

Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2024

Andreas Helbing / Marc Dietschi



Dr. iur., LL.M. Taxation (LSE), Advokat, dipl. Steuerexperte, ADB Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich



M.A. HSG, dipl. Steuerexperte, ADB Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich

Inhalt

1	Einleitung	355
2	Kein steuerbarer Kapitalgewinn bei Wiederbegebung eigener Aktien	355
3	Kostenbasis bei Anwendung der Kostenaufschlagsmethode (Partnerwerkbesteuerung)	359

1. Einleitung

Vorliegender Beitrag befasst sich mit ausgewählten Urteilen des Bundesgerichts, welche im ersten Halbjahr 2024 zur Gewinn- und Kapitalbesteuerung juristischer Personen ergangen sind. Für Urteile zum interkantonalen und internationalen Steuerrecht sowie für solche mit hauptsächlich steuerverfahrensrechtlichen Aspekten wird auf die separaten ASA-Rechtsprechungsübersichten verwiesen.

2. Kein steuerbarer Kapitalgewinn bei Wiederbegebung eigener Aktien

BGer 9C_135/2023 vom 6. Juni 2024 i.S. Eidgenössische Steuerverwaltung gegen A. AG betreffend direkte Bundessteuer 2015 (BGE 150 II 369 ff.).

a) Sachverhalt

Die börsenkotierte A. AG mit Sitz in Zürich hält die Anteile an der A. Gruppe, welche im Rückversicherungsgeschäft tätig ist. Die A. AG hatte zu Absicherungszwecken und für ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm eigene Aktien zurückgekauft. Diese eigenen Aktien wurden in der Bilanz nicht als Aktivum, sondern im Eigenkapital als Minusposten ausgewiesen. Im Geschäftsjahr 2015 gab die A. AG einen Teil dieser Aktien im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen an Mitarbeiter ab. Dabei entstand eine positive Nettodifferenz zwischen dem Zuteilungswert im Zeitpunkt der Allokation an die

Mitarbeiter und den Anschaffungskosten aus den früheren Rückkäufen in Höhe von Fr. 65'082'950. Diese positive Nettodifferenz wurde erfolgsneutral der übrigen gesetzlichen Kapitalreserve zugewiesen.

Das kantonale Steueramt erhöhte den steuerbaren Reingewinn betreffend die direkte Bundessteuer um die erwähnte erfolgsneutral verbuchte positive Nettodifferenz. Auf Ebene der Staats- und Gemeindesteuern erfolgte keine Korrektur, da die A. AG als Holdinggesellschaft damals von der Gewinnsteuer befreit war. Das kantonale Steueramt und die ESTV verwiesen auf die bis dato einschlägige Analyse des Vorstandes der Schweizerischen Steuerkonferenz (SSK), wonach Gewinne und Verluste bei der Veräusserung von eigenen Aktien ungeachtet der handelsrechtlichen Verbuchung gewinnsteuerwirksam zu behandeln seien. Es sei irrelevant, ob und wie die Wiederbegebung eigener Aktien handelsrechtlich erfasst werde, da bei erfolgsneutraler Verbuchung mit Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG eine Korrektornorm vorliege, welche erlaube, vom handelsrechtlichen Ausweis abzuweichen. Das gegen den die Veranlagung bestätigenden Einspracheentscheid angerufene Steuerrekursgericht schützte diese Beurteilung noch; das auf Beschwerde hin mit der Sache befasste Verwaltungsgericht jedoch nicht mehr.

Das Verwaltungsgericht Zürich verwies auf zwei neuere Entscheide des Bundesgerichts zum Rückkauf bzw. zur Wiederbegebung eigener Aktien bei der Kapitalsteuer¹ und bei der Mehrwertsteuer². Daraus ergebe sich, dass das Bundesgericht prinzipiell davon ausgehe, dass der Rückkauf eigener Aktien wirtschaftlich zu einer sofortigen Entreichung (und damit einer Teilliquidation) der Gesellschaft führe und dass eine spätere Wiederbegebung der Aktien als Finanzierungsvorgang zu betrachten sei.³ Über die Scharnierfunktion von Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG (Massgeblichkeitsprinzip) erheische die vom Bundesgericht für das gesamte Steuerrecht in den Vordergrund gerückte vorherrschende «finanz- und betriebswirtschaftliche Betrachtung», wonach es sich beim Rückkauf eigener Aktien um einen Kapitalherabsetzungsvorgang und bei der Wiederveräusserung um einen Finanzierungsvorgang handle, auch für die Gewinnsteuer Wirkung.

Das Verwaltungsgericht schloss sich ferner der einhelligen Lehre an, wonach Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG mit Blick auf (ordentliche bzw. ausserordentliche) Kapitalgewinne lediglich deklaratorische Wirkung zukomme, die Bestimmung also insoweit lediglich die – bereits durch Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG vorgeschriebene – handelsrechtlich korrekte Verbuchung von Geschäftsvorgängen verlange. Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG könne in Fällen wie dem vorliegenden demnach nicht als Korrekturvorschrift herangezogen werden. Vielmehr sei in der Wiederbegebung der eigenen Kapitalanteile ein durch Art. 60 lit. a DBG

¹ BGer 2C_119/2018 vom 14. November 2019.

² BGer 2C_891/2020 vom 05. Oktober 2021.

³ VGer ZH SB.2022.00006 vom 11. Januar 2023, E. 4.3.2.

für steuerfrei erklärter Kapitaleinlagevorgang zu sehen.⁴ Das kantonale Steueramt habe deshalb den steuerbaren Reingewinn der A. AG zu Unrecht um die nicht erfolgswirksam verbuchte Differenz zwischen Anschaffungskosten und Zuteilungswert der für das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm verwendeten eigenen Aktien erhöht.

b) Bundesgerichtliche Erwägungen

Im Leiturteil vom 6. Juni 2024 bestätigt das Bundesgericht die Beurteilung der Vorinstanz. Mit Verweis auf das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Rechnungslegungsrecht sei es vertretbar, dass der Rückkauf eigener Aktien rechnungslegungstechnisch als Kapitalherabsetzungsvorgang betrachtet werde. Damit werde fingiert, dass der Rückkauf eigener Aktien zu einer sofortigen Entreicherung der Aktiengesellschaft und einer Reduktion des Haftungssubstrats führe, weil Aktienkapital nicht durch sich selber, sondern nur durch echte Aktiven gedeckt werden könne. Die zurückgekauften eigenen Kapitalanteile stellten in diesem Sinne *keine effektiven Vermögenswerte* dar (E. 3.2.3.). Da keine Vermögenswerte vorliegen würden, fehle es bei der Wiederbegebung eigener Kapitalanteile an einem «Ertrag». Für eine Anwendung der Korrektornorm von Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG sei es jedoch erforderlich, dass ein der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebener «Ertrag» vorliegen würde. Es könne deshalb nicht von einem «Kapitalgewinn» gesprochen werden (E. 5.3.).

Die ESTV machte schliesslich geltend, Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG sei im *systematischen Zusammenhang mit der Einkommenssteuer und der Verrechnungssteuer* zu lesen. Es käme zu ungewollten Besteuerungslücken bei einem Teil der Rückkäufe, wenn zurückgekaufte Aktien infolge Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Haltefristen einkommens- und verrechnungssteuerlich nicht abgerechnet würden und dann bei deren Wiederbegebung auch bei der Gewinnsteuer steuerfrei blieben. Dem hält das Bundesgericht entgegen, dass ein Besteuerungsaufschub bei der Einkommens- und Verrechnungssteuer nicht zu einer gewinnsteuerlichen Erfassung einer Wertdifferenz bei der Wiederbegebung eigener Aktien führen könne. Der steuersystematische Zusammenhang zwischen der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer bei einem Teil der Anteilsinhaber einerseits und der Gewinnsteuer bei der Kapitalgesellschaft andererseits erscheine als zu schwach, um Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG [bzw. Art. 4a Abs. 2 VStG] als Korrekturvorschrift für die Gewinnsteuer erscheinen zu lassen und das Massgeblichkeitsprinzip gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG zu durchbrechen. Soweit in einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm zuvor von der Gesellschaft zurückgekaufte eigene Aktien ausgegeben würden, sei darin ein *steuerfreier Kapitaleinlagevorgang* nach Art. 60 lit. a DBG zu sehen. Zusammengefasst habe die Vorinstanz zu Recht die handelsrechtlich nicht erfolgswirksam verbuch-

⁴ VGer ZH, a.a.O., E. 4.3.3. und 4.3.4.

te positive Differenz zwischen Anschaffungskosten und Zuteilungswert im steuerbaren Reingewinn nicht aufgerechnet (E. 5.6., 6. und 7.).

c) Kommentar

Mit der Revision des Rechnungslegungsrechts erfolgte ein Systemwechsel hin zum in der internationalen Rechnungslegung (IFRS, US-GAAP) gebräuchlichen Konzept, wonach der Rückkauf eigener Beteiligungsrechte wirtschaftlich einer Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Anteilsinhaber gleichzusetzen ist. Korrespondierend hierzu wird die Wiederbegebung eigener Aktien ähnlich behandelt wie eine Kapitalerhöhung. Nach der von der SSK zunächst vertretenen Ansicht handelte es sich bei dieser Gesetzesänderung im Rechnungslegungsrecht um eine blosser Anpassung der bilanziellen Darstellung, welche die bisherige steuerliche Praxis nicht tangierte. Auch die ESTV und ein Teil der Lehre sprachen sich für die Fortführung der bisherigen Praxis aus.

Mit Bezug auf die Kapitalsteuer kam das Bundesgericht allerdings bereits mit Leitentscheid vom 14. November 2019 zum Schluss, dass die bisherige steuerliche Praxis nicht fortgeführt werden kann. Auch bei der Mehrwertsteuer beurteilte das Bundesgericht den Erwerb eigener Aktien als Kapitalherabsetzungsvorgang und nicht als Erwerb eines Vermögenswertes. Es ist deshalb zu begrüessen, dass mit dem hier kommentierten Urteil vom 6. Juni 2024 die *Entscheidharmonie auf das Gewinnsteuerrecht ausgedehnt* wurde. Damit wird der Paradigmenwechsel in der Behandlung eigener Kapitalanteile im Rechnungslegungsrecht über die Scharnierwirkung des Massgeblichkeitsprinzips (Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG) auch im Gewinnsteuerrecht vollzogen.

Es besteht im Gewinnsteuerrecht weder eine Rechtsgrundlage noch ein systematischer Grund, um die erfolgsneutrale Verbuchung der Wertdifferenz bei der Wiederausgabe eigener Aktien steuerlich zu korrigieren. Erfolgsneutral verbuchte Zuflüsse aus der Wiederbegebung von eigenen Aktien bleiben damit unter dem revidierten Rechnungslegungsrecht gewinnsteuerneutral. Dies unabhängig davon, ob der Erwerb zu einer verrechnungssteuerlichen Abrechnung geführt hat oder nicht. Dieses Resultat berücksichtigt den vom Gesetzgeber getroffenen Entscheid im Rechnungslegungsrecht, wonach der Rückkauf eigener Aktien einer Kapitalherabsetzung bzw. deren Wiederbegebung einer Kapitalerhöhung gleichzustellen sind. Die Verbuchungsweise bringt die *«wirtschaftliche Realität»* der Vorgänge richtig zum Ausdruck. Schliesslich schafft das Resultat Wertungskongruenz innerhalb der betroffenen Rechtsbereiche wie insbesondere dem Rechnungslegungs-, Kapitalsteuer- und Mehrwertsteuerrecht. Die bestehende Sonderregelung bei der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer kann dabei unverändert fortgeführt werden.

Aus dem Leiturteil des Bundesgerichts ergeben sich weitere Konsequenzen, welche die ESTV teilweise in einer Praxismitteilung⁵ erläutert hat und hier nur kursorisch erwähnt werden können:⁶ Wird ein Mehr- oder Mindererlös aus der Wiederbegebung eigener Beteiligungsrechte handelsrechtlich *erfolgswirksam* verbucht, sind die betreffenden Wertdifferenzen gewinnsteuerlich zu korrigieren. Ein realisierter Mehrerlös ist als gewinnsteuerunwirksame Kapitaleinlage aus dem steuerbaren Reingewinn auszuklammern (Art. 60 lit. a DBG); ein erfolgswirksam verbuchter Mindererlös ist gemäss ESTV im Umkehrschluss aus derselben Bestimmung bzw. als geschäftsmässig nicht begründeter Aufwand (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG) dem steuerbaren Ergebnis hinzuzurechnen. Während der Haltedauer auftretende Wertdifferenzen auf eigenen Beteiligungsrechten sind sowohl handelsrechtlich als auch steuerlich unbeachtlich. Da der Rückkauf eigener Kapitalanteile bei der erwerbenden Gesellschaft als Teilliquidation anzusehen ist, bewirkt er bei der veräussernden Kapitalgesellschaft Beteiligungsertrag, welcher für den Beteiligungsabzug qualifiziert, sofern dessen übrige Voraussetzungen erfüllt sind. Werden die Beteiligungsrechte aus dem Geschäftsvermögen einer natürlichen Person als Anteilsinhaber veräussert, liegen Einkünfte aus Beteiligungen vor, welche für die Teilbesteuerung qualifizieren können, wenn deren übrige Voraussetzungen erfüllt sind.

3. Kostenbasis bei Anwendung der Kostenaufschlagsmethode (Partnerwerkbesteuerung)

BGer 9C_37/2023 vom 11. Juni 2024 i.S. Steuerverwaltung des Kantons Graubünden gegen A. AG betreffend Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Graubünden und direkte Bundessteuer 2009–2011.⁷

a) Sachverhalt

Die Kraftwerke A. AG wurde im Jahr 1952 gegründet und betreibt im Kanton Graubünden ein Wasserkraftwerk. Ihr Aktionariat setzt sich zusammen aus drei Elektrizitätsgesellschaften, den Konzessionsgemeinden und dem Kanton Graubünden (sog. Partner). Die Steuerpflichtige wird für Steuerzwecke als gemischtwirtschaftliches, im öffentlichen Interesse tätiges Unternehmen behandelt (Art. 58 Abs. 3 DBG). Der Partnervertrag zwischen der A. AG und dem Aktionariat regelt das rechtliche und betriebswirtschaftliche Verhältnis unter den Parteien. Die A. AG gibt die erzeugte Elektrizität vollständig an die Partner ab, und diese kommen für ihren jeweiligen Anteil an den sog. «Jahreskos-

⁵ Vgl. ESTV, Mitteilung 022-DVS-2024 vom 09. Dezember 2024.

⁶ Vgl. zu weiteren Konsequenzen des Urteils, etwa hinsichtlich des teilweise überholten Kreisschreibens ESTV Nr. 37A vom 04. Mai 2018, Abschnitt 3.1.1, vgl. ZITZER/LOSER, Veräusserung eigener Aktien. Steuer- und handelsrechtliche Überlegungen zum BGE vom 6. Juni 2024, StR 2024, 859 ff.; sowie OESTERHELT/OPEL, Rechtsprechung 2024/3, FStR 2024, 278 ff.

⁷ Urteil zur amtlichen Publikation vorgesehen.

ten» auf. Diese Jahreskosten beinhalten die Kosten des Geschäftsjahres zuzüglich eines Dividendenaufschlags von 5.0% des einbezahlten Aktienkapitals (sog. «Dividendenmodell»⁸).

Die A. AG wurde bis und mit Steuerperiode 2008 nach Massgabe des Dividendenmodells veranlagt. Hinsichtlich der Veranlagung der Steuerperioden 2009 bis 2011 entstand ein Rechtsstreit, welcher sich in erster Linie um die Ermittlung der Kostenbasis drehte und in einem ersten Rechtsgang bis vor Bundesgericht führte. Darüber, dass die Kostenaufschlagsmethode zu verwenden sei, waren sich die Parteien einig. Nach längeren Schriftenwechseln und einer vorübergehenden Sistierung des Verfahrens, die dazu diente, das Urteil des Bundesgerichts in den Verfahren 2C_495/2017/2C_512/2017⁹ abzuwarten, hiess das kantonale Verwaltungsgericht die von der Steuerpflichtigen erhobene Beschwerde teilweise gut. Die Kostenbasis habe sich aus den verbuchten Vollkosten (ohne ausserordentliche Elemente und ohne Steuern) und den kalkulatorischen Eigenkapitalzinsen zusammzusetzen, welche in analoger Anwendung der VAEFJP¹⁰ zu ermitteln seien. Abschliessend sei ein Kostenaufschlag von 10.0% vorzunehmen.

Daraufhin erhoben sowohl die Veranlagungsbehörde als auch die Steuerpflichtige beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, wobei auf beide Beschwerden nicht eingetreten wurde. Dies mit der Begründung, dass der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts zu viele Fragen offenlasse, als dass er als anfechtbarer Endentscheid gelten könnte.¹¹ Die Veranlagungsbehörde hatte deshalb neue Einspracheentscheide zu erlassen, welche im Rahmen eines zweiten Rechtsgangs wiederum bis vor Bundesgericht angefochten wurden.

Auch im zweiten Rechtsgang blieb das kantonale Verwaltungsgericht bei seinem Standpunkt, dass die Eigenkapitalkosten in analoger Anwendung der VAEFJP festzulegen seien und dass ausserordentliche Erträge und Aufwände sowie die Steuern nicht in die Kostenbasis einzubeziehen seien. Als Kostenaufschlag erscheine weiterhin ein Satz von 10.0% als angemessen. In Anwendung dieser Grundsätze ergaben sich nach Auffassung des Verwaltungsgerichts keine verdeckten Gewinnausschüttungen.

⁸ Die Kosten des Geschäftsjahres umfassen gemäss Partnervertrag u.a. die Kosten für Verwaltung, Betrieb, Unterhalt, Steuern, Verzinsung der fremden Mittel sowie Rückstellungen und Abschreibungen.

⁹ Urteil 2C_495/2017/2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 in Sachen A. AG gegen Steuerverwaltung des Kantons Wallis, kommentiert in: GRETER/DIETSCHI, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2019, ASA 88 (2019/2020), 459 ff., 466 ff.

¹⁰ Verordnung des Bundesrats über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen vom 13. November 2019 (SR 642.142.2; VAEFJP).

¹¹ Urteil 2C_1014/2021/2C_1021/2021 vom 6. Januar 2022.

Dem widersprach die Veranlagungsbehörde namentlich dahingehend, dass zur Ermittlung der Eigenkapitalkosten nicht bloss das Sicherheitseigenkapital, sondern das gesamte durchschnittliche handelsrechtlich ausgewiesene Eigenkapital heranzuziehen, und dass ein kalkulatorischer Zinssatz von 5,0% zu verwenden und nicht auf die (tiefere) Rendite von Bundesobligationen abzustellen sei. Aufgrund der Kalkulation der Veranlagungsbehörde ergaben sich in den betroffenen Steuerperioden verdeckte Gewinnausschüttungen. Auf entsprechende Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten der Veranlagungsbehörde hin hatte sich nunmehr das Bundesgericht auch in materieller Hinsicht mit der Rechtssache auseinanderzusetzen.

b) Bundesgerichtliche Erwägungen

Die vom Bundesgericht zu beurteilende Frage lautet dahingehend, ob die A. AG ihre Leistungen an die Partner nach dem Drittvergleichsgrundsatz fakturierte oder ob verdeckte Gewinnausschüttungen vorlagen. Unbestritten ist, dass die Kraftwerke A. AG Leistungen an ihre Partner erbrachte und ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen im Sinne von Art. 58 Abs. 3 DBG vorliegt. Entsprechend erläutert das Bundesgericht einleitend seine ständige Rechtsprechung zu den verdeckten Gewinnausschüttungen (E. 2.1. ff.) sowie die Besteuerungsgrundsätze für gemischtwirtschaftliche Unternehmen (E. 2.3.1. ff.).¹²

Das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung ist bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen anhand von Art. 58 Abs. 3 DBG zu untersuchen, welcher mit der Preisvergleichsmethode, der Kostenaufschlagsmethode und der Wiederverkaufspreismethode drei (abschliessend aufgezählte) Methoden, die sog. geschäftsfallbezogenen Standardmethoden, vorgibt (E. 2.3.3.). Die Kostenaufschlagsmethode steht nach Praxis und Doktrin im Vordergrund, und die Eignung der Methode im vorliegenden Fall wird als unbestritten erachtet (E. 2.3.4.). Für die weitere Auslegung von Art. 58 Abs. 3 DBG entscheidend ist die Feststellung des Bundesgerichts, dass es sich um eine Norm des rein unilateralen Rechts handle, welche nicht auf internationale Sachverhalte angelegt sei. Deshalb sei eine Auslegung im Lichte von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA und der darauf beruhenden OECD Transfer Pricing Guidelines nicht geboten (E. 2.3.6.). Dies erlaubt dem Bundesgericht in der Folge, den unbestimmten Rechtsbegriff der «Gestehungskosten» in Art. 58 Abs. 3 DBG mit unbeschränkter, von den Auffassungen der OECD unberührter Kognition auszulegen.

Im Urteil 2C_495/2017/2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 war das Bundesgericht noch zum Schluss gekommen, dass *sämtliche Betriebskosten* – jedoch nicht die Steuern – in die Kostenbasis einzubeziehen seien. Im vorliegenden Urteil jedoch kommt das Bundesgericht nach einer umfassenden Analyse der bisherigen Praxis und Doktrin zum gegen-

¹² Vgl. auch GRETER/DIETSCHI, a.a.O., ASA 88 (2019/2020), 459 ff., 466 ff.

teiligen Ergebnis, dass die *Steuern Teil der «Gestehungskosten»* nach Art. 58 Abs. 3 DBG darstellen. Ein grundlegender Unterschied zu anderen Aufwänden oder Kosten – etwa den Fremdkapitalzinsen – sei nicht ersichtlich. Folgerichtig gehe auch aus dem Partnervertrag hervor, dass auch die Steuern als Bestandteil der «Jahreskosten zulasten der Partner» gelten würden. Solle der gesamte Aufwand von den Partnern gedeckt werden, habe dies auch die Steuern zu umfassen. Mit der Formulierung von Art. 58 Abs. 3 DBG, welche die «Selbstkosten» oder die «Vollkosten» ins Zentrum stelle, habe der Gesetzgeber angezeigt, dass sämtliche Positionen in die Kostenbasis einfließen sollen, die im Zusammenhang mit der Erzeugung der Elektrizität stünden, also auch die Steuern (E. 3.4.4.). Entsprechend ergebe die Auslegung, dass die verbuchten und abgegrenzten Steuern in die Kostenbasis einzubeziehen seien (E. 3.4.5.). Gleichzeitig hält das Bundesgericht aber auch fest, dass betriebsfremder und ausserordentlicher Aufwand keinen Eingang in die Kostenbasis fänden (E. 3.4.6.).

Hinsichtlich des Einbezugs der *Kapitalkosten* in die Kostenbasis folgt das Bundesgericht der Veranlagungsbehörde, welche einerseits das gesamte (durchschnittliche) Eigenkapital berücksichtigte und andererseits einen Eigenkapitalzins von 5.0% anwendete (E. 3.5.12.). Der Einbezug eines (kalkulatorischen) Eigenkapitalzinses in die Kostenbasis ergebe sich aus dem Gebot der Finanzierungsneutralität und aus dem Begriff der «Gestehungskosten» von Art. 58 Abs. 3 DBG, welcher nach einer breiten Kostenbasis verlange (E. 3.5.3. und 3.5.7.). Die vorinstanzliche Position, nach welcher die Eigenkapitalverzinsung gestützt auf die VAEFJP zu ermitteln gewesen wäre, wird damit verworfen. Die Einschränkung auf das Sicherheitseigenkapital und die Bemessung des Zinssatzes nach der Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen sei nicht angebracht. Vielmehr erscheine der von der Veranlagungsbehörde angewendete Zinssatz von 5.0% als bundesrechtlich vertretbar, da er über längere Frist zu einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals führe (E. 3.5.11.).

Was die *Höhe des Gewinnaufschlags* angeht, hielten die Veranlagungsbehörde und die Vorinstanz dafür, diesen auf 10.0% zu bemessen. Demgegenüber hält das Bundesgericht mit Blick auf die «breite» Kostenbasis und den «Dividendenaufschlag» von 5.0% im Partnervertrag fest, dass ein «mittlerer einstelliger Prozentsatz» im Vordergrund stünde. Es bemisst den Gewinnaufschlag schliesslich auf 5.0% (E. 3.6.). Im Urteil 2C_495/2017/2C_512/2017 vom 27. Mai 2019 konnte das Bundesgericht die Frage noch offen lassen, wie hoch ein fremdvergleichskonformer Gewinnaufschlag sei, da das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung in jenem Fall offenkundig verneint werden konnte. Das Partnerwerk in jenem Verfahren hatte jedoch ebenfalls einen Gewinnaufschlag von 5.0% angewendet.¹³

¹³ Vgl. auch GRETER/DIETSCHI, a.a.O., ASA 88 (2019/2020), 459 ff., 466 ff.

Zum Standpunkt der Steuerpflichtigen, wonach unter dem Aspekt des hypothetischen Fremdvergleichspreises nicht nach einem bestimmten Wert, sondern ausnahmslos nach einer «Bandbreite» zu suchen sei, erläutert das Bundesgericht das Folgende: Zwar überzeuge dies in dieser Absolutheit nicht. Allerdings könne von einer «Erkennbarkeit» der verdeckten Gewinnausschüttung für die Organe nur, aber immerhin ausgegangen werden, wenn die Abweichung zwischen dem hypothetischen Fremdvergleichspreis und dem tatsächlich entrichteten Preis ein gewisses Ausmass erreiche. Nicht jede noch so geringfügige Differenz sei «erkennbar» und beruhe auf einer missbräuchlichen Betätigung des kaufmännischen Ermessens, welche steuerrechtlich nicht hinzunehmen sei. In der Literatur werde die «Erkennbarkeit» teils unter dem Aspekt des «offensichtlichen Missverhältnisses» abgehandelt, wobei ein solches «aus Gründen der Rechtssicherheit» nur vorliegen solle, wenn die Abweichung «mindestens 25 Prozent (vom Verkehrswert)» ausmache. Nur insofern sei der Begriff der «Bandbreite» berechtigt, welchen die Steuerpflichtige verwende (E. 3.7.).

In der Folge entscheidet das Bundesgericht jedoch nicht reformatorisch selbst, sondern hebt den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Festlegung der Steuerfaktoren im Lichte der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Zwecks Verdeutlichung der Erwägungen liefert das Bundesgericht jedoch eine Berechnung mit, welche «rein informatorischen Charakter» beansprucht. Daraus geht hervor, dass die Differenz zwischen dem nach den bundesgerichtlichen Erwägungen ermittelten hypothetischen Fremdvergleichspreis und den tatsächlich verrechneten «Jahreskosten zulasten der Partner» in relativen Zahlen 5.47% (2009), 7.63% (2010) und 3.01% (2011) beträgt. Vor dem Hintergrund der «Erkennbarkeit», so das Bundesgericht weiter, liesse sich in diesem Berechnungsmodell von keiner geldwerten Leistung sprechen (Art. 58 Abs. 1 lit. b Lemma 5 i.V.m. Abs. 3 DBG). Die Unterdeckung hätte steuerrechtlich unbeachtlich zu bleiben. Ob die in der Literatur vertretene Abweichung von «mindestens 25 Prozent» überzeuge, müsse hier nicht entschieden werden. Verhielte es sich bei näherer Prüfung der individuell-konkreten Verhältnisse, welche die Vorinstanz vorzunehmen haben werde, tatsächlich so, wie die informatorische Berechnung erwarten lasse, wäre die Beschwerde der Steuerpflichtigen gutzuheissen (E. 4.2.).

Zusammenfassend heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut und weist die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück. Damit wird die Vorinstanz zu klären haben, ob nach den nun vom Bundesgericht festgesetzten Eckwerten noch eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt oder nicht.

c) Kommentar

Das vorliegende Urteil hat ein gewisses Mass an Verunsicherung ausgelöst, was den *Einbezug der verbuchten und abgegrenzten Steuern in die Kostenbasis* bei der Anwendung

der Kostenaufschlagsmethode angeht. In der Bundesverwaltungspraxis¹⁴ und in der Literatur¹⁵ wird seit geraumer Zeit verbreitet die Auffassung vertreten, dass die Steuern bei Anwendung der Kostenaufschlagsmethode von der Kostenbasis auszuklammern seien. Allerdings ist auch festzustellen, dass kantonale Steuerbehörden allenthalben darauf bestanden haben, dass sämtliche Kosten eines Unternehmens, also einschliesslich des Steueraufwands, in die Kostenbasis einbezogen werden. Es wurde teilweise auch auf eine entsprechende «schweizerische Praxis» verwiesen.¹⁶ In E. 3.4.5. des Urteils hält das Bundesgericht fest, dass diese bislang eher unklare «schweizerische Praxis» zu bestätigen sei. Diese bundesgerichtliche Erwägung muss jedoch einschränkend im Sinne der streitgegenständlichen Auslegung von Art. 58 Abs. 3 DBG verstanden werden und will nach der hier vertretenen Auffassung keine darüber hinausgehende Geltung beanspruchen.

Deshalb ist es sehr zu begrüessen, dass die ESTV in Ergänzung zu ihren Q&A Verrechnungspreise eine *Stellungnahme zum Urteil 9C_37/2023* publiziert hat.¹⁷ Darin wird festgehalten, dass in internationalen Sachverhalten der Steueraufwand nicht in die Kostenbasis einzubeziehen sei und dass das Urteil zu keiner Praxisänderung der ESTV führe. Der Hintergrund sei derjenige, dass es sich bei Art. 58 Abs. 3 DBG um eine Norm des rein unilateralen Rechts handle, die nicht im Einklang mit den OECD Transfer Pricing Guidelines¹⁸ stehe und nicht auf internationale Sachverhalte ausgerichtet sei. In Präzisierung dieser Stellungnahme ist nach Auffassung der Autoren zu ergänzen, dass das Urteil – was den Einbezug des Steueraufwands in die Kostenbasis betrifft – nicht bloss auf internationale, sondern auch auf unilaterale (interkantonale oder innerkantonale) Sachverhalte keine präjudizielle Wirkung entfaltet, soweit solche Sachverhalte nicht im Anwendungsbereich von Art. 58 Abs. 3 DBG liegen. Es darf angenommen werden, dass dies auch der Auffassung der ESTV entspricht, wird in der Stellungnahme doch erwähnt,

¹⁴ Vgl. dazu ESTV, Q&A Verrechnungspreise, <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/internationales-steuerrecht/verrechnungspreise.html#983537749> (zuletzt besucht am 05. Januar 2025).

¹⁵ Vgl. STOCKER/STUDER, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der Schweizerischen Praxis, ST 83/2009, 386 ff.; SCHERRER, Der Grundsatz des «dealing at arm's length» im interkantonalen Steuerrecht der Schweiz, Zürich 2023, N 530; vgl. auch RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4.A. Zürich 2021, § 64 N 148 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, 3.A. 2016, Art. 58 N 61.

¹⁶ Vgl. ZUCKSCHWERTD/MEUTER, Verrechnung von Konzerndienstleistungen, ZStP 2013, 95 ff. (Teil 2), 101 FN 17, mit Verweis auf die diesbezügliche «schweizerische Praxis»; vgl. die weitere in E. 3.4.2. des Urteils zitierte Literatur; vgl. auch HARBEKE/HUG/SCHERRER, Verrechnungspreisrecht der Schweiz, Zürich 2022, N 634, 728.

¹⁷ ESTV, Stellungnahme zum Urteil 9C_37/2023, <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/internationales-steuerrecht/verrechnungspreise/stellungnahme-urteil-9c-37-2023.html> (zuletzt besucht am 05. Januar 2025).

¹⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris 2022 (OECD Transfer Pricing Guidelines 2022).

dass die ESTV eine über den Anwendungsbereich von Art. 58 Abs. 3 DBG hinausgehende, präjudizielle Wirkung des Urteils ablehne.¹⁹

Ausserhalb von Art. 58 Abs. 3 DBG wird bei Anwendung der Kostenaufschlagsmethode infolgedessen unverändert auf die *operativen Kosten* abgestellt, und der Steueraufwand wird von der massgebenden Bemessungsgrundlage ausgeklammert.²⁰ Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus Vergleichbarkeitsüberlegungen, da die durch Datenbankanalysen identifizierten Gewinnaufschläge vergleichbarer Unternehmen typischerweise auf Basis der EBIT-Margen, d.h. ohne Finanzierungsaufwand und Steuern, ermittelt werden. Im Falle eines Einbezugs des Steueraufwandes in die Kostenbasis wäre die Vergleichbarkeit der durch Datenbankanalysen ermittelten Gewinnaufschläge unabhängiger Drittunternehmen nicht gewährleistet (resp. wären komplizierte Anpassungsrechnungen notwendig). Weiter stehen die nicht operativen Kosten nicht in einem direkten Zusammenhang mit der Wertschöpfung, weshalb ebenfalls vom Einbezug solcher Kosten abgesehen werden sollte. Aus denselben Gründen sollte ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 58 Abs. 3 DBG auch kein kalkulatorischer Eigenkapitalzins in die Kostenbasis einbezogen werden. Das Finanzierungsergebnis ist vielmehr für die Bestimmung des Nettogewinnindikators (Net Profit Level Indicator) auszuklammern.²¹ Die Weiterbelastung sämtlicher Finanzierungskosten des Partnerwerks an die Partner ist im spezifischen, umfassenden Begriff der «Gestehungskosten» von Art. 58 Abs. 3 DBG begründet und sollte ebenfalls keine darüber hinausgehende Wirkung entfalten.

Hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 58 Abs. 3 DBG zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA bestätigt das Urteil die bisherige Rechtsprechung. Insbesondere wird der rechtliche Charakter der OECD Transfer Pricing Guidelines als unverbindliche *Interpretationshilfe* bestätigt.²² Auch wird erneut einer *statischen Anwendung* der OECD Transfer Pricing Guidelines gegenüber einer dynamischen der Vorzug gegeben. Mit anderen Worten sind die in den OECD Transfer Pricing Guidelines niederlegten Grundsätze, wie sie im Zeitpunkt der Sachverhaltsverwirklichung *in den streitbetroffenen Steuerperioden (statisch)* bestanden,

¹⁹ Vgl. ESTV, Stellungnahme zum Urteil 9C_37/2023, a.a.O., letzter Abschnitt.

²⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2022, Ziff. 2.86; ESTV, Q&A Verrechnungspreise, Frage 5; Zürcher Steuerbuch Nr. 64.5 (Praxishinweis vom 11. März 2024).

²¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2022, Ziff. 2.86.

²² Zum Rechtscharakter der OECD Transfer Pricing Guidelines als für das Bundesgericht nicht verbindliche Interpretationshilfe vgl. bereits BGE 143 II 185 ff. E. 4.1. m.w.Hw.

hilfsweise bei der Auslegung heranzuziehen.²³ Eine rückwirkende, dynamische Anwendung neuerer Fassungen der Guidelines auf bereits vergangene Sachverhalte wird auch von der Literatur abgelehnt, vorausgesetzt es handelt sich bei der neueren Fassung nicht bloss um eine Präzisierung einer bereits bestehenden Praxis.²⁴

Bei der Ermittlung der *Höhe eines drittvergleichskonformen Gewinnaufschlags* orientiert sich das Bundesgericht letztlich an dem im Partnervertrag festgelegten «Dividendenaufschlag» von 5,0%, hält jedoch auch fest, dass keine repräsentativen Vergleichszahlen vorliegen. Angesichts der breiten Kostenbasis (inkl. Kapitalkosten und Steuern) scheint die Anwendung eines relativ «geringen» (d.h. 5,0%) Gewinnaufschlags auch nach Auffassung der Autoren nachvollziehbar. Im Ergebnis wird damit derselbe Gewinnaufschlag verwendet, welcher im Rahmen der Safe-Harbour-Regelung der OECD für Dienstleistungen mit geringer Wertschöpfung (Low Value Adding Services) ohne Einholung einer Benchmarking-Studie angewendet werden kann.²⁵ Dies steht überdies im Einklang mit den Arbeiten des EU Joint Transfer Pricing Forums, welches einen Gewinnaufschlag zwischen 3% und 10% für Low Value Adding Services vorsieht.²⁶

Bemerkenswert sind schliesslich die Erwägungen des Bundesgerichts zum Standpunkt der Steuerpflichtigen, wonach unter dem Aspekt des hypothetischen Fremdvergleichspreises nicht nach einem bestimmten Wert, sondern ausnahmslos nach einer «*Bandbreite*» zu suchen sei.²⁷ Das Bundesgericht beurteilt diesen Standpunkt unter dem Kriterium der *Erkennbarkeit des Missverhältnisses* zwischen Leistung und Gegenleistung. Damit erhält dieses subjektive Element des Tatbestands der verdeckten Gewinnausschüttung ein neues Gewicht. Die bundesgerichtliche Praxis zum Kriterium der Erkennbarkeit war in der Vergangenheit uneinheitlich.²⁸ In der jüngeren Rechtsprechung war die Tendenz festzustellen, das subjektive Begriffsmerkmal der Erkennbarkeit aufgrund objektiver Kriterien

²³ Vgl. dazu: GRETER/DIETSCHI, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2021, ASA 90 (2021/2022), 339 ff., 346; einschränkender im Sinne der Berücksichtigung der Fassung der OECD-Verlautbarungen im Zeitpunkt des Erlasses von Art. 58 Abs. 3 DBG durch den historischen Gesetzgeber, mit Verweis auf Urteil 2C_495/2017/2C_512/2017 vom 27. Mai 2019, E. 11.1., OESTERHELT/OPEL, Rechtsprechung 2024/4, FStR 2024, 402 ff., 405.

²⁴ Vgl. HELBING/DIETSCHI, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2023, ASA 92 (2023/2024), 327 ff., 332 f.; vgl. auch HARBEKE/HUG/SCHERRER, a.a.O., N 493 m.w.Hw.

²⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2022, Ziff. 7.61; Steuerelementation ESTV, Verrechnungspreise vom 1. Januar 2024, Ziff. 5.3.

²⁶ EU JTPF 2010, RZ 63: «In cases where it is appropriate to use a mark up, this will normally be modest and experience shows that typically agreed mark ups fall within a range of 3–10%, often around 5%. However that statement is subject to the facts and circumstances that may support a different mark up.»

²⁷ Vgl. zur Bandbreitenmethodik HARBEKE/HUG/SCHERRER, a.a.O., N 685 ff., 708 ff.

²⁸ Vgl. die Übersicht in LOCHER/GIGER/PEDROLI, Kommentar zum DBG, 2.A., Art. 58 DBG N 113 f.

zu beurteilen und dessen Existenz regelmässig zu unterstellen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorlag. Das subjektive Kriterium wurde von der Praxis somit objektiviert.²⁹

Im vorliegenden Urteil wird auf den ersten Entscheid in dieser langen Rechtsprechungslinie Bezug genommen, wonach «das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen sein muss, so dass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen» (BGE 82 I 288, E. II.1). Ferner ist im vorliegenden Urteil davon die Rede, dass eine *missbräuchliche Betätigung des kaufmännischen Ermessens* vorliegen müsse, um die Erkennbarkeit als erfüllt zu betrachten, und es wird auf das in der Literatur erwähnte Kriterium der Abweichung von «mindestens 25 Prozent (vom Verkehrswert)» Bezug genommen. Auch wenn das Bundesgericht letztlich explizit offenlässt, ob dieses Wesentlichkeitskriterium überzeuge oder nicht, lässt es anhand seiner «informatorischen Berechnung» zuhanden der Vorinstanz keinen Zweifel daran aufkommen, dass es die gefundenen relativen Abweichungen von 5.47%, 7.63% und 3.01% als unwesentlich und damit als für die Gesellschaftsorgane nicht erkennbar bzw. als im zulässigen kaufmännischen Ermessen liegend betrachten würde.

Damit verleiht das Bundesgericht dem Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit wieder eine von den übrigen Kriterien zu unterscheidende Existenzberechtigung. Die diesbezügliche bundesgerichtliche Beurteilung dürfte dabei über den Anwendungsbereich von Art. 58 Abs. 3 DBG hinaus Wirkung entfalten; denn die steuerliche Gewinnermittlung richtet sich auch bei den Partnerwerken nach den allgemeinen Bestimmungen, wie sie insbesondere aus Art. 58 Abs. 1 lit. b Lemma 5 DBG hervorgehen.³⁰ Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Erkennbarkeit dürften deshalb allgemeine Geltung beanspruchen. Das ist zu begrüßen, denn gerade im Bereich der Verrechnungspreise dürfen Steuerfolgen nur dann eintreten, wenn sich die Gesellschaftsorgane bei einer Betrachtung «*ex ante*» im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts bewusst waren oder hätten bewusst sein müssen, dass sie ein offensichtliches Missverhältnis bewirken oder zulassen. Dies entspricht dem Ansatz der Preissetzung im Sinne des sog. Price Setting Approach.³¹ Damit lässt es die vom Bundesgericht vertretene Interpretation nach Auffassung der Autoren nicht zu, aufgrund einer retrospektiven Betrachtung «*ex post*» eine verdeckte Gewinnausschüttung aufgrund neuerer oder besserer Informationen zu besteuern, welche den handelnden Gesellschaftsorganen bei Geschäftsabschluss nicht zur

²⁹ Vgl. OESTERHELT/MÜHLEMANN/BERTSCHINGER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum DBG, 4.A., Art. 58 N 112 ff.; HELBING/DUSS/DUBACH, in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum VStG, 3.A., Art. 4 N 148a.

³⁰ Vgl. E. 2.3.5. des kommentierten Urteils.

³¹ Vgl. dazu HARBEKE/HUG/SCHERRER, a.a.O., N 714 ff., 723 ff.

Verfügung standen. Dem im Ausland vermehrt zu beobachtenden Ansatz der (nachträglichen) Preisüberprüfung im Sinne des Price Testing Approach sind in der Schweiz demnach enge Grenzen gesetzt.