



**OECD Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen:
Würdigung der Transferpreis-Auswirkungen auf Aktionärsdar-
lehen in Immobilienstrukturen mit Anlagen in der Schweiz**

Stephan Pfenninger und Hendrik Blankenstein diskutieren nachfolgend die jüngst publizierten OECD-Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen und würdigen deren transferpreisrechtlichen Auswirkungen auf Aktionärsdarlehen in Immobilienstrukturen mit Anlagen in der Schweiz. Die OECD-Leitlinien behandeln die Transferpreisaspekte verschiedener gruppeninterner Finanztransaktionen wie Darlehen, Garantien, Cash Pooling, Hedging und Captive-Gesellschaften. Die OECD hat nun detaillierte und sowohl für Steuerpflichtige wie auch für Steuerbehörden hilfreiche Ausführungen für die Analyse von Aktionärsdarlehen und die Bestimmung marktüblicher Zinssätze veröffentlicht.

Einleitung

Immobilien-gesellschaften finanzieren ihre Akquisitionen und Entwicklungsprojekte regelmässig durch eine eine Kombination von:

- Bankdarlehen (häufig vorrangig, besichert und mit kurzer Laufzeit),
- Darlehen nicht-finanzieller Institutionen (oftmals nachrangig und unbesichert), und
- Aktionärsdarlehen (häufig unbesichert, mit Rangrücktritt und längerer Laufzeit), sowie
- Eigenkapital.

Aktionärsdarlehen sind regelmässig Gegenstand einer Überprüfung durch die Steuerbehörden. Die behördlichen Beanstandungen sind dabei vielfältig und reichen von der steuerlichen Qualifikation von Aktionärsdarlehen als (zinsfreies) Eigenkapital bis hin zur Infragestellung der Marktmässigkeit vereinbarter Zinsen. Das Fehlen von klaren Steuer- und Transferpreisvorgaben führt regelmässig zu grenzüberschreitenden und nationalen Steuerstreitigkeiten und definitiven Steuerfolgen (wie Gewinnsteuern infolge steuerlich nicht absetzbaren Zinsaufwands oder Quellensteuer auf verdeckten Gewinnausschüttungen).

In der Schweiz dient das Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zum verdeckten Eigenkapital als "Safe harbour"-Regelung. Nach diesem Kreisschreiben wird verdecktes Eigenkapital angenommen, wenn bei einer schweizerischen Kapitalgesellschaft das Fremdkapital vom Aktionär oder von diesem nahestehenden Personen bestimmte Prozentsätze der Bilanzaktiven übersteigt. Zinsen auf verdecktem Eigenkapital sind steuerlich nicht abzugsfähig. Ergänzend publiziert die ESTV jährlich Rundschreiben mit "Safe harbour"-Zinssätzen.

Indes tragen die "Safe harbour"-Richtlinien bei Fremdfinanzierungsinstrumenten wie Aktionärsdarlehen den Parametern, die bei Immobilienfinanzierungen regelmässig berücksichtigt werden (wie den spezifischen Kreditrisiken), nicht Rechnung.

Als Folge weichen die "Safe harbour"-Zinssätze oft vom im spezifischen Einzelfall realistischen Zinssatz ab. Gemäss ESTV-Rundschreiben kann der steuerlich akzeptierte Zinssatz von den "Safe harbour"-Zinssätzen abweichen. Es obliegt diesfalls dem Steuerpflichtigen, die Marktmässigkeit des vereinbarten Zinssatzes nachzuweisen. Das Rundschreiben schweigt sich indes darüber aus, wie dieser Nachweis zu erbringen ist. Gemäss unserer Erfahrung ist es in der Praxis häufig schwierig, die Steuerbehörden von der Marktmässigkeit eines abweichenden Zinssatzes zu überzeugen, selbst wenn diese mit einer detaillierten Transferpreisstudie untermauert wird.

Unsere Anmerkungen

Im Zusammenhang mit der Finanzierung von Immobilienprojekten ist Folgendes anzumerken:

- 1) Die Ermittlung des marktmässigen Zinssatzes bedingt letztlich die Identifikation von vergleichbaren Transaktionen.

Immobilienprojekte werden üblicherweise durch eine Kombination von Fremdfinanzierungsinstrumenten inklusive Darlehen von einem unabhängigen Dritten finanziert. Gemäss OECD ist zumindest die letztgenannte Finanzierungsart als potenziell vergleichbare Transaktion zu würdigen. Die OECD anerkennt dabei auch, dass infolge unterschiedlicher Ausgestaltungen der Finanzierungsinstrumente Adaptierungen bei der Vergleichbarkeit erforderlich sein können: Verglichen mit Bankdarlehen haben Aktionärsdarlehen regelmässig eine längere Laufzeit, sind nachrangig und/oder mit einem Rangrücktritt belastet. Infolgedessen ist bei der Ermittlung des Zinssatzes auf dem Aktionärsdarlehen ein Aufschlag oder eine Marge zum Zinssatz der Bankfinanzierung zu addieren. Die OECD hält fest, dass auch Darlehensverhältnisse zwischen zwei (vom Steuerpflichtigen) u n a b h ä n g i g e n Parteien und andere Finanztransaktionen wie Obligationen, Deposits, Wandelanleihen und Geldmarktpapiere als potentiell vergleichbare Transaktionen herangezogen werden können.

In der Praxis erkennen wir eine (internationale) Tendenz, wonach die Steuerbehörden bei Immobilienfinanzierungen die Verwendung externer Vergleichsdaten nicht anerkennen. Dies mit der Argumentation, dass Aktionärsdarlehen am besten mit (vorrangigen) Bankfinanzierungen vergleichbar seien. Dabei werden gelegentlich sogar Anpassungen der generell tieferen Zinsmargen der Banken nicht anerkannt, ungeachtet des höheren Kreditrisikos, welches auf dem Aktionärsdarlehen lastet.

Nach unserer Auffassung ist es deshalb zentral, dass der Steuerpflichtige bei der Ermittlung und Dokumentation des anzuwendenden Zinssatzes detailliert darlegen kann, warum er potenzielle Vergleichsdaten verwendet oder nicht berücksichtigt hat, welche Zins-Adjustierungen er beim Vergleich vorgenommen hat und wie diese quantifiziert wurden. Gemäss OECD sollte Ausgangspunkt dafür eine detaillierte Transaktionsanalyse sein.

2) Die OECD hält fest, dass die Transaktionsanalyse sowohl die Sicht des Schuldners wie auch die des Gläubigers und der ihnen realistischerweise je zur Verfügung stehenden Finanzierungsmöglichkeiten berücksichtigen und folgende Elemente abdecken sollte:

- Umschreibung der Bedingungen des Aktionärsdarlehens.
- Eine Evaluation der Kreditrisiken des Schuldners und der Risiken des spezifischen Darlehens bzw. des Immobilienprojektes, wie sie üblicherweise seitens Gläubiger im Rahmen der Überprüfung, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen ein Aktionärsdarlehen gewährt werden soll, durchgeführt wird. Typischerweise beinhaltet dies eine Loan-to-Value-Analyse, welche die mit dem Aktionärsdarlehen verbundenen Kreditrisiken verlässlich quantifiziert und die Ausfallrisiken für die Darlehenstranchen im Insolvenzfall aufzeigt.

- Aufgrund des gruppeninternen Charakters werden Aktionärsdarlehen regelmässig ohne Besicherung gewährt. Die OECD weist darauf hin, dass die fehlende vertragliche Verfügungsmacht des Gläubigers über die Aktiven des Schuldners die wirtschaftliche Realität hinsichtlich des dem Aktionärsdarlehen inhärenten Risikos nicht zwingend abbildet. Wenn Aktiven als Sicherheiten für ansonsten unbesicherte Aktionärsdarlehen verfügbar sind, kann sich dies also auf die Zinskonditionen auswirken.
- Eine Analyse der Überlegungen des Schuldners, seine Kapitalkosten mittels richtiger Abdeckung seiner kurz- und langfristigen Finanzierungsbedürfnisse zu optimieren.
- Ein Vergleich des Aktionärsdarlehens mit anderen realistischerweise verfügbaren Finanzierungsmöglichkeiten. Aus Sicht des Gläubigers muss das Aktionärsdarlehen verglichen mit anderen Investitionsmöglichkeiten die attraktivere Geldanlage darstellen. Der Schuldner muss die Optionen, eine Sicherheit bereitzustellen oder sich die Möglichkeit der Besicherung für eine mögliche Drittfinanzierung in der Zukunft zu erhalten, gegeneinander abwägen.

- 3) Zusammenfassend kann festhalten werden, dass die OECD nun detailliertere Leitlinien vorgibt, welche sowohl die Steuerpflichtigen als auch die Steuerbehörden in der Überprüfung von Aktionärsdarlehen und des darauf anwendbaren marktmässigen Zinssatzes unterstützen. Unsere Auffassung:
- Schweizerische Steuerpflichtige, welche nicht die schweizerischen "Safe harbour"-Richtlinien anwenden wollen, sind gut beraten, den marktmässigen Zinssatz mit einer (zeitgerecht erstellten) OECD-konformen Transferpreisstudie zu dokumentieren. Den Steuerbehörden dürfte es leichter fallen, die Fremdvergleichskonformität von Zinssätzen basierend auf entsprechenden Transferpreisanalysen zu bestätigen, da sie diese so besser auf ihren Einklang mit den OECD-Leitlinien überprüfen können.
 - Steuerpflichtigen mit bestehenden Aktionärsdarlehen ist eine kritische Überprüfung ihrer Transaktionen und deren Bepreisung unter den Gesichtspunkten der Strukturierung, der Dokumentation und dem Bestehen von Steuerrisiken zu empfehlen. Auch ist möglicherweise die Evaluierung der Möglichkeiten zur Risikominimierung angezeigt.
 - In der Schweiz wurden in der Vergangenheit häufig schriftliche Stellungnahmen von unabhängigen Banken zu angemessenen Zinssätzen für ein spezifisches Darlehen (unverbindliche Kreditofferte) für die Untermauerung der Marktmässigkeit verwendet. Entsprechende Stellungnahmen von Banken werden nun von der OECD als nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechend abgelehnt. Wir empfehlen daher den Steuerpflichtigen, welche die Marktmässigkeit ihres verwendeten Zinssatzes ausschliesslich durch eine solche Bankstellungnahme untermauert haben, zur Verteidigung ihrer Position eine ergänzende Transferpreisstudie durchzuführen.
- 4) Die OECD macht keine genaueren Vorgaben zu den Dokumentationspflichten für Finanztransaktionen. Angesichts der vorstehenden Ausführungen sind wir der Auffassung, dass es im eigenen Interesse des Steuerpflichtigen ist, seine Struktur proaktiv zu analysieren und eine Dokumentation zur Untermauerung des marktmässigen Zinssatzes bereitzustellen, welche die entscheidenden Aspekte der Transferpreisanalyse abdeckt:
- Umschreibung der Bedingungen des Aktionärsdarlehens;
 - Evaluation des Kreditrisikos des Schuldners;
 - Analyse der Kapitalkosten des Schuldners;
 - Analyse von potenziellen Vergleichspreisen, Gründe für Verwendung und Ausserachtlassung von potenziellen Vergleichspreisen, Adjustierungen beim Vergleich und deren Bemessung;
 - Gründe, weshalb das Aktionärsdarlehen so strukturiert wurde und Darlegung realistischer Alternativen aus Sicht von Schuldner und Gläubiger.
- 5) Der vorliegende Newsletter geht nicht auf die Auswirkungen von COVID-19 ein. Indes ist absehbar, dass auch Immobilieninvestments negativ von der Krise beeinflusst werden. Für Immobilienprojekte mit einem höheren Risikoprofil dürften Bankdarlehen in der Zukunft teurer werden bzw. schwieriger zu erhalten sein. Aktionärsdarlehen könnten dann eine noch wichtigere Finanzierungsvariante werden.

Dr. Stephan Pfenninger

Stephan Pfenninger, Partner bei Tax Partner AG, ist spezialisiert im Immobiliensteuerrecht und berät kotierte und nicht kotierte Schweizer und ausländische institutionelle Immobilien-Investoren sowie Privatpersonen.

Hendrik Blankenstein

Hendrik Blankenstein, Partner bei Tax Partner AG, ist spezialisiert auf Transfer Pricing. Er berät Schweizer und ausländische multinationale Kunden betreffend die Konzeption von Verrechnungspreissystemen, die Erstellung von Dokumentationen, die Verhandlung und den Abschluss von APAs bis hin zum Management von komplexen Verrechnungspreisprüfungen.

Tax Partner AG, Taxand Schweiz

Tax Partner AG, Taxand Schweiz, ist spezialisiert auf schweizerisches und internationales Steuerrecht und als wichtige unabhängige Steuer-Boutique anerkannt. Mit rund 14 Partnern bzw. Counseln und insgesamt rund 40 Steuerberatern berät das Unternehmen seit seiner Gründung im Jahr 1997 multinationale und nationale Unternehmen wie auch Privatpersonen.

Tax Partner deckt das gesamte Spektrum der Steuerberatung ab und bietet dem Kunden damit eine einzigartig umfassende Servicequalität.

Aufgrund ihres Wachstums und der kontinuierlich ausgebauten internationalen Beziehungen war Tax Partner im Jahr 2005 Mitgründerin von Taxand. Taxand ist das weltweit grösste unabhängige Netzwerk von Steuerberatern, das qualitativ hochwertige und integrierte internationale Steuerberatung erbringt.

Tax Partner wird regelmässig in verschiedenen internationalen Publikationen als führendes Steuerberatungsunternehmen in der Schweiz nominiert.

Tax Partner AG

Talstrasse 80
8001 Zürich
Schweiz

Telefon +41 44 215 77 77
Fax +41 44 215 77 70
www.taxpartner.ch

 **TAXAND**

Your global tax partner
www.taxand.com

DISCLAIMER

Der Inhalt dieses Newsletters ist keine abschliessende Darstellung und stellt keine Steuer- oder Rechtsberatung dar. Tax Partner AG lehnt jede diesbezügliche Haftung ab. Um sich für diesen Newsletter abzumelden, senden Sie bitte eine E-Mail an unsubscribe@taxpartner.ch.