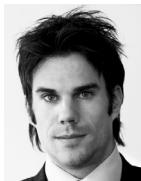


1 Einleitung	2	4 Ein Blick über die Grenzen	21
2 Grundlagen	3	4.1 Österreich	21
2.1 Rundschreiben Zinssätze	3	4.1.1 Regeln für die Verzinsung	21
2.1.1 Grundlagen	3	4.1.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital	21
2.1.2 Anwendung der Rundschreiben	4	4.2 Niederlande	22
2.1.3 Offene Fragen zu den Rundschreiben	7	4.2.1 Regeln für die Verzinsung	22
2.1.4 Nachweis einer von den Rundschreiben abweichenden Verzinsung im Speziellen	7	4.2.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital	22
2.2 Kreisschreiben Nr. 6 zum verdeckten Eigenkapital	9	4.3 Luxemburg	23
2.2.1 Grundlagen	9	4.3.1 Regeln für die Verzinsung	23
2.2.2 Anwendung des Kreisschreibens Nr. 6	10	4.3.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital	23
2.2.3 Offene Fragen zum Kreisschreiben Nr. 6	14	4.4 Ergebnis	24
2.3 Zusammenfassung	14	5 Kritik	24
3 Auslegung der gesetzlichen Grundlagen/Praxis	14	5.1 OECD Verrechnungspreisbericht 1995	25
3.1 Die Mittelbeschaffung (EK/FK)/ Passivseite	14	5.2 Es geht auch anders	26
3.1.1 Ungesicherte Passivdarlehen	16	5.2.1 BRB 62 (inkl. KS 99)	26
3.1.2 Passivdarlehen mittels Garantieabgabe	17	5.2.2 Bellatrix-Entscheid von 1981	27
3.1.3 Grundpfandgesicherte Forderungen im Speziellen	18	5.2.3 Regeln der Swiss Finance Branch	27
3.2 Die Mittelverwendung/Aktivseite	18	6 Zusammenfassung	28
3.3 Die Entschädigung für die Mittelbeschaffung/ Mittelverwendung	20		
3.3.1 Grundsatz	20		
3.3.2 Finanzierungen im Konzernverbund	20		

Die Problematik der Bestimmungen von Zinssätzen im Konzernverhältnis – national und international¹



Matthias Erik Vock
lic. oec. HSG/
dipl. Steuerexperte
Partner Tax Advisors &
Associates AG
matthias.vock@taxadvisors.ch



Christoph Nef
lic. oec. HSG/
dipl. Steuerexperte
Partner Tax Advisors &
Associates AG
christoph.nef@taxadvisors.ch

1 Einleitung

Die meisten Kapitalgesellschaften gewähren ihren Beteiligten² Darlehen³ oder erhalten Darlehen von ihren Beteiligten. Vielfach werden die erhaltenen Darlehen zur Finanzierung von Projekten weiterer Beteiligter (z.B. Gruppengesellschaften) verwendet.

Anlässlich von Buchprüfungen, Einschätzungen bzw. Veranlagungen durch die Steuerverwaltung wird oftmals die Verzinsung solcher gruppeninternen Darlehen respektive – im Falle von gesicherten Darlehen – auch die Garantiegebühr auf ihre Marktüblichkeit hin überprüft. Wird die Marktüblichkeit verneint, so resultieren regelmässig die unliebsamen Folgen einer geldwerten Leistung⁴. Besonders unangenehm für einen Konzern wird es, wenn eine solche geldwerte Leistung gegenüber einer ausländischen Gruppengesellschaft angenommen wird und die schweizerische Verrechnungssteuer eine teilweise oder vollständige Steuerbelastung darstellt.

Der vorliegende Artikel soll der Frage auf den Grund gehen, wie die entsprechenden administrativen Weisungen – insbesondere jene der Eidg. Steuerverwaltung – über die Zinssätze zu verstehen sind, welche Konstellationen damit abgedeckt werden und wo der Regelungsinhalt an seine Grenzen stösst und damit Konfliktsituationen hervorruft. Die entsprechende Rechtsprechung zu diesem Thema findet ebenfalls Eingang in unsere Ausführungen. Anhand von Lösungsansätzen aus der Praxis soll aufgezeigt werden, wie allfällige nationale und internationale Konfliktsituationen im Zusammenhang mit Zinsen bewältigt werden können. Schliesslich sollen auch ein Blick über die Grenze geworfen und die Regeln in Luxemburg, den Niederlanden und Österreich skizziert werden.

Wir konzentrieren uns in unseren Betrachtungen einzig auf die Beziehung zwischen Kapitalgesellschaften. Die Darlehensgewährung im Zusammenhang mit Personengesellschaften sowie von natürlichen Personen an ihre Kapitalgesellschaften und umgekehrt ist deshalb nicht Gegenstand unserer Ausführungen.

Im nachfolgenden ersten Teil geht es im Wesentlichen um eine Darstellung sämtlicher relevanter

Rechtsnormen, administrativer Weisungen und der Rechtsprechung. Mit Überlegungen zu der gesicherten und ungesicherten Darlehensgewährung – unter Berücksichtigung der Vorschriften zum verdeckten Eigenkapital, den Aktivdarlehen, der entsprechenden Entschädigung für die Bevorschussung sowie einem Blick über die Grenze befasst sich der zweite Teil des Artikels. Dieser erscheint in der nächsten Ausgabe der Steuerrevue.

2 Grundlagen

Basierend auf dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hat das Bundesgericht erstmals in der Angelegenheit «Bellatrix» im Entscheid vom 11. Dezember 1981⁵ die Praxis zum Drittvergleich gemäss der objektiven Ist-Besteuerung vorgenommen. Demnach darf nur der effektiv erzielte Gewinn und nicht ein erzielbarer Soll-Gewinn einer Kapitalgesellschaft besteuert werden. Da-

raus kann gefolgert werden, dass der Marktpreis als objektiver Massstab für die Bestimmung des richtigen Preises im Verhältnis zwischen den Beteiligten gilt. Die Eidg. Steuerverwaltung hat zur Vereinfachung des Drittvergleichs Richtlinien in verschiedenen Bereichen aufgestellt, so unter anderem auch für Zinsen für Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten sowie im Bereich der notwendigen Eigenkapitalisierung⁶. Im Folgenden soll auf diese beiden Richtlinien im Detail eingegangen, die Funktionsweise erläutert und die Interaktionen aufgezeigt werden.

2.1 Rundschreiben Zinssätze

2.1.1 Grundlagen

Die Eidg. Steuerverwaltung publiziert jährlich Ende Januar ein Rundschreiben betreffend steuerlich anerkannter Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken⁷ und einige Zeit später ein

¹ Die Autoren bedanken sich bei Herrn Jean Raemy, ehem. Sektionschef, Hauptabteilung DVS der Eidg. Steuerverwaltung, sowie Herrn Beat Walker, lic. rer. pol., dipl. Steuerexperte, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anregungen.

² Der Begriff «Beteiligte» umfasst im Folgenden sowohl den «Aktionär» respektive «Gesellschafter» als auch ihnen «nahe stehende Dritte». Als nahe stehende Dritte sind Personen zu verstehen, zu denen wirtschaftlich oder persönlich enge Verbindungen bestehen, welche nach den gesamten Umständen als eigentlicher Grund der zu besteuern den ungewöhnlichen Leistung zu betrachten sind. (Vgl. Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 58 DBG N 157.)

³ Der Begriff «Darlehen» wird nachfolgend synonym verwendet für «Vorschüsse», «Kontokorrent» und «Kredite».

⁴ Siehe hierzu Lissi, Alberto, Steuerfolgen von Gewinnausschüttungen schweizerischer Kapitalgesellschaften im internationalen Konzernverhältnis, 41 ff.

⁵ BGE 107 Ib 325ff. In der Angelegenheit «Bellatrix» hat das Bundesgericht die Rechtsprechung hinsichtlich der Verrechnungssteuer geändert. Es hat für eine waadtländische Immobilien-AG entschieden, dass der mangelnde Gewinn und die mangelnde Rendite zwar Indiz dafür sind, dass die Gesellschaft zu tiefe Mietzinsen von ihren Beteiligten verlangt. Wenn allerdings auch von Dritten kein höherer Mietzins erhältlich wäre, rechtfertigt sich das Vorliegen einer geldwerten Leistung jedoch nicht.

⁶ Vgl. Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 58 DBG N 114, sowie Nefzger/Ryser in: ISIS Seminar «Aktuelle Probleme und Reform der Unternehmensbesteuerung» vom 29./30. Januar 2007 in Flims, Einführungsreferat zum Thema «Gewinnermittlung und Gewinnausschüttung (inkl. Milderung der Doppelbelastung)», 15 f.

⁷ Z. B. Rundschreiben vom 1. Februar 2008 betreffend «Zinssätze 2008 für die Berechnung der geldwerten Leistungen».

entsprechendes Rundschreiben für Darlehen in Fremdwährungen⁸.

Diese beiden Rundschreiben haben keinen Gesetzescharakter, sondern gelten als administrative Weisung an die kantonalen Steuerverwaltungen für die Einschätzung der direkten Bundessteuer. Zudem werden diese Richtlinien auch von der Eidg. Steuerverwaltung im Zusammenhang mit der Erhebung der Verrechnungssteuer angewendet.

Beide Rundschreiben unterscheiden zwischen Darlehen an Beteiligte sowie Darlehen von Beteiligten. Während das Rundschreiben betreffend Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken zwischen Mindest- und Höchstzinssätzen unterscheidet, verwendet das Rundschreiben bei den Zinssätzen im Zusammenhang mit Darlehen in Fremdwährungen lediglich die Formulierung, dass die Zinssätze unter dem Aspekt einer «angemessenen Verzinsung»⁹ anzusehen sind.

⁸ Z. B. Rundschreiben vom 28. März 2007 betreffend «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2007 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen».

⁹ Rundschreiben vom 28. März 2007 betreffend «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2007 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen», 1.

¹⁰ Allerdings gilt es die Regeln betreffend verdecktes Eigenkapital zu berücksichtigen, siehe hinten Ziff. 2.2.

¹¹ Im Kalenderjahr 2008 beträgt dieser 3,25%.

¹² Zudem gilt es zu beachten, dass gemäss Rundschreiben vom 28. März 2008 betreffend «steuerlich anerkannte Zinssätze 2007 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen» der Nachweis durch den Steuerpflichtigen vorbehalten bleibt, weshalb geschäftsmässig begründet keine Verpflichtung in tiefer verzinslichen Schweizer Franken eingegangen wurde.

¹³ Siehe hinten Ziff. 2.1.3.

¹⁴ Verwaltungsgerichtsurteil des Kantons Graubünden GRU A 02 38 vom 28. August 2002 publ. in ZGRG 22 2003 H.1, 32-34.

¹⁵ Vgl. BGE 2A.355/2004, zit. in SteuerRevue 60 2005, H. 12, 963-969.

Weitere materielle Unterschiede zwischen den beiden Rundschreiben bestehen darin, dass im Rundschreiben für Darlehen in Fremdwährungen explizit darauf hingewiesen wird, dass es sich bei den Zinssätzen um eine Safe-Haven-Lösung handelt und der entsprechende Nachweis des Drittvergleichs durch den Steuerpflichtigen vorbehalten bleibt. Dieser Hinweis fehlt im Rundschreiben für Darlehen in Schweizer Franken gänzlich und lässt die Frage offen, ob es sich bei den Regeln ebenfalls um Safe-Haven-Zinssätze handelt, welche mittels aussagekräftigem Nachweis eines anders lautenden Drittvergleichs umgestossen werden können.

Zudem macht das Rundschreiben betreffend Zinssätze in Schweizer Franken hinsichtlich der Zinsenmarge eine Differenzierung zwischen Darlehen bis CHF 10 Mio. und solchen über CHF 10 Mio. Bei Ersteren ist eine Zinsenmarge von 0,5% vorgesehen, bei Letzteren in der Höhe von 0,25%. Werden refinanzierte Darlehen in Fremdwährungen gewährt, so ist immer ein Zuschlag von 0,5% zu berücksichtigen.

2.1.2 Anwendung der Rundschreiben

Im Folgenden soll die Vorgehensweise zur Überprüfung der anwendbaren Zinssätze – wie sie die Rundschreiben vorschreiben – aufgezeigt werden. Diese lassen sich anhand der folgenden fünf Schritte überprüfen:

1. Schritt: Abklärung, ob Darlehen an (von) Beteiligte(n) gewährt werden

Werden Darlehen an (von) unabhängige(n) Dritte(n) gewährt, gelten die zwischen den Parteien vereinbarten Konditionen, und die Zinssätze gemäss den Rundschreiben sind nicht anwendbar.

Werden Darlehen von Beteiligten gewährt, sind grundsätzlich die Regeln über die Maximalzinssätze gemäss dem Rundschreiben betreffend Dar-

lehen in Schweizer Franken respektive die angemessene Verzinsung gemäss Rundschreiben für Darlehen in Fremdwährungen zu berücksichtigen. Werden keine Darlehen an Beteiligte gewährt (Aktivdarlehen), so entfallen die weiteren Prüfschritte in der Finanzierung von Beteiligten¹⁰. Werden Darlehen an Beteiligte gewährt, sind grundsätzlich die Regeln über die Mindestzinssätze gemäss dem Rundschreiben betreffend Darlehen in Schweizer Franken respektive die angemessene Verzinsung gemäss Rundschreiben für Darlehen in Fremdwährungen zu berücksichtigen.

2. Schritt: Abklärung, ob Darlehen mittels Eigenkapital oder Fremdkapital refinanziert werden

Bei der Gewährung von Darlehen an Beteiligte ist für die Bestimmung der Verzinsung in einem zweiten Schritt zu klären, ob das an die Beteiligten gewährte Darlehen aus Eigenkapital respektive unverzinslichem Fremdkapital oder verzinslichem Fremdkapital refinanziert wird.

Wird das Darlehen aus Eigenkapital oder unverzinslichem Fremdkapital finanziert, so ist kein Zuschlag zu berücksichtigen und es gelten grundsätzlich die in den Rundschreiben publizierten Zinssätze für Darlehen an Beteiligte.

3. Schritt: Festlegen der Zinsenmarge im Falle einer Refinanzierung durch verzinsliches Fremdkapital

Wird das an Beteiligte gewährte Darlehen in Schweizer Franken aus verzinslichem Fremdkapital finanziert, berechnet sich der Minimalzinssatz grundsätzlich aus den Selbstkosten (d. h. aus dem Fremdkapitalzinssatz) plus einer Marge von 0,25% bis 0,5%. Im Minimum ist jedoch stets der im Rundschreiben für Darlehen an Beteiligte publizierte Zinssatz in Rechnung zu stellen¹¹.

Wird das Darlehen in Fremdwährungen aus verzinslichem Fremdkapital finanziert, bemis-

st sich die Verzinsung grundsätzlich aus den Selbstkosten (d. h. aus dem Fremdkapitalzinssatz) plus einer Marge von 0,5%. Im Minimum sind jedoch die im Rundschreiben publizierten Zinssätze zu verlangen¹².

In beiden Rundschreiben findet sich jedoch keine Regelung im Falle von gemischt finanzierten Gesellschaften (teilweise mittels Eigenkapital und teilweise aus verzinslichem Fremdkapital/unverzinslichem Fremdkapital)¹³.

4. Schritt: Möglicher Nachweis des Drittvergleichs

Lediglich das Rundschreiben zu den Darlehen in Fremdwährungen lässt die Möglichkeit des Nachweises eines anders lautenden Drittvergleichs explizit zu. Gelingt der Nachweis, sind abweichende Zinssätze möglich. Das Rundschreiben zu den Darlehen in Schweizer Franken äussert sich nicht zu dieser Möglichkeit der Abweichung von den publizierten Regeln und lässt diese Frage auch offen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden geht jedoch in einem Rekursentscheid vom 28. August 2002¹⁴ generell davon aus, dass diese Rundschreiben nicht schematisch angewendet werden dürfen, sondern dass eine einzelfallbezogene Anwendung der Richtlinie zu erfolgen hat, d. h. dass im konkreten Fall ein individueller Drittvergleich vorgenommen werden soll, sofern sich eine zu überprüfende Leistung nicht innerhalb der Richtlinien bewegt. Dabei unterscheidet das Gericht im Rekursentscheid nicht zwischen Darlehen in Fremdwährungen respektive solchen in Schweizer Franken. Ähnlich argumentierte das Bundesgericht im Entscheid vom 20. Juni 2005¹⁵, in dem es generell auf den Drittvergleich im Rahmen von Konzernverhältnissen pochte und dabei die Anwendung der publizierten Zinssätze keiner Würdigung unterzog, vielmehr jedoch auch darauf hinwies, dass insbesondere einer gewissen Bandbreite bei der Festlegung der Verzinsung

(alleine schon aufgrund des Spreads zwischen Aktiv- und Passivzinssätzen) Rechnung zu tragen ist. Schliesslich ist den Rundschreiben nicht zu entnehmen, wie ein solcher Drittvergleich beigebracht werden kann.

5. Schritt: Konsequenzen bei Nichteinhalten der Verzinsungsregeln

Sofern die Regeln betreffend Verzinsung von Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten nicht eingehalten werden und insbesondere der adäquate Nachweis einer marktüblichen Verzinsung der Fremdwährungsdarlehen¹⁶ misslingt, so ergeben sich die nachfolgenden Steuerfolgen für die Steuerpflichtigen.

Im Falle von Aktivdarlehen qualifiziert die Eidg. Steuerverwaltung die Differenz zwischen dem effektiven Zinsertrag für die Gewährung eines

Darlehens an Beteiligte und dem höheren Minimalzinsertrag (Darlehen multipliziert mit dem anwendbaren Zinssatz gemäss Rundschreiben) als geldwerte Leistung.

Bei Passivdarlehen erblickt die Eidg. Steuerverwaltung eine geldwerte Leistung im Umfang der Differenz zwischen dem vom Beteiligten für die Gewährung eines Darlehens verbuchten Zins und dem niedrigeren zulässigen Maximalzinsaufwand (Darlehen multipliziert mit dem Zinssatz gemäss Rundschreiben).

Die Differenz zwischen der effektiven Verzinsung und der zulässigen Verzinsung (Mindestverzinsung bzw. Maximalverzinsung) qualifiziert als geldwerte Leistung gemäss Art. 58 Abs. 1 Bst. b DBG und führt zu einer Erhöhung des steuerbaren Gewinns. Solche geldwerte Leistungen unterliegen ferner gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG

¹⁶ Betreffend Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken sowie Möglichkeit der Exkulpation einer abweichenden Festlegung der Zinssätze mittels Drittvergleich siehe Ziff 2.1.3, die Ausführungen zu den Steuerfolgen treffen auch auf die Verzinsung der Darlehen in Schweizer Franken zu.

¹⁷ Nefzger/Ryser in: ISIS Seminar «Aktuelle Probleme und Reform der Unternehmensbesteuerung» vom 29./30. Januar 2007 in Flims, Einführungsreferat zum Referat «Gewinnermittlung und Gewinnausschüttung (inkl. Milderung der Doppelbelastung)», 15 f.

¹⁸ Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 58 DBG N 114.

¹⁹ Duss, Umstrukturierungen, 2. Teil, 488.

²⁰ Siehe hierzu auch Robinson/Wipfli, Die Kapitalisierungsregeln im schweizerischen Steuerrecht, Der Schweizer Treuhänder, 01-02/98, 69.

²¹ Vgl. auch Verwaltungsgerichtsurteil des Kantons Graubünden GRU A 02 38 vom 28. August 2002 publ. in ZGRG 22 2003 H.1, 32-34.

²² Vgl. «OECD-Verrechnungspreisgrundsätze 1995 für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen», mit explizitem Hinweis auf den Fremdvergleichsgrundsatz als wirksame Methode im Bereich der Darlehensgewährung (vgl. Kapitel I, Ziffer 1.9, Ziffer 1.37 sowie Ziffer 2.7, wobei der Comparable

Uncontrolled Price (CUP) Methode der Vorrang gewährt wird); Kreisschreiben vom 4. März 1997 (publiziert in ASA 66 1997/1998, 45-46).

²³ Vgl. hierzu auch St. Galler Steuerbuch, StB 97 Nr. 1, mit Verweis des Nachweises des Drittvergleichs im Rahmen einer Bankofferte: «... den ein Kapitalunternehmen aus eigener Kraft bei aussenstehenden Dritten, in der Regel einer Bank, erhalten würde. Zu diesem Zweck wird von pauschalen Beleihungsgrenzen ausgegangen, wobei die Aktiven nach Bankenkriterien zu schätzen sind.» Vgl. Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 65 DBG N 8: «Es reicht, wenn – aufgrund von üblicherweise anzutreffenden Finanzierungsverhältnissen (insb. mit Banken) – «nachgewiesen» werden kann, dass das ausgewiesene Fremdkapital von einem unabhängigen Dritten zu den vereinbarten Konditionen nicht erhältlich gewesen wäre.» Zur Höhe der Darlehensgewährung siehe auch Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 65 DBG N 11ff., so auch in N 15: «Des Weiteren sei darauf hingewiesen, dass Banken in speziellen Situationen durchaus bereit sind, zu entsprechenden (Zins-)Konditionen nachrangige Darlehen zu gewähren.»

und Art. 20 Abs. 1 VStV der Verrechnungssteuer von 35%. Zudem erwartet die Eidg. Steuerverwaltung die spontane Meldung der geldwerten Leistung mittels Form 102¹⁷.

2.1.3 Offene Fragen zu den Rundschreiben

Insbesondere beim Rundschreiben über die Verzinsung von Darlehen in Schweizer Franken bleibt die Frage offen, ob es sich bei den Mindest- respektive Höchstzinssätzen um Safe-Haven-Zinssätze handelt, d. h. ob es mittels Nachweis des Drittvergleichs durch einen Steuerpflichtigen möglich ist, von den zulässigen Zinssätzen abzuweichen. Sowohl Brülisauer/Kuhn¹⁸ als auch Duss¹⁹ vertreten die Ansicht, dass eine einzelfallbezogene Anwendung der Richtlinien erfolgen muss. Sofern sich also eine zu überprüfende Leistung nicht innerhalb der Richtlinien bewegt, muss im konkreten Fall ein individueller Drittvergleich vorgenommen und von der Steuerverwaltung zugelassen werden²⁰. Mit anderen Worten soll der Nachweis eines marktmässigen Verhaltens auch im Fall von Darlehen in Schweizer Franken zulässig sein. Die Praxis der Eidg. Steuerverwaltung betrachtet die Zinssätze für Darlehen in Schweizer Franken grundsätzlich ebenfalls als Richtlinie, d. h. der Nachweis eines Drittvergleiches wird grundsätzlich akzeptiert. Für gemischt- (teils fremd-, teils eigenkapital-) finanzierte Gesellschaften bieten beide Rundschreiben für die Ermittlung eines marktkonformen Zinssatzes keine Hilfestellung. Angesichts des Umstandes, dass die Rundschreiben für gemischt finanzierte Fälle keine eindeutigen Vorgaben enthalten, sollte grundsätzlich eine arithmetische wie auch eine gewichtete Durchschnittsrechnung zulässig sein²¹.

Eine von den in den Rundschreiben anzuwendenden Zinssätzen abweichende Festlegung der Zinssätze ist durch den Steuerpflichtigen der

Eidg. Steuerverwaltung mittels entsprechenden Nachweises zu erbringen. Wie ein solcher Nachweis auszusehen hat, ist nicht geregelt, bzw. es fehlen konkrete Lösungshinweise.

Aufgrund des Fehlens spezifischer Hinweise auf das Wie des Erbringens des Drittvergleichs in den Gesetzesnormen und Verwaltungsanweisungen ist auf die in der Praxis angewendeten, von der OECD (allgemeine Grundsätze des Drittvergleichs) aufgestellten Grundsätze abzustützen²². Der Drittvergleich kann gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung beispielsweise mittels einer unabhängigen und konkreten Bankofferte erbracht werden²³. Dieser Nachweis scheint aber oft schwierig in der Praxis, da gerade – wenn bereits im Voraus eine Bankfinanzierung ausgeschlossen ist – eine konkrete Bankofferte dem Drittvergleich wohl kaum genügen wird.

Des Weiteren ist aufgrund des Rundschreibens unklar, ob – sofern die Marge von 0,5% bzw. 0,25% eingehalten wird – die Verzinsung zu von den Rundschreiben abweichenden Zinssätzen zugelassen wird. Dies kann insbesondere im Falle von back-to-back finanzierten Darlehen eine wichtige Rolle spielen (d. h. sofern beispielsweise passivseitig höhere Zinssätze vergütet werden als gemäss den Rundschreiben publiziert, aktivseitig die Darlehen jedoch mit der Marge von 0,5% bzw. 0,25% weitergegeben werden). Nach Praxis der Eidg. Steuerverwaltung können jedoch überhöhte Passivzinssätze eine geldwerte Leistung an den Begünstigten darstellen, und zwar unabhängig davon, ob aktivseitig die Marge von 0,5% bzw. 0,25% eingehalten ist.

2.1.4 Nachweis einer von den Rundschreiben abweichenden Verzinsung im Speziellen

Neben dem Nachweis der marktkonformen Kapitalstruktur (Eigenkapital/Fremdkapital, siehe unter Ziffer 2.2 nachfolgend) interessieren die

Anforderungen an den Nachweis der Marktkonformität der angewandten Zinssätze.

Die Höhe der Zinssätze kann jedoch nicht losgelöst bzw. ohne Einbezug der Darlehensgewährung als solche betrachtet werden, weshalb im Folgenden ebenfalls kurz auf allfällige Prüfschritte bei einer Darlehensgewährung im Allgemeinen eingegangen werden soll.

Regelmässig stellt sich im Zeitpunkt der Darlehensgewährung zwischen beteiligten Gesellschaften (und per se zwischen unabhängigen Gesellschaften) eine ganze Reihe von Fragen – etwa ob die Darlehensgewährung durch den statutarischen Zweck abgedeckt ist, ob die Gesellschaft ein zu grosses Klumpenrisiko eingeht oder ob die Darlehenshingabe im Zusammenhang mit der Verwendung des Darlehens in einem weiteren Sinn im Interesse der Gesellschaft liegt, die Bonität des Schuldners wie auch die Rückzahlung (Liquidität, Laufzeit des Darlehens) gewährleistet ist, und weitere mehr²⁴. Die Beantwortung dieser Fragen und einhergehend der Darlehensentscheid der Gesellschaft an sich stellt aus Sicht der gewährenden Gesellschaft immer auch einen unternehmerischen Entscheid dar, der von den Steuerbehörden mit Zurückhaltung zu überprüfen ist²⁵.

Sofern man auf die Prozesse der Kreditgewährung bei Banken (unabhängigen Dritten) zurückgreift, erfolgt eine erste Triage über die Laufzeit (kurzfristige Kredite zur Finanzierung des Umlaufvermögens/langfristige Investitionskredite zur Finanzierung des Anlagevermögens), was sich sodann ebenfalls in der Zinshöhe der Angebote niederschlägt²⁶.

Die Höhe des Zinssatzes hängt sodann vom zugrunde liegenden Marktzins zur Refinanzierung risikoorner Kredite ab, so etwa von den Libor-Sätzen (Libor = London Interbank Offered Rate; Marktzinssatz, zu dem sich erstklassige Banken in London gegenseitig kurzfristige Gelder ausleihen) für Laufzeiten unter 12 Monaten oder von

Swap-Sätzen (Interbanken-Zinssatz) für Laufzeiten von mehr als 1 Jahr. Das Bundesgericht stützte sich im Entscheid vom 20. Juni 2005 bei der Festlegung des Zinssatzes für langfristige Darlehen in USD auf die Zinssätze von US-Obligationen. Für die Bestimmung des von ihr angewendeten Zinssatzes für die Berechnung der geldwerten Leistung im zu beurteilenden Fall stützte sie sich auf die im Wall Street Journal publizierten Zinssätze zu Beginn des Jahres (für welches der Zinssatz jeweils errechnet wurde). Dabei errechnete sie den «Referenzzinssatz» als arithmetisches Mittel aus drei bis sieben publizierten Zinssätzen für US-Obligationen²⁷. Daraus folgt unseres Erachtens auch, dass einerseits an den Nachweis des Drittvergleichs keine allzu grossen Anforderungen gestellt werden dürfen und andererseits, dass gemäss Bundesgericht durchaus auf die allgemein publizierten Finanzinformationen von renommierten Fachzeitschriften/-zeitschriften bei der Festlegung der Zinssätze abgestützt werden kann. Mitunter reichen solche Referenzierungen für den Drittvergleich aus.

Die Banken schlagen auf den Marktzinssatz einen Zuschlag für Risiko-, Eigenkapital- und Betriebskosten sowie die Gewinnmarge. Dieser Zuschlag wird in Basispunkten (1 Basispunkt (Bp) = 0,01%) oder landläufig in Prozenten angegeben. Er hängt primär vom Risiko des Schuldners (Bonitätsrating), der Kredithöhe und von den gebotenen Sicherheiten²⁸ ab. Als Basis nehmen die Banken dazu finanzielle und nichtfinanzielle Faktoren²⁹ des Unternehmens und stufen die Risiken danach mittels Rating ab³⁰.

Vereinfachend kann die Bestimmung der Zinssätze in folgenden Schritten erfolgen³¹:

1. Schritt: Bonitätsprüfung (Analyse des Kreditrisikos)

In einem ersten Schritt sollte – wie oben erläutert – das Kreditrisiko der Darlehen nehmenden Gesellschaft geprüft werden.

2. Schritt: Risikoadjustierung

Basierend auf dem im ersten Schritt eruierten Kreditrisiko im Allgemeinen sind den weiteren Risikokomponenten im Speziellen wie Laufzeit, Rückzahlungsmodalitäten (Amortisation), Währung, gewährte Sicherheiten etc. entsprechend Rechnung zu tragen.

3. Schritt: Bestimmung/Überprüfung des Zinssatzes anhand des Drittvergleichs

Ausgehend vom Marktzinssatz³² und dem Risikozuschlag für die spezifischen Darlehenseigen-

schaften ist in der Folge der Zinssatz festzulegen und anhand von Benchmarkanalysen (CUP-Methode) zu untermauern. Wie bereits unter Ziff. 2.1.3 angedeutet, liegt die Krux im Nachweis der im Drittverhältnis angewendeten Konditionen in vergleichbaren Verhältnissen.

2.2 Kreisschreiben Nr. 6 zum verdeckten Eigenkapital

2.2.1 Grundlagen

Am 6. Juni 1997 hat die Eidg. Steuerverwaltung das Kreisschreiben Nr. 6 betreffend verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften publiziert. Vor der Publikation dieses Kreisschreibens waren je nach Steuer- und Gesellschaftsform ganz un-

²⁴ Vgl. ZH Verwaltungsgericht, 2. Abteilung, 10.5.2006 (SB.2006.00008), betreffend die Gewährung von Aktionärsdarlehen.

²⁵ Vgl. Brülisauer/Kuhn, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Art. 58 DBG N 57 ff. sowie ZH Verwaltungsgericht, 2. Abteilung, 10.5.2006 (SB.2006.00008).

²⁶ Vgl. hierzu Bundesgerichtsentscheid vom 20.6.2005 (2A.355/2004) betreffend Darlehen in Fremdwährungen zwischen Gruppengesellschaften. In diesem Entscheid befasste sich das Bundesgericht mit der Abgrenzung der Anwendung von kurz- oder langfristigen Zinssätzen. Speziell bezüglich der Frage der jederzeitigen Kündbarkeit des Darlehens und damit einhergehend der Frage der anwendbaren Zinssätze (langfristige vs. kurzfristige Zinssätze). Das Bundesgericht kam in seinem Entscheid zum Schluss, dass bei Darlehen zwischen Gruppengesellschaften eine jederzeitige Kündbarkeit der Darlehen alleine nicht genügen vermag, diese Darlehen als kurzfristig zu qualifizieren. Vielmehr handle es sich bei Kündigungsklauseln um einen Aspekt des Privatrechts, der die Steuerbehörden nicht unbedingt bindet (substance over form). Die Zinssätze für langfristige Darlehen, die von der Eidg. Steuerverwaltung berechnet wurden,

wurden im vorliegenden Fall vom Bundesgericht bestätigt.

²⁷ Vgl. BGE 2A.355/2004.

²⁸ Siehe hierzu Ziff. 3.1.2.

²⁹ Zu den finanziellen Faktoren zählen etwa: Finanzierungspotenzial (Wie schnell können die Schulden zurückbezahlt werden, wie viel Fremdkapital kann das Unternehmen verzinsen und amortisieren?), Produktivität und Profitabilität, Verpflichtungen, Bankverbindlichkeiten, Finanzierungsverhältnisse. Zu den nichtfinanziellen Faktoren gehören etwa: Management, Budgetplanung, Konjunktur etc. Bei guter bis mittlerer Bonität bewegt sich der Zuschlag in der Regel zwischen 50 und 250 Basispunkten.

³⁰ Vgl. KMU Portal (www.kmu.admin.ch), die UBS kennt 15 Schuldnerkategorien (von C0 bis D4), die CS kennt 19 Kategorien (von CR01 bis DCR), die Kantonalbanken kennen rund ein Dutzend Kategorien.

³¹ Vgl. hierzu auch Brügger/Rechberger, Fremdfinanzierung im Konzern, Der Schweizer Treuhänder 3/07, 192 ff. sowie Salim/Diakonova/Brügger, Corporate Treasury-Transfer Pricing, Der Schweizer Treuhänder 03/06, 185 ff.

³² Z. B. wie bereits erläutert basierend auf LIBOR, EURIBOR etc.

terschiedliche Regelungen zu berücksichtigen³³. Die Regeln des Kreisschreibens Nr. 6 beziehen sich auf die Artikel 65 («Zinsen auf verdecktem Eigenkapital») und 75 DBG («Verdecktes Eigenkapital»), wobei Artikel 75 DBG im Zuge der Unternehmenssteuerreform 1998³⁴ aufgehoben und Artikel 65 DBG entsprechend angepasst wurde³⁵. Somit sind die Regeln über das verdeckte Eigenkapital auf Stufe der direkten Bundessteuer lediglich noch für die Ermittlung des steuerbaren Reingewinns massgebend³⁶.

Die Regeln des Kreisschreibens Nr. 6 sind jedoch nicht nur für die direkte Bundessteuer anwendbar, sondern grundsätzlich auch für die Verrechnungssteuer sowie die Stempelabgaben³⁷. Der Vollständigkeit halber möchten wir darauf hingewiesen, dass das Bundessteuerrecht neben dem Kreisschreiben Nr. 6 noch weitere Finanzierungsvorschriften kennt, auf welche nachfolgend

jedoch nicht weiter eingegangen werden soll³⁸. Die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital gemäss Art. 29a StHG sind für alle Kantone zwingend vorgeschrieben und in ihre kantonale Gesetzgebung zu übernehmen³⁹, was in sämtlichen Kantonen mittlerweile auch geschehen ist⁴⁰. Auf die kantonalen Regelungen wollen wir im Weiteren nicht eingehen.

2.2.2 Anwendung des Kreisschreibens Nr. 6

Kernstück des Kreisschreibens Nr. 6 ist die tabellarische Übersicht auf Seite 2 zur Festlegung des Höchstbetrages der von der Gesellschaft aus eigener Kraft erhältlichen fremden Mittel. Die Beurteilung, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt und damit einhergehend eine Aufrechnung von auf das verdeckte Eigenkapital entfallende Schuldzinsen

³³ Betreffend die direkte Bundessteuer vgl. Stählin, Besteuerung von Immobiliengesellschaften, Der Schweizer Treuhänder, 5/93, 353 ff., sowie Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, 1995, Art. 75, 312 f. Betreffend Emissionsabgabe vgl. Conrad Stockar, Der Erlass der Eidgenössischen Emissionsabgabe, Der Schweizer Treuhänder 5/82, 2 ff., sowie betreffend «Umstrukturierungen: Merkblatt betreffend Anwendung von Art. 6 Abs. 1 Bst. abis des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG)» vom Mai 2001 (gültig bis 30. Juni 2004, mit Verweis auf Kreisschreiben Nr. 6 1997) sowie Robinson/Wipfli, Die Kapitalisierungsregeln im schweizerischen Steuerrecht, Der Schweizer Treuhänder 01-02/98, 69.

³⁴ BG vom 10. Oktober 1997 über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997, in Kraft seit 1. Januar 1998.

³⁵ Wortlaut von Art. 65 DBG: Zum steuerbaren Gewinn der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften gehören auch die Schuldzinsen, die auf jenen Teil des Fremdkapitals entfallen, der nach Artikel 75 zum Eigenkapital zu rechnen ist.

³⁶ In den Kantonen ist der Bemessung des verdeckten

Eigenkapitals für die Kapitalsteuer nach wie vor Bedeutung zuzumessen, insbesondere auch in denjenigen Kantonen, welche eine renditeabhängige Gewinnsteuer haben.

³⁷ Sowohl das Rundschreiben vom 30. Januar 2007 betreffend «Zinssätze 2007 für die Berechnung der geldwerten Leistungen» als auch das Rundschreiben vom 28. März 2007 betreffend «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2007 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen» verweisen auf das Kreisschreiben Nr. 6 und halten fest, dass dieses auch für die Belange der Verrechnungssteuer und Stempelabgaben massgebend ist. Für die Stempelabgaben (insbesondere beim Erlass nach Art. 12 StG) vgl. Conrad Stockar, Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, aktualisierte und erweiterte vierte Auflage, Lösungshinweise zu Fallbeispiel Nr. 17, 189 ff., sowie Busin/Fischer/Pifko/Walker, Die Verrechnungssteuer und die Stempelabgaben, 2. A., Zürich, 2003, 123 ff., bei Umstrukturierungen vgl. Kreisschreiben Nr. 5 vom 1. Juni 2004 betreffend «Umstrukturierungen», 67 mit Verweis auf das Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997.

vorgenommen wird, hängt aber auch massgebend von den beiden Rundschreiben betreffend Verzinsung von Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten ab. Deshalb soll nachfolgend die Anwendung des Kreisschreibens Nr. 6 unter Berücksichtigung der beiden Rundschreiben betreffend Verzinsung von Darlehen aufgezeigt werden. Die Bestimmung des steuerlich zulässigen Fremdkapitals (bzw. das Vorliegen von verdecktem Eigenkapital) sowie des damit verbundenen maximal zulässigen Zinsaufwandes und der diesbezüglichen Steuerfolgen kann in fünf Schritten geschehen:

1. Schritt: Abklärung, ob Fremdkapital von Beteiligten stammt

Verdecktes Eigenkapital (resp. unzulässiges Fremdkapital) liegt nur vor, wenn das Fremdkapital direkt oder indirekt von Beteiligten

stammt. Wird das Fremdkapital ausschliesslich von unabhängigen Dritten bereitgestellt, ohne Gewährung von Sicherheiten durch Beteiligte, liegt kein verdecktes Eigenkapital vor⁴¹. Auch unverzinsliches Fremdkapital, welches von Beteiligten zur Verfügung gestellt wird, kann als verdecktes Eigenkapital qualifizieren. Verrechnungssteuerfolgen sind in diesem Fall nicht zu vergegenwärtigen.

2. Schritt: Berechnung des maximal zulässigen Fremdkapitals

Sofern Fremdkapital von Beteiligten zur Verfügung gestellt wird, ist beim Steuerpflichtigen zu überprüfen, ob allenfalls verdecktes Eigenkapital vorliegt. Das maximal zulässige Fremdkapital berechnet sich anhand der im Kreisschreiben Nr. 6 auf Seite 2 festgelegten Prozentsätze der Aktiven⁴². Massgebend sind bei der Berechnung

³⁸ Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Kapitalisierungsregeln im Zusammenhang mit der ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen (Missbrauchsbeschluss 1962 mit dem entsprechenden Kreisschreiben vom 17. Dezember 1998 [KS 1999] bezüglich der Anwendung der Missbrauchsvorschriften [BRB 1962] auf aktiv tätige, börsennotierte und Holdinggesellschaften), die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Finanzgesellschaften mit ausländischer Interessenbeteiligung (Rundschreiben Nr. 2215 der Schweizerischen Bankiervereinigung Basel an die Mitgliedsbanken vom 17. Juli 1953), sofern die Fremdkapitalquote 6/7 der Bilanzsumme überschreitet. Zudem verweist das Zinsbesteuerungsabkommen in Art. 15 Abs. 1 (Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind) betreffend Nutzungsrecht in Bezug auf die Inanspruchnahme

von Steuerentlastungen auf die Grundlagen von internationalen Steuerabkommen und somit indirekt auf die Missbrauchsvorschrift BRB 1962 mit dem entsprechenden KS 1999.

³⁹ Zwhalen in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Art. 29a StHG, N 19.

⁴⁰ Kuhn/Brülisauer in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Art. 24 StHG, N 129. Vgl. z.B. § 64 Abs. 1 Ziff. 4 StG-ZH i.V.m. § 80 StG-ZH sowie Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006, § 64 N 193 ff. sowie § 80 N 1 ff.; Kantonale Steuerverwaltung Zug, Steuerbuch, Erläuterungen zu § 73 Verdecktes Eigenkapital; Kantonale Steuerverwaltung St. Gallen, St. Galler Steuerbuch, StB 97 Nr.1, Verdecktes Eigenkapital mit Verweis auf das Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997.

⁴¹ Vgl. Kreisschreiben Eidg. Steuerverwaltung Nr. 6 vom 6. Juni 1997, Ziff. 2.1.

⁴² Für Finanzgesellschaften beträgt das maximal zulässige Fremdkapital in der Regel pauschal 6/7 der Bilanzsumme (zu Verkehrswerten). Nach Praxis der Eidg. Steuerverwaltung fallen nur

grundsätzlich die Verkehrswerte der Aktiven⁴³. Werden die Kapitalisierungsregeln gemäss den Richtlinien des Kreisschreibens Nr. 6 nicht eingehalten, d. h. übersteigen die aus eigener Kraft erhältlichen fremden Mittel die Summe der vorgeschriebenen Höchstwerte, liegt verdecktes Eigenkapital vor⁴⁴.

3. Schritt: Bestimmung des zulässigen Zinsaufwandes

Sofern verdecktes Eigenkapital vorliegt, ist zu prüfen, ob der Zinsaufwand geschäftsmässig begründet ist und steuermindernd geltend gemacht werden kann⁴⁵.

Werden die Darlehen von Beteiligten in Schweizer Franken zur Verfügung gestellt, sind die Zinsregeln gemäss Rundschreiben betreffend Zinssätze in Schweizer Franken zu berücksichtigen. Wie vorne ausgeführt⁴⁶, sieht dieses Rundschreiben für solche Passivdarlehen Höchstzinssätze vor. Das Rundschreiben unterscheidet bei der Festlegung der Höchstzinssätze nach der Verwendung der Passivdarlehen. Werden diese für die Finanzierung von Liegenschaften benötigt, so kommen andere Höchstzinssätze zur Anwendung als wenn die Passivdarlehen für den Betrieb eines Unternehmens benötigt werden⁴⁷.

Werden die Darlehen in Fremdwährungen⁴⁸ zur Verfügung gestellt, sind die Regeln gemäss Rundschreiben betreffend Zinssätze in Fremdwährungen zu berücksichtigen. Dieses Rundschreiben sieht eine angemessene Verzinsung für Darlehen vor, welche von Beteiligten gewährt werden. Eine Unterscheidung anhand der Mittelverwendung entfällt jedoch. Vorbehalten bleibt aber die geschäftsmässige Begründung durch den Steuerpflichtigen, weshalb die Finanzierung in ausländischer Währung erfolgte und nicht in Schweizer Franken.

Für die Bestimmung des maximal zulässigen Zinsaufwandes wird das gemäss Schritt 2 anerkannte Fremdkapital mit dem zulässigen Zins-

satz gemäss obigen Erläuterungen multipliziert. Sofern die Gesellschaft bei den Darlehen den höchstzulässigen Zinssatz ausgeschöpft hat, ist die Methode der Ermittlung der übersetzten Zinsen klar. In diesem Fall werden die gesamten Zinsaufwendungen proportional auf das verdeckte Eigenkapital umgelegt und die auf das verdeckte Eigenkapital entfallenden Zinsen zum steuerbaren Gewinn hinzugerechnet.

Weiter enthält das Kreisschreiben in Ziff. 3.1.⁴⁹ für die Aufteilung von Schuldzinsen in all jenen Fällen eine Anleitung, in denen zwar verdecktes Eigenkapital vorliegt, die effektiven Zinssätze jedoch unter den höchstzulässigen Zinssätzen gemäss Rundschreiben liegt. Gemäss Ziff. 3.1. soll in solchen Fällen nur die Differenz zwischen den zulässigen Zinssätzen, multipliziert mit dem maximal zulässigen Fremdkapital und dem effektiv verbuchten Zinsaufwand, als geschäftsmässig nicht begründeten Aufwand aufgerechnet werden (sogenannte «Kompensationsmethode»). Es findet deshalb keine proportionale Verlegung der Zinsen auf zulässiges Fremdkapital und verdecktes Eigenkapital statt, solange der total ausgerichtete Zins nicht gleich oder höher ist als der anerkannte Zinssatz gemäss Rundschreiben für das Fremdkapital⁵⁰ multipliziert mit dem zulässigen Fremdkapital.

4. Schritt: Nachweis des Drittvergleichs

Sofern die Regeln betreffend des maximal zulässigen Fremdkapitals gemäss Kreisschreiben Nr. 6 nicht eingehalten werden, steht dem Steuerpflichtigen grundsätzlich der Nachweis des Drittvergleichs offen⁵¹. Gelingt der Nachweis des Drittvergleichs, ist eine abweichende Kapitalisierung der Gesellschaft möglich.

5. Schritt: Nichteinhaltung der Regeln/Scheitern des Nachweises des Drittvergleichs

Sofern entweder die Regeln betreffend das maximal zulässige Fremdkapital oder die Regeln

betreffend den maximal abzugsfähigen Zinsaufwand nicht eingehalten werden und der Nachweis des Drittvergleichs der Finanzierung nicht gelingt, ergeben sich die nachfolgenden Steuerfolgen für die Steuerpflichtigen: Das verdeckte Eigenkapital (überschüssendes Fremdkapital) wird zum steuerbaren Eigenkapital hinzugerechnet. Der Teil des Zinsaufwandes, welcher den maximal zulässigen Zinsaufwand gemäss vorgenannten Bestimmungen überschreitet, qualifiziert als geldwerte Leistung

(geschäftsmässig nicht begründeter Aufwand) gemäss Art. 58 Abs. 1 Bst. b DBG und führt zu einer entsprechenden Erhöhung des steuerbaren Reingewinns⁵². Solche geldwerte Leistungen unterliegen ferner gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b VStG und Art. 20 Abs. 1 VStV der Verrechnungssteuer von 35%⁵³.

bankähnliche Finanzgesellschaften darunter, also Gesellschaften, welche faktisch das Bankgeschäft ausüben.

⁴³ Aus verwaltungsökonomischen Gründen gehen die Veranlagungsbehörden normalerweise von den Gewinnsteuerwerten aus (der Nachweis höherer Verkehrswerte kann jedoch vom Steuerpflichtigen beigebracht werden, vgl. Kreisschreiben Eid. Steuerverwaltung Nr. 6 vom 6. Juni 1997, Ziff. 2.1.).

⁴⁴ Im Umkehrschluss kann infolgedessen abgeleitet werden, dass – sofern die Bestimmungen des Kreisschreibens Eid. Steuerverwaltung Nr. 6 vom 6. Juni 1997 eingehalten wurden (Prozentsätze) – im Sinne einer Safe-Haven-Lösung kein verdecktes Eigenkapital vorliegt.

⁴⁵ Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG und Art. 65 DBG.

⁴⁶ Siehe Ziff. 2.1.

⁴⁷ Bei Liegenschaftskrediten wird in Analogie zu den Banken die Zinshöhe unterteilt in Zinssätze für eine erste Hypothek (bis 2/3 des Verkehrswertes), und einen Zinssatz für den Rest (zweite Hypothek). Sodann wird bei den Betriebskrediten eine Unterscheidung betreffend Zinssätze anhand der Qualifikation als Handels- bzw. Fabrikationsunternehmen oder als Holding- bzw. Vermögensverwaltungsgesellschaft vorgenommen.

⁴⁸ Die publizierten Zinssätze beruhen gemäss Rundschreiben auf der Rendite von langfristigen Anlagen wie Industrieobligationen und dergleichen.

⁴⁹ Diese Bestimmung basiert auf dem BGE 106 Ib 320.

⁵⁰ Vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A. Zürich 2006, §64 N 153.

⁵¹ Vgl. Kreisschreiben Eid. Steuerverwaltung Nr. 6 vom 6. Juni 1997, Ziff. 2.1. letzter Satz: «Der Nachweis, dass die konkrete Finanzierung dem Drittvergleich standhält, bleibt vorbehalten.»

⁵² Art. 65 DBG versteht sich als Ergänzung zu Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG. Art. 65 DBG bietet die gesetzliche Grundlage, um – zusätzlich zu den übersetzten Zinsen auf dem anerkannten Fremdkapital, welche bereits nach Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG als geschäftsmässig nicht begründeter Aufwand erfasst werden – auch die marktconformen Zinsen aufrechnen zu können, sofern sie auf übersetztes Fremdkapital bzw. verdecktes Eigenkapital entfallen (Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 65 DBG N 8).

⁵³ Die Verrechnungssteuer ist gemäss den Rundschreiben spontan mit Formular 102 zu deklarieren. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer hängt in der Folge vom Empfänger der geldwerten Leistung ab. Zudem ist die Verrechnungssteuer auf den Empfänger zu überwälzen. Sofern dies nicht geschieht, ist die Verrechnungssteuer ins Hundert umzurechnen. Auf die Problematik der kollektiven Mittelbeschaffung im Sinne des Vorliegens von Obligationen im Verrechnungssteuerrecht (vgl. S-02.122.1 der Eid. Steuerverwaltung vom April 1999 betreffend Obligationen und Kreisschreiben Eid. Steuerverwaltung Nr. 12 «Umsatzabgabe» vom 20. Dezember 2005) wollen wir in diesem Artikel nicht weiter eingehen.

2.2.3 Offene Fragen zum Kreisschreiben Nr. 6

In Analogie zu den Rundschreiben betreffend Verzinsung von Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten wird auch im Kreisschreiben Nr. 6 nicht erläutert, welche Anforderungen an den Nachweis des Drittvergleichs zu stellen sind.

Zudem sind all jene Fälle nicht geregelt, bei welchen die Beteiligten Darlehen teils in Fremdwährungen, teils in Schweizer Franken zur Verfügung stellen und gleichzeitig verdecktes Eigenkapital vorliegt. Insbesondere ist in diesen Fällen unklar, wie die auf das verdeckte Eigenkapital entfallenden Schuldzinsen ermittelt werden sollen. Gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung werden in diesen Fällen die maximal zulässigen Schulden von der Aktivseite ausgehend ermittelt. In einem nächsten Schritt werden die maximal zulässigen Schulden proportional im Verhältnis der Schulden in Fremdwährungen zu den Schulden in Schweizer Franken aufgeteilt und die Schuldzinsen entsprechend berechnet⁵⁴.

Schliesslich lässt das Kreisschreiben auch die Frage offen, wie zu verfahren ist, wenn unterschiedliche Beteiligte Fremdkapital zur Verfügung stellen und verdecktes Eigenkapital vorliegt. Insbesondere ist unklar, welcher Beteiligte nun Empfänger der geldwerten Leistung ist⁵⁵.

2.3 Zusammenfassung

Die Steuerfolgen beim Zusammenwirken der Rundschreiben betreffend Safe-Haven-Zinssätze im Zusammenhang mit Darlehen von Beteiligten/an Beteiligte und betreffend verdecktem Eigenkapital können schematisch wie folgt zusammengefasst werden (siehe Tabelle auf der nächsten Seite):

3 Auslegung der gesetzlichen Grundlagen/Praxis

3.1 Die Mittelbeschaffung (EK/FK)/ Passivseite

Da unsere Ausführungen einzig auf die Mittelbeschaffung durch Aufnahme von Fremdkapital (sog. Fremdfinanzierung) fokussieren, soll auf die Mittelbeschaffung via Erhöhung des Eigenkapitals (sog. Eigenfinanzierung) nicht näher eingegangen werden. Die Mittelbeschaffung durch Aufnahme von Darlehen, welche von echten (unabhängigen) Dritten gewährt werden, ist aus steuerlicher Sicht grundsätzlich unbedenklich, da die der Kreditgewährung zugrunde liegenden Konditionen den marktüblichen Verhältnissen entsprechen. Deshalb ist diese Form der Mittelbeschaffung ebenfalls nicht Gegenstand unserer Ausführungen.

⁵⁴ Beispiel:

Beteiligungen zum Verkehrswert	1000
Maximal zulässiges Fremdkapital gem. KS 6 vom 6. Juni 1997 (70%)	700
Effektives Fremdkapital gemäss Bilanz (davon 50% in Fremdwährung)	800
Maximal zulässige Schuldzinsen:	
– Verzinsung nach Rundschreiben CHF für	350
– Verzinsung nach Rundschreiben Fremdwährungen für	350

Die so ermittelten maximal zulässigen Schuldzinsen werden den effektiven Zinsen gegenübergestellt. Die Differenz zwischen den maximal zulässigen und den effektiven Schuldzinsen qualifiziert als geldwerte Leistung.

⁵⁵ In Analogie zur Berechnung der maximal zulässigen Schuldzinsen (bei Vorliegen von Fremdwährungs- und Schweizer-Franken-Darlehen) könnte auch der Leistungsempfänger der geldwerten Leistung bestimmt werden.

		Effektiver Zinssatz niedriger als Safe-Haven-Zinssatz der Eidg. Steuerverwaltung	Effektiver Zinssatz entspricht dem Safe-Haven-Zinssatz der Eidg. Steuerverwaltung	Effektiver Zinssatz höher als Safe-Haven-Zinssatz der Eidg. Steuerverwaltung
Passivdarlehen von Beteiligten	Effektives Fremdkapital von Beteiligten niedriger als maximal zulässiges Fremdkapital gemäss Eidg. Steuerverwaltung	i. O., allenfalls Problematik der verdeckten Kapitaleinlage ⁵⁶	i. O.	Steuerfolgen in Abhängigkeit zum Sachverhalt ⁵⁷
	Effektives Fremdkapital von Beteiligten entspricht dem maximal zulässigen Fremdkapital gemäss Eidg. Steuerverwaltung	i. O., allenfalls Problematik der verdeckten Kapitaleinlage ⁵⁶	i. O.	Verdeckte Gewinnausschüttung
	Effektives Fremdkapital von Beteiligten höher als maximal zulässiges Fremdkapital gemäss Eidg. Steuerverwaltung	Steuerfolgen in Abhängigkeit zum Sachverhalt ⁵⁷	Verdeckte Gewinnausschüttung	Verdeckte Gewinnausschüttung
Aktivdarlehen an Beteiligte	Ohne Fremdmittelaufnahme oder mittels Eigenkapital oder unverzinslichem Fremdkapital finanziert	Verdeckte Gewinnausschüttung	i. O.	i. O.
	Mittels verzinslichem Fremdkapital finanziert und Zinsmarge berücksichtigt	Verdeckte Gewinnausschüttung	i. O.	i. O.

⁵⁶ Gemäss Praxis kann im Verzicht auf eine angemessene Verzinsung (bzw. Nicht-Verzinsung) eine verdeckte Kapitaleinlage erblickt werden mit allfälligen Auswirkungen auch auf die Gestehungskosten der Beteiligung. Siehe Reich/Neuhaus in: ISIS Seminar «Besteuerung von Aktiengesellschaft und Aktionär» vom 20./21. Januar 2003 in Davos, sowie Nefzger/Ryser in: ISIS Seminar «Aktuelle Entwicklungen und Probleme im schweizerischen

Unternehmenssteuerrecht» vom 30./31. Januar 2006 in Flims.

⁵⁷ Keine Steuerfolgen, sofern die effektiv bezahlten Fremdkapitalzinsen tiefer ausfallen als das maximal zulässige Fremdkapital multipliziert mit dem höchstzulässigen Fremdkapitalzinssatz gemäss Rundschreiben der Eidg. Verwaltung. Andernfalls liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

Erfolgt jedoch die Mittelaufnahme durch Fremdkapital, welches von Beteiligten zur Verfügung gestellt wird, so stellen sich regelmässig eine ganze Reihe von steuerlichen Fragen⁵⁸. Nachfolgend werden diese einzelnen Fragestellungen anhand von vereinfachten Grundsachverhalten aufgezeigt und anschliessend eingehend diskutiert.

3.1.1 Ungesicherte Passivdarlehen

Gemäss unserer Erfahrung wird ein überwiegender Teil der Darlehen von Beteiligten in Form ungesicherter Darlehen gewährt. Die Beteiligten stellen den Gesellschaften üblicherweise flüssige Mittel entweder verzinslich oder unverzinslich zur Finanzierung der betrieblichen Aktivitäten unbedingte zur Verfügung.

Vorliegend wird unterstellt, dass die Gesellschaft die Passivdarlehen von Beteiligten vorerst ausschliesslich für ihre eigene operative Tätigkeit nutzt. Deshalb gehen wir davon aus, dass in unseren ersten Betrachtungen das zur Verfügung gestellte Fremdkapital nicht dazu verwendet wird, Darlehen an Beteiligte zu gewähren.

Bei der steuerlichen Beurteilung solcher einfacher Darlehensverhältnisse stehen in der Regel die folgenden Prüffragen im Vordergrund:

- Handelt es sich bei den bezahlten Darlehenszinsen allenfalls um überhöhte Zinsen (demzufolge Nichteinhaltung der Rundschreiben für Zinssätze in Schweizer Franken bzw. in Fremdwährungen)?
- Sind die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital eingehalten?

Betreffend Frage des zulässigen Fremdkapitals respektive Zinsaufwandes verweisen wir grundsätzlich auf unsere obigen Ausführungen⁵⁹.

Wird eine verdeckte Gewinnausschüttung seitens der Steuerverwaltung angenommen, sei es aufgrund der Überschreitung der in den erwähnten Rundschreiben stipulierten «Safe Haven»-

Regeln, sei es aufgrund der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital im Kreisschreiben Nr. 6 oder in Kombination beider Bestimmungen, so kann dies vor allem aufgrund der verrechnungssteuerlichen Konsequenzen im grenzüberschreitenden Verkehr erhebliche unliebsame steuerliche Folgen zeitigen⁶⁰. Im innerschweizerischen Sachverhalt lassen sich die allfälligen Verrechnungssteuerfolgen grundsätzlich mittels Meldeverfahren erledigen, weshalb in diesen Fällen die Steuerfolgen bei den direkten Steuern im Vordergrund stehen⁶¹.

Vielfach bemüht sich die ausländische Konzernmutter als Darlehensgeberin, den Zinssatz nach möglichst marktüblichen Kriterien unter Zuhilfenahme von LIBOR-, EURIBOR- oder ähnlichen Referenzzinssätzen plus einen Aufschlag von in der Regel 0,5% bis 2,5% festzulegen. Damit soll erreicht werden, dass in allen beteiligten Ländern möglichst marktgerechte, einfach zu ermittelnde und OECD-konforme Zinssätze in Anwendung gebracht werden können. Auch wenn sich diese Zinssätze an gewissen marktüblichen Standardwerten orientieren, reichen die so ermittelten Zinssätze nicht aus, den Nachweis der Marktüblichkeit, wie er von der Eidg. Steuerverwaltung gefordert wird, zu erbringen. Die Eidg. Steuerverwaltung betrachtet solche Zinssätze deshalb regelmässig als nicht marktgerecht, weshalb die etwas kruden Safe-Haven-Regeln der Eidg. Steuerverwaltung im internationalen Verhältnis meist auf Unverständnis stossen.

Eine von den in den Rundschreiben anwendbaren Zinssätzen abweichende Zinsregelung ist zwar denkbar, muss aber durch den Steuerpflichtigen der Eidg. Steuerverwaltung mittels entsprechendem Nachweis einer unabhängigen Bank-Offerte belegt werden⁶². Gemäss unseren Erfahrungen ist es jedoch in der Praxis faktisch unmöglich, die Anforderungen der Eidg. Steuerverwaltung betreffend Bankofferte genügend zu erfüllen, weshalb der Nachweis regelmässig

scheitern wird. Die Problematik hierbei ist, dass es sich als äusserst schwierig gestaltet, eine Bank zur Vornahme der entsprechenden Bonitätsprüfungen – welche als unverzichtbare Prozedur im Rahmen einer verbindlichen Offertstellung notwendig ist – zu motivieren, wenn von Vornherein feststeht, dass ein Bankdarlehen ausser Diskussion steht.

3.1.2 *Passivdarlehen mittels Garantieabgabe*

Vielfach werden Darlehen nur dann gewährt, wenn der Darlehensnehmer entsprechende Garantien leistet. Sofern Garantien im Rahmen von Finanzierungen mit Drittparteien (unabhängigen Dritten) zu leisten sind, ist die Stellung solcher Garantien Teil der Kreditvereinbarung und wird nicht separat entschädigt, vielmehr fließt diese Garantiestellung in die Festlegung

der Zinskonditionen (d. h. der Risikoadjustierung) ein.

Verfügt die Darlehen nehmende Gesellschaft nicht über entsprechende Sicherheiten, können solche Sicherheiten bzw. Garantien von anderen Gruppengesellschaften bestellt werden.

Sofern die Bestellung der Garantien durch eine Gruppengesellschaft nicht entsprechend entschädigt wird, liegt gemäss Rechtsprechung gemeinhin eine geldwerte Leistung vor⁶³.

In diesen Konstellationen stellt sich immer wieder die Frage nach der angemessenen Höhe der Garantiegebühr (bzw. für die Stellung von Sicherheiten). Die Garantiegebühr soll in erster Linie eine Entschädigung für das eingegangene Verlustrisiko darstellen.

Im Falle der Stellung von Sicherheiten durch Pfandbestellung (Schuldbriefe auf Liegenschaften) entschied die Steuerrekurskommission des Kantons Zürich, dass die marktübliche Ent-

⁵⁸ Im Wesentlichen stellt sich die Frage, ob die Konditionen der Kreditgewährung bezüglich Ausmass der Darlehensgewährung, vereinbartem Fremdkapitalzinssatz sowie Rückbezahlungsmodalitäten als auch bezüglich allfälliger Garantien von einem unabhängigen Dritten in derselben Weise gewährt worden wären.

⁵⁹ Siehe dazu Ziff. 2.1.

⁶⁰ Sofern anwendbar, kann der ausländische Empfänger der geldwerten Leistung (d. h. der Darlehensgeber) in der Regel eine vollständige oder teilweise Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer gemäss Doppelbesteuerungsabkommen respektive Zinsbesteuerungsabkommen verlangen. Die Beurteilung, ob allenfalls eine missbräuchliche Rückerstattung an einen ausländischen Empfänger vorliegt, richtet sich jedoch nach den intern-rechtlichen Vorschriften. Betreffend Rückerstattungspraxis sei hier statt vieler auf den Artikel von Osterhelt/Winzap, Abkommensmissbrauch: Dänemark-Entscheid zum Treaty-Shopping, Der Schweizer Treuhänder 10/06, 773 ff. verwiesen.

Zudem hängt eine allfällige Rückerstattung auch davon ab, in welchem Verhältnis der Darlehensgeber zum schweizerischen Darlehensnehmer steht (Aktionär oder nahe stehende Person).

⁶¹ Vgl. Weiterbildungskurs der Eidg. Steuerverwaltung in Schwarzenburg 2000, Theoretische Grundlagen, 20 ff.

⁶² Siehe hiezu unsere Ausführungen in Ziff. 2.1.4.

⁶³ Vgl. Entscheid der ZH Steuerrekurskommission I vom 23.11.2000 (1 ST.1997.196) bezüglich einer Gewinnvorwegnahme durch (Dritt-)Pfandbestellung unter verbundenen Unternehmen. Die Steuerrekurskommission I des Kantons Zürich entschied dabei, dass – wenn eine Tochtergesellschaft auf ihren Liegenschaften einen Namensschuldbrief errichtet und diesen der Muttergesellschaft unentgeltlich überlässt – darin eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt. Die im Drittvergleich geschuldete Pfandbestellungskommission, die bei der leistenden Gesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung ertrags erhöhend zu berücksichtigen ist, stellt dabei in erster Linie eine Entschädigung für das eingegangene Verlustrisiko dar (in StE 18 2001 H. 4/5 B72.13.22 Nr. 40).

schädigung dem «Credit Spread» entspreche⁶⁴. Gemäss einem Entscheid vom 26. April 2006 des Bundesgerichts entspricht die Garantiegebühr für die Pfandbestellung unter verbundenen Unternehmen 1,2%⁶⁵.

Abliessend kann festgehalten werden, dass – sofern Sicherheiten von Konzerngesellschaften gewährt werden – dieses Verlustrisiko entsprechend entschädigt werden muss, um nicht Gefahr zu laufen, die Folgen einer geldwerten Leistung zu vergegenwärtigen.

3.1.3 Grundpfandgesicherte Forderungen im Speziellen

Sofern Darlehen mittels Grundpfand oder Faustpfand abgesichert werden, ist zu beachten, dass – sofern es sich beim Darlehensgeber um eine im Ausland ansässige Person handelt – gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c DBG eine Quellensteuer geschuldet ist⁶⁶. Die Durchsetzbarkeit der Quellensteuererhebung im internationalen Verhältnis beurteilt sich nach einem allfällig anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen⁶⁷.

3.2 Die Mittelverwendung/Aktivseite

Werden aktivseitig Darlehen an Beteiligte gewährt, so stehen die folgenden steuerrechtlichen Fragen im Vordergrund:

- Handelt es sich bei den verrechneten Darlehenszinsen allenfalls um zu tiefe Zinsen?
- Wie wird das Aktivdarlehen finanziert?

Werden Zinsen für Darlehen an Beteiligte verrechnet, die tiefer sind als die in den entsprechenden Rundschreiben zur Verzinsung von Darlehen minimal geforderten Zinssätze, so liegt grundsätzlich eine verdeckte Gewinnausschüttung an den Beteiligten vor mit den entsprechenden Steuerfolgen auf Ebene der Gewinnsteuern und der Verrechnungssteuer⁶⁸.

Im Gegensatz zu den Passivdarlehen hängt die Höhe der angemessenen Verzinsung von Aktivdarlehen nicht nur von den in den Rundschreiben vorgesehenen Safe-Haven-Zinssätzen ab. Es ist für eine angemessene Verzinsung zudem zu überprüfen, ob das an die Beteiligten gewährte Darlehen von der steuerpflichtigen Gesellschaft mittels Eigen- oder Fremdkapital finanziert worden ist.

Bei einer reinen Eigenkapitalfinanzierung ist auf die in den Rundschreiben geforderten Zinssätze für Darlehen an Beteiligte abzustützen und es sind keine weiteren Vorschriften zu berücksichtigen. Bei einer reinen Fremdfinanzierung sind nebst den Selbstkosten für die Fremdmittelaufnahme zudem die Zinsmargen der Rundschreiben zu berücksichtigen⁶⁹. Daneben schreiben im Falle einer unverzinslichen oder niedrigverzinslichen Fremdfinanzierung von Aktivdarlehen sowohl das Rundschreiben für die Verzinsung von Darlehen in Schweizer Franken wie auch dasjenige in Fremdwährungen explizit eine Mindestverzinsung vor⁷⁰, da die Selbstkosten auch unter Berücksichtigung der Zinsenmarge in solchen Fällen vielfach unter den Mindestzinssätzen liegen. Die Rundschreiben lassen jedoch die Frage offen, wie die Regeln anzuwenden sind, wenn die Finanzierung nur teilweise über das Fremdkapital erfolgt. Ebenfalls keine Lösung findet man in all jenen Konstellationen, wo die Fremdkapitalaufnahme teils in Schweizer Franken, teils in Fremdwährung erfolgt. Schliesslich bleibt auch die Frage ungeklärt, wie zu verfahren ist, wenn die Fremdkapitalaufnahme in Fremdwährung, die Darlehensgewährung an Beteiligte hingegen in Schweizer Franken erfolgt.

Angesichts des Umstandes, dass die Rundschreiben für Fälle einer gemischten Finanzierung keine Richtlinien enthalten, vertreten wir hier die Ansicht, dass in solchen Fällen grundsätzlich eine Mischrechnung zu einem sachgerechten Ergebnis führt⁷¹. Für den aus Eigenkapital finan-

zierten Anteil des Aktivdarlehens ist der in den Rundschriften verlangte Zinssatz für Aktivdarlehen an Beteiligte anzuwenden. Beim aus Fremdkapital finanzierten Anteil sind indes die Selbstkosten plus eine Zinsmarge von 0,5% (respektive 0,25% für Darlehen in Schweizer Franken über CHF 10 Mio.) zu berücksichtigen. Werden die nun ermittelten Zinssätze im Verhältnis des für das Aktivdarlehen benötigten Eigenkapitals respektive Fremdkapitals gewichtet, so erhält man

einen Zinssatz, der einem objektivierten Drittvergleich durchaus standhält. Gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung wird hingegen keine Mischrechnung akzeptiert, vielmehr erfolgt die Bestimmung des anwendbaren Aktivzinssatzes stufenweise basierend auf der Finanzierung der Gesellschaft, wobei das verzinsliche Darlehen von unabhängigen Dritten zuerst berücksichtigt wird, gefolgt von verzinslichen Darlehen von Beteiligten und schliesslich der Eigenkapitalisierung⁷².

⁶⁴ Gemäss Entscheid der ZH Steuerrekurskommission I vom 23.11.2000 bemisst sich die Pfandbestellungskommission annäherungsweise nach dem sogenannten «credit spread». Dieser errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Zinssatz für ungedeckte Geschäftskredite und demjenigen für Althypotheken. Der Drittvergleich, bzw. die Argumentation der Steuerrekurskommission, basierte auf einem Gutachten, das sich auf von der ZKB verwendete Daten stützte. Vgl. hierzu auch Entscheid der Eidg. Steuerrekurskommission vom 17.4.2001 (CRC 2000-071) sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 3. Mai 2002 (FI 01/0081).

⁶⁵ Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 26. April 2006 (2P.338/2004; 2A.757/2004/svc). Pikant an diesem Entscheid war der Umstand, dass im Verhältnis des auf Stufe der Tochtergesellschaft bestehenden verdeckten Eigenkapitals zum Gesamtkapital multipliziert mit dem Nominalwert des Grundpfands die geldwerte Leistung erblickt wurde (d. h. die Pfandbestellungskommission von 1,2% wurde auf den Betrag des weitergegebenen Grundpfands alloziert, der durch verdecktes Eigenkapital finanziert wurde).

⁶⁶ Vgl. Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 5 DBG N 8.

⁶⁷ Grundpfandrechtl. gesicherte Forderungen gelten im Rahmen von DBA grundsätzlich als bewegliches Vermögen, dessen Besteuerung ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zur Besteuerung zugewiesen wird, vgl. Brülisauer/Kuhn in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 5 DBG N 16.

⁶⁸ Siehe hierzu Lissi, Alberto, Steuerfolgen von Gewinnausschüttungen schweizerischer Kapitalgesellschaften im internationalen Konzernverhältnis, 23 ff.

⁶⁹ Siehe dazu vorne unter Ziff. 2.1.2.

⁷⁰ Siehe dazu z. B. Rundschriften «Zinssätze 2008 für die Berechnung der geldwerten Leistungen» vom 1. Februar 2008, Ziff. 1, beziehungsweise Rundschriften vom 28. März 2007 betreffend «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2007 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen», Ziff. 1.2.

⁷¹ Siehe hierzu auch Verwaltungsgerichtsurteil des Kantons Graubünden, GRU A 02 38 vom 28. August 2002 publ. in: ZGRG 22 2003 H.1, 32–34.

⁷² Beispiel a:

Vorschuss an Beteiligte	300
– aus Eigenkapital finanziert	100
– aus Fremdkapital von Dritten zum Zinssatz von 6% finanziert	100
– aus Fremdkapital von Beteiligten zum Zinssatz von 4,5% finanziert	100
Erforderliche Mindestverzinsung für den Vorschuss an Beteiligte	
– 3,25% auf Anteil Eigenkapital	100
– 6,5% auf Anteil Fremdkapital von Dritten	100
– 5% auf Anteil Fremdkapital von Beteiligten	100
Beispiel b:	
Vorschuss an Beteiligte	300
– aus Eigenkapital finanziert	200
– aus Fremdkapital von Dritten zum Zinssatz von 6% finanziert	200
– aus Fremdkapital von Beteiligten zum Zinssatz von 4,5% finanziert	200
Erforderliche Mindestverzinsung für den Vorschuss an Beteiligte	
– 6,5% auf Anteil Fremdkapital von Dritten	200
– 5% auf Anteil Fremdkapital von Beteiligten	100

Erfolgt die Finanzierung eines Aktivdarlehens durch Fremdkapital, welches sich teils aus Darlehen in Schweizer Franken, teils aus Darlehen in Fremdwährungen zusammensetzt, so führt unseres Erachtens ebenfalls eine Mischrechnung zu einem sachgerechten Resultat. Damit hat man für diejenige Gesellschaft eine marktgerechte Lösung gefunden, welche die Aktivdarlehen an Beteiligte gewährt. Die Ermittlung des angemessenen Zinssatzes in diesen Fällen kann jedoch bei derjenigen Gesellschaft zu steuerlichen Problemen führen, welche Empfängerin des Darlehens ist. Handelt es sich dabei um eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft, so kann unter Umständen der durch die Mischrechnung berechnete Zinssatz bereits die Maximalwerte der in Schweizer Franken erfolgten Darlehen übersteigen. Dies in all jenen Fällen, wo gewährte Aktivdarlehen in Schweizer Franken zu einem Grossteil durch höherverzinsliches Fremdkapital von Beteiligten in Fremdwährungen refinanziert wurden. Für solche komplexeren Finanzierungs-konstellationen, welche im Konzernverbund durchaus üblich sind, stossen die Rundschreiben der Eidg. Steuerverwaltung an Grenzen und es muss – wie im nachfolgenden Abschnitt aufgezeigt wird – eine einvernehmliche Lösung mit der Eidg. Steuerverwaltung gesucht werden.

3.3 Die Entschädigung für die Mittelbeschaffung/Mittelverwendung

3.3.1 Grundsatz

Refinanziert sich eine Gesellschaft bei der Gewährung von Darlehen an Beteiligte mittels Aufnahme von Fremdkapital, so steht die Frage nach einer marktüblichen Entschädigung für solche Finanzdienstleistungen im Vordergrund. Grundsätzlich hat die Entschädigung

an eine Gesellschaft als Gegenleistung für die Gewährung eines Darlehens die Selbstkosten und die Erzielung einer bestimmten Rendite abzudecken, wobei auch hier der Marktpreis als objektiver Massstab gilt. Wie bereits das Bundesgericht am 11. Dezember 1981 im «Bellatrix»-Entscheid statuiert hat⁷³, soll es jedoch hierbei aus steuerlicher Sicht nicht darum gehen, dass ein bestimmter Sollgewinn besteuert, sondern dass ein objektiver Massstab für die Beurteilung des Vergleichspreises herangezogen wird.

Sowohl das Rundschreiben betreffend Verzinsung in Schweizer Franken als auch dasjenige betreffend Fremdwährung sehen für solche Entschädigungen zur Vereinfachung des Drittvergleichs «Safe Haven»-Regeln vor. Grundsätzlich hat die Zinsenmarge sowohl für Darlehen in Schweizer Franken als auch für solche in Fremdwährungen gemäss den Rundschreiben zur Verzinsung von Darlehen an Beteiligte 0,5% zu betragen, mit einer Ausnahme: Bei Darlehen in Schweizer Franken, welche höher als CHF 10 Mio. ausfallen, reduziert sich die Marge auf 0,25%. Werden diese Richtlinien nicht unterschritten, so gilt die Leistung als marktkonform, d. h. die Gesellschaft hat grundsätzlich nicht mit einer steuerlichen Korrektur zu rechnen.

3.3.2 Finanzierungen im Konzernverbund

Solange Finanzierungsflüsse im Konzernverbund lediglich über eine inländische Gesellschaftsstufe erfolgen, können die schematischen Weisungen der Eidg. Steuerverwaltung grundsätzlich problemlos angewendet werden, um den Anforderungen an eine marktübliche Verzinsung (gemäss Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung) zu genügen.

Erfolgt jedoch die Finanzierung im Konzernverbund über mehrere schweizerische Gruppengesellschaften, so werden die Safe-Haven-Zins-

⁷³ BGE 107 Ib 325 ff.

sätze infolge der Kumulierung der erforderlichen Zinsmarge auf jeder Gesellschaftsstufe rasch überschritten, und geldwerte Leistungen mit den entsprechenden Steuerfolgen werden bei einer engen Auslegung der Rundschreiben unweigerlich resultieren. In solchen Konstellationen führen die entsprechenden Rundschreiben aufgrund der künstlich in die Höhe getriebenen Zinsenmargen nicht mehr zu sachgerechten Resultaten. Werden die Darlehen am Ende der Finanzierungskette ins Ausland gewährt, so sind dann vielfach zu hohe, unrealistische Zinssätze dem ausländischen Beteiligten in Rechnung zu stellen, welcher diese wiederum nicht vollständig in Abzug bringen kann.

Ebenfalls kein Lösungsansatz hinsichtlich der Handhabung der Zinssätze und -margen findet sich in den Rundschreiben für eine Gesellschaft, wenn die von ihr ursprünglich gewährten Darlehen am Ende einer über mehrere inländische Gesellschaftsstufen reichende Finanzierungskette wiederum an sie gewährt werden.

Zu einem sachgerechten Ergebnis kann in solchen Fällen eine konsolidierte Betrachtungsweise führen. Die Zinsenmarge soll nicht bei jeder involvierten inländischen Gesellschaft erhoben werden, sondern insgesamt – über alle Gruppengesellschaften hinweg – lediglich einmal. Eine konsolidierte Betrachtungsweise soll jedoch nur dann zulässig sein, wenn die Konnexität der Finanzierungsströme eindeutig gegeben und auch nachvollziehbar ist.

4 Ein Blick über die Grenzen

Einen Blick auf die Regeln betreffend die Fremdfinanzierung und deren Verzinsung von einigen ausgewählten EU-Staaten soll der folgende Abschnitt werfen. Die Erläuterungen beschränken sich jeweils auf die Grundzüge der länderspezifischen Regelungen von mit der Schweiz vergleichbaren Staaten und sollen summarisch auf-

zeigen, wie andere Länder mögliche steuerliche Problemstellungen, welche sich typischerweise aus der gruppeninternen Fremdfinanzierung von Gesellschaften ergeben, regeln.

4.1 Österreich

4.1.1 Regeln für die Verzinsung

Die Verzinsung von Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten hat zu marktüblichen Sätzen zu erfolgen. Betreffend Höhe der Zinssätze kennt Österreich keine Safe-Haven-Regeln.

4.1.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital

Grundsätzlich kennt Österreich den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit. Deshalb ist der Steuerpflichtige grundsätzlich in der Wahl der Mittel, mit denen er den Betrieb führt, frei. Es bestehen deshalb auch keine spezialgesetzlichen Regelungen zur Fremdfinanzierung bzw. bezüglich verdecktes Eigenkapital. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof hat jedoch in einigen Erkenntnissen ausgesprochen, dass bei Kapitalgesellschaften unter besonderen Umständen – wenn das zur Verfügung gestellte Fremdkapital offensichtlich und objektiv den wirtschaftlichen Zweck erfüllt, Eigenkapital zu ersetzen – eine Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen in verdecktes Eigenkapital vorgenommen wird. An die Finanzbehörden sind jedoch für die ihr obliegende Beweisführung sehr strenge Anforderungen gestellt. Der Gesamtbetrag der Schuldzinsen auf die Darlehensvaluta (die als verdecktes Eigenkapital qualifiziert wird) wird als verdeckte Ausschüttung behandelt. Eine Aufteilung der Zinszahlungen in einen fremdüblichen Betrag und in einen durch die Anteilsinhaberschaft veranlassten Betrag kommt nicht in Betracht. Die Rückzahlung der Darlehensvaluta stellt eine

Einlagenrückzahlung dar. Für die Umqualifizierung eines Darlehens in verdecktes Eigenkapital ist die Fremdüblichkeit der Ausgestaltung des Darlehensvertrages massgeblich. Nach der älteren Judikatur waren auch z. B. das Ausmass der Kreditwürdigkeit und die Eigenkapitalquote im Vergleich zum Branchendurchschnitt wichtige Indizien. Aufgrund des Grundsatzes der Finanzierungsfreiheit sind der österreichische Verwaltungsgerichtshof und die Verwaltungsanweisungen an die Abgabenbehörden jedoch sehr zurückhaltend bei der Beurteilung, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt.

4.2 Niederlande

4.2.1 Regeln für die Verzinsung

Die Höhe der Zinssätze richtet sich grundsätzlich nach dem «dealing at arm's length»-Prinzip, d. h. nach den gültigen Marktzinssätzen. Entsprechende Safe-Haven-Regeln im Bereich der Zinssätze kennen die Niederlande nicht. Gemäss Praxis der niederländischen Finanzbehörden wird eine Zinsmarge – im Falle der Finanzierung von Aktivdarlehen durch Passivdarlehen – im Umfang von 0,125% (\pm 0,05% bis 0,15%) im Normalfall steuerlich akzeptiert⁷⁴.

Die im Zusammenhang mit der Unternehmenssteuerreform 2007 eingeführte sogenannte «interest box»⁷⁵ unterliegt derzeit immer noch der Überprüfung durch die EU-Kommission und wurde deshalb sistiert.

4.2.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital

In den Niederlanden wurden aufgrund des EuGH-Urteils zur Rechtssache Bosal⁷⁶ erstmals Regelungen zur Fremdkapital/Eigenkapital-Ausstattung von Gesellschaften eingeführt, sofern die Fremdfinanzierung von Beteiligten erfolgt⁷⁷,

welche zumindest einen Anteil von 33,3% hält. Die Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen von unabhängigen Dritten bleibt von diesen Regelungen unberührt⁷⁸.

Ausgangspunkt der niederländischen Kapitalisierungsregeln bildet das maximal zulässige Verhältnis zwischen Fremdkapital und Eigenkapital von 3:1 (sogenannter Safe-Haven-Test). Überschreitet das Fremdkapital (von Beteiligten) dieses Verhältnis, können die überschüssenden Zinsen steuerlich nicht geltend gemacht werden. Zudem besteht eine Freigrenze von EUR 500 000, d. h. Fremdkapitalzinsen auf Darlehen, welche das Verhältnis von 3:1 bis zur Höhe von maximal EUR 500 000 (von Beteiligten) überschreiten⁷⁹, werden grundsätzlich dennoch zum Abzug zugelassen⁸⁰. Die Zinsen auf dem überschüssenden Fremdkapital werden sodann steuerlich grundsätzlich nicht zum Abzug zugelassen. Das Fremdkapital/Eigenkapital-Verhältnis wird auf jährlicher Basis berechnet als arithmetischer Mittelwert (nicht gewichtet) zu Beginn und am Ende der Steuerperiode. Allerdings gilt es zu beachten, dass – sofern ebenfalls Darlehen an nahestehende Gesellschaften gewährt werden – nur diejenigen Zinsen auf dem überschüssenden Fremdkapital nicht abzugsfähig sind, welche nicht durch Zinserträge auf Darlehen von nahestehenden Gesellschaften kompensiert werden. Sofern die oben erwähnten Regeln nicht eingehalten werden, die Gesellschaft Teil eines Konzerns im Sinne des niederländischen Gesellschaftsrechts⁸¹ ist (d. h. die Gesellschaften werden aufgrund eines Organschaftsverhältnisses steuerlich wie ein einziges Unternehmen behandelt) und eine Unterkapitalisierung vorliegt kann alternativ ein «Group Ratio»-Test vorgenommen werden. Bei dem «Group-Ratio-Test» wird die konsolidierte Bilanz der Unternehmensgruppe, zu der die Gesellschaft gehört, zugrunde gelegt. Überschüssiges Fremdkapital liegt nur insoweit vor, als das Fremdkapital/Eigenkapital-

Verhältnis der einzelnen betroffenen Gesellschaft das Verhältnis der Gruppe übersteigt⁸².

Die überschüssigen Zinsen sind zwar bei Verletzung der «thin capitalization rules» steuerlich nicht abzugsfähig, führen aber nicht zu einer Umqualifikation in eine Dividende (resp. geldwerte Leistung).

4.3 Luxemburg

4.3.1 Regeln für die Verzinsung

Die Verzinsung von Darlehen an Beteiligte respektive von Beteiligten hat in Luxemburg nach marktüblichen Kriterien zu erfolgen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt, die Verzinsung wird von den Finanzbehörden fallweise geprüft.

Werden die Aktivdarlehen von Passivdarlehen refinanziert, so hängt die Zinsenmarge von der

Höhe der Passivdarlehen ab. Bei einer Darlehenshöhe bis zu EUR 25 Mio. hat die minimale Zinsenmarge gemäss Praxis der luxemburgischen Finanzbehörde 0,25% zu betragen, bei einer Mittelaufnahme von Beteiligten zwischen EUR 25 Mio. und EUR 185 Mio. wird eine Zinsenmarge von 1/8% steuerlich anerkannt, bei Darlehen über EUR 185 Mio. beträgt die steuerlich akzeptierte Marge hingegen noch 3/32%.

4.3.2 Regeln zum verdeckten Eigenkapital

In Luxemburg bestehen grundsätzlich keine spezialgesetzlichen Regelungen zum verdeckten Eigenkapital. Die Finanzverwaltung prüft jedoch in Zusammenhang mit Fremdfinanzierungsverhältnissen allgemeine Missbrauchstatbestände (arm's length test). So werden Vergütungen für Fremdkapital in Dividenden umqualifiziert, so-

⁷⁴ Die Marge von 0,125% basiert auf der alten Rulingpraxis der Niederlande, wird aber immer noch angewendet. Nicht anwendbar ist diese Marge jedoch, wenn Währungsrisiken und Kreditausfallrisiken bestehen.

⁷⁵ Die interest box sieht vor, dass die steuerpflichtige niederländische Gesellschaft für Gruppendarlehen gegenüber ausländischen Tochtergesellschaften ein Besteuerungswahlrecht im Zusammenhang mit der Besteuerung der Netto-Zinserträge hat.

⁷⁶ Vgl. EuGH-Urteil vom 18.09.2003, Bosal. In dem Urteil stellte der EuGH fest, dass das niederländische Schachtelprivileg gegen Europarecht verstösst.

⁷⁷ Die Unterkapitalisierungsregel ist in Art. 10d Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) und Art. 24b des zweiten Buchs des niederländischen Zivilrechts geregelt.

⁷⁸ Es gilt jedoch hervorzuheben, dass Fremdkapital von Dritten in Fremdkapital von Nahestehenden umqualifiziert werden kann, sofern Gruppengesellschaften Garantien für die Darlehensgewährung sprechen. Sodann gelten natürliche Personen hingegen nie als nahestehende

Personen für die Zwecke der Unterkapitalisierung. Vgl. Michiel Sunderman, Thin Capitalization Rules Introduced, in: International Bureau of Fiscal Documentation, January/February 2004, 36 ff.

⁷⁹ Berechnung basiert auf Nettobasis, d. h. effektiv bezahlter Zins an Beteiligte abzüglich Zinszahlungen von Beteiligten.

⁸⁰ Vgl. Michiel Sunderman, Thin Capitalization Rules Introduced, in: International Bureau of Fiscal Documentation, January/February 2004, 37 ff.

⁸¹ Gemäss niederländischem Gesellschaftsrecht besteht zudem die Möglichkeit, dass die Buchhaltung in einer anderen Währung als EUR geführt wird (functional currency) und die Steuererklärung basierend auf dieser Buchhaltung erstellt werden kann. Somit kann auch die Problematik von Währungsschwankungen umgangen werden.

⁸² Vgl. Nina Maier, Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Vergleich, 77 sowie Michiel Sunderman, Thin Capitalization Rules Introduced, in: International Bureau of Fiscal Documentation, January/February 2004, 36 ff.

weit das Verhältnis zwischen Fremdkapital und Eigenkapital 85:15 übersteigt. Darüber gelten die allgemeinen Verrechnungspreisvorschriften⁸³. Übersetzte Zinsen qualifizieren sodann als geldwerte Leistungen (Dividenden) mit den entsprechenden Steuerfolgen.

4.4 Ergebnis

Im Bereich der Verzinsung kennen die dargestellten Länder im Gegensatz zur Schweiz keine Safe-Haven-Regeln. Ein Zinssatz wird grundsätzlich steuerlich dann akzeptiert, wenn er marktüblich ist. Die Marktüblichkeit bezieht sich generell auch auf die Zinsmarge. Lediglich in Luxemburg und den Niederlanden gibt es Anhaltspunkte in der Praxis über die Höhe der steuerlich akzeptierten Zinsenmarge.

Im Bereich des verdeckten Eigenkapitals kennt Österreich keine generelle Safe-Haven-Regeln. Sowohl die Niederlande als auch Luxemburg haben gewisse Safe-Haven-Regeln, welche ent-

weder – wie in den Niederlanden – gesetzlich verankert oder dann – wie in Luxemburg – in allgemeinen Richtlinien der Steuerbehörden enthalten sind. Zudem sind diese im Falle von den Niederlanden an eine gewisse Minimalbeteiligungsquote geknüpft. Lediglich in den Niederlanden werden hingegen die aufgrund des verdeckten Eigenkapitals steuerlich nicht anerkannten Zinsen nicht in eine verdeckte Gewinnausschüttung umqualifiziert.

5 Kritik

Die Regelungen zur Verzinsung von Darlehen an Beteiligte und von Beteiligten, wie sie von der Eidg. Steuerverwaltung zur Vereinfachung der Veranlagungspraxis vorgesehen sind, sind nach unserer Meinung zu wenig flexibel. Bei der Bestimmung von marktüblichen Zinssätzen werden weder die Laufzeit der Darlehensgewährung, noch die Höhe der Darlehen, noch die Kreditwürdigkeit des Schuldners berücksichtigt. Stattdessen hat eine marktübliche Verzinsung nach Meinung der Eidg. Steuerverwaltung einzig basierend auf standardisierten Safe-Haven-Zinssätzen zu erfolgen. Gegen Safe-Haven-Regeln ist aus Praktikabilitätsüberlegungen wie auch aus verwaltungswirtschaftlicher Hinsicht grundsätzlich nichts einzuwenden, vereinfachen diese doch in vielen Fällen die Veranlagung des Steuerpflichtigen⁸⁴. Aus dogmatischer Sicht sind solche Safe-Haven-Regeln aber problematisch, insbesondere vor dem Hintergrund allgemeingültiger Grundsätze der Steuerrechtslehre. Unsere Kritik richtet sich aber hauptsächlich gegen den Versuch der Eidg. Steuerverwaltung, ihre Verzinsungsregeln stur durchzusetzen. Zwar besteht die Möglichkeit eines Nachweises der Marktüblichkeit einer vom Steuerpflichtigen festgelegten Verzinsung, die formellen Hürden, die die Eidg. Steuerverwaltung an einen solchen Nachweis stellt, sind indes sehr hoch und in der

⁸³ Vgl. Nina Maier, Die Regelungen zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung im internationalen Vergleich, 76, sowie Worldwide Corporate Tax Guide 2006, Ernst & Young, 535.

⁸⁴ Nefzger/Ryser in: ISIS-Seminar «Aktuelle Probleme und Reform der Unternehmensbesteuerung» vom 29./30. Januar 2007 in Flims, Einführungsreferat zum Thema «Gewinnermittlung und Gewinnausschüttung (inkl. Milderung der Doppelbelastung)», 15 ff.

⁸⁵ OECD-Verrechnungspreisgrundsätze 1995 für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen (inkl. Nachtrag 1996) vom 27. Juni 1995 beziehungsweise 13. Juli 1995.

⁸⁶ Gemäss Praxis der Eidg. Steuerverwaltung scheidet ein Nachweis der Marktüblichkeit aufgrund eines LIBOR-basierten Zinssatzes grundsätzlich nicht am zugrunde liegenden LIBOR-Zinssatz, sondern am angewendeten Risikozuschlag (mangelnder substantzierter Risikonachweis bzw. unadäquate Risikoentschädigung).

Folge vom Steuerpflichtigen kaum zu nehmen. In der Praxis ist aufgrund unserer Erfahrung ein solcher Nachweis der Marktüblichkeit von zu den Safe-Haven-Zinssätzen abweichend festgelegten Zinssätzen sehr schwierig zu erbringen.

Dass auch andere Lösungen denkbar sind und zu sachgerechten Ergebnissen führen, zeigen beispielsweise der OECD-Verrechnungspreisbericht 1995 sowie – wie nachfolgend aufgezeigt wird – andere Gebiete des schweizerischen Steuerrechts.

5.1 OECD-Verrechnungspreisbericht 1995

Im Kreisschreiben vom 4. März 1997 ersucht die Eidg. Steuerverwaltung die kantonalen Steuerverwaltungen, bei der Veranlagung von multinationalen Unternehmen bei allfällig vorzunehmenden steuerlichen Gewinnberichtigungen die im Verrechnungspreisbericht 1995⁸⁵ vorgeschlagenen Empfehlungen zu beachten.

Gemäss OECD-Verrechnungspreisbericht 1995 gehört die Darlehensgewährung zu jenen Geschäftsfällen, in welchen der Fremdvergleichsgrundsatz wirksam eingesetzt werden kann, d. h. der Steuerpflichtige kann in einem vergleichbaren Geschäft, das von vergleichbaren unabhängigen Unternehmen unter vergleichbaren Verhältnissen getätigt worden ist, auf den Fremdpreis stossen. Safe-Haven-Regeln im Bereich der Verrechnungspreise machen allerdings nur dann Sinn, wenn für die Ermittlung der Fremdvergleichspreise eine nicht verhältnismässige Sachverhaltsermittlung notwendig wäre. Unzweifelhaft macht es in vielen Fällen im Bereich der Darlehensgewährung Sinn, dass der Steuerpflichtige mittels Einhaltung eines Normenkatalogs (sogenannte Safe-Haven-Regeln) die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes umgehen kann. Jedoch soll es insbesondere dem Steuerpflichtigen, welcher Teil eines multination-

al tätigen Unternehmens ist, auch ermöglicht werden, fremdvergleichskonforme Bedingungen für konzerninterne Geschäfte vereinfacht nachzuweisen. Andernfalls können die für den Steuerpflichtigen und insbesondere auch für seine Unternehmungsgruppe entstehenden Nachteile eklatant von den administrativen Vorteilen abweichen. Die Safe-Haven-Regeln der Eidg. Steuerverwaltung für multinational tätige Unternehmen enthalten keine zufriedenstellenden Kriterien für die Determinierung von fremdvergleichskonformen Zinssätzen und -margen.

Im Zusammenhang mit Advance Pricing Arrangements schlägt die OECD im Verrechnungspreisbericht 1995 vor, dass der fremdvergleichskonforme Zinssatz dem LIBOR zuzüglich eines festen Prozentsatzes entsprechen könnte. Zudem wäre es auch möglich, dass der den LIBOR übersteigende Prozentsatz je nach Kreditwürdigkeit ändert. Gerade eine solche Festlegung eines Zinssatzes wird von der Eidg. Steuerverwaltung regelmässig nicht als Fremdvergleichsgrundsatz akzeptiert⁸⁶. Eine Anlehnung an LIBOR, EURIBOR oder ähnliche Indexe für die Bestimmung von marktüblichen Zinssätzen innerhalb eines multinationalen Unternehmens führt unseres Erachtens zu einem viel sachgerechteren Ergebnis als die starren Regeln der Eidg. Steuerverwaltung. Zudem wären auch mit verhältnismässig geringem Aufwand die anwendbaren Zinssätze innerhalb der Unternehmungsgruppe zu überwachen. Schliesslich berücksichtigen die Zinsindexe bei der Höhe des Zinssatzes auch die Laufzeit der in Anspruch genommenen Fremdmittel, was zu einer differenzierteren und sachgerechteren Verzinsung führt. Je nach Kreditwürdigkeit des Schuldners soll ein Aufschlag von 0,25% bis 0,5% auf den entsprechenden Indexzinssätzen erfolgen. Im Falle von fremdfinanzierten Aktivdarlehen befürworten wir bezüglich Bestimmung einer steuerbaren Marge eine vereinfachte abgestufte Handhabung, wie dies zum Beispiel Luxemburg kennt.

Im Ergebnis wäre es wünschenswert, wenn die Eidg. Steuerverwaltung insbesondere für multinational tätige Unternehmungen ihre etwas knappen und rigiden Verzinsungsregeln zugunsten der Empfehlung des OECD-Verrechnungspreisberichts 1995 fallen liesse und flexiblere, aber auch marküblichere und damit sachgerechtere Ansätze für die Bestimmung der Zinssätze und -margen akzeptieren könnte.

5.2 Es geht auch anders

5.2.1 BRB 62 (inkl. KS 99)

Um einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von Steuerentlastungen entgegenzuwirken, hat der Bundesrat am 14. Dezember 1962⁸⁷ mittels Bundesratsbeschluss Massnahmen legifigiert, welche zu ergreifen sind, sofern eine Inanspruchnahme dazu führen würde, dass die Steuerentlastung zu einem wesentlichen Teil direkt oder indirekt nicht abkommensberechtigten Personen zugute kommt⁸⁸. Dieser Bundesratesbeschluss ist am 31. Dezember 1962 in Kraft getreten.

Der BRB 1962 hat vier Tatbestände (Durchlauf, Gewinnhortung, Treuhandchaft und ausländisch beherrschte Familienstiftungen oder Personengesellschaften) aufgezeigt, bei denen eine missbräuchliche Inanspruchnahme vorliegen könnte. Die Eidg. Steuerverwaltung hat im KS 1962 diese vier Tatbestände einzeln umschrieben und zudem klare Safe-Haven-Regeln aufgestellt, welche es strikte zu beachten gilt, sofern der Steuerpflichtige, welcher aufgrund der Erfüllung von Missbrauchstatbestandsmerkmalen unter die Massnahmen einer missbräuchlichen Inanspruchnahme fallen könnte, trotzdem die Steuerentlastung im Sinne des BRB 1962 beanspruchen will.

Im Wesentlichen handelt es sich bei den Safe-Haven-Regeln um die Kriterien der übermässigen Weiterleitung, der Gewinnhortung sowie

der angemessenen Finanzierung der Gesellschaft, welche es einzuhalten gilt.

Im Laufe der Jahre hat sich gezeigt, dass die Safe-Haven-Regeln im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes zu unbefriedigenden Ergebnissen führen und gerade für international tätige Konzerne, welche beispielsweise ihre Tochtergesellschaften über eine schweizerische Holdinggesellschaft konzentrieren, zu ernsthaften Nachteilen führen, ganz abgesehen davon, dass auch der Wirtschaftsstandort Schweiz hohe Tribute zahlen musste infolge Abwanderungen von Unternehmen.

Die Eidg. Steuerverwaltung hat 1999 ihre bis dato sehr rigide Praxis im Bereich der aktiv tätigen Gesellschaften, der börsenkotierten Gesellschaften sowie der Holdinggesellschaften relativiert und für diese Gesellschaften unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit geschaffen, trotz Verstoss gegen die ursprünglichen Safe-Haven-Regeln der Eidg. Steuerverwaltung von 1962 von den Doppelbesteuerungsabkommen zu profitieren. Beim KS 1999 handelt es sich um eine Modifikation des KS 1962, welche den neuen Gegebenheiten (zunehmende internationale Verflechtung, Bildung von neuen bedeutenden Wirtschaftsträumen) Rechnung tragen soll.

Damit hat die Eidg. Steuerverwaltung gezeigt, dass sie auch in anderen Bereichen, wo rigide Regeln gerade im internationalen Verhältnissen an ihre Grenzen stossen, eine flexiblere Handhabung akzeptieren kann, sofern ein sachgerechtes Resultat erreicht wird, welches im Einklang mit den Anforderungen der Wirtschaft steht. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn die Regeln zur Verzinsung ebenfalls einer Modifikation für international verflochtene Unternehmen unterzogen würden.

5.2.2 *Bellatrix-Entscheid von 1981*⁸⁹

Mit der Ablehnung einer Soll-Gewinnbesteuerung hat das Bundesgericht bereits 1981 die Weichen für die objektivierte Ist-Besteuerung gestellt. Der Marktpreis soll demnach immer als objektiver Massstab für die Bestimmung des richtigen Preises im Verhältnis zwischen den Beteiligten gelten. Das Bundesgericht hat sich im Falle der Bellatrix gegen die starre Anwendung einer Soll-Gewinnbesteuerung der Eidg. Steuerverwaltung gewehrt. Dieser Grundsatz sollte auch mit Bezug auf die Bestimmung des marktüblichen Zinssatzes respektive der steuerbaren Zinsenmarge Anwendung finden. Zumindest im Bereich von multinational tätigen Unternehmen sollte die Eidg. Steuerverwaltung flexiblere und sachgerechtere Verzinsungsregeln ebenfalls akzeptieren, insbesondere dann, wenn diese auf vergleichbaren öffentlich zugänglichen Marktdaten basieren. Ein solcher Nachweis sollte indes für den Steuerpflichtigen ohne übermässige administrative Anforderungen möglich und mittels einer adäquaten Dokumentation über die Bestimmung der marktüblichen Verzinsung der einzelnen Konzerndarlehen auch genügend begründbar sein. Insbesondere die Bestimmung des Zinssatzes, aber auch die Festlegung einer steuerbaren Zinsenmarge soll aufgrund von Marktdaten erfolgen und darf nicht ausschliesslich und stur auf standardisierten Werten basieren, die die individuellen Gegebenheiten eines Sachverhalts in der Beurteilung ausschliessen.

5.2.3 *Regeln der Swiss Finance Branch*

Die marktübliche Verzinsung der gruppeninternen Passivdarlehen ist bei den Regeln zur Besteuerung der schweizerischen Betriebsstätten von ausländischen Finanzgesellschaften kein Thema. Gemäss Richtlinien der Eidg. Steuerverwaltung betreffend niederländische Finanz-

gesellschaften mit schweizerischen Betriebsstätten vom Dezember 1991 wird in diesen Fällen ein fiktiver Schuldzinsenabzug auf ^{10/11} des Reingewinns vor Schuldzinsen vorgenommen, damit ein synthetischer Netto-Gewinnaufschlag von 10% verbleibt⁹⁰. Die Höhe der effektiven gruppeninternen Schuldzinsen wird bei dieser Berechnung somit vernachlässigt, lediglich Schuldzinsen gegenüber unabhängigen Dritten sind zur Kürzung des Reingewinns zugelassen. Auch aktivseitig beziehen sich die Richtlinien der Eidg. Steuerverwaltung im Zusammenhang mit der Verzinsung der an beteiligte Gruppengesellschaften gewährten Darlehen nicht auf ihre Safe-Haven-Regeln. Gemäss Ziffer 2 der Richtlinien muss der Grundsatz des Drittvergleichs im Verhältnis zu Gruppengesellschaften zwingend angewendet werden. Im Bereich der schweizerischen Finanzbetriebsstätten, welche ja typischerweise hauptsächlich Darlehen an ausländische Gruppengesellschaften gewähren, hat die Eidg. Steuerverwaltung darauf verzichtet, ihre relativ starren Safe-Haven-Regeln im Bereich der Verzinsung durchzusetzen. Dies wahrscheinlich im Bewusstsein, dass diese Regeln im internationalen Umfeld problematisch sind.

Es ist für uns deshalb unverständlich, dass Regeln, welche bei schweizerischen Finanzbetriebsstätten gelten, nicht auch bei multinational tätigen Unternehmen Anwendung finden können⁹¹.

⁸⁷ Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962.

⁸⁸ Art. 2 Abs. 1 BRB 1962.

⁸⁹ Siehe zum Bellatrix-Entscheid vorne unter Ziff. 2.

⁹⁰ Übersteigt die Bilanzsumme der Swiss Finance Branch CHF 1 Mia., so reduziert sich der Netto-Gewinnaufschlag auf 5%.

⁹¹ Dieselben Regeln waren bis ungefähr Ende Juni 2007 auch anwendbar auf schweizerische

6 Zusammenfassung

Grundsätzlich sind die Safe-Haven-Regeln, welche die Eidg. Steuerverwaltung im Zusammenhang mit der Verzinsung von Darlehen im Verhältnis mit Beteiligten jährlich publiziert, zu begrüssen, da damit die steuerlich akzeptierte Zinssatzhöhe ohne grösseren Aufwand bestimmt werden kann, und zwar sowohl vom Steuerpflichtigen als auch von den Steuerverwaltungen im Veranlagungsverfahren. Insbesondere für einfache Konstellationen bieten die Safe-Haven-Regeln der Rundschreiben betreffend Zinssätze für Schweizer Franken wie für Fremdwährungen eine einfache und pragmatische Handhabe zur Preisfestsetzung für Finanzierungen von verbundenen Unternehmen.

Unseres Erachtens dürfen diese administrativen Weisungen jedoch nicht stur angewendet werden. Insbesondere darf die Hürde an den Nachweis der Marküblichkeit einer Finanzierung unter Nahestehenden – d. h. einer von den Rundschreiben abweichenden Finanzierung – nicht zu hoch gestellt werden.

Des Weiteren gilt es zu berücksichtigen, dass grundsätzlich die allgemeinen Regeln betreffend die Festlegung der Verrechnungspreise der OECD Vorrang haben, wonach pauschalierte Regelungen keinen Platz haben und einzig und alleine der Drittpreis als Mass der Dinge zu betrachten ist. Insbesondere kann eine strikte Anwendung der publizierten Zinssätze durch schweizerische Konzerngesellschaften zu Friktionen führen bezüglich der steuerlichen Regelungen im Verhältnis zu ausländischen Gruppen-gesellschaften (ausschliessliches Abstellen auf den Drittvergleich).

Problematisch scheint unseres Erachtens die rigide Anwendung der publizierten Zinssätze durch die Verwaltung insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich bei diesen Zinssätzen um Durchschnittswerte handelt. Gemäss Rund-

schreiben für steuerlich anerkannte Zinssätze für Fremdwährungen basieren diese Zinssätze auf langfristigen Anlagen wie Industrieobligationen und dergleichen. Dies bewirkt, dass diese Zinssätze grundsätzlich nur für entsprechend langfristige Finanzierungen sachgerecht sind und kurzfristigen Finanzierungen nicht Rechnung getragen wird. Zudem sind die publizierten Zinssätze losgelöst von allfälligen Entwicklungen an den Finanzmärkten anwendbar und werden dieser Dynamik nicht gerecht.

Die Anwendung solcher Safe-Haven-Regeln nimmt per se eine Vereinfachung in Kauf, nämlich hinsichtlich der Entlastung weiterer Prüfschritte bezüglich der Darlehensgewährung, wie Bonität des Schuldners, Finanzierungsverhältnisse des Schuldners, Rückzahlungsmöglichkeiten etc., die einen Einfluss auf die Festlegung der Zinshöhe haben. Mithin bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Prüfschritte bei der Anwendung der von der Eidg. Steuerverwaltung publizierten Zinssätze.

Wenn folglich dieser pragmatische Lösungsansatz angeboten wird, nämlich die Anwendung standardisierter Durchschnittszinssätze von langfristigen Anlagen, so dürfen die Anforderungen des Nachweises abweichender Verzinsungsregeln den Steuerpflichtigen sowohl in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht nicht erdrücken.

Bei der Festlegung von Zinssätzen durch den Steuerpflichtigen sollte unseres Erachtens auf allgemein zugängliche Finanzinformationen abgestellt werden dürfen (publizierte LIBOR, EURIBOR- etc. Sätze).

Finanzgesellschaften, welche aus einer Umwandlung einer Swiss Finance Branch in eine schweizerische Kapitalgesellschaft entstanden sind. Diese Praxis, welche in einigen Kantonen gebilligt wurde (z. B. Kanton Zürich und Zug), wurde von der Eidg. Steuerverwaltung jedoch Mitte 2007 mündlich untersagt.