

Verwaltungsgericht des
Kantons Zürich,
Urteil vom 2. April 2014 –
Steuerhoheit – Ort der
tatsächlichen Verwaltung
– Offshore-Gesellschaften

**1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht /
Droit constitutionnel et administratif****1.12. Abgaben- und Finanzrecht /
Finances et droit fiscal****1.12.7. Andere Steuern. Abgaben und Gebühren /
Autres impôts. Taxes et émoluments****(2) Steuerhoheit – Ort der tatsächlichen Verwaltung –
Offshore-Gesellschaften.**

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung/
2. Kammer, Urteil vom 2. April 2014 i.S. A Ltd. v. Staat Zürich
und Schweizerische Eidgenossenschaft (SB.2013.00037,
SB.2013.00038), Beschwerde gegen den Entscheid des
Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich, vom 25. März
2013.

**OLIVER ARTER**

lic. iur. HSG, TEP, Rechtsanwalt, Zürich

I. Sachverhalt

I. A. C gründete 1997 in Jersey, Channel Islands, den F-Trust, um steuerlich nicht deklariertes Vermögen im Interesse seiner Familie zu verwalten und zu gegebener Zeit auszuschütten. Als «Trustee» wurde die D Ltd., Jersey, eingesetzt. Zusätzlich wachte ein «Protector», Rechtsanwalt E, darüber, dass der «Trustee» die vorgegebenen Verpflichtungen erfüllte. Sodann wurde die hier interessierende A Ltd. als Tochtergesellschaft des F-Trusts gegründet und mit Kapital ausgestattet, welches vom F-Trust zur Verfügung gestellt wurde. Damit wurde das in der Schweiz nicht deklarierte Vermögen von C letztlich von der A Ltd. gehalten, welche die Bewirtschaftung des Vermögens ihrerseits an hiesige Vermögensverwalter übertrug.

B. Am 25. November 2010 reichten C und G bei den Steuerbehörden eine Selbstanzeige wegen Nichtdeklaration von Vermögenswerten ein. Das daraufhin eröffnete Nachsteuerverfahren wurde am 4. November 2011 abgeschlossen. Im Rahmen dieses Verfahrens vertrat das kantonale Steueramt die Auffassung, dass die A Ltd. nicht offshore in Jersey, sondern am Wohn- und Arbeitsort von C in H domiziliert sei. Nach weiteren Abklärungen stellte es deshalb mit Vorentscheid vom 15. Dezember 2011 fest, dass die effektive Verwaltung in den Steuerjahren 2006 bis 2011 in H ausgeübt worden sei, womit die A Ltd. aufgrund persönlicher

Zugehörigkeit im Kanton Zürich und der Schweiz steuerpflichtig sei.

C. Die dagegen erhobenen Einsprachen wies das kantonale Steueramt am 22. Oktober 2012 ab.

II. Die von der A Ltd. erhobenen Rechtsmittel wies das Steuerrekursgericht am 25. März 2013 ab.

III. Mit Beschwerde vom 7. Mai 2013 liess die A Ltd. dem Verwaltungsgericht beantragen, es sei festzustellen, dass sie im Kanton Zürich bzw. in der Schweiz nicht steuerpflichtig sei [...].

Während das kantonale Steueramt und die Eidgenössische Steuerverwaltung auf Abweisung der Beschwerde schlossen, verzichtete das Steuerrekursgericht auf Vernehmlassung [...].

II. Erwägungen

«[...] 2.1 Gemäss Art. 50 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG) bzw. § 55 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) sind juristische Personen aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung in der Schweiz bzw. im Kanton befindet. Diese Bestimmung erfasst neben schweizerischen auch ausländische juristische Personen [...].

Vorliegend ist unumstritten, dass sich der formelle Sitz der Pflichtigen in Jersey befindet. Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Pflichtige aufgrund ihrer tatsächlichen Verwaltung dennoch in der Schweiz bzw. im Kanton steuerpflichtig ist.

2.2 Die Botschaft zum DBG enthält keine weiter gehende Umschreibung des Begriffs «Ort der tatsächlichen Verwaltung». Die Botschaft zum Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) hingegen umschreibt den «Ort der tatsächlichen Verwaltung» im Rahmen des gleichlautenden Art. 20 StHG als denjenigen Ort, an dem «die Fäden der Geschäftsführung zusammenlaufen, die wesentlichen Unternehmensentscheide fallen», wobei zum im internationalen Doppelbesteuerungsrecht gängigen Ausdruck der «tatsächlichen Geschäftsleitung» materiell kein Unterschied bestehe (BBl 1983 III 1, 108).

Nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung befindet sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung dort, wo regelmässig diejenigen Handlungen vorgenommen werden, welche in ihrer Gesamtheit der Erreichung des statutarischen Zwecks dienen [...]. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt der Ort der tatsächlichen Verwaltung praxisgemäss dort, wo eine Gesellschaft ihren wirtschaftlichen und tatsächlichen Mittelpunkt hat bzw. wo die nor-

malerweise am Sitz sich abspielende Geschäftsführung besorgt wird. Massgebend ist somit die Führung der laufenden Geschäfte im Rahmen des Gesellschaftszweckes; bei mehreren Orten ist der Schwerpunkt der Geschäftsführung massgebend. Dabei ist es kaum denkbar, dass die tatsächliche Verwaltung im Auftragsverhältnis von Dritten ausgeübt wird [...]. Zur Geschäftsführung gehören insbesondere die leitenden Handlungen [...]. Abzugrenzen ist die Geschäftsleitung von der blossen administrativen Verwaltung einerseits und der Tätigkeit der obersten Gesellschaftsorgane andererseits, soweit sie sich auf die Ausübung der Kontrolle über die eigentliche Geschäftsleitung und gewisse Grundsatzentscheide beschränkt. Nicht entscheidend ist der Ort der Verwaltungsratssitzungen, der Generalversammlungen oder der Wohnsitz der Aktionäre [...]. Die Art und der Umfang der Geschäftsführungstätigkeit hängen vom Gesellschaftszweck ab. Für reine Vermögensverwaltungsgesellschaften ist die Dispositionsbefugnis über das verwaltete Vermögen entscheidend [...].

2.3 Da das Vorliegen eines Anknüpfungspunkts, welcher die allgemeine Steuerpflicht begründet, eine steuerbegründende Tatsache darstellt, ist dies vom Gemeinwesen, welches den Besteuerungsanspruch erhebt, zu beweisen. Der statutarische Sitz gilt i.d.R. aufgrund des Handelsregisterintrags als bewiesen. Der tatsächliche Sitz, d.h. der Ort der Verwaltung, bestimmt sich aufgrund der Umstände des Einzelfalls und lässt sich mitunter nur mit beträchtlichem Aufwand nachweisen. Zuständig für die Untersuchung ist die Veranlagungsbehörde desjenigen Kantons, in dessen Hoheitsgebiet sich der mutmassliche Ort der tatsächlichen Verwaltung befinden soll. Trotz dem in der Praxis häufig schwierigen Nachweis, dass dem statutarischen Sitz im anderen Staat nur formelle Bedeutung zukomme, heisst dies nicht, dass die betroffene juristische Person deshalb zur besonderen Mitwirkung verpflichtet wäre. Die Beweislast liegt vollumfänglich bei der Steuerbehörde. Erscheint aber der von der Behörde angenommene Sitz in der Schweiz als sehr wahrscheinlich, so genügt dies i.d.R. als Hauptbeweis und obliegt es der steuerpflichtigen Person, den Gegenbeweis für den von ihr behaupteten Sitz ausserhalb der Schweiz zu erbringen [...].

3.1 Der Gesellschaftszweck der Pflichtigen besteht im «investment trading» des von C über den F-Trust eingebrachten Vermögens. Bei der Pflichtigen handelt es sich folglich um eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, welche mit dem einzigen Ziel errichtet wurde, ihr Vermögen im Interesse von C und dessen Familie anzulegen. Diese eigentliche Haupttätigkeit der Pflichtigen, die Vermögensverwaltung, wurde an externe Dritte, die I-Bank und die J AG, in die Schweiz ausgelagert. Allerdings können diese Dritten

die Geschäftsleitung der Pflichtigen nicht innehaben, da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung externe Dritte nicht mit der Geschäftsleitung betraut werden können; hiesse dies doch die entscheidende, geschäftsrelevante Einflussnahme an externe Dritte zu delegieren und damit die Führung der eigenen Gesellschaft faktisch abzugeben. Die Pflichtige bringt diesbezüglich vor, dass ihr die Tätigkeiten der Vermögensverwalter anzurechnen seien. Somit erfolge die Vermögensverwaltung als Haupttätigkeit formell in Jersey, weshalb auch der Ort der tatsächlichen Verwaltung dort sei. Damit verkennt sie indessen, dass, auch wenn die Haupttätigkeit der externen Vermögensverwalter der Pflichtigen angerechnet würde, noch nicht geklärt ist, wer die Geschäftsleitung der Pflichtigen effektiv innehat. Durch die blossе Zurechnung der Haupttätigkeit zum formellen Sitz der Pflichtigen ist noch nicht definiert, wer bei der Pflichtigen tatsächlich auf diese Haupttätigkeit in geschäftsleitendem Masse Einfluss nimmt. Denn, wie erwähnt, kann auch bei einer Delegation der betrieblichen Haupttätigkeit die Geschäftsleitung selbst nicht an externe Dritte ausgelagert werden. Folglich muss die Geschäftsleitung der Pflichtigen entweder bei der D Ltd. oder bei C liegen.

3.2 Obwohl die D Ltd. die beiden «Directors» der Pflichtigen stellt und gemäss Schreiben vom 10. Februar 2011 von K an Rechtsanwalt B bzw. Schreiben vom 2. Dezember 2011 von Rechtsanwalt E an C die Auswahl und Überwachung der Vermögensverwalter ausübt, ist es aufgrund mehrerer Indizien sehr wahrscheinlich, dass die Geschäftsleitung nicht bei der D Ltd. bzw. bei den beiden von ihr gestellten «Directors», sondern bei C liegt:

Die D Ltd. stellt einen «company secretary» zur Verfügung, ist für das «bookkeeping and accounting» zuständig und erbringt «administrative services in respect of the above Companies activities». Hierunter sind in erster Linie blossе administrative Tätigkeiten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu verstehen, welche von untergeordneter Bedeutung sind. Daran ändert auch die Übersetzung mittels «Oxford Dictionary» nichts. Die erwähnten Dienstleistungen erbringt die D Ltd. auch gegenüber anderen in Jersey domizilierten Gesellschaften, was den Eindruck erweckt, dass die D Ltd. auch bei der Pflichtigen in einem standardisierten Rahmen agiert, ohne effektiv leitend tätig zu sein. Dass die D Ltd. für ihre Dienstleistungen entschädigt wird und sie aufgrund der ihr zugestellten Korrespondenzen der Vermögensverwalter, insbesondere der Bankbelege, ihre Tätigkeit ausübt, vermag daran nichts zu ändern. Im Gegenteil spricht es eher dafür, dass die D Ltd. blossе Dienstleistungserbringerin für die Pflichtige ist und nicht führend auf deren Geschäftstätigkeit Einfluss nimmt. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass allein aus der

Höhe des Honorars nicht auf die effektive Tätigkeit der D Ltd. geschlossen werden kann. Die Pflichtige verfügt weiter über keine eigenen, gegenüber der D Ltd. ausgesonderten Räumlichkeiten auf Jersey. Zwar stellt ihr die D Ltd. ein sogenanntes «registered office» zur Verfügung. Dass sich dort indessen die Geschäftstätigkeit der Pflichtigen real abspielt, ist eher zu verneinen. Schliesslich kann auch die persönliche Haftbarkeit der «Directors» den Eindruck, auf Jersey würden nur untergeordnete Tätigkeiten ausgeführt, nicht umstossen. Folglich ist die Geschäftsleitung durch die D Ltd. bzw. die von ihr gestellten «Directors» nicht sehr wahrscheinlich.

Viel wahrscheinlicher erscheint, dass C faktisch die Geschäftsleitung der Pflichtigen innehat: Gemäss Schreiben vom 2. Dezember 2011 von Rechtsanwalt E an C kann im Endeffekt letzterer über die Ausschüttungen der Trusts und Änderungen der Vermögensverwaltungsverträge bestimmen, was insbesondere den Wechsel des beauftragten Vermögensverwalter und die Änderung des mit dem Vermögensverwalter vereinbarten Anlageprofils beinhaltet. Dass C seine faktische Verfügungsmacht in operativer Weise aktiv wahrnahm, zeigt insbesondere das Schreiben vom 7. Dezember 2011, welchem zufolge Rechtsanwalt E die D Ltd. anwies, Aktiven der Pflichtigen in der Höhe von rund Fr. ... auf ein im Namen von C geführtes Bankkonto nach Absprache mit Letzterem zu übertragen. Unglaublich sind in diesem Zusammenhang die Vorbringen der Pflichtigen, C habe sich bei dieser Transaktion auf die Rolle des passiven Gläubigers beschränkt. Denn bei der Transaktion ging es letztlich um einen wesentlichen Anteil von Cs Vermögen, über welches er sowohl vor als auch nach der Übertragung faktisch volle Dispositionsbefugnis hatte. Die Verfügungsberechtigung über das Vermögen lag am Anfang und am Ende der Transaktion bei C. Weiter traf sich C mindestens zweimal jährlich mit dem zuständigen Kundenbetreuer der I-Bank. Unbestrittenermassen verfügt C zudem über fundiertes Fachwissen in Finanzfragen. Dass er dieses Wissen im privaten Rahmen nicht einsetzt, erscheint unglaublich. Die angeführten Indizien weisen ferner darauf hin, dass seine Rolle über diejenige eines blossen Kontrollorgans hinausging. Seine Tätigkeit beschränkte sich auch nicht auf das Treffen blosser Grundsatzentscheide. Vielmehr war es ihm offensichtlich möglich, jederzeit operativ und aktiv auf die Handlungen der Pflichtigen einzuwirken. Dass C gegenüber den Banken nicht unterschreibungsberechtigt war und vornehmlich über Rechtsanwalt E agierte, ändert nichts am Gesagten.

Die Finanzstruktur der Pflichtigen, welche mit Fr. ... Eigenkapital und Fr. ... Fremdkapital aus dem F-Trust finanziert war, stellt ein weiteres Indiz dafür dar, dass letztlich C die Geschäftsleitung der Pflichtigen innehatte. Denn bei

einer Gesellschaft, die in operativer Hinsicht grundsätzlich unabhängig vom Kapitalgeber geführt wird, ist eine Finanzstruktur wie die vorliegende kaum denkbar. Sodann ist auch das hohe Risiko, mit welchem die Aktiven der Pflichtigen angelegt werden, als Indiz in die gleiche Richtung zu werten. Schliesslich ist es äusserst wahrscheinlich, dass für die Wahl des vorliegenden Trustkonstrukts mit der Pflichtigen als «underlying company» die Verschleierung von Vermögenswerten im Vordergrund stand und erst in zweiter Linie die zivilrechtliche Verselbständigung des Vermögens sowie erbrechtliche Überlegungen ausschlaggebend waren. Dies kann als weiteres Indiz dafür gewertet werden, dass C mit hoher Wahrscheinlichkeit auch bei der Pflichtigen die Fäden der Geschäftsführung in der Hand hält.

Zusammenfassend ist es sehr wahrscheinlich, dass die Tätigkeiten der D Ltd. bzw. der von ihr gestellten «Directors» für die Pflichtige von untergeordneter Bedeutung waren. Deren Handlungen erfolgten weisungsgebunden und erscheinen bloss ausführender Natur. Sie beeinflussten den Lauf der geschäftlichen Tätigkeit nicht im wesentlichen, d.h. geschäftsprägenden Masse. Insbesondere die «Directors» schienen eher formellen Charakter zu haben als effektiv die Geschäftsführung zu bestreiten. C hingegen hat entscheidend auf die Geschäftstätigkeit der Pflichtigen Einfluss genommen. Er konnte nach seinem Belieben die Tätigkeiten der Pflichtigen autonom lenken, wobei er diese Möglichkeit auch aktiv wahrgenommen hat. Folglich ist es sehr wahrscheinlich, dass die faktische Geschäftsleitung bei ihm lag und der Ort der tatsächlichen Verwaltung in H anzusiedeln ist. Der Pflichtigen gelingt damit der ihr aufgrund dieser Umstände obliegende Gegenbeweis, ihre tatsächliche Verwaltung liege in Jersey, nicht. Dementsprechend ist die Pflichtige aufgrund persönlicher Zugehörigkeit in der Schweiz bzw. im Kanton Zürich steuerpflichtig.

4. Darüber hinaus wäre es in der vorliegenden Situation – in der über einen Trust eine Gesellschaft geschaffen wurde, deren primärer Zweck es ist, steuerlich nicht deklariertes Vermögen einer Privatperson mittels externen Vermögensverwaltern am Wohnsitz der Privatperson anzulegen – denkbar, für die Bestimmung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung nicht in erster Linie auf die Führung der laufenden Geschäfte abzustellen, sondern den Ort der tatsächlichen Verwaltung bei derjenigen Person zu verankern, die die entscheidende Dispositionsbefugnis über das formell im Eigentum der Gesellschaft stehende Vermögen besitzt [...]. Vorliegend würde dies ebenfalls dazu führen, dass die tatsächliche Verwaltung bei C anzusiedeln wäre.

Damit ist die Beschwerde sowohl betreffend Steuerhoheit direkte Bundessteuer als auch betreffend Steuerhoheit Staats- und Gemeindesteuern abzuweisen [...].»

III. Bemerkungen

1. Inkorporationstheorie

Die *Rechtsgültigkeit einer «Offshore»-Gesellschaft* richtet sich nach dem *Gesellschaftsstatut* (Art. 154 f. IPRG; vgl. betreffend ausländische Stiftungen OLIVER ARTER, Ausländische Familienunterhaltsstiftungen, BGE 135 III 614, successio 2011, 125 ff., 126 f.). Auch die Zulässigkeit eines allfälligen Durchgriffs beurteilt sich nach dem Gesellschaftsstatut (BGE 128 III 346 ff., 349 E. 3.1.3). Ist eine ausländische Offshore-Gesellschaft rechtsgültig errichtet worden und bestehen keine Gründe für einen Durchgriff, ist die Gesellschaft gemäss der in der Schweiz herrschenden Inkorporationstheorie (dazu BGE 117 II 494 ff., 496 f. E. 4.b) zivilrechtlich anzuerkennen (vgl. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen 1998, Rz. 793).

2. Steuerrechtlicher Durchgriff

2.1 Trennungsprinzip

Nach dem im schweizerischen Steuerrecht geltenden Trennungsprinzip ist die zivilrechtliche Selbstständigkeit einer juristischen Person auch steuerrechtlich anzuerkennen (vgl. MARKUS REICH, Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, § 18 Rz. 7 ff.). Das Steuerrecht – wie auch das Zivilrecht (vgl. u.a. mit Hinweisen zur «Sham»-Doktrin bei Trusts OLIVER ARTER, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 12. April 2012, 5A_436/2012, AJP/PJA 2013, 1695 ff.) – weicht allerdings ausnahmsweise von der Trennung zwischen juristischer Person und der an dieser Beteiligten ab, indem etwa der Gewinn nicht dem ihn erwirtschaftenden Rechtsträger, sondern einer an diesem beteiligten Person zur Besteuerung zugewiesen wird (REICH, a.a.O., § 18 Rz. 10). Wie im Zivilrecht spricht das Steuerrecht von einem Durchgriff (REICH, a.a.O., § 18 Rz. 10), wobei – teilweise falsch oder verkürzt – hierfür auch die Begriffe Steuerumgehung oder wirtschaftliche Betrachtungsweise Verwendung finden.

Die Voraussetzungen, unter denen ein zivilrechtlicher Durchgriff vorgenommen wird, sind mit den Voraussetzungen für einen steuerrechtlichen Durchgriff nicht deckungsgleich (vgl. zur Begriffsbestimmung und methodischen Einordnung des Durchgriffs im Zivil- und Steuerrecht MARLENE KOBIERSKI, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht – Eine interdisziplinäre Studie für eine einheitliche methodische Einordnung des Durchgriffs im Gesellschafts- und Steuerrecht unter Berücksichtigung des Aspekts der Einheit der Rechtsordnung, Bern 2012, 29 ff., 45 ff., 111).

2.2 Gesetzliche Grundlage oder Steuerumgehungstatbestand

Ein *steuerrechtlicher Durchgriff* ist nur zulässig, wenn entweder eine ausdrückliche *gesetzliche Grundlage* vorhanden

ist oder ein *Steuerungsumgehungstatbestand* (vgl. dazu etwa Bundesgericht, Urteil vom 27. Juli 2011, 2C_724/2010, E. 7.4; Bundesgericht, Urteil vom 30. Januar 2006, 2P.92/2005, 2A.145/2005, E. 7.2) vorliegt (REICH, a.a.O., § 18 Rz. 10; vgl. zum Ganzen RENÉ MATTEOTTI, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht, Bern 2003, 77 ff.). Ausdrückliche gesetzliche Vorschriften, ähnlich den im Ausland gebräuchlichen *Missbrauchs- oder Steuerfluchtbestimmungen*, die zu einer Hinzurechnungsbesteuerung bei sog. *Controlled Foreign Corporations* (CFC) führen, kennt das schweizerische Steuerrecht nicht (REICH, a.a.O., § 18 Rz. 14; PETER LOCHER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, Bern 2005, 143 ff.). Faktisch erfolgt eine Durchbrechung der Abschirmwirkung der juristischen Person deshalb nur in Fällen der Steuerungsumgehung (REICH, a.a.O., § 18 Rz. 15).

2.3 Steuerungsumgehung

2.3.1 Dogmatisches Fundament

Trotz ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das dogmatische Fundament der *Steuerungsumgehung* umstritten. Dies hängt damit zusammen, dass die Lehre die Rechtsprechung überwiegend kritisiert und den Anwendungsbereich von Steuerungsumgehungstatbeständen mittels des Grundsatzes der Rechtssicherheit entweder weitgehend einschränken will oder das Rechtsinstitut der Steuerungsumgehung gänzlich ablehnt (vgl. etwa PETER LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, ASA 2006/2007, 675 ff., 680; MATTEOTTI, a.a.O., 188 ff.).

2.3.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. insbesondere BGE 138 II 239 ff., 243 f. E. 4.1; BGE 131 II 627 ff., 635 f. E. 5.2, Bundesgericht, Urteil vom 14. Juni 2012, 2C_1027/2011, 2C_1028/2011, E. 4.2; Bundesgericht, Urteil vom 22. Oktober 2002, 2A.470/2002, 2A.473/2002, E. 4.1, E. 5.1; Bundesgericht, Urteil vom 12. Juli 2001, 2A.580/2000, E. 2c sowie erstmals BGE 59 I 272 ff., 284 E. 8) wird eine *Steuerungsumgehung* angenommen, wenn (1) eine von den Beteiligten gewählte *Rechtsgestaltung* als *ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich*, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint, (2) anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung *missbräuchlich* lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären, und (3) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer *erheblichen Steuerersparnis* führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde (für eine detaillierte Anwendung dieser Kriterien vgl. BGE 138 II 239 ff., 243 ff., E. 4.1).

Betreffend Abgrenzung zwischen Geschäfts- und Privatvermögen gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass ein Vermögen als Geschäftsvermögen gilt, wenn es tatsächlich dem Geschäft dient (BGE 133 II 420 ff., 422 f. E. 3.3; BGE 120 Ia 349 ff., 354 f. E. 4c/aa; Bundesgericht, Urteil vom 27. November 2013, 2C_515/2013, E 2.1; Bundesgericht, Urteil vom 13. Juni 2013, 2C_1273/2012, E. 2.3).

2.3.3 Durchgriffskategorien

Auch wenn die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Durchgriff nicht einfach zu systematisieren ist und in der Lehre unterschiedliche Ansichten vertreten werden, lassen sich doch drei hauptsächliche Kategorien für Durchgriffe unterscheiden: (1) der Durchgriff bei *Missachtung von Formvorschriften*, beispielsweise bei systematischer Missachtung von gesetzlichen und statutarischen Organisations- und Geschäftsführungsbestimmungen (MATTEOTTI, a.a.O., 194 ff.). Ein Durchgriff erfolgt, wenn das «*Spiel der Gesellschaft*» nicht «gespielt» wird (vgl. dazu und zur Beherrschung einer Gesellschaft durch deren Anteilsinhaber und Begünstigten im Zusammenhang insbesondere mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in diversen Amtshilfe-Fällen OLIVER ARTER, Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»?; AJP/PJA 2012, 506 ff., 524 ff.); (2) der Durchgriff bei *Vermögensvermischung* zwischen Gesellschaft und Anteilsinhabern, etwa bezüglich Bankkonten oder anderer Vermögenswerte (MATTEOTTI, a.a.O., 196 ff.); und (3) der Durchgriff bei *Unterausstattung*, d.h. wenn eine Gesellschaft offensichtlich finanziell, sachlich und personell nicht mit ausreichenden Mitteln zur Verfolgung ihres Zwecks ausgestattet ist (MATTEOTTI, a.a.O., 198 f.).

2.3.4 Beherrschung der juristischen Person

Gemeinsam ist all diesen Durchgriffskategorien, dass eine juristische Person durch ihren Anteilsinhaber *beherrscht* wird (vgl. etwa BGE 132 III 489 ff., 493 E. 3.2; für den Arrest etwa BGE 102 III 165 ff., 169 f. E. II/1; BGE 126 III 95 ff., 97 f. E. 4). «Durchgriffsanfällig» sind deshalb insbesondere Einmanngesellschaften oder (Familien)Stiftungen (zu letzteren vgl. etwa ANDREA OPEL, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten – in nationalen und internationalen Verhältnissen, Basel 2009, 73 ff.).

3. Ort der tatsächlichen Verwaltung

Bei Gesellschaften mit Sitz im Ausland besteht nicht nur das Risiko, dass steuerrechtlich durch diese hindurchgegriffen wird. Verfügt eine Gesellschaft am Ort der Inkorporation über geringe Substanz, kann sie in der Schweiz

steuerpflichtig werden, falls sich der Ort der *tatsächlichen Verwaltung* (Art. 50 DBG; Art. 20 Abs. 1 StHG) hier befindet (STEPHAN METZ, Steuerrechtliche Beurteilung von Vermögensverwaltungsstrukturen bei Privatpersonen, StR 2014, 4 ff., 12).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt der Ort der *tatsächlichen Verwaltung* dort, wo eine Gesellschaft ihren *wirtschaftlichen und tatsächlichen Mittelpunkt* hat (in BGE 54 I 301 ff., 308 f. E. 2 betreffend [Familien] Stiftungen wird ausgeführt, dass «für das allgemeine [primäre] Steuerdomizil der wirkliche, tatsächliche Mittelpunkt dieser ökonomischen Existenz der juristischen Person» massgebend ist; dieser befindet sich «an dem Orte, mit dem das Stiftungsvermögen durch die ihm vom Stifter angewiesene Bestimmung innerlich verknüpft erscheint und wo die seine Verwaltung im engern Sinne und Verwendung im Interesse des Stiftungszweckes bestimmenden Handlungen in der Hauptsache vorgenommen werden, nicht an dem Rechtsdomizil, an das die Destinatäre kraft willkürlicher Wahl der Statuten für eine allfällige rechtliche Geltendmachung ihrer Nutzungsansprüche gewiesen werden») und wo die normalerweise am Sitz sich abspielende *laufende Geschäftsführung* (nach BGE 50 I 100 ff., 103 f. E. 2 ist von einem vom Sitz abweichenden Steuerdomizil auszugehen, wenn «diejenigen Handlungen, welche in ihrer Gesamtheit der Erreichung des statutarischen Zweckes dienen, an einem andern Ort als dem des formellen Sitzes vorgenommen werden») besorgt wird (Bundesgericht, Urteil vom 16. Mai 2013, 2C_1086/2012, E. 2.2). Nach der zürcherischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung befindet sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung dort, wo regelmässig diejenigen Handlungen vorgenommen werden, welche in ihrer Gesamtheit der *Erreichung des statutarischen Zwecks* dienen (Verwaltungsgericht Zürich, Urteil vom 1. Februar 2012, SB.2011.00080, E. 2.1).

Der Ort der tatsächlichen Verwaltung, der auch als Ort bezeichnet werden kann, an dem die eigentliche Geschäftsleitung erfolgt und die wesentlichen Unternehmensentscheide fallen, ist damit abzugrenzen von Orten, an welchen allenfalls eine (1) *blosse administrative Verwaltung* oder (2) eine *Tätigkeit der obersten Gesellschaftsorgane*, welche ihre Kontrolle über die Geschäftsleitung ausüben oder lediglich gewisse Grundsatzentscheide treffen, stattfindet (Bundesgericht, Urteil vom 4. Dezember 2003, 2A.321/2003, E. 3.1). Nicht entscheidend für die Begründung eines Steuerdomizils ist somit der Ort, an dem Verwaltungsratssitzungen stattfinden, die Generalversammlungen durchgeführt werden oder sich der Wohnsitz der Aktionäre befindet (Bundesgericht, Urteil vom 4. Dezember 2003, 2A.321/2003, E. 3.1).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum denkbar ist schliesslich, dass «die tatsächliche Verwaltung im Auftragsverhältnis von Dritten ausgeübt wird» (Bundesgericht, Urteil vom 8. September 2003, 2A.560/2002, E. 5.2.2).

4. Vermögensverwaltungsgesellschaften

Der Zweck der Gesellschaft, deren Ort der tatsächlichen Verwaltung vorliegend als in der Schweiz liegend qualifiziert wurde, besteht im «investment trading». Die Gesellschaft ist als Vermögensverwaltungsgesellschaft tätig. Vermögensverwaltungsgesellschaften verfügen auf Grund ihrer geringen operativen Tätigkeit – *nachgerade*, wenn die eigentliche Vermögensanlage an eine Bank oder einen unabhängigen Vermögensverwalter übertragen wurde – nur selten über eigenes Personal oder eigene Büroräumlichkeiten.

Ort der tatsächlichen Verwaltung und wirtschaftlicher und tatsächlicher Mittelpunkt der Geschäftsführung einer Vermögensverwaltungsgesellschaft ist deshalb der Ort, an welchem die *Dispositionsbefugnis* über das verwaltete Vermögen ausgeübt wird (vgl. auch MARCEL R. JUNG, Internationale Steuerplanung mit Offshore-Gesellschaften, ST 2013, 612 ff., 615).

5. Bemerkungen zu vorliegendem Urteil

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ist in vorliegendem Fall aus diversen Gründen zum Schluss gekommen, dass der tatsächliche Ort der Verwaltung einer Gesellschaft in der Schweiz lag. Die angeführten Gründe hierfür überzeugen allerdings nicht.

Richtig ist vorerst, dass die Tätigkeit eines «company secretary», welcher für «bookkeeping and accounting» zuständig ist und «administrative services» erbringt, nicht mit einer eigentlichen Geschäftsführungstätigkeit gleichzusetzen ist.

Nicht richtig ist aber, dass das Erbringen von Geschäftsführungsfunktionen für eine Vielzahl von Gesellschaften *ohne weiteres* ausschliessen würde, dass für einzelne Gesellschaften tatsächlich eine effektive Geschäftsführung betrieben wird; vielmehr wäre im Einzelfall zu prüfen gewesen, ob bei besagter Gesellschaft eine tatsächliche Geschäftsführungsfunktion wahrgenommen wurde oder nicht.

Weiter wurde angeführt, dass besagte Gesellschaft nicht über eigene Geschäftsräume und eigenes Personal verfügte. Unrichtig ist vorerst, dass eine Gesellschaft stets über eigene Geschäftsräume zu verfügen hat; für eine Vermögensverwaltungsgesellschaft wie die vorliegende waren solche auf Grund der geringen Geschäftstätigkeit denn auch nicht notwendig. Ebenso ist unrichtig, dass die Gesellschaft nicht über «eigenes Personal» verfügte. Die Direktoren sind näm-

lich als «eigenes Personal» zu qualifizieren; richtig war aber, dass besagte Direktoren nicht nur für die eine Gesellschaft, sondern für eine Mehrzahl von Gesellschaften tätig waren. Wie vorne gezeigt, ist die Geschäftsführungstätigkeit für eine Vermögensverwaltungsgesellschaft meistens nicht umfangreich; Personal, welches ausschliesslich für eine Gesellschaft tätig ist, ist entsprechend kaum erforderlich.

Schliesslich wurde im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich ausgeführt, dass die Geschäftsführungstätigkeit durch eine Drittperson in der Schweiz ausgeübt wurde, weil dieser «faktische Verfügungsmacht» zukam, diese «faktisch volle Dispositionsbefugnis» innehatte und die Handlungen der Direktoren «weisungsgebunden» und «bloss ausführender Natur» erschienen. Diese erstellten Verhaltensweisen lassen allerdings weder den Schluss zu, dass die in der Schweiz wohnhafte Drittperson effektiv die Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben *wollte*, noch dass sie hierzu durch die Gesellschaft *ermächtigt* wurde. Im Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich wird denn auch nicht ausgeführt, dass die Drittperson in der Schweiz berechtigterweise eine Geschäftsführungsfunktion ausübte, sondern vielmehr, dass sie rein *faktisch* eine solche wahrgenommen hat. Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass die der Drittperson zugerechnete Handlung darin bestand, Vermögenswerte auf ein eigenes Konto zu übertragen. Offenbar ging es bei der Ausübung der Tätigkeit durch die Drittperson nicht um die *Erreichung des statutarischen Zwecks*, sondern um die Verwirklichung eigener Ziele. Da es den Direktoren besagter Gesellschaft wohl am Willen fehlte, eine Verwaltungstätigkeit durch die Drittperson entfalten zu lassen (im Sachverhalt finden sich zumindest keine Anhaltspunkte, dass der Drittperson eine Vollmacht eingeräumt wurde) und die *Drittperson auch keine Verwaltungstätigkeit zu Gunsten der Gesellschaft ausüben wollte*, lag keine Verwaltungstätigkeit zu Gunsten der Gesellschaft und damit auch kein tatsächlicher Verwaltungsort in der Schweiz vor.

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zeigen dagegen, dass die Dispositionsbefugnis über die auf die Gesellschaft übertragenen Vermögenswerte «faktisch» – präzisierende Angaben lassen sich dem Sachverhalt allerdings nicht entnehmen – bei der Drittperson lagen. Damit wurden die Organisations- und Geschäftsführungsbestimmungen der Gesellschaft verletzt und das «Spiel der Gesellschaft» nicht gespielt. Entsprechend wäre zu prüfen gewesen, ob infolge systematischer Missachtung von gesetzlichen und statutarischen Organisations- und Geschäftsführungsbestimmungen ein *Durchgriffstatbestand* vorlag. Ebenso – ausreichend detaillierte Angaben lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen – hätte ein *Durchgriffstatbestand* infolge finanzieller *Unterausstattung der Gesellschaft* geprüft werden können.

This publication may qualify as “Attorney Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

This publication is for general information purposes only, and not intended to constitute legal or other professional advice, and should not be relied on or treated as a substitute for specific advice relevant to particular circumstances. Consequently, this publication should not be relied upon for specific legal and/or tax advice, only be used as a guide to potential legal and/or tax issues and you should seek additional information and advice from legal counsel.

An offer to provide a free consultation, or an actual consultation, in person or by phone, signing up for, or attending, seminars and or workshops does not create an attorney-client relationship. An attorney-client relationship is only formed by a signed written agreement.

Oliver Arter accepts no responsibility for any loss which may arise from reliance on information or materials in this publication.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.

If you do not wish to receive e-mails from Oliver Arter and want to be removed from the electronic mailing list, please reply to the e-mail with “remove” in the subject heading.

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201, 8034 Zurich, Switzerland,
Tel.: 0041 44 386 60 00, Email: oarter@froriep.ch**