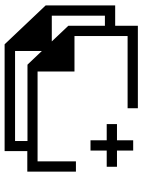
zsis)



UNTERLAGEN

I S I S) Institut für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht

Fallbeispiele

Steuereffiziente Zuordnung der Finanzierung
Debt push-down und Abzug auf Eigenfinanzierung

Dr. Gernot Zitter und Claudia Schaub

ISIS)-Seminar «Steuerliche Aspekte der Unternehmensfinanzierung, einschliesslich Sanierungsthemen»

Courtyard by Marriott, Zürich, 20. April 2021

Fall 1: Akquisitionsstrukturierung in der DACH Region

Sachverhalt

Die Käufergruppe ist in der DACH Region aktiv und plant die Akquisition der Targetgruppe. Der Kauf soll mit Fremd- und Eigenkapital finanziert werden.

Frage

Wie muss die Transaktion in den Ländern der DACH Region strukturiert werden, damit die Schuldzinsen auf dem Bankdarlehen steuerlich effizient genutzt werden können?

1.1 Deutschland
1.2 Österreich
1.3 Schweiz

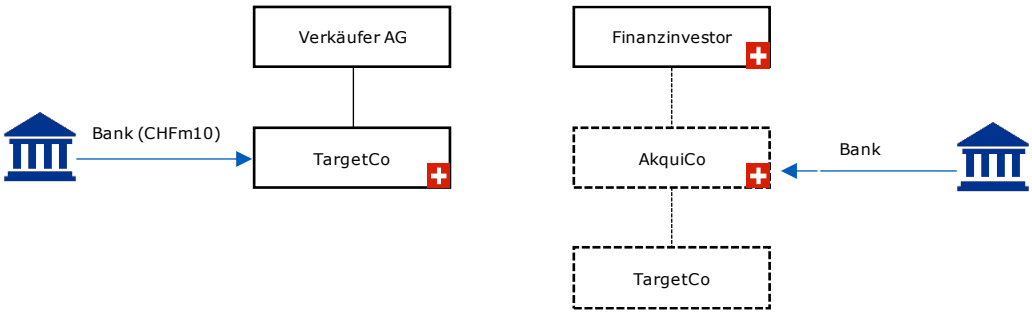
Fall 2: Natural Debt push-down

Sachverhalt

TargetCo mit Sitz in der Schweiz ist eine operativ tätige Gesellschaft. TargetCo hat bei einer Bank ein Darlehen von CHFm 10 aufgenommen, das mit 2% verzinst wird. Die vereinfachte Bilanz der TargetCo präsentiert sich wie folgt:

TargetCo (vor Kauf)			
Aktiven	40'000'000	Bank	10'000'000
		EK	30'000'000
Total	40'000'000	Total	40'000'000

Ein Schweizer Finanzinvestor ist am Kauf der TargetCo interessiert. Der Erwerb soll über eine neu gegründete AkquiCo mit Sitz in der Schweiz erfolgen. AkquiCo wird die Akquisition neben Eigenkapital mit einem Bankdarlehen finanzieren. Dieses wird mit 4% verzinst. Der Kaufpreis für die Anteile an TargetCo beträgt CHFm 30.



Fragen

2.1 Was ist bei der Finanzierung des Kaufs zu berücksichtigen?

2.2 Wie muss die Transaktion strukturiert werden, damit sich ein «Natural Debt push-down» ergibt und welche steuerlichen Fragen stellen sich?

2.3 Welche steuerlichen Überlegungen sind bei der Finanzierung der AkquiCo anzustellen?

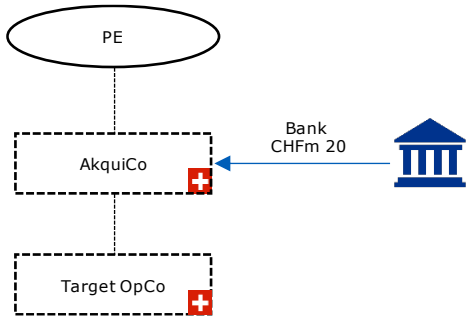
Fall 3: Leveraged dividend

Sachverhalt

Target OpCo mit Sitz in der Schweiz steht zum Verkauf. Eine Private Equity (PE) Gruppe will Target OpCo erwerben (Kaufpreis CHFm 40) und gründet zu diesem Zweck eine Schweizer AkquiCo, die mit Eigenkapital und mit einem Bankdarlehen von CHFm 20 finanziert wird. Das Bankdarlehen wird zu 4% verzinst. Bilanzen und Akquisitionsstruktur stellen sich wie folgt dar:

AcquiCo			
TargetCo	40'000'000	Bank	20'000'000
		EK	20'000'000
Total	40'000'000	Total	40'000'000

Target OpCo			
Aktiven	40'000'000	AK	3'000'000
		Ges. Reserven	1'500'000
		Freie Reserven	35'500'000
Total	40'000'000	Total	40'000'000



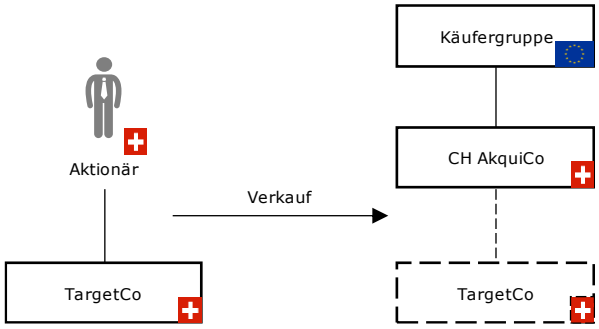
Frage

3.1 Wie kann die Bankschuld der AkquiCo auf Ebene der Target OpCo «gedrückt» werden (Debt push-down) und was ist dabei aus steuerlicher Sicht zu beachten?

Fall 4: Rückkauf eigener Aktien

Sachverhalt

Der Schweizer Alleinaktionär der TargetCo verhandelt mit der Käufergruppe über eine Nachfolgelösung. Die Parteien einigen sich, und die Käufergruppe erwirbt TargetCo über eine neu gegründete CH AkquiCo.



Während der Tax Due Diligence stellt sich heraus, dass TargetCo in den letzten Jahren keine Ausschüttungen an den Aktionär vorgenommen hat. Dadurch und durch den äusserst guten Geschäftsverlauf verfügt TargetCo über hohes Eigenkapital bei praktisch keinem Fremdkapital. Die Bilanz der TargetCo unmittelbar vor Verkauf stellt sich wie folgt dar:

TargetCo			
Aktiven	2'000'000	FK	-
		AK	1'000'000
		Ges. Reserven	500'000
		Freie Reserven	500'000
Total	2'000'000	Total	2'000'000

Der Nennwert einer Aktie beträgt CHF 10 (Gesamtnennwert: CHF 1'000’000; insgesamt 100’000 Aktien).

Basierend auf den Kaufpreisverhandlungen liegt der aktuelle Verkehrswert einer Aktie bei CHF 60 (Verkehrswert TargetCo: CHF 6’000’000).

Für den Verkäufer ist Bedingung für das Zustandekommen der Transaktion, dass die Käufergruppe die typische indirekte Teilliquidationsklausel akzeptiert, wonach der Käufer den verkaufenden Aktionär für Steuerfolgen aus indirekter Teilliquidation, die durch Transaktionen des Käufers nach Kauf ausgelöst werden, schadlos hält. Die Käufergruppe akzeptiert diese Klausel und verzichtet überdies auf eine Fremdfinanzierung der CH AkquiCo, da sie unter diesen Umständen keine Möglichkeit sieht, einen steuerlichen Debt push-down zu erzielen.

Frage

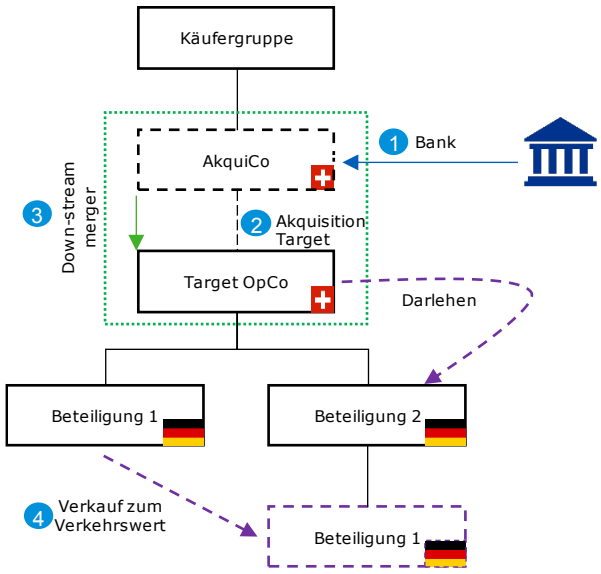
4.1 Ist in dieser Konstellation ein Debt push-down denkbar und falls ja, wie müsste ein solcher strukturiert werden und welche steuerlichen und andere Fragen stellen sich dabei?

Fall 5: Konzerninterner Verkauf

Sachverhalt[1]

Um die Schweizer Target OpCo mit ihren beiden deutschen Beteiligungen 1 und 2 zu erwerben, gründet die Käufergruppe eine Schweizer AkquiCo. Zur Finanzierung des Kaufpreises nimmt AkquiCo ein EUR Bankdarlehen auf. Nach Kauf wird AkquiCo «downstream» auf Target OpCo verschmolzen (im Folgenden «1. Debt push-down»).

Schliesslich verkauft Target OpCo Beteiligung 1 an Beteiligung 2 gegen ein verzinsliches CHF Darlehen (im Folgenden «2. Debt push-down»). Das CHF Darlehen wird anschliessend zu identischen Bedingungen, wie sie AkquiCo mit der Bank vereinbart hat, in ein EUR Darlehen umgewandelt. In der Folge nimmt Target OpCo Wertberichtigungen bedingt durch Währungsverluste auf dem Fremdwährungsdarlehen vor und macht diese steuerlich geltend.



Fragen

5.1 Wie sind der 1. und 2. Debt push-down aus steuerlicher Sicht zu beurteilen?

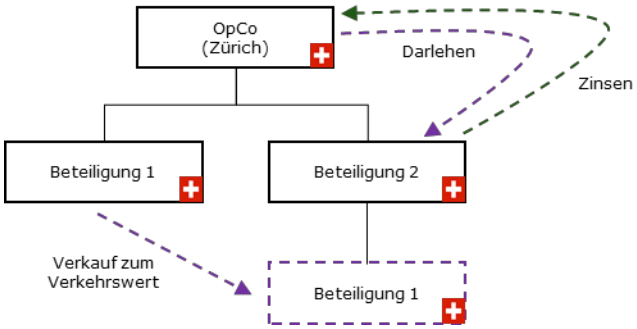
5.2 Welche Erkenntnisse für die Praxis können aus der Entscheidung des VerwG ZH abgeleitet werden?

[1] Sachverhalt gem. Entscheid Verwaltungsgericht Zürich (VerwG ZH) vom 20. April 2016, SB.2015.00073.

Fall 6: Zinsabzug auf Eigenkapital und Debt push-down Schweiz

Sachverhalt

OpCo mit Sitz in Zürich hält die Beteiligungen 1 und 2. OpCo verkauft Beteiligung 1 zum Verkehrswert an Beteiligung 2 und lässt den Kaufpreis als Darlehen stehen. Das Darlehen wird zu Drittkonditionen verzinst.



Fragen

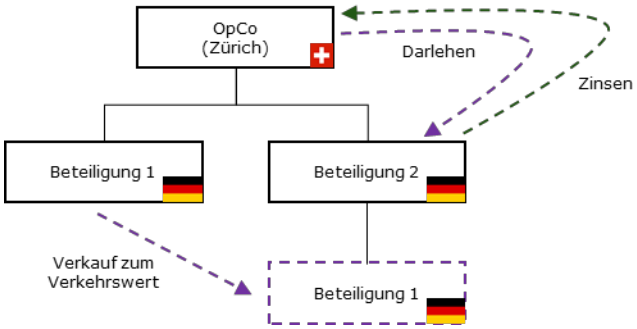
6.1 Ist der Zinsaufwand auf Stufe Beteiligung 2 steuerlich abzugsfähig?

6.2 Kann OpCo den Abzug auf Eigenfinanzierung gem. § 65b StG ZH geltend machen?

Fall 7: Zinsabzug auf Eigenkapital und Debt push-down Ausland

Sachverhalt

OpCo mit Sitz in Zürich hält die deutschen Beteiligungen 1 und 2. OpCo verkauft Beteiligung 1 zum Verkehrswert an Beteiligung 2 und lässt den Kaufpreis als Darlehen stehen. Das Darlehen wird zu Drittkonditionen verzinst.



Fragen

7.1 Ist der Zinsaufwand auf Stufe Beteiligung 2 steuerlich abzugsfähig?

7.2 Kann OpCo den Abzug auf Eigenfinanzierung gem. § 65b StG ZH geltend machen?

Der Debt push-down in der Schweizer Rechtsprechung

Eine Analyse der Judikatur zum Debt push-down als Folge eines Leverage Buy-Out (LBO) und mögliche Auswirkungen auf die Praxis

Gernot Zitter / Bojana Mirkovic

Dr. iur., LL.M. (Northwestern), dipl. Steuerexperte, Lehrbeauftragter für Steuerrecht, Universität Luzern, Partner, M&A Tax, KPMG AG, Zürich

MLaw (UZH), Wissenschaftliche Mitarbeiterin Tax, KPMG AG, Zürich

Die Qualifikation des Debt push-down als Steuerumgehung ist eine etablierte Praxis der Schweizer Steuerbehörden. Die wiederholt geäusserte Kritik der Lehre vermochte diese Praxis bislang nicht zu ändern. Bis dato ist nur ein gerichtlicher Entscheid ergangen, in dem das Zürcher Verwaltungsgericht die Steuerumgehung im Einzelfall verneint hat. Das besagte Urteil wirft Fragen in Bezug auf die Praxis auf. Einschlägig erscheint auch ein Obiter dictum des Bundesgerichts zum Kauf von Beteiligungen über eine eigens gegründete Akquisitionsgesellschaft. Der vorliegende Beitrag bespricht die genannten Urteile und untersucht mögliche Auswirkungen auf die Praxis.

La qualification du mécanisme de Debt push-down comme étant constitutif d'évasion fiscale est une pratique établie de l'administration fiscale suisse. Les critiques répétées à l'encontre de la doctrine n'ont jusqu'à présent pas réussi à modifier le statu quo. Jusqu'à présent, il n'y a eu qu'une seule décision à ce sujet par laquelle le tribunal administratif de Zurich a rejeté l'évasion fiscale dans un cas d'espèce. L'arrêt précité soulève des questions en ce qui concerne la pratique fiscale relative à l'évasion fiscale. La lecture d'un obiter dictum du Tribunal fédéral sur l'achat de participations par l'intermédiaire de sociétés d'acquisition est également intéressante. Le présent article discute de ces jugements et examine les possibles effets sur la pratique.

Inhalt

1 Einleitung 542
2 Debt push-down in der Praxis der Schweizer Steuerbehörden 544
2.1 Definition und Eingrenzung der Thematik 544
2.2 Steuerliche Problemstellung 545
2.3 Aktueller Stand der Praxis zum Debt push-down und Kritik der Lehre 546

2.3.1 Entwicklung der Praxis . . . 546
2.3.2 Argumentation der Steuerbehörden . . . 547
2.3.3 Kritik der Lehre . . . 548
2.3.4 Der neue Ansatz von Locher: Abschaffung der Steuerumgehung? . . . 551
3 Rechtsprechung zum Debt push-down . . . 552
3.1 Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. April 2016 . . . 552
3.1.1 Allgemeines . . . 552
3.1.2 Sachverhalt . . . 552
3.1.3 Steuerliche Würdigung des ersten Debt push-down . . . 553
3.1.4 Steuerliche Würdigung des zweiten Debt push-down . . . 556
3.1.5 Weitere Erkenntnisse im Hinblick auf «Schweizer» Debt push-down Fälle? 559
3.2 Ansätze in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu LBO mit Debt push-down 563
3.2.1 Urteil des Bundesgerichts 2A.331/2003 vom 11. Juni 2004 . . . 563
3.2.2 Urteil des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 . . . 563
3.2.2.1 Ein Obiter dictum des Bundesgerichts zur Debt push-down Praxis? . . . 563
3.2.2.2 Würdigung des Obiter dictums . . . 565
4 Einfluss der Steuerreform auf die Debt push-down Praxis . . . 567
4.1 Abschaffung der Statusgesellschaften . . . 567
4.2 Beschränkungen beim Abzug für Eigenfinanzierung («Notional interest deduction,» NID) . . . 568
5 Abschliessende Gesamtwürdigung . . . 570

1. Einleitung

In den meisten Fällen von Unternehmensakquisitionen durch Private Equity Investoren ist der Einsatz von mit teils hohem Fremdkapital finanzierten, eigens für den Erwerb gegründeten Akquisitionsgesellschaften unverzichtbar und dient überdies als Erfolgsfaktor der Akquisition.[1] In diesem Zusammenhang wird typischerweise von Leveraged Buy-Outs (LBO) gesprochen, die für Finanzinvestoren[2] insbesondere deshalb von Inter-

[1] Patrick Hünerwadel/Marcel Tranchet, Akquisitionsfinanzierungen, Finanzierung als Erfolgsfaktor bei Akquisitionen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 361 ff., S. 362; Christoph Götz/Susanne Kölbl, § 10 Steuerrecht, in: Gerhard Picot (Hrsg.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl., München 2013, § 10 N 153.

[2] Der Einsatz von neu gegründeten Akquisitionsgesellschaften ist nicht auf Private Equity Transaktionen beschränkt, sondern findet sich häufig auch bei Transaktionen, an denen strategische Investoren beteiligt sind.

esse sind, da sie ihr Eigenkapitalrisiko begrenzen und ihre Eigenkapitalrendite durch den sog. «Leverage Effect» erhöhen.[3]

Nicht zuletzt wegen der im Schweizer Gewinnsteuerrecht fehlenden Möglichkeit der steuerlichen Konsolidierung von Akquisitions- und Zielgesellschaft entfällt nach erfolgter Akquisition zumeist der Bedarf für den Fortbestand des Akquisitionsvehikels. Um den gleichen steuerlichen Effekt wie bei einer Konsolidierung zu erreichen, müssen die Akquisitions- und Zielgesellschaft im Wege einer Verschmelzung «zusammengeführt» werden. Durch diesen für LBO typischen Vorgang wird die auf der Ebene der Akquisitionsgesellschaft aufgenommene Fremdfinanzierung in die Zielgesellschaft «hinuntergestossen» und so eine Verrechnung der Zinsaufwendungen mit den operativen Erträgen der Zielgesellschaft erreicht (sog. *Debt push-down*).[4] Mit der Begründung, das gesamte Vorgehen sei absonderlich und diene allein dem Ziel, Steuern einzusparen, wird der Debt push-down nach ständiger Praxis der Schweizer Steuerbehörden als Steuerumgehung beurteilt.[5]

Im Vergleich zur geltenden Rechtslage ausländischer Jurisdiktionen[6] benachteiligt diese Praxis Investitionen in Schweizer Unternehmen. Ihre Richtigkeit wird von Steuerrechtslehre und –beratung seit geraumer Zeit angezweifelt.[7] Es ist bis dato – soweit ersichtlich

3 Der Leverage Effect entsteht, wenn die erwartete Gesamtkapitalrendite der Investition in die Zielgesellschaft über die Investitionsdauer betrachtet höher ist als die Kosten der Fremdfinanzierung. Näheres zum Leverage Effect und der Berechnung der Eigenkapitalrendite bei Heinrich Knepper, § 14 Einführung: Begriff, Finanzierungsarten und -strukturen, in: Wolfgang Meyer-Sparenberg/Christof Jäckle, Beck'sches M&A Handbuch, Planung, Gestaltung, Sonderformen, regulatorische Rahmenbedingungen und Streitbeilegung bei Mergers & Acquisitions, München 2017, § 14 N 6 f.

4 Götz/Kölbl (Fn. 1), § 10 N 177; Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Kapitel 5 N 66.

5 Gemäss telefonischer Auskunft der kantonalen Steuerämter Zürich, Aargau, Basel-Land, Basel-Stadt, Luzern, Thurgau, St. Gallen, Bern, Schwyz und Schaffhausen ist diese Praxis in der Schweiz unverändert geblieben. Der Kanton Zug ergänzt, dass immer auch jeder Einzelfall separat betrachtet werde.

6 Eine steuerliche Konsolidierung kennen neben Deutschland u.a. auch die USA, das Vereinigte Königreich, Frankreich, Italien, Luxemburg und Österreich.

7 Kritisch äussern sich Daniel U. Lehmann, Steuerliche Behandlung fremdfinanzierter Unternehmenskäufe: Gibt es Handlungsbedarf für eine Praxis- und Gesetzesänderung?, in: Nedim P. Vogt/Eric Strupp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, S. 295 ff., S. 303 f., S. 308 und S. 313; Thomas Kunz, Holdingstatus: Update betreffend steuerlicher Sonderfragen Teil 1, StR 66/2011, S. 734 ff., S. 741; Madeleine Simonek/Oliver Triebold, Akquisitionsstrukturierung bei «Leveraged Buy-Outs (LBO)», Die schweizerische Steuerpraxis zum Debt Push Down auf dem Prüfstand, GesKR 2013, S. 357 ff., S. 363 ff., insbesondere S. 367; Daniel Bader/Daniel Lehmann/Peter Reinarz, Switzerland, in: Peter H. Blessing (Hrsg.), Tax Planning for International Mergers, Acquisitions, Joint Ventures and Restructurings, Volume II, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2015, S. 34. Siehe auch Pascal Hinny, Steuerfolgen Unternehmenskauf und –verkauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVI, Europainstitut der Universität Zürich, Band 148, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 257 ff., S. 298 ff.

– nur ein einziges (kantonales) Urteil[8] ergangen, in dem das Zürcher Verwaltungsgericht diese Praxis aufgegriffen und eine Steuerumgehung im konkreten Einzelfall verneint hat. Aufgrund seiner Komplexität und der Fokussierung auf einen anderen Streitgegenstand, scheint diesem Entscheid allerdings die präjudizielle Wirkung auf die Debt push-down Praxis allerdings abgesprochen zu werden.[9]

Das schweizerische Bundesgericht hat sich kürzlich in einem *Obiter dictum* zum Kauf von Beteiligungen mittels Akquisitionsgesellschaften geäussert.[10] Weitere Entscheide zu dieser Thematik sind soweit nicht ersichtlich.

Der vorliegende Beitrag analysiert die aktuellsten Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Debt push-down und eruiert, ob diese wegweisend für eine zukünftige Ausrichtung sein könnten. Der Schwerpunkt liegt in der kritischen Auseinandersetzung mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. April 2016 und dem Obiter dictum des Urteils des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017. Ausgehend von einer, den weiteren Ausführungen zu Grunde liegenden Definition des Debt push-down werden die Praxis der Steuerbehörden und der Stand der Lehre illustriert, bevor schliesslich untersucht wird, ob dem Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts und dem Obiter dictum des Bundesgerichts in irgendeiner Weise präjudizielle Wirkung für künftige Fälle zukommen könnte. Mit Blick auf die bevorstehende Schweizer Unternehmenssteuerreform[11] wird darüber hinaus der mögliche Einfluss der Abschaffung der Statusgesellschaften auf die Debt push-down Praxis der schweizerischen Steuerbehörden analysiert.

2. Debt push-down in der Praxis der Schweizer Steuerbehörden

2.1. Definition und Eingrenzung der Thematik

Im hier verstandenen Sinne liegt ein Debt push-down vor, wenn ein eigens zum Kauf einer Schweizer Kapitalgesellschaft (im Folgenden «Zielgesellschaft») gegründetes Schweizer Akquisitionsvehikel (ebenfalls in Form einer Kapitalgesellschaft), welches das noch geltende Holdingprivileg in Anspruch nehmen kann, die für den Kauf nötige Fremdfinanzierung aufnimmt und nach erfolgter Akquisition entweder im Wege eines «Up-

8 Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. April 2016, SB.2015.00073.

9 Vgl. Jürg Altorfer, Unternehmenssteuerrecht, Teil 8: Kauf und Verkauf von Unternehmungen, Skript zur Steuerexpertenausbildung, Block C (2017/2018), 13. aktualisierte Aufl. (Version 30. Oktober 2017), S. 98, Fn. 197.

10 Urteil des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 E. 4.1. = StR 73/2018, S. 148 ff., S. 152 = RDAF 2018 II, S. 182 ff., S. 187. Siehe dazu untenstehend Ziff. 3.2.2. Kritische Würdigung dieses Urteils auch von René Matteotti, Entwicklungen im Steuerrecht/Le point sur le droit fiscal, SJZ 114/2018, S. 273 ff., S. 276 f.

11 Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung, BBl 2018 6031. Das Inkrafttreten dieses Gesetzes ist vom Ausgang der Volksabstimmung am 19. Mai 2019 abhängig.

oder Down-stream Mergers» mit der Zielgesellschaft verschmolzen wird.[12] Durch das solcherart herbeigeführte «Herunterstossen» der Fremdfinanzierung in die Zielgesellschaft werden zum einen die Amortisation des Akquisitionsdarlehens und zum anderen die Verrechnung des Zinsaufwands für die aufgenommene Fremdfinanzierung aus bzw. mit dem operativen Gewinn der Zielgesellschaft ermöglicht. Dadurch wird der operative Gewinn der erworbenen Zielgesellschaft geschmälert.

Wirtschaftlich liegt diesem Vorgehen der Gedanke zugrunde, dass die Zielgesellschaft ihre eigenen Akquisitionskosten, inklusive der darauf geschuldeten Zinslast, übernimmt.[13] Dabei gilt es zu beachten, dass im vorliegenden Beitrag ausschliesslich Akquisitionen und der Debt push-down mittels *Share Deal* ins Auge gefasst werden, zumal die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen bei einem *Asset Deal* unbestritten ist.[14] Überdies werden nur solche Sachverhalte erfasst, in denen die Akquisitionsgesellschaft keinen operativen Betrieb unterhält, da die Zinsschulden bei einem operativ tätigen Akquisitionsvehikel steuerlich abzugsfähig sind und die Fusion folglich nicht zu zusätzlichen Steuereinsparungen führt, wie dies bei einer reinen Akquisitionsholding der Fall ist.[15]

2.2. Steuerliche Problemstellung

Ein Akquisitionsvehikel kann gegenwärtig[16] wohl in den meisten Fällen die privilegierte Besteuerung als Holdinggesellschaft gemäss Art. 28 Abs. 2 StHG bzw. den entsprechenden kantonalen Bestimmungen in Anspruch nehmen.[17] Dies beinhaltet im Gegensatz zu ordentlich besteuerten Gesellschaften die Befreiung von der kantonalen Gewinnsteuer und die Besteuerung des Kapitals mit einem deutlich niedrigeren Kapitalsteuersatz. Für Bundessteuerzwecke sind unter den Voraussetzungen der Art. 69 f. DBG Beteiligungs-

12 Beispiele von Definitionen zum Vergleich: Lehmann (Fn. 7) führt aus, es ginge darum, die Akquisitionsschulden und Schuldzinsen auf Ebene der Zielgesellschaft «hinunterzudrücken,» S. 298; Kunz (Fn. 7) fasst darunter die Verschmelzung der Kaufpreisschuld der Akquisitionsgesellschaft mit dem bestehenden Fremdkapital der gekauften operativen Unternehmung zusammen, S. 741; Simonek/Triebold (Fn. 7) bezeichnen ihn als das «Herunterstossen der Fremdverschuldung der Erwerbsgesellschaft auf die Zielgesellschaft,» S. 358; gemäss Götz/Kölbl (Fn. 1) wird dadurch die Fremdfinanzierung zivilrechtlich auf Ebene der Zielgesellschaft geführt, § 10 N 177.

13 Bader/Lehmann/Reinarz (Fn. 7), S. 32.

14 Dies gründet in der Tatsache, dass bei einem Asset Deal die Gesellschaft, welche das Kaufobjekt erwirbt, gleichzeitig diejenige ist, welche die Kauffinanzierung aufnimmt, Lehmann (Fn. 7), S. 297; Baselbieter Steuerbuch, Band 2, Unternehmen 56 Nr. 1, Ziff. 2.3.3; Hinny (Fn. 7), S. 299 f.; allerdings ist die praktische Relevanz des Asset Deal nur auf Fälle beschränkt, in welchen es darum geht, bestimmte Aktiven und Passiven oder nur Aktiven zu übernehmen (sog. *Cherry Picking*), Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 4), Kapitel 3 N 63.

15 Vgl. Bader/Lehmann/Reinarz (Fn. 7), S. 33 f.

16 Mit dem voraussichtlichen Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung per 1. Januar 2020 wird diese privilegierte Besteuerung abgeschafft. Näheres dazu untenstehend Ziff. 4.

17 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 359; Bader/Lehmann/Reinarz (Fn. 7), S. 34.

erträge und Kapitalgewinne freigestellt, sodass die steuerliche Belastung für die meisten Akquisitionsvehikel praktisch null ist.[18]

Allerdings fällt auch der Zinsabzug auf den Akquisitionsschulden ins Leere, da ein reines Akquisitionsvehikel im Normalfall – abgesehen von Dividenden aus der Zielgesellschaft, die aber ohnehin durch den Beteiligungsabzug bzw. das noch geltende Holdingprivileg freigestellt sind – keine eigenen Erträge generiert. Aufgrund dieser steuerlichen Ineffizienz und der fehlenden Möglichkeit der steuerlichen Konsolidierung wird die Fusion zwischen Akquisitions- und Zielgesellschaft angestrebt, um die Schuldzinsen auf die «richtige Ebene» zu stossen.

Ein solches Vorgehen betrachten die Schweizer Steuerbehörden standardmässig als Steuerumgehung und verweigern den Zinsabzug entweder bis zur Tilgung der Akquisitionsschulden oder zumindest für einen Zeitraum von fünf Jahren ab der Akquisition.[19] Keine Steuerumgehung liegt vor, wenn zwei Betriebsgesellschaften[20] oder zwei Holdinggesellschaften miteinander fusionieren. Im ersten Fall könnten die Zinsaufwendungen schon vor Fusion in der aktiven Akquisitionsgesellschaft steuerlich abgezogen werden, im zweiten Fall, der häufig bei sog. secondary Buy-Outs zwischen zwei Private Equity Investoren vorkommt, fallen die Zinsaufwendungen auch nach Fusion wiederum in einer reinen (nicht operativ tätigen) Akquisitionsgesellschaft an, sodass insofern kein steuerlicher Vorteil im Vergleich zur Ausgangslage resultiert.

Nicht selten kommt es vor, dass die Steuerpflichtigen trotz steuerbehördlich auferlegtem Abzugsverbot die Fusion durchführen, etwa wenn die Fremdkapitalgeber den Schuldendienst direkt aus dem operativen Geschäft ohne Umweg über Ausschüttungen an die Akquisitionsgesellschaft fordern. Die Steuerneutralität der Fusion bleibt davon unberührt, die Schuldzinsen sind aber in der Steuerbilanz der fusionierten Gesellschaft aufzurechnen.

2.3. Aktueller Stand der Praxis zum Debt push-down und Kritik der Lehre

2.3.1. Entwicklung der Praxis

Der Ursprung der heutigen Praxis findet sich nicht in der Rechtsprechung, sie wurde vielmehr über die Jahre von den Steuerbehörden entwickelt. In der älteren Litera-

[18] Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 4), Kapitel 5 N 63; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 363 f.; Bader/Lehmann /Reinarz (Fn. 7), S. 34.

[19] Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3. Wie der Kanton Basel-Land verweigern auch die Kantone Zürich und Luzern den Zinsabzug eher bis zur vollständigen Amortisation des Darlehens. Andere Kantone wie beispielsweise die Kantone Aargau, Bern, Schwyz, Basel-Stadt und Thurgau verweigern den Zinsabzug grundsätzlich die ersten fünf Jahre nach erfolgter Fusion.

[20] Siehe Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3.

tur[21] finden sich noch keine Hinweise zur heute verbreiteten Debt push-down Praxis der Steuerbehörden. Allerdings gab es bereits damals schon befürwortende Ausführungen zur Vorteilhaftigkeit eines Unternehmenskaufs in Form eines LBO oder Management Buy-Outs (MBO)[22] über eine eigens dazu errichtete Erwerbsgesellschaft und die Bezeichnung jener Struktur als «in aller Regel der finanzierungsmässig/steuerlich einzig gangbare Weg.»[23] Erste Hinweise auf die Qualifikation eines LBO mit Debt push-down als Steuerumgehung seitens der Steuerbehörden finden sich bei Tschäni in einer Abhandlung aus dem Jahre 2000.[24] Zu beachten gilt unter diesem Gesichtspunkt, dass mit der Unternehmenssteuerreform I (1997) die Sondertarife für Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften per 1. Januar 1998 Eingang in die Schweizer Steuergesetze fanden. Die Möglichkeit des Beteiligungsabzugs bestand bereits seit dem Jahr 1990 gemäss dem früheren Art. 59 BdBSt bei einer Mindestbeteiligungsquote von 20% am Grund- oder Stammkapital, die mit der Unternehmenssteuerreform II auf 10% herabgesetzt wurde. Dies entspricht gemäss Art. 69 DBG der heutigen Rechtslage.[25] Wenn auch der Ursprung der heutigen Praxis nicht eindeutig ausgemacht werden kann, liegt doch die Vermutung nahe, dass sich die Praxis mit der Einführung der kantonalen Steuerprivilegien unter der Unternehmenssteuerreform I entwickelt haben könnte.

2.3.2. Argumentation der Steuerbehörden

Gemäss der verbreiteten Auffassung der Schweizer Steuerbehörden stellt eine Akquisition mit Debt push-down im vorne beschriebenen Sinne eine Steuerumgehung dar.[26] Dabei werden nicht allein die Fusion als solche oder die einzelnen Elemente der Transaktion, sondern der gesamte Vorgang inklusive das Zusammentreffen und die Abfolge dieser Elemente als absonderlich gewertet.[27]

Der Kanton Basel-Land hat soweit ersichtlich als einziger Kanton seine Praxis zum Debt push-down schriftlich festgehalten[28] und versteht darunter die Verrechnung der Finan-

21 Gabriel Heldner, Das Management-Buyout (MBO) – Zivil- und steuerrechtliche Überlegungen, in: André Zünd/Günther Schultz/Bruno U. Glaus (Hrsg.), Bewertung, Prüfung und Beratung in Theorie und Praxis, Festschrift für Carl Helbling, Band 109 der Schriftenreihe der Treuhandkammer, Zürich 1992, S. 223 ff., insbesondere S. 227 und S. 233; Peter Gurtner, Erbenholding – Konzeption als Transponierungstatbestand – ein sachwidriger fiskalischer Ansatz, ASA 67 (1998/1999), S. 337 ff., S. 343 f.

22 Heldner (Fn. 21), S. 227.

23 Gurtner (Fn. 21), S. 344.

24 «Nach neuerer Entwicklung steht die Abzugsfähigkeit von Zinsen nach Vollzug der Fusion in Frage, weil unter Umständen Steuerumgehung angenommen wird.» Rudolf Tschäni, Leverage Buy-Out (Zivilrechtliche Aspekte), in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers&Acquisitions II, Europainstitut der Universität Zürich, Band 27, Zürich 2000, S. 7.

25 In Kraft seit dem 1. Januar 2011, BBl 2005 4733.

26 Altorfer (Fn. 9), S. 98 f.; Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3.

27 Altorfer (Fn. 9), S. 99; vgl. auch Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 365.

28 Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3.

zierungskosten eines Unternehmenskaufs mit Gewinnen der Zielgesellschaft. Die Verweigerung des Zinsabzugs wird damit begründet, dass, ohne nachträgliche Fusion, die entsprechenden Schuldzinsen dort anfallen würden, wo sie steuerlich suboptimal sind. Die Schuldzinsen müssten bei der übernehmenden Gesellschaft aus Dividendeneinnahmen finanziert werden, wodurch der steuerlich privilegierte Beteiligungsertrag «normalen Aufwand» kompensiere. Mit der fusionsweisen Zusammenlegung werde erreicht, dass die Darlehenszinsen vom operativen Ergebnis der erworbenen Gesellschaft abgezogen werden können.[29] Diese Praxis steht nach unserem Kenntnisstand stellvertretend für die Praxis in den meisten anderen Kantonen und verhindert, dass der operative Gewinn der Tochtergesellschaft zur Finanzierung des Fremdkapitals für deren eigenen Kauf verwendet wird, wodurch gegebenenfalls eine Steuerersparnis erzielt werden könnte.[30] Im Ergebnis soll sich die Tochtergesellschaft wohl – wirtschaftlich gesprochen – nicht selbst kaufen dürfen.

Dieser Grundgedanke findet sich auch bei der indirekten Teilliquidation, die seit 1. Januar 2007 gesetzlich normiert ist und in den Art. 20a Abs. 2 und Art. 7a Abs. 2 StHG bei der näheren Umschreibung des Tatbestandsmerkmals «Mitwirkung» es als schädlich ansieht, wenn der Gesellschaft zwecks Finanzierung des Kaufpreises Mittel entnommen (und nicht wieder zugeführt) werden. Schon vor Inkrafttreten dieser Bestimmungen hat das Bundesgericht eine indirekte Teilliquidation angenommen, wenn für den Kauf der Zielgesellschaft auf ihre eigene Substanz zurückgegriffen und sie dadurch teilweise liquidiert bzw. die Refinanzierung des Kaufpreises aus den Mitteln der gekauften Gesellschaft vorgenommen wurde.[31]

2.3.3. Kritik der Lehre

Eine Steuerersparnis (das effektive Element der Steuerumgehung) ist bei einem Debt push-down grundsätzlich immer gegeben.[32] Wie das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung[33] zur Steuerumgehung ausführt, ist eine Steuerumgehung allerdings nur in ganz ausserordentlichen Situationen anzunehmen. Namentlich, wenn eine Rechts-

29 Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3.

30 Baselbieter Steuerbuch (Fn. 14), Ziff. 2.3.3; VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.1.2.

31 Siehe Urteil des Bundesgerichts 2A.331/2003 vom 11. Juni 2004 = ASA 73 (2004/2005), S. 402 ff., S. 408 ff. = StR 59/2004, S. 718 ff. = StE 2004 B 24.4 Nr. 70 = RDAF 2004 II, S. 360 ff.; Gesetzesmaterialien: BBl 2006 5749; Urs Schenker, Der steuerfreie private Kapitalgewinn beim Unternehmensverkauf – eine Regel mit Ausnahmen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers&Acquisitions VIII, Europainstitut der Universität Zürich, Band 63, Zürich/Basel/Genf, 2006, S. 230 ff. Nur nebenbei sei bemerkt, dass ein Debt push-down unabhängig von dessen Qualifikation als Steuerumgehung durch die Steuerbehörden häufig für fünf Jahre unterbleiben wird, wenn die Transaktion in den Anwendungsbereich der indirekten Teilliquidation fällt. Siehe dazu Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 359; Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 4), Kapitel 3 N 27 ff.

32 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 363 f.

33 BGE 138 II 239; 142 II 399; Urteil des Bundesgerichts 2C_597/2016 vom 10. August 2017.

gestaltung vorliegt, die – abgesehen von den steuerlichen Aspekten – jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt (objektives Element). Als Beurteilungskriterium dient hier die völlige Unangemessenheit der gewählten Rechtsgestaltung.[34] Das subjektive Element der missbräuchlichen Absicht der Steuereinsparung erweist sich insofern als entscheidend, als die Annahme einer Steuerumgehung ausgeschlossen bleibt, wenn andere Motive als blosse Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine relevante Rolle spielen.[35]

Ob eine Akquisition mit Debt push-down deshalb konsequent als Steuerumgehung zu qualifizieren ist, wird in der Lehre zu Recht in Zweifel gezogen.[36] Die kritische Lehre zur Debt push-down Praxis hebt insbesondere die zahlreichen wirtschaftlichen Gründe hervor, welche ausschlaggebend für die Wahl einer Akquisitionsstruktur mit Debt push-down sind. Zum einen stelle der Einsatz von Akquisitionsvehikeln ein traditionelles Vorgehen bei Private Equity Transaktionen dar.[37] Diese Art des Unternehmenskaufs sei nicht nur in der Schweiz, sondern international verbreitet, weshalb durch diese Praxis im Vergleich mit zahlreichen anderen Ländern eine steuerliche Schlechterstellung geschaffen werde.[38] Ausserdem werde die Isolierung der Haftung für die Gesamtinvestition erreicht, und der hinter dem Akquisitionsvehikel stehende Investor könne sich schadlos halten.[39] Diese Art der Finanzierung, bei welcher das ausschlaggebende Element für die Vergabe des Kredits der operative Cash-Flow der Zielgesellschaft ist, sei gängig (sog. «non-recourse financing»).[40]

Zum anderen habe nach Abschluss des Kaufgeschäfts die Akquisitionsgesellschaft ihren Zweck erfüllt. Aus Gründen der Corporate Governance erübrige es sich, die doppelte Struktur beizubehalten. Je zahlreicher nämlich die Hierarchieebenen innerhalb eines Konzerns seien, desto schwieriger und zeitraubender werde die Umsetzung von Konzernvorhaben. Zudem ergäben sich Cash-Flow Probleme durch die unter Umständen verrechnungssteuerpflichtigen Dividendenausschüttungen, welche mit der Fusion der

34 BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243 f.; 142 II 399 E. 4.2 S. 408; Urteil des Bundesgerichts 2C_597/2016 vom 10. August 2017 E. 2.6.

35 BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243 f.; 142 II 399 E. 4.2 S. 408; Urteil des Bundesgerichts 2C_597/2016 vom 10. August 2017 E. 2.6.

36 Siehe hierzu insbesondere Lehmann (Fn. 7), S. 303 f. sowie Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 363 ff., welche die Voraussetzungen der Steuerumgehung bei einem Debt push-down eingehend prüfen.

37 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364 mit zahlreichen weiteren Nachweisen unter Einbezug der deutschen, österreichischen und angelsächsischen Literatur in Fn. 57; Bader/Lehmann/Reinarz (Fn. 7), S. 34.

38 Lehmann (Fn. 7), S. 313; Kunz (Fn. 7), S. 742; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364, Fn. 57.

39 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364.

40 Lehmann (Fn. 7), 303; Hünerwadel/Tranchet (Fn. 1), S. 370; Tschäni/Diem/Wolf (Fn. 4), Kapitel 5 N 11; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364, Fn. 67.

beiden Gesellschaften gelöst würden.[41] Als weiterer wirtschaftlicher Grund wird auch das Drängen der finanzierenden Banken auf die Fusion angeführt. Diese würden die Fusion zwischen Akquisitions- und Zielgesellschaft fordern, um den operativen Cash-Flow und die Zinszahlungsverpflichtung in derselben Gesellschaft zu vereinigen.[42] Dies sei für die finanzierenden Banken deshalb so wichtig, weil mit der Fusion die strukturelle Nachrangigkeit[43] der Gläubiger und damit verbunden auch sämtliche Limitierungen bei der Besicherung und Bedienung des Fremdkapitals wegfallen würden.[44] Durch die Fusion werde es diesen ermöglicht, im Insolvenzfall direkt auf die Aktiven der Zielgesellschaft zuzugreifen.[45]

Zudem könne Missbrauchsabsicht nur in jenen Fällen bejaht werden, in welchen angenommen werden kann, dass eine Rechtsgestaltung nur deswegen aufgesetzt wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung geschuldet wären.[46] Es sei kein sachgemässeres Vorgehen und auch keine Alternativlösung ersichtlich, welches die Unternehmen wählen könnten, um eine Private Equity Investition mit derselben Effizienz zu vollziehen.[47] Dass auch andere als Steuerersparnisgründe bei der Wahl einer Struktur mit Debt push-down erheblich sind, zeige die Tatsache, dass trotz der jahrelangen Praxis und des Bewusstseins der Nichtakzeptanz des Fremdkapitalzinsabzugs, die Unternehmen stets noch LBO in der Schweiz mit anschliessender Fusion von Akquisitions- und Zielgesellschaft durchführen und dabei die Nichtabzugsfähigkeit der Schuldzinsen

41 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364.

42 Alberto Lissi/Gernot Zitter, Ausgewählte steuerliche Aspekte der Fremdfinanzierung von Akquisitionen, ASA 81 (2012/2013), S. 123 ff., S. 133. Siehe auch Lehmann (Fn. 7), S. 298 und S. 302 wie auch Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364.

43 Die Gewährung der Fremdfinanzierung an die Akquisitionsgesellschaft führt zur strukturellen Subordination der Gläubiger. Der Cash-Flow der operativen Zielgesellschaft darf nur in dem Ausmass an die Akquisitionsgesellschaft zur Bedienung des Akquisitionskredits eingesetzt werden, in welchem die Zielgesellschaft über frei ausschüttbare Eigenmittel verfügt. Dies bedeutet auch, dass im Insolvenzfall die Gläubiger der Zielgesellschaft gegenüber dem Aktionär wie auch den Gläubigern der Akquisitionsgesellschaft zur Bedienung ihrer Forderungen Vorrang haben. Siehe dazu Hünerwadel/Tranchet (Fn. 1), S. 372; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364, Fn. 69; spezifisch zur Kaufpreisfinanzierung bei Akquisitionen und den sich daraus ergebenden steuerlichen Fragestellungen Lissi/Zitter (Fn. 42), S. 123 ff.

44 Hünerwadel/Tranchet (Fn. 1), S. 373; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364 f.; Bader/Lehmann/Reinarz (Fn. 7), S. 34.

45 Hünerwadel/Tranchet (Fn. 1), S. 373.

46 BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 243 f.

47 Lehmann (Fn. 7), S. 304; Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 366. In der Beratungspraxis wurden alternative Strukturierungsvarianten entwickelt, welche eine abgewandelte Abwicklung des Debt push-down vorsehen, um zumindest teilweise die Fremdkapitalzinsen steuerlich zum Abzug bringen zu können (so beispielsweise durch die Erhöhung der Fremdkapitalquote «equity-debt swap,» Kaskadenkäufe oder ein «Asset Push-Up»). Zu den alternativen Akquisitionsmodellen siehe Lehmann (Fn. 7), S. 305 ff.; Madeleine Simonek/Michael Nordin, Debt Push-Down, Akquisitionsstruktur mit steuerwirksamem Zinsabzug?, Schellenberg Wittmer, Newsletter November 2012, Ziff. 3.

hinnehmen.[48] Schliesslich wird überzeugend argumentiert, dass die Steuerumgehungsdoktrin nicht so verdreht werden dürfe, dass vom Käufer erwartet werde, eine Akquisitionsstruktur so zu gestalten, dass sie zu einer möglichst hohen Steuerbelastung und zu einer Vielzahl von juristischen und betriebswirtschaftlichen Problemen führe.[49]

Diese Ausführungen verdienen Zustimmung. In Anbetracht des Vorliegens von wirtschaftlichen Gründen für den Einsatz einer Akquisitionsgesellschaft bei einem Unternehmenskauf wie auch für die anschliessende Fusion von Akquisitions- und Zielgesellschaft ist es schwierig nachzuvollziehen, inwiefern die Gesamtheit dieser Transaktionen und deren Abfolge jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegen und absonderlich sein sollen. Wenn betriebswirtschaftliche Gründe wie mögliche Cash-Flow Probleme, die Vereinfachung der Corporate Governance oder die strikten Anforderungen der Banken für die Kreditvergabe die Fusion unumgänglich machen, ist es unverständlich, die Rechtsgestaltung als völlig unangemessen hinzustellen und deren steuerliche Vorteile deshalb nicht zuzulassen, zumal das Aufsetzen dieser Struktur der einzig effiziente Weg zu sein scheint. Starkes Indiz gegen die Missbrauchsabsicht und für das Bestehen von anderen als Steuerersparnisgründen für die Akquisitionsstruktur mit Debt push-down ist, dass LBO mit Debt push-down in der Schweiz gegenwärtig noch vollzogen werden, obwohl der Finanzierungszinsaufwand nicht zum Abzug zugelassen wird. Bei Nachweis der soeben aufgeführten wirtschaftlichen Gründe müsste deshalb auch nach hier vertretener Auffassung die missbräuchliche Absicht der Steuerersparnis und damit die Steuerumgehung von den Steuerbehörden verneint werden.

2.3.4. Der neue Ansatz von Locher: Abschaffung der Steuerumgehung?

Kürzlich hat sich Locher mit dem Institut der Steuerumgehung auseinandergesetzt und betrachtet dieses als hinfällig.[50] Er schliesst sich dabei der wohl herrschenden Lehre im schweizerischen Steuerecht an, welche dem «Verzichtsmodell» folgt.[51] Nach diesem gibt es nur Auslegung oder Lückenfüllung. Sachverhaltsfiktionen lehnen die Vertreter des Verzichtsmodells ab. Dafür bedingt aber der klare Verzicht auf das Institut der Steuerumgehung, dass die Auslegung der Steuernorm *lege artis* vorgenommen wird.[52] Im Zu-

48 Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 366, Fn. 88.

49 Lehmann (Fn. 7), S. 304.

50 Peter Locher, Abschied von der «Steuerumgehung,» ASA 87 (2018/2019), S. 159 ff., S. 164 und S. 178.

51 Als Vertreter des Verzichtsmodells gelten: Ernst Höhn, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, ASA 46 (1977/1978), S. 158 ff.; René Matteotti, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht, Diss. Bern 2003, S. 182 ff.; Ders., Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuergerechtigkeit, ZSR 129/2010 I, S. 239 f.; Peter Locher, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, ASA 75 (2006/2007), S. 678 ff.; Urs R. Behnisch/Andrea Opel, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 145/2009, S. 580 ff.

52 Locher (Fn. 50), S. 163.

sammenhang mit Steuernormen, welche privatrechtlich auszulegen sind, sei bei einer allfälligen Bejahung der Steuerumgehung zu prüfen, ob sich das Zwischenergebnis auch im Lichte des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB aufrechterhalten lässt. Dies wäre bei der überwiegenden Anzahl der Fälle wohl zu verneinen. Sodann sei bei wirtschaftlich auszulegenden Steuernormen die Berufung auf die Steuerumgehung nicht nötig. Wenn nämlich ohnehin von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausgegangen werde, brauche es kein Institut, welches dies ausnahmsweise zulässt.[53]

Im Falle des Debt push-down wird der Fremdkapitalzinsabzug nach erfolgter Fusion unter Berufung auf die Steuerumgehung nicht zugelassen. Die geschäftsmässige Begründetheit von Fremdkapitalzinsen fällt unter Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG al. 2. Dieser Norm ist wirtschaftlicher Charakter zuzuschreiben, da allein die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Unternehmung darüber Aufschluss geben können, welche Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind und welche nicht. Nach dem Locher'schen Ansatz müssten die Steuerbehörden daher sauber darlegen, inwiefern der Zinsabzug auf dem übernommenen Akquisitionsdarlehen nicht geschäftsmässig begründet ist. Ein Rückgriff auf die Steuerumgehung sollte in einer solchen Konstellation nicht nötig sein.

3. Rechtsprechung zum Debt push-down

3.1. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. April 2016

3.1.1. Allgemeines

Soweit ersichtlich setzt sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich[54] in seinem Entscheid vom 20. April 2016 als erstes Schweizer Gericht mit der Problematik des Debt push-down und der umstrittenen Behördenpraxis auseinander. Zu beurteilen war ein Sachverhalt mit «doppeltem» Debt push-down innerhalb desselben Konzerns. Der erste Debt push-down gestaltete sich als klassischer Debt push-down im Sinne der diesem Beitrag zugrundeliegenden Definition (Erwerb der Zielgesellschaft über eine eigens dafür gegründete Akquisitionsgesellschaft mit anschliessender Fusion der beiden Gesellschaften).[55] Als zweiter Debt push-down wurde der Verkauf gegen Darlehen einer deutschen Beteiligung an deren deutsche Schwestergesellschaft durch die zuvor verschmolzene Schweizer Muttergesellschaft qualifiziert. Im Folgenden wird das Urteil in Bezug auf beide Vorgänge gewürdigt.

3.1.2. Sachverhalt

Die beschwerdeführende A AG mit Sitz in Zürich (Zielgesellschaft) wurde per 4. November 2008 durch die E AG (Akquisitionsgesellschaft), ebenfalls mit Sitz in Zü-

53 Locher (Fn. 50), S. 164 ff. und S. 178.
54 VGer Zürich (Fn. 8).
55 Siehe obenstehend Ziff. 2.1.

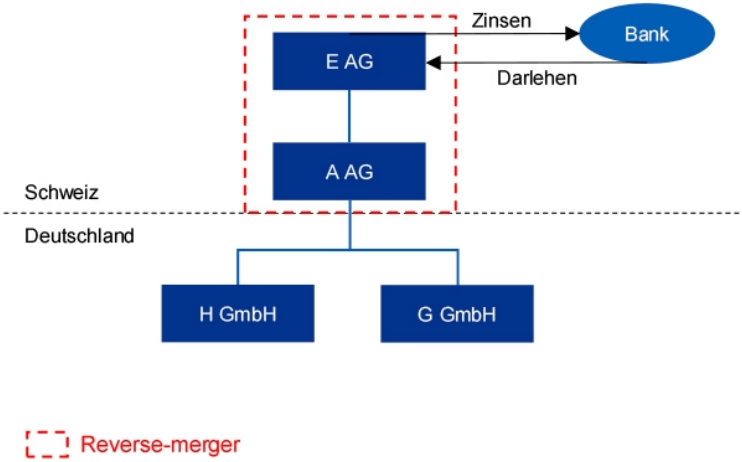
rich, akquiriert. Für den Erwerb hatte die E AG erhebliche Fremdmittel von einer Bank aufgenommen. Nach erfolgter Akquisition absorbierte die A AG ihre Muttergesellschaft E AG (sog. Reverse-merger/Down-stream Merger) noch im selben Jahr (im Folgenden wird dieser Vorgang als «erster Debt push-down» bezeichnet).

Die A AG hielt (unter anderem) sämtliche Anteile an zwei Gesellschaften in Deutschland, der G GmbH und H GmbH. Mit Aktienkaufvertrag vom 15. Januar 2009 übertrug die A AG ihre Beteiligung an der G GmbH zum Verkehrswert an die H GmbH. Ein Teil des Kaufpreises wurde als verzinsliches Darlehen in Schweizer Franken (CHF) stehen gelassen, welches anschliessend mit Vertrag ebenfalls vom 15. Januar 2009 in Euro (EUR) umgewandelt wurde (der Verkauf «gegen Darlehen» wird im Folgenden als «zweiter Debt push-down» bezeichnet). Dabei wurden identische Bedingungen vereinbart, welche bereits die E AG mit der Bank in einem Senior Credit Facility Agreement vereinbart hatte.

Der restliche Betrag wurde mittels Kapitaleinlage der A AG in die H GmbH «beglichen,» sprich die übernehmende H GmbH verbuchte einen Teil des Übertragungswertes (der dem Verkehrswert entsprach) als Eigenkapital. In den Steuererklärungen der Geschäftsjahre 2010 und 2011 nahm die A AG durch Währungsverluste bedingte Wertberichtigungen auf dem Fremdwährungsdarlehen vor, die vom kantonalen Steueramt und der Vorinstanz nicht zum Abzug zugelassen wurden. Die Übernahme des Währungsrisikos durch die A AG sei «unnötig» und «aus Sicht eines unabhängigen Dritten nicht nachvollziehbar,» die Begründung und Umwandlung der Schuld von CHF in EUR somit nicht drittvergleichskonform, womit auch die Wertberichtigung nicht geschäftsmässig begründet sei.

3.1.3. Steuerliche Würdigung des ersten Debt push-down

Grafisch lässt sich der dem Urteil zugrundeliegende erste Debt push-down wie folgt darstellen:



Das Steuerrekursgericht als Vorinstanz beurteilte den ersten Debt push-down nur am Rande. Es hielt hierzu lediglich fest, dass sich das Steueramt Zürich und die A AG darauf geeinigt hätten, dass alle aus der Fusion mit der E AG und dem Verkauf der G GmbH entstandenen Zinsaufwendungen und –erträge einen steuerlich unzulässigen Debt push-down darstellten und auf der Stufe der A AG zu neutralisieren seien. Die Zulässigkeit des Schuldzinsabzugs infolge «Herunterstossens» der Akquisitionsschulden in die operative A AG mittels Down-stream Fusion sei infolge dieser Einigung nicht streitig, es gehe vielmehr um die Frage der Wertberichtigung auf dem Darlehen.

Dem Argument der «Einigung» zwischen A AG und kantonalem Steueramt widersprach das Verwaltungsgericht. Das Gericht folgerte unseres Erachtens zu Recht, dass auf keine Einigkeit betreffend das Vorliegen einer Steuerumgehung[56] beim ersten Debt push-down geschlossen werden könne, wenn später aufgrund von aus der Transaktion resultierenden Fremdwährungsverlusten, Wertberichtigungen von der Steuerpflichtigen geltend gemacht werden. In diesem Zusammenhang führte das Verwaltungsgericht Zürich aus:

«Ob aus dem erwähnten «Akzeptieren» der Beschwerdeführerin ohne Weiteres auf das Vorliegen einer Steuerumgehung geschlossen werden kann, oder ob nicht auch andere Überle-

[56] Vgl. VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.4, 2. Satz: «Die Beschwerdegegnerin leitet aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihren Veranlagungsvorschlag zur «Neutralisierung» akzeptiert habe ab, der Tatbestand der Steuerumgehung sei betreffend den «Debt Push Down» erfüllt gewesen.»

gungen eine Rolle gespielt haben könnten (z. B. Prozessrisiken, zeitnahe Erledigung etc.), muss hier nicht entschieden werden. So zeigt nämlich bereits der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Wechselkursverluste erfolgswirksam geltend machen möchte, hinreichend, dass zumindest für die Jahre 2010 und 2011 keine Einigkeit betreffend die Einordnung des im Jahr 2008 erfolgten «Debt Push Down» und des Aktienverkaufs mit Darlehensvergabe im Jahr 2009 angenommen werden kann. Beweisbelastet für das Vorliegen einer Steuerumgehung ist die Beschwerdegegnerin (vgl. E. 4.2). Sie muss für den konkreten Einzelfall aufzeigen, dass die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Da es zum Sachverhalt des «Debt Push Down» an einer gefestigten (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung mangelt, genügen hierfür allgemeine und wenig substanziierte Bemerkungen zur Steuerumgehung nicht.»[57] *«Inwiefern die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Sachverhaltsfiktion – betreffend das vorliegend streitbetroffene Darlehen bzw. die daraus entstandenen Fremdwährungsverluste – zur Verhinderung einer Steuerumgehung notwendig bzw. tauglich ist, erschliesst sich dem Verwaltungsgericht nicht. […]»*[58]

Diese Ausführungen beinhalten soweit ersichtlich die erste Stellungnahme in der Schweizer Judikatur zur Problematik des Debt push-down bei fremdfinanzierten Unternehmenskäufen und sind sehr zu begrüssen. Das Verwaltungsgericht Zürich tritt der Qualifikation eines Vorgangs als Steuerumgehung, die sich nur auf eine Behauptung anstelle eines Nachweises der von der Judikatur herausgearbeiteten Steuerumgehungskriterien abstützt, zu Recht entgegen. Es wirft sogar die grundsätzliche Frage auf, ob ein Debt push-down überhaupt als Steuerumgehung zu qualifizieren ist. Gemäss dem Verwaltungsgericht scheint eine solche Qualifikation v.a. im Hinblick auf eine mögliche Steuerersparnis zwar nicht ausgeschlossen. Es bedarf hierzu jedoch einer Einzelfallprüfung.[59] Auch dieser Hinweis ist zu begrüssen und als unmissverständlicher Wink an die veranlagende Behörde zu verstehen, die einzelnen Elemente der Steuerumgehung bei einem als Debt push-down zu qualifizierenden Vorgang sorgfältig zu prüfen und ihrer Beweispflicht nachzukommen. Eine dogmatisch sauber durchgeführte Einzelfallanalyse müsste in den meisten Fällen ohnehin zum Schluss kommen, dass die Voraussetzungen einer Steuerumgehung beim Debt push-down gar nicht vorliegen können.[60] Im vorliegenden Fall erübrigt sich die Diskussion um die Steuerumgehung jedoch bereits deshalb, da beim ersten Debt push-down nicht einmal das Kriterium der Steuerersparnis gegeben war – siehe dazu sogleich.

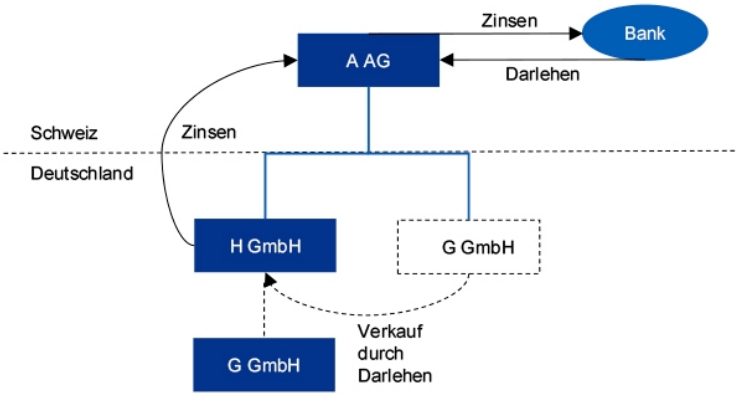
Während die Aussagen des Verwaltungsgerichts Zürich zum Teil erfreuliche Klarstellungen zur Thematik des «Herunterstossens» von Akquisitionsschulden in die Zielgesell-

57 VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.4.
58 VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.6.
59 VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.7, 2. Satz.
60 Siehe dazu Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 364.

schaft beinhalten und klarstellen, dass die Steuerbehörde ihrer Beweispflicht nachzukommen hat, dürfen sie nur schon wegen des Umstandes, dass diese Thematik nicht im Vordergrund der Entscheidung stand, nicht überbewertet werden. Eine eigentliche Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Steuerumgehung oder andere dogmatische Denkansätze zur grundsätzlichen Zu- oder Unzulässigkeit des hier definierten ersten Debt push-down finden sich in der Urteilsbegründung nicht. Die kursorischen Hinweise auf «andere Überlegungen» als Steuerersparnis – das Gericht nennt beiläufig Prozessrisiken und zeitnahe Erledigung – reichen nicht aus, um eine abschliessende Beurteilung zumindest der höchsten Zürcher Gerichtsinstanz zur hier interessierenden Frage abzuleiten. Die Frage, ob ein solcher «erster Debt push-down» nach Schweizer Recht *prinzipiell* zulässig sein kann, musste letztlich offen bleiben. Umso ergiebiger und unserer Meinung nach auch präjudizieller für vergleichbare Fälle sind jedoch die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts zum nachfolgend zu besprechenden zweiten Debt push-down.

3.1.4. Steuerliche Würdigung des zweiten Debt push-down

Der zweite Debt push-down lässt sich grafisch wie folgt darstellen:



Nach Ansicht der Vorinstanz ging es bei diesem Vorgehen im Wesentlichen darum, das von der Bank ursprünglich der E AG gewährte Akquisitionsdarlehen auf die untergeordneten Gesellschaften des Kaufobjekts zu verteilen. Die Vorinstanz qualifizierte somit die «Weiterleitung» des Akquisitionsdarlehens als einen zusätzlichen, zweiten Debt push-down.[61]

[61] Urteil des Steuerrekursgerichts des Kantons Zürich vom 29. Mai 2015, 1 ST.2014.279, E. 4b/aa.

Das Verwaltungsgericht Zürich leitete seine Analyse des zweiten Debt push-down folgendermassen ein:[62]

«Zu beurteilen ist hier die streitbetroffene Darlehensvergabe der Beschwerdeführerin an ihre Tochtergesellschaft. Ausgangspunkt der Vorbringen der Beschwerdegegnerin ist die «Einigung» zwischen ihr und der Beschwerdeführerin bezüglich des Reverse-Mergers und die daraus abgeleitete Aufrechnung der Finanzierungskosten. Da es sich beim Darlehen der Beschwerdeführerin an ihre Tochtergesellschaft um einen zweiten «Debt Push Down» gehandelt habe, schliesst die Beschwerdegegnerin, dass auch die Einnahmen aus diesem Darlehen «neutralisiert» werden müssten. Dies hätte zur Folge, dass die Zinsen weder aufwandseitig (Zinszahlungen an die L-Bank) noch ertragseitig (Zinszahlungen der H GmbH) Eingang in die Steuerbilanz der Beschwerdeführerin finden würden. Dasselbe würde auch für die Währungsverluste gelten.»

Zunächst fällt auf, dass mit dem Verweis auf den zweiten Debt push-down die klassische Debt push-down Definition des «Herunterstossens» von Akquisitionsschulden durch Fusion der Erwerbs- mit der Zielgesellschaft verlassen wird. Allerdings kann der Effekt des «klassischen» ersten Debt push-down auch durch andere Gestaltungsvarianten erzielt werden. Der konzerninterne Verkauf einer Beteiligung, bei dem als Gegenleistung des Käufers ein Darlehen «stehen gelassen» wird (sog. «Verkäuferdarlehen» oder «Vendor Loan»), ist eine solche Variante, da in der Käufergesellschaft eine Darlehensverbindlichkeit entsteht, die nach allgemeinen Verrechnungspreisgrundsätzen zu verzinsen ist. Der entsprechende Zinsaufwand in der Käufergesellschaft (hier: H-GmbH) ist abzugsfähig und mindert deren steuerlichen Gewinn.

Diese erweiterte Debt push-down Definition ist im Prinzip nicht zu beanstanden. Zudem hat das Steuerrekursgericht richtigerweise auch einen Zusammenhang zwischen erstem (Fusion A AG mit E AG) und zweitem (Verkauf der G GmbH) Debt push-down erkannt. Es hat aus diesem Zusammenhang allerdings die falschen Schlüsse gezogen und verkannt, dass – selbst wenn man der Auffassung der meisten kantonalen Steuerbehörden folgen wollte, dass der den ersten Debt push-down umrahmende Vorgang zwingend als Steuerumgehung zu werten sei – eine Steuerumgehung schon begrifflich nicht vorliegen kann, weil das zentrale Element der Steuerersparnis nicht gegeben war.

Die Veranlagungskompetenz der Schweizer Steuerbehörden erstreckt sich im Grundsatz nur auf Schweizer Steuerpflichtige betreffende Sachverhalte, nicht aber auf solche, die in den Kompetenzbereich einer ausländischen Steuerbehörde fallen. Beurteilt man den hier relevanten Vorgang korrekt, zeigt sich, dass im ersten Schritt zwar Akquisitionsschulden in die A AG (eine Schweizer Gesellschaft) «hinuntergestossen» wurden,

[62] VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.5.

diese aber sofort[63] an die in Deutschland ansässige Tochtergesellschaft der A AG, die H GmbH, mittels Verkauf der G GmbH weitergereicht wurden. Die sich letztlich steuermindernd auswirkende Zinsverpflichtung entstand dadurch in Deutschland und nicht in der Schweiz. Dieser «pass through loan»[64] ist somit als eine Art «Back-to-back» Finanzierung zu qualifizieren, die auf Stufe der A AG aus Verrechnungspreissicht zwingend die Besteuerung einer Marge erfordert, ansonsten eine geldwerte Leistung an Nahestehende vorliegen würde. Diesen Zusammenhang publiziert die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) jährlich in ihren Rundschreiben «Steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken bzw. Fremdwährungen.» Im aktuellen Rundschreiben 2019[65] wird wie auch in den Vorjahren festgehalten, dass eine Gesellschaft, die verzinsliche Verpflichtungen eingegangen ist, Darlehen an Beteiligte oder ihnen nahe stehende Dritte im Umfang der verzinslichen Verpflichtungen zu den Fremdkapitalzinssätzen inkl. allfällige Gebühren (Selbstkosten) *zuzüglich eines Zuschlags von ½ %*,[66] mindestens aber zu den im vorliegenden Rundschreiben angegebenen Zinssätzen, zu verzinsen hat. Unterstellt man der A AG die korrekte Anwendung dieser Grundsätze, fällt in der Schweiz ein Zinsertrag, aber kein Zinsaufwand an. Letzterer schlägt sich in der Gewinnermittlung der deutschen H GmbH nieder und ist aus Sicht der Schweizer Steuerbehörden nicht relevant. Mit anderen Worten findet ein Debt push-down in Deutschland statt. Wenn also eine Steuerbehörde Einwände gegen diese Transaktion zu erheben gehabt hätte, wäre dies die für die H GmbH zuständige, deutsche Steuerbehörde gewesen. Aus deutscher Sicht ist dabei die sog. Zinsschranke[67] zu beachten, wonach die Nettozinsaufwendungen eines Betriebs im jeweiligen Veranlagungszeitraum nur in Höhe von 30% des «steuerlichen EBITDA» des jeweiligen Betriebs abgezogen werden können.[68]

63 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz wurde die E AG mit der A AG rückwirkend auf den 1. Oktober 2008 verschmolzen, während die Anteile der G GmbH erst am 15. Januar 2009 auf die H GmbH übertragen wurden. Somit hätte die A AG bei steuerlicher Anerkennung des ersten Debt push-down für einen Zeitraum von 3 Monaten Zinsen auf Akquisitionsschulden abziehen können.

64 Vgl. VGer Zürich (Fn. 8), E. 3.1.

65 ESTV, Rundschreiben «Steuerlich anerkannte Zinssätze 2019 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen vom 1. Februar 2019.»

66 Hervorhebung durch die Autoren.

67 Vgl. § 4h des (dt.) Einkommensteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 2 des Gesetzes vom 19. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2672) geändert worden ist (EStG) in Verbindung mit § 8a des (dt.) Körperschaftssteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Oktober 2002 (BGBl. I 4144), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2338) geändert worden ist (KStG).

68 Florian Haase in: Stephan L. Göthel (Hrsg.), Grenzüberschreitende M&A Transaktionen, Unternehmenskäufe, Umstrukturierungen, Joint Ventures, SE, 4. Aufl., Köln 2015, § 26 N 29; Götz/Kölbl (Fn. 1), § 10 N 156 f. und 172 ff.

Auf den soeben dargestellten Zusammenhang hat auch das Verwaltungsgericht Zürich hingewiesen, indem es ausführte, dass «*Durch einen allenfalls höheren Zinssatz des Euro-Darlehens […] die Beschwerdeführerin ja sogar einen Ertragsüberschuss erwirtschaften […] könnte.*»[69]

Das Verwaltungsgericht tut sich mit der von der Vorinstanz unterstellten Sachverhaltsfiktion schwer und zeigt zu Recht die abstrusen Auswirkungen einer solchen Auslegung auf. Zwar kann man der Vorinstanz eine gewisse Konsequenz in der Darstellung der Folgen einer angenommenen Steuerumgehung nicht absprechen: Sind nämlich die Voraussetzungen einer Steuerumgehung erfüllt, führt dies gemäss Bundesgericht zu einer Sachverhaltsfiktion, indem anstelle des konkreten Sachverhalts ein bezüglich der formalen privatrechtlichen Ausgestaltung anderer Sachverhalt der Besteuerung zugrunde gelegt wird, welcher einem mit Blick auf das vom Steuerpflichtigen angestrebte wirtschaftliche Ziel sachgemässen Vorgehen entspricht.[70] Die Sachverhaltsfiktion der Vorinstanz hätte allerdings dazu geführt, dass sowohl die Zinsaufwendungen als auch die Zinserträge der A AG aus den beiden Debt push-down nicht anerkannt worden wären. Dies hätte im Ergebnis bewirkt, dass die Zinsmarge auf der Back-to-back Finanzierung in der Schweiz nicht besteuert worden wäre. Aus dem durch Festhalten an der Steuerumgehungsdoktrin bedingtem Bestreben, den Zinsabzug zu verweigern, hätte sich schliesslich eine Schmälerung der Schweizerischen Bemessungsgrundlage und – konsolidiert betrachtet – eine «deduction/non-inclusion» Konstellation ergeben (Zinsabzug in Deutschland ohne Erfassung des Zinsertrages in der Schweiz). Diese Überlegungen zeigen, dass die Annahme einer Steuerumgehung im vorliegenden Fall zu paradoxen Ergebnissen führt und demnach zu Recht vom Verwaltungsgericht Zürich abgelehnt wurde.[71]

3.1.5. Weitere Erkenntnisse im Hinblick auf «Schweizer» Debt push-down Fälle?

Es stellt sich die Frage, ob aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. April 2016 hinsichtlich eines «Schweizer» Debt push-down[72] weitere Erkenntnisse gezogen werden können. In Bezug auf den ersten Debt push-down ist dies nur begrenzt möglich, wenn auch bestimmte Aussagen des Verwaltungsgerichts als klares Signal an

69 Vgl. VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.6.

70 Vgl. VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.2 unter Hinweis auf BGE 138 II 239 E. 4.1 S. 245; Urteil des Bundesgerichts 2C_321/2015 vom 22. Dezember 2015 E. 5.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 14. Mai 2014, SB.2014.00014/SB.2014.00015, E. 5.1.

71 Ähnlich auch VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.6.

72 Unter einem solchen werden sowohl Beteiligungsübertragungen gegen Darlehen zwischen Schweizer Gesellschaften als auch von einer ausländischen auf eine Schweizer Gesellschaft verstanden. Der Zinsabzug fällt jeweils in einer Schweizer Gesellschaft an.

die veranlagende Behörde zu verstehen sind, insbesondere was den *Nachweis* der Steuerumgehung anbelangt (Beweispflicht auf Seiten der Steuerbehörden).

Betreffend den konzerninternen Verkauf gegen Darlehen (zweiter Debt push-down) lassen sich unseres Erachtens konkretere Schlüsse zur Zulässigkeit einer solchen Gestaltung ziehen, zumal dieser Verkauf und das daraus resultierende Darlehen ja den eigentlichen Streitgegenstand des Verfahrens bildeten. Wäre die H GmbH eine Schweizer Gesellschaft, würde der Zinsabzug eine Schweizer Bemessungsgrundlage schmälern und stünde damit unter dem allgemeinen Vorbehalt der geschäftsmässigen Begründetheit und zusätzlich – als steuermindernde Tatsache – der erfolgreichen Beweisführung durch den Steuerpflichtigen. Vorauszuschicken ist, dass konzerninterne Verkäufe häufige Transaktionsgestaltungen in Schweizer Konzernen sind und insbesondere bei Integrationen von übernommenen Gesellschaften zum Einsatz kommen. Es sind sowohl Verkäufe zum Gewinnsteuerwert als auch Verkehrswert möglich, wobei der eigentliche Debt push-down Effekt v.a. bei Verkehrswertverkäufen durchschlägt.[73] Ebenso von Bedeutung für die nachfolgende Diskussion ist, dass es im Schweizer Steuerrecht keine explizite Norm gibt, die den durch einen konzerninternen Verkauf gegen Darlehen in der Käufergesellschaft anfallenden Zinsabzug verbietet.[74] Wollte die Schweizer Steuerbehörde den Zinsabzug *an sich*[75] verweigern, müsste sie wiederum auf das Institut der Steuerumgehung zurückgreifen. Die Bestimmung des Art. 70 Abs. 5 DBG darf in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden, da keine missbräuchliche Wertverschiebung i.S.v. Art. 70 Abs. 5 DBG vorliegt, wenn der Kaufpreis dem Verkehrswert entspricht.[76]

Ist nun der zweite Debt push-down im Schweizer Verhältnis als Steuerumgehung zu qualifizieren?

---

73 Hervorzuheben ist, dass konzerninterne Beteiligungsübertragungen im Rahmen von internationalen Integrationen meistens zum Verkehrswert abgewickelt werden müssen, um die Vorgaben des «dealing at arm's length» einzuhalten. Bei einer solchen Integration steht damit nicht ein Debt push-down, sondern die rechtliche und organisatorische Eingliederung der übernommenen Unternehmensgruppe im Vordergrund.

74 Anders z.B. explizit § 12 Abs. 1 Ziff. 9 des österreichischen Bundesgesetzes vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz 1988 – KStG 1988), BGBl. Nr. 401/1988. Gemäss dieser Bestimmung dürfen Aufwendungen für Zinsen in Zusammenhang mit einer Fremdfinanzierung, die dem Erwerb von Kapitalanteilen gedient hat, bei den einzelnen Einkünften nicht abgezogen werden, wenn diese Kapitalanteile unmittelbar oder mittelbar von einem konzernzugehörigen Unternehmen bzw. unmittelbar oder mittelbar von einem einen beherrschenden Einfluss ausübenden Gesellschafter erworben worden sind.

75 Überhöhte Zinsen wären unter Verrechnungspreisgrundsätzen (Grundsatz des «dealing at arm's length») oder basierend auf den Regeln zum verdeckten Eigenkapital zu korrigieren. Die Aberkennung des Zinsabzugs dem Grunde nach lediglich auf Basis dieser Normen widerspräche dem Legalitätsprinzip.

76 Vgl. Jürg Altorfer/Fabian Duss, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. DBG-Kommentar), Art. 70 N 72.

Das Verwaltungsgericht setzt zunächst beim Verkäuferdarlehen an und prüft, ob dieses einem Drittvergleich standhält. Es hält fest, dass die Darlehensvergabe vom statutarischen Zweck der A AG gedeckt war und auch nicht ersichtlich sei, «*dass der Kaufpreis nicht dem Verkehrswert entsprochen hätte.*» Es seien – so das Gericht weiter – «*keine Gründe ersichtlich, warum diese (ursprüngliche) Darlehensvergabe in Schweizer Franken als solche an die Tochtergesellschaft nicht als geschäftsmässig begründet gelten können sollte. Sie beruhte nicht allein auf dem Beteiligungsverhältnis.*»[77] Und auch die Umwandlung der Währung des Darlehens in EUR beanstandete das Gericht nicht: «*Wenn der Abschluss eines Darlehensvertrags im grenzüberschreitenden Verhältnis für die Beschwerdeführerin geschäftsmässig begründet war, so muss dies grundsätzlich auch für eine nachträgliche Neuverteilung des Währungsrisikos oder anderer Risiken gelten. Eine steuerrechtliche Nichtanerkennung dieser Neuverteilung der Risiken würde in unzulässiger Weise in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen, die auch in Konzernverhältnissen besteht (vgl. etwa auch BGE 139 II 78 E. 3.2.1). Insofern kann die nachträgliche Umwandlung der Währung des Darlehens nicht per se als nicht geschäftsmässig begründet gelten. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin damit einen erheblichen, gemäss Akten aber nicht unzulässig hohen Fremdwährungsposten mit den entsprechenden Risiken in ihre Bilanz aufnahm, vermag daran nichts zu ändern.*»[78]

Nachdem das Verwaltungsgericht sowohl die Darlehensbegründung als auch die Umwandlung in Fremdwährung anerkannte, wies es auch das Vorliegen einer Steuerumgehung zurück. Insbesondere der von der Vorinstanz angenommenen Absonderlichkeit der Gestaltung, weil anstelle einer steuerneutralen eine Verkehrswertübertragung gewählt wurde, erteilte es eine klare Absage.[79] *«Es muss im Belieben der Steuerpflichtigen stehen, wann und wie Gewinne realisiert werden. Allein der Umstand, dass die (grenzüberschreitende) Transaktion aus Schweizer Sicht steuerneutral hätte durchgeführt werden können, kann nicht als Indiz für das Vorliegen einer Steuerumgehung gelten. Hierfür muss vom Steuerpflichtigen eine erhebliche Steuerersparnis mittels eines absonderlichen Vorgehens angestrebt werden. Die Beschwerdegegnerin vermag diese Voraussetzungen für den Verkauf der Aktien der G GmbH an die H GmbH und die gewählte Art der Begleichung der Kaufpreisschuld nicht aufzuzeigen und ist derlei für das Gericht auch aus den übrigen Umständen nicht zu erkennen. Keinesfalls vermag der Umstand, dass auch eine steuerneutrale Umstrukturierung möglich gewesen wäre, die Beschwerdegegnerin vom Nachweis einer Steuerersparnis zu befreien.»*

77 VGer Zürich (Fn. 8), E. 3.4.2.

78 VGer Zürich (Fn. 8), E. 3.4.3. Die Drittvergleichskonformität des Zinssatzes konnte das Verwaltungsgericht nicht beurteilen und wies die Sache in diesem Punkt zur Neubeurteilung an das kantonale Steueramt zurück.

79 Siehe zu diesem Aspekt in einem anderen Zusammenhang Gernot Zitter, Steuerliche Abgrenzung von Kapital- und Aufwertungsgewinnen, EF 4/17, S. 267 f.

Aus den Ausführungen des Verwaltungsgerichts Zürich lässt sich – nicht überraschend – ableiten, dass ein im Zuge des hier beschriebenen zweiten Debt push-down entstandenes Darlehen dem Drittvergleich sowohl hinsichtlich Begründung als auch Höhe des Zinssatzes entsprechen muss. Die geschäftsmässige Begründetheit darf bei Erfüllen dieser Voraussetzungen nicht in Zweifel gezogen werden, und steuermindernde Effekte sind sowohl aufgrund von Wertberichtigungen der Grundschuld (beim Darlehensgeber) als auch des Zinsabzugs (beim Darlehensempfänger) zu akzeptieren. Die Zinserträge sind beim Darlehensgeber zu besteuern. Es mag zwar eingewendet werden, dass die Ausführungen zum Drittvergleich nicht ausreichen, um eine steuerbehördliche Qualifikation eines Vorgangs wie den zweiten Debt push-down im Schweizer Verhältnis als Steuerumgehung zu verhindern, da eine Steuerumgehung allenfalls auch unabhängig vom Vorliegen einer drittvergleichskonformen konzerninternen Beteiligungsübertragung gegeben sein könnte.[80] Allerdings sind Beteiligungsverkäufe im Konzern gegen Darlehen, die dem Drittvergleich standhalten, ein starkes Indiz gegen die Absonderlichkeit der Gestaltung. Auch die Verkehrswertübertragung an sich kann nicht als absonderlich gewertet werden, nur weil eine Buchwertübertragung möglich wäre – dies hat das Gericht eindeutig klargestellt. Am Beispiel der Integration von Konzerngesellschaften eines übernommenen Konkurrenten zeigt sich besonders deutlich, dass von einer absonderlichen Gestaltung nicht die Rede sein kann. Wird z.B. eine Schweizer Konzerngesellschaft, die von einer ausländischen Muttergesellschaft gehalten wird, in eine Schweizer Gesellschaft der Käufergruppe integriert, muss eine solche Übertragung in den meisten Fällen zum Verkehrswert erfolgen und wird der Verkauf gegen Darlehen aus diversen Gründen die wirtschaftlich sinnvollste Variante darstellen. Der «Debt push-down» in die Schweiz ist – selbst wenn eine Steuerersparnis erzielt werden sollte – nicht «absonderlich», sodass keine Steuerumgehung angenommen werden darf. Dies lässt sich implizit auch durchaus auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Zürich stützen. Schliesslich dürfte sich die Steuerumgehungsdiskussion, rein praktisch gesprochen, auch im Hinblick auf das Erfordernis der (erheblichen) Steuerersparnis entschärfen.[81]

[80] Unseres Erachtens braucht es hier im Einklang mit dem dargestellten Ansatz von Locher (siehe obenstehend Ziff. 2.3.4) einerseits und der vom Verwaltungsgericht Zürich vertretenen Linie andererseits keinen Rückgriff auf die Steuerumgehung, weil mit richtiger Auslegung des Kriteriums der geschäftsmässigen Begründetheit ermittelt werden kann, ob das Darlehen dem Grunde nach steuerlich korrekt begründet wurde und Wertberichtigungen und Zinsen abzugsfähig sind – was sie sein müssen, wenn die Grundschuld geschäftsmässig begründet ist.

[81] Siehe dazu untenstehend Ziff. 4.1.

3.2. Ansätze in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu LBO mit Debt push-down

3.2.1. Urteil des Bundesgerichts 2A.331/2003 vom 11. Juni 2004

Erstmals wurde die Frage nach der steuerrechtlichen Beurteilung eines LBO bzw. MBO im Urteil des Bundesgerichts 2A.331/2003 vom 11. Juni 2004 betreffend indirekte Teilliquidation aufgeworfen.[82] Dabei monierten die unterlegenen Beschwerdegegner wie auch die Vorinstanz, es wäre aus Sicht des Verkäufers stossend und rechtsungleich, wenn bei einer familieninternen Unternehmensnachfolge ein steuerbarer Vermögensertrag des Verkäufers angenommen werde, nicht hingegen bei einem Aktienverkauf unter vergleichbaren Kauf- und Darlehensmodalitäten an aussenstehende Dritte mit ungenügender Kapitalkraft, die einen erheblichen Teil des Kaufpreises durch Fremd- oder Verkäuferdarlehen finanzieren und den Schuldendienst (teilweise) zulasten der erworbenen Gesellschaft erbringen.

Das Bundesgericht erwog, dass bisher noch keine Gelegenheit bestanden habe, sich zu den steuerlichen Folgen von LBO oder MBO unter Bedingungen wie den vorliegenden zu äussern. Daher könne nicht von einer rechtsungleichen Praxis gesprochen werden,[83] und es wurde von weiteren Ausführungen abgesehen. Seither bestand – soweit ersichtlich – keine weitere Stellungnahme des Bundesgerichts zur steuerlichen Beurteilung eines LBO.

3.2.2. Urteil des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017

3.2.2.1. Ein Obiter dictum des Bundesgerichts zur Debt push-down Praxis?

In dem in Fünferbesetzung ergangenen Urteil 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 liess sich das Bundesgericht bei der Prüfung der Steuerumgehung auf ein Obiter dictum hinaus. Im konkreten Fall ging es darum, dass Alleinaktionär A fünfzig Prozent seiner Beteiligung an die von seinem Sohn B alleinbeherrschte Aktiengesellschaft veräusserte. Der Kaufpreis wurde als unverzinsliches Darlehen stehengelassen, wobei der Vater das Darlehen an B mittels Schenkungsvertrag zur Hälfte der Verkäuferforderung (somit auf einen Anteil von 25 Prozent der Beteiligung) abtrat. Das Bundesgericht subsumierte dieses Vorgehen unter den Tatbestand der Transponierung bei B, nachdem es eine Steuerumgehung geprüft und bejaht hatte.[84]

---

82 Siehe bereits obenstehend dazu Fn. 31. Diesem Urteil ist zu verdanken, dass für die indirekte Teilliquidation eine gesetzliche Grundlage geschaffen wurde, welche seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist. Locher (Fn. 50), S. 165, Fn. 22; Reich/Helbing/Duss, DBG-Kommentar (Fn. 76), Art. 20a N 4 ff.

83 Urteil des Bundesgerichts 2A.331/2003 vom 11. Juni 2004 E. 4.7.

84 In der Lehre wird vertreten, dass in einer Konstellation, in welcher der Anteilseigner seine Beteiligung an eine nicht von ihm beherrschte Gesellschaft verkauft und dem beherrschenden Aktionär sein Verkäuferdarlehen überträgt, dasselbe resultiert, wie wenn dem beherrschenden Aktionär die Beteiligung übertragen worden wäre und er diese anschliessend an die von ihm beherrschte Gesellschaft

Gegen den Vorwurf der absonderlichen Gestaltung des Vorgehens, dem objektiven Element der Steuerumgehung, brachten die Beschwerdegegner das folgende Gegenargument:

«*Die Beschwerdegegner bringen vor, dass der Beteiligungskauf durch private Käufer mittels einer Akquisitionsgesellschaft in der Praxis den Regelfall bilde und somit weder unüblich noch absonderlich sei. Die von der Beschwerdeführerin (*Anm. der Autoren: die ESTV*) geltend gemachte Steuerumgehung entbehre jedwelcher Grundlage.*»[85]

Besondere Beachtung verdient nun der folgende Abschnitt:

«*Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Wie die Beschwerdegegner selbst ausführen, macht der Kauf einer Beteiligung mittels Akquisitionsgesellschaft durchaus Sinn. Dadurch wird nämlich die Finanzierung des Kaufpreises erleichtert: Die künftigen Gewinne der übernommenen Gesellschaft können dank des Holdingsprivilegs (Art. 28 Abs. 2 StHG) bzw. des Beteiligungsabzugs (Art. 69 DBG) ohne steuerliche Belastung an die übernehmende Gesellschaft ausgeschüttet und von dieser zur Amortisierung und Verzinsung des Verkäuferdarlehens eingesetzt werden. Bei einem direkten Kauf der Beteiligungsrechte im Privatvermögen muss der Käufer hingegen die Gewinne aus der übernommenen Gesellschaft zuerst ausschütten und damit selbst versteuern, bevor er sie zur Kaufpreistilgung einsetzen kann.*

Vorliegend besteht jedoch eine Besonderheit darin, dass C.D. seinen Sohn A.D. beschenken wollte. Anstatt dass er dies in direkter Weise (durch die Schenkung der Aktien) tut und der beschenkte Sohn anschliessend nach seinen Vorstellungen umstrukturiert, fand hier eine Umkehrung der Reihenfolge statt, indem zuerst ein Verkauf an die vom Sohn beherrschte Gesellschaft und anschliessend die Abtretung des Verkäuferdarlehens erfolgte.»[86]

Trotz Bejahung der Absonderlichkeit des gewählten Vorgehens im konkreten Fall, gab das Bundesgericht den Beschwerdegegnern im Punkt der Verneinung der Absonderlichkeit des Kaufs einer Beteiligung mittels Akquisitionsgesellschaft Recht. Erkenntlich wird eine für den Ausgang des Verfahrens unerhebliche Stellungnahme zur Behauptung der Beschwerdegegner. Das Bundesgericht hätte nach der Aussage, dass diese Begründung nicht zu überzeugen vermag, auch direkt zur Schenkung bzw. zur Simulation des Verkaufs der Beteiligung überleiten können. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt

verkauft hätte. Daher argumentiert die Lehre, dass in einer derartigen Konstellation im Ergebnis eine Transponierung vorliege, welche unter dem Tatbestand der Steuerumgehung zu würdigen sei. Vgl. Reich/Helbing/Duss (Fn. 76), DBG-Kommentar, Art. 20a DBG N 103. Das Bundesgericht ist dieser Ansicht vorliegend gefolgt, vgl. Urteil 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 E. 2.4 ff.

85 Urteil des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 E. 4.1.

86 Urteil des Bundesgerichts 2C_168/2017 vom 26. Oktober 2017 E. 4.1.

wurde keine Verzinsung oder Amortisation des Darlehens vereinbart oder geleistet, weshalb es für das vorliegende Verfahren grundsätzlich irrelevant ist, wie dessen Finanzierung am (steuer-)optimalsten ausgestaltet wird. Aus den vorhergehenden Ausführungen im Entscheid wird auch nicht ersichtlich, ob die vom Sohn alleinbeherrschte Erwerbsgesellschaft für die Beanspruchung des Holdingprivilegs berechtigt ist oder nicht. Weil die Ausführungen für den vorliegenden Entscheid hätten unterbleiben können, kann von einem Obiter dictum gesprochen werden. Ein Obiter dictum ist in jenen Fällen angebracht, in denen eine praxisrelevante abstrakte Rechtsfrage, über deren Einschätzung Unklarheiten und Missverständnisse bestehen, klar beantwortet werden kann und damit rechtliche Auseinandersetzungen, namentlich Gerichtsverfahren, die ohne das Obiter dictum absehbar stattfinden würden, obsolet würden.[87] Es fragt sich, ob aus dem Obiter dictum des Bundesgerichts relevante Schlussfolgerungen für die Debt push-down Problematik hergeleitet werden können.

3.2.2.2. Würdigung des Obiter dictums

Gemäss der Argumentation der Steuerbehörde im einschlägigen Verwaltungsgerichtsentscheid des Kantons Zürich verhindert die Praxis, dass der operative Gewinn der Tochtergesellschaft zur Finanzierung der Verbindlichkeiten für deren eigenen Kauf eingesetzt und somit eine Steuerersparnis erzielt wird.[88] Zudem soll keine Entreicherung einer operativ tätigen Gesellschaft aufgrund der Finanzierungstätigkeit erfolgen.[89] Wie aufgezeigt wurde, stören sich die Steuerbehörden insbesondere an der Tatsache, dass die Zielgesellschaft ihren operativen Gewinn für die Amortisation des Darlehens und die Verzinsung des Darlehens einsetzt und somit ein Kauf «ihrer selbst» resultiert.

Im Gegensatz dazu führt das Bundesgericht aus, dass der Einsatz der Akquisitionsgesellschaft *aufgrund* der Finanzierung des Kaufpreises sinnvoll ist. Dieser Aussage wird mit der weiteren Erläuterung Nachdruck verliehen, dass private Käufer bei einem direkten Kauf der Beteiligungsrechte im Privatvermögen die Gewinne aus der übernommenen Gesellschaft zuerst ausschütten und selbst versteuern müssten, bevor die Gewinne zur Kaufpreistilgung eingesetzt werden können. Der steueroptimierte Kauf einer Gesellschaft über eine Akquisitionsholding wird demnach vom Bundesgericht grundsätzlich gutgeheissen. Das Bundesgericht anerkennt mit diesen Ausführungen die Sinn- und Zweckmässigkeit des Einsatzes einer Akquisitionsgesellschaft. Durch die Verwendung einer solchen Gesellschaft können Finanzierungen ohne steuerlichen «Reibungsverlust»

87 Yvo Hangartner, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, Bemerkungen aus Anlass der Bundesgerichtsurteile vom 12. Oktober 2012, AJP 2013, S. 698 ff., S. 701.

88 VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.1.2.

89 VGer Zürich (Fn. 8), E. 4.3.

amortisiert werden, da Zins- und Amortisationszahlungen nicht aus versteuertem Gewinn geleistet werden müssen.

Im Obiter dictum fehlen allerdings Ausführungen zur nachträglichen Fusion der Akquisitions- mit der Zielgesellschaft, die den steuerlichen Effekt des Debt push-down letztlich bewirkt. Hätte sich das Bundesgericht auch zur nachträglichen Fusion äussern müssen, damit klare Schlussfolgerungen zur Debt push-down Praxis gezogen werden können?

Die Frage der Steuerumgehung bezieht sich indes nicht allein auf die Fusion, sondern auf den gesamten Vorgang, nämlich den Kauf über eine eigens und ausschliesslich zum Zweck des Erwerbs einer Beteiligung gegründete Gesellschaft mit zeitnaher Fusion nach dem Beteiligungserwerb.[90] Zumal die Struktur und zeitliche Abfolge der einzelnen Transaktionsschritte ablauftechnisch zwingend sind und einer inneren Logik entsprechen, wäre es inkonsequent, die Fusion der Erwerbs- und Zielgesellschaft isoliert zu betrachten.[91] Ausschlaggebendes Kriterium für die Wahl einer derartigen Akquisitionsstruktur ist – worauf das Bundesgericht auch abzielt – die Finanzierung des Kaufpreises. Die anschliessende Fusion ist die logische Konsequenz und der effizienteste Weg, um sich der nach dem Kauf obsolet gewordenen Gesellschaft zu entledigen. Die Würdigung dieser Passage sollte daher mit Blick auf die Gesamtstruktur vorgenommen werden.

Da das Bundesgericht die Absonderlichkeit des steueroptimierten Einsatzes einer Akquisitionsholding bei einem Unternehmenskauf verneint, lässt dies durchaus Raum für die Vermutung, dass sich der Nachweis der Steuerumgehung seitens der Steuerbehörden bei einer derartigen Akquisitionsstruktur vor Bundesgericht als anspruchsvoll erweisen könnte. Um sicher zu gehen, müssten aber in einem konkreten Einzelfall ausreichend andere Gründe als blosse Steuerersparnisgründe nachgewiesen werden können, denen die Fusion von Erwerbs- und Zielgesellschaft mit Debt push-down zugrunde liegt. Nichtdestotrotz ist das Obiter dictum mit Blick auf einen möglichen konkreten Entscheid des Bundesgerichts zum Debt push-down nicht überzubewerten, da es das Bundesgericht unterlassen hat, sich vollumfänglich zur gesamten Transaktion zu äussern. Somit kann ein «Restzweifel» betreffend den Ausgang eines konkreten Verfahrens nicht ausgeräumt werden, und es verbleibt ein spekulativer Interpretationsspielraum.

[90] Altorfer (Fn. 9), S. 99.
[91] Vgl. Simonek/Triebold (Fn. 7), S. 366.

4. Einfluss der Steuerreform auf die Debt push-down Praxis

4.1. Abschaffung der Statusgesellschaften

Wie eingangs erwähnt, kann die Akquisitionsgesellschaft zumeist das Holdingprivileg geltend machen, da sie die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 2 StHG erfüllen wird. Der steuerlich privilegierte Holdingstatus gehört zu den international verpönten Steuerregimen, welche mit Inkrafttreten des «Bundesgesetzes über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung» (STAF)[92] abgeschafft werden sollen. Zwar ist das Inkrafttreten der STAF abhängig vom Ausgang des dagegen ergriffenen Referendums und daher zurzeit noch ungewiss. Es ist jedoch davon auszugehen, dass selbst bei einem neuerlichen «Volks-Nein» die Statusgesellschaften abgeschafft und schon bald von der Schweizer Steuerlandkarte verschwinden werden.[93]

Mit Inkrafttreten der STAF bzw. der Abschaffung der Statusgesellschaften werden einerseits die Steuerbefreiung auf Kantons- und Gemeindeebene und andererseits die privilegierten Kapitalsteuersätze für Holdinggesellschaften entfallen. Eine Akquisitionsgesellschaft wird neu ordentlich besteuert werden, den Beteiligungsabzug wird sie aber sowohl auf Bundes- als auch auf Kantonsebene weiterhin geltend machen können. Indes dürfte alleine der Umstand, dass Akquisitionsgesellschaften zukünftig ordentlich besteuert werden, die Schweizer Steuerbehörden kaum dazu bewegen, ihre Praxis zum hier dargestellten ersten Debt push-down zu ändern oder gar aufzugeben. Grund hierfür ist, dass sich Bilanzbild und Zusammensetzung der Erfolgsrechnung bei einer reinen Akquisitionsgesellschaft nicht ändern, nur weil das steuerliche Holdingprivileg wegfällt. Eine Akquisitionsgesellschaft hat abgesehen von Beteiligungserträgen typischerweise keine (oder nur wenige) sonstige Erträge, die mit dem Zinsaufwand aus der Akquisitionsfinanzierung zur Verrechnung gebracht werden können. Somit wird nach wie vor Ziel bleiben, den Zinsaufwand mit operativen Erträgen zu verrechnen. Diese befinden sich aber in der Zielgesellschaft, und eine Verrechnung kann im Prinzip weiterhin v.a. über eine Fusion der beiden Gesellschaften erreicht werden. Unseres Erachtens wird daher weder die STAF noch eine davon losgelöste Abschaffung der Statusgesellschaften einen Einfluss auf die «erste» Debt push-down Praxis nehmen können.[94]

Anders könnte es sich im Hinblick auf Gestaltungen darstellen, die unter die hierin verwendete Definition des zweiten Debt push-down fallen. Dieser kommt v.a. bei ei-

---

92 Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung, BBl 2018 6031. Siehe obenstehend Fn. 11.

93 Einen Überblick zur gesamten Unternehmenssteuerreform gibt René Matteotti, Die Unternehmenssteuerreform in der Schweiz – eine erste Würdigung des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs, ASA 86 (2017/2018), S. 593 ff.

94 Entsprechende Bestätigungen dieser Ansicht wurden auch telefonisch von diversen Steuerämtern erteilt.

nem Steuersatzgefälle zwischen einer niedrig besteuerten Zinsempfängerin und einer die Zinsen leistenden, höherbesteuerten Schweizer Konzerngesellschaft zum Tragen. Nach Wegfall des Holdingprivilegs kann ein Effekt aus dem zweiten Debt push-down gar nicht mehr erzielt werden, wenn sowohl die gegen Darlehen übertragende Verkäufer- als auch die Käufergesellschaft im gleichen Kanton steuerpflichtig sind. In einer solchen Konstellation fehlt es an der Steuerersparnis. Somit bleiben – sieht man etwa von Steuererleichterungen («Tax Holidays») ab – kantonsübergreifende (Verkäufer in einem tiefer besteuerten Kanton als Käufer) oder internationale (Verkäufer im Ausland) (zweite) Debt push-down Fälle. Da als Folge der STAF die Kantone ihre Gewinnsteuersätze senken und diese sich im kantonalen Vergleich der Höhe nach annähern werden, erscheint bei einem «kantonsübergreifenden» zweiten Debt push-down eine mögliche Steuerumgehung bereits im Hinblick auf das Erfordernis der Steuerersparnis mehr als fraglich. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer *erheblichen* Steuerersparnis führen, die bei den in Aussicht gestellten neuen Gewinnsteuersätzen der Kantone allenfalls gar nicht mehr erzielt werden kann. Dass sich jener Kanton, in dem der Darlehensnehmer steuerpflichtig ist, auf den Standpunkt stellte, er müsse isoliert betrachtet eine erhebliche Steuerersparnis «seiner» steuerpflichtigen Gesellschaft hinnehmen und deshalb einen zweiten Debt push-down nicht akzeptiert, wäre im Hinblick auf das Verbot der Wegzugsbesteuerung zwischen den Kantonen gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. b StHG ein unzulässiges Argument. Unseres Erachtens wird die Steuerumgehung damit auch hinsichtlich der Steuerersparnisvoraussetzung weiter angreifbar, abgesehen davon, dass der Nachweis einer absonderlichen, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessenen Rechtsgestaltung weiterhin von den Steuerbehörden zu erbringen wäre.

4.2. Beschränkungen beim Abzug für Eigenfinanzierung («Notional interest deduction,» NID)

Mit Inkrafttreten der Steuerreform ist zudem die Einführung eines Abzugs für Eigenfinanzierung vorgesehen. Dieser umfasst die Gewährung eines kalkulatorischen Zinssatzes auf dem sog. Sicherheitseigenkapital. Zum Sicherheitseigenkapital zählt jenes Eigenkapital, welches langfristig über dem für die Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenkapital liegt (Art. 25a^{bis} Abs. 2 E-StHG).

Allerdings ist der kalkulatorische Zinsabzug bei Aktiven im Zusammenhang mit Transaktionen ausgeschlossen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken, namentlich Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden, soweit diese Forderungen aus der Veräusserung von Beteiligungen nach Art. 28 Abs. 1-1ter StHG oder Ausschüttungen stammen (Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. e E-StHG). Dies bedeutet im Einzelfall, dass in einer Konstellation, in welcher einer Gesellschaft ein Verkäuferdarlehen für den Kauf einer Beteiligung gewährt wird, dieses nicht als Basis zur Berechnung des kalkulatorischen Zinsabzugs

berücksichtigt werden darf. Hintergrund von Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. e E-StHG ist, dass ein kalkulatorischer Zinsabzug auf Beteiligungen gemäss Art. 28 Abs. 1-1ter StHG ausgeschlossen ist. Gleiches muss für Forderungen gelten, die solche Beteiligungen «ersetzen,» weil und soweit sie aus der Veräusserung von Beteiligungen stammen. Ansonsten könnte Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. a E-StHG durch entsprechende Beteiligungsverkäufe leicht umgangen werden.

Es fragt sich, ob dem Wortlaut von Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. e E-StHG, insbesondere dem Nebensatz «die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken» eine über Art. 25a^{bis} E-StHG hinausgehende, eigenständige Bedeutung zukommt. Dies v.a. deshalb, da er suggerieren könnte, dass Transaktionen, die Forderungen aus der Veräusserung von Beteiligungen kreieren, per se eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken. Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. e E-StHG darf indes nicht so interpretiert werden, als stellte eine Transaktion, die zuvor als zweiter Debt push-down definiert wurde, jedenfalls eine ungerechtfertigte Steuerersparnis dar.[95] Diese Bestimmung regelt einzig die Voraussetzungen des kalkulatorischen Zinsabzugs. So würde nach Inkrafttreten des STAF eine Konstellation wie der zweite Debt push-down nicht für die Berechnung des kalkulatorischen Zinsabzugs *bei der darlehensgewährenden Gesellschaft* berücksichtigt werden. Der NID steht darüber hinaus einzig «Hochsteuerkantonen» offen[96] und wird deshalb voraussichtlich nur im Kanton Zürich[97] Anwendung finden.

95 Dies hängt damit zusammen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des NID eine Förderung der Eigenfinanzierung der Unternehmen im Gegensatz zu einer Förderung von Umstrukturierungen anstrebt. Würde zugelassen, dass Darlehensforderungen, welche durch den Verkauf von Beteiligungen entstanden sind, für die Grundlage der Berechnung des kalkulatorischen Zinsabzugs berücksichtigt würden, käme es durch die Wirkung des NID zu einer Neutralisierung des steuerbaren Gewinns und somit einer ungerechtfertigten Steuerersparnis bei der Verkäufergesellschaft. Während nämlich die Käufergesellschaft der Beteiligung die Fremdkapitalzinsen auf dem Verkäuferdarlehen von ihrem steuerbaren Gewinn in Abzug bringen kann, würde der im Normalfall daraus resultierende steuerbare Zinsertrag bei der Verkäufergesellschaft durch die Wirkung des NID neutralisiert. Dieser Art der Steuerersparnis wollte der Gesetzgeber Einhalt gebieten, um Missbräuche bei der Anwendbarkeit des NID zu verhindern. Vgl. dazu auch die umfassende Darstellung der Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (USR III) vom 29. April 2015, S. 11, insbesondere die Stellungnahme des Kantons Zürich, abrufbar unter https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/gesetzgebung/abstimmungen/reform-der-unternehmensbesteuerung–usr-iii-.html, zuletzt besucht am 1. März 2019.

96 Erforderlich ist im Hauptort des Kantons ein kumuliertes Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarifverlauf von mind. 13.5% (Art. 25a^{bis} Abs. 1 E-StHG).

97 Gemäss den Umsetzungsplänen des Regierungsrats des Kantons Zürich soll die effektive Steuerbelastung per 1. Januar 2021 19.7% betragen und eine weitere Senkung auf 18.2% per 1. Januar 2023 durch eine neue Abstimmungsvorlage erfolgen. Nähere Informationen sind abrufbar unter https://www.steueramt.zh.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/aktuell.newsextern.-internet-de-

Einem *Fremdkapitalabzug* bei der *darlehensempfangenden Gesellschaft* als Folge eines Vorgangs, der einem zweiten Debt push-down entspricht, darf Art. 25a^{bis} Abs. 3 lit. e E-StHG nicht entgegenstehen.

5. Abschliessende Gesamtwürdigung

Die Würdigung der aktuellen Rechtsprechung zur Debt push-down Praxis der Schweizer Steuerbehörden ergibt, dass die Qualifikation eines als Debt push-down zu beurteilenden Vorgangs als Steuerumgehung weiter unter Druck gerät. Nachdem vermehrt Kritik in der Lehre geäussert wurde, sind nun auch konkrete Ansätze in der Rechtsprechung zu finden, die gegen eine Steuerumgehung bei einem LBO mit Debt push-down sprechen. Unsubstanziierte Behauptungen der Steuerbehörden in Richtung Steuerumgehung halten einer gerichtlichen Überprüfung nicht weiter stand. Unabhängig von den hier analysierten Entscheiden des Verwaltungsgerichts Zürich und des Obiter dictums des Bundesgerichts sei nochmals die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung in Erinnerung gerufen, wonach eine Steuerumgehung nur vorliegen kann, wenn keine anderen als blosse Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine Rolle gespielt haben.[98] Dass dies bei Debt push-down Gestaltungen gerade nicht der Fall ist und sehr wohl diverse andere Gründe für die gewählte Vorgehensweise sprechen, wurde schon früh in der Lehre herausgearbeitet[99] und kann hier nur nochmals betont werden.

Die Auseinandersetzung mit dem einschlägigen Zürcher Verwaltungsgerichtsentscheid führt zu der (erstmals von einem Schweizer Gericht bestätigten) Erkenntnis, dass nicht in jedem Fall eines Debt push-down mit beteiligter eigens zu diesem Zweck gegründeter Akquisitionsgesellschaft von einer Steuerumgehung auszugehen ist. Das Verwaltungsgericht Zürich hat eine Steuerumgehung in den dargestellten Debt push-down Konstellationen offen in Frage gestellt und zu Recht den Bedarf nach einer tatsächlichen Einzelfallprüfung mit sauberer Beweisführung durch die veranlagende Steuerbehörde unterstrichen.

Zudem hat die Analyse des bundesgerichtlichen Obiter dictum ergeben, dass das Bundesgericht eine steueroptimierte Akquisition einer operativen Zielgesellschaft mittels eigens errichteter Akquisitionsgesellschaft unterstützt. Auch diese Sichtweise übt Druck aus auf die Qualifikation eines derartigen Vorgangs als Steuerumgehung, kann doch das Argument der Absonderlichkeit der Gestaltung immer weniger aufrechterhalten werden.

---

aktuell-news-medienmitteilungen-2018-antrag_45_fuer_45_kantonale_45_sv17_45_umsetzung_45_liegt_45_vor.html, zuletzt besucht am 1. März 2019.

98 Siehe obenstehend Ziff. 2.3.3.

99 Siehe ebenfalls Ziff. 2.3.3.

Auch wenn diese Judikatur durchaus in guter Gesellschaft mit der in der Lehre zu Recht geübten Kritik an der Praxis der Steuerbehörden ist, wird wohl erst ein höchstgerichtlicher Entscheid Aufschluss darüber geben, ob ein Debt push-down tatsächlich eine Steuerumgehung darstellt oder nicht.

Aktuelle Fragestellungen zum Zinsabzug auf Eigenkapital

Unter Berücksichtigung internationaler steuerlicher Entwicklungen

Gernot Zitter / Diego Lipp

Dr. iur., LL.M. (Northwestern), dipl. Steuerexperte, Lehrbeauftragter für Steuerrecht, Universität Luzern, Partner, M&A Tax, KPMG AG, Zürich

BSc Business Law, LL.M., Senior Consultant, KPMG AG, Zürich

Neben anderen im Rahmen des Bundesgesetzes über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) eingeführten Massnahmen wird ab 1.1.2020 auch ein sog. Abzug auf Eigenfinanzierung gewährt, der aufgrund der gesetzlichen Konzeption über eine statutarische Mindestbesteuerung (vorerst) nur im Kanton Zürich zur Anwendung kommt. Der Eigenkapitalabzug wirft eine Reihe von Fragen auf, die sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm nur unzulänglich beantworten lassen. Insbesondere der Vorbehalt der ungerechtfertigten Steuerersparnis im Konzern, wonach Darlehen aus Beteiligungsveräusserungen oder Ausschüttungen nicht für Zwecke des Eigenkapitalabzuges angesetzt werden dürfen, bedarf einer eingehenderen Analyse. Einen weiteren Schwerpunkt des vorliegenden Beitrages bildet die internationale Akzeptanz des Schweizer Eigenkapitalabzugs. In diesem Zusammenhang wird beleuchtet, wie sich der Abzug unter den bestehenden als auch den geplanten Rahmenbedingungen des internationalen Steuerrechts behauptet.

Parmi les mesures introduites dans le cadre de la loi fédérale sur la réforme fiscale et le financement de l'AVS (RFFA), une déduction pour autofinancement sera entre autres accordée à partir du 1.1.2020. En raison du concept juridique d'imposition minimale légale, cette déduction ne s'appliquera (pour l'instant) que dans le canton de Zurich. La déduction des fonds propres soulève un certain nombre de questions auxquelles la formulation et la genèse de la norme ne permettent pas de répondre de manière adéquate. En particulier, la réserve concernant les économies d'impôt injustifiées au sein du groupe, selon laquelle les prêts provenant de la vente de participations ou de distributions ne peuvent pas être reconnus aux fins de la déduction pour fonds propres, nécessite une analyse plus approfondie. L'acceptation internationale de la déduction pour fonds propres suisses est un autre point fort de la présente contribution. Dans ce contexte, le document examine comment la déduction s'inscrit dans le cadre actuel ainsi que dans le cadre prévu du droit fiscal international.

Inhalt

I. Einleitung . . . 83
II. Gesetzliche Grundlagen . . . 83
III. Funktionsweise des Eigenkapitalabzugs . . . 84
1. Steuerlicher Abzug nur auf Sicherheitseigenkapital . . . 84
2. Vergleich Eigenkapitalabzug mit Finance Branch . . . 86
3. Auswirkung geplante Steuersatzsenkung Zürich . . . 87
4. Fremdkapital versus Eigenkapital . . . 88
IV. Vorbehalt der ungerechtfertigten Steuerersparnis im Konzern . . . 90
1. Allgemeines . . . 90
2. Transaktionen im Konzern . . . 91
2.1. Beteiligungsverkauf an inländische Konzerngesellschaften . . . 91
2.2. Beteiligungsverkauf an ausländische Konzerngesellschaften . . . 92
2.3. Beteiligungsverkäufe vor Inkrafttreten von § 65b StG ZH . . . 94
2.4. Ausschüttungen . . . 95
2.4.1. Ausschüttung von Forderungen . . . 95
2.4.2. Ausschüttung «gegen Darlehen» . . . 96
2.4.3. Ausschüttung von Beteiligungen . . . 96
3. Verhältnis zu Debt push-down . . . 96
V. Schweizer Eigenkapitalabzug im internationalen Umfeld . . . 97
1. Allgemeines . . . 97
2. Abkommensrecht . . . 97
2.1. Nutzungsberechtigung . . . 98
2.2. Principal Purpose Test . . . 98
2.3. US Sichtweise . . . 99
3. Verhältnis zu BEPS . . . 100
3.1. BEPS Action 2: Hybride Gestaltungen . . . 101
3.2. BEPS Action 5: Harmful Tax Practices . . . 101
3.3. BEPS 2.0 . . . 102
3.3.1. «Undertaxed payment rule» . . . 102
3.3.2. «Subject to tax rule» . . . 102
3.4. Zusammenfassung . . . 103
4. Verhältnis zu ATAD . . . 104
5. Eigenkapitalabzug unter DAC 6 . . . 104
6. Zusammenfassung und Ausblick . . . 106

I. Einleitung

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF)[1] wurde neben anderen Massnahmen ein sog. «Abzug auf bzw. für Eigenfinanzierung» eingeführt. Im Rahmen der vom Volk verworfenen Unternehmenssteuerreform III noch als «zinsbereinigte Gewinnsteuer» bezeichnet und international als «Notional Interest Deduction (NID)» bekannt, soll dieser Abzug (im Folgenden «Eigenkapitalabzug») die für steuerliche Zwecke unterschiedliche Behandlung von Fremd- und Eigenkapital überwinden, indem ein (Zins-)Abzug nicht nur auf Fremd-, sondern auch auf Eigenkapital gewährt wird. Nachdem ursprünglich angedacht war, den Abzug flächendeckend auf Bundes- und Kantonsebene einzuführen,[2] kann er aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung aktuell nur im Kanton Zürich geltend gemacht werden.

Der Eigenkapitalabzug hat seinen Niederschlag in der Literatur bereits rund um die Unternehmenssteuerreform III gefunden,[3] ist aber auch in der aktuellen Diskussion vertreten.[4] Soweit ersichtlich, lag der Schwerpunkt der bisherigen Abhandlungen zum Schweizer Eigenkapitalabzug auf dessen Funktionsweise, der Basis, auf der er berechnet wird sowie dem anwendbaren Zinssatz. Der vorliegende Beitrag setzt sich neben der Funktionsweise hauptsächlich mit Fragen zur sog. ungerechtfertigten Steuerersparnis im Konzern und der internationalen Akzeptanz des neuen Schweizer Eigenkapitalabzugs auseinander.

II. Gesetzliche Grundlagen

Die harmonisierungsrechtliche Grundlage für den Eigenkapitalabzug findet sich in Art. 25a^{bis} StHG,[5] der am 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist. Die Norm ermächtigt, verpflichtet die Kantone aber nicht zur Einführung eines Abzugs für Eigenfinanzierung,

1 BBl 2018 6031.

2 Vgl. dazu Art. 59 Abs. 1 lit. f und Abs. 1bis bis 1^{sexies} DBG sowie Art. 25 Abs. 1 lit. f und Abs. 1bis bis 1^{sexies} StHG in der Fassung der Abstimmungsvorlage zum Unternehmenssteuerreformgesetz III (USR III) vom 12. Februar 2017.

3 Andreas Staubli/Remo Küttel, Notional Interest Deduction, Einführung einer zinsbereinigten Gewinnsteuer im Kontext der Unternehmenssteuerreform III, ST 11/13, S. 790 ff (1. Teil) und ST 6-7/14, S. 572 ff (2. Teil); Ramon Bischof, Verliert die Verschuldungsmaxime im Steuerrecht an Bedeutung? (Teil II), ZStP 2/2016, S. 95 ff; Renè Matteotti/Philipp Roth, Die Unternehmenssteuerreform III zwischen Kompetitivität und Kompatibilität. Enge Handlungsspielräume in einem stark regulierten internationalen Umfeld, ASA 81 (2012/2013), S. 716 f. Für einen internationalen Vergleich des Eigenkapitalabzugs siehe Marco Felder/Isabel Haag, Der Eigenkapital-Zinsabzug im Ländervergleich, StR 68/2013, S. 858 ff.

4 Remo Küttel/Rolf Röllin/Benjamin Koch/Armin Marti, Eigenfinanzierungsabzug: Konzept und drittvergleichskonformer Zinssatz. Generelle Erläuterungen und praktische Überlegungen, EF 11/2019, S. 859 ff.

5 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990, SR 642.14.

«*sofern […] im Hauptort des Kantons das kumulierte Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarifverlauf mindestens 13,5 Prozent beträgt*.» Dies entspricht einer effektiven Steuerbelastung auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden von 18.03 %.[6] Gemäss Präzisierung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) muss das Steuermass in allen Tarifstufen bei 13.5 % oder höher liegen.[7] Aufgrund der statutarischen Mindestbesteuerung über den gesamten Tarifverlauf bleibt der Abzug für Eigenfinanzierung nur Kantonen vorbehalten, die keine progressiven oder mehrstufigen Tarife kennen, womit Kantonen wie Aargau oder Bern trotz Erfüllen der Mindestbesteuerung die Einführung dieser Massnahme verwehrt bleibt.[8] Zurzeit erfüllt einzig der Kanton Zürich diese Voraussetzungen und hat mit § 65b StG ZH[9] die entsprechende kantonale Rechtsgrundlage für die Einführung des Zinsabzugs auf Eigenkapital mit Wirkung ab 1. Januar 2020 geschaffen.

Der Wortlaut von § 65b StG ZH ist praktisch deckungsgleich mit jenem von Art. 25a^{bis} StHG. Im jeweils letzten Absatz von Art. 25a^{bis} StHG und § 65b StG ZH wird auf Ausführungsbestimmungen des Bundesrates zur Konkretisierung der beiden Normen verwiesen. Mit einer Verordnung vom 13. November 2019[10] hat der Bundesrat die entsprechende Ausführungsbestimmung erlassen. Die Verordnung enthält in Art. 1 die Eigenkapitalunterlegungssätze, die für die Ermittlung des sog. Sicherheitseigenkapitals dienen, auf dem mittels Multiplikation mit dem kalkulatorischen Zinssatz der Abzug gewährt wird.[11] In den Erläuterungen des Eidgenössischen Finanzdepartements[12] werden schliesslich die einzelnen Verordnungsartikel inhaltlich konkretisiert und die Funktionsweise des Eigenkapitalabzugs anhand eines Berechnungsbeispiels dargestellt.

III. Funktionsweise des Eigenkapitalabzugs

1. Steuerlicher Abzug nur auf Sicherheitseigenkapital

Gemäss Art. 25a^{bis} Abs. 1 StHG und § 65b Abs. 1 StG ZH «*gehört […] zum geschäftsmässig begründeten Aufwand […] auch der Abzug für Eigenfinanzierung*.» Es handelt sich mithin um einen rein steuerlichen Abzug auf Basis einer eigens geschaffenen Steuernorm im StHG. Das Massgeblichkeitsprinzip würde sich als Grundlage für einen solchen Abzug

6 Eidgenössisches Finanzdepartement vom 13. November 2019, Erläuterungen zur Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen.

7 Siehe dazu den Nachweis bei Küttel/Röllin/Koch/Marti (Fn. 4), in Fn. 9.

8 Beide Kantone kennen einen Zweistufentarif; vgl. § 75 StG AG und Art. 95 StG BE.

9 Steuergesetz Zürich vom 8. Juni 1997, 631.1.

10 Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen vom 13. November 2019, SR 642.142.2.

11 Siehe dazu sogleich Abschnitt III.

12 Siehe Fn. 6.

für juristische Personen nicht eignen, da gemäss Art. 675 Abs. 1 OR[13] und 798a Abs. 1 OR Zinsen für das Aktienkapital und das Stammkapital nicht bezahlt werden dürfen.[14]

Mit dem Abzug für Eigenfinanzierung wird der Gesellschaft neben dem weiterhin zulässigen Zinsabzug auf Fremdkapital ein Instrument zur Verfügung gestellt, das zum einen die Finanzierungsneutralität gewährleisten und zum anderen einen Anreiz für einen höheren Eigenkapitalanteil schaffen soll.[15] Der Eigenkapitalabzug wird aber nicht auf dem gesamten steuerbaren Eigenkapital gewährt, sondern nur auf dem das «Kerneigenkapital» übersteigenden Anteil (sog. Sicherheitseigenkapital). Art. 25a^{bis} Abs. 2 StHG und § 65b Abs. 2 StG ZH bezeichnen das Kerneigenkapital als «*das für die Geschäftstätigkeit langfristig benötigte Eigenkapital*.» Artikel 2 Abs. 2 der Verordnung konkretisiert: Das Kerneigenkapital berechnet sich, indem die durchschnittlichen Gewinnsteuerwerte der Aktiven der Gesellschaft mit den Eigenkapitalunterlegungssätzen nach Art. 1 der Verordnung multipliziert und die Ergebnisse summiert werden.[16] Die Eigenkapitalunterlegungssätze setzen sich im Wesentlichen aus den «inversen» Sätzen gem. ESTV Kreisschreiben 6[17] und einem Zuschlag von 25 % zusammen.[18] Das Sicherheitseigenkapital entspricht der positiven Differenz zwischen dem gesamten steuerlich massgeblichen Eigenkapital und dem Kerneigenkapital.[19] Der Abzug ermittelt sich schliesslich, indem das Sicherheitseigenkapital (Bemessungsgrundlage) mit dem kalkulatorischen Zinssatz multipliziert wird.[20] Dieser entspricht der Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen am letzten Handelstag des dem Beginn der Steuerperiode vorangegangenen Kalenderjahres.[21] Da die Rendite der Bundesobligationen zurzeit negativ ist, beträgt der Zinssatz (momentan) Null Prozent.[22]

Die für den Steuerpflichtigen aus planerischer Sicht interessantere Bestimmung findet sich in Art. 25a^{bis} Abs. 4 StHG und § 65b Abs. 4 StG ZH, jeweils 2. Satz. Demnach «*kann*

13 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

14 Abgesehen davon zielt das Zinsverbot als Ausprägung des Verbots der Einlagenrückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR auf den Gläubigerschutz ab und verfolgt damit einen gänzlich anderen Zweck. Siehe dazu Hans-Ueli Vogt, Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 675 mit weiteren Nachweisen.

15 Zur (positiven) Auswirkung der Einführung eines Eigenkapitalabzugs auf die Eigenkapitalquoten von Unternehmen im internationalen Kontext siehe die Nachweise bei Staubli/Küttel (Fn. 3), 1. Teil, S. 794.

16 Art. 2 Abs. 2 Verordnung (Fn. 10).

17 ESTV, Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997, Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

18 Vgl. EFD (Fn. 6), Erläuterungen zu Art. 1.

19 Art. 2 Abs. 1 Verordnung (Fn. 10).

20 Art. 5 Abs. 1 Verordnung (Fn. 10).

21 Art. 3 Abs. 1 Verordnung (Fn. 10).

22 Art. 3 Abs. 1, letzter Satz Verordnung (Fn. 10).

ein dem Drittvergleich entsprechender Zinssatz geltend gemacht werden, soweit […] das Sicherheitseigenkapital anteilmässig auf Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden entfällt.»[23] Der Zinssatz für Darlehen an Nahestehende knüpft nicht an die Rendite der Bundesobligationen, sondern an den Drittvergleich an und ermöglicht somit auch bei negativen Renditen die Verrechnung eines (arm's length) Zinssatzes. Es ist v.a. diese Bestimmung, die zumindest teilweise Ersatz schaffen soll für den STAF-bedingten Wegfall der im Kanton Zürich rund 40 angesiedelten sog. Finance Branches. Diese wurden für Konzernfinanzierungen eingesetzt und waren durch ihren tiefen effektiven Steuersatz von 2–3 % auch aus internationaler Sicht äusserst attraktiv. Durch die konzerninterne Darlehensvergabe der Finance Branch an ausländische Gruppengesellschaften konnte der vereinnahmte Zins in der Schweiz zum erwähnten tiefen Steuersatz besteuert werden, während der Zinsaufwand im Ausland zum dortigen (höheren) Steuersatz steuerlich abzugsfähig war. Mit dem Eigenkapitalabzug kann ein ähnliches Ergebnis erreicht werden: Die in Zürich ansässige Konzerngesellschaft vergibt Darlehen an in- und ausländische Gruppengesellschaften, die Zinsen entrichten und diese steuerlich abziehen. Die darlehensgebende Gesellschaft kann bei Vorliegen von Sicherheitseigenkapital einen entsprechenden (Eigenkapital-)Abzug geltend machen, was im Ergebnis auf eine Art gesetzlich gewollten «Double Dip» hinausläuft.[24] Weil Darlehen an Nahestehende lediglich mit einem Eigenkapitalanteil von 15 %[25] unterlegt werden müssen, kann in Bezug auf diese Aktivenkategorie relativ leicht Sicherheitseigenkapital gebildet werden.

2. Vergleich Eigenkapitalabzug mit Finance Branch

Der Eigenkapitalabzug steht zur Zeit juristischen Personen mit Sitz in Zürich offen, wohingegen das Finance Branch Regime im Grundsatz beschränkt war auf Schweizer Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften, die der Finance Branch Kapital für die konzerninterne Finanzierung zur Verfügung stellten. Auch durften Finance Branches Darlehen nur an ausländische Gruppengesellschaften vergeben,[26] während der Eigenkapitalabzug unabhängig von der Darlehensvergabe an in- oder ausländische Gruppengesellschaften zur Anwendung kommt, sofern entsprechendes Sicherheitseigenkapital vorliegt. Der Hauptunterschied, der sich letztlich im niedrigen effektiven Steuersatz der Finance Branch niederschlug, lag jedoch darin, dass das Finance Branch Regime sowohl

23 Art. 25a^{bis} Abs. 4 StHG und § 65 b Abs. 4 StG ZH, jeweils 2. Satz.

24 Beim Beteiligungsabzug ist ein «Double Dip» hingegen ausgeschlossen, da gemäss Art. 70 Abs. 2 Bst. b DBG kein Beteiligungsertrag ist, was bei der leistenden Gesellschaft geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellt.

25 Hierbei handelt es sich um denselben (inversen) Unterlegungssatz wie er auch im ESTV Kreisschreiben 6 (Fn. 17) für Darlehen und andere Forderungen enthalten ist. Der Zuschlag von 25 % findet auf Darlehen gegenüber Nahestehenden keine Anwendung.

26 Dieser Umstand wurde aus internationaler Sicht als schädliches «Ring Fencing» kritisiert, was schliesslich zur Abschaffung des Regimes der Finance Branch geführt hat. Vgl. zum Ring Fencing unten Abschnitt V.3.2.

auf Bundes- (über einen fiktiven Zinsabzug) als auch auf Kantonsebene (über einen fiktiven Zinsabzug und den Steuerstatus der gemischten Gesellschaft) gewährt wurde. Der neue Eigenkapitalabzug hingegen ist eine rein kantonale Massnahme und unterliegt überdies der Entlastungsbegrenzung von 70 %.[27] Für eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich beträgt der effektive Gewinnsteuersatz unter Berücksichtigung der Entlastungsbegrenzung im Jahr 2020 12.3 %.[28] Dieser Steuersatz ist wesentlich höher als der für die Finance Branch (einst) gültige effektive Satz von 2–3 %, und insofern könnte geschlossen werden, dass die Standortattraktivität leidet bzw. die Gefahr der Abwanderung der ehemals als Finance Branches besteuerten Unternehmen ins Ausland steigt. Der Zürcher Regierungsrat geht allerdings davon aus, dass im Lichte der internationalen steuerlichen Entwicklungen für die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zinsaufwand auf Stufe des Darlehensnehmers bei der empfangenden Gesellschaft (Darlehensgeber) eine Mindeststeuerbelastung von 10–11 % gefordert wird.[29] Durch die geplante Steuersatzsenkung im Kanton Zürich[30] wird sich denn auch die Steuerbelastung auf diesem Niveau einpendeln, was nach Erwartung des Regierungsrats für Finanzierungstätigkeiten international anerkannt sein sollte.[31]

3. Auswirkung geplante Steuersatzsenkung Zürich

Für Kapitalgesellschaften liegt die statutarische Gewinnsteuerbelastung in der Stadt Zürich zurzeit bei 18.32 %. Per 1. Januar 2021 wird der Gewinnsteuersatz von 8 % auf 7 % gesenkt. Vom Regierungsrat geplant, aber noch nicht beschlossen, ist eine weitere Gewinnsteuersatzsenkung auf 6 %, die ab 1. Januar 2023 gelten soll.[32] In beiden Fällen würde das kumulierte Steuermass über der Mindestgrenze von 13.5 % liegen, sofern der aktuell geltende Steuerfuss der Stadt Zürich von 229 % (einschliesslich Kirchensteuern) beibehalten würde. Der Eigenkapitalabzug dürfte nicht mehr gewährt werden, wenn bei einem Steuersatz von 6 % ein tieferer Steuerfuss als 225 % gelten würde.[33] Dann betrüge das kumulierte Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarifverlauf nicht mehr mindestens 13.5 %, was nach dem Gesetzeswortlaut die Anwendung des Eigenkapitalabzugs ausschlösse.

Unter Berücksichtigung der Entlastungsbegrenzung von 70 % kann die effektive Steuerbelastung einer Finanzierungsgesellschaft mit Sitz in der Stadt Zürich, die den Eigenkapitalabzug geltend macht (im Folgenden «Finanzierungsgesellschaft»), im besten Fall

27 Art. 25b StHG und § 65 c StG ZH.
28 Vgl. Antrag des Regierungsrates vom 19. September 2018, S. 25.
29 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 30.
30 Siehe dazu sogleich Abschnitt III.3.
31 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 30, letzter Absatz. Zur internationalen Akzeptanz einer NID siehe unten Abschnitt V.
32 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 24.
33 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 29.

auf 12.27 % gesenkt werden (Jahr 2020).[34] Wird der Gewinnsteuersatz auf 6 % gesenkt, ergäbe sich eine effektive Belastung von 11.2 % ab dem Jahr 2023. Bei Ansässigkeit in der steuergünstigsten Gemeinde des Kantons[35] belaufen bzw. beliefen sich die effektiven Gewinnsteuerbelastungen auf 11.38 % (Jahr 2020) bzw. 10.52 %.[36]

Ein Steuersatzvergleich mit den unmittelbar an Zürich angrenzenden Kantonen wie Schwyz und Zug, die ordentliche Steuersätze von 11.77 % bzw. 11.83 %[37] (inkl. direkte Bundessteuer) aufweisen, zeigt, dass der Kanton Zürich nur über Massnahmen wie den Eigenkapitalabzug aber auch andere Massnahmen (Patentbox, F&E-Abzug, Übergangslösungen) im interkantonalen Steuerwettbewerb konkurrenzfähig bleibt, allerdings nur, wenn die jeweilige Massnahme auch international akzeptiert ist.[38]

4. Fremdkapital versus Eigenkapital

Dass Eigen- und Fremdkapital gewissermassen «substituierbar» sind, zeigt sich an der Überlegung, dass das Sicherheitseigenkapital ungefähr demjenigen Teil des Eigenkapitals entspricht, der jederzeit am Kapitalmarkt als Fremdkapital aufgenommen werden könnte, oder anders ausgedrückt: der Eigenkapitalabzug wird nur für den Teil des Eigenkapitals gewährt, der auch in Fremdkapital umgewandelt werden könnte.[39] Damit stellt sich die Frage, ob Fremd- und Eigenkapital aus steuerlicher Sicht tatsächlich finanzierungsneutral sind, oder ob es Unterschiede beim Einsatz dieser beiden Instrumente zu beachten gilt.

Auf den ersten Blick scheint es keine grosse Rolle zu spielen, ob eine steuerliche Entlastung über einen Zinsabzug auf Fremd- oder Eigenkapital erreicht wird. Zudem sehen beide Finanzierungsarten limitierende Voraussetzungen für die Gewährung des jeweiligen Abzugs vor. Beim Eigenkapitalabzug ist es das Sicherheitseigenkapital, beim Zinsabzug auf Fremdkapital das sog. verdeckte Eigenkapital, das die Abzugsfähigkeit bei zu hoher Fremdfinanzierung (durch Nahestehende) einschränkt.[40] Der Vorteil des Eigenkapitalabzugs liegt im erwähnten «Double Dip», der sich bei der Konzernfinanzierung ausnützen lässt. Eine Gesellschaft, die Aktivdarlehen an Gruppengesellschaften vergibt,

34 Bundes-, Kantons-, Gemeinde-, und Kirchensteuern.

35 Gemeinde Kilchberg.

36 Annahmen: Senkung Steuersatz auf 6 %, Steuerfuss Kilchberg von 81 % (inkl. Kirchensteuer reformierte Kirche) bleibt gleich.

37 Der Kanton Zug plant infolge der COVID-19 Pandemie, den kantonalen Steuerfuss vorübergehend auf 78 % zu senken; vgl. dazu Medienmitteilung des Kantons Zug vom 24. März 2020, abrufbar unter: https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/direktionssekretariat/aktuell/coronavirus-der-kanton-zug-spannt-auffangnetz-fuer-zuger-unternehmen-1, zuletzt besucht am 13. Mai 2020.

38 Zur internationalen Akzeptanz des Eigenkapitalabzugs siehe Abschnitt V.

39 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 29 und S. 31.

40 § 64 Abs. 1 Ziff. 4 StG ZH.

kann bei entsprechendem Ausweis von Sicherheitseigenkapital den Eigenkapitalabzug geltend machen und im Ergebnis den Zinsertrag mit einem effektiven Steuersatz zwischen 12.3 % und 10.5 %[41] besteuern, während der Zinsaufwand beim (ausländischen) Darlehensnehmer (zum für diesen geltenden höheren Steuersatz) abzugsfähig ist.

Eine Konzernfinanzierung liesse sich auch durch Aufnahme mit anschliessender Weitergabe von Fremdkapital erreichen.[42] Die Finanzierungsgesellschaft nimmt Fremdmittel entweder extern oder im Konzern auf und gibt diese als Aktivdarlehen an Gruppengesellschaften weiter. Auch hier ist der Zinsabzug beim (ausländischen) Darlehensnehmer steuerlich absetzbar,[43] allerdings muss die Finanzierungsgesellschaft eine Zinsmarge zum ordentlichen Steuersatz versteuern, die sich in Anlehnung an die jährlich von der ESTV publizierten Rundschreiben «*Steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken bzw. Fremdwährungen*» ermittelt. In beiden Fällen wird auf Stufe der (Zürcher) Finanzierungsgesellschaft Zinsertrag besteuert, allerdings zu einem deutlich tieferen effektiven Steuersatz, wenn die Finanzierungsstruktur mittels Eigenkapitalabzug aufgesetzt wird.

Zu beachten ist, dass die Anwendung des Eigenkapitalabzugs mit gewissen «Eintrittskosten» verbunden sein kann. Zum einen ist dies die Emissionsabgabe, die gem. Art. 5 Abs. 1 und 2 StG[44] sowohl bei Nennwerterhöhungen als auch bei Zuschüssen geschuldet ist.[45] So wäre die Umwandlung von Fremd- in (Sicherheits-)Eigenkapital[46] auf Stufe der Finanzierungsgesellschaft als vorbereitende Massnahme für die Anwendung des Eigenkapitalabzugs grundsätzlich ein die Emissionsabgabe auslösender Vorgang. Zum anderen könnten bei einer solchen Umwandlung aber auch unerwünschte Gewinnsteuerfolgen resultieren, wenn die Umwandlung als Forderungsverzicht qualifiziert würde. Auf Forderungsumwandlungen gegenüber «gesunden» (Finanzierungs-)Gesellschaften, sprich ausserhalb eines Sanierungsszenarios, sollten jedoch nicht unbesehen die Steuerfolgen des Forderungsverzichts gemäss Praxis übernommen werden.[47] Vielmehr ist ein

41 Vgl. Ausführungen oben unter Abschnitt III.3.

42 «Back-to-back» Finanzierung.

43 Vorausgesetzt wird die Anwendung eines dem Drittvergleich entsprechenden Zinssatzes.

44 Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973, SR 641.10.

45 Solange die Emissionsabgabe auf Eigenkapital nicht abgeschafft ist, kann insofern auch keine vollständige Finanzierungsneutralität zwischen Fremd- und Eigenkapital bestehen.

46 Für die Umwandlung in Betracht kommen langfristige Darlehen von Nahestehenden aber auch Cash Pool (Sockel-)Guthaben.

47 Nach ESTV, Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 4.1.1.1 a), 1. Absatz wird jeder Forderungsverzicht des Gesellschafters im Grundsatz wie ein solcher von Dritten behandelt, was zu einem steuerbaren Vermögenszufluss bei der finanzierenden Konzerngesellschaft führen würde. Die in Ziff. 4.1.1.1 a), 2. Absatz genannten Ausnahmen sind ausserhalb des Sanierungsfalls nicht einschlägig, sodass eine steuerbare Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital die Folge wäre.

solcher Umwandlungsvorgang als steuerneutraler Zuschuss i.S.v. Art. 60a DBG und § 66 Bst. a StG ZH zu qualifizieren. Ein solches Verständnis entspricht dem Sinn und Zweck des Eigenkapitalabzugs, wonach eine Stärkung der Eigenkapitalbasis der Gesellschaft erreicht werden soll.[48] Würde die Schaffung von Sicherheitseigenkapital Gewinnsteuerfolgen auslösen, liefe dies dem Gesetzeszweck und der hier gebotenen teleologischen Auslegung zuwider. Schliesslich unterliegt das Sicherheitseigenkapital der Kapitalsteuer.[49] Auch wenn vom steuerbaren Eigenkapital, das auf Darlehen an Konzerngesellschaften entfällt, nun 90 % Prozent abgezogen werden können,[50] ändert dies nichts daran, dass noch keine vollständige Finanzierungsneutralität zwischen den beiden Alternativen besteht. Umso wichtiger ist es, die Gesellschaft nicht mit unnötigen Eintrittskosten zu belasten. Zumindest aus Sicht der Gewinnsteuer lässt sich dies mit der oben aufgezeigten teleologischen Interpretation sicherstellen.

IV. Vorbehalt der ungerechtfertigten Steuerersparnis im Konzern

1. Allgemeines

Gemäss Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH ist der Eigenkapitalabzug auf gewissen Aktiven wie Beteiligungen, nicht betriebsnotwendige Aktiven, in die Patentbox fallende Patente und infolge Zuzugs in die Schweiz aufgedeckte stille Reserven ausgeschlossen. Darüber hinaus verbieten Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e den Abzug auf «*Aktiven im Zusammenhang mit Transaktionen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken, namentlich Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden, soweit diese Forderungen aus der Veräusserung von Beteiligungen [nach Artikel 28 Absätze 1 – 1ter StGH oder §§72 und 72a StG ZH] oder Ausschüttungen stammen*.»

Die Bestimmung enthält im ersten Teilsatz eine Generalklausel, wonach der Eigenkapitalabzug auf Aktiven im Zusammenhang mit Transaktionen verwehrt wird, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken. Im zweiten Teilsatz werden beispielhaft Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden aus Beteiligungsveräusserungen oder Ausschüttungen genannt. Die Verwendung des Wortes «namentlich» lässt darauf schliessen, dass die beiden Transaktionsvarianten keine taxative Aufzählung darstellen, sondern auch weitere Fälle ungerechtfertigter Steuerersparnis erfasst sind.[51]

Buchstabe e ist in Zusammenhang mit Bst. a zu lesen. Da Erträge aus Beteiligungen über den Beteiligungsabzug freigestellt sind, soll nicht auch noch der Eigenkapitalab-

[48] Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 29.
[49] § 79 StG ZH.
[50] § 81 a StG ZH.
[51] Denkbar wäre z.B. die Einbringung von Forderungen in das Eigenkapital der Finanzierungsgesellschaft, die wiederum aus Beteiligungsverkäufen des Einbringenden stammen.

zug zum Tragen kommen (keine Mehrfachabzüge).[52] Erreicht wird dies durch einen Eigenkapitalunterlegungssatz von 100 %, was die Bildung von Sicherheitseigenkapital auf dem Aktivum «Beteiligung» ausschliesst.[53] Würden Beteiligungen nun durch Forderungen ersetzt, die daraus entstehen, dass Beteiligungen im Konzern «gegen Darlehen» (sprich: Verkäuferdarlehen) veräussert werden, wäre Bst. a leicht zu umgehen. Gleiches gilt für Ausschüttungen, die anstatt der empfangenden Finanzierungsgesellschaft Barmittel auszukehren (Bardividende), dieser eine Forderung gegen die ausschüttende Gesellschaft einräumen.[54]

Im Folgenden wird analysiert, welche Transaktionen in den Anwendungsbereich von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e fallen könnten.

2. Transaktionen im Konzern

2.1. Beteiligungsverkauf an inländische Konzerngesellschaften

Eine Finanzierungsgesellschaft, die Sicherheitseigenkapital schaffen will, könnte dies durch Veräusserungen von Beteiligungen an eine andere inländische Konzerngesellschaft gegen Gewährung eines Verkäuferdarlehens erreichen. Die inländische Konzerngesellschaft würde auf dem Darlehen einen drittvergleichskonformen Zins zahlen und steuerlich zum Abzug bringen, während die Finanzierungsgesellschaft den Eigenkapitalabzug geltend machen könnte. Steuerlich effektiv wäre diese Gestaltung v.a. dann, wenn die Beteiligung im Konzern zum Verkehrswert veräussert würde.

Wie oben ausgeführt, verbieten Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e den Eigenkapitalabzug für diesen Fall. Der erwähnte «Double Dip» (steuerliche Entlastung des Zinsertrages über den Eigenkapitalabzug bei gleichzeitiger Abzugsfähigkeit des Zinsaufwandes) soll in einer solchen Konstellation nicht greifen. Der Gesetzgeber wollte hier offenbar missbräuchliche Gestaltungen durch entsprechende konzerninterne Umstrukturierungen verhindern.[55] Allerdings ist u.E. zu differenzieren: Eine ungerechtfertigte Steuerersparnis liegt nur vor, wenn Beteiligungsveräusserungen gegen Darlehen tatsächlich über den Beteiligungsabzug entlastet worden sind. Der Beteiligungsabzug entlastet nach der gesetzlichen Konzeption lediglich die Differenz zwischen Veräusserungserlös und Gestehungskosten.[56] Auf einer allfälligen Differenz zwischen Geste-

52 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 31.

53 Art. 1, Ziff. 2.2 Verordnung (Fn. 10).

54 Siehe dazu unten Abschnitt IV.2.4.3.

55 Siehe die umfassende Darstellung der Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (USR III) vom 29. April 2015, S. 11, insbesondere die Stellungnahme des Kantons Zürich, abrufbar unter https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/gesetzgebung/abstimmungen/reform-der-unternehmensbesteuerung--usr-iii-.html, zuletzt besucht am 5. Mai 2020.

56 Art. 70 Abs. 4 Bst. a DBG und § 72a Abs. 2 Bst. a StG ZH.

hungskosten und Gewinnsteuerwert (wiedereingebrachte Abschreibungen) kommt der Beteiligungsabzug hingegen nicht zur Anwendung. Im Umfang dieser Differenz wäre eine Forderung aus Beteiligungsveräusserung als Basis für die Bildung von Sicherheitseigenkapital zuzulassen.[57]

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Eigenkapitalabzug auf Darlehen, die als Gegenleistung für durch den Beteiligungsabzug freigestellte Beteiligungsveräusserungen an inländische Gruppengesellschaften gewährt werden, nicht zulässig ist. Ebenso wenig kann der Eigenkapitalabzug bei steuerneutralen Beteiligungsausgliederungen oder Vermögensübertragungen im Konzern gem. Art. 63 Abs. 3 DBG und § 67 Abs. 3 StG ZH, die über einen Verkauf zum Gewinnsteuerwert[58] gegen Darlehen abgewickelt werden, geltend gemacht werden.

2.2. Beteiligungsverkauf an ausländische Konzerngesellschaften

Beteiligungen werden in der Praxis im Rahmen von Umstrukturierungen häufig an ausländische Konzerngesellschaften gegen Darlehen veräussert. Nach dem Wortlaut von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e wäre der Eigenkapitalabzug auch auf so entstandenen Forderungen untersagt, da die Norm nicht zwischen inländischen oder ausländischen Nahestehenden unterscheidet. Eine solche grammatikalische Auslegung ist jedoch angesichts der Entstehungsgeschichte nicht nur nicht zwingend, sondern dürfte auch nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung entsprechen. Geschützt werden soll Schweizer Steuersubstrat, und es soll verhindert werden, dass dieses Substrat durch missbräuchliche Gestaltungen geschmälert wird. Wie zuvor erwähnt, würde eine aus Sicht der Schweizer Steuerhoheit unzulässige «doppelte» Schmälerung von Steuersubstrat resultieren, wenn die inländische Finanzierungsgesellschaft eine Beteiligung an eine inländische Konzerngesellschaft gegen Darlehen veräussert, die den Zinsabzug geltend macht, während auf der Forderung Sicherheitseigenkapital gebildet wird, obwohl diese Forderung aus dem Verkauf steuerlich bereits entlasteter Aktiven (Beteiligungen, deren Erträge über den Beteiligungsabzug freigestellt sind) stammt. Entrichtet hingegen eine ausländische Konzerngesellschaft Zinsen auf solchen Forderungen, belastet der Zinsabzug im Ausland nicht das Schweizer Steuersubstrat. Und der Schweizer Fiskus hat keine Befugnis, ausländisches Steuerrecht vor Missbräuchen zu schützen. Diese Kompetenz kommt nur der ausländischen Steuerhoheit zu, und sie müsste durch entsprechende unilaterale Massnahmen missbräuchlichen Gestaltungen entgegentreten.

---

57 Dies muss auch gelten, wenn die seinerzeitige Beteiligungsabschreibung steuerwirksam war. Das durch den Beteiligungsverkauf entstehende Darlehen stammt nämlich aus einer steuerwirksamen Veräusserung, und gemäss Gesetz ist die *Veräusserung* der auslösende Vorgang.

58 Vgl. ESTV, Kreisschreiben Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Umstrukturierungen, Ziff. 4.4.2.1 und Ziff. 4.5.1.

Aus BEPS Sicht wird der Eigenkapitalabzug allerdings nicht als schädliches Steuerregime angesehen, das zu einer Nichtanerkennung des Zinsabzugs auf Stufe des Darlehensnehmers führen würde. Der BEPS Actionreport 2[59] zu den hybriden Gestaltungen führt in diesem Zusammenhang aus, dass «*die Hybrid-Mismatch-Regeln [...] sich auf Zahlungen beziehen [...] und darauf, ob die Art einer Zahlung für den Zahlungsleister zu einem Betriebsausgabenabzug und für den Zahlungsempfänger zu ordentlichen Einnahmen führt. Regeln, die Steuerpflichtigen Anspruch auf einen unilateralen Steuerabzug für im Unternehmen investiertes Eigenkapital gewähren, ohne sie zu verpflichten, eine entsprechende Zahlung zu leisten, wie z.B. Bestimmungen, die einen ‹fiktiven› Eigenkapitalzinsabzug gewähren, sind wirtschaftlich eher mit einer Steuerbefreiung oder ähnlichen auf Steuerpflichtige zugeschnittenen Vergünstigungen zu vergleichen und führen nicht zu einer inkongruenten Besteuerung im Sinne von Aktionspunkt 2.*»[60]

Vor diesem Hintergrund spricht nichts dagegen, den Abzug zuzulassen, wenn die Finanzierungsgesellschaft Beteiligungen an eine ausländische Gesellschaft gegen Einräumung eines Darlehens veräussert. In der Schweiz kann der Zinsabzug geltend gemacht werden, ein zusätzlicher Fremdkapitalabzug findet im Ausland statt. Wenn das ausländische Recht den Zinsabzug zulässt, ist nicht ersichtlich, weshalb Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e hier Anwendung finden sollten. Eine derartige Auslegung steht in Einklang mit dem internationalen Steuerrecht. Darüber hinaus wollte der Gesetzgeber mit der Einführung des Eigenkapitalabzugs u.a. auch dem Risiko der Abwanderung von Unternehmen entgegenwirken, die zuvor den Status einer Finance Branch hatten.[61] Nur eine Auslegung von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e, die den Anwendungsbereich der Bestimmung auf inländische Beteiligungsverkäufe eingrenzt, entspricht dieser Intention.

Verbietet das ausländische Recht den Fremdkapitalzinsabzug bei der zinszahlenden Gruppengesellschaft, sollte der Schweizer Eigenkapitalabzug zwar anwendbar sein, aufgrund der Besteuerung des Zinsertrages auf Bundes- und infolge Entlastungsbegrenzung zum Teil auch auf Kantonsebene käme es allerdings zu einer internationalen Doppelbesteuerung.[62]

---

59 OECD (2017), Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2 – Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD Publishing, Paris.

60 Abschlussbericht Aktionspunkt 2 (Fn. 59), S. 20, Rz. 11. Kursive Hervorhebungen durch uns. Siehe zudem unten Abschnitt V.3.1.

61 Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 30.

62 Vgl. dazu z. Bsp. § 12 Abs. 1 Ziff. 9 des (österreichischen) Körperschaftsteuergesetzes 1988 – KStG 1988: «*Bei den einzelnen Einkünften dürfen nicht abgezogen werden [...] Aufwendungen für Zinsen in Zusammenhang mit einer Fremdfinanzierung, die dem Erwerb von Kapitalanteilen gedient hat, wenn diese Kapitalanteile unmittelbar oder mittelbar von einem konzernzugehörigen Unternehmen bzw. unmittelbar oder mittelbar von einem einen beherrschenden Einfluss ausübenden Gesellschafter erworben worden*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65 b Abs. 3 StG ZH Bst. e teleologisch zu reduzieren ist und lediglich Beteiligungsveräusserungen an *inländische* Nahestehende gegen Einräumung eines Darlehens tatbestandsmässig sind. Bei ausländischen Beteiligungsverkäufen kann aus Sicht der Schweiz keine ungerechtfertigte Steuerersparnis im Konzern entstehen. Zudem spricht auch die Standortattraktivität klar für eine solche Auslegung.

2.3. Beteiligungsverkäufe vor Inkrafttreten von § 65b StG ZH

Hat eine Gesellschaft mit Sitz in Zürich vor Inkrafttreten von § 65b StG ZH im Konzern Beteiligungen gegen Darlehen veräussert und wurden diese Darlehen seitdem nicht zurückbezahlt, «nimmt» die Gesellschaft diese Aktivdarlehen «mit» ins neue Regime des Eigenkapitalabzugs. Es stellt sich die Frage, ob auch in einem solchen Fall die Einschränkungen von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e zu beachten sind oder ob solche Aktivdarlehen für die Bildung von Sicherheitseigenkapital angesetzt werden dürfen. Der Wortlaut der Bestimmung unterscheidet nicht nach dem Zeitpunkt, in dem die entsprechende Forderung entstanden ist.

Aus unserer Sicht ist zu differenzieren: Bei Beteiligungsverkäufen an ausländische Gruppengesellschaften stellt sich die Frage bei konsequenter Anwendung der zuvor erläuterten teleologischen Auslegung nicht. Auf diesen Forderungen darf Sicherheitseigenkapital gebildet werden, weil keine ungerechtfertigte Steuerersparnis aus Sicht der Schweiz resultiert. Wenn dies für Forderungen gegenüber ausländischen Gruppengesellschaften gilt, die aus Beteiligungsverkäufen nach Inkrafttreten von Art. 25a^{bis} StHG und § 65b StG ZH entstanden sind, muss das umso mehr für Forderungen aus Beteiligungsverkäufen vor Inkrafttreten des neuen Rechts gelten. Eine Unterscheidung nach dem Zeitpunkt des Entstehens der Forderung (vor oder nach Inkrafttreten) entbehrte jeder Grundlage.

Bei inländischen Beteiligungsverkäufen ist die Antwort komplexer und muss unter dem Aspekt der Rückwirkung von Erlassen untersucht werden. Es wird zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine echte Rückwirkung eines Erlasses dann vor, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts an ein Ereignis angeknüpft wird, das in der Vergangenheit liegt und vor Erlass des Gesetzes abgeschlossen wurde.[63] Eine echte Rückwirkung muss u.a. im Gesetz

sind.» Siehe auch Gernot Zitter/Reto Heuberger, IFF Seminar zur Unternehmensbesteuerung, 14./15. Januar 2020, Umstrukturierungen, S. 58 und S. 64. Siehe auch unten Abschnitt V.2.3 für eine US Darlehensnehmerin.

63 BGE 107 Ib 196.

ausdrücklich angeordnet sein.[64] Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e enthalten keine derartige Anordnung. Eine echte Rückwirkung liegt demnach nicht vor.

Knüpft eine Regelung an Verhältnisse, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts aber noch andauern, liegt eine unechte Rückwirkung vor.[65] Wie auch die echte gilt die unechte Rückwirkung nur dann als verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen.[66] Betrachtete man nun Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e als unechte Rückwirkung mit Bezug auf bereits vor Inkrafttreten der STAF bestehende Darlehen aus gruppeninternen inländischen Beteiligungsverkäufen, würde die Rückwirkung keine wohlerworbenen Rechte beeinträchtigen. Vor Inkrafttreten von Art. 25a^{bis} StHG und § 65b StG ZH konnte ein Steuerpflichtiger kein Recht auf Anwendung des Eigenkapitalabzugs ableiten und insofern auch kein wohlerworbenes Recht geltend machen. Insofern könnte der Steuerpflichtige gegen eine Verweigerung des Eigenkapitalabzugs auf Darlehen aus inländischen Beteiligungsverkäufen nichts einwenden. Allerdings gilt dies u.E. nur für Forderungen aus seinerzeitigen steuerfreien Beteiligungsveräusserungen, also bei Veräusserungen durch ehemalige Holding- oder gemischte Gesellschaften oder solchen Veräusserungen, die vollständig dem Beteiligungsabzug unterlagen. Im Umfang von wiedereingebrachten Abschreibungen wäre die Forderung aus dem seinerzeitigen Verkauf hingegen zur Bildung von Sicherheitseigenkapital zuzulassen.[67]

2.4. Ausschüttungen

Neben Forderungen aus der Veräusserung von Beteiligungen nennt das Gesetz auch Forderungen gegenüber Nahestehenden, «*soweit diese Forderungen aus Ausschüttungen stammen*.» Diese Formulierung ist missverständlich und bedarf einer Präzisierung.

2.4.1. Ausschüttung von Forderungen

Schüttet eine Gesellschaft an die Finanzierungsgesellschaft Forderungen gem. Art. 1 Ziff. 1.3 (Forderungen aus Lieferungen und Leistungen), 1.4 (übrige kurzfristige Forderungen) und 2.1.5.1 (Darlehen an Nahestehende, die keine ungerechtfertigte Steuerersparnis nach Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG bewirken) der Verordnung[68] aus, darf die Finanzierungsgesellschaft diese Forderungen für die Bildung von Sicherheitseigenkapital mit den entsprechenden Unterlegungssätzen ansetzen. Da kein Konnex zu einer Forderung aus Beteiligungsverkauf besteht, sind diese Forderungen keine solchen i.S.v. Art. 25a^{bis}

64 Vgl. als Beispiel einer echten Rückwirkung Art. 70 c Abs. 1 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG) vom 13. Oktober 1965, SR 642.21.

65 BGE 138 I 189 E. 3.4 S. 193 f.; 137 II 371 E. 4.2 S. 373 ff.; 133 II 97 E. 4.1 S. 101 f.

66 Vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4 S. 193 f. mit Hinweisen; 126 V 134 vE. 4a S. 135 f.

67 Siehe oben Abschnitt IV.2.1.

68 Fn. 10.

Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e. Der Verweis in Ziff. 2.1.5.2 der Verordnung auf Art. 25a^{bis} Abs. 3 Bst. e StHG ist unglücklich, weil der Gesetzestext wie erwähnt unpräzise ist. Um einen unauflöslichen Zirkelschluss zu vermeiden, müssen Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e wiederum teleologisch reduziert und die genannten Forderungen *ausserhalb eines Beteiligungsverkaufs* für Zwecke des Eigenkapitalabzugs zugelassen werden. Forderungen hingegen, die tatsächlich aus dem Verkauf von Beteiligungen an inländische Gruppengesellschaften stammen und als Sachdividenden an die Finanzierungsgesellschaft ausgeschüttet werden, sind von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e erfasst.

2.4.2. Ausschüttung «gegen Darlehen»

Mit der Formulierung, «*soweit diese Forderungen aus* [der Veräusserung von Beteiligungen] oder *Ausschüttungen*[69] stammen,» hatte der Gesetzgeber wohl Dividenden vor Augen, die nicht Barmittel an den Anteilsinhaber (hier: die Finanzierungsgesellschaft) auskehren, sondern die Dividende als «Darlehen stehenlassen.» Durch diesen Vorgang entsteht eine Forderung des Aktionärs gegenüber der die Dividende ausschüttenden Gesellschaft. Da die Ausschüttung dem Beteiligungsabzug unterliegt, soll die entstandene Forderung nicht für den Eigenkapitalabzug herangezogen werden dürfen. Somit muss u.E. primär diese Art der Forderungsentstehung in den Anwendungsbereich von Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e fallen.

2.4.3. Ausschüttung von Beteiligungen

Werden Beteiligungen an die Finanzierungsgesellschaft in Form einer Sachdividende ausgeschüttet, entsteht keine Forderung der Finanzierungsgesellschaft gegenüber der ausschüttenden Gesellschaft. Der Dividendenanspruch wird in Sachwerten (eben mittels Beteiligung) erfüllt. Die solcherart empfangene Beteiligung ist (von der Finanzierungsgesellschaft) mit 100 % Eigenkapital zu unterlegen und darf nicht für die Bildung von Sicherheitskapital berücksichtigt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. a.

3. Verhältnis zu Debt push-down

Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e statuieren Ausnahmen von der Anwendung des Eigenkapitalabzugs. Bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen darf der Eigenkapitalabzug (auf den entsprechenden Forderungen) nicht angewendet werden. Die Bestimmung hat jedoch keine weitere Bedeutung. Insbesondere ist sie nicht

[69] Hervorhebung von uns.

Rechtsgrundlage für die Verweigerung des *Zinsabzugs auf Fremdkapital* bei jener Gesellschaft, die die Beteiligung gegen Darlehen erwirbt.[70]

V. Schweizer Eigenkapitalabzug im internationalen Umfeld

1. Allgemeines

Die Entwicklung im internationalen Steuerrecht in den letzten Jahren hat gezeigt, dass sich nationale Gesetzgebungen nicht mehr ohne weiteres losgelöst von internationalen Vorgaben fortschreiben lassen. Dies gilt nicht nur für Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), die Unionsrecht ohnehin zwingend in ihre nationale Gesetzgebung überführen müssen, sondern auch für andere Staaten. Am Beispiel der Schweiz hat sich dieser Trend nicht zuletzt mit dem Inkrafttreten der STAF bestätigt, deren Auslöser der internationale Druck auf die privilegierten Schweizer Steuerregime war. Aber auch die im Rahmen der STAF eingeführten Ersatzmassnahmen stehen auf dem internationalen Prüfstand und werden nur dann Bestand haben, wenn sie von der internationalen Staatengemeinschaft akzeptiert sind. In Bezug auf den Eigenkapitalabzug hat dies der Zürcher Regierungsrat erkannt, in dem er eine Prognose auf zukünftige Mindestanforderungen an die Besteuerung von Zinserträgen gewagt hat.[71]

Vor diesem Hintergrund wird der Schweizer Eigenkapitalabzug im Folgenden hinsichtlich wichtiger globaler Entwicklungen im Steuerrecht auf dessen Akzeptanz geprüft, zumal in diesem Zusammenhang im Gesetzgebungsverfahren Zweifel aufgekommen sind.[72] Im Vordergrund stehen das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), das Base Erosion und Profit Shifting (BEPS) Projekt der G20 und der OECD und die EU-Richtlinien zur Bekämpfung aggressiver Steuerplanung.

2. Abkommensrecht

Spezielle Steuerregime sind in DBA mitunter Gegenstand eigener Bestimmungen.[73] Im Folgenden wird geprüft, ob der Eigenkapitalabzug ein solches spezielles Steuerregime darstellen kann und, ob allgemeine geschriebene oder ungeschriebene DBA-Bestimmungen wie das Nutzungsrecht oder die missbräuchliche Inanspruchnahme im Hinblick auf den Eigenkapitalabzug relevant sein können. Angenommen wird dabei, dass ausländische Gruppengesellschaften aus Ländern, mit denen die Schweiz ein DBA abgeschlossen hat, an eine Finanzierungsgesellschaft mit Sitz in Zürich, die den Eigen-

70 Ausführlich zu diesem Aspekt Gernot Zitter/Bojana Mirkovic, Der Debt push-down in der Schweizer Rechtsprechung. Eine Analyse der Judikatur zum Debt push-down als Folge eines Leverage Buy-Out (LBO) und mögliche Auswirkungen auf die Praxis, ASA 87 (2018/2019), S. 568 f.

71 Vgl. Antrag des Regierungsrates (Fn. 28), S. 30.

72 Vgl. dazu exemplarisch; Votum Bischof (C, SO), AB 2016 S. 433.

73 Vgl. z.B. etwa die früheren Schweizer DBA mit Italien, Frankreich und Belgien, die eigene Bestimmungen zu den privilegierten Holding- und gemischten Gesellschaften enthielten.

kapitalabzug geltend macht, Zinsen zahlen. Die Zinszahlungen unterliegen nach dem Recht der zahlenden Gesellschaft einer Quellensteuerbelastung, die bei Vorliegen der DBA-Berechtigung teilweise oder vollständig reduziert wird.

2.1. Nutzungsberechtigung

Die meisten Schweizer DBA enthalten in Anlehnung an das OECD Musterabkommen den Begriff des Nutzungsberechtigten. Das Nutzungsrecht fehlt, wenn die Finanzierungsgesellschaft unter Berücksichtigung aller Fakten und Umstände nur als Zwischenträger, z.B. Vertreter, Treuhänder oder Bevollmächtigter agiert und ihr daher die Zinszahlungen wirtschaftlich nicht zustehen oder sie nicht frei über deren Verwendung bestimmen kann. Schädlich sind v.a. (auch nur de-facto) Verpflichtungen zur Weiterleitung der Erträge.[74]

Der Eigenkapitalabzug an sich bewirkt keine Verpflichtung zur Weiterleitung. Der Anreiz zur Bildung von Sicherheitseigenkapital sollte vielmehr einen gegenteiligen Effekt haben, da eine «Back-to-back» Finanzierung bei der Strukturierung von Darlehensvergaben über eine Finanzierungsgesellschaft mit Eigenkapitalabzug gerade nicht benötigt wird. Auch aus Schweizer Sicht (Schweiz als Quellenstaat) würde eine «gesunde» Finanzierung gerade für das Vorhandensein entsprechender (finanzieller) Substanz und für das Nutzungsrecht sprechen. Der Eigenkapitalabzug sollte dementsprechend unter dem Aspekt des Nutzungsrechts unproblematisch sein.

2.2. Principal Purpose Test

Der im Rahmen des BEPS-Aktionspunktes 6[75] entworfene Principal-Purpose Test (PPT) ist eine allgemeine Regel zur Verhinderung von Abkommensmissbrauch, die auf dem Hauptzweck von Transaktionen oder Vereinbarungen basiert.[76] Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung wird ein Abkommensvorteil verwehrt, wenn unter Berücksichtigung aller Fakten und Umstände vernünftigerweise davon ausgegangen werden muss, dass die reine Verschaffung des Abkommensvorteils einer der Hauptzwecke der vorgenommenen Gestaltung war.[77]

74 BGE 2C_209/2017 vom 16. Dezember 2019, E.3.3. Siehe auch Urteil des EuGH C-115/16 N Luxembourg 1 gegen Skatteministeriet, Rz. 87 f.

75 OECD (2018),Verhinderung der Gewährung von Abkommensvergünstigungen in unangemessenen Fällen, Aktionspunkt 6 – Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD Publishing, Paris (abrufbar unter https://doi.org/10.1787/9789264304390-de).

76 OECD/G20, Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures and Prevent Base Erosion and Profit Shifting, Rz. 88.

77 Vgl. Art. 7 Abs. 1 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures and Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI) vom 24. November 2016.

Der Einsatz einer Finanzierungsgesellschaft, die den Eigenkapitalabzug geltend macht, bringt zwar den «Vorteil» mit sich, dass die Zinserträge im Empfängerstaat eher tief besteuert werden. Ein solcher Vorteil ist aber kein Abkommensvorteil i.S.d. PPT. Mit Abkommensvorteilen sind vielmehr solche gemeint, die sich unmittelbar aus dem Abkommen selbst ergeben wie z.B. die teilweise oder gänzliche Entlastung von Quellensteuern (hier auf Zinsen) oder die Anwendung einer DBA-Zuteilungsregel.[78]

Die blosse Inanspruchnahme des Eigenkapitalabzugs bewirkt folglich keinen Abkommensvorteil i.S.d. PPT. Dies schliesst indes eine Prüfung der Abkommensberechtigung der Finanzierungsgesellschaft durch den Quellenstaat unter anderen Aspekten wie insbesondere unilateralem Recht oder sonstigen «Substanzkriterien» nicht aus.

2.3. US Sichtweise

Die aktuelle Fassung der US Model Income Tax Convention aus dem Jahr 2016 (US Model Convention)[79] sieht in Bezug auf NID Regime eine spezielle Regelung vor. Während NIDs in der Fassung aus dem Jahre 2015 noch unter die sog. «special tax regimes» fielen, listet die US Model Convention NIDs nicht mehr als ein solches Special Tax Regime auf.[80] Dafür wird die NID nunmehr in Art. 11 Abs. 2 Bst. e US Model Convention erwähnt (Zinsartikel).[81] Nach dieser Bestimmung wird das Besteuerungsrecht – in Abweichung von der Grundregel, dass Zinserträge ausschliesslich im Empfängerstaat steuerbar sind[82] – dem Quellenstaat nach dessen unilateralem Recht zugewiesen, wenn die Zahlung an einen Empfänger erfolgt, der eine NID anwendet.[83] Hintergrund der Änderung waren aus US-Sicht Befürchtungen, dass Zinszahlungen an Gruppengesellschaften, die von einer NID profitieren, keiner oder nur einer geringen Steuerbelastung unterliegen.[84] Das Musterabkommen selbst hingegen erwähnt im Zusammenhang mit der NID keine Steu-

78 OECD Musterabkommen 2017, Art 29 Rn. 17. Vgl. in diesem Zusammenhang ausführlich Gernot Zitter/Daniel Gentsch, Wirtschaftliche Handänderung und Abkommensmissbrauch. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich zum DBA-Luxemburg, ST 9/2014, S. 824 mit weiteren Hinweisen.

79 United States Model Income Tax Convention vom 17. Februar 2016.

80 Siehe Art. 3 Abs. 1 Bst. l US Model Convention.

81 Vgl. zum Hintergrund und zur Entstehungsgeschichte die am 17. Februar 2016 vom US Finanzamt publizierte Präambel zur US Model Convention, abrufbar unter: https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf (zuletzt besucht am 10. Mai 2020).

82 Art. 11 Abs. 1 US Model Convention.

83 Würden Zinsen aus US-Quelle an eine nahestehende Schweizer Finanzierungsgesellschaft gezahlt, die den Eigenkapitalabzug geltend macht, wären die Zinszahlungen mit einer finalen Quellensteuer von 30% belastet. Vgl. § 871(a)(1) des U.S. Code: Title 26 – Internal Revenue Code of 1986, as amended (IRC).

84 Vgl. dazu Präambel zur US Model Convention vom 17. Februar 2016, S. 3: «[…] *This change represents a more focused approach to addressing the policy concern that interest income that benefits from a NID is often subject to no or very little tax* […].»

erbelastung. Bei grammatikalischer Auslegung wäre daraus zu schliessen, dass ein NID Regime aus US-Sicht lediglich die Voraussetzungen der Definition in Art. 11 Abs. 2 Bst. e US Model Convention[85] erfüllen muss und nicht auf eine gewisse Mindeststeuerbelastung abstellt. In diesem Sinne wäre das Verständnis gewissermassen objektiviert, was keine einschränkende Auslegung von Art. 11 Abs. 2 Bst. e US Model Convention zuliesse. Dass die effektive Steuerbelastung von derzeit 12.3 % einer Zürcher Finanzierungsgesellschaft mit Eigenkapitalabzug moderat tief ausgestaltet ist, würde nicht helfen, den Schweizer Eigenkapitalabzug aus dem Anwendungsbereich der US Model Convention zu bringen.[86]

Zusammengefasst wäre der von einer Zürcher Finanzierungsgesellschaft geltend gemachte Eigenkapitalabzug i.S.d. US Model Convention wohl schädlich und würde eine Quellensteuerbelastung auf Zinszahlungen einer US Konzerngesellschaft an die Zürcher Finanzierungsgesellschaft von 30 % auslösen. Relevant würde dies allerdings erst bei einer Neuverhandlung des DBA Schweiz/USA, sofern die USA die NID Bestimmungen der US Model Convention erfolgreich in das DBA hineinverhandelten. Da die aktuelle Fassung des DBA Schweiz/USA die oben genannten Klauseln nicht kennt, sollte die Gewährung von Abkommensvorteilen für Gesellschaften, die vom Eigenkapitalabzug profitieren, auch im Hinblick auf Zinszahlungen aus den USA in die Schweiz nicht speziell gefährdet sein. Allerdings besteht beim Einsatz einer Zürcher Finanzierungsgesellschaft mit Eigenkapitalabzug im Verhältnis zu den USA das Risiko der internationalen Doppelbesteuerung, weil das US Steuerrecht NID Regime als hybride Gestaltungen qualifiziert und den Zinsabzug bei der leistenden US Gesellschaft nicht zulässt.[87]

3. Verhältnis zu BEPS

Zwei der insgesamt 15 Aktionspunkte, die im Rahmen des OECD/G20 BEPS Projektes erstellt wurden, lassen Rückschlüsse auf die internationale Akzeptanz einer NID und damit auf den Eigenkapitalabzug gem. Art. 25a^{bis} StHG und § 65b StG ZH zu. Es sind dies

85 «[…] *if such resident benefits, at any time during the taxable year in which the interest is paid, from notional deductions with respect to amounts that the Contracting State of which the beneficial owner is resident treats as equity*.»

86 Steuerliche Mindestschwellen finden sich in der Definition eines (schädlichen) Special Tax Regimes gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. l (iii) Ziff. 3 US Model Convention, das auf einen Steuersatz von unter 15 % (oder 60 % des ordentlichen Steuersatzes des Empfängerstaates) abstellt. Allerdings fällt ein NID Regime nicht (mehr) unter die Definition eines Special Tax Regimes.

87 Siehe § 267a IRC, der die Abzugsfähigkeit von Zahlungen aufgrund hybrider Gestaltungen untersagt. Gemäss den kürzlich publizierten Treasury Regulations des US Internal Revenue Service (IRS) stellt eine NID eine hybride Gestaltung dar: «[…] *The proposed regulations provide that a hybrid deduction includes a deduction with respect to equity, such as a notional interest deduction (‹NID›).*» Vgl. https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-04-08/pdf/2020-05924.pdf, zuletzt besucht am 11. Mai 2020.

BEPS Aktionspunkt 2 (Hybride Gestaltungen)[88] und BEPS Aktionspunkt 5 (Harmful Tax Practices).[89]

3.1. BEPS Action 2: Hybride Gestaltungen

Der Eigenkapitalabzug, der einen steuerlichen Abzug (des Zinsaufwands bei der zahlenden Gesellschaft) bei gleichzeitiger (teilweiser) steuerlicher Nichtberücksichtigung (der Zinserträge bei der Finanzierungsgesellschaft) und damit ein sog. «D/NI»[90] Ergebnis bewirkt, könnte als hybride Struktur im Sinne des BEPS Aktionspunktes 2 zu qualifizieren sein. Wenngleich das «D/NI»-Ergebnis vordergründig auf eine Hybridität des Eigenkapitalabzugs schliessen lässt, entsteht es weder durch eine unterschiedliche rechtliche Qualifikation eines Finanzinstruments (Fremd- vs. Eigenkapital)[91] noch eines Unternehmenstypus (transparente vs. intransparente Besteuerung).[92] Konsequenterweise qualifiziert die OECD den Abzug für Eigenfinanzierung als wirtschaftlich eher mit einer Steuerfreistellung vergleichbar, die nicht unter die hybriden Strukturen i.S.v. Aktionspunkt 2 fällt.[93]

3.2. BEPS Action 5: Harmful Tax Practices

Ein schädliches Steuerregime gemäss OECD Bericht des Forum on Harmful Tax Practices («FHTP») von 1998 liegt vor, wenn vier Kriterien kumulativ erfüllt sind: a) mobile Einkünfte werden gering oder gar nicht besteuert, b) sog. «Ring-Fencing» gegenüber der Binnenwirtschaft, c) intransparente Ausgestaltung und d) kein (genügender) Informationsaustausch.[94]

Im Bericht findet sich keine Aussage zur möglichen Qualifikation des Eigenkapitalabzugs als schädliches Steuerregime. Legt man die genannten Kriterien zugrunde, sollte der Schweizer Eigenkapitalabzug nicht als schädlich i.S.v. Aktionspunkt 5 zu qualifizieren sein, da einerseits Zinserträge nicht privilegiert besteuert werden und andererseits – im Gegensatz zur Finance Branch – auch kein Ring Fencing vorliegt. Wie erwähnt erfordert der Eigenkapitalabzug auch eine gewisse Substanz bei der Finanzierungsgesell-

88 Fn. 59.

89 OECD (2016), Wirksamere Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter Berücksichtigung von Transparenz und Substanz, Aktionspunkt 5 – Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD Publishing, Paris.

90 Sog. «Deduction / Non-inclusion.» Aufgrund des «fiktiven» Zinsabzuges auf dem Eigenkapital wird ein Teil der Zinseinkünfte steuerlich freigestellt, was zu einer Besteuerungsinkongruenz (d.h. voller Abzug beim Zahlenden und nur teilweiser Berücksichtigung in der Bemessungsgrundlage des Empfängers) führt.

91 Vgl. Abschlussbericht Aktionspunkt 2 (Fn. 59), Kapitel 1, 2, 3 und 6.

92 Sog. Reverse Hybrids; vgl. Abschlussbericht Aktionspunkt 2 (Fn. 59), Kapitel 4, 5 und 7.

93 Vgl. oben Abschnitt IV.2.2.

94 OECD, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue (OECD Publishing 1998), S. 22.

schaft in Form einer überdurchschnittlichen Eigenkapitalisierung, was ebenfalls gegen die Schädlichkeit des Instruments spricht.

Diese Auffassung wird weiter dadurch gestützt, dass ein Abzug für Eigenfinanzierung weder in irgendeiner Form im 2004 Progress Report[95] noch im 2006 Update Report,[96] dem BEPS Aktionspunkt 5[97] oder im darauf folgenden Peer Review[98] erwähnt wird.

3.3. BEPS 2.0

Das BEPS Projekt hat kürzlich eine Fortsetzung mit weiteren Arbeiten der OECD/G20 zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft (GloBE) gefunden. Im November 2019 wurde ein öffentliches Konsultationsverfahren zur sog. BEPS «Pillar Two» eröffnet, im Rahmen dessen vier Mechanismen vorgestellt wurden, die eine globale Mindestbesteuerung sicherstellen sollen.[99] Es handelt sich dabei um die sog. «Income inclusion rule», die «Switch-over rule», die «Undertaxed payment rule» und die «Subject to tax rule». Mögliche Auswirkungen auf den Eigenkapitalabzug werden im Folgenden anhand der Undertaxed payment- und der Subject to tax rule analysiert.[100]

3.3.1. «Undertaxed payment rule»

Dieser Mechanismus soll eine (globale) Mindestbesteuerung sicherstellen und sieht im unilateralen Recht des Quellenstaates im Falle einer Zahlung an eine «niedrig besteuerte» nahestehende Gesellschaft entweder die Verweigerung der steuerlichen Abzugsfähigkeit einer Zahlung, oder die Erhebung einer Quellensteuer auf dieser Zahlung vor.[101] Es ist dabei irrelevant, mit welchem Mittel eine «Niedrigbesteuerung» erreicht wird.

3.3.2. «Subject to tax rule»

Die Subject to tax rule sieht im Falle einer Zahlung an eine «niedrig besteuerte» nahestehende Gesellschaft entweder die Erhebung einer Quellensteuer auf dieser Zahlung oder

95 Vgl. dazu die Aufstellung auf S. 7 ff. Nähere Informationen sind abrufbar unter: https://www.oecd.org/ctp/harmful/oecd-harmful-tax-practices-project-2004-progress-report.pdf, zuletzt besucht am 11. Mai 2020.

96 Vgl. dazu die Liste potentiell schädlicher Steuerregime auf S. 5 f. Das Dokument ist abrufbar unter http://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf, zuletzt besucht am 11. Mai 2020.

97 Abschlussbericht Aktionspunkt 5 (Fn. 89), Rz. 147 ff.

98 Das Dokument ist abrufbar unter http://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-peer-review-results-on-preferential-regimes.pdf, zuletzt besucht am 11. Mai 2020. Vgl. dazu die Aufstellungen ab Rz. 2 ff.

99 OECD/G20, Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal («GloBE») (Pillar Two). Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy (nachfolgend «OECD BEPS 2.0 – Pillar Two»), Rz. 5.

100 Auch die Income inclusion rule könnte für Staaten, die eine NID kennen, relevant sein, da sie explizit gruppeninterne Finanzierungen anspricht. Vgl. OECD BEPS 2.0 – Pillar Two (Fn. 99), Annex B, Rz. 11.

101 OECD BEPS 2.0 – Pillar Two (Fn. 99), Rz. 5b.

die Aberkennung von Abkommensvorteilen vor. Im Gegensatz zur Undertaxed payment rule, soll die Subject to tax rule völkerrechtlich verankert werden.[102]

Sämtliche Pillar Two Mechanismen wurden im Konsultationsverfahren erst grob skizziert. Die genaue Funktionsweise ist noch offen, und die Einzelheiten sind noch nicht absehbar. Ziel der OECD ist es, bis Ende dieses Jahres einen finalen Bericht und möglicherweise bereits einen verbindlichen Mindeststandard zu definieren, der ein «level-playing field» gewährleisten soll.[103]

Auch wenn die genaue Ausgestaltung noch nicht feststeht, so ist doch davon auszugehen, dass im Falle einer Implementierung i.S. eines Mindeststandards signifikante Auswirkungen auf Zahlungen an Gesellschaften, die vom Abzug für Eigenfinanzierung profitieren, resultieren könnten. Die grosse Frage wird natürlich sein, bei welcher Grenze eine Mindestbesteuerung angesetzt wird. Diesbezüglich finden sich in den Materialien noch keine Anhaltspunkte.[104]

3.4. Zusammenfassung

Eine Analyse der einschlägigen BEPS Materialien ergibt, dass der Schweizer Eigenkapitalabzug vorerst weder in den Anwendungsbereich der Anti-Hybrid Regeln gemäss Aktionspunkt 2, noch in den Anwendungsbereich der «Harmful Tax Practices» gemäss Aktionspunkt 5 fällt. Daraus lässt sich eine – zumindest vorübergehende – internationale Akzeptanz des Abzugs ableiten. Inwiefern diese Akzeptanz von Dauer sein wird, ist aber angesichts der Folgeentwicklungen im Rahmen von BEPS 2.0 unklar. Bei tatsächlicher Einführung einer Mindestbesteuerung im Rahmen der Pillar Two könnte ein NID Regime und damit auch der Schweizer Eigenkapitalabzug international unter Druck geraten. Vereinzelt greifen Länder den neuen Ansatz der OECD bereits auf. So beabsichtigt Norwegen die Einführung einer *undertaxed payment rule* schon per 1. Januar 2021, die auf im Empfängerstaat nicht oder niedrig besteuerte Zinseinkünfte eine Quellensteuer von 15 % vorsieht.[105]

[102] OECD BEPS 2.0 – Pillar Two (Fn. 99), Rz. 5d.

[103] OECD BEPS 2.0 – Pillar Two (Fn. 99), S. 2.

[104] Dazu heisst es lediglich: «[…] *The actual rate to be applied under the GloBE proposal has not yet been discussed by the Inclusive Framework* […].» OECD (2020), Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, S. 28, Rz. 9.

[105] Finley Ryan, Norway Proposes Intragroup Interest and Royalty Withholding Tax, Tax Notes Today International, 03/05/2020 (Doc 2020-8327).

4. Verhältnis zu ATAD

Die beiden ATAD-Richtlinien[106] des Rates der EU wurden als Reaktion auf die Empfehlungen aus dem OECD/G20 BEPS Projekt[107] in den EU-Mitgliedstaaten umgesetzt.[108] Damit sollte eine zeitnahe und koordinierte Umsetzung der Anti-BEPS-Massnahmen auf EU-Ebene sichergestellt werden. Die beiden Richtlinien sollen Verzerrungen des Binnenmarktes aufgrund unfairen Steuerwettbewerbs und unilateraler und divergierender Implementierung der BEPS-Aktionspunkte durch die jeweiligen EU-Mitgliedstaaten verhindern.[109]

Da ATAD I und II BEPS-Inhalte umsetzen, sind die Richtlinien und deren innerstaatliche Umsetzung im Sinne der OECD/G20 BEPS-Empfehlungen auszulegen. Im Hinblick auf den Eigenkapitalabzug ergibt sich somit kein anderes Bild als unter BEPS. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach der Eigenkapitalabzug unter ATAD als schädliche Gestaltung oder hybride Struktur qualifiziert und in seinem internationalen Anwendungsbereich eingeschränkt werden müsste. Den Mitgliedstaaten steht es jedoch grundsätzlich frei, auch schärfere als die in den beiden ATAD-Richtlinien vorgesehenen Massnahmen in innerstaatliches Recht zu übernehmen, sofern die Grundfreiheiten und das EU-Primärrecht beachtet werden. Eine abschliessende Beurteilung hinsichtlich Akzeptanz des Eigenkapitalabzugs erfordert letztlich eine Analyse des jeweiligen nationalen Rechts der Mitgliedstaaten.[110]

5. Eigenkapitalabzug unter DAC 6

Aktionspunkt 12 des OECD/G20 BEPS Projektes[111] befasst sich mit der zwingenden Offenlegung von Informationen, die die Steuerhoheiten frühzeitig über aggressive Steuerplanung in Kenntnis setzen sollen. Auf EU-Ebene wurden die Empfehlungen des Aktionspunktes 12 mit einer eigenen Richtlinie umgesetzt, der sog. DAC 6 Richtlinie, kurz «DAC 6.»[112]

106 Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates, vom 12. Juli 2016, mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts (ATAD I) und Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2016/1164 bezüglich hybrider Gestaltungen mit Drittländern (ATAD II).

107 Vgl. dazu die Erwägungen 1) und 2) zu ATAD I.

108 Eine Transponierung der ATAD-Richtlinien in nationales Recht hätte, mit wenigen Ausnahmen, bis zum 31. Dezember 2019 erfolgen müssen. Vgl. Art. 11 Abs. 2 ATAD I und Art. 2 Abs. 1 ATAD II.

109 ATAD-Vorschlag vom 28. Januar 2016, COM(2016)26 final, S. 3 f.

110 Ähnlich wie oben unter Abschnitt V.2.3 in Bezug auf das US Steuerrecht.

111 OECD (2015), Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

112 Richtlinie (EU) 2018/822 des Rates vom 25. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen.

Vereinfacht zusammengefasst sieht DAC 6 vor, dass grenzüberschreitende Gestaltungen, an denen mindestens ein EU-Mitgliedstaat (mit einem anderen Mitglied- oder Drittstaat) beteiligt ist und die gewisse Merkmale (sog. «Kennzeichen» oder «Hallmarks») aufweisen, entweder von den an der Gestaltung beteiligten Unternehmen oder von einem Intermediär den zuständigen nationalen Steuerbehörden der EU-Mitgliedstaaten innerhalb bestimmter Fristen gemeldet werden müssen. Die Meldung dient v.a. als Informationsbeschaffung für die Steuerbehörden, die damit tiefere Einblicke in gewisse Gestaltungen erhalten und diese Informationen zur weiteren steuerlichen Prüfung des beteiligten Unternehmens verwenden können. Bei Nichtbeachtung der Meldepflicht drohen mitunter empfindliche Bussen.

Zahlt etwa eine Gruppengesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat Zinsen an eine Zürcher Finanzgesellschaft, die den Eigenkapitalabzug geltend macht, liegt eine grenzüberschreitende Transaktion i.S.v. DAC 6 vor, die z.B. unter Kennzeichen C) 1) d meldepflichtig sein könnte.[113] Gemäss diesem Kennzeichen ist eine meldepflichtige Gestaltung eine solche, die abzugsfähige grenzüberschreitende Zahlungen zwischen zwei oder mehr verbundenen Unternehmen umfasst und bei der die Zahlung im Hoheitsgebiet, in dem der Empfänger steuerlich ansässig ist (hier: Schweiz), in den Genuss von einem *präferentiellen Steuerregime* kommt.[114] Der Eigenkapitalabzug dürfte aller Voraussicht nach als präferentielles Steuerregime i.S.d. Bestimmung zu qualifizieren sein.[115] Darüber hinaus muss bei diesem Kennzeichen der sog. «Main Benefit Test» erfüllt sein.[116] Dies ist dann der Fall, wenn der Hauptvorteil oder einer der Hauptvorteile, den eine Person unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände vernünftigerweise von einer Gestaltung erwarten kann, die Erlangung eines Steuervorteils ist.[117] Der Main Benefit Test sollte im Beispiel erfüllt sein, da einer der Hauptvorteile dieser Transaktion ein Steuervorteil sein dürfte.[118]

---

113 Eine grenzüberschreitende Gestaltung kann auch unter mehrere Kennzeichen fallen. Auf das genannte Beispiel könnte auch Kennzeichen A) anwendbar sein.

114 Richtlinie (EU) 2018/822 (Fn. 112), Anhang IV, Teil II, C) 1) d.

115 So scheint das Konsultationspapier des Vereinigten Königreichs zu C) 1) d nicht nur auf eine präferentielle Besteuerung von spezifischen Einkommensströmen abzuzielen, sondern auch auf Massnahmen, welche allgemein zu einer vorteilhaften Besteuerung führen: «*There is no definitive list of what constitutes a ‹preferential tax regime› for the purposes of 1(d). It could include patent box regimes or special economic zones which provide certain tax incentives.*» Konsultationspapier vom 22. Juli 2019, Rn. 10.15, abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/818842/International_Tax_Enforcement_-_disclosable_arrangements__consultation_.pdf, zuletzt besucht am 12. Mai 2020.

116 Richtlinie (EU) 2018/822 (Fn. 112), Anhang IV, Teil I.

117 Richtlinie (EU) 2018/822 (Fn. 112), Anhang IV, Teil I.

118 Wie auch bei den ATAD Richtlinien hat der nationale Gesetzgeber Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung von DAC 6. Deshalb muss auch bei der Beurteilung der Meldepflichten letztlich das nationale Recht des involvierten EU-Mitgliedstaates geprüft werden.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Der ursprünglich angedachte breite Anwendungsbereich eines Zinsabzuges auf Eigenkapital auf Bundes- und Kantonsebene wurde mit Inkrafttreten der STAF stark eingeschränkt auf Gesellschaften mit Sitz im Kanton Zürich. Als Ersatz für die Abschaffung der Finance Branch Regimes gedacht, wird sich erst zeigen, ob der Eigenkapitalabzug dafür sorgen kann, dass sich Finanzierungsgesellschaften im Kanton Zürich ansiedeln werden bzw. die ehemaligen Finance Branches ersetzen können. Die effektive Steuerbelastung kann mit Hilfe des Eigenkapitalabzugs zwar im Vergleich zu ordentlich besteuerten Gesellschaften mit Sitz in Zürich gesenkt werden, doch ist diese selbst im günstigsten Fall[119] nur unwesentlich tiefer als die effektive Belastung ordentlich besteuerter Gesellschaften in anderen Kantonen. Damit sind ordentlich besteuerte Gesellschaften in Kantonen wie z.B. Luzern, Schwyz und Zug eine ernstzunehmende Alternative zu Zürcher Finanzierungsgesellschaften mit Eigenkapitalabzug.

Der Mechanismus des Eigenkapitalabzugs ist aus dem Gesetz heraus nicht selbsterklärend, dank der ergänzenden Verordnung und den Erläuterungen des EFD inklusive praktischem Anwendungsbeispiel letztlich jedoch verständlich. Auf die Ausnahmetatbestände, insbesondere jenem der sog. ungerechtfertigten Steuerersparnis im Konzern trifft dies indes nicht zu. Wie aufgezeigt sind die offenbar als Missbrauchsvorbehalt angedachten Art. 25a^{bis} Abs. 3 StHG und § 65b Abs. 3 StG ZH Bst. e unklar formuliert und müssen erst mittels entsprechender Auslegung auf ihren richtigen Anwendungsbereich teleologisch reduziert werden. In eine sachgerechte Auslegung sollten insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung ausländischer Gruppengesellschaften auch Standortattraktivitätsüberlegungen einfliessen, die sich u.E. durchaus mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung vereinbaren lassen. So darf auf Forderungen, die aus Beteiligungsveräusserungen an ausländische Gruppengesellschaften entstanden sind, der Missbrauchsvorbehalt nicht anwendbar sein.

Schliesslich wird der Erfolg oder Nichterfolg des Eigenkapitalabzugs im Kanton Zürich stark von seiner internationalen Akzeptanz abhängen. Hier hat die Analyse ergeben, dass zumindest zurzeit keine Bedenken gegen den Eigenkapitalabzug bestehen sollten, verträgt er sich in seinen Grundzügen doch mit den aktuell gültigen BEPS und anderen internationalen Vorgaben. Allerdings weisen gewisse Entwicklungen – mit der sog. Pillar Two nicht zuletzt im BEPS Umfeld selbst – in eine andere Richtung. Sollten die angedachten BEPS 2.0 Massnahmen tatsächlich steuerliche Realität oder entsprechende Passagen der US Model Convention in ein neues DBA mit den USA aufgenommen werden, droht der Eigenkapitalabzug praktisch auf eine rein innerschweizerische Anwendung zurückgestuft zu werden.

[119] Vgl. oben Fn. 36; ob dieser Fall überhaupt eintritt, hängt davon ab, ob der Steuersatz im Kanton Zürich tatsächlich auf 6% gesenkt wird. Dies ist zurzeit bloss ein Vorschlag.