THOMAS HUG

DIE STEUERLICHE KAPITALALLOKATION BEI BANKENBETRIEBSSTÄTTEN

EXPERT FOCUS 4/2020, PAGE 240 - 246

WWW.THOMASHUG.COM

THOMAS HUG

DIE STEUERLICHE KAPITALALLOKATION BEI BANKENBETRIEBSSTÄTTEN

Die Kapitalzuweisung nach dem AOA im Licht der regulatorischen Eigenmittelregeln nach Basel III

Banken operieren grenzüberschreitend häufig über Zweigniederlassungen. Die Steuerbehörden verlangen im Gegensatz zu vielen Aufsichtsbehörden, dass nicht nur das Gesamtunternehmen, sondern auch die Zweigniederlassung mit genügend Kapital ausgestattet ist. Die OECD sieht drei Methoden vor, die jedoch in der Schweiz mit der Praxis zur Kapitalausscheidung im Widerspruch stehen.

1. EINLEITUNG

1.1 Regulatorische Sicht. Wenn Banken international tätig sind, stehen ihnen aus gesellschafts- und regulatorischer Sicht in einem anderen Staat zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

→ Gründung einer rechtlich eigenständigen Tochtergesellschaft oder

→ Eintrag einer rechtlich unselbstständigen Zweigniederlassung.

Strukturen mit Zweigniederlassungen sind in der Regel attraktiver, da solche als rechtlich unselbstständige Teile einer Gesellschaft über kein haftendes Eigenkapital im zivilrechtlichen Sinn verfügen und die regulatorischen Mindestkapital- und Liquiditätsvorschriften nur auf Stufe der Gesellschaft erfüllt sein müssen. Bei Strukturen mit rechtlich eigenständigen Gesellschaften ist der Bedarf an Kapital und Liquidität hingegen in der Summe meist höher. Bei Strukturen mit Zweigniederlassungen hingegen kann die Liquidität flexibel [1] zwischen Stammhaus und Zweigniederlassung grenzüberschreitend verschoben und das sich aus den Eigenmitteln ergebende maximale Risikopotenzial auf die verschiedenen Standorte alloziert werden. Ferner profitieren Zweigniederlassungen vom guten Ruf und der finanziellen Kraft des ausländischen Stammhauses [2]. Schliesslich erlauben solche Strukturen einer Bank innerhalb der EU mit relativ geringen zusätzlichen Genehmigungsverfahren in einem anderen EU-Staat tätig zu werden (sog. EU-Passporting).

THOMAS HUG, DIPL. WIRTSCHAFTSJURIST FH, DIPL. STEUEREXPERTE, EXECUTIVE DIRECTOR, GROUP TAX, BANK JULIUS BÄR & CO. AG

1.2 Steuerliche Sicht. Während aus regulatorischer Sicht meist die gesamte Gesellschaft im Fokus steht, beurteilen die Steuerbehörden als Ausfluss ihres unilateralen (bspw. Art. 52 Abs. 3 DBG [3]) und bilateralen Rechts (Art. 7 OECD-MA [4]) Stammhaus und Zweigniederlassung (nachfolgend wird der steuertechnische Begriff Betriebsstätte [5] verwendet) der Gesellschaft als funktional getrennte Einheiten. Verschiebt das Stammhaus Liquidität an seine Betriebsstätte, kann dies über verzinstes Fremdkapital (u. a. Kontokorrekt, Termingelder, Darlehen) oder zinsfreies Dotationskapital erfolgen. Die Wahl dieser Instrumente hat einerseits über einen allfälligen Zinsaufwand-/ertrag Einfluss auf den steuerbaren Gewinn des Stammhauses und der Betriebsstätte (vgl. *Tabelle 1*) und andererseits auf das steuerbare Kapital (sofern das jeweilige Land eine Kapitalsteuer kennt). Während die amerikanischen und europäischen Steuerbehörden eine etablierte Praxis zum Ermitteln des notwendigen Kapitals bei Betriebsstätten im Allgemeinen und bei Banken im Besonderen haben, wurde die Thematik gemäss Erfahrung des Autors auf asiatischen Finanzplätzen von den Steuerbehörden erst kürzlich aufgegriffen und wird vermehrt in Steuerprüfungen adressiert (u. a. in Hongkong).

Dieser Aufsatz gibt in einem ersten Teil (Abschnitt 2) eine vereinfachte Übersicht über die Bestimmung des regulatorischen Kapitals bei Banken auf Stufe Gesellschaft und erläutert in einem zweiten Teil (Abschnitt 3 und 4), wie dieses regulatorische Kapital, steuerlich korrigiert, in grenzüberschreitenden Verhältnissen über Dotationskapital drittkonform nach Art. 7 OECD-MA vom Stammhaus auf die Betriebsstätte der Gesellschaft verteilt werden muss.

2. REGULATORISCHES KAPITAL

2.1 Historische Evolution. Eigenkapitalvorschriften bei Banken sind seit mehr als 30 Jahren ein Schwerpunktthema

Tabelle 1: **BEISPIEL FINANZIERUNG BETRIEBSSTÄTTE**

Eine inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Bank vergibt Kredite von CHF 1000 Mio. an Kunden zu einem Zinssatz von 1,5%. Die Finanzierung erfolgt durch Kundeneinlagen von CHF 900 Mio. sowie verzinsliches Fremdkapital des Stammhauses von CHF 100 Mio. mit einem Zinssatz von je 1%.

Position	Betrag (in Mio.)	Zinssatz (in %)	Erfolgsrechnung (in Mio.)
Kundenausleihungen	1000	1,5	15
Kundeneinlagen	–900	1	–9
Fremdkapital (von Stammhaus)	–100	1	–1
Steuerbarer Gewinn			**5**

Gleicher Sachverhalt, jedoch finanziert das Stammhaus seine Betriebsstätte mit zinsfreiem Dotationskapital im gleichen Umfang.

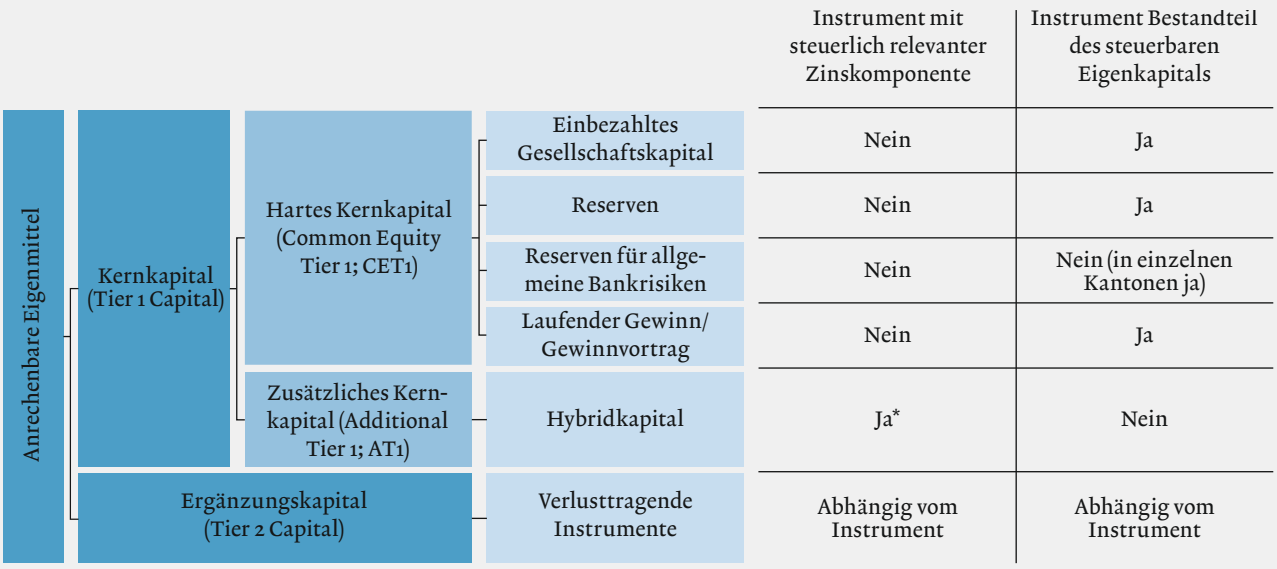
Position	Betrag (in Mio.)	Zinssatz (in %)	Erfolgsrechnung (in Mio.)
Kundenausleihungen	1000	1,5	15
Kundeneinlagen	–900	1	–9
Dotationskapital (von Stammhaus)	–100		
Steuerbarer Gewinn			**6**

der Bankenaufsicht. Nach dem Zusammenbruch der deutschen Herstatt-Bank durch Devisenspekulationen gründeten mehrere Zentralbanken und Bankenaufsichtsbehörden den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision) mit dem Ziel, die Bankenaufsicht international zu harmonisieren und gewisse Mindestkapitalvorschriften einzuführen. Als Resultat wurde im Jahre 1988 das Basler Eigenkapitalabkommen (Basel I) veröffentlicht, das eine Mindestdeckung für Kreditrisiken vorsah; 1996 kamen Vorschriften für Marktrisiken hinzu [6].

Nach mehreren Jahren der Revision und Neuverhandlung von Basel I kam es im Jahr 2004 zur Verabschiedung einer neuen Eigenkapitalvereinbarung (Basel II), die bis 2007 umgesetzt wurde. In Bezug auf das regulatorische Mindestkapital wurden (zusätzlich zu den Kredit- und Markrisiken) neu auch operationelle Risiken eingeführt, und die Bestimmung der Risiken wurden generell risikosensitiver ausgestaltet [7].

Geprägt durch die Finanzkrise (u. a. Zusammenbruch Lehman Brothers) im Jahr 2008 reformierte und verschärfte der Basler Ausschuss die Eigenkapitalvereinbarung (Basel III) erneut in zwei Etappen. In einem ersten Schritt wurden ab dem Jahr 2018 strengere und antizyklisch wirkende, risikobasierte Eigenkapitalanforderungen eingeführt sowie eine Begrenzung der Verschuldung (Leverage Ratio). In einem zweiten Schritt werden ab 2022 neue Regelungen zum Ermitteln der Risiken implementiert [8]. Dieser zweite Schritt wird teilweise auch als Basel IV bezeichnet.

Abbildung 1: **ÜBERSICHT ANRECHENBARE EIGENMITTEL (METHODE SCHWEIZ)**



*vorbehaltlich nicht marktkonformer Zinsen im Konzern

Die Beschlüsse und Empfehlungen des Ausschusses sind nicht bindend. Sie müssen von den einzelnen Staaten umgesetzt werden. Das Umsetzen in der Schweiz erfolgt über die Eigenmittelverordnung (ERV) [9] sowie über die darauf abstützenden FINMA-Rundschreiben [10] und innerhalb der EU über die Capital Requirements Directive (CRD IV).

2.2 Vorschriften

2.2.1 Übersicht. Zum Schutz der Gläubiger und der Stabilität des Finanzsystems müssen Banken über angemessene Eigenmittel verfügen (Art. 1 ERV). Konzeptionell werden die Kapitalvorschriften bei Banken als Prozentsatz der anrechenbaren Eigenmittel (Art. 18 ff. ERV) im Verhältnis zu den risikogewichteten Aktiven (Art. 41 ff. ERV) ausgedrückt. Unter Basel III müssen Banken mind. 8% der risikogewichteten Aktiven als Eigenmittel halten, dabei mind. 6% mit Kernkapital und mind. 4,5% mit hartem Kernkapital (Art. 42 ERV). Es handelt sich dabei um Mindestgrössen. Je nach Kategorie der Bank [11] kommen höhere Werte zur Anwendung. Ferner müssen Banken für unvorhergesehene Risiken einen Kapitalerhaltungspuffer (Art. 43 ERV, abhängig von der Grösse der Bank) und einen antizyklischen Kapitalpuffer von 0–2,5% (Art. 44 ERV, auf Antrag Nationalbank) halten. Banken müssen zusätzlich zu diesen Eigenmittelvorschriften noch weitere Kennzahlen einhalten (u. a. Verschuldung, Liquidität).

2.2.2 Anrechenbare Eigenmittel. Die anrechenbaren Eigenmittel werden in verschiedene Klassen (Engl. Tier) unterteilt und setzen sich zusammen aus dem Kernkapital (Tier 1 Capital) sowie dem Ergänzungskapital (Tier 2 Capital). Das Kernkapital lässt sich nochmals unterteilen in hartes Kernkapital (Common Equity Tier 1 oder CET1) und zusätzliches Kernkapital (Additional Tier 1 oder AT1) (siehe *Abbildung 1*).

Das harte Kernkapital (Art. 21–26 ERV) hat die höchste Haftungsqualität und besteht aus
→ dem einbezahlten Gesellschaftskapital, → den Reserven, → den Reserven für allgemeine Bankrisiken sowie → dem laufenden Gewinn und Gewinnvortrag.

Reserven für allgemeine Bankrisiken sind eine Besonderheit bei schweizerischen Banken. Sie dienen der Absicherung gegen noch nicht bestimmbare Geschäftsrisiken und werden grundsätzlich über die Erfolgsrechnung gebildet/aufgelöst [12]. Die steuerliche Behandlung dieser Reserven ist in der Schweiz kantonal unterschiedlich geregelt. Im Kanton Zürich und vielen anderen Kantonen ist die Bildung/Auflösung steuerunwirksam, und die Reserven für allgemeine Bankrisiken sind folglich Bestandteil des steuerbaren Eigenkapitals [13]. Die regulatorische und steuerliche Qualifikation stimmt überein. Vom harten Kernkapital sind u. a. Goodwill und andere immaterielle Werte abzuziehen (Art. 32 ERV), was steuerlich i. d. R. nicht zulässig ist [14].

Das zusätzliche Kernkapital (Art. 27–29 ERV) umfasst sogenannte hybride Kapitalinstrumente. Es handelt sich hierbei um nachrangige, verzinsliche Schuldverschreibungen mit einer unendlichen oder sehr langen Laufzeit, die in zusätzliches hartes Kernkapital umgewandelt (Contingent Convertible Bonds) oder abgeschrieben (Write-off-Bonds) werden, wenn gewisse vertraglich definierte Ereignisse (Trigger) eintreten. Durch solche Eigenschaften wird das zusätzliche mit dem harten Kernkapital verknüpft. Es nimmt an der Verlustabsorption teil. Obwohl diese Instrumente zum Kernkapital der Bank zählen, werden sie steuerlich in der Schweiz als Fremdkapital und die darauf bezahlten Zinsen [15] im Grundsatz als steuermindernder Aufwand qualifiziert. Die regulatorische und steuerliche Qualifikation fällt auseinander, was nachfolgend im Aufsatz von Relevanz ist. Diese Instrumente unterliegen ferner, im Sinne einer zeitlich beschränkten Ausnahme, bei Emission vor Ende 2021 nicht der Verrechnungssteuer (Art. 5 Abs. 1 lit. g VStG [16]).

Zum Ergänzungskapital (Art. 30–40 ERV) gehören verschiedene Instrumente, die im Liquidations- oder Insolvenzfall Verluste tragen sollen. Die Zurechnung erfolgt über verschiedene Prüfungspunkte, namentlich die der Nachrangigkeit und der Mindestlaufzeit. Beispiele sind Genussscheine oder nachrangige Darlehen.

2.2.3 Risikogewichtete Aktiven. Zu den risikogewichteten Aktiven (Risk-Weighted Assets bzw. RWA) gehören Kreditrisiken, Marktrisiken, nicht gegenparteibezogene Risiken und operationelle Risiken, die nach detaillierten Regeln ermittelt werden müssen. Im Rahmen dieses Aufsatzes wird auf die technische Ermittlung nicht weiter eingegangen. Vereinfacht gesagt sind die RWA eine finanzielle Messgrösse der Risiken einer Bank.

3. AUTHORIZED OECD APPROACH

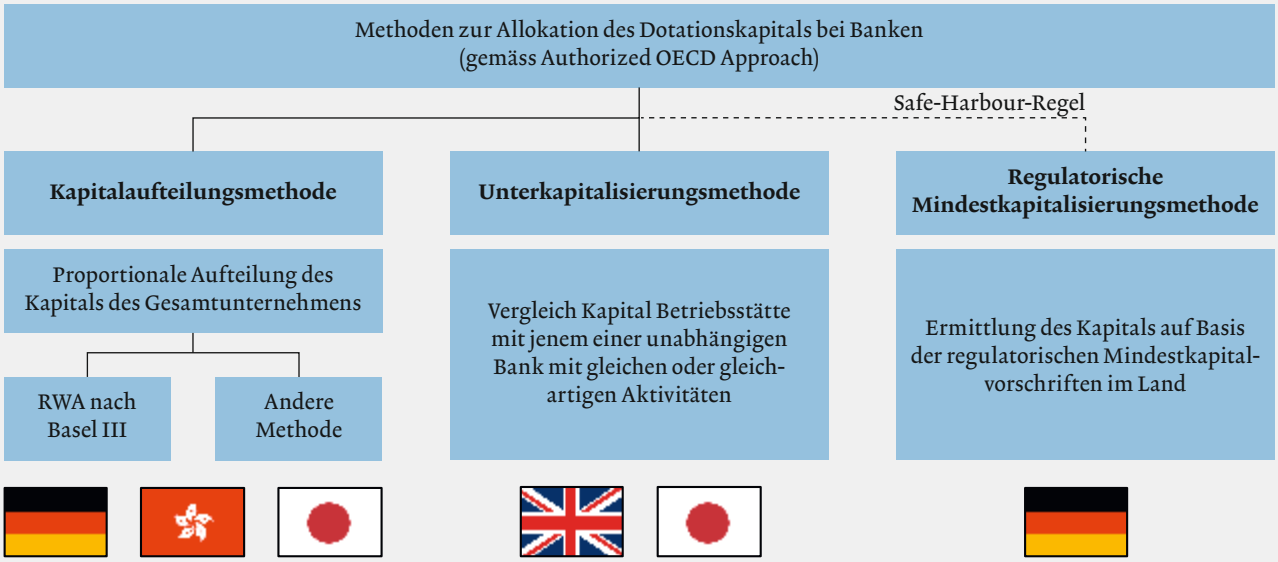
Die Thematik der Gewinn- und Kapitalallokation zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Steuerrecht ist in Art. 7 Abs. 2 OECD-MA (Version 2017) geregelt. Dieser Artikel besagt, dass einer Betriebsstätte derjenige Gewinn zuzurechnen ist, den sie

«namentlich durch ihre Beziehungen zu anderen Teilen des Unternehmens unter Berücksichtigung der vom Unternehmen über die Betriebsstätte und über andere Teile des Unternehmens ausgeübten Funktionen, der verwendeten Aktiven und der übernommenen Risiken hätte erzielen können, wenn sie ein getrenntes und unabhängiges Unternehmen gewesen wäre, das eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen ausgeübt hätte».

In anderen Worten geht das OECD-MA in einem ersten Schritt von einer Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte aus und verlangt in einem zweiten Schritt, dass der Gewinn zwischen dem Stammhaus und der (wirtschaftlich selbstständigen) Betriebsstätte nach dem Fremdvergleichsgrundsatz voneinander abzugrenzen ist [17].

Dieser Ansatz hat seine Wurzeln in den OECD-Kommentaren 2008 und 2010 sowie im OECD-Bericht über die Zurechnung von Gewinnen zu Betriebsstätten von 2010 (nachfolgend BS-Bericht). Er wird als Authorized OECD Approach (nachfolgend AOA) bezeichnet. Der BS-Bericht erläutert in Teil I die Grundsätze des AOA im Detail und geht auf die Besonderheiten und spezifischen Sachverhalte des Bankensektors in Teil II (Zinsdifferenzgeschäft) und Teil III (Handel

Abbildung 2: **ÜBERSICHT METHODEN OECD (INKL. AUSGEWÄHLTER LÄNDER)**



mit Finanzinstrumenten) ein. Da der BS-Bericht 2010 erschien und seither nicht mehr aufdatiert wurde, nimmt er lediglich auf das Basel-II-Regelwerk Bezug. Im Rahmen des BEPS Action Point 7 veröffentlichte die OECD im Jahr 2018 die Additional Guidance on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment, wobei es darin insb. um die Gewinnzuteilung aufgrund der geänderten Definition [18] einer Betriebsstätte geht, und daher für Banken nicht von Relevanz ist.

Im erwähnten ersten Schritt wird mit der Selbstständigkeitsfiktion (Functionally Separate Entity Approach) die Betriebsstätte in wirtschaftlicher Hinsicht vom Stammhaus isoliert und fiktional einer selbstständigen Gesellschaft gleichgestellt [19]. Im Rahmen einer Funktions- und Faktenanalyse (Functional and Factual Analysis) [20] sind die ausgeübten Funktionen, verwendeten Vermögenswerte und übernommenen Risiken beim Stammhaus und der Betriebsstätte zu identifizieren. Da diese jedoch rechtlich unselbstständig sind und Funktionen, Vermögenswerte und Risiken nur vom Gesamtunternehmen gehalten/kontrolliert werden, kann diese Analyse nicht rechtlich erfolgen. Der AOA löst dieses Dilemma mit einem tätigkeitsbezogenen Ansatz. In einem ersten Schritt werden die unternehmerischen Schlüsselfunktionen (Key Enterpreneurial Risk-Taking Functions) identifiziert, und in einem zweiten Schritt werden die mit diesen Tätigkeiten genutzten Vermögenswerte (Assets follows Functions) [21] und verknüpften Risiken (Risks follows Functions) [22] zugeordnet. Das Kapital muss schliesslich jener Betriebsstätte zugeordnet werden, welche die aus der Geschäftstätigkeit resultierenden Risiken übernommen hat (Capital follows Risks) [23].

Im zweiten Schritt werden mit dem Fremdvergleichsgrundsatz die Innenleistungen (Dealings) zwischen Stammhaus und Betriebsstätte bzw. zwischen den Betriebsstätten (unter analoger Anwendung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA) gepreist. Dadurch wird der relevante Gewinn der Betriebsstätte ermittelt. Basierend auf den OECD Transfer Pricing Guidelines ist (unter Berücksichtigung der Vergleichbarkeitsanalyse) die für die relevanten Transaktionen am besten geeignete Verrechnungspreismethode heranzuziehen [24].

4. ERMITTLUNG ANGEMESSENES DOTATIONSKAPITAL

4.1 Allgemeine Überlegungen. Da ein Unternehmen generell Kapital braucht, um die täglichen Geschäftstätigkeiten zu finanzieren und die damit verbundenen Risiken zu tragen, muss auch einer Betriebsstätte als Ausfluss der Selbstständigkeitsfiktion Eigenkapital zugewiesen werden. Der BS-Bericht verwendet hierzu den Begriff des freien Kapitals (Free Capital) und definiert dieses als Investment, das keine Erträge (beim Stammhaus) durch steuerrechtlich abzugsfähigen Zinsaufwendungen (bei der Betriebsstätte) generiert. Es wird im allgemeinen Sprachgebrauch auch als Dotations- bzw. Eigenkapital [25] oder Kapitalstock bezeichnet. Nach den Leitsätzen des BS-Berichts, wonach Funktionen und Risiken (Risks follows Functions) sowie Risiken und Kapital (Capital follows Risk) untrennbar verknüpft sind, muss der Betriebsstätte so viel Kapital zugewiesen werden, dass sie die im Rahmen der in der Funktions- und Faktenanalyse ermittelten und zugewiesenen Funktionen ausüben, Vermögenswerte nutzen und Risiken tragen kann [26].

Die Zuweisung des Dotationskapitals ist kein bankenspezifisches Steuerthema, jedoch sieht der AOA zum Teil spezifische Regeln für Banken vor. In der Praxis haben sich verschiedene Methoden etabliert (vgl. *Abbildung 2*).

4.2 Kapitalaufteilungsmethode. Der sog. Capital Allocation Approach geht von dem beim Gesamtunternehmen tatsächlich vorhandenen Eigenkapital aus und weist der Betriebsstätte einen ihrer fiktiven Risikostruktur entsprechenden Anteil als Dotationskapital zu [27]. Es ist notwendig, dass das effektiv vorhandene Eigenkapital und nicht nur das regulatorische Mindestkapital anteilmässig zugeordnet

Tabelle 2: **BEISPIEL KAPITALAUFTEILUNGSMETHODE**

(in CHF Mio.)	Total (Gesamtunternehmen)	Stammhaus Land A	Betriebsstätte I Land B	Betriebsstätte II Land C
Hybridkapital (steuerliches Fremdkapital)	400	400		
Aktienkapital	1000	1000		
Reserven	500	500		
Gewinn	100	50	20	30
Total aufsichtsrechtliches Eigenkapital	**2000**	**1950**	**20**	**30**
Steuerliche Korrektur (Hybridkapital)	–400	–400		
Total steuerliches Eigenkapital (vor Anwendung AOA)	**1600**	**1550**	**20**	**30**
RWA nach Basel III	*10 500 (100%)*	*5250 (50%)*	*3150 (30%)*	*2100 (20%)*
Korrektur		*–750*	*+460*	*+290*
Total steuerliches Eigenkapital (nach Anwendung AOA)	**1600** *(100%)*	**800** *(50%)*	**480** *(30%)*	**320** *(20%)*

wird [28]. Ferner muss beachtet werden, dass nur derjenige Teil des effektiven regulatorischen Kapitals verteilt werden darf, welcher auch steuerlich im jeweiligen Land akzeptiert ist. Wie bereits erläutert umfasst das regulatorische Kapital auch Positionen, die steuerlich nicht akzeptiert werden (u. a. Hybridkapital, vgl. *Abbildung 1*). Als Schlüssel sieht der AOA zwei Methoden vor.

Beim BIS Ratio Approach erfolgt die Verteilung auf Basis der nach Basel III ermittelten RWA, welche die effektiven Risiken reflektieren. Einer Betriebsstätte, die einen 30%igen Anteil an den RWA der Bank nach Basel III hat, werden demzufolge 30% der steuerlich korrigierten, effektiven Eigenmittel der Bank zugeordnet [29] (vgl. *Tabelle 2*). Der Vorteil dieses Schlüssels ist die Tatsache, dass die Basel-III-Regeln international weitgehend harmonisiert und unilateral implementiert wurden.

Beim Economic Capital Allocation Approach werden die Risiken nicht auf Grundlage von Basel III ermittelt, sondern anhand unternehmenseigener, ökonomischer Risikomodelle [30]. Da im Rahmen von Basel IV eigene Modelle teilweise nicht mehr zulässig sind, ist diese Methode in der Praxis weniger anzutreffen.

Die Kapitalaufteilungsmethode ist in Staaten mit wichtigen Finanzplätzen weit verbreitet (keine abschliessende Liste). In Deutschland ist sie bei inländischen Betriebsstätten ausländischer Banken anzuwenden, wobei das Dotationskapital mindestens der nachfolgend erläuterten regulatorischen Mindestkapitalisierungsmethode (siehe Abschnitt 4.4 nachfolgend) entsprechen muss [31]. In Hongkong ist die Kapitalaufteilungsmethode seit 2019 ebenfalls die bevorzugte Methode, wobei die Ermittlung der RWA nach der gleichen oder einer vergleichbaren Methode, wie von der Hong Kong Monetary Authority (HKMA) vorgeschrieben, zu erfolgen hat [32]. Japan führte im Jahre 2016 neue Regeln zur Gewinnallokation bei Betriebsstätten ein und verlangt, dass bei japanischen Betriebsstätten ausländischer Banken die Kapitalaufteilungsmethode angewandt wird [33].

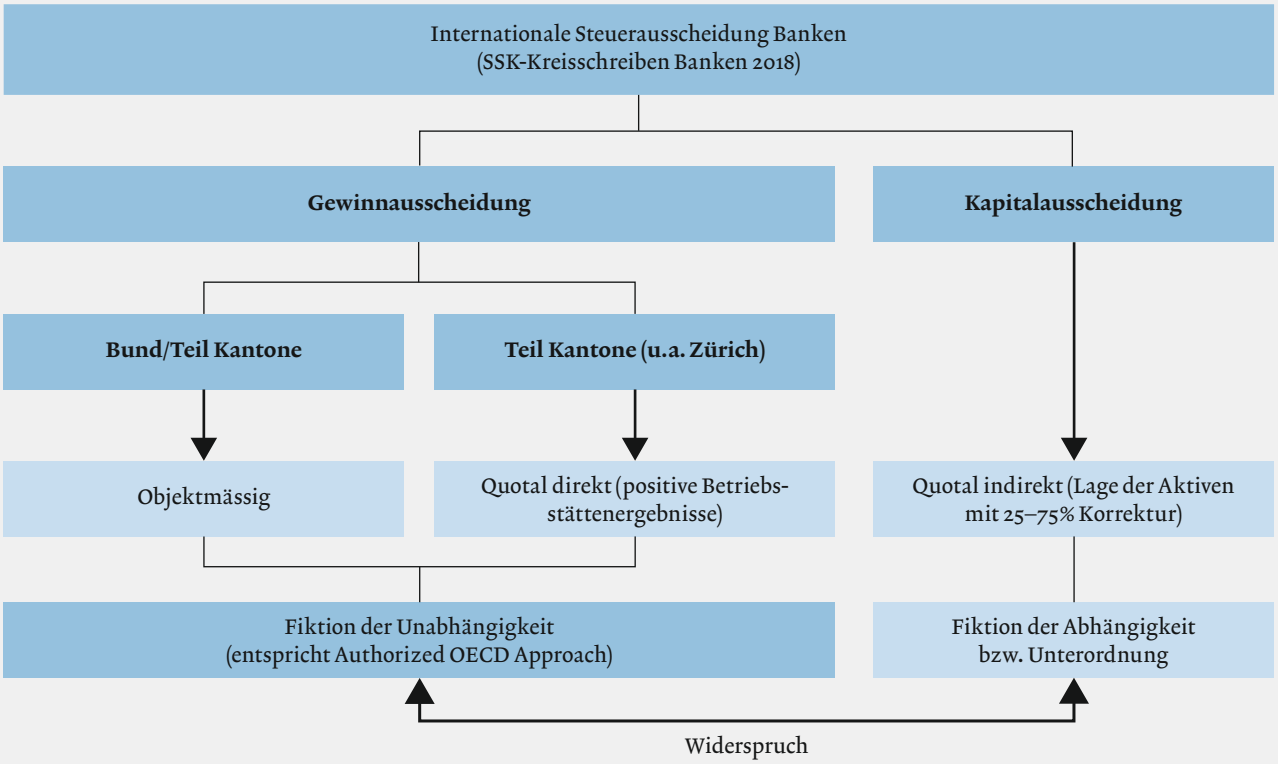
4.3 Unterkapitalisierungsmethode. Der sog. Thin Capitalisation Approach vergleicht das zinsfreie Dotations- und verzinsliche Fremdkapital der Betriebsstätte mit jenem einer unabhängigen Bank mit gleichen oder gleichartigen Aktivitäten unter gleichen oder gleichartigen Konditionen im gleichen Land [34]. Die Methode wird teilweise auch als (äussere) Fremdvergleichsmethode bezeichnet. Zentrales (und schwierigstes) Erfordernis ist das Finden eines tauglichen Vergleichsunternehmens. Nach Auffassung der OECD darf man nicht nur auf die Bilanzsumme abstellen, sondern muss auch weitere Kriterien wie Kapitalstruktur, Geschäftsstrategie, Qualität der Kundenausleihungen usw. berücksichtigen [35]. In der Praxis ist dies regelmässig nicht möglich.

Grossbritannien akzeptiert grundsätzliche diese Methode, weist allerdings darauf hin, dass es in der Praxis mitunter sehr schwierig sein kann, auf dem Markt vergleichbare Banken zu finden [36]. Japan akzeptiert die Methode ebenfalls, verlangt jedoch, dass beim Vergleichsunternehmen das durchschnittliche Kapital der letzten drei Jahre verwendet wird [37].

4.4 Regulatorische Mindestkapitalmethode. Der sog. Regulatory Minimum Capital Approach basiert auf der Idee, dass die Betriebsstätte mindestens über das Volumen an Dotationskapital verfügen muss, das die Aufsichtsbehörde im Betriebsstättenstaat bei einer unabhängigen Bank vorschreiben würde, das im Staat tätig ist [38]. Diese Methode wird teilweise auch als Quasi-Unterkapitalisierungsmethode (Quasi Thin Capitalisation Approach) bezeichnet. Es handelt sich hierbei allerdings nicht um eine AOA-konforme Methode, sondern um eine einfache Safe-Harbour-Regelung, die angewandt werden darf, solange die Gewinne nicht höher sind als die einer anderen Methode.

Deutschland verlangt, dass das Dotationskapital ausländischer Betriebsstätten von inländischen Banken nach dieser Methode ermittelt wird; es handelt sich dabei um einen Maximalbetrag [39].

Abbildung 3: **INTERNATIONALE STEUERAUSSCHEIDUNG SCHWEIZ**



5. SCHWEIZ

Die Thematik der Steuerausscheidung bei Banken im internationalen (und interkantonalen) Verhältnis wird in der Schweiz in einem Kreisschreiben (KS) der schweizerischen Steuerkonferenz (SSK) [40] geregelt. Das KS adressiert die Ermittlung des Dotationskapitals nicht explizit. Da dieses sowohl für die Gewinn- als auch die Kapitalsteuer relevant ist, sind die allgemeinen Ausführungen zur internationalen Ausscheidung zu konsultieren (vgl. *Abbildung 3*).

Die Gewinnausscheidung erfolgt auf Stufe der direkten Bundessteuer sowie auf Stufe der Kantone (mit gleicher Grundlage) und zwar auf Basis der objektmässig ermittelten Ergebnisse der ausländischen Betriebsstätten (objektmässige Methode). Bei Kantonen, welche für die internationale und interkantonale Steuerausscheidung die gleichen Grundsätze vorsehen (u. a. Zürich), erfolgt sie auf Basis der positiven Betriebsstättenergebnisse (quotal direkte Methode). In beiden Methoden wird auf die objektiv ermittelten Ergebnisse der Betriebsstätten abgestellt. Das KS äussert sich nicht zur Frage, wie diese Ergebnisse zu ermitteln sind. Die herrschende Lehre geht allerdings davon aus, dass bei der objektmässigen sowie der quotal direkten Methode das Ergebnis so zu ermitteln ist, wie wenn die Betriebsstätte ein selbstständiges Unternehmen wäre [41]. Gemäss Meinung des Autors entspricht dies weitgehend dem AOA, weshalb die Anwendung eines in diesem Aufsatz beschriebenen Modells zur Kapitalallokation mit der Praxis der SSK kompatibel ist.

Die Kapitalausscheidung erfolgt paradoxerweise nach Lage der massgebenden (nicht risikogewichteten) Aktiven (quotal indirekte Methode). Um den spezifischen Eigenheiten des Bankgeschäfts Rechnung zu tragen, sind

> «bei internen Guthaben einer Betriebsstätte gegenüber dem Stammhaus oder einer anderen Betriebsstätte die buchmässigen Ergebnisse zu korrigieren, indem drei Viertel des Betrages der verwaltenden Stelle und ein Viertel der geldgebenden Niederlassung zugewiesen wird» [42].

Diese pauschale 25–75%-Korrektur geht auf zwei ältere BGE aus den Jahren 1938 [43] und 1968 [44] zur interkantonalen Kapitalausscheidung zurück. Laut BGer wird mit dieser Korrektur der Tatsache Rechnung getragen, dass die Filialen zwar eine wichtige Rolle bei der Entgegennahme von Kundengeldern spielen, die Verwendung und Anlage dieser Gelder jedoch der «wichtigere und schwierigere Teil des Bankenfaches» sei und die Mitwirkung der leitenden Organe am Hauptsitz erfordere [45]. Während die SSK bei der Gewinnsteuer eine Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte zugrunde legt, geht sie bei der Kapitalsteuer von einer Unterordnung bzw. Abhängigkeit vom Stammhaus aus. Während dies im innerschweizerischen Verhältnis noch der Fall ist, ist es im internationalen Verhältnis zu verneinen. Hat eine Bank in einem anderen Staat eine lizenzierte Zweigniederlassung, so muss diese eigene leitende Organe haben und verschiedene Funktionen (u. a. Treasury zwecks Anlage der erhaltenen Mittel) eigenständig ausüben. Die Praxis der SSK ist abzulehnen, und eine objektmässige (auf Basis des AOA) oder mindestens quotal indirekte Aufteilung auf Basis der RWA nach Basel III ohne pauschale Korrektur ist zu begrüssen.

6. FAZIT

Die Steuerbehörden betrachten eine Bankenbetriebsstätte als wirtschaftlich selbstständige Einheit, die über ein angemessenes Dotationskapital verfügen muss. Die OECD schlägt verschiedene Methoden vor, wobei sich in der Praxis hauptsächlich die Kapitalaufteilungsmethode etabliert hat, welche das steuerlich korrigierte regulatorische Kapital aufgrund der RWA nach Basel III verteilt. Mit dieser Methode wird der Idee des AOA Rechnung getragen, dass das Kapital den Funktionen und Risiken folgen muss. ■

Anmerkungen: 1) Gewisse Länder verlangen, dass ein Teil der Liquidität bei der lokalen Zentralbank deponiert oder in Anleihen in lokaler Währung gehalten wird. **2)** Fiechter J. et al., Subsidiaries or Branches – Does One Size Fit All?, in: International Monetary Fund, Washington, 2011. **3)** Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11. **4)** OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung (Model Tax Convention on Income and on Capital). **5)** Zweigniederlassungen gelten infolge des Positivkatalogs von Art. 51 Abs. 2 DBG bzw. Art. 5 Abs. 2 OECD-MA als steuerliche Betriebsstätten. **6)** Bichsel, R., Blum, J., Eigenkapitalregulierung für Banken – Bestandesaufnahme und Ausblick, in: SNB Quartalsheftstudien 4/2006, S. 43. **7)** Glossar der Schweizerischen Nationalbank, https://www.snb.ch/de/srv/id/glossary#B, Zugriff am 24. November 2019. **8)** Ebd. **9)** Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (ERV), SR 952.03. **10)** Bspw. FINMA-RS 2017/7 Eigenmittelanforderungen für Kreditrisiken bei Banken. **11)** Fünf verschiedene Kategorien, die sich nach vier Kennzahlen richten (u. a. Bilanzsumme, verwaltete Kundenvermögen). **12)** FINMA-RS 2015/1 Rechnungslegung – Banken, Ziff. 570 ff. **13)** Merkblatt des Kantonalen Steueramts Zürich über die Besteuerung von Banken und Effektenhändlern vom 30. November 2015, Ziff. VII. **14)** Goodwill ist ggf. abzugsfähig, wenn er aus einer Tochterabsorption mit einem unechten Fusionsverlust entstanden ist. **15)** Zum Zweck der Einkommenssteuer werden die bezahlten Zinsen in eine steuerbare Zins- und eine steuerfreie Optionskomponente aufgeteilt. **16)** Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), SR 642.21. **17)** OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version 2017, Paris 2017, Art. 7 N 16. **18)** Kommissionärsstrukturen, Anti-Fragmentierungsregel. **19)** Brülisauer, P. in: Zweifel, M., Beusch, M., Matteotti, R. (Hrsg), Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Art. 7 OECD-MA, N 413 (nachfolgend: Brülisauer). **20)** BS-Bericht, Teil 1, § 10. **21)** BS-Bericht, Teil 1, § 18–20. **22)** BS-Bericht, Teil 1, § 21. **23)** Brülisauer, N 424. **24)** Brülisauer, N 461. **25)** Brülisauer, N 654. **26)** BS-Bericht, Teil 1, § 107. **27)** Buchholz, F.: Grenzüberschreitendes Kreditgeschäft durch Betriebsstätten, Wiesbaden, 2014, S. 186 (nachfolgend Buchholz). **28)** BS-Bericht, Teil 2, § 99. **29)** BS-Bericht, Teil 2, § 98. **30)** Buchholz, S. 188. **31)** § 20 Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des Aussensteuergesetzes (nachfolgend BsGaV). **32)** Inland Revenue Department Hong Kong, Departmental Interpretation and Practice Notes 58–60 vom 19. Juli 2019. **33)** Deloitte, Financial Transfer Pricing – Changing landscapes, Oktober 2018, S. 13 (nachfolgend Deloitte). **34)** BS-Bericht, Teil 2, § 107. **35)** Buchholz, S. 189. **36)** HMRC Internal Manual, International Manual, INTM [267795]. **37)** Deloitte, S. 13. **38)** BS-Bericht, Teil 2, § 112. **39)** § 21 BsGaV. **40)** SSK: Kreisschreiben 5 Steuerausscheidung bei den Banken, 14. November 2018. **41)** Statt vieler: Oesterhelt, S., Schreiber, S., in: Zweifel M., Beusch, M. (Hrsg.), Art. 52 N 23 DBG. **42)** KS Ziff. 2.2. **43)** BGE 64 I 253 Schweizerische Kreditanstalt gegen Kantone LU/ZH. **44)** BGE 94 I 42 Schweizerische Volksbank gegen Kantone LU/UR. **45)** BGE 94 I 48.