

# AKTUALISIERTE ÜBERSICHT ZUR ERMITTLUNG DES VERDECKTEN EIGENKAPITALS

## Verwaltungspraxis an Gesetzeswortlaut anpassen

Bei der Wahl der Aussenfinanzierung bestehen aus steuerlicher Sicht immer noch relevante Unterschiede zwischen Eigen- und Fremdkapital. Unter welchen Voraussetzungen für Steuerzwecke Fremdkapital in Eigenkapital umqualifiziert werden kann, ist seit 1995 im Gesetz geregelt. Die verwaltungstechnische Umsetzung der wirtschaftlich formulierten Norm ist anspruchsvoll und in Spezialfällen voller Tücken. Der sachgerechten Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals ist dieser Aufsatz gewidmet.

### 1. RELEVANTE GRUNDLAGEN

**1.1 Steuerfolgen der Kapitalisierung.** Bei der Wahl zwischen einer Eigenkapital- bzw. Fremdkapitalausstattung sind grundlegende Unterschiede zu berücksichtigen, die auch steuerrechtliche Auswirkungen zeitigen. Insgesamt erscheint die Unternehmensfinanzierung mittels Fremdkapital als vorteilhafter, denn das Eigenkapital erfährt eine steuerliche Doppelbelastung (Gewinn- und Einkommens- sowie [kantonale] Vermögens- und Kapitalsteuern). Auf der Zuführung von Eigenkapital ist im Grundsatz die Emissionsabgabe geschuldet, und die Erträge sind mit der Verrechnungssteuer belastet. Anders ist die Situation beim Zinsaufwand auf Fremdkapital, welcher steuerlich abzugsfähigen Aufwand darstellt. Des Weiteren ist auf dem Fremdkapital weder die Kapitalsteuer geschuldet noch unterliegt die Zuführung von Fremdkapital der Emissionsabgabe. Letztlich ist Zinsaufwand nicht mit der Verrechnungssteuer belastet [1]. Die zinsbereinigte Gewinnsteuer, wie in der Vernehmlassungsvorlage zur Unternehmenssteuerreform III des Bundesrats vorgesehen, würde der steuersystematischen Bevorteilung der Fremdkapitalausstattung einen adäquaten Ausgleich entgegenhalten [2]. Aber die steuerrechtliche Korrektur der übermässigen Ausstattung durch Fremdkapital würde dadurch nicht eingeschränkt. Diese bleibt vielmehr weiterhin von Relevanz, aber steuerplanerisch wird wohl die Eigenmittelausstattung, abhängig von den Details der Vorlage, an Gewicht gewinnen.



ROLAND BÖHI, DR. IUR.  
DIPL. STEUEREXPERTE,  
RECHTSANWALT,  
PARTNER,  
TRANSACTION TAX,  
EY, ZÜRICH

**1.2 Zweck des verdeckten Eigenkapitals.** Das Konzept des verdeckten Eigenkapitals hat zwei grundlegende Ziele: Einerseits die Sicherstellung der wirtschaftlichen Doppelbelastung inklusive die Verhinderung des Missbrauchs der Finanzierungsfreiheit, andererseits die Gleichbehandlung sämtlicher Erwerbsunternehmen. Damit geht auch die «fiskalische Verknüpfung» des Steuersubstrats zur Schweiz einher, welche als dritter Zweck des verdeckten Eigenkapitals anzusehen ist [3].

### 1.3 Massgebender Gesetzestext.

«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.»

Dieser Grundsatz wird sowohl in Art. 65 des *Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG)* als auch in Art. 24 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 29 a des *Steuerharmonisierungsgesetzes (StHG)* festgehalten und hat, mit wenigen Anpassungen, den Weg in die kantonalen Steuergesetze gefunden [4].

**1.4 Auslegung des Gesetzestexts.** Das *Bundesgericht (BGer)* lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets vom Methodenpluralismus leiten, sofern nicht allein anhand des grammatikalischen Elements eine zweifellos sachlich richtige Lösung resultiert [5]. Die Auslegung von Art. 65 DBG muss sowohl die gesetzlich verankerte wirtschaftliche Doppelbelastung von Gesellschaft und Gesellschafter als auch den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit berücksichtigen [6]. Bei der Ermittlung von verdecktem Eigenkapital müssen dem fraglichen Fremdkapital die betriebswirtschaftlichen Funktionen von Eigenkapital zukommen, sodass sich eine Umqualifizierung in steuerliches Eigenkapital auch rechtfertigt. Somit müssen vorab die typischen Grundfunktionen der Kapitalisierungsformen betrachtet werden [7] (vgl. *Abbildung*).

Zwei Voraussetzungen müssen immer erfüllt sein, damit sich eine steuerrechtliche Umqualifikation von Fremd- in

Abbildung: **GRUNDFUNKTIONEN DER KAPITALISIERUNGSFORMEN**

Funktion	Eigenkapital	Typisches Fremdkapital	Mezzanine-Kapital
Finanzierungsfunktion	Ja	Ja	Ja
Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktion	Ja	Nein	I. d. R. nein
Verlustausgleichsfunktion	Ja	Nein	I. d. R. nein
Haftungsfunktion	Ja	Nein	I. d. R. nein
Gewinnbeteiligungsfunktion	Ja	Nein	Gewinnabhängige Kompensation bzw. Wandelrecht nicht unüblich
Mitbestimmungsfunktion	Ja	Nein	I. d. R. nein
Elastizitätsfunktion	Nein	Ja	Ja

Eigenkapital rechtfertigt: (1) Fehlen von wirtschaftlichen Fremdkapitalfunktionen, und (2) das unternehmerische Risiko des Fremdkapitalgebers muss dem eines Eigenkapitalgebers gleichkommen [8]. Im Prinzip müssen jedoch sämtliche relevanten, eigenkapitalspezifischen Funktionen durch das fragliche Fremdkapital erfüllt sein, um wirtschaftlich eine Umqualifikation zu begründen.

## 2. BESTIMMUNG DES VERDECKTEN EIGENKAPITALS

### 2.1 Grundlagen

**2.1.1 Sinn und Zweck von ESTV-KS Nr. 6/1997.** Das notwendige Eigenkapital muss sich nach den individuellen Finanzierungsmöglichkeiten der Gesellschaft richten, d. h., Pauschalisierungen sind abzulehnen. Für eine einheitliche Praxis zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals fehlen in Art. 65 DBG die detaillierten Grundsätze. Zwecks Konkretisierung der Abgrenzungsfragen und zur Verein-

*«Im Prinzip müssen sämtliche relevanten, eigenkapitalspezifischen Funktionen durch das fragliche Fremdkapital erfüllt sein, um wirtschaftlich eine Umqualifikation zu begründen.»*

heitlichung der Praxis erliess die *Eidg. Steuerverwaltung (ESTV)*, noch vor Abschluss der Unternehmenssteuerreform I, das ESTV-KS Nr. 6/1997 [9]. Das ESTV-KS Nr. 6/1997 soll einen Anhaltspunkt geben, was auf dem «freien Finanzierungsmarkt» durchschnittlich an Fremdkapital erhältlich wäre. Die Anbindung an die bilanzierten Aktiven soll dem Anwender 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 verdeck-

tem Eigenkapital noch vertieft zu prüfen ist. Eine weiterführende betriebswirtschaftliche Begründung für die Belehnungsquoten pro Aktivenkategorie ist soweit nicht schlüssig vorliegend. Auch wird kein Bezug zum Gesetzestext hergestellt, wonach die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Kapitalisierung von Bedeutung ist [10]. Dem ESTV-KS Nr. 6/1997 kommt nicht Gesetzescharakter zu; es ist vielmehr eine Verwaltungsverordnung, die im Grundsatz für die Veranlagungsbehörden, aber nie für die Gerichte verbindlich ist. Und sofern der Steuerpflichtige sich innerhalb dieser «Safe Haven»-Regeln bewegt, wird von der Angemessenheit der Leistungsbeziehungen ausgegangen, d. h. der Steuerpflichtige muss nicht mit einer steuerlichen Korrektur rechnen («einseitige Verbindlichkeit») [11].

**2.1.2 Problemfelder bei der unreflektierten Anwendung von ESTV-KS Nr. 6/1997.** Der Gesetzeswortlaut von Art. 65 DBG bzw. Art. 29a StHG zielt eindeutig auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab (*substance over form*), dies im Gegensatz zur publizierten Verwaltungspraxis in ESTV-KS Nr. 6/1997, welche auf einem schematischen Belehnungsansatz pro Aktivenkategorie basiert (*form over substance*). Der (letztere) Unterkapitalisierungsansatz ist steuersystematisch mit der gesetzlichen Konzeption, die nach der Qualität der Finanzierungsmassnahme urteilt, auch nicht zu vereinbaren. Nicht abzusprechen ist diesem eine in den meisten Fällen praktikable Zweiteilung zwischen verpönten und erlaubten Finanzierungsstrukturen, welche zwar der Rechtssicherheit dient, aber eigentlich nicht dem Gesetzeswortlaut entspricht. Demnach ist diese Verwaltungspraxis nicht unbeschadet gesetzeskonform, insbesondere auch nicht, wenn die (verwaltungsintern) vorgesehene Beweislastverteilung beim Drittvergleich noch berücksichtigt wird [12]. De lege ferenda ist demnach zu fordern, dass die Verwaltungspraxis insgesamt an den Gesetzeswortlaut angepasst wird [13].

**2.1.3 Persönlicher Anwendungsbereich von ESTV-KS Nr. 6/1997.** Im Sinne des relativen Gleichheitsgedankens muss bei der Anwendung des ESTV-KS Nr. 6/1997 berücksichtigt werden, dass diese Verwaltungsverordnung nur, aber immerhin, auf

einen klassischen «Grundtypus» zur Vereinfachung des Veranlagungsverfahrens korrekt angewandt werden kann. Dies wird auch anhand der im ESTV-KS Nr. 6/1997 aufgeführten Aktivenkategorien statuiert: z. B. Industrieunternehmen, Immobiliengesellschaften, Stammhäuser, Holdings, Finanzgesellschaften usw. sind typische Steuerpflichtige, bei welchen das ESTV-KS Nr. 6/1997 grundsätzlich sachgerecht (als erste Triage) angewandt werden kann. Anders jedoch bei Steuerpflichtigen aus anderen Branchen (z. B. Banken, Versicherungen), welche entweder nicht in die «Schablone» des ESTV KS Nr. 6/1997 passen oder regulatorischen Spezialregeln bezüglich ihrer Eigenmittelausstattung unterstellt sind. Auf diese kann das ESTV KS Nr. 6/1997 keine Anwendung finden. Vielmehr muss auch in Anwendung der gesetzgeberisch gebotenen «*substance over form*»-Regelung von Art. 65 DBG auf marktübliche Methoden oder aufsichtsrechtliche Modelle zurückgegriffen werden [14].

**2.2 Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals.** Folgender Prüfungskatalog ist m. E. zur Ermittlung von verdecktem Eigenkapital im Sinne des Gesetzestexts zielführend:

1. Bestimmung des massgebenden Fremdkapitals unter Ausklammerung von diversen Sondersituationen (z. B. Finanzierung von aussergewöhnlichen Geschäftsvorfällen, unverzinsliches Fremdkapital, versteuerte stille Reserven, Rangrücktritt, Mezzanine-Kapital, Abgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte) [15].
2. Identifikation der schädlichen Darlehensgeber, denn nur Fremdkapital, welches direkt oder indirekt vom Gesellschafter stammt, kann in den Anwendungsbereich von Art. 65 DBG subsumiert werden. Anders ausgedrückt kann Fremdkapital von einem Dritten niemals schädlich sein [16]. Relevanter Zeitpunkt für die Würdigung muss Gewährung der Kreditfinanzierung sein; eine «*ex post*»-Betrachtung würde der Sachlage nicht gerecht [17].
3. Benchmarking der Finanzierungsstruktur inkl. der Ermittlung der maximalen Verschuldungskapazität [18]: entweder anhand des ESTV KS Nr. 6/1997 (Safe-Haven-Ansatz) oder mittels ökonomisch gängigen Verfahren [19].

**2.3 Benchmarking der Finanzierungsstruktur.** Allgemeine Aussagen zur Höhe des korrekten Fremdfinanzierungsgrads existieren in der betriebswirtschaftlichen Lehre nicht, und die «optimale» Verhältniszahl bzw. Kapitalstruktur

lässt sich betriebswirtschaftlich weder empirisch noch theoretisch herleiten [20]. Der Drittvergleich ist bezüglich der Darlehen ein Verweis auf den Finanzierungsmarkt, d. h. die Marktkonformität des fraglichen Darlehens wird getestet [21]. Somit muss die getroffene Finanzierungsstruktur bezüglich Zinssatz, Sicherheiten, Covenants, Amortisation

---

*«De lege ferenda ist zu fordern, dass die Verwaltungspraxis insgesamt an den Gesetzeswortlaut angepasst wird.»*

usw. dem durchschnittlichen Marktverhalten entsprechen. Bei der Prüfung der Marktkonformität werden die Gewinnchancen und -risiken der Kapitalhingabe kritisch hinterfragt. Bezüglich der Ermittlung der Marktkonformität der zu prüfenden Finanzierungsstruktur wird, sofern weder der Safe-Haven-Ansatz gemäss ESTV-KS Nr. 6/1997 schlüssige Resultate zeitigt noch ein konkreter Drittvergleich der möglichen Kreditfinanzierung ins Recht gelegt werden kann [22], wie folgt vorgegangen [23]:

1. In einem *ersten Schritt* wird die maximale Verschuldungskapazität auf Stufe des Schuldners bestimmt [24];
2. Im *zweiten Schritt* wird anhand von verschiedenen Kennzahlen getestet, ob die Fremdfinanzierung marktüblich ist: EBITDA [25] zu Zinsaufwand, Schulden zu EBITDA, FCF [26] zu Zinsaufwand, FCF zu Schulden, vertragliche Amortisationsdauer zu FCF/Schulden, Schulden zu Passiven [27]. Sachverhaltsabhängig ist nur eine Auswahl der Kennzahlen wirklich relevant und auch industrie- bzw. branchenabhängig anzupassen [28].

**2.4 Ermittlung der maximalen Verschuldungskapazität.** Die Verschuldungskapazität (*Debt Capacity*) [29] definiert den betriebswirtschaftlich nicht zu überschreitenden Verschuldungsrahmen und kann nach drei Möglichkeiten bestimmt werden: (a) Orientierung an der Kapitalstruktur; (b) Ausrichtung am Zinsdeckungsfaktor; (c) Orientierung am Cashflow [30]. Typischerweise wird die Verschuldungskapazität anhand des «*ordentlichen nachhaltigen Free Cashflows*» hergeleitet [31]. Die Verschuldungskapazität wird demnach (vereinfacht) wie folgt hergeleitet:  $(FCF - \text{Dividenden} - \text{Privatbezüge}) \cdot \text{branchenspezifischer Faktor}$  [32].

### 3. FAZIT

Sofern eine Fremdfinanzierung die betriebswirtschaftlichen Funktionen von Eigenkapital übernimmt [33] und das massgebende Fremdkapital die maximale Verschuldungskapazität übersteigt [34] sowie aus dem direkten Drittvergleich nicht hervorgeht, dass die Möglichkeit der Kapitalauf-

nahme bei einem unabhängigen Dritten bestanden hätte bzw. aus dem hypothetischen Drittvergleich hervorgeht, dass relevante Kennzahlen nicht erfüllt wurden [35], dann liegt effektiv verdecktes Eigenkapital i. S. v. Art. 65 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 29a StHG vor [36]. ■

**Anmerkungen:** 1) Zum Ganzen vgl. Böhi, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, Zürich 2014, 112 m. w. H. 2) Vgl. Eidg. Finanzdepartement, EFD, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage über das Bundesgesetz über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (Unternehmenssteuerreformgesetz III) vom 19. 9. 2014, 29 ff., 82 ff., 101 f., 112 f. ([http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/docu/ments/2452/Unternehmenssteuerreform-III\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/docu/ments/2452/Unternehmenssteuerreform-III_Erl.-Bericht_de.pdf)). 3) Böhi, 115 ff., 213. 4) Böhi, 137 ff. mit der Übersicht zu den kantonalen Regelungen inkl. Abweichungen. 5) BGE 135 II 416 ff. E. 2.2; BGE 131 II 562 ff. E. 3.5; BGE 131 II 697 ff. E. 4.1; BGE 130 II 65 ff. E. 4.2; BGE 23.6.2008, StE 2008 B 72.19 Nr. 9 E. 3.1; BGE 125 II 177 ff. E. 3 = StE 1999 B 29.3 Nr. 15; Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich 2012, N 132 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N 217; Reich, Steuerrecht, 2. A., Zürich 2012, § 6 N 8. 6) Häfelin/Haller/Keller, N 148 ff.; Reich, Steuerrecht, § 4 N 125; Böhi, 155 m. w. H. 7) Böhi, 158 m. w. H. 8) Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktion sowie Verlustausgleichsfunktion; vgl. Böhi, 162 f. m. w. H. 9) Locher, Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), II. Teil (Art. 49–101 DBG), Therwil/Basel 2004, Art. 65 N 17. 10) Vgl. zum Ganzen Böhi, 215 m. w. H. 11) Böhi, 216; Brülisauer/Ziegler, Kommentar zu Art. 65 DBG, in: Zweifel

Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2. A., Basel/Genf/München 2008, Art. 65 DBG N 42; Griesshammer, Kommentar zu § 83 AG StG, in: Klöti-Weber Marianne/Siegrist Dave/Weber Dieter (Hrsg.), Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Bd. 1 §§ 1–94, 3. A., Bern 2009, § 83 StG AG N 36; Locher, DBG-Kommentar II, Art. 65 N 22; Robinson/Wipfli, ST 1998/1–2, 68. 12) Zur Beweislastverteilung bzw. den damit einhergehenden Problemen, vgl. Böhi, 222 ff. m. w. H. 13) Böhi, 217; a. M. Hongler, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, Zürich 2012, 65 f., 144, der die Gesetzesbestimmung ändern möchte, indem explizit Unterkapitalisierungen für unzulässig erklärt werden sollen. 14) Vgl. zum Ganzen Böhi, 217 f., 220 f. 15) Vgl. zum Ganzen Böhi, 227 ff. 16) Zur Spezialsituation mit Besicherung des Drittdarlehens durch den Gesellschafter, vgl. Böhi, 244 ff. 17) Böhi, 250 f.; a. M. Hongler, 61. 18) Aufgrund des Gesetzestextes muss von einem maximalen Fremdkapital, nicht aber von einem minimalen Eigenkapital, ausgegangen werden; vgl. Böhi, 252; Brülisauer/Ziegler, Art. 65 DBG N 32. 19) Vgl. dazu unten Ziff. 2.3 f. 20) Böhi, 21 ff. m. w. H. zu den betriebswirtschaftlichen Kriterien der «optimalen» Kapitalstruktur. 21) Von Salis-Lütolf, ZSR 2002, 175, 184. 22) Z. B. durch eine Kreditofferte eines Bankinstituts; in den letzten Jahren seit

der Finanzkrise sind die Bankinstitute jedoch mit der Ausfertigung von Kreditofferten zwecks Nachweis des Drittvergleichs sehr zurückhaltend geworden, womit dieser «direkte Drittvergleich» nicht mehr so einfach erhältlich ist. Vgl. dazu auch Böhi, 271, 274 ff. m. w. H. 23) Vgl. dazu Böhi, 281 f. m. w. H. 24) Vgl. dazu unten Ziff. 2.4. 25) Earnings before interest, tax, depreciation, amortization. 26) Free cashflow. 27) Standard & Poor's, Corporate Ratings Criteria, New York 2008, (<http://www.standardandpoors.com/home/en/eu>), 20 ff., 52 f.; Dietschi/Berr, StR 2013, 287 ff.; Böhi, 282 f. 28) S&P Corporate Ratings, 54 ff. 29) Verschuldungsfaktor = (Fremdkapital – liquide Mittel – Debitoren)/Cashflow; vgl. Böhi, 31, 278 f. 30) Volkart, Corporate Finance. Grundlagen von Finanzierung und Investition, 5. A., Zürich 2011, 822 ff.; Boemle/Stolz, Unternehmensfinanzierung, Bd. 1 Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. A., Zürich 2010, 109. 31) Böhi, 279 m. w. H. 32) Oder als Barwertmodell mit folgender Formel:

$$\text{Debt capacity} = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{\text{FCF}_t(\text{Equity})}{(1+i)^t}$$

33) Vgl. dazu oben Ziff. 1.4. 34) Vgl. dazu oben Ziff. 2.4. 35) Vgl. dazu oben Ziff. 2.3. 36) Böhi, 283 m. w. H.