

---

# **Bausteine einer steuereffektiven internationalen Konzernstruktur**

**von  
Dr. iur. Daniel Lehmann,  
dipl. Steuerexperte,  
Partner Bär & Karrer,  
Zürich**

**und**

**Dr. iur. Martin Arzethauser,  
Rechtsanwalt,  
Steuerkonsulent,  
Leiter Steuern,  
Rieter Konzern, Winterthur**

Separatdruck aus

**Steuer**Revue  
**Revue** fiscale Nr. 10 und 11/2003



---

# Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - II. Klassische Elemente und Beziehungen in einem «Musterkonzern»
    - 1. Skizze als Überblick
    - 2. Ziele und Grenzen des Musterkonzerns
      - 2.1. Ziele
      - 2.2. Grenzen internationaler Steuergestaltung
        - 2.2.1. Allgemeines
        - 2.2.2. Die Grenzen internationaler Steuergestaltung im Einzelnen
    - 3. Oberste Schweizerische Konzerngesellschaft
      - 3.1. Überblick
        - 3.1.1. Stammhausstruktur
        - 3.1.2. Holdingstruktur
        - 3.1.3. Beurteilung
      - 3.2. Ausländische Zwischengesellschaften (Subholdinggesellschaften)
        - 3.2.1. Gründe für die Errichtung von Zwischengesellschaften
        - 3.2.2. Ausgewählte Beispiele von Zwischengesellschaften
  - 4. Übrige Gesellschaften
    - 4.1. Vorbemerkungen
    - 4.2. Rechtsform als Gestaltungs- und Planungselement
      - 4.2.1. Kapitalgesellschaft versus Personengesellschaft
      - 4.2.2. Rechtliche selbständige Gesellschaft versus Zweigniederlassung oder Betriebsstätte
    - 4.3. Operative Gesellschaften
    - 4.4. Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften
      - 4.4.1. Grundsätzliches zu konzerninternen Beziehungen
      - 4.4.2. Gesellschaftsrechtliche Beziehungen
      - 4.4.3. Rechtsgeschäftliche Beziehungen
    - 4.5. Stabsgesellschaften und ihre Funktionen
      - 4.5.1. Allgemeines
      - 4.5.2. Konzernfinanzierungen durch Einsatz einer konzerninternen Finanzgesellschaft
      - 4.5.3. Absicherung konzernweiter Risiken mittels konzerneigener Versicherungsgesellschaft («Captive»)
      - 4.5.4. Lizenzverwertungsgesellschaft
      - 4.5.5. Management- und Dienstleistungsgesellschaft
- III. Zusammenfassung der Ergebnisse

---

# Bausteine einer steuer- effektiven internationalen Konzern- struktur

## I Einleitung

Die Erstauflage dieses Aufsatzes wurde in der SteuerRevue Nr. 6/1997 abgedruckt. Zahlreiches positives Feedback, aber noch viel mehr die seither eingetretene Fortentwicklung steuerlicher Rahmenbedingungen im konzerninternen grenzüberschreitenden Verhältnis haben uns bewogen, die Überarbeitung dieses Artikels vorzunehmen. Es war unser Ziel, an der aus unserer Sicht bewährten Konzeption so weit als möglich festzuhalten. Die Disposition erfährt daher keine grundlegende Änderung, sie wurde nur entsprechend der Entwicklung in den vergangenen sechs Jahren dem gegenwärtigen Stand der Dinge da und dort angepasst bzw. erweitert. Es bleibt also wiederum Ziel des vorliegenden Aufsatzes, den Grundlagen für eine steuereffektive internationale Konzernstruktur nachzugehen. Dabei ergeben sich nach wie vor zwei Blickwinkel, nämlich ein eher statischer und ein eher dynamischer. Der statische Aspekt bezieht sich auf die rechtlichen Einheiten (z.B. Gesellschaften), durch welche die wirtschaftlichen Aktivitäten abgewickelt werden, der dynamische auf die Leis-

DANIEL LEHMANN



*Dr. iur.,  
dipl. Steuerexperte,  
Partner Bär&Karrer,  
Zürich*

MARTIN ARZETHAUSER



*Dr. iur., Rechtsanwalt,  
Steuerkonsulent,  
Leiter Steuern  
Rieter Konzern,  
Winterthur*

tungsbeziehungen zwischen diesen rechtlichen Einheiten. Somit geht es uns im Folgenden abermals darum, innerhalb einer gegebenen Konzernstruktur einerseits die Strukturelemente und andererseits die Mechanik, welche die Strukturelemente in Bewegung hält, zu analysieren. Für den international tätigen Konzern stellen sich unter manchen Aspekten weitaus komplexere Fragestellungen als für rein national tätige Unternehmen. Das internationale Umfeld ist heute gekennzeichnet durch Globalisierung der Märkte bei einer gleichzeitig immer differenzierter werdenden Segmentierung der Kundengruppen, Deregulierung der Wirtschaft, schnell wechselnde Präferenzen der Kunden und kürzere Produktzyklen sowie vielfältige Vernetzungsmöglichkeiten aufgrund neuer Informationstechnologien. Es geht darum, dass heute Unternehmen nicht nur durchschlagende Qualitäts- und Serviceverbesserungen, Kostensenkungen und Zeiteinsparungen gleichzeitig erreichen, sondern auch Sorge dafür tragen, dass sie Fähigkeiten zur Innovation von Produkten und

Dienstleistungen entwickeln, damit sie auch in Zukunft im harten Wettbewerbsumfeld bestehen können. Das ist an sich nichts Neues. Neu daran ist nur, dass die gleichzeitige Realisierung aller dieser Ziele angestrebt wird. Und neu ist ausserdem auch die bisher nicht in diesem Ausmass gekannte Bereitschaft, Reorganisationen tatsächlich zu realisieren<sup>1</sup>. Wir haben es also mit einem eigentlichen «business reengineering» zu tun. Darin eingebettet ergeben sich durch die grenzüberschreitende Tätigkeit in der finanzwirtschaftlichen Sphäre Fragen betreffend das internationale Controlling und Reporting, das Cash-Management oder die Kapitalbeschaffung. Im steuerlichen Bereich entstehen nicht nur Fragen in Bezug auf die steueroptimale Ausgestaltung konzernweiter Finanzierungsverhältnisse, auf die Ausgestaltung konzerninterner Verrechnungspreise von Lieferungen und Leistungen oder auf die Überlassung immaterieller Rechte,

sondern in zunehmend verstärktem Ausmass auch in Bezug auf die Allokation von Funktionen und Risiken betrieblicher Funktionen innerhalb des Konzerns, um aus betriebswirtschaftlich gebotener Notwendigkeit nachhaltig komparative Kostenvorteile erzielen zu können<sup>2</sup>. Konzerne entwickeln sich demnach zu «global corporate citizens», deren Aktionäre sich weltweit rekrutieren, deren Mitarbeiter sich auf verschiedene Länder verteilen und die sich um Kunden rund um den Globus bemühen.

Hauptursache für diese hohe Komplexität der steuerlichen Situation eines international tätigen Konzerns gegenüber einem auf ein Land beschränkten Unternehmen bilden die verschiedenen nationalen Steuerhoheiten, welche durch diejenigen Länder in Anspruch genommen werden, in denen der Konzern seine wirtschaftlichen Tätigkeiten entfaltet<sup>3</sup>. So kollidiert trotz Bestehens von Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) oft das Prinzip der Besteuerung an der Quelle mit dem Prinzip der Besteuerung am Sitz der Gesellschaft. Durch die Kollision verschiedener Steuerhoheiten aufgrund solcher in der Welt der Nationalstaaten (noch) nicht abgestimmter Besteuerungsansprüche läuft der Konzern also fortlaufend Gefahr, dass verschiedene Ertragskomponenten einer Mehrfachbesteuerung unterliegen. Die dadurch drohende hohe konzernweite Steuerbelastung verlangt eine umfassende Steuerplanung. Eine solche ermöglicht durch geeignete Ausgestaltung der rechtlichen Strukturen und der wirtschaftlichen Prozesse sowie durch eine günstige Standortwahl eine minimale konzernweite Steuerbelastung<sup>4</sup>. Dabei sollte sich die Steueroptimierung nicht nur auf die Eliminierung von Mehrfachbelastungen beschränken, sondern im Idealfall sogar Besteuerungslücken auszunützen versuchen.

<sup>1</sup> S. zum Ganzen: *Osterloh/Frost*, Prozessmanagement als Kernkompetenz, 3. Aufl., Wiesbaden 2000, S. 17 f.

<sup>2</sup> Gemeinhin auch bekannt unter dem Schlagwort «Business goes global, taxes stay local».

<sup>3</sup> Vgl. *Höhn*, Internationale Steuerplanung, Bern/Stuttgart/Wien 1996, S. 73 (nachfolgend «*Höhn*, Steuerplanung»); *Höhn*, Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 47 (nachfolgend «*Höhn*, Handbuch»); *Knechtle*, Basic problems in international fiscal law, London 1979, S. 26 f.

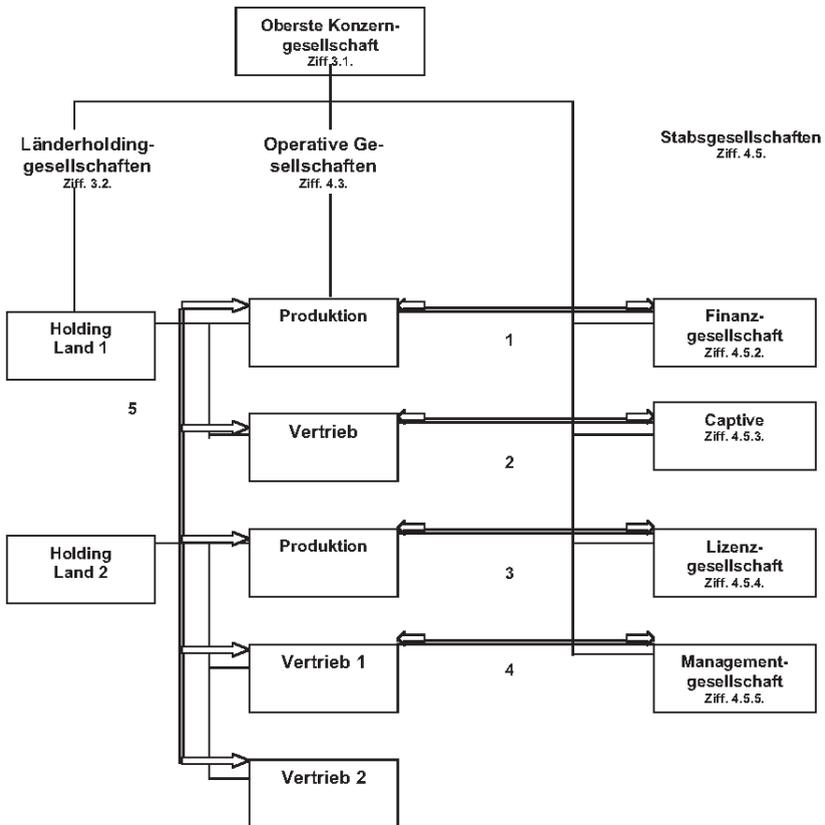
<sup>4</sup> Vgl. *Riedweg*, Internationale Steuerplanung als Teil des Kosten-Managements, in: *SteuerRevue* 8/93, S. 357 ff. (nachfolgend «*Riedweg*, Steuerplanung»).

# II Klassische Elemente und Beziehungen in einem «Musterkonzern»

## 1 Skizze als Überblick

Beispiele rechtsgeschäftlicher Beziehungen

1. Darlehensvertrag
2. Versicherungsvertrag
3. Lizenz- und Patentverwertungsvertrag
4. Managementvertrag
5. Kostenumlagevertrag (cost-sharing agreement)



## 2 Ziele und Grenzen des Musterkonzerns

### 2.1 Ziele

Das in der Einleitung beschriebene business-(re)engineering steht in engem Zusammenhang mit der Erkenntnis, dass die Unternehmenssteuern als eigentlicher «value-driver» gelten<sup>5</sup>. Das ist angesichts der Tatsache, dass Steuern immer «cash-out» darstellen und dementsprechend den free cash flow und demzufolge auch den Unternehmenswert und somit letztlich auch den Aktienkurs beeinflussen, nicht weiter

verwunderlich. Es geht also darum, durch gestalterische Massnahmen entlang der gesamten Wertschöpfungskette die effektive Konzernsteuerbelastung zu optimieren. Allerdings geht es nicht um die Schaffung von Lieferungs- und Leistungsstrukturen unter der ausschliesslichen Zielsetzung der maximalen Steuerersparnisse, sondern um eine steuerliche Optimierung unter Berücksichtigung operativer Ziele<sup>6</sup>. Die Zielsetzung steuerlicher Optimierung kann zu relativ neuen business-Modellen führen, gemeinhin auch als Principal-Strukturen bekannt<sup>7</sup>. Unabhängig davon bestimmt in beachtlichem Ausmass die Struktur der Wertschöpfungskette eines international agierenden Unternehmens auch dessen Steuerbelastung; mit anderen Worten geht es bei der Gestaltung dieser Wertschöpfungskette letzten Endes um die steuerlich optimale Platzierung von Funktionen und Risiken im Rahmen operativer Machbarkeit<sup>8</sup>. Angestrebt wird also letztlich die Optimierung der Ertragssteuerquote<sup>9</sup>, da diese insbesondere bei börsenkotierten Unternehmen die Marktkapitalisierung bzw. den Unternehmenswert beeinflusst<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> S. z.B. *Gehriger*, Holding- und Finanzgesellschaften als Instrumente der internationalen Steuerplanung, Sonderdruck aus Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (nachfolgend «ASA»), Bd. 71, Februar 2003, Heft 8, S. 434 mit weiteren Verweisen (nachfolgend «*Gehriger*, Steuerplanung»); *Arzethauser*, Konzerninterne Steuerplanung, *SteuerRevue* 12/1999, S. 731 ff. mit weiteren Verweisen (nachfolgend «*Arzethauser*, Steuerplanung»).

<sup>6</sup> Daher gilt der Grundsatz «tax model follows business model» und nicht umgekehrt; s. auch: *Arzethauser*, *Steuerplanung*, *SteuerRevue* 11/1999, S. 660.

<sup>7</sup> Vgl. Kreisschreiben (nachfolgend «KS») Nr. 8 vom 18. Dezember 2002 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend «ESTV») zur internationalen Steuerauscheidung von Principal-Gesellschaften; *Widmer*, Steuerplanungsmöglichkeiten mittels Principal-Strukturen, *Der Schweizer Treuhänder* 10/02 (nachfolgend «ST»), S. 935 ff.

<sup>8</sup> *Brülisauer/Kuhn*, Allokation und Reallokation von betrieblichen Funktionen und Risiken im multinationalen Konzern, *Forum für Steuerrecht* 2002, S. 81 ff.; *Burkert*, Funktionsverlagerungen im internationalen Konzern, *Internationales Steuerrecht* (nachfolgend «ISTR») 9/2002, S. 320 ff. sowie 10/2002, S. 356 ff.

<sup>9</sup> Nebst diesen ertragsabhängigen Steuern gibt es aber noch andere Steuern, welche gewinnunabhängig anfallen, so etwa in der Schweiz die Kapitalsteuern, in Frankreich die tax professionnelle, welche zwar eine Gewerbesteuer ist, aber faktisch unabhängig vom Ergebnis zu entrichten ist oder in den USA die property tax. S. dazu auch *NZZ* vom 12./13. April 2003, Nr. 86, S. 23.

<sup>10</sup> *Kröner/Benzel*, Konzernsteuerquote – Die Ertragssteuerbelastung in der Wahrnehmung durch die Kapitalmärkte, in: *Kessler/Kröner/Köhler*, Konzernsteuerrecht Organisation – Recht – Steuern, München 2002, § 7, Rn 401.  
*Kuhn/Röthlisberger/Niggli*, Konzernsteuerquote als Messgrösse der Steuerplanung, *IFF Forum für Steuerrecht* 2003, S. 177 ff.

Nebst der Strukturierung der Wertschöpfungskette ermöglicht die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) etwa im Bereich des Diskriminierungsverbotes steuerplanerisch interessante Rechtsformgestaltungen, welche ebenfalls zur Zielerreichung einer optimierten Ertragssteuerquote im Konzernverhältnis beizutragen vermögen<sup>11</sup>.

## 2.2 Grenzen internationaler Steuergestaltung

### 2.2.1 Allgemeines

Die Steuerverwaltungen der verschiedenen Länder bzw. deren für die Rechtsetzung zuständigen Organe haben das Steuersparpotential von Steuergestaltungsmassnahmen ebenfalls erkannt und mit entsprechenden legislatorischen Massnahmen reagiert, um einer Erosion der Besteuerung einen Riegel zu schieben. Die Massnahmen sind auf unilateraler, bilateraler sowie multilateraler Ebene ergriffen worden.

### 2.2.2 Die Grenzen internationaler Steuergestaltung im Einzelnen

#### 2.2.2.1 Unilaterale Massnahmen

##### a) Arten von unilateralen Massnahmen

Die unilateralen, also einseitigen staatlichen Massnahmen gegen internationale Steuergestaltungs- bzw. -planungsmassnahmen werden aufgrund innerstaatlicher Erlasse der zuständigen Gesetzgebungsorgane der betroffenen Länder ergriffen. Die Massnahmen zielen teilweise darauf ab, insbesondere passive Einkünfte ausländischer, von Inländern kontrollierter und niedrig besteuertter Gesellschaften dem gleichen Steuerrégime bzw. der gleichen (hohen) Steuerbelastung zu unterwerfen wie diejenigen der kontrollierenden Obergesellschaften. Die Mechanismen zur Erreichung dieser Zielsetzung sind unterschiedlich, sind aber weltweit unter dem Begriff «CFC-Legislation» (Controlled Foreign Companies) bekannt<sup>12</sup>.

Auf der anderen Seite bestehen Vorschriften, welche Abkommensvorteile unter gewissen Voraussetzungen einschränken oder gänzlich ausschliessen. Die diesbezüglich einschlägigen Bestimmungen sind in Expertenkreisen als «Anti abuse» bzw. «Anti-treaty shopping» Gesetzgebung bzw. Praxis bekannt<sup>13</sup>. Beispiele dafür sind der deutsche § 50 d Abs. 1 a Einkommenssteuergesetz (EStG) sowie in der Schweiz der Missbrauchsbeschluss (BRB 62), aber auch die restriktive Rückerstattungspraxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) im Zusammenhang mit Ländern ohne Sockelsteuer bzw. im Rahmen der sogenannten Altreserventheorie. Nachfolgend wird auf die erwähnten Beispiele näher eingegangen.

b) «Anti abuse» bzw. «Treaty shopping»  
Gesetzgebung am Beispiel Deutschland: § 50 d Abs. 3 EStG

So hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung des § 50 d Abs. 3 EStG eine unilaterale Schranke gegen die Inanspruchnahme von deutschen DBAs durch ausländische Gesellschaften errichtet, welche den jeweiligen DBA-Bestimmungen vorgehen (treaty-overriding)<sup>14</sup>. Danach hat eine ausländische Gesellschaft keinen Anspruch auf Steuerbefreiung oder -ermässigung nach den Absätzen 1 und 2, soweit an ihr Personen beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustünde, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaftliche wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet.

Nach dieser Bestimmung bleibt einer ausländischen Gesellschaft der Anspruch auf Steuerentlastung also erhalten, wenn sie eine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet. Gemäss Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (BFH) ist in der Tätigkeit einer ausländischen Gesellschaft als

- 11 Verbot der Beschränkung der freien Niederlassung sowie der freien Wahl der Rechtsform nach Art. 43 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der europäischen Gemeinschaft (EGV) in der Fassung vom 10. November 1997. S. dazu ausführlicher Ziff. 4.2.2.
- 12 Vgl. die Übersicht bei *Matteotti*, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht, Diss., Bern 2003, S. 33/ 34.
- 13 *Becker*, Treaty Override oder: Wehret den Anfängen! in: Internationale Wirtschafts-Briefe (nachfolgend «IWB»), Nr. 16 vom 28. August 1996, S. 729.
- 14 *Kraft*, Auslegungs- und Anwendungsprobleme der speziellen Missbrauchs Klausel des § 50d Abs. 1 EStG zur Verhinderung von «Treaty shopping» bzw. «Directive shopping», IStR, Nr. 8 1994, S. 370 ff. Auch *Schmidt, Blöchle und Wuermli*, Fallstricke bei der Schweizerischen Verrechnungssteuer, IStR 18/2002, S. 632, gehen davon aus, dass es sich bei dieser Norm um eine «Treaty-overriding»-Vorschrift im innerstaatlichen Recht handelt, d.h., dass in gewissen Fällen innerstaatliches (deutsches) Recht dem Staatsvertragsrecht vorgehen soll. Kein «Treaty-overriding» liegt mehr vor in Bezug auf das DBA Deutschland-Schweiz, da der neu gefasste Art. 23 die einseitigen Missbrauchsbestimmungen der Vertragsstaaten ausdrücklich vorbehält.
- 15 Vgl. *Sieker*, Geschäftsleitende Holding als Ausweg aus dem Dilemma des § 50 d Abs. 1 a EStG?, in: IStR, Nr. 2 1996, S. 57 ff.
- 16 Damit verbindet sich jedoch das schwerwiegende Risiko, dass sich als Folge dieser Konstruktion der geschäftsleitenden Aktivitäten der ausländischen Holding möglicherweise der Ort der Geschäftsleitung der deutschen Tochtergesellschaft ins Ausland verlagert<sup>16</sup>. Indes erscheint es aufgrund der Rechtsprechung zu Organschaftssachverhalten vorstellbar, Art und Umfang einer solchen geschäftsleitenden Tätigkeit so festzulegen, dass einerseits die ausländische Holdinggesellschaft die Anforderungen an eine geschäftsleitende Holding erfüllt (und dadurch den Folgen des § 50 d Abs. 3 EStG zu entgehen vermag) und andererseits diese geschäftsleitenden Aktivitäten nicht die Verlegung des Orts der Geschäftsleitung der deutschen Tochtergesellschaft ins Ausland zur Folge haben. Vgl. die diesbezügliche Diskussion: *Sieker*, S. 58 ff.

«geschäftsleitende Holding» eine eigene Wirtschaftstätigkeit zu sehen<sup>15</sup>. Liegt der Grundtatbestand des § 50 d Abs. 3 EStG vor, nämlich die Beteiligung von Personen an einer ausländischen Gesellschaft, denen die Steuerentlastung nicht oder nur in geringerem Umfang zustünde, falls sie die in Deutschland beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte unmittelbar erzielen, dann könnte der Anspruch durch die ausländische Holdinggesellschaft auf Steuerentlastung von Ausschüttungen der deutschen Gesellschaft unter Beachtung der oben dargestellten Rechtsprechung bejaht werden, wenn jene gegenüber der deutschen Gesellschaft geschäftsleitende Funktionen ausübt<sup>16</sup>.

c) Beispiel Schweiz: Missbrauchsbeschluss  
 Natürliche und juristische Personen, welche in der Schweiz ansässig sind, dürfen grundsätzlich die von der Schweiz abgeschlossenen DBAs in Anspruch nehmen, es sei denn, die Inanspruchnahme sei nach den einschlägigen Bestimmungen nicht gerechtfertigt. Eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme eines DBA liegt vor, wenn die Steuerentlastung Personen zugute kommt, welche nach dem Abkommen keinen Anspruch darauf haben<sup>17</sup>. Eine Inan-

- 17 Vgl. der Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14.12.1962 (nachfolgend «BRB»); *Ludwig*, Die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, in: SteuerRevue 18/63, S. 50 ff.; *Widmer*, Die schweizerischen Massnahmen gegen den Missbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen, in: Steuer und Wirtschaft 1993, S. 381; *Flüge*, Missbrauch kontra Missbrauch, SteuerRevue 18/63, S. 62 ff.; *Reich/Düss*, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel 1996, S. 467 ff.; *Cohen/Pollack/Scherer*, Analysis of the New U.S.-Switzerland Income Tax Treaty, Tax Management International Journal, January 1997, S. 54 f.; BGE 113 Ib 195; BGE 116 Ib 217.

spruchnahme der Steuerentlastung gilt dann als nicht gerechtfertigt, wenn die im Abkommen umschriebenen Voraussetzungen nicht erfüllt sind oder wenn sie missbräuchlich erfolgt<sup>18</sup>. Die Schweizer Massnahmen gegen ungerechtfertigte Inanspruchnahme der DBA sind grundsätzlich in einigen solcher Abkommen selbst verankert<sup>19</sup>, bzw. für alle übrigen gilt der Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962.

Mit Datum vom 17. Dezember 1998 führte die EStV mit dem Kreisschreiben 1999 (KS 1999) einige Erleichterungen zum BRB 62 ein<sup>20</sup>. Im Wesentlichen betreffen diese Erleichterungen einen Verzicht auf die Weiterleitungsrestriktion (50%-Regel) sowie eine Änderung des Ausschüttungsgebots für aktiv tätige Gesellschaften<sup>21</sup>, börsenkotierte Gesellschaften<sup>22</sup> sowie Holdinggesellschaften<sup>23</sup>. Zudem wurde eine Vereinfachung betreffend Finanzierungsvorschriften eingeführt, indem auch für die Zwecke des Missbrauchsbeschlusses auf die allgemeinen Bestimmungen betreffend das Verhältnis Eigenkapital / Fremdkapital hingewiesen wird<sup>24</sup>. Es gilt indes zu beachten, dass die besonderen Missbrauchsbestimmungen, die in ein paar DBAs (derzeit mit B, F und I)<sup>25</sup> enthalten sind, durch das KS 1999 nicht eingeschränkt werden<sup>26</sup>.

Die Einführung umfangreicher spezifischer Bestimmungen zur Abkommensberechtigung im Doppelbesteuerungsabkommen USA-Schweiz (siehe Ziff. 2.2.2.2) schliesst die Anwendung des einseitigen schweizerischen Missbrauchsbeschlusses aus<sup>27</sup>.

d) Beispiel Schweiz: Restriktive Praxis der EStV bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer

da) Restriktive Gewährung des Nullsatzes, insbesondere unter DBA CH-LUX

Nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz hat sich in den letzten Jahren eine einschränkende Praxis in Bezug auf die Anwendung von DBAs entwickelt, welche mit der Entwicklung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen (OECD-MA) einhergeht. So werden Einschränkungen der Abkommensberechtigung gemacht, wenn die Zwischengesellschaft, die zwischen einem ausländischen Berechtigten und einer Schweizer Gesellschaft geschaltet wird, nicht als sogenannter «beneficial owner», also nicht als der wirtschaftlich Berechtigte bzw. Nutzungsberechtigte<sup>28</sup>, betrachtet werden kann. So werden in der Praxis auch bei Abkommen ohne Missbrauchsklausel die im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 DBA NL-CH entwickelten Kriterien angewandt. Dies führt unweigerlich zur Frage, wann von einer missbräuchlichen Inanspruchnahme von DBAs gesprochen werden kann.

Obwohl in der Schweiz die missbräuchliche Inanspruchnahme von DBAs grundsätzlich durch ein geschlossenes System von Rechtsnormen geregelt ist, hat die EStV im Zuge der Weiterentwicklung des OECD-MA die Gewährung der Abkommensvorteile in rechtsstaatlich nicht immer befriedigender Weise laufend restriktiver ausgestaltet<sup>29</sup>. Durch diese Praxis wurde faktisch der oben genannte Bundesratsbeschluss für solche DBAs, welche selbst keine eigenen Missbrauchsbestimmungen enthalten, obsolet gemacht. Beispielsweise enthält das DBA mit Luxemburg keine spezifischen Missbrauchsbestimmungen, so dass von der Gesetzessystematik her eigentlich die im Jahre 1962 erlassenen Bestimmungen der bundesrätlichen Verordnung samt Kreisschreiben anwendbar wären. Die EStV setzt sich indes kühn über das im Steuerrecht besonders wichtige Legalitätsprinzip hinweg, indem sie per analogiam die im DBA mit den Niederlanden<sup>30</sup> sti-

<sup>18</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 158.

<sup>19</sup> So für Frankreich, Belgien und Italien. Hier gilt der Grundsatz, dass die steuerprivilegierten Holding- und Domizilgesellschaften von der Steuerentlastung für Zinsen und Lizenzvergütungen ausgeschlossen sind, selbst wenn sie die übrigen Missbrauchsbestimmungen einhalten; vgl. dazu *Höhn*, Handbuch, S. 397.

<sup>20</sup> Vgl. die Kurzübersicht bei *Gehriger/Waldspühl*, IStR 5/2002, IStR Länderbericht, Schweiz: Ergänzung des Kreisschreibens zum Missbrauchsbeschluss (BRB 1962/KS 1999), S. 2.

<sup>21</sup> Die maximale Weiterleitung abkommensbegünstigter Erträge gilt nicht mehr für aktiv tätige Gesellschaften. Sie haben lediglich den Nachweis zu erbringen, dass die Aufwendungen geschäftsmässig begründet sind, was ohnehin erforderlich ist. In Bezug auf das Gewinnausschüttungsgebot wird neu nur noch verlangt, dass keine Gefährdung des Steuerbezugs gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a VStG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum VStG vorliegt. Diese Erleichterung gilt aufgrund einer Ergänzung vom Dezember 2001 auch für nicht aktive Gesellschaften.

<sup>22</sup> Eine Gleichstellung mit aktiven Gesellschaften wird gewährt für Gesellschaften, bei denen die Mehrheit der ausgegebenen Aktien nach Stimmkraft und Nennwerten an einer (oder mehreren) anerkannten Börse(n) kotiert ist und regelmässig gehandelt wird oder für Gesellschaften, bei denen die Mehrheit der ausgegebenen Aktien nach Stimmkraft und Nennwerten unmittelbar durch eine (oder mehrere) im Inland ansässige kotierte Gesellschaft(en) gehalten wird.

<sup>23</sup> Vgl. die kurze Würdigung des neuen KS durch *Zimmermann*, KS vom 17. 12. 98 zum Missbrauchsbeschluss, SteuerRevue Nr. 3/1999, S. 154 ff.

<sup>24</sup> Ziff. 4 des KS 1999 verweist auf das Merkblatt S-02.111 sowie das Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997.

<sup>25</sup> Aufgrund von Art. III des Revisionsprotokolls vom 12. März 2002 wird in Bezug auf den Abkommensmissbrauch Art. 23 des Doppelbesteuerungsabkommens (nachfolgend «DBA») CH-D neu so gefasst, dass indirekt auf die innerstaatlichen Rechtsvorschriften der beiden Vertragsstaaten hingewiesen wird. Art. VI. enthält ein Protokoll mit Bestimmungen, welche Bestandteil des Abkommens

pulierten Missbrauchsbestimmungen auch für Luxemburg als anwendbar erklärt<sup>31</sup>.

#### db) Altreserventheorie

Im Zusammenhang mit der Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen hat die ESIV die sogenannte «Altreserventheorie» einerseits verschärft, andererseits aber auch etwas transpa-

sind. Zu Art. 23 wird ausgeführt, dass der BRB 62 für die Schweiz bzw. § 42 der Abgabeordnung (nachfolgend «AO») und § 50d Abs. 3 EStG für Deutschland Rechtsvorschriften zur Verhinderung der Steuerumgehung umfassen.

<sup>26</sup> Ziff. 5 des KS 1999. Allerdings können allfällige einseitige, weitergehende Abkommenseinschränkungen des KS 1999 zur Anwendung kommen. Vgl. dazu *Zimmermann*, S. 154.

<sup>27</sup> Art. 22 DBA USA-CH wird als *lex specialis* betrachtet, welcher dem allgemeinen BRB 62 vorgeht (*Hess*, Voraussetzungen für die Abkommensberechtigung unter dem neuen schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen, in ASA 67, Heft 4, Oktober 1998, S. 177 ff.).

<sup>28</sup> Vgl. zur Bedeutung der Nutzungsberechtigung im OECD-Musterkommentar *Matteotti*, S. 277 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Lüthi*, Die Abkommenspolitik im internationalen Steuerrecht der Schweiz, in: ASA, 65, Band, August/September 1995, S. 185 ff.

<sup>30</sup> Art. 9 Abs. 2 DBA CH-NL sieht vor, dass zum Zwecke der Steuerersparnis (und somit der Gewährung von Abkommensvorteilen) das Ausgliedern von Gesellschaften steuerlich nur dann anerkannt wird, wenn stichhaltige wirtschaftliche Gründe nachgewiesen werden können (Aktivitätenklausel). Dies führt faktisch dazu, dass schlüssig dargetan werden muss, weshalb eine bestimmte geschäftliche Tätigkeit nur im Vertragsstaat und nicht im Wohnsitzstaat des an der im Vertragsstaat ansässigen Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten ausgeführt werden kann. Vgl. auch BGE 110 Ib 287 ff. sowie ASA 54. Bd. (1985/86), S. 357 ff.

<sup>31</sup> Vgl. auch die Kritik an dieser Praxis bei *Zimmermann*, S. 159.

rener gemacht<sup>32</sup>. Im Wesentlichen geht es bei der Alterserventheorie darum, dass ausschüttbare Reserven, welche potentiell der Verrechnungssteuer unterliegen, durch einen Wechsel im Aktionariat künftig einem günstigeren Verrechnungssteuerstatus unterstehen. Dabei sind viele unterschiedliche Fallkonstellationen denkbar. Z.B. hat der neue Aktionär Anspruch auf die volle Rückerstattung, währenddem der bisherige Aktionär einem Sockelsatz von 15% unterlag. Problematisch wirkt sich die Altersreservenpraxis in Fällen aus, wo keinerlei Umgehungsabsichten für den Gesellschafterwechsel ausschlaggebend sind, wo also die verbesserte Rückerstattungsposition des neuen Gesellschafters eine willkommene Nebenerscheinung ist. In der Literatur wurde die Altersreservenpraxis denn auch immer wieder als gegen Staatsvertragsrecht (DBA) verstossend kritisiert<sup>33</sup>.

### 2.2.2.2 Bilaterale Massnahmen

Die bilateralen Massnahmen beziehen sich auf die zwischen den Staaten bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen. Immer mehr finden sich in den heute abgeschlossenen oder revidierten Doppelbesteuerungsabkommen Missbrauchsklauseln, welche die gleiche Stossrichtung wie die bereits erwähnten unilateralen Massnahmen haben. Ein älteres Beispiel einer solchen Klausel ist etwa Art. 9 Abs. 2 lit. a. (i) DBA CH-NL, welcher die volle Rückerstattung der Quellensteuer auf Dividenden nur unter der Voraussetzung zulässt, «dass die Verbindung zwischen den beiden Gesellschaften nicht in erster Linie in der Absicht hergestellt worden ist oder beibehalten wird, sich diese volle Rückerstattung zu sichern».

Ein neueres Beispiel stellt Art. 22 DBA CH-USA dar. Im Wesentlichen geht es um die Bekämpfung des bereits erwähnten «Treaty shopping»<sup>34</sup> mittels sogenannten «Limitation on benefits»-Bestimmungen. Dadurch wird ein Zustand ge-

schaffen, welcher gewissen im Vertragsstaat ansässigen Personen die Gewährung der Abkommensvorteile versagt. So kann eine Gesellschaft wohl ihren statutarischen Sitz in einem der Vertragsstaaten haben und dort tatsächlich Geschäfte tätigen. Ist aber der an dieser Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigte (Beneficial owner) nicht im Vertragsstaat ansässig und benutzt er die Gesellschaftsstruktur nur, um zu Abkommensvorteilen zu gelangen, kann ein Fall des oben erwähnten «Treaty shopping» oder «Treaty abuse» vorliegen<sup>35</sup>. Um sich die Gewährung der Abkommensvorteile dennoch sichern zu können, müssen oftmals eine Reihe von sogenannten Tests, welche in diesen «Limitation on benefits»-Bestimmungen enthalten sind, erfolgreich durchgeführt werden<sup>36</sup>. So geht es beispielsweise im neuen DBA der Schweiz mit den USA darum, den «Headquarters»-Test zu bestehen. Die Abkommensvorteile werden dann gewährt, wenn nachgewiesen werden kann, dass die geschäftsleitende Tätigkeit der Gesellschaft am Sitz in der Schweiz bzw. in den USA ausgeführt wird<sup>37</sup>. Dies kann, wie bereits dargelegt, zur Gründung von solchen Managementholdinggesellschaften führen<sup>38</sup>. Im Verhältnis zu den USA wird die Schweiz in Zukunft den BRB nicht mehr anwenden, nachdem diese Thematik in Art. 22 DBA CH-USA ausführlich und abschliessend geregelt ist und die abkommensrechtliche Regelung erheblich weiter geht als die bestehenden unilateralen Missbrauchsbestimmungen<sup>39</sup>.

### 2.2.2.3 Multilaterale Massnahmen

Bei den multilateralen, d.h. eine Vielzahl von Staaten betreffenden, Massnahmen sind die Adressaten der Massnahmen in erster Linie die einzelnen Staaten und weniger die Steuerzahler. Die derzeitigen Regelwerke der OECD sind von ihrer Rechtsnatur her nicht multilateralen Doppelbesteuerungsabkommen gleichzusetzen oder einem «GATT für Steuern»<sup>40</sup>. Die entsprechen-

den Regelwerke haben auch nur mittelbare Wirkung auf die Unternehmen und Einzelpersonen, zeigen aber auf die Dauer dennoch Wirkung, kommen doch die Staaten unter einen gewissen Druck, gewisse Steuervorteile aufzugeben<sup>41</sup>. Die Staaten reagieren dann mit unilateralen Massnahmen, auf welche oben hingewiesen wurde.

- <sup>32</sup> Vgl. Aufsatz von *Burri*, Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei internationalen Umstrukturierungen, Praxis-Forum, IFF Forum für Steuerrecht 2001, S. 204 ff. In Expertenkreisen wird davon ausgegangen, dass dieser Aufsatz die Auffassung der EStV wiedergibt, weshalb mit dieser Veröffentlichung der Altreservenpraxis etwas Transparenz geschaffen wurde.
- <sup>33</sup> Im Verhältnis zu Deutschland: *Schmidt, Blöchle* und *Wuermli*, ISrR 18/2002, S. 630 ff, insbesondere S. 632/633.
- <sup>34</sup> Ziff. 2.2.2.1. Vgl. zum «Treaty shopping» auch *Behnisch*, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Basel 1996, S. 497, insbesondere Fn 498.
- <sup>35</sup> Vgl. zum Ganzen: *Winandy*, Limitation on Benefits in the Proposed U.S.-Luxembourg Income Tax Convention, in: Tax Planning International Review, July 1996, S. 18.
- <sup>36</sup> Vgl. als Beispiel Art. 24 DBA USA-LUX: *Winandy*, S. 20 ff.
- <sup>37</sup> Art. 22 Abs. 1 lit. d des neuen DBA CH-USA, welcher in lit. c, d und f nebst dem «Headquarters-Test» alternativ noch weitere Tests vorsieht. Zu den Voraussetzungen für die Abkommensberechtigung vgl. auch *Boss*, Neue Zürcher Zeitung vom 27. November 1996 (Nr. 277), S. 27. Zum neuen DBA CH-USA s. auch *Cohen/Pollack/Scherer*, S. 47 ff, insbesondere S. 55 ff. für die verschiedenen Tests.
- <sup>38</sup> Ziff. 2.2.2.1 (Geschäftsleitende Holdinggesellschaften).
- <sup>39</sup> *Reinarz*, Einschränkung der Abkommensvorteile nach Art. 22 des neuen Einkommenssteuerabkommens Schweiz-USA, SteuerRevue 1/97, S. 12 ff.
- <sup>40</sup> Vgl. dazu *McLure, Jr.*, Globalization, Tax Rules and National Sovereignty, in Bulletin, August 2001, S. 328 ff.

Im Visier der multilateralen Massnahmen sind allen voran die sogenannten «Harmful tax practices», welche im Rahmen der OECD als Thema aufgegriffen wurden. Im Mai 1998 veröffentlichte die OECD einen Bericht über «Harmful tax competition», also schädlichen Steuerwettbewerb<sup>42</sup>. Der Bericht schloss mit Empfehlungen (Recommendations) an die Adresse der Mitgliedstaaten. Die Empfehlungen werden eingeteilt in solche, welche die innerstaatliche Gesetzgebung und solche welche die zwischenstaatlichen Abkommen zum Gegenstand haben. Als Beispiele für die innerstaatliche Gesetzgebung seien erwähnt<sup>43</sup>: CFC-Bestimmungen, Einschränkung des Schachtelprivilegs (Beteiligungsabzug), transparente Steuerrulingvorschriften, Verrechnungspreisregeln, Relativierung des Bankheimnisses für Steuerzwecke. Beispiele für Empfehlungen betreffend Doppelbesteuerungsabkommen: Verbesserung des Informationsaustausches, Einschränkung der Abkommensberechtigung, keine DBA mit Steuer-oasenländern.

Die Schweiz und Luxemburg haben zum Bericht negative Stellungnahmen abgegeben. Die Schweiz hat zwar auf ein Veto verzichtet, hat aber (wie auch Luxemburg) klar zum Ausdruck gebracht, dass sie sich durch den Bericht und dessen Empfehlungen nicht gebunden fühle<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> *McLure*, S. 33, spricht von «externally imposed limitations on sovereignty».

<sup>42</sup> Vgl. Die Übersicht zum internationalen Steuerwettbewerb mit weiteren Verweisen bei *Matteotti*, S. 35 ff.

<sup>43</sup> Vgl. Annex zu den Recommendations on Harmful Tax Practices.

<sup>44</sup> Kritik der Schweiz am Bericht: «The Swiss authorities must however conclude with regret that the result of this work in no way lives up to their expectations: it is partial and unbalanced.»

Neben der OECD hat sich auch die EU mit «un-fairem Steuerwettbewerb» auseinandergesetzt. Eine Arbeitsgruppe hat einen Verhaltenskodex erarbeitet, in welchem 66 nationale Steuerregelungen als schädlich bezeichnet wurden<sup>45</sup>. Die EU-Mitgliedstaaten wurden dazu verpflichtet, schädliche Steuerregelungen innerhalb von drei bis fünf Jahren abzuschaffen. So hat z.B. als Folge dieses Berichts Dänemark seine attraktive Holdingregelung von 1999 wieder beseitigt<sup>46</sup>.

## 3 Oberste Schweizerische Konzerngesellschaft

### 3.1 Überblick

#### 3.1.1 Stammhausstruktur

Die oberste Konzerngesellschaft kann in der Schweiz entweder als eine normal besteuerte Betriebsgesellschaft oder als eine kantonalrechtlich privilegierte Gesellschaft ausgestaltet sein. Dementsprechend wird von einer Stammhaus- bzw. Holdingstruktur gesprochen. Je nachdem, welche Anforderungen an die Struktur gestellt werden, erweist sich die eine oder die andere als überlegen. Bei einer Stammhausstruktur führt die oberste Gesellschaft selbst einen Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsbetrieb<sup>47</sup>. Die Tochtergesellschaften sind direkt an die Betriebsgesellschaft – eben das Stammhaus – angegliedert. Dieses Stammhaus hat sowohl betriebliche Funktionen als auch eine Beteiligungsfunktion. Sie hat den Nachteil, dass die Beteiligungserträge aus den Tochtergesellschaften nur Anspruch auf den Abzug geben, was vielfach zu einer konzerninternen Doppelbesteuerung dieser ausgeschütteten Dividenden führt. Dividenden, welche vom Abzug im Sinne von Art. 69 DBG profitieren, gelten aber als nicht in der Schweiz versteuert, weshalb die pauschale Steueranrech-

nung ausländischer Quellensteuern ausgeschlossen ist. Faktisch kann daher für Beteiligungserträge unter der Stammhausstruktur eine Dreifachbesteuerung resultieren<sup>48</sup>. Immerhin entfällt seit 1.1.2001 die Entrichtung der Verrechnungssteuer, da die Steuerpflicht auf konzerninternen schweizerischen Dividenden unter gewissen Voraussetzungen durch Meldung erfüllt werden kann<sup>49</sup>. Die übrigen Erträge sind voll steuerbar. Vereinnahmte Leistungsentgelte sind also zum normalen Ertragssteuersatz zu versteuern. Quellensteuerbelastete Leistungsentgelte qualifizieren aufgrund der ordentlichen Besteuerung in der Schweiz für die nach Massgabe der anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen geltenden pauschalen Steueranrechnung. Kapitalgewinne aus der Veräusserung von qualifizierten Beteiligungen unterliegen seit der am 1.1.1998 in Kraft getretenen Reform der Unternehmensbesteuerung ebenfalls dem Abzug<sup>50</sup>. Im Falle von Abschreibungen auf Beteiligungen erweist sich die Stammhausstruktur als vorteilhaft, weil solche Abschreibungen im vollen Umfang steuerlich wirksam sind. Sanierungsleistungen fallen nicht wie bei der Holdingstruktur steuerlich «ins Leere»<sup>51</sup>.

#### 3.1.2 Holdingstruktur

Bei der reinen Holdinggesellschaft beschränkt sich die Tätigkeit der obersten Gesellschaft im wesentlichen auf das Halten von Beteiligungen<sup>52</sup>. Zu beachten ist vornehmlich, dass neben der Verwaltung von Beteiligungen nur noch untergeordnete Nebentätigkeiten in der Holdinggesellschaft ausgeübt werden können, um das Holdingprivileg nicht zu gefährden<sup>53</sup>. Gewinnausschüttungen an Holdinggesellschaften unterliegen im Kanton aufgrund des kantonalen Holdingprivilegs keiner Ertragsbesteuerung. Für die Verrechnungssteuer gilt ebenfalls das in Ziff. 3.1.1 erwähnte Meldeverfahren. Ferner geniessen die Holdinggesellschaften eine Privile-

gierung bei der kantonalen Kapitalsteuer. Auf Bundesebene gilt für Gewinnausschüttungen der Beteiligungsabzug, welcher aber in bestimmten Konstellationen auch zur Nichtbesteuerung des ausgewiesenen Gewinns führen kann<sup>54</sup>. Die pauschale Steueranrechnung auf Quellensteuern auf Dividenden entfällt sowohl im Kanton als

auch im Bund. Leistungsentgelte sind aufgrund des kantonalen Holdingprivilegs ebenfalls von den kantonalen Ertragssteuern befreit, wogegen sie auf Stufe Bund der ordentlichen direkten Bundessteuer von effektiv 7,8% unterliegen<sup>55</sup>. Holdinggesellschaften sind ferner für alle übrigen Erträge und Gewinnen (etwa aus der Veräusserung von Beteiligungen) von den kantonalen Ertragssteuern befreit. Mit der in Ziff. 3.1.1 erwähnten und seit 1.1.1998 gültigen Unternehmenssteuerreform wurde auch auf Bundesebene für die direkte Bundessteuer für Kapitalgewinne aus dem Verkauf von wesentlichen Beteiligungen die Beseitigung der Mehrfachbelastung von Gewinnen im Konzern durch die Ausdehnung des Beteiligungsabzuges auf solche Gewinne erreicht und damit der Holdingstandort

<sup>45</sup> EU: Verstösse nationaler Steuerregelungen gegen den Verhaltenskodex zur Bekämpfung des unfairen Steuerwettbewerbs in der EU, Praxisforum, SteuerRevue Nr. 5/ 2000, S. 369 ff.

<sup>46</sup> Das dänische Holdingprivileg erlaubte es einer dänischen Kapitalgesellschaft, Dividenden steuerfrei zu vereinnahmen und dann ohne Dividendenquellensteuer wieder an eine andere Kapitalgesellschaft auszuschütten und zwar auch an Offshore-Gesellschaften.

<sup>47</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 69.

<sup>48</sup> Etwa dann, wenn eine italienische Tochtergesellschaft Dividenden, also versteuerten Gewinn, ausschüttet, welche mit einer Quellensteuer von 12% endbelastet im Stammhaus ankommt, welches über Verluste bzw. Verlustvorträge verfügt. Diesfalls werden die Verluste durch Dividenden «weggefressen», ohne dass es zu einer Verrechnung mit operativen Gewinnen kommt.

<sup>49</sup> Meldeverfahren gemäss Art. 26a der Vollziehungsverordnung zum VStG. Voraussetzungen dazu sind: Unbeschränkte Steuerpflicht der Muttergesellschaft in der Schweiz zufolge Ansässigkeit in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft und unmittelbare Beteiligung von mindestens 20% am Grund- oder Stammkapital der Tochtergesellschaft, welche Bardividenden ausschütten muss.

<sup>50</sup> S. dazu unter Ziff. 3.1.2.

<sup>51</sup> In Bezug auf Sanierungsleistungen ist aus Sicht der Mehrwertsteuer zu beachten, dass seit neuerer Zeit nicht mehr jede Sanierungsleistung als Spende qualifiziert und demzufolge zu einer Vorsteuerkürzung führt. S. hierzu die überarbeitete Neuauflage des Merkblatts Nr. 23 der ESTV, Hauptabteilung Mehrwertsteuer, in Kraft ab 1.7.2003.

<sup>52</sup> *Gehriger*, Steuerplanung, S. 441 mit weiteren Verweisen zur Definition der Holdinggesellschaft.

<sup>53</sup> Gemäss Rn 24 der Weisung der Finanzdirektion des Kantons Zürich über die Besteuerung von Beteiligungs-, Domizil- und gemischten Gesellschaften vom 17. Oktober 2000 sind zulässige Tätigkeiten im Interesse des Gesamtkonzerns «u.a. die Bereitstellung eines zentralen Führungs- und Reportingsystems für die Konzernorganisation, Marktforschung im Interesse des Gesamtkonzerns, Rechts- und Steuerberatung auf Konzernebene, Personalberatung im Bereich der Führungskräfte, Konzernfinanzierung durch zentrale Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt und Finanzierung der Tochtergesellschaften».

<sup>54</sup> Wenn der Nettoertrag aus Beteiligungen den steuerbaren Reingewinn übersteigt, was in der Praxis durchaus vorkommen kann. Vgl. z.B. Erfolgsrechnung der Rieter Holding AG, Geschäftsbericht Rieter Konzern für das Geschäftsjahr 2001, S. 55.

<sup>55</sup> Aufgrund der steuerlichen Abzugsfähigkeit beträgt die effektive Steuerbelastung 7,83% ( $100 \times 8.5\% / 100 + 8.5\%$ ).

Schweiz gestärkt<sup>56</sup>. Nach dieser Reform dürfen ferner Beteiligungsabschreibungen und Kapitalverluste vom übrigen Ertrag abgezogen werden<sup>57</sup>. Derzeit laufen Bestrebungen für eine zweite Unternehmenssteuerreform – die EStV arbeitet seit geraumer Zeit daran. Im Zuge dieser Reform wird seitens der Industrie angeregt, den Beteiligungsabzug dahingehend zu verbessern, dass für Dividenden und Veräusserungsgewinne künftig die gleichen Beteiligungsschwellen gelten sollen. Derzeit ist das Alternativszenario des Verkehrswertes von mindestens 2 Mio CHF zur Erlangung des Beteiligungsabzugs nur auf Dividenden beschränkt. Ferner soll die heute bestehende Mindesthaltungsdauer beim Beteiligungsabzug für Veräusserungsgewinne flexibler ausgestaltet werden. Die konkrete Ausgestaltung dieser Vorlage ist aber noch nicht im Detail bekannt. Ferner ist das weitere Vorgehen angesichts der drohenden Steuerausfälle im Rahmen der Gesamtreform (wieder) unbestimmt.

### 3.1.3 Beurteilung

Eine generelle und allgemeingültige Aussage in Bezug auf die Vor- und Nachteile der beiden Strukturen ist nicht möglich, da die Ausgestaltung von den konkreten Umständen abhängt, in denen sich die Unternehmung befindet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich immer nur um eine Beurteilung zu einem bestimmten Zeitpunkt handeln kann, welche die Zukunft nicht zu antizipieren vermag<sup>58</sup>. Allerdings setzt die erfolgreiche und nachhaltige Teilnahme am Wirtschaftsverkehr Gewinne der operativ tätigen Tochtergesellschaften voraus, was zur Wahrung des strategischen Wettbewerbsvorteils an sich zu Gewinnausschüttungen zwecks Sicherstellung der Innovationsfähigkeit in zukünftige Märkte führen muss. Auf lange Sicht dürfte sich daher die Holdingstruktur als die steuerlich attraktivere Konstruktion erweisen<sup>59</sup>.

## 3.2 Ausländische Zwischengesellschaften (Subholdinggesellschaften)

### 3.2.1 Gründe für die Errichtung von Zwischengesellschaften

Die unter Abschnitt 3.1 gemachten Ausführungen beziehen sich auf die schweizerische Dachgesellschaft, welche schweizerischem Steuerrecht unterliegt. Zur Erzielung steuerlicher Vorteile, welche bei direkter Angliederung an die schweizerische Konzernspitzengesellschaft nicht gegeben wären, kann sich unter Umständen die Einschaltung von Zwischengesellschaften (Subholdinggesellschaften) empfehlen. Die Subholdinggesellschaften halten ihrerseits eine Anzahl von Untergesellschaften<sup>60</sup>. Oft kommen solche Subholdings als Landes- oder Regionalholdinggesellschaften vor und bieten verschiedene Vorteile, die nicht ausschliesslich steuerlicher Natur zu sein brauchen. Insbesondere bei spartenmässig bzw. divisional strukturierten multinationalen Unternehmungen, die nach Produkten, Regionen oder Märkten gegliedert sind (Spartenkonzerne)<sup>61</sup>, bieten sich unter Umständen Holdinggesellschaften als Zwischengesellschaften an<sup>62</sup>.

In einigen Ländern kann für Landesholdinggesellschaften, welche die im betreffenden Land befindlichen Beteiligungen unter einem Dach zusammenhalten, eine steuerliche Einheit («Fiscal unity», Organschaft) gebildet werden, um so Gewinne und Verluste der einzelnen Gesellschaften im gleichen Land miteinander zu verrechnen<sup>63</sup>.

Bei Regionalholdinggesellschaften geht es dagegen primär um die (legale) Ausnutzung von Abkommensvorteilen, welche sich aus DBAs bzw. multilateralen Regelwerken ergeben. Prominentestes Beispiel dafür ist wohl die sogenannte Euro-Holding, welche die EU-Beteiligungen von Schweizer Konzernen hält, um in optimaler Weise von der Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>64</sup> Gebrauch

zu machen, welche es erlaubt, die Quellensteuerbelastung auf Ausschüttungen von Tochtergesellschaften an die Obergesellschaft zu eliminieren<sup>65</sup>.

Die Vorteile von Zwischengesellschaften werden allerdings durch diverse Missbrauchsbestimmungen der betroffenen Länder eingeschränkt. Um wirklich in den vollen Genuss der Abkommensvorteile zu gelangen, sind daher vor Er-

richtung von Zwischengesellschaften immer die einschlägigen unilateralen, bilateralen und multilateralen Missbrauchsbestimmungen zu beachten<sup>66</sup>.

### 3.2.2 Ausgewählte Beispiele von Zwischengesellschaften

#### 3.2.2.1 Euro-Holdinggesellschaften

Insbesondere für Schweizer Konzerne mit Tochtergesellschaften im EU-Raum empfiehlt es sich zu prüfen, ob sie aufgrund der durch die EU-Gesetzgebung geschaffenen Möglichkeiten ihre im EU-Raum ansässigen Tochtergesellschaften in einer Euro-Holding mit Sitz in einem EU-Mitgliedsland (z.B. Luxemburg oder Niederlande) zusammenfassen sollen<sup>67</sup>. Wichtigste Grundlage für die steuerliche Gestaltung bildet die Mutter-Tochter-Richtlinie, welche im Verhältnis Mutter-Tochtergesellschaft im gesamten EU-Raum eine Doppelbelastung von Unternehmensgewinnen vermeiden soll. Voraussetzung dafür ist u.a., dass die Muttergesellschaft mit mindestens 25% am Kapital oder an den Stimmrechten der ausschüttenden (Tochter-)Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat beteiligt

<sup>56</sup> S. dazu *Riedweg*, Die Schweizer Holding nach der Reform im internationalen Verhältnis, *IStR*, Heft 19/1998, S. 591 (nachfolgend *Riedweg*, Reform); *Altorfer*, Die Ausdehnung des Beteiligungsabzuges auf Kapitalgewinne aus wesentlichen Beteiligungen, Separatdruck aus *ST* Nr. 3/1998. Zu beachten sind auch die *KS* Nr. 9 vom 9. Juli 1998 und Nr. 10 vom 10. Juli 1998 der *ESIV*. Wesentlich für den Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen ist eine Beteiligung nur dann, wenn sie mindestens 20% am Aktienkapital der ausschüttenden Gesellschaft ausmacht und bereits über mindestens einem Jahr gehalten wurde. Die alternative Voraussetzung des Verkehrswerts von mindestens 2 Mio CHF der Beteiligung gilt nur für Dividenden. Im weiteren wurde im Zuge der Unternehmenssteuerreform die Kapitalbesteuerung auf Ebene des Bundes abgeschafft, der Proportionalersatz von 8,5% für die Berechnung der direkten Bundessteuer eingeführt sowie die Emissionsabgabe auf 1% reduziert.

<sup>57</sup> *Riedweg*, Reform, S. 587 ff.

<sup>58</sup> *Höhn*, Steuerplanung, S. 405.

<sup>59</sup> Vgl. aber *Gehriger*, Steuerplanung, S. 438 f. zu den «nicht abschliessend aufgezählten» Nachteilen des (Holding-)Standortes Schweiz, namentlich die 20% Beteiligungsquote für die Qualifizierung des Beteiligungsabzugs.

<sup>60</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 411.

<sup>61</sup> Vgl. *Raupach*, Der international tätige Spartenkonzern, Organisation – Recht – Steuern, in: *IStR*, Heft 5, 1993, S. 194 ff.

<sup>62</sup> S. nachfolgend *Bolanz*, die EU-Holding als strategisches Gestaltungselement in der Steuerplanung internationaler Schweizer Konzerne, *Diss.*, München 1998, S. 7 f. (nachfolgend «*Bolanz*, EU-Holding»).

<sup>63</sup> Vgl. dazu insbesondere *Riedweg*, Steuerplanung, S. 359 sowie Vergleichende Darstellung der steuerlichen Regelungen zur Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Konzern («Organschaft») in: *IWB*, Nr. 19 vom 10. Oktober 1991, Fach 10, Gruppe 2, S. 829 ff.

<sup>64</sup> Richtlinie Nr. 90/435/EWG des Rates über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten vom 23. Juli 1990 (*ABLEG* Nr. 22255.6).

<sup>65</sup> Vgl. dazu *Behnisch*, S. 405 ff.; dieses Gestaltungsmittel wird auch als «Directive shopping» bezeichnet, vgl. *Gehriger*, Steuerplanung, S. 444 unter Verweis auf Fn 69 resp. 33.

<sup>66</sup> S. zu den Missbrauchsbestimmungen *Ziff*, 2.2. ff.

<sup>67</sup> Vgl. dazu: *Zogg*, Luxemburg als Euroholding-Standort für schweizerische Konzerne, in: *ST*, Nr. 10/93, S. 798 ff.

ist. Die Gewinnausschüttungen sind entweder von der Gewinnbesteuerung bei der Muttergesellschaft zu befreien oder dürfen zwar besteuert werden, doch muss dann eine Anrechnung der anteiligen Gewinnsteuer der Tochtergesellschaft bis zur Höhe der innerstaatlichen Steuer gewährt werden<sup>68</sup>. Ferner sieht Art. 5 der entsprechenden Richtlinie die Befreiung von Gewinnausschüttungen von der Quellensteuer vor<sup>69</sup>. Nebenbei sei angemerkt, dass in neuerer Zeit abgeschlossene bzw. modifizierte DBAs der Schweiz auf dem Muster der EU-Mutter-Tochter-Richtlinie aufgebaut sind<sup>70</sup>.

Durch das am 1.1.2001 in Kraft getretene Steuersenkungsgesetz (StSenkG) hat der Holdingstandort Deutschland grundsätzlich an Attraktivität gewonnen, welche allerdings durch das mittlerweile stark verwässerte Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG) vom 11. April 2003 sowie wohl als Kompensation dieser Verwässerung durch weitere geplante Steuerreformen ab 2004 wieder zunichte gemacht wurden bzw. werden<sup>71</sup>. Durch das StSenkG haben sich deutliche Verbesserungen für Holdinggesellschaften in der Rechtsform der Personengesellschaft ergeben, welche eine attraktive Alternative zur «klassischen» Landesholding in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft früh Spitzeneinheiten aus Nicht-EU-Staaten sein kann<sup>72</sup>. Der Grund dafür liegt darin, weil die Personengesellschafts-Holding eine steuerschonende «Heimführung» von Dividenden als auch eine steuerfreie Veräusserung ermöglicht<sup>73</sup>. Ferner ist bis dato § 8a Körperschaftsteuergesetz (KStG) für Personengesellschaften nicht anwendbar.

Das Zusammenfassen von Auslandsbeteiligungen unter einem gemeinsamen Dach einer Subholdinggesellschaft im EU-Raum macht natürlich nur für solche Beteiligungen Sinn, welche nicht schon in einem EU-Staat ansässig sind, die für die Gewinnausschüttung aufgrund des Doppelbesteuerungsabkommens mit der

Schweiz bereits den Nullsatz für Dividenden gewähren<sup>74</sup>. Ferner sind sinnvollerweise nur solche Beteiligungen in einer EU-Holdinggesellschaft zusammenzufassen, welche nachhaltig Gewinne auszuschütten vermögen, da ja im Bereich der Einbringung der Auslandsbeteiligungen von der obersten Schweizer Konzerngesellschaft in eine EU-Holdinggesellschaft derzeit aus Schweizer Sicht noch Transaktionskosten im Bereich der Umsatzabgabe zu berücksichtigen sind<sup>75</sup>. Die Notwendigkeit einer EU-Holdinggesellschaft könnte für die Schweiz ab 1. Januar 2005 ohnehin gänzlich wegfallen, sofern der Entwurf des bilateralen Abkommens zwischen der EU und der Schweiz über die Zinsbesteuerung in Kraft tritt. In diesem Entwurf ist nämlich vorgesehen, dass eine schweizerische Zahlstellensteuer auf Zinszahlungen an in der EU ansässige natürliche Personen nur erhoben wird, wenn die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits bereit sind, in den bilateralen DBAs mit der Schweiz auf die Quellensteuern auf konzerninterne Zahlungen von Dividenden, Zinsen und Lizenzen zu verzichten. Ein wichtiger Standortnachteil für schweizerische Direktinvestitionen in den EU-Raum dürfte somit inskünftig entfallen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die verbleibenden Hürden bis dahin erfolgreich übersprungen werden können<sup>76</sup>. Faktisch hiesse dies nichts anderes, als dass die im EU-Raum geltende Mutter-Tochter-Richtlinie auf die Schweiz als Nicht-EU-Staat ab 1. Januar 2005 anwendbar wäre.

### 3.2.2.2 Landesholdinggesellschaften

Verluste von Tochtergesellschaften können prinzipiell nur bei dieser in Abzug gebracht werden. Für die Verlustverrechnung können entweder Gewinne zurückliegender (Verlustrücktrag) oder Gewinne zukünftiger Geschäftsjahre (Verlustvortrag) der Gesellschaft verwendet werden. Dieser Verlustausgleich ist in den einzelnen Staaten

<sup>68</sup> Sog. «Tax credit for underlying corporate taxes».

Art. 4 Mutter-Tochter-Richtlinie.

Vgl. auch *Behnisch*, S. 410.

<sup>69</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlich: *Knobbe-Keuk*, Steuerliche Schranken der Mobilität von Gesellschaften in Europa, *SteuerRevue* 9/92, S. 408 ff. sowie 10/92, S. 470 ff.

<sup>70</sup> Vgl. z.B. DBA CH-LUX.

<sup>71</sup> Das leidige Hin und Her im Rahmen dieses StVergAbG hat die Rechtssicherheit in Deutschland mutmasslich mehr als nur angekratzt, so dass auch dadurch die Bereitschaft für Direktinvestitionen nach Deutschland spürbar abnehmen dürfte. *Grotherr*, International relevante Änderungen durch des Steuervergünstigungsabbaugesetz, IWB Nr. 11/2003, S. 489 ff., insbesondere S. 505 ff. zur Protokollklärung zur «Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz», in welcher weitere gesetzgeberische Massnahmen zur Stabilisierung des Steueraufkommens angekündigt wurden, deren Umsetzung bis spätestens 1. Januar 2004 abgeschlossen sein soll.

<sup>72</sup> *Kessler/Teufel*, GmbH & Co. KG als attraktive Rechtsformalternative für eine deutsche Euro-Holding, *ISTR*, Nr. 9/2001, S. 265 ff.

<sup>73</sup> Zu beachten ist allerdings die Missbrauchsbestimmung des § 50d Abs. 1 EStG, vgl. hierzu Ziff. 2.2.2.1.

<sup>74</sup> Nullsatz für Dividenden aus Beteiligungen aus Dänemark, Finnland, Frankreich, Irland, Luxemburg, sofern Beteiligungen von mindestens 25% ununterbrochen für mindestens zwei Jahre gehalten werden, ansonsten 5% Quellensteuern, Niederlande, Österreich und Schweden. Für den Nullsatz sind unterschiedliche Mindestbeteiligungsquoten je nach massgebendem DBA erforderlich. Für Dividenden aus Deutschland in die Schweiz (und natürlich umgekehrt, was hier aber aufgrund des Aufsatzthemas nicht wesentlich ist, welche nach dem 1.1.2002 fällig werden, gilt rückwirkend auf 1.1.2002 der Nullsatz. Bei Dividendenfälligkeit ab 30.6.2003 bei Ansässigkeit der Muttergesellschaft im jeweiligen Land sowie ab einer unmittelbaren Beteiligungsquote von 20% am Grundkapital der Tochtergesellschaft erfolgt die vollständige Entlastung neu sogar auf dem Weg des Meldeverfahrens.

<sup>75</sup> Mit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes – mutmasslich auf Mitte 2004 – entfällt allerdings die Umsatzabgabe auf solchen Restrukturierungen.

unterschiedlich geregelt. Bei der Muttergesellschaft können die Verluste der Tochtergesellschaft im Entstehungsjahr der Verluste nur im Rahmen von Abschreibungen auf der Beteiligung berücksichtigt werden, sofern das nationale Steuerrecht dies so vorsieht<sup>77</sup>. Die nachteiligen Wirkungen können vermieden werden, wenn die einzelnen Konzerngesellschaften gemeinsam besteuert werden. In diesem Fall können die Verluste einzelner Tochtergesellschaften sofort zum Gewinnausgleich anderer Gesellschaften verwendet werden, wodurch die Steuerbelastung gleich im Jahr der Verlustentstehung reduziert wird. Besteuert wird nur der nach der Verrechnung übriggebliebene Gewinn. Da eine solche Gruppenbesteuerung fast durchwegs nur national möglich ist, macht die Wahrnehmung dieser Möglichkeit die Zwischenschaltung von Landesholdinggesellschaften notwendig<sup>78</sup>. Dies kann z.B. auch bei Unternehmensübernahmen von grosser Bedeutung sein, besteht doch u.U. die Möglichkeit, die entsprechenden Akquisi-

<sup>76</sup> Insbesondere Einigung in den bilateralen Verträgen II, insbesondere in den Fragen der Betrugsbekämpfung und der Abkommen von Schengen sowie Dublin.

<sup>77</sup> *Bolanz*, Steuerplanung, S. 29.

<sup>78</sup> So z.B. in Frankreich, England, Dänemark, Deutschland oder USA. Die abermals im Raum stehende grosse Steuerreform in Italien soll dem Vernehmen nach eine Steuerkonsolidierung auf den 1.1.2004 sogar auf Auslandsbeteiligungen vorsehen. Allerdings stand die Steuerkonsolidierung bereits bei der gross angekündigten, schliesslich aber nur umgesetzten Mini-Steuerreform per 1.1.2003 zur Diskussion, so dass es erlaubt sein muss, die Verlässlichkeit solcher Ankündigungen kritisch zu hinterfragen. In der Schweiz ist die steuerliche Konsolidierung auch in der Unternehmenssteuerreform II kein Thema – zu unterschiedlich sind offensichtlich die Auffassungen von Bund, Kanton und Wirtschaft. Dabei wäre die Realisierung einer solchen Konsolidierung ein an sich lang gehegter Wunsch der Industrie. In England ist seit 1.4.2000 die Zwischenschaltung einer

tionskosten (Zinsen der gruppeninternen oder -externen Fremdfinanzierung und eventuelle Goodwillamortisation) mit den künftigen Gewinnen der akquirierten Gesellschaft zu verrechnen.

Die Voraussetzungen zur Begründung einer steuerlichen Organschaft sind unterschiedlich: In England bedarf es seit April 2000 keiner englischen Subholdinggesellschaft mehr, sondern es reicht zur Begründung der fiskalischen Organschaft, wenn zwei operative Einheiten in England direkt oder indirekt die gleiche Muttergesellschaft im Ausland haben. In den USA muss die oberste Landesgesellschaft in den USA ansässig sein sowie kapital- und stimmenmässig mindestens direkt 80% einer Tochtergesellschaft halten. In Frankreich muss die oberste Landesgesellschaft nebst Ansässigkeit mindestens eine kapitalmässige 95%-Beherrschung einer Tochtergesellschaft aufweisen. Ferner darf diese Landesholding ihrerseits nicht von einer anderen in Frankreich ansässigen Gesellschaft zu mehr als 95% gehalten werden. Die Begründung bedarf ferner einer Meldung bei den zuständigen Behörden, wobei eine rückwirkende Begründung der Steuerkonsolidierung nicht möglich ist<sup>79</sup>. In Deutschland genügt seit 2001 die finanzielle Eingliederung – es reicht also die blosse kapitalmässige Mehrheit. Daneben muss zwingend je für Körperschafts- wie Gewerbesteuerzwecke ein Ergebnisabführungsvertrag abgeschlossen werden. Dieser Vertrag ist im nämlichen Jahr wie die Wirksamkeit der Organschaft abzuschliessen und beim zuständigen Handelsregisteramt eintragen zu lassen.

In Bezug auf vororganschaftliche Verlustvorträge ist aber generell zu beachten, dass diese für die Dauer der Organschaft «eingeschlossen» bleiben, also zur Verrechnung mit laufenden konsolidierten Gewinnen nicht genutzt werden können. Für die Bewahrung solcher Verlustvorträge gilt z.B. in England und auch in Deutsch-

land das Prinzip des «same trade». Zu beachten ist insbesondere, dass es nicht zum Verlust der wirtschaftlichen Identität und somit zum Verlust des steuerlichen Verlustabzugs nach § 10d EStG kommt, was in Deutschland nach § 8 Abs. 4 KStG dann der Fall ist, wenn mehr als 50% der Anteile an der betreffenden Gesellschaft übertragen werden und in den nachfolgenden fünf Jahren zusätzliches Betriebsvermögen zugeführt wird, dessen Wert das zum Zeitpunkt des Eigentümerwechsels bestehende Aktivvermögen übersteigt. Der BFH hat in seinem Urteil vom 8. August 2001 den Begriff der «Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens» näher bestimmt, wobei der BFH eine restriktive Haltung einnimmt, die den Verlustabzug über die vom Gesetz beabsichtigten Einschränkungen hinaus weiter erschwert<sup>80</sup>.

Damit die deutsche Landesgesellschaft von der im StSenKG neu vorgesehenen Steuerfreiheit innerdeutscher Dividendenausschüttungen auf der einen Seite sowie dem Zinsabzug für Fremdkapital profitiert, ist oftmals die Organschaft unerlässlich<sup>81</sup>. Das StVergAbG hat aber eine in diesem Zusammenhang für die Personengesellschaften nachteilige Regelung gebracht, indem nämlich auf die Mehrmütterorganschaft gezielt, damit aber alle Personengesellschaften getroffen wurden<sup>82</sup>. § 14 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 KStG wurde nämlich dergestalt neu formuliert, dass die Personengesellschaften ab 2003 eine originäre gewerbliche Tätigkeit ausüben müssen, um nicht die bestehende Organschaft versagt zu bekommen. Diese Gesetzesänderung trifft nun natürlich auch diejenigen Personengesellschaften, welche nicht aus «Umgebungsmotiven», sondern gerade wegen des StSenKG in Deutschland seit 2001 installiert wurden. In Deutschland spricht man daher von der sogenannten «gesetzgeberischen Dublette» oder mit anderen Worten hat der deutsche Gesetzgeber mit der Schrotflinte nicht nur das Korn, sondern das ge-

samte Kornfeld getroffen<sup>83</sup>. Die ab 2004 in Kraft tretende Steuerreform geht indes noch weiter und sieht vor, auch Personengesellschaften der Bestimmung des § 8a KStG zu unterstellen<sup>84</sup>. Diese Bestimmung – zwar noch im Wortlaut gültig bis Ende 1998 – wurde vom EuGH mit Ur-

teil vom 12. Dezember 2002 als mit der in Art. 43 des EG-Vertrags stipulierten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar angesehen, weil die Fremdfinanzierung einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft in Deutschland durch ihre ausländischen Anteilseigner begrenzt ist. Die Regelung des § 8a KStG soll neu demnach auch auf Inlands Sachverhalte wie Personengesellschaften ausgedehnt werden. Gleichzeitig soll die erweiterte «safe haven-Regelung» für Holdinggesellschaften von bislang 3:1 auf auch für operative Gesellschaften geltende 1,5:1 gesenkt werden.

Subholding für den Erhalt des «Group relief» nicht mehr zwingend notwendig, sofern die Unterbeteiligungen direkt oder indirekt von der gleichen ausländischen Muttergesellschaft gehalten werden. Vgl. zu den unterschiedlichen nationalen Regelungen in diesem Bereich die vergleichende Darstellung der steuerlichen Regelungen zur Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Konzern («Organschaft»), IWB, Nr. 19 vom 10. Oktober 1991, Fach 10, Gruppe 2, S. 289 ff.

<sup>79</sup> Praktisch heisst dies nichts anderes als dass die Eintragung der Organschaft z.B. im Laufe des 2003 erfolgen muss, soll die steuerliche Konsolidierung auf den 1.1.2004 wirksam werden können.

<sup>80</sup> *Frotscher*, Zur «Zuführung neuen Betriebsvermögens» nach § 8 Abs. 4 KStG, Deutsches Steuerrecht (nachfolgend «DStR»), Nr. 1-2/2002, S. 10 ff.

<sup>81</sup> Ansonsten könnten die Fremdkapitalzinsen nicht abgezogen werden, weil die Dividenden bei der Obergesellschaft steuerfrei sind. Die Organschaft bewirkt, dass die Gewinne der operativen Gesellschaften der Obergesellschaft zugerechnet werden. Vgl. § 3c Abs. 1 EStG (Versagung des Betriebsausgabenabzugs, soweit sie mit steuerfreien Einnahmen in unmittelbarem Zusammenhang stehen) in Zusammenhang mit § 8b Abs. 6 KStG (steuerliche Freistellung der Dividenden inländischer Tochtergesellschaften).

<sup>82</sup> Der Mehrmütterorganschaft liegt folgendes Konstrukt zugrunde: Als Obergesellschaften fungieren zwei Kapitalgesellschaften, welche zu gleichen Anteilen an einer Kapitalgesellschaft Joint-Venture (JV) beteiligt sind. Das JV hat Verlustvorträge. Aufgrund der 50/50-Beteiligung besteht keine finanzielle Eingliederung, welche für die Organschaft notwendig wäre. Daher gründen die beiden Obergesellschaften eine Personengesellschaft, welche an sich nichts anderes macht als die Stimmrechte zu koordinieren. Die

Personengesellschaft geht mit dem JV eine Organschaft ein. Die Verlustvorträge werden für Zwecke der Körperschaftsteuer wie aufgrund eines früheren Urteils des Bundesfinanzhofes auch für Gewerbesteuerzwecke den Anteilseignern zugerechnet wie wenn diese eine Organschaft mit dem JV geschlossen hätten.

<sup>83</sup> *Löwenstein/Maier/Lohrmann*, Erfordernis der gewerblichen Tätigkeit der Personengesellschaft als Organträgerin nach dem StVergAbG, DStR, Beiheft zu Ausgabe 29/2003.

<sup>84</sup> Welche als Holdinggesellschaften Beteiligungen an Kapitalgesellschaften von mindestens 25% halten.

## 4 Übrige Gesellschaften

### 4.1 Vorbemerkungen

Unter den übrigen Gesellschaften sind grundsätzlich die operativen (nachfolgend 4.3.) sowie die Stabsgesellschaften (nachfolgend 4.5.) zu verstehen. Wie bereits einleitend dargestellt, ist es nicht möglich, diese Strukturelemente völlig losgelöst von der dahinterstehenden Mechanik zu betrachten. Bevor auf die Charakteristik der operativen Gesellschaften sowie der Stabsgesellschaften näher eingegangen wird, erfolgen zunächst ein paar Ausführungen zur Rechtsform von Gesellschaften und wie die Wahl der Rechtsform in die Steuerplanung einbezogen werden kann.

### 4.2 Rechtsform als Gestaltungs- und Planungselement

#### 4.2.1 Kapitalgesellschaft versus Personengesellschaft

Für alle operativen und Stabsgesellschaften, u.U. sogar für Holdinggesellschaften<sup>85</sup>, kann die Rechtsform steuerlich von Relevanz sein. So können Gesellschaften als Kapital- oder als Personengesellschaften konstituiert sein. Kapitalgesellschaften sind grundsätzlich steuerlich nicht transparent, Personengesellschaften dagegen schon. Für gewisse Rechtsordnungen, wie insbesondere für die USA, macht es u.U. einen wesentlichen Unterschied, ob eine Kapitalgesellschaft in der Form einer AG oder einer GmbH gegründet wird<sup>86</sup>.

#### 4.2.2 Rechtlich selbständige Gesellschaft versus Zweigniederlassung oder Betriebsstätte

Was die rechtliche Gestaltung anbelangt, kann die Muttergesellschaft auch entscheiden, ob sie eine gewisse Tätigkeit im Ausland in einer eigenen lokalen Gesellschaft ausüben will oder ob sie lediglich eine Zweigniederlassung eintragen

will. Sie kann auch auf beides verzichten und lediglich eine steuerliche Betriebsstätte errichten, welche im betreffenden Land nicht im Handelsregister eingetragen ist<sup>87</sup>. Insbesondere bei Ländern mit einer hohen Sockelquellensteuer auf Dividenden kann eine Betriebsstätte attraktiver sein als eine separate Gesellschaft. Aus schweizerischer Sicht hat die ausländische Betriebsstätte zudem den Vorteil, dass Betriebsverluste mit Gewinnen des schweizerischen Hauptsitzes verrechnet werden können, was bei Tochtergesellschaften nicht der Fall ist<sup>88</sup>.

### 4.3 Operative Gesellschaften

Als operative Gesellschaften werden solche bezeichnet, die als Betriebsgesellschaften in den Bereichen Produktion, Handel, Vertrieb oder Dienstleistung für Dritte oder für andere Konzerngesellschaften aktiv, also nicht nur durch ihr Vermögen, tätig sind<sup>89</sup>. Beim Einsatz von operativen Gesellschaften treten steuerliche Gesichtspunkte zugunsten der betriebswirtschaftlichen Zielgrössen, wie die Maximierung der Erträge oder die Vergrößerung des Marktanteils, in aller Regel in den Hintergrund<sup>90</sup>.

In steuerplanerischer Hinsicht geht es aber dennoch darum, dass die in den Betriebsgesellschaften erzielten Gewinne möglichst niedrig besteuert werden bzw. allfällige Verluste steuerlich optimal genutzt werden können. Bei der Eingliederung von operativen Gesellschaften in den Konzern ist darauf zu achten, welche Obergesellschaft innerhalb des Konzerns als Muttergesellschaft dienen soll, m.a.W. welcher Gesellschaft die operativen Gesellschaften «angehängt» werden, da die Besteuerung von Dividendenausschüttungen sich oftmals als Pferdefuss erweist. Die Gesamtsteuerlast im Mutter-Tochterverhältnis besteht nämlich aus der Besteuerung erwirtschafteter Gewinne auf Stufe der Betriebsgesellschaft, aus der Quellensteuer bei Dividendenausschüttungen sowie aus der Gewinnsteuer bei der empfangenden Muttergesell-

schaft<sup>91</sup>. In steuerplanerischer Hinsicht folgt daraus, dass bei der Wahl der Muttergesellschaft darauf zu achten ist, dass diese ein möglichst gutes DBA in Anspruch nehmen kann und dass deren innerstaatliches Steuerrecht zu einer möglichst tiefen Besteuerung von Dividendenerträgen führt<sup>92</sup>. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zu den Holdinggesellschaften verwiesen werden<sup>93</sup>.

Für die Steuerplanung von Bedeutung kann jedoch auch die Frage sein, ob die Muttergesellschaft die Finanzierungskosten für den Erwerb der operativen Gesellschaft steuerlich geltend machen kann oder ob solche Aufwendungen als mit steuerfreien Einkünften (Schachteldividenden) im Zusammenhang stehend betrachtet werden und daher nicht abzugsfähig sind<sup>94</sup>. Das gleiche gilt für Sanierungsaufwendungen zu

Gunsten notleidender Gesellschaften, welche nicht in allen Ländern steuerlich zum Abzug zugelassen werden.

## 4.4 Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften

### 4.4.1 Grundsätzliches zu konzerninternen Beziehungen

Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften sind entweder gesellschaftsrechtlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur. Beziehungen gesellschaftsrechtlicher Natur sind solche, welche aufbauabhängig sind, sich mithin also aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen ergeben. Als Beispiel sei das Verhältnis Aktionär/Aktiengesellschaft erwähnt. Der Muttergesellschaft wie auch der Tochtergesellschaft stehen qua Aktienrecht gewisse Rechte zu. Trotz des Beherrschungsverhältnisses hat die Tochtergesellschaft gewisse eigenständige Rechte, welche sie der Muttergesellschaft gegenüber geltend machen muss, will der Verwaltungsrat nicht mit Verantwortlichkeitsansprüchen Dritter oder von Minderheitsaktionären konfrontiert werden.

lassen. Bei der objektmässigen Methode sind ausländische Verluste zunächst mit ausländischen Erträgen zu verrechnen. Ein allfälliger Rest ist vom Sitzkanton zu übernehmen. Vgl. *Richner/Frei/Kaufmann*, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, § 5 N 57.

<sup>89</sup> Zur Veranschaulichung kann sinngemäss auf die Tätigkeiten des Negativkatalogs von § 8 Abs. 1, Ziffern 1. bis 6. des deutschen Aussensteuergesetzes (nachfolgend «ASTG») verwiesen werden.

<sup>90</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 409.

<sup>91</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 410.

<sup>92</sup> Vgl. *Riedweg*, Steuerplanung, S. 359.

<sup>93</sup> S. Ziff. 3.1.2.

<sup>94</sup> Dies gilt z.B. in Deutschland, den Niederlanden und Luxemburg, wo die Nicht-Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen eine direkte Folge des Schachtelprivilegs (participation exemption) ist.

<sup>85</sup> *Kessler/Zwosta*, GmbH & Co. KG als attraktive Rechtsformalternative für eine deutsche Euro-Holding, *SteuerRevue* Nr. 7-8, S. 466, zeigen auf, wie eine deutsche GmbH & Co. KG für ein Nicht-EU-Land die Funktion einer steuerlich attraktiven Euro-Holding übernehmen kann.

<sup>86</sup> Unter den «check-the-box» Bestimmungen des amerikanischen Steuerrechts kann die US-Muttergesellschaft wählen, ob eine (Schweizer) GmbH als transparent oder als intransparent behandelt werden soll. Ein Vorteil steuerlicher Transparenz ist z.B., dass die Verluste der z.B. schweizerischen GmbH in den USA verrechenbar sind.

<sup>87</sup> Sehr eingehend: *Löwenstein/Looks*, Betriebsstättenbesteuerung, Inboundinvestitionen, Outboundinvestitionen, Steuergestaltungen, Branchenbesonderheiten, München 2003, S. 19 ff. sowie S. 50 ff.

<sup>88</sup> Art. 52 Abs. 3 DBG sieht vor, dass Verluste aus einer ausländischen Betriebsstätte mit inländischen Gewinnen verrechnet werden können, soweit diese Verluste im Betriebsstättenstaat nicht berücksichtigt wurden. Verzeichnet die Betriebsstätte jedoch in den folgenden sieben Jahren Gewinne, so erfolgt in diesen Geschäftsjahren im Ausmass der im Betriebsstättenstaat verrechneten Verlustvorträge eine Besteuerung. Nach dem Steuerrecht des Kantons Zürich werden ausländische Betriebsstättenverluste im Rahmen der quotenmässigen Ausscheidung zum Abzug zuge-

Rechtsgeschäftliche Beziehungen sind unabhängig vom Konzernaufbau und kommen in ähnlicher Form auch unter völlig unabhängigen Parteien vor. Dabei gibt es die zivilrechtlich üblichen Vertragstypen, wie Kaufverträge, Werkverträge, Lizenzverträge, Miet- und Pachtverträge. Steuerlich heikel sind die rechtsgeschäftlichen Beziehungen insbesondere dann, wenn sie unter dem Einfluss der Beherrschung durch die Muttergesellschaft stehen, wenn also eine Vermengung mit gesellschaftsrechtlichen Beziehungen entsteht<sup>95</sup>.

#### 4.4.2 Gesellschaftsrechtliche Beziehungen

Beziehungen gesellschaftsrechtlicher Natur sind also solche, welche aufbauabhängig sind, sich aus der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung einer Gesellschaft an einer anderen ergeben. In steuerlicher Hinsicht ergeben sich z.B. die folgenden Problemfelder aus den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen:

- Dividendenausschüttungen: Quellensteuer, wirtschaftliche Doppelbesteuerung.
- Rechnungslegungsvorschriften, handelsrechtliche Konsolidierungsvorschriften, jedoch getrennte Besteuerung der konsolidierten Gesellschaften.
- Abweichen der tatsächlichen Leitung der Gesellschaft von der rechtlich vorgeschriebenen, Probleme mit dem Ort der Leitung.
- Gewährung von Sicherheiten im Konzern bei Kreditaufnahmen.

#### 4.4.3 Rechtsgeschäftliche Beziehungen

##### 4.4.3.1 Allgemeines

Die durch Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften begründeten Beziehungen sind aufbauunabhängig und somit nicht an die gesellschaftsrechtliche Struktur innerhalb des Konzerns gebunden<sup>96</sup>. Sie können zwischen ir-

gendwelchen Konzerngesellschaften begründet werden. Diese Beziehungen bestehen aus der Erbringung einer Leistung und der entsprechenden Gegenleistung, der Entrichtung eines Entgeltes. Darunter fallen Beziehungen aus Rechtsgeschäften wie Finanzierungen, Lizenzvergabe, Erbringung weiterer Dienstleistungen sowie Warenverkehr. Aus steuerlicher Sicht stellt sich bei den rechtsgeschäftlichen Beziehungen immer die Frage nach dem angemessenen Entgelt, welches grundsätzlich dem Drittvergleich «dealing at arm's length»<sup>97</sup> standhalten muss.

Unternehmerische Tätigkeiten wandern seit jeher doch zunehmend dorthin, wo sich wettbewerbsmässige Vorteile ergeben. Denn der strategisch nachhaltige Wettbewerbsvorteil ergibt sich nicht nur aus den vertriebenen Produkten und Dienstleistungen sowie aus der Forschung und Entwicklung solcher Produkte und Dienstleistungen, welche die Bedürfnisse des Kunden von morgen abdecken, sondern insbesondere auch aus den daraus erzielbaren Kostenvorteilen, weil diese Ersparnisse dem Unternehmen bzw. dem Konzern für die Finanzierung von Investitionen und damit zur Wahrung des strategischen Wettbewerbsvorteils wieder zur Verfügung stehen. Mit anderen Worten agiert der international tätige Konzern vielfach so als ob die Landesgrenzen nicht existieren. Die unternehmerischen Prozesse werden global gestaltet und zwar vom Einkauf bis zum Vertrieb möglichst ohne Schnittstellen. Die Besteuerung dieser Prozesse orientiert sich indes an den Landesgrenzen und zerschneidet diese Prozesse, indem wirtschaftlich willkürliche Schnitte seitens der national organisierten Erhebungsbehörden gezogen werden. Oft sind diese nationalen Besteuerungsansprüche nicht einmal abgestimmt, so dass es zu Doppelbesteuerungen kommen kann. Grenzüberschreitende Transaktionen im Waren- und Dienstleistungsverkehr, bei der Ausgestaltung konzerninterner Finanzierung im Rahmen eines «Cash poolings» oder im Bereich der Nut-

zungüberlassung von Know-how sind besondere steuerliche Problemfelder im Bereich der konzerninternen Verrechnungspreise. Auf Stufe operativer Gesellschaften stellt sich u.a. die Frage der Transferpreisgestaltung beim Verkauf eines Produktes von einer Konzernproduktionsgesellschaft an eine Konzernvertriebsgesellschaft insbesondere über die Landesgrenzen hinweg. Konzerngesellschaft A entwickelt beispielsweise ein Produkt, verkauft die Entwicklung an die Konzerngesellschaft B, welche es produziert und an

die Konzerngesellschaft C weiterverkauft, die das Produkt schliesslich auf dem Markt vertreibt. Bei jeder dieser Stufen entsteht eine Wertschöpfung, welche sich im Transferpreis niederschlägt.

4.4.3.2 Konzerninterne Verrechnungspreise  
Kaum ein Thema des internationalen Steuerrechts hat in letzten Jahren derart an Brisanz gewonnen wie das Gebiet der Verrechnungspreise. Grenzüberschreitend operierende Unternehmen sehen sich immer wieder dem Verdacht ausgesetzt, dass sie durch unangemessene Ergebnisabgrenzungen Gewinne möglichst in den Staaten anfallen lassen, in denen die geringste Steuerlast besteht<sup>98</sup>. Je tiefer die Konzernsteuerquote sinkt, desto wahrscheinlicher gerät die grenzüberschreitende Gewinnallokation in den Fokus der Steuerbehörde. Typische Reaktionen seitens des Staates darauf sind verschärfte Dokumentationsvorschriften, Strafzuschläge auf Ergebniskorrekturen im Rahmen von Steuerprüfungen, erweiterte Informationsaustauschklauseln und Massnahmen zur verbesserten Ausbildung und Spezialisierung der Steuerprüfer<sup>99</sup>. Drohende Folgen sind Doppelbesteuerungen, Strafzuschläge, Zinszahlungen sowie nachhaltige Unsicherheit über das konzernweite Steueraufkommen, ganz abgesehen von der dadurch gestörten Beziehung zu den Steuerbehörden. Aufgabe der konzerninternen Steuerplanung muss es daher sein, das internationale Steuergefälle mit sinnvollen Allokationen und Reallokationen von Funktionen und Risiken zu nutzen, aber gleichzeitig eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit der steuerlichen Anerkennung der Gewinnausschüttung der Konzerngesellschaften an-

<sup>95</sup> Die Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen liegt auch der Logik von § 1 Abs. 1 AStG zugrunde. § 1 AStG stellt die Grundlage für die steuerliche Berichtigung bei internationalen Verflechtungen dar. Einkünfte können aber durch die Steuerbehörden aufgrund dieser Norm nur berichtigt werden, wenn es sich um «Geschäftsbeziehungen» mit einer nahestehenden Person handelt, also nicht im Fall von gesellschaftsrechtlichen Beziehungen.

<sup>96</sup> Vgl. *Höhn*, Steuerplanung, S. 191 ff., Tabellen 4-3 bis 4-5.

<sup>97</sup> Dieser Grundsatz ist auch in jedem DBA verankert (vgl. Art. 9 OECD Musterabkommen).

<sup>98</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Funktionen der Verrechnungspreise aus steuerlicher bzw. betriebswirtschaftlicher Sicht etwa *Raupach*, Verrechnungspreissysteme multinationaler Unternehmen in betriebswirtschaftlicher, gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht, *Herne*/Berlin 1999, S. 33 ff. bzw. S. 55 ff.

<sup>99</sup> Vgl. etwa die neue Amtshilfebestimmung von Art. 27 des DBA CH-D, welche inskünftig den Austausch von Informationen auch für die Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts bei Betrugsdelikten und nicht mehr nur für die richtige Anwendung des Abkommens vorsieht. Amtshilfe kann demnach gewährt werden, wenn eine Tat, wäre sie in der Schweiz begangen worden, einen Steuerbetrug nach schweizerischem Recht darstellen würde (Prinzip der doppelten Strafbarkeit). Vgl. auch für Deutschland die seit dem 1. Januar 2002 gegebene Möglichkeit, Betriebsprüfungen automatisiert zu prüfen (digitaler Datenzugriff der Finanzverwaltung mit der Zulässigkeit der Verwertung von Zufallsfunden),

Schreiben des Bundesamtes für Finanzen (BMF) vom 16. Juli 2001, Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen. Knackpunkt ist hier die Auslegung des Begriffs der «steuerlich relevanten Daten», denn nur hierfür besteht die Zugriffsmöglichkeit der Betriebsprüfer.

zustreben. Die Steuern sind dabei als Teil des Standortwettbewerbs anzusehen<sup>100</sup>.

#### 4.4.3.3 Gesetzliche Grundlagen

In der schweizerischen Rechtsordnung lassen sich für die Ausgestaltung der Verrechnungspreise bzw. für die Anwendung des Fremdvergleichs wenige massgebende Regelungen finden<sup>101</sup>. Immerhin erging mittels Kreisschreiben vom 4. März 1997 der EStV die Aufforderung an die kantonalen Steuerverwaltungen, «gestützt auf den Grundgedanken» des StHG sowie auf Art. 102 Abs. 2 DBG bei der Veranlagung multinationaler Unternehmen und bei allfälligen Gewinnberichtigungen die Empfehlungen des OECD Fiskalausschusses zu beachten<sup>102</sup>. Es besteht aber keine gesetzlich normierte Verpflichtung, eine Dokumentation «zeitnah» zu erstellen, wohl aber muss der Steuerpflichtige im Rahmen von Art. 126 DBG sowie Art. 42 StHG auf Verlangen Urkunden über den Geschäftsverkehr vorlegen können, welche den Anforderungen an die Auskunftspflicht dienen. Die Folgen unangemessener Verrechnungspreise sind die Aufrechnung der entsprechenden Gewinne und die Besteuerung derselben. Liegen keine Vergleichspreise vor, wird beispielsweise die Cost-Plus-Methode oder die Resale-Price-Methode, welche den Transferpreis in der Höhe des Wiederverkaufspreises festlegt, herangezogen. Dabei gilt es für das Schweizer Steuerrecht zu beachten, dass eine nachträgliche Korrektur durch die Steuerbehörden und eine dementsprechend zusätzliche Besteuerung nur dann erfolgen kann, wenn die Veranlagungen noch nicht definitiv<sup>103</sup> oder die Voraussetzungen eines Revisionsverfahrens gegeben sind<sup>104</sup>. Darüber hinaus besteht bei einer Gewinnkorrektur, die eine zusätzliche Besteuerung zur Folge hat, die Gefahr einer Doppelbesteuerung des Gewinnes, sofern ein anderer Staat den Gewinn seinerseits bereits besteuert hat<sup>105</sup>. Art. 9 Abs. 2 OECD-MA sieht daher die

Möglichkeit einer automatischen Gegenberichtigung («corresponding adjustment») vor, um diese Folgen umgehen zu können. In Bezug auf die Schweiz ist diesfalls aber zu bemerken, dass diese Gegenberichtigung in keinem DBA Aufnahme gefunden hat. So kann eine solche Berichtigung grundsätzlich nur durch ein Verständigungsverfahren<sup>106</sup> erreicht werden, da die Gewinnkorrektur im Ausland keinen Revisionsgrund für die schweizerische Veranlagung darstellt<sup>107</sup>. In der Praxis jedoch kann in solchen Fällen die Revision der rechtskräftigen Veranlagung aufgrund einer «vorweggenommenen Verständigungslösung» vorgenommen werden<sup>108</sup>. Die EStV hat am 17. Dezember 2001 ihre Praxis zur Verrechnungssteuer bei internationalen Gewinnberichtigungen im Rahmen von Verständigungslösungen präzisiert, indem in Abänderung der bisherigen Praxis, wonach bei Sekundärberichtigungen stets eine der Verrechnungssteuer unterliegende geldwerte Leistung angenommen wurde, eben diese Verrechnungssteuer entfällt, wenn die EStV in einem Verständigungsverfahren für die direkte Bundessteuer einen dem Drittvergleich standhaltenden Verrechnungspreis anerkennt<sup>109</sup>. Im Zusammenhang mit der Schlichtung von Verrechnungspreiskonflikten muss erwähnt werden, dass die EU seit 1. Januar 1995 eine Schiedskonvention in Kraft hat, zu welcher die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied keinen Zugang hat<sup>110</sup>. Bilateral sieht derzeit also einzig das DBA mit den USA den Einsatz eines Schiedsgerichts vor, dessen Verfahrensbestimmungen in einem bis dato noch nicht stattgefundenen Notenwechsel zwischen den beiden Staaten geregelt werden soll<sup>111</sup>.

In Deutschland hat in den letzten Jahren der Gesetzgeber eine rege Tätigkeit im Bereiche der Verrechnungspreise entfaltet, welche darin gipfelt, dass im Rahmen des StVergAbG weitreichende Dokumentations- und Sanktionsvorschriften zur Bekämpfung von Verrechnungspreisgestal-

tungen eingeführt wurden, welche erstmals ab dem Jahr 2003 greifen<sup>112</sup>. Bereits seit 1. Januar 2000 sind Regelungen zur Kostenumlage in Kraft, welche bei reinen Kostenumlageverträgen von Gesellschaften gleichgerichteter Interessen eine detaillierte und aufwendige Nutzenanalyse zur Darstellung des zukünftigen Nutzens etwa im Bereich von Forschungs- und Entwicklungsumlagen zur Rechtfertigung der an die deutschen Konzerngesellschaften im Rahmen dieser Umlage belasteten Kosten vorsieht<sup>113</sup>.

Es ist offensichtlich, dass Deutschland damit versucht hat, sich den Entwicklungen in andern Ländern anzupassen. Allein in den Jahren 2001 und 2002 haben Länder wie Polen, Portugal, die Niederlande, Belgien, Südafrika oder Indien neue Verrechnungspreis- und Dokumentations-

vorschriften erlassen. Um die Durchsetzbarkeit zu erhöhen, sind diese Bestimmungen vielfach an Sanktionen gekoppelt. Man darf davon ausgehen, dass sich der Fokus auf dieses Thema im internationalen Umfeld weiter fortsetzen wird. Das Problem ist nur, dass jedes Land für sich eine eigene Vorgehensweise festlegt, was es für den international agierenden Konzern schwer macht, angesichts unterschiedlicher Regelungen unangenehme Überraschungen in den verschiedenen Steuerprüfungen mit gemeinhin steigenden Angemessenheitserfordernissen zu vermeiden.

#### 4.4.3.4 Kernpunkte der Verrechnungspreisgestaltung

Die international tätigen Unternehmen müssen entscheiden, wie sie auf diese Rechtslage reagieren wollen. Die Möglichkeiten reichen von «nichts tun» bis zur genauen Dokumentation sämtlicher Geschäftsvorfälle unter Inkaufnah-

bis zum Juni 2002 nicht von allen EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde.

<sup>100</sup> *Baumgartner*, Harmful Tax Practices – Auswirkungen der Bestrebungen von OECD und EU auf die Schweiz, IFF Forum für Steuerrecht 2003, S. 110.

<sup>101</sup> S. dazu ausführlich: *Wuerkli*, Verrechnungspreisproblematik aus schweizerischer Sicht, SteuerRevue Nr. 2/2003, S. 94 f.

<sup>102</sup> Weitere massgebende Kreisschreiben und Merkblätter bei *Wuerkli*, S. 98 sowie S. 107 ff. in Bezug auf das KS Nr. 9 vom 19. Dezember 2001 (Fifty-Fifty-Praxis).

<sup>103</sup> Vgl. *Zünd*, Die steuerliche Zuordnung von Ausgaben bei internationalen «arm's length»-Transaktionen verbundener Unternehmen, SteuerRevue Nr. 30, 1995, S. 101.

<sup>104</sup> Vgl. *Blumenstein/Locher*, System des Steuerrechts, 5. Auflage, Zürich 1995, S. 368 ff.

<sup>105</sup> Vgl. *Popkes*, S. 4.

<sup>106</sup> Art. 25 Abs. 2 OECD-MA. Zum Verfahren vgl. *Christen*, S. 240 ff.

<sup>107</sup> Vgl. *Reich*, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, in: ASA, 54. Bd., Mai/Juni 1986, S. 647.

<sup>108</sup> So für Deutschland: *Locher/Meier/von Siebenthal/Kolb*, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland 1971 und 1978, Lieferung 17, Basel 1996, Bd. 5, B 26.2 Nr. 3.

<sup>109</sup> Vgl. zum Abkommensrecht *Wuerkli*, S. 100 ff.

<sup>110</sup> Derzeit ist diese «Arbitration convention» gar nicht in Kraft, weil das massgebende Protokoll zur Verlängerung der Konvention um jeweils fünf Jahre

<sup>111</sup> *Schmid*, Schlichtung von internationalen Transferpreiskonflikten, ST, Nr. 12 /02, S. 1159 ff.

<sup>112</sup> Zur Entwicklung s. *Endres*, Grenzüberschreitende Ergebnisabgrenzung: Verrechnungspreise, Konzernumlagen, Betriebsstätten Gewinnermittlung – Bestandesaufnahme und Neuentwicklung, IStR, Beihefter zu Heft Nr. 15/2003, S. 2 ff. mit Verweis auf § 90 AO in Bezug auf die Dokumentationsvorschriften; *Lüdicke*, Internationale Aspekte des Steuervergünstigungsabbaugesetzes, IStR, Nr. 13/2003, S. 435 ff.

<sup>113</sup> Im Rahmen der pauschalierten Einzelverrechnung ist dabei nach wie vor die «Umlage» von Dienstleistungen unter anderem mittels Verwendung eines Umsatzschlüssels von einer konzerninternen Managementgesellschaft an Konzerngesellschaften denkbar, allerdings unter Beachtung einer Gewinnkomponente – dies im Gegensatz zu den reinen Kostenumlageverträgen, welche nur erlauben, Kosten ohne Gewinnzuschlag unter den Teilnehmern am Umlagevertrag zu verrechnen.

me erheblicher Beraterkosten<sup>114</sup>. Die Dokumentationserfordernisse können als Mittelweg (Ausweg?) mittels «global core documentation» so erfüllt werden, so dass erforderliche Analysen nicht doppelt oder mehrfach gemacht werden, Informationen verlustig gehen oder weitaus schlimmer Widersprüche auftreten. Globale Koordination bedeutet dabei nicht, dass man den grössten gemeinsamen Nenner aller Anforderungen der Staaten, in welchen der Konzern tätig ist, sucht und darauf die Dokumentation baut. «Global core documentation» ist der Hinweis darauf, dass die nationalen Erfordernisse an eine Dokumentation der Verrechnungspreise im Kern ähnlich sind. Basierend auf dieser einheitlichen Grundlage reduziert sich die Erfüllung der nationalen Vorschriften auf die spezifische Ergänzung des gemeinsamen Kernteils um notwendige Aufzeichnungen, welche nun von Land zu Land differieren. Damit kann eine einheitliche und konsistente Position aufgebaut und bewahrt werden. Zudem kann die Dokumentation dadurch zentral geführt und aktualisiert werden.

#### 4.4.3.5 Anwendung der Verrechnungspreise am Beispiel der Funktionsverlagerungen

Je länger je mehr nehmen die standortabhängigen unternehmerischen Funktionen, wie z.B. die industrielle Produktion oder die Förderung von Bodenschätzen, an Bedeutung ab und die standortunabhängigen Funktionen, wie z.B. Vertrieb, Marketing, Forschung und Entwicklung, EDV oder das Konzerntreasury, nehmen dagegen zu. Dieser Trend erleichtert es den Unternehmen, gewisse Unternehmensfunktionen in andere Länder zu verlagern, wobei steuerplanerische Überlegungen oft für die Standortwahl im Vordergrund stehen. Diese Entwicklungstendenzen wurden durch das Aufkommen des Internets bzw. des e-commerce<sup>115</sup> und des e-bankings<sup>116</sup> zweifelsohne stark begünstigt<sup>117</sup>.

Funktionsverlagerungen sind jedoch Grenzen gesetzt. Die meisten Länder verfügen über ein Wegzugsbesteuerungsregime, welches oft nicht nur das bewegliche Betriebsvermögen sondern auch die immateriellen Rechte und insbesondere auch den Goodwill umfasst. Es sei in diesem Zusammenhang auf die in Deutschland von den Steuerbehörden entwickelte sogenannte Geschäftschancentheorie verwiesen, welche davon ausgeht, dass kein ordentlicher und gewissenhafter Kaufmann ein gewinnträchtiges Geschäft oder einen Betriebsteil ohne angemessenes Entgelt einem Dritten überlassen würde<sup>118</sup>. Deshalb sei bei einer Funktionsverlagerung über die Grenze ein analoges (fiktives) Entgelt für zukünftige Gewinne zu besteuern.

Die Verlagerung von Konzernfunktionen geschieht in der Regel nicht aus primär steuerlichen Motiven. Vielmehr sind die international tätigen Konzerne intern so organisiert, dass die einzelnen Geschäftsbereiche (business lines) über nationale und damit auch steuerliche Grenzen hinweg global ausgerichtet sind bzw. werden. Lieferungs- und Leistungsbeziehungen innerhalb eines international tätigen Konzerns bestimmen in wesentlichen Belangen auch dessen Steuerbelastung. Auf diesem Gebiet besteht daher Gestaltungspotential. Dabei geht es nicht um die Schaffung von Strukturen unter ausschliesslicher Steuerminimierung, sondern um Steueroptimierung im Rahmen betrieblicher Zielsetzungen. Dabei können sich steuerliche und operative Ziele ergänzen, umgekehrt aber auch beeinträchtigen: Die Zentralisierung des Einkaufs wäre steuerlich im Land X sinnvoll, operativ wäre dagegen die Funktion am besten im Land Y angesiedelt. Aus steuerlicher Sicht wäre eine Vertriebsstruktur sinnvoll, die einen steuerlichen Anknüpfungspunkt z.B. als Vertreterbetriebsstätte im Vertriebsland vermeidet, operativ wird aber Präsenz vor Ort benötigt. Es geht also

darum, operative und steuerliche Gesichtspunkte abzuwägen und Zielkompromisse zu finden<sup>119</sup>.

Zentral aus steuerlicher Sicht ist bei der Verlagerung solcher Funktionen dabei das Problem, dass die Steuern noch immer national begrenzt sind und daher die jeweiligen Fiskalbehörden ein Interesse haben, die auf ein bestimmtes Land entfallenden Gewinne eines global operierenden Unternehmens möglichst vollständig erfassen zu können. Allerdings sind die angewandten Konzepte aufeinander ungenügend abgestimmt, was zu Doppelbesteuerungen führen kann. Im Vordergrund stehen hier die Verlagerung von Beschaffungs- wie auch Produktionsfunktionen

bzw. die Neugestaltung der Wertschöpfungskette («supply chain»).

Wenn es unter betriebswirtschaftlichen Kriterien sinnvoll erscheint, den Einkauf von Rohstoffen etc. in einer Beschaffungsgesellschaft für den Konzern zu konzentrieren, stellt sich die Frage, wie diese Konzentration steuerlich am effektivsten gestaltet werden kann. Naheliegender erscheint, einen steuerfreundlichen Standort auszuwählen, welcher auch operativen Voraussetzungen genügt. Ist dieser Standort bestimmt, stellt sich die Frage der rechtlichen Ausgestaltung der Beschaffungsfunktion. Kauft die Einkaufsgesellschaft im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ein und verkauft an die einzelnen Konzerngesellschaften als Eigenhändler oder werden Kommissionsstrukturen gewählt. Erstere Strukturen dürften größeren Optimierungsspielraum bieten, da hier die Funktionen und Risiken wesentlich umfangreicher sind. Die Bündelung des gesamten Beschaffungsvolumens führt zu Einkaufsvorteilen, welche der einzelnen Konzerngesellschaft verschlossen bleiben. Sind solche Vorteile an diese Konzernge-

<sup>114</sup> Das Nichts-Tun erscheint nicht ganz realistisch, obwohl mit Bezug auf Deutschland aber immerhin zu erwähnen ist, dass die Verrechnungspreisschriften nur Vorgänge mit Auslandsbezug betreffen (obwohl es auch entsprechende Inlandsachverhalte geben kann) und daher aufgrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 des EG-Vertrags durchaus in Frage gestellt werden kann. Die deutsche Finanzverwaltung dürfte denn auch den Anwendungsvorrang des EU-Rechts nicht freiwillig hinnehmen.

<sup>115</sup> Vgl. die Übersicht über die Leistungsbeziehungen im e-Commerce bei *Lehmann*, e-Commerce: Steuerliche Rahmenbedingungen, eine Standortbestimmung, *SteuerRevue* Nr. 1/2001, S. 1 ff.

<sup>116</sup> Im Bankenbereich wird die Standortunabhängigkeit z.B. beim «Global Trading» sichtbar. Dieses erlaubt es, von verschiedenen Standorten aus Wertschriften rund um die Uhr zu handeln. Dabei ist es naturgemäß schwierig, die entsprechenden Gewinne zwischen den Standort aufzuteilen.

<sup>117</sup> *Lehmann*, S. 11 f.

<sup>118</sup> Vgl. zur steuerlichen Behandlung von Funktionsverlagerungen im Zusammenhang mit e-Business in Deutschland: *Kaminski/Strunk*, Funktionsverlagerungen im Rahmen von e-Business-Aktivitäten, *ISr* 23/2002, S. 789 ff.

<sup>119</sup> S. dazu auch *Letzsch*, Steueroptimierung im Unternehmen durch Nutzung des DBA Deutschland-Schweiz, *Globogate News*, Zürich, Mai 2003 mit Verweis auf die neue Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 8 AStG, wonach sämtliche Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft zum aktiven Erwerb einer im Ausland ansässigen Zwischengesellschaft werden mit der Folge, dass der passive Erwerb, welcher zur Hinzurechnungsbesteuerung auf Ebene der deutschen Obergesellschaft führt, ausgeschlossen wird, wenn die ausländische Zwischengesellschaft Gewinnausschüttungen anderer nach deutschem Recht anerkannten Kapitalgesellschaften erhält. Zu beachten ist aber § 42 AO sowie § 14 AStG, wonach bei solchen nachgeschalteten Zwischengesellschaften die Hinzurechnungsbesteuerung nur vermeidbar ist, wenn es sich bei diesen Einkünften nicht um passive Einkünfte handelt (Aktivitätsvorbehalt der ordentlichen Geschäftstätigkeit).

sellschaften weiterzugeben oder können sie bei der Einkaufsgesellschaft verbleiben? Massgebend ist der Drittvergleich: Wie würden sich voneinander unabhängige Gesellschaften verhalten, welche ihre Einkaufsvolumen bündeln? Hier dürfte man davon ausgehen können, dass die Gesellschaften die daraus erzielten Vorteile einfordern. Allerdings gelangen die Gesellschaften nur deshalb zu diesen Vorteilen, weil die Einkaufsgesellschaft ihren eigenen Einsatz zu den realisierten Vorteilen leistet. Es muss also zu einer Aufteilung des hieraus resultierenden Vorteils kommen. Die Marge, welche der Einkaufsgesellschaft verbleibt, muss mindestens ihre Kosten decken und der an die Konzerngesellschaften fakturierte Preis darf nicht höher sein als derjenige, zu dem die Konzerngesellschaften bislang – also vor der Umstellung – eingekauft haben. Bei der Übertragung der Beschaffungsfunktion auf eine andere Konzerngesellschaft stellt sich die Frage der Abgeltung an die diese Funktion abgebende Gesellschaft. Keine Abgeltung ist zu leisten, wenn es sich bei der übertragenen Funktion um eine Hilfsfunktion handelt, bei deren Auslagerung weder immaterielle Wirtschaftsgüter noch konkrete Geschäftschancen übertragen werden. Dies trifft auf die Beschaffungsfunktion zu, da diese in der Regel eine solche Hilfsfunktion darstellt. Für die Einkaufsgesellschaft ergeben sich schon daher keine Geschäftschancen, weil sie die Vorteile aus der Bündelung des Einkaufsvolumens an die beitragenden Konzerngesellschaften in einem gewissen Ausmasse weiterzugeben hat. Aus steuerplanerischer Sicht ist im Verhältnis zu Deutschland zu beachten, dass die nicht in Deutschland ansässige Beschaffungsgesellschaft einen für ihre operative Tätigkeit in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhält und diese Geschäfte ohne Mitwirkung der deutschen Konzerngesellschaften abwickelt, ansonsten die Hinzurechnungsbestimmungen des deutschen

Aussensteuergesetzes greifen und der Steuervorteil dadurch wieder ausgeglichen würde<sup>120</sup>.

Die Verlagerung von Produktionsfunktionen ist vom Gedanken geprägt, dass operative direkte Kosten durch die Verlagerung in sogenannte «low cost»-Länder gesenkt werden können. Hauptproblem solcher Verlagerungen ist, dass dadurch gebildete stille Reserven zu Lasten des inländischen Steuersubstrates dem inländischen Zugriff entzogen werden könnten. Ferner ist aus steuerlicher Sicht die Problematik für den Fall zu lösen, dass die verlagerte Produktion im Inland gewinnbringend ist oder mindestens positive Deckungsbeiträge bringt, auf welche im Inland durch die Verlagerung verzichtet wird. Im weiteren sind die Verlagerungskosten (Stillehaltungskosten) steuerlich ein Thema. Die Antworten auf diese Fragen hängen vom gewählten Geschäftsmodell ab. Die Steuerfolgen der Verlagerung im Rahmen der verlängerten Werkbank oder Lohnfertigung unterscheiden sich von denjenigen, welche sich ergeben, wenn die ausgelagerte Produktion von der ausländischen Tochtergesellschaft mittels eigenem Marktzugang selbst vermarktet wird. Die Steuerfolgen reichen je nach Ausgestaltung vom Besteuerungsaufschub im Rahmen aufgedeckter stiller Reserven beim Verbringen in eine aus deutscher Sicht ausländische Betriebsstätte über die marktconforme Abgeltung der mit dem Aufbau im Ausland verbundenen Produktion bis hin zur detaillierten betriebswirtschaftlichen Analyse zur Festlegung der Entschädigung für die eingeräumte bzw. weggegebene Nutzungsmöglichkeit des Produktes<sup>121</sup>.

Die Gesamtsteuerlast des Konzerns kann schliesslich durch die Einführung einer Prinzipalgesellschaft, die für die Erfüllung der betrieblichen Funktionen andere Konzerngesellschaften quasi beauftragt, radikal verändert werden. Im Grundsatz geht es darum, Funktionen und Risiken in Hochsteuerländern zu minimie-

ren und umgekehrt solche Funktionen und Risiken in Konzerngesellschaften in Niedrigsteuerländern anzureichern, um dort eine steuerlich optimierte Gewinnallokation zu rechtfertigen. Die Schweiz als ein aus Sicht der OECD Niedrigsteuerland bietet sich für diese Gewinnallokation an<sup>122</sup>. Am 18. Dezember 2002 veröffentlichte die EStV KS Nr. 9 zur internationalen Gewinnausscheidung von Principal-Gesellschaften<sup>123</sup>. An dieser Stelle ist aber darauf hinzuweisen, dass auf der einen Seite das Steuermodell «Principalstruktur» steht, aber auf der anderen Seite die operative Sicht unter allen Umständen beachtet werden muss. Die konkrete Funktionsübertragung aus dem Ausland auf eine Schweizer Principal-Gesellschaft geht nur einher mit physischem Transfer der Verantwortungsträger, was bei den auch zu beachtenden

«Soft factors» ein nicht zu unterschätzender Bereich ist. Die Principal-Struktur ist ferner verbunden mit einer Zentralisierung vormals dezentraler Aufgabenbereiche und somit auch mit einer Verlagerung von Verantwortlichkeiten. Dies ist im Lichte der Effizienz und Motivation lokaler Verantwortungsträger zu analysieren. Die Zentralisierung führt auch zu einem gesteigerten Controlling-Bedarf, was in der Praxis nicht zur gleichen Effizienzsteigerung im Verhältnis zum erhöhten Bedarf führt. Gegenteilig dürften mit einer solchen Struktur mindestens in gewissen Industriebereichen die operativen Probleme erst recht auftreten, so dass die Konzerninteressen der tieferen Gesamtsteuerbelastung allenfalls durch Reibungsverluste im operativen Bereich aufgrund des wegstrukturierten «Entrepreneurs» wieder aufgewogen werden, was sich auf den Unternehmenswert mindestens nicht steigernd auswirken dürfte. Hier gilt daher der Grundsatz «tax model follows business model» erst recht, ansonsten leicht angenommen werden könnte, Steuerplanung am «Hochreck» zu betreiben.

#### 4.4.3.6 Hinweise auf die Mehrwertsteuer

Die Ausgestaltung der Lieferungskette hat auch Auswirkungen auf die Mehrwertsteuer, weshalb sich hier einige grundlegende Hinweise rechtfertigen. Grundsätzlich ist heute Steuerplanung ohne Einbezug der Mehrwertsteuer nicht mehr denkbar, insbesondere und vor allem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten<sup>124</sup>. Die Mehrwertsteuer hat direkten Einfluss auf den cash flow eines Unternehmens, weshalb die Bedeutung dieser indirekten Steuern nicht unterschätzt werden sollte<sup>125</sup>. Insbesondere die Schaffung des Binnenmarktes, welcher zur Aufhebung der Zollgrenzen führte, macht im EU-Raum neue Obliegenheiten erforderlich. Angestrebt war das Gegenteil, nämlich ein auf den Binnenmarkt abgestimmtes Mehrwertsteuersystem

<sup>120</sup> Vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 4b AStG in neuer Fassung gemäss StVergAbG sowie Ausschluss der Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs auf den Hinzurechnungsbetrag durch Streichung des § 10 Abs. 5 AStG, s. dazu auch *Grotherr*, S. 498 f.; kritisch *Lüdicke*, S. 437 f.

<sup>121</sup> Ausführlich *Burkert*, Funktionsverlagerungen im internationalen Konzern, Teil II, IStR Nr. 10/2003, S. 356 f.; *Thömmes*, EG-rechtliche Aspekte einer Auslandsinvestition, IWB Nr. 13 vom 9.7.2003, S. 630 f.; *Baumhoff*, Aktuelle Entwicklungen bei den internationalen Verrechnungspreisen, IStR, Nr. 1/2003, S. 4 ff.

<sup>122</sup> *Baumgartner*, S. 109 ff.

<sup>123</sup> Kommentierung des KS Nr. 8 durch *Widmer*, S. 935 ff. Zur ganzen Thematik der Funktionsverlagerung aus betriebswirtschaftlicher, rechtlicher und steuerlicher Sicht umfassend: *Brülsauer/Kuhn*, S. 81 ff., insbesondere zum KS Nr. 8 S. 106 ff. mit kritischer Würdigung auf S. 108 ff.

<sup>124</sup> *Krahner*, Das Bestimmungslandprinzip auf dem Prüfstand, IStR, Nr. 1/2003, S. 369 ff.

<sup>125</sup> Vgl. sinngemäss *Honauer*, MWST als Risikofaktor für die KMU und ihre Berater, ST, Nr. 6-7/03, S. 544 ff.

zu schaffen, das EU-weit in der gleichen Weise funktioniert wie innerhalb eines einzelnen Mitgliedstaates. Allen Harmonisierungsbemühungen zum Trotz verbleibt den einzelnen Mitgliedstaaten in vielen Bereichen noch immer ihre nationale Regelungskompetenz, weshalb der gleiche Geschäftsvorgang in den EU-Ländern zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. So ist z.B. die mehrwertsteuerliche Registrierung für ein schweizerisches Unternehmen je nach EU-Land entweder zwingend, freiwillig oder unzulässig. Es gibt also nicht die Mehrwertsteuer in der EU<sup>126</sup>.

Mit der oben dargestellten Funktionsverlagerung einher gehen aus Schweizer Sicht Ausland-Ausland-Geschäfte, bei denen physisch die Ware entweder vom Lieferanten an den Abnehmer innerhalb des gleichen Mitgliedstaates oder vom ersten grenzüberschreitend und innergemeinschaftlich an zweiteren geliefert wird, wobei das schweizerische Unternehmen in beiden als Besteller auftritt. Die mehrwertsteuerlichen Folgen sind je nachdem, ob es sich um ein Versand-Reihengeschäft oder um ein Abhol-Reihengeschäft handelt, verschieden. Ferner gilt es zu beachten, wo überall sich das Schweizer Unternehmen für Mehrwertsteuerzwecke registrieren lassen muss, ob ein Fiskalvertreter notwendig ist, ob für die Vorsteuern das aus cash-Sicht nachteilige Rückerstattungsverfahren angewandt werden muss oder ob mittels freiwilliger oder zwingend vorgesehener Registrierung lokale Mehrwertsteuerabrechnungen abgegeben werden können. Allenfalls kann geprüft werden, ob das Schweizer Unternehmen zur Vermeidung mehrfacher Registrierung und eines übersteigerten administrativen Aufwandes von der Dreiecksvereinfachung profitieren kann<sup>127</sup>. Die Ausgestaltung der Leistungskette kann das Unterhalten von Warenlagern in einem EU-Land notwendig werden lassen, wobei die mehrwertsteuerliche Konzeption je nach «Lagertyp» (z.B. Zolllager oder

Auslieferungslager) unterschiedlich auszugestaltet ist. Die mehrwertsteuerliche Beurteilung wird hier schnell einmal unübersichtlich<sup>128</sup>. Dies erhöht umgekehrt das Risiko von Steuernachzahlungen in späteren Betriebsprüfungen, weshalb die Steuerplanung hier besonderes Gewicht erhält.

## 4.5 Stabsgesellschaften und ihre Funktionen

### 4.5.1 Allgemeines

Der international tätige Konzern verfügt in der Regel nicht nur über Produktions- und Vertriebsgesellschaften, sondern auch über eine Anzahl von Stabsgesellschaften, die vornehmlich konzerninterne Dienstleistungen erbringen. In Frage kommen insbesondere Leistungen im Bereich der Finanzierung, der Versicherung, der Patentverwaltung, der Forschung und Entwicklung sowie der Beratung.

Entscheidend für die Standortwahl solcher Stabsgesellschaften sind neben rechtlichen und betrieblichen sicher auch steuerliche Überlegungen. Als Standorte eignen sich Länder, welche eine niedrige Besteuerung der Erträge vorsehen, aber auch über ein gutes DBA-Netz verfügen, damit möglichst geringe Quellensteuern auf Zinsen, Dividenden und Lizenzgebühren oder anderen Zahlungen anfallen.

### 4.5.2 Konzernfinanzierungen durch Einsatz einer konzerninternen Finanzgesellschaft

4.5.2.1 «Rettung» des Holdingprivilegs  
Zur Optimierung grenzüberschreitender Finanzierungen<sup>129</sup> bietet sich die Errichtung einer Konzernfinanzgesellschaft an, welche die Aufgabe hat, anstelle der Holdinggesellschaft die verschiedenen Konzerngesellschaften zu finanzieren. Aus schweizerischer Sicht hat die Finanzgesellschaft u.a. den Vorteil, dass Darlehen in Beteiligungsrechte (an der Finanzgesell-

schaft) umgewandelt werden können, indem die Holdinggesellschaft ihre Konzerndarlehen in das Eigenkapital der Finanzgesellschaft einbringt und dabei als Entgelt Anteile an der Finanzgesellschaft erhält. Diese «Umbilanzierung» kann u.U. das kantonale Holdingprivileg retten, wenn die Beteiligungen (zu Verkehrswerten) weniger als die erforderlichen zwei Drittel der Bilanzsumme ausmachen<sup>130</sup>.

#### 4.5.2.2 Treasury-Funktion

##### a) Cash Pooling

Zur Optimierung der im Konzern vorhandenen Liquidität verfügen zahlreiche international tätige Konzerne über «Cash Pooling» Systeme. Das «Cash Pooling» erlaubt es dem Konzern «durch eine automatisierte Konzentration der Liquidität auf sog. Masterkonten – mit möglichst geringem Aufwand und unter kalkulier-

baren Transferkosten – das Zinsergebnis zu verbessern»<sup>131</sup>. Die Treasury Gesellschaft, im Zusammenhang mit «Cash Pooling» auch «Master Company» genannt, erhält für ihre Tätigkeit nach Massgabe der von ihr übernommenen Funktionen und Risiken eine angemessene Entschädigung. Wichtig ist, dass die von der «Master Company» verrechneten Entgelte bei den am Pool beteiligten Gesellschaften steuerlich abzugsfähige Betriebskosten darstellen. Zudem sollte die «Master Company» selbst möglichst günstig besteuert werden. Typische Standorte für «Master Companies» sind Luxemburg, Irland, Niederlande sowie die Schweiz<sup>132</sup>.

b) Kreditaufnahmen: Vermeidung der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer  
Anleihen, die von schweizerischen Gesellschaften emittiert werden, unterliegen grundsätzlich der Emissionsabgabe und auf den Zinsen ist die Verrechnungssteuer zu entrichten<sup>133</sup>. Eine steuerbare Anleiheobligation liegt bereits vor, wenn der inländische Schuldner bei mehr als 10 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen Geld zu identischen Bedingungen aufnimmt<sup>134</sup>. Eine Kassenobligation im steuerrechtlichen Sinne wird angenommen, wenn ein inländischer Schuldner (Nichtbank) bei mehr als 20 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen fortlaufend Geld zu variablen Bedingungen aufnimmt<sup>135</sup>. Banken im Sinne der Bankengesetzgebung werden bei beiden Obligationenarten nicht mitgezählt.

Wenn es zu einer Besteuerung kommt, so stellt diese für die schweizerischen Gesellschaften auf dem Kapitalmarkt einen gewichtigen Nachteil dar. Aus diesem Grunde werden Anleihen oft über Konzernfinanz- bzw. Treasury Gesellschaften emittiert. Diese Gesellschaften sind typischerweise Offshore-Gesellschaften. Sie nehmen dabei Kapital auf in- und ausländischen Kapitalmärkten auf und geben es zur Finanzierung an

<sup>126</sup> Scheller, Fiskalvertretung und mehrwertsteuerliche Registrierung in der EU, ST, Nr. 4/03, S. 315 ff.

<sup>127</sup> Die Voraussetzungen für die Anwendung des Dreiecksverfahrens lässt mindestens aus Schweizer Sicht das Verfahren nicht unbedingt als Vereinfachung erscheinen. Vgl. Scheller, S. 320.

<sup>128</sup> Vgl. Scheller, S. 322.

<sup>129</sup> S. dazu auch: Regnery/Scherer, Internationale Konzernfinanzierung – § 8a Abs. 1 Satz 2 KStG, IStR, Nr. 11/94, S. 528 ff.

<sup>130</sup> Art. 28 Abs. 2 StHG.

<sup>131</sup> Waldens, Grenzüberschreitendes Cash Pooling im Spannungsfeld sich ändernder Rahmenbedingungen – Eine ertragssteuerliche Analyse, IStR 14/ 2003, S. 497.

<sup>132</sup> Waldens, S. 503.

<sup>133</sup> Art. 5a und 9a StG, Stand 26. November 2002; bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG, Stand 24. April 2001 in Verbindung mit Art. 14 und Art. 15 der Vollziehungsverordnung zum VStG.

<sup>134</sup> Merkblatt S-02.122.1 der EStV vom April 1999 betreffend Obligationen, Ziff. 3. a.

<sup>135</sup> Merkblatt S-02.122.1, Ziff. 3. b.

andere Konzerngesellschaften weiter. Finanzgesellschaften leben dabei zur Hauptsache von der Marge (Spread) zwischen dem Zins für aufgenommenes und dem Zins für weitergeleitetes Kapital<sup>136</sup>. Die Konzernmuttergesellschaft und evtl. auch andere Konzerngesellschaften geben in den entsprechenden «Credit Facility Agreements» typischerweise Garantien zu Handen der Darlehensgeber ab. Wenn die schweizerische Muttergesellschaft für eine Anleihe ihrer ausländischen Tochtergesellschaft eine Garantie abgibt, so kann die Emission ohne Emissionsabgabe und ohne Verrechnungssteuer erfolgen, wenn die aufgenommenen Mittel im Ausland verwendet werden, also nicht direkt oder indirekt an die schweizerische Muttergesellschaft zurückfliessen<sup>137</sup>.

Falls aber die Mittel in der Schweiz verwendet werden sollen, weil sie hier benötigt werden, so werden in der Praxis sogenannte strukturierte Finanzierungen in Betracht gezogen. Neben den steuerlichen Vorteilen, die hier vorab interessieren, bieten strukturierte Finanzierungen aber auch eine Reihe von andern Vorteilen, wie z.B. die Aussonderung von risikobehafteten Aktiven<sup>138</sup> oder die Möglichkeit der Bilanzentlastung<sup>139</sup>. Dabei gibt es verschiedene Modelle, die aber grundsätzlich alle das gleiche bezwecken, nämlich:

- (1) Kollektive Mittelaufnahme auf dem Kapitalmarkt;
- (2) Verwendung der Mittel für die Finanzierung in der Schweiz;
- (3) keine Emissionsabgabe, keine Verrechnungssteuer.

In der Praxis werden zwei Grundmodelle unterschieden: das Darlehensmodell und das Modell «Asset securitization»<sup>140</sup>. Beim Darlehensmodell nimmt die Mittel benötigende Gesellschaft, Originator genannt, bei einer Ein Zweckgesellschaft (Special purpose vehicle «SPV») ein Darlehen auf. Das SPV refinanziert sich dann,

indem sie am Kapitalmarkt eine Anleihe begibt. Bei der «Asset Securitization» nimmt der Originator die Mittel dadurch auf, dass er gewisse Aktiven, z.B. Debitoren, an ein SPV veräussert, welches sich am Kapitalmarkt refinanziert.

Der Originator hat in beiden Fällen den Vorteil, nicht selbst Emittent zu sein und unterliegt daher grundsätzlich nicht der Emissionsabgabe bzw. Verrechnungssteuer. Allerdings setzt die EStV gewisse Grenzen. Massgebendes Kriterium stellt für die EStV die Qualität des Emittenten dar, der zwischen die Investoren und den Originator tritt<sup>141</sup>. Keine Steuerumgehung liegt vor, wenn der Emittent ein echter Dritter ist, wie z.B. eine Bank oder ein sogenanntes Conduit, d.h. eine ausländisches SPV, das eine Mehrzahl von Originatoren und nicht nur einer einzigen Gesellschaft zur Verfügung steht<sup>142</sup>.

Beim «Asset securitization» Modell wird für eine Anerkennung der Struktur vorausgesetzt, dass die Aktiven tatsächlich und endgültig auf den Emittenten übergehen, der Emittent also auch die mit den Aktiven verbundenen Risiken trägt<sup>143</sup>.

#### 4.5.2.3 «Converter»-Funktion

Im Rahmen einer steuerlich optimalen Strukturierung konzerninterner Finanzungsverhältnisse kann sich die Errichtung der Finanzgesellschaft in einer Steueroase aufdrängen. Eine solche Finanzgesellschaft dient als «Converter», d.h. die von anderen Konzerngesellschaften dieser Finanzgesellschaft entrichteten Zinsen werden durch die Ausschüttung an die Konzernobergesellschaft in Dividendenerträge umgewandelt, was – bei entsprechender rechtlicher Ausgestaltung – bei der Obergesellschaft aufgrund des Holdingprivileges und der Möglichkeit des Beteiligungsabzugs zur Steuerbefreiung führt.

Die Domizilierung der Finanzgesellschaft in einem Offshore-Land setzt jedoch aus steuerlicher

Sicht<sup>144</sup> auch gewisse Schranken und erfordert u. U. zusätzliche planerische Massnahmen zur Erzielung einer möglichst weitgehenden Steuerersparnis:

So können Offshore-Gesellschaften keine DBAs beanspruchen, mit der Folge, dass keine Entlastung von Quellensteuern auf Zinserträgen möglich ist, welche aus Ländern stammen, die Zinsen einer solchen Besteuerung unterwerfen<sup>145</sup>. Um Konzerngesellschaften in solchen Ländern über eine Finanzgesellschaft zu finanzieren, wird demzufolge eine zusätzliche Struktur benötigt. Die Offshore-Gesellschaft wird dabei von der Holdinggesellschaft mit viel Eigenkapital ausgestattet. Die Finanzgesellschaft gewährt Konzerngesellschaften Darlehen und erhält von ihnen aus Staaten, welche keine Quellensteuern auf Zinsen erheben, Zinserträge.

In Bezug auf Länder, die eine Quellensteuer auf Zinsen erheben, kann z.B. eine niederländische Finanzgesellschaft in der Weise einbezogen werden, dass die Offshore-Gesellschaft der niederländischen Gesellschaft ein Darlehen gewährt. Die NL-Finanzgesellschaft leiht diese Mittel ihrerseits weiter an Konzerngesellschaften in Ländern mit Quellensteuern auf Zinsen. Bei der Vereinnahmung der Zinsen kann die NL-Finanzgesellschaft das gut ausgebaute holländische DBA-Netz und somit weitgehende Entlastung von diesen Quellensteuern beanspruchen. Da die Niederlande selbst keine Quellensteuern auf Zinsen beanspruchen, können diese als Entgelt für das von der Offshore-Gesellschaft gewährte Darlehen steuerfrei in das Offshore-Land transferiert werden. Beide Finanzgesellschaften wandeln ihre erhaltenen Zinsen in steuerbefreite Dividendenausschüttungen an ihre Holdinggesellschaft um.

Da solche Leistungsentgelte stets aufbauunabhängig, mithin also rechtsgeschäftlicher Natur sind, ist aus steuerlicher Sicht der Grundsatz «dealing at arm's length» zu beachten<sup>146</sup>. Ansonsten greifen entsprechende Abwehrmassnah-

<sup>136</sup> Vgl. *Becker*, Die Finanzierung von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen, in: *IWB*, Nr. 10 vom 25. Mai 1988, Fach 3, Gruppe I, S. 1176.

<sup>137</sup> Zirkular Nr. 6746 der Schweizerischen Bankiervereinigung an die Mitgliedbanken vom 29. Juni 1993 betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft.

<sup>138</sup> *Senn*, Steuerliche Aspekte bei der Verbriefung von Aktiven, *ASA* 69 Nr. 8 2001, S. 618.

<sup>139</sup> *Senn*, S. 620.

<sup>140</sup> Asset Securitization heisst Verbriefung von Aktiven. Vgl. zu den Grundmodellen *Jaussí*, Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer bei strukturierten Finanzierungen, Ein Überblick über die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung, *ST* 6-7/97, S. 572.

<sup>141</sup> *Jaussí*, S. 575/576.

<sup>142</sup> *Jaussí*, S. 577/578. Die Anerkennung als Conduit setzt voraus, dass der Originator weder tatsächlichen noch rechtlichen Einfluss auf das Conduit ausüben kann. Zwischen Finanzierung und Refinanzierung darf kein direkter Zusammenhang bestehen.

<sup>143</sup> Diesbezüglich wird von einem «true sale» gesprochen. *Jaussí*, S. 578.

<sup>144</sup> Zur Besteuerung von Offshore-Gesellschaften generell: *Neuhaas*, Besteuerung von Offshore-Gesellschaften, *SteuerRevue* 11/96, S. 505 ff. sowie *SteuerRevue* 12/96, S. 573 ff.

<sup>145</sup> Z.B. USA, Grossbritannien, Spanien, Italien, Japan, Brasilien, Irland, Neuseeland, Australien, Belgien, Singapur. Demgegenüber unterwerfen beispielsweise die Schweiz, Dänemark, Deutschland, Frankreich, die Niederlande, Norwegen oder Österreich die Zinsen keiner Quellenbesteuerung.

<sup>146</sup> Vgl. z.B. für Deutschland Verwaltungsgrundsätze, *Ziff.* 4.2.

men der Steuerbehörden<sup>147</sup>. Zudem sind die minimalen Substanzerfordernisse<sup>148</sup> zu beachten, welche aus steuerlicher Sicht für die Anerkennung von Offshore-Strukturen erforderlich sind. Es ist insbesondere sicherzustellen, dass die Offshore-Gesellschaft in der Schweiz für Steuerzwecke nicht als ansässige Person gilt<sup>149</sup> bzw. in der Schweiz keine beschränkte Steuerpflicht zufolge Betriebsstätte begründet.

#### 4.5.3 Absicherung konzernweiter Risiken mittels konzerneigener Versicherungsgesellschaft («Captive»)

Eine «Captive Insurance Company» oder einfach «Captive» ist eine konzerneigene Versicherungsgesellschaft, die von einem Konzern gegründet wird, um ausschliesslich die Risiken oder Teile der Risiken dieses Konzerns zu versichern. Wirtschaftlich betrachtet beteiligt sich der Konzern an seinen eigenen Risiken, indem die «Captive» Risiken der in- und ausländischen Konzerngesellschaften versichert<sup>150</sup>.

Voraussetzung für eine solche Tätigkeit ist die Ausgliederung der «Captive» in eine separate Gesellschaft. Diese Ausgliederung wird indes in aller Regel nur dann rechtlich anerkannt, wenn die Kriterien der Versicherung erfüllt sind. Mit anderen Worten muss erstens eine versicherungstechnisch hinreichend grosse Gefahrengemeinschaft vorliegen, zweitens hat die Captive Versicherungsgeschäfte zu betreiben, und drittens muss die Tätigkeit auf Dauer und planmässig ausgerichtet sein<sup>151</sup>.

In steuerlicher Hinsicht kann die «Captive» insofern interessant sein, als sie entweder in einem Niedrigsteuerland, wie z.B. auf den Bahamas oder auf Bermuda, oder in einem Land mit normaler Besteuerung, aber besonders grosszügiger Zulassung von Rückstellungen (z.B. Luxemburg), ansässig ist. Dies hat – ähnlich wie bei der Konzernfinanzgesellschaft – die Folge, dass die Prämien bei der versicherten Gesellschaft

steuerlich absetzbar sind, währenddem die Prämien bei der Captive entweder steuerfrei vereinnahmt werden oder aber mit Rückstellungen kompensiert werden können<sup>152</sup>. Die «Captive» ihrerseits schüttet alsdann den Gewinn als Dividende an die Muttergesellschaft aus, wobei zur Vermeidung der konzerninternen Mehrfachbesteuerung in der Schweiz der Teilgebungsabzug bzw. das Holdingprivileg greifen. Aus Schweizer Sicht sind zur Vermeidung der Annahme einer Steuerumgehung die Rahmenbedingungen äusserst sorgfältig auszugestalten. So sollte die im Ausland ansässige Captive in der Schweiz weder über Betriebsstätten verfügen noch ihre tatsächliche Verwaltung haben<sup>153</sup>. Als massgebliche Aktivität gilt die Führung des operativen Geschäfts und nicht die Tätigkeit der obersten Organe, wenn sich deren Aufgabenbereich auf die Überwachung der eigentlichen Unternehmensleitung und das Fällen strategischer Grundsatzentscheidungen beschränkt. Grundsätzlich werden also vom Schweizer Fiskus Strukturen mit Offshore-Gesellschaften nach wie vor anerkannt, sofern keine Steuerumgehungstatbestände ausgemacht werden können<sup>154</sup>.

#### 4.5.4 Lizenzverwertungsgesellschaft

Das Zurverfügungstellen von Patenten oder anderen immateriellen Rechten führt zu einer Entschädigung in Form von Lizenzgebühren. Solche Lizenzträge fallen in vielen Konzernen in einer Verwertungsgesellschaft an, welche in der Regel direkt von der Konzernholdinggesellschaft oder einer Subholdinggesellschaft gehalten wird. Auf diese Weise können die Lizenzträge in Dividenden konvertiert werden und unter Anwendung des Teilgebungsabzuges oder mittels indirekter Steueranrechnung praktisch steuerfrei an die Holdinggesellschaft weitergeleitet werden.

Für die Verwertungsgesellschaft drängt sich aus steuerplanerischen Gründen ein Land auf, wel-

ches keine oder möglichst geringe Gewinnsteuern erhebt und dennoch über ein DBA-Netz mit denjenigen Ländern verfügt, in welchen die Lizenzen vergeben werden. Generell ist darauf zu achten, dass die Gesamtsteuerlast im Quellenstaat nicht zunimmt und den Steuervorteil des Niedrigsteuerlandes aufhebt<sup>155</sup>. Die Entgelte für die Lizenzen sind grundsätzlich bei den entsprechenden Gesellschaften als geschäftsmässig begründete Aufwendungen steuerlich absetzbar, sofern der (Patent-)Lizenzvertrag Bedingungen wie gegenüber unabhängigen Dritten vorsieht, also das Prinzip des «dealing at arm's length» eingehalten wird<sup>156</sup>. Die Höhe der Lizenzgebühr ist theoretisch anhand von Opportunitätsüber-

legungen zu bestimmen: Der Lizenzgeber ermittelt den Ertrag, den er aus der nächstbesten Alternative zur Lizenzproduktion erzielen könnte, während umgekehrt die lizenznehmende Konzerngesellschaft die Kosten für die nächstbeste Alternative zum Erwerb der Lizenz ermittelt. Dabei behelfen sich diverse Steuerverwaltungen mit sogenannten Branchensätzen (z.B. in Deutschland die «Lizenzkartei» oder in Brasilien die für jede Branche vorgegebene Bandbreite der Lizenzsätze). Dennoch wollen aus Opportunitätsüberlegungen die Steuerverwaltungen von diesen Bandbreiten auch abweichen und je nach Ergebnis die Höhe der Lizenzgebühr so anzusetzen versuchen, dass dem Lizenznehmer ein für ihn angemessener Betriebsgewinn verbleibt. In Deutschland behilft man sich etwa mit der sogenannten «Knoppe-Formel», welche im Regelfall eine Gewinnspanne

<sup>147</sup> Vgl. für die Schweiz z.B. Annahme der Betriebsstättenfiktion in Steuer Entscheid (nachfolgend «StE») 1986 A 24.22. Nr. 2, der Steuerumgehung (StE 1988 B 71.2. Nr. 1) oder der Nichtanerkennung von Aufwand (StE 1986 B 92.3. Nr. 1).

<sup>148</sup> Vgl. zu den Substanzanforderungen z.B. Matteotti, S. 211 f. Nach deutschem Recht stellen sich analoge Fragen wie in der Schweiz. Vgl. zum Zusammenwirken von § 42 AO (Gestaltungsmisbrauch) und Hinzurechnungsbesteuerung nach AStG: Niedrig, Substanzerfordernisse bei ausländischen Gesellschaften, IStR 14/2003, S. 474 ff.

<sup>149</sup> Art. 50 DBG, Art. 20 Abs. 1 StHG, Art. 9 Abs. 1 VStG.

<sup>150</sup> Vgl. *Würfele*, Steuerliche Aspekte einer Captive Insurance Company, in: IWB, Nr. 12 vom 26. Juni 1989, Fach 3. Gruppe I, S. 1241; *Gehriger*, Besteuerung von Captives und Steuerplanung mit Captives, SteuerRevue Nr. 10/2001, S. 643 (nachfolgend: *Gehriger*, «Captives»).

<sup>151</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Maurer*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Bern 1986, S. 37 ff.; *Gehriger*, Captives, S. 644 ff.

<sup>152</sup> Es muss nicht einmal eine eigene Gesellschaft sein, sondern oft bietet es sich als Alternative auch an, eine sogenannte «Rent-captive-insurance company» für dieselben Zwecke einzusetzen.

<sup>153</sup> Wo die Fäden der Geschäftsführung zusammenlaufen, also die wesentlichen Unternehmensentscheide fallen bzw. wo die normalerweise am Sitz sich abspielende Geschäftsführung besorgt wird bzw. dort wo die Gesellschaft ihren wirtschaftlichen und tatsächlichen Mittelpunkt hat bzw. wo ihre Handlungen ergriffen werden, welche in ihrer Gesamtheit der Erreichung des statutarischen Zwecks dienen.

<sup>154</sup> Ausführlich zu Gründungsvoraussetzungen in der Schweiz sowie zu «Captive» Konzepten im Rahmen der internationalen Steuerplanung, *Gehriger*, Captives, S. 647 ff. Zu den möglichen Angriffspunkten des Fiskus, ders., Captives, S. 656 ff.

<sup>155</sup> Vgl. *Landolf*, Zürcher Seminar vom 20.–24. Juni 1994 über Internationale Konzernsteuerplanung, Referat, S. 19.

<sup>156</sup> Vgl. *Bellstedt*, S. 138 ff.; vgl. auch Art. 12 OECD-MA und dessen Kommentierung in: Model Tax Convention on income and on capital, Report of the Committee on fiscal affairs, updated as of 1st September 1995, OECD 1992, C(12), S. 1 ff. sowie *Brezig/Krabbe/Lempenau/Mössner/Runge*, Aussensteuerrecht, Kommentar, Berlin 1991, S. 165 ff zu § 1 ASiG.

von 25%–33,3% des Gewinns des Lizenznehmers als angemessenen Gewinn annimmt. In den USA kann eine nachträgliche Anpassung der Höhe der Lizenzgebühr entsprechend dem vom Lizenznehmer tatsächlich erwirtschafteten Einkommen vorgenommen werden, was abzulehnen ist, weil eine für den angemessenen Gewinn an sich eine kalkulatorische Festlegung erfolgen sollte, welche nicht nachträglich korrigiert werden kann. In der Schweiz schliesslich könnte anhand der hierzulande entwickelten Formel  $\frac{1}{2} \times \text{Rohertag}/0.XX$  ( $XX =$  gültiger Zinssatz in %) der Verkehrswert ermittelt und daraus der angemessene Gewinn hergeleitet werden.

#### 4.5.5 Management- und Dienstleistungsgesellschaft

International tätige Konzerne verfügen oft über Gesellschaften, die konzerninterne Dienstleistungen, wie z.B. Buchhaltung, EDV-Leistungen, Marketing sowie diverse Beratungsdienstleistungen in den Bereichen Recht und Steuern erbringen. Die Zentralisierung solcher Dienstleistungen bei einer Gesellschaft kann einerseits zur konzernweiten Effizienzsteigerung bzw. Kosteneinsparung und andererseits zu einer steuerlichen Optimierung führen, indem die für solche Leistungen vereinnahmten Entgelte auf Stufe Betriebsgesellschaft grundsätzlich als geschäftsmässig begründeter Aufwand steuerlich abzugsfähig sein sollten.

Die Problematik solcher Konstruktionen liegt allerdings darin, dass aus Sicht des Steuerrechtes der leistungsempfangenden Länder genau zwischen verrechenbaren und nicht verrechenbaren Leistungen abgegrenzt werden muss. Dabei ist darauf zu achten, ob die Leistungen sowohl dem Grundsatz bzw. der Art nach als auch der Höhe nach verrechenbar und damit bei der zahlenden Gesellschaft als Betriebsaufwand absetzbar sind. Zudem müssen regelmässig Formvorschriften eingehalten werden. Mit anderen Wor-

ten gilt auch in diesem Bereiche strikt der Grundsatz des «dealing at arm's length».

Bei Nichteinhaltung der erwähnten Grundsätze kann unter Umständen eine leistungsempfangende Gesellschaft keinen oder nur einen eingeschränkten Abzug für Betriebsausgaben geltend machen. Dies führt dann zu einer Doppelbesteuerung auf Konzernstufe, indem zum einen die entsprechenden Dienstleistungsentgelte bei der operativen Gesellschaft nicht als geschäftsbegründeter Aufwand abzugsfähig sind und zum anderen bei der Managementgesellschaft als Ertrag versteuert werden müssen<sup>157</sup>. In der Praxis kommen solche Doppelbelastungen trotz Doppelbesteuerungsabkommen recht häufig vor, weshalb sich empfiehlt, die konzerninternen Dienstleistungsbeziehungen rechtlich sorgfältig in Dienstleistungsverträgen festzuhalten sowie die notwendigen Dokumentationen, die den Leistungen unterliegen, rechtzeitig zu erstellen<sup>158</sup>.

Für Schweizer Dienstleistungsgesellschaften gilt für Zwecke der direkten Steuer zur Gewinnermittlung ausnahmsweise anstelle des Gewinns der Aufwand bzw. Teile davon. Es gilt das Konzept von entweder 5% Gewinnzuschlag auf den Selbstkosten – also dem Aufwand inklusive Steueraufwand – oder 8,33% Zuschlag auf der Lohnsumme<sup>159</sup>.

## III Zusammenfassung der Ergebnisse

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass eine optimale internationale Steuerplanung zwei wesentliche Aspekte gleichermaßen zu berücksichtigen hat, nämlich einen statischen und einen dynamischen:

- Die Strukturelemente, d.h. die einzelnen Gesellschaften bzw. rechtlichen Einheiten

eines Konzerns, wie z.B. Holdinggesellschaften oder Produktionsgesellschaften (statischer Aspekt).

- Die Beziehungen zwischen diesen Strukturelementen, die entweder rechtsgeschäftlicher (z.B. Lieferbeziehungen, Darlehensverträge) oder gesellschaftsrechtlicher (z.B. Dividendenzahlungen, Kapitaleinlagen) Art sein können (dynamischer Aspekt).

Aus steuerlicher Sicht ist eine Feinabstimmung zwischen statischen und beweglichen Elementen gefordert. So spielen auf internationaler Ebene uni-, bi- und multilaterale Rechtsnormen bzw. Staatsverträge eine entscheidende Rolle für die Ausgestaltung sowohl der rechtlichen Leistungsträger als auch für die Leistungsbeziehungen zwischen den Konzerngesellschaften. Obwohl auch heute noch Gestaltungsfreiraum besteht und die Massnahmen zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung ständig verbessert wurden, sei es durch bilaterale (Doppelbesteuerungsabkommen) oder multilaterale Verträge (z.B. EU-Richtlinien), so sind doch in den einzelnen Ländern in seit der Erstfassung dieses Aufsatzes verstärktem Ausmass meist staatsvertraglich abgesicherte Missbrauchsbestimmungen erlassen bzw. Massnahmen zur Bekämpfung der internationalen Gewinnverla-

gerung ergriffen worden. Für die statischen Beziehungen innerhalb des Konzerns sind es die Missbrauchsgesetzgebungen und für die dynamischen Beziehungen die Verrechnungspreisvorschriften. Bevor Steuersparmassnahmen implementiert werden, sind daher unbedingt die einschlägigen Aussensteuerrechts- und Missbrauchsbestimmungen sorgfältig zu prüfen.

Im Weiteren sollte bei jeder Reorganisation immer vor Augen gehalten werden, dass eine geplante Struktur eines Tages aufgelöst oder umgestaltet werden muss, sei es, weil die Unternehmung verkauft, sei es, dass sie restrukturiert werden muss. Es ist daher erforderlich, in vorausschauender Art so zu planen, dass allfällige «wind-up»-Effekte bzw. Liquidationskosten im Zeitpunkt der Auflösung vermieden bzw. auf einem Minimum gehalten werden können. Kurzfristige Steuerminimierung kann sich mittel- bis langfristig u.U. sogar kontraproduktiv auswirken. Es geht also darum, sich bereits im Stadium der Steuerplanung mit der Frage der «Exit-Struktur» auseinanderzusetzen.

Sämtliche Beziehungen – statische und dynamische – sind immer unter dem Aspekt zu betrachten, dass Steuern in der Wahrnehmung von aussen zunehmend an Stellenwert gewinnen und daher die Steuern ein echter «Value-driver» für den «Free cash flow» und demnach für den langfristigen Unternehmenswert bzw. den Aktienkurs darstellt.

Unsere bereits im 1997 gemachte Feststellung, dass sich «die internationale Steuerplanung in ein komplexes *tax engineering* gewandelt» habe, welches eben nicht nur statische Gesellschaftsstrukturen, sondern darüber hinaus dynamische, transaktionsbezogene Beziehungen zwischen den Konzerngesellschaften in die steuerliche Gestaltung moderner Unternehmen mitzuberücksichtigen habe, gilt daher «eo magis» und noch verstärkt auch in den kommenden Jahren.

<sup>157</sup> Vgl. *Reich*, S. 621 ff.

<sup>158</sup> Vgl. diesbezüglich auch *Bellstedt*, S. 146 ff.

<sup>159</sup> Dieser Zuschlag müsste an sich nur auf dem Teil der Lohnsumme erhoben werden, für welchen im engeren Sinne Dienstleistungen an Konzerngesellschaften erbracht werden. Übt eine Dienstleistungsgesellschaft daneben noch andere Tätigkeiten etwa im Rahmen von Forschungsumlagen aus, welche über einen Kostenpool verrechnet werden, müssten diese entsprechenden Lohnaufwendungen aus der Bemessungsgrundlage für den Kostenaufschlag ausscheiden.

