Unterkapitalisierung oder verdecktes Eigenkapital?

Eine rechtliche und steuerpolitische Analyse der Schweizer Rechtspraxis unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Action 4

Dr. Peter Hongler/Dr. Roland Böhi*

Dr. Peter Hongler, dipl. Steuerexperte, Lehrbeauftragter Universität Zürich, Associate Walder Wyss AG

Roland Böhi, Dr. iur., Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner, Tax Services, EY Zürich

Regelmässig wird vorgebracht, dass die Art. 65 DBG und Art. 29a StHG Unterkapitalisierungen verhindern sollen (sog. thin capitalization rules). Wie die Autoren im vorliegenden Beitrag aber im Detail aufzeigen, kennt die Schweiz mit dem KS 6 Verdecktes Eigenkapital zwar eine Praxis zur Verhinderung von Unterkapitalisierungen, die gesetzlichen Grundlagen würden jedoch eine wirtschaftliche Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital verlangen. Diese Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital sind gemäss der Auffassung der Autoren gerade nicht als thin capitalization rules zu verstehen. Die Inkonsistenz zwischen gesetzlicher Grundlage und Steuerpraxis wird im vorliegenden Beitrag mit Bezugnahme auf ein kürzlich ergangenes Urteil des Bundesgerichts dargestellt.

Darauf aufbauend zeigen die Autoren anhand der Best Practice der OECD/G20 im Rahmen von BEPS Action 4 auf, welche steuerpolitischen Optionen die Schweiz im Bereich der Zinsabzugsbeschränkung hat, namentlich ob eine Implementierung einer sog. Zinsschranke in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der OECD/G20 sinnvoll und rechtlich überhaupt zulässig wäre. Hierbei analysieren die Autoren im Detail die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen unter besonderer Bezugnahme zum Leistungsfähigkeitsprinzip und zu den Abkommensvorgaben in Art. 9 und 24 OECD-MA.

On prétend souvent que les art. 65 LIFD et 29a LHID ont pour vocation d'empêcher les sous-capitalisations (thin capitalization rules). Ainsi que le démontrent en détail les auteurs dans la présente publication, la Suisse connaît grâce à la circulaire 6 Capital propre dissimulé certes une pratique d'empêchement des sous-capitalisations, mais les bases légales exigeraient une distinction économique entre capital propre et capital étranger. Ces dispositions relatives au capital propre dissimulé ne sont de l'avis des auteurs justement pas à considérer comme des thin capitalization rules. La présente contribution prend appui sur un jugement du Tribunal fédéral récent pour démontrer l'incohérence entre la base légale et la pratique fiscale.

Partant de ces constatations, les auteurs démontrent sur la base de la Best Practice de l'OCDE/G20 dans le cadre de la BEPS Action 4 de quelles options de politique fiscale la Suisse dispose en matière de limitation de la déductibilité des intérêts. On se demande notamment si la mise en œuvre d'un mécanisme de limitation de la déductibilité des intérêts (Zinsschranke) en accord avec la recommandation de l'OCDE/G20 s'avérerait sensée et légale. Les auteurs analysent à cet égard en détail les conditions cadres légales existantes en particulier en lien avec le principe de la capacité économique et les prescriptions des conventions internationales selon l'art. 9 et 24 du modèle de convention fiscale de l'OCDE.

* Die Autoren danken MLaw Marina Sofianos für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.

© IFF-HSG

Inhalt

1 Einleitung . . . 127

2 Ziel und Methodik der Untersuchung . . . 128

3 Die Rechtsgrundlagen zum verdeckten Eigenkapital . . . 128

3.1 Übersicht . . . 128

3.2 Entstehungsgeschichte . . . 129

3.3 Die Praxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital . . . 130

3.3.1 Entstehungsgeschichte . . . 130
3.3.2 Unterkapitalisierung gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital . . . 130

3.4 Betriebswirtschaftliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital . . . 130

3.5 Vereinbarkeit des KS 6 Verdecktes Eigenkapital mit den gesetzlichen Vorgaben . . . 131

4 Urteil des Bundesgerichts vom 30. September 2015 . . . 133

4.1 Vorbemerkung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum verdeckten Eigenkapital . . . 133

4.2 Sachverhalt . . . 133

4.3 Rechtsfrage . . . 134

4.4 Erwägungen . . . 134

4.5 Analyse . . . 135

5 OECD/G20-BEPS-Action 4 . . . 136

5.1 Frühere Arbeiten der OECD zur Unterkapitalisierung . . . 136

5.2 Action 4 als Teil des BEPS-Projekts . . . 136

5.2.1 Einleitung zum BEPS-Projekt . . . 136
5.2.2 Regelungsinhalt von Action 4 . . . 137
5.2.2.1 Existierende Ansätze . . . 137
5.2.2.2 Von OECD/G20 bevorzugter Lösungsansatz . . . 137
5.2.2.2.1 «Best Practice»: Fixed Ratio Rule . . . 137
5.2.2.2.2 Group Ratio Rule und weitere Ausnahmen . . . 137
5.2.2.2.3 Anwendungsbereich . . . 138
5.2.2.2.4 Weitere Spezifikationen . . . 138

6 Steuerpolitische Handlungsoptionen . . . 138

6.1 Steuerpolitische Ausgangslage und Zielsetzung . . . 138

6.2 Rechtlicher Rahmen . . . 139

6.2.1 Übersicht . . . 139
6.2.2 Verfassungsvorgaben . . . 140
6.2.3 Artikel 9 OECD-MA . . . 142
6.2.4 Artikel 24 OECD-MA . . . 145

6.3 Existierende Optionen . . . 146

6.3.1 Option 1: Wirtschaftliche (und gesetzeskonforme) Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital . . . 146
6.3.2 Option 2: (Echte) Unterkapitalisierungsvorschrift de lege ferenda . . . 147
6.3.3 Option 3: OECD/G20 «Best Practice» . . . 150
6.3.4 Option 4: Ersatzlose Streichung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital . . . 151

7 Schlussfolgerung . . . 153

Literatur . . . 154

Rechtsquellen . . . 156

Materialien . . . 156

Praxisanweisungen . . . 156

Dokumente . . . 156

1 Einleitung

Die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital sowohl im StHG als auch im DBG haben in der Vergangenheit verschiedentlich für Diskussionsstoff gesorgt. Allerdings ist die Umsetzung der Vorschriften zum verdeckten Eigenkapital, d. h. das KS 6 Verdecktes Eigenkapital und die dazu gehörigen ESTV-Rundschreiben[1] zur Bestimmung der anwendbaren Zinssätze, in der Unternehmenspraxis gemeinhin anerkannt und aufgrund der relativ klaren Darstellung auch von vielen Seiten geschätzt. Das BEPS-Projekt, insbesondere Action 4,[2] aber auch ein kürzlich ergangener Bundesgerichtsentscheid[3] werfen jedoch die Frage auf, ob die gegenwärtigen Gesetzesbestimmungen und die Verwaltungspraxis zum verdeckten Eigenkapital noch zeitgemäss sind.

Zentral für die Auslegung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital scheint die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital nach funktionalen bzw. betriebswirtschaftlichen Kriterien zu sein. Die beiden Autoren haben sich im Rahmen ihrer Dissertationen bereits eingehend mit der Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital aus rechtlicher, steuerlicher, aber auch betriebswirtschaftlicher Sicht auseinandergesetzt.[4] Die erwähnten Entwicklungen auf internationaler Ebene, aber

1 Vgl. bspw. für das Jahr 2016 RS Steuerlich anerkannte Zinssätze 2016 in Schweizer Franken und RS Steuerlich anerkannte Zinssätze 2016 in Fremdwährungen.

2 Vgl. OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, 1 ff.

3 Vgl. BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, StR 2015, 992.

4 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 33 ff.; Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 11 ff.

auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015 haben die Autoren dazu veranlasst, sich eingehend mit der Thematik, auch aus steuerpolitischer Perspektive, zu beschäftigen und die existierenden Handlungsalternativen der Schweiz darzustellen.

Die vorliegende Abhandlung tangiert nur am Rande die Grundsatzdiskussion, ob eine unterschiedliche steuerliche Handhabung von Eigen- und Fremdkapital noch zeitgemäss sei.[5] Vielmehr basieren die nachfolgenden Ausführungen auf der Annahme, dass in einer Post-BEPS- und in einer Post-UStR III-Welt Eigen- und Fremdkapital steuerlich weiterhin unterschiedlich behandelt werden. Allerdings ist die unterschiedliche gewinnsteuerliche Handhabung von Zinsen und Dividenden nicht in Stein gemeisselt. So wurde eine Gleichschaltung in der Vergangenheit immer wieder propagiert und auch angewendet (z. B. in der Form eines NIDs oder auch in der Form einer effektiven Abzugsfähigkeit von Dividendenzahlungen).[6] Des Weiteren basieren die folgenden Ausführungen auf der Annahme, dass die gegenwärtige formale Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital im schweizerischen Rechnungslegungsrecht beibehalten wird.

2 Ziel und Methodik der Untersuchung

In einem ersten Schritt wird anhand der gesetzlichen Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital (StHG, DBG) aufgezeigt, was unter dem *«verdeckten Eigenkapital»* tatsächlich zu verstehen ist und ob die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung in der Praxis der Steuerbehörden richtig umgesetzt wurde. Hierbei werden wir im Detail auf die wirtschaftliche Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital eingehen. Besonderen Bezug nehmen wir auf ein kürzlich ergangenes Urteil des Bundesgerichts, das die unseres Erachtens bestehende Inkonsistenz zwischen gesetzlicher Grundlage und Rechtspraxis exemplarisch aufzeigt. Darauf aufbauend wird anhand eines Überblicks über BEPS Action 4 und die darin enthaltenden Empfehlungen dargestellt,[7] welche gesetzgeberischen Instrumente auf internationaler Ebene diskutiert werden und welche steuerpolitischen Massnahmen aus Schweizer Sicht sinnvoll wären. Hierzu werden wir in Abschnitt 6 auf vier verschiedene Handlungsoptionen im Detail eingehen.

3 Die Rechtsgrundlagen zum verdeckten Eigenkapital

3.1 Übersicht

Im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital sowohl im StHG also auch im DBG. Diese sind einerseits relevant für die Bemessung der Kapitalsteuer auf Kantons- und Gemeindeebene und andererseits für die Berechnung der maximalen steuerwirksamen Zinsbelastung für Gewinnsteuerzwecke auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene. Betreffend Gewinnsteuern wird auf Bundesebene in Art. 65 DBG Folgendes festgehalten:

> «Zum steuerbaren Gewinn der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften gehören auch die Schuldzinsen, die auf jenen Teil des Fremdkapitals entfallen, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt.»

Hinsichtlich Kapitalsteuer findet sich in Art. 29a StHG folgende Bestimmung:[8]

> «Das steuerbare Eigenkapital von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften wird um den Teil des Fremdkapitals erhöht, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt.»

Im StHG findet sich in Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG die zu Art. 65 DBG analoge Regelung. Dem Wortlaut dieser Bestimmungen folgend ist die wirtschaftliche Bedeutung einer Eigen- oder Fremdfinanzierung entscheidend. Mit anderen Worten verlangt der Gesetzeswortlaut eine wirtschaftliche Betrachtung der verschiedenen Finanzierungsformen. Diese Auffassung wird von verschiedenen Autoren und auch vom Bundesgericht im Grundsatz vertreten.[9] Wir werden uns in den nachfolgenden Abschnitten näher mit der Frage auseinandersetzen, was dies genau bedeuten würde und ob es tatsächlich dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen entspricht, das fragliche Finanzierungsinstrument, einer *«substance over form»*-Betrachtung folgend, anhand der wirtschaftlichen Funktion bzw. Bedeutung zu beurteilen. Vorweg ist allerdings näher auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital und auf die Verwaltungspraxis einzugehen.

5 Vgl. unter vielen mwH Brown, The Debt-Equity Conundrum, 17 ff.; Schön, Eigenkapital und Fremdkapital – eine steuerpolitische Analyse, 4.

6 Vgl. mwH Schön, Eigenkapital und Fremdkapital – eine steuerpolitische Analyse, 43.

7 Bei den Empfehlungen in Action 4 handelt es sich nicht um einen «minimum standard», der von den Staaten zwingend umzusetzen ist.

8 Bis zur Abschaffung der Kapitalsteuer auf Bundesebene fand sich die Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital in Art. 75 DBG (vgl. mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 135 f.).

9 Vgl. bspw. Locher, Art. 65 N 9 ff.; Brülisauer/Ziegler, Art. 65 N 14. Vgl. BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 3.3.2, StR 2015, 992.

 © IFF-HSG

3.2 Entstehungsgeschichte

Weder der Wehrsteuerbeschluss noch der Bundesbeschluss über die direkte Bundessteuer enthielten eine Bestimmung zur maximalen Fremdfinanzierung einer Gesellschaft bzw. zum maximalen Zinsabzug.[10] Erst mit der Inkraftsetzung der UStR I (per 1.1.1998) fand eine entsprechende Bestimmung Eingang in die Bundesgesetzgebung. Vor Einführung der oben erwähnten Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital prüften die Gerichte jeweils, zumindest für Zwecke der direkten Bundessteuer, ob bei einer umfangreichen Fremdfinanzierung eine Steuerumgehung vorlag.[11] Einzelne Kantone kannten allerdings bereits vor Inkrafttreten des StHG's Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital.[12]

Diese Tatsache ist bei der späteren Auslegung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital von Bedeutung. Mit anderen Worten wurde vor Inkrafttreten von Art. 65 DBG bzw. Art. 29a StHG die maximale Fremdfinanzierung unter dem Schlagwort der Steuerumgehung und nicht unter dem Schlagwort der wirtschaftlichen Unterscheidung von Eigen- und Fremdkapital diskutiert. In der gegenwärtigen Terminologie[13] wäre Art. 29a iVm Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG bzw. Art. 65 DBG demnach als *«Specific Anti-Avoidance Rule»* (SAAR) zu qualifizieren. Darunter wird eine Vorschrift verstanden, die gezielt bestimmte missbräuchliche Fremdfinanzierungen sowohl für Gewinnsteuer- als auch für Kapitalsteuerzwecke verhindern soll.

Historisch von Interesse ist ferner, dass die in der Botschaft[14] enthaltenen Vorschläge sich nicht auf die jetzige Formulierung zum verdeckten Eigenkapital beschränkten, sondern explizit festhielten, dass bei Immobiliengesellschaften das steuerbare Eigenkapital einen Drittel und bei Finanzierungsgesellschaften einen Sechstel zu betragen habe. Diese Entwürfe nahmen demnach zumindest betreffend Immobilien- und Finanzierungsgesellschaften Bezug zur Kapitalisierung einer Gesellschaft und nicht zur wirtschaftlichen Qualität einer Finanzierung:

> **Art. 32 Abs. 3 E-StHG**
> «[3] Das steuerbare Eigenkapital von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften wird um jenen Teil des Fremdkapitals erhöht, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt. Bei den Immobiliengesellschaften beträgt das steuerbare Eigenkapital einen Drittel, bei den Finanzierungsgesellschaften einen Sechstel der für die Gewinnsteuer massgeblichen Aktiven.»
>
> **Art. 81 E-DBG**
> «[1] Das steuerbare Eigenkapital von Kapitalgesellschaften wird um jenen Teil des Fremdkapitals erhöht, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt.
> [2] Bei den Immobiliengesellschaften beträgt das steuerbare Eigenkapital einen Drittel, bei den Finanzierungsgesellschaften einen Sechstel des für die Gewinnsteuer massgeblichen Wertes ihrer Aktiven.
> (...)»

Der Ständerat und der Nationalrat stimmten jedoch einer schlankeren Lösung zu, und die Sonderregelungen für Finanzierungsgesellschaften und Immobiliengesellschaften wurden gestrichen. Dies führte zur Verwendung der gegenwärtig noch anzuwendenden Art. 29a StHG bzw. Art. 65 DBG.[15] D. h. entgegen der Formulierung in den Gesetzesentwürfen ist zumindest gemäss Wortlaut der von National- und Ständerat verabschiedeten Bestimmungen der Umfang der Fremdfinanzierung alleine noch nicht ausschlaggebend, sondern es müsste geprüft werden, ob einer Fremdfinanzierung die wirtschaftliche Bedeutung von Eigenkapital zukommt. Mittlerweile haben alle Kantone die Vorgaben in Art. 29a StHG umgesetzt und eine ähnlich lautende Bestimmung in das kantonale Steuergesetz aufgenommen.[16] Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung wird nicht näher auf noch bestehende Abweichungen in den kantonalen Bestimmungen eingegangen. Diese erscheinen materiell nicht von Bedeutung, und die Kantone sind insbesondere im Bereich der Berechnung der abzugsfähigen Zinsen an die harmonisierungsrechtlichen Vorgaben gebunden.[17]

Für die folgende Beurteilung der heute anwendbaren Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen in Rechtsprechung und internationaler Steuerpolitik ist auch von Relevanz, dass die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital nicht in erster Linie eingeführt wurden, um den Abfluss von Steuersubstrat ins Ausland zu verhindern, sondern vor allem um die Umgehung der wirtschaftlichen Doppelbelastung zu beschränken.[18] Demnach zielte der Gesetzgeber auf Strukturierungen, bei denen ein Hauptaktionär durch Gewährung von Darlehen an die ihm gehörende Gesellschaft die konsolidierte Steuerbelastung auf Stufe Gesellschaft und auf Stufe Aktionär reduzieren konnte.

10 Vgl. mwH zur historischen Entwicklung Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 126 ff.
11 Siehe mwH statt vieler BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 2.1.3, StR 2015, 992. Vgl. bspw. BGE 90 I 217, ASA 19 (1950/1951), 88 f.
12 Vgl. mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 127.
13 Vgl. hierzu Hongler/Winzap, The Application of Swiss GAAR in a Treaty Context – the Pre- and Post-BEPS World, 852.
14 Botschaft UStR I, 1164 ff.
15 AB SR 1994, 397 und AB NR 1994, 1326.
16 Vgl. die Hinweise auf die kantonalen Bestimmungen bei Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 137 ff.
17 Vgl. mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 137 ff.
18 Böhi, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals, 179; Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 115 ff., 213; Brülisauer/Ziegler, Art. 65 N 5; Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 57.

3.3 Die Praxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital[19]

3.3.1 Entstehungsgeschichte

Für eine einheitliche Praxis zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals fehlen in den Vorschriften zum verdeckten Eigenkapital die detaillierten Ausführungsbestimmungen. Zwecks Konkretisierung der Abgrenzungsfragen und zur Vereinheitlichung der Praxis erliess die ESTV, noch vor Abschluss der UStR I, das Kreisschreiben zum verdeckten Eigenkapital.[20] Das KS 6 Verdecktes Eigenkapital soll einen Anhaltspunkt geben, was auf dem *«freien Finanzierungsmarkt»* durchschnittlich an Fremdkapital erhältlich wäre. Eine weiterführende betriebswirtschaftliche Begründung für die Belehnungsquoten pro Aktivenkategorie ist nicht zu eruieren.[21]

Die Anbindung an die bilanzierten Aktiven soll dem Anwender bzw. der Anwenderin als zugängliche, einfache Handhabung zur Ermittlung des normalerweise von Dritten erhältlichen Fremdkapitals dienen, um in einem ersten Prüfungsschritt zu evaluieren, ob das Vorliegen von möglicherweise verdecktem Eigenkapital noch vertieft zu prüfen ist. Die Bankenpraxis in den 80er- bzw. 90er-Jahren des letzten Jahrhunderts bezüglich der Unternehmensfinanzierung war sicherlich eher an Aktiven und weniger, im Vergleich zu heute, am Cashflow orientiert.[22] Im KS 6 Verdecktes Eigenkapital wird kein Bezug zum Gesetzestext hergestellt, wonach die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Finanzierung von Relevanz ist.

3.3.2 Unterkapitalisierung gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital

Im Rahmen des Erlasses des KS 6 Verdecktes Eigenkapital wurden pro häufigste Aktivenkategorie die hypothetisch maximalen Belehnungssätze publiziert, die in Abhängigkeit des theoretischen Ausfallrisikos ausgestaltet sind.[23] In der Schweizer Steuerpraxis hat sich folgendes Vorgehen etabliert:

Verdecktes Eigenkapital liegt nur dann vor, wenn das Fremdkapital der Gesellschaft die aus eigener Kraft erhältlichen Drittmittel gemäss den Richtlinien des KS 6 Verdecktes Eigenkapital übersteigt. Vom ermittelten Höchstbetrag wird das Fremdkapital von echten Dritten abgezogen.[24] Überdies kann nur derjenige Teil als verdecktes Eigenkapital qualifiziert werden, der direkt von Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen stammt. In der Steuerpraxis wird regelmässig sämtliches Fremdkapital von nahestehenden Personen (sowohl verzinslich als auch unverzinslich) dem fiktiven Höchstbetrag der Fremdkapitalisierung gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital gegenübergestellt.[25]

Für Gewinnsteuerzwecke wird, um die maximale Verzinsungskapazität zu berechnen, das maximal zulässige Fremdkapital von nahestehenden Personen mit den Zinssätzen gemäss den jährlich durch die ESTV publizierten Rundschreiben multipliziert. Werden tatsächlich höhere Zinsen an verbundene Personen bezahlt, so kommt es im Differenzbetrag zu einer Aufrechnung für Gewinnsteuerzwecke bzw. zu einer Umqualifikation dieser überhöhten Zinszahlungen in verrechnungssteuerpflichtige verdeckte Gewinnausschüttungen. Zu weiteren Steuerfolgen des verdeckten Eigenkapitals sei auf die anwendbaren Gesetzesartikel[26] sowie die einschlägige Literatur[27] verwiesen.

Der Nachweis des positiven Drittvergleichs ist als Exkulpationsbeweis ausgestaltet und führt zur Rechtsfolge, dass kein verdecktes Eigenkapital vorliegt.[28] Demnach bleibt es der steuerpflichtigen Person vorbehalten aufzuzeigen, dass ein Dritter in gleichem Umfang und zu denselben Konditionen Fremdkapital in die Gesellschaft eingebracht hätte.

3.4 Betriebswirtschaftliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann keine klare Linie zwischen Fremd- und Eigenkapital gezogen werden. Ökonomisch sind die Grenzen vielmehr fliessend. Die Funktionen bzw. die Elemente von Eigen- und Fremd-

19 Der Einfachheit halber sprechen wir nachfolgend nur von der «Praxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital». Diese umfasst aber auch die jährlich von der EStV publizierten Rundschreiben zu den steuerlich anerkannten Zinssätzen.

20 Locher, Art. 65 N 17.

21 Böhi, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals, 180.

22 Schmid, Die Kreditbewertung der Banken im Wandel, 473 ff.; Zellweger, Analyse von Bilanz und Erfolgsrechnung kreditnehmender Unternehmen, 315 ff.

23 KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Ziff. 2.1.

24 KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Ziff. 2.1.

25 Massgebend für die Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals bei der Gewinnsteuer ist nur das verzinsliche Fremdkapital von Gesellschaftern. Alleine das verzinsliche Fremdkapital ist dem fiktiven Höchstbetrag der Fremdkapitalisierung gegenüberzustellen, denn der fiktive Höchstbetrag der von der Gesellschaft aus eigener Kraft erhältlichen fremden Mittel von Dritten wäre ebenso nur gegen Zins erhältlich; vgl. dazu mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 231 ff., 285 ff.

26 Art. 65 DBG, Art. 24 Abs. 1 lit. c iVm Art. 29a StHG bzw. kantonale Steuergesetze (vgl. die Übersicht bei Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 137 ff.).

27 Vgl. mwH die Übersicht bei Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 284 ff.

28 KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Ziff. 2.1; Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 267 f.; vgl. zur Beweislastverteilung in diesem Zusammenhang Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 222 ff.

© IFF-HSG

kapital können in vielfältiger Weise miteinander kombiniert und als Mischformen verbunden werden. Verschiedene Autoren haben dennoch versucht, ein eindeutiges Abgrenzungskriterium zu erarbeiten bzw. eine klare Definition von Eigen- bzw. Fremdkapital zu verwenden:

Beispielsweise betrachten Boemle/Stolz als betriebswirtschaftlich bedeutsames Unterscheidungsmerkmal zwischen Eigen- und Fremdkapital das *«Nicht-Interesse der Fremdkapitalgeber an der Zielsetzung des Unternehmens, an seinen Erfolgen und Misserfolgen. Der Fremdkapitalgeber interessiere das Unternehmen nur insoweit, als es in der Lage sei, sein Kapital zu verzinsen und bei Verfall zurückzuzahlen.»*[29] Von Wysocki ist dementgegen der Ansicht, dass aus wirtschaftlicher Sicht als einziges massgebliches Abgrenzungskriterium das Merkmal der Substanzbeteiligung heranzuziehen sei, denn nur diese vermittle dem Kapitalgeber eine unmittelbare Beteiligung am Erfolg und am Vermögen einer Gesellschaft.[30]

Viele weitere Abgrenzungskriterien und Definitionen könnten aufgeführt werden, unter anderen auch mit Bezug zu internationalen Rechnungslegungsstandards. Entscheidend für die wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital ist unseres Erachtens, dass analysiert wird, welche Funktionen einer Finanzierung zukommen. Eigenkapital erfüllt gemeinhin folgende Funktionen:[31]

– Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktion: Die Unternehmensvermögensfinanzierung im Sinne eines «Grundstocks», denn der Kapitalgeber übergibt mit dem Ziel der Sicherung der Kontinuität des Unternehmens das Eigenkapital unbefristet und ohne Kündigungsmöglichkeit dem Unternehmen, welchem damit das zur Erzielung der unternehmerischen Tätigkeit erforderliche Kapital dauerhaft zur Verfügung steht;
– Verlustausgleichsfunktion: Das Eigenkapital dient als (erster) Puffer für die unternehmerischen Risiken, und im Liquidationsprozess wird der Eigenkapitalgeber als Letzter bedient;
– Haftungsfunktion: Mit dem Eigenkapital wird bei Kapitalgesellschaften (AG, Kollektiv-AG, GmbH) sowie, abhängig von der rechtlichen Ausgestaltung mit dem Genossenschaftskapital, für die Gläubiger bilanzmässig der Haftungsbetrag festgesetzt;
– Gewinnbeteiligungsfunktion: Das Eigenkapital zeigt die Beteiligungsverhältnisse bei Kapitalgesellschaften auf, die als Grundlage für den Anteil auf Gewinnanspruch dienen. Fremdkapitalgeber sind für gewöhnlich nicht am Gewinn einer Gesellschaft beteiligt;
– Mitbestimmungsfunktion: Anteilsmässig steht dem Eigenkapitalgeber ein Recht auf Mitbestimmung zu. Fremdkapitalgeber sind demgegenüber regelmässig nicht berechtigt, mitzubestimmen;
– Kreditfähigkeitsfunktion: Die Höhe der Eigenmittelausstattung hat in der Regel einen Einfluss auf die Kreditfähigkeit des Unternehmens. Vereinfacht gesagt, je mehr Eigenkapital eine Gesellschaft aufweist, desto höher ist ihre Bonität.

Demnach müsste im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Analyse geprüft werden, ob eine Finanzierung alle oder die wesentlichen Eigenkapitalfunktionen erfüllt, und nur wenn alle oder zumindest die wesentlichen Funktionen von Eigenkapital vorliegen, kann von wirtschaftlichem Eigenkapital gesprochen werden. Allerdings wäre eine solche Abgrenzung mit grossen Unsicherheiten verbunden, da es unseres Erachtens keine klare Methode gibt, wie funktional zwischen Eigen- und Fremdkapital zu unterscheiden wäre bzw. wo die Linie zu ziehen wäre.

3.5 Vereinbarkeit des KS 6 Verdecktes Eigenkapital mit den gesetzlichen Vorgaben

Die Autoren haben an anderen Stellen eingehend dargestellt, dass sich die oben dargestellte Praxis im KS 6 Verdecktes Eigenkapital nicht mit dem Wortlaut von Art. 65 DBG vereinbaren lässt.[32] Ferner ist von Salis' Artikel zu erwähnen, der sich soweit ersichtlich erstmals intensiver mit der Problematik der fehlenden Übereinstimmungen zwischen Gesetzesgrundlage und Praxis der ESTV auseinandergesetzt hat.[33] Nachfolgend wird zusammenfassend auf die wichtigsten Punkte dieser Abhandlungen eingegangen:

Für das Verständnis unserer Auffassung ist zentral, dass es sich bei der Praxis der ESTV im KS 6 Verdecktes Ei-

29 Boemle/Stolz, Unternehmensfinanzierung, 507 f.

30 Von Wysocki, Zur Frage der angemessenen Eigenmittelausstattung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, 3.

31 Vgl. hierzu bereits Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 1 N 156, N 247 ff.; Boemle/Stolz, Unternehmensfinanzierung, 11 f.; Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 9 ff.; Brülisauer/Ziegler, Art. 65 DBG N 9; Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 13 f.; Locher, Art. 65 N 10; Schmid, Die Gestaltung der Kapitalstruktur einer Publikums-Aktiengesellschaft unter steuerlichen Aspekten, 60 f.; Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht, 209 ff.; Thommen, Betriebswirtschaftslehre, 470 f.; von Salis-Lütolf, Verdecktes Eigenkapital, 179.

32 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 216 ff.; Böhi, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals, 179 ff.; Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 60 ff.

33 Von Salis-Lütolf, Verdecktes Eigenkapital, 171 ff.

genkapital steuersystematisch um eine Unterkapitalisierungsvorschrift handelt, bei Art. 65 DBG jedoch um eine Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital. Diese beiden Instrumente sind methodisch strikt auseinanderzuhalten. Unterkapitalisierungsvorschriften bedingen für gewöhnlich keine funktionale Analyse der Qualität einer Finanzierung, sondern stellen (pragmatisch und veranlagungsökonomisch) auf die maximale Fremdfinanzierung ab bzw. die maximale Zinsbelastung gegenüber verbundenen Unternehmen. Wie oben dargestellt wurde, nimmt das KS 6 Verdecktes Eigenkapital einzig auf die Kapitalisierung der Gesellschaft Bezug, d. h. wie hoch die Fremdfinanzierung in Relation zu den Verkehrswerten der gehaltenen Aktiven *(asset/debt ratio)* ist. Damit handelt es sich steuersystematisch um eine Unterkapitalisierungsbestimmung.

Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital verlangen demgegenüber eine funktionale bzw. ökonomische Analyse des jeweiligen Finanzierungsinstruments, sozusagen eine wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital.[34] Gemäss dem Wortlaut von Art. 65 DBG bzw. Art. 29a StHG ist die Kapitalisierung grundsätzlich nicht von Bedeutung; entscheidend scheint einzig, ob wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital vorliegt.[35] Demnach wäre zu analysieren, ob bei einer Finanzierung funktional betrachtet eher eine Eigen- oder Fremdfinanzierung vorliegt. Wir haben aber oben dargelegt,[36] dass diese Unterscheidung (i) ganz unterschiedliche Kriterien zu berücksichtigen hat und (ii) eine klare Abgrenzung nicht möglich ist.

Demgegenüber berücksichtigt die Verwendung von quantitativen Grenzen, wie im KS 6 Verdecktes Eigenkapital vorgesehen, nicht, welche wirtschaftliche Bedeutung einem Finanzierungsinstrument tatsächlich zukommt.[37] Überdies wird durch die Verwendung von Prozenthürden den Unterschieden zwischen einzelnen Unternehmen bzw. Branchen zu wenig Rechnung getragen, die eine wirtschaftliche Analyse verlangen würden. So kann beispielsweise eine höhere Ertragserwartung unter anderem tatsächlich eine tiefere Eigenkapitalausstattung rechtfertigen und vice versa.[38] Einzig der Drittvergleich gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital[39] greift hier zumindest teilweise als Korrektiv ein, indem keine Unterkapitalisierung vorliegt, wenn nachgewiesen werden kann, dass ein Dritter im selben Umfang und zu denselben Konditionen eine Fremdfinanzierung vorgenommen hätte.[40]

Offensichtlich wird der Unterschied zwischen einer Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital und einer Unterkapitalisierungsvorschrift bei der Betrachtung neuartiger Finanzierungsinstrumente, die insbesondere von Banken und Versicherungen eingesetzt werden, um ihre regulatorischen Eigenmittel zu stärken.[41] Instrumente wie Mandatory-Convertible-Bonds[42], CoCo-Bonds[43], Write-Down- oder Write-Off-Bonds[44] zielen gerade darauf ab, die Kernkapitalquote – untechnisch gesprochen das Eigenkapital – von Banken zu stärken, ohne formell Eigenkapital schaffen zu müssen. Mit anderen Worten handelt es sich bei diesen Finanzierungsinstrumenten um formelles Fremdkapital, dem wirtschaftlich jedoch die Funktion bzw. die Bedeutung von Eigenkapital zukommt, oder um Finanzierungsformen, die zumindest sehr ähnliche Funktionen aufweisen wie Eigenkapital.[45] Insbesondere die Verlustausgleichsfunktion ist bei diesen Finanzierungsformen unter Umständen beträchtlich. Dies ergibt sich bereits aus der Formulierung von Art. 127 Abs. 1 der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (ERV):

«Wandlungskapital kann in dem Umfang auf bestimmte Eigenmittelkomponenten angerechnet werden, in dem es beim Eintritt eines auslösenden Ereignisses (‹Trigger›) einen Beitrag zur Verlusttragung leistet. […]»

Einzelne charakteristische Eigenkapitalfunktionen, wie z. B. die Mitbestimmungsfunktion, liegen jedoch auch

34 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 216.
35 Vgl. mwH Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 58 ff.
36 Vgl. dazu oben Abschn. 3.4.
37 Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 63; von Salis-Lütolf, Verdecktes Eigenkapital, 189 ff.
38 Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 63.
39 KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Ziff. 2.1.
40 Der Drittvergleich ist jedoch insofern problematisch, als sich immer ein Investor finden lässt, der eine Fremdfinanzierung vornimmt, sofern die Verzinsung genügend hoch ist (siehe für weitere Details mwH auf von Salis/Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 64; bzw. Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 186). Siehe hierzu auch Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 140 f. Vgl. konzeptionell Benshalom, The Quest to Tax Interest Income: Stages in the Development of International Taxation, 680 f. Vgl. hierzu auch OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 12.
41 Vgl. Art. 11 Abs. 4 BankG und Art. 126 und 127 ERV.
42 Vgl. eingehend Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 30 f.
43 Vgl. eingehend Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 32 f. Oder auch Vollmar/Beck/Berndt, Anforderungen an die Ausgestaltung von CoCo-Bonds: Die bedingte Pflichtwandelanleihe vor dem Hintergrund des «Swiss Finish», 124 ff. Siehe auch Bösch/Leisinger, Contingent Convertible Bonds – CoCos, Umsetzung in der Schweiz, 2 f.
44 Böckli, CoCos, Write-offs: Eigenkapitalschaffung mit dem Zauberstab, 195 f.
45 Dazu oben Abschn. 3.4.

© IFF-HSG

bei diesen Instrumenten nicht vor. So hat ein Investor, der CoCo-Bonds zeichnet, keine Mitspracherechte an der Generalversammlung und er partizipiert nicht in gleichem Umfang am Gewinn wie ein Aktionär (Gewinnbeteiligungsfunktion). Trotz der qualitativen Nähe zum Eigenkapital werden diese Finanzierungsformen, wie CoCo-Bonds oder auch Write-Down-Bonds, nicht zum verdeckten Eigenkapital gerechnet, sofern die Voraussetzungen gemäss Praxis der ESTV erfüllt sind.[46] Demnach kann formelles Fremdkapital wirtschaftlich betrachtet durchaus dem Eigenkapital zugerechnet werden, ohne dass steuerlich verdecktes Eigenkapital vorliegt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verwaltungspraxis, d. h. das *asset/debt ratio* gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital, nicht mit dem Wortlaut von Art. 65 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. c iVm 29a StHG zu vereinbaren ist, zumindest solange nicht, als dass eine starre, automatische Anwendung der Prozenthürden im KS 6 Verdecktes Eigenkapital für alle Unternehmen und Branchen erfolgt. Anders wäre die Situation, falls das KS 6 Verdecktes Eigenkapital differenziert angewendet werden würde.[47] Im Übrigen wäre es auch nicht sachgerecht, eine über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Auslegung vorzunehmen und aufgrund von historischen Elementen zu vertreten, dass Art. 65 DBG bzw. Art. 29a StHG als reine Unterkapitalisierungsvorschrift und eben nicht als Vorschrift zum verdeckten Eigenkapital zu verstehen wäre. Historisch wurden die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital geschaffen, um Steuerumgehungen zu verhindern, und einer historischen Auslegung folgend wäre im Einzelfall näher zu prüfen, ob tatsächlich ein Umgehungstatbestand gegeben ist.[48] Wie nachfolgend erläutert wird, schlägt sich diese Inkonsistenz (wenn auch nur implizit) auf die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts durch.

4 Urteil des Bundesgerichts vom 30. September 2015

4.1 Vorbemerkung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum verdeckten Eigenkapital

Das Bundesgericht hat sich insbesondere vor Inkrafttreten von Art. 29a StHG und Art. 65 DBG mehrfach mit dem Begriff des verdeckten Eigenkapitals auseinandergesetzt bzw. sich zu übermässigen Fremdfinanzierungen geäussert.[49] Nach Inkrafttreten dieser Bestimmungen kam es jedoch erst zu wenigen Urteilen, wobei sich, soweit ersichtlich, das Bundesgericht nie zu der oben angesprochenen Inkonsistenz zwischen dem Wortlaut von Art. 65 DBG und der Verwaltungspraxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital im Detail geäussert hat. Das Bundesgericht hat allerdings mehrfach das KS 6 Verdecktes Eigenkapital direkt angewendet. Demnach ist zu schliessen, dass das Bundesgericht die Auffassung vertritt, die Praxis gemäss Kreisschreiben Nr. 6 ist durch Art. 65 DBG gedeckt. Es wurde höchstrichterlich u. a. festgestellt:

- dass für das Vorliegen von verdecktem Eigenkapital keine Steuerumgehung mehr vorliegen müsse,[50]
- dass das verdeckte Eigenkapital grundsätzlich mit einem Bilanzverlust verrechnet werden kann,[51] und
- dass ein Rangrücktritt nicht dazu führt, dass eine Fremdfinanzierung dem Aktienkapital gleichzustellen ist.[52]

Nachfolgend werden wir näher auf ein erst kürzlich ergangenes Urteil des Bundesgerichts vom 30. September 2015 eingehen.[53] Vorweg ist bereits festzuhalten, dass das Bundesgericht erneut (unkritisch) die Anwendung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital bejaht, ohne Prüfung, ob ein Finanzierungsinstrument tatsächlich wirtschaftlich betrachtet zum Eigenkapital gezählt werden kann.

4.2 Sachverhalt

Die X. Pte. Ltd., ansässig in Singapur, unterhält im Kanton Zug eine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung. Die Zweigniederlassung führt ihre Bücher in USD (Funktionalwährung) und nimmt jeweils (aufgrund der früheren Vorgaben im Handelsrecht) eine Umrechnung in CHF vor (Präsentationswährung). Das erste überlange Geschäftsjahr der Zweigniederlassung dauerte vom 9. November 2006 bis zum 31. Dezember 2007.

Ungefähr sechs Wochen nach Gründung der Zweigniederlassung erhält diese ein Darlehen im Umfang von ca. USD 78 Mio. von ihrer Hauptniederlassung in Singapur. Die Zweigniederlassung verbucht für die ersten 369 Tage Laufzeit bis Ende 2007 einen Zinsaufwand von USD 3 910 494 auf diesem Darlehen. Am Ende des ersten (überjährigen) Geschäftsjahrs wird das Darlehen in

46 Vgl. näher zur Anwendung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital auf Banken Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 220 f.

47 Vgl. hierzu eingehend unten Option 2, Abschn. 6.3.2.

48 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 145 f.

49 Vgl. mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 167 ff; hierzu auch Burki, Das verdeckte Eigenkapital im schweizerischen Steuerrecht, 1 ff.

50 Vgl. BGer 26.4.2006, 2P.338/2004/2A.757/2004, E. 4.2.

51 BGer 6.11.2008, 2C_259/2008, E. 2.5, StE 2009 B 73.1. Nr. 9, StR 2009, 491 ff.

52 BGer 31.8.2012, 2C_77/2012, E. 2.3, E. 3.4, StE 2013 B 73.12 Nr. 10, StR 2013, 89 ff.

53 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, StR 2015, 992 ff.

der Bilanz unter Berücksichtigung der aufgelaufenen Zinsen mit ca. USD 82 Mio. aufgeführt.

Sowohl die Steuerverwaltung Zug als auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zug im Beschwerdeverfahren wiesen die Rechtsmittel ab und veranlagten die Zweigniederlassung mit einem Gewinn von CHF 292 400. Bei der Gewinnberechnung kam es zu einer Aufrechnung von CHF 221 213 unter Anwendung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital bzw. der jährlich publizierten ESTV-RS Zinssätze. Für die Berechnung dieses aufgerechneten Zinsbetrags verwendete die Steuerverwaltung Zug den umgerechneten Abschluss in Schweizer Franken. Demnach stellte die Vorinstanz für die Berechnung des zulässigen Fremdkapitals auf die Aktiven in Schweizer Franken ab, umgerechnet zum Jahresendkurs von 1.1321, wogegen für die Berechnung des verbuchten Zinsaufwands der Zinsaufwand in US-Dollar mit dem Jahresmittelkurs von 1.1999 multipliziert wurde.

4.3 Rechtsfrage

Vor Bundesgericht war strittig, wie sich der maximal zulässige Zinsabzug gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital iVm dem jährlich publizierten ESTV-RS Zinssätzen berechnet. Die steuerpflichtige Person machte geltend, dass der zulässige Zinsaufwand, umgerechnet mit dem Jahresmittelkurs, d. h. CHF 4 470 958, mit dem Jahresendkurs (1.1321) in die Funktionalwährung zurückzurechnen sei. Dieser Betrag wiederum sei mit dem Jahresmittelkurs (1.1999) zu multiplizieren und hieraus ergebe sich eine maximale Zinsbelastung von CHF 4 738 718. Dieser Zinsaufwand sei für die Berechnung, ob eine zu hohe Verzinsung vorliegt, massgebend. Die Vorinstanz hielt, wie erwähnt, entgegen, dass eine solche (erneute) Umrechnung zu unterbleiben habe und der berechnete Zins von CHF 4 470 958 massgebend sei.

4.4 Erwägungen

Vorweg das Resultat des Bundesgerichts: Für Zwecke der direkten Bundessteuer hält das höchste Gericht fest, dass für die Berechnung des maximalen Fremdkapitalzinsabzugs (überhaupt) keine Umrechnung der Jahresrechnung in CHF vorzunehmen sei. Die Berechnung der Maximalverzinsung habe (ausschliesslich) anhand der Funktionalwährung zu erfolgen. Im vorliegenden Fall beträgt die maximale Zinsbelastung USD 3 949 260 und liegt damit über dem effektiv verbuchten Zinsaufwand von USD 3 910 494. Entsprechend liegen gemäss Bundesgericht keine übermässigen Zinsen auf verdecktem Eigenkapital vor.[54] Gleiches gilt gemäss Bundesgericht auch für die Staats- und Gemeindesteuer aufgrund der Harmonisierungsbestimmung von Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG.[55] Das Bundesgericht orientiert sich damit für die Berechnung der maximalen Zinsbelastung (gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital bzw. den jährlich publizierten ESTV-RS Zinssätzen) ausschliesslich an der Jahresrechnung in USD.

Bei der Beurteilung der materiellen Frage nach der Berechnungsmethode des maximalen Zinsabzugs hält das Bundesgericht einleitend fest, dass die Umschreibung, *«dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt»,* in Art. 65 DBG auslegungsbedürftig sei.[56] Weiter wird im Urteil ausgeführt, dass es sich bei Art. 65 DBG um eine steuerrechtliche Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten handle. Dies erfordere gemäss Bundesgericht mit Bezugnahme zu Locher, dass alle ökonomischen Gesichtspunkte zu berücksichtigen seien.[57] Allerdings hält das Bundesgericht ebenfalls fest, dass es sich beim KS 6 Verdecktes Eigenkapital um eine Unterkapitalisierungsvorschrift handle, ohne dies aber in Relation zum Titel *«Zinsen auf verdecktem Eigenkapital»* in Art. 65 DBG zu setzen.[58]

Basierend auf diesen Grundsatzüberlegungen führt das höchste Gericht weiter aus, was betriebswirtschaftlich unter Eigen- und Fremdkapital zu verstehen sei. Hierbei seien gemäss Bundesgericht die Aktiven zum effektiven Wert bzw. Verkehrswert zu bewerten, d. h. das dem inländischen Rechnungslegungsrecht inhärente Vorsichtsprinzip müsse unbeachtlich bleiben.[59] Zur Notwendigkeit der betriebswirtschaftlichen Beurteilung hält das Bundesgericht Folgendes fest:

«Ob verdecktes Eigenkapital und verdeckte Eigenkapitalzinsen anzunehmen sind, muss sich daher ausschliesslich nach den Regeln und der Logik der Betriebswirtschaftslehre beurteilen, selbst wenn es sich bei Art. 65 DBG um eine vom Handelsrecht losgelöste steuerrechtliche Fragestellung handelt. Eine durch unterschiedliche Umrechnungskurse verfälschte Ausgangslage schliesst einen marktkonformen Drittvergleich von vornherein aus. Je deutlicher Stichtags- und Durchschnittskurs voneinan-

54 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 3.4 und 3.5, StR 2015, 992 ff.

55 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 4, StR 2015, 992 ff.

56 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.1, StR 2015, 992 ff.

57 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.2, StR 2015, 992 ff.

58 Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung der folgenden Bezeichnung in BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 2.1.4, StR 2015, 992 ff.: *«Kreisschreiben Nr. 6 der EStV vom 6. Juni 1997 (Verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften; sog. ‹thin capitalization rules›)».*

59 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.3, StR 2015, 992 ff.

 © IFF-HSG

der abweichen, umso zufälligere Ergebnisse können eintreten.»[60]

Das Bundesgericht vertritt demnach die Auffassung, dass die Beurteilung, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt, nach *«der Logik der Betriebswirtschaftslehre»* zu beurteilen sei und entsprechend Verfälschungen durch Umrechungsdifferenzen berücksichtigt werden müssen. Zur Problematik der Unterscheidung zwischen Funktionalwährung und Präsentationswährung hält das höchste Gericht weiter Folgendes fest:

«Tätigt eine inländische Körperschaft oder die Zweigniederlassung einer ausländischen Körperschaft ihre Geschäfte vorwiegend in einer Fremdwährung und führt sie ihre Bücher deshalb (oder aus anderen Gründen) in einer Funktionalwährung, sind diese Werte für Banken, weitere Gläubiger, aber auch die Anteilsinhaber massgebend. Dem in die Präsentationswährung umgerechneten Abschluss kommt betriebswirtschaftlich keine Bedeutung zu, abgesehen davon, dass er die Basis für die steuerliche Gewinn- und Kapitalermittlung bildet.»[61]

Demnach verletzt gemäss Bundesgericht die Vorinstanz das Gleichbehandlungsgebot, indem rein frankenbezogene Abschlüsse und umgerechnete Abschlüsse ungleich behandelt werden. Entsprechend ist gemäss Bundesgericht für die Berechnung, wie oben gezeigt wurde, die noch nicht umgerechnete Handelsbilanz in Funktionalwährung massgebend.[62] Die Beschwerde der steuerpflichtigen Person wird sowohl für Zwecke der Staats- und Gemeindesteuern als auch für Zwecke der direkten Bundessteuer gutgeheissen. Das Bundesgericht lässt ferner aufgrund des Verfahrensausgangs offen, ob die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital tatsächlich auch auf Betriebsstätten anzuwenden sind oder ob sich die Anwendung dieser Bestimmungen auf Kapitalgesellschaften beschränkt.[63]

4.5 Analyse

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass es betriebswirtschaftlich tatsächlich mehr Sinn macht, für die Berechnung des maximalen Zinsaufwands auf den Abschluss in der Funktionalwährung abzustellen. Damit wird gewährleistet, dass für die Berechnung des maximalen Zinsabzugs die tatsächlichen und nicht durch die Umrechnung verzerrten Zahlen verwendet werden. Die Umrechnungsdifferenzen sind gemäss Bundesgerichtspraxis zu Recht nicht als effektive Entreicherung oder Bereicherung zu verstehen,[64] und entsprechend ist es konsequent, bei der Berechnung der maximalen Fremdfinanzierung den Abschluss in Fremdwährung, d. h. Funktionalwährung, beizuziehen.

Die Erwägungen des Bundesgerichts – d. h. der Bezug zum *asset/debt ratio* der steuerpflichtigen Person – bedingen allerdings, dass es sich bei den gesetzlichen Vorgaben tatsächlich um eine Unterkapitalisierungsvorschrift handelt und dass die Kapitalisierung einer Gesellschaft für die Beurteilung (allein) entscheidend ist. Wie oben in Abschn. 3.5 eingehend dargestellt wurde, handelt es sich bei Art. 65 DBG[65] unseres Erachtens aber gerade nicht um eine solche *«Unterkapitalisierungsvorschrift»,* sondern steuersystematisch um eine Bestimmung zum *«verdeckten Eigenkapital».*

Somit beschränkt sich die vermeintliche betriebswirtschaftliche Analyse des Bundesgerichts darauf festzustellen, ob es aus betriebswirtschaftlicher Sicht überzeugender ist, für die Berechnung der Unterkapitalisierung gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital auf den Abschluss in funktionaler Währung abzustellen oder nicht. Dem Bundesgericht ist jedoch klar zu widersprechen, dass dem KS 6 Verdecktes Eigenkapital eine wirtschaftliche Analyse zu Grunde liege. Wie gezeigt wurde, wird bei einer Berechnung der maximalen Fremdfinanzierung gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital die Qualität bzw. die Funktion der Finanzierung als solche nicht berücksichtigt.[66] Demnach bedingt die Anwendung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital als solche keine wirtschaftliche Analyse des Finanzierungsinstruments, sondern stellt einzig auf das Verhältnis zwischen Aktiven und Fremdkapital ab. Oder mit anderen Worten gälte es nicht das KS 6 Verdecktes Eigenkapital wirtschaftlich auszulegen, sondern die Gesetzesbestimmung unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Kriterien.

Folgt man den Ausführungen des Bundesgerichts in konsequenter Weise, wonach gemäss Art. 65 DBG tatsächlich eine betriebswirtschaftliche Analyse vorzunehmen sei, so müssten wie erwähnt bspw. Instrumente zur Stärkung der Eigenkapitalbasis von Banken[67] zum verdeckten Eigenkapital hinzugezählt werden. Zu denken ist an Finanzierungsinstrumente wie CoCo-Bonds oder Write-

60 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.4, StR 2015, 992 ff.
61 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.5, StR 2015, 992 ff.
62 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.3.6, StR 2015, 992 ff.
63 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 / 2C_561/2014, E. 3.2.2, StR 2015, 992.
64 Vgl. insbesondere bereits das Urteil BGE 136 II 88, ASA 78 (2009/2010), 495, StE 2010 B 72.11 Nr. 17, RDAF 65 (2009) II, 570. Für weitere Details zu dieser Rechtsprechung siehe Matteotti/Felber, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Jahre 2009 zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen, 750 ff.
65 Bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. c iVm Art. 29a StHG.
66 Vgl. oben Abschn. 3.5.
67 Vgl. oben Abschn. 3.5.

Down-Bonds: Diese werden gerade dazu verwendet, wirtschaftlich die Eigenkapitalbasis bzw. die Eigenmittel zu stärken. Andererseits müssten aber Fremdfinanzierungen nicht zum verdeckten Eigenkapital gezählt werden, obwohl bei diesen gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital eine Unterkapitalisierung gegeben ist, weil wirtschaftlich eben kein Eigenkapital vorliegt, da funktional eine Finanzierung weiterhin zum Fremdkapital zu zählen ist.

Allerdings ist der Entscheid des Bundesgerichts nicht als Obiter Dictum zu verstehen, so dass künftig tatsächlich nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zu untersuchen ist, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt. Das Bundesgericht folgt unseres Erachtens keiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise, sondern widmet sich einzig der Frage, ob bei der Berechnung des maximalen Zinsabzugs gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital der Abschluss in Funktionalwährung massgebend sein sollte. Das Urteil zeigt aber auf, auch wenn das Bundesgericht nicht darauf eingeht, dass das KS 6 Verdecktes Eigenkapital eben nicht mit den Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital vereinbar ist, sondern eine klassische Unterkapitalisierungspraxis darstellt. Der oben dargestellte Konflikt bzw. die existierende Inkonsistenz ist demnach höchstrichterlich noch nicht gelöst.

5 OECD/G20-BEPS-Action 4

5.1 Frühere Arbeiten der OECD zur Unterkapitalisierung

Die OECD hat sich schon in den 70er- und 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts mit dem globalen Thema der Unterkapitalisierung bzw. der Gewinnverschiebung durch Zinszahlungen beschäftigt. Sie hat sich im Jahr 1979 in allgemeiner Form[68] und im Jahr 1986 in einem speziellen Bericht zum Thema *«Thin Capitalisation»* vertieft damit auseinandergesetzt.[69] Ferner finden sich auch im publizierten Bericht *«Harmful Tax Competition»* aus dem Jahre 1998 Ausführungen zur Problematik der Gewinnverschiebungen durch grenzüberschreitende Zinszahlungen. Daneben waren Unterkapitalisierungsvorschriften mehrmals Thema internationaler Kongresse.[70] Die nachfolgend dargestellten Probleme sind demnach keineswegs neu und im Ausland (insbesondere in Deutschland) teilweise umfassend diskutiert. Nachfolgend stehen aber die Arbeiten im Rahmen des BEPS-Projekts im Zentrum.

5.2 Action 4 als Teil des BEPS-Projekts

5.2.1 Einleitung zum BEPS-Projekt

Im Juli 2013 hat die OECD in Zusammenarbeit mit den Finanzministern der G20-Staaten eine multilaterale Initiative gestartet, welche unter der übergeordneten Abkürzung «BEPS» international bekannt wurde. Vordergründig geht es um die Koordinierung nationaler und internationaler Steuervorschriften, um der grenzüberschreitenden Gewinnverlagerung bzw. Erosion der steuerlichen Bemessungsgrundlagen multinationaler Unternehmen entgegenzuwirken.

Für den OECD-Generalsekretär Angel Gurría handelt es sich dabei um nicht weniger als «einen Wendepunkt in der internationalen Steuerzusammenarbeit».[71] Unter dem Eindruck von Finanz- und Staatsschuldenkrisen hatte sich international eine breite Diskussion entfaltet, ob multinationale Konzerne insgesamt und in einzelnen Staaten in angemessenem Umfang zum Steueraufkommen beitragen. Im Juli 2013 wurde schliesslich der Aktionsplan «Addressing Base Erosion and Profit Shifting» veröffentlicht. Der inhaltliche Schwerpunkt dieses Papiers widmete sich sowohl der Auswertung grenzüberschreitender Gewinnverlagerung als auch der Reflexion grundlegender internationaler Besteuerungsprinzipien. Dieser Aktionsplan bildete die Basis und auch den Rahmen für die nachfolgenden Diskussionen in den Jahren 2013 – 2015.

Nach verschiedenen Zwischenberichten und Vernehmlassungen wurden schliesslich die 13 finalen BEPS-Berichte am 5. Oktober 2015 veröffentlicht. Von besonderem Interesse für die vorliegende Abhandlung ist der finale Bericht zu Action 4, der sich mit der möglichen *«Best Practice»* für Zinsabzugsbeschränkungen beschäftigt. Für die steuerliche Behandlung von grenzüberschreitenden Zinszahlungen sind aber auch Empfehlungen für die Verrechnungspreisbestimmung bei Finanzierungen zwischen verbundenen Unternehmen bzw. ganz generell der finale Bericht zu den Actions 8 – 10 von Re-

68 Vgl. OECD Committee on Fiscal Affairs, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, 1979, Rz 183 ff.

69 Vgl. OECD, Thin capitalisation (adopted by the OECD Council on 26 November 1986), in: OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Volume II. Previous reports, Appendices, Update as of 17 July 2008.

70 Vgl. insbesondere Piltz, International Aspects of Thin Capitalization, 19 ff., aber auch Hinny, New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations, 15 ff.

71 OECD, Pressemitteilung von 19.7.2013, OECD präsentiert Aktionsplan für faire Besteuerung multinationaler Unternehmen, http://www.oecd.org/berlin/presse/aktionsplan-besteuerung-mnu.htm (Stand: 14.9.2015).

 © IFF-HSG

levanz, wobei hier weitere Arbeiten in den Jahren 2016 und 2017 zu erwarten sind. Enge Zusammenhänge bestehen auch zu den Arbeiten zu hybriden Gestaltungen (Action 2) und den Regeln zur Hinzurechnungsbesteuerung (Action 3).

5.2.2 Regelungsinhalt von Action 4

5.2.2.1 Existierende Ansätze

Die heute existierenden Ansätze, um übermässige Zinszahlungen zu verhindern, können gemäss OECD/G20 in sechs Gruppen unterteilt werden, welche jedoch auch untereinander kombiniert vorkommen:[72]

- Drittvergleichstest,[73]
- Quellensteuer auf Zinszahlungen,[74]
- Obergrenze für abzugsfähige Zinszahlungen ohne Berücksichtigung von der Gegenpartei oder von anderen Elementen,[75]
- Obergrenze für abzugsfähige Zinszahlungen im Verhältnis zu einem vorgegebenen Quotient, wie z. B. Eigenkapital/Fremdkapital, Zinsaufwand/Gewinn oder Zinsaufwand/Total Aktiven,[76]
- Obergrenze für abzugsfähige Zinszahlungen im Verhältnis zur Gruppensituation,[77]
- spezifische Missbrauchsbestimmungen mit Fokus auf spezielle Transaktionen.[78]

Der Fokus dieser Arbeit liegt auf der von der OECD vorgeschlagenen *«Best Practice»*, der sog. «Zinsschranke», wie sie in ähnlicher Form insbesondere auch in Deutschland verwendet wird. Der Einfachheit halber wird diese Zinsschranke nachfolgend ebenfalls als Unterkapitalisierungsvorschrift bezeichnet, obwohl, wie gezeigt wird, bei der Berechnung der zulässigen Zinszahlungen nicht direkt zur Kapitalisierung einer Gesellschaft Bezug genommen wird. Die übrigen Lösungsansätze (z. B. Quellensteuer auf Zinszahlungen) werden im Rahmen dieses Artikels nicht vertieft diskutiert.[79]

5.2.2.2 Von OECD/G20 bevorzugter Lösungsansatz

5.2.2.2.1 «Best Practice»: Fixed Ratio Rule

Als *«Best Practice»* zur Vermeidung von BEPS durch Zinszahlungen schlägt die OECD die Einführung einer Zinsschranke vor (sog. *Fixed Ratio Rule*), wonach ein Zinsaufwand nur bis zu einer Höhe von 10 % – 30 % des EBITDA der Jahresrechnung belastet werden darf.[80] D. h. darüber hinausgehende Zinszahlungen werden gewinnsteuerlich nicht zum Abzug zugelassen. Alternativ kann auch der EBIT als Massstab dienen.[81] Wo genau ein Land innerhalb des 10 % – 30 %-Rahmens seine Schwelle setzt, soll anhand verschiedener Faktoren bestimmt werden. Die Festlegung der Hürde steht aber grundsätzlich im Ermessen der Staaten.[82] Ferner stellt sich die Frage nach der Definition des Begriffs «Zinsen». Die OECD schlägt hierbei einen weiten Zinsbegriff vor, inklusive Zinsanteile bei Finanzierungsleasing, Zinsanteile von derivativen Finanzinstrumenten und unter Umständen sogar Währungsgewinne.[83] Allerdings, und dies ist besonders wichtig für die vorliegende Abhandlung, ist es nicht von Relevanz, ob der Gläubiger nahe stehend oder Drittpartei ist.[84]

5.2.2.2.2 Group Ratio Rule und weitere Ausnahmen

Als Ergänzung zur Fixed Ratio Rule können Staaten optional eine höhere Zinsabzugsmöglichkeit (d. h. ausserhalb der Bandbreite von 10 % – 30 % EBITDA) zulassen, wenn die steuerpflichtige Person nachweist, dass der weltweite Konzern, zu dem das lokale Unternehmen gehört, eine höhere tatsächliche Nettozins/EBITDA-Quote aufweist (sog. Group Ratio Rule oder sog. Konzerntest; mit optionaler zusätzlicher 10 %iger Erhöhung der relevanten Konzern-Vergleichsquote).[85] So hätte eine Konzerngesellschaft, deren Konzern konsolidiert eine Nettozins/EBITDA-Quote von 50 % aufweist, die Möglichkeit, die Anwendung einer Zinsschranke in Höhe von 20 % EBITDA abzuwenden, obwohl die spezifische Konzerngesellschaft eine 40 % Nettozins/EBITA-Quote aufweist. Dies unter der Bedingung, dass dieser Staat, in

72 Vgl. mwH OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 11 ff.
73 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 12.
74 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 13.
75 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 14.
76 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 16 ff.
77 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 19.
78 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 20.
79 Vgl. hierzu ausführlich OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 168 ff.
80 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 85 ff.
81 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 72 ff., insbesondere Rz 82.
82 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 93 ff.
83 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 33 ff.
84 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 9, Rz 62, Rz 64 (e contrario), Rz 95 ff. (implizit), Rz 103.
85 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 25, Rz 115 ff.

welchem diese Konzerngesellschaft ansässig ist, eine Group Ratio Rule vorsieht. Würde das Unternehmen allerdings zu einem Konzern mit 10 % Nettozins/EBITDA-Quote gehören, wären lediglich Zinsen in Höhe der 20 % des EBITDA direkt abzugsfähig. Mit anderen Worten ist nur der Zinsaufwand, welcher sowohl die Zinsschranke des Staates (in diesem Fall 20 % EBITDA) als auch die Nettozins/EBITDA-Quote des Konzerns (in diesem 10 % EBITDA) übersteigt, nicht zum Abzug zugelassen.

Die OECD eröffnet ferner den Staaten die Option, anstatt einer sog. Zins/EBITDA-bezogenen Konzern-*«Escapeklausel»* einen Eigenkapitalquotenvergleich vorzunehmen oder aber eben überhaupt keine solche oder eine ähnliche Ausnahme zuzulassen.[86] Der Eigenkapitalquotenvergleich bedeutet, dass die EBITDA-Grenze bzw. die Zinsschranke nicht angewendet wird, wenn eine Konzerngesellschaft nachweisen kann, dass das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Gesamtaktiven gleich oder höher ist als dasjenige der ganzen Gruppe.[87] Optional können die Staaten ferner eine monetäre Freigrenze für kleinere oder fiskalisch wenig riskante Unternehmen vorsehen (aktuell in Deutschland bei EUR 3 Mio. angesetzt).[88]

5.2.2.2.3 Anwendungsbereich

Im Grundsatz stehen alle Gesellschaften mit einem Gruppenkontext im Fokus von Action 4.[89] Somit fallen nur alleinstehende Gesellschaften nicht unter den Anwendungsbereich von Action 4 bzw. der *«Best Practice»*.[90] Für Banken und Versicherungen werden separate Lösungen gesucht, die grundsätzlich nicht den oben skizzierten Regelungen unterstehen sollen, weil die Kombination von *Fixed Ratio Rule* mit der *Group Ratio Rule* unter Umständen den sektorspezifischen Gegebenheiten nicht gerecht werde.[91] Weiter sollen spezifische Gesellschaften mit einem öffentlich-rechtlichen Zweck von Action 4 ausgenommen bleiben.[92] Es ist den Ländern überlassen, ob sie die *«Best Practice»*-Empfehlungen auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwenden möchten, wobei in diesem Fall bereits im Bericht zu Action 4 auf mögliche staatsvertragliche Konflikte (z. B. mit den EU-Grundfreiheiten) hingewiesen wird.[93] Auf Betriebsstätten nimmt Action 4 keinen speziellen Bezug.[94]

5.2.2.2.4 Weitere Spezifikationen

Nichtabzugsfähiger Zinsaufwand soll gemäss OECD/G20 – allerdings wiederum optional – vor- oder ggf. auch rücktragsfähig sein. Ein Vor- oder Rücktrag kann auch für ungenutztes EBITDA, d. h. für die ungenutzte Verzinsungskapazität, vorgesehen werden.[95]

Die Umqualifikation von Zinsen in Dividenden ist nicht Teil der *«Best Practice»* der OECD/G20. Demnach soll die Anwendung der *«Best Practice»* zu einem Nicht-Abzug der Zinszahlung und nicht zu einer Umqualifikation in Dividenden führen.

6 Steuerpolitische Handlungsoptionen

6.1 Steuerpolitische Ausgangslage und Zielsetzung

Das vorliegende Kapitel soll verschiedene steuerpolitische Optionen diskutieren, die es erlauben würden, die oben erwähnte Inkonsistenz zwischen den Gesetzesbestimmungen und der Praxis der ESTV zu beseitigen.[96] Hierbei wird insbesondere die von der OECD vorgeschlagene und vorgängig kurz umschriebene *«Best Practice»* im Rahmen von Action 4 berücksichtigt.

Werden verschiedene gesetzgeberische Optionen evaluiert,[97] ist zentral, dass die Frage nach dem Zweck der neuen Bestimmung vorweg behandelt wird. Wie oben gezeigt worden ist, wurde der gegenwärtige Art. 65 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. c iVm Art. 29a StHG insbesondere eingeführt, um Umgehungen der wirtschaftlichen Doppelbelastungen zu verhindern. Dementgegen zielt die *«Best Practice»* der OECD darauf ab, die Erosion der Steuerbasis zu bekämpfen, insbesondere – aber nicht

86 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 118 ff.
87 Die OECD verweist hierbei auf die Regelung in Finnland und Deutschland (vgl. OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 118).
88 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 26, Rz 54 ff. Zur deutschen Variante siehe OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Annex C, Rz 216 ff.
89 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 43 ff.
90 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 52 f.
91 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 29, Rz 183 ff.
92 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 64 ff.
93 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 49 ff.
94 Vgl. aber OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 45: «A group is a multinational group where it operates in more than one jurisdiction, including through a permanent establishment».
95 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 27, Rz 159 ff.
96 Vgl. oben Abschn. 3.5.
97 Bei Option 1 handelt es sich nicht um eine Handlungsvariante für den Gesetzgeber, sondern für die Steuerbehörden bzw. Gerichte.

© IFF-HSG

nur – im grenzüberschreitenden Verhältnis. Die im Rahmen von Action 4 vorgeschlagenen Empfehlungen sollen es den Staaten vor allem ermöglichen, ihre Steuerbasis zu schützen. Demnach geht es der OECD/G20 nicht nur darum, missbräuchliche Finanzierungen zu verhindern, sondern um das, was von Brown bereits hervorgehoben wurde, nämlich die Tatsache der Abzugsfähigkeit von Zinsen im Gegensatz zu Dividenden zu mildern.[98]

Wird berücksichtigt, dass seit dem Inkrafttreten der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital die wirtschaftliche Doppelbelastung beträchtlich gemildert wurde, aber gleichzeitig auch die internationale Steuerplanung an Bedeutung gewonnen hat, stellt sich demnach die berechtigte Frage, ob die ursprüngliche Zielsetzung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital tatsächlich noch zeitgemäss ist oder ob der Fokus neu nicht auf der Verhinderung von missbräuchlicher Fremdfinanzierung bzw. auf der Verhinderung der Erosion der inländischen Steuerbasis liegen soll. Unseres Erachtens sollte eine inländische Unterkapitalisierungsbestimmung einzig auf die Verhinderung missbräuchlicher Fremdfinanzierungen zielen und nicht in genereller Weise die inländische Steuerbasis schützen. Letzteres ist standortpolitisch nachteilig und schränkt die Finanzierungsfreiheit unseres Erachtens zu stark ein.

Eine weitere Zielsetzung einer möglichen Reform der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital könnte in der internationalen Akzeptanz liegen. Die Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz III hebt an mehreren Stellen hervor, dass die internationale Akzeptanz ein zentrales Ziel der Reform ist.[99] Hierbei wird vor allem Bezug genommen zu den BEPS-Mindeststandards wie bspw. der Modified Nexus Approach für IP-Boxen. Weicht ein Staat von einem solchen Mindeststandard ab, besteht (wohl) ein beträchtliches Risiko, dass Retorsionsmassnahmen der Staatengemeinschaft ergriffen werden. Demgegenüber sind Empfehlungen zu Action 4 jedoch lediglich Empfehlungen bzw. *«Best Practice»*, die nicht zwingend umzusetzen sind.[100] Dementsprechend würde eine Nicht-Berücksichtigung der Empfehlungen der OECD/G20 im Bereich der maximalen Zinsbelastung keine unmittelbaren Retorsionsmassnahmen anderer Staaten zur Folge haben.

98 Brown, The Debt-Equity Conundrum, 40.

99 Vgl. bspw. Botschaft USTR III, 3, 21, 36, 59, 108; hierzu Hongler, The Impact of the BEPS Project, 100 ff.

100 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement, Rz 11.

6.2 Rechtlicher Rahmen

6.2.1 Übersicht

Bevor wir im Detail auf vier mögliche Handlungsvarianten eingehen, ist einleitend zentral, den rechtlichen Rahmen abzustecken, in dem der Steuergesetzgeber agieren kann und soll. In jedem Fall ist trotz fehlender Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz eine verfassungskonforme Lösung zu suchen, die namentlich das Legalitätsprinzip, aber auch das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigt. Selbstredend muss eine neue Regelung auch in Übereinstimmung mit internationalen Verträgen, namentlich Doppelbesteuerungsabkommen und Handelsverträgen, sein.[101] In der EU besteht ferner eine detaillierte Rechtsprechung zur Kompatibilität von Unterkapitalisierungsvorschriften und den EU-Grundfreiheiten, die für die Schweiz allerdings nur indirekt von Bedeutung ist.[102] Überdies, und dies wird auch durch die OECD/G20 hervorgehoben, sollte eine Bestimmung zur Zinsabzugsbeschränkung nicht zu unnötigen Rechtsunsicherheiten führen.[103]

Ist demnach eine Abänderung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital geplant, so muss die neue Regelung verschiedenen rechtlichen Anforderungen genügen. Allen voran muss der Diskriminierungsbestimmung in Art. 24 OECD-MA bzw. den entsprechenden Diskriminierungsbestimmungen im DBA-Netz der Schweiz Rechnung getragen werden.[104] Ferner stellt sich die Frage nach der Kompatibilität mit Art. 9 OECD-MA bzw. den entsprechenden Bestimmungen in den schweizerischen Abkommen.[105] Überdies muss näher auf die Interaktion zwischen innerstaatlichen Unterkapitalisierungsvorschriften und Art. 10 und 11 OECD-MA und auf das Verhältnis zu den Methodenartikel in den Doppelbesteuerungsabkommen eingegangen werden.[106] Die beiden

101 Vgl. insbesondere Elliffe, Unfinished Business: Domestic Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Article in the OECD Model, 26 ff., und Bammens, Articles 24(4) and 24(5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules, 148 ff.

102 Vgl. u. a. die bekannten Urteile des EuGH: EuGHE Lankhorst-Hohorst, 12.12.2002, C-324/00, und EuGHE, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, 13.3.2007, C-524/04. Vgl. mwH Marquart/Jehlin, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer «Steuerinnovation», 131. Vgl. hierzu auch die OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Annex A.

103 Vgl. OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement, Rz 25.

104 Vgl. unten Abschn. 6.2.4.

105 Vgl. unten Abschn. 6.2.3.

106 Vgl. zum Verhältnis zwischen innerstaatlicher Umqualifikation und abkommensrechtlicher Qualifikation Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 300 ff.

letzteren Themen sind jedoch nicht Teil der vorliegenden Abhandlung. Zuerst werden wir uns im folgenden Kapitel näher mit den Verfassungsvorgaben in der Schweiz auseinandersetzen.

6.2.2 Verfassungsvorgaben

Neben dem Legalitätsprinzip, das für die nachfolgenden Ausführungen von sekundärer Bedeutung ist,[107] muss eine neue Gesetzesbestimmung insbesondere dem Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV bzw. den steuerlichen, konkretisierenden Prinzipien in Art. 127 Abs. 2 BV (wie dem Leistungsfähigkeitsprinzip und dem Prinzip der gleichmässigen Besteuerung) genügen. Eine abschliessende Würdigung der Frage nach der Verfassungskonformität der verschiedenen Ausgestaltungen von Unterkapitalisierungsvorschriften sprengt jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit und hängt von der Detailstrukturierung der gewählten Lösung ab. Wir beschränken uns nachfolgend auf einzelne Teilaspekte, insbesondere mit Bezug auf das Leistungsfähigkeitsprinzip nach Art. 127 Abs. 2 BV.

Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Unternehmenssteuerrecht besagt, dass Unternehmen auf dem Zuwachs an Leistungsfähigkeit zu besteuern sind, wobei der theoretisch richtige Gewinn erst im Liquidationszeitpunkt feststeht (sog. Totalgewinnprinzip).[108] Allerdings wäre eine Besteuerung anhand des Totalgewinnprinzips fiskalisch nicht praktikabel, und entsprechend wird eine Besteuerung auf der Basis des periodischen Gewinns als zulässig erachtet. Demnach sollen Unternehmen auf dem periodischen Zuwachs an Leistungsfähigkeit besteuert werden. Daraus folgt auch, dass geschäftsmässig begründete Zahlungen zu berücksichtigen sind, da diese die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens schmälern. Selbstredend führen auch geschäftsmässig begründete Zinszahlungen zu einer Verringerung der Leistungsfähigkeit, die dementsprechend bei der Gewinnberechnung zu berücksichtigen sind. Eine Verneinung des Abzugs von grundsätzlich geschäftsmässig begründeten Zinsen steht demnach im Widerspruch zum Leistungsfähigkeitsprinzip, sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Entsprechend dieser Auslegeordnung stellen sich bei den ersten drei der nachfolgenden Optionen zwei Fragen: erstens, ob die Verweigerung der Abzugsfähigkeit oder die Umqualifikation von Zinseinkünften in Dividenden nur auf nicht geschäftsmässig begründete Zinsen Anwendung findet, und zweitens, wenn dies nicht zutrifft, ob allenfalls ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, der einen Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip zu rechtfertigen vermag. Aus Schweizer Perspektive ist in diesem Zusammenhang zu klären, ob *«sachlich einleuchtende, vernünftige Gründe»*[109] für einen Nicht-Abzug bestehen. Als Gründe kommen in der Regel Praktikabilitätsüberlegungen und ausserfiskalische Zielsetzungen in Frage.[110] Überdies ist näher zu prüfen, ob die Missbrauchsbekämpfung mittels Unterkapitalisierungsvorschriften generell einen Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip zu rechtfertigen vermag, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.[111]

Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich, sowohl vor[112] als auch nach[113] der Steuerharmonisierung, mit Teilaspekten der Praxis zum verdeckten Eigenkapital und mit deren Verfassungskonformität auseinandergesetzt. Die gegenwärtige Praxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital bzw. die jährlich publizierten ESTV-RS zu den Zinssätzen werden jedoch vom Bundesgericht – bis auf einzelne Teilaspekte – als verfassungskonform angesehen.[114] Nachfolgend liegt der Fokus auf der Verfassungskonformität der von der OECD/G20 vorgeschlagenen *«Best Practice»*. In Deutschland findet sich hierzu eine ausführliche Diskussion hinsichtlich der dortigen Zinsschranke, die stark der *«Best Practice»* der OECD/G20 ähnelt.[115] Ferner haben sich verschiedene Gerichte in Deutschland bereits hierzu geäussert.[116] Einige diesbezügliche Bemerkungen sind äusserst hilfreich für die

107 Vgl. zur Problematik der gegenwärtigen Inkonsistenz zwischen Praxis und Gesetzesbestimmung bereits Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 216 ff.

108 Vgl. auch zum Folgenden Glauser, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de déterminance dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 18 ff.; Reich, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzrecht, 4 ff. Vgl. mwH Simonek/Hongler, Massgeblichkeitsprinzip und neue Rechnungslegung, 270 f.

109 MwH Reich, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, 23.

110 Vgl. unter vielen BGE 133 I 206 E. 11; oder auch Reich, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, 20 ff.

111 Vgl. hierzu im Zusammenhang mit dem verdeckten Eigenkapital bereits Burki, Das verdeckte Eigenkapital im schweizerischen Steuerrecht, 119 ff.

112 Vgl. insbesondere BGE 90 I 217, ASA 34 (1965/66), 163 ff.; BGE 109 Ia 97, ASA 54 (1985/86), 696 ff. StR 1983, 564 ff.

113 Vgl. insbesondere BGer 6.11.2008, 2C_259/2008, StR 2009, 491 ff., ASA 79 (2010/11), 206 ff.; BGer 31.8.2012, 2C_77/2012, StR 2013, 89 ff.; BGer 30.9.2015, 2C_560/2014, 2C_561/2014, StR 2015, 992 ff., dazu bereits oben Abschn. 4.

114 Vgl. letztmals implizit BGer 30.9.2015, 2C_560/2014/2C_561/2014, E. 3.3.7, StR 2015, 998. Zum Leistungsfähigkeitsprinzip nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vgl. insbesondere BGE 133 I 206, E. 7.1.

115 Vgl. unter vielen Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, 1 ff.; München/Mückl, Die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Grundgesetz, 1469; Weitere Lehrmeinungen finden sich u. a. bei Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, Anm. 9.

116 Vgl. insbesondere Pressemitteilung Nr. 13 des BFH vom 10.2.2016 bzw. BFH vom 14.10.2015, I R 20/15. Der BFH hat die Frage zur Verfassungskonformität der Zinsschranke dem

 © IFF-HSG

Diskussion, ob die vorgeschlagene *«Best Practice»* mit den Verfassungsvorgaben in der Schweiz in Übereinstimmung wäre:

– Die Verneinung der Abzugsfähigkeit von Zinsen nach schematischen Grundsätzen, wie im Rahmen der *«Best Practice»* der OECD, wird von der wohl überwiegenden Lehrmeinung in Deutschland als Verstoss gegen das sog. objektive Nettoprinzip gesehen, das mit dem schweizerischen Leistungsfähigkeitsprinzip verwandt ist.[117] Das objektive Nettoprinzip wird nach deutschem Verständnis als Konkretisierung des allgemeinen Leistungsfähigkeitsgedankens verstanden.[118] Dies vermag auch aus Schweizer Perspektive zu überzeugen, da wie oben erwähnt wurde, fehlende Abzugsfähigkeit von grundsätzlich geschäftsmässigen Kosten als Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip zu betrachten ist.
– Die deutsche Zinsschranke ermöglicht es, nicht zulässige Zinsabzüge auf künftige Perioden vorzutragen. Unklar ist allerdings, ob dieser Vortragsmöglichkeit eine heilende Wirkung zukommt, so dass überhaupt keine Verletzung des objektiven Nettoprinzips vorliegen würde. Grundsätzlich wird dagegen argumentiert, dass unsicher sei, ob die vorgetragenen Zinsabzüge jemals verrechnet werden können.[119] Aus Schweizer Perspektive ist an dieser Stelle der Hinweis angebracht, dass – ähnlich wie bei der beschränkten zeitlichen Verlustverrechnung nach Art. 67 DBG – eine unbefristete Berücksichtigung von nicht verwendeten Zinsabzügen tatsächlich einer Besteuerung in Übereinstimmung mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip eher zuträglich wäre.[120] Allerdings sind soweit ersichtlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine präzisen Ausführungen zu entnehmen, wie ein Vortragssystem ausgestaltet sein müsste, um als mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip in Übereinstimmung zu gelten. Überdies, wie vom BFH einleuchtend dargestellt, müsste je nach Ausgestaltung der Zinsschranke geprüft werden, ob der Zinsvortrag tatsächlich greift, auch wenn ein unbefristeter Vortrag gewährt wird.[121] Wenn der unbefristete Zinsvortrag regelmässig ins Leere läuft, kann kaum von einer heilenden Wirkung gesprochen werden.
– Zur Rechtfertigung eines möglichen Eingriffs in das objektive Nettoprinzip wird in Deutschland unterschiedlich argumentiert.[122] Unter anderem wird vorgebracht, dass die Zinsschranke eine Verlagerung von Steuersubstrat zu verhindern beabsichtige und darum ein Eingriff (sofern er überhaupt vorliegt) gerechtfertigt erscheine.[123] Andere Stimmen widersprechen dieser Argumentation klar.[124] Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrunds der Missbrauchsbekämpfung wird vorgebracht, dass dieser nicht überzeuge, da eine Zinsschranke nach deutschem Vorbild weit über den Zweck der Missbrauchsbekämpfung hinausgehe.[125] Eine weitere Argumentation nimmt Bezug zum Äquivalenzprinzip, indem vorgebracht wird, dass die Zinsschranke gerechtfertigt sei, da sie Trittbrettfahrern den Abzug verweigern würde, die von der Infrastruktur in Deutschland profitieren, jedoch keine Steuern bezahlen.[126] Ebenfalls wird argumentiert, dass die Zinsschranke gerechtfertigt sei, da ein *«qualifizierter Fiskalzweck»* vorliege. Dies bedeutet nach deutschem Verständnis, dass die Zinsschranke gerechtfertigt sei, da dadurch die konjunkturellen Schwankungen gedämpft werden und so das Steuer-

BVerfG vorgelegt. Ein Entscheid ist noch ausstehend. Vgl. hierzu auch FG Berlin-Brandenburg, 13.10.2011, EFG 2012, 358. Weitere Urteile finden sich in BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E. 5 (Rz 28).

117 Vgl. unter vielen mwH auch zur existierenden Rechtsprechung Hey, § 11 N 56; München/Mückl, Die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Grundgesetz, 1471. In diesem Sinne auch BFH, 14.10.2015, E. 4 (Rz 16 ff.). Vgl. aber a. A. unter anderen Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, 2. Vgl. mwH zum Verhältnis der Reinvermögenszugangstheorie, dem Leistungsfähigkeitsprinzip und dem objektiven Nettoprinzip Matteotti, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung, 24 ff.

118 Vgl. mHa Birk, München/Mückl, Die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Grundgesetz, 1470, wobei die Autoren auch darauf hinweisen, dass das Bundesverfassungsgericht im objektiven Nettoprinzip bis anhin *«noch kein durch die Verfassung vorgegebenes Besteuerungsprinzip gesehen»* habe (vgl. 1471). Vgl. auch Knöller, The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective, 329; oder umfassend zu den Verfassungsvorgaben in Deutschland Hey, § 3 N 1 ff.

119 Vgl. mwH München/Mückl, Die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Grundgesetz, 1472; Knöller, The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective, 329. Vgl. ausführlich hierzu BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E. 4 a) (Rz 18 ff.), mit weiteren Konstellationen, in denen der Vortrag «ins Leere» läuft.

120 Vgl. statt vieler im Zusammenhang mit der beschränkten Verlustverrechnung Simonek, Ausgewählte Probleme der steuerlichen Behandlung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften, 524 f.

121 BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E. 4 a) (Rz 18 ff.).

122 Vgl. die vielen Hinweise in BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E. 5 (Rz 28 ff.).

123 Vgl. bspw. Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, 2. Kritisch hierzu mwH BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E. 5 a) bb) ccc) (Rz 37 f.).

124 Vgl. Hey, § 11 N 56.

125 Vgl. mwH Hey, § 11 N 56; Marquart/Jehlin, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer «Steuerinnovation», 2305 f. Hierzu ausführlich auch BFH, 14.10.2015, I R 20/15, 5 c) (Rz 47 ff.).

126 Vgl. Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, 3, mHa Schenke.

aufkommen *«verstetigt»* werde.[127] Diese Ausführungen können selbstredend nicht *tel quel* für Schweizer Zwecke verwendet werden. Insbesondere die Diskussion zur Sicherung des Steuersubstrats und zum qualifizierenden Fiskalzweck als mögliche Rechtfertigungsgründe sind in dieser Form in der Schweiz nicht bekannt. Ferner erscheint das erwähnte weite Verständnis des Äquivalenzprinzips aus inländischer Perspektive als abwegig und wenig überzeugend.

Die Diskussion in Deutschland hinsichtlich der Zinsschranke zeigt bereits auf, dass unter Berücksichtigung der schweizerischen Besonderheiten sehr differenziert zu prüfen ist, ob eine verfassungskonforme Lösung gegeben ist. Wie erwähnt kann im Folgenden die Verfassungskonformität der Optionen nicht abschliessend geklärt werden, da diese stark von der Detailstrukturierung einer Unterkapitalisierungsvorschrift abhängt und verschiedene über das Leistungsfähigkeitsprinzip hinausgehende Fragen aufwirft. Nimmt beispielsweise eine Vorschrift zu Bekämpfung übermässiger Zinszahlungen Bezug auf die Zinsbelastung gemäss IFRS-Abschluss, so wäre aus schweizerischer Perspektive zusätzlich zu klären, ob eine solche Verweisung auf einen privaten Standard tatsächlich mit dem Legalitätsprinzip in Übereinstimmung zu bringen ist.[128]

6.2.3 Artikel 9 OECD-MA

Die Frage nach der Kompatibilität von innerstaatlichen Unterkapitalisierungsvorschriften und dem Drittvergleichsgrundsatz nach Art. 9 OECD-MA scheint auf den ersten Blick trivial, ist jedoch im Einzelfall komplex und hängt mit einigen grundlegenden Fragen der Anwendung des Drittvergleichsgrundsatzes im OECD-MA zusammen. Unter anderem muss im Rahmen einer solchen Analyse geklärt werden, ob Art. 9 OECD-MA auch auf Transaktionen zwischen nicht verbundenen Unternehmen Anwendung findet, ob eine Beweislastumkehr zu Ungunsten der steuerpflichtigen Person dem Drittvergleichsgrundsatz widerspricht und ferner, ob Art. 9 OECD-MA auch zu einer Umqualifikation eines Darlehens in Eigenkapital führen kann (und nicht nur eine Umqualifikation der Zinsen in Dividenden bzw. eine Nicht-Abzugsfähigkeit der Zinsen).

Hierbei ist umstritten, und dies scheint von besonderem Interesse für die vorliegende Abhandlung, ob eine allgemeine Zinsabzugsbeschränkung (d. h. eine Vorschrift, wie bspw. die *«Best Practice»* gemäss Action 4, die angewendet wird, losgelöst von einer konkreten Darlehensbeziehung) tatsächlich im Widerspruch zu Art. 9 OECD-MA steht. Verschiedene Autoren haben sich in sehr unterschiedlicher Weise bereits eingehend mit dieser und weiteren Fragen auseinandergesetzt, auf deren Ausführungen an dieser Stelle vorwiegend verwiesen werden kann.[129] Ferner finden sich diesbezüglich auch mehrere Urteile von ausländischen Gerichten.[130]

Gemäss OECD besteht grundsätzlich kein Konflikt mit innerstaatlichen Unterkapitalisierungsvorschriften, wenn den steuerpflichtigen Personen die Möglichkeit gewährt wird, die Anwendung der Unterkapitalisierungsvorschrift durch die Berufung auf den Drittvergleich zu verhindern. Hierzu hält die OECD im Kommentar fest:

«the Article [Art. 9] does not prevent the application of national rules on thin capitalisation insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm's length situation»[131]

Hat demnach die steuerpflichtige Person innerstaatlich die Option, durch einen Drittvergleich die Anwendung der Unterkapitalisierungsvorschrift zu vermeiden, sprechen – zumindest den Ausführungen der OECD folgend – gute Gründe dafür, dass eine solche Regelung nicht gegen Art. 9 OECD-MA bzw. gegen die entsprechenden Bestimmungen in den schweizerischen Abkommen ver-

127 Vgl. hierzu aber a. A. BFH, 14.10.2015, I R 20/15, E 5 b) bb) (Rz 42 ff.).

128 Vgl. unter anderen Heuermann, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, 4. Vgl. hierzu bereits kurz Simonek/Hongler, Massgeblichkeitsprinzip und neue Rechnungslegung, 276.

129 Vgl. hierzu ausführlich Asimakopoulos, Fixed Ratio Thin Capitalization Rules in Conflict with the Arm' s Length Principle and Relative Issues of Deductibility, 405 ff.; Cencerrado Millán/Soler Roch, Limit Base Erosion via Interest Deduction and Others, 61 ff.; De Broe, International tax planning and prevention of abuse, 504 ff.; Eigelshoven, Art. 9 N 28a ff.; Fross, Earnings Stripping and Thin Cap Rules: Maintaining an Arm's Length Distance, 507 ff.; Fross/Hemmerle, Vereinbarkeit und Wechselwirkungen von Unterkapitalisierungs- und Zinsschrankenregelungen mit dem Dealing-at-Arm's-Length-Grundsatz, 201 ff.; Kemmeren, Netherlands: Thin capitalization rules are not inconsistent with DTCs and EU Law, Ziff. 3.2.1.; Kofler, Art. 9 OECD-MA N 103 ff.; Luchena Mozo, Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments, 412 ff. Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 2 ff. Vgl. auch bereits Piltz, International Aspects of Thin Capitalization, 69 ff., oder Lüthi, Die Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht, 573 ff.

130 Regelmässig erwähnt werden ein Entscheid des niederländischen Hoge Raad, 21.9.2011, 10/05268 (vgl. mwH Cencerrado Millán/Soler Roch, Limit Base Erosion via Interest Deduction and Others, 70 f., oder Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 6 f.), oder der Andritz-Entscheid des französischen Conseil d'Etat, 30.12.2003, 233894 (vgl. Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 5).

131 Komm. OECD, Art. 9 N 3 (a). Dazu auch bereits oben Abschn. 6.2.3.

 © IFF-HSG

stösst.[132] Dies allerdings nur, sofern der Drittvergleich in Übereinstimmung mit den DBA-Verpflichtungen erfolgt.[133] Demnach stünde die innerstaatliche Praxis zum verdeckten Eigenkapital in der Schweiz grundsätzlich nicht im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, da der steuerpflichtigen Person die Möglichkeit eingeräumt wird, sich durch den Drittvergleich zu exkulpieren.[134] Sieht jedoch eine innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschrift keine solche Exkulpationsmöglichkeit vor, sind solche Bestimmungen der Formulierung im OECD-Kommentar folgend kaum mit Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in Einklang zu bringen. Allerdings könnte vorgebracht werden, dass, auch wenn innerstaatlich der Drittvergleich als Exkulpationsmöglichkeit nicht angerufen werden kann, kein Widerspruch zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA besteht, sofern die innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschrift eben nicht Bezug nimmt auf eine spezifische Finanzierung durch ein verbundenes Unternehmen, sondern als allgemeine Steuerbemessungsvorschrift ausgestaltet ist.[135]

In diesem Fall bestehen unseres Erachtens tatsächlich gute Gründe dafür, dass die innerstaatliche Unterkapitalisierungsbestimmung nicht gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA verstösst, da es sich um eine Frage der Steuerbemessung nach innerstaatlichem Recht handelt, die als solche keinen Verstoss gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA darstellt.[136] Der Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA bzw. dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ist kein Verbot einer solchen generellen innerstaatlichen Zinsabzugsbeschränkung zu entnehmen. Vielmehr dürfen gemäss Art. 9 Abs. 1 OECD-MA *«die Gewinne, die eines der Unternehmen ohne diese Bedingungen erzielt hätte, wegen dieser Bedingungen aber nicht erzielt hat, den Gewinnen dieses Unternehmens zugerechnet und entsprechend besteuert werden»*.[137] Art. 9 Abs. 1 OECD-MA erlaubt demnach einem Vertragsstaat eine Gewinnkorrektur, bezogen auf ganz spezifische Transaktionsbedingungen, nur in Übereinstimmung mit dem Drittvergleich; dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA ist aber kein generelles Verbot einer Zinsabzugsbeschränkung zu entnehmen.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick überraschen, da die Anwendung einer Zinsschranke dazu führt, dass Unternehmen eine höhere Bemessungsgrundlage aufweisen, als die Marktkonditionen dies nahelegen würden. Allerdings ist unseres Erachtens die Frage nach der generellen Abzugsfähigkeit von Zinsen eine Frage des innerstaatlichen Rechts und wird nicht durch Art. 9 Abs. 1 OECD-MA beschränkt. So verstösst ein Staat nicht zwingend gegen DBA-Verpflichtungen, wenn er bspw. aus religiösen Überlegungen Zinsen generell nicht zum Abzug zulässt oder Zinsen nur zu einer gewissen Höhe abzugsfähig sind.

Schädlich ist unseres Erachtens auch nicht, wenn innerstaatlich die Zinsschranke nur auf Konzerne bzw. Zinszahlungen an Konzerngesellschaften angewendet wird.[138] In diesem Fall handelt es sich ebenfalls um eine Vorschrift, die der Berechnung der Steuerbemessungsgrundlage dient. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA entfaltet diesbezüglich dem klaren Wortlaut folgend keine Schrankenwirkung.

Sofern eine Unterkapitalisierungsvorschrift nur dann greift, wenn die Unternehmen *«in ihren kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen an vereinbarte oder auferlegte Bedingungen gebunden sind»* und eine Aufrechnung entgegen dem Drittvergleich vorgenommen wird, dann liegt unter Umständen ein Verstoss gegen Art. 9 OECD-MA vor. Entscheidend ist zusätzlich, dass die innerstaatliche Vorschrift darauf abzielt, bei verbundenen Unternehmen und bezogen auf eine bestimmte Transaktion (z. B. ein Darlehensverhältnis) eine Gewinnallokation vorzunehmen, um die Bedingungen einer bestimmten Transaktion einer Situation unter Dritten anzugleichen.[139] Nur in diesem Fall liegt die innerstaatliche Bestimmung im Anwendungsbereich bzw. im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA. Bei Unterkapitalisierungsvorschriften wie der vorgeschlagenen *«Best Practice»* der OECD zielt der Gesetzgeber dementgegen darauf ab, Zinszahlungen in genereller Weise zu begrenzen und nicht bei der Gewinnallokation hinsichtlich einer be-

132 Vgl. bereits Piltz, International Aspects of Thin Capitalization, 70 f.

133 Da der Drittvergleich sehr unterschiedlich ausgelegt werden kann, ist durchaus denkbar, dass das innerstaatliche Verständnis des Drittvergleichs nicht mit dem abkommensrechtlichen Verständnis übereinstimmt.

134 Siehe bereits Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 300 f.

135 Vgl. insbesondere Kemmeren, Netherlands: Thin capitalization rules are not inconsistent with DTCs and EU Law, Ziff. 4.1.1.; Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 2 ff.

136 Vgl. dieser Ansicht Linn, Tax treaties and tax avoidance: application of ant-avoidance provisions, 345; wohl auch Kemmeren, Netherlands: Thin capitalization rules are not inconsistent with DTCs and EU Law, Ziff. 4.1.1.; a. A. mwH Eigelshoven, Art. 9 N 28b; Köhler, Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmenssteuerreform, 604.

137 Art. 9 Abs. 1 OECD-MA.

138 AA Fross, Earnings Stripping and Thin Cap Rules: Maintaining an Arm's Length Distance, 515; Fross/Hemmerle, Vereinbarkeit und Wechselwirkungen von Unterkapitalisierungs- und Zinsschrankenregelungen mit dem Dealing-at-Arm's-Length-Grundsatz, 218 f.

139 Vgl. Kemmeren, Netherlands: Thin capitalization rules are not inconsistent with DTCs and EU Law, Ziff. 4.1.1. Vgl. zum Nachfolgenden auch Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 5.

stimmten Transaktion eine Drittvergleichskonformität zu erzielen.

Eine innerstaatliche Gewinnbemessungsvorschrift, die in genereller Weise grundsätzlich geschäftsmässig begründete Aufwendungen nicht zum Abzug zulässt, verstösst somit nicht gegen Art. 9 Abs. 1 OECD-MA. Die mögliche Schutzwirkung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA gegenüber der Anwendung innerstaatlicher Unterkapitalisierungsbestimmungen ist diesbezüglich gering. Wir sehen auch keine Gründe, eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung vorzunehmen, bspw. unter Berücksichtigung historischer Überlegungen.[140]

Des Weiteren wären die Konsequenzen einer Nicht-Konformität mit Art. 9 Abs. 1 OECD-MA zu bedenken. Es ist unseres Erachtens in den meisten Fällen nicht möglich festzustellen, in welchem Umfang eine Verletzung der verschiedenen Doppelbesteuerungsabkommen vorliegt und im Zusammenhang mit welchem Abkommen es denn zu einem *«Adjustment»* kommen muss. Nur schon prozessual wird es bei der Anwendung einer allgemeinen Zinsabzugsschranke schwierig, sich auf das richtige Abkommen zu berufen, um die innerstaatliche Nicht-Anwendung einer Zinsschranke geltend zu machen – insbesondere in einem multilateralen Verhältnis und insbesondere falls ein Teil der nicht abzugsfähigen Zinsen in einen Nicht-DBA-Staat gezahlt wird.[141]

Diese Ausführungen sind jedoch nicht abschliessend. Für eine umfassende Beurteilung wären konkrete DBA-Verpflichtungen zu untersuchen, da bspw. im Detail zu prüfen wäre, welche Bedeutung der oben erwähnten Kommentarstelle im Rahmen der Auslegung zukommt. Zu klären wäre überdies, inwiefern spezifische innerstaatliche Anti-Missbrauchsbestimmungen im Nachgang an die Veröffentlichung der finalen BEPS-Berichte auch im Abkommensverhältnis Anwendung finden bzw. es müsste geprüft werden, ob die Anwendung innerstaatlicher Missbrauchsbestimmungen unter Berücksichtigung der neuen Kommentarstellen im Kommentar zum OECD-MA überhaupt eine Verletzung eines Doppelbesteuerungsabkommens darstellt.[142]

Ferner stellt sich folgendes Problem, welches, soweit ersichtlich, weder in der Schweiz noch international diskutiert wurde: Es ist unseres Erachtens nicht geklärt, welchen Einfluss der Bericht zu Action 4 bzw. die anderen finalen BEPS-Berichte auf die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen haben. Konkret könnte argumentiert werden, dass die OECD-Mitgliedsstaaten (und unter Umständen auch die übrigen im BEPS-Projekt partizipierenden Staaten) sich im Rahmen von Action 4 auf eine *«Best Practice»* geeinigt haben, die Umsetzung aber den einzelnen Staaten überlassen wurde. Und um jedoch eine effektive Umsetzung dieser vereinbarten (aber optionalen) *«Best Practice»* zu ermöglichen, wäre davon auszugehen, dass diese *«Best Practice»* abkommenskonform ausgestaltet ist. Mit anderen Worten würde es keinen Sinn machen, wenn sich Staaten im Rahmen des BEPS-Projekts auf eine (optionale) *«Best Practice»* einigen, deren Anwendung allerdings aufgrund der bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zwischen denselben Staaten durch Art. 9 OECD-MA bzw. den entsprechenden Abkommensbestimmungen stark eingeschränkt wird.

Aus methodischer Sicht stellt sich namentlich die Frage, ob die finalen BEPS-Berichte als *«subsequent agreement»* iSv Art. 31 Abs. 3 lit. a WÜRV zu verstehen sind und darum zumindest zwischen OECD-Staaten eine Unterkapitalisierungsvorschrift im Sinne der neuen *«Best Practice»* – unabhängig vom erwähnten Lehrstreit zur Abkommenskonformität von Unterkapitalisierungsvorschriften – keinen Verstoss gegen ein DBA darstellt. Dass dieses Verständnis nicht abwegig ist, zeigt ein Blick in das Explanatory Statement zum BEPS-Projekt, worin explizit festgehalten wird, dass sich die Staaten im Zusammenhang mit Zinsabzugsbeschränkungen auf eine steuerpolitische Richtung geeinigt haben.[143] Diesem Dokument folgend scheint ein völkerrechtlich relevanter Konsens hinsichtlich einer optionalen, aber effektiven Anwendung der *«Best Practice»* zu bestehen, was wiederum bedingt, dass diese nicht im Widerspruch zu Art. 9 OECD-MA steht:

«In other areas, such as recommendations on hybrid mismatch arrangements and best practices on interest deductibility, countries have agreed a general tax policy direction.»[144]

Um dieser Diskussion hinsichtlich der völkerrechtlichen Qualität der finalen BEPS-Berichte aus dem Weg zu gehen und um einen Verstoss gegen Abkommensverpflichtungen, unabhängig von der vertretenen Lehrmeinung, jedenfalls zu vermeiden, müsste, wie erwähnt, entweder innerstaatlich eine Exkulpationsmöglichkeit durch Anwendung des Drittvergleichs garantiert werden, oder im

140 Vgl. wohl in diesem Sinne Lüthi, Die Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht, 586.

141 Vgl. hierzu auch die Ansicht von Linn, Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, 345.

142 Vgl. hierzu bereits Hongler/Winzap, The application of the Swiss GAAR in a treaty context – the Pre- and Post-BEPS World, 852 ff.

143 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement 2015, Rz 11.

144 OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement 2015, Rz 11.

© IFF-HSG

Rahmen von DBA-Verhandlungen wäre ein Anwendungsvorbehalt bzgl. innerstaatlicher Unterkapitalisierungsvorschriften aufzunehmen, sei dies mittels einer speziellen Bestimmung oder mittels genereller *«Saving Clause»*.[145]

6.2.4 Artikel 24 OECD-MA

Innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschriften müssen den Anforderungen der Diskriminierungsbestimmung von Art. 24 OECD-MA genügen bzw. den entsprechenden Bestimmungen in den von der Schweiz abgeschlossenen Abkommen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nachfolgende Ausführungen allgemein gehalten sind. Im Einzelfall bedarf es einer Auslegung eines konkreten Doppelbesteuerungsabkommens, um festzustellen, ob eine schädliche Diskriminierung gegeben ist.[146]

Art. 24 OECD-MA beinhaltet vier bzw. fünf unterschiedliche Diskriminierungsvorschriften, die den Staaten Diskriminierungen nach den folgenden Merkmalen untersagen: Staatsangehörigkeit bzw. Staatenlosigkeit (Art. 24 Abs. 1, 2 OECD-MA), Unterhalten einer Betriebsstätte im Inland (Art. 24 Abs. 3 OECD-MA), Zahlung von Zinsen, Lizenzgebühren und anderen Entgelten ins Ausland (Art. 24 Abs. 4 OECD-MA) sowie Beteiligung von Ausländern an einem inländischen Unternehmen (Art. 24 Abs. 5 OECD-MA)[147]. Abkommenswidrige Diskriminierungen im Zusammenhang mit Unterkapitalisierungsregeln können sich namentlich aus Art. 24 Abs. 4 und Abs. 5 OECD-MA ergeben.[148]

Gemäss Art. 24 Abs. 4 OECD-MA müssen Zinszahlungen an eine in einem Vertragsstaat ansässige Person unter den gleichen Bedingungen abzugsfähig sein, wie Zahlungen an Personen, die im Vertragsstaat des Unternehmens ansässig sind. Untersagt werden somit alle Diskriminierungen, die auf die Ansässigkeit des Leistungsempfängers im anderen Vertragsstaat beruhen.[149] Die OECD ist der Auffassung, dass Unterkapitalisierungsregeln, die die Abzugsfähigkeit von Zinszahlungen nur an nicht ansässige Personen verbieten, dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 24 Abs. 4 OECD-MA dem Grundsatze nach widersprechen.[150] Zu beachten ist jedoch, dass dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 4 OECD-MA folgend der Drittvergleich gemäss Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 6 bzw. Art. 12 Abs. 4 OECD-MA vorbehalten bleibt. Hierbei gibt es unterschiedliche Auffassungen, wie dieser Vorbehalt zu interpretieren ist, und der Wortlaut lässt tatsächlich verschiedene Schlüsse zu.[151] Unseres Erachtens ist er so zu verstehen, dass Art. 24 Abs. 4 OECD-MA einer Umqualifikation von Zinsen in Dividenden bzw. einem Nicht-Abzug von ausschliesslich grenzüberschreitenden Zahlungen nicht entgegensteht, sofern diese Anpassung dem Drittvergleichsgrundsatz entspricht. Dies bedeutet aber, dass Art. 9 OECD-MA bzw. die entsprechende Abkommensbestimmung nicht zwingend angewendet werden muss, sondern generell, dass Anpassungen aufgrund des Drittvergleichs ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 24 Abs. 4 OECD-MA liegen. Demnach verstossen Unterkapitalisierungsregeln, die den steuerpflichtigen Personen den Drittvergleich vorenthalten, grundsätzlich gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 24 Abs. 4 OECD-MA, wenn eine Ungleichbehandlung von in- und ausländischen Leistungsempfängern erfolgt.[152] Dies trifft unabhängig davon zu, ob die innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschrift mit Art. 9 Abs. 1 OECD-MA in Übereinstimmung ist oder nicht.[153]

Art. 24 Abs. 5 OECD-MA hält demgegenüber fest, dass inländische Unternehmen, die direkt oder indirekt durch ausländische Personen gehalten werden, steuerlich nicht schlechter gestellt werden dürfen als inländische Unternehmen mit inländischen Aktionären. Art. 24 Abs. 5 OECD-MA verbietet eine steuerrechtliche Schlechterstellung des Unternehmens aufgrund der Ansässigkeit der an dem Unternehmen Beteiligten in anderen Staaten.[154] Ursache für die Benachteiligung muss daher die Ansässigkeit der Gesellschafter im Ausland sein. Dabei ist nur die Besteuerung auf Stufe des Unternehmens selbst betroffen; die Besteuerung der Anteilsinhaber ist

145 Vgl. hierzu auch OECD, Base Erosion and Profit Shifting Project, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6, Rz 25, des neuen Kommentars zum *«principal purpose test»* (diese Kommentarstelle findet sich auf Seite 82 ff.) bzw. vgl. Rz 61 ff. zur *«Saving Clause».*

146 Vgl. zur Abkommenspraxis der Schweiz Oesterhelt, Art. 24 OECD-MA N 138 f. und N 147 f. Vgl. zum Verhältnis zu Art. 8 BV mwH Locher, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 512.

147 Rust, Art. 24 OECD-MA N 2.

148 Vgl. hierzu insbesondere Bammens, Articles 24 (4) and 24(5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules, 148 ff.

149 Rust, Art. 24 OECD-MA N 145.

150 Komm. OECD-Kommentar, Art. 24 N 4 und N 74.

151 Vgl. für eine Übersicht Marres, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, 8 f.

152 Oesterhelt, Art. 24 OECD-MA N 136; Rust, Art. 24 OECD-MA N 147; zur Frage der Vereinbarkeit von innerstaatlichen Unterkapitalisierungsregeln mit dem Drittvergleichsgrundsatz nach Art. 9 OECD-MA siehe oben Abschn. 6.2.3.

153 Unter Umständen kann sich die Frage stellen, in welchem Verhältnis Art. 24 Abs. 4 OECD-MA zu Art. 9 OECD-MA steht. Dies insbesondere dann, wenn in einem DBA festgehalten wird, dass innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschriften nicht gegen eine der beiden Bestimmungen verstossen (vgl. hierzu mit einem Beispiel Bammens, Articles 24(4) and 24(5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules, 154 f.).

154 Rust, Art. 24 OECD-MA N 160. Vgl. hierzu auch bereits BGer 6.6.2004, 2A.542/2002, ASA 74 (2005/2006), 233 f.

nicht erfasst.[155] Werden bspw. Zahlungen an ausländische Muttergesellschaften durch Unterkapitalisierungsvorschriften benachteiligt, liegt ein Verstoss gegen Art. 25 Abs. 5 OECD-MA vor.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass das innerstaatliche Recht die Anwendung von Unterkapitalisierungsvorschriften nicht bloss auf Zahlungen an nicht ansässige Personen bzw. nicht ansässige Gesellschafter beschränken darf. Für ansässige und nicht ansässige Personen müssen diesbezüglich dieselben Regeln gelten. Daraus folgt aber auch, wenn eine Unterkapitalisierungsvorschrift gegen Art. 24 Abs. 5 OECD-MA verstösst, in der Regel auch eine Verletzung von Art. 24 Abs. 4 OECD-MA vorliegt.[156] Sieht das innerstaatliche Recht keine Anknüpfung an die Ansässigkeit der Zinsempfänger bzw. Anteilseigner vor und wird der Abzug unter den gleichen Voraussetzungen für inländische und ausländische Personen vorgenommen, steht eine solche Regelung im Einklang mit Art. 24 Abs. 4 bzw. Abs. 5 OECD-MA.

Aus Schweizer Perspektive ist festzuhalten, dass Art. 24 Abs. 4 und 5 OECD-MA, soweit ersichtlich, noch keine tragende Rolle in der Rechtsprechung gespielt haben.[157] Ferner kennen die heute geltenden schweizerischen Regeln zum verdeckten Eigenkapital keine unterschiedliche Behandlung von inländischen und ausländischen Leistungsempfängern und sind somit im Lichte von Art. 24 Abs. 4 und 5 OECD-MA nicht zu beanstanden.[158] Anders würde es aussehen, wenn im Rahmen der Diskussion zu einer Gesetzesänderung der Anwendungsbereich der Unterkapitalisierungsregeln auf Zinszahlungen an im Ausland verbundene Unternehmen beschränkt würde und keine Exkulpationsmöglichkeit mittels Drittvergleichs vorgesehen wäre. Dies würde zu einem Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 24 OECD-MA bzw. gegen die entsprechenden Bestimmungen in den Schweizer Doppelbesteuerungsabkommen führen.

6.3 Existierende Optionen

6.3.1 Option 1: Wirtschaftliche (und gesetzeskonforme) Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital

Wie oben dargestellt wurde, sind wir der Auffassung, dass die gegenwärtige Praxis zum verdeckten Eigenkapital nicht in Einklang mit der gesetzlichen Regelung zum verdeckten Eigenkapital steht, da die Steuerbehörden für die Beurteilung, ob verdecktes Eigenkapital vorliegt, nicht analysieren, ob wirtschaftlich betrachtet tatsächlich Eigenkapital gegeben ist. Es wird einzig – unter Vorbehalt des Drittvergleichs – auf das *asset/debt ratio* abgestellt und bspw. die Laufzeit; die Subordination oder auch die Gewinnbeteiligung eines Investors spielen für die Abgrenzung keine Rolle. Eine erste Option, diese Inkonsistenz zwischen Praxis und gesetzlicher Grundlage zu beseitigen, wäre, in der Veranlagungs- und Gerichtspraxis tatsächlich nach wirtschaftlichen Kriterien zwischen Eigen- und Fremdkapital zu unterscheiden. Diese erste Option richtet sich demnach an die Gerichte und die Steuerbehörden und nicht, wie die nachfolgenden Optionen 2 – 4, an den Gesetzgeber.

Nur wenn der Gesellschafter formell Fremdkapital investiert, das aber tatsächlich aus wirtschaftlicher Sicht Eigenkapitalcharakter hat, sind dem Wortlaut von Art. 65 DBG bzw. den entsprechenden StHG-Bestimmungen folgend die Zinszahlungen als verdeckte Gewinnausschüttungen und das wirtschaftliche Eigenkapital als steuerbares Eigenkapital zu qualifizieren. Dem heutigen gesetzgeberischen Konzept folgend bedarf es demnach immer einer *«substance over form»*-Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der erwähnten Funktionen einer Investition.[159]

Der im Veranlagungsverfahren unseres Erachtens zu erbringende Nachweis, dass das konkrete Fremdkapital wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital übernimmt, verlangt, dass dem Fremdkapital im konkreten Fall alle oder zumindest die wesentlichen Funktionen von Eigenkapital zukommen. Dies bedingt weiter eine wirtschaftliche Analyse der Finanzierungsform, unter besonderer Berücksichtigung der Verlusttragung, aber auch der Gewinnbeteiligung des Investors. Dieser Beweis, dass wirtschaftlich betrachtet tatsächlich Eigenkapital vorliegt, ist von den Steuerbehörden gegenwärtig nicht zu erbringen bzw. wird von den Steuerbehörden regelmässig nicht erbracht.[160] Die wirtschaftliche Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital ist aber zugegebenermassen äusserst komplex und kann kaum nach eindeutigen Kriterien vorgenommen werden.

Unseres Erachtens wäre jener Zeitpunkt bzw. wären jene Konditionen massgebend, in welchem bzw. zu welchen ein unabhängiger Dritter nicht mehr Fremdkapital ge-

155 Oesterhelt, Art. 24 OECD-MA N 143.

156 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Abs. 4 und 5, Komm. OECD-MA, Art. 24 OECD-MA, N 79. Hierzu ausführlich Bammens, Articles 24(4) and 24(5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules, 163 ff.

157 Oesterhelt, Art. 24 OECD-MA N 131.

158 Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 301; Oesterhelt, Art. 24 OECD-MA N 136.

159 Dazu oben Abschn. 3.1.

160 Vgl. bspw. auch den oben besprochenen Entscheid des Bundesgerichts (vgl. oben Abschn. 4). Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass sich Steuerbehörden tatsächlich mit den Konditionen des Darlehens im Detail auseinandergesetzt haben (Laufzeit, Rangrücktritt, etc.).

 © IFF-HSG

sprochen hätte und wirtschaftlich betrachtet tatsächlich Eigenkapital vorliegen würde.[161] Damit wird entweder auf die Kreditpraxis der Banken verwiesen, die ein brauchbares Instrument zur Abgrenzung hergibt, oder aber auf Analysen wie z. B. Debt Capacity.[162] Fremdkapital kann unseres Erachtens, unter Berücksichtigung der grundlegenden Funktionen von Eigen- und Fremdkapital und unter Berücksichtigung der Zwecksetzung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital, nur dann verdecktes Eigenkapital sein, wenn es (i) von den Gesellschaftern oder diesen Nahestehenden zur Verfügung gestellt wird, (ii) dem Unternehmerrisiko stark ausgesetzt wird, weil es die maximale Verschuldungskapazität übersteigt und ein möglicher Verlustausgleich analog dem Risikoprofil des Eigenkapitals geregelt wird, und (iii) dieselbe Fremdkapitalaufnahme – als reine Fremdkapitalaufnahme – bei einem unabhängigen Dritten nicht möglich ist. Aber diese Voraussetzungen fliessen regelmässig nicht kumulativ in die vorherrschende Veranlagungspraxis ein und führen oftmals zu Resultaten, die nicht im Einklang mit der Gesetzesgrundlage stehen. Wie gezeigt wurde, wird in der Praxis allenfalls das KS 6 Verdecktes Eigenkapital wirtschaftlich ausgelegt, aber es wird nicht nach betriebswirtschaftlichen Kriterien zwischen Eigen- und Fremdkapital unterschieden. Allerdings kann aufgrund des Gutglaubensschutzes[163] gegenwärtig kein verdecktes Eigenkapital vorliegen, wenn keine übermässige Verzinsung gemäss der publizierten Praxis der ESTV vorliegt, obwohl eine Fremdkapitalfinanzierung wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital darstellt.

Mit einer gesetzeskonformen Anpassung der heutigen Veranlagungspraxis hin zu einem ökonomischen Testverfahren unter Berücksichtigung u. a. der individuellen Verschuldungskapazität[164] könnte auf dem administrativen Weg die korrekte Umsetzung des Gesetzestexts und gesetzgeberischen Willens erfolgen. Das heutige, gesetzlich statuierte Konzept wäre jedenfalls aufgrund der Umsetzung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch verfassungskonform.[165] Ebenso kann von einer DBA-Abkommenskonformität ausgegangen werden, denn (i) In- und Ausland-Sachverhalte werden nicht unterschiedlich behandelt, und (ii) der Drittvergleich bleibt vorbehalten. Somit hätte die Option 1 einige Vorteile, stösst aber wohl aufgrund der praxisrelevanten Veränderung der Ermittlung nicht sofort auf grossen Anklang und ist mit Unsicherheiten verbunden, da wirtschaftlich betrachtet eine Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital teilweise schwierig und nicht immer anhand von eindeutigen Kriterien möglich ist. Entsprechend sehen die Autoren rechtspolitisch in der Option 1 keinen gangbaren Weg. Dies ändert selbstredend nichts daran, dass der gegenwärtige Gesetzestext tatsächlich eine wirtschaftliche Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital verlangen würde und nicht ein Abstellen auf das *asset/debt ratio*, welches der wirtschaftlichen Funktion einer Finanzierung nicht ausreichend Rechnung trägt.

6.3.2 Option 2: (Echte) Unterkapitalisierungsvorschrift de lege ferenda

Das Problem der fehlenden Vereinbarkeit der Verwaltungspraxis mit dem Gesetzeswortlaut liesse sich auch lösen, indem die Verwaltungspraxis gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital ins Gesetz *de lege ferenda* übernommen werden würde.[166] Demnach müssten Art. 65 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. c iVm Art. 29a StHG so ausgestaltet werden, dass explizit Unterkapitalisierungen pönalisiert würden und nicht geprüft werden müsste, ob wirtschaftlich betrachtet, d. h. anhand einer funktionalen Analyse, Eigenkapital vorliegt.

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Entwürfe zum StHG bzw. DBG dies zumindest hinsichtlich Finanzierungsgesellschaften und Immobiliengesellschaften noch vorsahen, was jedoch dann durch National- und Ständerat gestrichen wurde.[167] Ein Abstellen auf das Verhältnis zwischen Aktiven und Fremdfinanzierung oder auf das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital, d. h. traditionelle Unterkapitalisierungsvorschriften, ist überdies weiterhin eine international weitverbreitete Methode zur Bekämpfung missbräuchlicher Fremdfinanzierungen.[168] Aufgrund dieser internationalen Akzeptanz ist trotz Inkompatibilität mit dem *«Best Practice»*-Vorschlag der OECD/G20[169] nicht davon auszugehen, dass die Schweiz international ins Abseits gerät, wenn sie insofern den Empfehlungen in Action 4 nicht folgt. Allerdings ist es

161 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 283 mwH.
162 Vgl. dazu mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 251 f; Böhi, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals, 181.
163 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 102 mwH.
164 Vgl. dazu mwH Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 274 ff., 281 ff.; Böhi, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals, 181.
165 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 178 ff.
166 Vgl. bereits mwH Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 65. An dieser Stelle kann (noch) offen bleiben, wie der neue Artikel zu formulieren wäre.
167 Vgl. oben Abschn. 3.2.
168 Gemäss Kahlenberg/Kopec, Unterkapitalisierungsvorschriften in der EU – eine Analyse im Vorfeld des OECD-Berichts zur Maßnahme 4 des BEPS-Aktionsplans, 91, handelt es sich hierbei um das in der EU am weitverbreiteste System. Vgl. zur Systematisierung der bestehenden Vorschriften im Ausland auch Herzig/Bohn, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, 253 ff.
169 Vgl. oben Abschn. 6.2.2.

für Aussenstehende schwierig abzuschätzen, wie wahrscheinlich es ist, dass auch die *«Best Practice»* gemäss Action 4 zu einem späteren Zeitpunkt zum Mindeststandard hinzugefügt wird.

Der Vorteil einer gesetzlichen Implementierung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital liegt darin, dass die existierende Praxis und die damit zusammenhängende Erfahrung der Steuerverwaltungen und der Unternehmen weiterhin massgebend wären. Generell sind Regelungen, die auf eine bestimmte objektive Verhältniszahl abstellen, sowohl für die steuerpflichtigen Personen als auch für die Steuerbehörden einfach zu handhaben.[170] Die notwendigen Informationen sind für beide Seiten relativ einfach zugänglich.[171] Die Anwendung der Verwaltungspraxis zum verdeckten Eigenkapital ist in vielerlei Hinsicht klar, präzis und bietet eindeutige Lösungen. Sie bieten den steuerpflichtigen Personen ferner auch Schutz vor einer (unerwarteten) extensiven Anwendung verschiedener Anti-Missbrauchsinstrumente durch die Steuerbehörden. Zu denken ist namentlich an die Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin oder Anpassung der Verrechnungspreise, insbesondere unter Berücksichtigung der Vorschläge im Rahmen von BEPS Actions 8 – 10.

Die ESTV-Praxis hat sich überdies bewährt und es kommt zu relativ wenigen Streitigkeiten; insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass das KS 6 verdecktes Eigenkapital in der Unternehmenspraxis von grosser Bedeutung ist und breit angewendet wird.[172] Überdies wird argumentiert, dass die gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital verwendeten Prozentsätze *«den tatsächlichen Verhältnissen bei der Fremdfinanzierung durch Kreditinstitute idR recht nahe [kommen]»*.[173] Wobei diese Behauptung im gegenwärtigen Zinsumfeld zumindest neu zu beurteilen wäre.[174] Ferner haben wir oben auf einzelne Unklarheiten hingewiesen, die durch das Bundesgericht in der Vergangenheit bereits geklärt werden konnten (d. h. unter anderem die Verrechnung mit Bilanzverlusten, die Verwendung des Abschlusses in funktionaler Währung, die Konsequenzen eines Rangrücktritts).[175]

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine allzu schematische Berechnung des steuerrechtlich nicht anerkannten Fremdkapitals bzw. der steuerrechtlich nicht anerkannten Zinsen aus verwaltungsökonomischen Überlegungen durchaus gerechtfertigt sein kann, vor dem Hintergrund einer Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit jedoch problematisch erscheint. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass tatsächlich eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vorliegt, sofern der steuerpflichtigen Person ein Exkulpationsbeweis mittels Drittvergleichs ermöglicht wird. In diesem Fall würden wir argumentieren, dass die Zinsen gar nicht geschäftsmässig begründet sind, und darum die steuerrechtlich relevante Leistungsfähigkeit nicht schmälern.[176]

Ein Nachteil der gegenwärtigen Praxis ist jedoch, dass weiterhin ein Umgehungsspielraum der steuerpflichtigen Personen besteht, da die Zusammensetzung der Aktiven im Hinblick auf den Jahresabschluss verändert werden kann, um so eine höhere maximale Zinsbelastung zu erzielen.[177] Demnach können Unternehmen kurz vor Bilanzstichtag Aktiven, die eine höhere Eigenkapitalunterlegung vorsehen (z. B. kotierte Aktien), in Aktiven mit einer tieferen Eigenkapitalunterlegung (z. B. flüssige Mittel) transponiert werden.

Die veranlagungsökonomische Anwendung des Kreisschreibens, die Verfassungskonformität und die Schutzwirkung bzw. die geschaffene Rechtssicherheit sind jedoch gewichtige Gründe, trotz dieser Nachteile an der bisherigen Praxis festzuhalten, was jedoch unseres Erachtens eine Gesetzesänderung notwendig machen würde. Selbstverständlich sollte sich vor der Implementierung des KS 6 Verdecktes Eigenkapital der Steuergesetzgeber mit einzelnen Voraussetzungen und Besonderheiten der gegenwärtigen Praxis auseinandersetzen. Es wäre eingehend zu prüfen, ob diese noch zeitgemäss sind. Nachfolgend haben wir fünf Punkte hervorgehoben.

– Erstens wäre vor der Einführung einer echten Unterkapitalisierungsbestimmung zu prüfen, ob die Anwendung derselben auf grenzüberschreitende Sachverhalte zu beschränken wäre. Konkret bestünde die Möglichkeit, den Anwendungsbereich auf Zinszahlungen an im Ausland ansässige verbundene Unternehmen zu limitieren, unter Einschluss von ausländischen Betriebsstätten. Staaten beschränkten traditionell Unterkapitalisierung auf grenzüberschreitende Sachverhalte, weil innerstaatlich aufgrund von harmonisierten Gewinnsteuersätzen keine Steuerplanungsmöglichkeit besteht. Letzteres Argument ist

170 Vgl. hierzu auch OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 17.

171 Vgl. mHa *debt/equity-ratios* OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 17.

172 Diese Behauptung basiert nicht auf empirischen Untersuchungen. Die Autoren schliessen jedoch aufgrund der eigenen Erfahrungswerte und der wenigen Gerichtsurteile zur Praxis der EStV auf eine mehr oder weniger reibungslose Anwendung.

173 Brülisauer/Ziegler, Art. 65 N 42; Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 215.

174 Wir beziehen uns hier selbstverständlich nicht auf die Höhe des maximal anwendbaren Zinssatzes, da dieser bekanntlich periodisch angepasst wird, je nach Entwicklung des Zinsumfelds.

175 Vgl. hierzu eingehend Abschn. 4.1.

176 Vgl. hierzu eingehend oben Abschn. 6.2.2.

177 Vgl. auch OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 17, bzw. vgl. das Beispiel 1 im Annex D desselben Berichts.

 © IFF-HSG

allerdings in der Schweiz nicht stichhaltig, da mittels Finanzierungsstrukturen auch schädliche interkantonale Steuerplanung betrieben werden könnte. Entsprechend sehen wir auf den ersten Blick keine Gründe, künftig die Anwendung der Unterkapitalisierungsvorschrift auf grenzüberschreitende Sachverhalte zu beschränken. Würde der Anwendungsbereich tatsächlich in dieser Form limitiert, ist allerdings zusätzlich zu prüfen, ob eine solche Umsetzung verfassungs- und abkommenskonform wäre. Namentlich wäre zu prüfen, ob ein Verstoss gegen Art. 24 OECD-MA bzw. gegen die entsprechenden Bestimmungen in der Schweizer Abkommenspraxis vorläge.[178]

– Zweitens wäre zu prüfen, ob der steuerpflichtigen Person weiterhin die Möglichkeit gewährt werden müsste, sich mittels Drittvergleichs zu exkulpieren. Wie erwähnt, wird gemäss KS 6 Verdecktes Eigenkapital die Anwendung der Unterkapitalisierungsbestimmung verneint, wenn eine Finanzierung drittvergleichskonform ist. Es wurde bereits weiter oben erwähnt, dass die Anwendung des Drittvergleichs im Bereich von gruppeninternen Finanzierungen problematisch ist, da sich nur schwierig ein Drittvergleich finden lässt und eine höhere Verzinsung immer gerechtfertigt wäre, da sich theoretisch immer ein Investor findet, der Fremdkapital zuschiesst, sofern der Zinssatz genügend hoch ist.[179] Allerdings kann durch die Möglichkeit des Drittvergleichs in jedem Fall gewährleistet werden, dass die neue Bestimmung mit Art. 9 OECD-MA bzw. den entsprechenden Abkommensbestimmungen in den schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen kompatibel ist.[180] Ferner wird dadurch auch garantiert, dass nur nicht geschäftsmässig begründete Zinsen umqualifiziert werden, so dass auch dem Leistungsfähigkeitsprinzip Rechnung getragen wird.[181] In diese Richtung geht auch eine Erwägung des Bundesgerichts im oben erwähnten Urteil zum verdeckten Eigenkapital: *«Verdecktes Eigenkapital und verdeckte Eigenkapitalzinse zu erfassen, wenngleich diese wirtschaftlich gar nicht bestehen, führt zu einer Besteuerung, die in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit keine Grundlage findet»*.[182]

– Drittens wäre bei einer allfälligen Implementierung der Praxis zum verdeckten Eigenkapital zu bedenken, ob nicht gleichzeitig die Prozentsätze anzupassen wären bzw. ob von einem *asset/debt ratio* zu einem *debt/equity ratio* gewechselt werden sollte. Das Abstellen auf ein *debt/equity ratio* scheint international häufiger anzutreffen zu sein als das Schweizer Modell.[183] Jedoch variieren die zulässigen *ratios* zwischen Eigenkapital und Fremdkapital je nach Zielsetzung der Bestimmung. Sieht bspw. ein Staat ein 2:1 *debt/equity ratio* vor, zielt er vermutlich nicht nur auf die Vermeidung von missbräuchlichen Finanzierungen ab, sondern generell darauf, zusätzlich Steuersubstrat zu generieren. Demgegenüber dient ein *ratio* von 7:1 wohl eher der Bekämpfung von (rein) missbräuchlichen Finanzierungen. Bei der Festsetzung der *ratios* muss sich die Schweiz allenfalls auch an ausländischen Vorschriften orientieren, um standortpolitisch nicht an Boden zu verlieren. Es liegt auf der Hand, dass das *asset/debt ratio* mit dem *debt/equity ratio* verwandt, aber keineswegs identisch ist. Statisch betrachtet lässt sich ein *asset/debt ratio* in ein *debt/equity ratio* umrechnen und umgekehrt.[184] Das Problem eines *asset/debt ratios* liegt jedoch darin, dass durch Zuführen von Fremdkapital die maximale Verzinsungskapazität mehr oder weniger künstlich erhöht werden kann, insbesondere wenn man bedenkt, dass dem KS 6 Verdecktes Eigenkapital folgend flüssige Mittel zu 100 % mit Fremdkapital unterlegt werden können.[185] Beim *debt/equity ratio* führt eine Zuführung von Fremdkapital hingegen nicht automatisch zu einer Erhöhung der Verzinsungskapazität und damit zu einer Erhöhung des Gewinnverlagerungspotentials. Demnach sprechen durchaus Gründe für einen Wechsel; allerdings müsste im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eingehend geprüft werden, welche (i) fiskalischen Auswirkungen ein Wechsel hätte und (ii) wie mit den Besonderheiten des schweizerischen Rechnungslegungsrechts umzugehen ist. Selbstredend unterscheiden sich die existierenden *debt/equity ratios* nicht

178 Vgl. dazu oben Abschn. 6.2.4.

179 Vgl. hierzu oben Anm. 40.

180 Vgl. hierzu auch Asimakopoulos, Fixed Ratio Thin Capitalization Rules in Conflict with the Arm's Length Principle and Relative Issues of Deductibility, 405 ff. Dies unabhängig vom oben dargelegten Lehrstreit, ob innerstaatliche Unterkapitalisierungsvorschriften tatsächlich im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA stehen.

181 Vgl. oben Abschn. 6.2.2.

182 BGer 30.9.2015, 2C_560/2014 und 2C_561/2014, StR 2015, 998.

183 Vgl. hierzu Kahlenberg/Kopec, Unterkapitalisierungsvorschriften in der EU – eine Analyse im Vorfeld des OECD-Berichts zur Maßnahme 4 des BEPS-Aktionsplans, 84 ff.; Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 141.

184 Vgl. Herzig/Bohn, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, 257.

185 Vgl. hierzu Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 143. Er verweist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Arbeit von Bohn.

nur in der anwendbaren Verhältnisgrenze, sondern auch in der Berechnung derselben.[186]

– Viertens wäre zu analysieren, ob bei den Rechtsfolgen statt einer Umqualifikation der übermässigen Zinsen in Dividenden schlicht die Abzugsfähigkeit verneint werden soll. Das Schweizer Modell, d. h. die Umqualifikation, ist in Europa eher die Ausnahme.[187] Diese besondere Stellung ist allerdings mit Vorsicht zu geniessen, da die meisten EU-Staaten die nicht-Abzugs-Variante der Umqualifikation vorgezogen haben, da damit insbesondere das Risiko einer nicht-EU-kompatiblen Bestimmung reduziert wird[188] bzw. die Variante Nicht-Abzug auch auf Fremdfinanzierungen von echten Dritten angewendet werden kann.[189] Ferner hängt die Rechtsfolge der Umqualifikation auch mit der ursprünglichen Zielsetzung, d. h. der Verhinderung der Umgehung der wirtschaftlichen Doppelbelastung, zusammen. Der fiskalische Vorteil einer Umqualifikation liegt im grenzüberschreitenden Verhältnis darin, dass die Schweiz zusätzliches Verrechnungssteuersubstrat schafft, da gruppeninterne Finanzierungen aufgrund der fehlenden Obligationsqualität in der Regel keiner Verrechnungssteuer unterliegen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wäre im Detail zu prüfen, ob die Rechtsfolge «Nichtabzug» der Rechtsfolge «Umqualifikation» vorzuziehen wäre, unter besonderer Berücksichtigung der abkommensrechtlichen Verpflichtungen und der verfassungsrechtlichen Vorgaben.
– Fünftens wäre zu prüfen, ob die Bestimmung explizit auch auf inländische Betriebsstätten ausländischer Unternehmen Anwendung finden sollte, was unseres Erachtens durchaus Sinn macht.[190]

Zusammenfassend bestehen überzeugende Gründe, eine Unterkapitalisierungsvorschrift, wie diejenige im ESTV KS 6 Verdecktes Eigenkapital *de lege ferenda,* in das DBG bzw. StHG aufzunehmen. Allerdings haben wir darauf hingewiesen, dass sich der Steuergesetzgeber – wählt er tatsächlich diesen Weg – mit verschiedenen Voraussetzungen und Besonderheiten der gegenwärtigen Praxis auseinandersetzen muss und deren Notwendigkeit überprüft werden sollte. Im Rahmen dieses Gesetzgebungsprozesses ist erstrebenswert, dass eine abkommens- und verfassungskonforme Lösung gewählt wird.

6.3.3 Option 3: OECD/G20 «Best Practice»

Als dritte Handlungsvariante wäre zu prüfen, ob die Schweiz die von der OECD empfohlene *«Best Practice»* übernehmen soll. Die *«Best Practice»*-Lösung der OECD/G20 (d. h. die oben erwähnte Fixed Ratio Rule) bringt eine klare Planbarkeit der steuerlich abzugsfähigen Zinsen mit sich und schafft zumindest auf den ersten Blick Rechtssicherheit. Allerdings sind die Detailfragen je nach Ausgestaltung der Zinsschranke äusserst komplex und mit beträchtlichen Compliance-Aufwendungen der steuerpflichtigen Personen verbunden. Der grosse Vorteil der *«Best Practice»* liegt in der mittelfristig gesicherten internationalen Akzeptanz.

Dem Vorschlag der OECD folgend ist eine Beschränkung auf Zinszahlungen an Nahestehende nicht vorgesehen, was einen zentralen Unterschied zur heutigen Regelung zum verdeckten Eigenkapital darstellt. Demnach sind nicht nur gruppeninterne Zinszahlungen zu berücksichtigen, sondern jegliche Zinszahlungen. Ferner ist auch nicht vorgesehen, dass der steuerpflichtigen Person ein Exkulpationsbeweis mittels Drittvergleich ermöglicht werden kann bzw. soll. Dies stellt unseres Erachtens zwar nicht zwingend einen Verstoss gegen Art. 9 OECD-MA dar,[191] aber es läge ein Verstoss gegen Art. 24 OECD-MA vor, wenn nur grenzüberschreitende Zinszahlungen erfasst werden würden.[192]

Fraglich ist, ob eine Zinsschranke in Übereinstimmung mit der *«Best Practice»* der OECD tatsächlich verfassungskonform ausgestaltet werden könnte, da, wie gezeigt wurde, grundsätzlich ein Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip vorliegt. Es wäre anhand der konkreten Ausgestaltung der Zinsschranke zu klären, ob überzeu-

186 Gemäss Herzig/Bohn, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, 255 ff., lassen sich drei Fallgruppen kategorisieren: (i) das gesamte Fremd- und Eigenkapital ist massgebend, (ii) das anteilige Fremdkapital des qualifizierenden Aktionärs wird ins Verhältnis zum gesamten Eigenkapital gesetzt und (iii) das anteilige Fremdkapital des qualifizierenden Aktionärs wird ins Verhältnis zum anteiligen Eigenkapital desselben Aktionärs gesetzt.

187 Gemäss Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 149, kannte im Jahre 2013 von den untersuchten Staaten in seiner Studie nur noch Österreich eine solche Bestimmung. Markus Wyss und Hans Mies führen in ihrem Vortrag vom 10. Februar 2016 an der Universität St. Gallen noch weitere Beispiele auf. Einzelne Staaten kennen gemäss Wyss/Mies zwei Modelle, eines für Drittstaaten (Umqualifikation) und für EU-Staaten (Zinsabzug).

188 MwH Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 149. Vgl. zur Abkehr von Umqualifikation zum Zinsabzug auch Herzig/Bohn, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, 254.

189 Vgl. Herzig/Bohn, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, 259.

190 Vgl. hierzu Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 199 ff.

191 Dazu oben Abschn. 6.2.3.

192 Dazu oben Abschn. 6.2.4.

© IFF-HSG

gende Rechtfertigungsgründe vorliegen.[193] Die Frage nach der Verfassungskonformität hängt von der konkreten Ausgestaltung ab und kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht abschliessend beurteilt werden. Namentlich wären diverse Details zu prüfen bzw. zu definieren: z. B. der Anwendungsbereich (nur grenzüberschreitende Konstellationen, persönlicher Anwendungsbereich, sachlicher Anwendungsbereich), weitere Anwendungsvoraussetzungen bzw. Ausnahmen (Zugehörigkeit zu Konzern bzw. Group Ratio Rule[194]), ggf. branchenspezifische Ausnahmen, grössenabhängige Ausnahmen[195], relevante Finanzierungsmerkmale (welche Rechnungslegung als Ausgangspunkt, Festlegung objektiver Grenzwerte, Ausgestaltungsoptionen [unternehmensbezogene Ansätze, unternehmensübergreifende Ansätze]) und die Rechtsfolgen (intraperiodisch bzw. interperiodisch).

Jedenfalls ist auch die teilweise scharfe Kritik an der deutschen Zinsschranke[196] zu berücksichtigen und daraus abzuleiten, was im «Swiss Finish» anders gemacht werden müsste und ob eine verfassungskonforme Lösung überhaupt erzielt werden könnte. So wäre sicherlich eine Lösung abzulehnen, bei der den steuerpflichtigen Unternehmen keine Rück- oder Vortragsmöglichkeit von nicht genutzten Zinsen oder von nicht genutzter Verzinsungskapazität gewährt werden würde. Allerdings ist eine Rücktragsmöglichkeit der schweizerischen Steuerpraxis bisher fremd, und entsprechend würde diese Variante auch entsprechend prozessuale Änderungen zur Folge haben. Ferner ist zu bedenken, dass, je höher die Zinsschranke angesetzt wird, desto weniger die Missbrauchsverhinderung als Rechtfertigungsgrund vorgebracht werden könnte.[197] Überdies ist im Detail zu prüfen, ob mögliche Ausnahmen von der Anwendung der *«Best Practice»* den Verfassungsvorgaben widersprechen, bspw. wenn nur eine bestimmte Gruppe – z. B. Banken und Versicherungen – von Unternehmen von der Anwendung der Zinsschranke ausgeschlossen wird. Das Gleiche gilt für De-minimis-Vorschriften, die zu einer Nicht-Anwendung der Zinsschranke führen, wenn weniger als eine bestimmte Summe an Zinsen gezahlt werden.

Trotz dieser Bedenken geht der internationale Trend in Richtung Zinsabzugsverbot.[198] Daraus folgt auch, dass, anders als der gegenwärtigen Schweizer Praxis folgend, keine Umqualifikation der überschüssigen Zinsen in verdeckte Gewinnausschüttungen vorgenommen werden wird, sondern der Abzug verweigert wird. Entsprechend haben wir bereits oben dargestellt, dass vor der Einführung einer Zinsschranke näher zu prüfen ist, welche fiskalischen Folgen ein Nicht-Abzug hätte, verglichen mit der gegenwärtigen Umqualifikation von Zinsen in Dividenden. Um die Verfassungskonformität der *«Best Practice»* zu gewährleisten, muss diese ferner dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 127 Abs. 1 BV entsprechen. Problematisch wäre, wie erwähnt, ein Verweis auf die Zinsbelastung gemäss einem privaten Rechnungslegungsstandard (z. B. IFRS-Abschluss) für die Berechnung der maximalen zulässigen Verzinsung, z. B. im Rahmen der Anwendung einer Group Ratio Rule.[199]

Zusammenfassend bedürfen im Rahmen dieser Handlungsvariante noch diverse Detailfragen der vorgängigen Klärung, damit ein «Swiss Finish» den Verfassungs- und Abkommensvorgaben genügen würde. Ein grosser Vorteil der vorgeschlagenen *«Best Practice»* wäre, wie erwähnt, dass die internationale Akzeptanz mittelfristig sicherlich gewährleistet ist. Ist dieser Vorteil allerdings nur durch eine verfassungswidrige Umsetzung zu erreichen, kann eine Zinsschranke trotz Empfehlung der OECD/G20 keinen gangbaren Weg darstellen. Ferner wären allfällige Verletzungen von Doppelbesteuerungsabkommen zu berücksichtigen. Abkommensrechtlich sehen wir allerdings, wie erwähnt, weniger Konfliktpotential, sofern die Zinsschranke als allgemeine Regelung zur Festsetzung der Steuerbemessungsgrundlage ausgestaltet ist und nicht nur auf grenzüberschreitende Zinsen Anwendung findet. So wird sowohl eine Übereinstimmung mit Art. 9 OECD-MA als auch mit Art. 24 OECD-MA gewährleistet, unabhängig davon, ob die steuerpflichtige Person den Drittvergleichsvorbehalt geltend machen kann oder nicht.

6.3.4 Option 4: Ersatzlose Streichung der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital

Als letzte Alternative aus steuerpolitischer Sicht ist zu prüfen, ob die Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital nicht ersatzlos zu streichen wären. Gegenwärtig kennen 120 von 219 Staaten, die in der IBFD-Datenbank erfasst sind,[200] keine Unterkapitalisierungsvorschrift, so dass die Abschaffung dieser Bestimmung international

193 Dazu oben Abschn. 6.2.2.
194 Dazu oben Abschn. 5.2.2.2.3.
195 Dazu oben Abschn. 5.2.2.2.3.
196 Vgl. insbesondere Hey, § 11 N 56.
197 Es müsste im Detail analysiert werden, ob die Missbrauchsverhinderung nach schweizerischem Verständnis tatsächlich einen Eingriff in das Leistungsfähigkeitsprinzip rechtfertigt.
198 Vgl. Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 149.
199 Vgl. zu dieser Möglichkeit OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Action 4, Rz 115 ff.
200 Hierbei handelt es sich nicht um Staaten im streng-völkerrechtlichen Verständnis, sondern um territoriale Gebiete, die mehr oder weniger ein autonomes Steuerrechtssystem kennen.

keine Besonderheit wäre, wobei im europäischen Umfeld doch eher die Ausnahme.[201]

Wird berücksichtigt, dass die ursprüngliche Zielsetzung, d. h. die Verhinderung der Umgehung der wirtschaftlichen Doppelbelastung, aufgrund geänderter gesetzlicher Rahmenbedingungen durch die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Rahmen der UStR II und durch verschiedene Gesetzesänderungen auf kantonaler Ebene nicht mehr zeitgemäss ist, macht es vorderhand durchaus Sinn, die Abschaffung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital zu fordern. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass ohne Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital bzw. ohne Unterkapitalisierungsvorschrift das Risiko erhöht würde, dass die Schweizer Steuerbasis erodiert bzw. Gewinne ins Ausland verlagert werden würden.[202] Hinsichtlich missbräuchlicher Finanzierungen ist allerdings der folgende Vorbehalt anzubringen: Es existieren bereits verschiedene andere Massnahmen, um die Erosion der Steuerbasis und Gewinnverlagerungen zu verhindern, sodass die Beibehaltung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital nicht zwingend notwendig erscheint. Dies aufgrund folgender Instrumente der Steuerbehörden:

- Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin.[203] Bei übermässiger Fremdfinanzierung bestünden unter Umständen durchaus Gründe, eine Finanzierung als absonderlich im Sinne der Rechtsprechung zur Steuerumgehung zu bezeichnen.
- Transfer Pricing Guidelines der OECD, insbesondere unter Berücksichtigung der Änderungen infolge der finalen Berichte der Actions 8 – 10 des BEPS-Projekts.[204] Namentlich wird neu in den Verrechnungspreisrichtlinien festgehalten, dass der Kapitalgeber im Rahmen einer Finanzierung nur Anrecht auf eine risikofreie Entschädigung hat, falls der Kapitalgeber nicht die effektive Kontrolle über die (Risiken der) Investition hat.
- Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu ausländischen Betriebsstätten.[205] Das Bundesgericht wendet im Outbound-Fall einen engeren Betriebsstättenbegriff an als im Inbound-Fall, so dass die Erosion der inländischen Steuerbasis mittels ausländischer Finanzierungsbetriebsstätten zusätzlich erschwert wird.
- Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Ort der tatsächlichen Verwaltung gemäss Art. 50 DBG.[206] Diese Rechtsprechung führt dazu, dass ausländische (Finanzierungs-)Gesellschaften – mit nicht ausreichender Substanz im Ausland – in der Schweiz unter Umständen als steuerlich ansässig gelten, auch wenn sich ihr statutarischer Sitz nicht in der Schweiz befindet. Dadurch wird wiederum verhindert, dass die inländische Steuerbasis durch Zinszahlungen ins Ausland erodiert wird.

Des Weiteren können verbleibende missbräuchliche Planungsmöglichkeiten, insbesondere solche, die zu einem doppelten Abzug führen oder zu einer Nicht-Besteuerung im anderen Staat, durch die Einführung einer *«Linking Rule»* gemäss Action 2 des BEPS-Projekts bekämpft werden.[207] Überdies würde die immer noch mögliche Einführung einer *«Notional Interest Deduction»* im Rahmen der UStR III zu einer teilweisen Finanzierungsneutralität führen, was den Bedarf nach Anti-Missbrauchsbestimmungen hinsichtlich übermässiger Fremdfinanzierungen weiter reduzieren würde. Demnach ist zu konstatieren, dass die Schweizer Steuerbehörden hinsichtlich Erosion der Steuerbasis und Gewinnverlagerungen mittels Fremdfinanzierungen zahlreiche und auf den ersten Blick ausreichende Mittel haben und eine ersatzlose Streichung von Art. 65 DBG bzw. den entsprechenden Bestimmungen im StHG nicht zwingend zu vermehrt missbräuchlichen Finanzierungen führen würde.

Allerdings liegt der grosse Vorteil der gegenwärtigen Praxis darin, dass die Vorgaben der ESTV nicht nur Unterkapitalisierung verhindern, sondern aufgrund der *Safe-haven*-Regelung im KS 6 Verdecktes Eigenkapital, verglichen mit den anderen erwähnten Massnahmen, auch Rechtssicherheit geschaffen wird.[208] D. h. die gegenwärtige Praxis entfaltet, wie bereits erwähnt, eine gewisse

201 Vgl. IBFD Tax Research Platform, www.ibfd.org.

202 Des Weiteren stellt sich die Frage der Gewinnverlagerung nur, wenn im ausländischen Staat tiefere Steuersätze greifen.

203 Auch wenn die der Steuerumgehung zugrunde liegende Methodik problematisch ist, ist die Steuerumgehung weiterhin Teil der ständigen Praxis der Gerichte und der Verwaltung in der Schweiz; vgl. bspw. BGE 138 II 239, ASA 81 (2012/2013), 546 ff. Siehe für mehr Details Hongler/Winzap, The application of the Swiss GAAR in a treaty context – the Pre- and Post-BEPS World, 839 ff. Siehe für eine eingehende Analyse der Geltung der Steuerumgehung Matteotti, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung, 101 ff. Oder die kürzlich veröffentlichten Dissertationen: Cornu, Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique, 1 ff., und Nosetti, Die Steuerumgehung, 1 ff.

204 Vgl. OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Actions 8 – 10.

205 Vgl. BGE 139 II 78. Vgl. eingehend hierzu Jung, Aushöhlung der Bemessungsgrundlage und Gewinnverlagerung durch schweizerische Konzerne mittels Offshore-Finanzierungsstrukturen, 71 ff.

206 Vgl. BGer 16.5.2013, 2C_1086/2012, 2C_1087/2012. Vgl. eingehend hierzu Jung, Die Aushöhlung der Bemessungsgrundlage und Gewinnverlagerung durch schweizerische Konzerne mittels Offshore-Finanzierungsstrukturen, 163 ff.

207 OECD/G20, Erosion and Profit Shifting Project, Action 2, Rz 23 ff.

208 Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, 214; Brülisauer/Ziegler, Art. 65 N 42.

 © IFF-HSG

Schutzwirkung, indem das Risiko der Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin oder auch anderer Anti-Missbrauchsinstrumente reduziert wird. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital gemäss der gegenwärtigen Praxis noch eine andere Funktion zukommt. Unter anderem schützt sie – auch wenn nicht direkt beabsichtigt – Gläubiger vor übermässiger Fremdfinanzierung. Dieser Gläubigerschutz sollte allerdings nicht durch steuerliche Massnahmen garantiert werden, sondern mittels zivilrechtlicher bzw. handelsrechtlicher Vorschriften. Die handelsrechtliche Rechtspraxis zum Gläubigerschutz bei übermässiger Fremdfinanzierung bzw. bei der Verwendung von eigenkapitalnahen Fremdfinanzierungen zur Aushöhlung des formellen Eigenkapitals scheint jedoch unklar zu sein.[209]

Zöge der Gesetzgeber tatsächlich eine Abschaffung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital in Betracht, wären, wie bei jeder Gesetzesänderung im Steuerrecht, die fiskalischen Auswirkungen der Abschaffung zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang wäre zwingend auch zu berücksichtigen, dass die Ausserkraftsetzung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital nicht nur zu Mindereinnahmen bei der Gewinn- und bei der Kapitalsteuer führen würde, sondern auch bei der Verrechnungssteuer, da es zu weniger verdeckten Gewinnausschüttungen käme.[210]

Zusammenfassend geht es bei der möglichen ersatzlosen Streichung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital um den *«klassischen»* Konflikt zwischen der Zielsetzung der Sicherung der inländischen Steuerbasis bzw. der Missbrauchsverhinderung und der Gewährleistung der Standortattraktivität.[211] Mit der Besonderheit allerdings, dass standortpolitisch die Verwendung von objektiven (und nicht zu strikten) Unterkapitalisierungsvorschriften aufgrund der erwähnten Schutzwirkung und der geschaffenen Rechtssicherheit für die Unternehmen durchaus auch Vorteile mit sich bringt.

7 Schlussfolgerung

Wie dargestellt, besteht gegenwärtig eine Inkonsistenz zwischen Gesetzesgrundlage zum verdeckten Eigenkapital und der Steuerrechtspraxis. Namentlich wird in der Praxis nicht analysiert, ob eine Finanzierung aus betriebswirtschaftlicher Sicht tatsächlich Eigenkapital darstellt oder nicht, sondern es wird einzig auf die Kapitalisierung einer Gesellschaft abgestellt bzw. auf das *asset/debt ratio*. Das Bundesgericht ist zwar der Auffassung, dass aufgrund des Wortlauts von Art. 65 DBG eine wirtschaftliche Betrachtung zu erfolgen habe, aber das höchste Gericht legt, wie anhand eines kürzlich ergangenen Entscheids aufgezeigt wurde, nur die publizierte ESTV-Praxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht aus, nicht jedoch die Gesetzesbestimmung als solche.

Dieses unbefriedigende Resultat hat die Autoren veranlasst, im vorliegenden Beitrag die existierenden steuerpolitischen Optionen zu diskutieren, um diese Inkonsistenz zu beseitigen. Wir haben hierzu u. a. Bezug genommen auf die publizierten Empfehlungen im Rahmen von BEPS Action 4. Wie bei jeder steuerpolitischen Fragestellung sind verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Wir haben uns unter anderem mit folgenden auseinandergesetzt: Standortattraktivität, Rechtssicherheit, Praktikabilität, Verfassungs- und Abkommenskonformität und internationale Akzeptanz.

Hierbei sind wir zum Schluss gekommen, dass zwar standortpolitische Gründe für eine ersatzlose Streichung der Bestimmung zum verdeckten Eigenkapital sprechen (Option 4), jedoch aufgrund der Schutzwirkung vor der Anwendung von Anti-Missbrauchsinstrumenten die gegenwärtige Steuerpraxis für die steuerpflichtigen Personen nicht nur negative Konsequenzen hat. Selbstredend hätte eine ersatzlose Streichung auch fiskalische Folgen, die im Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht abschliessend dargestellt werden konnten. Aufgrund der komplexen – wenn nicht sogar teilweise unlösbaren – Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital nach wirtschaftlichen Kriterien sind die Autoren aber gegen eine tatsächlich wirtschaftliche Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital, wie es vom gegenwärtigen Gesetzeswortlaut verlangt wird (Option 1).

Unseres Erachtens bestehen vor diesem Hintergrund zwei realistische Optionen: einerseits die Übertragung der gegenwärtigen Steuerpraxis ins DBG und StHG *de lege ferenda* (Option 2), so dass eine eindeutige Gesetzesgrundlage im Sinne einer Unterkapitalisierungsvorschrift geschaffen werden würde, oder andererseits die Implementierung der im Rahmen von Action 4 vorgeschlagenen *«Best Practice»* (Option 3). Insbesondere die langjährige Erfahrung mit der gegenwärtigen Praxis, aber auch die veranlagungsökonomischen Vorteile gegenüber der Zinsschranke (Option 3) legen den Schluss nahe, dass die vorgeschlagene OECD/G20-*«Best Practice»* – unabhängig von deren Ausgestaltung – der heutigen Steuerpraxis nicht vorgezogen werden sollte. Dies allerdings in Kenntnis der damit verbundenen Inkompatibilität mit den Empfehlungen im Rahmen von BEPS Action 4.

209 Ausführlich hierzu Müller, Eigenkapitalersetzende Darlehen, 135 ff.

210 Vgl. oben Abschn. 3.3.2.

211 Marquart, Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, 151.

Überdies ist fraglich, ob eine Zinsschranke tatsächlich verfassungskonform ausgestaltet werden kann.

Ferner wurde gezeigt, dass die gesetzliche Umsetzung der Steuerpraxis genutzt werden sollte (Option 2), um verschiedene Anwendungsvoraussetzungen und die Rechtsfolge der gegenwärtigen Praxis zum verdeckten Eigenkapital zu analysieren. Unter anderem wäre zu klären, ob eine Zinsabzugsbeschränkung nicht einer Umqualifikation vorzuziehen wäre und ob es nicht sinnvoller wäre, auf ein *debt/equity* statt auf ein *asset/debt ratio* abzustellen.

Literatur

Asimakopoulos Konstantinos, Fixed Ratio Thin Capitalization Rules in Conflict with the Arm's Length Principle and Relative Issues of Deductibility, International Transfer Pricing Journal 2012, 405

Bammens Niels, Articles 24(4) and 24(5) of the OECD Model Applied to Domestic Thin Capitalization Rules, World Tax Journal 2013, 148

Benshalom Ilan, The Quest to Tax Interest Income: Stages in the Development of International Taxation, Virginia Tax Review 2008, 631

Böckli Peter, CoCos, Write-offs: Eigenkapitalschaffung mit dem Zauberstab, SZW 2012, 181

– Schweizer Aktienrecht (mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts), 4. A., Zürich 2009

Boemle Max/Stolz Carsten, Unternehmungsfinanzierung, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, Bd. 1, 14. A., Zürich 2010

Böhi Roland, Aktualisierte Übersicht zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals. Verwaltungspraxis an Gesetzeswortlaut anpassen, ST 2015, 179

– Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, Diss. Zürich 2014

Bösch René/Leisinger Benjamin, Contingent Convertible Bonds – CoCos, Umsetzung in der Schweiz, SZW 2012, 2

Brown Patricia, The Debt-Equity Conundrum, General Report, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, The Hague 2012, 17

Brülisauer Peter/Ziegler Philipp, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Basel 2007

Burki Nico, Das verdeckte Eigenkapital im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Basel 1984

Cencerrado Millán Emilio/Soler Roch María Teresa, Limit Base Erosion via Interest Deduction and Others, Intertax 2015, 58

Cornu Laurence, Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique, Les limites imposées par les principes généraux du droit, Diss. Lausanne 2014

De Broe Luc, International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties, and EC law in relation to conduit and base companies, Amsterdam 2008

Eigelshoven Alex, in: Vogel Klaus/Lehner Moris, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen. 6. A., München 2014

Elliffe Craig, Unfinished Business: Domestic Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Article in the OECD Model, Bulletin for International Taxation 2013, 26

Fross Andreas, Earnings Stripping and Thin Cap Rules: Maintaining an Arm's Length Distance, European Taxation 2013, 507

Fross Andreas/Hemmerle Raphael, Vereinbarkeit und Wechselwirkungen von Unterkapitalisierungs- und Zinsschrankenregelungen mit dem Dealing-at-Arm's-Length-Grundsatz, FStR 2015, 201

Glauser Pierre-Marie, Apports et impôt sur le bénéfice, Le principe de déterminance dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, Diss. Genf 2005

Herzig Norbert/Bohn Alexander, Internationale Vorschriften zur Zinsabzugsbeschränkung, Systematisierung denkbarer Alternativmodelle zur Zinsschranke, IStR 2009, 253

Heuermann Bernd, Steuerinnovation im Wandel: Einige Thesen zur Zinsschranke und ihrer Verfassungsmässigkeit, DStR 2013, 1

Hey Johanna, in: Tipke Klaus/Lang Joachim, Steuerrecht, 21. A., Köln 2013

Hinny Pascal, New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations, General Report, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, The Hague 2008, 23

 © IFF-HSG

Hongler Peter, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2012
– The Impact of the BEPS Project in Switzerland, Revue européenne et international de droit fiscal 2016, 100

Hongler Peter/Winzap Maurus, The application of Swiss GAAR in a treaty context – the Pre- and Post-BEPS World, ASA 83 (2014/2015), 839

Jung Marcel R., Die Aushöhlung der Bemessungsgrundlage und Gewinnverlagerung durch schweizerische Konzerne mittels Offshore-Finanzierungsstrukturen, Rechtsprechung der Urteile des Bundesgerichts vom 5. Oktober 2012 (2C708/2011) und 16. Mai 2013 (2C1086/2012, 2C1087/2012), FStR 2014, 69 und 162

Kahlenberg Christian/Kopec Agnieszka, Unterkapitalisierungsvorschriften in der EU – eine Analyse im Vorfeld des OECD-Berichts zur Maßnahme 4 des BEPS-Aktionsplans, IStR 2015, 84

Kemmeren Eric, Netherlands: Thin Capitalization rules are not inconsistent with DTCs and EU Law, in: Tax Treaty Case Law around the Globe, Wien 2013, 129

Knöller Claus-Peter, The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective, Intertax 2011, 317

Kofler Georg, in: Reimer Ekkehart/Rust Alexander, Klaus Vogel on Double Taxation, 4. A., Alphen an Rijn 2015

Köhler Stefan, Erste Gedanken zur Zinsschranke nach der Unternehmenssteuerreform, DStR 2007, 597

Linn Alexander, Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, Germany, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, The Hague 2010, 333

Locher Peter, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3. A., Bern 2005
– Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, II. Teil, Art. 49 – 101 DBG, Therwil-Basel 2004

Luchena Mozo Gracia, Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments, European Taxation 2012, 412

Lüthi Daniel, Die Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht, in: Reich Markus/Zweifel Martin, Das schweizerische Steuerrecht – Eine Sonderbestimmung, FS Zuppinger, Bern 1989, 573

Marquart Christian, § 3 Steuerinduzierte Fremdfinanzierung von Unternehmen und Wege der Begrenzung des Zinsabzugs, in: Schön Wolfgang, Eigenkapital und Fremdkapital, Steuerrecht – Gesellschaft – Rechtsvergleich – Rechtspolitik, Berlin 2013, 125

Marquart Christian/Jehlin Alexander, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer «Steuerinnovation» – Zugleich Anmerkungen zum Beschluss des BFH vom 13.3.2012, I B 111/11, DStR 2013, 2301

Marres Otto, Interest Deduction Limitations: When To Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model, European Taxation 2016, 2

Matteotti René, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung. Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Habil. Bern 2007

Matteotti René/Felber Michael, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Jahre 2009 zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen, ASA 79 (2010/2011), 749

Müller Karin, Eigenkapitalersetzende Darlehen. Dogmatische Grundlagen und praktische Konsequenzen, Habil. Zürich 2013

München Markus/Mückl Norbert, Die Vereinbarkeit der Zinsschranke mit dem Grundgesetz. Eine verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme und Würdigung im Zuge des BFH-Beschlusses vom 18.12.2013, DStR 2014, 1469

Nosetti Claudio, Die Steuerumgehung, Diss. Zürich 2014

Oesterhelt Stefan, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, Basel 2015

Piltz Detlev J., International Aspects of Thin Capitalization, Generalbericht, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, The Hague 1996, 80

Reich Markus, Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, ASA 53 (1984/58), 5
– Die Realisation stiller Reserven im Bilanzrecht, Habil. Zürich 1993

Rust Alexander, in: Vogel Klaus/Lehner Moris, Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), Kommentar der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen; Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 6. A., München 2014

SCHMID HANS, Die Kreditbewertung der Banken im Wandel, ST 1994, 473

SCHMID HANS-JÜRG, Die Gestaltung der Kapitalstruktur einer Publikums-Aktiengesellschaft unter steuerlichen Aspekten, Zürich 1974

SCHÖN WOLFGANG, Eigenkapital und Fremdkapital – eine steuerpolitische Analyse, in: Schön Wolfgang, Eigenkapital und Fremdkapital, Steuerrecht – Gesellschaft – Rechtsvergleich – Rechtspolitik, Berlin 2013, 1

SCHUMMER GERHARD, Das Eigenkapitalersatzrecht: notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg?, Wien 1998

SIMONEK MADELEINE, Ausgewählte Probleme der steuerlichen Behandlung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften, ASA 67 (1998/1999), 513

SIMONEK MADELEINE/HONGLER PETER, Massgeblichkeitsprinzip und neue Rechnungslegung, Die steuerliche Massgeblichkeit eines Abschlusses nach einem anerkannten Standard vor dem Hintergrund des neuen Rechnungslegungsrechts, FStR 2010, 262

THOMMEN JEAN-PAUL, Betriebswirtschaftslehre, 8. A., Zürich 2012

VOLLMAR JENS/BECK ROMAN/BERNDT THOMAS, Anforderungen an die Ausgestaltung von CoCo-Bonds: Die bedingte Pflichtwandelanleihe vor dem Hintergrund des «Swiss Finish», ST 2012, 124

VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Verdecktes Eigenkapital – Warum der Drittvergleich im Steuerrecht nichts wirtschaftlich Bedeutendes vermittelt, ZSR 121 (2002), 172

VON WYSOCKI KLAUS, Zur Frage der angemessenen Eigenmittelausstattung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Von Wysocki Klaus/Höhn Ernst et al. (Hrsg.), «Fremdfinanzierung» von Kapitalgesellschaften durch Anteilseigner, München 1982, 1

ZELLWEGER BRUNO, Analyse von Bilanz und Erfolgsrechnung kreditnehmender Unternehmungen, ST 1988, 315

Rechtsquellen

BankG, BG über die Banken und Sparkassen (vom 8.11.1934), SR 952.0

BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (vom 18.4.1999), SR 101

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

ERV, Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (vom 1.6.2012), SR 952.03

StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 210

WÜRV, Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (vom 6.6.1990), SR 0.111

Materialien

Botschaft UStR I, Botschaft zur Reform der Unternehmensbesteuerung (vom 26.3.1997), BB1 1997 II 1164

Botschaft UStR III, Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz III 2015 (vom 5.6.2015), BBI 2015 5069

Praxisanweisungen

KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV betr. Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 6.6.1997)

RS Steuerlich anerkannte Zinssätze 2016 in Schweizer Franken, Rundschreiben der ESTV betr. Steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken (vom 23.2.2016)

RS Steuerlich anerkannte Zinssätze 2016 in Fremdwährungen, Rundschreiben der ESTV betr. Steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen (vom 24.2.2016)

Dokumente

Komm. OECD-MA, Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention, in: OECD, Model Tax Convention on Income and Capital (Stand 15.7.2014), Paris 2014

OECD Committee on Fiscal Affairs, Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Paris 1979

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement 2015, Final Reports 2015

 © IFF-HSG

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8 – 10: 2015 Final Reports

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4: 2015 Final Report

OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2015 Final Report

OECD-MA, OECD Model Tax Convention, in: OECD Model Tax Convention on Income and Capital (Stand 15.7.2014), Paris 2014