

Dokument	StR 75/2020 S. 540
Autor	Thomas Hug
Titel	Das Schuldnerrating im Verrechnungspreisrecht
Seiten	540-549
Publikation	Steuer Revue
Herausgeber	Cosmos Verlag AG
Frühere Herausgeber	Reto M. Aeberli
ISSN	1424-0025
Verlag	Cosmos Verlag AG

StR 75/2020 S. 540

Das Schuldnerrating im Verrechnungspreisrecht



Thomas Hug
Dipl. Wirtschaftsjurist FH, dipl. Steuerexperte, Group Tax, Bank Julius Bär & Co. AG

Die OECD veröffentlichte im Februar 2020 erstmalig Leitlinien für konzerninterne Finanzierungstransaktionen. Bei der Bestimmung von Zinssätzen nimmt das Schuldnerrating eine zentrale Rolle ein. In einem gewissen Widerspruch zum Fremdvergleichsgrundsatz steht dabei das Konzept des impliziten Konzernrückhalts, das zu einer Angleichung des Einzelschuldner- an das Gruppenrating führen kann. Das Konzept ist vage und kann zu Diskussionen mit den Steuerbehörden führen. Namentlich bei externen Finanzierungen mit Garantien der Konzernobergesellschaft zur Verbesserung des Schuldnerratings sind zudem die neuen Regeln zur Ermittlung einer drittpreiskonformen Garantiekommission zu beachten.

1 Einleitung

Im innerschweizerischen Verhältnis ist die Bestimmung eines angemessenen Zinssatzes für ein Darlehen zwischen nahestehenden Personen in der Praxis normalerweise ein leichtes Unterfangen. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) publiziert jeweils zu Jahresbeginn im Sinne von Safe-Harbor-



Regeln Zinssätze für Vorschüsse und Darlehen, die von den kantonalen Steuerbehörden akzeptiert werden und an welchen sich der Steuerpflichtige orientieren kann.¹ Ferner muss er die Verwaltungspraxis

StR 75/2020 S. 540, 541

zum verdeckten Eigenkapital² sowie die Gerichtspraxis zu den simulierten Darlehen³ beachten.

Sobald das Darlehen allerdings über die Landesgrenzen hinweg an eine ausländische Konzerngesellschaft gewährt wird, gilt es noch die Regeln des ausländischen Steuerrechts zu beachten. Die meisten ausländischen Steuerbehörden kennen gemäss Erfahrung des Autors keine Safe-Harbor-Zinssätze und verlangen die Bestimmung eines drittpreiskonformen Zinssatzes nach dem Fremdvergleichsgrundsatz der OECD-Verrechnungspreisleitlinien (nachfolgend 'TP Guidelines').⁴ Die TP Guidelines haben bisher die Bestimmung eines drittpreiskonformen Zinssatzes für Darlehen interessanterweise nicht explizit geregelt. Im Februar 2020 publizierte die OECD den Report «Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions»⁵ (nachfolgend 'OECD-FT-Richtlinien'), welcher als neues Kapitel X in die TP Guidelines integriert wird und die Thematik der Verrechnungspreise bei verschiedenen Finanztransaktionen nun erstmalig im Detail regelt. Bei der Bestimmung des Zinssatzes für Darlehen spielt dabei das Rating des Schuldners eine zentrale Rolle.

2 Einflussfaktoren Darlehenszinssätze

Die TP Guidelines basieren auf dem Fremdvergleichsgrundsatz, wonach der Preis für gelieferte Waren oder erbrachte Dienstleistungen zwischen verbundenen Unternehmen zu den gleichen Bedingungen bestimmt werden soll, wie wenn das Geschäft zwischen unabhängigen Dritten erfolgen würde. Dieser Fremdvergleichsgrundsatz basiert auf der Fiktion, dass die Gesellschaften eines multinationalen Konzerns als selbständige Unternehmen und nicht als untrennbare Teile zu behandeln sind («*separate entity approach*»)⁶. Die kaufmännischen und finanziellen Beziehungen zwischen unabhängigen Dritten werden gewöhnlich durch die «*Kräfte des Marktes*» bestimmt.⁷ In Bezug auf die Bestimmung des Zinssatzes für ein Darlehen (bzw. eines Fremdkapitalinstruments im Generellen) zwischen verbundenen Unternehmen stellt sich daher die Frage, welche Faktoren finanzökonomisch den Zinssatz solcher Transaktionen zwischen einem (unabhängigen) Gläubiger und Schuldner beeinflussen. Die OECD-FT-Richtlinien nennen an verschiedenen Stellen solche Faktoren, die sich nach Ansicht des Autors vereinfacht in die drei Dimensionen

StR 75/2020 S. 540, 542

«Markt», «Instrument» und «Schuldner» gruppieren lassen.

Die erste Dimension (Markt) umfasst die wirtschaftliche Lage auf den Finanzmärkten. Dazu gehören makroökonomische Faktoren wie das Zinsniveau in den verschiedenen Währungen (Leitzinsen der Zentralbanken bzw. Interbankenreferenzsätze), die Wechselkursrisiken oder spezielle Ereignisse (bspw. Marktturbulenzen im Frühjahr 2020 durch die COVID-19-Pandemie) sowie mikroökonomische Faktoren wie die wirtschaftliche Lage in gewissen Branchen.⁸ Zu dieser ersten Dimension gibt es in den OECD-FT-Richtlinien sehr wenige Ausführungen, da sich diese Einflussfaktoren in der Praxis jeweils einfach ermitteln lassen, z. B. über den Zinssatz einer risikolosen Anleihe wie dem Kassazinssatz der 10-jährigen Bundesobligation⁹ oder Swap-Sätze¹⁰.

¹ ESTV, RS vom 3.2.2020, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2020 für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken und ESTV, RS vom 4.2.2020, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2020 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen.

² ESTV, KS 6 vom 6.6.1997, Verdecktes Eigenkapital ([Art. 65 und 75 DBG](#)) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

³ Statt vieler: [BGE 138 II 57](#), mit Hinweis auf die Bundesgerichtspraxis; u. a. fehlende Rückzahlung, fehlende Sicherheiten, Klumpenrisiko, fehlender schriftlicher Vertrag.

⁴ OECD, OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen, Paris 2017 (nachfolgend 'TP Guidelines').

⁵ Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm>.

⁶ TP Guidelines, N 1.6.

⁷ TP Guidelines, N 1.2.

⁸ OECD-FT-Richtlinien, N 10.30–10.33.

⁹ Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat das höchste Schuldnerrating, weshalb die Bundesobligation als risikolos bezeichnet wird.

¹⁰ Absicherungskosten für den Tausch («Swap») von variablen in feste Zinssätze zwischen Banken mit einem hohen Rating. Der Swap-Satz wird je Währung mit verschiedenen Laufzeiten zwischen zwei und zehn Jahren publiziert.



Die zweite Dimension (Instrument) umfasst die konkrete Ausgestaltung und die Eigenschaften des gewählten Fremdfinanzinstruments. Darunter fallen namentlich der Betrag, die Währung, die Laufzeit, Rückzahlungsmodalitäten, gewährte Sicherheiten, Rang, die Ausgestaltung des Zinssatzes (fest, variabel, abhängig von Umsatz oder Gewinn), der Zweck¹¹, aber auch regulatorische Vorgaben, wie sie insb. bei Banken und Versicherungen häufig anzutreffen sind.¹² Auch die Faktoren dieser zweiten Dimension werden in den OECD-FT-Richtlinien nur oberflächlich abgehandelt. Dies lässt sich damit erklären, dass es einen ausgedehnten Markt für Fremdkapitaltransaktionen zwischen unabhängigen Dritten gibt und der Zinssatz für konzerninterne Transaktionen daher in der Praxis normalerweise mit der Preisvergleichsmethode bestimmt wird. Vergleichsdaten sind leicht und umfassend zugänglich und der Einfluss dieser Faktoren auf den Zins, wie bspw. eine längere Laufzeit, lässt sich problemlos ermitteln.

Die dritte Dimension (Schuldner) umfasst schliesslich die Eigenschaften und den Blickwinkel des Schuldners, wobei die OECD-FT-Richtlinien auf diese Dimension einen Schwerpunkt legen. Einerseits wird festgehalten, dass bei einer Fremdfinanzierungstransaktion ein unabhängiger Kreditgeber eine gründliche Bonitätsprüfung des potenziellen Kreditnehmers durchführen würde, um die damit verbundenen Risiken zu identifizieren und zu bewerten.¹³ Mit anderen Worten muss ein Schuldnerrating erstellt werden. Diese Thematik wird nachfolgend im Detail erläutert. Andererseits halten die OECD-FT-Richtlinien fest, dass ein unabhängiges Unternehmen bei der Prüfung, ob es ein bestimmtes Finanzgeschäft abschliessen würde, alle anderen Optionen in Betracht zieht, die

StR 75/2020 S. 540, 543

ihm realistischerweise zur Verfügung stehen (*«options realistically available»*¹⁴). Bezogen auf das Verrechnungspreisrecht bedeutet dies, dass bspw. eine Tochtergesellschaft, welche bei einer Drittbank ein Darlehen für 2% erhalten würde, wohl nicht ein konzerninternes Darlehen für 4% aufnehmen würde.¹⁵ Die OECD verlangt damit von den Steuerpflichtigen, dass nicht nur das eigentliche Darlehen einen marktkonformen Zinssatz trägt, sondern auch, dass der Schuldner überhaupt ein solches Darlehen aufgenommen oder nicht auf alternative (günstigere) Finanzierungsquellen zurückgegriffen hätte.

3 Schuldnerrating im Allgemeinen

Die OECD-FT-Richtlinien halten fest, dass die Kreditwürdigkeit des Schuldners einer der Hauptfaktoren ist, die unabhängige Investoren und Banken bei der Festlegung des zu erhebenden Zinssatzes berücksichtigen.¹⁶ Auf den Finanzmärkten wird die Kreditwürdigkeit typischerweise über ein Schuldnerrating (auch *«Emittenten-»*¹⁷ oder *«Bonitätsrating»* genannt) ausgedrückt. Es handelt sich hierbei um eine unabhängige, zukunftsgerichtete Einschätzung des Ausfallrisikos eines Unternehmens¹⁸ aufgrund der finanziellen Kapazität sowie der Bereitschaft, den Zinszahlungen und der Rückzahlung von Schulden zeitgerecht nachzukommen. Das Schuldnerrating wird als ein relatives Ranking im Vergleich zu anderen Schuldnern ausgedrückt.¹⁹

In der Praxis sind die Ratings der drei grossen Agenturen *Moody's*, *Standard & Poor's (S&P)* und *Fitch* am wichtigsten. Deren Ratings basieren auf einer individuellen Beurteilung der Kreditwürdigkeit eines Unternehmens und werden mit einer Buchstabenkombination von AAA (bzw. Aaa) bis D ausgedrückt. Je nach Ratingagentur werden modell- oder analytensbasierte Methoden bzw. häufig eine Kombination der beiden verwendet. Bei modellgestützten Methoden werden rein quantitative Daten (Kennzahlen aus Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung) finanzmathematisch verarbeitet. Bei analytensbasierten Methoden findet eine qualitative Einschätzung durch Analysten auf Basis von Interviews mit dem Management zu Themen wie operativer Leistung, Marktpositionierung oder Risikomanagement statt. Je nach Schuldner typ kommen verschiedene Verfahren zur Anwendung.

¹¹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.29.

¹² Siehe u. a. Pflichtwandelanleihen und Anleihen mit Forderungsverzicht ([Art. 5 Abs. 1 lit. i VStG](#)).

¹³ OECD-FT-Richtlinien, N 10.54.

¹⁴ Das Konzept der *«realistischerweise zur Verfügung stehenden Alternativen»* kennen die TP Guidelines bereits im Kapitel IX zur Thematik der Umstrukturierungen; TP Guidelines, N 9.27 ff.

¹⁵ Siehe zu dieser Thematik auch den viel beachteten Gerichtsfall von Chevron in Australien (*Chevron Australia Holdings Pty Ltd vs Commissioner of Taxation* [2017] FCAFC 62).

¹⁶ OECD-FT-Richtlinien, N 10.62.

¹⁷ Nicht zu verwechseln mit dem Emissionsrating für ein bestimmtes Instrument.

¹⁸ Rudolf Volkart, *Corporate Finance – Grundlagen von Finanzierung und Investition*, 2. Auflage, Zürich 2006, 522.

¹⁹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.64.



Nebst den grossen Ratingagenturen verwenden auch Banken bei der Vergabe von Krediten an Unternehmen interne Modelle zur Einschätzung

StR 75/2020 S. 540, 544

der Kreditwürdigkeit. Diese Modelle vergeben ebenfalls individuelle Ratings auf Basis von finanziellen (Finanzierungspotential, Produktivität, Profitabilität, Liquidität, Finanzierungsstruktur), weichen (Firmenleitung, nichtbetriebsnotwendige Investitionen, Qualität der Budgetplanung) und branchenspezifischen Faktoren.

All diesen Schuldneratings gemeinsam ist, dass sowohl harte (finanzielle) als auch weiche (subjektive) Faktoren einfließen und sie mittels standardisierter Modelle versuchen, eine Einschätzung des mutmasslichen zukünftigen Ausfallrisikos zu machen. Generell lässt sich sagen: Je tiefer das Schuldnerating, desto grösser ist das durch den Gläubiger eingegangene Risiko und desto höher fällt der verlangte Zinssatz im Sinne einer Risikoprämie aus.

4 Schuldnerating im Verrechnungspreisrecht

4.1 Neue OECD-Regeln

Gemäss den OECD-FT-Richtlinien gibt es bei der Anwendung des Schuldneratings für die Bestimmung eines drittpreiskonformen Zinssatzes zwei relevante Themen, die nachfolgend im Detail erläutert werden. Einerseits stellt sich die Frage, wie ein solches Schuldnerating im Konzernverhältnis methodisch erstellt werden muss, andererseits, inwiefern eine rechtlich eigenständige, jedoch wirtschaftlich unselbständige Gesellschaft in einem Konzern ein anderes Rating haben kann als der Gesamtkonzern. Bei der letzteren Thematik geht es um das verrechnungspreisliche Konzept des impliziten Konzernrückhalts («*implicit group support*»).

4.2 Methodik

Die OECD-FT-Richtlinien schweigen - wie die gesamten TP Guidelines in vielen Bereichen - darüber, wie ein Schuldnerating für eine Konzerngesellschaft zum Zwecke des Verrechnungspreisrechts methodisch ermittelt werden muss. Dies schafft einerseits für den Steuerpflichtigen Rechtsunsicherheit, lässt aber andererseits auch individuelle, massgeschneiderte Lösungen zu. Der Report erlaubt einerseits die Nutzung von öffentlichen Ratings der grossen unabhängigen Agenturen mit ihren standardisierten Modellen, andererseits aber auch vergleichbare, selbsterstellte Modelle, wo öffentliche Ratings fehlen.

Bei den Ratings grosser Agenturen weist die OECD darauf hin, dass diese oftmals für einen ganzen Konzern bzw. die Konzernobergesellschaft und nicht für eine spezifische Konzerngesellschaft erstellt werden.²⁰ Ein solches Konzernrating kann aber durchaus der Ausgangspunkt für ein Einzelrating einer Tochtergesellschaft sein, wenn, wie nachfolgend erläutert wird, im Konzern ein impliziter Rückhalt vorliegt. Auch erstellen Ratingagenturen zum Teil Ratings für die Emission eines spezifischen Instruments eines Schuldners mit besonderen Eigenschaften (bspw. Instrumente mit Rangrücktritt oder Pflichtwandelanleihen), sodass dieses Rating durch das höhere Risiko des

StR 75/2020 S. 540, 545

Instrumentes schlechter ist als das generelle Schuldnerating.²¹

Da gerade mittelständische, nichtkотиerte Konzerne normalerweise kein öffentliches Rating einer grossen Agentur haben, können auch alternative Modelle verwendet werden. Solche eigenständigen Ratings werden auch als «Schattenratings» bezeichnet.²² Zum einen gibt es auf dem Markt standardisierte Softwareprogramme, mit welchen auf Basis gewisser Parameter selbständig Schuldneratings erstellt werden können. Solche Ratings mittels Softwareprogrammen wurden aber in Deutschland von den Gerichten schon abgelehnt, da die Anbieter ihre Algorithmen nicht offenlegen und daher gerichtlich nicht überprüft werden können.²³

²⁰ OECD-FT-Richtlinien, N 10.71.

²¹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.69.

²² Vögele/Dettmann, in: Vögele/Borstell/Bernhardt (Hrsg.), Verrechnungspreise, 5. Auflage, München 2020, 850.

²³ Urteil des Finanzgerichts Münster vom 7.12.2016 (13 K 4037/13 K, F).

Die OECD nimmt diesen Gedanken auf und verlangt, dass die Input-Faktoren auf ihre Genauigkeit und die Ergebnisse solcher Modelle sorgfältig auf ihre Plausibilität überprüft werden müssen. So ist bspw. zu beachten, dass übrige konzerninterne Transaktionen des Schuldners in fremdvergleichskonformer Weise berücksichtigt werden.²⁴ Andererseits gibt es aber auch die Möglichkeit, eigenständige Modelle zu entwickeln.²⁵ Die OECD weist allerdings korrekterweise darauf hin, dass solche alternativen Modelle oftmals nur quantitative (finanzielle), nicht jedoch qualitative (subjektive) Kriterien berücksichtigen. Ferner ist zu beachten, dass bei Anwendung der Preisvergleichsmethode regelmässig auf Datenbanken zurückgegriffen wird und die darin enthaltenen Fremdkapitaltransaktionen auf den Ratings der grossen Agenturen basieren. Diese Ratings sind meist granularer als eigene Modelle.

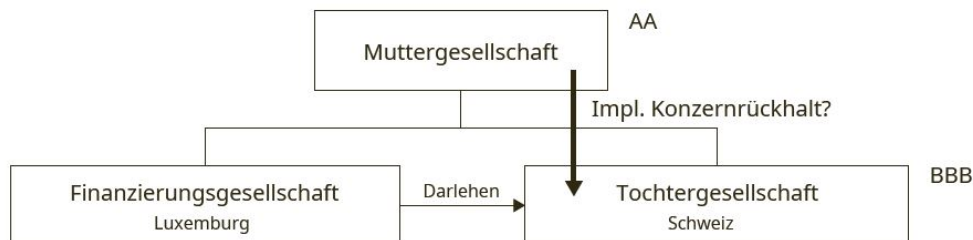
4.3 Impliziter Konzernrückhalt

Von besonderem Interesse im Lichte des Separate Entity Approachs ist das Konzept des impliziten Konzernrückhalts, welches in den OECD-FT-Richtlinien eine prominente Stellung einnimmt. Dieses Konzept basiert auf der Idee, dass Gesellschaften durch die Zugehörigkeit zu einem Konzern einen zufälligen Vorteil (*«incremental benefit»*) erzielen. In diesem Kontext bezieht sich der Begriff «zufällig» auf Vorteile, die *«nur aufgrund der Zugehörigkeit zu einem Konzern entstehen, ohne dass diese Vorteile durch bewusste konzentrierte Aktionen oder Geschäftsvorfälle herbeigeführt worden wären»*.²⁶ Gemäss Ansicht der OECD dürfen solche zufälligen Vorteile (und auch Nachteile) nicht gesondert vergütet oder speziell zwischen den Mitgliedern

StR 75/2020 S. 540, 546

des Konzerns aufgeteilt werden, da keine bewusste Leistungsverpflichtung vorliegt.²⁷ Diese zufälligen Vorteile müssen abgegrenzt werden von Synergie- oder Verbundeffekten, die durch zielgerichtete und beabsichtigte Massnahmen erzielt werden.²⁸

Bezogen auf das Schuldner rating einer einzelnen Konzerngesellschaft bedeutet dies: Je stärker und ausgeprägter dieser implizite Konzernrückhalt ist, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit einer finanziellen Unterstützung der einzelnen Gesellschaft und desto näher ist das Einzelschuldner rating am Rating des Gesamtkonzerns.²⁹ Mit anderen Worten liegt eine umfassende, nicht entschädigungsfähige Garantie vor. Die Wirkung des impliziten Konzernrückhalts lässt sich mit folgendem Beispiel illustrieren:



Eine Konzerngesellschaft A mit Sitz in der Schweiz nimmt bei einer Konzernfinanzierungsgesellschaft B in Luxemburg ein Darlehen über CHF 500 Mio. auf. Die Gesellschaft A hat ein Einzelschuldner rating BBB (Lower Medium Grade) und der Gesamtkonzern AA (High Grade Rating). Der Credit Spread³⁰ beträgt 25 (AA) bzw. 250 Basispunkte (BBB) und der Swap-Satz ist bei 0,25%. Die Gesellschaft A (BBB-Rating) in der Schweiz müsste grundsätzlich einen Zins von 2,75% (0,25% + 250 Basispunkte Risikozuschlag) auf diesem Darlehen bezahlen. Wird jedoch ein ausgeprägter, impliziter Konzernrückbehalt angenommen, beläuft sich der Zinssatz auf lediglich 0,50% (0,25% + 25 Basispunkte). Gemäss Ansicht der OECD darf dieser zufällige Vorteil im Wert von CHF 11 250 000.- p. a. (2,25% von 500 Mio.) nicht verrechnet werden.

²⁴ OECD-FT-Richtlinien, N 10.73.

²⁵ Beispielsweise auf Basis des Altman'schen Z-Faktor-Modells, welches ausgehend von fünf verschiedenen Faktoren (u. a. EBIT im Verhältnis zur Bilanzsumme) sowie Stichproben von 33 solventen und 33 insolventen Unternehmen eine Formel entwickelte mit einer Gewichtung der einzelnen Faktoren. Je kleiner das Ergebnis dieser Formel (Z-Faktor-Wert) ist, desto höher die Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz und desto schlechter das Rating.

²⁶ TP Guidelines, N 1.158.

²⁷ TP Guidelines, N 1.158.

²⁸ OECD-FT-Richtlinien, N 1.159.

²⁹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.78.

³⁰ Der Credit Spread ist der risikobasierte Zuschlag zu einem risikolosen Zinssatz wie bspw. dem Swap-Satz.

Da gemäss Ansicht der OECD auch zufällige Nachteile nicht gesondert vergütet werden dürfen, hat dies gemäss Meinung des Autors auch zur Folge, dass bei der Annahme eines impliziten Konzernrückhalts das bessere Einzelschuldner-rating auf das schlechtere Konzernrating³¹ reduziert werden muss. In der Regel ist das Konzernrating auf Basis konsolidierter Finanzzahlen jedoch besser, da konsolidiert höhere Barmittelzuflüsse

StR 75/2020 S. 540, 547

zur Tilgung der Zinsen und Rückzahlung der Schuld generiert werden.

Die Ausprägung dieses Konzernrückhalts bestimmt sich nach der relativen Bedeutung der einzelnen Gesellschaft und deren Integration im Konzern.³² Gemäss Ansicht der OECD wird die Bedeutung und Integration mittels eines faktorenbasierten Ansatzes ermittelt, wobei folgende Kriterien herangezogen werden: strategische Bedeutung der Gesellschaft für den Konzern, operationelle Integration und Bedeutung in der Wertschöpfungskette, gemeinsame Firma (Konzernmarke), Folgen für die Reputation und finanzielle Folgen für den Konzern bei einem Konkurs einer Konzerngesellschaft, Verhalten des Konzerns gegenüber Dritten, Historie des Konzerns hinsichtlich finanzieller Unterstützung von Tochtergesellschaften und rechtliche Verpflichtungen (insb. in regulierten Branchen). Die Bedeutung dieser Kriterien kann je nach Branche variieren.³³ Auch hier gibt die OECD keine Methodik vor und die Bestimmung des impliziten Konzernrückhalts ist subjektiv.

Während im schweizerischen Steuerrecht das Konzept des impliziten Konzernrückhalts noch wenig verbreitet ist, hat es sich bspw. in Deutschland bereits vor einigen Jahren fest etabliert und ist regelmässig ein Thema bei Betriebsprüfungen.³⁴

5 Verbesserung Schuldner-rating durch Garantien

Die Thematik des Schuldner-ratings einer Konzerngesellschaft spielt aber auch bei externen Finanzierungen eine wichtige Rolle. Wenn bspw. eine Konzerngesellschaft auf dem Kapitalmarkt eine Obligation emittiert, ist diese häufig mit einer Garantie der Konzernobergesellschaft ausgestattet, um so das Rating des Emittenten zu verbessern. Damit eine Garantie für Verrechnungspreiszwecke anerkannt und als entschädigungswürdig (Garantiekommision) qualifiziert wird, muss es sich gemäss Ansicht der OECD um eine explizite Garantie mit einem wirtschaftlichen Nutzen für die emittierende Konzerngesellschaft handeln. Comfort Letters oder Keepwell Agreements berechtigen gemäss Ansicht der OECD (wie auch der schweizerischen Steuerbehörden) nicht zu einer konzerninternen Kommission, da diese keinen rechtsverbindlichen Charakter und damit keinen wirtschaftlichen Nutzen haben.³⁵ Die OECD vertritt ferner die Ansicht, dass, soweit eine Garantie lediglich die Kreditaufnahmekapazität dem Grund nach erweitert, diese ebenfalls nicht vergütungsfähig ist.³⁶ Ein wirtschaftlicher Vorteil wird von der OECD typischerweise dann bejaht, wenn die Garantie zu einem besseren Rating und damit tieferen Finanzierungskosten führt.³⁷ Schliesslich

StR 75/2020 S. 540, 548

wird eine explizite Garantie verrechnungspreislich dann ignoriert, wenn die Emittentin - wie bereits früher in diesem Artikel erläutert - von einem impliziten Konzernrückhalt profitiert.³⁸

Die OECD-FT-Richtlinien schlagen im Wesentlichen drei Methoden zur Ermittlung einer drittpreis-konformen Garantiekommision vor. Die Preisvergleichsmethode sieht die Ermittlung einer Kommission auf Basis von vergleichbaren Garantien zwischen zwei unabhängigen Parteien vor.³⁹ Da in der Praxis allerdings häufig

³¹ TP Guidelines, N 1.158.

³² OECD-FT-Richtlinien, N 10.78.

³³ OECD-FT-Richtlinien, N 10.79.

³⁴ Siehe u. a. BMF-Schreiben vom 29.3.2011 zur Teilwertabschreibung auf Darlehen an verbundene Unternehmen (IV B 5 – S 1341/09/10004).

³⁵ OECD-FT-Richtlinien, N 10.163.

³⁶ Werner Rosar, OECD veröffentlicht neues Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien zu Finanztransaktionen, Transfer Pricing International 2020, 49 ff., 56.

³⁷ OECD-FT-Richtlinien, N 10.157.

³⁸ Siehe dazu auch Entscheid des obersten Steuergerichts in Kanada (General Electric Capital Canada, Inc. v. The Queen) aus dem Jahre 2009.

³⁹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.170 ff.



keine Vergleichsdaten verfügbar sind, hat diese Methode keine grosse Relevanz.⁴⁰ Die Zinsdifferenzmethode («*Yield Approach*») bestimmt die Kommission aus dem Vergleich des Zinssatzes, den der Emittent jeweils mit und ohne Garantie zahlen müsste, wobei der ermittelte Betrag typischerweise einen Maximalbetrag darstellt.⁴¹ Diese Methode wurde auch in einem Entscheid der Steuerrekurskommission des Kantons Zürich aus dem Jahre 2000 angewandt.⁴² Die Kostenmethode («*Cost Approach*») ermittelt schliesslich die Kommission auf Basis der erwarteten Kosten für den Garantiesteller im Falle eines Ausfalls der garantierten Obligation. Der ermittelte Betrag ist typischerweise ein Mindestbetrag.⁴³

Im Gegensatz zur Höhe von Darlehenszinsen gibt es keine etablierte Verwaltungs- und Gerichtspraxis hinsichtlich der Ermittlung einer drittpreiskonformen Garantiekommision. Die Steuerbehörden verwenden teilweise mit Verweis auf das Rundschreiben zu den Safe-Harbor-Zinssätzen für Vorschüsse und Beteiligungen als Richtgrösse eine Garantiekommision von 0,25-0,5% (Zuschlag auf durch Fremdkapital finanzierte Vorschüsse an Beteiligte).⁴⁴ Es handelt sich dabei aber nicht um eine Safe-Harbor-Regel, sondern um eine blosser Orientierungsgrösse.

6 Kritische Würdigung

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist es grundsätzlich zu begrüssen, dass die OECD-FT-Richtlinien dem Schuldner eine grosse Bedeutung bei der Bestimmung eines marktkonformen Zinssatzes zumessen. Jede kaufmännisch handelnde Person würde bei der Vergabe eines Darlehens zuerst die Kreditwürdigkeit des Vertragspartners prüfen und mit steigendem Risiko einen höheren Zins verlangen. Gerade aber für mittelständische Konzerne bringen die neuen Verrechnungspreisregeln bei grenzüberschreitenden Darlehen einen administrativen Mehraufwand für die Ermittlung und Dokumentation des Schuldnerratings.

StR 75/2020 S. 540, 549

Das Konzept des impliziten Konzernrückhalts muss mannigfaltig beurteilt werden. In der Theorie steht das Konzept nach Meinung des Autors in einem gewissen Widerspruch zu dem den TP Guidelines zugrundeliegenden Separate Entity Approach. Während dieser Ansatz willentlich die wirtschaftliche Realität eines Konzerns ignoriert und steuerlich auf die einzelne Konzerngesellschaft als wirtschaftlich fiktiv unabhängige Einheit abstellt, berücksichtigt das Konzept des impliziten Konzernrückhalts dennoch die wirtschaftlichen Vorteile einer Gruppe. Die OECD begründet dieses Konzept bei der Vergabe von Darlehen damit, dass auch ein fremder Dritter einen allfälligen impliziten Konzernrückhalt berücksichtigen würde.⁴⁵ Diese Begründung ist störend, definiert die OECD den Fremdvergleichsgrundsatz doch gerade damit, wie zwei unabhängige Unternehmen agieren und nicht ein unabhängiges Unternehmen und ein Konzern. In der Praxis hingegen kann dieses Konzept durchaus zu einer Erleichterung führen. Mittelständische Konzerne mit einem hohen Integrationsgrad (im Gegensatz zu grossen Mischkonzernen) oder auch regulierte Branchen wie Banken oder Versicherungen haben oftmals einen sehr ausgeprägten impliziten Konzernrückhalt, weshalb die Konzerngesellschaften ein mehr oder weniger identisches Schuldnerrating haben. Auf die Ermittlung eines Einzelratings kann verzichtet werden. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen zufälligen Vorteilen infolge impliziten Konzernrückhalts und bewusst konzentrierten Aktionen der Konzernmuttergesellschaft in der Praxis oft schwierig und das Resultat einer subjektiven Würdigung.

Wendet ein Konzern aber konsequent die von der ESTV publizierte Safe-Harbor-Zinssätze an, so muss dies auch dann von den Steuerbehörden akzeptiert werden, wenn der gemäss OECD-FT-Richtlinien ermittelte Zinssatz (zu Gunsten des Fiskus) davon abweicht. Die Rundschreiben der ESTV vermitteln aber keinen Vertrauensschutz nach [Art. 8 BV](#). Hierzu müsste der Steuerpflichtige bei den Steuerbehörden ein Steuerruling im Einzelfall einholen.

⁴⁰ Bonvin/Berr/Chevalley, Verrechnungspreise für Finanztransaktionen, [EF 2020, 384 ff.](#), 388.

⁴¹ OECD-FT-Richtlinien, N 10.174 ff.

⁴² STE 2001, B 72.13.22 Nr. 40.

⁴³ OECD-FT-Richtlinien, N 10.178 ff.

⁴⁴ ESTV, Rundschreiben vom 3.2.2020, Ziff. 1.2.

⁴⁵ OECD-FT-Richtlinien, N 10.76.