

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2009.00045 vom 1. Juli 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SB.2009.00045](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2009.00045)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2009.00045 du 1 juillet 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2009.00045 del 1 luglio 2009

## Regeste

Direkte Bundessteuer 1.1.-31.12.2003 und 1.1.-31.12.2004 | Beteiligungsabzug / Verdeckte Gewinnausschüttung Beim Verkauf von Aktien verpflichtete sich der Käufer zur Begleichung des vereinbarten "Zusatzkaufpreises" seine Forderung auf Dividendenausschüttung für das Geschäftsjahr 2003 an die Verkäuferin (die Pflichtige) abzutreten. Der dadurch erzielte Ertrag qualifiziert als ordentlicher Gewinn und nicht als Beteiligungsertrag, da es sich um "Altbeteiligungen" im Sinn der Übergangsbestimmungen zur Umsetzung der Unternehmenssteuerreform handelt und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorliegend nicht aufdrängt (E. 2). Die abweichende Gestaltung der Kaufverträge bei den gruppeninternen Transaktionen stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. Falls die Pflichtige in ihrem eigenen Interesse gehandelt hätte, hätte sie sämtliche Aktien zum höheren Kaufpreis an den gruppenexternen Käufer verkauft (E. 3.3). Im Umfang, in dem die Pflichtige der Tochtergesellschaft eigene Aktien verkaufte, liegt keine verdeckte Gewinnausschüttung, sondern eine verdeckte Kapitaleinlage vor. Im Umfang ihrer eigenen Beteiligung ist die Pflichtige durch diesen Verkauf nicht entreichert worden. Da die Beschwerdeführerin die verdeckte Kapitaleinlage erst vor Verwaltungsgericht geltend machte und die Vorinstanz dementsprechend keinen Anlass hatte, auf die Frage einzugehen, ist die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid an sie zurückzuweisen. (E. 3.4). Rückweisung.

## Erwägungen

### E. 2

Abteilung SB.2009.00045 Entscheid der 2. Kammer vom 30. September 2009 Mitwirkend: Abteilungspräsident Martin Zweifel (Vorsitz), Verwaltungsrichter Andreas Frei, Verwaltungsrichterin Leana Isler, Gerichtssekretärin Eliane Fischer. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Schweizerische Eidgenossenschaft, Beschwerdegegnerin, betreffend Direkte Bundessteuer (1.1.-31.12.2003 und 1.1.-31.12.2004), hat sich ergeben: I. A. C ist ein weltweit tätiger Konzern [...]. Die operative Holdinggesellschaft der Gruppe, die D SE, vormals E AG, hat ihren Sitz in [Deutschland]. Das Aktienkapital der E AG betrug in den Steuerperioden 2003 und 2004 Euro 43.5 Mio. und war in eine entsprechende Anzahl nennwertloser Aktien eingeteilt. Anfang 2003 wurden alle Aktien der E AG direkt oder indirekt von Mitgliedern der Familie C gehalten. Die indirekte Beteiligung erfolgte im Wesentlichen über die F mbH & Co. KG, welche wiederum einen Teil der Aktien über die G GmbH & Co. KG sowie über schweizerische Zwischenholdings hielt, nämlich die A AG sowie deren Tochtergesellschaft, die H GmbH, beide mit Sitz in I. Die H GmbH wurde im Jahr 2007 von der A AG übernommen. B. Am 20. November 2003 erwarb ein in den USA ansässiger

Investor 30 % der Aktien der E AG. Von J erwarb er (direkt und indirekt) 2'175'000 Aktien (= 5 %), von K (direkt und indirekt) 4'132'500 Aktien (= 9.5 %) und von der H GmbH 6'742'500 Aktien (= 15.5 %). C. Ebenfalls am 20. November 2003 veräusserte die H GmbH 1'032'807 Aktien (= 2.37 %) an die A AG und 377'451 Aktien (= 0.87 %) an die G GmbH & Co. KG. Schliesslich erwarb die E AG mit Vertrag vom 17. Dezember 2003 von der H GmbH 4'350'000 eigene Aktien. Danach ergab sich folgende Beteiligungs- und Stimmrechtsstruktur: Anzahl Aktien Beteiligung in % Stimmrecht in % Direktbesitz Privat 3'710'060 8.53 % 9.47 % G GmbH & Co. KG 4'393'500 10.1 % 11.22 % A AG 8'743'500 20.1 % 22.33 % H GmbH 9'252'940 21.27 % 23.63 % US Investor 13'050'000 30 % 33.33 % E AG 4'350'000 10 % 0 % Total 43'500'000 100 % 100 %

D. In allen sechs Kaufverträgen wurde ein Kaufpreis von Euro 4.5977 pro Aktie vereinbart. Während es bei den drei gruppeninternen Transaktionen (Verkäufe der H GmbH an die G GmbH & Co. KG, die A AG sowie an die E AG) dabei sein Bewenden hatte, kamen in den Verträgen, mit denen Aktien an den Investor veräussert wurden, noch zwei zusätzliche Preiskomponenten (Additional Purchase Price I and II) hinzu. Gemäss der Bestimmung zum Additional Purchase Price I verpflichtete sich der Käufer, den Verkäufern im Umfang der Dividendenberechtigung der Aktien für das Geschäftsjahr 2003 einen zusätzlichen Kaufpreis zu bezahlen, welcher der für das Geschäftsjahr 2003 ausgeschütteten Dividende entspricht, indessen den Betrag von insgesamt Euro 13'500'000.- für alle drei Verträge nicht übersteigt. Es wurde vereinbart, dass der Zusatzkaufpreis I unmittelbar mit der Ausschüttung der Dividende für das Geschäftsjahr 2003 durch die Gesellschaft fällig und zahlbar wird und dass der Käufer seinen Dividendenanspruch im Umfang des Zusatzkaufpreises I an die Verkäufer zur Befriedigung der Forderung auf Zahlung des Kaufpreises I abtritt und die Gesellschaft anweist, die Bezahlung des Zusatzkaufpreises I durch die Übertragung liquider Mittel auf deren Konten zu bewirken. E. Am 8. Juli 2004 beschloss die Hauptversammlung der E AG, für das Geschäftsjahr 2003 eine Dividende von insgesamt Euro 40 Mio. auszuschütten, wovon Euro 13.333 Mio. auf die vom amerikanischen Investor gehaltenen Anteile entfielen. Der Betrag wurde direkt an die Verkäufer ausbezahlt. Die Voraussetzungen für die Bezahlung des Purchase Price II haben sich bis heute nicht verwirklicht. F. Im Rahmen einer steueramtlichen Buchprüfung der Geschäftsjahre 2003 und 2004 bei der H GmbH gelangte die Revisorin des kantonalen Steueramts zur Auffassung, die konzerninternen Transaktionen seien nicht zu marktconformen Preisen abgewickelt worden, da bei den Verträgen mit dem amerikanischen Investor nebst dem Kaufpreis von Euro 4.5977 pro Aktie noch Zusatzkaufpreise vereinbart worden seien. Die Revisorin schlug vor, bei der direkten Bundessteuer (für die Staats- und Gemeindesteuern unterliegt die H GmbH dem Holdingprivileg) für die noch im Geschäftsjahr 2003 verbuchten Verkäufe an die G GmbH & Co. KG und die A AG eine verdeckte Gewinnausschüttung von insgesamt Fr. 2'264'483.- wegen unterpreisigen Beteiligungsverkaufs an die A AG und die G GmbH & Co. KG und in der Steuerperiode 2004 den Betrag von Fr. 6'860'894.- wegen unterpreisigen Beteiligungsverkaufs an die E AG beim steuerbaren Gewinn aufzurechnen. Die Revisorin unterbreitete folgende Einschätzungsvorschläge: Staats- und Gemeindesteuer 2003 Steuerbares Kapital Fr. 53'773'000.- Staats- und Gemeindesteuer 2004 Steuerbares Kapital Fr. 9'178'000.- Direkte Bundessteuer 2003 Steuerbarer Reingewinn gemäss Deklaration + unterpreislicher Verkauf Aktien E AG an A AG und G GmbH & Co. KG Total Steuerbarer Reingewinn Eigenkapital per 31.12.2003 Fr. Fr. Fr. Fr. Fr. 79'506'977.- 2'264'483.- 81'771'460.- 81'771'400.- 53'776'000.- Direkte Bundessteuer 2004 Steuerbarer Reingewinn

gemäss Deklaration + unterpreislicher Verkauf Aktien E AG an E AG Total Steuerbarer Reingewinn Beteiligungsabzug Eigenkapital per 31.12.2004 Fr. Fr. Fr. Fr. Fr. 39'553'156.- 6'860'894.- 46'414'050.- 46'414'000.- 29.810 % 9'178'000.-. In ihrer Stellungnahme zu den Einschätzungs- bzw. Veranlagungsvorschlägen machte die A AG als Rechtsnachfolgerin der H GmbH (die Pflichtige) geltend, das Recht zum Bezug der Dividende 2003 sei nach dem Willen der Parteien gar nie auf den Käufer übertragen worden, sondern bei den Verkäufern verblieben, es handle sich somit der Sache nach um einen Verkauf der Beteiligung "Ex Coupon". Die Verbuchung der Dividende 2003 in der Jahresrechnung 2003 als Debitor mit dem Buchungstext "Forderung aus Kaufpreiserhöhung" erweise sich damit als handelsrechtswidrig, weshalb eine Bilanzberichtigung vorgenommen, der entsprechende Ertrag aus Kaufpreiserhöhung (sowie der zugehörige Debitor) in der Jahresrechnung 2003 storniert und stattdessen als Beteiligungsertrag in der Jahresrechnung 2004 verbucht worden sei. Die Pflichtige verlangte, dass die Besteuerung gemäss diesen berichtigten Jahresrechnungen vorgenommen werde. Das steuerbare Kapital in der Einschätzung für die Staats- und Gemeindesteuern 2003 sei gegenüber der eingereichten (auf der unberichtigten Bilanz beruhenden) Steuererklärung um Fr. 16'764'400.10 zu reduzieren. Ausserdem sei beim Vorschlag für die Veranlagung der direkten Bundessteuer 2003 der steuerbare Gewinn um diesen Betrag zu reduzieren und es sei gleichzeitig dieser Betrag bei der direkten Bundessteuer 2004 als zusätzlicher für den Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG) qualifizierter Ertrag zu berücksichtigen. Bezüglich der Gewinnaufrechnung bei der direkten Bundessteuer im Zusammenhang mit den konzerninternen Verkäufen teilte die Pflichtige die Auffassung der Revisorin des kantonalen Steueramts insoweit, als diese angenommen hatte, es lägen verdeckte Gewinnausschüttungen vor. Sie stellte sich indessen auch diesbezüglich auf den Standpunkt, es handle sich bei den zu Unrecht nicht vereinnahmten Erträgen um Beteiligungserträge (anstatt um den Verzicht auf die Vereinnahmung von Zusatzkaufpreisen), die ihr zugestanden seien, die sie indessen nicht vereinnahmt habe. Als realisiert könnten diese Beteiligungserträge frühestens mit der Beschlussfassung bei der E AG über die Dividende 2003 im Jahr 2004 betrachtet werden. Dementsprechend seien die zur Aufrechnung vorgeschlagenen Beträge nicht unter dem Titel Nichtvereinnahmung eines im Drittvergleich geschuldeten Zusatzkaufpreises, sondern als Nichtvereinnahmung eines 2004 geschuldeten Beteiligungsertrags gesamthaft bei der Veranlagung der direkten Bundessteuer 2004 (und nicht zum Teil bereits 2003) zu besteuern, wobei auch diese Erträge für den Beteiligungsabzug qualifizierten. Am 17. Juli 2008 bzw. 8. August 2008 ergingen die Einschätzungen für die Staats- und Gemeindesteuern 2003 und 2004 bzw. die Veranlagungen für die direkte Bundessteuer 2003 und 2004, welche den Vorschlägen der Revisorin des kantonalen Steueramts entsprachen. G. Am 29. Oktober 2008 wies das kantonale Steueramt in zwei getrennten Entscheiden die Einsprachen der Pflichtigen gegen die Einschätzungs- und Veranlagungsentscheide ab. II. Auf Rekurs und Beschwerde hin bestätigte die Steuerrekurskommission II die Einspracheverfügungen am 16. März 2009. III. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. April 2009 beantragte die Pflichtige mit Bezug auf das Verfahren betreffend die direkte Bundessteuer: 1. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. [...] 3. Die Veranlagungsverfügungen vom 8. August 2008 betreffend die direkte Bundessteuer 2003 und 2004 seien aufzuheben. [...] 6. Die Beschwerdeführerin sei für die direkte Bundessteuer 2003 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 62'742'500.- einzuschätzen. 7. Die Beschwerdeführerin sei für die direkte Bundessteuer 2004 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 56'317'556.-

einzuschätzen. 8. Es sei festzustellen, dass die im Jahre 2004 an die Beschwerdeführerin ausgerichtete Dividende von Fr. 16'764'400.- eine zum Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 und 70 DBG berechtigende Ausschüttung sei und das Steueramt Zürich sei anzuweisen, den Beteiligungsabzug für die direkte Bundessteuer 2004 entsprechend neu zu berechnen. 9. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin für die direkte Bundessteuer 2003 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 79'506'900.- einzuschätzen und es sei festzustellen, dass die Dividende von Fr. 16'764'400.- eine zum Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 und 70 DBG berechtigende Ausschüttung sei und es sei das Steueramt Zürich anzuweisen, den Beteiligungsabzug für die direkte Bundessteuer 2003 entsprechend neu zu berechnen. Ferner sei die Beschwerdeführerin für die direkte Bundessteuer 2004 mit einem steuerbaren Reingewinn von Fr. 39'553'156.- und für die Staats- und Gemeindesteuer 2003 mit einem steuerbaren Kapital von Fr. 53'776'400.- einzuschätzen. 10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Während die Steuerrekurskommission II auf Vernehmlassung verzichtete, schloss das kantonale Steueramt am 2. Juli 2009 auf Abweisung der Beschwerde. Die Eidgenössische Steuerverwaltung liess sich nicht vernehmen. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als weitere verwaltungsunabhängige kantonale Instanz im Bereich der direkten Bundessteuer gelten laut Art. 145 Abs. 2 DBG die Vorschriften von Art. 140–144 DBG über das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Rekurskommission "sinngemäss". 1.2 Mit der (zweitinstanzlichen) Beschwerde an das Verwaltungsgericht können alle Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden. Das Verwaltungsgericht hat sich infolgedessen auf die reine Rechtskontrolle zu beschränken (BGE 131 II 548 E. 2.5); dazu gehört auch die Prüfung, ob die Vorinstanzen den rechtserheblichen Sachverhalt gesetzmässig festgestellt haben. Dem Gericht ist es verwehrt, das von der Rekurskommission in Übereinstimmung mit dem Gesetz ausgeübte Ermessen auf Angemessenheit hin zu überprüfen und so sein Ermessen anstelle desjenigen der Rekurskommission zu setzen. Die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts erstreckt sich somit lediglich auf rechtsverletzende Ermessensfehler, d.h. auf Ermessensüberschreitung und auf Ermessensmissbrauch (vgl. RB 1999 Nr. 147; RB 2005 Nr. 94).

### **E. 2.1**

Im vorliegenden Fall ist streitig, ob die Vereinnahmung der Dividende der E AG für das Jahr 2003 durch die Pflichtige als Kaufpreisbestandteil zu qualifizieren ist, in welchem Fall sie Bestandteil des ordentlichen Gewinns bildet oder ob es sich um einen Beteiligungsertrag handelt, welcher zum Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 DBG berechtigt.

### **E. 2.2**

Gegenstand der Gewinnsteuer juristischer Personen ist der Reingewinn (Art. 57 DBG). Der steuerbare Reingewinn bemisst sich grundsätzlich nach dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldovortrags des Vorjahres (Art. 58 Abs. 1 DBG). Kapitalgesellschaften mit Beteiligungen an anderen Gesellschaften können aber in den Genuss des sogenannten Beteiligungsabzugs kommen unter der Voraussetzung, dass sie zu mindestens 20 % am Grund- oder Stammkapital einer anderen Gesellschaft beteiligt sind oder eine solche Beteiligung einen Verkehrswert von mindestens Fr. 2 Mio. aufweist. Ist eines der genannten Kriterien erfüllt, so ermässigt sich die Gewinnsteuer der Gesellschaft im Verhältnis des Nettoertrags aus diesen Beteiligungen zum gesamten Reingewinn

(Art. 69 DBG). Diese Regelung dient dazu, eine mehrfache Besteuerung jener Gewinne zu vermeiden, welche in- und ausländische Kapitalgesellschaften an in der Schweiz steuerpflichtige Zwischen- oder Obergesellschaften ausschütten. Der Beteiligungsabzug wurde zunächst nur auf (echten) Erträgen aus Beteiligungen gewährt, nicht aber auf Kapitalgewinnen aus Beteiligungen (Art. 70 Abs. 2 lit. c DBG, in seiner ursprünglichen Fassung). Nach der am 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Reform des Unternehmenssteuerrechts zählen nunmehr neu ausdrücklich auch die – durch Veräusserung der Titel oder zugehöriger Bezugsrechte erzielten – Kapitalgewinne zum für die Berechnung des Abzugs nach Art. 69 DBG massgebenden Nettoertrag aus Beteiligungen (vgl. Art. 70 Abs. 2 lit. c DBG, in der Fassung vom 10. Oktober 1997). Das gilt aber noch nicht, wenn die betreffenden Beteiligungen – wie hier – schon vor dem 1. Januar 1997 der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft gehörten und die erwähnten Gewinne vor dem 1. Januar 2007 erzielt wurden (Art. 207a Abs. 1 DBG; BGr, 14. November 2008, 2C\_349/2008, E. 2.1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz ist der Auffassung, der sogenannte Zusatzkaufpreis I stelle einen Kapitalgewinn gemäss Art. 70 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 207a Abs. 1 DBG dar und berechtige somit nicht zum Beteiligungsabzug. Dagegen macht die Pflichtige geltend, sämtliche Voraussetzungen für die Gewährung des Beteiligungsabzugs seien erfüllt. Bei der am 8. Juli 2004 von der Hauptversammlung der E AG beschlossenen Dividende handle es sich eindeutig um eine ordentliche Gewinnausschüttung nach deutschem Recht. Die Qualifikation der Dividende als Ausschüttung könne sich nicht dadurch ändern, dass im Zeitpunkt der Ausrichtung der Dividende nicht mehr die Pflichtige zivilrechtliche Eigentümerin der dividendenberechtigenden Aktien war, sondern der US-Investor. Da der Dividendenanspruch bereits im Zeitpunkt des Verkaufs und somit vor Dividendenfälligkeit vom Käufer an die Pflichtige zediert worden sei, habe diese infolge vertraglicher Abrede über einen Anspruch auf Ausschüttung der Dividende verfügt. Die Zahlung könne bereits deshalb nicht als Kapitalgewinn qualifiziert werden, weil sie die Reserven der E AG verringert habe, Kapitalgewinne sich aber dadurch auszeichneten, dass sie die Reserven der betroffenen Beteiligten gerade nicht tangierten. Wirtschaftlich betrachtet stelle der Verkauf der Aktien einen Aktienverkauf Ex Coupon dar. Dass dieser aus Gründen des deutschen Zivilrechts nicht in einem Schritt, sondern in zwei Schritten, nämlich dem Verkauf der Aktien mit gleichzeitiger Zession des Dividendenanspruchs, erfolgt sei, könne keine Rolle spielen, ebenso wenig wie die Bezeichnung als "additional purchase price". Massgebend sei nur, dass die Verkäuferin im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit einen vertraglichen Anspruch auf Herausgabe der Dividende hatte und an dieser Nutzungsberechtigt war.

### **E. 2.4**

Nach dem Wortlaut des Kaufvertrags ist die Berechtigung für den Bezug der Dividende der E AG für das Geschäftsjahr 2003 auf den Käufer übergegangen und hat sich dieser verpflichtet, einen Zusatzkaufpreis im Umfang der Dividendenberechtigung an die Pflichtige zu bezahlen. Zur Erfüllung dieser Vereinbarung hat er seinen Anspruch auf Auszahlung der Dividende an die Pflichtige abgetreten. Obwohl die Pflichtige durch diese Abmachung wirtschaftlich gesehen in den Genuss der Dividendenzahlung 2003 gekommen ist, liegt rechtlich gesehen keine Dividendenausschüttung von der E AG an die Pflichtige vor. Letztere verfügt nämlich nur über einen vertraglichen Anspruch auf Bezahlung eines Betrags im Umfang der Dividende und nicht über einen Anspruch aus dem

Beteiligungsverhältnis, da mit der Übertragung der Aktien auch die Dividendenberechtigung auf den Käufer übergegangen ist und ein "Ex Coupon" Verkauf eben gerade nicht vereinbart wurde. Eine Würdigung des Sachverhalts nach seinem wirtschaftlichen Gehalt, wie sie sich bei Steuernormen mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten zuweilen aufdrängt (BGr, 14. November 2008, 2C\_349/2008, E. 2.3, www.bger.ch; ASA 68, 739 E. 2b), fällt hier ausser Betracht. Der Gesetzgeber hat in Art. 207a Abs. 1 DBG eine Übergangsregelung vorgesehen, die den Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen von Altbeteiligungen ausdrücklich ausschliesst. Diese können nicht über den Umweg der Auslegung nach dem wirtschaftlichen Gehalt vor Ablauf der Übergangsfrist zum Beteiligungsabzug zugelassen werden.

### **E. 3.1**

Bis vor Rekurskommission bestritt die Pflichtige nicht, dass die abweichende Gestaltung der Kaufverträge bei den gruppeninternen Transaktionen als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren sei. Vor dem Verwaltungsgericht macht sie nun geltend, bei den gruppeninternen Verkäufen handle es sich nicht um verdeckte Gewinnausschüttungen bzw. Gewinnvorwegnahmen der H GmbH. Die Preisdifferenz zwischen den Verträgen mit dem US-Investor und den gruppeninternen Verträgen sei dadurch begründet, dass der Investor 33.33 % der Stimmrechte und somit eine Sperrminorität erworben habe. Demgegenüber hätten die Gruppengesellschaften Streuaktien erworben, die auch bei Dritttransaktionen zu einem Abschlag geführt hätten. Die Veräusserungen an die E AG stellten von vornherein keine verdeckten Gewinnausschüttungen bzw. Gewinnvorwegnahmen dar, sondern seien allenfalls als verdeckte Kapitaleinlagen zu qualifizieren.

### **E. 3.2**

Verdeckte Gewinnausschüttungen sind in Erfolgsrechnung und Bilanz nicht als Gewinn ausgewiesene Leistungen einer Gesellschaft, mit denen sie ihren Aktionären oder diesen nahestehenden Personen bewusst geldwerte Vorteile zuwendet, die sie unbeteiligten Dritten nicht einräumen würde (RB 1982 Nr. 72 mit Hinweisen). Der Grund solcher Vorteilszuwendungen liegt nicht in der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, sondern im Beteiligungsverhältnis. Mit der Ausrichtung von geldwerten Vorteilen kommt die Gesellschaft nicht geschäftlichen Verpflichtungen nach, sondern verwendet Gewinn im Interesse ihrer Aktionäre oder nahestehenden Personen (Art. 660 des Obligationenrechts; Markus Reich, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 621 f.). Die Einräumung geldwerter Leistungen kann nicht nur in Form gegenständlicher Vermögenszuwendungen erfolgen, vielmehr bildet jede Leistung der Gesellschaft ohne entsprechende Gegenleistung, die nicht im geschäftlichen Interesse, sondern in jenem der Aktionäre gewährt wird, eine Gewinnausschüttung (Reich, S. 635 und 639). Geschäftsmässig begründet sind dagegen Aufwendungen, Abschreibungen und Rückstellungen, die objektiv im Zusammenhang mit der Unternehmenstätigkeit und damit im Interesse des Unternehmensziels getätigt werden (vgl. Stephan Kuhn/Peter Brülisauer in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Basel etc. 2002, Art. 24 des Steuerharmonisierungsgesetzes vom 14. Dezember 1990 N. 57 ff.).

### **E. 3.3**

Wie das kantonale Steueramt in seiner Beschwerdeantwort zu Recht ausführt, sind die Kaufverträge zwischen der H GmbH einerseits und der G GmbH & Co. KG und der A AG andererseits im Gesamtzusammenhang zu betrachten. Zwischen den Aktionären der E AG

bestand die Verpflichtung, dem US-Investor Aktien im Verhältnis der Beteiligung an der E AG zu verkaufen. Da die A AG und die G GmbH & Co. KG eine ungenügende Anzahl E AG Aktien hielten, kauften sie von der H GmbH weitere E AG Anteile hinzu, welche sie an den US-Investor weiterverkauften. Diese internen Übertragungen erfolgten ohne den Zusatzkaufpreis, welcher bei einem Direktverkauf der Aktien von der H GmbH an den US-Investor angefallen wäre. Indem die H GmbH beim Verkauf der Aktien an ihre Gruppengesellschaften auf den Zusatzkaufpreis verzichtete, die Gruppengesellschaften die Aktien an den US-Investor jedoch zuzüglich Zusatzkaufpreis weiterverkauften, überliess die H GmbH ihren Gruppengesellschaften ohne ersichtlichen sachlichen Grund den Gewinn aus diesen Transaktionen. Dies stellt eine geldwerte Leistung dar. Falls die H GmbH in ihrem eigenen Interesse gehandelt hätte, hätte sie sämtliche Aktien zum höheren Verkaufspreis direkt an den US-Investor verkauft.

#### **E. 3.4**

Der Vertrag zwischen der H GmbH und der E AG kam knapp einen Monat nach den anderen Verträgen zustande. Aus der verwendeten Zweckbestimmung ("Zur Umsetzung der beabsichtigten Beteiligung des Investors [...]") geht jedoch klar hervor, dass auch dieser Vertrag im Zusammenhang mit der Veräusserung von Beteiligungen an den US-Investor abgeschlossen wurde. Es ist daher davon auszugehen, dass die H GmbH auch diese Aktien zu einem höheren Kaufpreis direkt an den US-Investor hätte verkaufen können. Dadurch, dass sie die Aktien ohne Zusatzkaufpreis an die E AG verkauft hat, ist dieser ein Vorteil zugekommen. Da die H GmbH selber im Umfang von 20 % an der E AG beteiligt war, liegt jedoch keine verdeckte Gewinnausschüttung, sondern eine verdeckte Kapitaleinlage vor. Im Umfang ihrer eigenen Beteiligung wurde die H GmbH nicht enteichert, da sie weiterhin an der bei der E AG entstandenen Wertvermehrung beteiligt ist. Im Umfang der übrigen 80 % liegt jedoch eine geldwerte Leistung zugunsten der übrigen Aktionäre der E AG vor. Da die Beschwerdeführerin die verdeckte Kapitaleinlage erst vor Verwaltungsgericht geltend machte und die Vorinstanz dementsprechend keinen Anlass hatte, auf diese Frage näher einzugehen, ist die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Da die Beschwerdeführerin zu einem überwiegenden Teil unterliegt und im Übrigen die Rückweisung durch spätes Vorbringen selber verursacht hat, rechtfertigt es sich, ihr die gesamten Kosten aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 145 Abs. 2 DBG) und steht ihr keine Parteientschädigung zu (Art. 64 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren in Verbindung mit Art. 144 Abs. 4 und Art. 145 Abs. 2 DBG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.