

DER ABZUG FÜR EIGENFINANZIERUNG GEMÄSS § 65b STG – EIN ZÜRCHER STEUERVORTEIL MIT POTENZIAL

von Dr. iur. Tobias F. Rohner, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
und Dr. iur. Ariane Ernst, Rechtsanwältin, beide bei Baker & McKenzie

I.	Hintergrund und Entstehungsgeschichte	2
II.	Funktionsweise	4
A.	Einleitung	4
B.	Bestimmung des Sicherheitseigenkapitals	5
1.	Konzept des Sicherheitseigenkapitals	5
2.	Kerneigenkapital und Eigenkapitalunterlegungssätze	6
a)	Konzept des Kerneigenkapitals	6
b)	Eigenkapitalunterlegungssätze	7
c)	Durchschnittliche Gewinnsteuerwerte als Basis	8
3.	Berechnung des Sicherheitseigenkapitals	9
4.	Illustration anhand von Beispielen	9
a)	Finanzierungsgesellschaft	9
b)	Holdinggesellschaft	10
c)	Operative Gesellschaft	11
d)	IP-Gesellschaft	12
C.	Bestimmung Zinsabzug	13
1.	Kalkulatorischer Zinssatz	13
2.	Forderungen gegenüber Nahestehenden	15
3.	Illustration anhand von Beispielen	17
a)	Finanzierungsgesellschaft	17
b)	Holdinggesellschaft	18
c)	Operative Gesellschaft	19
d)	IP-Gesellschaft	20
D.	Ausschluss des NID	22
1.	Qualifizierende Beteiligungen (§ 72)	22
2.	Nicht-Betriebsnotwendige Aktiven	22
3.	Patente (§ 64a)	24
4.	Unversteuert aufgedeckte stille Reserven	24
5.	Transaktionen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken	25
E.	Vorbehalt der Entlastungsbegrenzung	26
F.	Internationale / Interkantonale Steuerausscheidung	26
1.	Anknüpfung	26
2.	Internationale Steuerausscheidung	27

a)	Ausscheidung nach Lage der Aktiven	27
b)	Illustration anhand eines Beispiels	28
c)	Anfechtungsmöglichkeiten?	30
3.	Interkantonale Steuerauscheidung	30
III.	Würdigung	32

I. HINTERGRUND UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

In den meisten Unternehmenssteuersystemen – wie auch im schweizerischen – wird die Fremdfinanzierung durch die steuerliche Absetzbarkeit von Zinszahlungen begünstigt. Zahlreiche empirische Studien haben belegt, dass die steuerliche Begünstigung der Fremdfinanzierung zu einer zunehmenden Verschuldung von Unternehmen führt.¹ Dieser steuerlich motivierte Effekt, der letztlich die Stabilität des Finanzsektors oder gar der gesamten Volkswirtschaft gefährden kann, ist nicht unbedingt gewünscht, weshalb sich Wissenschaftler bereits im Jahre 1984 für einen Abzug auf Eigenkapital (Allowance for Corporate Equity [ACE] oder auch Notional Interest Deduction [NID] genannt) stark machten.²

Der NID soll die steuerlichen Anreize für die Verschuldung beseitigen, indem die Besteuerung derart ausgestaltet wird, dass die Finanzierung mittels Eigen- und mittels Fremdkapital für steuerliche Zwecke gleich gestellt wird (sog. Kapitalstrukturneutralität).³ Der NID setzt diesen Grundsatz derart um, dass nicht nur der Abzug der auf dem Fremdkapital geschuldeten Zinsen zugelassen wird, sondern auch der Abzug von kalkulatorischen Zinsen auf dem Eigenkapital (sog.

¹ Vgl. European Commission, How effective is an incremental ACE in addressing the debt bias?, Working Paper N. 72-2018, S. 2 mit vielen Hinweisen, abrufbar unter https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/taxation-paper-72-ace.pdf, letztmals besucht am 9.2.2021.

² Vgl. Robin Boadway/Neil Bruce, A general proposition on the design of a neutral business tax, *Journal of Public Economics*, 1984, S. 231 ff.; später dann The Institute for Fiscal Studies, *Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s*, 1991, S. 19 ff., abrufbar unter <https://www.ifs.org.uk/comms/comm26.pdf>, letztmals besucht am 5.3.2021; sowie Christian Keuschnigg, im Auftrag von Avenir Suisse, *Eine Steuerreform für mehr Wachstum in der Schweiz*, 2004, S. 87 ff.

³ Vgl. in der Schweiz zuletzt Steuerstandort Schweiz, Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertengruppe Bund/Kantone/Wirtschaft/Wissenschaft, 4. Dezember 2020, Leitsatz 6, S. 16 f.

zinsbereinigte Gewinnsteuer).⁴ Diese steuerrechtliche Gleichstellung von Fremd- und Eigenkapitalkosten soll dafür sorgen, dass die Wahl der Finanzierung auf wirtschaftlichen Überlegungen beruht, ohne dass steuerrechtliche Aspekte mitspielen.⁵

Das erste Land, das einen NID einführte, war Kroatien im Jahr 1994. Italien und Österreich führten 1997 bzw. 2000 NID-Teilsysteme ein, so dass es im Jahr 2000 drei europäische Länder mit Varianten von NID-Systemen gab. Dieses Jahr markierte jedoch – zumindest vorläufig – auch den Anfang vom Ende der Experimente in Europa, als Kroatien im Jahr 2001 ankündigte, zu einem einheitlichen Körperschaftsteuersystem zurückzukehren. Auch die italienischen und österreichischen NID-Systeme wurden kurz darauf abgeschafft.

Mit dem NID ging es erst wieder im Jahr 2005 aufwärts, als Belgien ihn einführte. Seit 2011 kennt auch das Fürstentum Liechtenstein den NID und im 2012 kehrte Italien zu ihm zurück.⁶ 2015 folgte Zypern, 2017 Portugal und Malta.⁷

Mit Inkrafttreten der Änderung des Steuergesetzes (Steuervorlage 17) am 1. Januar 2020 kennt neu auch der Kanton Zürich die Möglichkeit, bei der Gewinnsteuer einen Abzug für die Eigenfinanzierung (NID) geltend zu machen (§ 65b StG).

Der NID in seiner schweizerischen Ausgestaltung verwirklicht allerdings nicht eine absolute steuerliche Gleichstellung zwischen Fremd- und Eigenfinanzierung;⁸ diese wurde auch nie angestrebt.⁹

⁴ Kalkulatorisch, d.h. rein rechnerisch zu berücksichtigen sind diese Zinsen deshalb, weil das Eigenkapital aufgrund gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen nicht verzinst werden darf (Art. 676 und 798a OR).

⁵ The Institute for Fiscal Studies (Anm. 2), 23; Roman Bischof, Verliert die Verschuldungsmaxime im Steuerrecht an Bedeutung?, ZStP 2016, 25.

⁶ Vives Policy Paper, The Role of an Allowance for Corporate Equity for the Capital Structure and Employment in Multinational Enterprises, July 2016, S. 12 (abrufbar unter [https://feb.kuleuven.be/VIVES/publications/policy papers/Beileidpapers/2016/2016-07-policy-paper-VIVES](https://feb.kuleuven.be/VIVES/publications/policy%20papers/Beileidpapers/2016/2016-07-policy-paper-VIVES), letztmals besucht am 9.2.2012).

⁷ Vgl. in diesem Kontext auch den Freibetrag für Wachstum und Investitionen (FWI, bzw. Allowance for Growth and Investment, AGI) gemäss Art. 11 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage, COM/2016/0685 final, der Europäischen Kommission.

⁸ Vgl. die detaillierte Darstellung der Funktionsweise und die daraus resultierenden Begrenzungen des NID (nachfolgend II).

⁹ Eine absolute Gleichstellung hätte auch zur Konsequenz gehabt, die Erträge aus Fremd- und Eigenkapital auf Stufe der natürlichen Person gleich zu besteuern und damit das Teileinkünfteverfahren preiszugeben.

Der Bundesrat verzichtete darauf, in seinen Entwurf für die Steuervorlage 17 auf Bundesebene, welche in das Bundesgesetz über die Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF) mündete, den NID aufzunehmen. Begründet wurde dies damit, dass der NID mitunter ein Grund gewesen sein soll, weshalb die Unternehmenssteuerreform III abgelehnt wurde.¹⁰ Das Parlament nahm den NID in der Debatte zur Steuervorlage 17 hingegen wieder auf¹¹ – beschränkte allerdings die Möglichkeit diesen einzuführen auf diejenigen Kantone, bei denen «im Hauptort des Kantons das kumulierte Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarifverlauf mindestens 13.5 Prozent beträgt» (Art. 25a^{bis} Abs. 1 StHG). Einzig die Kantone Zürich und Tessin erfüllten diese Voraussetzungen in den Jahren 2020 und 2021.

Dieser Beitrag analysiert die Funktionsweise des NID im Kanton Zürich (nachfolgend II), bevor die Massnahme gewürdigt wird (nachfolgend III).

II. FUNKTIONSWEISE

A. EINLEITUNG

Gemäss § 65b Abs. 1 StG gehört zum geschäftsmässig begründeten Aufwand für die kantonale Gewinnsteuer¹² auch der Abzug für Eigenfinanzierung. Dieser Abzug entspricht «dem kalkulatorischen Zins auf dem Sicherheitseigenkapital.» Darin zeigen sich die zwei zentralen Elemente der Funktionsweise des NID: Dies ist einerseits das Sicherheitseigenkapital (nachfolgend B) und andererseits der darauf zu berechnende kalkulatorische Zins (nachfolgend C).

Zudem sind diejenigen Tatbestände, in welchen der NID ausgeschlossen ist (nachfolgend D) und die Entlastungsbegrenzung (nach-

¹⁰ Botschaft vom 21.3.2018 zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17), BBl 2018 2527 ff., 2570.

¹¹ Medienmitteilung WAK-S vom 25.05.2018, Das Paket «Steuerreform und AHV-Finanzierung» steht.

¹² Die Schweiz kennt (noch) keinen NID auf Bundesebene.

folgend II.E) zu berücksichtigen. Der NID kann auch in einem internationalen oder interkantonalen Kontext zur Anwendung gelangen (nachfolgend F).

B. BESTIMMUNG DES SICHERHEITSEIGENKAPITALS

1. Konzept des Sicherheitseigenkapitals

Soll der NID bestimmt werden, welchen eine Gesellschaft konkret geltend machen kann, ist als erstes Element das Sicherheitseigenkapital zu bestimmen. Als Sicherheitseigenkapital wird jener Teil des Eigenkapitals einer Gesellschaft bezeichnet, welcher das gemäss Gesetz definierte für die Geschäftstätigkeit langfristig benötigte Eigenkapital (sog. Kerneigenkapital) übersteigt, also nicht unbedingt notwendig ist, wohl aber der finanziellen Sicherheit des Unternehmens dient (Pufferelement). Das Konzept des Sicherheitseigenkapitals dient dazu, den Abzug für die Eigenfinanzierung nur auf jenem Teil des Eigenkapitals zuzulassen, welchen die Gesellschaft durch Fremdkapital substituieren könnte und für welchen die Gesellschaft steuerlich abzugsfähige Zinsen zahlen müsste. Ein weiterer Grund für die Differenzierung und die Beschränkung des Zinsabzugs auf dem Sicherheitseigenkapital war die Befürchtung der Kantone, dass die Mindereinnahmen durch die Einführung einer zinsbereinigten Gewinnsteuer zu gross ausfallen würden.¹³

Das Sicherheitseigenkapital wird ausgehend vom Kerneigenkapital bestimmt. Zuerst wird das Kerneigenkapital berechnet und dem effektiven Eigenkapital gegenübergestellt, um so das Sicherheitseigenkapital (Differenz) zu ermitteln.

¹³ Zum Ganzen den erläuternden Bericht vom 19.9.2014 zur Vernehmlassungsvorlage über das Bundesgesetz über steuerliche Massnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmensstandorts Schweiz (Unternehmenssteuerreformgesetz III), 31 (Bericht USR III); Bischof (Anm. 5), 108; Staubli/Küttel/Röllin, Zinsbereinigte Gewinnsteuer: Was lange währt, wird endlich gut, EF 9/15, 728 ff., 729.

2. Kerneigenkapital und Eigenkapitalunterlegungssätze

a) Konzept des Kerneigenkapitals

Der Begriff des Kerneigenkapitals befasst sich mit der Analyse der Passivseite der Bilanz der steuerpflichtigen Gesellschaft. Im Zentrum steht dabei die Bestimmung desjenigen Anteils des Eigenkapitals, welches für die Geschäftstätigkeit minimal benötigt wird. Dieses Kapital kann, so das Konzept, nicht durch Fremdkapital ersetzt werden, so dass auf dem Kerneigenkapital kein NID zulässig ist.¹⁴ Mithin zielt das schweizerische Konzept des NID nicht auf eine vollumfängliche Gleichstellung zwischen Fremd- und Eigenkapital. Vielmehr bleibt es beim Grundsatz, dass auf Eigenkapital kein kalkulatorischer Zins in Abzug gebracht werden kann, wobei das so verstandene Eigenkapital auf das Kerneigenkapital reduziert wird.

Mit der Passivseite der Bilanz befasste sich das Steuerrecht vor der Einführung des NID unter dem Aspekt des verdeckten Eigenkapitals, wobei anzufügen ist, dass sich die ganze Problematik des verdeckten Eigenkapitals nur deshalb stellt, weil die Unternehmen ihre Eigenkapitalkosten nicht abziehen können. Unter diesem Blickwinkel hat die EStV im Kreisschreiben Nr. 6 festgelegt, in welchem Umfang Fremdkapital steuerlich maximal zulässig ist. Die Bestimmung erfolgt dabei durch die Anwendung von Prozentsätzen auf die verschiedenen Kategorien von Aktiven, welche die Aktivseite der Bilanz der steuerpflichtigen Gesellschaft aufweist. Dabei wird auf den Verkehrswert der jeweiligen Aktiven abgestellt.¹⁵

Die Grundsätze des KS 6 werden zudem im Kontext der Bestimmung des Mindest-Eigenkapitals für den Anspruch auf Erlass der Emissionsabgabe bei Sanierungen angewendet. Das Mindest-Eigen-

¹⁴ Staubli/Küttel, Notional Interest Deduction, ST 11/13, 796.

¹⁵ Kreisschreiben EStV Nr. 6 vom 6.6.1997 betreffend verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 2.1.

kapital entspricht dabei jeweils dem Kapitalanteil, welcher nicht gemäss KS 6 fremdfinanziert sein darf (grundsätzliche Anwendung der inversen Prozentsätze).¹⁶

b) Eigenkapitalunterlegungssätze

Ähnlich dem Konzept des verdeckten Eigenkapitals werden für das Kerneigenkapital beim NID Prozentsätze festgelegt, welche auf die verschiedenen Kategorien von Aktiven der steuerpflichtigen Gesellschaft angewendet werden (sog. Eigenkapitalunterlegungssätze). Mehrheitlich handelt es sich bei den Eigenkapitalunterlegungssätzen um die inversen Sätze gemäss KS 6 erhöht um einen Zuschlag von 25%. Die wenigen Ausnahmen betreffen:

- Die flüssigen Mittel, welche kein Kerneigenkapital verlangen bzw. bei der Bestimmung des verdeckten Eigenkapitals ausser Acht fallen (d.h. zu 100% fremdfinanziert sein dürfen): Bei den flüssigen Mitteln gilt aus nachvollziehbaren Gründen eine Schwarz-Weiss-Betrachtung, es handelt sich weder beim Eigenkapitalunterlegungssatz noch beim Prozentsatz gemäss KS 6 um einen eigentlichen Prozentsatz, sondern um den prozentualen Ausdruck einer grundlegenden Besonderheit der flüssigen Mittel. Aufgrund ihrer definitionsgemässen Liquidität müssen sie nicht mit Eigenkapital finanziert werden, sondern es kann die volle Flexibilität bei der Fremdfinanzierung ausgenutzt werden. Damit ist Eigenkapital, welches auf flüssige Mittel entfällt, vollumfänglich als Sicherheitseigenkapital zu qualifizieren.
- Darlehen an Gruppengesellschaften, welche keine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken, bedürfen nur im Umfang von 15% Kerneigenkapital, d.h. es erfolgt kein Zuschlag von 25%. Dies erklärt sich aus der Zielsetzung des NID: Der NID soll insbesondere einen steuerlichen Anreiz für Finanzierungsgesellschaften bieten und die Steuerfolgen der Abschaffung der Swiss Finance Branch-Regelung abfedern. Damit ist es naheliegend,

¹⁶ Kreisschreiben EStV Nr. 32 vom 23.12.2010 betreffend Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Ziff. 3.3.3.

- bei den Darlehen an Gruppengesellschaften nicht mehr Eigenkapital als Kerneigenkapital vom NID auszuschliessen, als sich aus der den Sätzen von KS 6 zugrundeliegenden Logik bedingt.
- Darlehen an Gruppengesellschaften, welche eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken, qualifizierende Beteiligungen gemäss § 72 StG, nicht-betriebsnotwendige Aktiven, qualifizierende Patente gemäss § 64a sowie die nach § 64c StG bei Beginn der Steuerpflicht aufgedeckten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts sowie vergleichbare unversteuert aufgedeckte stillen Reserven (z.B. den übergangsrechtlichen Step-Up¹⁷) sind bereits gemäss § 65b Abs. 3 StG vom NID ausgeschlossen.¹⁸ Der Eigenkapitalunterlegungssatz von 100% drückt nur diesen Ausschluss in Prozentzahlen aus.

Abgesehen von diesen Ausnahmen entspricht das Kerneigenkapital dem Mindesteigenkapital (inverse Anwendung der Sätze von KS 6) zuzüglich eines Zuschlags von 25%.

c) Durchschnittliche Gewinnsteuerwerte als Basis

Anders als im Rahmen der Bestimmung des verdeckten Eigenkapitals wird bei der Bestimmung des Sicherheitseigenkapitals nicht auf die Verkehrswerte der Aktiven abgestellt. Stattdessen werden die Eigenkapitalunterlegungssätze auf die durchschnittlichen Gewinnsteuerwerte der Aktiven angewendet.¹⁹ In diesem Kontext wird zu Recht kritisiert, dass die in der Steuerbilanz oftmals vorhandenen stillen Reserven ungenügend als Grundlage für den NID einbezogen werden.²⁰ Umgekehrt ermöglicht die Massgeblichkeit der Gewinnsteuerwerte statt der Verkehrswerte eine erheblich einfachere Handhabung bei der Berechnung des NID, erübrigt sich doch die Diskussion um allfällige Bewertungsfragen.

¹⁷ § 2 Abs. 4 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 1.4.2019 zum StG.

¹⁸ Vgl. dazu ausführlich nachfolgend D.

¹⁹ Art. 2 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 13.11.2019 über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen (SR 642.142.2; VO BR).

²⁰ Bischof (Anm. 5), 113.

Das Abstellen auf die durchschnittlichen Gewinnsteuerwerte reflektiert, dass der NID seiner Natur nach als Aufwand zu qualifizieren ist, welcher über die ganze Steuerperiode hinweg zu berücksichtigen ist. Aus diesem Grund kann nicht ein Stichtag zur Anwendung gelangen. Dabei lässt sich der Durchschnitt der Gewinnsteuerwerte zu Beginn und am Ende der Steuerperiode sowohl für die steuerpflichtige Gesellschaft als auch für die Steuerbehörden mit weniger Aufwand bestimmen, als dies zum Beispiel die quartalsweise Betrachtung in Liechtenstein²¹ bedingt.

3. Berechnung des Sicherheitseigenkapitals

Ist das Kerneigenkapital einmal bestimmt, lässt sich das Sicherheitseigenkapital relativ einfach berechnen. Das ermittelte Kerneigenkapital wird dem steuerbaren Eigenkapital gegenübergestellt; die Differenz ist das Sicherheitseigenkapital, auf welchem der NID geltend gemacht werden kann.²²

Aus naheliegenden Gründen wird dabei auch das durchschnittliche steuerbare Eigenkapital in die Berechnung einbezogen, geht es doch wie gesagt nicht um eine stichtagsbezogene Ermittlung, sondern um einen Abzug für die gesamte Steuerperiode.

4. Illustration anhand von Beispielen

a) Finanzierungsgesellschaft

Die Bilanz einer Finanzierungsgesellschaft präsentiert sich wie folgt:

Aktiven		Passiven	
Flüssige Mittel	100	Fremdkapital	200
Darlehen an Nahestehende	2000	Eigenkapital	1900
Total	2100	Total	2100

²¹ Vgl. Art. 32 Abs. 4 und 5 der Steuerverordnung FL.

²² § 65b Abs. 2 StG.

In einem ersten Schritt wird das Kerneigenkapital berechnet:

Aktivum		Eigenkapital- unterlegungssatz	Kern- eigenkapital
Flüssige Mittel	100	0%	0
Darlehen an Nahestehende	2000	15%	300
Kerneigenkapital Total			300

Abschliessend wird das Sicherheitseigenkapital ermittelt:

Eigenkapital	1900
abzüglich Kerneigenkapital	-300
= Sicherheitseigenkapital	1600

Aufgrund des tiefen Eigenkapitalunterlegungssatzes für Darlehen an Nahestehende qualifiziert das Eigenkapital grossmehrheitlich als Sicherheitseigenkapital.

b) Holdinggesellschaft

Die Bilanz einer Holdinggesellschaft präsentiert sich wie folgt:

Aktiven		Passiven	
Flüssige Mittel	100	Fremdkapital	0
Beteiligungen	2000	Eigenkapital	2100
Total	2100	Total	2100

In einem ersten Schritt wird das Kerneigenkapital berechnet:

Aktivum		Eigenkapital- unterlegungssatz	Kern- eigenkapital
Flüssige Mittel	100	0%	0
Beteiligungen	2000	100%	2000
Kerneigenkapital Total			2000

Abschliessend wird das Sicherheitseigenkapital ermittelt:

Eigenkapital	2100
abzüglich Kerneigenkapital	-2000
= Sicherheitseigenkapital	100

Da Beteiligungen vom NID ausgeschlossen sind, was mit dem Eigenkapitalunterlegungssatz von 100% ausgedrückt wird, verfügt eine reine Holdinggesellschaft kaum über Sicherheitseigenkapital. Würde die Holdinggesellschaft Finanzierungsfunktionen übernehmen, würde in Folge dieser Darlehen an Nahestehende ein erheblich höheres Sicherheitseigenkapital resultieren.

c) **Operative Gesellschaft**

Die Bilanz einer operativen Gesellschaft präsentiert sich wie folgt:

Aktiven		Passiven	
Flüssige Mittel	100	Fremdkapital	500
Forderungen aus L&L	400	Eigenkapital	3000
Mobilien	1000		
Darlehen an Nahestehende	2000		
Total	3500	Total	3500

In einem ersten Schritt wird das Kerneigenkapital berechnet:

Aktivum		Eigenkapital- unterlegungssatz	Kern- eigenkapital
Flüssige Mittel	100	0%	0
Forderungen aus L&L	400	40%	160
Mobilien	1000	75%	750
Darlehen an Nahestehende	2000	15%	300
Kerneigenkapital Total			1210

Abschliessend wird das Sicherheitseigenkapital ermittelt:

Eigenkapital	3000
abzüglich Kerneigenkapital	-1210
= Sicherheitseigenkapital	1790

Aufgrund der differenzierten Eigenkapitalunterlegungssätzen für die verschiedenen Kategorien von Aktiven, ist das Sicherheitseigenkapital von operativen Gesellschaften im Einzelfall zu analysieren.

d) IP-Gesellschaft

Die Bilanz einer IP-Gesellschaft präsentiert sich wie folgt:

Aktiven		Passiven	
Flüssige Mittel	100	Fremdkapital	200
IP	2000	Eigenkapital	3900
Darlehen an Nahestehende	2000		
Total	4100	Total	4100

In einem ersten Schritt wird das Kerneigenkapital berechnet. Dabei wird angenommen, dass die IP der Gesellschaft nicht vom NID ausgeschlossen sind - sei es weil es sich um IP handelt, welche nicht für die Patentbox qualifizieren (z.B. Markenrechte), sei es, dass die Anwendung der Patentbox zu aufwändig wäre, sei es aufgrund anderer Überlegungen:

Aktivum		Eigenkapital- unterlegungssatz	Kern- eigenkapital
Flüssige Mittel	100	0%	0
IP	2000	55%	1100
Darlehen an Nahestehende	2000	15%	300
Kerneigenkapital Total			1400

Abschliessend wird das Sicherheitseigenkapital ermittelt:

Eigenkapital	3900
abzüglich Kerneigenkapital	-1400
= Sicherheitseigenkapital	2500

Treffen somit bei einer IP-Gesellschaft sowohl Darlehen an Nahestehende als auch für den NID qualifizierende IP zusammen, verbleibt ein Sicherheitseigenkapital für den NID.

C. BESTIMMUNG ZINSABZUG

1. Kalkulatorischer Zinssatz

Wurde das Sicherheitseigenkapital berechnet, ist im nächsten Schritt der Zinsabzug zu bestimmen, der auf diesem Sicherheitseigenkapital geltend gemacht werden kann. Hierzu wird das Sicherheitseigenkapital mit dem kalkulatorischen Zinssatz multipliziert.

Der kalkulatorische Zinssatz entspricht grundsätzlich «der Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen am letzten Handelstag des dem

Beginn der Steuerperiode vorangegangenen Kalenderjahres.»²³ Der kalkulatorische Zinssatz wird also auf die Rendite von risikolosen Krediten beschränkt, was wiederum veranschaulicht, dass die steuerrechtliche Gleichstellung von Fremd- und Eigenkapital nur ansatzweise verfolgt wird.²⁴ Eine Gleichstellung würde nämlich bedingen, dass die gesamten Eigenkapitalkosten berücksichtigt werden müssten, die üblicherweise höher als die Fremdkapitalkosten sind, da das Eigenkapital mit höheren Risiken verbunden ist. Allerdings wäre die Ermittlung der individuellen Eigenkapitalkosten kaum praktikabel.

Die Überlegung, die Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen heranzuziehen, ist, dass dem Eigenkapitalgeber eine Mindestrendite zugesichert werden soll. Theoretisch erhält der Investor diese Rendite mit Sicherheit, weshalb es sich rechtfertigt auf Zinssätze von sicheren Anlagen abzustellen. Die Rendite ist sicher, weil der Staat sie nicht besteuert, d.h. der Unternehmung kein Geld entzogen wird und diese somit die Entschädigung an den Investor auszahlen kann.²⁵ Es handelt sich dabei aber um eine theoretische Überlegung, da dies in der Praxis nur zutrifft, wenn die Unternehmung überhaupt genügend Gewinn erwirtschaftet, um die Mindestrendite auszahlen zu können. Erwirtschaftet die Unternehmung hingegen einen Verlust, müsste der Staat einspringen und Steuergutschriften an die Unternehmung leisten. Da dies im herrschenden Steuersystem nicht der Fall ist, ist somit auch die Rendite für den Investor mit Risiken verbunden.

Abgestützt wird jeweils auf die Rendite der Bundesobligationen des Kalenderjahres vor Beginn der zu beurteilenden Steuerperiode.²⁶ Hat die Gesellschaft beispielsweise ein Geschäftsjahr vom 1. Juli bis zum 30. Juni, so ist für das Geschäftsjahr 2020/2021 die Rendite am letzten Handelstag des Kalenderjahres 2019 massgebend. Entspricht das Geschäftsjahr dem Kalenderjahr, so ist die Rendite am letzten Handelstag 2020 massgebend für das Geschäftsjahr 2021. Bei überlangem ersten Geschäftsjahr, beispielsweise vom 12. November 2020 bis zum 31. Dezember 2021, ist bei strikter Anwendung des Gesetzeswortlauts ebenfalls die Rendite am letzten Handelstag des Vorjahres massgebend, d.h. im Beispiel 2019. Es fragt sich jedoch, ob in solchen

²³ Art. 3 Abs. 1 VO BR.

²⁴ Vgl. René Matteotti/Philipp Roth, Die schweizerische Unternehmensbesteuerung zwischen Kompetitivität und Kompatibilität, ASA 81(2013), 718.

²⁵ Bischof (Anm. 5), 98 f.

²⁶ Art. 3 Abs. 1 VO BR.

Konstellationen aufgrund des überwiegenden Anteils des Jahres 2021 nicht doch sinnvollerweise auf die Rendite am letzten Handelstag 2020 abgestützt werden sollte. Dies kann gerade bei einem Wechsel vom aktuellen Negativzinsumfeld auf positive Zinserträge einen erheblichen Unterschied ausmachen.

Schlüssigerweise beträgt der Zinssatz bei negativer Rendite 0%,²⁷ so dass der NID nicht in einen Ertrag umschlagen kann.

Der kalkulatorische Zinssatz wird jährlich von der EStV publiziert.²⁸ Im Kalenderjahr 2020 beträgt er 0%.²⁹ Damit kann bei Anwendung des von der EStV festgelegten Zinssatzes im Jahr 2020 grundsätzlich kein NID geltend gemacht werden, es sei denn, der Kalkulation liegen Forderungen gegenüber Nahestehenden zugrunde.

2. Forderungen gegenüber Nahestehenden

Soweit das Sicherheitseigenkapital anteilmässig auf Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden entfällt, kann abweichend vom kalkulatorischen Zinssatz ein dem Drittvergleich entsprechender Zinssatz geltend gemacht werden.³⁰ Im aktuellen Zinsumfeld, in welchem der kalkulatorischen Zinssatz auf 0% festgelegt ist, kommt dieser Regelung zentrale Bedeutung zu. Ist nämlich der dem Drittvergleich entsprechende Zinssatz über 0% anzusetzen, kommt der NID effektiv zum Tragen.

Die Möglichkeit, in Bezug auf das Sicherheitseigenkapital für Forderungen gegenüber Nahestehenden den dem Drittvergleich entsprechenden Zinssatz geltend machen zu können, illustriert insbesondere die Intention, mit dem NID den international besonders mobilen Gruppenfinanzierungsgesellschaften das Verweilen bzw. den Zuzug in die Schweiz attraktiv zu gestalten und so die Abschaffung der Swiss Finance Branch zu kompensieren.³¹ Durch diese Möglichkeit können Finanzierungs-gesellschaften nämlich selbst in einem Negativzinsumfeld noch einen NID auf ihrem Sicherheitseigenkapital geltend machen.

²⁷ Art. 3 Abs. 1 VO BR.

²⁸ Art. 3 Abs. 2 VO BR.

²⁹ Rundschreiben Kalkulatorischer Zinssatz Sicherheitseigenkapital Stand letzter Handelstag Kalenderjahr 2019 vom 13.1.2020.

³⁰ § 65b Abs. 4 Satz 2 StG; Art. 5 Abs. 2 VO BR.

³¹ Bericht USR III (Anm. 13), 32 f.

Gemäss Gesetzestext kann der drittvergleichskonforme Zinssatz auf Forderungen «aller Art» gegenüber Nahestehenden geltend gemacht werden. Auszuschliessen sind nur Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, da diese nicht verzinslich sind. Im Übrigen sind jedoch sowohl langfristige als auch kurzfristige Forderungen gegenüber Nahestehenden einzubeziehen.

Zur Geltendmachung des NID muss sodann der Anteil dieser Forderungen am Sicherheitseigenkapital bestimmt werden. Der Anteil bemisst sich anhand des gewichteten durchschnittlichen Gewinnsteuerwertes der Forderungen gegenüber Nahestehenden im Verhältnis zum gewichteten durchschnittlichen Gewinnsteuerwert aller Aktiven. Die Gewichtung erfolgt unter Anwendung der inversen Eigenkapitalunterlegungssätze, wodurch dem Konzept des Sicherheitseigenkapitals in Abgrenzung zum Kerneigenkapital Rechnung getragen wird.³²

Nach der Ermittlung des betragsmässigen Anteils des Sicherheitseigenkapitals für Forderungen gegenüber Nahestehenden, ist dieser Anteil mit dem «dem Drittvergleich entsprechenden» Zinssatz zu multiplizieren, um den NID zu ermitteln. Wie dieser Zinssatz ermittelt wird, ist allerdings nirgends definiert. Die Erläuterungen zur VO BR halten dazu lediglich fest, dass es sich hierbei um eine steuermindernde Tatsache handelt, für welche die Gesellschaft den Nachweis zu erbringen hat.³³

Es ist dabei naheliegend, auf die jährlichen Rundschreiben der EStV Bezug zu nehmen, in welchen die steuerlich anerkannten Zinssätze festgehalten werden. Diese Zinssätze gelten vermutungsweise als marktkonform, wobei stets der Nachweis des Drittvergleichs vorbehalten ist. Gemäss dem Rundschreiben muss für aus dem Eigenkapital finanzierte Vorschüsse an Beteiligte oder nahe stehende Dritte ein Zinssatz von mindestens 0.25% verlangt werden. Das heisst, dass unabhängig davon, ob ein Aktivdarlehen an die Beteiligte (Muttergesellschaft) oder an Tochtergesellschaften oder sonst wie verbundenen Gesellschaften gewährt wird, bei der Gesellschaft, welche den NID geltend machen möchte, ein Spread von mindestens 0.25% verbleiben muss. Entsprechend wird der kalkulatorische Zinssatz 0.25% weniger

³² Art. 4 VO BR.

³³ Erläuterungen, Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen, 13.11.2019, Ziff. 4, S. 7.

als der den verbundenen Gesellschaften verrechnete Zinssatz betragen. Möchte die Unternehmung einen Spread von weniger als 0.25% geltend machen, müsste sie den Beweis für den Drittvergleich erbringen, d.h. dass der entsprechend tiefere Spread wirtschaftlich angemessen ist.

3. Illustration anhand von Beispielen

a) Finanzierungsgesellschaft

Die Finanzgesellschaft verfügt über Sicherheitseigenkapital von 1600 (vgl. oben II.B.4.a).

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, welcher Anteil des Sicherheitseigenkapitals von 1600 auf Darlehen an Nahestehende entfällt:

Aktivum		Gewichtung	Gewichtet	Anteil
Flüssige Mittel	100	100%	100	6%
Darlehen an Nahestehende	2000	85%	1700	94%

Danach wird der NID auf dem Sicherheitseigenkapital von insgesamt 1600 berechnet. Angenommen der Zinssatz auf Forderungen gegenüber Nahestehenden betrage 3% und der Gesellschaft müsse ein Spread von 0.25% verbleiben, ist ein Zinssatz von 2.75% bei der Bestimmung des NID zu berücksichtigen:

Sicherheitseigenkapital		Zinssatz	NID
Davon Darlehen an Nahestehende	1511 94%	2.75%	41.6
Davon übriges Sicherheitseigenkapital	89 6%	0.0%	0
NID Total			41.6

Dieser NID kann zusätzlich zum Zinsaufwand auf dem Fremdkapital (angenommen es sei ein Zins von 1% auf dem Fremdkapital geschuldet) als geschäftsmässig begründeter Aufwand geltend gemacht werden, wobei im vorliegenden Fall die Entlastungsbegrenzung greift:

Zinsertrag	60.0	Zinssatz = 3%
Zinsaufwand Fremdkapital	-2.0	Zinssatz = 1%
NID	-41.6	
Steuerbarer Gewinn ohne NID	58.0	
Steuerbarer Gewinn mit NID	16.4	
Steuerbarer Gewinn mit NID mit Entlastungsbegrenzung	17.4	(70% von 58)

Aufgrund der Funktionsweise des NID, insbesondere der Begrenzung auf das Sicherheitseigenkapital, liegt der steuerbare Gewinn mit NID über dem Spread, welchen die Gesellschaft auf den Darlehen an Nahestehende erzielen muss. Im Beispiel wäre dieser 5, entsprechend 0.25% Spread auf Darlehen von 2000, während der steuerbare Gewinn mit NID und unter Berücksichtigung der Entlastungsbegrenzung von 70% von 17.4 entsprechend höher liegt. Diese Abweichung ergibt sich insbesondere aus dem tieferen Fremdkapitalzinssatz und der Begrenzungen des NID.

b) Holdinggesellschaft

Die Holdinggesellschaft verfügt über Sicherheitseigenkapital von 100 (vgl. oben II.B.4.b). Da sie jedoch über keine Forderungen gegenüber Nahestehenden verfügt, beträgt der derzeit massgebende Zinssatz 0%, sodass der NID auch 0 beträgt.

Für die Holdinggesellschaft kann es attraktiv sein, nebst der reinen Holdingtätigkeit auch Finanzierungsfunktionen zu übernehmen, denn so könnte sie den NID auf den entsprechenden Darlehen an Nahestehende geltend machen. Der NID würde entsprechend den steuerbaren Ertrag (aus der Finanzierungstätigkeit) reduzieren, während der Beteiligungsabzug weiterhin zur Verfügung steht.

c) **Operative Gesellschaft**

Die operative Gesellschaft verfügt über Sicherheitseigenkapital von 1790 (vgl. oben II.B.4.c).

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, welcher Anteil des Sicherheitseigenkapitals auf Darlehen an Nahestehende entfällt:

Aktivum		Gewichtung	Gewichtet	Anteil
Flüssige Mittel	100	100%	100	4%
Forderungen aus L&L	400	60%	240	10%
Mobilien	1000	25%	250	11%
Darlehen an Nahestehende	2000	85%	1700	74%

Danach wird der NID auf dem Sicherheitseigenkapital von insgesamt 1790 berechnet. Angenommen der Zinssatz auf Forderungen gegenüber Nahestehenden betrage 3% und der Gesellschaft müsse ein Spread von 0.25% verbleiben, so ist ein Zinssatz von 2.75% bei der Bestimmung des NID zu berücksichtigen:

Sicherheitseigenkapital			Zinssatz	NID
Davon Darlehen an Nahestehende	1329	74%	2.75%	36.5
Davon übriges Sicherheitseigenkapital	78	26%	0.0%	0
NID Total				36.5

Dieser NID kann als geschäftsmässig begründeter Aufwand geltend gemacht werden:

Erlös aus L&L	24.0	
Operativer Aufwand	-19.0	
Zinsertrag	60.0	Zinssatz = 3%
Zinsaufwand Fremdkapital	-5.0	Zinssatz = 1%
NID	-36.5	
Steuerbarer Gewinn ohne NID	60.0	
Steuerbarer Gewinn mit NID	23.5	

Obwohl die Zusammensetzung der Aktiven den Effekt des NID teilweise verwässert, zeigt dieser auch bei der operativ tätigen Gesellschaft seine Wirkung. Insbesondere reduziert sich der steuerbare Ertrag aus der Finanzierungstätigkeit.

d) IP-Gesellschaft

Die IP-Gesellschaft verfügt über Sicherheitseigenkapital von 2500 (vgl. oben II.B.4.d).

In einem ersten Schritt ist zu ermitteln, welcher Anteil des Sicherheitseigenkapitals auf Darlehen an Nahestehende entfällt:

Aktivum		Gewichtung	Gewichtet	Anteil
Flüssige Mittel	100	100%	100	4%
IP	2000	45%	900	33%
Darlehen an Nahestehende	2000	85%	1700	63%

Danach wird der NID auf dem Sicherheitseigenkapital von insgesamt 2500 berechnet. Angenommen der Zinssatz auf Forderungen gegenüber Nahestehenden betrage 3% und der Gesellschaft müsse ein

Spread von 0.25% verbleiben, so ist ein Zinssatz von 2.75% bei der Bestimmung des NID zu berücksichtigen:

Sicherheitseigenkapital		Zinssatz	NID
Davon Darlehen an			
Nahestehende	1574 63%	2.75%	43.3
Davon übriges			
Sicherheitseigenkapital	93 37%	0.0%	0
NID Total			43.3

Dieser NID kann als geschäftsmässig begründeter Aufwand geltend gemacht werden:

Lizenertrag	8.0		
Zinsertrag	60.0	Zinssatz =	3.0%
Zinsaufwand Fremdkapital	-2.0	Zinssatz =	1.0%
NID	-43.3		
Steuerbarer Gewinn ohne NID	66.0		
Steuerbarer Gewinn mit NID	22.7		

Wie bei der operativ tätigen Gesellschaft entfaltet der NID trotz Verwässerung in Folge der Zusammensetzung der Aktiven seine Wirkung, indem sich der steuerbare Ertrag aus der Finanzierungstätigkeit reduziert. Insbesondere wenn die Patentbox ausgeschlossen ist,³⁴ kann der NID somit auch für IP-Gesellschaften interessant sein.

³⁴ Sei es weil es sich um IP handelt, welche nicht für die Patentbox qualifizieren (z.B. Markenrechte), sei es, dass die Anwendung der Patentbox zu aufwändig wäre, sei es aufgrund anderer Überlegungen.

D. AUSSCHLUSS DES NID

1. Qualifizierende Beteiligungen (§ 72)

Gemäss § 65b Abs. 3 lit. a StG ist der NID auf qualifizierenden Beteiligungen nach § 72 StG ausgeschlossen. Auf diesen Beteiligungen kann der Beteiligungsabzug gemäss § 72 f. StG geltend gemacht werden. Der Ausschluss dieser Aktiven vom NID verhindert somit eine doppelte Steuerreduktion aufgrund dieser Beteiligungen.³⁵

2. Nicht-Betriebsnotwendige Aktiven

§ 65b Abs. 3 lit. b StG schliesst den NID auf nicht-betriebsnotwendigen Aktiven aus. Damit wird sichergestellt, dass die steuerrechtliche Gleichstellung von überdurchschnittlicher Eigenfinanzierung mit Fremdkapital lediglich bei einer echten wirtschaftlichen Tätigkeit erfolgt.³⁶

Es ist zu erwarten, dass in der Praxis die Abgrenzung der nicht-betriebsnotwendigen Aktiven zu Diskussionen zwischen der steuerpflichtigen Gesellschaft und den Steuerbehörden Anlass geben wird. Mit Blick auf entsprechende Anwendungsprobleme der analogen Bestimmung in Liechtenstein wurde dies bereits vor Einführung des NID angemerkt.³⁷ Wie FELDER/HAAG zu Recht ausführen, ist Steuerrecht Massenrecht und daher auf in der Praxis einfach zu handhabende Bestimmungen angewiesen. Aus diesem Grund sind im Steuerrecht Pauschalierungen auch verfassungsrechtlich zulässig.³⁸

Obwohl auf diese Unklarheit und die damit einhergehenden Anwendungsprobleme früh hingewiesen wurde, findet sich in Gesetz und Verordnung keine Definition des unklaren Begriffs «betriebsnotwendig». Die Erläuterungen zur Verordnung erwähnen als Beispiel nur die

³⁵ Bericht USR III (Anm. 13), 30.

³⁶ Staubli/Küttel/Röllin (Anm. 13), 730.

³⁷ Felder/Haag, Der Eigenkapital-Zinsabzug im Ländervergleich, StR 2013, 866 f.

³⁸ Statt vieler BGE 112 Ia 240 E. 4.b.

Wohnliegenschaften, welche «in vielen Fällen, in denen die Gesellschaft nicht das Halten und Verwalten von Immobilien zum Zweck hat,» nicht betriebsnotwendige Aktiven seien.³⁹

Einen Anhaltspunkt für die Abgrenzung zwischen betriebsnotwendigen und nicht-betriebsnotwendigen Aktiven bietet die Rechtsprechung zu § 20a I a StG (indirekte Teilliquidation).

Dem Vernehmen nach will das Steueramt Zürich für die Frage der Betriebsnotwendigkeit auf die Praxis zur Bestimmung der Betriebsnotwendigkeit im Kontext von § 20a Abs. 1 lit. a StG (indirekte Teilliquidation) abstellen. Dieser Praxis liegt die gleiche Umschreibung zugrunde, wie sie in § 68 StG enthalten ist, d.h. betriebsnotwendig sind diejenigen Aktiven, welche dem Betrieb dienen.⁴⁰ Gemäss dieser Praxis kommt den Strategie- und Businessplänen der Gesellschaft massgebliche Bedeutung zu.⁴¹ Der Begriff der betriebsnotwendigen Aktiven gemäss § 20a Abs. 1 lit. a StG geht insofern weiter als die Umschreibung in § 68 StG, als § 68 StG sich in Anbetracht seines Zwecks nur auf Anlagevermögen bezieht, während im Anwendungsbereich von § 20a Abs. 1 lit. a StG auch Umlaufvermögen betriebsnotwendig sein kann.

Der Bezug auf die bestehende Praxis zur Betriebsnotwendigkeit gemäss § 20a Abs. 1 lit. a StG gewährt immerhin ein gewisses Mass an Rechtssicherheit und Gleichbehandlung. Allerdings bestehen gewisse Beschränkungen: Unter § 20a Abs. 1 lit. a StG erfolgt die Abgrenzung oftmals rückblickend auf der Basis der Ausschüttungen in den fünf Jahren seit dem Beurteilungszeitpunkt (d.h. der Veräusserung). Es ist offensichtlich, dass dieser Blickwinkel für den NID gemäss § 65b StG keine Bedeutung haben kann.

Unabhängig davon, welcher Ansatz verwendet wird, muss die Frage der Betriebsnotwendigkeit im Einzelfall unter Würdigung aller Umstände beurteilt werden. Dabei sollte die Einschätzungsbehörde nur mit Zurückhaltung und nur auf der Basis entsprechender Beweise von der Einschätzung der Gesellschaft abweichen. Insbesondere müssen neben dem statutarischen Zweck der Gesellschaft auch ihre tatsächliche Tätigkeit bzw. Tätigkeitsfelder massgebend sein.

³⁹ Erläuterungen (Anm. 33), Ziff. 4, S. 5.

⁴⁰ Reich/Helbing/Duss, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar DBG, Art. 20a DBG N 52.

⁴¹ Bundessteuer-Rekurskommission Zürich, 2.3.2000, StE 2002 B 24.4 Nr. 62 E. 2d.

3. Patente (§ 64a)

Der NID ist gemäss § 65b Abs. 3 lit. c StG zudem ausgeschlossen auf Patenten, auf welche die Patentbox Anwendung findet (§ 64a f. StG). Auch dieser Ausschluss dient dazu, eine doppelte steuerliche Ermässigung durch die kumulative Anwendung der Patentbox und des NID auszuschliessen. Dabei ist jedoch entscheidend, ob die Besteuerung gemäss § 64a f. StG tatsächlich zur Anwendung gelangt.⁴² Qualifizieren die Patente zwar für die Patentbox, optiert die Gesellschaft jedoch nicht für die Anwendung der Patentbox, muss der NID möglich sein.

4. Unversteuert aufgedeckte stille Reserven

§ 65b Abs. 3 lit. d StGB schliesst weiter die bei Beginn der Steuerpflicht gemäss § 64c StG oder vergleichbaren unversteuert aufgedeckten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts (Goodwill) vom NID aus. Damit wird Bedenken hinsichtlich eines möglichen Missbrauchs Rechnung getragen. Befürchtet wurde nämlich, dass die Steuerpflichtigen das Zusammenspiel von Step-Up und NID ausnutzen könnten. Die aufgedeckten stillen Reserven sind in der Steuerbilanz zu erfassen und werden in den meisten Kantonen der Kapitalsteuer unterworfen. Sie sind damit ihrer Natur nach in der Steuerbilanz grundsätzlich⁴³ vollumfänglich eigenkapitalfinanziert. Würde der NID teilweise auf diesem Eigenkapital geltend gemacht, könnte der Step-Up von den Steuerpflichtigen doppelt zur Steuerreduktion genutzt werden. Aus diesem Grund werden diese stillen Reserven vom NID ausgeschlossen, falls sie Teil des steuerbaren Eigenkapitals sind (bzw. der Eigenkapitalunterlegungssatz beträgt 100%). Sind sie es nicht – und ist somit mangels Eigenkapital auch kein NID möglich, so müssen sie auch nicht mit Eigenkapital unterlegt werden (bzw. der Eigenkapitalunterlegungssatz beträgt 0%).⁴⁴

Im Kanton Zürich entfällt die Erfassung der aufgedeckten stillen Reserven im steuerbaren Eigenkapital mit dem Inkrafttreten STAF

⁴² Vgl. den Wortlaut von Art. 1 Ziff. 2.4.2.1 VO BR («besteuert werden»).

⁴³ Ausnahmen sind z.B. im Kontext einer Überschuldung denkbar.

⁴⁴ Vgl. Art. 1 Ziff. 4 VO BR.

und der damit verbundenen Aufhebung von § 79 Abs. 1 Satz 2 StG.⁴⁵ Damit entfaltet diese Beschränkung im Kanton Zürich im Kontext des Step-Up keine Wirkung.

5. Transaktionen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken

Gemäss § 65b Abs. 3 lit. e StG sind schliesslich Aktiven vom NID ausgeschlossen, soweit sie im Zusammenhang mit Transaktionen stehen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis bewirken. Dazu zählen namentlich, jedoch nicht ausschliesslich, «Forderungen *aller Art gegenüber Nahestehenden, soweit diese aus der Veräusserung von Beteiligungen nach §§ 72 und 72a oder Ausschüttungen stammen.*»

Das namentlich genannte Beispiel adressiert folgende Konstellation: Auf qualifizierenden Beteiligungen ist kein NID möglich, auf Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden ist der NID nicht nur möglich, es kann auch ein dem Drittvergleich entsprechender Zinssatz geltend gemacht werden.⁴⁶ Eine Holdinggesellschaft könnte somit versucht sein, ihre Beteiligungen an Nahestehende zu veräussern und den Kaufpreis als Darlehen stehen zu lassen. So könnte sie auf dem Gewinn den Beteiligungsabzug und auf dem Gruppendarlehen den NID geltend machen. In einer solchen Konstellation ist der NID gemäss Gesetzestext ausgeschlossen, ohne dass die Steuerbehörde einen Rechtsmissbrauch oder eine Steuerumgehung (Umgehungsabsicht und absonderliche Gestaltung) nachweisen müsste. Das objektive Element, d.h. die tatsächliche Steuerersparnis, genügt.

Analog und aus den gleichen Überlegungen ist der NID ausgeschlossen, wenn Dividenden nicht beglichen, sondern als Darlehen stehen gelassen werden. Auch in dieser Konstellation würden Beteiligungsabzug und NID nebeneinander treten.

Trotz der sehr weiten Formulierung von «*Aktiven im Zusammenhang mit Transaktionen, die eine ungerechtfertigte Steuerersparnis*

⁴⁵ Vgl. ZStB 73.3, Übergang von der Besteuerung als Holding-, Domizil- oder gemischte Gesellschaft zur ordentlichen Besteuerung (Statuswechsel): Auswirkungen auf die stillen Reserven und die Vorjahresverluste, vom 24.05.2018, Ziff. 5.

⁴⁶ Vgl. den NID von 3.8 der Finanzierungsgesellschaft mit dem NID von 0 der Holdinggesellschaft, oben II.C.3.a) und II.C.3.b).

bewirken,» muss sich diese Steuerersparnis auf den NID selbst beziehen. In Anlehnung an die namentlich genannten Beispiele greift der Ausschluss gemäss § 65b Abs. 3 lit. e StG, wenn die Gesellschaft die Höhe und Zusammensetzung der Aktiven ohne andere betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Gründe einzig deshalb ändert, um damit das Sicherheitseigenkapital zu erhöhen und den NID neben andere Steuervergünstigungen treten zu lassen. Bestehen nebst der Steuerersparnis in Folge des NID wirtschaftlich nachvollziehbare Gründe oder dient die Transaktion einer anders gearteten Steuerersparnis, kann der NID trotz des undifferenzierten Wortlauts nicht auf der Basis von § 65b Abs. 3 lit. e StG ausgeschlossen werden.

E. VORBEHALT DER ENTLASTUNGSBEGRENZUNG

Der NID unterliegt der Entlastungsbegrenzung gemäss § 65c StG. Die gesamte steuerliche Ermässigung in Folge NID, Patentbox (§ 64 b StG) und zusätzlicher Abzug für Forschung und Entwicklung (§ 65a StG) darf maximal 70% des steuerbaren Gewinns vor Verlustverrechnung und unter Ausklammerung des Beteiligungsertrags betragen (§ 65c Abs. 1 StG). Dabei werden bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns die entsprechend reduzierten Steuern berücksichtigt (iterative Berechnung).

Zudem dürfen weder aus dem NID für sich noch aus der gesamten steuerlichen Entlastung Verlustvorträge resultieren (§ 65c Abs. 2 StG). D.h. die Berücksichtigung des NID kann im betreffenden Jahr nicht zu einem Verlust führen und daher können keine Verlustvorträge aus dem NID gebildet werden.

F. INTERNATIONALE / INTERKANTONALE STEUERAUSSCHIEDUNG

1. Anknüpfung

Der NID steht den im Kanton Zürich steuerpflichtigen Gesellschaften zur Verfügung. Unerheblich ist, ob sich die Steuerpflicht aus der persönlichen Zugehörigkeit (Sitz oder Ort der tatsächlichen Verwaltung,

§ 55 StG) oder aus der wirtschaftlichen Zugehörigkeit (§ 56 StG) ergibt. Namentlich können auch Betriebsstätten von ausländischen oder ausserkantonalen Gesellschaften den NID auf dem steuerbaren Gewinn geltend machen, welcher dem Kanton Zürich zur Besteuerung zugewiesen wird.⁴⁷

2. Internationale Steuerauscheidung

a) Ausscheidung nach Lage der Aktiven

Zahlreiche der Gesellschaften, welche der Gesetzgeber bei der Einführung des NID anvisierte, dürften international tätig sein. Dennoch hat der Gesetzgeber der internationalen Komponente kaum Rechnung getragen. § 65b StG umschreibt das Sicherheitseigenkapital als denjenigen Teil des «*in der Schweiz steuerbaren*» Eigenkapitals. Art. 2 Abs. 4 VO präzisiert dies: Verfügt eine Gesellschaft über Geschäftsbetriebe, Betriebsstätten oder Grundstücke im Ausland, vermindert sich das Sicherheitseigenkapital prozentual um den Anteil der gewichteten durchschnittlichen Gewinnsteuerwerte «*dieser*» Aktiven an den gewichteten durchschnittlichen Gewinnsteuerwerten der gesamten Aktiven. Die Ausscheidung erfolgt mithin nach Lage der Aktiven.

Die Bestimmung der ausländischen Aktiven gestaltet sich bei Grundstücken im Ausland noch verhältnismässig einfach. Der darauf entfallende Ertrag und Aufwand inkl. der Schuldzinsen wird grundsätzlich ebenfalls objektmässig zugewiesen. Es ist damit in Bezug auf Grundstücke im Ausland auch nachvollziehbar, dass der einem Aufwand gleichzustellende NID auf diesen Aktiven ausgeschlossen ist.

In Bezug auf Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten jedoch gestaltet sich die Sachlage anders. Zwar werden für Kapitalsteuerzwecke die lokalisierbaren Aktiven ebenfalls nach ihrer Lage zugeteilt. Bei nicht-lokalisierbaren Aktiven stellt sich jedoch bereits die Frage, wie diese für die Zwecke des NID zu berücksichtigen sind.

⁴⁷ Vgl. Kreisschreiben 34 der Schweizerischen Steuerkonferenz, Interkantonale Steuerauscheidung von Gesellschaften, welche die in der STAF vorgesehenen Abzüge beanspruchen, 15.01.2020, Beispiel 6; zur Angleichung der Formulierung von § 57 StG an die bundesrechtlichen Regelungen vgl. Antrag des Regierungsrates vom 22.05.2019, ABI 2019-05-31.

Bei der Gewinnausscheidung im internationalen Verhältnis ist vorrangig die objektmässige Methode mit der Selbständigkeitsfiktion anwendbar.⁴⁸ Dabei werden auch Darlehen und die darauf entfallenden Zinsen objektmässig zugeteilt, je nachdem, ob sie dem in- oder ausländischen Geschäftsbetrieb dienen.⁴⁹

Nur subsidiär, wenn die objektmässige Zuteilung nicht möglich ist, erfolgt eine Zuteilung nach Quoten. Dabei hat die quotenmässig-direkte Methode Vorrang vor der Ausscheidung aufgrund von Hilfsfaktoren. Letztere kommt nur zur Anwendung, wenn eine Quotenfestlegung mittels Buchhaltungsergebnissen nicht infrage kommt.⁵⁰ Bei der quotenmässigen Ausscheidung bilden die Schuldzinsen Bestandteil des nach Quoten zu verteilenden Betriebsergebnisses.

Für die abweichende Regelung für den NID, d.h. Zuteilung nach Lage der Aktiven statt Zuteilung entsprechend den Vorschriften für den Gewinn, führen die Erläuterungen zur VO ohne weitere Begründung nur an, dass das Sicherheitseigenkapital im Zusammenhang mit diesen Aktiven nicht für den Zinsabzug qualifizieren dürfe.⁵¹

Dabei führen die verschiedenen Ausscheidungsmethoden zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen, wie das folgende Beispiel der Finanzierungsgesellschaft zeigt.

b) Illustration anhand eines Beispiels

Angenommen bei der Finanzierungsgesellschaft handle es sich um eine schweizerische Betriebsstätte einer in den USA ansässigen Gesellschaft mit folgender Ausscheidung der Aktiven und des Gewinns (Zinssatz CH = 0.5%; Zinssatz USA = 1.5%):

Aktiven	Total	CH	USA
Flüssige Mittel	100		100
Darlehen an Nahestehende	2000	1500	500
Passiven			

⁴⁸ Oesterhelt/Schreiber, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar DBG, Art. 52 DBG N 17.

⁴⁹ Oesterhelt/Schreiber (Anm. 48), Art. 52 DBG N 23.

⁵⁰ Zum Ganzen VGr ZH, 16.12.2015, SB.2015.5, E. 6.3.

⁵¹ Erläuterungen (Anm. 33), Ziff. 4 S. 5.

Fremdkapital (nicht-verzinslich)	200		200
Eigenkapital	1900	1500	400

Gewinn	Total	CH	USA
Zinsertrag (netto)	15	7.5	7.5

Gemäss der Verordnung ist auf den ausländischen Aktiven kein NID möglich. Dabei hat eine prozentuale Kürzung des Sicherheitseigenkapitals von 1600 im Verhältnis der in den USA gelegenen Aktiven (600) zu den Gesamtaktiven (2100) zu erfolgen:

Sicherheitseigenkapital	1600	
Davon auf «ausländischen» Aktiven	-457	29%
Sicherheitseigenkapital Schweiz	1143	71%

Dieses Sicherheitseigenkapital entfällt vollumfänglich auf Darlehen an Nahestehende (einziges Aktivum in der Schweiz), damit beträgt der NID in der Schweiz bei einem Zinssatz von 0.25% (Zinssatz CH von 0.5% abzüglich Spread von 0.25%):

Sicherheitseigenkapital	Zinssatz	NID CH
1143	0.25%	2.9

Würde hingegen eine *objektmassige* Ausscheidung vorgenommen, so wird der NID direkt anhand des Einzelabschluss Schweiz ermittelt:

Aktivum	Eigenkapital- unterlegungssatz	Kern- eigenkapital
Darlehen an Nahestehende	1500	15% 225

Eigenkapital	1500
Kerneigenkapital	-225
Sicherheitseigenkapital	1275

Sicherheitseigenkapital	Zinssatz	NID CH
1275	0.25%	3.2

Würde schliesslich eine *quotenmässige* Ausscheidung vorgenommen, so wird der NID von insgesamt 3.8 (vgl. oben II.C.3.a) nach den Gewinnquoten hälftig aufgeteilt:

	Total	CH	USA
NID	3.8	1.9	1.9

c) **Anfechtungsmöglichkeiten?**

Beim NID handelt es sich um einen kalkulatorischen Zinsabzug. Damit ist fraglich, ob ein allfällig anwendbares DBA Handhabe bietet, um die indirekte internationale Steuerauscheidung nach Lage der Aktiven zu beanstanden. Durch die Mehr- oder Minderberücksichtigung des NID im Vergleich zu einer quotenmässigen Ausscheidung wird der dem anderen Land bzw. der Schweiz zugewiesene steuerbare Gewinn nicht geschmälert.

Da zudem der Bundesgesetzgeber den NID ausdrücklich auf das in der Schweiz steuerbare Eigenkapital beschränkt (Art. 25a^{bis} StHG), wird wohl die Massgeblichkeit der Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV eine gerichtliche Überprüfung beschränken.

3. **Interkantonale Steuerauscheidung**

Zur interkantonalen Steuerauscheidung enthalten weder Art. 25a^{bis} StHG noch § 65b StG Vorgaben. Jedoch spezifiziert Art. 2 Abs. 4 VO BR, dass nicht nur die ausländischen Aktiven, sondern auch die ausserkantonalen Aktiven das Sicherheitseigenkapital vermindern, auf welchem der NID geltend gemacht wird.

Wie bereits im Kontext der internationalen Steuerauscheidung ausgeführt, ist diese Regelung in Bezug auf ausserkantonale Kapitalanlageneigenschaften noch nachvollziehbar und entspricht auch den Grundsätzen der interkantonalen Steuerauscheidung.

In Bezug auf Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten hingegen trifft die Ausscheidung nach Lage der Aktiven, welche in der Regel für die Kapitalausscheidung massgebend ist, auf das Prinzip der quotenmässigen Ausscheidung des Gewinns. Diese Unklarheit zeigt sich auch in Folgendem: Das SSK KS 34 führt in Bezug auf den NID aus, dass dieser quotenmässig auszuschneiden sei.⁵² Hingegen sieht das Formular, welches der Kanton Zürich für die Bestimmung des NID zur Verfügung stellt, die indirekte Ausscheidung nach Lage der Aktiven vor, indem die ausserkantonalen Aktiven das Sicherheitseigenkapital und damit die Bemessungsgrundlage für den NID reduzieren. Es kann jedoch nur eine dieser Ausscheidungsmethoden zur Anwendung gelangen.

Im Gegensatz zum Ausschluss der ausländischen Aktiven ist die interkantonale Komponente allerdings nicht im Gesetzestext selbst enthalten. Im Gegenteil sieht § 65b StG ausdrücklich vor, dass der NID auf dem in der *Schweiz* steuerbaren Eigenkapital bestimmt wird. Damit kann in Frage gestellt werden, ob die Regelung in Bezug auf die ausserkantonalen Aktiven in Art. 2 Abs. 4 VO vom Gesetzeswortlaut in Art. 25a^{bis} StHG gedeckt ist und damit an dessen Massgeblichkeit gemäss Art. 190 BV teilhaben kann.

Da es sich beim NID um einen kalkulatorischen Zinsabzug handelt, führt dessen Mehr- oder Minderberücksichtigung bei der indirekten Ausscheidung nach Lage der Aktiven im Vergleich zur quotenmässigen Ausscheidung auf den ersten Blick nicht zu einer Doppelbesteuerung. Bei genauerer Betrachtung ist jedoch zu beachten, dass der NID geschäftsmässig begründeten Aufwand darstellt. Damit kommen diesbezüglich die vom Bundesgericht ausgearbeiteten Regeln über die Steuerauscheidung zur Vermeidung der interkantonalen Doppelbesteuerung und damit grundsätzlich die quotenmässige Ausscheidung zur Anwendung.

Eine definitive Klärung, wie das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung und die damit einhergehenden Grundsätze der interkantonalen Steuerauscheidung in Bezug auf den NID zu konkretisieren sind, wird nur durch das Bundesgericht erfolgen können. Dabei kann das Bundesgericht jedoch die volle Kognition beanspruchen,

⁵² Vgl. Kreisschreiben 34 der Schweizerischen Steuerkonferenz, Interkantonale Steuerauscheidung von Gesellschaften, welche die in der STAF vorgesehenen Abzüge beanspruchen, 15.01.2020, Beispiel 6.

sind doch die interkantonalen Aspekte (im Gegensatz zu den internationalen Aspekten) nicht durch das Bundesgesetz geregelt, auch nicht in den Grundzügen.

III. WÜRDIGUNG

Wie die oben analysierten Beispiele zeigen, kann der NID für im Kanton Zürich steuerpflichtige Gesellschaften eine interessante Möglichkeit zur Reduktion der Steuerlast sein. Je nach Ausgestaltung der Aktiv- und Passivseite der Bilanz kann der NID den steuerbaren Gewinn bzw. Finanzertrag massgeblich reduzieren. Im aktuellen Niedrig-/Negativzinsumfeld ist der NID nur dann attraktiv, wenn die Gesellschaft über Darlehen an Nahestehende verfügt. Dies ist insbesondere bei Finanzierungsgesellschaften der Fall, welche über Eigenkapital in bedeutendem Umfang verfügen.⁵³ Wie die Beispiele zeigen, kann der NID aber auch für operative oder IP-Gesellschaften interessant sein.⁵⁴

Wie mehrere der STAF-Massnahmen weicht der NID von der Massgeblichkeit der handelsrechtlichen Bilanz ab. Allerdings verlangt der NID im Gegensatz beispielsweise zum Step-Up nicht eine separate Steuerbilanz. Insbesondere kann auf die Gewinnsteuerwerte zu Beginn und Ende der Steuerperiode abgestützt werden.⁵⁵ Auch verlangt die Anwendung des NID keine aufwendigen Abklärungen und Berechnungen, wie dies beispielsweise für die Patentbox erforderlich ist. Wie die analysierten Beispiele zeigen, lässt sich der NID anhand der Jahresrechnung mit geringem Aufwand in wenigen Schritten ermitteln.

Insgesamt erweist sich der NID als durchaus taugliches Mittel, dem Grundsatz der Kapitalstrukturneutralität näher zu kommen. Statt wie das Konzept des verdeckten Eigenkapitals die im Auge des Fiskus «falsche» Kapitalstruktur zu korrigieren, fördert er eine steuerrechtliche Gleichstellung von Eigen- und Fremdkapital, indem in beiden Konstellationen ein Abzug für Zinsen möglich ist.⁵⁶

⁵³ Vgl. II.C.3.a).

⁵⁴ Vgl. II.C.3.c) und II.C.3.d).

⁵⁵ Damit lässt sich der NID in der Schweiz einfacher handhaben, als dies beispielsweise die quartalsweise Betrachtung in Liechtenstein erlaubt.

⁵⁶ Vgl. im Detail oben I.

Das Konzept des Sicherheitseigenkapitals stellt einen angemessenen Kompromiss dar, indem das Eigenkapital differenziert in die Ermittlung des NID einbezogen wird.⁵⁷ Es erfolgt somit keine vollumfängliche Umsetzung des Konzepts der zinsbereinigten Gewinnsteuer, sondern es wird unter Einbezug der konkreten Jahresrechnung der steuerpflichtigen Gesellschaft nur teilweise ein NID zugelassen. Diese Beschränkungen reflektieren auch den politischen Kompromiss, wobei der NID nur beschränkt zugelassen wird, damit er nicht als übermässige steuerliche Begünstigung empfunden wird.

Ebenso wird der kalkulatorische Zinssatz zur Bestimmung des NID auf dem Sicherheitseigenkapital differenziert umgesetzt.⁵⁸ Grundsätzlich entspricht der kalkulatorische Zinssatz der Rendite der zehnjährigen Bundesobligationen, womit im aktuellen Negativ-Zinsumfeld der NID erheblich eingeschränkt wird. Hingegen wird in Bezug auf Darlehen an Nahestehende den steuerpflichtigen Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet, einen abweichenden Zinssatz als drittvergleichskonform geltend zu machen. Damit wird den ökonomischen Überlegungen hinsichtlich der Berechnung der Eigenkapitalkosten die Tür geöffnet. Darin zeigt sich auch der Gedanke des NID als Nachfolge für die abgeschaffte Swiss Finance Branch. Wobei aber der NID neben analogen Massnahmen in anderen europäischen Ländern (nebst Liechtenstein auch Belgien, Portugal usw.) steht und somit auf internationale Akzeptanz vertrauen kann.

Der NID schweizerischer Ausprägung erweist sich somit als schweizerischer Kompromiss, der verschiedene Elemente und Ansichten zum NID vereint und auf eine praktikable Umsetzung fokussiert.

⁵⁷ Vgl. im Detail oben II.B, II.D und II.F.

⁵⁸ Vgl. im Detail oben II.C.