

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2021.00056 vom 25. Mai 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-05-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SB.2021.00056](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2021.00056)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2021.00056 du 25 mai 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2021.00056 del 25 maggio 2022

## Regeste

Staats- und Gemeindesteuern 01.01. - 31.12.2014 und 01.01. - 31.12.2015 | Verdeckte Gewinnausschüttung: ESTV-Rundschreiben "Steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen" als "safe harbour rules". [Die Muttergesellschaft gewährte der Tochtergesellschaft ein ungesichertes Darlehen in Form eines festen Vorschusses zu einem Zinssatz von 2,5% p.a.; ferner wurde ein Kontokorrentkredit zu einem Zinssatz von 3,0% p.a. gewährt. Die Vorinstanzen erachteten lediglich einen Zinssatz von 1,08% p.a. als marktkonform; der darüber hinaus vereinbarte Zins sei als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren.] Definition verdeckte Gewinnausschüttung: Unter den Begriff der geldwerten Leistungen fallen auch übersetzte Passivzinsen, deren Zinssatz einem Drittvergleich nicht standhält (E. 2.3). Die ESTV-Rundschreiben sehen als Maximalzinssätze für Liegenschaftskredite einen Rahmen von 1,5% bis 2,75% für das Jahr 2014 und einen Rahmen von 1,0% bis 2,25% für das Jahr 2015 vor. Die vereinbarte Verzinsung überstieg somit in beiden Steuerperioden die Maximalzinssätze gemäss ESTV-Rundschreiben (E. 3.1). Die Pflichtige versuchte die Marktkonformität dadurch nachzuweisen, dass sie bezüglich festem Vorschuss den vereinbarten Zinssatz in die Komponenten Referenzzinssatz (0,75%), Abgeltung der transaktionalen und abwicklungstechnischen Aufgaben (Zuschlag von 0,25%) und individuelle Marktrisikoprämie (Zuschlag von 150 Basispunkten) aufgliederte (E. 3.3). Insbesondere die Marktkonformität der Risikoprämie wurde unzureichend substantiiert: Die von der Pflichtigen zum Vergleich herangezogenen, börsenkotierten Immobiliengesellschaften wiesen ein Rating von BBB oder BBB+ auf. Demgegenüber verfügte die darlehensgewährende Muttergesellschaft in den massgebenden Jahren über ein Rating AA+ und zudem über eine Staatsgarantie. Letztere wäre auch bei finanziellen Schwierigkeiten der Pflichtigen (subsidiär) zum Zug gekommen (E. 3.5). Entgegen der Ansicht der Pflichtigen war ihre Kreditwürdigkeit daher nicht "stand alone" zu ermitteln bzw. unabhängig von der Muttergesellschaft (E. 3.6). Fehlende Auseinandersetzung der Pflichtigen mit der vorinstanzlichen Begründung, aus welchen Gründen die Erhebung einer Kommission kaum gerechtfertigt und in der Praxis unüblich sei. Damit fehlt der rechtsgenügende Nachweis für zwei Elemente des Zinssatzes, weshalb der Nachweis der Pflichtigen bezüglich der Drittvergleichskonformität der Zinsen gescheitert ist (E. 3.7). Bejahung einer verdeckten Gewinnausschüttung/Abweisung des Hauptantrags der Pflichtigen (E. 3.8). Sinn und Zweck der ESTV-Rundschreiben als "safe harbour rules" (E. 4.2). Das kantonale Steueramt behauptet, der aus steuerrechtlicher Sicht marktkonforme Zinssatz betrage exakt 1,08%. Das Steuerrekursgericht hat dieses Resultat und die ihm zugrunde liegende Berechnungsmethode geschützt. Der dergestalt errechnete Zinssatz liegt wesentlich tiefer als die gemäss ESTV-Rundschreiben zulässigen Maximalzinssätze von 2% bzw. 1,5% für Liegenschaftskredite für Industrie- und Gewerbeimmobilien. Bei der

Bestimmung von Verrechnungspreisen resultiert aus Drittvergleichen jedoch nicht ein einziger "richtiger Preis", sondern es ergibt sich stets eine bestimmte Bandbreite, innerhalb welcher die Marktpreise üblicherweise festgesetzt werden. Alle unter Nahestehenden innerhalb dieser Bandbreite festgelegten Verrechnungspreise gelten nach Praxis und Rechtsprechung als steuerrechtlich angemessen. Weil die ESTV für Darlehen von Beteiligten oder nahestehenden Dritten lediglich Maximalzinssätze festgelegt hat, bleibt es den Steuerpflichtigen überlassen, innerhalb der Bandbreite bis zum anwendbaren Maximalzinssatz eine Verzinsung festzulegen, die von den Steuerbehörden als angemessen zu akzeptieren ist (E. 4.5). Nachdem die Pflichtige mit dem Nachweis des Drittvergleichspreises gescheitert ist, sind die Zinszahlungen zwar als verdeckte Gewinnausschüttungen zu qualifizieren, in betraglicher Hinsicht aber bloss insoweit, als sie die steuerlich zulässigen Maximalzinssätze übersteigen (E. 4.6). Teilweise

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Streit dreht sich um die Frage, ob die Pflichtige von der D AG Darlehen zu Konditionen erhalten hat, die den steuerrechtlichen Grundsätzen über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung unter verbundenen Personen nicht standhalten und ob sie aus diesem Grund der Gewinnsteuer unterliegende geldwerte Leistungen bzw. verdeckte Gewinnausschüttungen erbracht hat.

#### **E. 2.1**

Was die Beweislastverteilung betrifft, so gilt die Grundregel, dass die Steuerbehörde die Beweislast für steuerbegründende und -erhöhende Tatsachen und die steuerpflichtige Person für steueraufhebende oder -mindernde Tatsachen trägt (BGE 140 II 248 E. 3.5; BGE 121 II 257 E. 4c/aa). Bei geldwerten Leistungen ist es grundsätzlich an der Steuerbehörde, den Nachweis zu erbringen, dass einer Leistung der Gesellschaft keine oder keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Gelingt ihr dies nicht, so trägt sie die Folgen der Beweislosigkeit (vgl. [anstelle vieler] BGr, 1. September 2009, 2C\_265/2009, E. 2.4; BGr, 23. Juli 2009, 2C\_76/2009, E. 2.2 mit Hinweis). Dabei ist im Zusammenhang mit sogenannten verdeckten Gewinnausschüttungen freilich immerhin zu beachten, dass bei genügend durch die Steuerbehörde vorgebrachten Indizien, welche auf eine Unangemessenheit bei der Gegenleistung schliessen lassen, es dem Steuerpflichtigen obliegt, den Nachweis für seine gegenteilige Behauptung zu erbringen (BGr, 27. September 2019, 2C\_343/2019, E. 5.2; BGr, 23. April 2019, 2C\_49/2018, E. 4.2.4). Bei einem von der steuerpflichtigen Gesellschaft erfolgswirksam verbuchten Aufwandposten liegt es demgegenüber grundsätzlich an dieser, den Nachweis zu erbringen, dass diese Erfolgsminderung geschäftsmässig begründet ist (BGr, 16. Juli 2013, 2C\_273/2013 und 2C\_274/2013, E. 3.3; vgl. etwa auch BGr, 4. Juli 2019, 2C\_497/2018, E. 3.3).

#### **E. 2.2**

Der steuerbare Reingewinn der juristischen Personen setzt sich gemäss § 64 Abs. 1 StG unter anderem aus dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Salvovortrags des Vorjahrs (Ziff. 1) sowie "allen vor Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung ausgeschiedenen Teilen des Geschäftsergebnisses [zusammen], die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden, wie insbesondere ... [lit. a–d] offene und verdeckte Gewinnausschüttungen und geschäftsmässig

nicht begründete Zuwendungen an Dritte" (Ziff. 2 lit. e).

### **E. 2.3**

Auf eine verdeckte Gewinnausschüttung ist zu schliessen, wenn eine juristische Person, sich entreichernd, ihren Gesellschaftern oder ihr sonst nahestehenden Personen bewusst Vorteile zuwendet, die sie unbeteiligten Dritten nicht einräumen würde (RB 1985 Nr. 42 = StE 1985 B 72.13.22 Nr. 4, mit Hinweisen). Wie das Steuerrekursgericht zutreffend erwogen hat, fallen darunter auch geldwerte Leistungen in Form von übersetzten Passivzinsen, deren Zinssatz dem Drittvergleich nicht standhält. Leistung und Gegenleistung müssen nach der Rechtsprechung einem sog. Drittvergleich standhalten. Die Gesellschaft, welche mit einem Aktionär oder einer diesem nahe stehenden Person ein Rechtsgeschäft abschliesst, muss dies somit zu den Bedingungen tun, zu welchen sie es auch mit einem unabhängigen Dritten tun würde (Martin Zweifel/Silvia Hunziker, Steuerverfahrensrecht, Beweislast, Drittvergleich, "dealing at arm's length", Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 58 DBG – Beweis und Beweislast im Steuerverfahren bei der Prüfung von Leistung und Gegenleistung unter dem Gesichtswinkel des Drittvergleichs, ASA 77 [2009] 657 ff., 673 mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Es ist unbestritten, dass es sich bei der D AG und der Pflichtigen um verbundene Gesellschaften im steuerrechtlichen Sinn handelt. Im vorliegenden Fall wurde die steuerrechtliche Anerkennung der konzerninternen Kreditgewährung vom Steuerrekursgericht zunächst generell infrage gestellt. Nach ergänzender Untersuchung stellte die Vorinstanz jedoch fest, es liege kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vor und das Kreditverhältnis sei grundsätzlich steuerrechtlich anzuerkennen, was vom Beschwerdegegner nicht bestritten wird. Zu klären ist indessen, ob die Zinssätze von 2,5 % auf dem festen Vorschuss bzw. 3 % auf dem Kontokorrentkredit dem Drittvergleich standhalten.

### **E. 2.5**

Gemäss Einspracheentscheid wurde lediglich eine Verzinsung mit 1,08 % als geschäftsmässig begründet zugelassen. Dies wurde mit der Refinanzierung der D AG mittels Anleiheobligationen mit einem durchschnittlichen Zinssatz von 0,83 % begründet. Unter Berücksichtigung einer Marge von 0,25 % zugunsten der Gläubigerin errechnete das kantonale Steueramt einen steuerlich zulässigen Zins von 1,08 %, was vom Steuerrekursgericht bestätigt wurde. Das Steuerrekursgericht erwog, die von der ESTV jährlich veröffentlichten Rundschreiben betreffend steuerlich anerkannte Zinssätze für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken (ESTV-Rundschreiben) hätten keinen Gesetzescharakter, sondern stellten administrative Weisungen an die Veranlagungsbehörden dar, die für das Gericht nicht bindend seien. Diese Feststellung trifft grundsätzlich zu (vgl. auch hinten E. 4.1 ff.). Als interne Richtlinien bzw. Weisungen stellen die ESTV-Rundschreiben kein Bundesrecht dar; sie binden grundsätzlich weder den Steuerpflichtigen noch die Steuerbehörden oder die Gerichte (BGE 140 II 88 E. 5.1.2 = Pra 103 [2014] Nr. 77). Die von der ESTV festgesetzten Zinssätze werden vom Bundesgericht als sog. safe harbour rules bezeichnet. Da sie auf eine einheitliche und gleiche Rechtsanwendung ausgerichtet sind, soll von ihnen nur abgewichen werden, wenn sie die anwendbaren Gesetzesbestimmungen nicht überzeugend konkretisieren (BGE 140 II 88 E. 5.1.2 = Pra 103 [2014] Nr. 77; BGr, 31. März 2020, 2C\_578/2019, E. 4.3). Die

Nichtbeachtung der Zinssätze gemäss ESTV-Rundschreiben durch die steuerpflichtige Gesellschaft führt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur widerlegbaren Vermutung, dass eine geldwerte Leistung vorliegt (BGE 140 II 88 E. 7 = Pra 103 [2014] Nr. 77). Der Beweis, dass die vom ESTV-Rundschreiben abweichende Verzinsung dem Grundsatz der Marktüblichkeit entspricht, obliegt in diesem Fall der steuerpflichtigen Gesellschaft.

### **E. 3.1**

Vorliegend geht es um die Höhe der Verzinsung von Krediten, welche der Pflichtigen von der D AG gewährt wurden. Ein Darlehen wurde in Form eines festen Vorschusses zu einem Zinssatz von 2,5 % p.a. gewährt, während der Zinssatz für den Kontokorrentkredit im Zeitpunkt der Kreditgewährung auf 3,0 % p.a. festgelegt wurde. Nach den unbestrittenen Feststellungen des Steuerrekursgerichts lagen die Maximalzinssätze für Liegenschaftskredite gemäss den massgebenden ESTV-Rundschreiben im Rahmen von 1,5 % bis 2,75 % für das Jahr 2014 und von 1,0 % bis 2,15 % ( recte: 2,25 %) für das Jahr 2015. Der jeweils anwendbare Zinssatz ist abhängig von der Art der finanzierten Liegenschaften und der Höhe des Darlehens. Die Verzinsung des Kontokorrentkredits lag in beiden Jahren unbestrittenermassen über dem Maximalzinssatz, während die Verzinsung des festen Vorschusses nur für das Jahr 2015 offensichtlich darüber lag. Wie die Pflichtige indessen geltend macht, wurden das Darlehen und ein wesentlicher Teil des Kontokorrentkredits zur Finanzierung des Immobilienportfolios der Pflichtigen verwendet, das zur grossen Mehrheit gewerblichen Zwecken dient. Weil die Fremdfinanzierung zwei Drittel des Immobilienwerts nicht übersteigt, wäre nach den Angaben der Pflichtigen auf die Zinssätze für Industrie- und Gewerbeimmobilien in Höhe von 2 % im Jahr 2014 und 1,5 % im Jahr 2015 abzustellen. Die Vorinstanz hat dazu keine weitere Untersuchung durchgeführt, weil diese Frage aufgrund des vorinstanzlichen Rechtsstandpunkts nicht entscheidungswesentlich war. Aufgrund der unbestrittenen Sachlage betreffend vorgängiger Ausgliederung sowie den aktenkundigen Angaben über den Eigenfinanzierungsgrad und die Kreditgewährung erscheint diese Feststellung jedenfalls als plausibel. Wenn sie zutrifft, folgt daraus, dass der Zinssatz von 2,5 % für den festen Vorschuss auch im Jahr 2014 den Maximalzinssatz von 2 % für Liegenschaftskredite überstiegen hatte. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung, dass die Verzinsung in beiden Steuerperioden die Maximalzinssätze gemäss ESTV-Rundschreiben überstiegen hatte, ist somit begründet.

### **E. 3.2**

Gemäss den unbestrittenen Angaben der Pflichtigen wurde auf die grundpfandrechtliche Sicherstellung der von der D AG gewährten Kredite verzichtet. Wie sie dazu selbst feststellt, würden die Immobilien im Rahmen einer Prüfung der Kreditwürdigkeit auch ohne grundpfandrechtliche Besicherung als Haftungssubstrat berücksichtigt. Aus steuerrechtlicher Sicht ist die fehlende Verpfändung ohnehin unerheblich. Der Grund dafür, dass die ESTV-Rundschreiben tiefere Höchstzinssätze für Immobilienkredite als für Betriebskredite vorsehen, liegt in der notorischen Tatsache, dass der Zinssatz für eine pfandgesicherte Schuld in der Regel niedriger ist als für ein ungesichertes Darlehen. Verzichtet eine Schuldnerin auf eine Verpfändung ihrer Immobilien und damit grundsätzlich auf die Möglichkeit, ein Darlehen zu tieferem Zins zu erhalten, erscheint dies als ungewöhnliches Vorgehen, das sich in der Regel nur mit der Verbundenheit zwischen Gläubiger und Schuldner erklären lässt (BGr, 10. August 2020, 2C\_181/2020, E. 5.6.3). Nachdem sich die Pflichtige nicht auf die Geltung der Zinssätze für Betriebskredite beruft

und sich selber auf die für Immobilienkredite massgebenden Zinssätze abstützt, ergibt sich, dass hier letztere gemäss ESTV-Rundschreiben in Höhe von 2 % für 2014 und 1,5 % für 2015 massgebend sind. Nachdem diese Maximalzinssätze überschritten wurden, obliegt es somit der Pflichtigen, den Drittvergleich zu leisten und den Beweis für die Marktkonformität der vereinbarten höheren Zinsen zu leisten.

### **E. 3.3**

Nach den Feststellungen des Steuerrekursgerichts versuchte die Pflichtige die Marktkonformität dadurch nachzuweisen, dass sie bezüglich festem Vorschuss den vereinbarten Zinssatz in die Komponenten Referenzzinssatz von 0,75 %, Abgeltung der transaktionalen und abwicklungstechnischen Aufgaben (Zuschlag von 0,25 %) und individuelle Marktrisikoprämie (Zuschlag von 150 Basispunkten) aufgliederte. Der Zinssatz für den Kontokorrentkredit soll hingegen in Anlehnung an einen mit der J-Bank abgeschlossenen Rahmenkreditvertrag ermittelt worden sein. Die im Vergleich zum festen Vorschuss um 50 Basispunkte höhere Verzinsung rechtfertige sich gemäss der Pflichtigen insbesondere durch die Flexibilität in Bezug auf die Auslastung des Kontokorrentvertrags.

### **E. 3.4**

Nach den vorinstanzlichen Erwägungen hat die Pflichtige nicht in hinreichend substantzierter Weise dargelegt, weshalb als Referenzwert für eine risikofreie Rendite allein auf den Swapsatz und nicht auch auf den Zinssatz der Bundesanleihen der Schweizerischen Eidgenossenschaft abzustellen ist. Bezüglich der zusätzlichen Darlehensgebühr stellte das Steuerrekursgericht weiter fest, gemäss dem ins Recht gelegten Rahmenkreditvertrag würden keine Kommissionen auf dem festen Vorschuss erhoben, sondern lediglich auf dem Kontokorrentkredit. Gemäss der Begründung des Steuerrekursgerichts, auf welche verwiesen werden kann, ist die Erhebung einer Kommission bei der Gewährung eines festen Vorschusses kaum gerechtfertigt und stellt auch in der Praxis eine Ausnahme dar. Der Zuschlag für die Risikoprämie wurde von der Pflichtigen mit Verweisung auf einen von der Credit Suisse geführten Liquid Swiss Index begründet. Gemäss den Feststellungen des Steuerrekursgerichts – auf die verwiesen werden kann – waren jedoch die eingereichten Zahlenangaben unklar und vermutungsweise unvollständig. Die diesbezüglichen Behauptungen der Pflichtigen wurden gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen ungenügend substantiiert. Zudem erachtete die Vorinstanz die behauptete Vergleichbarkeit der Kreditwürdigkeit der Pflichtigen mit dem Kreditrating von börsenkotierten Immobiliengesellschaften als unbegründet.

### **E. 3.5**

Wie das Steuerrekursgericht zu Recht feststellte, hatte die Pflichtige die behauptete Marktkonformität der Risikoprämie unzureichend substantiiert. Es ist unbestritten, dass die D AG in den massgebenden Jahren über ein Rating AA+ verfügte, während die zum Vergleich herangezogenen Immobiliengesellschaften ein Rating von BBB oder BBB+ aufwiesen. Gemäss dem von der Vorinstanz zitierten Ratingbericht wurde der D-Konzern aufgrund der konsolidierten Jahresrechnung beurteilt. Die vorinstanzliche Annahme, der Immobilienbestand der Pflichtigen habe sich im Vergleich zu andern Risiken des Konzerns, wie das ...geschäft, eher positiv auf das Rating der D AG ausgewirkt, ist durchaus begründet, wenngleich letztlich nicht entscheidend. Gemäss Steuerrekursgericht verfügte die D AG zudem über eine Staatsgarantie, die letztlich auch bei finanziellen Schwierigkeiten der Pflichtigen (subsidiär) zum Zuge gekommen wäre. Das Gesetz vom ...

sieht eine ausdrückliche, zeitlich befristete subsidiäre Haftung des ... vor, die in den streitbetroffenen Jahren umfassend gültig war (...). Weil die erwähnten börsenkotierten Immobiliengesellschaften über keine vergleichbare Garantie verfügen, ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht zu beanstanden, dass nur schon aus diesem Grund das Rating der Pflichtigen besser ausfallen müsste, als das Rating für die zum Vergleich herangezogenen Gesellschaften. Indem es die Pflichtige unterlassen hatte, ihre Vergleichszahlen rechtsgenügend zu substantiieren und sie überdies nicht nachweisen konnte, dass der Liquid Swiss Index in vergleichbarer Weise für die Pflichtige massgebend sein soll, ist die Feststellung des Steuerrekursgerichts, der Beweis der Marktkonformität der Verzinsung sei gescheitert, gesetzmässig.

### **E. 3.6**

Die Pflichtige macht dazu beschwerdeweise geltend, die Risikoprämie sei basierend auf dem Liquid Swiss Index berechnet worden, weil die Kreditwürdigkeit der Pflichtigen mangels Garantie oder anderer Sicherheiten der D AG von dieser unabhängig ("stand alone") zu ermitteln sei. Sie begründet jedoch nicht, weshalb die vorinstanzlichen Ausführungen zur Staatsgarantie unzutreffend sein sollten. Die Pflichtige hat nicht widerlegt, dass sich die subsidiäre Haftung der ... auch auf den (erst nach Inkrafttreten des Gesetzes ausgegliederten) Immobilienbetrieb und damit mittelbar auch auf die Pflichtige erstreckte. Aus rechtlicher Sicht ist deshalb davon auszugehen, dass die Pflichtige – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – über eine Staatsgarantie verfügte. Deshalb hätte sie nach den allgemein bekannten Regeln der Finanzmärkte – unter ansonsten gleichen Voraussetzungen – ein besseres Kreditrating erzielen können als die zum Vergleich herangezogenen börsenkotierten Immobiliengesellschaften. Diese Schlussfolgerung resultiert nicht etwa – wie die Pflichtige geltend macht – aus einer unzulässigen Konzernbetrachtung, sondern basiert auf der individuell-konkreten Situation der Pflichtigen. Ein Drittvergleich kann deshalb nicht unter Anwendung des Liquid Swiss Index rechtsgenügend erbracht werden.

### **E. 3.7**

Die Pflichtige behauptet ferner, die Vereinbarung einer Kreditkommission von 0,25 % sei marktüblich. Die blosser Verweisung auf die OECD-Finanzleitlinien genügt indessen nicht als Nachweis dafür. Die angeführte Publikation der OECD stammt aus dem Jahr 2020 und könnte schon aus zeitlichen Gründen grundsätzlich nicht für die Festlegung von Verrechnungspreisen im vorliegenden Verfahren massgebend sein, was aber nicht entscheidungswesentlich ist. In der Publikation wird bloss ausgesagt, dass Kreditgeber manchmal Gebühren erheben, die gegebenenfalls gleich evaluiert werden sollten wie bei andern konzerninternen Geschäftsvorfällen. Eben darum ging es bei der vorinstanzlichen Untersuchung. Die Pflichtige setzt sich nicht mit der vorinstanzlichen Begründung auseinander, wonach bei der Vergabe von festen Vorschüssen keine ständige Liquiditäts- und Refinanzierungsplanung seitens des Darlehensgebers erforderlich ist, weshalb die Erhebung einer Kommission kaum gerechtfertigt und in der Praxis unüblich sei. Diese Feststellung steht nicht im Widerspruch zur erwähnten OECD-Publikation. Nachdem es die Pflichtige unterlassen hatte, die Gründe für die Vereinbarung einer Kreditkommission auf dem festen Vorschuss und deren Höhe ausreichend zu substantiieren, erweist sich der Schluss des Steuerrekursgerichts insoweit als gesetzmässig. Damit fehlt der rechtsgenügende Nachweis für zwei Elemente des Zinssatzes, was auf das Ergebnis durchschlägt. Der gemäss der geltenden Beweislastverteilung der Pflichtigen obliegende

Nachweis der Drittvergleichskonformität der Zinsen ist somit gescheitert. Es erübrigt sich bei diesem Resultat, weiter darauf einzugehen, ob der Swapsatz als Referenzwert bereits ausgereicht hätte oder ob der Zinssatz für Bundesanleihen hätte mitberücksichtigt werden sollen.

### **E. 3.8**

Nachdem der Pflichtigen der Nachweis nicht gelungen ist, dass die über den Maximalzinssätzen der ESTV-Kreisschreiben liegenden Zinssätze für die Darlehen der D AG marktkonform waren, ist der Schluss des Steuerrekursgerichts, es liege eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, grundsätzlich gesetzmässig. Dies führt zur Abweisung des Hauptantrags der Pflichtigen. Bei dieser Sachlage kann die Befragung der von der Pflichtigen angerufenen Zeugen (G, Head of Group Treasury der DF AG und H, Treasury Specialist der D-Gruppe) zum Zustandekommen der von der Pflichtigen verfochtenen Zinssätze unterbleiben.

### **E. 4.1**

Die Folgen des Misslingens des Nachweises der marktüblichen Verzinsung sind umstritten. Die Pflichtige beantragt eventualiter, den Zinsaufwand im Umfang der Maximalzinssätze gemäss ESTV-Rundschreiben zum Abzug zuzulassen und nur den diesen übersteigenden Teil als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren. Demgegenüber darf nach Auffassung des Steuerrekursgerichts die Steuerbehörde zu Ungunsten der Steuerpflichtigen von den Zinssätzen gemäss ESTV-Rundschreiben abweichen, sofern sie die Substanziierungs- und Beweisanforderungen für die von ihr behaupteten marktkonformen Zinssätze erfüllt. Weil die Nichteinhaltung der Regeln zur widerlegbaren Vermutung führt, es liege eine geldwerte Leistung vor, nimmt das Steuerrekursgericht an, die Einhaltung dieser Regeln bewirke umgekehrt bloss eine widerlegbare Vermutung für die Marktkonformität und die Steuerbehörde sei frei, von den Zinssätzen gemäss ESTV-Rundschreiben abzuweichen.

### **E. 4.2**

Die ESTV-Rundschreiben haben gemäss ihrem einleitenden Wortlaut den folgenden Zweck: "Für die Bemessung einer angemessenen Verzinsung von Vorschüssen oder Darlehen in Schweizer Franken an Beteiligte oder ihnen nahe stehende Dritte oder von Beteiligten oder ihnen nahe stehenden Dritten stellt die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV), Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer, Stempelabgaben seit dem 1. Januar .... auf die folgenden Zinssätze ab:" Dies bedeutet offensichtlich, dass die Steuerbehörden die angemessene Darlehensverzinsung unter Nahestehenden nach Massgabe der von der ESTV veröffentlichten Zinssätze überprüfen bzw. bemessen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellen die in den Rundschreiben festgesetzten Zinssätze demzufolge "safe harbour rules" dar mit der Folge, dass die Nichtbeachtung der massgebenden Zinssätze eine widerlegbare Vermutung des Vorliegens geldwerter Leistungen auslöst, als deren Folge die Beweislast für die Drittvergleichskonformität der ausserhalb der vorgesehenen Zinsbandbreite liegenden Zinsaufwendungen der steuerpflichtigen Gesellschaft auferlegt wird (BGE 140 II 88 E. 7 = Pra 103 [2014] Nr. 77). Dies bedeutet umgekehrt, dass Steuerbehörden davon ausgehen, es liege keine geldwerte Leistung vor, wenn sich die steuerpflichtigen Personen an diese Regeln halten (BGr, 31. März 2020, 2C\_578/2019, E. 4.3). Sinn und Zweck einer "safe harbour rule" ist nach dem allgemeinen Begriffsverständnis die Schaffung eines (rechtlichen) Bereichs, in

welchem die Rechtssubjekte in Bezug auf den Anwendungsbereich vor Zu- bzw. Eingriffen der Behörden geschützt werden. Die Steuerpflichtigen befinden sich m.a.W. insofern in einem rechtssicheren Bereich, als nach der Praxis der Steuerbehörden keine aus steuerlicher Sicht unangemessene Leistung vorliegt, wenn die massgebenden Zinssätze eingehalten sind (VGr, 25. Juni 2014, SB.2013.0009, E. 4.2). Es verstiesse gegen Sinn und Zweck einer "safe harbour rule", wenn diese von der Steuerbehörde zulasten der Steuerpflichtigen ignoriert und für Zinsvereinbarungen, welche sich innerhalb der ESTV-Zinssätze bewegen, eine geldwerte Leistung angenommen würde. Indem das Steuerrekursgericht der Steuerbehörde zugestehen will, selbst dann eine geldwerte Leistung zu besteuern, wenn sich die vereinbarten Zinsen innerhalb der von den in den ESTV-Rundschreiben festgelegten Zinsbandbreiten bewegen, verkennt es in gesetzwidriger Weise die Rechtswirkung der "safe harbour rules". Weil die Beweislast für steuererhöhende Tatsachen grundsätzlich ohnehin der Steuerbehörde obliegt, entfielen bei einem derartigen Verständnis der Schutz des sich an die Regeln haltenden Steuerpflichtigen gegen eine steueramtliche Intervention, was die Funktion der ESTV-Rundschreiben, die Veranlagungsverfahren zu vereinfachen und eine rechtsgleiche Behandlung der Steuerpflichtigen zu fördern, zweckwidrig vereiteln würde.

#### **E. 4.3**

Die ESTV-Rundschreiben sind zwar für die Steuerjustiz nicht bindend (vgl. vorne E. 2.5). Weil sie aber auf eine einheitliche und gleiche Rechtsanwendung ausgerichtet sind, soll von ihnen nur abgewichen werden, wenn sie die anwendbaren Gesetzesbestimmungen nicht überzeugend konkretisieren (BGE 140 II 88 E. 5.1.2 = Pra 103 [2014] Nr. 77; BGr, 31. März 2020, 2C\_578/2019, E. 4.3). Ein Abweichen von Verwaltungsverordnungen aus triftigen Gründen ist nicht ausgeschlossen, aber dabei sollten sich die Justizbehörden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen. Es ist nicht die Aufgabe der Steuerjustiz, als Zweitinterpretin eigenen Zweckmässigkeitsüberlegungen anstelle derjenigen der Vollzugsbehörden den Vorzug zu geben (Michael Beusch in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum DBG, 3. A., Basel 2017, Art. 102 DBG N 17). Das Steuerrekursgericht begründete nicht, inwiefern die ESTV-Rundschreiben nicht eine überzeugende Umsetzung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck bringen sollen. Für eine solche Annahme sind auch keine triftigen Gründe ersichtlich und die breite gesamtschweizerische Anwendung spricht ebenfalls dagegen. Von den in den ESTV-Rundschreiben festgesetzten Zinsen kann deshalb nicht zulasten der Steuerpflichtigen abgewichen werden, jedenfalls solange als keine missbräuchliche Berufung auf die Anwendung derselben nachgewiesen ist.

#### **E. 4.4**

Daraus ergibt sich, dass sich der Beschwerdegegner für die Beurteilung, ob eine geldwerte Leistung vorliegt, an die in den ESTV-Rundschreiben vorgegebenen Maximalzinssätze zu halten hat. Dies gilt allgemein für Steuerpflichtige, die sich an die massgebenden Zinssätze gehalten haben. Werden die zulässigen Maximalzinssätze überschritten, entfällt insoweit zwar die Vermutung, es liege keine geldwerte Leistung vor. Es steht fest, dass es der Pflichtigen nicht gelungen war, die Drittvergleichskonformität der vereinbarten Zinsen zu beweisen. Dies bedeutet aber keineswegs, dass die Wirkung der "safe harbour rules" im konkreten Fall insgesamt entfällt. Aufgrund der Beweislastregelung hat das Scheitern des Beweises lediglich zur Folge, dass im Ausmass der die zulässigen Maximalsätze übersteigenden Zinsen von einer geldwerten Leistung auszugehen ist.

#### **E. 4.5**

Der Beschwerdegegner behauptet demgegenüber, der aus steuerrechtlicher Sicht marktconforme Zinssatz betrage exakt 1,08 %. Das Steuerrekursgericht hat dieses Resultat und die ihm zugrunde liegende Berechnungsmethode geschützt. Der dergestalt errechnete Zinssatz liegt wesentlich tiefer als die gemäss ESTV-Rundschreiben zulässigen Maximalzinssätze von 2 % bzw. 1,5 % für Liegenschaftskredite für Industrie- und Gewerbeimmobilien. Bei der Bestimmung von Verrechnungspreisen resultiert aus Drittvergleichen jedoch nicht ein einziger "richtiger Preis", sondern es ergibt sich stets eine bestimmte Bandbreite, innerhalb welcher die Marktpreise üblicherweise festgesetzt werden (vgl. Martin Zweifel/Silvia Hunziker, *Steuerverfahrensrecht, Beweislast, Drittvergleich, "dealing at arm's length"*, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 58 DBG – Beweis und Beweislast im Steuerverfahren bei der Prüfung von Leistung und Gegenleistung unter dem Gesichtswinkel des Drittvergleichs, ASA 77 [2009] 657 ff., 675). Alle unter Nahestehenden innerhalb dieser Bandbreite festgelegten Verrechnungspreise gelten nach Praxis und Rechtsprechung als steuerrechtlich angemessen. Weil die ESTV für Darlehen von Beteiligten oder nahestehenden Dritten lediglich Maximalzinssätze festgelegt hat, bleibt es den Steuerpflichtigen überlassen, innerhalb der Bandbreite bis zum anwendbaren Maximalzinssatz eine Verzinsung festzulegen, die von den Steuerbehörden als angemessen zu akzeptieren ist. Dementsprechend läge keine verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn die Pflichtige die Darlehen mit den massgebenden Maximalzinssätzen verzinst hätte. Weil das Steuerrekursgericht dem Steueramt fälschlicherweise zugestand, einen einzigen, aus Annahmen und Berechnungen abgeleiteten Zinssatz als massgebend zu bezeichnen, hat es nicht begründet, aus welchen triftigen Gründen der Rahmen der steuerlich zulässigen Zinsen der Pflichtigen nicht zur Verfügung stehen sollte. Insofern liegt eine Gehörsverweigerung und eine gesetzwidrige Rechtsanwendung vor, was die Aufhebung des Urteils des Steuerrekursgerichts zur Folge hat.

#### **E. 4.6**

Die in den ESTV-Rundschreiben festgehaltenen Zinsen bilden eine in der Steuerpraxis allgemein anerkannte Bandbreite ab, innerhalb welcher alle konkret geleisteten Zinsen von den Steuerbehörden als drittvergleichskonform eingestuft werden. Es wäre mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbaren, die Pflichtige höher zu besteuern als eine andere Unternehmung, welche die Darlehen von Nahestehenden zum Maximalsatz verzinst. Die ESTV-Rundschreiben haben keinen pönalen Zweck. Nachdem die Pflichtige mit dem Nachweis des Drittvergleichspreises gescheitert ist, sind die Zinszahlungen zwar als verdeckte Gewinnausschüttungen zu qualifizieren, in betraglicher Hinsicht aber bloss insoweit, als sie die steuerlich zulässigen Maximalzinssätze übersteigen. Weil das Steuerrekursgericht diese Zahlen nicht festgestellt hat, ist die Sache zur Ermittlung der Höhe der steuerbaren verdeckten Gewinnausschüttungen im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Praxisgemäss sind auch die erforderlichen zusätzlichen Steuerrückstellungen in der Steuerbilanz zu berücksichtigen. Der Beizug weiterer Unterlagen (siehe Editionsbegehren in Rz. 83 der Beschwerde) erübrigt sich nach dem Gesagten.

#### **E. 5**

Ins Leere zielt schliesslich die Rüge der Pflichtigen, es komme zu einer mit Art. 127 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) unvereinbaren Doppelbesteuerung, da die von ihr bezahlten Zinsen auf dem Darlehen und dem Kontokorrentkredit bereits bei der

Muttergesellschaft in die Erfolgsrechnung und damit in das der Gewinnsteuer unterliegende Jahresergebnis eingeflossen seien. Wenn dieselben Zinserträge nochmals auf Ebene der Pflichtigen der Gewinnsteuer unterliegen, liegt mangels Subjektidentität der Pflichtigen mit der Muttergesellschaft (vgl. dazu BGE 140 I 114 E. 2.3.1) kein Verstoss gegen Art. 127 Abs. 3 BV vor.

#### **E. 6**

Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde und zur Rückweisung an die Vorinstanz.

#### **E. 7**

Nach § 151 Abs. 1 in Verbindung mit § 153 Abs. 4 StG sind die Gerichtskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei teilweiser Gutheissung werden die Kosten anteilmässig aufgeteilt. Vorliegend obsiegt die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Aufrechnungspositionen, die eine Rückweisung der Angelegenheit zur Folge haben, und unterliegt mit ihrem Hauptantrag. Die Gerichtskosten sind ihr im Umfang von 2/5 aufzuerlegen; 3/5 der Gerichtskosten sind dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Verfahren vor Steuerrekursgericht hat die Vorinstanz in der neuen Entscheidung zu befinden. Der Beschwerdeführerin steht eine angemessene Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit § 152 und § 153 Abs. 4 StG).

#### **E. 8**

Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide, die der unteren Instanz einen Entscheidungsspielraum belassen, sind grundsätzlich als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zu qualifizieren (BGE 134 II 124 E. 1.3). Zwischenentscheide sind vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Verbleibt der unteren Instanz, an welche die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr und dient die Rückweisung nur noch der (rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten, werden Rückweisungsentscheide nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Endentscheide behandelt (BGE 134 II 124 E. 1.3).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.