVGE	1956	S.	164
	31.	Dezember	1963	ZAK	1964	S.	296	–			
³²	20.	August	1969	ZAK	1970	S.	68	EVGE	1969	S.	143
	29.	Dezember	1972	ZAK	1973	S.	570	–			
	1.	März	1977	ZAK	1977	S.	377	BGE	103	V	1
	6.	September	1977	ZAK	1978	S.	179	–			
	3.	August	1988	ZAK	1989	S.	147	–			

- 2011 Nicht zum massgebenden Lohn gehören dagegen geldwerte Leistungen einer juristischen Person an ihre Arbeitnehmenden, die gleichzeitig an der Gesellschaft beteiligt sind, soweit die Beteiligungsrechte den Grund für die Auszahlung darstellen³³. Dies betrifft namentlich die Dividenden und den Wert allfälliger Bezugsrechte.

3.1.2 Teilweise Aufrechnung von Dividenden als massgebender Lohn

- 2012 Wegen der Teilbesteuerung ausgeschütteter Gewinne gemäss [Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG](#) sind unter bestimmten Voraussetzungen Dividenden und ähnliche Ausschüttungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person an Arbeitnehmende mit gesellschaftlichen Beteiligungsrechten teilweise als massgebender Lohn zu betrachten.
- 2013 Grundsätzlich ist von der durch die Gesellschaft vorgenommenen und von den Steuerbehörden akzeptierten Aufteilung zwischen Dividenden und Lohn auszugehen. Davon ist nur abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. eingesetztem Vermögen und Dividende besteht³⁴.
- 2014 Bei der Beurteilung, ob ein offensichtliches Missverhältnis vorliegt, muss einerseits eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit, andererseits ein angemessener Ertrag für das investierte Kapital zugrunde gelegt werden³⁵.

	22.	Februar	1989	ZAK	1989	S.	303	-			
	27.	Mai	1997	AHI	1997	S.	203	-			
	5.	Juni	2008	9C_107/2008				BGE	134	V	297
³³	20.	August	1969	ZAK	1970	S.	68	EVGE	1969	S.	143
	1.	März	1977	ZAK	1977	S.	377	BGE	103	V	1
	6.	September	1977	ZAK	1978	S.	179	-			
	10.	April	1996	AHI	1996	S.	208	BGE	122	V	178
	5.	Juni	2008	9C_107/2008				BGE	134	V	297
³⁴	5.	Juni	2008	9C_107/2008				BGE	134	V	297
³⁵	5.	Juni	2008	9C_107/2008				BGE	134	V	297
	24.	Januar	2019	9C_4/2018, 9C_18/2018				BGE	145	V	50

- 2015 Die Dividendenzahlung ist nur dann teilweise als massgebend der Lohn zu betrachten, wenn kein oder ein unangemessen tiefer Lohn und gleichzeitig eine offensichtlich überhöhte Dividende ausgerichtet wird. Eine Aufrechnung ist diesfalls bis zur Höhe eines branchenüblichen Gehalts vorzunehmen³⁶.
- 2016 Bei der Beurteilung, ob eine angemessene branchenübliche Entschädigung für die geleistete Arbeit ausgerichtet worden ist, ist namentlich Folgendes zu berücksichtigen:
- das Pflichtenheft;
 - der Verantwortungsgrad;
 - das Einbringen von Know-How;
 - besondere Erfahrungen;
 - Branchenkenntnis
 - die Art der Tätigkeit (z.B. operative Geschäftstätigkeit oder „blosses“ Verwalten von Beteiligungen bei einer reinen Holdinggesellschaft);
 - der Vergleich des aktuell ausbezahnten Lohns mit dem in den Vorjahren ausgerichteten durchschnittlichen Lohn (z.B. anhand der jährlichen Lohnausweise), um allfällige abrupte Lohnrückgänge zu entdecken;
 - die generelle Lohnentwicklung im Unternehmen;
 - der Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik ([Salarium](#));
 - falls möglich ist zudem ein Vergleich mit den an nichtmitarbeitende Inhaberinnen bzw. Inhaber von Beteilungsrechten ausgeschütteten Gewinnanteilen oder mit den Löhnen von Arbeitnehmenden ohne gesellschaftliche Beteiligung anzustellen.
- 2017 Die Angemessenheit der Dividende bemisst sich grundsätzlich in Relation zum Steuerwert der Wertpapiere (Vermögenssteuerwert)³⁷. Dieser wird von den Steuerbehörden ermittelt. Die Bewertungsmeldungen können bei der zu-

³⁶ 8. April 2015 9C_837/2014 –
³⁷ 5. Juni 2008 9C_107/2008 BGE 134 V 297

ständigen Steuerbehörde mit einer schriftlichen und begründeten Anfrage im Einzelfall oder bei den Arbeitgebern einverlangt werden.

- 2018 Dividenden von 10 Prozent oder mehr im Verhältnis zum Steuerwert der Wertpapiere sind vermutungsweise überhöht.

3.1.3 Zuwendungen, die von der Steuerbehörde dem Reingewinn zugerechnet werden

- 2019 Bei Vergütungen juristischer Personen, welche als Saläre, Verwaltungsratshonorare, Gratifikationen, Umsatzprovisionen usw. ausgerichtet und als Aufwand verbucht, von der Steuerbehörde jedoch teilweise oder ganz – weil nicht geschäftsmässig begründet ([Art. 59 DBG](#)) – dem Reingewinn zugerechnet werden, handelt es sich üblicherweise nicht um massgebenden Lohn.
- 2020 Für die Rückerstattung von Lohnbeiträgen auf Leistungen, die nicht zum Erwerbseinkommen gehören, siehe die WBB.

3.2 Mitarbeiterbeteiligungen

[Art. 7 Bst. c^{bis} AHV](#)

3.2.1 Mitarbeiterbeteiligungen, echte und unechte Mitarbeiterbeteiligungen, Bewertung und Beitragserhebungszeitpunkte

- 2021
1/21 Als Mitarbeiterbeteiligungen gelten Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft, die auf das künftige, aktuelle oder ehemalige Arbeitsverhältnis zu dieser zurückzuführen sind. Nicht als Mitarbeiterbeteiligungen gelten Aktien, die im Zeitpunkt der Gründung einer Gesellschaft erworben werden.
- 2022 Echte Mitarbeiterbeteiligungen (insbesondere Mitarbeiteraktien [vgl. Rz 2027 ff.] und Mitarbeiteroptionen

Urteilskopf

134 V 297

35. Auszug aus dem Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Firma X. AG gegen Ausgleichskasse Nidwalden (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)
9C_107/2008 vom 5. Juni 2008

Regeste

Art. 5 Abs. 1 und 2, **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG**; Dividendenauszahlungen als massgebender Lohn?

Die zur Qualifikation von Dividendenzahlungen an Verwaltungsräte entwickelte sog. "Nidwaldner Praxis" (dazu E. 2.4) berücksichtigt die steuerrechtliche Betrachtung nicht, und die darin enthaltenen Kriterien sind insofern gesetzwidrig, als sie die Angemessenheit der Dividende im Verhältnis zum Aktienkapital (statt zum Eigenkapital) bemessen. Auch beim Aktionär ist die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen (E. 2.8).

Sachverhalt ab Seite 298

BGE 134 V 297 S. 298

A. Mit Nachzahlungsverfügungen vom 18. Juni 2007 forderte die Ausgleichskasse Nidwalden von der Firma X. AG für die Jahre 2002 bis 2005 Nachzahlungen von insgesamt Fr. 50'052.65 für paritätische AHV/IV/EO-, FAK- und ALV-Beiträge samt Verwaltungskosten, zuzüglich Verzugszinsen. Sie hielt daran mit Einspracheentscheid vom 23. August 2007 fest mit der Begründung, ein Teil der vom Verwaltungsratspräsidenten Y. bezogenen Dividende sei als massgebender Lohn zu betrachten.

B. Das Versicherungsgericht des Kantons Nidwalden wies eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 17. Dezember 2007 ab.

C. Die Firma X. AG erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Nachzahlungs- und Verzugszinsverfügungen.

BGE 134 V 297 S. 299

Die Ausgleichskasse Nidwalden beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) äussert sich zum Verfahren, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen.
Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Der Sachverhalt ist in folgenden Punkten unbestritten: Y. ist Aktionär, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Firma X. AG, welche 100%-Beteiligungen an zwei Aktiengesellschaften hält. Er bezog in den Jahren 2002 bis 2004 je ein Bruttosalär von Fr. 32'103.- und eine Bruttodividende von Fr. 134'000.-, im Jahre 2005 ein Bruttosalär von Fr. 31'932.- und eine Bruttodividende von Fr. 340'000.-.

1.2 Umstritten ist der Umfang der Beteiligung von Y. an der Firma X. AG. Die Beschwerdeführerin hat vor der Vorinstanz wie vor Bundesgericht geltend gemacht, die Beteiligung von Y. an der Gesellschaft habe in den Jahren 2002 bis 2004 29,77 % betragen, im Jahre 2005 48,44 %. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zunächst diese Darstellung wiedergegeben, dann aber erwogen, es sei unbestritten und aktenmässig belegt, dass Y. an der Gesellschaft zu 70 % beteiligt sei. Die Aussage, dies sei unbestritten, ist angesichts der Darstellung der Beschwerdeführerin aktenwidrig und damit offensichtlich unrichtig. Die bei den Akten liegenden steuerrechtlichen Wertschriftenverzeichnisse stimmen mit der Darstellung der Beschwerdeführerin überein. Demgegenüber begründet die Vorinstanz ihre Annahme einer 70%-Beteiligung nicht. Diese ergibt sich offenbar nur aus einem Schreiben der Ausgleichskasse vom 13. Juni 2007, wo diese Zahl jedoch nicht nachvollziehbar begründet wird. Vermutlich resultiert sie daraus, dass im Wertschriftenverzeichnis von Y. für das Jahr 2005 nur die Anzahl der Aktien gezählt wurde, ohne dem unterschiedlichen Nennwert Rechnung zu tragen. Insgesamt erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin als zutreffend.

2. Umstritten ist, ob ein Teil der an Y. ausbezahlten Dividende als beitragspflichtiges Einkommen zu qualifizieren ist.

2.1 Gemäss **Art. 4 und 5 AHVG** sind nur auf dem Erwerbseinkommen AHV-Beiträge geschuldet, nicht aber auf dem Vermögensertrag (**BGE 122 V 178** E. 3b). Dividenden sind grundsätzlich

BGE 134 V 297 S. 300

beitragsfreier Vermögensertrag (vgl. auch Rz. 2011 der Wegleitung des BSV über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML]). Richtet eine Aktiengesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind oder Inhabern solcher Rechte nahestehen, erhebt sich bei der Festsetzung sowohl der direkten Steuer als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um Arbeitsentgelt (massgebenden Lohn) oder aber um Gewinnausschüttung (Kapitalertrag) handelt. Letztere unterliegt beim Empfänger der direkten Bundessteuer im Sinne von **Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG** (SR 642.11), da sie ihren Grund in der Aktionärseigenschaft des Empfängers hat. Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach Wesen und Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft massgebender Lohn sein; dies gilt laut **Art. 7 lit. h AHVV** (SR 831.101) namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen, welche eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (**BGE 103 V 1** E. 2b S. 4; ZAK 1989 S. 147, E. 2b, H 131/86; Pra 86/1997 Nr. 96 S. 520 f., E. 4b, H 241/96; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002, E. 4.1).

2.2 Im Lichte der gesetzlichen Grundentscheidung, wonach nur Erwerbseinkommen, nicht aber Vermögensertrag beitragspflichtig ist, muss bei der Beurteilung von Leistungen, welche eine Aktiengesellschaft an Personen ausrichtet, die zugleich Arbeitnehmer und Aktionäre sind, einerseits eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit, andererseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Dabei ist zu beachten, dass es für die Beitragspflichtigen nicht nur vorteilhaft ist, hohe Dividenden und ein tiefes Salär zu deklarieren. Dies ist zwar AHV-rechtlich günstiger, weil auf den Dividenden keine AHV-Beiträge geschuldet sind. Steuerrechtlich verhält es sich aber umgekehrt: Im Unterschied zu

BGE 134 V 297 S. 301

den Lönen stellt die Dividende bei der Gesellschaft keinen geschäftsmässig begründeten Aufwand dar, sondern unterliegt der Gewinnsteuer (**Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG; Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG; SR 642.14)**) und zugleich beim Empfänger der Einkommenssteuer, insgesamt somit einer wirtschaftlichen Doppelbelastung, welche durch die Unternehmenssteuerreform II (Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen, angenommen in der Volksabstimmung vom 24. Februar 2008) zwar gemildert (**Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG, Art. 7 Abs. 1 StHG**, je in der Fassung gemäss Unternehmenssteuerreform II), aber nicht beseitigt wurde. Die Steuerbehörden haben zu prüfen, ob eine als Lohn deklarierte Leistung in Wirklichkeit eine Gewinnausschüttung darstellt, und sie gegebenenfalls als solche aufzurechnen (Urteil 2A.742/2006 vom 15. Mai 2006, E. 5.3; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 43, E. 3, 2A.562/2004). Dabei hat die Gesellschaft einen erheblichen Ermessensspielraum; den Steuerbehörden steht es nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht (**BGE 113 Ib 23** E. 2c S. 25; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 43, E. 3, 2A.562/2004, und Nr. 44, E. 2, 2A.71/2004; BRÜLISAUER/POLTERA, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar DBG, 2. Aufl., Basel 2008, N. 99 zu **Art. 58 DBG**; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Handkommentar zum DBG, N. 102 zu **Art. 58 DBG**). Dabei ist - wie im AHV-Recht (E. 2.1), aber mit umgekehrten Vorzeichen - auf einen Drittvergleich abzustellen, d.h. es ist zu prüfen, ob die gleiche Leistung unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre (**BGE 131 II 593** E. 5.2; **BGE 119 Ib 431** E. 2b; **BGE 113 Ib 23** E. 2b S. 25; StE 2005 B 72.13.22 Nr. 44, E. 2, 2A.71/2004; RDAT 2001 I Nr. 18t S. 421, E. 3b, 2A.237/2000; BRÜLISAUER/POLTERA, a.a.O., N. 96 zu **Art. 58 DBG**; ROBERT DANON, in: Yersin/Noël [Hrsg.], Impôt fédéral direct, N. 143 zu Art. 57/58 DBG).

2.3 Während also die Steuerbehörden allenfalls eine als Lohn deklarierte Leistung als verdeckte Gewinnausschüttung qualifizieren, wenn sie einem Arbeitnehmer, der nicht zugleich Aktionär wäre,

BGE 134 V 297 S. 302

nicht erbracht worden wäre, können umgekehrt die AHV-Behörden eine als Gewinnausschüttung deklarierte Leistung als massgeblichen Lohn qualifizieren, wenn sie einem Aktionär, der nicht zugleich Arbeitnehmer

wäre, nicht erbracht worden wäre. Praxisgemäß ist es Sache der Ausgleichskassen, selbstständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Der in **Art. 23 AHVV** enthaltenen Ordnung entspricht es jedoch, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Um der Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, ausser wenn dafür ausschlaggebende Gründe vorliegen (**BGE 103 V 1** E. 2c; ZAK 1989 S. 148, E. 2c, H 131/86; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002, E. 4.2). Das gilt namentlich auch in Bezug auf die verrechnungssteuerliche Behandlung (**BGE 122 V 178** E. 3b S. 180). Ein Grund, welcher eine Abweichung von steuerrechtlicher und AHV-rechtlicher Betrachtung nahelegt, liegt namentlich darin, dass Tantieme obligationenrechtlich und steuerrechtlich als Gewinn gelten (**Art. 677 OR**; Urteil 2A.742/2006 vom 15. Mai 2007, E. 5.1; BRÜLISAUER/POLTERA, a.a.O., N. 95 zu **Art. 58 DBG**), AHV-rechtlich hingegen als massgebender Lohn (**Art. 7 lit. h AHVV**; Pra 86/1997 Nr. 96 S. 520 f., E. 4b, H 241/96). Wie in der steuerrechtlichen Betrachtung ist aber auch AHV-rechtlich von der durch die Gesellschaft vorgenommenen Aufteilung auszugehen und davon nur abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht.

2.4 Die Ausgleichskasse Nidwalden hat zur Abgrenzung von Lohn und Gewinnausschüttung seit mehreren Jahren eine Praxis entwickelt, wonach die Dividendenzahlung, das deklarierte AHV-Einkommen und ein branchenübliches Gehalt zueinander in Beziehung gesetzt werden. Soweit die Dividende eine 15%ige Verzinsung des Aktienkapitals übersteigt, wird sie als massgebender Lohn betrachtet, dies jedoch nur bis zur Höhe eines durchschnittlichen Gehalts, das aufgrund von Standardwerten bestimmt wird. Die Beschwerdegegnerin hat auch im vorliegenden Fall diese Praxis angewendet, wobei sie von einem branchenüblichen Jahreseinkommen von Fr. 120'000.- ausgegangen ist.

BGE 134 V 297 S. 303

2.5 Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich zu dieser Nidwaldner Praxis geäussert: In Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6, H 241/96 erwog es, die erwähnte kantonale Praxis sei nicht allgemein, sondern aufgrund der besonderen Situation des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Bei einem nur teilzeitlich für die Gesellschaft tätigen Geschäftsführer könnte nicht der für eine Vollzeitstelle branchenübliche Lohn von Fr. 120'000.- aufgerechnet werden. Auch hohe Dividenden seien nicht unzulässig, wenn sie gleichermassen an alle Aktionäre ausgeschüttet werden, auch an diejenigen, die nicht in der Aktiengesellschaft tätig sind. In den Urteilen des Eidg. Versicherungsgerichts H 386/99 vom 4. August 2000, H 304/00 vom 10. März 2003 und H 108/03 vom 22. Dezember 2003 wurde demgegenüber die Anwendung der Nidwaldner Praxis geschützt bei einem Alleinaktionär, Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer, der einen Lohn von ca. Fr. 37'200.- bis Fr. 48'000.- und eine Dividende von Fr. 500'000.- bezogen hatte; bei einer einzigen Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin, die ein Salär von Fr. 60'000.- bis Fr. 72'000.- und eine Dividende von Fr. 70'000.- bis Fr. 100'000.- bezogen hatte; sowie bei einem Alleinaktionär, einzigen Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer, der kein Salär, aber eine Dividende von Fr. 120'000.- bis Fr. 300'000.- bezogen hatte, zudem auch in einem Jahr, in welchem die Aktiengesellschaft einen Verlust erzielt hatte.

2.6 Das BSV führt in seiner Vernehmlassung aus, es beabsichtige im Zusammenhang mit der Unternehmenssteuerreform II diese Nidwaldner Praxis in die WML aufzunehmen. In den Mitteilungen Nr. 219 vom 31. März 2008 an die AHV-Ausgleichskassen und EL-Durchführungsstellen hat das BSV zudem diese Praxis ab sofort sinngemäss in Geltung gesetzt.

2.7 Es ist nicht zu beanstanden, wenn das BSV Weisungen erlässt (**Art. 72 Abs. 1 AHVG**), wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein offensichtliches Missverhältnis im genannten Sinne zu vermuten ist. Wie aus der zitierten Bundesgerichtspraxis hervorgeht (E. 2.5), können jedoch solche Weisungen nicht schematisch, sondern nur unter Würdigung des konkreten Einzelfalls angewendet werden (Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6, H 241/96). Zudem ist nur in begründeten Fällen von der steuerrechtlichen Betrachtung abzuweichen. In jedem Fall müssen die Weisungen gesetzes- und verordnungskonform sein.

BGE 134 V 297 S. 304

2.8 Aus der Nidwaldner Praxis bzw. dem Kreisschreiben Nr. 219 ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern dabei die steuerrechtliche Betrachtung berücksichtigt würde. Zudem sind die darin enthaltenen Kriterien insofern gesetzwidrig, als sie die Angemessenheit der Dividende im Verhältnis zum Aktienkapital bemessen. Beitragsfrei ist der (angemessene) Ertrag auf dem Vermögen. Zum Vermögen gehört beim Selbstständigerwerbenden auch das im Betrieb investierte Eigenkapital (**Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG**). Bei einer Aktiengesellschaft umfasst das Eigenkapital nicht nur das Aktienkapital, sondern auch die (offenen und stillen) Reserven (**BGE 130 II 449** E. 6.7 in Bezug auf Art. 13 Abs. 1 lit. b des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 [PüG; SR 942.20]; BRÜLISAUER/ZIEGLER, in: Zweifel/Athanas, a.a.O., N. 9 zu **Art. 65 DBG**; vgl. zu **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG** auch SVR 2006 AHV Nr. 20 S. 74, E. 4.4.2, H 132/05). Das Eigenkapital kann sehr wesentlich vom Aktienkapital abweichen. Dieses bildet keinen tauglichen Massstab für die Höhe des Eigenkapitals bzw. des investierten Vermögens. Auch

beim Aktionär ist daher die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen.

3.

3.1 Die Vorinstanz hat zum wirtschaftlichen Wert der Firma X. AG bzw. des Aktienpakets von Y. keine Aussagen gemacht und insofern den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt, so dass ihn das Bundesgericht selber feststellen kann (**Art. 105 Abs. 2 BGG**). Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde ans Bundesgericht wie bereits vor der Vorinstanz geltend, der Steuerwert der Unternehmung betrage rund 19 Mio. Franken, was der in den Akten liegenden Bewertungsmeldung der kantonalen Steuerverwaltung entspricht und nicht bestritten wird. Ausgehend von diesem Steuerwert entsprechen die Dividenden von Fr. 134'000.- (für die Jahre 2002 bis 2004) bei einem Aktienanteil von Y. von rund 30 % (E. 1.2) einem Vermögensertrag von rund 2,3 %. Die Dividende von Fr. 340'000.- für das Jahr 2005 entspricht bei einer nunmehr knapp 50%igen Beteiligung (E. 1.2) einem Vermögensertrag von rund 3,6 %. Solche Vermögenserträge können offensichtlich nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden. Etwas abweichend sind die in den Wertschriftenverzeichnissen angegebenen Steuerwerte der Aktienpakete: Sie betragen für die Jahre 2002 bis 2004 zwischen Fr. 3'339'280.- und Fr. 4'277'280.-. Die

BGE 134 V 297 S. 305

Dividende von Fr. 134'000.- entspräche damit einem Vermögensertrag von 3,1 bis 4,0 %. Für das Jahr 2005 ist im Wertschriftenverzeichnis ein Steuerwert des Aktienpakets von Fr. 5'722'500.- angegeben. Die Dividende von Fr. 340'000.- entspricht einem Vermögensertrag von 5,9 %. Auch dies kann für risikotragendes Kapital einer Aktiengesellschaft jedenfalls nicht als offensichtlich überhöht betrachtet werden (vgl. **BGE 130 II 449** E. 6.8.2 zu **Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG**; **BGE 118 II 124** E. 5 S. 128 zu **Art. 269a lit. c OR**). Für die Angemessenheit und rein gesellschaftsrechtliche (nicht arbeitsrechtliche) Motivierung der an Y. ausgerichteten Dividende spricht zudem, dass ihr Anteil an der gesamten ausgeschütteten Dividende jedenfalls für das Jahr 2005, für welches sich eine Jahresrechnung in den Akten befindet, genau dem Anteil von Y. am gesamten Aktienkapital entspricht, so dass offenbar alle Aktionäre gleich behandelt wurden (vgl. Pra 86/1997 Nr. 96 S. 519, E. 6d/cc, H 241/96).

3.2 Unter diesen Umständen könnte das weitere - grundsätzlich beachtliche - Kriterium der Angemessenheit der Entschädigung für die geleistete Arbeit höchstens dann zu einer Aufrechnung führen, wenn die ausgerichtete Entschädigung eindeutig unangemessen tief wäre. Dies kann vorliegend klar verneint werden: Denn bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Holdinggesellschaft. Typischerweise üben Holdinggesellschaften keine eigentliche Geschäftstätigkeit aus, sondern beschränken sich darauf, andere Beteiligungen zu halten. Anzeichen dafür, dass es sich bei der Beschwerdeführerin anders verhalten würde, sind keine ersichtlich. Nach dem Handelsregisterauszug besteht ihr Zweck in Erwerb, Verwaltung und Veräußerung von Beteiligungen an Unternehmen und Gesellschaften der Furnierbranche sowie in der Gründung weiterer Gesellschaften; sie kann Grundeigentum erwerben und veräussern. Die bei den Akten liegende Jahresrechnung für das Jahr 2005 weist als einzigen nennenswerten Geschäftsaufwand nebst den Buchhaltungskosten das Verwaltungsratshonorar samt AHV-Beiträgen aus. Die Tätigkeit des Verwaltungsrats beschränkt sich somit offensichtlich darauf, die Beteiligung an den zwei Tochtergesellschaften zu verwalten. Für eine solche Tätigkeit ist eine jährliche Entschädigung von rund Fr. 30'000.- für den Verwaltungsratspräsidenten nicht unangemessen tief.

3.3 Schliesslich sind die fraglichen Ausschüttungen nach Lage der Akten auch steuerrechtlich als Dividende qualifiziert worden: Es

BGE 134 V 297 S. 306

wurde darauf Verrechnungssteuer abgezogen (vgl. dazu **BGE 122 V 178** E. 4c S. 182) und sie wurden offensichtlich bei Y. als Vermögensertrag besteuert. Auch sind sie in der Erfolgsrechnung der Gesellschaft nicht als Personalaufwand, sondern als Dividende verbucht worden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie im Rahmen der Gewinnbesteuerung der Aktiengesellschaft nicht als Gewinn, sondern als geschäftsmässig begründeter Aufwand behandelt worden wären.

3.4 Die Aufrechnung als massgebender Lohn erfolgte daher zu Unrecht. Die Beschwerde ist begründet.



Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

= BGE 145 V 50 / SVR 2019 AHV Nr. 10 / Szs 2020, 148, Nr. 17

Zurück

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



9C_4/2018, 9C_18/2018

Urteil vom 24. Januar 2019

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Glanzmann, Bundesrichter Parrino, Bundesrichterin Moser-Szeless,
Gerichtsschreiberin Oswald.

Verfahrensbeteiligte

9C_4/2018
Ausgleichskasse medisuisse,
Oberer Graben 37, 9000 St. Gallen,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Gysi,
Beschwerdegegnerin,

und

9C_18/2018
A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Gysi,
Beschwerdeführerin,

gegen

Ausgleichskasse medisuisse,
Oberer Graben 37, 9000 St. Gallen,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung (Beitragspflicht),

Beschwerden gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus
vom 16. November 2017 (VG.2016.00093).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die A._____ AG ist seit dem... 2008 im Handelsregister des Kantons Glarus eingetragen und der Ausgleichskasse medisuisse, St. Gallen (fortan: Ausgleichskasse), als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Aktionäre der A._____ AG waren in den Jahren 2009 und 2010 zu je 50 % die Dres. med. B._____ und

C. _____. Beide waren zugleich als Arbeitnehmer für die Gesellschaft tätig und bezogen hiefür - bei angegebenen Pensen von 80-90 % - im Jahr 2009 Löhne von je Fr. 144'000.- und im Jahr 2010 von Fr. 144'000.- (Dr. med. B. _____) bzw. von Fr. 134'799.- (Dr. med. C. _____). Zusätzlich schüttete die A. _____ AG den Anteilsinhabern Dividenden von je Fr. 250'000.- pro Jahr aus.

A.b. Nach einer Arbeitgeberkontrolle am 8. Juni 2012 (vgl. Bericht vom selben Tag) forderte die Ausgleichskasse mit Nachzahlungsverfügungen vom 29. Dezember 2014 von der A. _____ AG für die Jahre 2009 und 2010 paritätische Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO sowie FAK samt Verwaltungskosten und Zinsen) im Gesamtbetrag von Fr. 27'315.20 (Aufrechnung von an die Praxisinhaber ausbezahlten Dividenden als beitragspflichtiger Lohn in Höhe von total Fr. 233'201). Auf Einsprache hin reduzierte sie die zugrunde liegenden Lohnaufrechnungen für die Jahre 2009 und 2010 auf insgesamt Fr. 139'457.- (Einspracheentscheid vom 29. Juli 2016).

B.

Die hiegegen erhobene Beschwerde der A. _____ AG hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus - nach Anhörung der Ausgleichskasse, welche eine Erhöhung der Aufrechnung auf total Fr. 166'800.- verlangte - mit Entscheid vom 16. November 2017 teilweise gut und änderte den Einspracheentscheid der Ausgleichskasse insoweit ab, als es die Aufrechnung auf gesamthaft Fr. 112'114.- festsetzte.

C.

Die Ausgleichskasse sowie die A. _____ AG führen (separat) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten. Erstere beantragt, die A. _____ AG sei - unter Aufhebung des angefochtenen Entscheids - zu verpflichten, Sozialversicherungsbeiträge nachzuzahlen für aufgerechnete Löhne in Höhe von insgesamt Fr. 166'800.- für die Jahre 2009 und 2010 (Verfahren 9C_4/2018). Letztere beantragt, der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus vom 16. November 2017 sei aufzuheben, soweit die Aufrechnung in Höhe von Fr. 112'114.- betreffend; der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse vom 29. Juli 2016 sowie die Verfügungen vom 29. Dezember 2014 seien vollenfänglich aufzuheben (Verfahren 9C_18/2018).

Im Rahmen des Schriftenwechsels beantragt die A. _____ AG, die Beschwerde der Ausgleichskasse (Verfahren 9C_4/2018) sei abzuweisen; diese beantragt ihrerseits die Abweisung der Beschwerde der A. _____ AG (Verfahren 9C_18/2018). Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) beantragt die Gutheissung der Beschwerde der Ausgleichskasse (Verfahren 9C_4/2018) und die Abweisung derjenigen der A. _____ AG (Verfahren 9C_18/2018). Die A. _____ AG gelangt im Verfahren 9C_18/2018 mit einer weiteren Eingabe ans Bundesgericht.

Erwägungen:

1.

1.1. Da den Beschwerden der A. _____ AG und der Ausgleichskasse der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel sich gegen den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid richten, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren (9C_4/2018 und 9C_18/2018) zu vereinigen und in einem Urteil zu erledigen (**BGE 144 V 173** E. 1.1 S. 175 mit Hinweis).

1.2. Ein zweiter Schriftenwechsel findet in der Regel nicht statt (Art. 102 Abs. 3 BGG). Den Parteien wurde Gelegenheit geboten, auf die eingegangenen Antworten zu reagieren, wovon die A. _____ AG Gebrauch gemacht hat.

1.3. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt, bzw. von Amtes wegen berichtigt oder korrigiert werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 sowie Art. 105 Abs. 2 BGG). Unter Berücksichtigung der Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) prüft das Bundesgericht nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 144 V 173** E. 1.2 S. 175 mit Hinweisen).

2.

Umstritten ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie einen Teil der an die Dres. med. B. _____ und C. _____ in den Jahren 2009 und 2010 ausgeschütteten Dividenden als beitragspflichtiges Einkommen qualifizierte.

3.

3.1. Gemäss Art. 4 und 5 AHVG werden Sozialversicherungsbeiträge nur vom Erwerbseinkommen erhoben, nicht aber vom Vermögensertrag (**BGE 141 V 634** E. 2.1 S. 636; **122 V 178** E. 3b S. 179 f.; vgl. auch die Art. 3 Abs. 1 IVG, Art. 27 Abs. 2 EOG und Art. 16 Abs. 2 FamZG, die für die Beitragsbemessung auf das AHVG verweisen).

3.2. Ob eine Vergütung als reiner Kapitalertrag zu qualifizieren ist, beurteilt sich nach dem Wesen und der Funktion einer Zuwendung. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft beitragsrechtlich massgebender Lohn sein; dies gilt laut Art. 7 lit. h AHVV namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen (**BGE 141 V 634** E. 2.2 S. 636 mit Hinweisen). Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung zwischen Lohn und Dividende weichen die Behörden nur ab, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn einerseits und zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende anderseits besteht (**BGE 141 V 634** E. 2.2.1 f. S. 637). Rechtsprechungsgemäss werden deklariertes AHV-Einkommen und branchenübliches Gehalt einerseits, sowie Dividendenzahlung und Aktienwert anderseits zueinander in Beziehung gesetzt, um zu prüfen, ob ein solches Missverhältnis besteht, und zu bestimmen, ob ein Teil der ausgeschütteten Dividende als beitragspflichtiges Einkommen aufzurechnen ist (**BGE 141 V 634** E. 2.2.2 S. 637).

3.2.1. Zur Beurteilung, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn vorliegt, ist auf einen Drittvergleich abzustellen. Dabei sind alle objektiven und subjektiven Faktoren zu berücksichtigen, die bei der Entlöhnung beachtet werden, insbesondere die allgemeine Salätpolitik und die Salarierung von rang- und funktionsmäßig ähnlichgestellten Mitarbeitern und ihrer Stellvertreter; speziell sind die Stellung des Salärempfängers im Unternehmen und seine Aufgaben zu würdigen, wobei zu beachten ist, wie der Salärempfänger seine Aufgaben erfüllt, was von seiner Ausbildung, seinen Spezialkenntnissen, Begabungen, Erfahrungen und Beziehungen abhängt. Mitbestimmend sind ferner Grösse, Umsatz sowie Kapital- und Gewinnverhältnisse des Unternehmens. Ergänzend zu den innerbetrieblichen sind schliesslich die Verhältnisse in vergleichbaren Unternehmen in die Gesamtbeurteilung einzubeziehen (Urteil 9C_557/2017 vom 6. Juli 2018 E. 2.3.1 mit Hinweisen, u.a. auch auf Rz. 2011.5 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML]).

3.2.2. Die Angemessenheit des Vermögensertrags beurteilt sich nicht in Relation zum Nennwert (Nominalwert), sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien oder sonstigen Anteile (Eigenkapital einschliesslich offener und stiller Reserven; **BGE 141 V 634** E. 2.2.2 S. 637; **134 V 297** E. 2.8 S. 304). Gemäss WML ist ein Missverhältnis zu vermuten, wenn der Vermögensertrag 10 % oder mehr beträgt (Rz. 2011.7). Der Erlass einer solchen Weisung ist nicht zu beanstanden (Art. 72 Abs. 1 AHVG), sie kann jedoch nicht schematisch angewendet werden, sondern nur unter Würdigung des konkreten Einzelfalls (**BGE 134 V 297** E. 2.7 S. 303; zum Ganzen vgl. auch zit. Urteil 9C_557/2017 E. 2.3.2).

3.3. Praxisgemäß ist es Sache der Ausgleichskassen, selbständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Der in Art. 23 AHVV enthaltenen Ordnung entspricht es jedoch, dass sie sich in der Regel an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Soweit es vertretbar ist, soll eine verschiedene Einschätzung der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, dies um der Einheit und der Widerspruchlosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen (**BGE 141 V 634** E. 2.5 S. 638).

4.

4.1. Das Verwaltungsgericht erwog, ein Lohn könne nicht allein deshalb als unangemessen niedrig beurteilt werden, weil die Dividende (im Vergleich dazu) zu hoch erscheine. Dividenden über 10 % des Unternehmenssteuergewinns (recte: des Unternehmenssteuerwerts) generell als massgebenden Lohn der Beitragspflicht zu unterwerfen - wie dies die Ausgleichskasse verlange - führe zu willkürlichen Ergebnissen und komme einer neuen Steuer gleich, die insbesondere ertragsstarke Unternehmen pönalisieren würde. Sachliche Gründe zur Abkehr vom - im Einzelfall zu prüfenden - Erfordernis des kumulativen Missverhältnisses (vgl. oben E. 3.2) bestünden demnach nicht.

4.2. Die Ausgleichskasse verlangt mit ihrer Beschwerde (Verfahren 9C_4/2018) letztinstanzlich erneut, soweit auf dem eingesetzten Kapital eine Dividende von mehr als 10 % bezahlt worden sei, sei diese als beitragspflichtiges Einkommen aufzurechnen. Auf das Kriterium des Missverhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Lohn sei zu verzichten. Dieses sei "gänzlich impraktikabel und letztlich willkürlich"; es verhindere eine korrekte Abgrenzung zwischen Erwerbseinkommen und Kapitalertrag in wirtschaftlicher Betrachtungsweise und verletze damit die Rechtsgleichheit unter allen Beitragspflichtigen. Das BSV schliesst sich der von der Ausgleichskasse vertretenen Auffassung an.

4.3. Damit beantragen Ausgleichskasse und BSV eine Änderung der Rechtsprechung.

4.3.1. Eine solche lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht (**BGE 143 V 269** E. 4 S. 277 mit Hinweis). Eine Rechtsprechungsänderung muss sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäß erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Soweit BSV und Ausgleichskasse überhaupt über eine blosse Darlegung der eigenen Sicht der Dinge hinausgehen und den Begründungsanforderungen des Art. 42 Abs. 2 BGG genügen - was offenbleiben kann - legen sie jedenfalls keine Gründe dar, die eine Rechtsprechungsänderung rechtfertigen:

4.3.2. Wie bereits die Vorinstanz antönte (vgl. deren E. 4.2.2), hatte der Gesetzgeber Gelegenheit, sich mit der Frage der Umqualifizierung von Dividenden in AHV-pflichtigen Lohn - im Nachgang zur "Unternehmenssteuerreform II", welche die wirtschaftliche Doppelbelastung von Körperschaftsgewinnen und Dividenden verminderte und letztere damit für Unternehmeraktionäre attraktiver machte, im Wissen um die negativen Auswirkungen auf die AHV (vgl. dazu ausführlich etwa PAUL CADOTSCH, Unternehmenssteuerreform II: Dividenden und AHV-Beiträge, SteuerRevue 64/2009 S. 47 ff.) - zu befassen. Das Parlament behandelte eine Motion Humbel Nr. 13.3748 mit dem Titel "AHV.Sicherung des Beitragssubstrats", die auf eine AHV-Beitragspflicht für Dividenden über 10 % des Unternehmenssteuerwertes abzielte, nicht. Dies, nachdem der Bundesrat zuvor die Ablehnung beantragt und auf die Möglichkeit der Ausgleichskassen, einzelfallgerecht gegen Missbräuche vorzugehen, verwiesen hatte. Ein früheres Postulat Humbel Nr. 12.4223 "AHV.Beitragssubstrat erhalten" wurde in Zusammenhang mit der "Unternehmenssteuerreform III" abgeschrieben (Botschaft vom 5. Juni 2015 zum Unternehmenssteuergesetz III, BBI 2015 5103 Ziff. 1.2.9, 5159 Ziff. 3.1.1.5). Die in der bundesrätlichen Vorlage noch vorgesehene Erhöhung des Teilbesteuerungsmasses auf Beteiligungen sollte der Tendenz entgegenwirken, aus steuerlichen Gründen Dividenden statt Lohn zu beziehen. Das Anliegen wurde - nach Ablehnung der "Unternehmenssteuerreform III" in der Volksabstimmung vom 12. Februar 2017 (Bundesratsbeschluss vom 13. April 2017 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. Februar 2017, BBI 2017 3388 Art. 2) - mit der "Steuervorlage 17" wieder aufgenommen (Botschaft vom 21. März 2018 zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17, BBI 2017 2554 Ziff. 1.2.2.5 i.f.) und fand schliesslich im Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF), das vom Parlament am 28. September 2018 verabschiedet wurde, seinen Niederschlag (Schlussabstimmungstext: BBI 2018 6031 ff., vgl. etwa Ziff. 2 Art. 18b Abs. 1 DBG, Ziff. 3 Art. 7 Abs. 1 StHG). Wenn Ausgleichskasse und BSV das Beitragssubstrat auf dem Wege der Rechtsprechungsänderung - völlig ungeachtet der steuerlichen Betrachtung und unabhängig vom Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses (E. 3.2 hievor) - ausweiten wollen auf (fast) alle 10 % des Unternehmenssteuerwerts übersteigenden Dividendenzahlungen und damit in Kauf nehmen, dass ein und dieselben Einkünfte potenziell gleichzeitig mit Steuern (Gewinnsteuer, Einkommenssteuer, Verrechnungssteuer) und AHV-Beiträgen belastet würden (vgl. etwa ORLANDO RABAGLIO/DANIEL SCHÄR,

Geldwerte Leistungen: Praxeskalation bei Steuern und AHV, SteuerRevue 6/2018 S. 452 ff., 458), entspricht dies nach dem Gesagten offenkundig nicht dem gesetzgeberischen Willen, und mithin nicht besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks oder einer gewandelten Rechtsanschauung. Hinzu kommt, dass es dem Bundesgericht auch mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 5 Abs. 1 BV; vgl. etwa **BGE 138 I 196** [Regest]) nicht zusteht, einer vom Gesetzgeber zu Gunsten anderer Lösungsansätze nicht weiter verfolgten Gesetzesausgestaltung auf dem Wege der Rechtsprechungsänderung zum Durchbruch zu verhelfen, wie die A._____ AG richtig vorbringt (vgl. etwa auch **BGE 139 III 288** E. 2.3.3 S. 293).

5.

5.1. Zur Überprüfung der Löhne, die an die Inhaber der A._____ AG ausbezahlt wurden, berücksichtigte das kantonale Gericht verschiedene Vergleichswerte, die es wie folgt würdigte:

5.1.1. Die von der Ausgleichskasse beigezogene Studie (KILIAN KÜNZI/ SILVIA STRUB, Einkommen der Ärzteschaft in freier Praxis: Auswertung der Medisuisse-Daten 2009, in: Schweizerische Ärztezeitung 2012, S. 1371 ff.) biete - so die Vorinstanz - nur (aber immerhin) eine Approximation an die interessierenden Verhältnisse. Insgesamt könne auf die darin ermittelten Löhne (Medianeinkommen von Fr. 197'500.- für Allgemeinmediziner, von Fr. 189'600 im Fachgebiet der Inneren Medizin sowie von Fr. 190'150.- für Grundversorger) nicht ohne Weiteres abgestellt werden. Was den Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik ("Salarium") angehe, so erwiesen sich einzelne Parameter für die interessierenden Belange als ungeeignet: Beispielsweise könne als "Branche" nur das gesamte Gesundheitswesen gewählt werden und als Berufsgruppe "Akademische und verwandte Gesundheitsberufe". Mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt erscheine das "Salarium" deshalb nicht als geeignete Grundlage für die Bemessung eines branchenüblichen Lohnes.

5.1.2. Auch auf die von den Dres. med. B._____ und C._____ in den Jahren 2003 bis 2007 in selbständiger Erwerbstätigkeit erzielten "Jahreslöhne" von je Fr. 309'400.- bis Fr. 517'400.- (recte: Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit) sei nicht ohne Weiteres abzustellen. Das unternehmerische Risiko als Selbständigerwerbender sei ein grundlegend anderes als dasjenige eines Arbeitnehmers. Die Entschädigung für dessen Tragung komme nicht dem Arbeitnehmer, sondern dem Inhaber von Beteiligungsrechten per Dividende zu. Im zu beurteilenden Fall würden die "Löhne" aus unselbständiger Erwerbstätigkeit ca. 27,8 bis 43,5 % der früheren Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit betragen, was als Indiz für zu Gunsten einer überhöhten Dividende niedrig gehalte Löhne zu werten sei.

5.1.3. Aussagekräftig sei schliesslich der Vergleich mit den Löhnen anderer (ärztlicher) Mitarbeiter der A._____ AG. Relevant seien insbesondere die an den angestellten Facharzt für Allgemeine Innere Medizin Dr. med. D._____ und die angestellte Fachärztin für Innere Medizin Dr. med. E._____ bezahlten Löhne. Der Jahresbruttolohn von Letzterer habe im Jahr 2015 Fr. 168'480.- bzw. im Jahr 2016 Fr. 198'892.- betragen (je aufgerechnet auf ein Vollpensum); Dr. med. D._____ habe 2016 ein Gehalt entsprechend einem Jahresbruttolohn von Fr. 150'020.- erhalten. Dem seien die (von 85 % auf ein Vollpensum aufgerechneten) Bruttolöhne der Dres. med. B._____ und C._____ von je Fr. 169'411.75 im Jahr 2009, bzw. im Jahr 2010 von Fr. 169'411.75 (Dr. med. B._____) und Fr. 158'587.05 (Dr. med. C._____) gegenüberzustellen. Kalkuliere man zusätzlich die Geschäftsführungsaufgaben der Praxisinhaber mit ein, seien die an sie ausgerichteten Löhne ohne Weiteres als offensichtlich missbräuchlich und nicht mehr branchenüblich zu qualifizieren, zumal sie über mehr Dienstjahre als die angestellten Referenzpersonen verfügten. Dies berechtige die Ausgleichskasse grundsätzlich dazu, von der steuerrechtlichen Qualifikation abzuweichen und eine Aufrechnung vorzunehmen. Ein Einkommen von je Fr. 208'000.- (2009) bzw. von Fr. 210'000.- (2010), wie es die Ausgleichskasse für Dr. med. C._____ zugrunde gelegt habe, erscheine angemessen. Bei den Dres. med. B._____ und C._____ sei bis auf die unterschiedliche fachärztliche Ausbildung von kongruenten Verhältnissen auszugehen, weshalb sie hinsichtlich der branchenüblichen Löhne nicht verschiedenartig zu behandeln seien. Damit werde ihnen ein Einkommen angerechnet, das - jeweils bezogen auf Vollpensen - nicht massgeblich über demjenigen der Dr. med. E._____ im Jahr 2016 liege.

5.1.4. Die Differenz zwischen ausbezahlten und branchenüblichen Löhnen habe für das Jahr 2009 je Fr. 32'800.- (Fr. 208'000.- x 0.85/. Fr. 144'000.-) sowie für das Jahr 2010 Fr. 43'701.- (Dr. med. C._____, Fr. 210'000.- x 0.85/. Fr. 134'799.-) bzw. Fr. 34'500.- (Dr. med. B._____, Fr. 210'000.- x 0.85/. Fr. 144'000.-) betragen. Diese Differenzbeträge seien insoweit aufzurechnen, als im entsprechenden Jahr gleichzeitig eine überhöhte Dividende ausgeschüttet worden sei, was vermutungsweise der Fall sei, wenn die Kapitalrendite im Verhältnis zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien über 10 % liege. Die an die Dres. med. B._____ und C._____ ausgerichteten Dividenden hätten diese Grenze im Jahr 2009 je um Fr. 60'143.- und im Jahr 2010 um je Fr. 23'257.- überstiegen. Folglich seien für das Jahr 2009 je Fr. 32'800.- als beitragspflichtiger Lohn aufzurechnen, für das Jahr 2010 je Fr. 23'257.-. Die gesamthaft vorzunehmende Aufrechnung betrage damit Fr. 112'114.-.

5.2.

5.2.1.

5.2.1.1. Die A._____ AG ist der Ansicht, das kantonale Gericht sei mit dem Heranzug von betriebs internen Vergleichslöhnen ohne sachlichen Grund von der etablierten, auch vom Bundesgericht angewendeten, "Nidwaldner Drittvergleichs-Praxis" abgewichen, womit es Recht verletzt habe (Beschwerde im Verfahren 9C_18/2018).

Dabei verkennt sie die Natur des Drittvergleichs, der sich nicht nur auf Löhne in anderen Unternehmen, sondern in erster Linie auf Löhne von nicht beteiligten Arbeitnehmern desselben Unternehmens (mit vergleichbarem Pflichtenheft, Verantwortungsgrad, Know-How, Erfahrung etc.) bezieht (E. 3.2.1 hievor mit Hinweisen).

5.2.1.2. Sodann sei die Vorinstanz - so die A._____ AG in ihrer Beschwerde (Verfahren 9C_18/2018) weiter - in Willkür verfallen, indem sie in den Lohnvergleich mutwillig nur ausgewählte Löhne von bei ihr angestellten Ärztinnen und Ärzten einbezogen habe.
Das Ausklammern von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, deren Pflichtenheft, Verantwortungsgrad, Know-How,

Erfahrung etc. (vgl. oben E. 3.2.1 und Rz. 2011.5 WML) klarerweise nicht annähernd mit demjenigen der Dres. med. B. _____ und C. _____ vergleichbar sind (etwa: Assistenzärzte in der Facharztausbildung oder Medizinische Praxisassistentinnen), beruht offensichtlich auf einem sachlichen Grund und ist folglich nicht willkürlich.

5.2.1.3. Die A. _____ AG macht sodann geltend, die Vergleichslöhne (E. 5.1.3 hievor) erschienen "höher, als sie strukturell angelegt" seien, da darin auch Überstundenabgeltungen sowie Schichtzulagen enthalten gewesen seien. Diese Behauptung belegt sie indes - soweit als neue Tatsachenbehauptung überhaupt zulässig (Art. 99 Abs. 1 BGG) - in keiner Weise, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

5.2.1.4. Andere Argumente, welche die vorinstanzliche Prüfung (vorne E. 5.1) als auf offensichtlich unrichtigen Tatsachengrundlagen beruhend oder anderweitig bунdesrechtswidrig erscheinen lassen würden, bringt die A. _____ AG nicht vor. Insbesondere macht sie nicht geltend, dass sich die Sachlage (etwa: Lohnniveau, Lohnstruktur o.Ä.) zwischen den - hier zu beurteilenden - Jahren 2009/2010 und 2015/2016 massgeblich verändert hätte, und der von der Vorinstanz vorgenommene Vergleich der Löhne der Praxisinhaber in den Jahren 2009 und 2010 mit Löhnen angestellter Ärzte in den Jahren 2015 und 2016 folglich zu einem willkürlichen Ergebnis führen würde. Das Bundesgericht prüft die Verletzung verfassungsmässiger Rechte nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und qualifiziert begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Weiterungen zur zeitlichen Kongruenz der von der Vorinstanz beigezogenen Vergleichswerte erübrigen sich deshalb.

5.2.2. Nach - nicht offensichtlich unrichtiger, und für das Bundesgericht deshalb verbindlicher (Art. 105 Abs. 1 BGG) - Feststellung der Vorinstanz überschritten die in den Jahren 2009 und 2010 ausbezahlten Dividenden 10 % des Unternehmenssteuerwertes, was die A. _____ AG - wie bereits vor Vorinstanz - nicht bestreitet. Der entsprechend zur Anwendung gelangenden Vermutung eines Missverhältnisses zwischen Aktienwert und Dividende (vgl. oben E. 3.2.2) setzen sie nichts entgegen.

5.2.3. Die Aufrechnung von Dividendenzahlungen der A. _____ AG für die Jahre 2009 und 2010 als AHV-pflichtiger Lohn durch das kantonale Gericht ist demnach weder willkürlich noch sonstwie bунdesrechtswidrig.

6.

Die Beschwerden sind unbegründet.

Soweit mit der Beschwerde der A. _____ AG in der Sache 9C_18/2018 die Aufhebung der Verfügungen vom 29. Dezember 2014 verlangt wird, ist auf sie nicht einzutreten: Die ursprünglichen Verfügungen vom 29. Dezember 2014 wurden durch den Einspracheentscheid vom 29. Juli 2016 ersetzt und können folglich nicht mehr Anfechtungsgegenstand bilden (**BGE 131 V 407** E. 2.1.2 S. 411 f.).

7.

Die unterliegenden Beschwerdeführerinnen tragen die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Die Ausgleichskasse medisuisse hat zudem die A. _____ AG für das Verfahren 9C_4/2018 mit Fr. 2'400.- zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 9C_4/2018 und 9C_18/2018 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerde in der Sache 9C_4/2018 wird abgewiesen.

3.

Die Beschwerde in der Sache 9C_18/2018 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

4.

Die Gerichtskosten von insgesamt Fr. 11'000.- werden zu Fr. 6'000.- der Ausgleichskasse medisuisse und zu Fr. 5'000.- der A. _____ AG auferlegt.

5.

Die Ausgleichskasse medisuisse hat die A. _____ AG für das bунdesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'400.- zu entschädigen.

6.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Glarus und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 24. Januar 2019

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Pfiffner

Die Gerichtsschreiberin: Oswald



Optimierung von Lohn und Dividende des Unternehmers

Sozialversicherungs-, steuer- und zivilrechtliche sowie ökonomische Aspekte

LUKAS MÜLLER*

Auf den Erwerbseinkommen werden im Normalfall Sozialversicherungsbeiträge erhoben, auf Kapitalerträgen grundsätzlich nicht. Wenn der Beteiligungsrechtsinhaber in seiner Kapitalgesellschaft mitarbeitet, muss er gewisse Rahmenbedingungen beachten, damit ihm nicht nachträglich der massgebende Lohn im Hinblick auf die Sozialversicherungsbeitragspflicht aufgerechnet wird. Solche Aufrechnungen sind zu erwarten, sobald ein branchenunüblich tiefer Lohn sowie eine überhöhte Dividende an den Inhaber der Beteiligungsrechte bezahlt werden und dadurch ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Lohn und Dividendenrendite entsteht. Dieser Beitrag diskutiert Probleme, die sich mit der aktuellen Praxis ergeben, und formuliert Vorschläge, wie der Lohn und die Dividende des Unternehmers, der zugleich Arbeitnehmer und Inhaber einer Kapitalgesellschaft ist, geplant werden können.

En règle générale, les cotisations aux assurances sociales sont prélevées sur les revenus de l'activité lucrative, mais en principe pas sur les revenus de capitaux. Lorsque le titulaire de participations travaille pour sa société de capitaux, il doit respecter certaines conditions-cadre afin d'éviter que le salaire déterminant ne soit repris ultérieurement en vue de l'obligation de payer les cotisations des assurances sociales. Il faut s'attendre à de telles reprises dès lors que le titulaire des droits de participation perçoit un salaire inhabituellement bas pour la branche ainsi qu'un dividende excessif et qu'il en résulte une disproportion évidente entre le salaire et le rendement du dividende. La présente contribution aborde les problèmes en lien avec la pratique actuelle et formule des propositions pour planifier le salaire et le dividende de l'entrepreneur qui est en même temps employé et détenteur d'une société de capitaux.

Inhaltsübersicht

- I. Überblick
- II. Wirtschaftliche Doppelbelastung als Anreiz für die Lohn- und Dividendenpolitik
- III. Festsetzung des Lohns und der Dividende aus zivilrechtlicher Sicht
- IV. Lohneinkommen und Kapitalerträge des Unternehmers
 - A. Unterscheidung von Erwerbseinkommen und Kapitalertrag
 - B. Der Unternehmer setzt seinen Lohn «zu hoch» an
 - C. Offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn sowie der Dividendenrendite
 1. Ermittlung des branchenüblichen Lohns
 2. Weniger als 10% Dividendenrendite gelten als «Safe Harbor»
 3. Substanzdividenden und der Rechtsgrund der Zahlung
- V. Bewertung der Beteiligungsrechte und prozessuale Aspekte
 - A. Bereitstellung der notwendigen Finanzdaten und Bereinigung derselben
 - B. Unternehmensbewertungen
 - C. Verfahrensmaximen und Beweiswert von Unternehmensbewertungen
- VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

I. Überblick

Steve Jobs (Apple), Larry Page und Sergey Brin (AlphaBet; ehemals Google) sowie Mark Zuckerberg (Facebook) und noch einige andere illustre Unternehmer wurden mit

einem symbolischen Gehalt von bloss einem US-Dollar pro Jahr zu Milliardären; zu ihren Vermögen kamen sie dabei vor allem dank der Wertsteigerung ihrer Unternehmen.¹ Wer eine Unternehmung gründet und zugleich für sie arbeitet, sollte seine Lohn- und Dividendenzahlungen optimieren. Diese Geldflüsse sind nicht nur mit Rücksicht auf die betrieblichen Rahmenbedingungen, sondern auch im Hinblick auf die zu erwartenden Steuern und Sozialversicherungsabgaben zu planen. Falls keine Planung erfolgt, könnte dies zu einer unerwünschten Belastung durch Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge führen. In jedem Fall ist zu beachten, dass der Lohn- und der Dividendenhöhe gewisse Schranken gesetzt sind, deren Einhaltung durch die zuständige Ausgleichskasse im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle und durch die Steuerbehörden überprüft werden.²

In einer Welt ohne Steuern und Sozialversicherungsabgaben hat der Unternehmer, der sowohl Arbeitnehmer als auch Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft ist, mehrere Optionen, wie er sein Einkommen und seine Kapitalerträge maximieren kann. Er kann sich beispielsweise einen möglichst hohen Lohn auszahlen oder üppige Dividenden ausschütten. Wenn es keine Steuern und Sozialversicherungen gäbe, dann würde die Art der Auszahlung

* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen.

¹ Vgl. Wikipedia, Internet: https://en.wikipedia.org/wiki/One-dollar_salary (Abruf 7.9.2017).

² Vgl. TONI BUSSMANN/RAFAEL LÖTSCHER, Das magische Dreieck der Bezugsstrategie, TREX 2013, 79.

lung (d.h. Lohn oder Dividende) keine Rolle spielen. Eine Alternative besteht darin, die erzielten betrieblichen Einnahmen in die Unternehmung zu reinvestieren, solange sich dies für den Unternehmer vernünftigerweise lohnt. Der Unternehmer kann dann am Ende seiner Berufslaufbahn die Unternehmung verkaufen.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich hauptsächlich mit der Konstellation, in welcher der Unternehmer sowohl Arbeitnehmer als auch Gesellschafter in derselben Unternehmung ist. Es wird weiter vorausgesetzt, dass der rational handelnde Unternehmer sein Einkommen sowie seine Kapitalerträge maximieren und zugleich Steuern und Sozialversicherungsbeiträge optimieren will.³

II. Wirtschaftliche Doppelbelastung als Anreiz für die Lohn- und Dividendenpolitik

Noch vor wenigen Jahren war der Bezug von Dividenden in kleinen und mittleren Kapitalgesellschaften wenig verbreitet. Der Grund dafür lag in der wirtschaftlichen Doppelbelastung der ausgeschütteten Gewinne.⁴ Die Doppelbelastung besteht zunächst darin, dass diese Gewinne von der Gesellschaft versteuert werden und die Anteilsinhaber zusätzlich die Gewinnausschüttungen als Einkommen und die Gesellschaftsanteile als Vermögen versteuern müssen.⁵ Zur Steueroptimierung liessen sich die Anteilsinhaber unter Geltung des früheren Regimes einen möglichst hohen Lohn ausbezahlen. Dieses Vorgehen reduziert *ceteris paribus* den Gewinn und hat zur Folge, dass die Belastung durch die Gewinnsteuer geringer wird. Da bei einer Hochlohnpolitik in kleinen Verhältnissen spürbar weniger Gewinn vorhanden ist, können auch weniger Dividenden ausgeschüttet werden. Der Gesellschafter versteuert dadurch hauptsächlich den Lohn als Einkom-

men und *ceteris paribus* mildert sich die wirtschaftliche Doppelbelastung der ausgeschütteten Gewinne. Diese Lohn- und Dividendenpolitik funktioniert nicht, wenn der ausbezahlte Lohn nach Ansicht der zuständigen Behörde unangemessen hoch ist beziehungsweise dieser Lohn eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt.⁶ Das hat zur Folge, dass diese Aufwände steuerlich nicht anerkannt werden, wodurch bei gleichbleibendem Ertrag der steuerbare Gewinn grösser wird.

Obwohl in einigen Kantonen bereits vor längerer Zeit privilegierte Dividendenbesteuerungen eingeführt wurden,⁷ hat erst die Unternehmenssteuerreform II die wirtschaftliche Doppelbelastung der Gewinne auf Bundesebene erheblich gemildert.⁸ Sofern die Beteiligungsquote der steuerpflichtigen Person mindestens 10% des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft ausmacht, wird die steuerliche Doppelbelastung reduziert.⁹ Aus Sicht der AHV ist es nicht zu beanstanden, wenn sich ein Unternehmer (auf Kosten der Dividende) möglichst hohe Löhne zahlt, da für die Berechnung der Beiträge das gesamte Lohneinkommen massgebend ist.¹⁰

Seit der Einführung der Teilbesteuerung der Dividenden stellt sich für im Unternehmen tätige Anteilsinhaber unter anderem die Frage, ob es von Vorteil ist, einen tieferen Lohn zu beziehen und die Dividende entsprechend zu erhöhen, und ob durch ein solches Vorgehen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auf den Lohn- und Dividendenzahlungen eingespart werden können.¹¹ Hinzu kommt, dass der Bezug von mehr Dividende und weniger Lohn mit Blick auf die Vorsorge nicht in jedem Fall vorteilhaft ist, da niedrigere Beiträge später zu geringeren Leistungsansprüchen führen können und das Potenzial für einen freiwilligen Einkauf in die Pensionskasse abnimmt.¹²

Da mit der Einführung der Unternehmenssteuerreform II ein Verlagerungseffekt im Verhalten der Anteilsinhaber erwartet wurde, hat das Bundesamt für Sozialversiche-

³ Vgl. die Anschauungsbeispiele in BGE 141 V 634, 134 V 297 und 122 V 178; PETER BRÜLISAUER/MARCO MÜHLEMANN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 58 DBG N 307; ORLANDO RABAGLIO, Dividende statt Lohn: Ist die AHV-Verwaltungspraxis noch rechtmässig?, TREX 2015, 102 ff.

⁴ Vgl. PAUL CADOTSCH, Unternehmenssteuerreform II: Dividenden und AHV-Beiträge, Steuerrevue 2009, 47 f.

⁵ Vgl. ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern 2001, § 3 N 112; CARSTEN HOHMANN/LUKAS MÜLLER, Eigen- und Fremdkapital im Steuer- und Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: Wolfgang Schön (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Berlin/Heidelberg 2013, 632 f.

⁶ Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11); ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 332 f.; RAOUL STOCKER/ROMANA GIESEN, Repetitorium Steuerrecht, 3. A., Zürich 2017, 83 f. und 93.

⁷ Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Obwalden vom 30. Oktober 1994 (GDB 641.4); BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 230 f.

⁸ Vgl. Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG; BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 230 f.

⁹ Vgl. Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG; BGE 141 V 634 E. 2.3.

¹⁰ Vgl. Art. 4 f. AHVG; BGE 134 V 297 E. 2.1.

¹¹ Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47 ff.

¹² Vgl. Art. 7 Abs. 2 BVG, Art. 79c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG; CADOTSCH (FN 4), 47.

rungen (BSV) in Zusammenarbeit mit den AHV-Ausgleichskassen Weisungen erlassen, um diese Lohn- und Dividendenpolitik aus Sicht der Sozialversicherungen zufriedenstellend zu regeln.¹³ Diese Weisungen wurden seither in der Praxis mehrfach vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG; bzw. seit 2007 von der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts) mit verschiedenen Modifikationen geschützt.¹⁴ Die Praxis hat verschiedene Kriterien entwickelt, unter deren Geltung zu prüfen ist, wann eine ausbezahlte Dividende für den im Betrieb mitarbeitenden Aktionär als für die AHV-Beitragspflicht massgebender Lohn zu qualifizieren ist.¹⁵ Diese Kriterien werden im Folgenden im Hinblick auf die Gestaltung der Lohn- und Dividendenpolitik besprochen.

III. Festsetzung des Lohns und der Dividende aus zivilrechtlicher Sicht

Der Unternehmer muss für die Lohn- und Dividendenpolitik, auch wenn er alle Beteiligungsrechte an der Kapitalgesellschaft hält, sowohl für die Festsetzung des Lohnes als auch für die Ausschüttung der Dividende stets die zivilrechtlichen Formalitäten einhalten. Dabei gilt es, die Kapitalgesellschaft und den Unternehmer rechtlich streng auseinanderzuhalten, selbst wenn beide wirtschaftlich identisch sind. Falls dies nicht beachtet wird, können für den Unternehmer persönliche Haftungsrisiken entstehen.¹⁶

Wenn der Unternehmer mit sich und seiner Unternehmung einen Vertrag zur Erbringung einer Arbeitsleistung abschliesst, handelt es sich aus zivilrechtlicher Perspektive eher nicht um einen Arbeitsvertrag. Das ergibt sich daraus, dass es normalerweise an einem für den Arbeitsvertrag typischen Unterordnungsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft mangelt; das Bundesgericht urteilte ein solches Vertragsverhältnis als auftragsähnlich.¹⁷ Wenn ein Mitglied des Verwaltungs-

rats zusätzlich operativ in der Gesellschaft tätig ist und gegenüber dem Gesamtverwaltungsrat als Arbeitnehmer Rechenschaft ablegen muss, kann dadurch das für den Arbeitsvertrag erforderliche Unterordnungsverhältnis entstehen.¹⁸ Das Sozialversicherungsrecht betrachtet hingegen diesen Sachverhalt weitgehend unabhängig von der zivilrechtlichen Perspektive und nimmt eine eigenständige Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsratsmitglied und AG vor.¹⁹

Ein Arbeitsvertrag (und ebenso ein auftrags- oder arbeitsvertragsähnliches Verhältnis), lässt sich im Normalfall formlos vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.²⁰ Für Unternehmer empfiehlt es sich jedoch, den Vertrag betreffend die Arbeitsleistung zwischen seiner Kapitalgesellschaft und sich selbst in Schriftform festzuhalten. Dabei geht es darum, dass der Allein- oder Mehrheitsaktionär, der in der Regel auch im Verwaltungsrat sitzt, die rechtliche Form des Vertrages, der die Grundlage seiner Erwerbstätigkeit in seiner Unternehmung bildet, nachvollziehbar dokumentiert. Damit können alle Vertragsparteien problemlos beim Vollzug der Steuer- und Sozialversicherungsgesetze mitwirken.²¹ Für die jeweiligen Lohnzahlungen stellen die Lohnabrechnungen Belege für die ordnungsgemäss zu führende Buchhaltung dar.²² Die Geschäftsbücher und die Belege sind während zehn Jahren aufzubewahren.²³

Wenn mehrere Unternehmer gemeinsam Beteiligungsrechte an der Gesellschaft halten und sie im Zusammenhang mit ihrer Arbeitsleistung in der Unternehmung zusätzliche Abreden treffen wollen, etwa nachvertragliche Konkurrenzverbote oder Regelungen für das Schicksal von neu durch den Arbeitnehmer geschaffenen Immate-

¹³ Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47 ff.; vgl. insb. Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Ziff. 2011.1, 1/09 ff.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.4 und 2.8.

¹⁵ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; 134 V 297 E. 2.4; BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 2.4; EVG, Entscheid der II. Kammer, 14.3.1997, in: Pra 1997, Nr. 96, E. 6.

¹⁶ Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 2 N 43 ff.; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, Zürich 2016, § 2 N 16 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 15 N 147 ff.

¹⁷ Vgl. BGE 125 III 78 E. 4; MADELEINE SIMONEK/THOMAS GÄCHTER/KARIN MÜLLER, Unternehmensrecht I, Zürich/Basel/Genf

2013, 3. Kap. N 60; VON DER CRONE (FN 16), § 1 N 4 ff.; KATJA ROTH PELLANDA, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 2012, 74 ff.

¹⁸ Vgl. ROTH PELLANDA (FN 17), 74 ff.

¹⁹ Vgl. z.B. Art. 7 lit. h der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101); SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 61; vgl. WML, Ziff. 1016 ff., Ziff. 1028.

²⁰ Vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, § 2 N 269 ff.; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, § 9 N 31 ff.

²¹ Vgl. Art. 28 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1); Art. 126 DBG.

²² Vgl. Art. 957a OR; Art. 958f OR; SIKANDER VON BHICKNAPAHARI, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014 (zit. AUTOR, veb.ch Praxiskommentar), Art. 957a OR N 32.

²³ Vgl. Art. 958f OR.

rialgüterrechten, so ist dies schriftlich zu vereinbaren.²⁴ Zudem müssen die Informationspflichten von Art. 330b OR eingehalten werden. Der Arbeitgeber muss demnach den Arbeitnehmer, wenn das Vertragsverhältnis auf mindestens einen Monat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart wurde, spätestens einen Monat nach Arbeitsbeginn schriftlich über den Vertragsinhalt informieren. Analoges gilt bei Vertragsänderungen.²⁵

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsführung einen Vertrag zwischen der Kapitalgesellschaft und sich selbst abschliesst, folgende besonderen Aspekte zu beachten: Diese Verträge, die via Selbstkontrahierung verabredet werden, sind nur in zwei Fällen gültig: Der erste Fall besteht darin, dass ein gleich- oder ein übergeordnetes Organ der Kapitalgesellschaft den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt hat oder das Geschäft nachträglich genehmigt.²⁶ Im zweiten Fall muss nach der Natur des Geschäfts die Benachteiligungsgefahr ausgeschlossen sein, etwa wenn Leistung und Gegenleistung nach objektiven Kriterien bemessen dem Marktwert entsprechen. Bei einem Mandats- oder Arbeitsvertrag kann indes die objektive Bewertung schwierig sein. Des Weiteren ist bei Kapitalgesellschaften Art. 718b OR zu beachten.²⁷ Demnach muss in den Fällen des Selbstkontrahierens der Vertrag schriftlich abgefasst werden, es sei denn, dass es sich um Verträge des laufenden Geschäfts handelt, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000 nicht übersteigt. Dieser Ausnahmefall dürfte beim Lohn des Unternehmers kaum je eintreffen und entsprechend sind solche Verträge schriftlich abzufassen. Unter Berücksichtigung der Besonderheit des Unternehmers, der in seinem KMU arbeitet, ergibt sich somit aus dem Gesellschaftsrecht die Vorgabe, Verträge generell schriftlich zu vereinbaren. Die Verletzung der Schriftform hat grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.²⁸ Aus arbeitsvertraglicher Sicht ist auf Art. 320 Abs. 3 OR hinzuweisen: Demnach wird der nötige Vertrag beim gutgläubigen Arbeitnehmer *ex nunc* aufgehoben.²⁹ Im Übrigen besteht im Gesellschaftsrecht

die Pflicht, Leistungen der Gesellschaft an die Aktionäre, an die Mitglieder des Verwaltungsrates oder die ihnen nahestehenden Personen zurückzuerstatten, soweit diese Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.³⁰

Die Dividendenausschüttung muss bei der Einpersonen-AG oder -GmbH unter Beachtung der gesetzlichen und statutarischen Vorgaben erfolgen.³¹ Falls die Formalitäten missachtet sowie die Vermögensphären der Kapitalgesellschaft und des Unternehmers miteinander vermischt werden, entstehen Haftungsrisiken; Gläubiger müssen sich in diesen Fällen unter Umständen nicht die beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaft entgegenhalten lassen. Stattdessen können sie etwa gestützt auf den Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters zugreifen.³²

Dividenden können gemäss Art. 675 Abs. 2 OR nicht nur aus dem Reingewinn des aktuellen Jahres, sondern auch aus den «hierfür gebildeten Reserven»³³ ausgeschüttet werden; in der Praxis wird diese Form der Ausschüttung als Substanzdividende bezeichnet.³⁴

IV. Lohneinkommen und Kapitalerträge des Unternehmers

Ein Unternehmer, der in seiner eigenen Kapitalgesellschaft arbeitet, gilt – obschon er im alltäglichen Sprachgebrauch «selbstständig» ist – nach sozialversicherungsrechtlicher Terminologie grundsätzlich als unselbstständig erwerbend.³⁵ Der Unternehmer hat auf dem massgebenden Lohn aus seiner unselbstständigen Erwerbstätigkeit unter anderem die Beiträge für die erste Säule zu bezahlen. Das heisst, anhand des für die AHV massgebenden Lohns werden die Sozialversicherungsab-

²⁴ Vgl. Art. 332 Abs. 2 OR; Art. 340 Abs. 1 OR; VISCHER/MÜLLER (FN 20), § 21 N 14 ff., § 20 N 14; ROTH PELLANDA (FN 17), 78 ff.

²⁵ Vgl. Art. 330b OR.

²⁶ Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 310.

²⁷ Für die GmbH ist Art. 718b OR gestützt auf Art. 814 Abs. 4 OR anwendbar.

²⁸ Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 718b N 10 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

²⁹ Vgl. VISCHER/MÜLLER (FN 20), § 9 N 51 ff.

³⁰ Vgl. Art. 678 OR; für die GmbH vgl. Art. 800 OR. Zu den übersetzten Entschädigungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates siehe BGE 140 III 602 ff.; BSK OR II-VOGT (FN 28), Art. 678 N 15; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 118 ff.

³¹ Vgl. Art. 660 f., Art. 671 ff., Art. 675 ff. OR; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 905 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 226 ff.

³² Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 11.

³³ Art. 675 Abs. 2 OR.

³⁴ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 4.1.

³⁵ Vgl. SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 59 ff.; THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. A., Bern 2014, § 22 N 14 ff.; UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2017, 4. Kap. N 41 ff. und N 79 ff.; BGer, 9C_459/2011, 26.1.2012, E. 2.1.2; BGE 105 V 113 E. 3.

gaben (insbesondere AHV, IV, EO und ALV) ermittelt.³⁶ Die Ausführungen in den folgenden Abschnitten konzentrieren sich auf das für die AHV massgebende Einkommen, da sich die Beiträge der anderen Sozialversicherungszweige aus diesem ableiten.³⁷

A. Unterscheidung von Erwerbs- einkommen und Kapitalertrag

Nach Art. 1a AHVG sind die in der Schweiz erwerbstätigen natürlichen Personen oder diejenigen mit Wohnsitz in der Schweiz versichert.³⁸ Das Erwerbseinkommen aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bildet dabei die Bemessungsgrundlage für die AHV-Beiträge, wobei jeweils ein gewisser Prozentsatz des Lohns als AHV-Beitrag geschuldet ist.³⁹ Als massgebender Lohn gilt «jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit»⁴⁰, soweit es sich um Lohn und nicht um Unkostenersatz handelt oder soweit das Erwerbseinkommen nicht ausdrücklich von der Beitragspflicht ausgenommen ist.⁴¹ Für Kapitalerträge sind hingegen normalerweise keine AHV-Beiträge geschuldet.⁴² Erträge aus dem Kapital resultieren insbesondere aus Dividendenzahlungen oder aus der Zuteilung von Gratisaktien.⁴³

Wenn der Unternehmer, dem die Kapitalgesellschaft gehört, gleichzeitig Arbeitnehmer in derselben Gesellschaft ist, ergibt sich sowohl bei der Berechnung der Steuern als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Schwierigkeit, dass die Grenzen zwischen Erwerbseinkommen und Vermögensertrag in Fällen der «Abgaben-Optimierung» verwischen können. Die Abgrenzung des massgebenden Lohns von nicht beitragspflichtigen Kapitalerträgen kann dann im Einzelfall schwierig sein.⁴⁴ Hier ist zu prüfen, ob und inwieweit es sich bei den Auszahlungen an den Unternehmer, die in Form von Kapitalerträgen geleistet werden, tatsächlich um Entgelt für die geleistete Arbeit

statt einer Gewinnausschüttung handelt.⁴⁵ Die Gewinnausschüttung unterliegt beim Empfänger nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG der direkten Bundessteuer, da sie ihren Grund in der Aktionärseigenschaft des Empfängers hat.⁴⁶ Vergütungen, die reine Kapitalerträge darstellen, gehören grundsätzlich nicht zum für die AHV massgebenden Lohn.⁴⁷ Um die Rechtsnatur einer Zuwendung festzustellen, erfolgt die Beurteilung anhand des Wesens und der Funktion einer Zuwendung; deren Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten.⁴⁸ Das Bundesgericht wendet dabei mithilfe von Prozentregeln, die sich auf bestimmte Unternehmenskennzahlen und auf statistische Lohnvergleiche abstützen, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an.⁴⁹ Dies kann zur Folge haben, dass unter gewissen Bedingungen sogar Zuwendungen in Form von Dividenden zum AHV-beitragspflichtigen Lohn zählen, sofern diese Zahlungen ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben.⁵⁰ Im Regelfall werden Zuwendungen, die ihren Grund nicht im Arbeitsverhältnis haben, nicht als für die AHV massgebender Lohn qualifiziert; stattdessen sind dies Gewinnausschüttungen, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber gegenüber unbeteiligten Dritten unter denselben Bedingungen nicht erbringen würde.⁵¹ Zahlungen aus dem Reingewinn sind massgebender Lohn, wenn es sich um Tantiemen handelt, die an den Verwaltungsrat gezahlt werden.⁵²

Die zuständigen Behörden (und im Streitfall die Gerichte) haben zu beurteilen, ob eine Zahlung als Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren ist.⁵³ Dabei stützen sie sich auf die in Art. 23 AHVV enthaltene Ordnung ab.⁵⁴ Zudem soll ein Widerspruch von der steuer- zur sozialversicherungsrechtlichen Betrachtungsweise vermieden werden.⁵⁵

B. Der Unternehmer setzt seinen Lohn «zu hoch» an

Bevor die privilegierte Dividendenbesteuerung eingeführt wurde, haben Unternehmer ihre Löhne möglichst

³⁶ Vgl. SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 22 ff.

³⁷ Vgl. z.B. Art. 1b IVG, Art. 26 f. EOG, Art. 2 AVIG; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 26; SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 26 ff.

³⁸ Vgl. Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 5. A., Bern 2016, N 3.09 ff.

³⁹ Vgl. Art. 4 ff. AHVG.

⁴⁰ Art. 5 Abs. 2 AHVG.

⁴¹ Vgl. Art. 4 und Art. 5 AHVG; WML Ziff. 1001 f.; RIEMER-KAFKA (FN 38), N 4.28 ff.

⁴² Vgl. BGE 134 V 297; 122 V 178 E. 3b.

⁴³ Vgl. BGE 141 V 634; 134 V 297; 122 V 178 E. 3b.

⁴⁴ Vgl. KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

⁴⁵ Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

⁴⁶ Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

⁴⁷ Vgl. Art. 4 f. AHVG; BGE 141 V 634 E. 2.1. und 2.2; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

⁴⁸ Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

⁴⁹ Vgl. z.B. BGE 141 V 634; 134 V 297 E. 2.1.

⁵⁰ Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

⁵¹ Vgl. BGE 103 V 1 E. 2b; 134 V 297 E. 2.1.

⁵² Vgl. Art. 7 lit. h AHVV.

⁵³ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5.

⁵⁴ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5.

⁵⁵ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5; 103 V 1 E. 2c.

hoch und ihre Dividende möglichst tief angesetzt oder gar auf letztere verzichtet.⁵⁶ Hohe Lohnbezüge können für im Unternehmen tätige Anteilsinhaber attraktiv sein, wenn dies zu einer Erhöhung der Pensionskassensparbeiträge führt und zugleich das Potenzial für einen Einkauf in die Pensionskasse steigert oder wenn die späteren Leistungsansprüche zunehmen; wobei der Einkauf in die Pensionskasse wiederum für die versicherte Person steuerlich attraktiv sein kann.⁵⁷ Auch aus Sicht der Unternehmen kann die Auszahlung möglichst hoher Löhne anstelle von Dividenden vorteilhaft sein, da dadurch der für die Gewinnsteuer massgebliche Reingewinn sinkt. Die vorteilhafte Gestaltung der Lohn- und Dividendenpolitik zielt auch darauf ab, die wirtschaftliche Doppelbelastung zu reduzieren.

Die Steuerbehörde will mit dem Steuerrecht unerwünschte Resultate der Lohn- und Dividendenpolitik korrigieren.⁵⁸ Bei der Bewertung der Angemessenheit des Lohns prüft die Steuerbehörde insbesondere, ob das bezogene Salär geschäftsmässig begründet ist.⁵⁹ Wenn der Gesellschafter seinen Lohn für die in der Unternehmung geleistete Arbeit unangemessen hoch ansetzt, könnte allenfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen.⁶⁰ Das Bundesgericht bezeichnet verdeckte Gewinnausschüttungen als Leistungen eines Unternehmens an einen Anteilsinhaber oder an einen diesem nahestehenden Dritten, denen keine oder keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und von denen anzunehmen ist, dass sie einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten nicht oder nur in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären.⁶¹ Dabei steht jeweils die Frage der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung im Zentrum. Eine verdeckte Gewinnausschüttung darf nur dann angenommen werden, wenn Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinanderstehen.⁶² Was im konkreten Fall als offensichtliches Missverhältnis zu qualifizieren ist, muss jeweils unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.⁶³

Falls der Fiskus zum Schluss kommt, dass der bezogene Lohn unangemessen hoch angesetzt wurde und zugleich die Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt sind, verändert sich der steuerbare Gewinn: Die geschäftsmässig nicht begründbaren Lohnaufwände werden für die Ermittlung der Gewinnsteuern rückgängig gemacht. Das heisst, die steuerlich anrechenbaren Aufwände werden somit reduziert und der steuerbare Gewinn wird entsprechend grösser.⁶⁴

C. Offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn sowie der Dividendenrendite

Die Auszahlung in Form von Dividenden an den Unternehmer kann unter Umständen günstiger als die Lohnauszahlung sein, wenn der Unternehmer von der privilegierten Dividendenbesteuerung profitieren kann. Dieser Fall tritt ein, wenn die Dividenden unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung (inkl. der privilegierten Dividendenbesteuerung) für den Gesellschafter günstiger ist als die Auszahlung in Form von Lohn und die darauf erhobenen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge. Da auf Dividenden grundsätzlich keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind, lohnt es sich allenfalls für den Unternehmer, Dividenden statt Lohn zu beziehen.⁶⁵ Je niedriger der Lohn festgesetzt wird, desto geringer werden die Lohnaufwände der Kapitalgesellschaft, wodurch sich bei gleichbleibenden Erträgen der Gewinn vergrössert. Das ermöglicht es, mehr Dividenden auszubezahlen. Wenn sich der Unternehmer aber das Geld in Form von Dividenden statt Lohn ausschüttet, könnte in gewissen Fällen aus Sicht der öffentlichen Hand den Sozialversicherungen wichtige Beitragszahlungen ungerechtferterweise entgehen. Entsprechend sollen nach Ansicht des Bundesgerichts Sachverhalte, die der Umgehung der Sozialversicherungsabgaben dienen, ebenfalls von der AHV-Beitragspflicht erfasst werden.⁶⁶

Laut Bundesgericht ist aus der Perspektive der Sozialversicherungen bei der Abgrenzung zwischen Lohn und Dividende grundsätzlich von der Aufteilung auszugehen, welche die Gesellschaft gewählt hat.⁶⁷ Hiervon ist nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis sowohl zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn als auch zwischen dem eingesetzten Vermögen und

⁵⁶ Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47.

⁵⁷ Vgl. CADOTSCH (FN 4), 48.

⁵⁸ Vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 332 ff.; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 103 ff.

⁵⁹ Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 25.

⁶⁰ Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.2; BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 333 f.; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 108.

⁶¹ Vgl. BGE 138 II 57 E 2.2.

⁶² Vgl. BGE 140 II 88 E. 4.1; 138 II 545 E. 3.2.

⁶³ Vgl. BGE 138 II 57 E. 2.2 und 3.1.

⁶⁴ Vgl. HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 27.

⁶⁵ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

⁶⁶ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1.

⁶⁷ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

der ausbezahlten Dividende besteht.⁶⁸ Dabei ist stets der Rechtsgrund der Zahlung zu beachten, das heisst, ob sie aufgrund des Arbeits- oder des Gesellschaftsvertrags geleistet wird. Wenn ein offensichtliches Missverhältnis von Lohn und Dividende vorliegt und dieses nicht gesellschafts-, sondern arbeitsvertraglich motiviert ist, besteht die Gefahr einer sozialversicherungsrechtlichen Umqualifizierung der Dividende in Lohn.⁶⁹ Dabei ist Folgendes zu beachten: Wenn der ausbezahlte Lohn branchenüblich ist, besteht keine Gefahr, dass der Lohn von der AHV-Behörde aufgerechnet wird, selbst wenn eine verhältnismässig grosse Dividende ausbezahlt wird.⁷⁰ Diese Kriterien klingen zwar einfach, ihre Umsetzung in der Praxis ist aber komplex. Einerseits ist nicht leicht zu beurteilen, was als branchenüblicher Lohn gilt und andererseits ist auch die Berechnung der Dividendenrendite mit Fallstricken verbunden.

Bei der Ermittlung des massgebenden Einkommens verwenden Ausgleichskassen regelmässig die aktuelle Fassung der «Wegeleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO» (WML), die auf der Webseite des BSV zu finden ist.⁷¹

1. Ermittlung des branchenüblichen Lohns

Wenn sich ein Unternehmer einen symbolischen Franken als Lohn gibt und sich das restliche Geld beispielsweise über die Dividende auszahlen lässt, kann der umgekehrte Fall zur verdeckten Gewinnausschüttung eintreten.⁷² Die meisten Fälle sind jedoch weniger offensichtlich als diejenigen der *One-dollar-salary*-Personen. Laut Bundesgericht ist zu prüfen, «ob unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren die gleiche Leistung auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre».⁷³ Dabei ist unter anderem abzuklären, ob der ausbezahlte Lohn für ähnliche Tätigkeiten in derselben Periode am gleichen Ort und in der betrachteten Branche bezüglich Arbeitspensum gezahlt wird und ob die Bedeutung der Tätigkeit in einem branchenüblichen Verhältnis zur Entschädigung steht.⁷⁴ Die Ermittlung der Branche kann zu Abgrenzungsproblemen führen, sofern beispielsweise ein

Mitarbeiter eine branchenübergreifende Tätigkeit ausübt oder wenn sich der Arbeitsinhalt im Verlauf der Zeit verändert. Die örtliche Abgrenzung kann schwierig sein, sofern ortsübergreifende Tätigkeiten erbracht werden oder wenn unklar ist, wie gross das örtliche Einzugsgebiet für eine Stelle ist (etwa, weil eine Arbeitsleistung via Internet ubiquitär erbracht wird; z.B. Online-Handel oder das Programmieren von Apps bzw. der Verkauf ebendieser via Google Play oder iTunes Store). Des Weiteren sind die übernommene Verantwortung, die Fachkompetenz sowie die Art der Tätigkeit zu beachten.⁷⁵ Ausserdem können Mitarbeiter, die im gleichen Unternehmen eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, jedoch nicht zugleich Gesellschafter sind, als Vergleichsbasis dienen.⁷⁶ Die Behörde oder das Gericht sollte sich bei der Ermittlung des branchenüblichen Gehalts idealerweise etwa zur Ausbildung, zu den Anzahl Dienstjahren, zur Lohnentwicklung, zur Qualifizierung, zur Berufserfahrung, zum konkreten Arbeitsfeld, zu den erbrachten Leistungen, zu allfälligen Risiken und zur Aufgabenstellung äussern.⁷⁷

Wenn ein in der Unternehmung mitarbeitender Gesellschafter den gleichen Lohn hat wie ein gewöhnlicher Angestellter ohne Beteiligungsrechte, dann ist der Drittvergleich einfacher. Dies setzt aber voraus, dass beide Angestellten über ähnliche Kompetenzen, Fachkenntnisse, Tätigkeits- und Verantwortungsbereiche verfügen. Das Gleiche ist der Fall, wenn der Lohnvergleich mit einem ähnlichen Angestellten von einer möglichst ähnlichen Konkurrenzunternehmung verglichen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass möglichst ähnliche Tätigkeiten, Kompetenzen, Zeiträume sowie Verantwortungsbereiche miteinander verglichen werden, um die Branchenählichkeit der Löhne mit einem Drittvergleich feststellen zu können. Ausgleichskassen können nach Ansicht des Bundesgerichts den vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten individuellen Lohnrechner «Salarium» als Hilfsmittel beziehen, um das branchenübliche Gehalt zu schätzen.⁷⁸ Beim «Salarium» handelt es sich um ein Modell, mit dem auf statistischer Grundlage der angemessene Lohn entsprechend der Region, der Branche, der Berufsgruppe und anhand von soziodemografischen Daten geschätzt wird.⁷⁹

⁶⁸ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

⁶⁹ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 2.; BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.1; ADRIAN NUSSBAUM/RAFAEL LÖTSCHER, Verhältnis von Lohn zu Dividende aus AHV-rechtlicher Sicht, ST 2013, 162 ff., 165.

⁷⁰ Vgl. CADOTSCH (FN 4), 50.

⁷¹ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

⁷² Vgl. oben IV.B.; BGE 134 V 297 E. 2.1.

⁷³ BGE 141 V 634 E. 2.2.1.

⁷⁴ Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

⁷⁵ Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

⁷⁶ Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

⁷⁷ Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CHRISTIAN MADUZ, Regressionsanalyse: Kontrollinstrument zur Überprüfung der Lohngleichheit, Besprechung von BGE 130 III 145, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 22. Dezember 2003 (4C.383/2002), ARV 2014, 181; BGer, 4A.261/2011, 24.8.2011, E. 3.2.

⁷⁸ Vgl. z.B. BGE 141 V 634 E. 3.1; WML Ziff. 2011.5, 1/17.

⁷⁹ Vgl. Bundesamt für Statistik, Salarium, Internet: <https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/start> (Abruf 7.9.2017).

Dabei ist zu betonen, dass «*Salarium*» ein Modell ist; es beschreibt nicht die Realität, sondern *schätzt* den Lohn unter Verwendung der im statistischen Modell definierten Annahmen und erhobenen Daten. Das Bundesgericht hielt fest, dass neben diesem schematischen Wert, der sich aus dem «*Salarium*» ermitteln lässt, die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen und dass zusätzlich Plausibilisierungsüberlegungen vorzunehmen sind.⁸⁰ Damit verleitet das Bundesgericht jedoch dazu, die «*Salarium*»-Modellumgebung zu verlassen, sobald die Ergebnisse des «*Salarium*»-Modells manuell verändert werden. Dieses Vorgehen kann zu statistisch willkürlichen Argumentationen und Ergebnissen führen.

Sofern auf der «*Salarium*»-Webseite bestimmte Kriterien eingegeben werden, schätzt der Lohnrechner für eine Stelle gesondert nach Geschlecht und Nationalität respektive Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung eine Lohnbandbreite. Würde beispielsweise ein 40-jähriger Inhaber einer Zürcher Anwalts-AG mittels «*Salarium*» die Daten eingeben, die laut dem verwendeten Schätz-Modell am ehesten auf ihn zutreffen, könnte dies wie folgt aussehen: Region: «Zürich (ZH)», Branche: «69 Rechts- und Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung», Berufsgruppe: «26 Juristen/innen, Sozialwissenschaftler/innen und Kulturerufe», Stellung im Betrieb: «Stufe 1+2: Oberes und mittleres Kader», Wochenstunden: «42 Stunden», Ausbildung: «Universitäre Hochschule (UNI, ETH)», Alter: «40 Jahre», Dienstjahre: «15 Jahre»; Unternehmensgröße: «Weniger als 20 Beschäftigte»; 12/13 Monatslohn: «13 Monatslohn»⁸¹; Sonderzahlungen: «Nein»; Monats-/Stundenlohn: «Monatslohn». Mit den voranstehenden Angaben zeigt «*Salarium*» folgende Ergebnisse:

	25 % verdienen weniger als	Zentralwert (Median)	25 % verdienen mehr als
Frauen	CHF 10'721	CHF 12'158	CHF 13'707
Männer	CHF 12'097	CHF 13'719	CHF 15'466

Beispieldaten aus dem «*Salarium*»-Lohnrechner

Sofern sich ein Anwalt zwölf Monatslöhne à je CHF 12'097 ausbezahlt, erhält er gemäss «*Salarium*» mehr Lohn als 25% der Anwälte respektive weniger als 75% der Anwälte. Wie aber bereits das hier dargestellte Beispiel zeigt, gibt das «*Salarium*» keine Punktschätzung und auch keinen Schwellenwert an, ab welchem CHF-Betrag der Lohn eines bestimmten Angestellten bran-

chenüblich ist. Es ist beispielsweise unsinnig, pauschal den Medianwert oder den Wert aus der linken Spalte der Tabelle (d.h. unterste 25% bzw. erstes Quartil) als Grenze der Branchenunüblichkeit bzw. Branchenüblichkeit zu deklarieren, da der Median nicht definiert, was «üblich» sein soll. «*Salarium*» zeigt den Medianlohn und indirekt auch die Streuung der Löhne gestützt auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung, die alle zwei Jahre vom Bundesamt für Statistik erhoben wird. Das Bundesgericht geht bei der Beurteilung der Branchenüblichkeit scheinbar nicht vom ersten Quartil aus, sondern erst von demjenigen Lohn, der mindestens den Median erreicht.⁸² Als branchenüblich gilt somit das, was mindestens die Hälfte der Leute verdient, und nicht, was von mindestens drei Vierteln der Personen verdient wird. Im Vergleich zum Medianlohnempfänger verdient die eine Hälfte der restlichen Personen mehr und die andere Hälfte des Rests weniger als den Medianlohn. Mit dem Median wird aber nichts darüber ausgesagt, wie hoch der Durchschnittslohn ist oder was die Mehrzahl der Personen in einer Branche verdient.

Die «*Salarium*»-Schätzwerte dürfen nach Ansicht des Bundesgerichts als Anhaltspunkt verwendet werden, wobei gestützt darauf zusätzliche Auf- oder Abschläge auf dem Lohn vorzunehmen sind, um den Verhältnissen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Außerdem muss das Ergebnis plausibel sein. Ein Anwalt, der sich beispielsweise für weniger zahlungskräftige Klienten einsetzt und *pro bono* Mandate übernimmt, sollte sich dementsprechend weniger Lohn auszahlen dürfen; hierfür müsste ein Abschlag gerechtfertigt sein. Sofern sich aber ein Anwalt einen tiefen Lohn ausbezahlt, gleichzeitig eine äusserst grosszügige Dividende leistet und daraus zwischen dem Lohn und der Dividende ein offensichtliches Missverhältnis entsteht, wird dies zur Folge haben, dass ein Teil der Kapitalerträge als für die AHV massgebender Lohn qualifiziert wird. Entsprechend erfolgt eine Aufrechnung des Lohns bis zum branchenüblichen Lohn.⁸³ Dabei muss man sich auch vor Augen halten, dass zum Beispiel ein männlicher Unternehmer, der sich pro Jahr CHF 100'000 Lohn à 12 Monatslöhne (inkl. 13. Monatslohn anteilig auf die zwölf Monate verteilt) ausbezahlt, pro Monat brutto CHF 8'333,33 Lohn erhält. Wenn man diesen Wert mit den CHF 12'097 vergleicht und in Relation setzt, dann erhält der Unternehmer 31,111%⁸⁴ weniger Lohn als 75%

⁸⁰ Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1 und 3.2.2.

⁸¹ Der 13. Monatslohn wird beim «*Salarium*» anteilig zu den zwölf Monatslöhnen dazugerechnet. Vgl. die Erläuterung auf der «*Salarium*»-Webseite sowie in BGE 141 V 634 E. 3.2.2.

⁸² In BGE 141 V 634 E. 3.2.2 wurde die Beurteilung, dass ein Lohn, der bereits unterhalb des Medians lag, als branchenunüblich zu qualifizieren sei, nicht als offensichtlich unrichtig angesehen.

⁸³ Vgl. BGE 134 V 297 E. 3.2.

⁸⁴ $1 - (8'333,33 / 12'097) * 100 = 31,111\%$.

der Anwälte gemäss «Salarium». Für Frauen beträgt die Differenz im gleichen Fall 22,271 %.⁸⁵ Müsste man diese beiden Löhne folglich bereits als branchenunüblich tief ansehen? Bei dieser «Salarium»-Lohnberechnung bleibt indes unberücksichtigt, dass in diesem Beispiel Anwälte mit ihrer Anwalts-AG untersucht werden, die ein Betriebsrisiko tragen; es kann lediglich angegeben werden, ob eine Person eine höhere, mittlere, untere oder keine Kaderfunktion hat. Entsprechend passt das «Salarium»-Modell für Unternehmer nur mit Vorbehalten. Vernünftig handelnde Unternehmer sollten sich nicht alle Einnahmen auf einmal als Lohn ausbezahlen, sondern Rücklagen für die Zukunft bilden. Entsprechend kann das Tragen des unternehmerischen Risikos als zusätzlicher Abschlag in Relation zum eingegangenen Risiko gerechtfertigt sein. Dies ist sinnvoll, da der Anwalt mit seiner Kapitalgesellschaft beispielsweise die Miete für sein Büro und die Löhne von Angestellten finanzieren muss. Selbst ein Jahreslohn von CHF 100'000 kann damit bei den hier im Beispiel verwendeten Ausgangsdaten unter Berücksichtigung sinnvoller Abschläge für die zu tragenden Betriebsrisiken bei einer kleinen Anwalts-AG als branchenüblich gelten, selbst wenn die gleiche Person im Angestelltenverhältnis bei einer ähnlichen Kanzlei beispielsweise als Mann pro Jahr ca. CHF 164'628 (bzw. als Frau ca. CHF 145'896) verdienen würde. Ein Jahreslohn in der Größenordnung von CHF 100'000 (oder deutlich weniger) müsste ebenfalls als branchenüblich gelten, wenn sich die Kanzlei auf eher weniger lukrative Mandate und auf die Anliegen von wenig zahlungskräftigen Klienten spezialisiert. Dabei dürfte in der Praxis insbesondere mitberücksichtigt werden, wie sich der Anwalt auf seiner Webseite selber anpreist.⁸⁶ Wenn sich der Anwalt selbst im Hochpreissegment platziert, werden Gerichte vermutlich eher davon ausgehen, dass auch der Lohn höher ist und mindestens im zweiten Quartil liegen müsste (d.h., dass die Arbeit sicher besser bezahlt ist als bei 25 % der Vergleichsgruppe oder nahe beim Median).⁸⁷

Obschon das «Salarium»-Modell eine Lohnbandbreite angibt, darf nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass hier eine Scheingenaugkeit geschaffen wird, die es in der Realität nicht gibt. Der Einsatz von statistischen Methoden im Rechtsalltag ist bisher noch wenig erforscht und in der Praxis stellt sich das Problem, dass Mitglieder der Be-

hörden und Gerichte meist nicht die Ausbildung und die Erfahrung im Umgang mit statistischen Methoden haben.

Das Bundesgericht hat sich in einem nicht-sozialversicherungsrechtlichen Fall zum Einsatz von Statistiken im Recht geäussert: Demnach kann mittels eines statistischen Modells – von einer notorischen oder gerichtsnotorischen Tatsache⁸⁸ abgesehen – nicht in jedem Fall ein Beweis im rechtlichen Sinne erbracht werden. Das Ergebnis aus einem statistischen Modell kann nach Ansicht des Bundesgerichts jedoch als Grundlage für die Rechtsfindung dienen, wenn das Gericht gestützt auf seine Beweiswürdigung anhand von objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass der rechtserhebliche Sachverhalt gegeben ist.⁸⁹ Hierbei ist keine absolute Gewissheit verlangt. Es reicht aus, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder diese nur noch als leicht erscheinen.⁹⁰ Im Sozialversicherungsrecht gibt es jedoch die Eigenheit, dass bei der Feststellung von materiellen Leistungsansprüchen grundsätzlich der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beachten ist.⁹¹ Die blosse Möglichkeit, dass sich ein bestimmter Sachverhalt verwirklicht haben könnte, genügt dieser Beweisanforderung nicht. Stattdessen ist derjenigen Sachverhaltsdarstellung zu folgen, welche die zuständige Behörde unter Beachtung des pflichtgemässen Ermessens von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt.⁹²

Ausserdem gilt es sich eines methodischen Problems bewusst zu sein. Statistische Methoden verfolgen einen quantitativen Ansatz und ignorieren dabei die qualitative Vorgehensweise, wie sie in der juristischen Praxis üblich ist.⁹³ Statistische Methoden eignen sich deshalb nur in ganz speziellen Fällen für die qualitative juristische Bearbeitung eines Einzelfalles.⁹⁴ In Fällen nach dem Gleichstellungsgesetz ist der Einsatz von Statistiken inzwischen ein wichtiges – obschon heftig umstrittenes – Instrument

⁸⁸ Vgl. das Anwendungsbeispiel BGE 128 III E. 4.c/bb (Lohnstrukturerhebung als offenkundige Tatsache).

⁸⁹ Vgl. BGer, 2C_1065/2015, 15.9.2016, E. 5.1 mit Hinweisen zum Beweiswert von Statistiken in Prozessen; BGE 130 III 321 E. 3.2.

⁹⁰ Vgl. BGer, 2C_1065/2015, 15.9.2016, E. 5.1; BGE 130 III 321 E. 3.2.

⁹¹ Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 31 ff.

⁹² Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.

⁹³ Vgl. KATHARINA PISTOR, Statistische Rechtsvergleichung: Eine kritische Bestandesaufnahme, ZVglRWiss 2010, 348 ff., 349 f.

⁹⁴ Vgl. z. B. einen Ausnahmefall: LUKAS MÜLLER, Der Beweis der Kausalität mittels «Event Study»-Gutachten im Kontext des Kapitalmarktrechts, AJP 2015, 251 ff.

⁸⁵ $1 - (8'333,33 / 10'721) * 100 = 22,271 \%$.

⁸⁶ Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1; MICHAEL LIEBRENZ/UELIX KIESER/ROMAN SCHLEIFER, Funktionserfassung 2.0 – Möglichkeiten und Grenzen des Gutachters im digitalen Zeitalter, SZS 2016, 582 ff., 591.

⁸⁷ Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1.

für die Feststellung der Tatsachen, wobei es bei der Lohndiskriminierung primär um die Analyse der Löhne beim gleichen Arbeitgeber statt in einer Branche geht.⁹⁵

Schliesslich ist auf eine Gefahr hinzuweisen. Die «Salarium»-Statistik könnte theoretisch in dem hier aufgeführten Beispiel missbraucht werden, um damit zu zeigen, dass es in Ordnung oder sogar wünschbar sein könnte, einer Frau den Medianlohn von CHF 12'158 zu bezahlen, während ein genau gleich qualifizierter Mann in der gleichen Tätigkeit den Medianlohn in Höhe von CHF 13'719 verdient. Es kann jedoch nicht das Ziel sein, die Lohnungleichheiten naiv mit einer Statistik zu rechtfertigen. Umgekehrt könnte eine Frau aus der Lohndiskriminierung persönlichen Profit schlagen und in der eigenen Anwalts-AG den eigenen Lohn tiefer ansetzen, als dies bei Männern der Fall sein müsste. Damit zementiert diese Sichtweise aber auch die statistisch tieferen Löhne für Frauen, was wiederum Auswirkungen auf die künftigen Lohnstrukturerhebungen hat, mit denen die bezahlten Löhne in die künftigen «Salarium»-Modelle einfließen. Entsprechend würde damit auch in Zukunft bei Frauen ein tieferer Lohn als bei Männern statistisch als «branchenüblich» dargestellt. Das «Salarium»-Modell liefert eine vergangenheitsbezogene Betrachtung, die nicht normativ, sondern deskriptiv ist. Behörden und Gerichte wenden hingegen eine normative Sichtweise an, da sie aufgrund ihrer Rechtsprechung im jeweils zu beurteilenden Streitfall unter Würdigung aller Umstände einen branchenüblichen Lohn festsetzen müssen. Wenn die Gerichte hierbei geschlechterspezifisch und unkritisch die Werte des «Salarium»-Modells übernehmen, dann legitimieren sie damit indirekt unter Umständen die ungleiche Bezahlung von Männern und Frauen. Denn wenn in Zukunft die Löhne nach den bisherigen Erfahrungswerten festgesetzt werden, dann wäre eine Abweichung von den Vergangenheitswerten «unüblich» – das kann in der heutigen Zeit kaum erstrebenswert sein.

Falls nun der branchenübliche Lohn umstritten ist, könnte theoretisch immer noch das Argument vorgebracht werden, dass der untersuchte Angestellte vor und nach der relevanten Betrachtungsperiode einen deutlich höheren oder tieferen Lohn verdient hat. Sofern man sich bei der Beurteilung auf das statistische Modell abstützt, so ist der Vorher-nachher-Vergleich irrelevant, da der mittels «Salarium» ermittelte branchenübliche Lohn das Ergebnis einer quantitativen Auswertung eines grossen Datensatzes

ist. Der im Modell erwartete Lohn ist eben gerade nicht das Resultat, das sich aus einem fairen Verhandlungsprozess ergibt und immer als Ergebnis eintritt; im konkreten Fall sind Abweichungen vom Erwartungswert möglich. In der Statistik würde dieser Lohn irgendwo in den beobachteten Werten auftauchen, aber nicht zwangsläufig beim Median oder beim arithmetischen Mittel. Es ist im Einzelfall möglich, dass beispielsweise ein Arbeitgeber oder ein Arbeitnehmer schlecht verhandelt hat oder dass sachfremde Faktoren zum vereinbarten Lohn führen. Entsprechend scheint es nach Ansicht des Bundesgerichts zulässig, sich – trotz der erheblichen methodischen Defizite und der meistens nicht vorhandenen Statistikkenntnisse bei Mitgliedern von Behörden und Gerichten – auf das «Salarium»-Modell abzustützen und auf dem ermittelten Ergebnis Zu- und Abschläge vorzunehmen, wobei jeder Schritt und jede Annahme bei der Herleitung des branchenüblichen Lohns jeweils in der Verfügung respektive im Entscheid nachvollziehbar zu begründen ist.

Bei dieser Gelegenheit ist auf den «Disclaimer» der «Salarium»-Webseite hinzuweisen, der unter der Rubrik «Berechnungsgrundlagen» die bereits bekannten Grenzen des Modells offenlegt. Demnach basiert das aktuelle «Salarium»-Modell auf den vollständigen Antworten aus der Lohnstrukturerhebung aus dem Jahr 2014, die sich auf mehr als 750'000 Lohnangaben von Angestellten aus der Privatwirtschaft stützen. Umfragebögen, bei denen in der Erhebung mindestens ein Wert für eine oder für mehrere Variablen fehlen, wurden aus dem Datensatz entfernt.⁹⁶ Dabei ist zugleich der Zeitfaktor zu beachten. Die zu prüfenden Löhne sollten aus denselben Jahren stammen wie die jeweiligen Vergleichsdaten aus der jeweiligen, im Zweijahresrhythmus erhobenen Lohnstrukturerhebung. Es wäre beispielsweise statistisch unzulässig, alle Löhne der letzten fünf Jahre mit den aktuellen «Salarium»-Lohnrechnerlöhnen zu vergleichen; es sollte Gleicher mit Gleichen verglichen werden. Des Weiteren berücksichtigt das Modell keine Interaktionen zwischen den erklärenden Variablen (z.B. zwischen Beruf, Dienstalter, Ausbildung und Geschlecht). Dementsprechend können Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen erklärenden Variablen nicht ausgeschlossen werden. Das kann zu unzutreffenden beziehungsweise verzerrten Schätzungsergebnissen führen, da damit unter Umständen nicht die richtigen Erklärungsvariablen für das Zustandekommen des gezeigten Lohns im «Salarium»-Modell enthalten sind. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das «Salarium»-Modell

⁹⁵ Vgl. z.B. BGer, 8C_228/2017, 14.6.2017, E. 2.1 sowie die gesamte E. 4 (zur Publikation vorgesehen); BGE 141 II 411; 124 II 529, 534 ff.; HANSUEL SCHÖCHLI, Kontroverse Lohnanalysen zur Diskriminierung der Frauen, NZZ vom 8.1.2016, 27.

⁹⁶ Vgl. Bundesamt für Statistik, Rubrik «Berechnungsgrundlagen», Internet: <https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/start> (Abruf 7.9.2017).

die Löhne nicht danach aufschlüsselt, ob jemand in seiner eigenen Unternehmung mitarbeitet. Mit dem «Salarium»-Modell werden somit sozusagen Äpfel mit Birnen verglichen, und Unternehmer werden fast zwangsläufig andere Löhne als Nicht-Unternehmerangestellte haben. Dementsprechend ist es nachvollziehbar und richtig, dass das «Salarium»-Modell «als dem Einzelfall zu wenig gerecht werdendes Kriterium»⁹⁷ beschrieben wird.

2. Weniger als 10% Dividendenrendite gelten als «Safe Harbor»

Die Dividendenhöhe ist relevant, sobald der Lohn als branchenunüblich qualifiziert bzw. sobald ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn besteht.⁹⁸ Wenn der Lohn im statistischen Vergleich branchenunüblich klein ist und gleichzeitig die Dividendenrendite grösser als 10% ist, besteht laut Bundesgericht die Vermutung, dass grundsätzlich jener Teil der Dividende, der ab 10% Dividendenrendite ausbezahlt wird, für die AHV als massgebenden Lohn zu behandeln ist.⁹⁹ Das Bundesgericht bezeichnet den 10% Dividendenrendite überschissenden Anteil auch als «überhöhte Dividendenzahlungen»¹⁰⁰. Für die überhöhten Dividenden sind bis zur Höhe des branchenüblichen Lohns AHV-Beiträge nachzuzahlen. Das hat zur Folge, dass die überhöhten Dividenden aus Sicht der AHV-Behörde als massgebenden Lohn umqualifiziert werden, bis der branchenübliche Lohn erreicht wurde oder bis keine übermäßig hohe Dividendenrendite mehr vorliegt.¹⁰¹ Falls auch nach Anrechnung aller übermäßig hohen Dividenden der branchenübliche Lohn noch nicht erreicht wird, erfolgt keine weitere Aufrechnung zum massgebenden Lohn.¹⁰² Der Anteil der Dividende bis zu einer Dividendenrendite in der Höhe von 10% wird hingegen nicht umqualifiziert.

Die Dividendenrendite resultiert aus dem Verhältnis von der Dividende zum Wert der Eigenkapitalanteile. Die Dividendenrendite wird in Prozenten gemessen und ergibt sich aus der folgenden Gleichung:¹⁰³

$$\text{Dividendenrendite} = \frac{\text{Dividende pro Aktie}}{\text{Preis pro Aktie}} \times 100$$

Die Ermittlung der Dividenden pro Aktie bereitet grundsätzlich keine Schwierigkeiten, da sich die Dividenden ohne Probleme aus dem Gewinnverwendungsbeschluss aus dem Protokoll der Generalversammlung ablesen lassen. Hierbei sollten aus der Perspektive der Sozialversicherung nur diejenigen Ausschüttungen an Aktionäre in der Dividendenrendite berücksichtigt werden, soweit sie auch aus der Perspektive des Steuerrechts als zu besteuernnde Kapitalerträge gelten; andernfalls würde die sozialversicherungsrechtliche Perspektive von der steuerlichen Qualifikation abweichen.

Die Bestimmung des Werts pro Aktie kann hingegen kompliziert sein. Dabei sind die Begriffe «Wert» und «Preis» voneinander zu unterscheiden. Der «Wert» ergibt sich aus einer betriebswirtschaftlichen Bewertung, die sich unabhängig von einem allfälligen Verhandlungsprozess (etwa im Kontext eines Unternehmenskaufs) ergibt, wobei dieser Wert das Zukunftspotenzial eines Betriebs mitberücksichtigt.¹⁰⁴ Der Bewertungsanlass und der Bewertungszweck haben einen Einfluss auf die zu verwendenden Bewertungsmethoden.¹⁰⁵ Demgegenüber ist der Preis der in Geldeinheiten bezifferte Tauschwert für einen bestimmten Gegenstand.¹⁰⁶

Die «Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO» (WML) vom Bundesamt für Sozialversicherungen sieht in der aktuellen Fassung vor, dass bei der Prüfung, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Lohn und der Dividende vorliegt, die Angemessenheit der Dividende grundsätzlich in Relation zum Steuerwert der Wertpapiere zu erfolgen habe, wobei der Steuerwert in der Regel von den Steuerbehörden zu ermitteln sei.¹⁰⁷ Dabei ist auf die rechtskräftige Verfügung von den Steuern abzustellen, sofern diese vorliegt; andernfalls müssen die Ausgleichskassen die Einschätzung selbst vornehmen.¹⁰⁸

Dividendenrenditen von 10% oder mehr, verstanden als Dividende im Verhältnis zum Steuerwert der Wertpapiere, gelten nach Ansicht des WML als vermutungsweise überhöht.¹⁰⁹ Das Bundesgericht legt allerdings einen anderen Wertmaßstab an, als dies in der WML dem Grundsatz

⁹⁷ Vgl. RUTH BLOCH-RIEMER, Massgebender Lohn oder sozialabgabefreie Dividende?, EF 2017, 122 ff., 122; ORLANDO RABAGLIO, Wenn die Dividende bei der AHV zu Lohn wird: Klärender Entscheid des Bundesgerichts, TREX 2015, 242.

⁹⁸ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1; 134 V 297 E. 3.2; CADOTSCH (FN 4), 50 f.

⁹⁹ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.3.

¹⁰¹ Vgl. BGE 134 V 297 E. 3.2.

¹⁰² Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.2.2.

¹⁰³ Vgl. ASWATH DAMODARAN, Applied Corporate Finance, 4. A., Hoboken (NJ) 2015, 439.

¹⁰⁴ Vgl. PETER BARMETTLER/PASCAL SCHNEIDER, Bewertung von Treuhandunternehmen im Nachfolgeprozess, EF 2015, 765.

¹⁰⁵ Vgl. TOBIAS HÜTTCHE, Dos und Don'ts bei der Bewertung von KMU, EF 2017, 237 ff.

¹⁰⁶ Vgl. BARMETTLER/SCHNEIDER (FN 104), 765.

¹⁰⁷ Vgl. WML Ziff. 2011.6, 1/15.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 23 AHVV.

¹⁰⁹ Vgl. WML Ziff. 2011.7, 1/15.

nach vorgesehen ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist zu vermuten, dass eine überhöhte Dividendenrendite vorliegt, wenn die ausgeschütteten Gewinne 10% des effektiven Werts der Eigenkapitalanteile übersteigen.¹¹⁰ Diese Vermutung lässt sich umstossen (darauf ist in Abschnitt V noch zurückzukommen). Bei dieser Gelegenheit ist hervorzuheben, dass der Steuerwert von Eigenkapitalanteilen nicht zwangsläufig dem effektiven Wert der Eigenkapitalanteile entsprechen muss. Der Steuerwert für Eigenkapitalanteile ohne Börsenkurswert wird von den Steuerbehörden üblicherweise nach den Vorgaben ermittelt, die im von der SCHWEIZERISCHEN STEUERKONFERENZ (SSK) erlassenen Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008, «Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer» beschrieben sind.¹¹¹ Laut dieser Wegleitung wird die Anwendung der *Discounted-Cash-Flow-Methode* (DCF-Methode) in der Steuerrechtspraxis abgelehnt, da diese Methode auf zukünftige Ergebnisse ausgerichtet ist und weitgehend auf subjektiven Einschätzungen basiert, die sich kaum überprüfen lassen. Deshalb sei dieses Bewertungsverfahren für Steuerzwecke unbrauchbar.¹¹² Stattdessen stützt sich die Steuerbehörde laut dem von der SSK herausgegebenen Kreisschreiben Nr. 28 auf eine Kombination von Ertrags- und Substanzwerten, die auf den letzten zwei oder drei Jahresrechnungen basieren.¹¹³ Jeder Kanton muss jeweils festlegen, ob für die Ertrags- und Substanzwertmethoden die letzten zwei oder die letzten drei Jahresrechnungen massgebend sind.¹¹⁴ Der aktuellste Kommentar von der SSK zum Kreisschreiben Nr. 28 missachtet dabei, dass sich die von den Steuerbehörden verwendeten Methoden, sobald sie den Ertragswert verwenden, damit ebenfalls eine zukunftsorientierte Perspektive einnehmen. Die Zukunftsorientierung des Steuerwerts ergibt sich aus dem folgenden Zusammenhang: Gemäss den im Kreisschreiben Nr. 28 beschriebenen Methoden wird unter anderem ein Durchschnitt der Gewinne der letzten zwei (oder drei) Perioden verwendet und das Ergebnis hiervon wird mit 100 multipliziert und durch den Kapitalisierungssatz geteilt. Wenn der Kapitalisierungssatz

¹¹⁰ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1 und 2.2.2.

¹¹¹ Vgl. Kantonales Steueramt Zürich, Zürcher Steuerbuch, Teil I, Nr. 22/201, Vermögenssteuer, Bewertung von Wertpapieren und Guthaben, Weisung der Finanzdirektion über die Bewertung von Wertpapieren und Guthaben für die Vermögenssteuer, 12. November 2010, B.I.2, welches direkt auf das SSK-Kreisschreiben Nr. 28 verweist.

¹¹² Vgl. SSK, Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008, Kommentar 2016, 3.

¹¹³ Vgl. SSK (FN 112), Ziff. 7 ff.

¹¹⁴ Vgl. SSK (FN 112), Ziff. 7.

beispielsweise 5 beträgt, dann wird unterstellt, dass der Durchschnitt der letzten zwei (oder drei) Vorjahresgewinne bis in alle Ewigkeit anfällt und dass der Kapitalkostensatz 5% beträgt. Das heisst, dass der Durchschnitt der letzten zwei (oder drei) Vorjahresgewinne mal 20 multipliziert wird, womit die bis in alle Ewigkeit anfallenden Gewinne im Ertragswert mitenthalten sind.¹¹⁵

Demgegenüber wird nach Ansicht des Bundesgerichts in der betriebswirtschaftlich anerkannten Praxis der Unternehmenswert massgeblich unter Berücksichtigung aller zukunftsorientierten Bewertungsfaktoren ermittelt, wobei bisherige Erfahrungswerte mitberücksichtigt werden.¹¹⁶ Aus Sicht der Betriebswirtschaften ist auch die DCF-Methode von grosser Bedeutung.¹¹⁷ Das Bundesgericht hat in zivilrechtlichen Fällen ebenfalls die Verwendung von zukunftsorientierten Werten wie etwa dem Ertragswert oder der DCF-Methode als vertretbare Methoden anerkannt.¹¹⁸

Sofern die Zukunftsauussichten einer Unternehmung im Vergleich zur aktuellen Lage deutlich besser sind, klaffen der Steuerwert und der effektive wirtschaftliche Wert auseinander, wenn nur letzterer die Zukunftsauussichten adäquat mitberücksichtigt. Das heisst für die Ermittlung der Dividendenrendite, dass sich der Zähler von der vorne dargestellten Dividendenrenditeformel nicht verändert, aber dass dann der Nenner kleiner als der Steuerwert sein müsste. Daraus kann sich ergeben, dass die Dividendenrendite eher zu tief ausgewiesen wird. Entsprechend kann, sofern auf den steuerrechtlichen Unternehmenswert abgestellt wird, eine Dividendenrendite von mehr als 10% resultieren, obwohl eher eine deutlich unter 10% liegende Dividendenrendite gerechtfertigt wäre. Der vorsichtige Unternehmer wird bei der Auszahlung der Dividende berücksichtigen, dass er in Relation zum Steuerwert eine Dividendenrendite von höchstens 10% erzielt. Anhand der Dividendenrenditeformel ist ersichtlich, dass sich eine hohe Dividendenrendite aus zwei Faktoren ergeben kann: die Gesellschaft schüttet hohe Dividenden aus oder in der Zwischenzeit ist der Wert des Beteiligungstitels gesunken.¹¹⁹

Die Anwendung der Dividendenrendite-Formel zur Beurteilung der «Angemessenheit» einer Dividende mit einer einfachen 10%-Regel ist problematisch. Diese Re-

¹¹⁵ Vgl. RUDOLF VOLKART/ALEXANDER F. WAGNER, Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 6. A., Zürich 2014, 311.

¹¹⁶ Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.3.

¹¹⁷ Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 306 ff. mit Hinweisen.

¹¹⁸ Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2, 6.2.2., 6.2.5; VOLKART/WAGNER (FN 115), 306 ff.; TOBIAS HÜTTCHE, Zur Praxis der Unternehmensbewertung in der Schweiz, ST 2012, 208 ff.

¹¹⁹ Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 514 f.

gel missachtet beispielsweise, dass die Dividendenrendite von der Branche und vom Wachstum einer Unternehmung geprägt ist.¹²⁰ Zudem haben das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht einen grossen Einfluss auf die Dividendenhöhe.¹²¹ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass wenn in einem KMU Minderheitsaktionäre vorhanden sind und diese nicht im Betrieb mitarbeiten, diese in der Regel nur aus der Dividende Geld erhalten, es sei denn, die Minderheitsaktionäre veräussern die Aktien ausserbörslich.

In den Wirtschaftswissenschaften gibt es bisher kein allgemeingültiges Modell zur Dividendenpolitik und entsprechend ist es fragwürdig, einen «one size fits all»-Ansatz für die Beurteilung der Angemessenheit einer Dividende anzuwenden. Das gilt insbesondere, da paradoxerweise Unternehmungen, die eine höhere Dividende auszahlen, von Anlegern als wertvoller betrachtet werden, obschon die ausbezahlten Dividenden aus der Unternehmung herausgenommen werden. Eigentlich wäre eher zu erwarten, dass eine Unternehmung dann wertvoll ist, wenn ihr kein Geld entzogen wird, dieses stattdessen im Betrieb verbleibt und dort reinvestiert wird. Nach Meinung einflussreicher Ökonomen ist deshalb die Aussage von FISCHER BLACK aus dem Jahre 1976 immer noch zutreffend: «*The harder we look at the dividend picture, the more it seems like a puzzle, with pieces that just don't fit together.*»¹²²

3. Substanzdividenden und der Rechtsgrund der Zahlung

Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass der Rechtsgrund einer Zahlung zu prüfen ist, wobei für die Sozialversicherungsabgaben nur die Zahlungen aus dem Arbeitsverhältnis relevant sind, grundsätzlich aber nicht jene Zahlungen, die ihren Rechtsgrund im Gesellschafterverhältnis haben.¹²³ Bei der Ausschüttung von Substanzdividenden ist der Grund besonders wichtig, wenn der Rechtsgrund der Zahlung seinen Ursprung im Gesellschaftsvertrag hat und eine weitere Prüfung aus Sicht der Ausgleichskasse entfällt, da die AHV grundsätzlich

nur auf denjenigen Zahlungen zu entrichten ist, die ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben.¹²⁴

Substanzdividenden werden aus den von früheren Geschäftsjahren thesaurierten Gewinnen ausgeschüttet.¹²⁵ Der in früheren Jahren von der Ausgleichskasse als branchenüblich beurteilte Lohn kann nicht nachträglich als branchenunüblich qualifiziert werden, falls in den Folgejahren eine Substanzdividende ausgezahlt wird, die zu einer überhöhten Dividendenrendite führt.¹²⁶ Falls die aus der Substanz der Unternehmung geleisteten Dividendenzahlungen ihren Rechtsgrund aus dem Gesellschafterverhältnis herleiten, wird selbst bei einer übermäßig grossen Dividende kein Vergleich zum Einkommen vorgenommen, das in früheren Jahren erzielt wurde.¹²⁷ Stattdessen bleibt der Rechtsgrund der Zahlung entscheidend, ob es sich um Lohn oder um Kapitalertrag handelt. Wenn der Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis liegt, besteht eine AHV-Beitragspflicht. Falls der Rechtsgrund jedoch im Gesellschaftsvertrag liegt, ist grundsätzlich keine Beitragspflicht für die entsprechenden Zahlungen gegeben. Dividendenzahlungen, die im Hinblick auf die Nachfolgeplanung für die Übergabe eines Betriebs geleistet werden, sind als gesellschaftsrechtlich motiviert zu betrachten.¹²⁸ Entsprechend entfällt für diese Zahlungen die AHV-Beitragspflicht.¹²⁹

V. Bewertung der Beteiligungsrechte und prozessuale Aspekte

Für die Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn oder zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende besteht, untersucht die heutige Praxis das Verhältnis aus dem Vermögensertrag und dem «effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien»¹³⁰. Der Nennwert der Aktien ist hierfür vernachlässigbar, da er praktisch nie den effektiven ökonomischen Wert der Aktien zeigt.¹³¹ Um Unternehmensbewertungen durchzuführen, müssen die notwendigen Daten vorbereitet werden, und es stellt sich des Weiteren

¹²⁰ Vgl. DAMODARAN (FN 103), 447.

¹²¹ Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 691; DAMODARAN (FN 103), 447.

¹²² FISCHER BLACK, The Dividend Puzzle, The Journal of Portfolio Management 1976, 5 ff.; gleicher Meinung VOLKART/WAGNER (FN 115), 697; DAMODARAN (FN 103), 461.

¹²³ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 2; BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.1; NUSSBAUM/LÖTSCHER (FN 69), 165.

¹²⁴ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 2.2 und 3.1.3.

¹²⁵ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 2, 3.1.2 und 3.1.3.

¹²⁶ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

¹²⁷ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

¹²⁸ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 3.1.3, 3.3, 4.1 und insb. 4.3.

¹²⁹ Vgl. BGer, 9C_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

¹³⁰ BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

¹³¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 16), § 16 N 48 ff. Ausführlicher zum Nennwert und dessen Aussagekraft: LUKAS MÜLLER, Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag, AJP 2012, 1414 ff.

die Frage, wie die Ergebnisse in Sozialversicherungsverfahren oder Sozialversicherungsprozesse eingebracht werden sollen.

A. Bereitstellung der notwendigen Finanzdaten und Bereinigung derselben

Die finanziellen Daten sind für die Beweisführung zentral. Aus der ordnungsgemäss geführten Buchhaltung kann der Geschäftsbericht erstellt werden.¹³² Moderne Unternehmensbewertungsmethoden stützen sich allerdings unter anderem auf die prognostizierten Geldflüsse einer Unternehmung ab, die sich nicht aus dem Geschäftsbericht ablesen lassen.¹³³ Falls die Unternehmung keine Geldflussrechnung erstellt, mangelt es unter Umständen an Erfahrungswerten für die bisherigen Geldflüsse. Damit fehlen bedeutende Informationsquellen für einige in der Praxis häufig verwendete Unternehmensmethoden. Dies macht die Datengewinnung und die Schätzung von künftigen Geldflüssen etwas aufwendiger. Dabei ist zu erwähnen, dass sich die Geldflüsse kaum mittels buchhalterischer Tricks manipulieren lassen, da sich Ein- und Auszahlungen exakt anhand der Zeitangaben auf den Bankbelegen nachvollziehen lassen. Bei der Verbuchung von Aufwendungen und Erträgen (und damit letztlich beim Eigenkapital) bestehen gewisse Manipulationsspielräume. Es kann deshalb nützlich sein, auf freiwilliger Basis eine Geldflussrechnung zu erstellen, falls nicht ohnehin solche gemäss Art. 961 Ziff. 2 i.V.m. Art. 961b OR als Teil der Jahresrechnung oder als Teil eines Abschlusses nach anerkanntem Standard (z.B. Swiss GAAP FER) erstellt wird.¹³⁴ Das erleichtert es, moderne Unternehmensbewertungsmethoden, beispielsweise die DCF-Methode, anzuwenden. Anhand der bisherigen Geldflüsse können die zukünftigen Geldflüsse (insb. der sogenannte *Free Cash Flow*, der in der DCF-Methode verwendet wird)¹³⁵ eher nachvollziehbar und plausibel prognostiziert werden.

Die nach den Vorgaben des OR erstellte Jahresrechnung muss in der Regel sorgfältig mit einem Due-Diligence-Verfahren überprüft werden, damit sich aus die-

¹³² Vgl. Art. 958 Abs. 2 OR; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PIETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 958 OR N 6 ff.

¹³³ Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 307 ff.

¹³⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432) i.V.m. Art. 962a OR; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PIETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 958 OR N 34 ff.; STEPHAN GLANZ/MARION KIENTSCH, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 961b OR N 1 ff.

¹³⁵ Zur Ermittlung des *Free Cash Flow* vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 307 f.

sen Finanzdaten eine Unternehmensbewertung erstellen lässt;¹³⁶ in kleinen Unternehmungen dürfte wohl hauptsächlich auf die Werte aus der Jahresrechnung abgestellt werden. In jedem Fall muss aber der Abschluss um stille Reserven bereinigt werden.¹³⁷ Damit eine Unternehmung sinnvoll bewertet werden kann, sollte deren Zukunftspotenzial mitberücksichtigt werden, statt nur auf die Substanz abzustellen.¹³⁸

B. Unternehmensbewertungen

Für die Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn oder zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende besteht, untersucht das Bundesgericht das Verhältnis vom Vermögensertrag und «dem effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien»¹³⁹. Unternehmensbewertungen müssen nach allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgen, wobei es üblich ist, verschiedene Methoden parallel anzuwenden, um eine Unternehmung zu analysieren. Mit der Anwendung des Methodenpluralismus können die verschiedenen Ergebnisse der einzelnen Unternehmensbewertungsmethoden einem Plausibilitätscheck unterzogen werden.¹⁴⁰

Traditionellerweise werden für die Bewertung von kleinen Unternehmungen die Substanz- und Ertragswertmethode oder eine Kombination hiervon genannt.¹⁴¹ Von grosser praktischer Bedeutung sind die DCF-Methode sowie Methoden, die sich auf den Vergleich mit anderen (möglichst ähnlichen) Unternehmungen abstützen.¹⁴² Die beiden letztgenannten Unternehmensbewertungsmethoden scheinen in der Praxis einen wichtigen Einfluss auf die Bewertung einer Unternehmung zu haben.¹⁴³ Einige der in der Praxis gebräuchlichen Bewertungsme-

¹³⁶ Vgl. ROLF LANGENEGGER, Unternehmensbewertung, in: David Dürr/Mauro Lardi (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, Zürich/St. Gallen 2014, 136.

¹³⁷ Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; LANGENEGGER (FN 136), 136.

¹³⁸ Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.3; HANDSCHIN (FN 31), N 37 ff. und N 88g ff.

¹³⁹ BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

¹⁴⁰ Vgl. BGer, 4C.363/2000, 3.4.2001, E. 2c; 4A_97/2016, 11.8.2016, E. 2.1.; ROLF SETHE/PHILIPP WEBER, Die Wurzeltheorie als Mittel zur Korrektur, GesKR 2010, 129 ff., 135; DAMODARAN (FN 103), 576 f.; LINUS CATHOMAS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 2017, 112 ff.

¹⁴¹ Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2; HANDSCHIN (FN 31), N 88d ff.; VOLKART/WAGNER (FN 115), 311 ff. (Beschreibung von verschiedenen Unternehmensbewertungsmethoden).

¹⁴² Vgl. LANGENEGGER (FN 136), 136.

¹⁴³ Vgl. HÜTTCHE (FN 118), 208; DAMODARAN (FN 103), 596 ff.

thoden umfassen Plangrössen, die mit verschiedenen Zukunftsszenarien operieren. Die Auswirkungen von verschiedenen *Best-Case*-, *Normal-Case*- und *Worst-Case*-Szenarien werden in der Unternehmensbewertung mit einer sogenannten Sensitivitätsanalyse berücksichtigt.¹⁴⁴

Im Übrigen ist auf die nützlichen Hinweise und Erläuterungen zu den hier erwähnten Unternehmensbewertungsmethoden zu verweisen, die auf dem KMU-Portal des Bundes im Internet unter der Rubrik «Praktisches Wissen» aufgeführt sind.¹⁴⁵

C. Verfahrensmaximen und Beweiswert von Unternehmensbewertungen

Die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte haben im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und sind nicht an die Anträge der Parteien gebunden.¹⁴⁶ Die Versicherten und die Arbeitgeber haben die Pflicht, beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze unentgeltlich mitzuwirken.¹⁴⁷ Für die Abklärung des Sachverhalts gibt es keine Beweismittelbeschränkung; die Beweise sind ohne Bindung an förmliche Regeln umfassend, pflichtgemäß und objektiv frei zu würdigen.¹⁴⁸ Das Gericht hat die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere These abstellt.¹⁴⁹ Bei der Beweisführung gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, sofern das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht.¹⁵⁰ Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist so zu verstehen, dass jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen ist, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste zu würdigen ist.¹⁵¹ Diese Verfahrensmaximen und die Beweisregeln haben einen Einfluss auf die Art und Weise,

wie Unternehmensbewertungen in das Verfahren eingebbracht werden müssen.

Falls der Unternehmer bezüglich der Planung der Dividenden und seines Lohns von einer sachverständigen Person eine Unternehmensbewertungsgutachten erstellen lässt, gilt dabei zu beachten, dass es sich bei dieser Art Gutachten um ein Privatgutachten handelt. In Zivilprozessen stellen Privatgutachten blosse Parteibehauptungen dar, denen kein Beweiswert zukommt.¹⁵² Sozialversicherungsverfahren und -streitigkeiten unterscheiden sich allerdings vom Zivilprozess. In den Sozialversicherungsverfahren soll die Behörde oder das Gericht ein Beweismittel, das als Privatgutachten in das Verfahren eingeführt wird, frei würdigen und sich damit auseinandersetzen. Der Umstand, dass eine Partei von einer Fachperson eine Stellungnahme oder ein Privatgutachten einholt und als Partei in ein Verfahren einbringt, recht fertigt für sich allein noch keine Zweifel am Beweiswert; die Feststellungen in einem Privatgutachten können zur Klärung des Sachverhalts beitragen.¹⁵³ Dennoch ist der Beweiswert von Privatgutachten in Sozialversicherungsverfahren geringer, als wenn von der Verwaltungsbehörde ein organisatorisch unabhängiger Sachverständiger die gleiche Analyse durchführt.¹⁵⁴ Substantiierte Privatgutachten eignen sich aber unter Umständen dazu, die Auffassungen und Schlussfolgerungen eines vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde eingesetzten Gutachters zu erschüttern.¹⁵⁵ Anhand eines Unternehmensbewertungsgutachtens könnte gegebenenfalls gezeigt werden, dass die Dividendenrendite kleiner als 10% ist, womit bei branchenunüblich tiefem Lohn die Dividenden nicht als für die AHV massgebender Lohn zu qualifizieren sind.

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

Ein Unternehmer mit Beteiligungsrechten an seiner Unternehmung, der zugleich in seinem Betrieb mitarbeitet, sollte seine Lohn- und Dividendenzahlungen im Hinblick auf die Belastung durch Steuern und Sozialversicherungsabgaben sorgfältig planen. Dabei gilt es, wie soeben gezeigt wurde, nicht nur eine verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden, sondern auch aus Sicht der

¹⁴⁴ Vgl. DAMODARAN (FN 103), 209 ff.; HÜTTCHE (FN 118), 208.

¹⁴⁵ Vgl. den Direktlink auf: KMU-Portal, Methoden der Unternehmensbewertung, Internet: <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/nachfolge-betriebseinstellung/uebertragung-des-unternehmens/unternehmensbewertung.html> (Abruf 7.9.2017). Die Bewertungsmethoden werden auch in KIM LUDVIGSEN, Wie bewertet man ein Unternehmen? Bewertungsmethodik erklärt für Juristen, AJP 2004, 1285 ff., erläutert.

¹⁴⁶ Vgl. GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 4. A., Basel 2012, § 22 N 5 ff.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 28 ATSG; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 8 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 6.

¹⁴⁸ Vgl. BGE 132 V 393 E. 2.1; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 7.

¹⁴⁹ Vgl. BGE 132 V 393 E. 2.1.

¹⁵⁰ Vgl. BGE 111 V 374 E. 2b; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 8 f.; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 31 ff.

¹⁵¹ Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.

¹⁵² Vgl. BGE 141 III 433 ff.; gegenteiliger Ansicht sind: ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILLER, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, 172 ff.

¹⁵³ Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3; 125 V 351.

¹⁵⁴ Vgl. SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 7.

¹⁵⁵ Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3.

Sozialversicherungen zu verhindern, dass einem Unternehmer ein branchenunüblich tiefer Lohn und eine überhöhte Dividendenrendite gezahlt werden, welche zu einem offensichtlichen Missverhältnis von Arbeitsleistung und Lohn sowie Kapitaleinsatz und Dividenenzahlungen führen.¹⁵⁶ Wenn die Ausgleichskasse den ausbezahlten Lohn als branchenunüblich tief qualifiziert, kann die überhöhte Dividende als für die AHV massgebenden Lohn festgelegt werden. Bei der Ermittlung des branchenüblichen Lohns verwenden Ausgleichskassen den Lohnrechner «Salarium» vom Bundesamt für Statistik, obschon die Anwendung dieses Lohnrechners in der Rechtspraxis methodisch fragwürdig ist.¹⁵⁷ Des Weiteren ist die Berechnung der Dividendenrendite mit zahlreichen Ermessensspielräumen verbunden.

Falls der Unternehmer möglichst wenige Sozialversicherungsbeiträge entrichten möchte, sollte er sich den Lohn eher tief, aber gerade noch branchenüblich festsetzen und nur gerade eine Dividende auszahlen, welche die 10%-Dividendenrendite knapp nicht erzielt. In diesem Fall entfällt die Prüfung, ob der Lohn branchenüblich ist. Aus Unternehmersicht gilt es ebenfalls zu beachten, dass je weniger Sozialversicherungsbeiträge einbezahlt werden, desto eher unter Umständen beim Eintritt des Versicherungsfalles auch geringere Leistungsansprüche entstehen.

¹⁵⁶ Vgl. BGE 141 V 634 ff.

¹⁵⁷ Vgl. oben IV.C.1.



Salarium – Statistischer Lohnrechner 2018

Sie haben folgendes Profil ausgewählt:

Region	Zentralschweiz (LU, UR, SZ, OW, NW, ZG)
Branche	86 Gesundheitswesen
Berufsgruppe	22 Akademische und verwandte Gesundheitsberufe
Stellung im Betrieb	Stufe 1+2: Oberes und mittleres Kader
Wochenstunden	42
Ausbildung	Universitäre Hochschule (UNI, ETH)
Alter	45
Dienstjahre	10
Unternehmensgrösse	Weniger als 20 Beschäftigte
12 / 13 Monatslohn	12 Monatslohn
Sonderzahlungen	Ja
Monats- / Stundenlohn	Monatslohn

Monatlicher Bruttolohn nach Geschlecht, Nationalität und Aufenthaltsstatus

Schweizer/-innen

25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)*	25% Prozent verdienen mehr als
◆ 10 881 CHF	12 209 CHF	13 694 CHF
◆ 11 936 CHF	13 393 CHF	15 022 CHF

Kurzaufenthalter/-innen (Kat. L)

25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)*	25% Prozent verdienen mehr als
◆ 9 785 CHF	10 980 CHF	12 315 CHF
◆ 10 734 CHF	12 044 CHF	13 509 CHF

Aufenthalter/-innen (Kat. B)

25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)*	25% Prozent verdienen mehr als
◆ 10 450 CHF	11 726 CHF	13 152 CHF
◆ 11 463 CHF	12 863 CHF	14 427 CHF

Niedergelassene (Kat. C)

25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)*	25% Prozent verdienen mehr als
◆ 10 902 CHF	12 233 CHF	13 721 CHF
◆ 11 959 CHF	13 419 CHF	15 051 CHF

Grenzgänger/-innen (Kat. G)

25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)*	25% Prozent verdienen mehr als
◆ 11 060 CHF	12 410 CHF	13 919 CHF
◆ 12 132 CHF	13 614 CHF	15 269 CHF

* Der Median oder Zentralwert teilt die Gesamtheit der Löhne in zwei gleich grosse Hälften: für die Hälfte der Arbeitnehmenden liegt der Lohn über, für die andere Hälfte dagegen unter dem ausgewiesenen Median.

Der angezeigte monatliche Bruttolohn setzt sich zusammen aus: Bruttolohn vor Abzug der Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen; Naturalleistungen; Regelmässig ausbezahlte Prämien-, Umsatz- oder Provisionsanteile; Erschwerniszulagen; 1/12 des 13. Monatslohns; 1/12 der Sonderzahlungen

Die Ergebnisse sind nach Geschlecht und Staatsangehörigkeit (schweizerische und ausländische nach Aufenthaltsstatus) verteilt und stellen keine Lohnempfehlungen dar. Sie entstammen einer Modellrechnung (Schätzung) und basieren auf den im Jahr 2018 effektiv ausbezahnten Löhnen. Die Ergebnisse können aus gleichstellungsrechtlicher Sicht jedoch möglicherweise verfassungswidrig sein (Art. 8 Abs. 3 BV) und gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GIG) sowie das Recht auf Inländerbehandlung gemäss dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU verstossen.

Kriterien für die Bestimmung des „angemessenen Lohnes“

1. Ausgangslage

Eine Aufrechnung von Dividenden als Lohn ist zulässig, wenn kumulativ ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn einerseits und zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende anderseits besteht.¹

2. Dividende bis 10 %

Sofern die dem Unternehmer ausgerichtete Dividende nicht mehr als 10 % des Steuerwerts seiner Unternehmensanteile beträgt, erfolgen seitens der Ausgleichskasse keine weiteren Abklärungen.²

Vorbehalten bleiben mögliche Umgehungstatbestände.

3. Lohnrechner „Salarium“

3.1 Grundsatz

Beträgt die Dividende mehr als 10 %, so ist zu prüfen, ob für den Unternehmer im Jahr vor der Dividendenausschüttung ein „angemessener Lohn“ abgerechnet wurde. Für dessen Bestimmung wird auf den Lohnrechner „Salarium“ des Bundesamtes für Statistik abgestellt.³

3.2 Ermittlung

www.salarium.ch > Salarium > Lohn berechnen.

Eingaben:

- | | |
|-------------------------|--|
| – Region | auswählen ⁴ |
| – Branche | Ärzte/Zahnärzte/Chiropraktoren: „86 Gesundheitswesen“;
Tierärzte: „75 Veterinärwesen“ |
| – Berufsgruppe | „22 Akademische und verwandte Gesundheitsberufe“ |
| – Stellung im Betrieb | „Stufe 1+2: Oberes und mittleres Kader“ |
| – Wochenstunden | 45 (bei tieferer Stundenzahl s. Ziff. 4.1) |
| – Ausbildung | „Universitäre Hochschule (UNI, ETH)“ |
| – Alter | eingeben (im Jahr der Lohnzahlung vollendetes Lebensjahr) |
| – Dienstjahre | eingeben (Differenz Jahr Lohnzahlung und Jahr Diplom gemäss www.medregom.admin.ch) |
| – Unternehmensgrösse | eingeben |
| – 12 / 13 Monatslohn | „13 Monatslohn“ (wie i.d.R. übrige Angestellte) |
| – Sonderzahlungen | „Ja“ |
| – Monats- / Stundenlohn | „Monatslohn“ |

¹ Zuletzt BGE 145 V 50.

² Vgl. Rz. 2017 f. WML.

³ Vgl. Rz. 2016 WML.

⁴ Bei unzureichender Datengrundlage für eine Region ist „Espace Mittelland“ auszuwählen und das Ergebnis gemäss Ziff. 3.3 mit folgendem Faktor zu multiplizieren: Genferseeregion 1,005, Nordwestschweiz 1,010, Zürich 1,056, Ostschweiz 0,935, Zentralschweiz 1,012, Tessin 0,933 (vgl. BFS, Monatlicher Bruttolohn nach Wirtschaftszweigen und Grossregionen, Privater Sektor, Gesundheits- und Sozialwesen).

→ *Ergebnis:* 3. Quartil („25 % verdienen mehr als“) nach Geschlecht und Nationalität („Schweizer“ oder „Niedergelassene“), mit 12 multiplizieren.

3.3 Lohnentwicklung

Der Lohnrechner „Salarium“ basiert auf den statistischen Löhnen des Jahres 2016. Diese sind aufgrund des Schweizerischen Lohnindex (1939 = 100 Punkte) auf das Jahr der Lohnzahlung aufzurechnen:

Jahr	Männer		Frauen	
	Index	Faktor	Index	Faktor
2015	2226	0,994	2686	0,992
2016	2239	1,000	2709	1,000
2017	2249	1,004	2719	1,004
2018	2260	1,009	2732	1,008
2019	2279	1,018	2759	1,018
2020 (Prognose)	2298	1,026	2786	1,028

→ *Formel:* Lohn gemäss Ziff. 3.2 × Faktor nach Geschlecht = „angemessener Lohn“.

3.4 „Angemessener Lohn“

Ist der abgerechnete Lohn tiefer als der gemäss Ziff. 3.3 ermittelte Lohn, so hat eine Aufrechnung bis zu diesem Lohn zu erfolgen, jedoch nur soweit die Dividende frankenmässig 10 % des Steuerwerts übersteigt.

4. Vorbehalte

4.1 Geltend gemachtes Teilzeitpensum

Wird eine Arbeitszeit von weniger als 45 Stunden geltend gemacht, aber dennoch eine Dividende von mehr als 10 % bezogen, so erfolgen hinsichtlich des geltend gemachten Pensums vertiefte Abklärungen.

4.2 Höherer Lohn von Mitarbeitenden ohne Beteiligungsrechte

Der Lohn des Unternehmeraktionärs darf nicht tiefer sein als der bei gleichem Arbeitspensum erzielte Lohn von Mitarbeitenden mit vergleichbarer Ausbildung usw., aber ohne qualifizierte Beteiligungsrechte.⁵

Ist der Lohn tiefer, so hat eine Aufrechnung bis zum höchsten Lohn zu erfolgen, jedoch nur soweit die Dividende frankenmässig 10 % des Steuerwerts übersteigt.

4.3 AHV- und BVG-Lohn

Der in der AHV abgerechnete Lohn darf nicht tiefer sein als der in der beruflichen Vorsorge versicherte Lohn.⁶

5. Verschiedenes

Die vorstehenden Berechnungen haben unter Berücksichtigung der jeweils aktuellen Gegebenheiten jährlich neu zu erfolgen.

Anhand der in diesem Dokument definierten Kriterien erfolgen auch die Prüfungen im Rahmen der periodischen Arbeitgeberkontrolle.

⁵ Vgl. Rz 2016 WML und BGE 145 V 50 E. 5.2.

⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 BVG.

Juli 2020

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C_669/2011

Urteil vom 25. Oktober 2012
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Borella, Kernen,
Bundesrichterinnen Pfiffner Rauber, Glanzmann,
Gerichtsschreiber Schmutz.

Verfahrensbeteiligte
Ausgleichskasse Obwalden,
Brüningstrasse 144, 6060 Sarnen,
Beschwerdeführerin,

gegen

M. _____ AG,
vertreten durch BDO AG,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung (Beitragspflicht),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Obwalden vom 5. Juli 2011.

Sachverhalt:

A.
C. _____ ist Alleinaktionär, Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Firma M. _____ AG (nachfolgend: Gesellschaft). In den Jahren 2003-2005 deklarierte er einen Lohn von Fr. 44'000.- und 2006 von Fr. 104'000.- Zudem richtete die Gesellschaft C. _____ in dieser Zeit jährlich eine Dividende von Fr. 160'000.- aus. Mit Verfügungen vom 28. November 2008 forderte die Ausgleichskasse Obwalden (nachfolgend: Ausgleichskasse) von der Gesellschaft die Nachzahlung paritätischer AHV/IV/EO-, FAK- und ALV-Beiträge samt Verwaltungskosten und Verzugszinsen für die Jahre 2003-2006 im Gesamtbetrag von Fr. 25'054.60 (2003: Fr. 10'719.30; 2004: Fr. 10'430.30; 2005: Fr. 1'952.50; 2006: Fr. 1'952.50). Sie hielt daran mit Einspracheentscheid vom 4. September 2009 fest und begründete es damit, die bezogenen Dividenden seien offensichtlich überhöht, da sie einem Vermögensertrag zwischen 13,1 % und 36,3 % entsprächen; gleichzeitig bestehe ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung des C. _____ und seinem deklarierten Lohn. Darum sei ein Teil der ausgerichteten Dividenden als massgebender Lohn zu qualifizieren und diesem aufzurechnen.

B.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden hiess die von der Gesellschaft erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 5. Juli 2011 gut und hob den Einspracheentscheid und die Verfügungen auf.

C.
Die Ausgleichskasse erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt Aufhebung des kantonalen Entscheides.
Vorinstanz und Gesellschaft schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen beantragt deren Gutheissung.

D.
Das Bundesgericht hat am 25. Oktober 2012 eine publikumsöffentliche Beratung durchgeführt.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG) und kann die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigten oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG).

2.
Umstritten ist, ob ein Teil der in den Jahren 2003-2006 an C. _____ ausbezahlten Dividenden als beitragspflichtiges Einkommen zu qualifizieren sind, weil ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und dem dafür

bezogenen Lohn bzw. zwischen dem eingesetzten Vermögen und der ausgeschütteten Dividende besteht. Denn richtet eine Aktiengesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind (nachfolgend auch: "Unternehmeraktionäre") oder Inhabern solcher Rechte nahe stehen, stellt sich bei der Festsetzung sowohl der direkten Steuer als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um Arbeitsentgelt (massgebenden Lohn) oder aber um Gewinnausschüttung (Kapitalertrag) handelt. Letztere unterliegt beim Empfänger der direkten Bundessteuer im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG, da sie ihren Grund in seiner Aktionärseigenschaft hat. Im vorliegenden Fall ist speziell die Frage aufgeworfen, ob auch eine an den Unternehmeraktionär ausgeschüttete sog. Substanzdividende beitragsrechtlich zu massgebendem Lohn umqualifiziert werden kann oder ob sie davon ausgenommen ist. Eine Substanzdividende wird nicht aus dem im Vorjahr erzielten Gewinn ausgeschüttet, sondern aus thesaurierten Gewinnen früherer Geschäftsperioden.

2.1 Gemäss Art. 4 und 5 AHVG werden Sozialversicherungsbeiträge nur vom Erwerbseinkommen erhoben, nicht aber vom Vermögensertrag (**BGE 122 V 178** E. 3b S. 179 f.). Dividenden sind hingegen beitragsfreier Vermögensertrag (vgl. auch Rz. 2011 der Wegleitung des BSV über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [nachfolgend: WML]; Stand 1/01, 1/07 und 1/09). Weil auf Dividenden keine Sozialversicherungsabgaben geschuldet sind, mag es beitragspflichtigen Unternehmeraktionären als vorteilhaft erscheinen, hohe Dividenden und ein tiefes Salär auszuweisen.

2.2 Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach dem Wesen und der Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft beitragsrechtlich massgebender Lohn sein; dies gilt laut Art. 7 lit. h AHVV namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen, welche eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (**BGE 134 V 297** E. 2 S. 299 f. mit Hinweisen auf **BGE 103 V 1** E. 2b S. 4; ZAK 1989 S. 147, E. 2b, H 131/86; Pra 86/1997 Nr. 96 S. 520 f., E. 4b, H 241/96; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002, E. 4.1; siehe auch PAUL CADOTSCH, Unternehmenssteuerreform II: Dividenden und AHV-Beiträge, in: Steuerrevue StR 1/2009, S. 47 ff.).

2.3 Dabei muss im Lichte der gesetzlichen Grundentscheidung, wonach nur Erwerbseinkommen, nicht aber Vermögensertrag beitragspflichtig ist, bei der Beurteilung von Leistungen, welche eine Aktiengesellschaft an Personen ausrichtet, die zugleich Arbeitnehmer und Aktionäre sind, einerseits eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit und andererseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Die Gesellschaft hat hier einen erheblichen Ermessensspialraum. Den Steuerbehörden steht nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht. Wie im AHV-Recht (E. 2.2), aber mit umgekehrten Vorzeichen, ist dabei auf einen Drittvergleich abzustellen: Es ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren die gleiche Leistung auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre (dazu im Detail und mit zahlreichen Hinweisen: **BGE 134 V 297** E. 2.2 S. 300 f.).

2.4 Hinsichtlich der Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht, hat sich eine Praxis entwickelt, die laut **BGE 134 V 297** in modifizierter Form bundesrechtskonform ist (sog. "Nidwaldner Praxis"). Demnach werden deklariertes AHV-Einkommen und branchenübliches Gehalt einerseits und Dividendenzahlung und Aktienwert andererseits zueinander in Beziehung gesetzt, um zu bestimmen, ob ein Teil der ausgeschütteten Dividende als beitragsrechtlich massgebendes Einkommen aufzurechnen ist. Vom Bundesgericht ist die genannte Praxis lediglich insofern korrigiert worden, als die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert (Nominalwert), sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien (Eigenkapital inkl. offene und stille Reserven) zu beurteilen ist (**BGE 134 V 297** E. 2.8 S. 304).

2.5 Zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Inhabern gesellschaftlicher Beteiligungsrechte (durch eine volle Versteuerung von Dividenden einmal als Gewinn von den Unternehmen und ein zweites Mal bei der Ausschüttung als Einkommen von den Anteilseignern) wurde zunächst im Steuerrecht einiger Kantone (so auch der Kantone Ob- und Nidwalden) die Dividendenbesteuerung reduziert. Im Kanton Obwalden trat im Jahr 2001 die privilegierte Dividendenbesteuerung in Kraft: Demnach sind Dividenden aus Aktien nur im Umfang von 50 % steuerbar, wenn der Steuerpflichtige eine Beteiligungsquote von mindestens 10 % hält (Art. 22 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Obwalden; GDB 641.4). Mit dem auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 23. März 2007 (AS 2008 2893) ist die privilegierte Dividendenbesteuerung auch bei der direkten Bundessteuer eingeführt worden (Art. 20 Abs. 1bis DBG; SR 642.11).

2.6 Da die im Bundesrecht getroffene Regelung der privilegierten Dividendenbesteuerung vom Gehalt her mit der in den Kantonen Obwalden und Nidwalden (hier: Art. 40 Abs. 3 des kantonalen Steuergesetzes; NG 521.1) bereits früher eingeführten Regelung übereinstimmt, ist die vorne (E. 2.2-2.4) erörterte Rechtsprechung **BGE 134 V 297** nach dem Inkrafttreten des Unternehmenssteuerreformgesetzes II weiterhin anwendbar.

2.7 Praxisgemäß ist es Sache der Ausgleichskassen, selbstständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Der in Art. 23 AHVV enthaltenen Ordnung entspricht es, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel jedoch an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Soweit es vertretbar ist, soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, dies um der Einheit und Widerspruchlosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen (**BGE 103 V 1** E. 2c S. 4; ZAK 1989 S. 148 E. 2c). Die Parallelität zwischen sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Qualifikation ist nicht leichthin preiszugeben. Davon geht die Rechtsprechung aus, indem sie für den Schluss auf massgebenden Lohn bei Bezügen, die rechtskräftig der Reinertragssteuer unterworfen sind, ausschlaggebende Gründe verlangt (Urteil des

Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002 E. 4.2).

3.

3.1

3.1.1 Die Vorinstanz stellte vorweg fest, dass das von der Beschwerdeführerin für C. _____ veranschlagte Gehalt von jährlich Fr. 120'000.- nicht als unüblich hoch zu beanstanden wäre und die in den Jahren 2003-2006 ausgerichteten wesentlich tieferen Löhne keine angemessene Entschädigung für seine geleistete Arbeit darstellten.

3.1.2 Kumulativ prüfte sie aufseiten des Vermögensertrags, ob von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen eingesetztem Vermögen und ausgerichteter Dividende auszugehen sei, was sie verneinte. Der massgebliche Steuerwert des von C. _____ gehaltenen Aktienpakets habe nach Auskunft der Steuerverwaltung für das Jahr 2003 Fr. 510'000.- betragen, für 2004 Fr. 480'000.-, für 2005 Fr. 440'000.- und für 2006 Fr. 1'220'000.-. Ausgehend von diesen Werten habe sich der Vermögensertrag bei einer Dividende von Fr. 160'000.- im Jahr 2003 auf 31,37 % (100 : 510'000 x 160'000), im Jahr 2004 auf 33,33 %, im Jahr 2005 auf 36,30 % und im Jahr 2006 auf 13,11 % belaufen. Das Bundesgericht habe sich zur Behandlung einer Substanzdividende im vorliegenden Kontext noch nicht geäussert, jedenfalls könne aus **BGE 134 V 297** (und aus der WML) über die zeitliche Herkunft der Dividende nichts Entscheidwesentliches entnommen werden. Es bleibe fraglich, ob das Verhältnis zwischen eingesetztem Vermögen und ausgeschütteter Dividende unabhängig vom Reingewinn des vorangegangenen Geschäftsjahres massgebend sein könne. Die Vorinstanz kam hier zum Schluss, letztlich müsse stets auch beachtet werden, dass zwar die Beurteilung der Angemessenheit des Vermögensertrags bezogen auf das Erwerbseinkommen eines konkreten Jahres erfolge. Stehe aber fest, dass eine Dividende aus Erträgen bzw. Reingewinnen mehrerer Jahre ausgeschüttet werde, sei es sachfremd, die Angemessenheit gänzlich ungeachtet dieses Umstandes zu beurteilen. Denn wenn frühere Gewinne bei der damaligen Ausrichtung jeweils als angemessener beitragsfreier Vermögensertrag zu qualifizieren gewesen wären, würden nun im Zeitpunkt ihrer nachträglichen Ausschüttung darauf indirekt Beiträge erhoben.

3.1.3 Das kantonale Gericht stellte in dieser Hinsicht u.a. fest, der Lohn des C. _____ habe stark geschwankt und sei jeweils abhängig vom Geschäftsergebnis festgelegt worden. Zu beachten sei auch, dass der nun erfolgte Abbau betrieblich nicht benötigter Substanz in direktem Zusammenhang mit der Nachfolgeplanung des Unternehmens zu sehen sei. Insgesamt sei der Beweggrund für die Auszahlung der Substanzdividende aus gesellschaftsrechtlicher und nicht aus arbeitsrechtlicher Sicht zu werten. Es sei grundsätzlich fragwürdig, bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Dividende Ausschüttungen aus der Substanz zu berücksichtigen. Insbesondere im vorliegenden Fall rechtfertige sich dies nicht und sei mithin nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende auszugehen.

3.2 Die Beschwerdeführerin betont, die Nachfolgeplanung einer Unternehmung sei eine steuerrechtliche Angelegenheit und nicht eine Frage der Abrechnung von Sozialversicherungsbeiträgen. Wann und wie die Dividende geäufnet worden sei, sei für die Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Aspektes unbedeutend. Der vorinstanzliche Entscheid habe weitreichende Auswirkungen und schwerwiegende Konsequenzen für die Erhebung der Sozialversicherungsbeiträge. Es könne nicht an der Verwaltung als Massengeschäft liegen, zusätzlich zum gemeldeten Steuerwert des investierten Kapitals Abklärungen zu tätigen. Auch müsse sie die Dividendenzahlung nicht hinterfragen, denn es sei einerlei, ob diese aus dem Gewinn eines oder mehrerer Jahre stamme. Die Vorinstanz habe die Tragweite der Umgehung der Abrechnungspflicht nicht einbezogen. Denn wenn bei einem unangemessenen Verhältnis zwischen Lohn und Dividende nicht zusätzlicher massgebender Lohn zur Anrechnung gebracht werden könne, werde erfolgreich die Abrechnung paritätischer Beiträge verhindert.

3.3 Die Beschwerdegegnerin hält dagegen, die in den Jahren 2003-2006 ausgerichteten Substanzdividenden seien aus den offenen Reserven der Unternehmung entnommen worden. Die vorgetragenen Gewinne aus früheren Jahren stünden in einem direkten Zusammenhang mit der strategischen Neuausrichtung der Gesellschaft und seien mit der Steuerbehörde abgesprochen worden. Ein Unterstellen der Substanzdividenden unter die AHV-Beitragspflicht könnte faktisch zu Ausschüttungssperren führen, bzw. dazu, dass liquide Mittel nicht mittels Dividende aus dem Unternehmen abgezogen werden könnten. Es dürfe nur der Reingewinn des betroffenen Geschäftsjahres der AHV-rechtlichen Überprüfung unterworfen werden. Würden Substanzdividenden aus Gewinnen früherer Jahre, in denen jeweils angemessene Löhne gezahlt worden seien, in die ahv-rechtliche Beurteilung miteinbezogen, würden ursprünglich (auch im Falle einer Ausschüttung) beitragsmäßig irrelevante Gewinne wegen der nachträglichen Auszahlung in Form von Dividenden doch noch mit AHV-Beiträgen belegt.

4.

4.1 Das kantonale Gericht erwog zutreffend, dass Dividenden nicht nur aus dem Reingewinn des vorangehenden Geschäftsjahres ausgeschüttet werden können, sondern auch aus der Substanz bzw. aus den hiefür gebildeten offenen Reserven (Art. 675 Abs. 2 OR). Die Gesellschaft kann zudem auch eine Dividende ausschütten, wenn ein Jahresverlust vorliegt, der Gewinnvortrag aber höher ist als dieser Verlust (PETER KURER/CHRISTIAN KURER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage 2012, N. 14 zu Art. 675; JEAN-LUC CHENAUX, Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, N. 9 zu Art. 675). Aktienrechtlich wird somit nicht nach der zeitlichen Herkunft der in Form einer Dividende ausgeschütteten Substanz unterschieden.

4.2 Wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellte (Art. 105 Abs. 1 BGG), war die in den Jahren 2003-2006 an C. _____ für dessen Tätigkeit ausgerichtete Entschädigung unangemessen tief. Der Vermögensertrag von 13-36 % (vorne E. 3.1.2) lag deutlich über der von den Ausgleichskassen zu beachtenden Grenze eines Eigenkapitalertrages von 10 %, ab dem eine Dividende vermutungsweise überhöht ist (WML Rz. 2011.7 [Stand 1/12]) und darum grundsätzlich beitragsrechtlich zum Teil zu massgebendem Lohn umqualifiziert werden kann (oben E. 2).

4.3 Eine solche Umqualifizierung der Dividenden oder Teilen davon rechtfertigt sich indessen im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht: In jenen Jahren, in denen die Gesellschaft die Reserven angelegt hatte (1993-1995 und 1998), liess sich C. _____ einen zumindest branchenüblichen Lohn auszahlen und rechnete diesen mit der Ausgleichskasse ab. Selbst wenn er also in jenen frühen Jahren einen übermässigen Kapitalertrag in Form von Dividenden erzielt hätte, wäre daher eine ahv-rechtliche Aufrechnung nicht in Frage gekommen. Zutreffend würdigte die Vorinstanz in diesem Zusammenhang, dass spätere Gewinnausschüttungen indirekt der Beitragspflicht unterstellt würden, nachdem diese früher erzielten Gewinne jeweils als angemessen und als beitragsfreier Vermögensertrag qualifiziert worden waren. Die Angemessenheit des Vermögensertrags stehe im Kontext mit derjenigen des

Erwerbseinkommens aus einem konkreten Jahr. Der vorinstanzliche Entscheid steht im Einklang mit der Rechtsprechung (**BGE 134 V 297**) und ist zu bestätigen.

5.
Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.- zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 25. Oktober 2012

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Meyer

Der Gerichtsschreiber: Schmutz

B Gesetz über die direkten Steuern

2 Einkommenssteuer

24 Einkommen aus beweglichem Vermögen

24.4 Kapitalertrag aus Beteiligungen

Privilegierte Besteuerung von Beteiligungserträgen des Privatvermögens. Qualifikation einer asymmetrischen Dividende. Eine Aktiengesellschaft richtete den drei Aktionären unabhängig von deren Kapitalquote eine Dividende von je CHF 2 Mio. aus. Der im Kanton St. Gallen steuerpflichtige Beschwerdeführer hält lediglich 20 % des Aktienkapitals. Das ändert nichts daran, dass auch der gemessen an der Beteiligungsquote überproportionale Anteil der Dividende (konkret CHF 800 000) als Beteiligungsertrag gilt und privilegiert zu besteuern ist.

Verwaltungsgericht St. Gallen, 29. Juni 2017

A.

Die Eheleute A.Y. und B.Y. wohnten in der Veranlagungsperiode 2012 in X. A.Y. arbeitete als Chief Sales & Marketing Officer bei der Q. AG mit Sitz in C. Für diese Tätigkeit deklarierte er Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von CHF 318 889. Am Aktienkapital der Q. AG (nominal CHF 100 000) war er zu 20 Prozent beteiligt; je 40 Prozent entfielen auf E.S. und F.R. Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung vom 10. April 2012 beschlossen die drei Gesellschafter einstimmig, sich eine Dividende von je CHF 2 000 000 auszuschütten. Diese Zahlung deklarierte das Ehepaar A.Y. und B.Y. in der Steuererklärung 2012 als Beteiligungsertrag.

Mit Verfügung vom 4. November 2014 wurde das Ehepaar A.Y. und B.Y. für die Kantons- und Gemeindesteuern 2012 mit einem satzbestimmenden steuerbaren Einkommen von CHF 2 309 200 und einem steuerbaren Vermögen von CHF 10 002 000 veranlagt. Die Veranlagungsbehörde gewährte die privilegierte Besteuerung der Dividende zum halbigen Steuersatz nur insoweit, als der Beteiligungsertrag im Verhältnis zum Kapitalanteil von 20 Prozent stehe, das heisst auf CHF 1 200 000 (entsprechend 20 Prozent von CHF 6 000 000). Die «Überdividende» von CHF 800 000 erfasste sie als übriges Einkommen zum vollen Satz.

Dagegen erhoben die Rechtsanwälte Dr. Marcus Desax und lic. iur. Maurus Winzap für das Ehepaar A.Y. und B.Y. Einsprache: Die (zivilrechtliche) Ausgestaltung der Gewinnverwendung sei für die Steuerbehörden verbindlich. Für die vorgenommene teilweise Umqualifizierung in «übriges Einkommen» fehle eine gesetzliche Grundlage. Das Kantonale Steueramt wies die Einsprache am 11. Februar 2015 ab: Nach geltendem Aktienrecht habe jeder Aktionär Anspruch auf seinen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn. Weder im Aktionärbindungsvertrag noch in den Statuten fänden sich anderweitige Bestimmungen (im Sinne von Vorzugsaktien). Der (unangefochtene) Generalversammlungsbeschluss über die asymmetrische Ausschüttung sei gesellschaftsrechtswidrig. Das Rechtsgeschäft sei mithin im Sinne einer Steuerumgehung absonderlich gestaltet worden, um Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu sparen.

B.

Den gegen den Einspracheentscheid erhobenen Rekurs hiess die Verwaltungsrechtskommission mit Entscheid vom 19. November 2015 gut: Der entsprechende Generalversammlungsbeschluss sei – nachdem er einstimmig gefasst worden sei – weder anfechtbar noch nichtig. Beim vergüteten Betrag von CHF 2 000 000 handle es sich zivilrechtlich um einen Gewinnanteil, was grundsätzlich auch für die steuerrechtliche Beurteilung massgebend sei, soweit nicht ein Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn beziehungsweise zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende bestehe. Die Verwaltungsrechtskommission verneinte dies. Insbesondere erwog sie, die drei Gesellschafter seien zu gleichen Teilen an der operativen Weiterentwicklung der Q. AG beteiligt gewesen, weshalb die asymmetrisch nach Köpfen (statt nach der Kapitalquote) erfolgte Gewinnausschüttung aus unternehmerischer Sicht nachvollziehbar und plausibel erscheine. Als Geschäftsleitungsmitglieder sei den Gesellschaftern zudem ein branchenübliches Salär ausbezahlt worden, weshalb es sich nicht rechtfertige, einen Teil der Dividende steuerlich als Lohn zu erfassen. Das gewählte Vorgehen sei zudem nicht derart absonderlich, dass es unter Ausklammerung der steuerlichen Konsequenzen geradezu als jenseits jeglicher wirtschaftlicher Vernunft zu beurteilen wäre; die Annahme einer Steuerumgehung scheitere bereits am fehlenden objektiven Moment. Der Dividendenanteil von CHF 800 000 sei mithin zu Unrecht dem Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zugerechnet worden.

C.

Mit Eingabe vom 21. Dezember 2015 erhob das Kantonale Steueramt (Beschwerdeführer) gegen den Entscheid der Verwaltungsrechtskommission Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 11. Februar 2015 sei zu bestätigen (act. 1). Für A.Y. und B.Y. (Beschwerdegegner) nahmen die Rechtsanwälte Dr. Marcus Desax und lic. iur. Maurus Winzap am 5. Februar 2016 zur Beschwerde Stellung; sie beantragten deren Abweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolge (act. 9). Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels liessen sich sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegner erneut vernehmen (act. 13 und 15); sie hielten an ihren Anträgen fest.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten, den angefochtenen Entscheid und die Akten wird – soweit notwendig – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde mit folgenden Erwägungen ab:

1.

(...).

2.

Streitig ist, ob die von der Q. AG gestützt auf den Generalversammlungsbeschluss vom 10. April 2012 ausgeschüttete Dividende in der Höhe von CHF 2 000 000 vollumfänglich privilegiert zu besteuern oder im Umfang von CHF 800 000 dem Erwerbseinkommen der Pflichtigen zuzurechnen ist.

2.1.

2.1.1. Die wirtschaftliche Doppelbelastung von Erträgen aus Beteiligungen des Privatvermögens wird im Bundessteuerrecht durch Art. 20 Abs. 1^{bis} des Gesetzes über die direkte Bundessteuer (SR 642.11, DBG) gemildert: Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsanteilen und Partizipationsscheinen (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen u. dgl.) sind im

Umfang von 60 Prozent [b] steuerbar, wenn diese Beteiligungsrechte mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft darstellen. Die Milderung gilt somit für sämtliche Erträge aus Beteiligungen, einschliesslich aller übrigen offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen an die Inhaber von qualifizierten Beteiligungen (vgl. das Kreisschreiben Nr. 22 der Eidgenössischen Steuerverwaltung «Teilbesteuerung der Einkünfte aus Beteiligungen im Privatvermögen und Beschränkung des Schuldzinsenabzugs» vom 16. Dezember 2008, Ziff. 2.2.3).

2.1.2. Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden ([SR 642.14](#), StHG) erlaubt den Kantonen, bei Dividenden, Gewinnanteilen, Liquidationsüberschüssen und geldwerten Vorteilen aus Beteiligungen aller Art, die mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ausmachen (sog. «qualifizierte Beteiligungen»), die wirtschaftliche Doppelbelastung von Körperschaften und Anteilsinhabern zu mildern. Erreicht wird die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung dadurch, dass die Beteiligungserträge auf Ebene der Anteilsinhaber in verminderter Umfang erfasst werden. Ergreifen die Kantone die Möglichkeit, müssen sie die Vorgaben des Bundesrechts einhalten: Vom Harmonisierungsgesetzgeber wird sowohl umschrieben, wer Anspruch auf eine allfällige Milderung hat (Anteilsinhaber von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften mit einer Quote von mindestens 10 Prozent), als auch, worauf sich die Milderung erstreckt (Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art). Subjekt und Objekt der steuerlichen Entlastung sind mithin durch den Bundesgesetzgeber verbindlich vorgegeben (BGer, 06.11.2015, [2C_429/2014](#), E. 2.2.1 = [StE 2016 B 24.4 Nr. 83](#)).

2.1.3. Nach kantonalem Recht werden «ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften» – gemäss Art. 33 Abs. 1 Ingress und lit. c StG/SG steuerbare Erträge aus beweglichem Vermögen – zur Hälfte des für das steuerbare Gesamteinkommen anwendbaren Steuersatzes besteuert, wenn die steuerpflichtige Person mit wenigstens 10 Prozent am Aktien-, Grund- oder Stammkapital der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft beteiligt ist (vgl. Art. 50 Abs. 5 StG/SG). Als «ausgeschüttete Gewinne» gelten nach der Veranlagungspraxis Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile (verdeckte Gewinnausschüttungen und Gewinnvorwegnahmen) im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. c StG/SG (StB 50 Nr. 2 Ziff. 2; RAINER ZIGERLIG/MATHIAS OERTLI/HUBERT HOFMANN, Das st. gallische Steuerrecht, 7. Aufl., Muri /Bern 2014, II/708). Im Kanton St. Gallen kommt nicht wie auf Bundesebene das Teileinkünfte-, sondern das Teilsatzverfahren zur Anwendung; dieses ist harmonisierungsrechtlich ebenfalls zulässig (vgl. BGer, 16.08.2013, [2C_599/2012](#), E. 2.3). Das Halbsatzverfahren ist durch den II. Nachtrag zum Steuergesetz (Botschaft der Regierung vom 2. November 2005; ABI 2005 2413 ff., 2435) mit der genannten Ergänzung von Art. 50 StG/SG per 1. Januar 2007 eingeführt worden.

2.1.4. «Dividenden» sind offene Ausschüttungen einer AG aus dem Bilanzgewinn oder aus hierfür gebildeten Reserven (Art. 675 Abs. 2 des Obligationenrechts, [SR 220](#), OR). «Gewinnanteile» sind zum einen Ausschüttungen aus einer GmbH (vgl. [Art. 804 OR](#)), einer Genossenschaft ([Art. 859 Abs. 2 OR](#)) oder offene Ausschüttungen auf Genussscheinen einer AG (vgl. [Art. 657 Abs. 2 OR](#)). Zum andern bildet der Begriff der «Gewinnanteile» einen Oberbegriff für alle Gewinnausschüttungen aus einer AG oder Kommandit-AG: [Art. 678 Abs. 1 OR](#) spricht von «[...] Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile [...]. Aus der Reihenfolge der Begriffe «Dividenden» und «Gewinnanteile» in [Art. 7 StHG](#) (bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c StG/SG) wird geschlossen, dass darunter alle geldwerten Leistungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften an die Beteiligten (oder diesen Nahestehende) zu verstehen sind, welche ihren Grund im Beteiligungsverhältnis haben und keine Rückzahlungen von

Kapitalanteilen darstellen (FELIX RICHNER/WALTER FREI/STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013, § 20 StG/ZH N 117; MARKUS REICH, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, § 13 N 124). Offene Gewinnausschüttungen sind Leistungen der Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, die auf dem privatrechtlich hierfür vorgezeichneten Weg durch die Generalversammlung beschlossen werden (REICH, a.a.O., § 13 N 126). Ausgerichtet werden Gewinnanteile nicht aus geschäftlichen Gründen, sondern wegen des Beteiligungsverhältnisses. Die handelnden Organe kommen damit nicht einer geschäftlichen Verpflichtung nach, die auch unabhängigen Dritten erbracht würde, sondern verwenden den Gewinn oder die Reserven im Interesse der Beteiligten (MARKUS REICH/MARKUS WEIDMANN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], **Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkten Steuern [DBG]**, 3. Aufl., Basel 2017, **Art. 20 DBG N 41** mit Hinweisen).

2.1.5. Richtet eine Aktiengesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind oder Inhabern solcher Rechte nahestehen, stellt sich bei der Festsetzung der direkten Steuer und – unter umgekehrten Vorzeichen – der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um Arbeitsentgelt oder Gewinnausschüttung handelt. Abgegrenzt wird nach Wesen und Funktion der Zuwendung; deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft massgebender Lohn sein, wenn sie ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben. Nicht durch das Arbeitsverhältnis begründete Zuwendungen sind Gewinnausschüttungen, welche die Gesellschaft ohne Gegenleistung zuwendet und unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde.

Den ausgerichteten Entschädigungen muss einerseits eine angemessene Bezahlung der geleisteten Arbeit, andererseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht davon aus, dass aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht zu prüfen ist, ob eine als Gewinnausschüttung deklarierte Leistung als massgeblicher Lohn zu qualifizieren ist. Weil die wirtschaftliche Doppelbelastung von Gewinnausschüttungen zwar gemildert, aber nicht beseitigt sei, hätten die Steuerbehörden umgekehrt gegebenenfalls zu überprüfen, ob eine als Lohn deklarierte Leistung in Wirklichkeit eine (verdeckte) Gewinnausschüttung darstelle, und sie als solche aufzurechnen. Dabei habe die Gesellschaft einen erheblichen Ermessensspielraum; den Steuerbehörden stehe es nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes beziehungsweise der Dividende frei zu prüfen. Von der gewählten Aufteilung sei erst abzuweichen, wenn zwischen Lohn beziehungsweise ein [c] gesetztem Vermögen und Dividende ein offensichtliches Missverhältnis bestehe (zum Ganzen vgl. grundlegend **BGE 134 V 297** E. 2.1 f.; **141 V 634** E. 2.2; BGer, 08.04.2015, **9C_837/2014**, E. 1.3). Eine unterschiedliche Betrachtungsweise von Steuerbehörde und AHV-Verwaltung soll um der Einheit und Widerspruchlosigkeit der Rechtsordnung willen vermieden werden (**BGE 141 V 634** E. 2.5 mit Hinweisen).

Das Steuerrecht kennt mithin bei branchenunüblich hohen Löhnen als Korrektiv die Aufrechnung als verdeckte Gewinnausschüttung bei der Gesellschaft. Das Umgekehrte, also die Aufrechnung von Aufwänden bei der Gesellschaft und – im Gegenzug – von Erwerbseinkommen beim arbeitnehmenden Aktionär müsste an den Tatbestand eines branchenunüblich tiefen Lohnes anknüpfen.

2.2.

2.2.1. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, dass das im Jahr 2012 ausbezahlte Salär von CHF 318 889 für die Tätigkeit als Chief Sales & Marketing Officer und Mitglied der Geschäftsleitung der den KMU zuzuordnenden Q. AG marktgerecht und angemessen ist und auch vor dem internen Vergleich mit den beiden anderen Geschäftsleitungsmitgliedern und Aktionären standhält. Auf die entsprechende Erwägung kann ohne weiteres verwiesen werden (E. 3.b), zumal auch der Beschwerdeführer nichts dagegen vorbringt.

Weiter hält die Vorinstanz fest, dass es sich beim vergüteten Betrag von CHF 2 000 000 um einen Gewinnanteil der Q. AG handelt. «Dividende» ist ein Begriff des Zivilrechts, dessen Gehalt grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist (vgl. FELIX RICHNER/WALTER FREI /STEFAN KAUFMANN/HANS ULRICH MEUTER, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016, VB zu DBG N 115). Jedoch müssen auch dem Zivilrecht entnommene Begriffe aus dem steuerrechtlichen Bedeutungszusammenhang heraus verstanden werden. Dennoch ist primär davon auszugehen, dass die zivilrechtliche Bedeutung eines zivilrechtlichen Begriffs grundsätzlich auch für das Steuerrecht massgebend ist, wenn der Gesetzgeber in einer Steuernorm zivilrechtliche Begriffe verwendet. Dies gilt vor allem dann, wenn sich das Steuergesetz genau und exakt an die zivilrechtliche Terminologie hält und darauf verzichtet, die damit bezeichneten Begriffe selbstständig zu umschreiben. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kommt dagegen zum Zug, wenn sich das Steuerrecht direkt auf wirtschaftliche Gegebenheiten bezieht oder zivilrechtliche Begriffe nach- oder umbildet und der Steuergesetzgeber bestimmte zivilrechtliche Erscheinungen als Vorbild zur Ausgestaltung eigener steuerrechtlicher Institute benutzt, welche wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung tragen (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, a.a.O., VB zu DBG N 118 f.).

2.2.2. Der Beschwerdeführer erkennt (act. 1 IV. Ziff. 3), dass mit Zustimmung aller beteiligten Aktionäre zur asymmetrischen Dividendenzahlung (und Verzicht auf die Anfechtungsklage) von Art. 660 OR abgewichen werden kann.

Im Weiteren macht der Beschwerdeführer in der Hauptsache nicht geltend, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid zu Unrecht das Vorliegen einer Steuerumgehung verneint und es deshalb unterlassen, von der zivilrechtlich verwirklichten Gestaltung abzuweichen und den Einspracheentscheid des Kantonalen Steueramts zu bestätigen. Diesen Aspekt erwähnt der Beschwerdeführer nur beiläufig und ohne Begründung am Schluss seiner Beschwerde (act. 1 IV. Ziff. 4).

2.2.3. Vielmehr rügt der Beschwerdeführer, die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz seien unvollständig. Sie habe es unterlassen zu prüfen, ob die Zulässigkeit der Umqualifizierung eines Teils der dem streitbetroffenen Steuerpflichtigen zugeflossenen Dividende in Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bereits in Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise direkt aus Art. 33 Abs. 1 lit. c und Art. 50 Abs. 5 StG/SG abzuleiten sei, sodass ein Rückgriff auf das Institut der Steuerumgehung gar nicht notwendig gewesen wäre.

Sodann vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, bei den anwendbaren Normen (Art. 33 Abs. 1 lit. c und Art. 50 Abs. 5 StG/SG) handle es sich gemäss bündesgerichtlicher Rechtsprechung um Normen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten, und leitet daraus ab, bei der Frage, ob ein Kapitalertrag im Sinne dieser Normen vorliege, greife die wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne weiteres Platz.

Auf dieser dogmatischen Grundlage kommt der Beschwerdeführer zum Schluss, durch die Ausschüttung von je CHF 2 000 000 an alle drei Aktionäre hätten – bei wirtschaftlicher

Betrachtungsweise – die beiden zu je 40 Prozent an der ausschüttenden Gesellschaft Beteiligten zugunsten des nur zu 20 Prozent Beteiligten auf ihren zivilrechtlichen Anspruch von je CHF 400 000, insgesamt also auf CHF 800 000 ihres Dividendenanspruchs verzichtet.

Steuerrechtlich sei der vorliegende Sachverhalt gleich zu beurteilen, wie wenn die Dividende im Verhältnis der Kapitalanteile beschlossen worden wäre und die beiden zu 40 Prozent Beteiligten die Gesellschaft angewiesen hätten, ihren Dividendenanspruch von je CHF 400 000 direkt dem streitbetroffenen Aktionär auszuzahlen. Deshalb stellten die Dividenden bei Ersteren Vermögensertrag dar, hingegen würde sich der Vermögenszufluss bei Letzterem als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit qualifizieren.

3.

3.1. Zutreffend ist die Auffassung des Beschwerdeführers, dass rechtsdogmatisch in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob bereits die Auslegung der anwendbaren Gesetzesnormen eine Umqualifizierung der fraglichen Dividendenzahlung im Umfang von CHF 800 000 zur Folge hat, und dass nur, wenn dies nicht der Fall ist, der Sachverhalt in einem zweiten Schritt im Lichte einer möglichen Steuerumgehung zu würdigen ist.

Nicht zulässig ist jedoch der vom Beschwerdeführer gezogene Schluss, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach **Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG** und damit auch von Art. 33 Abs. 1 lit. c StG /SG eine Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten sei, könne gefolgt werden, dass auch im vorliegenden Fall für die steuerlichen Belange ohne weiteres vom zivilrechtlich verwirklichten Sachverhalt abgewichen werden könne. Vielmehr ist vorab aufzuzeigen, vor welchem Hintergrund das Bundesgericht festgehalten hat, die Normen zum Beteiligungsertrag seien wirtschaftlich zu verstehen und ein Abweichen vom zivilrechtlichen Sachverhalt sei für Steuerzwecke zulässig beziehungsweise geboten. Sodann ist zu prüfen, ob es einen sachlichen Grund gibt, jene Rechtsprechung analog auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt zu übertragen.

3.2. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat unter Referenz auf den wirtschaftlichen Gehalt der Gesetzesbestimmungen über den Beteiligungsertrag die beiden in der Folge einer gesetzlichen Regelung (**Art. 20a DBG** bzw. **Art. 7a StHG**) zugeführten Institute der «Transponierung» und der «indirekten Teilliquidation» entwickelt. Beim vom [d] Beschwerdeführer zur Begründung seiner These angeführten Urteil des Bundesgerichts (BGer, 21.12.2006, **2A.537/2005** und bei den in jenem Urteil als Präjudizien erwähnten Urteilen in ASA 73 [2004/2005] 402 und BGer, 11.04.2006, **2A.648/2005**) ging es denn auch um Fälle der indirekten Teilliquidation.

Gemeinsames Merkmal der Institute der Transponierung und der indirekten Teilliquidation ist, dass zivilrechtlich Veräußerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften vorliegen, es sich jedoch bei diesen Veräußerungen um solche vom Privat- ins Geschäftsvermögen und damit um sogenannte «Systemwechselfälle» handelt, welche – würden die entsprechenden Transaktionen als Kapitalgewinne anerkannt – zu einem Verlust von latentem oder effektivem Einkommenssteuersubstrat führen würden. Um solche Verluste zu verhindern, hat das Bundesgericht, nachdem es ursprünglich auch das Rechtsinstitut der Transponierung unter dem Aspekt der Steuerumgehung eingeführt hatte (ASA 37 [1968/69] 43; sog. «St. Galler Holdingfall»), **Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG** (früher Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt bzw. WStB) und die analogen Bestimmungen der kantonalen Rechte als Gesetzesbestimmungen mit wirtschaftlichem Gehalt qualifiziert und auf dieser Grundlage beim Vorliegen einer Transponierung oder einer indirekten Teilliquidation Kapitalgewinne in Vermögensertrag umqualifiziert. Diese Rechtsprechung galt bis zur gesetzlichen Normierung der Transponierung und der indirekten Teilliquidation in **Art. 20a DBG** und **Art. 7a StHG**.

3.3. Abgesehen von der Tatsache, dass das Bundesgericht die Normen über den Beteiligungsertrag (unter Berufung auf deren wirtschaftlichen Gehalt) ausdehnend verstanden hat, während der Beschwerdeführer diese Norm einschränkend angewendet wissen will, ist im Hinblick auf den hier zu entscheidenden Fall zu prüfen, ob die Ausrichtung einer nicht dem Kapitalanteil entsprechenden Dividende überhaupt zu einem mit dem bei der Transponierung und indirekten Teilliquidation vergleichbaren Verlust von Einkommenssteuersubstrat führt. Nur wenn dies der Fall wäre, bestünde überhaupt eine Basis für eine analoge Übernahme des bundesgerichtlichen Verständnisses der vorliegend anwendbaren Normen über den Beteiligungsertrag (Art. 33 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 50 Abs. 5 StG/SG). Nur dann könnte allenfalls mittels direkten Rückgriffs auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise eine Umqualifizierung eines Teils der Dividende (CHF 800 000) in Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in Betracht gezogen werden. Es ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn dies der Fall wäre, dem Beschwerdegegner das Teilsatzverfahren gemäss Art. 50 Abs. 5 StG/SG zu gewähren wäre, weil diesfalls der in Arbeitsentgelt umqualifizierte Dividendenanteil eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellte (vgl. hierzu nachstehende E. 8).

3.4. Zur Beantwortung der Frage, ob das im Kanton St. Gallen gesetzlich für Beteiligungen von mindestens 10 Prozent vorgesehene Teilsatzverfahren gemäss Art. 50 Abs. 5 StG/SG zu einer (mit den bei der Transponierung und indirekten Teilliquidation resultierenden Reduktionen des Einkommenssteuersubstrats vergleichbaren) Steuerersparnis führt, ist es unabdingbar, sich die Funktion dieses Teilsatzverfahrens im gesamten Steuersystem vor Augen zu führen. Dabei sind die Entscheidungen des Bundesgesetzgebers zu berücksichtigen und im Lichte ihres Sinns und Zwecks auf die vorliegende Fragestellung anzuwenden.

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass das Teilsatzverfahren gemäss 50 Abs. 5 StG/SG eine Massnahme zur Milderung beziehungsweise Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung darstellt. Mit der Anwendung des lediglich hälftigen Einkommenssteuersatzes soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die ausgeschütteten Dividenden bereits mit der Gewinnsteuer der ausschüttenden Gesellschaft vorbelastet sind.

3.4.1. Bei der direkten Bundessteuer wollte der Bundesrat im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II – unter Berufung auf die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne – die wirtschaftliche Doppelbesteuerung lediglich in geringem Umfang mildern und schlug dem Parlament vor, sämtliche Beteiligungserträge (unabhängig davon, ob sie aus einer qualifizierten Beteiligung oder aus Streubesitz stammen) zu 80 Prozent in die Steuerberechnungsgrundlage einzuschliessen (sog. «Teilbesteuerungsverfahren»). Bei diesem Vorschlag liess sich der Bundesrat durch die Arbeiten der Expertenkommission «Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung» leiten (vgl. zum Ganzen: Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen [Unternehmenssteuerreformgesetz II] vom 22. Juni 2005, BBI 2005 4733 ff., 4745 ff.; nachfolgend Botschaft UStR II).

Jene Expertenkommission hat festgestellt, für die Vermeidung beziehungsweise Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung sei grundsätzlich die Anrechnung der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer die ideale Lösung. Eine solche Gewinnsteueranrechnung sei jedoch zu kompliziert, auch wenn pauschalierend nicht die effektiv durch die Gesellschaft bezahlte Gewinnsteuer, sondern die im Wohnsitzkanton des Aktionärs geltende Gewinnsteuer auf dessen Einkommenssteuer angerechnet werde. Aus diesem Grund wurde die Entlastung auf Stufe der Steuerbemessungsgrundlage der Aktionäre in Form des Teilbesteuerungsverfahrens vorgeschlagen.

Der Bundesgesetzgeber ist diesem Vorschlag des Bundesrats nur konzeptionell in dem Sinne gefolgt, dass auch er dem Teilbesteuerungsverfahren den Vorzug vor dem Gewinnsteueranrechnungsverfahren gegeben hat. Im Übrigen hat er jedoch einerseits dieses Verfahren auf die Aktionäre, die zumindest mit 10 Prozent an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt sind, eingeschränkt und andererseits den steuerbaren Anteil für Anteile im Privatvermögen auf 60 Prozent abgesenkt, ohne die Steuerfreiheit der Kapitalgewinne zu beseitigen.

3.4.2. Für das richtige Verständnis des Teilbesteuerungsverfahrens ist zu beachten, dass aus der Tatsache, dass nicht die volle Dividende einkommenssteuerfrei belassen wird, sondern ein Teil der Dividende der Einkommensbesteuerung unterliegt, nicht per se abgeleitet werden kann, damit werde die wirtschaftliche Doppelbesteuerung lediglich gemildert, nicht jedoch beseitigt. Die Auswirkungen dieses Verfahrens hängen vielmehr einerseits von der Höhe der von der ausschüttenden Gesellschaft entrichteten Gewinnsteuer und andererseits von der tatsächlichen Einkommenssteuerentlastung auf dem nicht besteuerten Anteil von 40 Prozent der ausgeschütteten Dividende ab. Da bei den Beschwerdegegnern, deren Dividende dem maximalen Einkommenssteuersatz unterliegt, die Einkommenssteuerbelastung bei der direkten Bundessteuer von 11,5 Prozent höher ist als jene der Gewinnsteuer, wird zwar, wie das nachfolgende Beispiel zeigt, die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht gänzlich eliminiert, jedoch nicht nur um 40 Prozent, sondern um ca. 65 Prozent reduziert. Der effektive Gewinnsteuersatz (unter [e] Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit der Steuern) beträgt 7,043 Prozent. Hier und im Folgenden wird der Steuerfuss für den Kanton St. Gallen im streitbetroffenen Steuerjahr 2012 (325 Prozent) zugrunde gelegt. Dieser effektive Gewinnsteuersatz bei der direkten Bundessteuer berechnet sich wie folgt: $[8,5\% / (100\% + 8,5\% + 12,1875\%) \times 100\%]$.

Beispiel:

Maximale Einkommenssteuerbelastung:	11,5%
Entlastung durch Teilbesteuerungsverfahren (40% v. 11,5%)	4,6%
Effektive Gewinnsteuervorbelastung	7,043%
verbleibende wirtschaftliche Doppelbelastung auf ausgeschütteter Dividende: 2,443%	

Die verbleibende wirtschaftliche Doppelbelastung entspricht 34,6 Prozent ($2,443\% / 7,043\% \times 100\%$) der Gewinnsteuervorbelastung; die Entlastung beträgt somit 65,4 Prozent ($100\% - 34,6\%$).

Ist die ausschüttende Gesellschaft nicht in der Schweiz steuerpflichtig, hängt die Beantwortung der Frage, ob die wirtschaftliche Doppelbelastung lediglich gemildert oder gänzlich vermieden wird beziehungsweise ob gar eine Überentlastung resultiert, von der Höhe der jeweiligen Gewinnsteuerbelastung dieser Gesellschaft ab.

Da Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG das Teilbesteuerungsverfahren nicht auf Ausschüttungen von schweizerischen Gesellschaften beschränkt, kann es im Beispieldfall zu einer Überentlastung im Umfang von 4,6 Prozent der ausgeschütteten Dividende kommen, wenn die ausschüttende Gesellschaft in einem Staat steuerpflichtig ist, der überhaupt keine Gewinnsteuer erhebt.

Dieses Ergebnis würde vermieden, wenn statt des Teilbesteuerungsverfahrens ein Gewinnsteueranrechnungsverfahren gesetzlich angeordnet wäre. Mit seiner Entscheidung gegen ein solches Verfahren der Anrechnung der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer unter gleichzeitigem Verzicht, für die Gewährung des Teilbesteuerungsverfahrens eine Mindestgewinnsteuervorbelastung zu verlangen (wie dies der Bundesrat im Modell 3 seiner

Vernehmlassungsvorlage vorgesehen hatte), hat der Gesetzgeber solche Unebenheiten im System hingenommen.

3.4.3. Bezuglich der Kantons- und Gemeindesteuern ist das Bundesparlament der Auffassung des Bundesrats gefolgt, wonach es den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspreche, den Kantonen die Entscheidung zu überlassen, ob sie überhaupt Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung vorsehen wollen. Nicht gefolgt ist das Bundesparlament jedoch der bundesrätslichen Auffassung, die Bundesverfassung erlaube es, jenen kantonalen Gesetzgebern, die sich dafür entscheiden, solche Massnahmen zu treffen, vorzuschreiben, dass sie Entlastungsmassnahmen auf Stufe der Beteiligten (und nicht auf Stufe der Kapitalgesellschaft) vorsehen müssten (Botschaft UStR II, a.a.O., 4795 f.). Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber diese Frage der kantonalen Autonomie überlassen.

Hingegen hat der Bundesgesetzgeber, ebenfalls anders, als vom Bundesrat vorgeschlagen, den Kantonen die Voraussetzung zur Gewährung von Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung (Mindestbeteiligung von 10 Prozent) vorgeschrieben. Bereits der Bundesrat war der Auffassung, dass es einen unzulässigen Eingriff in die Tarifautonomie der Kantone wäre, den Kantonen vorzuschreiben, in welcher Weise (Gewinnsteueranrechnung, Entlastung bei der Bemessungsgrundlage oder beim Steuertarif) und in welchem Umfang sie die Massnahmen zur Milderung beziehungsweise Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung zu ergreifen haben, wenn sie solche grundsätzlich vorsehen wollen. Dieser Auffassung ist das Bundesparlament gefolgt.

Ergebnis dieser gesetzgeberischen Arbeiten ist Art. 7 Abs. 1 letzter Satz StHG, welcher bestimmt, dass die Kantone bei Dividenden, Gewinnanteilen, Liquidationsüberschüssen und geldwerten Vorteilen aus Beteiligungen aller Art, die mindestens 10 Prozent des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft ausmachen (qualifizierte Beteiligungen), die wirtschaftliche Doppelbelastung von Körperschaften und Anteilsinhabern mildern können.

3.4.4. Der Gesetzgeber des Kantons St. Gallen hat entschieden, Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung zu ergreifen, die bundesgesetzliche Vorgabe bezüglich der Mindestbeteiligungsquote von 10 Prozent umgesetzt und die Entlastung auf Stufe der Anteilsinhaber in Form einer Ermässigung beim Tarif (und nicht wie bei der direkten Bundessteuer bei der Steuerbemessungsgrundlage) im Umfang von 50 Prozent angeordnet (Art. 50 Abs. 5 StG /SG).

Im Beispiel gemäss vorstehender Erwägung wirkt sich diese Entlastungsmassnahme wie folgt aus:

Maximaler Einkommenssteuersatz Gemeinde X. (2012)

Verheiratete (ohne Kirchensteuer) 20,995 %

Entlastung durch Teilsatzverfahren (50%) 10,4975 %

Gewinnsteuervorbelastung vor Abzug Steuern:

$3,25\% \times 3,75\% =$ 12,1875 %

Effektive Gewinnsteuervorbelastung:

$[12,1875\% / (100\% + 12,1875\% + 8,5\%) \times 100\%]$ 10,098 %

Die wirtschaftliche Doppelbelastung auf der ausgeschütteten Dividende wird nicht nur eliminiert, sondern es erfolgt eine Überentlastung im Umfang von 0,3995 Prozent.

Wäre die ausschüttende Gesellschaft in einem Staat steuerpflichtig, der keine Gewinnsteuer erhebt, würde eine Überentlastung von 10,4975 Prozent eintreten, weil Art. 50 Abs. 5 StG/SG (in Übereinstimmung mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts) das Teilsatzverfahren nicht auf Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz beschränkt.

3.4.5. Bei den Beschwerdegegnern würde sich – unter Ausklammerung der übrigen Einkünfte – die Situation bezüglich aller relevanten Steuerarten (ohne Kirchensteuer) bezüglich des umstrittenen Dividendenanteils von CHF 800 000 wie folgt darstellen, hätte die ausschüttende Gesellschaft ihren Sitz im Kanton St. Gallen:

Einkommenssteuer ohne Entlastung von wirtschaftlicher Doppelbesteuerung: gemäss Tarif von CHF 800 000	CHF 258 522
Einkommenssteuerbelastung gemäss gesetzlichen Vorgaben	
Direkte Bundessteuer: 480 000 (60 %) gemäss Tarif	CHF 48 962
Kantons- und Gemeindesteuer (Gemeinde X.)	
10,4975 % von CHF 800 000	CHF 83 980
Total	CHF 132 942
Entlastung Einkommenssteuer total	CHF 125 580
Effektive Gewinnsteuervorbelastung	
17,141 % von CHF 800 000	CHF 137 128
Verbleibende wirtschaftliche Doppelbelastung	CHF 11 548

[f] Die verbleibende wirtschaftliche Doppelbelastung entspricht 8,4 Prozent der Gewinnsteuer; die Entlastung beträgt somit 91,6 Prozent. Da im streitbetroffenen Fall die ausschüttende Gesellschaft ihren Sitz in C. hat, beträgt die effektive Gewinnsteuervorbelastung 21,5 Prozent von CHF 800 000 (= CHF 172 056); die verbleibende wirtschaftliche Doppelbelastung somit CHF 46 476 (172 056 ./ 125 580) und damit 27 Prozent der Gewinnsteuervorbelastung. Die Entlastung beträgt somit 73 Prozent.

4.

Das Ergebnis der Entscheidungen der Gesetzgeber von Bund und Kanton kann im Hinblick auf den vorliegend zu entscheidenden Fall wie folgt zusammengefasst werden:

4.1. Sowohl das Teilbesteuerungsverfahren bei der direkten Bundessteuer als auch das Teilsatzverfahren bei der Kantons- und Gemeindesteuer des Kantons St. Gallen stellen einen von den Gesetzgebern angeordneten sehr pauschalen Ersatz für ein Anrechnungsverfahren der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer der Beteiligungsnehmer dar.

4.2. Das Ziel der Gesetzgeber war somit, bezüglich der Ausschüttungen an Beteiligte von mehr als 10 Prozent an einer Kapitalgesellschaft Einkommenssteuerneutralität herzustellen. Es soll steuerlich keine Rolle spielen, ob eine Kapitalgesellschaft Dividenden ausschüttet oder den Beteiligten Leistungen in anderer Form, wie z.B. Zinsen oder Arbeitsentgelte, ausrichtet.

4.3. Die Beantwortung der Frage, ob die für im Kanton St. Gallen steuerpflichtigen Beteiligten von mindestens 10 Prozent an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften als Massnahmen für die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung vorgesehenen Regelungen tatsächlich blass zu einer Milderung, einer Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung oder gar zu einer Überentlastung führen, hängt einerseits von der Höhe der Gewinnsteuervorbelastung der ausgeschütteten Dividenden und andererseits vom Einkommenssteuertarif der Beteiligten (Kanton St. Gallen) beziehungsweise von der Grenzsteuerentlastung durch die Nichtbesteuerung von 40 Prozent der Dividende (direkte Bundessteuer) ab. Diese Unvollkommenheit des Teilbesteuerungs- beziehungsweise Teilsatzverfahrens gegenüber einem System der Anrechnung der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer ist gewissermassen der Preis für diese gesetzlich angeordneten, einfacheren Verfahren. Sie ändert jedoch nichts am gesetzgeberischen Grundsatzentscheid, bezüglich der Ausschüttungen Einkommenssteuerneutralität zu anderen Entgelten an Beteiligte herzustellen.

4.4. Aufgrund der Funktion des Teilsatzverfahrens als Massnahme zur Milderung beziehungsweise Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ergibt sich zwingend, dass eine Verweigerung der Gewährung des Teilsatzverfahrens bei der Einkommenssteuer der Beteiligten eine korrespondierende Berichtigung auf Stufe der Gewinnsteuer der ausschüttenden Gesellschaft nach sich ziehen muss, sofern diese Gesellschaft tatsächlich Gewinnsteuern entrichtet hat. Andernfalls entstünde eine der gesetzgeberischen Konzeption zuwiderlaufende und damit unzulässige vollumfängliche wirtschaftliche Doppelbelastung (Ausschüttung aus mit Gewinnsteuer vorbelastetem Gewinn, volle Einkommenssteuerbelastung).

5.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung, Art. 33 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 50 Abs. 5 StG/SG sei bezüglich der von ihm angestrebten Umqualifizierung des nicht der Kapitalbeteiligung entsprechenden Dividendenanteils des betroffenen Steuerpflichtigen mittels blossem Rückgriffs auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise zulässig, bereits in ihrem Ansatz nicht haltbar ist.

Die vom Beschwerdeführer vorgenommene Analogie zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Instituten der Transponierung und zur indirekten Teilliquidation (vor deren Normierung in den Bundessteuergesetzen), gemäss welcher Art. 33 Abs. 1 lit. c StG/SG auch im vorliegenden Fall als Gesetzesbestimmung mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten zu verstehen sei, die eine solche Umqualifizierung auch ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Steuerumgehung erlaube, ist unzulässig. Anders als bei den Instituten der Transponierung und der indirekten Teilliquidation, wo es aufgrund des Systemwechsels vom Kapitaleinlageprinzip (früher: Nennwertprinzip) zum Buchwertprinzip zu einem latenten oder effektiven Verlust von Einkommenssteuersubstrat kommt, führt gemäss gesetzgeberischer Konzeption die Ausrichtung einer Dividende im Vergleich zur Bezahlung eines Arbeitsentgelts nicht zu einem Verlust von Einkommenssteuersubstrat, welche die vom Beschwerdeführer vorgenommene Analogie erlauben würde.

Wie in E. 3.4.5 aufgezeigt, gilt dies nicht nur für die gesetzgeberische Konzeption, sondern es trifft auch im konkreten Fall der streitbetroffenen Steuerpflichtigen zu. Die Ausschüttung einer Dividende bewirkt nämlich unter Berücksichtigung der Gewinnsteuervorbelastung nicht eine Steuerersparnis, sondern es bleibt eine (wenn auch geringe) wirtschaftliche Doppelbelastung bestehen. Eine solche würde bei der Ausrichtung eines Arbeitsentgelts, wäre dieses als geschäftsmässig begründet zu anerkennen, nicht eintreten.

Aufgrund des Zusammenhangs des Teilsatzverfahrens im Kanton St. Gallen mit der vom Gesetzgeber unterstellten (und im hier zu beurteilenden Fall auch tatsächlich vorliegenden) Gewinnsteuervorbelastung der Dividende ist es unzulässig, nur die Ebene der Einkommensbesteuerung der streitbetroffenen Steuerpflichtigen zu betrachten und von der Tatsache zu abstrahieren, dass der fragliche Dividendenanteil von CHF 800 000 bereits mit der Gewinnsteuer vorbelastet ist.

Die vom Beschwerdeführer aufgestellte These, wonach eine Umqualifizierung des Dividendenanteils in Arbeitsentgelt aufgrund der Tatsache, dass es sich bei Art. 33 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 50 Abs. 5 StG/SG um eine Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten handle, auch ohne Rückgriff auf das Rechtsinstitut der Steuerumgehung zulässig sei, ist unzutreffend. Vielmehr hat sich ergeben, dass für eine steuerrechtliche Umqualifizierung einer Dividende in Lohn im vorliegenden Fall weder ein fiskalischer Grund noch eine gesetzliche Grundlage vorliegt.

Die Tatsache, dass im hier zu entscheidenden Fall die Gewinnsteuer nicht im Kanton St. Gallen, sondern im Kanton Zürich entrichtet wurde, vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern. Sie ist bei interkantonalen (und auch bei internationalen) Sachverhalten, das heisst wenn die Steuerhoheiten für die ausschüttende Gesellschaft und der daran Beteiligten auseinanderfallen, eine zwingende, von den rechtsanwenden Behörden hinzunehmende Folge davon, dass die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung gemäss Art. 50 Abs. 5 StG/SG auf Stufe der Beteiligten angeordnet ist.

Vor diesem Hintergrund kann die Prüfung der Frage, ob die bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Qualifika [g] tion der Gesetzesbestimmungen zum Beteiligungsertrag als Normen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten nicht nur ein ausdehnendes, sondern, wie der Beschwerdeführer dies vornehmen will, einschränkendes Verständnis erlaubt, unterbleiben.

6.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt es sich ohne Weiteres, dass das vom Beschwerdeführer ohne nähere Begründung angeführte Argument, es liege auch eine Steuerumgehung vor, jeglicher Grundlage entbehrt. Erste Voraussetzung für das Vorliegen einer Steuerumgehung ist das Vorliegen einer Steuerersparnis, welche bei einer anderen Gestaltung des Sachverhalts nicht eingetreten wäre. Aus der im vorliegenden Fall zwingend notwendigen Gesamtbetrachtung der Ebene der ausschüttenden Gesellschaft und jener des Aktionärs geht hervor, dass das Teilsatzverfahren weder mit Blick auf dessen gesetzessystematische Funktion noch auf den konkreten Fall zu einer Steuerersparnis führt, welche bei einer anderen Sachverhaltsgestaltung nicht eingetreten wäre. Damit ist bereits das Eingangskriterium der Steuerersparnis im Sinne der Steuerumgehungsdoctrin nicht gegeben. Die Annahme einer Steuerumgehung entfällt damit von Vornherein.

Aber selbst bei der von der Vorinstanz vorgenommenen Beschränkung auf die Verhältnisse beim streitbetroffenen Aktionär, die, wie aufgezeigt, den gesetzlichen Vorgaben nicht entspricht, erweisen sich die von ihr vorgebrachten Argumente als überzeugend und werden vom Beschwerdeführer nicht ansatzweise widerlegt, sondern dieser beschränkt sich auf die nicht begründete Behauptung, es liege eine Steuerumgehung vor. Auch aus diesem Grund ist jenes Argument des Beschwerdeführers nicht zu hören.

7.

Die Tatsache, dass im Sozialversicherungsrecht in gewissen Konstellationen eine andere Betrachtungsweise Platz greift und Dividenden in Lohn umqualifiziert werden, muss für die steuerrechtliche Beurteilung ohne Belang bleiben. Bei den Sozialversicherungsabgaben ist die Situation nicht vergleichbar mit jener im Steuerrecht, weil eine Dividendenzahlung ohne Sozialversicherungsabgabepflicht bleibt, während eine solche auf Arbeitsentgelten anfällt. Demgegenüber erfolgen im Steuerrecht die Dividendenzahlungen – gemäss gesetzgeberischem Konzept und auch im hier zu beurteilenden Fall – aus mit Gewinnsteuern vorbelastetem Substrat, wohingegen Arbeitsentgelte als geschäftsmässig begründete Aufwendungen das Gewinnsteuersubstrat schmälern.

8.

Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Position des Beschwerdeführers, abgesehen von der mangelnden gesetzlichen Grundlage, auch deshalb nicht haltbar ist, weil sie ausser Acht lässt, dass eine Umqualifizierung des überproportionalen Dividendenanteils von CHF 800 000 in Arbeitsentgelt zu einem eigentlichen «Zirkelvorgang» führen müsste. Offenbar leisteten alle drei an der Q. AG beteiligten Arbeitnehmer dieser Gesellschaft eine gleichwertige Arbeit und erhielten deshalb auch einen gleich hohen Lohn. Würde nun beim streitbetroffenen Aktionärsarbeitnehmer in einem ersten Schritt eine Umqualifizierung des Dividendenanteils von CHF 800 000 in Lohn erfolgen, müsste in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob dieses Arbeitsentgelt marktmässig sei. Das Ergebnis dieser Prüfung wäre, dass dies im Umfang von CHF 800 000 nicht der Fall war, weil der streitbetroffene Steuerpflichtige eine gleichwertige Arbeit wie die beiden andern Aktionärsarbeitnehmer geleistet hatte, jedoch ein um CHF 800 000 höheres Arbeitsentgelt erhalten hat. Dieser Lohnanteil wäre nicht geschäftsmässig begründet und müsste deshalb steuerlich als geldwerte Leistung in Form einer verdeckten Gewinnausschüttung im Umfang von CHF 800 000 qualifiziert werden. Da praxisgemäss im Kanton St. Gallen auch für verdeckte Gewinnausschüttungen das Teilsatzverfahren Anwendung findet, müsste dieses dem streitbetroffenen Steuerpflichtigen ebenfalls gewährt werden. Der Beschwerdeführer hat dieser Tatsache weder im Veranlagungsverfahren Rechnung getragen, noch beachtet er sie in seiner vorliegend zu beurteilenden Beschwerde.

Eine Steuerbehörde ist jedoch im Rahmen des gemischten Veranlagungsverfahrens (Art. 176 Abs. 1 StG/SG) verpflichtet, das gesamte Steuerrecht anzuwenden. Vor diesem Hintergrund hätte sie erkannt, dass der betroffene Steuerpflichtige in jedem Fall Anspruch auf das Teilsatzverfahren gemäss Art. 50 Abs. 5 StG/SG gehabt hätte.

9.

Zusammenfassend ist im Sinne dieser Erwägungen die Beschwerde abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz vom 19. November 2015, wenn auch mit anderer Begründung, zu bestätigen.

10.

(...).

Rechtsprechungs-Forum

Zurechnung asymmetrischer Dividenden und geldwerte Leistungen

Überlegungen zur Dreieckstheorie aus Anlass des Entscheids des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29. Juni 2017 (B 2015/323, StE 2018 B 24.4 Nr. 88)

Dr. iur. Markus Weidmann*



*Markus Weidmann, Dr. iur.,
Rechtsanwalt und dipl.
Steuerexperte*

Der Beitrag diskutiert die Dreieckstheorie bei privat gehaltenen Beteiligungsrechten und behandelt die Zurechnung asymmetrischer Dividenden und verdeckter Gewinnausschüttungen in Konstellationen mit mehreren Aktionären. Asymmetrische Dividenden sind grundsätzlich auch steuerlich anzuerkennen und die Zurechnung auf die Aktionäre hat auf Grund des Dividendenbeschlusses der Generalversammlung zu erfolgen; vorbehalten bleiben besondere Leistungsbeziehungen zwischen den Aktionären. Die Analyse der dogmatischen Grundlagen und der Praxis der Gerichte ergibt, dass verdeckte Gewinnausschüttungen demjenigen Aktionär zuzurechnen sind, der die Gesellschaft zu einer geldwerten Leistung an eine nahestehende Person in seinem eigenen Interesse veranlasste. Eine Zurechnung an Hand der Beteiligungsquoten ist nicht sachgerecht. Es zeigt sich, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29.Juni 2017 (B 2015/323, StE 2018 B 24.4 Nr. 88) mit der Dreieckstheorie in Einklang steht.

La contribution traite la théorie du triangle en lien avec les participations détenues dans la fortune privée et discute de l'attribution des dividendes asymétriques et des prestations appréciables en argent dans des structures avec plusieurs actionnaires. Des dividendes asymétriques doivent être reconnus aussi dans le contexte fiscal et l'attribution aux actionnaires doit se baser sur la décision de l'assemblée générale de distribuer un dividende; sont réservées des prestations particulières entre les actionnaires. Une analyse des fondamentaux dogmatiques et de la pratique des tribunaux compétents en matière fiscale révèle que les dividendes occultes sont attribuables à l'actionnaire qui a entraîné dans son intérêt personnel la distribution d'une prestation appréciable en argent par la société à une personne proche. Une attribution en proportion de la participation détenue par les actionnaires n'est pas appropriée. La décision du tribunal administratif du canton de Saint-Gall du 29 juin 2017 (B 2015/323, StE 2018 B 24.4 Nr. 88) s'avère être en accord avec la théorie du triangle.

* Der Autor dankt Frau Dr. iur. et lic. phil. Daniela Dardel und Herrn Robin Kohler für die wertvolle Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrags.

Inhalt

1 Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29.Juni 2017	50
1.1 Sachverhalt	50
1.2 Rügen des Kantonalen Steueramtes	50
1.3 Erwägungen des Verwaltungsgerichts	51
2 Dreieckstheorie bei geldwerten Leistungen	52
2.1 Beteiligungsrechte im Privatvermögen	52
2.2 Vorliegender Fall	53
3 Zurechnung der geldwerten Leistungen auf die Aktionäre	55
3.1 Stellungnahmen in der Literatur	55
3.2 Rechtsprechung	57
3.2.1 Steuerjustiz des Kantons Zürich	57
3.2.2 Bundesgericht	58
4 Stellungnahme	60
4.1 Geldwerte Leistungen	60
4.1.1 Herleitung	60
4.1.2 Rechtsprechung	62
4.1.3 Abgrenzungen	62
4.2 Asymmetrische Dividenden	63
4.2.1 Zivilrechtliche Grundlagen	63
4.2.2 Einkommenssteuerliche Beurteilung	65
5 Anmerkungen zum Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29.Juni 2017	66
6 Zusammenfassende Thesen	67
Literatur	68
Rechtsquellen	70
Praxisanweisungen	70

1 Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29.Juni 2017

1.1 Sachverhalt

A. Y. mit Wohnsitz im Kanton St.Gallen arbeitete als Chief Sales & Marketing Officer und Mitglied der Geschäftsleitung bei der Q. AG mit Sitz in C., Kanton Zürich. Er erzielte hieraus Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von CHF 318 889. Das Aktienkapital der Q. AG betrug nominal CHF 100 000. A. Y. war an der Q. AG zu 20 % beteiligt; je 40 % entfielen auf die beiden anderen Mitglieder der Geschäftsleitung der Q. AG, E. S. und F. R.¹ Alle drei Mitglieder der Geschäftsleitung leisteten eine gleichwertige Arbeit, waren zu gleichen Teilen an der operativen Weiterentwicklung der Q. AG beteiligt und erhielten deshalb auch den gleichen Lohn, der einem branchenüblichen Salär entsprach.²

Anlässlich der ordentlichen Generalversammlung der Q. AG vom 10. April 2012 beschlossen die drei Gesellschafter einstimmig, sich eine Dividende von je CHF 2 Mio. auszuschütten. Diesen Betrag deklarierte A. Y. in der Steuererklärung 2012 als Beteiligungsertrag, bei der direkten Bundessteuer gemäss Art. 20 Abs. 1^{bis} DBG zu 60 % steuerbar. Für die Kantons- und Gemeindesteuern

beanspruchte A. Y. das im Kanton St.Gallen geltende Halbsatzverfahren gemäss Art. 50 Abs. 5 StG SG.

Im Veranlagungsverfahren für die Kantons- und Gemeindesteuern 2012 gewährte die Veranlagungsbehörde die privilegierte Besteuerung des als Dividende deklarierten Betrags von CHF 2 Mio. zum hälftigen Steuersatz nur insoweit, als dieser Betrag im Verhältnis zum Kapitalanteil von 20 % stand, d. h. auf CHF 1.2 Mio. (entsprechend 20 % von insgesamt CHF 6 Mio. Dividenden). Die «Überdividende» von CHF 800 000 erfasste sie als übriges Einkommen zum vollen Satz.

Die gegen die Veranlagungsverfügung erhobene Einsprache wurde abgewiesen. Hingegen hiess die Verwaltungsrekskommision des Kantons St.Gallen den Rekurs gegen den Einspracheentscheid gut; der Dividendenanteil von CHF 800 000 sei zu Unrecht dem Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zugerechnet worden. Das Kantonale Steueramt führte beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen Beschwerde gegen den Entscheid der Verwaltungsrekskommision.

1.2 Rügen des Kantonalen Steueramtes

Wie sich dem Entscheid vom 29.Juni 2017 entnehmen lässt, hatte die Verwaltungsrekskommision erkannt, es liege keine Steuerumgehung vor. Das Kantonale Steueramt rügte, ein Rückgriff auf das Institut der Steuerumgehung sei gar nicht notwendig. Weil es sich bei den anwendbaren Art. 33 Abs. 1 lit. c StG SG, der inhaltlich Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG entspricht, und Art. 50 Abs. 5

1 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, Sachverhalt A, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

2 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, Sachverhalt B und E. 8, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

StG SG, welcher das Halbsatzverfahren regelt, um Normen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten handle, greife die wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne Weiteres Platz.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise stelle sich der Sachverhalt so dar, dass die beiden zu je 40 % an der Q. AG beteiligten Aktionäre zu Gunsten des nur zu 20 % Beteiligten auf ihren zivilrechtlichen Anspruch von je CHF 400 000, insgesamt CHF 800 000, verzichteten. Steuerrechtlich sei der vorliegende Sachverhalt gleich zu beurteilen, wie wenn die Dividende im Verhältnis der Kapitalanteile beschlossen worden wäre und die beiden zu 40 % Beteiligten die Gesellschaft angewiesen hätten, ihren Dividendenanspruch von je CHF 400 000 direkt dem streitbetroffenen Aktionär auszuzahlen. Deshalb stellten die Dividenden bei Ersteren Vermögensertrag dar, hingen qualifizierte der Vermögenszufluss bei Letzterem als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit.³

1.3 Erwägungen des Verwaltungsgerichts

Das Verwaltungsgericht hält fest, auch wenn Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG und damit auch Art. 33 Abs. 1 lit. c StG SG Normen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten seien, könne nicht ohne Weiteres vom zivilrechtlich verwirklichten Sachverhalt abgewichen werden, sondern es müsse berücksichtigt werden, vor welchem Hintergrund das Bundesgericht festgehalten habe, die Normen zum Beteiligungsertrag seien wirtschaftlich zu verstehen, und ein Abweichen vom zivilrechtlichen Sachverhalt sei für Steuerzwecke zulässig bzw. geboten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe unter Referenz auf den wirtschaftlichen Gehalt der Gesetzesbestimmungen über den Beteiligungsertrag die beiden in der Folge einer gesetzlichen Regelung⁴ zugeführten Institute der «Transponierung» und «indirekten Teilliquidation» geschaffen. Deren gemeinsames Merkmal sei es, dass es – würden die entsprechenden Transaktionen als Kapitalgewinne anerkannt – zu einem Verlust von latentem oder effektivem Einkommenssteuersubstrat komme. Nur wenn die Ausrichtung einer nicht dem Kapitalanteil entsprechenden Dividende überhaupt zu einem mit dem bei der Transponierung und indirekten Teilliquidation vergleichbaren Verlust von Einkommenssteuersubstrat führe, bestünde überhaupt eine Basis für eine analoge Übernahme des bundesgerichtlichen Verständnisses der Normen über den Beteiligungsertrag.⁵

Das Verwaltungsgericht geht danach ausführlich auf die Gesetzgebungsgeschichte und die Funktionsweise der Teilbesteuerungs- und Teilsatzverfahren ein und stellt sowohl Modellrechnungen als auch eine Berechnung der Auswirkungen im konkreten Fall auf.⁶ Es kommt zu folgenden Schlüssen:⁷

- Sowohl das Teilbesteuerungsverfahren bei der direkten Bundessteuer als auch das Teilsatzverfahren bei den Kantons- und Gemeindesteuern des Kantons St.Gallen stellten einen von den Gesetzgebern angeordneten, sehr pauschalen Ersatz für ein Anrechnungsverfahren der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer der Beteiligungsinhaber dar.
- Das Ziel der Gesetzgeber sei es gewesen, bezüglich der Ausschüttungen an Beteiligte von mehr als 10 % an einer Kapitalgesellschaft Einkommenssteuerneutralität herzustellen. Es solle steuerlich keine Rolle spielen, ob eine Kapitalgesellschaft Dividenden ausschütte oder den Beteiligten Leistungen in anderer Form, wie etwa Zinsen oder Arbeitsentgelte, ausrichte.
- Ob es tatsächlich bloss zu einer Milderung, einer Be seitigung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung oder gar zu einer Überentlastung komme, hänge einerseits von der Höhe der Gewinnsteuervorbelastung, andererseits vom Einkommenssteuertarif ab. Diese Unvollkommenheit gegenüber einem System der Anrechnung der Gewinnsteuer auf die Einkommenssteuer sei Folge des gesetzlich angeordneten, einfacheren Verfahrens.
- Eine Verweigerung des Teilsatzverfahrens bei der Einkommenssteuer müsse eine korrespondierende Berichtigung auf Stufe der Gewinnsteuer der ausschüttenden Gesellschaft nach sich ziehen, sofern diese Gesellschaft tatsächlich Gewinnsteuern entrichtet habe. Andernfalls entstünde eine der gesetzgeberischen Konzeption zu widerlaufende und damit unzulässige vollumfängliche wirtschaftliche Doppelbelastung.

Hieraus ergibt sich für das Verwaltungsgericht, dass der Rückgriff auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht zulässig sei. Die Ausrichtung einer Dividende führe gemäss gesetzgeberischer Konzeption im Vergleich zur Bezahlung eines Arbeitsentgelts nicht zu einem Verlust von Einkommenssteuersubstrat, welche eine Analogie zu Transponierung und indirekter Teilliquidation erlaube. Es sei unzulässig, nur die Ebene der Einkommensbesteuerung zu betrachten und von der Gewinnsteuervorbelastung zu abstrahieren. Daran ändere nichts, dass die Q. AG die Gewinnsteuer im Kanton Zürich entrichte. Eine Steu-

3 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 2.2.2 f., StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

4 Art. 20a DBG bzw. Art. 7a StHG.

5 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 3.2 f., StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

6 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 3.4, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

7 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 4, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

erumgehung könne von vornherein nicht vorliegen, weil insgesamt keine Steuerersparnis eingetreten sei.⁸

Ergänzend erwägt das Verwaltungsgericht, eine Umqualifizierung des überproportionalen Dividendenanteils von CHF 800 000 in Arbeitsentgelt führe zu einem eigentlichen «Zirkelvorgang». Das Arbeitsentgelt stelle sich nämlich nicht als marktmässig heraus, weil diesfalls der betreffende Aktionärsarbeitnehmer eine gleiche Arbeit wie die beiden anderen Aktionärsarbeitnehmer geleistet, jedoch ein um CHF 800 000 höheres Arbeitsentgelt erhalten habe. Dieser Lohnanteil sei geschäftsmässig nicht begründet und müsse steuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst werden. Hierfür sei aber das Teilsatzverfahren ebenfalls zu gewähren.⁹

Dementsprechend weist das Verwaltungsgericht die Beschwerde des Kantonalen Steueramtes ab.

2 Dreieckstheorie bei geldwerten Leistungen

Der Entscheid des Verwaltungsgerichts ist in mancherlei Hinsicht bemerkenswert. Vorliegend soll aber nur ein Aspekt näher beleuchtet werden, der im Entscheid in der Sache mitenthalten ist, aber nicht ausdrücklich zur Sprache kommt, nämlich die Auswirkungen der Dreieckstheorie.

2.1 Beteiligungsrechte im Privatvermögen

In der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰ und der kantonalen Gerichte¹¹ ist die Dreieckstheorie mittlerweile fest verankert, und in der Literatur stösst sie, soweit ersichtlich, auf einmütige Zustimmung,¹² was durchaus erstaunen mag. Die bekannte unterschiedliche Betrachtungsweise bei der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe (sogenannte Direktbegünstigungstheorie)¹³ ist hier deshalb ohne Bedeutung. In der vorliegend zu betrachtenden Angelegenheit geht es um die Anwendung der Dreieckstheorie bei – hier offenen, in der Praxis aber

oft verdeckten – Gewinnausschüttungen von juristischen Personen, deren Anteile im Privatvermögen gehalten werden. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts hält dazu fest, dass in jedem Fall die reine Dreieckstheorie greife. Ihr zufolge fliesset die geldwerte Leistung für eine logische Sekunde von der leistenden Gesellschaft an den Beteiligungsnehmer, wo sie als Ertrag aus beweglichem Vermögen (verdeckte Gewinnausschüttung) erfasst werde,¹⁴ und von da an die dem Beteiligungsnehmer nahestehende Drittperson.¹⁵

Als dem Beteiligungsnehmer nahestehende Drittperson wird eine natürliche oder juristische Person betrachtet, die zum beherrschenden Beteiligungsnehmer enge wirtschaftliche oder persönliche, beispielsweise verwandschaftliche, Beziehungen unterhält. Nahestehend im steuerrechtlichen Sinne sind darüber hinaus Personen, denen der Beteiligungsnehmer gestattet, seine Gesellschaft wie eine eigene zu benutzen.¹⁶ Eine geldwerte Leistung charakterisiert sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dadurch, dass (i) die leistende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft für ihre Leistung keine oder keine gleichwertige Gegenleistung erhält, (ii) der Beteiligungsnehmer der Kapitalgesellschaft direkt oder indirekt (z. B. über eine ihm nahestehende Person oder Unternehmung) einen Vorteil erlangt, (iii) die Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft diesen Vorteil einer nicht nahestehenden, also fernstehenden Person unter gleichen Bedingungen nicht zugestanden hätte, weshalb die Leistung insofern ungewöhnlich ist (Kriterium des Drittvergleichs), und (iv) der Charakter der Leistung für die Organe der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft erkennbar war.¹⁷

¹⁴ Umstritten ist, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung auch an Nichtgesellschafter mit Organstellung erfolgen können (ablehnend mit einlässlicher Begründung VGer ZH 18.8.2017, SR.2017.00001 / SR.2017.00002, E. 5.3, StE 2018 B. 24.4 Nr. 89).

¹⁵ BGer 15.6.2018, 2C_276/2018, E. 2.6.2; BGer 30.1.2017, 2C_853/2017, E. 5.4, ASA 85 (2016/2017) 594 = NF 2018 115 = RDAF 2017 II 284; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.4.2, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110; BGer 30.1.2012, 2C_961/2010, E. 4.2, BGE 138 II 57 = ASA 83 (2014/2015) 21 = StR 2012 280 = StE 2012 B 24.4 Nr. 80; BGer 17.10.2005, 2A.20/2005, E. 4.1, BGE 131 II 722 = ASA 76 (2007/2008) 73 = StR 2006 145 = StE 2007 B 44.1 Nr. 11 = BR 2006 55 = RDAF 2006 II 28 = ZBJV 2007 405; BGer 21.11.2014, 2C_476/2014/2C_477/2014, E. 7.3, ASA 83 (2014/2015) 412; BGer 8.7.2014, 2C_1023, E. 3.4.1, ASA 83 (2014/2015) 134 = StR 2014 735 = RDAF 2015 II 254.

¹⁶ BGer 21.11.2018, 2C_505/2017, E. 6.1; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.3.2, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110; BGer 30.1.2012, 2C_961/2010, E. 2.3, BGE 138 II 57 = ASA 83 (2014/2015) 21 = StR 2012 280 = StE 2012 B 24.4 Nr. 80; BGer 26.10.2010, 2C_565/2011, E. 3.4, BGE 138 II 545 = ASA 82 (2013/2014) 531 = StR 2013 67 = StE 2013 B 27.2 Nr. 38.

¹⁷ BGer 15.6.2018, 2C_276/2018, E. 2.3; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.3.1, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

⁸ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 5 f., StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

⁹ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 8, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

¹⁰ BGer 15.6.2018, 2C_276/2018, E. 2.6.2; BGer 30.1.2017, 2C_853/2017, E. 5.2.1, ASA 85 (2016/2017) 594 = NF 2018 115 = RDAF 2017 II 284.

¹¹ VGer ZH 18.8.2017, SR.2017.00001/SR.2017.00002, E. 3.2, StE 2018 B. 24.4 Nr. 89.

¹² Näher hierzu unten Abschn. 3.1.

¹³ Direkter Leistungsfluss von der leistenden juristischen Person zum Begünstigten mit gewissen Ausnahmen gemäss MB 2001 Leistungsempfänger (hierzu BAUER-BALMELLI, Art. 21 VStG N 23 ff.), wobei offenbar bei Zuschüssen an Schwestergesellschaften die Dreieckstheorie nicht mehr angewendet und keine Emissionsabgabe mehr erhoben wird (OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, 881).

Die Leistung des Beteiligungsinhabers an die nahestehende Drittperson wird sowohl in der Rechtsprechung¹⁸ als auch in der Literatur¹⁹ regelmässig als Schenkung bezeichnet. Jedoch kann die Leistung allenfalls auch auf einem anderen Rechtsgrund beruhen, wenn es sich um eine Gegenleistung für eine vom Dritten erbrachte Leistung handelt, und ist steuerrechtlich entsprechend zu behandeln.²⁰ Es bedarf also einer Prüfung im Einzelfall, wenn es um die Besteuerung der allenfalls nahestehenden begünstigten Drittperson geht, worauf die Leistung zurückführen ist. Im Verhältnis zwischen der leistenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft und dem Anteilsinhaber hat die jüngere Rechtsprechung herausgearbeitet, dass es sich um zwei unterschiedliche Rechts- und Steuersubjekte handle. Sie seien einander zumindest beteiligungsrechtlich, unter Umständen auch schuldrechtlich verbunden. Der Frage, ob eine geldwerte Leistung vorliege, sei deshalb in zwei gesonderten Verfahren nachzugehen. Es liege aber insofern ein zweidimensionaler Sachverhalt vor, als die Veranlagung des Anteilsinhabers derart eng mit jener der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zusammenhänge, dass jeweils beide Besteuerungsebenen in die Überlegungen einzubeziehen seien.²¹ Im Spannungsfeld zwischen gesamthafter Betrachtung der verschiedenen Leistungsbeziehungen und dem zu entscheidenden Einzelaspekt lehnt die Rechtsprechung einen Aufrechnungsautomatismus für geldwerte Leistungen beim Aktionär ab und eine erneute rechtliche Beurteilung auf Aktionärsebene erweist sich als unerlässlich.²²

18 Wobei die fragliche Leistung nicht Streitgegenstand war; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.4.2, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

19 Statt vieler REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 53.

20 VGER ZH 18.8.2017, SR.2017.00001/SR.2017.00002, E. 5.4, StE 2018 B. 24.4 Nr. 89, Rückweisung zwecks Abklärung des Rechtsgrunds für etwaige Leistungen an die Drittperson. VGER AG 17.11.2015, WBE.2015.72, E. 2.1, AGVE 2015 128 = StE 2016 B 24.4 Nr. 84; der vom VGER AG zitierte Entscheid des Bundesgerichts vom 22.10.1992 (ASA 63 (1994/95) 145 = StR 1995 542 = StE 1993 B 24.4 Nr. 33 = RDAF 1995 38) bezieht sich wiederum auf die Ausführungen von SCHÄRER (Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, 307), unten Abschn. 3.1. Im Entscheid vom 6. August 2015 hat das Bundesgericht die Qualifikation einer Leistung an eine liechtensteinische Anstalt offen gelassen, weil es an der Mitwirkung bei der Erstellung des Sachverhalts mangelte (BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 3.4.3, ASA 84 [2015/2016] 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110).

21 BGer 15.6.2018, 2C_276/2018, E. 2.1; BGer 13.12.2017, 2C_853/2017, E. 3.5.1, ASA 86 (2017/2018) 416 = StE 2018 B 97.41 Nr. 30; BGer 14.8.2017, 2C_674/2017, E. 3.3.7, ASA 86 (2017/2018) 137 = StE 2017 B 91.6 Nr. 4; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.1, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

22 VGER ZH 18.8.2017, SR.2017.00001/SR.2017.00002, E. 5.4, StE 2018 B 24.4 Nr. 89; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.5.7, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

Jedoch hat ein Beteiligungsinhaber, soweit er gleichzeitig Organ der Gesellschaft ist, Bestand und Höhe der von der Steuerverwaltung behaupteten geldwerten Leistung detailliert zu bestreiten. Unterlässt er eine Bestreitung oder beschränkt er sich auf pauschale Ausführungen, darf die Veranlagungsbehörde annehmen, die auf Gesellschaftsebene rechtskräftig veranlagte Aufrechnung sei dem Beteiligungsinhaber gegenüber ebenso berechtigt.²³

Die sogenannte modifizierte Dreieckstheorie, wonach bei Beteiligungen im Geschäftsvermögen von einer Aufrechnung beim Aktionär abgesehen wird, solange kein Abschreibungsbedarf entsteht,²⁴ findet hier an sich von vornherein keine Anwendung; das Bundesgericht hat die Vereinbarkeit der modifizierten Dreieckstheorie mit dem Bundesrecht neuerdings offen gelassen.²⁵ Die Eidgenössische Steuerverwaltung sieht indessen im Kreisschreiben Nr. 5 betreffend Umstrukturierungen eine Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie selbst bei privat gehaltenen Beteiligungsrechten im Sinne einer Billigkeitslösung vor. Gegen Abgabe eines Revers wird bei nicht gewinnsteuerneutralen Spaltungen auf die Besteuerung einer Ausschüttung verzichtet, sofern der Beteiligungsinhaber die Beteiligungsrechte an der begünstigten Gesellschaft nicht innert fünf Jahren veräussert. Damit soll eine Mehrfachbelastung vermieden werden.²⁶

2.2 Vorliegender Fall

In dem vom Verwaltungsgericht beurteilten Fall ging es um offene Gewinnausschüttungen, die jedoch nicht im Verhältnis zum jeweils von den Aktionären gehaltenen Aktienkapital vorgenommen worden waren. Das Verwaltungsgericht ging bei seiner Beurteilung des Sachverhaltes von der gegebenen zivilrechtlichen Situation eines Dividendenbeschlusses aus, der – einstimmig gefasst – nicht angefochten wurde und deshalb, obwohl von Art. 660 OR abweichend, als gültig zu betrachten ist. Es verwirft mit einlässlicher Begründung eine andere, wirtschaftliche Betrachtungsweise. Die Dreieckstheorie fand keine Anwendung, aber auch keine Erwähnung.²⁷ Gemäss Art. 660 Abs. 1 OR hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, wobei sich – vorbehältlich einer abweichenden statutarischen

23 BGer 6.8.2016, 2C_16/2015, E. 2.5.8, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

24 Grundlegend hierzu REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, 636 ff.

25 BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.4.3, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110. In der Praxis und in der Lehre dürfte sich die modifizierte Dreieckstheorie durchgesetzt haben (BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Art. 58 DBG N 354; DANON, Art. 57, 58 DBG N 261; LOCHER, Art. 58 DBG N 130; OBERSON, Droit fiscal suisse, § 10 Rz 59).

26 KS 5 Umstrukturierungen, Ziff. 4.3.3.3.

27 VGER SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 2.2.2, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

Regelung – «verhältnismässig» auf die auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge bezieht.²⁸

Vor dem Hintergrund der – gemäss der Rechtsprechung im Bereich des Privatvermögens immer anwendbaren – Dreieckstheorie stellt sich deshalb die Frage, ob die Dividenden steuerlich zwingend den Aktionären proportional zum einbezahnten Aktienanteil zuzurechnen sind, mithin zu 20 % von insgesamt CHF 6 Mio. (CHF 1.2 Mio.) an A. Y. und zu je 40 % von insgesamt CHF 6 Mio. (jeweils CHF 2.4 Mio.) an E. S. und F. R. Das Kantonale Steueramt hatte denn auch geltend gemacht, die beiden anderen Aktionäre hätten auf einen Teil ihres grundsätzlichen Dividendenanspruches verzichtet. Diese Auffassung des Kantonalen Steueramtes kann sich argumentativ sowohl zivilrechtlich als auch wirtschaftlich herleiten: Die Aktionäre haben einen quotalen, sich am jeweils gehaltenen einbezahnten Aktienkapital messenden Anspruch auf die Dividende.²⁹ Dadurch, dass die beiden Aktionäre mit einer Beteiligungsquote von je 40 %, E. S. und F. R., einer Dividendenzuteilung von jeweils einem Drittel zustimmten, verzichteten sie im Umfang von zwei Mal 6½ % (total 13½ % auf CHF 6 Mio., was CHF 800 000 ausmacht) auf den ihnen zivilrechtlich zustehenden Dividendenanspruch. Wirtschaftlich betrachtet nahm der Substanzwert der Q. AG durch die Dividendausschüttung um CHF 6 Mio. ab. Die beiden Aktionäre E. S. und F. R. hatten eine Minderung des Substanzwerts ihrer Beteiligungen von je CHF 2.4 Mio. hinzunehmen, der aber Dividenden von nur je CHF 2 Mio. gegenüberstanden. Somit entäusserten sich E. S. und F. R. von jeweils CHF 400 000 ihres Vermögens zu Gunsten von A. Y.

Stellte sich der Sachverhalt, dem Kantonalen Steueramt folgend, so dar, dann lägen weitere Leistungsbeziehungen zwischen den beiden Aktionären E. S. und F. R. an A. Y. vor. Der Fall wäre dahingehend zu untersuchen, weshalb E. S. und F. R. durch den einstimmig gefassten Dividendenbeschluss der Generalversammlung der Q. AG zivilrechtlich und wirtschaftlich auf jeweils CHF 400 000 zu Gunsten von jeweils A. Y. verzichteten. Einkommenssteuerlich bedeutete dies, dass bei E. S. und F. R. jeweils CHF 2.4 Mio. Vermögensertrag aus der Beteiligung an der Q. AG zu erfassen wären. Bei A. Y. wäre zu untersuchen, ob die von E. S. und F. R. erhaltenen Zuwendungen von je CHF 400 000 steuerbares Einkommen darstellen, beispielsweise als zusätzliches Arbeitsentgelt, als Schenkung oder aus einem anderen Grund. Die zwei Mal CHF 400 000 könnten bei A. Y. unter Umständen – entsprechende Vorbringen und Beweisleistungen vor-

ausgesetzt – auch steuerfrei bleiben, wenn er etwa private Vermögenswerte an E. S. oder F. R. veräusserte und letztere den Kaufpreis in der Weise tilgten, dass sie A. Y. die Dividendenzahlungen zukommen liessen; auch die Rückzahlung oder Gewährung von Darlehen sind denkbar.

Bei dieser Betrachtungsweise stünde aber auch fest, dass der Zufluss von zwei Mal CHF 400 000 bei A. Y. keinen Beteiligungsertrag darstellen kann, weil der Grund der Leistung nicht im Beteiligungsverhältnis liegt, sondern in einem oder mehreren anderen Rechtsverhältnissen mit E. S. und F. R. Diesfalls wäre im Umfang von CHF 800 000 die Anwendung des Teilsatzverfahrens zu verweigern, sofern die CHF 800 000 steuerbare Einkünfte darstellten.

Die Q. AG hätte indessen statt einer offenen Gewinnausschüttung mittels Dividende dem Aktionär A. Y. auch eine verdeckte Gewinnausschüttung ausrichten können, zur Veranschaulichung durch Gewährung eines Darlehens von CHF 800 000 an A. Y. und späterer, geschäfts-mässig nicht begründeter Abschreibung der Darlehensforderung durch die Q. AG. Auf diese Weise wäre dasselbe Resultat wie mit der asymmetrischen, offenen Gewinnausschüttung erzielt worden, wie das Verwaltungsgericht aufzeigt.³⁰ Dies führt aber wieder darauf zurück, ob in Anwendung der Dreieckstheorie die geldwerte Leistung den drei Aktionären zwingend proportional zum Anteil am einbezahnten Aktienkapital zuzurechnen sei, so dass wiederum etwaige Leistungsbeziehungen zwischen den Aktionären zu untersuchen wären.

Verallgemeinert stellt sich die Frage, wie die Dreieckstheorie auf geldwerte Leistungen anzuwenden ist, wenn die leistende Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft nicht von einem Alleinaktionär beherrscht wird. Als Möglichkeiten stehen im Vordergrund, entweder die geldwerten Leistungen bei den Aktionären quotal aufzurechnen oder die ganze geldwerte Leistung demjenigen Aktionär zuzurechnen, der effektiv ein Interesse an der geldwerten Leistung an die nahestehende Drittperson hatte. Für beide Lösungsmöglichkeiten bestehen in der Rechtsprechung und in der Literatur Ansätze. Für asymmetrische Dividenden sind gleiche Überlegungen anzustellen.

28 Art. 661 OR.

29 Art. 661 OR.

30 VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 8, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

3 Zurechnung der geldwerten Leistungen auf die Aktionäre

3.1 Stellungnahmen in der Literatur

Die erste (schweizerische) Darstellung der Dreieckstheorie stammt, soweit ersichtlich,³¹ aus dem Jahr 1974 von ERWIN SCHÄRRER, der – längere Ausführungen über Gewinnausschüttungen und Kapitaleinlagen abschliessend – die «*Gewinnzuführung an eine dem Aktionär nahestehende Person*» behandelte. Obwohl knapp gehalten, sind die Überlegungen immer wieder zitiert und als Grundlage herangezogen worden. SCHÄRRER führt Folgendes aus:³²

«Die offene oder verdeckte Gewinnausschüttung an eine dem Aktionär nahestehende Person ist rechtlich und wirtschaftlich eine Gewinnausschüttung an den Aktionär, denn nur er ist gewinnanteilberechtigt. Steuerlich muss er sich diese Ausschüttung als Beteiligungsertrag anrechnen lassen. Dass die Gewinnauszuwendung formell direkt der nahestehenden Person zugekommen ist, ändert daran nichts, dass die Zuwendung rechtlich über den Aktionär floss, denn nur er konnte kraft seines Beteiligungsrechtes und seiner beherrschenden Stellung die Überweisung an die ihm nahestehende Person anordnen. Bei der nahestehenden Person ist die Vorteilszuwendung folgerichtig nicht als eine Leistung der Gesellschaft, sondern als eine Leistung des Aktienärs zu behandeln. Diese Behandlung hängt vom Grund der Leistung ab. Handelt es sich um eine einseitige Leistung, liegt eine Schenkung vor. Handelt es sich um eine Gegenleistung für eine dem Aktionär erbrachte Leistung, so ist sie dementsprechend zu behandeln.»

Es geht SCHÄRRER hier nicht darum, einzelne Konstellationen vertieft und vollständig zu untersuchen, er beschränkt sich vielmehr bewusst auf die grundsätzlichen Überlegungen, die dazu führen, bei offenen Gewinnausschüttungen oder geldwerten Leistungen einer juristischen Person an eine nahestehende Person von einem Leistungsverhältnis «im Dreieck» auszugehen. Aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen ergibt sich auch, dass er grundsätzlich vom Modell einer zu 100 % vom Aktionär beherrschten juristischen Person ausgeht, die allenfalls eine ebenfalls zu 100 % beherrschte Tochtergesellschaft hält.³³ Allerdings findet sich ein Beispiel eines unterpreisigen Verkaufs einer Liegenschaft durch eine AG auf Weisung ihres Haupt-, also nicht Alleinaktionärs. SCHÄRRER hält dafür, dass der nicht verbuchte Gewinn

vollständig beim Hauptaktionär als Beteiligungsertrag zu erfassen sei.³⁴

ROLF-JÜRGEN PRYM schilderte 1976 die Entwicklung der Dreieckstheorie in der Rechtsprechung des deutschen Bundesfinanzhofes.³⁵ Die schweizerische Rechtsprechung habe die Dreiecksfiktion bisher offenbar noch nicht übernommen, aber es seien in der Praxis der Verwaltungsbehörden Tendenzen in diese Richtung festzustellen.³⁶

Die neben SCHÄRRER im Zusammenhang mit der Dreieckstheorie immer wieder zitierte Abhandlung «*Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen*» von MARKUS REICH hat zum Ziel, die steuerlichen Probleme, die sich aus der nicht marktkonformen Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen ergeben, in einen systematischen Gesamtzusammenhang zu stellen und ein schlüssiges dogmatisches Konzept zu erarbeiten.³⁷ Ein zentraler Punkt der Ausführungen ist die Entwicklung der sogenannten modifizierten Dreieckstheorie³⁸ und der dogmatische Nachweis, dass die Dreieckstheorie für Beteiligungen im Geschäfts- oder Privatvermögen nach unterschiedlichen Gesichtspunkten weiterentwickelt werden müssen. Hinsichtlich der geldwerten Leistungen an Anteilsinhaber, die ihre Beteiligung im Privatvermögen halten, kommt REICH zum Schluss, wegen des formalen Charakters des steuerlichen Ertragsbegriffs seien insbesondere auch geldwerte Leistungen an Schwestergesellschaften beim Aktionär als steuerbarer Vermögensertrag zu erfassen.³⁹ Zu Konstellationen beispielweise mit Minderheitsaktionären äussert sich REICH indessen nicht.

An Aufsätzen zur Dreieckstheorie sind weiter diejenigen von URS BEHNISCH/RETO HEUBERGER und URS BEHNISCH/PATRICK SIMON zu verzeichnen. BEHNISCH/HEUBERGER widmen sich im Jahr 2000 der nicht leicht nachzuzeichnenden Rechtsprechung des Bundesgerichts, um hernach den Stand der Anwendung der Dreieckstheorie zusammenzufassen.⁴⁰ Um Zurechnungsfragen geht es nicht; die Modelfälle setzen vollständige Beherr-

31 In den älteren Standardwerken findet sich die Dreieckstheorie nicht; KÄNZIG, Art. 21 BdBSt N 108 ff., REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, § 19 lit. c und d aStG ZH N 50 ff.

32 SCHÄRRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, 307.

33 Illustrativ hierzu seine einführenden Bemerkungen und der Modellsachverhalt mit geldwerten Leistungen auf den Ebenen der Tochter- und der Muttergesellschaft (SCHÄRRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, 273 f.).

34 SCHÄRRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, 307 (Beispiel 1).

35 PRYM, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, 188 ff.

36 PRYM, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, 232.

37 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, 611.

38 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, 636 ff.

39 REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, 639.

40 BEHNISCH/HEUBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzakkurs, Rz 4 ff. und 10.

schungsverhältnisse voraus.⁴¹ BEHNISCH/SIMON kommen in ihrer Untersuchung aus dem Jahr 2010 zum Ergebnis, dass das Bundesgericht die Dreieckstheorie in seinen jüngeren Entscheiden konsequent anwandte.⁴² Im Zusammenhang mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 30. April 2002⁴³ sprechen sich BEHNISCH/SIMON mit Zurückhaltung für eine quotale Aufrechnung bei den beiden je 50 % haltenden Aktionären aus.⁴⁴ Ähnlich wie BEHNISCH/HEUBERGER erkennt MAJA BAUER-BALMELLI im Jahr 2001 erheblichen Klärungsbedarf bei der Anwendung der Dreieckstheorie sowohl im Recht der Einkommenssteuern⁴⁵ als auch bei der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe. Anlass für ihre Untersuchung ist indessen die teilweise Praxisänderung bei der Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe durch das Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Februar 2001⁴⁶.

In den Kommentaren zum DBG hat die Dreieckstheorie ihren festen Platz. PETER LOCHER hält aufgrund der bündesgerichtlichen Rechtsprechung die Dreieckstheorie für anwendbar⁴⁷ und, unter Hinweis auf die einschlägige Lehre,⁴⁸ auch für folgerichtig,⁴⁹ allerdings ohne die hier interessierende Frage abzuhandeln. Auch YVES NOËL folgt unter Hinweis auf die bündesgerichtliche Rechtsprechung der Dreieckstheorie.⁵⁰ ROBERT DANON behandelt die Dreieckstheorie einlässlich, auch mit Bezug auf die modifizierte Dreieckstheorie, sowie den Zeitpunkt des Zuflusses und den Rückforderungsanspruch der leistenden Gesellschaft, nicht indessen die hier interessierende Fragestellung.⁵¹ Ebenfalls keine Hinweise ergeben sich aus den Kommentierungen von MARKUS REICH/MARKUS WEIDMANN⁵² und PETER BRÜLISAUER/MARCO MÜHLEMANN⁵³ sowie FELIX RICHNER u. a.⁵⁴ Schliesslich

ergeben sich auch aus Studienliteratur⁵⁵ und Kommentaren zum kantonalen Recht⁵⁶ keine Aufschlüsse.

XAVIER OBERSON stimmt der Dreieckstheorie im Grundsatz zu. Er arbeitet indessen heraus, dass die Dreieckstheorie unter Umständen gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip verstossen. OBERSON spricht sich bei Leistungen zwischen Schwestergesellschaften für die Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie auch im Bereich des Privatvermögens aus. Bei geldwerten Leistungen an eine nahestehende Person durch eine Gesellschaft mit mehreren Aktionären befürwortet OBERSON eine Zurechnung an denjenigen oder diejenigen Aktionäre, die Interesse daran hatten, den nahestehenden Dritten zu begünstigen. Eine quotale Zurechnung lehnt er ab.⁵⁷ Eine andere Meinung vertreten MARKUS REICH/ROBERT WALDBURGER und ihnen folgend BEHNISCH sowie BEHNISCH/SIMON, die eine quotale Zuordnung der geldwerten Leistung auf die Aktionäre für sachgerecht halten.⁵⁸

Nach der von HANS-JÖRG MÜLLHAUPT referierten Praxis des Kantons Aargau wird eine Vorteilszuwendung einem Aktionär mit Organstellung, die ihm einen entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft verschafft, auch dann im vollen Umfang zugerechnet, wenn dieser Aktionär nur über eine Minderheitsbeteiligung verfügt.⁵⁹

Auch verschiedene Monographien befassen sich mit der Dreieckstheorie,⁶⁰ wobei das Thema der Minderheitsaktionäre eher am Rande aufgegriffen wird. THOMAS GEHRIG fordert bei geldwerten Leistungen an eine Schwestergesellschaft, dass der zugehaltene Gewinnanteil bei der Schwestergesellschaft in der Steuerbilanz als Eigenkapital geführt werden könne.⁶¹ Für den Fall der verdeckten Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft mit Minderheitsaktionären unterscheidet GEHRIG zwei Fälle: Wenn zivilrechtlich eine Schenkung der entrichteten Minderheitsaktionäre an den bereicherten Gesellschafter

41 BEHNISCH/HEUBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzackkurs, Rz 2.

42 BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 20 und 24.

43 BGer 30.4.2002, 2P.280/2001/2P.475/2001, StR 2002 558 = StE 2002 B 24.4 Nr. 67 = ZBJV 2005 441; siehe dazu nachstehend Abschn. 3.2.2.

44 BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 19.

45 BAUER-BALMELLI, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie, 60.

46 MB 2001 Leistungsempfänger.

47 LOCHER, Art. 58 DBG N 129.

48 BEHNISCH/HEUBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzackkurs, Rz 10; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, 635 ff.; SCHÄRER, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, 307.

49 LOCHER, Art. 58 DBG N 130.

50 NOËL, Art. 20 DBG N 96.

51 DANON, Art. 57, 58 DBG N 253 ff.

52 REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 52 ff.

53 BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Art. 58 DBG N 346 ff.

54 RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Art. 20 DBG N 148a ff.

55 BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 335 f.; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht, § 48 Rz 82 ff.; MÄUSLI-ÄLLENSPACH/OERTLI, Das schweizerische Steuerrecht, 209 f.; REICH, Steuerrecht, § 13 Rz 131.

56 LEUCH/AMONN, Art. 24 StG BE N 24 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, § 20 StG ZH N 146 ff.; ZIGERLIG/OERTLI/HOFMANN, Das St.Gallische Steuerrecht, Rz 422.

57 OBERSON, Droit fiscal suisse, § 10 Rz 59.

58 BEHNISCH, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, 450; BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 19; REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (2. Teil), 304. Hierzu näher unten Abschn. 3.2.2.

59 MÜLLHAUPT, § 29 StG AG N 46.

60 Bereits früh NEUHAUS, Die Besteuerung des Aktienertrages, 166 ff.; ausführlich und kritisch BARTHOLET, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht, 318 ff.

61 GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, 306.

vorliege, sei der (anteilmässige) Vermögensertrag den entreicherten Gesellschaftern anzurechnen. Liege keine gültige Schenkung vor, werde im Steuerrecht gemäss dem Faktizitätsprinzip an das «*tatsächlich Wirksame*» angeknüpft. Deshalb müsse die nicht anteilsproportionale Zuwendung einkommenssteuerlich dem bereicherten Gesellschafter und nicht dem entreicherten Aktionär zugerechnet werden.⁶² RETO HEUBERGER weist auf einige Probleme hin, die sich aus der Anwendung der Dreieckstheorie ergeben. Zunächst zeigt er – GEHRIG folgend – auf, dass bei Vorteilszuwendungen an Schwestergesellschaften im Ergebnis eine wirtschaftliche Dreifachbelastung entstehen könne.⁶³ Bei Konstellationen mit Minderheitsaktionären spricht sich HEUBERGER für eine Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung beim beherrschenden Aktionär aus.⁶⁴

Was die Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie bei privat gehaltenen Beteiligungsrechten angeht,⁶⁵ geben DIETER GRÜNBLATT/PETER RIEDWEG einer sachgerechten Handhabung des Kapitaleinlageprinzips, welche die versteuerten stillen Reserven als Kapitaleinlagen anerkannte und so die zweite Besteuerung bei den Anteilsinhabern vermiede, den Vorzug.⁶⁶ PIERRE-MARIE GLAUSER bezieht sich zustimmend auf die Kritik namentlich von GEHRIG, dass die Praxis zur Dreieckstheorie zu einer Dreifachbelastung führe. Er lehnt die im Kreisschreiben Nr. 5 betreffend Umstrukturierungen enthaltene Reverslösung bei Spaltungen grundsätzlich ab, weil es ihr an einer gesetzlichen Grundlage mangle, und befürwortet eine flexiblere Anwendung des Kapitaleinlageprinzips, um Mehrfachbesteuerungen zu vermeiden.⁶⁷ JESSICA SALOM betont, dass die Dreieckstheorie auf der Stufe der empfangenden Schwestergesellschaft konsequent angewendet und eine Kapitaleinlage anerkannt werden müsse.⁶⁸ Die kantonale Praxis geht indessen teilweise einen anderen Weg und gewährt die Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie gegen Revers in weiteren Fällen, etwa bei der Übertragung einer einzelnen Immobilie zwischen zwei Schwestergesellschaften.⁶⁹ Der Kanton Basel-Landschaft scheint die modifizierte Dreieckstheorie

grundsätzlich auch in Fällen anzuwenden, in denen der Anteilsinhaber eine natürliche Person ist, und dann keine Einkommenssteuer beim Anteilsinhaber und keine Schenkungssteuer beim nahestehenden Dritten zu erheben, wenn der letztere selbst die Leistung ordnungsgemäss deklariert hat.⁷⁰

3.2 Rechtsprechung

3.2.1 Steuerjustiz des Kantons Zürich

Den ersten ausdrücklichen Hinweis auf die Dreieckstheorie in der Rechtsprechung findet sich in einem Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 3. Oktober 1989. Nach allgemeinen Ausführungen darüber, dass verdeckte Gewinnausschüttungen beim Aktionär steuerbaren Vermögensertrag bilden, kommt das Verwaltungsgericht in kurzen Worten auf die im betreffenden Fall zu beurteilende Dreieckskonstellation zu sprechen:⁷¹

«Finden solche Vorteilszuwendungen zwischen Schwestergesellschaften statt, so erweisen sie sich als verdeckte Gewinnausschüttungen der leistenden Gesellschaft an die Aktionäre einerseits und als verdeckte Kapitaleinlagen an die begünstigte Gesellschaft andererseits (M. REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 635 und 639 mit Hinweisen).»

Konkret waren die einkommenssteuerlichen Folgen eines Darlehensverzichts zu Gunsten einer Schwestergesellschaft beim Hauptaktionär zu beurteilen. Wesentlich war, dass die beiden Gesellschaften gemeinsame Aktionäre hatten, weshalb die geldwerte Leistung, die im Darlehensverzicht erblickt wurde, anteilmässig beim betroffenen Hauptaktionär als Einkunft besteuert wurde.⁷²

Ein ähnlicher Sachverhalt liegt dem Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 22. November 2000 zugrunde. Die beiden Aktionäre C. D. und B. E. waren je zu 50 % an einer Gesellschaft X. AG beteiligt und je zu 43,75 % an einer Y. AG. Die X. AG hielt nach einer Kapitalerhöhung die restlichen 12,5 % an der Verluste schreibenden Y. AG. Die X. AG musste ein Darlehen an die Y. AG und ihre Beteiligung an der Y. AG abschreiben. Diese Abschreibungen wurden als verdeckte Gewinnausschüttungen zu 50 % bei C. D., also im Verhältnis seines Anteils am Kapital der X. AG, erfasst, weil die Kapitalerhöhung und die Darlehensgewährung als Sanierungsmaßnahmen für die Schwestergesellschaft Y. AG im al-

62 GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, 307.

63 HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, 324 f., bezugnehmend u. a. auf GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, 305 f.

64 HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, 325.

65 KS 5 Umstrukturierungen, Ziff. 4.3.3.3.

66 GRÜNBLATT/RIEDWEG, § 5 N 225 f.

67 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice, 323.

68 SALOM, L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international, 83.

69 MÄUSLI-ALLENSPACH/OERTLI, Das Schweizerische Steuerrecht, 210.

70 LUDWIG, § 53 StG BL N 11.

71 VGer ZH 3.10.1989, E. 2 am Anfang, StE 1991 B 24.4 Nr. 27.

72 VGer ZH 3.10.1989, E. 2b, StE 1991 B 24.4 Nr. 27; die leistende Gesellschaft hatte die Aktiven und Verbindlichkeiten einer ausländischen Betriebsstätte an eine Schwestergesellschaft verkauft und den Kaufpreis mit der Gewährung eines zinslosen Darlehens finanziert, worauf sie später verzichtete.

leinigen Interesse der beiden Aktionäre gewesen seien.⁷³ Das Verwaltungsgericht lehnte es ab, auf das tiefere Beteiligungsverhältnis von 43,75 % von C. D. an der Y. AG abzustellen, denn die X. AG habe den Sanierungsaufwand im alleinigen Interesse der beiden Aktionäre auf sich genommen.⁷⁴

Die Steuerrekurskommission I des Kantons Zürich hatte in ihrem Entscheid vom 8. April 2009 eine etwaige geldwerte Leistung durch Verkauf einer Beteiligung und eines Darlehens zu beurteilen:⁷⁵ Die Holding-AG wurde von insgesamt 37 Familienmitgliedern bzw. drei Familienstämmen beherrscht. Der Familie X. gehörten 17 % der Aktien an der Holding-AG. Die Holding-AG war Eigentümerin der Y. AG, der sie auch ein nachrangiges Darlehen von CHF 20 Mio. gewährt hatte. Mit Kaufvertrag vom 28. Mai/12. Juni 2001 übernahm die Versicherungs-AG die Anteile an der Holding-AG rückwirkend auf den 1. Februar 2001. In jenem Vertrag wurde bereits festgehalten, dass die Familie X. die Anteile an der Y. AG erwerben werde. Am 23. Juli 2001 veräusserte die Holding die Y. AG an die Familie X. zum Preis von CHF 100 000 rückwirkend auf den 1. Februar 2001. Die nachrangige Darlehensforderung wurde von A. X. für CHF 1 übernommen. Z. übernahm mit Vertrag vom 27. März 2002 zunächst 40 % des Aktienkapitals der Y. AG und im Jahr 2004 die restlichen 60 %. Z. bezahlte für die 100 % Anteile an der Y. AG insgesamt CHF 90 Mio.

Die Rekurskommission hielt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, für die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung brauche es nicht nur eine massgebliche Beteiligung, sondern auch eine massgebliche Beherrschung der leistenden Gesellschaft.⁷⁶ Daran fehle es aber, denn die Familie X. habe weder die Versicherungs-AG⁷⁷ noch vor dem Verkauf die Holding-AG beherrscht.⁷⁸ Die kantonale Steuerverwaltung hatte im Einspracheentscheid noch das Modell der Direktbegünstigungstheorie herangezogen, um zu begründen, dass die verdeckte Gewinnausschüttung bei der Familie X. zu Besteueren sei, weil der Kapitalgewinn aus der Weiterveräußerung der Beteiligung an der Y. AG allein dieser Familie zugeflossen sei, während die übrigen Aktionäre der Holding-AG davon nicht hätten profitieren

können. Diese Überlegung verwarf die Rekurskommission, denn die Zurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung als Vermögensertrag beim Empfänger setze voraus, dass dieser über das den Gewinn abwerfende Vermögen verfüge. Der nahestehende Dritte – wiewohl Direktbegünstigter – sei an der den Gewinn ausschüttenden Gesellschaft nicht beteiligt und könne daher auch keinen diesbezüglichen Vermögensertrag erzielen.⁷⁹

Im Falle eines Darlehens, welches eine C. GmbH dem Geschäftsführer und zugleich Inhaber einer Beteiligung von 50 % gewährt hatte, verneinte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Entscheid vom 14. März 2012 das Vorliegen hinreichender Indizien für eine Simulation, zumal der andere Gesellschafter den Darlehensvertrag für die Gesellschaft unterschrieben hatte. Indessen wies es den Fall an die Vorinstanz zur Beurteilung zurück, ob das Darlehen hinreichend verzinst worden war.⁸⁰ Von einer quotalen Aufrechnung ist im Entscheid nicht die Rede.

3.2.2 Bundesgericht

Im Entscheid vom 22. Oktober 1992 liess das Bundesgericht die Anwendung der Dreieckstheorie noch offen: «Dieser Grundsatz, den das Bundesgericht bisher nicht ausdrücklich bestätigt hat, mag für den Regelfall zutreffend sein.»⁸¹ Auf Grund der Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gelangte das Bundesgericht zum Schluss, die freiwilligen Leistungen der AG an die Söhne des Hauptaktionärs seien übersetzte Spesenentschädigungen, welche bei den Söhnen steuerlich zu erfassen seien.⁸² Das Bundesgericht hat später offen gelassen, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten sei,⁸³ bzw. von einem isolierten Fall⁸⁴ oder einer vereinzelten Anwendung der Direktbegünstigungstheorie⁸⁵ gesprochen.

Die vom Bundesgericht im Entscheid vom 13. Dezember 1996 zu beantwortende Rechtsfrage war, ob eine faktisch erfolgte Rückzahlung von Aktienkapital (durch zwei unstreitig simulierte Darlehen zweier Aktiengesellschaften)

73 VGer ZH 22.11.2000, SB.2000.00064, E. 2a, StE 2001 B 24.4 Nr. 60 (nicht in RB 2000 Nr. 122 abgedruckt).

74 VGer ZH 22.11.2000, SB.2000.00064, E. 2c, StE 2001 B 24.4 Nr. 60 (nicht in RB 2000 Nr. 122 abgedruckt).

75 StRK I ZH 8.4.2009, ST.2008.326/DB.2008.196, StE 2009 B 24.4 Nr. 78.

76 StRK I ZH 8.4.2009, ST.2008.326/DB.2008.196, E. 2b, StE 2009 B 24.4 Nr. 78.

77 StRK I ZH 8.4.2009, ST.2008.326/DB.2008.196, E. 3a, StE 2009 B 24.4 Nr. 78.

78 StRK I ZH 8.4.2009, ST.2008.326/DB.2008.196, E. 3b, StE 2009 B 24.4 Nr. 78.

79 StRK I ZH 8.4.2009, ST.2008.326/DB.2008.196, E. 3c, StE 2009 B 24.4 Nr. 78.

80 VGer ZH 14.3.2012, SB.2011.00084, E. 4.3 f., StE 2013 B 72.13.22 Nr. 54.

81 BGer 22.10.1992, E. 4a, ASA 63 (1994/95) 145 = StR 1995 542 = StE 1993 B 24.4 Nr. 33 = RDAF 1995 38.

82 BGer 22.10.1992, E. 4b, ASA 63 (1994/95) 145 = StR 1995 542 = StE 1993 B 24.4 Nr. 33 = RDAF 1995 38.

83 Unter Hinweis auf die Kritik u. a. von BEHNISCH/HEUBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzackkurs, dort insbesondere Rz 6 f. (BGer 13.8.2004, 2P.129/2003, E. 5.3, ASA 75 [2006/2007] 3 = StR 2005 24 = StE 2004 B 24.4 Nr. 71 = ZBJV 2006 185).

84 BGer 30.1.2017, 2C_853/2017, E. 5.3, ASA 85 (2016/2017) 594 = NF 2018 115 = RDAF 2017 II 284.

85 BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.4.4, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

steuerfrei oder als Vermögensertrag (im Sinne des hier noch anwendbaren Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt) zu besteuern sei. Das Bundesgericht schloss, anders als noch die Vorinstanz, auf eine steuerbare geldwerte Leistung.⁸⁶ Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass es sich um zwei Darlehen handelte: eines von der X. AG, welche der betreffende Steuerpflichtige zu 100 % beherrschte, und eines von der Y. AG, von welcher er 70 % der Aktien hielt. Die Aufrechnung der Darlehen erfolgte im vollen Betrag, also auch jenes von der Y. AG.⁸⁷ Soweit ersichtlich, war diese steuerliche Konsequenz nicht streitig, sondern die grundsätzliche Frage der Steuerbarkeit sowie der Zeitpunkt der steuerlichen Erfassung der simulierten Darlehen.

Im Entscheid des Bundesgerichts vom 30. April 2002 ging es um ein Darlehen an eine Schwestergesellschaft. Die Beschwerdeführerin C. war zu 50 % an der J. AG beteiligt und gehörte dem Verwaltungsrat an. Zudem war sie Alleinaktionärin und Verwaltungsratspräsidentin der neu gegründeten S. AG, welche von der J. AG ein Darlehen von CHF 150 000 erhalten hatte. Die Zinsen wurden nicht bezahlt, und ca. zwei Jahre nach der Darlehensgewährung schrieb die J. AG die Darlehensforderung, inklusive aufgelaufenen Zinsen, im Betrag von total CHF 168 879 ab. Nicht bereits die Gewährung des Darlehens, dann aber die Abschreibung des Darlehens wurde als geldwerte Leistung beurteilt. Hinsichtlich der Zurechnung dieser geldwerten Leistung der zu 50 % beherrschten J. AG hielt das Bundesgericht Folgendes fest:⁸⁸

«Keiner Erörterung bedarf die Frage, ob die S. AG, die Darlehensnehmerin, eine der Beschwerdeführerin nahe stehende Dritte war. Es handelte sich dabei um eine Gesellschaft, deren Aktienkapital die Beschwerdeführerin zu 100 % besass. Damit beruft sie sich übrigens zu Unrecht darauf, dass sie – sofern bei ihr die übrigen Voraussetzungen für eine Besteuerung gegeben wären – Empfängerin von bloss der Hälfte der geldwerten Leistung gewesen sei [...]; indem sie die alleinige Inhaberin der Darlehensnehmerin war, floss ihr die in der Gewährung und anschliessenden Abschreibung des Darlehens bestehende Leistung vollumfänglich zu.

Vor Bundesgericht zu Recht nicht mehr bestritten wird sodann von der Beschwerdeführerin, dass sie eine besondere Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsgestaltung der J. AG hatte [...]. Eine derartige beherrschende Stellung kann, im Zusammenhang mit weiteren Kriterien, ein Indiz dafür sein, dass es sich bei der Leistung an den nahe stehenden Dritten letztlich um eine geldwerte Vorteilszuwendung an den Aktionär im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG handelt [...].»

86 BGer 13.12.1996, E. 5b f., ASA 66 (1997/98) 554 = StE 1997 B 24.4 Nr. 43.

87 Die Darlehen beliefen sich gesamthaft auf CHF 735 272, was im damaligen System der zweijährigen Vergangenheitsbemessung eine Aufrechnung im Durchschnitt von CHF 367 636 ergab.

88 BGer 30.4.2002, 2P.280/2001/2P.475/2001, E. 3.1, StR 2002 558 = StE 2002 B 24.4 Nr. 67 = ZBJV 2005 441.

Darin erblicken REICH/WALDBURGER einen Widerspruch:⁸⁹ Indem die ganze geldwerte Leistung einkommenssteuerlich bei C. zugerechnet werde, sei gegen den Grundsatz verstossen worden, wonach geldwerte Leistungen auch dann den Anteilsinhabern zuzurechnnen seien, wenn die Leistungen an nahestehende Personen erfolgten. Bei konsequenter Umsetzung des vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatzes komme C. nämlich eine Doppelstellung zu. Bezuglich ihrer eigenen Anteile sei sie Leistungsempfängerin; die übrigen 50 % müssten zunächst den andern (privaten) Aktionären einkommenssteuerlich zugerechnet werden; sodann wären die Steuerfolgen der Zuwendung durch diese Personen an C. zu prüfen (allenfalls wäre die Schenkungssteuer geschuldet). Dieser Kritik haben sich BEHNISCH/SIMON angeschlossen,⁹⁰ während MADELEINE SIMONEK nicht darauf eingehet und die Frage insofern offen lässt.⁹¹

In einem weiteren Entscheid vom 13. August 2004 erfolgte eine Zurechnung einer geldwerten Leistung beim Mehrheitsbeteiligten der die streitbetroffenen geldwerten Leistungen erbringenden Baugenossenschaft Y. Die geldwerten Leistungen wurden an eine einfache Gesellschaft X. entrichtet, die von vier Gesellschaftern gebildet wurde. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die übrigen Mitglieder der einfachen Gesellschaft zwar auch profitierten, aber nicht als Begünstigte der verdeckten Gewinnausschüttung, sondern lediglich im Innenverhältnis der einfachen Gesellschaft X. Ob dies als Schenkung oder als Vertragsverhältnis zwischen dem Vater und seinen Kindern mit allfälliger, allerdings soweit ersichtlich unbekannter Gegenleistung oder als Einlage des Vaters zu beurteilen wäre, könne offen bleiben.⁹² Was die Anwendung der Dreieckstheorie angeht, wurde dieser Entscheid von der Lehre zustimmend kommentiert.⁹³ BEHNISCH merkte indessen an, der Entscheid wecke Bedenken bezüglich der Zurechnung der Ausschüttung, denn auf Grund ihrer Eigentumsquoten hätten sämtliche Ge-

89 REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (2. Teil), 304.

90 BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 19; siehe auch BEHNISCH, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, 450.

91 SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2002, 10.

92 BGer 13.8.2004, 2P.129/2003, E. 5.3, ASA 75 (2006/2007) 3 = StR 2005 24 = StE 2004 B 24.4 Nr. 71 = ZBJV 2006 185.

93 BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 19; REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2004 (2. Teil), 296 f., die indessen den Vorbehalt der – im vorliegenden Fall nicht einschlägigen – modifizierten Dreieckstheorie anbringen; SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2006, 19.

sellschafter der einfachen Gesellschaft profitiert und nicht bloss der Vater X.⁹⁴

Im Entscheid des Bundesgerichts vom 24. August 2010 ging es darum, dass die Gesellschaft X. AG der Tochter eines mit 33 % beteiligten Aktionärs, der auch als Präsident des Verwaltungsrats fungierte, eine Wohnung unterpreislich verkauft hatte. Die Zurechnung der geldwerten Leistung auf diesen oder alle drei Aktionäre war jedoch nicht Thema des Verfahrens.⁹⁵

Im Sachverhalt, welcher dem Entscheid des Bundesgerichts vom 6. August 2015 zu Grunde liegt, erbrachte die X. AG geldwerte Leistungen zu Gunsten der liechtensteinischen Z.-Anstalt, indem die X. AG Provisionserträge nicht verbuchte und rechtsgrundlos an die Z.-Anstalt weiterleitete. Diese geldwerten Leistungen wurden bei A. zu 56 % erfasst, was seiner Beteiligungsquote an der X. AG entsprach, wobei es offenbar Indizien gab, die auf eine gemeinsame Beherrschung der Z.-Anstalt durch A., zusammen mit seinem Mitaktionär, hindeuteten.⁹⁶ Vor Bundesgericht war diese quotale Zurechnung nicht streitig, sondern die grundsätzliche Frage, ob trotz Fehlens von erhärteten Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten an der Z.-Anstalt eine Zurechnung der geldwerten Leistung an A. erfolgen könne. Das Bundesgericht bejahte dies; zwar bestünde kein Aufrechnungsautomatismus, aber aus der fehlenden oder bloss pauschal gehaltenen Bestreitung dürfe die Veranlagungsbehörde schliessen, die rechtskräftige Aufrechnung auf Stufe Gesellschaft sei auch auf Stufe des Beteiligungsinhabers am Platz.⁹⁷

4 Stellungnahme

4.1 Geldwerte Leistungen

4.1.1 Herleitung

Ausgangspunkt der Überlegungen muss der Umstand sein, dass es um die Besteuerung von Einkommen aus Beteiligungsrechten geht. Dies erscheint selbstverständlich, muss aber hier in den Vordergrund gerückt werden,

weil bei der Besteuerung des Beteiligungsinhabers eine andere Perspektive massgeblich ist als bei der Besteuerung der den Beteiligungsertrag abwerfenden Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft). Bei der Letzteren geht es steuerrechtlich darum, ob offen oder verdeckt Gewinne abgeflossen sind; beim Beteiligungsinhaber stellt sich die Frage, ob ihm offen oder verdeckt Gewinnausschüttungen der betreffenden Gesellschaft zugeflossen sind. Zwar trifft es zu, dass bei einer gesamthaften Betrachtung der Abfluss bei der leistenden Kapitalgesellschaft dem Zufluss auf der Ebene der Beteiligungsinhaber entsprechen muss. Damit ist jedoch nicht gesagt, bei welchem Beteiligungsinhaber der Zufluss eingetreten ist. Dies lässt sich an einem einfachen Beispiel illustrieren:

Aus historischen Gründen besteht das Aktionariat der X. AG aus einem Hauptaktionär, der 51 % der Aktien in seinem Privatvermögen hält. Die restlichen 49 % verteilen sich auf die Erben des früheren Geschäftspartners des Hauptaktionärs. Der Hauptaktionär ist seit dem Versterben seines Geschäftspartners alleiniger Verwaltungsrat der X. AG. Die X. AG gewährt der vom Hauptaktionär zu 100 % gehaltenen Y. AG ein zwar gesichertes Darlehen, das aber zu tief verzinst wird.

Bei den Minderheitsaktionären ergibt sich in diesem Beispielsfall nicht etwa eine Bereicherung, sondern eine Entreicherung, weil der X. AG Substanz entzogen wird und ihre Anteile an der X. AG dementsprechend an Wert einbüßen.⁹⁸ Hingegen hat der Hauptaktionär einen Wertzuwachs seiner Beteiligung zu verzeichnen. Eine Schenkung der Minderheitsaktionäre an den Hauptaktionär oder eine Leistung aus einem anderen Rechtsgrund fallen ausser Betracht, weil sie keinen Einfluss auf den fraglichen Vorgang hatten. Es kann also nicht von einem steuerbaren Zufluss bei den Minderheitsaktionären ausgegangen werden.

Dogmatisch ist auf den Einkommensbegriff und damit auf das Leistungsfähigkeitsprinzip⁹⁹ sowie auf das oft angerufene Faktizitätsprinzip zurückzugreifen, auch wenn das Letztere kein «*bequemer Zauberstab*» ist und kaum eine dogmatische Orientierungshilfe bietet, «*um Steuerrechtsfälle im Minenfeld zwischen Zivilrecht und wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu lösen*»¹⁰⁰. Die Zurechnung von Einkünften richtet sich nach dem internen Recht und wird durch Doppelbesteuerungsabkommen nicht geregelt.¹⁰¹

Einkommen ist eine wirtschaftliche Größe; der steuerrechtliche Einkommensbegriff knüpft nicht an privatrechtliche Institute und Vorgänge, sondern an die wirt-

94 BEHNISCH, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004, 195 f.; allerdings war der Vater X. gerade der Hauptgesellschafter der leistenden Baugenossenschaft Y., so dass der Entscheid des Bundesgerichts konsequent erscheint.

95 BGer 24.8.2010, 2C_275/2010, E. 3.2, ASA 80 (2011/2012) 259 = RDAF 2010 II 535 = RJN 2010 139; zu diesem Entscheid siehe auch MATTEOTTI/FELBER, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Jahr 2010 zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen, 279.

96 BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 3.2.1, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

97 BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 3.4.3, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

98 GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, 306 f.

99 OBERSON, Droit fiscal suisse, § 10 Rz 59.

100 MARANTELLI, Faktizitätsprinzip im Steuerrecht – dogmatische Notwendigkeit oder unnötiger Ballast?, 116.

101 GUTMANN/DANON/SALOMÉ, Point de vue franco-suisse sur l’arrêt «Société Schneider Electric» du 28 juin 2002, 292 ff.

schaftlichen Auswirkungen des Privatrechtsverkehrs an.¹⁰² Das steuerbare Einkommen wird umschrieben als jeder Reinvermögenszugang in der Form eines geldwerten Vorteils, der dem Steuerpflichtigen in einer bestimmten Periode zufließt und von diesem ohne Vermögenseinbusse für private Bedürfnisse verwendet werden kann.¹⁰³

Steht jemandem wirtschaftlich die gleiche Sachherrschaft über einen Vermögenswert zu wie dem Eigentümer, unterscheidet er sich steuerrechtlich nicht von diesem.¹⁰⁴ Der Einkommenszufluss ist ein faktischer Vorgang. Die privatrechtlichen Verhältnisse spielen hierbei nur insoweit eine Rolle, als sie die tatsächliche wirtschaftliche Disponibilität des Vermögenszugangs tangieren.¹⁰⁵

Bei geldwerten Leistungen an einen Beteiligungsinhaber steht dem Zufluss beim Beteiligungsinhaber an sich ein Rückforderungsanspruch der leistenden Kapitalgesellschaft gegenüber. Wenn jedoch im konkreten Fall mit keiner Rückforderung zu rechnen ist, der betreffende Anteilshaber den Zufluss mithin *behalten darf*,¹⁰⁶ hat eine Besteuerung ungeachtet des (theoretischen) zivilrechtlichen Rückforderungsanspruchs zu erfolgen.¹⁰⁷

Hieraus ergibt sich, dass geldwerte Leistungen einer Kapitalgesellschaft denjenigen Beteiligungsinhabern zuzurechnen sind, die darüber effektiv verfügen können. Aus Sicht der Dreieckstheorie argumentiert, ist für die Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung das Verhältnis zwischen der empfangenden nahestehenden Person und einem oder mehreren Beteiligungsinhabern der bestehenden Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) massgeblich. Die geldwerte Leistung ist, wie OBERSON

darlegt,¹⁰⁸ demjenigen Beteiligungsinhaber oder denjenigen Beteiligungsinhabern zuzurechnen, welche die geldwerte Leistung der Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) durch eine entsprechende Weisung an die Kapitalgesellschaft oder deren Organe veranlasst haben, um damit der nahestehenden Person eine eigene Leistung, die auf Schenkung oder einem anderen Rechtsgrund beruhen kann, zukommen zu lassen.

In der Lehre befürworten GEHRIG und HEUBERGER eine Aufrechnung beim jeweiligen Hauptaktionär.¹⁰⁹ Es gibt aber auch die Forderung nach einer strikten quotalen Zuordnung der geldwerten Leistungen an die Beteiligungsinhaber; danach sei zu untersuchen, ob eine Schenkung des einen an den anderen Aktionär vorliege.¹¹⁰ Dies überzeugt jedoch weder aus einer dogmatischen noch aus einer praktischen Sicht. Wenn keine Schenkung oder kein anderer Rechtsgrund für eine Leistung des *abgebenden* Aktionärs gegeben ist, kann auch nicht von einer steuerbaren Einkunft gesprochen werden, weil der betreffende Aktionär weder über einen Vermögenswert verfügen kann noch über ihn verfügt hat. Es handelte sich mithin um ein fiktives Einkommen. Um zu einem sachgerechten Resultat zu gelangen, müsste der Beteiligungsertrag mittels eines Negativeinkommens neutralisiert werden, da dem Aktionär der Beteiligungsertrag entzogen wurde, und beim profitierenden Aktionär müsste eine entsprechende Einkunft angerechnet werden. Eine steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung liegt beim «übergangenen» Beteiligungsinhaber von vornherein nicht vor, weil er ja kein Einkommen selber verwendet hat. Die geldwerte Leistung ist denn auch durch die Weisung desjenigen Beteiligungsinhabers verursacht, der in seinem eigenen Interesse dem nahestehenden Dritten eine Leistung zukommen lassen will. Eine Regel, quotale Zurechnungen vorzunehmen, stimmt deshalb mit der Kausalität der geldwerten Leistung nicht überein. Aus praktischer Sicht scheint ein zweistufiges Vorgehen nicht gangbar, weil der einzelne Fall in einem und nicht in zwei Verfahren entschieden werden muss.

102 REICH, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, 6.

103 REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 7 ff., auch zu den – hier nicht erheblichen – Einschränkungen und Präzisierungen zu dieser Begriffsumschreibung.

104 MUSTER/GÖTZ, Nutzungsrechte an Grundstücken: Besteuerung als privates Ertragseinkommen, 827, zur wirtschaftlichen Anknüpfung bei Ertrag aus unbeweglichem Einkommen.

105 REICH, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, 6.

106 REICH, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, 9 ff. und 12.

107 Näher hierzu BGer 30.4.2002, 2P.280/2001/2P.475/2001, E. 3.2.2, StR 2002 558 = StE 2002 B 24.4 Nr. 67 = ZBJV 2005 441; VGer ZH 22.11.2000, SB.2000.00064, E. 1b, RB 2000 Nr. 122 = StE 2001 B 24.4 Nr. 60; BGer 10.11.2000, E. 3 f., StE 2001 B 24.4 Nr. 58; DANON, Art. 57, 58 DBG N 264 ff. und 268; REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 48. Zur Frage der Bilanzierung bei der Gesellschaft siehe BERGER, Die Bilanzierung verdeckter Gewinnausschüttungen nach Art. 678 Abs. 2 OR, 1115 ff.

108 OBERSON, Droit fiscal suisse, § 10 Rz 59.

109 GEHRIG, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, 307; HEUBERGER, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, 325. Auch OESTERHELT vertritt in Zusammenhang mit garantierten Drittdarlehen eine Zurechnung der geldwerten Leistung an denjenigen Beteiligungsinhaber, welcher der Gesellschaft durch seine Garantie die Aufnahme verzinslicher Drittmittel ermöglichte (OESTERHELT, Zinsen auf verdecktem Eigenkapital, 1007).

110 BEHNISCH, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, 450; BEHNISCH/SIMON, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Rz 19; REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (2. Teil), 304; oben Abschn. 3.2.2.

Die Dreieckstheorie stellt sich deshalb nicht als eine steuerbegründende Norm dar, sondern bietet ein Erklärungsmuster dafür an, weshalb eine Kapitalgesellschaft eine geldwerte Leistung an eine nahestehende Person erbringt. Ob und von wem eine solche *Weisung* oder *Anweisung* an die Kapitalgesellschaft erfolgte, ist im Einzelfall bei der Ermittlung des Sachverhalts abzuklären. Die Dreieckstheorie impliziert somit keine quotale Aufrechnung von geldwerten Leistungen bei den Anteilsinhabern, sondern verlangt vielmehr unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine Abklärung darüber, in wessen Interesse die geldwerte Leistung erfolgte.

4.1.2 Rechtsprechung

Soweit sich die Rechtsprechung damit befasst, hat sie die geldwerte Leistung demjenigen Beteiligungsinhaber zugerechnet, der über die Leistung verfügen konnte. Im Entscheid vom 30. April 2002 hat es das Bundesgericht ausdrücklich verworfen, dass sich der die geldwerte Leistung veranlassende (und von ihr vollständig profitierende) Aktionär auf seine Beteiligungsquote von bloss 50 % berufen könne, und die volumnfängliche Aufrechnung geschützt.¹¹¹

Auch im Entscheid vom 13. August 2004 erfolgte eine gesamthafte Zurechnung an den Haupt-(nicht Allein-) Gesellschafter.¹¹² Wie das Bundesgericht im Entscheid vom 30. April 2002 schützte das Zürcher Verwaltungsgericht die Aufrechnung von 50 % der geldwerten Leistung bei einem von zwei beherrschenden Aktionären, obwohl die leistende Gesellschaft einen Anteil von 12,5 % an der empfangenden Gesellschaft hielt.¹¹³ Nach der Praxis des Kantons Aargau wird eine Vorteilszuwendung einem Aktionär mit Organstellung, die ihm einen entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaft verschafft, auch dann in vollem Umfang zugerechnet, wenn dieser Aktionär nur über eine Minderheitsbeteiligung verfügt.¹¹⁴

Eine quotale Aufrechnung erfolgte in der publizierten Praxis in denjenigen Fällen, wo leistende und empfangende Schwestergesellschaften vom selben Aktionariat gehalten und auf Grund der bekannten Umstände von einem gemeinsamen Willen der Aktionäre ausgegangen werden kann. Dies war in den Entscheiden des Zürcher

Verwaltungsgerichts vom 3. Oktober 1989¹¹⁵ und des Bundesgerichts vom 6. August 2015¹¹⁶ der Fall.

Dieser Befund lässt sich auch in die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts einordnen: Im Verhältnis zwischen Beteiligungsinhabern und Gesellschaft kann es einen Aufrechnungsautomatismus bei den Beteiligungsinhabern nicht geben, weil es sich um verschiedene Rechts- und Steuersubjekte handelt und für jeden einzelnen Beteiligungsinhaber gesondert zu prüfen ist, ob er eine steuerbare Einkunft erzielt hat.¹¹⁷ Diese Rechtsprechung muss entsprechend für die Zurechnung der geldwerten Leistung gelten. Sodann handelt es sich um einen *zweidimensionalen Sachverhalt*, weil die Besteuerung des Anteilsinhabers eng mit der Veranlagung der Kapitalgesellschaft zusammenhängt, so dass beide Besteuerungsebenen in die Überlegungen einzubeziehen sind.¹¹⁸ Bei der Zurechnung von geldwerten Leistungen spielt das subjektive Element, welches die Rechtsprechung zu Recht als Voraussetzung für die Annahme einer geldwerten Leistung aufführt,¹¹⁹ eine wichtige Rolle, denn die Erkennbarkeit für die handelnden Organe kann ein Indiz hierfür bilden, in wessen Interesse und auf wessen Veranlassung die geldwerte Leistung vorgenommen wurde und wem sie somit einkommenssteuerlich zuzurechnen ist.

4.1.3 Abgrenzungen

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zum Begriff des Vermögensertrags aus Beteiligungsrechten. Wenn gesagt wird, der Begriff des Vermögensertrags sei formal konzipiert, so bezieht sich dies auf das Steuerobjekt Beteiligertrag, nicht aber auf das Steuersubjekt, welches diesen Beteiligertrag erzielt. Der Beteiligertrag ist in dem Sinne formal konzipiert, als jede geldwerte Leistung der Kapitalgesellschaft steuerbares Einkommen bildet, ungeachtet einer etwaigen Wertabnahme der Beteiligung. Dieses formale Konzept zeigt sich insbesondere bei der Behandlung von Substanz- und Liquidationsdividenden, welche in vollem Umfang steuerbar

¹¹¹ BGer 30.4.2002, 2P.280/2001/2P.475/2001, E. 3.1, StR 2002 558 = StE 2002 B 24.4 Nr. 67 = ZBJV 2005 441; vorne Abschn. 3.2.2.

¹¹² BGer 13.8.2004, 2P.129/2003, E. 5.3, ASA 75 (2006/2007) 3 = StR 2005 24 = StE 2004 B 24.4 Nr. 71 = ZBJV 2006 185; vorne Abschn. 3.2.2.

¹¹³ VGER ZH 22.11.2000, SB.2000.00064, E. 2c (nicht in RB 2000 Nr. 122 abgedruckt), StE 2001 B 24.4 Nr. 60.

¹¹⁴ MÜLLHAUPT, § 29 StG AG N 46.

¹¹⁵ VGER ZH 3.10.1989, E. 2b, StE 1991 B 24.4 Nr. 27; vorne Abschn. 3.2.1.

¹¹⁶ BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 3.2.1, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110; vorne Abschn. 3.2.2.

¹¹⁷ VGER ZH 18.8.2017, SR.2017.00001/SR.2017.00002, E. 5.4, StE 2018 B 24.4 Nr. 89; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.5.7, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

¹¹⁸ BGer 13.12.2017, 2C_853/2017, E. 3.5.1, ASA 86 (2017/2018) 416 = StE 2018 B 97.41 Nr. 30; BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.1, ASA 84 (2015/2016) 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

¹¹⁹ Oben Abschn. 2; siehe auch BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Art. 58 DBG N 290 ff. mwH auf abweichende Meinungen; DANON, Art. 57, 58 DBG N 210; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Leistungen, 621 f.

sind.¹²⁰ Trotz dieser formalen Konzeption ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden, die den Sachverhalt nicht nur nach seiner zivilrechtlichen Ausgestaltung, sondern auch entsprechend seinem tatsächlichen, insbesondere ökonomischen Gehalt würdigt.¹²¹ Diese wirtschaftliche Prägung des Begriffs des Beteiligungsvertrags untersagt es von vornherein, die Zurechnung von Gewinnausschüttungen strikt nach den zivilrechtlichen Beteiligungsverhältnissen vorzunehmen.

Bei geldwerten Leistungen zwischen Schwestergesellschaften kann es zu Dreifachbesteuerungen kommen. Für die Zurechnung der geldwerten Leistung an einen bestimmten Anteilsinhaber spielt dies keine Rolle, denn die etwaige Dreifachbesteuerung geht einerseits darauf zurück, dass überhaupt von einer steuerbaren Ausschüttung ausgegangen wird, und andererseits darauf, dass die Einlage in die Schwestergesellschaft dort nicht als steuerfrei rückzahlbare Kapitaleinlage erfasst werden kann. Beim Steuertatbestand setzt die Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie auf Beteiligungsrechte im Privatvermögen an.¹²² Wenn das latente Steuersubstrat bei der empfangenden Schwestergesellschaft weiterhin steuerverhaftet ist, kann entgegen kritischen Äußerungen in der Literatur¹²³ nicht von vornherein von einer Ausschüttung ausgegangen werden.¹²⁴ Zur Anwendung von Art. 20 Abs. 3 DBG ist überzeugend nachgewiesen worden, dass entgegen einer engen und zivilrechtlich geprägten Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung¹²⁵ von einem wirtschaftlichen Verständnis auszugehen ist.¹²⁶

4.2 Asymmetrische Dividenden

4.2.1 Zivilrechtliche Grundlagen

Der Begriff der asymmetrischen Dividende ist nicht definiert. Im hier massgebenden Kontext muss unter einer asymmetrischen Dividende eine Gewinnausschüttung verstanden werden, die sich nicht nach Massgabe des ein-

bezahlten Kapitals richtet. Bei einer asymmetrischen Dividende verstärkt sich gegenüber den verdeckten Gewinnausschüttungen offenkundig nochmals die Schwierigkeit, dass das Zivilrecht von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überlagert wird. Ausgangspunkt ist sicherlich die zivilrechtliche Situation, die anschliessend für die Bestimmung der Steuerfolgen dahingehend zu überprüfen ist, ob sie dem wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts gerecht wird.¹²⁷

Ausgangspunkt möglicher zivilrechtlicher Ausgestaltungen bildet die kapitalbezogene Gewinnbeteiligung der Aktionäre. Nach Massgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, wobei dieser Anteil prinzipiell im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahnten Beträge zu berechnen ist.¹²⁸¹²⁹ Diese Bestimmungen sind indes dispositiv, und es ist gesetzlich ausdrücklich erlaubt, von der insofern als *Auffanglösung* ausgestalteten Kapitalproportionalität und damit auch vom Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre abzuweichen.¹³⁰ Möglich ist die Schaffung von Privilegien für einzelne Kategorien von Aktien.¹³¹ Laut Art. 661 OR ist es auch zulässig, die gesetzlich vorgesehene Berechnung der Gewinnbeteiligung statutarisch zu modifizieren. Allerdings wird diese Bestimmung in der Literatur einschränkend aufgefasst. Gemäss der herrschenden Lehre ist eine Privilegierung von Aktionären nur möglich, wenn hierfür eine eigene Aktienkategorie geschaffen wird. Differenzierungen innerhalb derselben Aktienkategorie sind demnach nicht zulässig.¹³² Gegen eine solche restriktive Interpretation von Art. 661 OR wird angeführt, dass der Wortlaut eine Ungleichbehandlung allein aufgrund einer entsprechenden Statutenbestimmung, mithin ohne Schaffung einer neuen Aktienkategorie, nicht ausschliesse.¹³³ Soweit ersichtlich unbestritten ist, dass für die Einräumung von Sonderrechten auf Gewinn und Liquidationserlös jedenfalls eine statutarische Grundlage erforderlich ist; eine von der Kapitalquote abweichende Verteilung

120 REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 30.

121 BGer 6.8.2015, 2C_16/2015, E. 2.3.3, ASA 84 (2015/2016), 254 = StR 2015 811 = StE 2015 A 21.12 Nr. 16 = RDAF 2016 II 110.

122 KS 5 Umstrukturierungen, Ziff. 4.3.3.3; oben Abschn. 2.

123 GLAUSER, *Apports et impôt sur le bénéfice*, 323; GRÜNLATT/RIEDWEG, § 5 N 225 f.; REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 52a; oben Abschn. 3.1.

124 Dies erklärt (und rechtfertigt) die punktuell ausdehnende kantonale Praxis; oben Abschn. 3.1 am Ende; eingehend MEIER-MAZZUCATO, Erweiterte modifizierte Dreieckstheorie zur Verbesserung von Unternehmensnachfolgeprozessen mittels Spaltung, 160 ff.; zustimmend zur Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie auch OBERSON, *Droit fiscal suisse*, § 10 Rz 59. Weiterführend zu den Sanierungsfusionen GLAUSER, *La fusion d'assainissement*, 1007 ff.

125 KS 29a Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 2.2.1.

126 Grundlegend DANON/OBRIST, Art. 20 DBG N 283 ff. und 287; siehe auch ALTORFER/STREULE, Art. 20 DBG N 197; OESTERHELT, Emissionsabgabe auf Zuschüssen von Gesellschaftern, 884 f.

127 MARANTELLI, Faktizitätsprinzip im Steuerrecht – dogmatische Notwendigkeit oder unnötiger Ballast?, 116.

128 Art. 660 Abs. 1 und Art. 661 OR.

129 BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 12 Rz 512 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 40 Rz 60; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, § 16 Rz 336 und 372 f.

130 Art. 661 OR lautet wörtlich: «Die Anteile am Gewinn und am Liquidationsergebnis sind, sofern die Statuten nicht etwas anderes vorsehen, im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahnten Beträge zu berechnen.»

131 Art. 660 Abs. 3 OR.

132 BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 12 Rz 510 f.; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, *Grundriss des Aktienrechts*, Rz 885; WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 OR N 24; zum Ganzen siehe DAENIKER, *Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?*, 162 f. mwH.

133 DAENIKER, *Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?*, 163.

von Dividende und Liquidationsergebnis allein aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses, mithin ohne statutarische Grundlage, ist nicht zulässig.¹³⁴

Im Rahmen der nach Massgabe der aktienrechtlichen Vorschriften zulässigen Abweichung vom Prinzip der Kapitalproportionalität eröffnen sich verschiedene Gestaltungsoptionen:¹³⁵

Im Vordergrund steht die Schaffung von Vorzugsaktien, mit welchen insbesondere Vorrechte auf Dividenden, Liquidationsanteile oder Bezugsrechte gewährt werden können.¹³⁶ Für die Ausgestaltung solcher Privilegien besteht grundsätzlich ein weites Ermessen. Es ist jedoch erforderlich, dass den Vorrechten sachliche Kriterien zugrunde liegen und sie in den Statuten ausreichend konkretisiert werden.¹³⁷ Mögliche Ausgestaltungen für den Dividendenbezug sind neben suspensiven oder resolutiven Bedingungen auch betrags- oder prozentmäßig bestimmte oder bestimmbare Dividenden, die Erhöhung der Dividende um einen bestimmten Multiplikator oder die Festlegung der Dividende durch Verweis auf bestimmte Faktoren oder Kennzahlen (Geschäftsergebnis eines Teilbereichs).¹³⁸ Mittels einer Ausgestaltung als (un-)limitierte Vorzugsaktien kann eine blosse Vorabbegünstigung der fraglichen Aktionäre oder aber eine zusätzliche Partizipation an der Ausschüttung des Restbetrags (wie die Stammaktionäre) vorgesehen werden. Aufgrund dieser vielfältigen Palette an Gestaltungsoptionen kann ohne Weiteres eine auf den konkreten Fall zugeschnittene, von

der dispositiven Kapitalproportionalität abweichende Gewinnverteilung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten vorgesehen werden.

Als Alternative zu Vorzugsaktien können auch Partizipationsscheine geschaffen werden. Partizipationsscheine werden gegen Einlage ausgegeben, weisen einen Nennwert auf, gewähren aber prinzipiell weder ein Stimmrecht noch damit zusammenhängende Rechte.¹³⁹ Mit (Vorzugs-)Partizipationsscheinen können die gleichen Vermögensrechte bzw. -vorrechte verbunden werden wie mit (Vorzugs-)Aktien. Entsprechend lässt sich auch durch die Schaffung von (Vorzugs-)Partizipationsscheinen eine auf die konkreten Verhältnisse zugeschnittene, von einer quotalen Beteiligung abweichende Gewinnbeteiligung einzelner Aktionäre (als Partizipanten) erreichen.

Eine weitere Option ist die Ausgabe von Genussscheinen. Auf der Grundlage einer entsprechenden statutarischen Bestimmung kann mittels Genussscheinen Personen, die mit der Gesellschaft eng verbunden sind, ein Anspruch am Gewinn- oder Liquidationsanteil eingeräumt werden.¹⁴⁰ Genussscheine haben keinen Nennwert und vermitteln ausschliesslich Vermögensrechte.¹⁴¹ Nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften besteht ein weiter Gestaltungsspielraum für die Einräumung von Vermögensrechten an Aktionäre.¹⁴² Auch mit dieser Option lässt sich somit eine von der Kapitalproportionalität abweichende Gewinnverteilung umsetzen. Schliesslich ermöglicht auch die Schaffung von Stimmrechtsaktien¹⁴³ ein Abweichen vom Grundprinzip, nach dem sich die Aktionärsrechte nach Massgabe der Beteiligungsquote bestimmen.

Neben solchen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die sich im Übrigen auch kombinieren lassen, sind auch (arbeits-)vertragliche Gestaltungen denkbar. So lassen sich auf der Ebene der Aktionäre Privilegierungen in einem Aktionärbindungsvertrag regeln. Eine solche Vereinbarung schafft obligatorische Verpflichtungen zwischen den Beteiligten, hat aber keine Bindungswirkung gegenüber der Gesellschaft. Mittels eines Aktionärbindungsvertrags können insbesondere personenbezogene Elemente geregelt werden, die sich aus aktienrechtlichen Gründen nicht in die Statuten aufnehmen lassen.¹⁴⁴ Dies betrifft etwa Stimmbindungen, Erwerbsberechtigungen, Nachschuss- und Zuzahlungspflichten, Konkurrenzverbote, aber auch Rechte und Pflichten im Zusammenhang

¹³⁴ Ein entsprechender Beschluss wäre nach Auffassung von BÖCKLI und VON BÜREN/STOFFEL/WEBER «nichtig» (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 16 Rz 169a mwH; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Grundriss des Aktienrechts, Rz 885). Vorliegend wurde der entsprechende Generalversammlungsbeschluss von der Vorinstanz indes nur als anfechtbar erachtet, was als unbestrittene Tatsache vom Verwaltungsgericht nicht mehr in Frage gestellt wurde bzw. werden konnte (VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 2.2.2, StE 2018 B 24.4 Nr. 88).

¹³⁵ Zu den Gestaltungsmöglichkeiten vermögensrechtlicher Vorteile siehe auch PETER/JACQUEMET, Modalités et limites des priviléges concessibles aux actionnaires et fondateurs, 185 ff.

¹³⁶ Art. 656 Abs. 2 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, § 16 Rz 370 f. Zum Zweck von Vorzugsaktien siehe LIEBI, Art. 654–656 OR N 3 ff.; zu den Motiven für die Begründung einer Vorzugsaktienstruktur siehe LIEBI, Vorzugsaktien, 23 ff.

¹³⁷ BAHAR/PEYER, Art. 654–656 OR N 12.

¹³⁸ BAHAR/PEYER, Art. 654–656 OR N 12 mwH. Eine Beteiligung am Gewinn eines bestimmten Unternehmensteils erweist sich insbesondere mit Blick auf die Abgrenzung der massgeblichen Beteiligungsbasis als problembehaftet und die Ausgestaltung solcher Vorrechte ist entsprechend anspruchsvoll (zur Problematik der Nachbildung von sogenannten Spartenaktionen unter schweizerischem Recht ausführlich BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 4 Rz 434 ff., insbesondere Rz 438 f. zur Abgrenzung des Gewinnpools). Zur Ausgestaltung von Dividendenprivilegien auch PETER/JACQUEMET, Modalités et limites des priviléges concessibles aux actionnaires et fondateurs, 187 f.

¹³⁹ Art. 656a Abs. 1 OR und Art. 656c Abs. 1 OR.

¹⁴⁰ Art. 657 Abs. 1 OR.

¹⁴¹ Art. 657 Abs. 3 OR.

¹⁴² BAHAR/PEYER, Art. 654–656 OR N 12.

¹⁴³ Art. 693 OR.

¹⁴⁴ SCHENKER, Strukturierung der Unternehmensnachfolge bei der Aktiengesellschaft, 250 mwH.

mit Arbeitsleistungen und Geschäftsführung.¹⁴⁵ Sind die Aktionäre gleichzeitig Mitarbeiter, ergeben sich auf der Grundlage des Arbeitsrechts weitere Gestaltungsmöglichkeiten. So kann Mitarbeitern etwa ein Anteil am Geschäftsergebnis des Gesamtunternehmens oder eines einzelnen Unternehmensteils ausgerichtet werden.¹⁴⁶ Eine solche Beteiligung kann in Form einer Gewinnbeteiligung (Prozentbeteiligung am jährlichen Reingewinn [Geschäftsgewinn]) oder in Form einer Umsatzbeteiligung (Absatz von Waren oder Dienstleistungen des Unternehmens) bestehen oder sich nach anderen Größen bemessen (Beteiligung an Verbesserung des Ergebnisses gegenüber dem Budget etc.).¹⁴⁷ Eine andere Option ist eine (in der Regel prozentuale) Beteiligung des Arbeitnehmers an von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäften durch Ausrichtung einer Provision.¹⁴⁸ Auch die Ausrichtung von Gratifikationen¹⁴⁹ als Sondervergütung neben dem vereinbarten Grundlohn ermöglicht eine zusätzliche finanzielle Beteiligung des Arbeitnehmers. Als Berechnungsgrundlage kommen persönliche Eigenschaften (Dienstjahre), individuelle Leistungen oder die Jahresergebnisse eines Unternehmens bzw. eines Unternehmensteils in Frage.¹⁵⁰ Wiederum lassen sich die verschiedenen Formen der Beteiligungen miteinander kombinieren und auf die Verhältnisse im Einzelfall anpassen.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass das Zivilrecht eine Vielzahl von Gestaltungen ermöglicht, mit welchen die individuellen Bedürfnisse und Gegebenheiten der Beteiligten sachgerecht geregelt werden können. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Zivilrecht nicht von einem strikten Modell der Gewinnbeteiligung nach Massgabe des eingesetzten Kapitals ausgeht. Dies ist ein wichtiger Faktor, weshalb er für die subsidiäre Regel massgeblich ist, aber eben nicht der einzige. Vielmehr gibt das Zivilrecht die Möglichkeit, die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten im Rahmen einer AG oder GmbH auf die individuellen Bedürfnisse angepasst zu regeln und, hier von Interesse, die Gewinnverteilung nach bestimmten anderen oder ergänzenden Kriterien vorzusehen.

¹⁴⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 39 Rz 146.

¹⁴⁶ Art. 322a OR.

¹⁴⁷ Zum Ganzen PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322a OR N 1 ff.

¹⁴⁸ Art. 322b f. OR.

¹⁴⁹ Art. 322d OR.

¹⁵⁰ In der Praxis treten je nach konkreter Ausgestaltung verschiedene Probleme hinsichtlich der Einordnung auf (Gratifikation als Lohnbestandteil, Abgrenzungen zwischen Gratifikationen und Beteiligungen am Geschäftsergebnis iSv Art. 322a OR etc.). Hierzu und zum Ganzen PORTMANN/RUDOLPH, Art. 322d OR N 1 ff.

4.2.2 Einkommenssteuerliche Beurteilung

All diese gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die noch mit vertraglichen Abmachungen zwischen den Aktionären ergänzt werden können, sind in ihrem Kern vertragsrechtlicher Natur und setzen einen Konsens der beteiligten Parteien voraus. Dies bedeutet, dass die Positionen der Beteiligten sich in einem konsensual vereinbarten und rechtlich abgesicherten Gleichgewicht befinden. Es handelt sich um grundsätzlich entgeltliche Vorgänge,¹⁵¹ bei denen beispielsweise gegen Einlage von Geld ein Beteiligungsrecht eingeräumt wird, die sich aber im Verhältnis zwischen Anteilsinhaber und Gesellschaft auswirken. Ein Rechtsgrund zwischen den jeweils beteiligten Anteilsinhabern kann in besonders gelagerten Konstellationen, wie besonderer persönlicher Nähe, nicht ausgeschlossen werden, aber dann wird eine Leistung bzw. Gegenleistung eher in der grundsätzlichen Einräumung der gesellschaftsrechtlichen Position zu erblicken sein als in der späteren Ausschüttung der Gesellschaft.

Die Errichtung einer bestimmten Struktur mit unterschiedlich ausgestalteten Eigenkapitalanteilen wird deshalb in der Regel keinen Anlass dafür geben, im Sinne der Dreieckstheorie auf eine Leistung zwischen den Gesellschaftern zu schliessen, die durch künftige Gewinnausschüttungen der Gesellschaft abgegolten wird. Somit wird regelmäßig die zivilrechtliche Gestaltung auch der steuerrechtlichen Beurteilung zu Grunde zu legen sein.

Eine spätere Anpassung der Struktur, etwa durch Schaffung neuer Aktienkategorien oder Anpassungen bei der Gewinnberechtigung, ist grundsätzlich gleich zu beurteilen. Die beteiligten Parteien schenken sich nichts, sondern wirken zusammen, um im Rahmen der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ein möglichst gutes wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen. Leistungen zwischen den beteiligten Aktionären sind, wenn nicht besondere Verhältnisse gegeben sind, nicht zu vermuten, so dass die bisherige Gewinnverteilung nicht zum Tragen kommt und die Dreieckstheorie auf künftige Gewinnausschüttungen nicht anwendbar ist.

Wenn diese Anpassung bereits erarbeitete Reserven miterfasst, bedeutet dies keineswegs, dass eine Leistungsbeziehung zwischen den Aktionären vorliegen muss, so dass die «Altreserven» im Sinne der Dreieckstheorie den Anteilsinhabern gemäss früher geltender Gewinnverteilung zuzurechnen wären. Im Gegenteil ist zu vermuten, dass sich die Aktionäre nichts schenken, sondern vielmehr in der neuen Gestaltung eine mindestens gleichwertige

¹⁵¹ REICH, Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, 34.

tige Position erblicken. Ansonsten würden sie der neuen Gestaltung nicht zustimmen.

Ein faktisches Abweichen von der gesellschaftsrechtlich geltenden Ordnung durch abweichenden Dividendenbeschluss kann als Anlass haben, dass der «abgebende» Aktionär dem anderen Aktionär eine zusätzliche Leistung zukommen lassen will. Wenn jedoch die gesellschaftsrechtliche Ordnung nicht dem wirtschaftlich Gewollten entspricht und der Dividendenbeschluss dazu dient, das eigentlich Gewollte umzusetzen, so ist dieser Dividendenbeschluss für die steuerliche Beurteilung massgeblich.¹⁵²

Dabei spielt aber auch eine Rolle, dass das wirtschaftlich gewollte Resultat mit einer sachgerechten zivilrechtlichen Regelung hätte erzielt werden können. Wenn die Gestaltungsmöglichkeit grundsätzlich gegeben ist, besteht auch kein Grund, etwaige mehrstufige Vorgänge zu unterscheiden, die durch ein rechtswidriges Verhalten im Sinne einer Abkürzung umgangen werden. Vielmehr darf auch aus dieser Perspektive auf den Dividendenbeschluss abgestellt werden.

5 Anmerkungen zum Entscheid des Verwaltungsgerichts St.Gallen vom 29.Juni 2017

Um zivilrechtlich zu erreichen, dass die drei Aktionäre bei Stimmrechten nach Massgabe der jeweils gehaltenen Aktien im Ergebnis – mithin unabhängig von unterschiedlichem Kapitaleinsatz und einer unterschiedlichen Anzahl Stimmen in der Generalversammlung – dieselben Einkünfte erzielen, können verschiedene Aktienkategorien gebildet werden. Unter der Annahme, dass die Q. AG 100 Aktien zu CHF 1000 Nennwert herausgegeben hat, könnte eine erste Kategorie A von Aktien (Nummern 1–20) geschaffen werden, die ein Dividendenrecht von je 1½ % vermitteln; Aktionär A. Y., der 20 Aktien der Kategorie A hält, hat somit eine Dividendenberechtigung von 33⅓ %. Die 80 Aktien der Kategorie B vermitteln ein Dividendenrecht von je ¾ %, der Hälfte der Berechtigung einer Aktie der Kategorie A. Somit hat E. S. dank 40 Aktien der Kategorie B einen Anspruch auf 33⅓ % der Dividende, die von der Generalversammlung beschlossen wird, und dasselbe gilt für F. R. Zivilrechtlich stellen die Aktien der Kategorie A sogenannte Vorzugsaktien dar, denen die Statuten einen höheren Anteil am Gewinn zuweisen. Dasselbe Resultat könnte auch mit unterschiedlichen Stückelungen für die Aktien der Kategorien A und B erreicht werden, indem das Dividendenrecht an die

Aktien anknüpft und nicht an das einbezahlt Aktienkapital.

Nach Massgabe der aktienrechtlichen Bestimmungen ist es ohne Weiteres möglich, statutarisch verschiedene Kategorien von Aktien vorzusehen bzw. Vorzugsaktien zu schaffen. Vor allem die neueren Lehrmeinungen vertreten eine weitgehende Flexibilität bei der Gestaltung der Dividendenberechtigung. Demnach kann sich die Berechnung des Gewinnanteils nach objektiven Kriterien wie erzielten Umsätzen (Geschäftsergebnis von Teilbereichen) richten.¹⁵³ Eine solche Gestaltung ist aber von den betroffenen Aktionären nicht beabsichtigt gewesen, weil sie von einer Gleichwertigkeit des Beitrags aller drei Aktionäre ausgegangen sind.

Eine weitere Möglichkeit, die Dividende zu drei gleichen Teilen auf die Anteilsinhaber zu verteilen, besteht in der Schaffung von Partizipationsscheinen, die insgesamt ein gleiches Dividendenrecht wie 20 Aktien vermitteln. A. Y., dem die Partizipationsscheine zuständen, hätte deshalb zusammen mit den 20 Aktien den gleichen Dividendenanspruch wie E. S. und F. R. Zivilrechtlich ist die Schaffung von Partizipationsscheinen in diesem Umfang ohne Weiteres möglich. Wie bei Vorzugsaktien könnten nach neuerer Lehrmeinung die Statuten den Gewinnanteil nach objektiven Kriterien bestimmen.

Noch weiter gehende Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich, wenn die Ebene der Aktionäre in die rechtliche Gestaltung einbezogen wird. Die drei Aktionäre könnten sich zu einer klassischen doppelstöckigen Struktur entschliessen. In einem Aktionärbindungsvertrag werden in einer solchen Struktur neben üblichen Regelungspunkten – wie Konkurrenz- und Veräußerungsverbote, Vorkaufsrechte und Andienungspflichten für die Aktien – auch die Grundsätze für die Entlohnung der in der Q. AG arbeitenden Aktionäre vereinbart. Zivilrechtlich ist es den Parteien freigestellt, den Lohn der mitarbeitenden Aktionäre nach bestimmten Kriterien festzulegen. Insbesondere kann der Lohn Erfolgskomponenten erhalten, welche sich nach Gewinnen, Umsätzen, Erreichen bestimmter Ziele etc. richten. In diesem Rahmen ist es den Parteien auch anheimgestellt, den Kapitaleinsatz mitzuberücksichtigen. Wenn das geschäftliche Ergebnis weniger vom Einsatz von Kapital abhängt, sondern viel eher vom persönlichen Einsatz der mitarbeitenden Aktionäre, deren Geschäftsbeziehungen, Marktkenntnissen, fachlichen Fähigkeiten und sozialen Kompetenzen, rückt der Aspekt, dass Eigenkapital Grundlage für die Geschäftstätigkeit und risikobehaftet ist, in den Hintergrund. Die

¹⁵² VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 5, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

¹⁵³ BAHAR/PEYER, Art. 654–656 OR N 12 mwH; PETER/JACQUEMET, Modalités et limites des priviléges concessibles aux actionnaires et fondateurs, 187 f.

Parteien können deshalb im internen Verhältnis auch eine blosse Verzinsung des unterschiedlich zur Verfügung gestellten Eigenkapitals vorsehen. Die genannten Variablen bei der Lohnfestsetzung werden einerseits im Aktionärbindungsvertrag, andererseits in den jeweiligen Arbeitsverträgen zwischen mitarbeitendem Aktionär und Gesellschaft geregelt.

Derartige Gestaltungen beruhen auf einer vertraglichen Grundlage. Die Parteien haben also einen Konsens darüber zu finden, wie sie die Beiträge der einzelnen Beteiligten im Hinblick auf die künftige Geschäftstätigkeit bewerten. Von Schenkungen zwischen den Parteien ist deshalb nicht auszugehen. Auch die Abgeltung anderer Leistungen zwischen einzelnen Beteiligten durch Vereinbarung bestimmter Gewinnquoten an der gemeinsam beherrschten Gesellschaft erscheint zwar nicht von vornherein als ausgeschlossen, ist aber sehr unpraktisch, weil sich die Gewinnberechtigung auf künftige, noch nicht feststehende Gewinne bezieht. Im vorliegenden Fall sind denn auch keine Feststellungen gemacht worden, dass zwischen den Aktionären irgendwelche Leistungen abgegolten wurden. Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die von den drei Parteien beabsichtigten gleichmässigen Lohn- und Dividendenbezüge hätten zivilrechtlich gültig vereinbart werden können. Bei einer entsprechenden zivilrechtlichen Dokumentation, und weil keine Leistungsbeziehungen zwischen den drei Aktionären bestehen, gibt es keinen Anlass, die Dreieckstheorie anzuwenden. Weil kein Umgehungsgeschäft vorliegt, ist die gewählte Gestaltung auch nicht in die einzelnen zugrunde liegenden Komponenten aufzuteilen und jeweils steuerlich zu beurteilen. Die asymmetrische Dividendausschüttung – oder eine andere von den Parteien gewählte zivilrechtliche Gestaltung – wäre mithin auch steuerlich massgeblich, und für die Anwendung der Dreieckstheorie bestünde kein Raum.

Somit geht es noch darum, ob die – entgegen der zivilrechtlichen Dokumentation, aber in Übereinstimmung mit dem wirtschaftlich Gewollten – beschlossene und offen vorgenommene asymmetrische Gewinnausschüttung vor dem Hintergrund der Dreieckstheorie dazu führen muss, dass eine quotale Ausschüttung mit Leistungen der beiden Aktionäre E. S. und F. R. an den Aktionär A. Y. anzunehmen ist. Dies ist zu verneinen. Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die drei Aktionäre einen gleichen Beitrag zur Entwicklung der Q. AG leisteten und dementsprechend gleichwertige Lohn- und Dividendenbezüge beschlossen.¹⁵⁴ Hinweise auf anderweitige Leistungsbeziehungen bestehen nicht. Die zivilrechtliche

Form der asymmetrischen Gewinnausschüttung entspricht dem wirtschaftlichen Gehalt des Geschäftsvorfalls, weil ansonsten A. Y. geschäftsmässig nicht gefertigte höhere Lohnbezüge als die beiden anderen mitarbeitenden Aktionäre E. S. und F. R. erhalten hätte,¹⁵⁵ die auch nach der Dreieckstheorie A. Y. einkommenssteuerlich als Beteiligerertrag zuzurechnen wären. Das Verwaltungsgericht konnte deshalb von einer Anwendung der Dreieckstheorie absehen, zumal im konkreten Fall keine Steuerersparnis erzielt wurde¹⁵⁶ und keine Anhaltpunkte für eine Steuerumgehung gegeben waren.¹⁵⁷

6 Zusammenfassende Thesen

Geldwerte Leistungen einer Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) sind denjenigen Beteiligungsinhabern zuzurechnen, die darüber effektiv verfügen können. Die geldwerte Leistung ist deshalb gemäss der Dreieckstheorie demjenigen Beteiligungsinhaber zuzurechnen, welcher die geldwerte Leistung der Kapitalgesellschaft (oder Genossenschaft) durch eine entsprechende Weisung an die Gesellschaft oder deren Organe veranlasst hat, um damit der nahestehenden Person eine eigene Leistung, die auf Schenkung oder einem anderen Rechtsgrund beruhen kann, zukommen zu lassen.

Eine quotale Zurechnung von geldwerten Leistungen bei den Beteiligungsinhabern kann dann erfolgen, wenn von einem gemeinsamen Willen der Beteiligungsinhaber aus gegangen werden kann. Dies kann bei Leistungen zwischen Schwestergesellschaften, die von gemeinsamen Beteiligungsinhabern kontrolliert werden, der Fall sein. Hiervon abgesehen ist eine quotale Zurechnung geldwerten Leistungen nicht am Platz; ein Aufrechnungsautomatismus besteht nicht.

Asymmetrische Dividenden, die nach anderen Kriterien als nach Kapitaleinsatz gesellschaftsrechtlich vereinbart werden, sind auch steuerlich grundsätzlich als Dividenden zu behandeln. Dasselbe gilt auch für asymmetrische Dividenden, welche von den Beteiligungsinhabern in Übereinstimmung mit dem wirtschaftlich Gewollten beschlossen werden. Vorbehalten bleiben besonders gelagerte Fälle, wo mit dem Beschluss asymmetrischer Dividenden effektiv eine Leistung an eine nahestehende Person erfolgen soll.

¹⁵⁴ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, Sachverhalt B und E. 8, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

¹⁵⁵ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 8, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

¹⁵⁶ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 3.4.4, StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

¹⁵⁷ VGer SG 29.6.2017, B 2015/323, E. 5 f., StE 2018 B 24.4 Nr. 88.

Literatur

- ALTORFER JÜRG/STREULE FABIAN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. A., Basel 2017
- BAHAR RASHID/PEYER MARTIN, in: Zürcher Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, die Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 2016
- BARTHOLET OLIVIER, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Konzernbeziehungen, Basel 1995
- BAUER-BALMELLI MAJA, Änderungen in der Anwendung von Dreiecks- und Direktbegünstigentheorie, FStR 2001, 58
- in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 2. A., Basel 2012
- BEHNISCH URS, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003, ZBJV 2005, 441
- Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004, ZBJV 2006, 185
- BEHNISCH URS R./HEUBERGER RETO, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Dreieckstheorie im Zickzackkurs, Jusletter, 8.5.2000, publiziert auf: <http://jusletter.weblaw.ch>
- BEHNISCH URS/SIMON PATRICK, Dreiecks- und Direktbegünstigungstheorie im Wandel, Jusletter, 3.5.2010, publiziert auf: <http://jusletter.weblaw.ch>
- BERGER MARKUS, Die Bilanzierung verdeckter Gewinnausschüttungen nach Art. 678 Abs. 2 OR, AJP 2000, 1112
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich 2016
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich u. a. 2009
- BRÜLISAUER PETER/MÜHLEMANN MARCO, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. A., Basel 2017
- DAENIKER DANIEL, Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, Zürich 2015, 139
- DANON ROBERT, in: Commentaire Romand, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2^{ème} éd., Bâle 2017
- FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- GEHRIG THOMAS, Der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung an einen nahestehenden Dritten, Bern u. a. 1998
- GLAUSER PIERRE-MARIE, La fusion d'assainissement. Aspects juridiques et fiscaux, ST 2004, 1000
- Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de déterminance dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, Genève u. a. 2005
- GRÜNBLATT DIETER/RIEDWEG PETER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen, Basel 2016
- GUTMANN DANIEL/DANON ROBERT J./SALOMÉ HUGUES, Point de vue franco-suisse sur l'arrêt «Société Schneider Electric» du 28 juin 2002. Réflexions sur le problème de l'attribution du revenu en droit fiscal international, RDAF 2002 II, 289
- HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. 1, 9. A., Bern u. a. 2001, Bd. 2, 9. A., Bern u. a. 2002
- KÄNZIG ERNST, Die eidgenössische Wehrsteuer. Direkte Bundessteuer, 2. A., Basel 1982
- LEUCH CHRISTOPH/AMONN TONI, in: Christoph Leuch/Peter Kästli/Markus Langenegger (Hrsg.), Praxis-Kommentar zum Berner Steuergesetz. Bd. 1, Art. 1–125, 2. A., Muri b. Bern 2014
- LIEBI MARTIN, Vorzugsaktien. Eine Darstellung nach gesellschaftsrechtlichen, bilanzierungsrechtlichen, steuerrechtlichen, rechtsgeschichtlichen, rechtsökonomischen, rechtsvergleichenden und corporate finance-Gesichtspunkten, Zürich 2008
- in: Basler Kommentar, Obligationenrecht. II. Teil Art. 530–964 OR, 5. A., Basel 2016
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer. II. Teil Art. 49–101 DBG, Therwil 2004
- LUDWIG HUBERTUS in: Peter B. Nefzger/Madeleine Simonek/Thomas B. Wenk (Hrsg.), Kommentar zum Steuergesetz des Kantons Basel-Landschaft, Basel 2004

- MARANTELLI ADRIANO, Faktizitätsprinzip im Steuerrecht – dogmatische Notwendigkeit oder unnötiger Ballast?, ASA 75 (2006/2007), 105
- MATTEOTTI RENÉ/FELBER MICHAEL, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Jahr 2010 zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen, ASA 80 (2011/2012), 259
- MÄUSLI-ALLENSPACH PETER/OERTLI MATTHIAS, Das schweizerische Steuerrecht. Ein Grundriss mit Beispielen, 9. A., Muri b. Bern 2018
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018
- MEIER-MAZZUCATO GIORGIO, Erweiterte modifizierte Dreieckstheorie zur Verbesserung von Unternehmensnachfolgeprozessen mittels Spaltung, TREX 2015, 156
- MÜLLHAUPT HANS-JÖRG, in: Marianne Klöti/Dave Siegrist/Dieter Weber (Hrsg.), Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 4. A., Muri b. Bern 2015
- MUSTER ADRIAN/GÖTZ KEVIN, Nutzungsrechte an Grundstücken: Besteuerung als privates Ertragseinkommen, StR 2011, 806
- NEUHAUS MARKUS R., Die Besteuerung des Aktienertrags, Zürich 1988
- NOËL YVES, in: Commentaire Romand, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2^{ème} éd., Bâle 2017
- OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 4^{ème} éd., Bâle 2012
- OESTERHELT STEFAN, Emissionsabgabe auf Zuschüssen. Praxisänderung für indirekte Zuschüsse und Kaskadenzuschüsse, ST 2010, 881
- Zinsen auf verdecktem Eigenkapital. Steuerfolgen der Umqualifikation von garantierten Drittdarlehen, EF 2018, 1005
- PETER HENRY/JACQUEMET GUILLAUME, Modalités et limites des priviléges concessibles aux actionnaires et fondateurs, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Notar, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 1.9.2015 in Zürich und vom 8.9.2015 in Lausanne, Zürich u. a. 2016, 171
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht. I. Teil Art. 1–529 OR, 6. A., Basel 2015
- PRYM ROLF-JÜRGEN, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach deutschem und schweizerischem Steuerrecht, Bern 1976
- REICH MARKUS, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54 (1985/86), 609
- Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996
 - Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechtsgrundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, FStR 2004, 3
 - Steuerrecht, 2. A., Zürich 2012
- REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2002, FStR 2003, 221 (1. Teil), FStR 2003, 298 (2. Teil)
- Rechtsprechung im Jahr 2004, FStR 2005, 224 (1. Teil), FStR 2005, 290 (2. Teil)
- REICH MARKUS/WEIDMANN MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. A., Basel 2017
- REIMANN AUGUST/ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz. Bd. 2, Basel 1969
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Handkommentar zum DBG, 3. A., Zürich 2016
- Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., Zürich 2013
- SALOM JESSICA, L'attribution du revenu en droit fiscal suisse et international, Genève u. a. 2010
- SCHÄRRER ERWIN, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, ASA 43 (1974/75), 273
- SCHENKER URS, Strukturierung der Unternehmensnachfolge bei der Aktiengesellschaft, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, 221
- SIMONEK MADELEINE, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002. Direkte Bundessteuer, ASA 73 (2004/2005), 1
- Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004. Direkte Bundessteuer, ASA 75 (2006/2007), 3

- Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2006. Direkte Bundessteuer, ASA 77 (2008/2009), 1

VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. A., Zürich 2011

WATTER ROLF/ROTH PELLANDA KATJA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht. II. Teil Art. 530–964 OR, 5. A., Basel 2016

ZIGERLIG RAINER/OERTLI MATHIAS/HOFMANN HUBERT, Das St.Gallische Steuerrecht, 7. A., Muri b. Bern 2014

Rechtsquellen

aStG ZH, Steuergesetz (vom 8.7.1951; aufgehoben durch § 268 StG ZH), OS 38 699

BdBSt, Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (vom 9.12.1940; aufgehoben durch Art. 201 DBG), BS 6 350

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11

OR, BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (vom 30.3.1911), SR 220

StG AG, Steuergesetz (vom 15.12.1998), SAR 651.100

StG BE, Steuergesetz (vom 21.5.2000), BSG 661.11

StG BL, Steuergesetz (vom 7.2.1974), SGS 331

StG SG, Steuergesetz (vom 9.4.1998), sGS 811.1

StG ZH, Steuergesetz (vom 8.6.1997), LS 631.1

StHG, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14

VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.21

Praxisanweisungen

MB 2001 Leistungsempfänger, Merkblatt 2001 der ESTV betr. Bestimmung des Leistungsempfängers bei der Verrechnungssteuer (vom Februar 2001)

KS 5 Umstrukturierungen, Kreisschreiben Nr. 5 der ESTV betr. Umstrukturierungen (vom 1.6.2004)

KS 29a Kapitaleinlageprinzip, Kreisschreiben Nr. 29a der ESTV betr. Kapitaleinlageprinzip neues Rechnungslegungsrecht (vom 9.9.2015)

Geldwerte Leistungen: Praxeseskoration bei Steuern und AHV



Orlando Rabaglio

lic. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
rabaglio schär ag, Zürich

1 Einleitung

Stellt eine Steuerbehörde eine geldwerte Leistung an den Aktionär fest, so meldet sie dies oft einer zweiten Steuerbehörde. Das führt dort zu einem neuen Verfahren und typischerweise zu einer zusätzlichen Steuer auf dem gleichen Sachverhalt. Dieses Meldewesen ist in den letzten Jahren zunehmend zum Problem geworden, vor allem, wenn im Anschluss an die Steuererhebung versucht wird, noch eine Hinterziehungsbusse festzusetzen oder die Rückerstattung der Verrechnungssteuer mit satter Verzugszinsfolge zu verweigern. Nun hat das Bundesgericht am 27. Dezember 2017¹ eine AHV-Verfügung geschützt, welche aus unserer Sicht eine Eskalation der Praxis darstellt: Für den Steuerpflichtigen drohen weitere rund 10% Abgaben auf dem gleichen Vorgang, und die Einheit der Rechtsordnung wird mit Füssen getreten.

2 Zum BGE vom 27. Dezember 2017

2.1 Sachverhalt

Im Bundesgerichtsurteil vom 27. Dezember 2017 ging es um eine Aktiengesellschaft, welche Geschäfte aller Art vermittelt. Der Alleinaktionär war einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer; daneben war etwas Zusatzpersonal (ein bis zwei Arbeitnehmer) angestellt.



Daniel Schär

Dr. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
rabaglio schär ag, Zürich

Der Geschäftsführer pflegte ein internationales Beziehungsnetz aus Kadermitarbeitern in grösseren Unternehmen und in Verwaltungen. Dank diesem Networking konnten lukrative Verträge angebahnt und wertvolle Kontakte hergestellt werden. In den Aufbaujahren erzielte die AG Verluste; der Aktionär begegnete diesen durch Schaffung eines hohen Gründungskapitals und durch nachrangige Darlehen an die Gesellschaft. Ab 2010 begann sich die internationale Kontaktpflege auszuzahlen: Der Umsatz stieg beispielsweise 2011 auf respektable CHF 4'900'000.–. Ähnlich präsentierten sich die Umsätze im 2010 (CHF 1'600'000.–) bzw. 2012 (CHF 3'600'000.–).

Am Beispiel des Geschäftsjahres 2011 zeigte sich exemplarisch: Es mussten für CHF 700'000.– Dienstleistungen eingekauft werden und es wur-

den rund CHF 500 000.– Löhne bezahlt. Der geschäftsführende Alleinaktionär hatte, auch als Ausfluss der verlustreichen Anfangsjahre, ein Jahresgehalt von CHF 70 000.– Von Interesse waren jedoch die Reise- und Repräsentationsspesen von CHF 780 000.–; diese resultieren insbesondere wegen häufiger Flugreisen sowie Essen und Übernachtungen an Orten im obersten Preissegment. Dennoch schloss das Geschäftsjahr 2011 mit CHF 1 900 000.– Gewinn. Der Alleinaktionär besass überdies in London eine repräsentative Liegenschaft, in der er Kunden empfing. Gewisse Liegenschaftskosten stellte er der Gesellschaft in Rechnung.

2.2 Erste Prüfung der AHV-Behörde

Anfang 2014 wurde die Aktiengesellschaft durch die AHV-Ausgleichskasse des Kantons Zürich einer Arbeitgeberkontrolle für die Jahre 2010 bis April 2013 unterzogen. Die Ausgleichskasse fand keinen Anlass zur sozialversicherungsrechtlichen Korrektur und bestätigte wörtlich: «Die Kontrolle hat ergeben, dass Sie, soweit geprüft, die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten und die Abrechnungen ordnungsgemäss erstellt haben». Dass die AG ein Verwaltungsratshonorar von CHF 18 000.– gar nicht als massgebenden Lohn abgerechnet hatte, war nicht gesehen worden.

2.3 Steuerveranlagung (Kanton Zürich)

AG und Aktionär befanden sich im Kanton Zürich. Im Rahmen einer Buchprüfung für 2010 bis 2012 rechnete das Steueramt Zürich im Wesentlichen zwei Positionen auf: Aufgerechnet wurde ein Privatanteil von 25% auf den Reise- und Repräsentationsspesen, somit rund CHF 195 000.– im 2011 (2010 und 2012 waren vergleichbar hoch; es war kein Privatanteil verbucht worden). Aufgerechnet wurden zudem die Kosten der privaten Liegenschaft in London, soweit diese die Hälfte des Eigenmietwertes (CHF 160 000.–)

INHALTSVERZEICHNIS

- 1 Einleitung**
- 2 Zum BGE vom
27. Dezember 2017**
 - 2.1 Sachverhalt
 - 2.2 Erste Prüfung der AHV-Behörde
 - 2.3 Steuerveranlagung (Kanton Zürich)
 - 2.4 Verrechnungssteuer
 - 2.5 Weitere Schritte im AHV-Verfahren
- 3 Zur geldwerten Leistung bei
den Steuern und bei der AHV**
 - 3.1 Der Grund des offensichtlichen Missverhältnisses
 - 3.2 Fehlende Untersuchung bei der AHV
 - 3.3 Fehlende Einheit der Rechtsordnung
 - 3.4 Methodendualismus und kumulierte Abgabenlast
- 4 Zurück zur nachträglichen
Gesamtbetrachtung**
- 5 Präjudizienkette oder grund-
sätzliche Grundsatzlosigkeit?**

überstiegen. Illustriert anhand der Zahlen 2011: Der Aktionär hatte seiner Gesellschaft rund CHF 430 000.– Liegenschaftskosten fakturiert; das Steueramt anerkannte CHF 80 000.– und betrachtete die restlichen CHF 350 000.– als nicht geschäftsmässig begründet. Der geschäftsführende Alleinaktionär erzielte durch seine Vermittlungstätigkeit Umsätze in Millionenhöhe praktisch im Alleingang und hatte nicht die personelle Kapazität, jeden Spesenbe-

¹ Bundesgericht: 9C_403/2017.

GELDWERTE LEISTUNGEN

leg über einen Dreijahreszeitraum nachträglich zu erläutern. Er bestritt den Einschätzungsvorschlag des Steueramtes Zürich nicht. Folge war zunächst eine Erhöhung des steuerbaren Gewinns in Höhe des geschätzten Privatanteils auf den Spesen und in Höhe der angeblich überhöht fakturierten Liegenschaftskosten London. Sodann erhöhte sich das steuerbare Einkommen beim Aktionär. Hinzu kamen Hinterziehungsbussen bei der AG und beim Aktionär. Der Kanton Zürich meldete im Juni 2015 das Ergebnis dieser Buchprüfung der Eidg. Steuerverwaltung, Hauptabteilung Verrechnungssteuer, und der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich².

2.4 Verrechnungssteuer

Die Eidg. Steuerverwaltung setzte in Höhe des Privatanteils und der angeblich überhöht fakturierten Liegenschaftskosten London eine geldwerte Leistung fest und verlangte von der Aktiengesellschaft 35% Verrechnungssteuer. Ein Gesuch um Meldung lehnte sie mit der Begründung ab, es bestünden erhebliche Zweifel am Recht auf Rückerstattung. Mit Rücksicht darauf, dass das Rechtsmittelverfahren pendent ist, wird auf die verrechnungssteuerliche Thematik hier nicht eingegangen.

2.5 Weitere Schritte im AHV-Verfahren

Die Meldung des Steueramtes Zürich bewog die Sozialversicherungsanstalt Zürich, auf ihre «Nullbeanstandung» vom Februar 2014 (siehe vorstehend 2.2) zurückzukommen und im November 2015 eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen. Dabei betrachtete sie 25% der Reise- und Repräsentationsspesen sowie die Liegenschaftskosten London (netto, nach Anerkennung des halben Eigenmietwerts) als verdeckten Lohnbezug und verlangte hierauf die zusätzlichen Sozialversicherungsabgaben; sie übernahm die Zahlen der Gewinnsteuerbehörde und verfügte ohne weitere Untersuchung.

Nach einer erfolglosen Einsprache reichte die AG Beschwerde ans Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich³ ein und gelangte später ans Bundesgericht. Wir beleuchten die gerichtlichen Argumente nachfolgend kritisch.

3 Zur geldwerten Leistung bei den Steuern und bei der AHV

3.1 Der Grund des offensichtlichen Missverhältnisses

Die Gewinnsteuerbehörde betrachtete 25% der Reise- und Repräsentationsspesen und die Liegenschaftskosten London (soweit den halben Eigenmietwert übersteigend) als verdeckte Gewinnausschüttung. Nach der bundesgerichtlichen Steuerpraxis liegt eine geldwerte Leistung vor, wenn ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, wenn dieses offensichtlich war, und wenn drittens der Grund für das Missverhältnis in der Aktionärsstellung des Vorteilempfängers liegt⁴. Uns interessiert das dritte Wesenselement: die Causa im Beteiligungsverhältnis. Weil der Grund für ein Missverhältnis in der Aktionärsstellung gesehen wurde, nahm die Steuerbehörde eine faktische Dividendausschüttung an, mit der Folge, dass beim Empfänger Einkommen aus einer Beteiligung vorlag, also Dividendenertrag, der zur Teilbesteuerung berechtigt.

Aber: Steuerlich gesehen ist eine geldwerte Leistung Ertrag aus der Hingabe von Kapital. Sie hat nichts mit einer Tätigkeit zu tun. Das leuchtet ohne weiteres ein, wenn die geldwerte Leistung z.B. darin besteht, dass der Alleinaktionär seiner AG ein Auto zu einem Preis verkauft, der doppelt so hoch ist wie der Handelswert dieses Autos, oder wenn er der AG ein Darlehen mit marktunüblich hohen Zinsen gewährt. Es gilt aber ebenso, wenn die AG ihrem Alleinaktionär eine Übernachtung im Luxushotel bezahlt und sie dies gegenüber Dritten nicht tun würde – immer unterstellt, dass eine wirtschaftliche Not-

wendigkeit für eine derart edle Übernachtungsstätte nicht nachgewiesen werden kann.

Die AHV-Instanzen haben die geldwerte Leistung jedoch gerade umgekehrt begründet: **Die Vorteilszuwendung habe ihren Grund darin, dass der Alleinaktionär Arbeitnehmer sei.** Dabei wurde nicht zwischen hohen Reise- und Repräsentationsspesen und Liegenschaftskosten London differenziert; die Korrektur gemäss Gewinnsteuerbehörde wurde integral als verdeckter Lohn behandelt.

Dabei hatte sich das kantonale Sozialversicherungsgericht noch daran gestört, dass sich der Alleinaktionär nur CHF 70 000.– Jahresgehalt ausrichtete, obwohl er enorm Zeit investierte, um (mit einem bzw. zwei Angestellten zusammen) Umsätze zwischen CHF 1 600 000.– und CHF 4 900 000.– zu generieren (Erw. 3.5). Das Bundesgericht hingegen bezeichnete die Höhe des Aktionärslohns als unerheblich (Erw. 5.2)! Das Abgrenzungsthema zwischen Lohn- und Dividendenhöhe stellte sich nicht, weil aufgrund der Verluste der Aufbauphase gar keine Dividende ausgerichtet werden konnte.

Die kantonale Instanz hatte also den Aktionärslohn mit den enormen Umsätzen verglichen, ihn deswegen als zu tief erachtet und einen Teil der Spesen als verdeckten Lohn eingestuft. Das hätte man ebenso diametral anders sehen können: Wenn der geschäftsführende Alleinaktionär persönlich und vor Ort auserlesene Kontakte auf internationalem Parkett pflegt, die zu lukrativen Vermittlungsprovisionen an die AG führen, bedingt dies eben hohe Reise- und Repräsentationsspesen. Es würde nahe liegen, die Spesen in Relation zum beeindruckenden Umsatz zu stellen, statt indirekt zu vermuten, die Spesen stellten teilweise Lohn an den Geschäftsführer dar. Erst recht begründungsbedürftig wäre die Annahme, Kosten der privaten Liegenschaft London, welche die Gesellschaft trägt, hätten ihren Rechtsgrund in der Tätigkeit statt in der Aktienärsstellung.

3.2 Fehlende Untersuchung bei der AHV

Die AHV-Ausgleichskasse hatte gar keine Untersuchung anhand stichprobenartiger Spesenbelege geführt, sondern sich nur an die Gesamtbezüge gemäss Meldung des kantonalen Steueramtes gehalten. Pikantes Detail: Das kantonale Sozialversicherungsgericht erwog am Schluss (Erw. 3.6), die geldwerte Leistung des Steueramtes sei nur das Resultat einer Schätzung im Rahmen einer Verhandlungslösung, was nicht ausschliesse, dass bei näherer Untersuchung durch die AHV-Behörde die geschäftsmässig nicht begründeten Spesen sogar höher ausgefallen wären.

Im AHV-Verfahrensrecht kommt der verfügenden Behörde eine Untersuchungspflicht von Amtes wegen zu⁵. Man muss im Nachhinein an der Qualität der ersten AHV-Untersuchung zweifeln; nur schon, weil nicht gesehen wurde, dass ein Verwaltungsratshonorar nicht als Lohn abgerechnet worden war, aber vor allem, weil die hohen Spesen transparent der Erfolgsrechnung zu entnehmen waren und im Februar 2014 AHV-rechtlich nicht beanstandet wurden. Rechtssicherheit lässt grüssen.

Umso einfacher machte es sich dann das kantonale Sozialversicherungsgericht, indem es erwog,

² Die rechtliche Meldegrundlage ist zumindest fraglich. Eine Durchbrechung des Steuergeheimnisses erfordert nach Art. 110 Abs. 2 DBG eine formelle gesetzliche Grundlage. Art. 32 ATSG sieht zwar eine Auskunfts-pflicht an die Sozialversicherungsbehörden «auf schriftliche und begründete Anfrage im Einzelfall» vor; automatische Spontanmeldungen von der Steuer-verwaltung an die AHV-Behörden sind hingegen bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit nicht vorgesehen.

³ Sozialversicherungsgericht Zürich: AB.2016.00026.

⁴ Statt vieler BGE 138 II 57 bzw. 2C_961/2010 und 2C_962/2010, Erw. 2 und 3.

⁵ Art. 43 Abs. 1 ATSG.

GELDWERTE LEISTUNGEN

dass die AHV-Ausgleichskasse eine deklarierte verdeckte Gewinnausschüttung als massgebenden Lohn qualifizieren dürfe, «wenn sie einem Aktionär, der nicht zugleich Arbeitnehmer wäre, nicht erbracht worden wäre» (Erw. 2.4). Dabei war auf der Steuerebene die geldwerte Leistung gar nie deklariert worden, sie war lediglich im Einschätzungsverfahren nicht mehr bestritten, weil die AG irrtümlich geglaubt hatte, mit der steuerlichen Korrektur sei das Thema Spesen und Liegenschaftskosten erledigt.

Es sei – so das kantonale Sozialversicherungsgericht weiter – bei der AHV ein Drittvergleich mit umgekehrten Vorzeichen anzustellen und zu prüfen, ob die Vorteile auch einem aussenstehenden Dritten bzw. Nichtarbeitnehmer erbracht worden wären (Erw. 2.3). Ohne Sachverhaltsuntersuchung und ohne weitere Begründung wurde AHV-seitig konkludiert, die Spesen stünden im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit; es sei nicht nachvollziehbar, wie das Steueramt sie als Kapitalertrag an den Alleinaktionär habe einstufen können; ebenso hänge die Übernahme privater Wohnkosten mit der Tätigkeit zusammen (Erw. 3.4).

Das Bundesgericht erwog, dass die Vorinstanz die Reisespesen und die Übernahme privater Wohnkosten im Einklang mit der Ausgleichskasse als verdeckte Lohnzahlungen qualifiziert habe und kein Anlass bestehe, von den «differenzierten und auf die Umstände des konkreten Falles eingehenden Ausführungen» abzuweichen; es sei unerheblich, dass den Umsätzen hohe Kosten gegenüberstanden, denn es gehe vorliegend nicht um Gewinnungskosten (Erw. 5.2). Damit drehte das Bundesgericht eine «argumentative Billigrunde», denn keine AHV-Vorinstanz hatte den konkreten Sachverhalt untersucht und sich gefragt, warum denn der Geschäftsführer mit so wenig Zusatzpersonal Umsätze in Millionenhöhe habe generieren können. Sehr wohl wäre es die entscheidende Frage, ob die Reise- und Repräsentationsspesen

geschäftsnotwendig waren, um die hohen Umsätze zu erzielen, oder ob sie deshalb so hoch waren, weil die AG dem geschäftsführenden Alleinaktionär gehört. Aber auf lediglich einer halben Urteilsseite zu konkludieren, ein Spesenanteil sei Lohn, weil die Ausgleichskasse die verdeckte Gewinnausschüttung der Steuerbehörde als faktisches Arbeitsentgelt eingestuft habe, genügt der richterlichen Begründungspflicht nicht. Man fragt sich, wozu es einen Rechtsmittelweg braucht, wenn die AHV-Instanz sich mit dem Geschäftsmodell der AG (lukrative Beziehungspflege auf internationalem Parkett) nicht auseinandersetzt und implizit annimmt, Umsätze von drei bis vier Millionen kämen ohne nennenswerte Spesenaufwendungen zustande; gerade die Anfangsverluste hätten zeigen müssen, dass es jahrelanger aufwendiger Kontaktpflege vor Ort bedurfte, um solche Umsätze zu erwirtschaften; gerade das Stellen von CHF 1 Mio. Gründungskapital und hoher nachrangiger Darlehen hätte zeigen müssen, dass der Aktionär den Geschäftsaufbau alleine finanzierte und sich lange Zeit keinen hohen Lohn hatte ausrichten können.

Erst recht irritierend ist die AHV-Erhebung auf den Liegenschaftskosten London: Das Bundesgericht hielt es für erwiesen, dass die Gesellschaft ihrem Aktionär «Vergütungen für dessen vorwiegend geschäftlich genutzte Wohnung» bezahlt habe (Erw. 5.1): Wenn das Gericht von einer vorwiegend geschäftlichen Liegenschaftsnutzung ausgeht, erscheint es umso weniger nachvollziehbar, in der Übernahme von Liegenschaftskosten einen Lohnbestandteil nach AHV-Recht zu erblicken! Es befremdet weiter, dass nicht relevant sein soll, ob der Aktionär in seiner Liegenschaft Kunden empfing, um Umsätze in der Gesellschaft zu generieren, und dass nicht von Bedeutung sei, ob der Lohn des Geschäftsführers tief sei. Man kann es eigentlich wie folgt zusammenfassen: Wenn die Gewinnsteuerbehörde Kapitalertrag aufrichtet und die AHV-Instan-

zen im gleichen Umfang verdeckten Lohn erkennen, dann hat das Bundesgericht keine Veranlassung, davon abzuweichen!

3.3 Fehlende Einheit der Rechtsordnung

Dass es zu einem **fundamentalen argumentativen Widerspruch** führt, wenn die Steuerbehörde den Grund für Spesen oder die Übernahme von Wohnkosten im Beteiligungsverhältnis sieht, während die AHV-Ausgleichskasse den Grund im Tätigkeitsverhältnis ortet, wurde von den Gerichten durchaus gesehen: So erwog das kantonale Sozialversicherungsgericht unter Hinweis auf BGE 134 V 297 Erw. 2.3), dass es zwar Sache der Ausgleichskasse sei, einen Einkommensbestandteil je nachdem als massgebenden Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren, aber der Ordnung von Art. 23 AHW entspreche es, dass sich die Ausgleichskasse in der Regel an die bundessteuerliche Betrachtungsweise halte. Wenn ausschlaggebende Gründe vorliegen würden, könne die AHV-Behörde von der steuerlichen Sichtweise abweichen. Das gelte namentlich bei Tantiemen, die obligationsrechtlich und steuerlich als Gewinn gelten, AHV-rechtlich dagegen als Lohn. Es gelte weiter bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt oder zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende»⁶. Man ist – gelinde gesagt – irritiert über das Heranziehen der Tantiemenpraxis. Die Behandlung von Tantiemen als Lohn ergibt sich aus der ausdrücklichen Regelung von Art. 7 lit. h AVVV. Allerdings sind Tantiemen toter Buchstabe; praktisch keine Aktiengesellschaft gewährt Tantiemen, weil sie diese Kosten nicht vom steuerbaren Gewinn abziehen darf. Eine Lex Imperfeca als Freipass, um steuerlichen Kapitalertrag in AHV-rechtlichen Lohn umzuqualifizieren? Weiter befremdet der Hinweis auf ein Missverhältnis von eingesetztem Vermögen und Dividende: Vorliegend konnte aufgrund der jahre-

langen Anfangsverluste nach dem Turnaround zunächst keine Dividende ausgerichtet werden; es ist unbehelflich, ein Missverhältnis zu einer Nicht-Dividende heranzuziehen, wenn gar keine Dividende in Lohn umzuqualifizieren ist.

Ebenso kann das Verhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt irritieren: Man erinnert sich an die Unternehmenssteuerreform II von 1998, welche mit dem ausdrücklichen Ziel, Dividendausschüttungen zu fördern, eine Teilbesteuerung von Dividenden mit sich brachte. Vor Inkrafttreten dieser Regelung gab es häufig Streit um die Höhe des Lohns des Alleinaktionärs, aber im diametral anderen Sinn: Man rieb sich an möglicherweise zu hohen Lohnaufwendungen und qualifizierte steuerlich einen Teil des Lohns als Kapitalertrag an den Aktionär – weil der Grund für die Vorteilszuwendung im Beteiligungsverhältnis liege. Selbstverständlich haben die AHV-Behörden damals hohe Löhne gerne gesehen. Aber in der Unternehmenssteuerreform II liegt eine Wertung des Gesetzgebers auf Privilegierung von Dividendausschüttungen, welche die AHV-Behörden nicht leichthin abtun dürfen.

Dass normalerweise die Rechtseinheit gewahrt werden sollte, entspringt auch der bundesgerichtlichen Praxis: Noch am 8. April 2015 entschied die sozialversicherungsrechtliche Abteilung zu Gunsten der beschwerdeführenden Gesellschaft und erwog, dass ein Einkommensbestandteil in der Regel im Einklang mit der bundessteuerlichen Sichtweise zu qualifizieren sei. Wörtlich: «Soweit es vertretbar ist, soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, dies um der Einheit und Widerspruchslo-

⁶ Sozialversicherungsgericht Zürich, AB.2016.00026, Erw. 2.4, mit Nachweisen.

sigkeit der gesamten Rechtsordnung willen (...). Die Parallelität zwischen sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Qualifikation ist nicht leichthin preiszugeben»⁷.

Löblich auch bereits das Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts vom 19. November 2002 über CHF 51 400.– Einkaufssumme, die dem mitarbeitenden Aktionär und Verwaltungsratspräsident zum Einkauf in die Pensionskasse bezahlt worden waren: Eine solche Zahlung habe ihren Grund nicht im Arbeits-, sondern im Beteiligungsverhältnis. Wörtlich: «Der blosse Hinweis, die Gutschrift in seine Vorsorgeeinrichtung sei im vorliegenden Fall im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ... zu sehen, genügt als solcher nicht, um von der steuerrechtlichen Beurteilung abzuweichen. ... Wer es sich ... steuerrechtlich gefallen lassen muss, dass bestimmte Entgelte, die an die mitarbeitenden Aktionäre ausgerichtet wurden, nicht als geschäftsmässig begründete Zahlungen anerkannt werden können, wird nur schwerlich verstehen, warum auf eben diesem steuerbaren Reinertrag Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sein sollen»⁸. Diese Überlegung hat nichts an Aktualität verloren.

3.4 Methodendualismus und kumulierte Abgabenlast

Es wäre an der Zeit, die Frage des Methodendualismus aufzuwerfen, unter Hinweis auf den Gundsatzentscheid BGE 103 Ia 20, Erw. 4 d, wo das Bundesgericht erwog: Der Fiskus ist nicht berechtigt, «ein und denselben Sachverhalt einmal nach der äusseren rechtlichen Form und ein anderes Mal nach dem wirtschaftlichen Hintergrund zu beurteilen. Er verstiesse damit gegen den fundamentalen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ...». Formaljuristisch mag das Methodendualismusargument bei unterschiedlichen Gesetzen nicht recht passen, aber es gibt im Eingriffsrecht ein Legalitätsprinzip: Die gesetzliche Ordnung soll die Rechtsanwender kanalisieren und dadurch Rechtssicherheit

schaffen. Wo ist diese Funktion einer generell-abstrakten Norm geblieben, wenn eine Vorteilszuwendung ihren Grund ergebnisorientiert gleichzeitig im Arbeits- und auch im Aktionärsverhältnis hat? Schlimmer noch: Wenn jede Vorteilszuwendung, welche die Steuerbehörde als Kapitalertrag einstuft, zu Lohn wird, egal, ob es sich um Spesen ohne Privatanteil handelt oder aber um die Tragung von Kosten im Zusammenhang mit einem Vermögenswert des Aktionärs?

Man rechne schematisch die kumulative Abgabelast, welche dadurch eintreten kann: Die Gewinn- und die Einkommenssteuerbehörde erheben in der Grössenordnung von 15–20% Steuern; sie erheben möglicherweise auch eine Hinterziehungsbuisse, die bis zu 100% der Steuer ausmachen kann; ergibt bereits eine Belastung von 60% bis 80%. Die Eidg. Steuerverwaltung möchte die Verrechnungssteuer von 35% erheben und nicht rückerstattet, und die AHV-Behörde nimmt sich ihrerseits 10%; alles kombiniert mit Verzugszinsfolgen. Die Gesamtbelastung durch Steuern und Abgaben auf dem gleichen Vorgang steigt auf deutlich über 100%. Das ist nicht konsensfähig.

4 Zurück zur nachträglichen Gesamtbetrachtung

Das Bundesgerichtsurteil vom 27. Dezember 2017 ist weit von der bisherigen Rechtsprechung entfernt, wonach sich die AHV-Behörde in der Regel an die bundessteuerliche Qualifikation halten soll. Man muss den Textbaustein, wonach die AHV-Behörde nur bei ausschlaggebenden Gründen von der steuerrechtlichen Beurteilung abweichen solle, neu als Worthülse interpretieren: Wenn die AHV-Behörde den konkreten Fall gar nicht erst untersucht, sich für das spezifische Geschäftsmodell nicht interessiert und eine bedeutungslose Tantiemenpraxis als Argument heranzieht, dann wird die Einheit der

Rechtsordnung mit Füssen getreten. Grundsätzlich wäre in einer Rechtsordnung, bei der sich die AHV an die Bundessteuer lehnt, gar nichts zu untersuchen, aber wenn die AHV schon abweichende Qualifikationen erwägt, dann soll sie den Grund von Vorteilszuwendungen untersuchen und nicht unbesehen Kapitalertrag zu Lohn umdeuten.

Das Urteil könnte längst totgeglaubte Themen wieder aufs Tapet bringen, nämlich **die nachträgliche Umqualifikation von Spesen in Lohn**, weil man beim Lohn nicht das marktübliche Niveau ausgeschöpft habe. So hatte das Bundesgericht 1986 eine solche nachträgliche Gesamtschau keineswegs kategorisch ausgeschlossen, sondern nur aus fallspezifischen Gründen abgelehnt: Spesenvergütungen von Kunden waren gegen Spesenaufwand verbucht worden, was das Bundesgericht als verschleierte Verrechnung bezeichnete; außerdem waren Pauschalspesen ausgerichtet worden. Folglich konklidierte das Bundesgericht: «Die Frage, ob eine ‹Gesamtschau› ... immer ausgeschlossen ist, kann offenbleiben»⁹.

Auch im bekannten Appenzeller Fall¹⁰ von 1992 lehnte das Bundesgericht eine Gesamtbetrachtung aus fallspezifischen Gründen ab, weil die Gesamtheit von Lohn und Spesen eine geschäftsübliche Entschädigung bei weitem überstieg, weil der Aktionär fünf Luxuswagen über die AG laufen liess und weil das Steueramt bereits früher bezüglich solcher Kostenverbuchungen abgemahnt hatte. Dass der Aktionär sich darüber hinweggesetzt hatte, wurde als steuerstrafrechtlicher Vorsatz gedeutet. Aber nicht jeder Sachverhalt ist durch derart renitentes Verhalten charakterisiert. Wenn solche gravierenden Anhaltspunkte im nächsten Streitfall fehlen, wird sich jeder Berater gut überlegen müssen, ob er nicht austesten soll, wie das Bundesgericht sich unterdessen aufgrund einer rückwirkenden Gesamtbetrachtung zur Umqualifizierung von Spesen in Lohn stellt.

Ein Berater wird sich auch gut überlegen müssen, ob eine pauschale Erledigung mit hoher Schätzung eines geldwerten Vorteils im Steuerverfahren richtig ist, wenn er nicht ausschliessen kann, dass sich im Anschluss noch die Verrechnungssteuer meldet, obwohl es kein Steuersubstrat mehr zu sichern gibt, und wenn die AHV-Behörde die steuerliche Einschätzung als Kapitalertrag ohne Untersuchung für nicht nachvollziehbar hält.

5 Präjudizienkette oder grund-sätzliche Grundsatzlosigkeit?

Der hier besprochene Entscheid vom 27. Dezember 2017 passt nicht nur schlecht zu den erwähnten Urteilen vom 8. April 2015 und 19. November 2002; vielmehr steht er am Ende einer Trilogie von Urteilen, welche die II. sozialrechtlichen Abteilung in gerade mal 16 Monaten fällte: Demnach ging es in einem ersten Entscheid vom 1. September 2016 um Leasingraten und Unterhaltskosten für einen ausschliesslich privat genutzten VW Touareg in einer GmbH¹¹; die Steuerbehörde hatte darin eine geldwerte Leistung an den hauptsächlichen Inhaber der GmbH erblickt. Die AHV-Ausgleichskasse hingegen sah in den Leasingraten und Unterhaltskosten zusätzlichen beitragspflichtigen Lohn. Das Thurgauer Verwaltungsgericht widersprach der Ausgleichskasse und erwog systematisch überzeugend, die Vorteilszuwendung habe ihren Grund – im Einklang mit der Bundessteuerveranlagung – im Beteiligungsverhältnis. Das

⁷ Bundesgericht, 9C_837/2014, Erw. 1.5, mit Nachweisen.

⁸ EVG 19.11.2002, H 49/02, Erw. 5, mit Praxishinweisen.

⁹ Entscheid vom 28. Februar 1986: ASA 55, 624 ff., Erw. 6.b.

¹⁰ Entscheid vom 22. Oktober 1992: ASA 63, 208 ff.

¹¹ Bundesgericht, 9C_8/2016.

GELDWERTE LEISTUNGEN

Bundesgericht wischte die sorgfältige Begründung der Vorinstanz kurzerhand zur Seite und charakterisierte die geldwerte Leistung als Lohn, mit folgender Begründung (Erw. 4.3): «Wird die Vergütung des Leasingaufwandes und der Unterhaltskosten für den vom Geschäftsführer und Eigentümer der Beschwerdegegnerin mit einem Anteil von 97,5 % der Stammanteile privat benutzten Personenwagen VW Touareg betrachtet, wird klar, dass die entsprechenden Zahlungen in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Es ist von einer typischen geldwerten Naturalleistung auszugehen, die im Arbeitsverhältnis und nicht im Gesellschaftsverhältnis begründet ist, zumal sich in den Akten keine ge genteiligen Anhaltspunkte finden, wie die Ausgleichskasse zu Recht geltend macht. ... Die Betrachtungsweise der Bundessteuerbehörde, welche die Aufwendungen der Beschwerdegegnerin für den Personenwagen zu deren steuerbaren Gewinn gezählt hat, erscheint nicht in einem Masse überzeugend, dass sich die Ausgleichskasse mit Blick auf Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung daran zu halten hätte (vgl. SVR 2007 AHV Nr. 1 S. 1 E. 3.2, H 93/06) ».

Diametral anders entschied der weitgehend identische Spruchkörper des Bundesgerichts am 19. Mai 2017¹²: In einem sorgfältig begründeten Urteil prüfte das Gericht, ob die geldwerte Leistung (Saldierung eines Kontokorrents zugunsten des Aktionärs) ihren Grund im Anstellungs- oder im Gesellschaftsverhältnis habe; der Beschwerdeführerin wurde beige pflichtet, dass «Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn (gehörten), zumal diese wie Dividenden zum steuerbaren Vermögensertrag (Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG) und zum steuerbaren Reingewinn

der Gesellschaft zu rechnen sind (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG) ».

Auch im Bundesgerichtsurteil vom 27. Dezember 2017 war der Spruchkörper weitgehend gleich besetzt; Ergebnis: Die Vorteilszuwendung hatte AHV-rechtlich ihren Grund im Tätigkeitsverhältnis, obwohl sie bei den Steuern als geldwerte Leistung behandelt worden war.

Es fällt schwer, in der geschilderten Urteilstrilogie Konsistenz auszumachen. Wie ist es möglich, dass Urteile zur gleichen Rechtsfrage durch den weitgehend gleich besetzten Spruchkörper in Stil und Begründungsqualität so unterschiedlich ausfallen? Kommt es auf den Gerichtsschreiber und kaum auf die Bundesrichter an? Es fällt doch auf, dass in den beiden Entscheiden, in denen AHV-rechtlich mit rudimentärer Begründung anders geurteilt wurde als bei den Steuern, der gleiche Gerichtsschreiber amtete, während im sorgfältig begründeten Urteil zur Saldierung des Aktionärsdarlehens, das auf Einheit der Rechtsordnung ausgerichtet war, eine andere Gerichtsschreiberin mitwirkte. Die Richter müssten ihre eigenen Präjudizien kennen – insbesondere solche der letzten 16 Monate. Und Richter sollten auf eine verlässliche Präjudizienkette hinwirken. Andernfalls droht die Rechtsprechung in eine grundsätzliche Grundsatzlosigkeit¹³ abzugleiten. Der Berater kann dann eigentlich nur empfehlen, den Weg ans Bundesgericht zu beschreiten, denn man weiß ja nie, ob man nicht doch mit etwas Glück plötzlich durchkommt.

¹² Bundesgericht, 9C_89/2017.

¹³ In Anlehnung an ein Votum von Karl Liebknecht von 1907.