

**Interkantonale Steuerauscheidung von Universalbanken – Konkretisiert
an der Rolle des konzerninternen Treasury für das Zinsdifferenz- und
Vermögensverwaltungsgeschäft**

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Anke Stumm

aus

Deutschland

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Robert Waldburger

und

Prof. Dr. Raoul Stocker

Dissertation Nr. 5079



Stämpfli Verlag Bern · 2021

**Interkantonale Steuerauscheidung von Universalbanken – Konkretisiert
an der Rolle des konzerninternen Treasury für das Zinsdifferenz- und
Vermögensverwaltungsgeschäft**

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Anke Stumm

aus

Deutschland

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Robert Waldburger

und

Prof. Dr. Raoul Stocker

Dissertation Nr. 5079



Stämpfli Verlag Bern · 2021

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 19. Oktober 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Das gleiche Werk ist im Stämpfli Verlag AG erschienen als Heft 119 der Reihe
Schriftenreihe Finanzwissenschaft und Finanzrecht iFF

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021

Printed in Switzerland

Für Philipp,
Marc & seine kleine Schwester

Vorwort

Die Allokation des Steuersubstrats einer in mehreren Kantonen steuerbaren Bank ist von hoher finanzpolitischer Bedeutung und wird unter den kantonalen Steuerhoheiten rege diskutiert. Die vorliegende Arbeit widmet sich der Allokation von steuerbarem Gewinn und Kapital einer Universalbank auf die einzelnen Kantone. Die vorliegende Abhandlung, die im Oktober 2020 von der Universität St. Gallen als Dissertation angenommen wurde, entwickelt eine Allokationsmethode, welche die verfassungsmässigen Prinzipien des Steuerrechts respektiert und sowohl für die kantonalen Steuerhoheiten als auch Steuerpflichtigen zu einem angemessenen Allokationsergebnis führt.

Das Gelingen dieses Dissertationsprojekts verdanke ich all jenen Menschen, welche mich während dieser Zeit begleitet und unterstützt haben.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. em. Dr. Robert Waldburger, der mich zu einem solchen gewaltigen Projekt inspiriert hat und mir während der gesamten Dissertationsphase wissenschaftliche Freiheit, jedoch auch jederzeit genügend Unterstützung anbot. Weiterhin bin ich Prof. Dr. Raoul Stocker sehr dankbar für die Übernahme des Korreferats. Seine wertvollen Anregungen haben massgeblich zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen.

Während meiner Dissertation konnte ich bei der UBS im Group Tax arbeiten. Gedankt sei Dr. Andreas Risi und Harald Bischof, welche mir ein Arbeitsumfeld boten, von dem ich massgeblich bei der Ausarbeitung meiner Dissertation profitieren konnte.

Gedankt sei sodann Susanne Schreiber, Thomas Wolfensberger und Jörg Schudel für ihre Gesprächsbereitschaft. Ihre hilfreichen und fachkundigen Hinweise und Anregungen haben wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Sie teilen aber nicht notwendigerweise die in dieser Abhandlung vertretenen Ansichten. Die formulierten Aussagen und die gezogenen Schlüsse stellen meine persönliche Einschätzung dar.

Corinna Bigler danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und ihre wertvollen Anregungen.

Besonderem Dank verpflichtet bin ich meinen lieben Eltern, die mich stets bei all meinen kleinen und grossen Projekten im Leben bekräftigt und unterstützt haben. Sie gaben mir zu jeder Zeit das Gefühl auf dem richtigen Weg zu sein und selbst bei Rückschlägen an meinen Zielen und Träumen festzuhalten.

Der grösste Dank gebührt meinem Ehemann Philipp Stumm, welcher mich zu diesem Projekt ermutigt, mich fortwährend – auch in schwierigen Phasen – bedingungslos unterstützt hat. Dieses Dissertationsprojekt wäre ohne ihn nicht möglich gewesen. Philipp und unseren beiden Kindern sei diese Dissertation gewidmet.

Thalwil, Juni 2021

Anke Stumm

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Zusammenfassung	XVII
Executive Summary	XVIII
Literaturverzeichnis	XXI
A. Literatur.....	XXI
B. Materialien und amtliche Publikationen.....	XXIX
C. Geschäftsberichte	XXXII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Abbildungsverzeichnis	XXXIX
I. Einleitung	1
A. Problemstellung und Relevanz der Fragestellung	1
B. Vorgehensweise	2
C. Abgrenzungen und Begrifflichkeiten	4
II. Betriebswirtschaftliche Grundlagen	7
A. Das Geschäftsmodell der Universalbank.....	7
B. Risiken als Grundlage des Bankgeschäfts	34
C. Die Bilanzstruktur der Bank.....	61
III. Untersuchungsgegenstand: das konzerninterne Treasury der Universalbank	73
A. Aufgaben des konzerninternen Treasury einer Bank.....	73
B. Die Organisation des Treasury bei Schweizer Universalbanken	88
IV. Die Grundlagen der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung	91
A. Begründung der steuerlichen Zugehörigkeit durch eine Betriebsstätte oder ein verbundenes Unternehmen	91
B. Unterschiede bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung	98
C. Methoden der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung.....	112
D. Überlegungen zur Angleichung der Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen zu Zwecken der innerschweizerischen Erfolgs- und Kapitalabgrenzung	163
E. Synthese zur sachgemässen innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten	192
V. Die wertorientierte Unternehmensanalyse als Ausgangslage für die innerschweizerische Kapital- und Gewinnausscheidung	197
A. Die verursachungsgerechte Verteilung des Steuersubstrats.....	197
B. Analyse der Treasury-Funktion hinsichtlich ihres Wertbeitrags bei der Leistungserstellung der Universalbank	204
C. Fazit und Ausblick auf die Fragestellungen	211

VI. Analyse der verursachungsgerechten innerschweizerischen Kapitalallokation zur konzerninternen Treasury-Einheit einer Universalbank.....	213
A. Ausgangslage	213
B. Kapitalallokation zur Treasury-Einheit dem Grunde nach	216
C. Kapitalallokation zur Treasury-Einheit der Höhe nach	232
D. Beispiele.....	256
E. Fazit.....	262
VII. Analyse der verursachungsgerechten Vergütung der konzerninternen Treasury-Einheit – die innerschweizerische Gewinnabgrenzung der Bank	265
A. Ausgangslage	265
B. Allgemeine Überlegungen zur innerschweizerischen Gewinnallokation einer Universalbank	266
C. Innerschweizerische Gewinnallokation zur Treasury-Einheit	284
D. Beispiele.....	285
E. Fazit.....	288
VIII. Die kantonale Praxis zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken – das Kreisschreiben der SSK	291
A. Das neue Kreisschreiben der SSK.....	291
B. Beurteilung der Ausscheidungsmethode der SSK im Vergleich zur hier erarbeiteten Ausscheidungsmethode	296
IX. Zusammenfassung und Schlussüberlegungen.....	303

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Zusammenfassung	XVII
Executive Summary	XVIII
Résumé	XIX
Literaturverzeichnis	XXI
A. Literatur.....	XXI
B. Materialien und amtliche Publikationen.....	XXIX
C. Geschäftsberichte	XXXII
Abkürzungsverzeichnis	XXXV
Abbildungsverzeichnis	XXXIX
I. Einleitung	1
A. Problemstellung und Relevanz der Fragestellung	1
B. Vorgehensweise	2
C. Abgrenzungen und Begrifflichkeiten	4
II. Betriebswirtschaftliche Grundlagen	7
A. Das Geschäftsmodell der Universalbank.....	7
1. Definition und Leistungsspektrum der Universalbank.....	7
2. Die Bankenlandschaft in der Schweiz.....	11
3. Die Organisation der Leistungserstellung der Universalbank in der Schweiz.....	13
3.1. Allgemein	13
3.2. Besonderheiten der Bankleistungen und ihrer Erstellung	14
3.3. Die Ablaufstruktur der Universalbank in der Schweiz.....	19
a. Die Wertschöpfungskette «Anlegen»	19
b. Die Wertschöpfungskette «Finanzieren»	24
c. Die Wertschöpfungskette «Zahlen».....	27
3.4. Die Aufbaustruktur der Universalbank in der Schweiz.....	29
a. Die betriebswirtschaftliche Aufbaustruktur der Bank.....	29
b. Die rechtliche Aufbaustruktur der Bank	31
B. Risiken als Grundlage des Bankgeschäfts	34
1. Risiken als Produktionsfaktor im Bankgeschäft	34
2. Risiken im Bankgeschäft	37
2.1. Das Kreditrisiko.....	37
2.2. Das Liquiditätsrisiko.....	38
2.3. Das Marktrisiko	41
2.4. Operationelle Risiken	42
3. Das Risikomanagement der Bank	43
4. Die risikoorientierte Regulierung der Banken in der Schweiz	48
4.1. Grundlagen der Regulierung von Banken in der Schweiz	48
4.2. Die regulatorischen Eigenmittelanforderungen.....	52
a. Die Rolle des Eigenkapitals bei der Bank.....	52

b.	Qualitative und quantitative regulatorische Eigenmittel- anforderungen.....	54
4.3.	Liquiditätsanforderungen.....	60
C.	Die Bilanzstruktur der Bank.....	61
1.	Die Besonderheiten der Bilanzstruktur einer Bank.....	61
2.	Die einzelnen Bilanzpositionen.....	65
2.1.	Die Vermögensstruktur der Bank – die Aktivseite der Bilanz.....	65
2.2.	Die Finanzierungsstruktur der Bank – die Passivseite der Bilanz....	67
3.	Graphische Darstellung der Bankbilanz.....	70
III.	Untersuchungsgegenstand: das konzerninterne Treasury der Universalbank.....	73
A.	Aufgaben des konzerninternen Treasury einer Bank.....	73
1.	Überblick.....	73
2.	Konzerninterne Finanzierung und Liquiditätsmanagement.....	74
2.1.	Die konzerninterne Finanzierung im Allgemeinen.....	74
2.2.	Die konzerninterne Finanzierung und das Liquiditätsmanagement bei Banken.....	79
3.	Die Finanzierungsfunktion der Treasury-Einheit als «Bank in der Bank». 3.1. Kapitalmanagement.....	82
3.2.	Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagement.....	83
4.	Zinsmanagement.....	85
5.	Kreditrisikomanagement.....	86
B.	Die Organisation des Treasury bei Schweizer Universalbanken.....	88
IV.	Die Grundlagen der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung.....	91
A.	Begründung der steuerlichen Zugehörigkeit durch eine Betriebsstätte oder ein verbundenes Unternehmen.....	91
1.	Allgemein.....	91
2.	Betriebsstätte.....	92
3.	Verbundenes Unternehmen.....	93
B.	Unterschiede bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung.....	98
1.	Definition der Doppelbesteuerung und Anwendbarkeit des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV	98
1.1.	Die rechtliche Doppelbesteuerung – Kern des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots.....	98
1.2.	Wirtschaftliche Doppelbesteuerung und Doppelbesteuerungsverbot.....	100
2.	Funktion der Gewinn- und Kapitalabgrenzung für die Vermeidung der Doppelbesteuerung.....	104
2.1.	Im Einheitsunternehmen.....	104
2.2.	Bei verbundenen Unternehmen.....	105
3.	Durchsetzbarkeit der harmonisierten Normen zur interkantonalen Gewinn- und Kapitalabgrenzung – Anwendbarkeit von Art. 127 Abs. 3 BV auf die wirtschaftliche Doppelbesteuerung.....	106
4.	Zwischenfazit.....	111
C.	Methoden der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung.....	112
1.	Anforderungen an die Abgrenzungsmethode.....	112
1.1.	Prinzipielle Anforderungen an die Abgrenzungsmethode.....	112

1.2.	Konkrete Anforderungen an die Abgrenzungsmethode	116
2.	Grundlegende Theorien der Erfolgsabgrenzung	118
2.1.	Allgemein	118
2.2.	Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens	118
a.	Grundgedanken der Theorie	118
b.	Fiktion des rechtlich selbständigen Unternehmens – die Selbständigkeitsfiktion der Betriebsstätte	119
c.	Fiktion des wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens	122
2.3.	Theorie der Einheit des Unternehmens	123
3.	Methoden der Gewinn- und Kapitalabgrenzung	124
3.1.	Begrifflichkeiten und Methodik	124
3.2.	Die objektmässige (direkte) Methode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz	125
a.	Der Fremdvergleichsgrundsatz als internationaler Standard.....	125
b.	Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten – der Authorized OECD Approach («AOA») ...	129
c.	Anwendung der Verrechnungspreismethoden der OECD	137
d.	Anwendung der objektmässigen Abgrenzungsmethode in der Schweiz	140
3.3.	Die quotenmässige (indirekte) Methode	143
a.	Grundlagen	143
b.	Funktionsweise und Anforderungen	145
(1)	Der Konsolidierungskreis	145
(2)	Bestimmung der aufzuteilenden Steuerbemessungsgrundlage	147
(3)	Der Aufteilungsschlüssel	150
c.	Anwendbarkeit in der Schweiz	152
(1)	Besonderheiten und grundlegende Überlegungen	152
(2)	Interkantonale Kapitalausscheidung	155
(3)	Interkantonale Gewinnabgrenzung	157
(4)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur interkantonalen Steuerausscheidung bei Banken	158
4.	Kritische Würdigung der Methoden der Gewinn- und Kapitalabgrenzung	159
D.	Überlegungen zur Angleichung der Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen zu Zwecken der innerschweizerischen Erfolgs- und Kapitalabgrenzung	163
1.	Die Problematik der divergierenden Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen bei der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung	163
2.	Fiktion der rechtlichen Selbständigkeit oder Missachtung des Trennungsprinzips für Abgrenzungszwecke?	165
2.1.	Die Nutzung der Konzernausstattung und das wirtschaftliche Eigentum an Vermögenswerten	165
2.2.	Allokation der Risiken und Haftung im Konzern	170
2.3.	Konzerninterne Leistungsbeziehungen	174
2.4.	Plädoyer zugunsten der Missachtung des Trennungsprinzips für Abgrenzungszwecke	177

3.	Modalitäten der Konsolidierung für eine zielführende Angleichung von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten zu Zwecken der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalallokation.....	178
3.1.	Notwendigkeit der Konsolidierung.....	178
3.2.	Definition des Konsolidierungskreises	179
3.3.	Art der Konsolidierung	180
a.	Für die Gewinnabgrenzung.....	180
b.	Für die Kapitalabgrenzung	182
4.	Auswirkungen auf die anwendbare Abgrenzungsmethode im innerschweizerischen Verhältnis.....	184
4.1.	Allgemeine Auswirkungen auf die Abgrenzungsmethode.....	184
4.2.	Auswirkungen auf die Gewinnabgrenzungsmethode.....	186
a.	Reichweite der Anwendung des Aufteilungsschlüssels.....	186
b.	Berücksichtigung der Nutzung der Konzernausstattung.....	188
c.	Zuteilung eines Vorausanteils.....	190
4.3.	Auswirkungen auf die Kapitalabgrenzungsmethode.....	191
E.	Synthese zur sachgemässen innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten	192
V.	Die wertorientierte Unternehmensanalyse als Ausgangslage für die innerschweizerische Kapital- und Gewinnausscheidung	197
A.	Die verursachungsgerechte Verteilung des Steuersubstrats.....	197
1.	Der Wertbeitrag einer Konzerneinheit als Grundlage der verursachungsgerechten Allokation des Reingewinns	197
2.	Die Funktionsanalyse als sachgemässes Mittel zur Quantifizierung der Wertbeiträge der Konzerneinheiten	199
3.	Die Werttreiber im Geschäftsmodell der Universalbank	200
B.	Analyse der Treasury-Funktion hinsichtlich ihres Wertbeitrags bei der Leistungserstellung der Universalbank	204
1.	Die Treasury-Funktion als wertschöpfungskettenübergreifende Funktion innerhalb der Universalbank.....	204
2.	Der Wertbeitrag der einzelnen Konzerneinheiten sowie die Rolle der Treasury-Funktion innerhalb der Leistungserstellung der einzelnen Wertschöpfungsketten	204
2.1.	Die Vorkombination	204
2.2.	Wertschöpfungskette «Anlegen».....	205
2.3.	Wertschöpfungskette «Finanzieren».....	209
2.4.	Wertschöpfungskette «Zahlen».....	210
C.	Fazit und Ausblick auf die Fragestellungen	211
VI.	Analyse der verursachungsgerechten innerschweizerischen Kapitalallokation zur konzerninternen Treasury-Einheit einer Universalbank.....	213
A.	Ausgangslage	213
B.	Kapitalallokation zur Treasury-Einheit dem Grunde nach	216
1.	Die Finanzierungsfunktion des Kapitals als Grundlage der Kapitalallokation.....	216
1.1.	Konstruktion einer Vermögenssphäre für die Konzerneinheit.....	216

a.	Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Vermögenswert und Konzerneinheit als Grundlage der Zuweisung von Vermögenswerten.....	216
b.	Beurteilung des wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Vermögenswert und Konzerneinheit bei der Universalbank	220
c.	Wesentlichkeit der Funktionen für die Begründung des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Vermögenswert	221
1.2.	Methoden der Zuweisung von Vermögenswerten im interkantonalen und internationalen Steuerrecht.....	222
1.3.	Analyse der adäquaten Methode für die Zuordnung von Vermögenswerten bei einer Universalbank für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalallokation.....	224
a.	Finanzaktiva	224
(1)	Für die Zuordnung der Finanzaktiva relevante Funktionen.....	224
(2)	Plädoyer für eine anteilige Zuordnung der Finanzaktiva.....	226
(3)	Bewertung der wesentlichen Funktionen für die Zuteilung der Finanzaktiva	227
b.	Andere Vermögenswerte	228
c.	Darstellung der verursachungsgerechten Zuweisung der Vermögenswerte einer Universalbank für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung.....	230
2.	Beurteilung der Notwendigkeit der Kapitalzuweisung zur Treasury-Einheit dem Grunde nach	231
C.	Kapitalallokation zur Treasury-Einheit der Höhe nach	232
1.	Betriebswirtschaftliche Grundlagen der funktionsgerechten Kapitalstruktur	232
2.	Verschiedene Methoden der Ermittlung des Verschuldungsgrades zu Zwecken der Kapitalabgrenzung im interkantonalen und internationalen Steuerrecht.....	234
2.1.	Fremdvergleichskonforme Kapitalabgrenzungsmethoden	234
2.2.	Methoden der Kapitalabgrenzung gemäss der Theorie der Einheit des Unternehmens.....	239
2.3.	Kritische Beurteilung der Kapitalabgrenzungsmethoden im Allgemeinen.....	240
3.	Beurteilung der Einflussfaktoren auf den verursachungsgerechten Verschuldungsgrad einer Konzerneinheit der Universalbank	244
3.1.	Beurteilung der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung einer Universalbank	244
a.	Die Besonderheiten des Bankgeschäfts als Ausgangslage.....	244
b.	Die verursachungsgerechte Eigenkapitalquote eines verbundenen Unternehmens des Bankkonzerns.....	245
(1)	Regulatorische Eigenmittelanforderungen als Grundlage der Verprobung der Eigenkapitalquote eines verbundenen Bankunternehmens?	245
(2)	Bewertung der Vermögenswerte zu Kapitalabgrenzungszwecken	247
(3)	Definition der verursachungsgerechten Eigenkapitalquote des verbundenen Bankunternehmens	252

c.	Die verursachungsgerechte innerschweizerische Kapitalallokation zu einer Bankbetriebsstätte.....	254
3.2.	Beurteilung der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung zur Treasury-Einheit einer Universalbank im Besonderen.....	255
D.	Beispiele.....	256
E.	Fazit.....	262
VII.	Analyse der verursachungsgerechten Vergütung der konzerninternen Treasury-Einheit – die innerschweizerische Gewinnabgrenzung der Bank	265
A.	Ausgangslage	265
B.	Allgemeine Überlegungen zur innerschweizerischen Gewinnallokation einer Universalbank	266
1.	Auswirkungen der Besonderheiten des Bankgeschäfts auf die innerschweizerische Gewinnabgrenzung	266
2.	Anwendbare Abgrenzungsmethode zur innerschweizerischen Gewinnabgrenzung einer Universalbank	267
2.1.	Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode im Allgemeinen.....	267
2.2.	Anwendungsbereich der Gewinnabgrenzungsmethode	268
2.3.	Anwendbarer Aufteilungsschlüssel für die innerschweizerische Gewinnabgrenzung einer Universalbank	270
2.4.	Objektmassige Zuteilung einzelner Ertragskomponenten.....	274
3.	Allokation des Finanzierungsaufwands im Besonderen.....	275
3.1.	Grundlegende Theorien der Allokation des Finanzierungsaufwands und ihre Implikationen für die Allokation des Finanzierungsaufwands	275
a.	Allgemein	275
b.	Allokation des Fremdfinanzierungsaufwands auf Grundlage des Fremdvergleichsprinzips	276
c.	Allokation des Finanzierungsaufwands auf Grundlage der Theorie der Einheit des Unternehmens.....	279
3.2.	Anwendbare Abgrenzungsmethode des Finanzierungsaufwands einer Universalbank	280
C.	Innerschweizerische Gewinnallokation zur Treasury-Einheit	284
D.	Beispiele.....	285
E.	Fazit.....	288
VIII.	Die kantonale Praxis zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken – das Kreisschreiben der SSK	291
A.	Das neue Kreisschreiben der SSK.....	291
B.	Beurteilung der Ausscheidungsmethode der SSK im Vergleich zur hier erarbeiteten Ausscheidungsmethode	296
1.	Beurteilung der Ausscheidungsmethode der SSK.....	296
2.	Beurteilung der in dieser Abhandlung erarbeiteten Ausscheidungsmethode	299
IX.	Zusammenfassung und Schlussüberlegungen.....	303

Zusammenfassung

Die Schweizer Banken führen ihre Geschäftstätigkeit regelmässig in mehreren Kantonen aus. Sie stellen dabei wichtige Steuerzahler für das kantonale Steueraufkommen dar. Die Allokation des Steuersubstrats einer in mehreren Kantonen steuerbaren Bank ist deshalb von hoher finanzpolitischer Bedeutung. Die vorliegende Arbeit widmet sich der Allokation von steuerbarem Gewinn und Kapital einer Universalbank auf die einzelnen Kantone. Der Bereich des Investment Banking bildet dabei nicht Gegenstand der vorliegenden Abhandlung. Die Allokationsmethode muss die verfassungsmässigen Grundsätze des Verbots der interkantonalen Doppelbesteuerung beachten. Aufgrund der finanzpolitischen Bedeutung der Verteilung des Steuersubstrats ist die Akzeptanz des Aufteilungsergebnisses bei den Kantonen von herausragender Bedeutung. Es wird argumentiert, dass dies durch eine verursachungsgerechte Verteilung des Steuersubstrats erreicht werden kann, wobei die Allokation die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung reflektieren muss.

Aus den Charakteristika des Bankgeschäfts ergeben sich spezifische Anforderungen für die Kapital- und Gewinnabgrenzung. Dabei ist zwischen dem Zinsdifferenzgeschäft als klassischem Bankgeschäft und der Vermögensverwaltung und Anlageberatung zu unterscheiden.

Diese Eigenschaften des Bankengeschäfts bewirken, dass bei der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung das klassische Bankgeschäft im Vordergrund steht. Das Kapital im Einheitsunternehmen wird dabei anhand der Kapitalspiegeltheorie zugewiesen, wohingegen das Kapital des verbundenen Unternehmens anhand einer Mindestkapitalisierungsmethode verprobt wird. Die regulatorische Grösse der RWA wird dabei in modifizierter Form als Grundlage für die steuerliche Abgrenzung genommen. Auf diese Weise können die bankspezifischen Risiken korrekt im Abgrenzungsergebnis abgebildet werden. Der Treasury-Einheit wird aufgrund ihrer wesentlichen Rolle bei der Risikosteuerung und Finanzierung ein wesentlicher Anteil am steuerbaren Kapital zugewiesen.

Die Gewinnabgrenzung muss aufgrund der hochintegrierten Leistungserstellung der Bank anhand der Gewinnaufteilungsmethode vorgenommen werden. Der Aufteilungsschlüssel muss dabei die Eigenschaften des klassischen und des indifferenten Bankgeschäfts gleichmässig berücksichtigen. Aufgrund der Eigenschaften des Zinsdifferenzgeschäfts muss der Finanzierungsaufwand anhand der Lage der Aktiven und damit separat vom restlichen Geschäftsergebnis zugewiesen werden. Dabei wird der Treasury-Einheit ein Grossteil des steuerbaren Gewinns aus dem Zinsdifferenzgeschäft sowie der zugehörige Finanzierungsaufwand zugewiesen.

Executive Summary

The allocation of the tax base of a Swiss bank with operations in several cantons is of high fiscal and political pertinence. This thesis analyses the allocation of taxable profits and capital among the cantons to which the bank has a fiscally relevant nexus due to its business. An appropriate allocation must respect the constitutional prohibition of double taxation by two or more cantonal tax authorities. Due to its high fiscal relevance the allocation of taxable profits and capital also has to be accepted by all cantons. Allocations of the tax base that reflect the factual situation and business realities of banks are more likely to achieve such a high level of acceptance.

The characteristics of a bank's business model entail specific requirements that have to be respected by the allocation method. The traditional banking business, the borrowing and on-lending of money, has a direct effect on the bank's balance sheet, whereas the portfolio management and advisory business is off-balance-sheet.

Therefore, the traditional banking business is the focus of the allocation of capital for tax purposes. The analysis shows that there must be a divergent treatment of permanent establishments and associated enterprises for the allocation of the taxable capital of a bank among cantons. The allocation of capital to a permanent establishment has to reflect the equity ratio of the corporation as a whole, whereas the allocation of capital to an associated enterprise has to be tested using a minimum capitalisation method. The method developed in this paper allocates a major part of the tax base to the treasury unit.

As a result of the high degree of integration of business operations in the banking sector, the profit split method needs to be applied to allocate taxable profits among the cantons. The allocation key needs to match the requirements of both the traditional banking business as well as the off-balance-sheet business. This can be achieved by an allocation key that incorporates aggregated gross wages as well as the location of assets. This allocation key can be adapted to different business models of Swiss banks by adjusting the weights of the two components. Additionally, in order to reflect the use of financial resources by the traditional banking business, interest expense needs to be allocated separately based on the location of assets. Consequently, a major part of the profits of the interest arbitrage business will be attributed to the treasury unit.

Résumé

Les banques suisses exercent régulièrement leurs activités dans plusieurs cantons. Ils représentent des contribuables importants pour le produit cantonal de l'impôt. L'allocation du substrat fiscal d'une banque imposable dans plusieurs cantons revêt donc une grande importance en matière de politique financière. Le présent essai est consacré à l'attribution du bénéfice imposable et du capital d'une banque universelle entre les cantons. Le domaine de l'Investment Banking ne fait pas l'objet du présent essai. La méthode d'attribution doit respecter les principes constitutionnels de l'interdiction de la double imposition intercantonale. Vu l'importance de la répartition du substrat fiscal sur le plan financier, l'acceptation du résultat de la répartition par les cantons est d'une importance exceptionnelle. Il est argué que cet objectif peut être atteint en répartissant le substrat fiscal causalement approprié, l'attribution devant refléter la réalité économique des prestations.

Les caractéristiques de l'activité bancaire imposent des exigences spécifiques en matière d'attribution du capital et du bénéfice. Il faut distinguer les opérations d'intérêts en tant qu'opérations bancaires classiques de celles en matière de gestion de fortune et de conseil d'investissement. Ces caractéristiques ont pour effet que l'attribution des capitaux à l'intérieur de la Suisse met les propriétés sur les opérations bancaires classiques. Le capital de l'entreprise unique est alors attribué sur la base d'une méthode de réflexion de capitalisation, alors que le capital de l'entreprise associée est testé sur la base d'une méthode de capitalisation minimale. En raison de son rôle essentiel dans la gestion des risques et le financement, le Treasury se voit attribuer une part importante du capital imposable.

En raison des processus de performance hautement intégrées de la banque, l'attribution des bénéfices doit être effectuée selon la méthode de répartition des bénéfices. La clé de répartition doit tenir équitablement compte des caractéristiques des opérations bancaires classiques et indifférentes. C'est pourquoi une clé de répartition composée de la masse salariale et de la situation des actifs bruts est établie. Les différentes caractéristiques du modèle d'affaires de la banque peuvent être prises en compte dans le cadre de la pondération des deux composantes de la clé de répartition. En raison des caractéristiques des opérations d'intérêts, les charges de financement doivent être réparties en fonction de la situation des actifs et, par conséquent, séparément du reste du résultat commercial. L'unité du Treasury se voit attribuer une grande partie du bénéfice imposable des opérations d'intérêts ainsi que des charges de financement correspondantes.

Literaturverzeichnis

A. Literatur

- ABEGG ANDREAS/BÄRTSCHI HARALD/DIETRICH ANDREAS (Hrsg.), Prinzipien des Finanzmarktrechts, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit.: AUTOR, in: ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, Finanzmarktrecht).
- AFFOLTER MARKUS, Aufsicht über international tätige Finanzgruppen: Konsequenzen für die Bank, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, 131 ff.
- ALLEMANN RICHARD W., Beteiligungsabzug und Schlechterstellungsverbot (Diskriminierungsverbot) im interkantonalen Steuerrecht, FStR 2013, 55 ff.
- ALT RAINER/PUSCHMANN THOMAS, Digitalisierung der Finanzindustrie, Berlin/Heidelberg 2016.
- ANDRESEN ULF, Konzernverrechnungspreise für multinationale Unternehmen, Paradigmenwechsel bei der steuerlichen Einkünfteabgrenzung, Wiesbaden 1999.
- ATHANAS PETER, Die Steuerauscheidung bei interkantonalen Fabrikationsunternehmungen, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 1989, Bern 1990.
- AVI-YONAH REUVEN S., Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, Law & Economics Working Paper, University of Michigan Law School, 2009, abrufbar unter: <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1103&context=law_econ_archive> (abgerufen am 24. Juli 2017).
- AVI-YONAH REUVEN S./CLAUSING KIMBERLY A./DURST MICHAEL C., Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, Volume 9, 2009, No. 5, 497.
- BAKER PHILIP/COLLIER RICHARD S., General Report, in: IFA Cahiers de droit fiscal international, Volume 91b, 2006, 11.
- BARTHOLET OLIVER, Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht, unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Konzernbeziehungen, zugelassene Dissertation Universität Basel 1995, Basel 1995.
- BAUEN MARC/ROUILLER NICOLAS, Schweizer Bankkundengeschäft, Zürich/Basel/Genf 2010.
- BEA FRANZ XAVER, Organisation, 4. Auflage, Stuttgart 2010.
- BECKER HELMUT/KROPPE HEINZ-KLAUS (Hrsg.), Handbuch Internationale Verrechnungspreise, Loseblattsammlung Stand Dezember 2000.
- BESSIS JOËL, Risk Management in Banking, 4. Auflage, Chichester 2015.
- BIRRRER THOMAS K./RUPP MARKUS/SPILLMANN MARTIN (Hrsg.), Corporate Treasury Management, Konzepte für die Unternehmenspraxis, Wiesbaden 2018 (zit.: AUTOR, in: BIRRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury).
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

- BLÜMLICH BRANDIS (Hrsg.), Kommentar zum EstG, KStG, GewStG, 140. Auflage, Loseblattsammlung Stand Januar 2018 (zit.: AUTOR, in: Komm. GewStG).
- BÖCKLI PETER, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit.: BÖCKLI, Rechnungslegung).
- Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht).
- BODEMER SEBASTIAN/VOLLENWEIDER PETER, Treasury und Risikocontrolling in Banken, Stuttgart 2017.
- BOEMLE MAX/GSELL MAX/JETZER JEAN P./NYFELLER PAUL/THALMANN CHRISTIAN, Geld-, Bank-, und Finanzmarkt-Lexikon, Zürich 2002 (zit.: FINANZMARKT-Lexikon).
- BOEMLE MAX/STOLZ CARSTEN, Unternehmensfinanzierung, Band I, 14. Auflage, Zürich 2010.
- BÖHI ROLAND, Das verdeckte Eigenkapital im Steuerrecht, zugelassene Dissertation Universität Zürich 2013, Zürich/Genf/Basel 2014.
- BOHN ALEXANDER, Zinsschranke und Alternativmodelle zur Beschränkung des steuerlichen Abzugs, zugelassene Dissertation Universität Köln 2009, Wiesbaden 2010.
- BRÄHLER GERNOT, Internationales Steuerrecht, Grundlagen für Studium und Steuerberaterprüfung, 8. Auflage, Wiesbaden 2014.
- BRUHN MANFRED/STAUSS BERND (Hrsg.), Wertschöpfungsprozesse bei Dienstleistungen, Wiesbaden 2007 (zit.: AUTOR, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse).
- BRÜLISAUER PETER, Abgrenzung nach dem «Dealing-at-Arm's-Length-Prinzip» im internationalen Einheitsunternehmen (1. Teil), FStR 2014, 211 (zit.: BRÜLISAUER, FStR 2014).
- Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Steuerrecht der Schweiz, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 2006, Bern 2006 (zit.: BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte).
 - Gewinnabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im internationalen Verhältnis, ST 9/2005, 720 (zit.: BRÜLISAUER, ST 2005).
- BUCHHOLZ FELIX, Grenzüberschreitendes Kreditgeschäft durch Bankbetriebsstätten, zugelassene Dissertation Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2013, Wiesbaden 2014.
- BÜSCHGEN HANS E., Bankbetriebslehre, Bankgeschäfte und Bankmanagement, 5. Auflage, Wiesbaden 1998.
- DAWID ROMAN (Hrsg.), Verrechnungspreise, Grundlagen und Praxis, 2. Auflage, ebook 2016 (zit.: AUTOR, in: DAWID, Verrechnungspreise).
- DEBATIN HELMUT, Das Betriebsstättenprinzip der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, DB 34, 1989, S. 1692 ff.
- DE VRIES REILINGH DANIEL, Le recours au Tribunal fédéral en matière de double imposition intercantonale, FStR 2013, 192 ff. (zit.: DE VRIES REILINGH, Beschwerde ans BGer).
- DITZ XAVER, Die Grenzen des Fremdvergleichs – Zugleich Plädoyer für ein Festhalten am Fremdvergleichsgrundsatz, FR 2015 (Band 97), 115.
- DUSS FABIAN, Grenzüberschreitende Leistungsbeziehungen im Konzern, FStR 2015, S. 103 ff.

- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage (zit.: AUTOR, SGK-BV).
- ELLER ROLAND/GRUBER WALTER/REIF MARKUS (Hrsg.), Handbuch Gesamtbanksteuerung, Stuttgart 2001 (zit.: AUTOR, in: ELLER/GRUBER/REIF, Gesamtbanksteuerung).
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAUS RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004.
- ENTHOFFER HANNES/HAAS PATRICK, Asset Liability Management / Gesamtbanksteuerung, Handbuch, Wien 2016.
- FISCHER WILLI/DRENCKHAN HELKE/GWELESSIANI MICHAEL/THEUS SIMONI FABIANA (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014 (zit.: AUTOR, Handbuch Aktienrecht).
- FÖRSTER HARTMUT/NAUMANN MANFRED/ROSENBERG OLIVER, Generalthema II des IFA-Kongresses 2006 in Amsterdam: Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten, IStR 2005, S. 617 ff.
- FÖRSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FRIESENECKER STEFAN, Strategisches Controlling für Universalbanken, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 1992, Bamberg 1992.
- FRÖITZHEIM AURELIA, Steuerliche Selbständigkeitsfiktion der Betriebsstätte und deren Auswirkung auf die Gewinnabgrenzung, zugelassene Dissertation Universität Köln 2014, Wiesbaden 2015.
- FRÖTSCHER GERRIT, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, München 2015.
- GLANZMANN LUKAS/WOLF MARKUS, Cash Pooling – Was ist noch zulässig? Ausgewählte Bemerkungen zum Urteil HG130015-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2014, GesKR 2014, S. 264 ff.
- GÖTTGENS MICHAEL, Kompensation von Zinsänderungs- und Währungsrisiken in der Bilanz, zugelassene Dissertation Universität Köln, Wiesbaden 1997.
- GRAMLICH LUDWIG ET AL. (Hrsg.), Gabler Bank-Lexikon, 14. Auflage, Wiesbaden 2012 (zit.: GABLER-Banklexikon).
- HAISS UTA, Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten im Internationalen Steuerrecht, Neuwied 2000.
- HANKEN JÖRG/KLEINHETPASS GUIDO, Verrechnungspreise im Spannungsfeld von Controlling und Steuern, 1. Auflage, Freiburg 2014.
- HARTMANN-WENDELS THOMAS/PFINGSTEN ANDREAS/WEBER MARTIN, Bankbetriebslehre, 7. Auflage, Berlin/Heidelberg 2019.
- HAUNREITER DIEGO, Die Krisenabwehr im Bankengesetz: unter besonderer Berücksichtigung der bankrechtlichen Schutzfunktionen, der internationalen Finanzmarktarchitektur und der TBTF-Problematik, zugelassene Dissertation Universität Zürich 2011, Bern 2011.
- HEUBERGER RETO, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, zugelassene Dissertation Universität Bern 2001, Bern 2001.

- HILDEBRAND PHILIPP M., «Liquidität» - eine Herausforderung für die Banken, Rede vom 11. Januar 2005 gehalten im Rahmen der Tagung «Liquidität» - eine Herausforderung für Banken, abrufbar unter: <https://www.snb.ch/de/mmr/speeches/id/ref_20050111_pmh> (abgerufen am 7. August 2018).
- HILKE HENNING, Risiko und Bankenaufsicht, zugelassene Dissertation Universität Göttingen 2013, Frankfurt am Main 2014.
- HONGLER PETER, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, zugelassene Dissertation Universität Zürich 2011, Zürich/Basel/Genf 2012.
- HSU PETER CH., Servicegesellschaften – eine Antwort auf «Too-Big-To-Fail» bei Finanz- und Versicherungsgruppen, in: WEBER/STOFFEL/CHENAUX/SETHE (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 471.
- HÖHN ERNST, Internationale Steuerplanung, Eine Einführung in die Steuerplanung für internationale Unternehmen mit Bezug zur Schweiz, Bern 1996 (zit.: HÖHN, Internationale Steuerplanung).
- (Hrsg.), Handbuch des Internationalen Steuerrechts in der Schweiz, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1993 (zit.: AUTOR, in: HÖHN, Handbuch internationales Steuerrecht).
- HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonaes Steuerrecht, 4. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2000.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. Auflage, Bern 2001 (zit.: HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I).
- Steuerrecht, Band II, 9. Auflage, Bern 2002 (zit.: HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht II).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (zit.: AUTOR, BSK-ZGB, Art. XX).
- HUB HANNS, Aufbauorganisation – Ablauforganisation, Wiesbaden 1994.
- HULL JOHN C., Risikomanagement – Banken, Versicherungen und andere Finanzinstitutionen, 4. Auflage, Hallbergmoos 2016.
- JACOBS OTTO H., Internationale Unternehmensbesteuerung, Deutsche Investitionen im Ausland – Ausländische Investitionen im Inland, 8. Auflage, München 2016.
- JANKOWIAK INGO, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, zugelassene Dissertation der Universität Bayreuth 2009, Baden-Baden 2009.
- KROLL MARKUS J./BÜRGI JOHANNES A./SAUTER CHRISTOPH C., Securitisation in der Schweiz, FStR 2002, 251 ff.
- KROPPEIN HEINZ-KLAUS, Der «Authorized OECD Approach» zur Gewinnaufteilung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte, in: KESSLER (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung, Festschrift für Norbert Herzig zum 65. Geburtstag, München 2010, 1071 ff. (zit.: KROPPEIN, AOA).
- KÜHNE ARMIN, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015.

- KUNZ PETER, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016 (zit.: KUNZ, Grundlagen).
- Konzernverträge: Möglichkeiten und Risiken, GesKR 2017, 172 ff. (zit.: KUNZ, Konzernverträge).
 - Finanzmarktregulierung, Basel 2016 (zit.: KUNZ, Finanzmarktregulierung).
- LECHNER EDUARD, Das Dotationskapital von Betriebstätten, in: GASSNER/LANG/LECHNER (Hrsg.), Die Betriebstätte im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Wien 1998, S. 179 ff.
- LOCHER KURT/LOCHER PETER, Die Praxis der Bundessteuern, Teil III: Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht, Loseblattwerk.
- LOCHER PETER, Einführung in das interkantonale Steuerrecht, 4. Auflage, Bern 2015 (zit.: LOCHER, Einführung).
- LUTTER MARCUS/SCHNEFFLER EBERHARD/SCHNEIDER UWE H. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998 (zit.: AUTOR, in: LUTTER/SCHNEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung).
- MARGERI SOPHIE, Gewinnabgrenzung und Gewinnermittlung bei Betriebsstätten, zugelassene Dissertation Technische Universität Darmstadt 2015, Köln 2016.
- MAYER STEFAN, Formulary Apportionment for the Internal Market, zugelassene Dissertation Ludwig-Maximilians-Universität München 2009, Amsterdam 2009.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, Bern 2018.
- MENOU VALÉRIE, The Supervision of Financial Conglomerates, zugelassene Dissertation Universität Zürich 2009, Zürich/Basel/Genf 2010.
- MITROYANNI IOANNA, Integration Approaches to Group Taxation in the European Internal Market, Alphen aan de Rijn 2008.
- MÖDINGER JÖRG, Internationale Erfolgs- und Vermögensabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach der Neufassung des Art. 7 OECD-MA, zugelassene Dissertation Universität Hohenheim 2012, Köln 2012.
- MÖSSNER MANFRED ET AL., Steuerrecht international tätiger Unternehmen, 4. Auflage, Köln 2012 (zit.: AUTOR, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen).
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Auflage, Bern 2019 (zit.: NOBEL, Finanzmarktrecht).
- Das Obligationenrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung, Berner Kommentar, Bern 2017 (zit.: NOBEL, Aktienrecht).
- OESTREICHER ANDREAS, Konzern-Gewinnabgrenzung, München 2000.
- OSTERLOH MARGIT/FROST JETTA, Prozessmanagement als Kernkompetenz, 5. Auflage, Wiesbaden 2006.
- PFAFF DIETER/GLANZ STEPHAN/STENZ THOMAS/ZIHLER FLORIAN (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht, veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014 (zit.: AUTOR, in: PFAFF ET AL., Rechnungslegung OR).
- PICOT ARNOLD/DIETL HELMUT/FRANCK EGON/FIEDLER MARINA/ROYER SUSANNE, Organisation, 7. Auflage, Stuttgart 2015.

- PLANSKY PATRICK, Die Gewinnzurechnung zu Betriebsstätten im Recht der Doppelbesteuerung, zugelassene Dissertation Wirtschaftsuniversität Wien 2009, Wien 2010.
- POLSTER BARBARA (Hrsg.), Handbuch für Cash Pooling, Wien 2016 (zit.: AUTOR, in: POLSTER, Cash Pooling).
- REICH MARKUS, Steuerrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: REICH, Steuerrecht).
- Die wirtschaftliche Doppelbelastung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilhaber, Zürich 2000 (zit.: REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung).
 - Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 609 ff. (zit.: REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen).
 - Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983 (zit.: REICH, Realisation).
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Auflage, Zürich 2013 (zit.: RICHNER ET AL., Komm. StG ZH).
- Handkommentar zum DBG, 3. Auflage, Zürich 2016 (zit.: RICHNER ET AL., Handkomm. DBG).
- RIEKE SABRINA, Verrechnungspreise im Spannungsfeld zwischen Konzernsteuerung und internationalem Steuerrecht, zugelassene Dissertation Universität Osnabrück 2013, Wiesbaden 2015.
- RIMLE ALOIS, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf 2004.
- ROTH MONIKA, Die Spielregeln des Private Banking in der Schweiz, 4. Auflage, Zürich 2016 (zit.: ROTH, Spielregeln).
- Anlageberatung und Vermögensberatung in a nutshell, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: ROTH, Anlageberatung).
- SCHÄFER FRANK A./SETHE ROLF/LANG VOLKER (Hrsg.), Handbuch der Vermögensverwaltung, 2. Auflage, München/Wien/Basel 2016 (zit.: AUTOR, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung).
- SCHALLER JEAN-MARC, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2013.
- SCHAUMBURG HARALD (Hrsg.), Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, Köln 2017 (zit.: AUTOR, in: SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht).
- SCHIERENBECK HENNER/LISTER MICHAEL/KIRMSSE STEFAN, Ertragsorientiertes Bankmanagement, Band 1: Messung von Rentabilität und Risiko im Bankgeschäft, 9. Auflage, Wiesbaden 2014.
- SCHIERENBECK HENNER/MOSER HUBERTUS (Hrsg.), Handbuch Bankcontrolling, Wiesbaden 1994 (zit.: AUTOR, in: SCHIERENBECK/MOSER, Bankcontrolling).
- SCHILTKNECHT RETO, Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht, in: SPRECHER (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III, Europa Institut Zürich, Band 138, Zürich/Basel Genf 2013, 57 ff.
- SCHILTKNECHT RETO/MCHALE CHRISTOPHER, Entwicklungen des regulatorischen Bankkapitals, GesKR 2015, 8 ff.

- SCHÖN WOLFGANG, Eigenkapital und Fremdkapital – eine steuerpolitische Analyse, in: SCHÖN (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, Berlin/Heidelberg 2013, S. 1 ff.
- SCHÖN WOLFGANG/SCHREIBER ULRICH/SPENGLER CHRISTOPH (Hrsg.), A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe – Eine einheitliche Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage für Europa, Berlin/Heidelberg 2008 (zit.: AUTOR, in: SCHÖN/SCHREIBER/SPENGLER, CCCTB).
- SCHROECK GERHARD, Risk Management and Value Creation in Financial Institutions, New Jersey 2002.
- SEEL GENNADIJ, Das Liquiditätsrisiko der Banken in der Finanzkrise, zugelassene Dissertation Hochschule für Ökonomie & Management Essen 2012, Wiesbaden 2013.
- SESTER PETER/BRÄNDLI BEAT/BARTHOLET OLIVER/SCHILTKNECHT RETO, Finanzmarktaufsichtsrecht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: AUTOR, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht).
- STADELMANN THOMAS, Verfahren bei interkantonaler Doppelbesteuerung – Klärung offener Fragen, FStR 2013, 183 ff.
- STAUB CHRISTIAN, Instrumente des Kreditrisikotransfers im schweizerischen Bankenaufsichtsrecht, SZW 2009 S. 323 ff. (STAUB, Instrumente).
- Das schweizerische Bankenaufsichtsrecht und die Kreditkrise, GesKR 4/2009, S. 499 ff. (zit.: STAUB, Kreditkrise).
 - Kreditrisikotransfer – Schweizerisches Aufsichtsrecht im Wandel, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 2009, Zürich/St. Gallen 2009 (zit.: STAUB, Kreditrisikotransfer).
- STOCKER RAOUL, Internationale Erfolgsabgrenzung bei Betriebsstätten, FStR 2007, S. 87 ff. (zit.: STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung).
- Internationale Erfolgsabgrenzung beim Global Trading, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 2006, Bamberg 2006 (zit.: STOCKER, Global Trading).
- STOCKER RAOUL/STUDER CHRISTOPH, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, ST 2009, S. 386 ff.
- STÖCKLI BEAT, Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, zugelassene Dissertation Universität St. Gallen 2007, Zürich/Basel/Genf 2008.
- STORCK ALFRED, Die Bestimmung marktüblicher Verrechnungspreise für konzerninterne Darlehen, in: OESTREICHER (Hrsg.), Modernisierung des Unternehmenssteuerrechts, Herne 2013, S. 26 ff.
- STORCK ALFRED/STRADINGER THERESA, Cash Pooling, in: LANG/SCHUCH/STARINGER/STORCK (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Konzernfinanzierung, Wien 2013, S. 207 ff.
- TIPKE KLAUS, Die Steuerrechtsordnung, Band I: Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Grundlagen, Köln 1993 (zit.: TIPKE, Steuerrechtsordnung I).
- Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Auflage, Köln 2003 (zit.: TIPKE, Steuerrechtsordnung II).

- TSCHIRNER MARC A./STOCKER RAOUL, Verrechnungspreise im grenzüberschreitenden Anlagegeschäft, Vorgehensweise nach den OECD-Verrechnungspreisgrundsätzen unter Berücksichtigung des Schweizer Steuerrechts, FStR 2010/1, 42 ff.
- VALLENDER KLAUS A., Schweiz. Steuer-Lexikon, Band 3: Die Steuern der Kantone und Gemeinden, 17. Auflage, Zürich 1991 (zit.: VALLENDER, Steuer-Lexikon 3).
- VÖGELE ALEXANDER/BORSTELL THOMAS/ENGLER GERHARD, Verrechnungspreise, 5. Auflage, München 2020 (zit.: AUTOR, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise).
- VOGELSANG MARC, Der Begriff der Betriebsstätte im schweizerischen und internationalen Steuerrecht, zugelassene Dissertation der Universität Zürich 2015, Zürich/Genf/Basel 2015.
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: VON BÜREN ET AL. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band 8, Teilband 6, 2. Auflage, Basel 2005.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BEELER LUKAS, Die Regulierung von systemrelevanten Finanzinstituten nach schweizerischem Recht, abrufbar unter: <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:13b38f43-0385-4c13-92db-eac208cd1983/vonderCrone_Beeler_Regulierung.pdf> (abgerufen am 6. Januar 2018).
- VON STEIN JOHANN HEINRICH/TERRAHE JÜRGEN, Handbuch Bankorganisation, Wiesbaden 2012.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.: AUTOR, BSK-BV).
- WASSERMEYER FRANZ/ANDRESEN ULF/DITZ XAVER (Hrsg.), Betriebsstätten-Handbuch, 2. Auflage, Köln 2017 (zit.: AUTOR, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch).
- WASSERMEYER FRANZ/LANG MICHAEL/SCHUCH JOSEF, Doppelbesteuerung, 2. Auflage, München 2010 (zit.: AUTOR, in: WASSERMEYER/LANG/SCHUCH, DBA).
- WASSERMEYER FRANZ/RICHTER STEFAN/SCHNITTKER HELDER, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, 2. Auflage, Köln 2015 (zit.: AUTOR, in: WASSERMEYER/RICHTER/SCHNITTKER, Personengesellschaften).
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/BAUER THOMAS/WINZELER CHRISTOPH (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2013 (zit.: AUTOR, BSK-BankG).
- ZIEHR ULRICH, Einkünftezurechnung im internationalen Einheitsunternehmen, zugelassene Dissertation Otto-Friedrich-Universität Bamberg 2007, Köln 2008.
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004.
- ZOBL DIETER/SCHWOB RENATE/WEBER ROLF H./WINZELER CHRISTOPH/KAUFMANN CHRISTINE/KRAMER STEFAN, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961, Loseblattsammlung Stand März 2014 (zit.: AUTOR, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG).

- ZUCKSCHWERDT CHRISTOPH/MEUTER HANS ULRICH, Gegenberichtigung im interkantonalen und interkommunalen Verhältnis (Teil I), ZStP 1/2005, 1 ff. (zit.: ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I).
- Gegenberichtigung im interkantonalen und interkommunalen Verhältnis (Teil I), ZStP 2/2005, 79 ff. (zit.: ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I).
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuergesetz, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 3. Auflage, Basel 2017 (zit.: AUTOR, Komm. StHG).
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL/MATTEOTTI RÉNÉ (Hrsg.), Internationales Steuerrecht, Basel 2015 (zit.: AUTOR, Komm. InStR).
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL/MÄUSLI-AlLENSPACH PETER (Hrsg.), Interkantonaies Steuerrecht, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Zürich 2011 (zit.: AUTOR, Komm. IkStR).

B. Materialien und amtliche Publikationen

- BAKBASEL, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors, Factsheet, 26. September 2019, abrufbar unter: <<https://www.swissbanking.org/de/medien/news/die-banken-ein-wichtiger-wirtschaftsfaktor-der-schweiz>> (abgerufen am 7. Januar 2020) (zit.: BAKBASEL, Factsheet).
- Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors, Oktober 2016, abrufbar unter: <<https://www.swissbanking.org/library/studien-reports/studie-von-bak-basel-die-volkswirtschaftliche-bedeutung-des-schweizer-finanzsektors>> (abgerufen am 3. Dezember 2019) (zit.: BAKBASEL, Schweizer Finanzsektor).
- BCBS, Interest rate risk in the banking book, Standards, April 2016, abrufbar unter: <<https://www.bis.org/bcbs/publ/d368.pdf>> (abgerufen am 19. Februar 2018) (zit.: BCBS, Zinsänderungsrisiko).
- Basel III: Finalising post-crisis reforms, December 2017, abrufbar unter: <<https://www.bis.org/bcbs/publ/d424.htm>> (abgerufen am 23. Mai 2018) (zit.: BCBS, Basel III).
 - Principles for the Sound Management of Operational Risk, June 2011, abrufbar unter: <<https://www.bis.org/publ/bcbs195.htm>> (abgerufen am 24. Mai 2018) (zit.: BCBS, Sound Management of Operational Risk).
- BUNDESRAT, Bericht des Bundesrates zu den systemrelevanten Banken (Evaluation gemäss Art. 52 Bankengesetz) vom 28. Juni 2017, BBl 2017-1722, 4847 (zit.: BUNDESRAT, TLAC).
- Botschaft zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis vom 24. Mai 2000, BBl 2000-1043, 3989, SR 0.0045 (zit.: BUNDESRAT, Vereinfachungsgesetz).
 - Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; *too big to fail*) vom 20. April 2011, BBl 2011-0649, 4717, SR 11.028 (zit.: BUNDESRAT, Botschaft TBTF).

EBK, Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten, Diskussionspapier, August 2008, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/regulier/konsultationen/bericht-vertriebsverguetungen-20080904-d.pdf>> (abgerufen am 30. November 2017) (zit.: EBK, Bericht Vertriebsvergütung).

ESTV, Kreisschreiben Nr. 4 vom 19. März 2004, Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften (zit.: ESTV, KS 4).

– Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997, Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (zit.: ESTV, KS 6).

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) vom 25. Oktober 2016, COM (2016) 683 final, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2201_683_de.pdf> (abgerufen am 6. September 2017) (zit.: EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKB).

– Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame Körperschaftssteuer-Bemessungsgrundlage vom 25. Oktober 2016, COM (2016) 685 final, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2020_685_de.pdf> (abgerufen am 6. September 2017) (zit.: EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKKB).

FINANCIAL STABILITY INSTITUTE, Liquidity transfer pricing: a guide to better practice, Occasional Paper N° 10, Dezember 2010, abrufbar unter: <<https://www.bis.org/fsi/fsipapers10.htm>> (abgerufen am 20. Januar 2018).

FINMA, Rundschreiben 2019/2, Zinsrisiken – Banken, Messung, Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Zinsrisiken im Bankenbuch, vom 20. Juni 2018 (zit.: FINMA, RS 19/2).

– Rundschreiben 17/1, Corporate Governance – Banken, Corporate Governance, Risikomanagement und interne Kontrolle bei Banken, vom 22. September 2016 (zit.: FINMA; RS 17/1).

– Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken», 2008/21 «Operationelle Risiken – Banken» und 2010/1 «Vergütungssysteme», Bericht der FINMA über die Anhörung vom 1. März 2016 bis 13. April 2016 zu den Entwürfen des Rundschreibens, 22. September 2016, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2016/11/20161101-mm-rs-corporate-governance-bei-banken/>> (abgerufen am 23. Mai 2018) (zit.: FINMA, Anhörungsbericht zu RS 17/1).

– Rundschreiben 2017/7, Kreditrisiken – Banken, Eigenmittelanforderungen für Kreditrisiken bei Banken, vom 7. Dezember 2017 (zit.: FINMA, RS 17/7).

– Rundschreiben 2015/1, Rechnungslegung Banken – Rechnungslegungsvorschriften für Banken, Effekthändler, Finanzgruppen und -konglomerate, (RVB), vom 27. März 2014 (zit.: FINMA, RS 15/1).

– Rundschreiben 2015/3, Leverage Ratio – Banken, Berechnung der ungewichteten Eigenmittelquote (Leverage Ratio) bei Banken, vom 29. Oktober 2014 (zit.: FINMA, RS 15/3).

– Rundschreiben 2015/2, Liquiditätsrisiken – Banken, Qualitative Anforderungen an das Liquiditätsmanagement und quantitative Anforderungen an die Liquiditätshaltung, vom 3. Juli 2014 (zit.: FINMA, RS 15/2).

-
- Das Schweizer Too-big-to-fail-Regime, Faktenblatt, Stand 1. Dezember 2014, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2015/10/mm-tbtf-20151021/>> (abgerufen am 20. Dezember 2017) (zit.: FINMA, TBTF).
 - Rundschreiben 2013/1, Anrechenbare Eigenmittel – Banken, Aufsichtsrechtlich anrechenbare Eigenmittel von Banken, vom 1. Juni 2012 (zit.: FINMA, RS 13/1).
 - Rundschreiben 2008/21, Operationelle Risiken – Banken, Eigenmittelanforderungen und qualitative Anforderungen für operationelle Risiken bei Banken, vom 20. November 2008 (zit.: FINMA, RS 08/21).
- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, 21. November 2017 (zit.: OECD, MK 2017).
- Gewährleistung der Übereinstimmung zwischen Verrechnungspreisergebnissen und Wertschöpfung, Aktionspunkte 8-10: Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Paris 2017, abrufbar unter: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264274297-de>> (abgerufen am 15. August 2017) (zit.: OECD, BEPS Action 8-10).
 - Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris 2017, abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/tax/beps/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2016-update-9789264268333-en.htm>> (abgerufen am 30. August 2019) (zit.: OECD, BEPS Action 4).
 - Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version, 15. Juli 2014 (zit.: OECD, MK 2014).
 - OECD-Verrechnungspreisrichtlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen, 2011, abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/oecd-verrechnungspreisleitlinienfurmultinationaleunternehmenundsteuerwaltungen.htm>> (abgerufen am 10. November 2016) (zit.: OECD, TP-GL).
 - 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 22. Juli 2010, abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/45689524.pdf>> (abgerufen am 29. Dezember 2016) (zit.: OECD, Betriebsstättenbericht 2010).
 - 2008 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 17. Juli 2008, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41031455.pdf>> (abgerufen am 23. Januar 2017) (zit.: OECD, Betriebsstättenbericht 2008).
 - Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues, 1984 (zit.: OECD, 1984 TP Report).
- SNB, Die Banken in der Schweiz 2018, abrufbar unter: <https://www.snb.ch/de/mmr/reference/banks_2018/source/banks_2018.de.pdf> (abgerufen am 21. Dezember 2019) (zit.: SNB, Banken in der Schweiz 2018).
- Glossar, abrufbar unter: <<https://www.snb.ch/de/srv/id/glossary>> (abgerufen am 29. Oktober 2017) (zit.: SNB, Glossar, «Stichwort»).
- SSK, Steuerauscheidung bei Banken, Kreisschreiben 5 vom 14. November 2018 (zit.: SSK, Ausscheidung Banken 2018).
- Steuerauscheidung bei Banken, Kreisschreiben des Vorstandes vom 24. Februar 1995 (zit.: SSK, Ausscheidung Banken 1995).

C. Geschäftsberichte

- BANK CLER, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.cler.ch/de/bank-cler/investor-relations/geschäftsbericht>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: BANK CLER, Geschäftsbericht 2019).
- BANK LINTH, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.banklinth.ch/de/aktionaere/berichte>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: BANK LINTH, Geschäftsbericht 2019).
- BERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.bekb.ch/de/die-bekb/publikationen/geschäftsberichterstattung>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: BERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019).
- CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht Credit Suisse Group AG 2019, abrufbar unter: <<https://www.credit-suisse.com/about-us/de/research-berichte/jahresberichte.html>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019).
- Geschäftsbericht Credit Suisse Group AG 2017, abrufbar unter: <<https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/about-us/investor-relations/financial-disclosures/financial-reports/csgag-csag-ar-2017-de.pdf>> (abgerufen am 23. Juni 2018) (zit.: CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2017).
- EFG INTERNATIONAL, Annual Report 2019, abrufbar unter: <<https://www.efginternational.com/de/About-EFG/Investor-relations/Financial-reports.html>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: EFG, Annual Report 2019).
- GENFER KANTONALBANK, Annual Report 2019, abrufbar unter: <<https://www.bcge.ch/en/rapports-financiers>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: GENFER KANTONALBANK, Annual Report 2019).
- GLARNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://geschäftsbericht.glkb.ch/geschäftsberichte/#!year=2019>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: GLARNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019).
- JULIUS BÄR, Annual Report 2019, abrufbar unter: <<https://www.juliusbaer.com/de/medien-investoren/finanzberichterstattung/>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: JULIUS BÄR, Annual Report 2020).
- LUZERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.lukb.ch/de/finanzinformationen#tab-content-geschäftsberichte-1>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: LUZERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019).
- MIGROS BANK, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.migrosbank.ch/de/ueber-uns/geschäftsberichte.html>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: MIGROS BANK, Geschäftsbericht 2019).
- POSTFINANCE, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.postfinance.ch/de/ueber-uns/medien/berichterstattung/geschäftsbericht.html>> (abgerufen am 22. Oktober 2020) (zit.: POSTFINANCE, Geschäftsbericht 2019).
- RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://report.raiffeisen.ch/19/de/download-center/>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019).

- ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.sgkb.ch/de/ueber-uns/geschaeftsbericht>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019).
- UBS, UBS Group AG, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.ubs.com/global/de/investor-relations/financial-information/annual-reporting.html>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: UBS, Geschäftsbericht 2019).
- UBS Group AG, Annual Report 2018, abrufbar unter: <<https://www.ubs.com/global/de/investor-relations/financial-information/annual-reporting/2018.html>> (abgerufen am 21. Dezember 2019) (zit.: UBS, Annual Report 2018).
 - UBS Group AG, Auszug aus dem Geschäftsbericht 2017, abrufbar unter: <https://www.ubs.com/global/de/about_ubs/investor_relations/annualreporting/2017.html> (abgerufen am 26. Juni 2018) (zit.: UBS, Geschäftsbericht 2017).
- VONTOBEL, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <https://www.vontobel.com/siteassets/about-vontobel/downloads/2020-02-12_fr_geschaeftsbericht_de.pdf> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: VONTOBEL, Geschäftsbericht 2019).
- WAADTLÄNDER KANTONALBANK, Annual Report 2019, abrufbar unter: <<https://www.bcv.ch/de/Die-BCV/Investor-Relations/News-and-reports/Financial-results2/Full-year-2019-results>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: WAADTLÄNDER KANTONALBANK, Annual Report 2019).
- ZKB, Geschäftsbericht 2019, abrufbar unter: <<https://www.zkb.ch/media/pub/coporate/jahresbericht/geschaeftsbericht-2019.pdf>> (abgerufen am 26. Oktober 2020) (zit.: ZKB, Geschäftsbericht 2019).

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
aBV	eidgenössische Bundesverfassung in der Fassung vor 1999
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AG	Aktiengesellschaft
AOA	Authorized OECD Approach
AT1	additional tier 1 (zusätzliches Kernkapital)
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Abgaberecht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankgesetz; SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankverordnung; SR 952.02)
BAKBASEL	BAK Economics AG
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; SR 954.1)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof der Bundesrepublik Deutschland
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz; SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid des Schweizer Bundesgerichts)
BGer	Bundesgericht
BsGaV	Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten nach § 1 Absatz 5 des deutschen Außensteuergesetzes (Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung)
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CET1	common equity tier 1 (hartes Kernkapital)
CHF	Schweizer Franken
CoCo-Bond	contingent convertible bond

CPM	cost plus method
CUPM	comparable uncontrolled price method
DB	Der Betrieb
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
dies.	dieselben / dieselbe
E.	Erwägung
etc.	et cetera
eidg.	Eidgenössisch
ERV	Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, SR 952.03)
EstV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	et alii
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, SR 950.1)
FINIG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, SR 954.1)
FINMA	Schweizer Finanzmarktaufsicht
FN	Fussnote
FStR	Forum für Steuerrecht
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GewStG	(deutsches) Gewerbesteuergesetz
GKKB	Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerberechnungsgrundlage
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
Handkomm.	Handkommentar
HQLA	high quality liquid assets
HRegV	Handelsregisterverordnung (SR 221.411)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R:	in der Regel

i.e.S.	im eigentlichen Sinne
IFA	International Fiscal Association
IkStR	interkantonaies Steuerrecht
insb.	Insbesondere
InStR	internationales Steuerrecht
IStR	Zeitschrift Internationales Steuerrecht
i.w.S.	im weiteren Sinne
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz; SR 951.31)
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
KS	Kreisschreiben
LCR	liquidity coverage ratio
LiqV	Verordnung über die Liquidität der Banken (Liquiditätsverordnung; SR 952.06)
lit.	Litera
mind.	Mindestens
Mio.	Millionen
m.B.a.	mit Bezug auf
m.H.	mit Hinweisen
MNU	multinationale Unternehmen
Mrd.	Milliarden
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MWSt	Mehrwertsteuer
MWStG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, SR 641.20)
N	Nummer
Nr.	Nummer
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OECD-MA	Musterabkommen der OECD
OR	Bundesgesetz über die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR. 220)
PONV	point of non-viability
Pra	Die Praxis
PSM	profit split method
Repo	repurchase agreement

RPM	resale price minus method
RWA	risk-weighted assets
S.	Seite
SGK	St. Galler Kommentar
SIB	systemically important bank (systemrelevantes Bankinstitut)
SKA	Schweizerische Kreditanstalt
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt
SSK	Schweizerische Steuerkonferenz
St.	Sankt
ST	Schweizer Treuhänder
StE	Steuerentscheid
StG ZH	Steuergesetz des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642. 14)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TBTF	too big to fail
TNMM	transactional net margin method
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere mehr
usw.	und so weiter
u.v.m.	und viele mehr
v.a.	vor allem
vgl.	Vergleiche
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZKB	Zürcher Kantonalbank
z.T.	zum Teil
zzgl.	zuzüglich

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Darstellung der Vorgehensweise (eigene Darstellung).....	3
Abbildung 2: Wertschöpfungskette «Anlegen» (eigene Darstellung).....	21
Abbildung 3: Wertschöpfungskette «Finanzieren» (eigene Darstellung)	25
Abbildung 4: Wertschöpfungskette «Zahlen» (eigene Darstellung).....	28
Abbildung 5: Bilanz einer Schweizer Universalbank ohne Handelsbuch (eigene Darstellung)	70
Abbildung 6: Anteilige Zuordnung der Vermögenswerte (eigene Darstellung)	230
Abbildung 7: Darstellung der der Treasury-Einheit zuzuordnenden Vermögenswerte (eigene Darstellung).....	231

I. Einleitung

A. Problemstellung und Relevanz der Fragestellung

Der Schweizer Banksektor ist von grosser Bedeutung für die Schweizer Volkswirtschaft. Die Banken übernehmen als Finanzintermediäre nicht nur wichtige volkswirtschaftliche Aufgaben¹, sondern tragen auch wesentlich zur Bruttowertschöpfung der Schweizer Wirtschaft bei. Im Jahre 2018 betrug die Bruttowertschöpfung der Schweizer Bankbranche CHF 32.8 Mrd., was einem Anteil von ca. 5% an der Gesamtwertschöpfung der Schweizer Wirtschaft entspricht.² Dabei steuern die Banken einen wichtigen Beitrag zum Steueraufkommen einzelner Kantone bei.³

Die Bankenlandschaft in der Schweiz zeichnet sich durch eine grosse Vielfalt an Banken aus.⁴ Ein Grossteil der Banken ist dabei in verschiedenen Kantonen tätig, wobei die Banken ihren Schweizer und ausländischen Kunden Bankdienstleistungen schweizweit entweder durch ihr Filialnetz (Betriebsstätten) oder durch verschiedene Konzerngesellschaften (verbundene Unternehmen) erbringen.⁵ Die schweizweite Leistungserstellung der Bank macht die Aufteilung des steuerbaren Gewinns und Kapitals einer Bank auf die kantonalen Steuerhoheiten, in welchen die Bank aufgrund einer Filiale oder einer Konzerngesellschaft tätig ist, notwendig. Die Allokation des Steuersubstrats einer Bank unter den Kantonen, auf deren Gebiet eine Bank tätig ist, ist aufgrund der grossen Wertschöpfungskraft sowie der hohen Bilanzsumme der Banken von grosser Bedeutung für die Steuereinnahmen eines Kantons. Folgerichtig weist die Frage nach der sachgemässen Allokation des Steuersubstrats unter den kantonalen Hoheitsträgern eine hohe finanzpolitische Relevanz auf.

Aus diesem Grund haben die Kantone im Jahre 2018 ihre gemeinsame Praxis zur Steuerauscheidung des Steuersubstrats für die direkten Steuern der Banken unter den kantonalen Steuerhoheiten festgelegt.⁶ Die vorliegende Abhandlung wird aufzeigen, dass diese Ausscheidungspraxis der Kantone die betriebswirtschaftliche Realität der Leistungserstellung der Bank nur sehr beschränkt

¹ *Vgl. hinten* Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H.*

² BAKBASEL, Factsheet, *passim*.

³ Gemäss BAKBASEL, Factsheet, *passim*, generierte der Finanzsektor (Banken sowie Versicherungen) ein Steueraufkommen von CHF 17.6 Mrd. im Jahr 2018. Darin sind jedoch auch indirekte Steuern, wie die Umsatzsteuer und Verrechnungssteuer, enthalten. Die vorliegende Arbeit adressiert nur die direkten Steuern, d.h. die Gewinn- und Kapitalsteuer.

⁴ *Vgl. hinten* Abschnitt II.A.2 (S. 11) *m.w.H.*

⁵ *Vgl. hinten* Abschnitt II.A.3.4.b (S. 31) *m.w.H.*

⁶ *Vgl. SSK, Ausscheidung Banken 2018.*

erfassen kann. Ziel der vorliegenden Abhandlung ist es deshalb, eine wissenschaftlich fundierte Analyse der Gewinn- und Kapitalausscheidung bei Banken im innerschweizerischen Verhältnis durchzuführen. Das Ergebnis soll das Steuersubstrat der Banken im Einklang mit verfassungsrechtlichen Prinzipien und unter Beachtung (steuer-)gerechter Aspekte auf die kantonalen Steuerhoheiten aufteilen.

Das zivilrechtliche Trennungsprinzip bewirkt auch im Steuerrecht eine divergierende Behandlung von Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen, welche sich auf die innerschweizerische Gewinn- und Kapitalabgrenzung auswirkt. Während für Betriebsstätten die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV massgeblich ist, richtet sich die innerschweizerische Ergebnisabgrenzung bei verbundenen Unternehmen nach den Verrechnungspreisrichtlinien der OECD. Diese Diskrepanzbürdet den Steuerpflichtigen zusätzlichen administrativen Aufwand auf und kann die betriebswirtschaftlichen Entscheidungen des Unternehmens beeinflussen. Für eine Wahrung der Wettbewerbsneutralität der direkten Besteuerung von Unternehmen sollte diese Diskrepanz behoben werden. Die vorliegende Abhandlung beurteilt die Möglichkeiten und Grenzen einer Angleichung von Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen zu Zwecken der Gewinn- und Kapitalabgrenzung.

Die Wertschöpfung der Bank ist von ihrer Rolle als Finanzintermediär geprägt. Die Übernahme von bankspezifischen Risiken unterscheidet die Wertschöpfung der Bank von jener der Industrieunternehmen. Die Besonderheiten des Bankgeschäfts wirken sich fundamental auf die Gewinn- und Kapitalabgrenzung aus. Das Geschäftsmodell der Bank spiegelt sich auch in der Rolle des konzerninternen Treasury wider, welchem eine herausragende Funktion für die Wertschöpfung der Bank zukommt. Durch den Fokus auf die konzerninterne Treasury-Funktion kann die vorliegende Abhandlung gezielt die Spezialitäten der Gewinn- und Kapitalabgrenzung für Banken herausarbeiten.

B. Vorgehensweise

Die folgende Grafik zeigt vereinfacht die Vorgehensweise der vorliegenden Abhandlung:

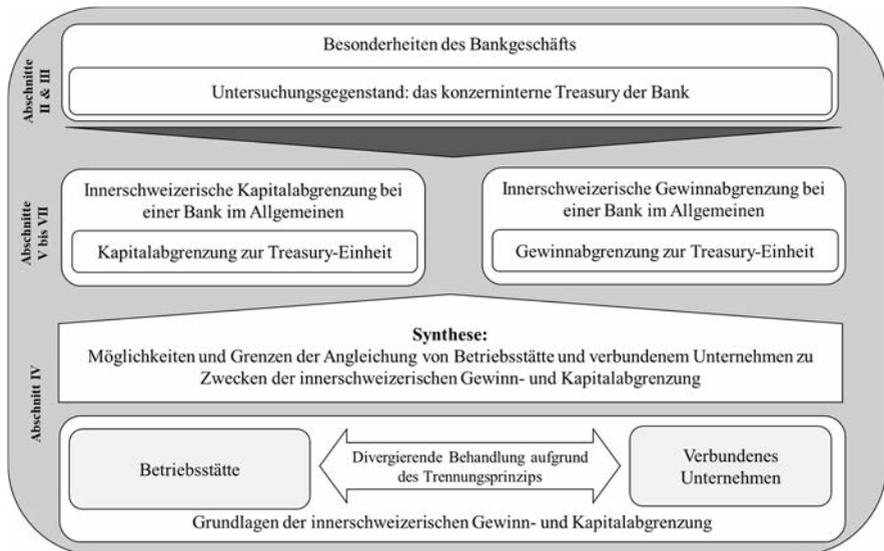


Abbildung 1: Darstellung der Vorgehensweise (eigene Darstellung)

Zunächst werden in den Abschnitten II und III die Besonderheiten des Bankgeschäfts skizziert, welche die Gewinn- und Kapitalabgrenzung beeinflussen. In Abschnitt II werden dafür zunächst die Eigenschaften der banklichen Leistungserstellung dargestellt und die essenzielle Rolle der bankspezifischen Risiken für die Wertschöpfung der Bank herausgearbeitet. Ferner wird die Kantongrenzen überschreitende Leistungserstellung der Bank beschrieben, welche eine Ausscheidung des Steuersubstrats zu den beteiligten kantonalen Hoheitsträgern nötig macht. Im Lichte der erarbeiteten betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Bankgeschäfts wird in Abschnitt III das Untersuchungsobjekt des konzerninternen Treasury bei Banken dargestellt. Dabei wird v.a. die wichtige Rolle der Treasury-Funktion für die Wertschöpfung der Bank aufgezeigt und eine organisatorische Einbettung der Treasury-Abteilung in den Bankkonzern vorgenommen.

Abschnitt IV widmet sich sodann den Grundlagen der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung. Dabei werden die (rechtlichen und betriebswirtschaftlichen) Unterschiede zwischen Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen und ihre Auswirkungen auf die Gewinn- und Kapitalabgrenzung herausgearbeitet. Ferner werden verschiedene Theorien und Abgrenzungsmethoden vorgestellt und ihre Anwendbarkeit im innerschweizerischen Verhältnis wird diskutiert. Zuletzt werden basierend auf den erarbeiteten abgrenzungsrechtlichen Grundlagen die Möglichkeiten und Grenzen der Angleichung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen zu Zwecken der innerschweize-

rischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung im Allgemeinen – d.h. nicht spezifisch für das Geschäftsmodell der Bank – erarbeitet. Die entwickelte Synthese soll sodann für das Geschäftsmodell der Bank getestet werden.

Dafür wird in Abschnitt V zunächst beurteilt, welche betriebswirtschaftlichen Eigenschaften der Auslöser einer Zuteilung von Steuersubstrat aufweisen muss. Die in Abschnitt II dargestellte Leistungserstellung der Bank wird sodann anhand der identifizierten Eigenschaften analysiert. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Funktionen der Treasury-Einheit gelegt. Diese Analyse dient als Grundlage für die folgende Beurteilung der sachgemässen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei Banken.

Basierend auf diesen grundlegenden Überlegungen wird in den Abschnitten VI und VII die sachgemässe Methodik bei der innerschweizerischen Kapital- und Gewinnabgrenzung bei Banken erarbeitet. Dabei werden die in der Synthese geforderten Angleichungen bzw. die identifizierten Grenzen der Angleichung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen mit Blick auf das Geschäftsmodell der Bank getestet. Die allgemein für das Geschäftsmodell der Bank entwickelte Methodik der Gewinn- und Kapitalabgrenzung wird sodann auf die spezifischen Funktionen der Treasury-Einheit angewendet. Es wird somit das Abgrenzungsergebnis der Treasury-Einheit für die Kapital- und Gewinnsteuern ermittelt.

Im Abschnitt VIII wird sodann die von der SSK in ihrem Kreisschreiben vom November 2018 geforderte interkantonale Steuerauscheidung bei Banken analysiert. Es wird dabei die in Abschnitt IV identifizierten Anforderungen an das Abgrenzungsergebnis als Grundlage genommen und der in dieser Arbeit entwickelten Methodik gegenübergestellt.

C. Abgrenzungen und Begrifflichkeiten

Die vorliegende Abhandlung fokussiert auf das klassische Bankgeschäft, das sog. Zinsdifferenzgeschäft, sowie das Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft der Banken.⁷ Bankkunden fragen Leistungen des Zinsdifferenzgeschäfts und Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsleistungen i.d.R. gebündelt nach. Die Erstellung dieser Dienstleistungen zeichnet sich deshalb durch eine hohe Integration der Prozesse aus. Wie noch zu zeigen ist, können diese Leistungsarten der Bank für Gewinn- und Kapitalabgrenzungszwecke nicht getrennt werden. Diese Umgrenzung des Untersuchungsgegenstandes bietet deshalb die Möglichkeit, Leistungen, welche durch die Kunden der Bank

⁷ Vgl. hinten Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H. auf die Leistungen der Bank.*

grundsätzlich gebündelt nachgefragt werden, für die Analyse einer sachgemässen Gewinn- und Kapitalabgrenzung zusammenzufassen. Der Begriff der Universalbank beinhaltet diese umfassende Leistungserstellung eines Bankinstituts und wird deshalb synonym zum Begriff der Bank verwendet. Das Leistungsspektrum der Universalbank beinhaltet jedoch auch den Effektenhandel und diesem nahestehende Leistungen.⁸ Diese Leistungen des Investment Banking weisen hingegen eine umfassendere Eigenständigkeit in der Leistungserstellung auf und können deshalb separat beurteilt werden. Sie sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

Ferner ist die vorliegende Untersuchung auf die Gewinn- und Kapitalabgrenzung begrenzt. Synonym für den Begriff der Abgrenzung wird «Allokation» und «Ausscheidung» benutzt. Die Gewinn- und Kapitalabgrenzung muss von der Gewinn- und Kapitalermittlung unterschieden werden. Die Gewinn- und Kapitalabgrenzung befasst sich mit der Zuordnung des Steuersubstrats zu verschiedenen Steuerhoheiten, während die Gewinn- und Kapitalermittlung die Regeln für die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage der Steuerpflichtigen definieren.⁹

Die vorliegende Abhandlung fokussiert auf die Gewinn- und Kapitalabgrenzung im interkantonalen Verhältnis. Zunächst beinhaltet dies eine Aufteilung des Steuersubstrats zwischen kantonalen Hoheitsträgern bzw. eine Vermeidung der Doppelbesteuerung durch zwei oder mehrere kantonale Steuerhoheiten. Dies im Gegensatz zur Gewinnabgrenzung im internationalen Verhältnis, bei welcher das Steuersubstrat zwischen zwei oder mehreren Staaten aufgeteilt wird. Die Abgrenzung des Besteuerungsrechts der Schweiz zu anderen Staaten ist nicht Inhalt der vorliegenden Arbeit. Nichtsdestotrotz wird auf die im internationalen Verhältnis geltenden Ausscheidungsregeln eingegangen. Unter dem Begriff des internationalen Steuerrechts werden vorliegend die auf internationaler Ebene – v.a. durch die OECD – diskutierten Abgrenzungsmethoden verstanden.

Ferner wird die Begrifflichkeit der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung verwendet. Dies bedeutet, dass sowohl die Abgrenzung des

⁸ Vgl. hinten Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H.*

⁹ BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 18 f. Die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage beinhaltet dabei namentlich die Frage nach dem Zeitpunkt der Besteuerung einer Ertragskomponente sowie der Zulässigkeit und Höhe von Abzügen. Die Gewinn- und Kapitalabgrenzung begrenzt die Besteuerungsbefugnis einer Steuerhoheit auf einen Teil dieser ermittelten Steuerbemessungsgrundlage, indem sie diese auf Steuerhoheiten aufteilt, zu welchen die Steuerpflichtige eine steuerrechtlich relevante Beziehung hat.

Steuersubstrats zwischen verbundenen Unternehmen als auch jene im Einheitsunternehmen – d.h. zwischen Stammhaus und Betriebsstätte – behandelt werden. Der Begriff des interkantonalen Steuerrechts wird hingegen lediglich für die Abgrenzung des Steuersubstrats im Einheitsunternehmen zwischen den Kantonen verwendet.¹⁰ Weiterhin wird die Einheit des verbundenen Unternehmens sowie der Betriebsstätte und des Stammhauses als Teil des Einheitsunternehmens in der vorliegenden Abhandlung mit dem Begriff «Konzerneinheit» zusammengefasst.

¹⁰ Es handelt sich dabei um die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV (vgl. *hinten* Abschnitt IV.B.1.1 (S. 98) *m.w.H.*).

II. Betriebswirtschaftliche Grundlagen

A. Das Geschäftsmodell der Universalbank

1. Definition und Leistungsspektrum der Universalbank

Als Banken gelten gemäss schweizerischem Bankenaufsichtsrecht¹¹ natürliche und juristische Personen, welche gewerbsmässig fremde Gelder entgegennehmen (Einlagengeschäft) und diese in Form von Krediten herausgeben (Kreditgeschäft). Sie generieren ihren Umsatz mit dem sog. Zinsdifferenzgeschäft. Der Gewinn der Bank besteht dabei aus der Differenz zwischen dem an den Deponenten zu zahlenden Zins für die aufgenommenen Gelder und jenem Zins, welcher für die Vergabe von Geldern von Kreditnehmern durch die Bank eingenommen wird.¹² Aufgrund des Anknüpfens des BankG an das Vorliegen des Zinsdifferenzgeschäfts wird dieses als klassisches Bankgeschäft bezeichnet.¹³ Durch die Aufnahme von fremden Geldern als Einlagen und die Weitervergabe als Kredite steht die Bank als Finanzintermediär zwischen Kapitalgeber und Kapitalnehmer und nimmt eine volkswirtschaftlich wichtige Rolle ein.¹⁴ Durch die Finanzintermediationsfunktion der Bank müssen die einzelnen Einlagen der Kunden nicht mit den vergebenen Krediten hinsichtlich ihrer Grösse

¹¹ Vgl. Art. 2a BankV.

¹² BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 2; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 6; ZOBL/KRAMER, N 593. Gemäss Art. 2a BankV unterstehen nur solche Personen dem BankG, welche gewerbsmässig Einlagen vom Publikum entgegennehmen oder sich öffentlich dazu empfehlen. Hinsichtlich des Passivgeschäfts ist es damit entscheidend, ob die Einlagen von einer unbestimmten Anzahl wirtschaftlich nicht verbundener Personen stammen. Das Aktivgeschäft stellt wiederum darauf ab, dass die Bank in eigenem Namen und auf eigene Rechnung die Kredite vergibt (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 16 ff.; ZOBL/KRAMER, N 599).

¹³ BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 2.

¹⁴ Vgl. HETTICH, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §1 N 7 f sowie DERS., SGK-BV, Art. 98 N 9 *m.w.H.*; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 2 ff. sowie 106 ff.; ENTHOFER/HAAAS, 27 ff. Die Bedeutung der Banken für eine funktionierende Volkswirtschaft entsteht durch die Unvollkommenheit der Kapitalmärkte, welche durch Informationsasymmetrien, Anreizprobleme und Transaktionskosten geprägt sind. Diese Eigenschaften führen dazu, dass das Kapitalangebot und die Kapitalnachfrage nicht unmittelbar durch den Kapitalmarkt zusammengeführt werden. Die Bank tritt hier als Finanzintermediär zwischen Kapitalnachfrage und Kapitalangebot auf, indem sie durch das Ausüben von Transformationsfunktionen das Ungleichgewicht auf dem Kapitalmarkt (teilweise) ausgleicht und dabei auf die effiziente Allokation des Kapitals durch die Marktkräfte des Kapitalmarkts hinwirkt (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 42 f.; HILKE, 23 ff; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 3 sowie 106; SCHROECK, 28 f.).

(Betrag) sowie ihrer Fristigkeit übereinstimmen. Es werden mithin keine Einlagegeber einem bestimmten Kreditnehmer zugewiesen, sondern die Bank bündelt die Einlagen und gewährt sie – je nach Bedarf der Kreditnehmer – unter anderen Losgrössen sowie Fristigkeiten als Kredite (sog. Losgrössen- sowie Fristentransformation). Durch diese Aufnahme und Bündelung der Einlagen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung übergeben die Kreditgeber das Ausfallrisiko der Kreditnehmer an die Bank (sog. Risikotransformation). Diese Transformationsleistungen der Bank reduzieren die Informations- und Suchkosten der Vertragsparteien und damit die Informationsasymmetrie sowie die Transaktionskosten auf dem Kapitalmarkt.¹⁵ Für diese volkswirtschaftlich wichtige Intermediationsfunktion möchte die Bank entsprechend entlohnt werden.¹⁶

Neben dem für die Legaldefinition der Bank entscheidenden Zinsdifferenzgeschäft kann eine Bank diverse andere Finanzdienstleistungen an ihre Kunden erbringen.¹⁷ Es kann dabei zwischen dem Einlagen- und Kreditgeschäft, dem Geschäft der Vermögens- und Anlageberatung und dem Wertpapiergeschäft unterschieden werden.¹⁸ Eine Bank, welche sowohl das Einlagen- und Kreditgeschäft, das Vermögensverwaltungsgeschäft als auch den Wertpapierhandel anbietet und damit alle Sparten des Bankgeschäfts betreibt, wird als Universalbank bezeichnet.¹⁹ Das schweizerische Bankenaufsichtsrecht erlaubt den Finanzinstituten grundsätzlich, alle möglichen Bankdienstleistungen unter einem

¹⁵ Aufgrund der Übertragung des Kreditrisikos an die Bank findet eine volkswirtschaftlich effiziente Allokation des Risikos statt. Die Bank kann das Gegenparteirisiko am effizientesten tragen, da ihr bessere Informationsmittel und Diversifikationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (SCHROECK, 29; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 106 ff.).

¹⁶ HETTICH, SGK-BV, Art. 98 N 9; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 13 f.; BÜSCHGEN, 36 *sowie* 69.

¹⁷ Die aufsichtsrechtliche Legaldefinition wird dabei der betriebswirtschaftlichen Realität des Geschäftsmodells der Banken in der Schweiz nur bedingt gerecht. Durch das Anknüpfen am klassischen Bankgeschäft – dem Zinsdifferenzgeschäft – kann das umfangreiche Spektrum von Bankdienstleistungen, welche in der Schweiz angeboten werden, nicht erfasst werden (BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 2, RIMLE, § 1 N 3; *so auch* BÜSCHGEN, 33 *für das deutsche Aufsichtsrecht*). Effektenhändler, welche ausschliesslich den Wertpapierhandel und die damit direkt verbundenen Dienstleistungen wie namentlich das Emissionsgeschäft anbieten, sowie reine Vermögensverwalter, welche keinen Bankbetrieb führen, unterstehen nicht dem BankG (BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 49).

¹⁸ BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 2.

¹⁹ SNB, Glossar, «Universalbanken»; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 22; ALT/PUSCHMANN, 13. Als Spezialbank qualifiziert hingegen ein Finanzinstitut, welches sich entweder auf das Einlagen- und Kreditgeschäft oder das Effektengeschäft konzentriert (BÜSCHGEN, 69).

Konzerndach anzubieten. Es handelt sich deshalb um ein Universalbankensystem.²⁰

Zum Einlagen- und Kreditgeschäft – auch Retail Banking genannt – gehört neben dem Zinsdifferenzgeschäft das Anbieten von Zahlungsverkehr- sowie Umtauschdienstleistungen. Im Rahmen des Retail Banking werden diese Dienstleistungen dem breiten Publikum bestehend aus Privat- und Geschäftskunden angeboten.²¹

Die Vermögensverwaltung und Anlageberatung wird von der Universalbank sowohl für wohlhabende Privatkunden, als auch für institutionelle Kunden erbracht. Die Anlageberatung und Vermögensplanung sowie die treuhänderische Vermögensverwaltung werden den vermögenden Privatpersonen sowie institutionellen Kunden zusätzlich zu den klassischen Retail-Bankdienstleistungen angeboten. Während der Kunde bei der Anlageberatung nach der individuellen Finanzberatung durch den Kundenberater selbst den Anlageentscheid trifft, handelt es sich bei der Vermögensverwaltung um die Verwaltung des dem Vermögensverwalter vom Kunden anvertrauten Portfolios, welches der Vermögensverwalter selbständig innerhalb der vom Kunden definierten Anlagestrategie, aber ohne Weisung des Kunden im Einzelfall, investiert.²² Das Vermögensverwaltungsgeschäft für vermögende Kunden wird unter dem Begriff des Private Banking zusammengefasst.²³ Das Vermögensverwaltungsgeschäft

²⁰ RIMLE, §1 N 4; ALT/PUSCHMANN, 10. Auf das klassische Bankgeschäft ist dabei das BankG anwendbar, während das Wertpapiergeschäft dem BEHG (bis 31. Dezember 2019) bzw. dem FIDLEG sowie FINIG (ab 1. Januar 2020) unterliegt (NOBEL, Finanzmarktrecht, § 10 N 78 ff.; vgl. <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft--wahrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/fidleg-finig/fb-fidleg-finig.html>> zum Gesetzgebungsprozess des FIDLEG und FINIG). Nationale Aufsichtsregime können in Universalbanken- und Trennbankensysteme eingeteilt werden. Bei einem Universalbankensystem kann ein Finanzdienstleister sämtliche Bankdienstleistungen aus einer Hand erbringen, während das Trennbankensystem eine Trennung von verschiedenen Bankleistungen fordert. Das Universalbankgeschäft der Schweiz qualifiziert nicht als reines Universalbankensystem, da es auch die Bildung von Spezialbanken zulässt (BÜSCHGEN, 69 ff. *m.w.H.*).

²¹ BESSIS, 5.

²² *Betr. Anlageberatung* siehe GABLER-Banklexikon, 64; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1751 ff.; *betr. Vermögensverwaltung* siehe GABLER-Banklexikon, 1439; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1678.

²³ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1550 sowie 1553; GABLER-Banklexikon, 1121; SCHIERENBECK, 5. Die Schwelle der Vermögenswerte, welche die Privatperson bei der Bank angelegt haben muss oder welche sie als Nettovermögen besitzen muss, um als vermögende Privatperson zu qualifizieren, wird von den Bankinstituten unterschiedlich definiert (GABLER-Banklexikon, 1121).

mit institutionellen Kunden²⁴ wird als Asset Management bezeichnet.²⁵ Dem institutionellen Kunden werden im Rahmen des Asset Management die gleichen Bankleistungen wie den vermögenden Privatkunden angeboten.²⁶ Hinzu kommen die Vermögensverwaltungs-, Vertriebs- und Plattformdienstleistungen für kollektive Kapitalanlagen, die Wertschriftenleihe und andere auf die Bedürfnisse der institutionellen Kunden abgestimmte Finanzdienstleistungen. Die Leistungspaletten des Private Banking sowie des Asset Management gehen damit über jene des Retail Banking hinaus. Zudem zeichnen sich das Private Banking und das Asset Management gegenüber dem Retail Banking durch ein erheblich geringeres Standardisierungsniveau aus.²⁷

Der Effektenhandel wird im Volksmund unter dem Begriff des Investment Banking subsumiert. Das Investment Banking umfasst neben dem Effektenhandelsgeschäft das Effektenemissionsgeschäft sowie die zugehörigen Depotleistungen.²⁸ Auch können zum Investment Banking Fusions-, Kauf- und Verkaufssowie Finanzierungsberatungsleistungen gezählt werden.²⁹ Zum Effektenhandelsgeschäft gehört sowohl das Kommissionsgeschäft, bei dem die Bank als Vermittler im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Kunden, Effekten kauft und verkauft, als auch der Eigenhandel der Bank.³⁰ Die Bank untersteht für die

²⁴ Als institutionelle Kunden qualifizieren namentlich Vorsorgeeinrichtungen, Anlagestiftungen, Hedgefonds, Fondleitungsgesellschaften, Drittbanken und andere Finanzintermediäre sowie Finanzgesellschaften mit dem (Haupt-) Zweck der Kapitalanlage (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1807).

²⁵ So auch EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1677 sowie 1810.

²⁶ Die Vermögensverwaltung von kollektiven Kapitalanlagen unterscheidet sich vom Private Banking insbesondere dadurch, dass die Verwaltung keinen kundenspezifischen Restriktionen unterliegt, sondern die Anlagebedürfnisse dieser Anleger in gleichmäßiger Weise befriedigt werden (vgl. Art. 7 Abs. 1 KAG; RIMLE, Kap. 2 N 22).

²⁷ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1550 sowie 2603. Die Wertschöpfung des Retail Banking besteht vordergründig durch den Skaleneffekt aufgrund des Angebots an die breite Masse.

²⁸ GABLER-Banklexikon, 780 sowie 1518; BÜSCHGEN, 387 f. Bei den Depotdienstleistungen der Bank handelt es sich um die «Verwahrung (Aufbewahrung, Verbuchung) und eventuell [...] Verwaltung von Effekten und anderen Wertgegenständen (z.B. Edelmetallen) des Kunden durch die Bank gegen Entgelt (Depotgebühr)» (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 729). Allerdings kann das Depotgeschäft auch dem Retail Banking und dem Private Banking zugeordnet werden, da es die Grundlage für jede Geschäftsbeziehung bildet, bei der Wertpapiere oder andere Werte verwahrt und verwaltet werden (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1676).

²⁹ GABLER-Banklexikon, 780.

³⁰ GABLER-Banklexikon, 417.

Handels- und Emissionsaktivitäten als Effekthändler der regulatorischen Aufsicht der FINMA über die Wertpapierhäuser.³¹

2. Die Bankenlandschaft in der Schweiz

Die Bankenlandschaft in der Schweiz beinhaltet sowohl regional als auch überregional tätige Bankinstitute. Für die vorliegende Arbeit wird die Kategorisierung der Bankformen der SNB herangezogen, welche eine Einteilung anhand der strategischen sowie territorialen Geschäftsausrichtung, der institutionellen Ausgestaltung des Bankinstituts sowie der Höhe der Bilanzsumme vornimmt.³² Es werden dabei sechs Bankformen unterschieden: die Grossbanken (UBS AG, UBS Switzerland AG, Credit Suisse AG sowie Credit Suisse (Schweiz) AG)³³, Kantonalbanken, Raiffeisenbanken, Regionalbanken, Börsenbanken (Julius Bär; Bank Vontobel u.a.m.) sowie Privatbankiers³⁴.

Grossbanken und Börsenbanken bedienen den gesamten Schweizer Markt und lenken durch ihre internationale Vermögensverwaltung auch ausländische Gelder in die Schweiz. Während Grossbanken als Universalbanken eine umfangreiche Palette an Finanzprodukten anbieten³⁵, fokussieren sich die Börsenbanken auf das Effekthandels- und das Vermögensverwaltungsgeschäft. Dabei bieten sie ihrer vermögenden Bankkundschaft aber zumeist auch die klassischen Bankleistungen an.³⁶ Entsprechend gelten auch Börsenbanken als schweizweit tätige Universalbanken.³⁷

³¹ Art. 41 ff. FINIG; vgl. auch RIMLE, Kap. 7 N 5 ff. *m.w.H.* (hier jedoch noch zur *altrechtlichen Bewilligung als Effekthändler nach BEHG*).

³² Vgl. SNB, Glossar, «Bankengruppen».

³³ SNB, Die Banken in der Schweiz 2018, 5.

³⁴ Privatbankiers sind vorwiegend im Vermögensverwaltungsgeschäft tätig und zeichnen sich durch ihre gesellschaftsrechtliche Struktur als Einzelfirma oder Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft aus, wodurch die Gesellschafter solidarisch und unbeschränkt für die Unternehmensverbindlichkeiten haften (Art. 1 Abs. 1 BankG); vgl. auch SNB, Glossar, «Privatbankier»; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 102. Privatbankiers unterstehen nicht dem BankG, wenn sie sich nicht öffentlich zur Aufnahme von fremden Geldern empfehlen.

³⁵ SNB, Glossar, «Grossbanken».

³⁶ JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 154; VONTOBEL, Geschäftsbericht 2019, 16.

³⁷ Vgl. *namentlich* JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 193.

Auch bei den Kantonalbanken³⁸ handelt es sich überwiegend um Universalbanken, welche allerdings nur regional beschränkt (zumeist auf das jeweilige Kantonsgebiet) tätig sind und über ein stark ausgeprägtes Hypothekar- sowie Einlagengeschäft verfügen.³⁹ Die grossen Kantonalbanken – v.a. jene der Kantone Zürich, St. Gallen, Basel, Waadt, Genf, Bern und Luzern – gleichen im Hinblick auf ihre strategische Geschäftsausrichtung und ihre Strukturen hingegen den Grossbanken. Auch sie sind teilweise in der ganzen Schweiz tätig.⁴⁰

Raiffeisenbanken und Regionalbanken sind wie die kleineren Kantonalbanken vorwiegend im Hypothekar- und Einlagengeschäft tätig. Sie begrenzen dabei ihren territorialen Tätigkeitsbereich typischerweise auf ein kleineres Gebiet als die Kantonalbanken.⁴¹ Die einzelnen regionalen Raiffeisenbanken sind als rechtlich selbständige Genossenschaften organisiert. Sie sind an der Trägergesellschaft Raiffeisen Schweiz beteiligt, welche die Verantwortung für die Geschäftsstrategie und -politik der regionalen Raiffeisenbanken übernimmt, zentrale Gruppendienstleistungen wie bspw. die interne Finanzierung übernimmt und als übergeordnete Haftungssträgerin fungiert.⁴²

Die Mehrheit der Schweizer Banken bietet somit als Universalbank ihre Bankleistungen überregional und damit regelmässig über Kantonsgrenzen hinweg an. Diese Kantonsgrenzen überschreitende Tätigkeit kann von den Banken durch eine Niederlassung ausserhalb des Sitzkantons oder ohne Begründung

³⁸ Der jeweilige Kanton muss mindestens ein Drittel des Kapitals sowie der Stimmrechte halten (vgl. Art. 3a BankG). Die Staatshaftung des jeweiligen Kantons ist kein gesetzlich vorgeschriebenes Merkmal der Kantonalbanken (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 63).

³⁹ SNB, Glossar, «Kantonalbanken».

⁴⁰ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 6; GENFER KANTONALBANK, Annual Report 2019, 17; LUZERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 153 f. Die ST. GALLER KANTONALBANK weist neben Filialen im Kanton St. Gallen und der Stadt Zürich ausländische Niederlassungen in Portugal und Deutschland auf (vgl. ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 5). Die BASLER KANTONALBANK verfügt durch die beabsichtigte, vollständige Übernahme der BANK CLER (ehemals Bank Coop) über ein schweizweites Filialnetz (vgl. <https://www.bkb.ch/BaslerKantonalbank/Medien/Mitteilungen/Medienmitteilungen/Medienmitteilung-Detail?detail=http://xml.newsbox.ch/corporate_web/che/baslerkantonalbank/press_release/259_3243_sv0x40.xml>). Hingegen beschränken die BERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 127 f., sowie die WAADTLÄNDER KANTONALBANK, Annual Report 2019, 196, ihr Filialnetz auf ihr jeweiliges Kantonsgebiet. Auch die ZKB beschränkt ihr Filialnetz innerhalb der Schweiz auf den Kanton Zürich – zusätzlich unterhält sie einige ausländische Niederlassungen für ihr internationales Bankkundengeschäft (ZKB, Geschäftsbericht 2019, 192).

⁴¹ SNB, Glossar, «Regionalbanken und Sparkassen»; DIES., Glossar, «Raiffeisenbanken».

⁴² Vgl. <<https://www.raiffeisen.ch/rch/de/ueber-uns/organisation/raiffeisen-schweiz.html>> (abgerufen am 21. Dezember 2019). Die regionalen Raiffeisenbanken haften untereinander solidarisch.

einer Niederlassung erbracht werden.⁴³ Die Bank kann eine Niederlassung im Rahmen des Einheitsunternehmens als Betriebsstätte bzw. Zweigniederlassung errichten oder eine selbständige, innerhalb des Konzernverbunds kontrollierte Tochtergesellschaft als Niederlassung begründen.

Im Folgenden wird anhand der betriebswirtschaftlichen sowie rechtlichen Aufbaustruktur die Organisation der arbeitsteiligen Funktionsausübung innerhalb der Universalbank sowie die rechtliche Einteilung der Universalbank in Konzerngesellschaften sowie Zweigniederlassungen erörtert. Dabei wird gezeigt, dass die Tätigkeiten einer Universalbank aus zahlreichen Funktionen bestehen, welche in verschiedenen betriebswirtschaftlichen Divisionen sowie rechtlichen Konzerneinheiten ausgeübt werden.

3. *Die Organisation der Leistungserstellung der Universalbank in der Schweiz*

3.1. **Allgemein**

Im Rahmen der Leistungserstellung schafft das Unternehmen unter Einsatz von Produktionsfaktoren einen Mehrwert, welchen es auf dem Markt absetzt.⁴⁴ Als Produktionsfaktoren gelten das Personal, Sach- sowie Finanzmittel. Der Mehrwert wird durch eine betriebsorganisatorische Abfolge von Wertschöpfungsprozessen (sog. Wertschöpfungskette) innerhalb des Unternehmens geschaffen, welche zwischen Vorleistung und abgesetztem Produkt stehen. Die Wertschöpfungsprozesse bestehen aus (Transformations-) Aktivitäten, welche

⁴³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 4 BGBM.

⁴⁴ Der durch die Wertschöpfung erschaffene Mehrwert wird in Geldeinheiten gemessen und resultiert aus der Differenz zwischen dem Wert der Vorleistungen, welche ausserhalb des Unternehmens entstehen und von diesem eingekauft werden, und dem Wert der vom Unternehmen auf dem Absatzmarkt verkauften Leistungen. Dieser monetäre Wert entschädigt das Unternehmen für seinen Einsatz von Produktionsfaktoren (vgl. BRUHN/STAUSS, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 5 m.w.H.). Es handelt sich um die sog. betriebliche Wertschöpfung, welche die Wertschöpfung des Unternehmens anhand des durch den Einsatz von Produktionsfaktoren geschaffenen Mehrwerts misst. Dieser betrieblichen Wertschöpfung steht die sog. shareholderorientierte Wertschöpfung gegenüber, welche den Wertbeitrag des Unternehmens anhand des Mehrwerts für die Anteilseigner qualifiziert (BRUHN/STAUSS, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 5 f.).

die Produktionsfaktoren einsetzen und verarbeiten – mit dem Ziel, Wert zu schaffen bzw. den Wert der Vorleistung zu erhöhen.⁴⁵

Die Leistungserstellung findet innerhalb der Betriebsorganisation statt. Diese wird durch den Betriebsaufbau (sog. Aufbauorganisation) sowie den Ablauf der Leistungserstellungsprozesse (sog. Ablauforganisation) definiert.⁴⁶ Während die Aufbauorganisation die Zuteilung der Aufgaben im hierarchischen Gebilde des Unternehmens arbeitsteilig festlegt, umschreibt die Ablauforganisation die zur Erfüllung der Aufgaben notwendigen Arbeitsprozesse.⁴⁷ Die zu einer Wertschöpfungskette gehörenden Aktivitäten sind dabei nicht an die institutionalisierte Aufbaustruktur gebunden, sondern werden i.d.R. von verschiedenen Organisationseinheiten innerhalb des Unternehmens arbeitsteilig ausgeführt. Die Ablauf- sowie die betriebswirtschaftliche und rechtliche Aufbaustruktur der Universalbank werden in den Abschnitten II.A.3.3⁴⁸ und II.A.3.4⁴⁹ beschrieben.

3.2. Besonderheiten der Bankleistungen und ihrer Erstellung

Bei Bankleistungen handelt es sich um finanzielle Dienstleistungen, welche naturgemäss immer mit Geld zu tun haben. Die Finanzkontrakte sind dabei regelmässig als Dauerschuldverhältnisse strukturiert und beinhalten teilweise die Vorleistungspflicht einer Vertragspartei. Die Vertragsbeziehung zeichnet sich deshalb durch ein «hohes Mass an Vertrauensempfindlichkeit» aus.⁵⁰ Diese

⁴⁵ WORATSCHEK/ROTH/SCHAFMEISTER, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 34.

⁴⁶ HUB, 4. Bei der Betriebsorganisation handelt es sich um die Zuweisung von bankbetrieblichen (Teil-)Aufgaben, Entscheidungs- und Weisungsrechten sowie das Festlegen von Kommunikationswegen und -beziehungen. Ziel der Betriebsorganisation ist es dabei, die Leistungserstellung innerhalb des Unternehmens möglichst effizient zu gestalten. Dies bedeutet, dass das Ziel der Wirtschaftlichkeit und damit das Verhältnis von Nutzen und Kosten für die Ausgestaltung der Betriebsorganisation im Vordergrund stehen (vgl. auch HUB, 5 sowie 8 m.w.H.).

⁴⁷ HUB, 5; BÜSCHGEN, 497 f.; BEA, 287 sowie 329; OSTERLOH/FROST, 31. Die Funktionen der Leistungserstellung werden bei der Aufbaustruktur aufgrund der internen, arbeitsteiligen sowie hierarchischen Organisation des Bankinstituts eingeteilt. (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2571 sowie 2598; STÖCKLI, 9; FINANZMARKT-Lexikon, 80; BÜSCHGEN, 498; GABLER-Lexikon, 172; VON STEIN/TERRAHE, 6 ff.).

⁴⁸ Vgl. S. 19.

⁴⁹ Vgl. S. 29.

⁵⁰ Vgl. BÜSCHGEN, 313 f. Die hohe Vertrauensempfindlichkeit resultiert dabei aus der Tatsache, dass sich die Dienstleistung der Bank immer auf den abstrakten Wert Geld bezieht und zudem bei Dauerschuldverhältnissen mit Vorleistungspflicht jeweils die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien nach erhöhtem Vertrauen verlangt.

hohe Vertrauensempfindlichkeit verleiht der Beratungsleistung sowie der Kundenbeziehung einen hohen Stellenwert. Ausserdem erhält das Kapital als Produktionsfaktor eine wichtige Rolle, da eine hohe Bonität der Bank beim Kunden höheres Vertrauen erzeugt. Weiterhin zeichnen sich Bankleistungen durch ihre Stofflosigkeit (Immaterialität) und die damit einhergehende mangelnde Lagerfähigkeit aus.⁵¹

Eine weitere Besonderheit von Bankleistungen ist, dass diese i.d.R. als Verbundleistung, d.h. in Leistungsbündeln, vom Konsumenten nachgefragt werden.⁵² Gerade bei den Universalbanken, welche ein breites Leistungsspektrum anbieten, besteht die vom Kunden wahrgenommene Wertschöpfung regelmässig aus mehreren Einzelleistungen, welche aber nur als Bündel auf dem Markt platziert und nachgefragt werden (sog. Cross-Selling⁵³).

Die Konto- und Depotdienstleistungen der Bank fungieren als Grundlage jeder Bankbeziehung.⁵⁴ Es handelt sich dabei um Dauerschuldverhältnisse, welche während der gesamten Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden bestehen und die notwendige Voraussetzung für den Konsum anderer Bankleistungen durch den Kunden bilden.⁵⁵ Das Konto ist dabei für die Auszahlung von Krediten, die Inanspruchnahme von einigen Anlageleistungen sowie die Abwicklung von Zahlungsverkehrsleistungen und von Effektenhandelsleistungen der Bank notwendig.⁵⁶ Mit dem Depotgeschäft bietet die Bank

Bei innovativen Finanzprodukten kommt noch ein hoher Grad an Komplexität hinzu, welcher den Beratungsbedarf des Kunden erhöht.

⁵¹ BÜSCHGEN, 311; BRUHN/STAUSS, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 8, *allgemein für Dienstleistungen*. Die mangelnde Lagerfähigkeit der Bankprodukte bedingt, dass diese nach ihrer Produktion sofort abgesetzt werden müssen. Das Geschäftsmodell der Bank fordert dementsprechend eine ständige bzw. optimal verwaltete Leistungsbereitschaft des Bankinstituts.

⁵² FRIESENECKER, 23; EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 25 f.; BÜSCHGEN, 307.

⁵³ Unter Cross-Selling wird die «Zulieferfunktion» der Bankleistungen verstanden, welche den Kunden nach dem Konsum oder zusammen mit dem Konsum einer Bankleistung auch andere Leistungen nachfragen lässt (BÜSCHGEN, 673). Es handelt sich dabei um eine Spezialität der Universalbanken. Sie können aufgrund ihres breiten Leistungsspektrums das Cross-Selling der von ihnen angebotenen Leistungen forcieren.

⁵⁴ ALT/PUSCHMANN, 86 ff.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 654.

⁵⁵ Auf Grundlage des Basisgeschäfts der Konto- und Depotbeziehung werden sodann in einem zweiten Schritt transaktionsbezogene Leistungsbeziehungen zwischen dem Bankkunden und der Bank geschlossen. Dazu zählen Zahlungsaufträge, Börsentransaktionen, Kreditbezüge u.v.m. Für Universalbanken stellen die Konto- und Depotverträge der Kunden eine wichtige Form von Kundenbindung dar (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 654; BERNET/MATTIG, in: ALT/BERNET/ZERNDT, Transformation von Banken, 24; ALT/PUSCHMANN, 87).

⁵⁶ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 655.

dem Kunden die Verwahrung und Verwaltung von Effekten und anderen Wertgegenständen an. Damit bildet es die Grundlage für die Effektenhandelsdienstleistungen im Rahmen der Wertschöpfungskette der Anlagefazilitäten.⁵⁷ Die mit den Konto- und Depotdienstleistungen im Zusammenhang stehenden Leistungen beinhalten die Eröffnung des Kontos bzw. Depots sowie deren anschließende Bewirtschaftung.⁵⁸

Die Wertschöpfungskette der Bank wird durch die Besonderheiten der Bankleistungen beeinflusst. Eine «klassische» produktorientierte Wertschöpfungskette wie bei Fabrikationsunternehmen kann bei Banken nicht identifiziert werden.⁵⁹ Der Dienstleistungscharakter der Bankleistungen bedingt, dass die Wertschöpfungskette der Bank kundenorientiert ist. Der Herstellung der Leistung geht dabei stets der Kundenauftrag voraus. Die Produktion der Leistungen kann wiederum nur unter Mitwirkung des Kunden stattfinden, wodurch ein Teil der Fertigungsfunktionen durch den Vertrieb der Leistung ausgeübt wird.⁶⁰ Die Phase der Fertigung und jene der Distribution lassen sich bei der Leistungserstellung von Bankleistungen entsprechend kaum trennen. Weiterhin bedingt die Immaterialität der Bankleistungen eine mangelnde Lagerfähigkeit. Die Bank muss die Bankleistung deshalb zu jeder Zeit für den Vertrieb an den Kunden bereitstellen.⁶¹ Weiterhin zeichnet sich die Leistungserstellung einer Universalbank durch eine stark ausgeprägte Fertigungstiefe und damit durch ein stark integriertes Geschäftsmodell aus, bei dem eine Bank die gesamte Wertschöpfungskette einer Bankleistung innerhalb ihrer Organisation abdeckt.⁶²

⁵⁷ EMCH/RENZ/ARPAGAUS bezeichnen das Depotgeschäft entsprechend als «eigentliches Basisgeschäft im bilanzneutralen Tätigkeitsbereich der Bank» (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 735 *m.w.H.*).

⁵⁸ ALT/PUSCHMANN, 89. Die anschließende Bewirtschaftung des Depots umfasst nur die technische Verwaltung des Depots. Dazu gehört namentlich das Inkasso der Zinsen, Dividenden, Kapitalien und anderer Ausschüttungen sowie der Verkauf nicht ausgeübter Bezugsrechte etc. (BAUEN/ROUILLER, 168 f.). Die wirtschaftliche Verwaltung des Depots wird nur im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages angeboten.

⁵⁹ Die industrielle Wertschöpfungskette ist linear, wobei am Anfang die Produktentwicklung steht, gefolgt von der Produktion, der Distribution und der Abwicklungen des Vertrages (BERNET/MATTIG, in: ALT/BERNET/ZERNDT, Transformation von Banken, 23; BÜSCHGEN, 311).

⁶⁰ BÜSCHGEN, 311 ff.; BENKENSTEIN/STEINER/SPIEGEL, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 56.

⁶¹ BÜSCHGEN, 312 sowie 315.

⁶² Die Universalbank lagert dabei nur einzelne Funktionen an nicht verbundene Leistungserbringer aus, welche allerdings nicht als strategische Funktionen qualifizieren (z.B. Reinigungs- und Gebäudedienstleistungen sowie Leistungen der bankinternen

Um die Produktion besser von der Distribution trennen zu können, teilt BÜSCHGEN die Leistungserstellung bei Banken in die Vorkombination und die Nachkombination ein.⁶³ Mit dieser Einteilung können direkt oder indirekt mit einer Transaktion verbundene Prozesse abgedeckt werden. Die Vorkombination stellt alle Funktionen dar, welche zur Herstellung der Leistungsbereitschaft der Bank dienen. Dabei handelt es sich zunächst um die Informationsbeschaffung und -verarbeitung im Rahmen der Finanzanalyse.⁶⁴ Eine weitere wichtige Funktion zur Sicherung der Leistungsbereitschaft der Bank ist die Produktentwicklung. Die Bankleistung als unmittelbar an den Kunden geleistete Dienstleistung ist marktorientiert und muss deshalb laufend an die aktuellen Kundenbedürfnisse angepasst werden.⁶⁵ Regulatorische Vorgaben – v.a. zur Reduzierung des Liquiditätsrisikos aus dem Zinsdifferenzgeschäft – veranlassen die Banken dazu, neue Finanzanlageprodukte zu entwickeln, welche die negativen Auswirkungen dieser regulatorischen Vorgaben auf die Gewinnmarge der Bank und damit auf ihre Wettbewerbsfähigkeit reduzieren.⁶⁶ Die

IT). Vgl. BERNET/MATTIG, in: ALT/BERNET/ZERNDT, *Transformation von Banken*, 27; ALT/PUSCHMANN, 32 f.; EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 35.

⁶³ Vgl. BÜSCHGEN, 319. Dabei dienen sowohl die Prozesse der Vorkombination als auch jene der Endkombination der Produktion der Bankleistung. Der Prozess der Endkombination beinhaltet neben der Produktionsfunktion auch noch den Vertrieb der Bankleistung.

⁶⁴ Inhalt dieser Funktion ist das Erstellen von Finanzanalysen, welche Meinungen oder Empfehlungen über Märkte, Unternehmen und Finanztitel beinhalten (ROTH, Spielregeln, 85). Finanzanalysen werden als Teilleistung im Rahmen des Anlageberatungs- sowie des Vermögensverwaltungsmandates dem Kunden angeboten oder als Einzelleistung auf dem Markt platziert (BAUEN/ROUILLER, 355; ROTH, Spielregeln, 94; GABLER-Banklexikon, 532). Der Anlageentscheid wird auf Grundlage der Finanzanalyse gefällt. Bei der Anlageberatung basiert der Kunde seinen Anlageentscheid i.d.R. auf den von der Bank zur Verfügung gestellten und im Rahmen der Anlageberatung kommunizierten Finanzanalysen. Im Rahmen der Vermögensverwaltung fließen die Finanzanalysen in die Anlageentscheide ein, welche durch die Bank für den Kunden getroffen werden. Entsprechend müssen sich die Kunden auf die gute Qualität der Finanzanalysen verlassen können (vgl. *hierzu ausführlich* ROTH, Spielregeln, 84 ff.).

⁶⁵ BÜSCHGEN, 672; EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 40. Kundenbedürfnisse gehen dabei in Anlage-, Absicherungs- oder Spekulationsstrategien auf, welche in dem neu zu entwickelnden Finanzprodukt zu berücksichtigen sind (BÜSCHGEN, 454). Der Prozess der Produktentwicklung beginnt mit der Idee oder der Identifikation eines Kundenbedürfnisses und endet mit der Marktreife des Produktes (BÜSCHGEN, 674).

⁶⁶ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 209. Es handelt sich dabei v.a. um die regulatorischen Anforderungen zur Reduzierung des Liquiditätsrisikos der Bank, welche das Zinsdifferenzgeschäft der Bank erheblich einschränken (vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60) *für w.H. zu den Liquiditätsanforderungen*).

Bank kann sich durch das Anbieten von Produkten, welche den Kundenbedürfnissen entsprechen, Wettbewerbsvorteile sichern.⁶⁷

Die Endkombination beinhaltet die Hinzufügung weiterer Funktionen sowie die Eingliederung des Kunden in den Leistungserstellungsprozess. Zur Endkombination kommt es dabei nur, wenn der Kunde einen entsprechenden Auftrag gegeben hat. Es handelt es sich deshalb um Vertriebs- sowie Transaktionsprozesse. Die Phase der Endkombination beginnt mit dem Kundenauftrag, d.h. mit dem Vertrieb der Leistung auf dem Markt. Vertriebsprozesse sind dementsprechend Funktionen, welche im direkten Kontakt mit dem Kunden erbracht werden und durch welche die Bank ihre Dienstleistungen auf dem Markt platzieren kann.⁶⁸ Der Vertriebsprozess beinhaltet die Funktionen Kundenakquise sowie -pflege und die Kundenberatung. Er führt idealerweise zum Abschluss eines Finanzkontraktes, d.h. zur Erlangung des Kundenauftrages, in dessen Folge die Wertschöpfung durch die Abwicklungsprozesse fortgesetzt werden kann.⁶⁹ Die Art und Weise, wie der Vertrieb der Bankleistungen stattfindet, variiert dabei aufgrund der Beratungsintensität der vom Kunden nachgefragten Bankleistung. Während bei hochstandardisierten Bankleistungen die Informations- und Beratungsintensität geringer ist oder ganz wegfällt, stellt bei wissensintensiven Anlage- sowie Finanzierungsleistungen gerade die Beratungs- und Informationsleistung den grössten Mehrwert für den Kunden dar.⁷⁰

⁶⁷ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 209. Die Schaffung sowie der Vertrieb eigener Finanzprodukte sichern der Bank nicht nur einen Wettbewerbsvorteil im Primärmarkt. Gerade bei standardisierten Finanzkontrakten und Anlageprodukten wirken sich die Wettbewerbsvorteile auch auf den Sekundärmarkt aus, was v.a. zur Einnahme höherer Kommissionen aus der Abwicklungsfunktion führt. Die vertraglichen Eigenheiten von Finanzkontrakten sind durch Wettbewerber leicht zu imitieren und können nicht mittels eines Patents geschützt werden. Bei standardisierten Finanzkontrakten kommt es deshalb auf den Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern an, mit welchem die Nachfrage und damit der Liquiditätsvorteil frühzeitig gesichert werden kann. Bei individuell zugeschnittenen Finanzkontrakten wird der Wettbewerbsvorteil regelmäßig aufgrund des speziellen Know-hows zur Befriedigung eines individuellen Absicherungs-, Anlage-, Spekulations- oder Finanzierungsbedürfnisses des Kunden erreicht. Während bei Privat- und Geschäftskunden im Retail sowie Private Banking v.a. standardisierte Finanzprodukte zur Anwendung kommen, fragen institutionelle Kunden individuell auf ihren Bedarf zugeschnittene Finanzprodukte nach (BÜSCHGEN, 454).

⁶⁸ ALT/PUSCHMANN, 46.

⁶⁹ ALT/PUSCHMANN, 73.

⁷⁰ ALT/PUSCHMANN, 72 f. Im Hinblick auf die Wichtigkeit der Vertriebsprozesse unterscheiden sich Retail Banking und Private Banking. Während im hochstandardisierten Retail Banking die Vertriebsleistungen einen untergeordneten Rang einnehmen, stiften sie bei der Erbringung der Private-Banking-Leistungen einen signifikanten Kundenwert (vgl. hierzu ALT/PUSCHMANN, 74 m.w.H.). Vertriebsprozesse können dabei nicht

Kommt es zum Kundenauftrag, wird der Wertschöpfungsprozess durch die sog. Transaktionsprozesse weitergeführt. Es handelt sich dabei um Funktionen, welche die Ausführung und Abwicklung der durch den Vertriebsprozess geschlossenen Verträge sicherstellen.⁷¹ Während sich der Transaktionsbereich bei den Wertschöpfungsketten «Anlegen» und «Zahlen» durch einen hohen Automatisierungsgrad sowie ein grosses Transaktionsvolumen auszeichnet, kann hinsichtlich der Transaktionsprozesse in der Wertschöpfungskette «Finanzieren» lediglich eine geringe Transaktionsanzahl und damit eine weniger weitgehende Automatisierung der Abwicklung und Ausführung festgestellt werden.⁷²

Weiterhin fliessen noch Unterstützungsprozesse in die Wertschöpfungskette ein, welche nicht als direkt wertschöpfend charakterisiert werden können, sondern vielmehr die Grundlage für die direkt wertschöpfenden Prozesse der Vor- und Endkombination darstellen.⁷³ Unter die Unterstützungsprozesse können Marketingleistungen, IT-Leistungen, das Personalwesen sowie die Leistungen der Rechts- und Steuerberatungsabteilung u.a. subsumiert werden.

3.3. Die Ablaufstruktur der Universalbank in der Schweiz

a. Die Wertschöpfungskette «Anlegen»

Die Wertschöpfungskette «Anlegen» betrifft das Angebot der Bank an Finanzanlagefazilitäten für den Kunden. Als Finanzanlagefazilitäten gelten die verschiedenen Arten von Bankeinlagen⁷⁴ und Wertpapiere wie namentlich Aktien, Obligationen, Fondsanteile oder strukturierte Produkte.⁷⁵ Die Wertschöpfungskette «Anlegen» besteht aus Funktionen, welche in den Divisionen Retail

mit dem direkten, physischen Kundenkontakt gleichgesetzt werden, sondern beinhalten – gerade bei beratungsarmen Bankleistungen – den virtuellen oder maschinellen Kundenkontakt in Handelsräumen, über Selbstbedienungsterminals sowie im Rahmen von E-Banking-Dienstleistungen (GABLER-Banklexikon, 577).

⁷¹ Die Abwicklungsprozesse sind von den Bereichen der Vermögensverwaltung und des Kreditgeschäfts organisatorisch zu trennen (vgl. Art. 12 Abs.1 BankV).

⁷² ALT/PUSCHMANN, 86.

⁷³ ALT/PUSCHMANN, 71.

⁷⁴ Bei den Bankeinlagen wird i.d.R. aufgrund ihrer Fristigkeit unterschieden. Dabei ist zwischen Sichteinlagen (tägliche Fälligkeit) sowie Termin- und Spareinlagen (fest vereinbarte Laufzeit oder bestimmte Kündigungsfrist) zu unterscheiden (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 211).

⁷⁵ ALT/PUSCHMANN, 80 f.

Banking, Private Banking sowie Asset Management ausgeführt werden. Ausserdem erledigt die Division Operations die Abwicklung von Wertpapiertransaktionen innerhalb der eigentlichen Depotfunktion. Finanzanlagefazilitäten werden für alle Kundengruppen – d.h. Kleinanleger, vermögende Privatkunden, Geschäftskunden sowie institutionelle Anleger – im Rahmen dieser Wertschöpfungskette produziert und auf dem Markt vertrieben. Die Produkte der Wertschöpfungskette «Anlegen» werden i.d.R. gebündelt nachgefragt.

Bei der Wertschöpfungskette «Anlegen» entstehen der Bank zum einen bilanzwirksame Verbindlichkeiten in Form von Einlagen.⁷⁶ Zum anderen beinhaltet sie Ausserbilanzgeschäfte in Form von Vermögensverwaltungsverträgen, Depotverträgen u.a.m. Die Bank bezieht durch den von ihr im Rahmen der Wertschöpfungskette «Anlegen» für den Kunden geschaffenen Mehrwert Entschädigungen in Form von Verwaltungsgebühren und Courtagen.⁷⁷ Ausserdem stellt das Entgegennehmen von Einlagen einen Teil des Zinsdifferenzgeschäfts dar, welches durch die Differenz zwischen dem Einlagenzins und dem Kreditzins entschädigt wird.⁷⁸

Die Wertschöpfungskette «Anlegen» lässt sich wie folgt graphisch abbilden:

⁷⁶ Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H.*

⁷⁷ Die professionelle Vermögensverwaltung ist i.d.R. entgeltlich (SCHALLER, N 343; MACNAB, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §30 N 1). Die Verwaltungsgebühr als Honorar für die professionelle Vermögensverwaltung kann unterschiedlich strukturiert sein: I.d.R. wird eine sog. Grundgebühr als Prozentsatz des Nettoanlagevermögens verrechnet. Diese Grundgebühr kann als «All-in-Fee» angeboten werden, indem sie auch alle Transaktionsgebühren und Kommissionen beinhaltet. Des Weiteren kann eine performancebasierte Gebühr (i.d.R. zusätzlich zur Grundgebühr) verlangt werden, welche den Vermögensverwalter in Prozenten der aus der Verwaltung gewonnen Rendite entlohnt (SCHALLER, N 343 ff.; MACNAB, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §30 N 4 ff.; EMCH/RENN/ARPAGAU, N 1685 ff.). Das Honorar des Vermögensverwalters kann zudem aus Retrozessionen und Bestandespflegekommissionen bestehen. Retrozessionen sind Vergütungen der transaktionsausführenden Bank an die vermögensverwaltende Person bzw. Institution. Bestandespflegekommissionen werden der Vermögensverwaltung durch den Anbieter des Finanzprodukts für das Wahrnehmen der Vertriebsfunktion ausgerichtet (MACNAB, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §30 N 10 ff.).

⁷⁸ Vgl. hierzu Abschnitt II.A.1 (S. 7).

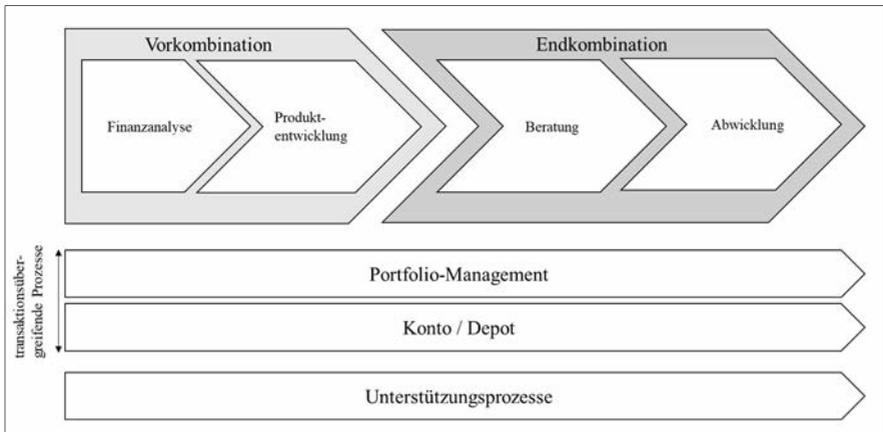


Abbildung 2: Wertschöpfungskette «Anlegen» (eigene Darstellung)

Die Kundenberatung dient dem Vertrieb der Finanzprodukte. Die durch den Kundenberater ausgeführte Beratungsfunktion fungiert als Schnittstelle zwischen der Bank und dem Kunden.⁷⁹ Der Kundenberater nimmt dabei die Vertriebsfunktion der von der Bank offerierten Finanzanlageprodukte wahr.⁸⁰ Die Wichtigkeit der Beratung und damit der Vertriebsfunktion innerhalb der Wertschöpfungskette «Anlegen» variiert nach Kundengruppe sowie aufgrund des nachgefragten Beratungsmodells. Bei Letzterem kann zwischen Vermögensverwaltungsmandat, Anlageberatung und Execution-only unterschieden werden.⁸¹

Der Vermögensverwaltungsvertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, welches die einzelnen durch die Bank gefällten Anlageentscheide einrahmt.⁸² Der

⁷⁹ ALT/PUSCHMANN, 72.

⁸⁰ EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 39.

⁸¹ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) für eine Definition der Begriffe Anlageberatung und Vermögensverwaltung. Bei Execution-only Leistungen der Bank handelt es sich um das bloße Ausführen oder die Übermittlung von Kundenaufträgen ohne den Konsum von Beratungsleistungen durch den Kunden (vgl. auch Art. 8 Abs. 4 FIDLEG).

⁸² ROTH, Spielregeln, 72. Im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandats verwaltet die Bank das Vermögen des Kunden und tätigt Anlageentscheide selbständig im Rahmen der durch den Kunden festgelegten Anlagestrategie (EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 28; BAUEN/ROUILLER, 339; SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 1). Mit dem Vermögensverwaltungsauftrag übergibt der Kunde der Bank die umfassende Sorge für das von ihm anvertraute Vermögen. Dies impliziert auch die Pflicht der Bank zur dauernden Überwachung des Vermögens und zur Umschichtung des Vermögens im Falle veränderter Verhältnisse (vgl. BAUEN/ROUILLER, 339 f. m.w.H.). Diese Pflicht zur wirtschaftlichen Verwaltung des der Bank anvertrauten Vermögens wird im Rahmen des Portfolio-Managements ausgeführt (BAUEN/

Kundenberater hat im Rahmen der Vermögensverwaltung die Funktion, den Vermögensverwaltungsvertrag anzubahnen und auszuhandeln, mit dem Kunden die Anlagestrategie festzulegen, den Kontakt zum Kunden zu pflegen und die Anlagestrategie wenn nötig den Bedürfnissen des Kunden anzupassen.⁸³ Ein Vertrieb von Finanzprodukten gegenüber dem Kunden findet dabei nur im Rahmen des Festlegens der Anlagestrategie statt, da im Einzelfall das Portfolio-Management über den Kauf oder Verkauf eines Finanzprodukts entscheidet und diesen ohne Mitwirkung des Kunden auslöst.

Bei der Anlageberatung handelt es sich um eine einzelne Dienstleistung der Bank, welche (im besten Fall) zum Kauf oder Verkauf eines Finanzproduktes führt.⁸⁴ Portfolio-Management-Dienstleistungen werden bei der Anlageberatung nicht nachgefragt.⁸⁵ Der Grad der Massarbeit bzw. die Individualität der Informationen hängt dabei von der Kundengruppe ab. Während die Anlageberatung im Retail Banking als standardisiert bewertet werden kann, bietet die Bank für die vermögenden Kunden im Private Banking auf die Bedürfnisse des einzelnen Anlegers individualisierte Anlageberatungsleistungen an.⁸⁶ Da die Beratungsleistung die Grundlage des Anlageentscheids des Kunden darstellt, ist ihre Bedeutung als Vertriebsfunktion entsprechend hoch.

Bei Execution-only-Aufträgen fällt der Kunde seinen Anlageentscheid selbständig ohne den Konsum einer Beratungsdienstleistung der Bank. Die Vertriebsleistungen der Bank beschränken sich dabei auf die Annahme des Effektenhandelsauftrags. Die Bank erbringt hierbei keine Beratungsdienstleistung,

ROUILLER, 168 f.). Die Vermögensverwaltung wird vermögenden Privatpersonen im Rahmen des Private Banking sowie institutionellen Anlegern durch den Geschäftsbereich Asset Management angeboten (BAUEN/ROUILLER, 339 f.).

⁸³ EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 28.

⁸⁴ ROTH, Spielregeln, 72. Bei der Anlageberatung fällt der Kunde den Anlageentscheid zwar eigenständig, er basiert seinen Entscheid dabei allerdings auf Informationen, welche die Bank ihm im Rahmen des Anlageberatungsmandats zugeschnitten auf das kundenspezifische Beratungs- und Risikoprofil zur Verfügung stellt (EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 30; BAUEN/ROUILLER, 353; SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 6; BÜSCHGEN, 393).

⁸⁵ ROTH, Spielregeln, 71; SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 6.

⁸⁶ GABLER-Banklexikon, 64. Die Anlageberatung wird vorwiegend im Geschäftsbereich Retail Banking, d.h. vorwiegend für kleine und mittlere Kunden angeboten (EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 30). Die im Rahmen der Anlageberatung angebotenen Dienstleistungen bzw. Informationen umfassen alle Arten der Kapitalanlage, namentlich die Analyse der optimalen Ausrichtung der Vermögensstruktur oder die exakte Auswahl der aufgrund der kommunizierten Strategie zu erwerbenden Wertschriften (BAUEN/ROUILLER, 355).

ist dem Kunden allerdings auch nur betreffend die Ausführung des Anlageentscheids verantwortlich.⁸⁷

Der Transaktionsprozess der Abwicklung des (Kunden-)Auftrags befasst sich mit der Ausführung des Kauf- oder Verkaufsauftrags im eigenen Namen und auf Rechnung des Kunden. Er kann in die Funktionen Auftragserfassung/-prüfung, Ausführung und eigentliche Abwicklung des Auftrags unterteilt werden.⁸⁸ Im Rahmen der Auftragserfassung wird der Kundenauftrag durch den Kundenberater, Vermögensverwalter oder online direkt vom Kunden initialisiert und einigen (namentlich regulatorischen) Prüfungen unterzogen. In einem zweiten Schritt erfolgt die eigentliche Ausführung des Auftrags durch die Brokerfunktion in der Division Investment Banking.⁸⁹ Nach Abschluss des Wertpapiergeschäfts wird der Auftrag durch die Division Operations verarbeitet. Letzteres stellt die eigentliche Depotfunktion dar, d.h. das Verbuchen der Transaktion im entsprechenden Kundendepot und die Aufbereitung der Dokumente.⁹⁰

Das Portfolio-Management ist die wirtschaftliche Vermögensverwaltung, d.h. die sorgfältige Überwachung des der Bank vom Kunden anvertrauten Vermögens im Rahmen der durch den Kunden vorgegebenen Anlageziele sowie die Umschichtung des Vermögens im Falle veränderter Bedingungen.⁹¹ Das Portfolio-Management wird im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags sowohl vermögenden Privatpersonen als auch institutionellen Kunden angeboten. Das Portfolio-Management für vermögende Privatpersonen wird innerhalb der Universalbank i.d.R. zentral – d.h. nicht durch den Kundenberater, sondern durch eine zentrale, auf das Portfolio-Management spezialisierte Unternehmenseinheit – ausgeführt.⁹²

⁸⁷ EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 32.

⁸⁸ Vgl. ALT/PUSCHMANN, 83 *m.w.H.*

⁸⁹ ROTH, Spielregeln, 72.

⁹⁰ ALT/PUSCHMANN, 84; ROTH, Anlageberatung, 4.

⁹¹ ROTH, Spielregeln, 99; BAUEN/ROUILLER, 339; SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 2. Während die technische Verwaltung im Rahmen der Depotfunktion ausgeübt wird (*siehe* Abschnitt II.A.3.2 (S. 9)), übernimmt das Portfolio-Management die wirtschaftliche Verwaltung des Vermögens. Die kontinuierliche Pflicht zur Überwachung und Verwaltung des Portfolios macht die Vermögensverwaltung zu einem Dauerschuldverhältnis (SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 4).

⁹² EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1741 ff. Das Portfolio-Management für institutionelle Kunden wird in der Geschäftseinheit Asset Management ausgeübt. Es handelt sich dabei zum einen um die individuelle Vermögensverwaltung, bei der das Vermögen eines einzelnen institutionellen Kunden durch die Bank im Rahmen der durch den Kunden

b. Die Wertschöpfungskette «Finanzieren»

Im Rahmen der Wertschöpfungskette «Finanzieren» stellt die Bank dem Kunden Finanzierungsfazilitäten zur Verfügung. Es handelt sich um das Kreditgeschäft der Bank, welches Eingang in die Aktivseite der Bankbilanz findet.⁹³ Die von der Bank vertriebenen Kreditprodukte variieren dabei nach Nutzungsgruppe, Fristigkeit, Zweck, Sicherheiten, Form sowie Zahl der Kreditgeber.⁹⁴ Die bestehende Informationsasymmetrie⁹⁵, welche eine umfangreiche Informationsgrundlage für eine Kreditvergabe durch die Bank notwendig macht, be-

selbst bestimmten Anlagestrategie verwaltet wird. Zum anderen gehört auch das kollektive Vermögensverwaltungsgeschäft zum Portfolio-Management. Während bei der individuellen Vermögensverwaltung der Kunde individuell entscheidet, nach welcher Anlagestrategie er sein Vermögen verwaltet haben möchte, gilt die Anlagestrategie bei der kollektiven Vermögensverwaltung einheitlich für alle in das kollektive Sondervermögen (Versicherung- oder Fondsvermögen) investierten Personen (KÜNZI PEDITTO, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §8 N 9). Dabei werden Vermögen kollektiver Kapitalanlagen oder Versicherungen bzw. Pensionskassen verwaltet, an welchen der individuelle Anleger aufgrund des Haltens von Fondsanteilen oder des Abschlusses von Versicherungen beteiligt ist (SCHÄFER/SETHE/LANG, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §1 N 57).

⁹³ BÜSCHGEN, 327. Die Bank bietet im Rahmen der Bereitstellung von Finanzierungsfazilitäten auch indifferente Bankleistungen an. Zu nennen sind hier die Eventualverpflichtungen in Form von Bürgschaften und Bankgarantien sowie unwiderrufliche Zusagen oder von ihr ausgegebene Derivate. Ausserdem kann die Bank Finanzierungsfazilitäten vermitteln. Dabei handelt es sich um das Emissionsgeschäft des Investment Banking, in dessen Rahmen sich der Kunde auf dem Kapitalmarkt refinanzieren kann. Die Bank nimmt hier keine kapitalgebende Rolle, sondern eine reine Vermittlerrolle ein. Die vorliegende Arbeit behandelt im Finanzierungsgeschäft ausschliesslich die Fremdfinanzierung von Kunden durch die Bank, d.h. das bilanzwirksame Kreditgeschäft der Banken. Das Bereitstellen von Finanzierungsmöglichkeiten aufgrund der Emission von Obligationen für Geschäftskunden durch den Geschäftsbereich Investment Banking, welches aufgrund der Vermittlerrolle der Bank zum indifferenten Bankgeschäft gehört, wird in dieser Arbeit nicht behandelt.

⁹⁴ ALT/PUSCHMANN, 84.

⁹⁵ Kreditvertragsbeziehungen sind Dauerschuldverhältnisse, welche durch das Vorhandensein der asymmetrischen Informationen auf dem Kreditmarkt geprägt sind. Langfristige Kunde-Bank-Beziehungen können zu einer Minderung der asymmetrischen Informationslage zwischen Kunden und Bank führen (vgl. HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 132 *m.w.H.*). Entsprechend ist die Kundenpflege im Rahmen des Wertschöpfungsprozesses «Finanzieren» wichtig für eine Reduzierung der Transaktionskosten für die Bank.

dingt einen sehr niedrigen Automatisierungsgrad des Vertriebs in der Wertschöpfungskette «Finanzieren». ⁹⁶ Im Gegensatz zur Wertschöpfungskette «Anlegen» und «Zahlen» zeichnet sich das Finanzierungsgeschäft somit durch geringere Frequenz und Transaktionsvolumen pro Kunden sowie durch einen niedrigeren Automatisierungsgrad aus. ⁹⁷

Dem Kreditgeschäft ist das Eingehen von Kreditrisiken inhärent, d.h. die Bank generiert ihre Einnahmen aus dem Kreditgeschäft durch die Übernahme des Kreditrisikos. ⁹⁸ Die Kompensation für die Wertschöpfung innerhalb der Wertschöpfungskette «Finanzieren» fließt der Bank damit als Zinsdifferenz zwischen dem Einlagenzins und dem Kreditzins zu.

Die Wertschöpfungskette «Finanzieren» lässt sich wie folgt graphisch abbilden:

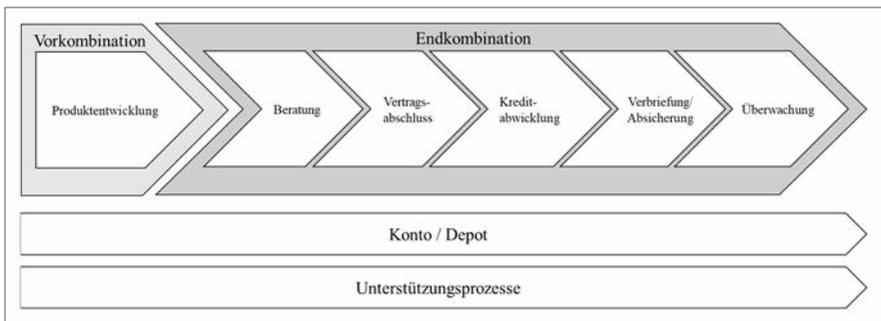


Abbildung 3: Wertschöpfungskette «Finanzieren» (eigene Darstellung)

Im Rahmen der Kundenberatung informiert der Kundenberater den an einer Kreditaufnahme interessierten Kunden über die von der Bank angebotenen Kreditprodukte. Bei dieser Vertriebsleistung geht es zum einen um die Aufnahme der Eckdaten des vom Kunden gewollten Kreditvertrages, d.h. um die Festlegung der Kreditsumme, der Laufzeit, allfälliger Sicherheiten, der Höhe und Zahlungsmodalitäten der Zinsen sowie allfällige Kündigungsmöglichkeiten. ⁹⁹ Zum anderen sammelt der Kundenberater die persönlichen Informationen des

⁹⁶ Dabei ist der physische Kundenkontakt für den Abschluss eines Kreditvertrages immer notwendig. Es besteht allerdings keine schuldrechtliche Formvorschrift für den Abschluss eines Kreditvertrages. Zu Beweissicherungs- und Dokumentationszwecken wird der Kreditvertrag zwischen Kunde und Bank jedoch ausnahmslos schriftlich abgeschlossen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 871).

⁹⁷ ALT/PUSCHMANN, 85 f.

⁹⁸ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 3031; vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 5) *m.w.H.*

⁹⁹ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 163.

Kunden, welche für die Prüfung der Kreditfähigkeit und Kreditwürdigkeit im Rahmen des Prozesses «Kreditabschluss» notwendig sind.

Das Ausmass des Kreditrisikos kann nach Abschluss eines Kreditvertrages von der Bank nur noch sehr begrenzt beeinflusst werden. Deshalb kommt der Prüfung des Kreditrisikos vor Kreditvertragsabschluss eine grosse Bedeutung zu.¹⁰⁰ Die Prüfung des Kreditrisikos beinhaltet die Prüfung der Kreditfähigkeit sowie Kreditwürdigkeit des Kunden.¹⁰¹ Auf der Grundlage dieser Prüfung wird sodann die Entscheidung über die Vergabe des Kredits im Einzelfall gefällt sowie die Höhe des Kreditzinses festgesetzt¹⁰² und die allfällige Bestellung einer Sicherheit geprüft. Diese Aktivitäten der Verarbeitung der Informationen, die Bewertung des Kreditrisikos sowie die Einpreisung des Risikos in den Kreditzins werden nicht vom Kundenberater, sondern vom Personal im Middle-Office ausgeführt.¹⁰³ Zuletzt wird der Kreditvertrag schuldrechtlich zwischen der Bank und dem Kunden abgeschlossen.

Nach dem rechtsgültigen Abschluss des Kreditvertrages setzen die Transaktionsprozesse der Wertschöpfungskette «Finanzieren» ein. Es kommt zur Abwicklung des Vertrages. Dabei wird die Kreditsumme auf das Konto des Kunden ausbezahlt und es werden die notwendigen rechtlichen Schritte unternommen, um allfällige Sicherheiten zu bestellen.¹⁰⁴ Der Abwicklungsprozess wird in der Division Operations durchgeführt.

Wie unter Abschnitt II.B.2.1¹⁰⁵ dargestellt wird, kann die Bank die Kreditrisiken, welche sie durch die Ausgabe eines Kredites aufnimmt, auf verschiedene Arten bewirtschaften. Dabei kommt dem Prozess der Risikoüberwachung die

¹⁰⁰ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 431.

¹⁰¹ Die Kreditfähigkeit bzw. Bonität des Kunden wird durch Bezug interner oder externer Ratings ermittelt. Sie fliesst als Ausfallwahrscheinlichkeit in die Berechnung des erwarteten Verlusts ein (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 865; ALT/PUSCHMANN, 85; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 436 f.). Die Kreditwürdigkeit ergibt sich aus dem Leumund und Verhalten des Kunden im Geschäftsverkehr (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 864).

¹⁰² Ein Zins, der das Kreditrisiko richtig abbildet, muss einen Aufschlag für erwartete Verluste (gemäss Bonität des Schuldners), eine Risikoprämie für unerwartete Verluste sowie die Kosten der Kreditabwicklung berücksichtigen (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 492; vgl. *auch* ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 117). Vgl. *hinten* Abschnitt II.B.3 (S. 43) *m.w.H.*

¹⁰³ Vgl. ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 116 f. *m.w.H.*

¹⁰⁴ ALT/PUSCHMANN, 85. Der Kredit kann dabei in Form von Zusicherungen des Kunden oder Dritten oder eigentlichen Sicherheiten (Real- und Personalsicherheiten) gesichert werden (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1124 ff. *m.w.H.*). Dabei müssen regelmässig gewisse Formvorschriften eingehalten werden.

¹⁰⁵ Vgl. S. 43.

wichtigste Rolle zu. Die wirtschaftliche Entwicklung des Kreditnehmers sowie der Wert der allenfalls bestellten Sicherheit müssen während der gesamten Laufzeit des Dauerschuldverhältnisses kontinuierlich überprüft werden.¹⁰⁶ Die Materialisierung des Kreditrisikos kann so frühzeitig erkannt und geeignete Schritte können eingeleitet werden, um den Eintritt des Risikoereignisses zu verhindern oder den eintretenden Schaden möglichst gering zu halten. Die Überwachung des Kreditrisikos findet im Middle-Office statt. Der Prozess «Verbriefung/Absicherung» muss hingegen nicht bei jeder Bank in der Wertschöpfungskette «Finanzieren» vorgesehen sein.¹⁰⁷ Im Allgemeinen nutzen die Banken in der Schweiz v.a. Kreditderivate zur Absicherung ihrer Kreditpositionen.¹⁰⁸

c. Die Wertschöpfungskette «Zahlen»

Im Rahmen der Wertschöpfungskette «Zahlen» bietet die Bank dem Kunden Dienstleistungen an, welche mit dem Zahlungsverkehr in Zusammenhang stehen. Unter Zahlungsverkehr wird die Summe aller Operationen verstanden, welche Zahlungsmittel zwischen zwei oder mehreren Wirtschaftssubjekten transferieren.¹⁰⁹ Dies beinhaltet den Überweisungsauftrag, die Barabhebung, Zahlungen durch EC-Karten oder Kreditkarten sowie das Ausstellen und Einlösen von Schecks und Wechseln.¹¹⁰ Die Bereitstellung der Zahlungsverkehrsdienstleistungen zeichnet sich durch eine hohe Standardisierung aus.¹¹¹ Bei den im Rahmen der Wertschöpfungskette «Zahlen» angebotenen Produkten handelt es sich somit um standardisierte Bankdienstleistungen. Die Leistungserstellung basiert dabei entscheidend auf IT-Prozessen. Dadurch kommt dem Vorkombinationsprozess der Produktentwicklung eine wichtige Rolle innerhalb

¹⁰⁶ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 429; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 879. In den Verträgen für gedeckte Kredite wird i.d.R. vorgesehen, dass der Kreditnehmer eine Nachdeckung gewährleisten muss, sobald es zu einer Unterschreitung der vereinbarten Deckung durch Wertminderung des Sicherungsobjektes kommt. Bei ungedeckten Krediten erfolgt hingegen eine Überwachung der generellen wirtschaftlichen Lage des Kreditnehmers. Dabei spielen auch kreditspezifische, allgemeine Faktoren eine Rolle (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 880 f. *m.w.H.*).

¹⁰⁷ Vgl. Abschnitt II.B.2.1 (S. 37) *m.w.H.*

¹⁰⁸ Vgl. UBS, Geschäftsbericht 2017, 247; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 379 f.; vgl. STAUB, Kreditrisikotransfer, 99 *m.w.H.*

¹⁰⁹ ALT/PUSCHMANN, 78.

¹¹⁰ ALT/PUSCHMANN, 79.

¹¹¹ ALT/PUSCHMANN, 90.

der Wertschöpfungskette «Zahlen» zu.¹¹² Ausserdem ist für die Initialisierung der Transaktionsprozesse durch den Kunden kein (physischer) Kundenkontakt notwendig, d.h. die eigentliche Vertriebsfunktion der Beratungsleistungen durch den Kundenberater entfällt bei dieser Wertschöpfungskette i.d.R. Die Wertschöpfungskette «Zahlen» besteht dementsprechend v.a. aus Transaktionsprozessen.

Die Wertschöpfungskette «Zahlen» lässt sich wie folgt graphisch abbilden:

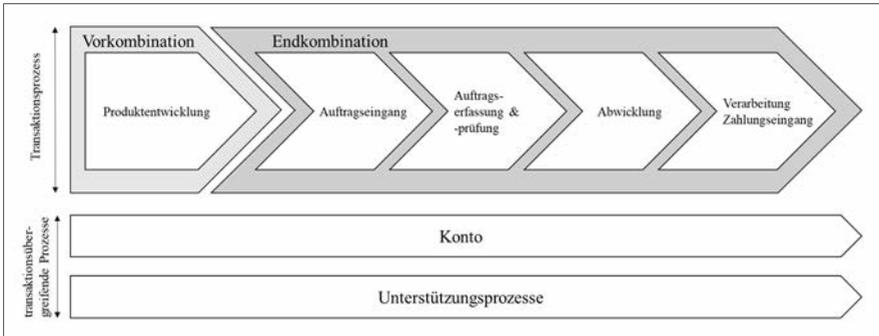


Abbildung 4: Wertschöpfungskette «Zahlen» (eigene Darstellung)

Der Transaktionsprozess wird durch den Auftrag des Kunden ausgelöst. Der Auftrag kann über verschiedene Kanäle durch den Kunden ausgesprochen werden.¹¹³ Vor der Abwicklung des Zahlungsauftrages wird der Auftrag im System erfasst und einer Prüfung hinsichtlich der Bonität sowie regulatorischer Aspekte (z.B. Geldwäscherei etc.) unterzogen. Darauf folgt die Abwicklung des Auftrages. Sie beinhaltet den Transfer des Geldes durch die Verbuchung der Valuta sowie die Aufbereitung der Kundendokumente.¹¹⁴ Resultiert aus der Transaktion ein Zahlungseingang, kommt es zuletzt zur Verarbeitung dieses Zahlungseingangs.¹¹⁵ Dies beinhaltet die Erfassung und Verbuchung der

¹¹² Die Entwicklung von IT-Prozessen zur effizienteren Abwicklung von Zahlungsaufträgen sowie die Weiterentwicklung von Zahlungsterminals (v.a. für das elektronische Banking) sind für die Sicherstellung der Leistungsbereitschaft sowie zur Angleichung an Kundenbedürfnisse zentral.

¹¹³ ALT/PUSCHMANN, 78. Ein physischer Kontakt ist dabei nicht notwendig und i.d.R. auch nicht gegeben.

¹¹⁴ ALT/PUSCHMANN, 78 f.

¹¹⁵ Der Prozess der Verarbeitung des Zahlungseingangs existiert in jenen Fällen, in denen Geld zwischen zwei Konten der gleichen Bank transferiert wird. Wenn auf ein Konto lediglich eine Zahlung eingeht, stellt der Prozess der Verarbeitung des Zahlungseingangs den einzigen Transaktionsschritt der Bank dar.

Valuta sowie – analog zur Auftragsprüfung – eine regulatorische Überprüfung der transferierten Summe.¹¹⁶

3.4. Die Aufbaustruktur der Universalbank in der Schweiz

a. Die betriebswirtschaftliche Aufbaustruktur der Bank

Die betriebswirtschaftliche Aufbaustruktur kann produktorientiert (Organisation nach sog. Geschäftssparten) sowie gebietsorientiert (regionale Organisation) oder kundengruppenorientiert (marktorientierte, divisionale Organisation) gegliedert werden.¹¹⁷ Es können auch mehrere Organisationstypen in einer Matrixorganisation zusammengefasst werden.¹¹⁸ Das produktorientierte Organisationsmodell orientiert sich an den banktypischen Leistungsarten, indem die Bank anhand der von ihr angebotenen Bankleistungstypen in die Sparten Einlagen- und Kreditgeschäft, Vermögensverwaltung sowie Effekthengeschäft aufgeteilt wird.¹¹⁹ Die kundenorientierte Organisationsstruktur stellt hingegen den Kundennutzen in den Vordergrund und versucht, die Organisation der Bank gemäss den von den einzelnen Kundensegmenten nachgefragten Leistungsbündeln zu gliedern. Dabei werden grundsätzlich die Divisionen

¹¹⁶ ALT/PUSCHMANN, 79.

¹¹⁷ Es handelt bei den genannten Ordnungsmomenten um Ausprägungen der divisionalen Organisation nach dem Objektprinzip (sog. Geschäftsbereichsorganisation). Davon ist die funktionale Organisation (sog. Verrichtungsorganisation) zu unterscheiden, welche das Unternehmen in Funktionsbereiche (Forschung und Entwicklung, Beschaffung, Produktion, Vertrieb etc.) gliedert. Diese funktionale Organisation ist bei Banken nicht zweckmässig, würde sie doch lediglich in einer Unterteilung von Marktleistungs- und Verwaltungsbereich resultieren. Aus diesem Grund ist die divisionale Organisation im Bankbereich vorherrschend (vgl. BÜSCHGEN, 499 *m.w.H.*; PICOT ET AL., 370 f.; HUB, 58 *sowie* 394; ALT/PUSCHMANN, 92).

¹¹⁸ BÜSCHGEN, 499 f.; ALT/PUSCHMANN, 92; GABLER-Banklexikon, 172 f.; MEYER VON SELHAUSEN, in: SCHIERENBECK/MOSER, Bankcontrolling, 379.

¹¹⁹ GABLER-Banklexikon, 172. Eine reine produktorientierte Organisation besteht aus der Einteilung anhand verschiedener (einzelner) Bankproduktarten, wohingegen eine spartenorientierte Organisation mehrere ähnliche Bankleistungen innerhalb einer Division oder Sparte bündelt. Vorteil dieser Organisationsstruktur ist, dass eine gewisse Form von Massenfertigung bzw. Standardisierung innerhalb der Produktesparten erreicht werden kann. Es fehlt hingegen an der Orientierung am Kundennutzen, da die Kunden mehrheitlich bei der Bank keine Einzelleistungen, sondern Leistungsbündel nachfragen (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2604; BÜSCHGEN, 500).

Retail Banking, Private Banking, Asset Management sowie Investment Banking unterschieden.¹²⁰

In der Schweiz findet die kundenorientierte Organisation von Bankinstituten die häufigste Anwendung.¹²¹ Art. 12 Abs. 1 BankV schreibt den schweizerischen Banken zudem eine funktionale Einteilung der Geschäftsbereiche der Universalbank in Retail Banking, Investment Banking, Vermögensverwaltung des Private Banking, Asset Management sowie die Abwicklungsaktivitäten des Geschäftsbereichs Operations als organisatorische Mindestsegmentierung vor.¹²² Neben den sich an den Kundengruppen orientierenden Divisionen werden die im Konzernverbund zentral erbrachten Leistungen in den Divisionen Operations sowie Corporate Center (sog. Servicecenter) gebündelt. Der Bereich Operations beinhaltet die zentrale Transaktionsabwicklung und Verwaltung der Konti, der Depots sowie der Kundendaten. Im Corporate Center werden zentrale Dienstleistungen (wie Personalwesen, Rechts- und Steuerberatung, Treasury, Risikomanagement sowie Rechnungslegungsdienstleistungen u.v.m.) an die anderen Divisionen angeboten.¹²³

¹²⁰ Es handelt sich dabei um eine grundsätzliche Segmentierung in Privatkunden und Geschäftskunden, welche allerdings einen Fokus auf die von diesen Kundengruppen nachgefragten Leistungsbündel legt (vgl. BÜSCHGEN, 500 *m.w.H.*). Diese Organisationsstruktur entsteht aus der Verbindung der kunden- sowie produktorientierten Organisation mit einem besonderen Fokus auf die Marktseite der Leistungserstellung durch die Bank. Im Ergebnis wird das aufgrund der Kundengruppe Privatkunden geschaffene Segment noch in die von den vermögenden Kunden nachgefragten Leistungsbündel Vermögensverwaltung und damit Private Banking sowie das standardisierte Leistungsangebot an Privatpersonen im Rahmen des Retail Banking unterteilt. Bei den Geschäftskunden wird zwischen dem Asset Management für institutionelle Anleger, dem Investment Banking sowie dem Angebot der Standardbankdienstleistungen im Rahmen des Retail Banking für Geschäftskunden unterschieden.

¹²¹ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2600; FINANZMARKT-Lexikon, 80; vgl. *u.a.* CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 17; VONTOBEL, Geschäftsbericht 2019, 26 ff. (als Börsenbank bietet die Bank VONTOBEL ihren wohlhabenden Kunden Retail-Banking-Leistungen nur im Rahmen des Private Banking an); ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 168; UBS, Geschäftsbericht 2017, 18.

¹²² Vgl. auch SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §24 N 12. Die Trennung dient der Vermeidung von Interessenkonflikten aufgrund der konsolidierten Erbringung verschiedener Bankdienstleistungen (STÖCKLI, 87).

¹²³ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2601.

b. Die rechtliche Aufbaustruktur der Bank

Aufgrund des Schweizer Universalbanksystems können Banken das klassische Bankgeschäft, den Effektenhandel sowie die Vermögensverwaltung unter einem Konzerndach ausüben. Dabei erlaubt das Aufsichtsrecht grundsätzlich die Ausübung aller der Universalbank immanenten Leistungen sowohl durch eine Rechtseinheit (sog. Einheitsunternehmen) als auch durch selbständige Konzerngesellschaften. Schweizer Banken können sich entsprechend gesellschaftsrechtlich als Einheitsunternehmen oder Konzern organisieren.¹²⁴ Bei den Grossbanken sowie grösseren Kantonalbanken ist eine Dezentralisierung der Leistungserstellung in der horizontalen Sicht, d.h. die Aufgabenteilung und Spezialisierung der einzelnen Bankleistungen durch verschiedene Unternehmensteile oder selbständige Tochtergesellschaften, zu beobachten.¹²⁵ Kleinere Bankinstitute, wie Regional- und (kleinere) Kantonalbanken sowie Sparkassen, wickeln ihre gesamte Wertschöpfung hingegen regelmässig innerhalb einer Rechtseinheit ab.¹²⁶

Bankkonzerne, die Leistungen aufgrund eines Netzes an selbständigen Rechtseinheiten erstellen, zeichnen sich zumeist durch eine sog. Holdingstruktur aus.¹²⁷ Dabei ist zwischen der Führungsholding, bei der die Muttergesellschaft keine operativen Tätigkeiten, sondern lediglich strategische Führungsaufgaben wahrnimmt, und dem Stammhauskonzern, bei welchem die Muttergesellschaft entscheidende operationelle Funktionen ausführt, zu unterscheiden.¹²⁸ Die Holdingstruktur findet sich v.a. bei den Grossbanken. Diese sind in der

¹²⁴ Vgl. *hinten* Abschnitt IV.A (S. 91) *m.w.H.*

¹²⁵ FRIESENECKER, 29 ff. Die Wertschöpfungstiefe der kleineren Bankinstitute ist naturgemäss geringer als jene der Grossbanken (vgl. *hierzu* Abschnitt II.B (S. 34) *m.w.H.*). Die Abwicklungsfähigkeit der systemrelevanten Banken im Krisenfall impliziert eine operationelle und finanzielle Unabhängigkeit der einzelnen Funktionen innerhalb des Konzerns. Die finanzielle Unabhängigkeit kann durch eine Auslagerung in selbständige Konzerngesellschaften besser erreicht werden.

¹²⁶ Vgl. u.a. BANK LINTH, Geschäftsbericht 2019, 14; GLARNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 54; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 168, welche nur ihr Bankgeschäft in Deutschland über eine selbständige Tochtergesellschaft abwickelt. Ein kleines Bankinstitut vereint dabei das klassische Bankgeschäft mit dem Effektenhandel in einer Gesellschaft. Das Anlagefondgeschäft wird dann i.d.R. nicht angeboten.

¹²⁷ Die Entwicklung der Bankholdingstruktur als vorherrschende Struktur der Grossbanken ist allerdings erst nach der Finanzkrise im Jahr 2008 aufgrund der TBTF-Massnahmen und der konsolidierten Aufsichtspolitik der FINMA zu beobachten. Im Jahr 1991 sprach das BGR mit Bezug auf die Holdingstruktur der SKA noch von einer «atypischen Bankorganisation» (vgl. BGE 116 IB 331, E.2c).

¹²⁸ GABLER-Banklexikon, 711; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 93.

Schweiz aufgrund der TBTF-Entwicklungen mit einer Führungsholding sowie einem Stammhaus als Subholding ausgestaltet.¹²⁹

Zudem wird das Schweizer Bankkundengeschäft – d.h. das in der Schweiz gebuchte Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der in der Schweiz abgewickelte Zahlungsverkehr – bei den Grossbanken aufgrund der Qualifikation als systemrelevante Funktion in einer eigenständigen Tochtergesellschaft gebündelt.¹³⁰ Dies beinhaltet neben dem systemrelevanten klassischen Einlagen- und Kreditgeschäft auch die Vermögensverwaltung für vermögende Privatkunden, welche in der Schweiz verbucht sind.¹³¹ Bei anderen Banken wird das Einlagen- und Kreditgeschäft vom Stammhaus ausgeführt. Die weiteren Funktionen des Universalbankgeschäfts – d.h. die Funktionen des Effektenhandels, die zentralen Dienstleistungen sowie teilweise die Vermögensverwaltung für Privatpersonen und institutionelle Anleger – sind hingegen zumeist dem Stammhaus angegliedert.

Es ist anzumerken, dass die zentralen Dienstleistungen der Finanzgruppe bei Grossbanken regelmässig aufgrund regulatorischer Anforderungen in einer rechtlich eigenständigen Servicegesellschaft zusammengefasst werden.¹³²

¹²⁹ Als «TBTF» (too big to fail) werden Bankinstitute bezeichnet, welche im Falle eines drohenden Konkurses die schweizerische Volkswirtschaft in Schieflage bringen könnten. Diese Bankinstitute werden als systemrelevant bezeichnet (vgl. Abschnitt II.B.4 (S. 48) *m.w.H.*). Die systemrelevanten Grossbanken müssen aufgrund der vom Schweizer Regulator gewählten Strategie eines «single point of entry» mit einer nicht-operativ tätigen Konzernobergesellschaft (Holding) ausgestattet sein (vgl. ACHERMANN, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §9 N 101 f.). Diese Konzernobergesellschaft kann unter gewissen Voraussetzung aus dem aufsichtsrechtlichen Konsolidierungskreis ausgeschlossen werden. Das Stammhaus qualifiziert hingegen entweder als Bank, Effektenhändler oder Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen und unterliegt einer entsprechenden Bewilligungspflicht und regulatorischen Aufsicht (KÜHNE, N 1059).

¹³⁰ Auf diese Weise soll das nationale Bankgeschäft von internationalen Finanzschocks abgeschirmt, die in der Schweiz gebuchten Einlagen gesichert sowie die systemrelevanten Funktionen in finanziellen Krisensituationen weitergeführt werden (HÜPKES, BSK-BankG, Vor 11. bis 13. Abschnitt N 19; VON DER CRONE/BÜHLER, 15 f.). Als systemrelevantes Bankgeschäft wird (namentlich) das auf dem schweizerischen Finanzplatz angebotene Einlagen- und Kreditgeschäft sowie die Zahlungsverkehrsdienstleistungen qualifiziert, wobei die SNB weitere systemrelevante Funktionen für ein jeweiliges Finanzinstitut festlegen kann (Art. 8 Abs 1 sowie 3 BankG; HÜPKES, BSK-BankG, Vor 11. bis 13. Abschnitt N 32; SCHILTKNECHT, 65).

¹³¹ CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 41; UBS, Geschäftsbericht 2019, 59.

¹³² HSU, 473. Die Auslagerung der zentralen Dienstleistungen in eine eigenständige Tochtergesellschaft dient der besseren Abwicklungsfähigkeit der systemrelevanten Banken im Konkursfall. Die Servicegesellschaften sollen im Konkursfall die Umsetzung der Abwicklungsstrategien sowie die Aufrechterhaltung der systemrelevanten Funktionen

Diese beinhaltet auch die Treasury-Abteilung der Bank, welche aufgrund ihrer Wesentlichkeit für die Weiterführung der systemrelevanten Banktätigkeiten in der Schweiz aus regulatorischen Gründen in die Servicegesellschaft ausgelagert werden müssen.¹³³

Eine weitere Differenzierung der rechtlichen Aufbaustruktur von Banken wird regelmässig hinsichtlich der Vertriebsstruktur vorgenommen. Überregional tätige Banken setzen ihre Bankleistungen über ein Netz von Niederlassungen z.T. in der gesamten Schweiz um.¹³⁴ Während das internationale Bankgeschäft zu meist aus regulatorischen sowie betriebswirtschaftlichen Gründen durch rechtlich selbständige Konzerngesellschaften ausgeübt wird, etablieren Schweizer Banken für ihr Kantonsgrenzen überschreitendes Bankgeschäft lediglich vom Stammhaus rechtlich unselbständige Zweigstellen ausserhalb des Sitzkantons.¹³⁵ Durch das Zweigstellennetz vertreiben die Banken v.a. Dienstleistungen des Retail Banking für Privat- und Geschäftskunden sowie vereinzelt das Private Banking für vermögende Privatpersonen.¹³⁶

Die Raiffeisen Gruppe zeichnet sich hingegen durch eine von den Grossbanken und kleineren Banken abweichende rechtliche Aufbaustruktur aus. Sie ist als eine «umgekehrte» Holding strukturiert, indem die als Finanzierungs- und Führungsholding fungierende RAIFFEISEN SCHWEIZ als Tochtergesellschaft (eine Genossenschaft im Sinne von Art. 828 ff. OR) durch die operativ tätigen, regionalen Raiffeisenbanken gehalten wird. Die Bankleistungen der Raiffeisen Gruppe werden entsprechend durch rechtlich selbständige Genossenschaften

sicherstellen bzw. unterstützen (HSU, Servicegesellschaften, 474 sowie 477); UBS, Geschäftsbericht 2017, 195; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2017, 18.

¹³³ Vgl. Art. 3a BankV.

¹³⁴ Jene Gruppengesellschaften, welche bei UBS und CREDIT SUISSE das schweizerische Bankgeschäft enthalten, sind mit zahlreichen Filialen in der ganzen Schweiz vertreten (UBS, Geschäftsbericht 2019, 26; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 21). Die ST. GALLER KANTONALBANK ist mit einem dichten Filialnetz in ihrem Sitzkanton St. Gallen präsent sowie mit vereinzelt Filialen in anderen Kantonen (ZH, AI, AR) (ST GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 5). *Siehe auch* MIGROS BANK, Geschäftsbericht 2019, 55; GENFER KANTONALBANK, Annual Report 2019, 17; LUZERNER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 153 f.; EFG, Annual Report 2019, 11; JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 191.

¹³⁵ Eine Ausnahme zu dieser Aufbaustruktur des Bankvertriebs stellt die Raiffeisen Gruppe dar, welche aufgrund selbständiger Genossenschaften das Bankgeschäft in einem auf je ein Gemeindegebiet beschränkten Markt vertreibt (RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 81).

¹³⁶ UBS, Geschäftsbericht 2019, 26; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 21 f.

beschränkt auf die jeweilige Region der Raiffeisenbank erbracht.¹³⁷ Die RAIFFEISEN SCHWEIZ leistet dabei an die regionalen Raiffeisenbanken zentrale Dienstleistungen wie namentlich den Wertschriftenhandel, den Zahlungsverkehr, die gruppenweite Risikosteuerung, das Liquiditätsmanagement sowie die Refinanzierung der Finanzgruppe.¹³⁸ Ausserdem legt sie die gruppenweite Geschäftsstrategie und -politik fest und erbringt als Servicegesellschaft gruppenweite Dienstleistungen in den Bereichen Personal, Recht, Informatik, Marketing u.a.m.¹³⁹

Die rechtliche Aufbauorganisation der Banken variiert sehr stark von Bankinstitut zu Bankinstitut. Sie orientiert sich allerdings nur teilweise an der betriebswirtschaftlichen Organisation in Divisionen. Schlussendlich findet die Leistungserstellung der meisten (überregional tätigen) Schweizer Bankinstitute aufgrund einer Mehrzahl rechtlich selbständiger Gruppengesellschaften sowie rechtlich unselbständiger Zweigniederlassungen auf dem Gebiet mehrerer Kantone statt. Diese kantonsübergreifende Leistungserstellung der Banken macht die interkantonale Gewinn- und Kapitalabgrenzung zwischen den kantonalen Hoheitsträgern notwendig.

B. Risiken als Grundlage des Bankgeschäfts

I. Risiken als Produktionsfaktor im Bankgeschäft

Risiken treten bei allen Unternehmen auf. Für Banken haben sie aufgrund ihrer Transformationsfunktion eine besondere Bedeutung. Durch das Ausüben der verschiedenen Transformationsfunktionen¹⁴⁰ übernimmt die Bank für die am Kapitalmarkt teilnehmenden Nicht-Banken unterschiedliche Risiken und trägt

¹³⁷ RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 81 f.

¹³⁸ RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 81. Die Raiffeisen Gruppe hat die regulatorischen Eigenmittel-, Risikoverteilungs- und Liquiditätsvorschriften konsolidiert zu erfüllen. Es besteht eine Befreiung hinsichtlich der Erfüllung der regulatorischen Anforderungen auf Einzelinstitutslevel (RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 146). Die Gesamtverantwortung für das Risikomanagement und die Risikokontrolle wird vom Verwaltungsrat der RAIFFEISEN SCHWEIZ für die gesamte Gruppe wahrgenommen. Die RAIFFEISEN SCHWEIZ überwacht dabei die Risikolage und -kontrolle der lokalen Raiffeisenbanken und stellt eine konsolidierte Risikoberichterstattung sicher (RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 35 ff.).

¹³⁹ RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 81.

¹⁴⁰ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7).

dabei zu einer effizienten Verteilung der Risiken auf dem Kapitalmarkt bei.¹⁴¹ Dafür wird sie von den Nicht-Banken entsprechend entlohnt. Das Geschäftsmodell der Bank verbindet somit das Erwirtschaften von Erträgen untrennbar mit dem Eingehen von Risiken.¹⁴² Die Risikostruktur der Banken wird – im Gegensatz zu jener eines Industrieunternehmens – von finanzwirtschaftlichen Risiken geprägt. Finanzwirtschaftliche Risiken resultieren aus den Zahlungsströmen des Finanzinstituts und umfassen alle Risiken des Wertbereichs der Bankwertschöpfung.¹⁴³ Kreditrisiken, Liquiditätsrisiken sowie Marktrisiken fallen allgemein unter diese finanzwirtschaftlichen Risiken der Bank. Darüber hinaus sieht sich eine Bank – wie Industrieunternehmen auch – operativen Risiken, sog. Betriebsrisiken, ausgesetzt.¹⁴⁴

Die Betriebswirtschaftslehre definiert den Begriff des Risikos als Gefahr, dass das tatsächlich eintretende Risiko vom erwarteten Risiko (sog. Erwartungswert) abweicht.¹⁴⁵ Das Risiko i.e.S. besteht dementsprechend darin, dass die Bank den Erwartungswert zwar richtig bestimmt, sie aber aufgrund einer zufälligen (negativen) Abweichung vom Erwartungswert einen Verlust erleidet. Neben einer negativen Abweichung vom Erwartungswert, kann es auch zu einer positiven Abweichung kommen. Das Eingehen von Risiken birgt demgemäss Gefahren (negative Abweichungen vom Erwartungswert) sowie Chancen (positive Abweichungen vom Erwartungswert).¹⁴⁶ Grundsätzlich gilt, dass mit

-
- ¹⁴¹ Die für die Marktteilnehmer Mehrwert schöpfende Aktivität der Bank wird als “ability to allocate risk efficiently at minimum cost through the trading of and the bundling and unbundling of the risks of various financial contracts» qualifiziert (vgl. SCHROECK, 29).
- ¹⁴² HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 253; EMCH/RENZ/APARGAUS, N 3031; HILKE, 28.
- ¹⁴³ Als Wertbereich wird bei Banken jener Bereich der Geschäftstätigkeit bezeichnet, welcher auf dem Produktionsfaktor Geld beruht. Der Wertbereich ist vom Betriebsbereich abzugrenzen, welcher – wie bei Nicht-Banken – als technisch-organisatorischer Bereich der Geschäftstätigkeit auf dem Einsatz der Produktionsfaktoren Personal und Sachmittel basiert. Vgl. GERKE, in: SCHIERENBECK/MOSER, Bankcontrolling, 395 *m.w.H.*
- ¹⁴⁴ BÜSCHGEN, 873; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 253 f.; BODEMER/VOLLENWEIDER, 21; SCHIERENBECK/LISTER/KIRMSSE, 372.
- ¹⁴⁵ BÜSCHGEN, 865; BARTHEL, in: ELLER/GRUBER/REIF, Gesamtbanksteuerung, 6; SCHROECK, 24. Es handelt sich dabei um den entscheidungstheoretischen Risikobegriff. Das erwartete Risiko wird dabei auch als «Unregelmässigkeit» bezeichnet, welche durch das Unternehmen aufgrund seines Erfahrungsschatzes eingepreist werden kann (vgl. HILKE, 9 ff. *m.w.H.*).
- ¹⁴⁶ BÜSCHGEN, 865; STAUB, Kreditrisikotransfer, 8; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 3034; HILKE, 17; BESSIS, 2.

dem Eingehen eines höheren Risikos eine höhere erwartete Rendite und damit ein höheres Ertragspotential einhergeht.¹⁴⁷

Die Realisierung des Erwartungswerts stellt dabei kein Risiko i.e.S. dar, sondern wird durch die Bank bewusst im Rahmen ihrer Transformationsfunktionen in Kauf genommen.¹⁴⁸ Die Bank betreibt ihr Bankgeschäft nur, wenn der durch das erwartete Risiko entstehende Verlust durch entsprechende Gewinne aus dem Eingehen des Bankgeschäfts gedeckt ist. Sie wälzt die Kosten der Materialisierung des erwarteten Risikos entsprechend auf den Kunden im Rahmen einer Risikoprämie ab.¹⁴⁹ Das Eingehen des erwarteten Risikos beinhaltet für die Bank ein Renditepotential, welches bei nicht oder nur teilweise Eintritt des erwarteten Risikos realisiert wird. Der Begriff des Risikos i.w.S. schliesst in der vorliegenden Abhandlung das erwartete Risiko ein. Die negative Abweichung vom Erwartungswert – d.h. die Materialisierung des Risikos i.e.S. – kann für die Bank hingegen existenzbedrohend sein, wenn der aus dem Risiko resultierende Verlust das Eigenkapital der Bank aufzehrt und diese ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Für das Risiko i.e.S. muss die Bank deshalb Kapital- und Liquiditätsreserven bilden, wodurch zufällige Abweichungen vom Erfahrungswert zu tolerierbaren Risiken werden und damit als Produktionsfaktoren der Bank zur Wertschöpfung beitragen können.¹⁵⁰ Das Geschäftsmodell der Bank beinhaltet somit das bewusste Eingehen von Risiken i.w.S.

¹⁴⁷ ENTHOFER/HAAAS, 35; BESSIS, 2 sowie 8.

¹⁴⁸ BÜSCHGEN, 866.

¹⁴⁹ BÜSCHGEN, 866 f.; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3072. Ziel der Bank ist es, ihre Produkte so zu bepreisen, dass nur ein unerwarteter Verlust mit Kapital abgedeckt werden muss (HULL, 610; BÜSCHGEN, 866). Die den Kunden verrechneten Risikoprämien für den Eintritt erwarteter Kreditrisiken werden dabei beispielsweise durch die Bildung von pauschalen sowie individuellen Wertberichtigungen auf den Kreditforderungen in Höhe des Erwartungswerts des Kreditrisikos berücksichtigt. Sie stehen so für allfällige Wertberichtigungen aufgrund erwarteter Kreditverluste zur Verfügung, welche als Konsequenz nicht aus dem Kapital der Bank aufgefangen werden müssen. Individuelle Wertberichtigungen – auch Einzelwertberichtigungen genannt – beziehen sich auf ein konkret erkennbares Ausfallrisiko. Pauschale Wertberichtigungen werden hingegen für Forderungen gebildet, welche bis dato noch ungefährdet erscheinen, bei denen allerdings zukünftig ein Ausfallrisiko entstehen könnte (vgl. HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 775 *m.w.H.*).

¹⁵⁰ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3035 f.; BODEMER/VOLLENWEIDER, 18 f. Dieses sog. ökonomische Kapital wird aufgrund von internen Modellen berechnet, entspricht aber nicht (ganz) den regulatorischen Eigenmitteln. Das ökonomische Risikokapital dient zur Abdeckung von unerwarteten Verlusten bis zu einem Konfidenzniveau von mind. 99% (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3072; HULL, 62 sowie 610). Das Konzept des ökonomischen

Auch die Bankenregulierung beinhaltet Anforderungen für die angemessene Bewirtschaftung von Risiken i.w.S. Konsequenterweise wird in der vorliegenden Arbeit unter dem Begriff des Risikos das Risiko i.w.S. – d.h. das erwartete sowie das unerwartete Risiko – verstanden.

2. *Risiken im Bankgeschäft*

2.1. **Das Kreditrisiko**

Art. 48 ERV definiert das Kreditrisiko als die Gefahr eines Verlustes, der dadurch entsteht, dass eine Gegenpartei ihren vertraglich vereinbarten Pflichten nicht nachkommt oder sich der Wert von Finanzinstrumenten vermindert, welche von Drittparteien ausgegeben wurden. Das Kreditrisiko stellt somit v.a. ein Gegenparteirisiko dar, welches aufgrund der Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunwilligkeit der vertraglichen Gegenpartei – sei dies der Kreditnehmer oder die Gegenpartei einer offenen Handels- oder Derivateposition – entsteht.¹⁵¹ Das Kreditrisiko tritt dabei auch schon ein, wenn sich die Bonität der Gegenpartei verschlechtert und sich damit die Ausfallwahrscheinlichkeit erhöht.¹⁵²

Das Kreditrisiko stellt für die Universalbank grundsätzlich die grösste Risikoposition dar, da es direkt aus dem Kreditgeschäft resultiert.¹⁵³ Die von der Bank auf dem Kapitalmarkt angebotene Risikotransformation beinhaltet die Übernahme des Gegenparteirisikos für den Kunden. Volkswirtschaftlich kann

mischen Kapitals misst die Kapitalanforderungen des Bankinstituts anhand ökonomischer Realitäten und weniger anhand regulatorischer oder bilanzieller Anforderungen (BODEMER/VOLLENWEIDER, 112; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 167 f.).

¹⁵¹ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 3071; HILKE, 74 f.; STAUB, Kreditrisikotransfer, 9; BESSIS, 3.

¹⁵² BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 67; BESSIS, 3.

¹⁵³ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 431; ENTHOFER/HAAAS, 43; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 116; RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 36. Das Kreditrisiko bezieht sich dabei aber nicht nur auf Kreditforderungen der Bank gegenüber ihren Kunden, sondern auch auf kreditähnliche Ausserbilanzgeschäfte (Eventualverbindlichkeiten, unwiderrufliche Zusagen sowie Derivate; vgl. BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 72), Forderungen im Zusammenhang mit Verbriefungen, Beteiligungstitel und Zinsinstrumente der Bank, welche nicht im Handelsbuch geführt werden, sowie u.U. Beteiligungstitel sowie Zinsinstrumente, welche im Handelsbuch geführt werden (vgl. Art. 49 Abs. 2 ERV; BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 68).

die Bank das Gegenparteirisiko am effizientesten tragen, da ihr bessere Informationsmittel sowie Diversifikationsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.¹⁵⁴ Die Bank verrechnet die statistisch erwarteten Verluste¹⁵⁵ aufgrund des konkreten Kreditkontrakts oder eines Kreditportfolios via Risikoprämie direkt dem Kunden. Diese Risikoprämie wird durch die Bildung von Einzel- und Pauschalwertberichtigungen passiviert und für Fälle von sich materialisierenden Kreditrisiken zweckkonform verwendet.¹⁵⁶ Der unerwartete Verlust, d.h. jede negative Abweichung vom erwarteten Kreditrisiko, muss durch das ökonomische Risikokapital abgedeckt werden. Ein verbleibendes Restrisiko muss im Krisenfall durch freie Eigenmittel der Bank gedeckt werden können.¹⁵⁷

Das Kreditrisiko entsteht mit dem Abschluss eines dem Gegenparteirisiko unterliegenden Finanzkontrakts. Es entsteht derivativ aus spezifischen Aktivenpositionen sowie gewissen Ausserbilanzgeschäften in der Bankbilanz.¹⁵⁸ Im Bankenbuch handelt es sich dabei um Kreditkontrakte. Für die Bewirtschaftung des Risikos ist es wichtig, schon vor Abschluss des Finanzkontraktes das Risiko richtig zu bewerten und die durch die Risikotransformation entstehenden Kosten entsprechend in den Kreditzins einzupreisen.¹⁵⁹ Die Bank wird versuchen, das übernommene Kreditrisiko zu optimieren, da sie so das gebundene Kapital vermindern und entsprechend die Kapitalkosten senken kann.¹⁶⁰

2.2. Das Liquiditätsrisiko

Das Liquiditätsrisiko ist das Risiko der eigenen Zahlungsunfähigkeit der Bank aufgrund eines unerwarteten Nettomittelabflusses, d.h. eine zufällige negative

¹⁵⁴ Vgl. FN 141 sowie 212.

¹⁵⁵ Der erwartete Verlust setzt sich aus der Ausfallwahrscheinlichkeit multipliziert mit der zu erwartenden Verlustquote der zum Zeitpunkt des Ausfalls noch bestehenden Forderung zusammen (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 433).

¹⁵⁶ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 3072; BODEMER/VOLLENWEIDER, 18, welche allerdings nicht von Wertberichtigungen auf Kreditforderungen sprechen, sondern Rückstellungen für erwartete Verluste bilden wollen.

¹⁵⁷ Vgl. hinten Abschnitt II.B.4.2 (S. 52) *m.w.H.*

¹⁵⁸ Vgl. FN 153.

¹⁵⁹ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 394. Die Risikoprämie, welche dem Kunden in Form des Kundenzinses von der Bank verrechnet wird, hängt von der Bonität des Kunden, allfälligen Sicherheiten sowie dem Vorliegen eines Klumpenrisikos ab. Ausserdem preist die Bank auch die Eigenkapitalkosten in den Kundenzins ein.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 61 ERV; BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 68 sowie 80 ff.; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 514.

Abweichung von den zu erwartenden Zahlungsströmen, welche nicht durch vorhandene Liquidität oder kurzfristige Refinanzierung ausgeglichen werden kann.¹⁶¹ Wie auch andere Unternehmen muss die Bank ihre jederzeitige Zahlungsfähigkeit sicherstellen.¹⁶² Aufgrund der Fristentransformationsfunktion der Bank und der damit einhergehenden Inkongruenz der Fristen von Einlagen und Krediten, ist die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Bank ein schwierigeres Unterfangen als bei anderen Unternehmen.¹⁶³ Unsicherheiten hinsichtlich der Zahlungsströme können sich sowohl aus Bilanzpositionen ergeben als auch aus bilanzneutralen Bankgeschäften entstehen.¹⁶⁴ Des Weiteren können Unsicherheiten hinsichtlich der kurzfristigen Refinanzierung durch die Liquidierung von Vermögenswerten oder die Aufnahme von Finanzierungsmitteln bei Liquiditätssengpässen bestehen.¹⁶⁵

-
- ¹⁶¹ ZOBL/BLÖCHLINGER, 18; ENTHOFER/HAAAS, 43; BESSIS, 9; BODEMER/VOLLENWEIDER, 59 f.
- ¹⁶² FINMA, RS 15/2, N 10. Die Zahlungsfähigkeit ist eine unabdingbare Voraussetzung des wirtschaftlichen Handelns. Entsprechend stellt die Zahlungsunfähigkeit einen Konkursgrund dar und kann zur Liquidation des Unternehmens führen (BÜSCHGEN, 896). Die Zahlungsfähigkeit ist gegeben, wenn zu jedem zukünftigen Zeitpunkt die Zahlungszuflüsse sowie vorhandene Reserven mindestens so hoch sind, wie die Zahlungsabflüsse (BÜSCHGEN, 895 f.; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 403). Die Zahlungsunfähigkeit kann bei einem kurzfristigen Überhang von Zahlungsabflüssen durch eine zeitnahe Refinanzierung durch den Verkauf von Vermögenswerten oder die Aufnahme von Fremd- oder Eigenkapitalfinanzierungen erreicht werden.
- ¹⁶³ HETTICH, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §1 N 8; SCHÜRMAN/MEYER, BSK-BankG, Art. 4 N 221; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 404; GABLER-Finanzlexikon, 935. Neben den Forderungen ihrer Gläubiger muss die Bank auch die Einlagen der Anleger bei Fälligkeit zurückzahlen können, wobei sie einer signifikanten Unsicherheit des Abrufzeitpunkts der Einlagen unterliegt. Das Stichwort ist hier der sog. Bank-Run, bei dem eine grosse Gruppe von Kunden ihre Einlagen gleichzeitig abhebt. Die illiquide Eigenschaft der Kredite (längere Fristen sowie mangelnde Handelbarkeit) führt zu einem Liquiditätsrisiko der Bank, da diese sich nicht in adäquater Zeit refinanzieren kann (BÜSCHGEN, 898; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 404; SEEL, 9; BESSIS, 33).
- ¹⁶⁴ Auf der Aktivseite besteht die Unsicherheit hinsichtlich der verspäteten Zahlung oder dem gänzlichen Ausfall von Verpflichtungen gegenüber der Bank. Auf der Passivseite besteht die Unsicherheit v.a. hinsichtlich des Abrufzeitpunkts der Einlagen durch die Anleger sowie der Gefahr eines kollektiven Abzugs einer Mehrzahl der Einlagen (BÜSCHGEN, 903; SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 379). Unsicherheiten bei Ausserbilanzgeschäften bestehen aus Zahlungsverpflichtungen der Bank aus Eventualverbindlichkeiten im Rahmen von Garantien, Akkreditiven etc. (vgl. Anhang 2 der LiqV).
- ¹⁶⁵ Sog. Refinanzierungsrisiko; vgl. hierzu ausführlich SEEL, 8; BESSIS, 32; BODEMER/VOLLENWEIDER, 60.

Die Kunden vergüten die Bank für das Ausführen der Fristentransformation durch die Differenz zwischen Kredit- und Einlagenzins.¹⁶⁶ Die Übernahme des Liquiditätsrisikos fungiert entsprechend als Produktionsfaktor der Bank.¹⁶⁷ Die Bewirtschaftung der eingegangenen Liquiditätsrisiken spielt eine entscheidende Rolle für die Wertschöpfung der Bank. Liquiditätsrisiken können dabei sicherlich im Sinne der goldenen Bankregel durch eine Angleichung der Fristen von Einlagen und Krediten vermindert bzw. verhindert werden. Die totale Fristenkongruenz lässt sich dabei aber nicht mit der Fristentransformationsfunktion der Bank vereinbaren.¹⁶⁸ Durch die Schaffung einer Liquiditätsreserve können Mittelabflüsse kurzfristig abgefangen werden.¹⁶⁹ Diese Liquiditätsreserve kann auch liquide Vermögenswerte enthalten, welche im Bedarfsfall kurzfristig zur Liquiditätsbeschaffung veräussert bzw. verliehen werden können. Überdies kann dem Liquiditätsrisiko auch durch eine längerfristige und diversifizierte Finanzierung begegnet werden.¹⁷⁰ All diese Massnahmen zur Verminderung des Liquiditätsrisikos schränken die Möglichkeiten der Fristentransformation der Bank ein und führen zu höheren Kosten bzw. tieferen Erträgen.¹⁷¹

¹⁶⁶ Auf Grundlage einer normalen Zinskurve ist für längere Laufzeiten eines Kredits eine Liquiditätsprämie durch den Kreditnehmer zu zahlen (vgl. BODEMER/VOLLENWEIDER, 79 f. *m.w.H. zu den verschiedenen Arten von Zinskurven*).

¹⁶⁷ Die Bank kann bei grösserer Divergenz der Fristigkeit einer Einlage und der Laufzeit eines Kredits eine grössere Zinsdifferenz und damit eine grössere (erwartete) Rendite generieren. Die höhere erwartete Rendite geht dabei aber mit einem höheren Liquiditätsrisiko einher (BÜSCHGEN, 898 f.).

¹⁶⁸ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 404; SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, *Treasury*, 379. Die goldene Bankregel stellt dabei weder eine notwendige noch eine hinreichende Massnahme zur Vermeidung von Liquiditätsrisiken dar (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 404 f.).

¹⁶⁹ Es handelt sich dabei um die Bewirtschaftung des kurzfristigen bzw. taktischen Liquiditätsrisikos. Dabei muss die Liquidität über einen Zeitraum von 30 Tagen sichergestellt werden (BODEMER/VOLLENWEIDER, 64 *sowie* 69).

¹⁷⁰ Durch die langfristige, diversifizierte Finanzierung begegnet die Bank dem strukturellen Refinanzierungs- bzw. Liquiditätsrisiko (vgl. BODEMER/VOLLENWEIDER, 66 *sowie* 72).

¹⁷¹ Für die Bewirtschaftung des Liquiditätsrisikos muss die Liquiditätsreserve lang- bis mittelfristig finanziert werden. Dies bedingt höhere Zinskosten für die Bank. Ausserdem sind die Erträge aus der Liquiditätsreserve gering, da im Gegensatz zu anderen Finanzaktiven der Bank keine oder nur geringfügige Kredit- und Marktrisiken eingegangen werden dürfen. Entsprechend sind die Opportunitätskosten der Bank für die Bereitstellung einer Liquiditätsreserve hoch (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 412 f.; BODEMER/VOLLENWEIDER, 69).

2.3. Das Marktrisiko

Das Marktrisiko materialisiert sich in Form von unerwarteten Schwankungen in Zahlungs- und Ertragsströmen sowie in einer Minderung des Eigenkapitalwerts der Bank durch eine Preisänderung auf den Finanzmärkten. Die Preisänderung kann bei Zinsen, Aktien, Devisen, Edelmetallen, Rohstoffen sowie Immobilien eintreten.¹⁷² Marktrisiken betreffen überwiegend die Handelsbücher der Banken.¹⁷³ Deshalb wird in der vorliegenden Arbeit ein Fokus auf die Zinsänderungsrisiken gelegt, welche aus dem Zinsdifferenzgeschäft entstehen. Sie betreffen die Positionen des Bankenbuchs.¹⁷⁴

Das Zinsänderungsrisiko ergibt sich aus der Wahrnehmung der Fristentransformationsfunktion durch die Bank – d.h. aus der inkongruenten Zinsbindungs- und Laufzeitstruktur zwischen den Aktiv- und Passivpositionen der Bankbilanz.¹⁷⁵ Hierfür wird die Bank vom Kunden durch die Differenz zwischen Einlage- und Kreditzins vergütet.¹⁷⁶ Auch beim Zinsänderungsrisiko handelt es

¹⁷² Vgl. Art. 81 ERV; EMCH/RENZ/APARGAUS, N 3084 *m.w.H.* Das Marktrisiko wird auch Preisrisiko genannt, da sich das Risiko aus der Schwankung des Marktpreises eines bestimmten Gutes ergibt (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 569). Das Marktrisiko bezieht sich nicht nur auf Bilanzpositionen, sondern findet auch auf das Ausserbilanzgeschäft der Bank Anwendung (ZOBL/BLÖCHLINGER, 19).

¹⁷³ HETTICH, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §1 N 8.

¹⁷⁴ Vgl. BCBS, Zinsänderungsrisiko; vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *für eine Definition des Begriffs Bankenbuch*.

¹⁷⁵ BSBC, Zinsänderungsrisiko, N 12; HETTICH, SGK-BV, Art. 98 N 9; BODEMER/VOLLENWEIDER, 76. Das Risiko entsteht aufgrund inkongruenter Zinsbindungsdauern der Aktiv- bzw. Passivseite sowie abweichenden Zinsanpassungsverhaltens variabel verzinsten Bilanzpositionen (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 581; BODEMER/VOLLENWEIDER, 77). Bei negativen Zinsschwankungen kommt es u.a. zu Marktwertrückgängen von Aktivpositionen sowie zur Steigerung des Marktwertes von Passivpositionen (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 581). Von einer Ertragsperspektive kommt es zu negativen Auswirkungen auf den Zinssaldo und damit auf den Ertrag aus dem Zinsdifferenzgeschäft (EMCH/RENZ/APARGAUS, N 3092). Zudem sind ausserbilanzielle Positionen von einer Marktziinsänderung betroffen (BCBS, Zinsänderungsrisiko, N 8; ENTHOFER/HAAAS, 43; BODEMER/VOLLENWEIDER, 77).

¹⁷⁶ Die Bank erwirtschaftet aufgrund der positiven Fristentransformation (d.h. längere Laufzeiten der Aktivpositionen der Bankbilanz als jene der Passivseite) Zinsüberschüsse (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 587). Das Zinsänderungsrisiko wird durch die Bank in den Zinssatz des Finanzproduktes eingepreist. Das Zinsänderungsrisiko nimmt parallel zur Erhöhung der Laufzeit des Kreditkontraktes für die Bank zu (BCBS, Zinsänderungsrisiko, 33). Die Bank fordert deshalb für eine längere Laufzeit des Kreditkontraktes einen höheren Zinssatz. E contrario wird die Bank dem Kunden einen geringeren Zins für Girokonto-Einlagen gewähren, wie für Termingelder, welche eine Laufzeit von mind. einem Monat vorsehen.

sich somit um einen Produktionsfaktor des Bankgeschäfts. Das Risiko besteht in einem Zinsertragsrückgang sowie einer Marktwertsteigerung der Passivpositionen bzw. einem Rückgang des Marktwertes der Aktivpositionen aufgrund einer veränderten Zinskurve.¹⁷⁷ Entsprechend betreffen Zinsveränderungen sowohl den Wert des Eigenkapitals der Bank als auch ihre Ertragslage. Regulatorisch müssen Zinsänderungsrisiken aus dem Bankbuch allerdings grundsätzlich nicht mit Eigenkapital unterlegt werden.¹⁷⁸ Lediglich im Rahmen des Eigenmittelpuffers nach Art. 43 i.V.m. Art. 45 ERV müssen die Banken angemessenes Risikokapital zur Unterlegung der Zinsänderungsrisiken bereitstellen.¹⁷⁹

2.4. Operationelle Risiken

Unter operationellem Risiko wird die Gefahr von Verlusten verstanden, welche infolge inadäquater oder fehlerhafter interner Verfahren, menschlicher Tätigkeiten und Systeme oder durch externe Ereignisse entstehen.¹⁸⁰ Es handelt sich dabei um rechtliche Risiken, IT- bzw. Prozessrisiken sowie Katastrophenrisiken. Strategische sowie Reputationsrisiken fallen allerdings gemäss Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) nicht unter diesen Risikobegriff.¹⁸¹ Während die Markt-, Liquiditäts- und Kreditrisiken durch die Bank bewusst zur Generierung von Umsatz eingegangen werden, ergibt sich das operationelle Risiko aus der unternehmerischen Tätigkeit an sich.¹⁸² Es resultiert aus dem Betriebsbereich der Bank und stellt kein bewusst übernommenes Risiko des Finanzbereichs dar. Das operationelle Risiko ist in seiner Form entsprechend nicht bankspezifisch, sondern entsteht auch bei Nicht-Banken.¹⁸³

¹⁷⁷ FINMA, RS 19/2, N 8; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 564.

¹⁷⁸ Es sind lediglich Marktrisiken, welche aus Handelsbuchpositionen sowie Devisen-, Geld- und Rohstoffpositionen resultieren, mit Eigenkapital zu unterlegen (vgl. Art. 80 Abs. 1 ERV).

¹⁷⁹ FINMA, RS 19/2, N 42 ff. Die Berechnung des notwendigen Eigenmittelpuffers wird anhand institutsinterner Risikomessverfahren festgelegt. Der Kapitalpuffer soll die im Rahmen der Mindesteigenmittelanforderungen der Säule 1 nicht erfassten Risikoarten mit Risikokapital unterlegen (FINMA, RS 11/2, N 3). Vgl. *hinten* Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H.*

¹⁸⁰ Vgl. Art. 89 ERV; FINMA, RS 08/21; N 2; BCBS, Basel III, 128; ZOBL/BLÖCHLINGER, 20.

¹⁸¹ BCBS, Basel III, 128; vgl. auch EMCH/RENZ/APARGAUS, N 3104 f. sowie 3116. *Anderer Meinung* ZOBL/BLÖCHLINGER, 20; SCHIERENBECK/LISTER/KIRMSSE, 372.

¹⁸² BCBS, Sound Management of Operational Risk, N 10; HULL, 537; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 664. Operationelle Risiken werden dabei nicht eingegangen, um Risikoprämien zu vereinnahmen, wie dies bei den Markt-, Kredit- und Liquiditätsrisiken gegeben ist.

¹⁸³ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 665.

Aufgrund des ausschliesslichen Verlustpotentials der operationellen Risiken, welches nicht durch Risikoprämien ausgeglichen werden kann, liegt es im Interesse der Bank, die operationellen Risiken weitestgehend zu vermeiden.¹⁸⁴ Die Bank kann das operationelle Risiko durch geeignete interne (Kontroll-)Prozesse sowie adäquate Corporate-Governance-Strukturen verringern. Ausserdem können gewisse operationelle Risiken durch Versicherungsverträge auf externe Versicherungsunternehmen übertragen werden.¹⁸⁵ Die hohen Anforderungen an die Bewirtschaftung des operationellen Risikos ergeben sich aus der schwierigen Identifizierung und Bewertung des Risikos sowie aus dem Umstand, dass ein operationelles Risiko i.d.R. ein grosses Verlustpotential mit niedriger Eintretenswahrscheinlichkeit besitzt.¹⁸⁶ Der drohende Verlust schlägt sich dabei in höheren operativen Kosten oder Umsatzeinbussen nieder.¹⁸⁷ Aufgrund dieser negativen Auswirkungen auf die Ertragslage der Bank müssen operationelle Risiken regulatorisch mit Eigenmitteln unterlegt werden.¹⁸⁸ Die regulatorischen Eigenmittelanforderungen werden für jedes Geschäftsfeld des Bankinstituts getrennt berechnet.¹⁸⁹ Die damit einhergehenden Kosten des regulatorischen Kapitals sollten den einzelnen Geschäftsfeldern verursachungsgerecht zugewiesen werden. Nur so können die einzelnen Divisionen angehalten werden, ihr Risikomanagement zu verbessern, um ihre Kapitalkosten zu verringern.¹⁹⁰

3. *Das Risikomanagement der Bank*

Aufgrund der Qualität der Risiken als Produktionsfaktor des Bankgeschäfts und der Notwendigkeit des bewussten Umgangs mit den übernommenen Risiken

¹⁸⁴ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 665 f.

¹⁸⁵ FINMA, RS 08/21, N 98 ff. (bei Anwendung eines institutsspezifischen Ansatzes können durch geeignete Versicherung operationeller Risiken die Eigenmittelanforderungen verringert werden); HULL, 551.

¹⁸⁶ HULL, 537; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 664.

¹⁸⁷ HULL, 538.

¹⁸⁸ Vgl. Art. 90 ff. ERV; FINMA, RS 08/21, N 3 ff. Die Bank muss sowohl für erwartete als auch für unerwartete operationelle Risiken Eigenmittel bereitstellen. Erwartete operationelle Risiken können allerdings auch mit adäquaten Rückstellungsprovisionen unterlegt werden (FINMA, RS 08/21, N 72).

¹⁸⁹ Vgl. Art. 93 Abs. 1 lit. a ERV; vgl. FINMA, RS 08/21, Anhang 1 *für die Kategorisierung der Geschäftsfelder*.

¹⁹⁰ HULL, 550.

kommt dem Risikomanagement¹⁹¹ bei Banken ein erhöhter Stellenwert zu.¹⁹² Es handelt sich mithin um eine direkt wertschöpfende Funktion in der Wertschöpfungskette der Bank.¹⁹³ Das Risikomanagement i.e.S. beinhaltet dabei gemäss FINMA die Identifikation, Analyse, Bewertung, Überwachung sowie Steuerung der Risiken.¹⁹⁴ Durch das Risikomanagement der Bank soll der Eintritt des Risikos verhindert sowie bei Materialisierung des Risikos die negativen Auswirkungen auf den Erfolg und die Vermögenslage des Bankinstituts vermindert werden. Das Risikomanagement dient entsprechend der unternehmerisch optimalen Nutzung des Produktionsfaktors Risiko in der Wertschöpfungskette der Bank.¹⁹⁵ Die Qualität des Risikomanagements wirkt sich entscheidend auf den Erfolg der Bank aus. Zur Sicherstellung einer gesunden Ertrags-, Vermögens- und Liquiditätslage des Bankinstituts macht der Schweizer Regulator die Bewilligung zum Betreiben eines Bankgeschäfts von einem adäquaten Risikomanagement der Bank abhängig. Das Risikomanagement muss sich dabei auf Kredit-, Markt-, Liquiditäts- sowie operationelle und rechtliche Risiken beziehen und sowohl auf Stufe Einzelinstitut als auch auf Konzernebene adäquat implementiert sein.¹⁹⁶

Diese zentrale Aufgabe des Risikomanagements im Bankbetrieb hat zur Folge, dass die Gesamtverantwortung des Risikomanagements beim Oberleitungsorgan und der Geschäftsleitung liegt. Das Rahmenkonzept des institutsweiten

¹⁹¹ «Das Risikomanagement umfasst die organisatorischen Strukturen sowie die Methoden und Prozesse, die der Festlegung von Risikostrategien und Risikosteuerungsmassnahmen sowie der Identifikation, Analyse, Bewertung, Bewirtschaftung, Überwachung und Berichterstattung von Risiken dienen.» (vgl. FINMA, RS 17/1, N 3).

¹⁹² EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3031; SCHROECK, 29.

¹⁹³ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3036; SCHROECK, 29 sowie 287.

¹⁹⁴ FINMA, RS 17/1, N 3; BESSIS, 8; HILKE, 27; vgl. auch SCHROECK, 27 mit einer weiteren *Ausdifferenzierung der Funktionen des Risikomanagements*. Der Begriff der Risikobewirtschaftung wird bei einigen Autoren mit dem Begriff der Risikosteuerung umschrieben (vgl. bspw. BODEMER/VOLLENWEIDER, 39). Sowohl der Begriff der Risikobewirtschaftung als auch jener der Risikosteuerung weisen allerdings auf die gleiche Funktion innerhalb des Risikomanagements hin. Es geht um die Abwägung von Chancen und Risiken sowie die Steuerung des übernommenen Risikos hin zu einer chancenreichen Renditequelle. Konsequenterweise werden diese Begriffe in der vorliegenden Arbeit als Synonyme benutzt.

¹⁹⁵ Durch die Vermeidung der negativen Abweichungen vom Erwartungswert sowie die Verminderung der Erfolgseinbussen aufgrund einer negativen Abweichung vom Erwartungswert zielt das Risikomanagement auf die optimale Nutzung der ökonomischen Chancen aus der Aufnahme der Risiken durch die Ausführung ihrer Transformationsfunktion ab; vgl. auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3036.

¹⁹⁶ Vgl. Art. 3f Abs. 2 BankG (für Finanzgruppen) sowie Art. 12 Abs. 2 BankV (für das Einzelinstitut); FINMA, RS 17/1, N 60 ff.

Risikomanagements wird durch die Geschäftsleitung erarbeitet und dem Oberleitungsorgan zur Genehmigung vorgelegt.¹⁹⁷ Dieses institutsweite Rahmenkonzept legt die Risikopolitik, die Risikotoleranz^{195F}¹⁹⁸ sowie die entsprechenden Risikolimiten für alle wesentlichen Risikokategorien fest.¹⁹⁹ Das Oberleitungsorgan bestimmt allgemein die Massnahmen für die Steuerung und Bewirtschaftung der Risiken, die organisatorischen Anforderungen (Risikomanagementprozesse) sowie die hierarchischen Verantwortlichkeiten des Risikomanagements und verabschiedet die gruppenweite Liquiditäts- und Eigenmittelplanung.²⁰⁰ Im Sinne einer Gesamtsteuerung der Risiken übernimmt das Oberleitungsorgan zudem die Verantwortung für die Kontrolle über die Umsetzung der Risikostrategie und die Wirksamkeit der Risikobewirtschaftung.²⁰¹

Die Risikokontrolle (sog. Risikocontrolling) stellt die nachhaltige Risikomessung und -überwachung sicher und unterstützt das Oberleitungsorgan sowie die Geschäftsleitung durch Berichterstattung über die Risikomessung bei der Gesamtüberwachung der Einhaltung der Risikostrategie.²⁰² Die Risikokontrolle findet auf drei Ebenen statt²⁰³: Zunächst findet eine Risikokontrolle durch die

¹⁹⁷ FINMA, RS 17/1, N 10 i.V.m. 52. Das Oberleitungsorgan ist bei einer als AG oder Genossenschaft strukturierten Bankgesellschaft bzw. Holding der Verwaltungsrat (vgl. Art. 716a Abs. 1 lit. a OR sowie Art. 894 ff. OR). Das Rahmenkonzept stellt eine strategische Grundlage für das Risikomanagement des Bankinstituts dar (FINMA, Anhörungsbericht zu RS 17/1, 18).

¹⁹⁸ Die Risikotoleranz «beinhaltet quantitative wie qualitative Überlegungen hinsichtlich der wesentlichen Risiken, die das Institut zur Erreichung seiner strategischen Geschäftsziele sowie in Anbetracht seiner Kapital- und Liquiditätsplanung einzugehen bereit ist» (vgl. FINMA; RS 17/1, N 4).

¹⁹⁹ FINMA, RS 17/1, N 53.

²⁰⁰ FINMA, RS 17/1, N 9 ff.

²⁰¹ FINMA, RS 17/1, N 14. Die Überwachung und Berichterstattung über die Umsetzung der Risikostrategie übernimmt die interne Revision, welche dem Verwaltungsrat als unabhängige Prüf- und Überwachungsstelle unmittelbar untersteht (FINMA, RS 17/1, N 87; vgl. MAURENBRECHER/KRAMER, BSK-BankG, Art. 3f N 12b *m.w.H.*).

²⁰² BODEMER/VOLLENWEIDER, 38. Das Personal der Risikokontrolle einer Bank untersteht dem Risikovorstand (Chief Risk Officer, CRO). Das Personal der Risikokontrolle soll dabei als unabhängige Kontrollfunktion agieren. Dabei ist die Risikokontrolle auch von der Treasury-Einheit als Risikosteuerungsfunktion unabhängig (BODEMER/VOLLENWEIDER, 40).

²⁰³ Mit Bezug auf das Management der operationellen Risiken einer Bank fordert das BCBS ein «three lines of defense model», welches aus der Risikokontrolle der ertragsorientierten Geschäftseinheiten («business lines»), jener der unabhängigen Kontrollstellen des IKS sowie einer internen unabhängigen Revisionsstelle besteht (BCBS, Sound Management of Operational Risk, N 13 ff.). Dieses «three lines of defense model» wurde durch die FINMA im Rundschreiben zur Corporate Governance für das

direkte Überwachung und Berichterstattung im Rahmen des Tagesgeschäfts bei den ertragsorientierten Geschäftseinheiten statt.²⁰⁴ Die zweite Ebene der Risikokontrolle wird sodann durch die von den ertragsorientierten Geschäftseinheiten unabhängigen Kontrollstellen des IKS ausgeführt. Während sich die erste Ebene der Risikokontrolle nur auf Einzelrisiken bezieht, findet bei der Risikokontrolle des IKS eine umfassende und systematische Überwachung und Berichterstattung von einzelnen und aggregierten Risikopositionen des Bankinstituts statt.²⁰⁵ Als letzte Verteidigungslinie der Risikokontrolle übernimmt die interne Revision die institutsübergreifende Risikokontrolle.²⁰⁶

Die Identifikation und Bewertung der Risiken findet in den ertragsorientierten Geschäftseinheiten der Bank statt.²⁰⁷ Grundsätzlich ist das Personal des Middle-Office der Bank für die Identifikation und Bewertung der Risiken (v.a. Kreditrisiken) zuständig.²⁰⁸ Das Personal des Middle-Office entscheidet dabei in einer ersten Phase, ob ein bestimmtes Risiko aufgenommen werden soll (sog.

institutsweite Risikomanagement aller wesentlichen Risiken eines Bankinstituts umgesetzt (FINMA, RS 17/1, N 60 ff.). *Vgl. auch* UBS, Geschäftsbericht 2019, 125; JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 113 f.; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 158; BESSIS, 10 f.

²⁰⁴ FINMA, RS 17/1, N 61. Die ertragsorientierten Geschäftseinheiten nehmen dabei im Rahmen des Risikomanagements eine gewisse Kontrollfunktion wahr, welche sich aus der Überwachung, Steuerung und Berichterstattung der Risiken ergibt. Bei der Risikosteuerung handelt es sich um eine Funktion des Middle-Office (ALT/PUSCHMANN, 32; GABLER-Banklexikon, 577). Sie unterstützt das Personal des Front-Office, welches direkten Kontakt zum Kunden hat und die Kundenaufträge entgegennimmt bzw. die Beratungsmandate direkt gegenüber dem Kunden ausübt. Sowohl Front- als auch Middle-Office werden als ertragsorientierte Geschäftsbereiche der Bank bezeichnet. Im Back-Office findet hingegen die Abwicklung der abgeschlossenen Geschäfte statt (*vgl. ALT/PUSCHMANN, 32 m.w.H.*).

²⁰⁵ FINMA, RS 17/1, N 69. Das IKS kontrolliert, ob die ertragsorientierten Geschäftseinheiten im Rahmen ihres Risikomanagements das Rahmenkonzept und die internen Regeln zum Risikomanagement angemessen umsetzen.

²⁰⁶ Die interne Revision ist direkt dem Oberleitungsorgan unterstellt und damit vom Front-, Middle- sowie Back-Office gänzlich unabhängig (FINMA, RS 17/1, N 91 ff.). Die interne Revision erstellt mindestens einmal im Jahr einen Risikoprüfbericht, welcher eine umfassende Risikobeurteilung des Bankinstituts beinhaltet, und unterbreitet diesen Bericht dem Oberleitungsorgan bzw. Verwaltungsrat sowie der Geschäftsleitung und externen Revisionsstelle zur Kenntnisnahme (FINMA, RS 17/1, N 92 *sowie* 96).

²⁰⁷ FINMA, RS 17/1, N 61.

²⁰⁸ Im Sinne einer Gewaltentrennung findet eine Trennung von Kundenberatung und Kreditverarbeitung und -überwachung statt (*vgl. ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 116 ff. m.w.H.*). *Vgl. FN 204 für eine Unterscheidung zwischen Front- und Middle-Office einer Bank.*

«risk-taking decision»). Dabei geht es um die Identifikation, Analyse und Bewertung der Risiken im Einzelfall sowie um die Entscheidung, ob es sich um ein gemäss der Risikopolitik tolerierbares Risiko handelt. Das als tolerierbar eingestufte Risiko muss sodann in den Preis des Finanzproduktes eingepreist werden.²⁰⁹ Weiterhin übernehmen die ertragsorientierten Geschäftseinheiten – wie oben erwähnt – die Überwachung der einzelnen Kreditpositionen während der gesamten Laufzeit des Kredits.²¹⁰

Werden die Risiken übernommen, müssen sie in einer zweiten Phase gesteuert werden. Die Risikosteuerung dient der bestmöglichen Ausnutzung der Renditepotentiale der übernommenen Risiken.²¹¹ Die Massnahmen der Risikosteuerung setzen allerdings z.T. schon vor der Aufnahme der Risiken in den Haftungsbereich der Bank ein. So werden im Rahmen der Risikosteuerung vorbeugende Massnahmen zur Diversifikation²¹², Risikovermeidung und Risikovorsorge ergriffen. Die Steuerung der Risiken findet hier aus der Perspektive des Gesamtunternehmens statt. Es werden mithin alle sich in der Haftungssphäre der Bank befindlichen (finanzwirtschaftlichen) Risiken gesteuert sowie die notwendige Kapitalunterlegung und Liquiditätsausstattung bewirtschaftet. Diese Form der Gesamtrisikosteuerung findet ausserhalb der ertragsorientierten Geschäftseinheiten statt.²¹³

Es existieren dabei verschiedene Strategien der Steuerung von Risiken²¹⁴:

²⁰⁹ BESSIS, 10. Dabei geht es v.a. um die Frage, ob sich aus einem Finanzkontrakt ein lohnendes Chancen-Risiko-Profil für die Bank ergibt. Für die Beurteilung, ob es sich um ein lohnendes Geschäft handelt, müssen alle Kosten der Risikoabsicherung bei der Festsetzung des Preises, für welchen der Finanzkontrakt dem Kunden angeboten wird, berücksichtigt werden (SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 398). Die Einpreisung des Risikos in den Finanzkontrakt findet im Rahmen einer Risikoprämie statt, welche den Marktzins um die Risikokosten aufgrund der Bonität der Gegenpartei sowie der Eigenkapitalkosten für unerwartete Verluste erhöht (ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 117; vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34) *m.w.H.*).

²¹⁰ BESSIS, 10.

²¹¹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 26; BUCHHOLZ, 57.

²¹² Das Risikomanagement aufgrund von Diversifikation wird als Strategie der Risikoaggregation bezeichnet. Die Risikoaggregation kommt vorwiegend bei der Bewirtschaftung des Kreditrisikos zur Anwendung (HULL, 36 f.). Es geht hier v.a. um die Vermeidung von Klumpenrisiken durch eine adäquate Risikoverteilung (vgl. Art. 95 ff. ERV; OCHSNER/WIEDERKEHR MÜLLER, BSK-BankG, Art. 4^{bis} N 144).

²¹³ Diese Aufgaben werden von der Treasury-Abteilung übernommen (vgl. *hinten* Abschnitt III.A (S. 73) *m.w.H.*).

²¹⁴ Vgl. *hierzu ausführlicher* SCHROECK, 40 ff.; BODEMER/VOLLENWEIDER, 27 f.

- 1 Das Risiko kann vermieden werden, indem die risikobehafteten Aktivitäten oder Finanzkontrakte nicht eingegangen werden.
- 2 Durch gesamtbankliche Steuerungsmassnahmen wie bspw. die Vorgabe von Limiten, die aktive Steuerung des Bankenbuchs etc. können durch Diversifikation und Erreichung von Kongruenzen in der Bankbilanz finanzwirtschaftliche Risiken vermindert bzw. begrenzt werden.
- 3 Das Risiko kann auf eine Drittperson überwältzt werden. Dies kann durch Verbriefung, Hedging mit Derivativen oder durch den Abschluss einer Versicherung für die übernommenen Risiken erreicht werden.
- 4 Risiken, welche nicht eliminiert, vermindert oder vermieden werden können bzw. bewusst in der Haftungssphäre der Bank verbleiben sollen, müssen durch Risikokapital (oder Wertberichtigungen) sowie ausreichend liquide Mittel gedeckt werden.

Die Entscheidung, ob eine gewisse Risikoposition eingegangen wird und in welcher Weise diese gesteuert werden soll, muss auf Grundlage einer Nutzen-Kosten-Analyse vorgenommen werden. Die Eigenkapital- und Liquiditätskosten sowie die Kosten der Risikosteuerung dürfen nicht den gesamten Wert, welcher durch die Aufnahme des Risikos durch die Bank generiert werden kann, eliminieren.²¹⁵

4. *Die risikoorientierte Regulierung der Banken in der Schweiz*

4.1. **Grundlagen der Regulierung von Banken in der Schweiz**

Als privatwirtschaftliche Unternehmen steht auch bei Banken die Maximierung der Eigenkapitalrendite für ihre Anteilseigner im Vordergrund.²¹⁶ Dies beinhaltet, dass die Bank ihre Vermögenswerte mit möglichst vielen Einlagen finanzieren möchte. Eine hohe Eigenkapitalfinanzierung der Kreditpositionen verringert aufgrund der höheren Kapitalkosten des Eigenkapitals den Ertrag aus dem klassischen Zinsdifferenzgeschäft. Für eine Maximierung des Ertrags aus dem Zinsdifferenzgeschäft werden die Kredite mit möglichst kurzfristigem Fremdkapital – d.h. vorzugsmässig mit Sichteinlagen des Publikums – finanziert. Diese Inkongruenz zwischen Aktiv- und Passivpositionen in der Bankbilanz führt zu einem höheren Liquiditätsrisiko und damit zu einer höheren

²¹⁵ SCHROECK, 43; SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 398.

²¹⁶ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 382 f. *m.w.H.*

Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit der Bank bei Materialisierung von unerwarteten Risiken.²¹⁷ Das Erzielen einer hohen Eigenkapitalrendite steht dabei aber grundsätzlich im Konflikt mit der verlustabsorbierenden Funktion des Kapitals der Bank.²¹⁸ Während bei Nicht-Banken dieser Zielkonflikt durch die Disziplin des Marktes geregelt wird, wird die disziplinierende Wirkung bei Banken durch die Eigenheiten des Bankgeschäfts und ihre Systemrelevanz vermindert oder gänzlich ausgeschaltet. Der Regulator muss durch die hoheitliche Festsetzung des Kapitalbestands und der Liquiditätsreserve sowie deren Überwachung korrigierend eingreifen.²¹⁹

Ziel dieser staatlichen Regulierung ist es, auf eine volkswirtschaftlich sinnvolle Übernahme von Risiken durch die Bank hinzuwirken, welche sowohl dem Individualschutz der Gläubiger und Anleger als auch dem Funktionsschutz des Finanzmarktes dient.²²⁰ Eine volkswirtschaftlich sinnvolle Übernahme von Risiken ist dann erfüllt, wenn die Bank ihre Transformationsfunktionen ausüben kann, gleichzeitig jedoch das Risiko eines Konkurses bei Materialisierung der übernommenen Risiken minimiert werden kann.²²¹ Das Bankenaufsichtsrecht zielt demgemäss auf die Verminderung des Risikos eines Zusammenbruchs des Finanzinstituts durch eine verbesserte Krisenresistenz der Bank ab. Dies soll zum einen durch die Unterlegung der Risiken mit qualitativ und quantitativ

²¹⁷ *Vgl.* Abschnitt II.B.2.2 (S. 38).

²¹⁸ STAUB, Kreditkrise, 503.

²¹⁹ GEIGER, Komm. BankG, Art. 4 N 4; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 2812.

²²⁰ *Vgl.* Art. 5 FINMAG; HETTICH, SGK-BV, Art. 98 N 10; BAHAR/STUPP, BSK-BankG, Art. 1 N 1; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 214; HILKE, 35; ABEGG/BÄRTSCHI, in: ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, Regulierung, N 353; HULL, 49 *sowie* 368. Die systemgefährdende Rolle der Banken für die Volkswirtschaft ergibt sich aus dem Risiko einer Kettenreaktion durch die Krise eines einzelnen Finanzinstituts, welches den Zusammenbruch des globalen Finanzsystems bewirken kann. Die systemgefährdende Rolle der Banken zeigte sich zuletzt in der Finanzkrise 2008/2009, welche sich durch die Schieflage der UBS und ihre signifikanten negativen Auswirkungen auf die Realwirtschaft auch in der Schweiz auswirkte.

²²¹ Es kann nicht Ziel der Bankenregulierung sein, das Eingehen von (wertschöpfenden) Risiken durch die Banken zu limitieren, da das Eingehen der Risiken zum Geschäftsmodell der Bank gehört und die Bank gerade durch die Übernahme der Risiken eine volkswirtschaftlich wichtige Rolle einnimmt. Vielmehr soll das Aufsichtsrecht die Bank veranlassen, das Risiko in einem optimalen Verhältnis zu den gebotenen Chancen einzugehen (BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 1); *vgl. auch* EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 3036; HILKE, 35; ENTHOFER/HAAAS, 43; BLÖCHLIGER, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §11 N 72; *vgl.* Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H. zu den Transformationsfunktionen der Bank.*

genügendem Kapital und Liquidität erreicht werden.²²² Zum anderen soll durch die Implementierung eines effektiven Risikomanagements das Eintreten von Risiken präventiv verhindert werden.²²³

Zur Gewährleistung einer effizienten sowie zielführenden Regulierung der Banken orientieren sich die regulatorischen Anforderungen sowie die Intensität der Überwachung durch die FINMA an dem individuellen Risikoprofil der jeweiligen Bank.²²⁴ Die FINMA ordnet die Banken anhand ihres Risikopotentials für den Individual- sowie Systemschutz in Regulierungskategorien ein, auf welche dann eine dem Risikoprofil sowie der Systemrelevanz entsprechende Regulierung zur Anwendung gelangt.²²⁵ Systemrelevante Banken (kurz «SIB») werden dabei in einer Regulierungskategorie zusammengefasst, welche die schärfste bzw. weitgehendste Regulierung erfährt.²²⁶ Als systemrelevant gilt eine Bank in der Schweiz, wenn ihr Kollaps zu einem Zusammenbruch der gesamten schweizerischen Finanzwirtschaft führen würde.²²⁷ Als SIB gelten zurzeit fünf Schweizer Banken: UBS, Credit Suisse, die ZKB, die Raiffeisen sowie die PostFinance.²²⁸ Aufgrund ihrer Systemrelevanz ist der Staat bei einem drohenden Kollaps der Bank gezwungen, rettend einzugreifen. Dies käme einer faktischen Staatsgarantie gleich, welche zu Wettbewerbsverzerrungen

²²² Vgl. Art. 4 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 ff. ERV [Eigenmittel] sowie Art. 4 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 ff. LiqV [Liquiditätsanforderungen].

²²³ Vgl. Art. 3f Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 12 Abs. 2 BankV; vgl. Abschnitt II.B.3 (S. 43) *m.w.H. auf das Risikomanagement der Bank*.

²²⁴ Das Risikoprofil widerspiegelt die durch das Bankinstitut eingegangenen Risikopositionen an einem bestimmten Zeitpunkt (vgl. FINMA, RS 17/1, N 5).

²²⁵ Das schweizerische Bankenaufsichtsrecht basiert auf dem Proportionalitätsprinzip, wonach die regulatorischen Anforderungen an die Bank anhand Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftsaktivitäten festgelegt werden (vgl. FINMA, RS 2015/2, N 8 [Liquiditätsrisiken]; DIES., RS 2008/21, N 117 [operationelle Risiken]). Vgl. auch Anhang 3 der BankV (die Kategorisierung der Banken findet dabei anhand der Bilanzsumme, des verwalteten Vermögens, der privilegierten Einlagen sowie der Mindesteigenmittel statt). Es handelt sich dementsprechend um eine Kategorisierung der Banken anhand ihrer Grösse, Komplexität und Vernetzung mit anderen Akteuren auf dem Finanzmarkt; vgl. auch BLÖCHLIGER, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §11 N 74 ff. *m.w.H.*

²²⁶ Vgl. Art. 7 ff. BankG.

²²⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 1 BankG; vgl. VON DER CRONE/BEELER, 4 *m.w.H.*

²²⁸ Vgl. <https://www.snb.ch/de/i/about/finstab/pub/id/finstab_pub_banksector> (abgerufen am 22. Dezember 2019). Die SNB bestimmt die systemrelevanten Banken in der Schweiz basierend auf den in Art. 8 Abs. 1 und 2 BankG vorgeschriebenen formellen und materiellen Voraussetzungen (vgl. Art. 8 Abs. 3 BankG). Die Banken sind jeweils als Finanzgruppe der SIB-Aufsicht unterstellt.

führt und ein finanzielles Risiko für den Steuerzahler darstellt. Strengere Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen sollen eine Schiefelage der systemrelevanten Banken verhindern.²²⁹

Um eine regulatorische Gesamtschau der Risiken einer Bank zu erreichen, gilt die Bankenregulierung in der Schweiz umfassend: Sie bezieht sich zum einen auf alle Banktätigkeiten, welche zum Erreichen der Ziele der Regulierung notwendigerweise in den Regulierungskreis miteinbezogen werden müssen.²³⁰ Zum anderen werden die Risiken der Banktätigkeiten nicht nur auf Stufe des Einzelinstituts, sondern auch auf Stufe des gesamten Bankkonzerns im Sinne der mehrstufigen Aufsicht erfasst und reguliert.²³¹ Ziel der mehrstufigen Aufsicht ist es, sowohl Risiken auf Stufe des Einzelinstituts als auch Risiken, welche sich aufgrund der Konzernbildung bei Banken ergeben, zu erfassen.²³² Durch die zweistufige Aufsicht wird anerkannt, dass jedes Einzelinstitut zivilrechtlich über einen eigenständigen Haftungskreis verfügt.²³³ Zusätzlich will der Schweizer Regulator mit der konsolidierten Aufsicht die aufgrund der ak-

²²⁹ FINMA, TBTF, 1; BAHAR/PEYER, BSK-BankG, Art. 7 N 3; VON DER CRONE/BEELER, 5 f.; NOBEL, Aktienrecht, §5 N 80. Zweck der speziellen Regulierung der systemrelevanten Banken ist die Internalisierung des externen Effekts der Systemrelevanz der SIB durch eine Verminderung des Risikos eines Kollapses einer SIB sowie bei drohendem Zusammenbruch durch eine volkswirtschaftlich verträgliche Abwicklung der SIB (ohne staatliche Hilfen). Unter den (negativen) externen Effekten der SIB werden die Kosten des Steuerzahlers bei staatlicher Beihilfe im Krisenfall, die Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der faktischen Staatsgarantie, Anreizprobleme für das Management der SIB sowie die negativen Auswirkungen des Zusammenbruchs einer SIB auf den Finanzmarkt sowie die gesamte Volkswirtschaft (sog. systemische Risiken) verstanden (BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4726 f. *m.w.H.*; VON DER CRONE/BEELER, 5 f.). Nur wenn die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen einer SIB im Krisenfall sichergestellt ist, können staatliche Rettungsmassnahmen unterbleiben (BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4727).

²³⁰ HETTICH, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §1 N 7. Neben dem klassischen Bankgeschäft des Zinsdifferenzgeschäfts fallen auch die Bereitstellung von Zahlungsfazilitäten sowie das Depotgeschäft unter die Regulierung gemäss BankG.

²³¹ MAURENBRECHER/KRAMER, BSK-BankG, Art. 3e N 1. Die Pflicht zur konsolidierten Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen ist in Art. 4 Abs. 1 BankG, Art. 7 ERV sowie Art. 5 LiqV vorgeschrieben.

²³² Der Regulator soll dadurch ein ganzheitliches Bild des Risikoprofils der Finanzgruppe bekommen, unabhängig davon, in welcher Rechtseinheit das regulierte Finanzgeschäft abgewickelt wird (MAURENBRECHER/KRAMER, BSK-BankG, Vor Art. 3b-h N 11). Die konsolidierte Aufsicht deckt dabei vordergründig jene Risiken ab, welche aus dem Verbundsystem des Bankkonzerns entstehen (NOBEL, Finanzmarktrecht, §7 N 698).

²³³ *Vgl.* Abschnitt IV.A.3.1 (S. 93) *m.w.H. auf die zivilrechtliche Selbständigkeit des verbundenen Unternehmens.*

tienrechtlichen und schuldrechtlichen Verflechtungen der Konzerngesellschaften entstehenden Ansteckungsrisiken erfassen und den tatsächlichen Bestand an Eigenmitteln des Konzerns ermitteln können.²³⁴ Nur so kann der Gläubiger- und Funktionenschutz effektiv durch die Bankenregulierung umgesetzt werden.

4.2. Die regulatorischen Eigenmittelanforderungen

a. Die Rolle des Eigenkapitals bei der Bank

Das Kapital nimmt – wie bei anderen Unternehmen auch – eine Finanzierungs- und Haftungsfunktion wahr. Im Rahmen der Finanzierungsfunktion ermöglicht das Kapital die Investition in Vermögenswerte. Diese Funktion übernimmt das Eigenkapital zusammen mit dem Fremdkapital.²³⁵ Zudem kommt dem Eigenkapital eine verlustabsorbierende Funktion zu. Dabei muss das Kapital der Bank unerwartete Verluste auffangen und so die Weiterführung der Geschäftstätigkeit auch in Krisensituationen gewährleisten.²³⁶ Unerwartete Verluste

²³⁴ Die Aufsicht über das Einzelinstitut vermag die Eigenmittelausstattung des Konzerns nicht korrekt wiederzugeben, da aufgrund der Beteiligungsverhältnisse und anderer konzerninterner, schuldrechtlicher Vereinbarungen Eigenmittelpositionen sowie Vermögenswerte entstehen, welche aus der wirtschaftlichen Sicht des Konzerns nicht existieren (MAURENBRECHER/KRAMER, BSK-BankG, Vor Art. 3b-h N 13a ff.).

²³⁵ Der Begriff des Kapitals wird handelsrechtlich in Eigenkapital und Fremdkapital unterteilt. Für weitere Hinweise zur Einteilung in Eigen- und Fremdkapital aus einer funktionalen sowie handelsrechtlichen Perspektive vgl. BOEMLE/STOLZ, 9 ff.; HONGLER, 11 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §49 N 2 ff.; SCHÖN, 6 ff.; KUNZ, Konzernrecht, §13 N 709; für eine Definition von Fremdkapital und Eigenkapital vgl. Abschnitt II.C.2.2 (S. 67). Das Eigenkapital steht dem Unternehmen als unbefristetes Finanzierungsinstrument zur Verfügung (BOEMLE/STOLZ, 11 f.; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.4; HONGLER, 13). Dahingegen steht das Fremdkapital dem Unternehmen lediglich für einen befristeten Zeitraum zur Verfügung. Es zeichnet sich durch eine höhere Flexibilität hinsichtlich der Mittelbeschaffung aus (BÖHI, 12 f.; HONGLER, 15).

²³⁶ BUNDESRAT, TLAC, 4851; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 324. Grundsätzlich kommt nur dem Eigenkapital verlustabsorbierende Funktion zu, indem es den Gläubigern der Gesellschaft im Verlustfall als Haftungssubstrat zur Verfügung steht (vgl. Art. 620 Abs. 1 OR, wonach nur das Vermögen der Aktiengesellschaft für ihre Verbindlichkeiten haftet). Das Eigenkapital stellt eine «Pufferzone» dar, welche Verluste auffangen und damit die schuldrechtlichen Ansprüche der Gläubiger der Gesellschaft sicherstellen soll (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §1 N 41 sowie §49 N 13; ebenso KUNZ, Konzernrecht, §13 N 716; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.4). Aus diesem Grund wird das Eigenkapital auch als Reinvermögen der Gesellschaft bezeichnet. Für die Ermittlung der Grösse des

entstehen durch die Materialisierung von unerwarteten Risiken.²³⁷ Aufgrund ihrer Qualität als unerwartetes Risikoereignis können diese Verluste nicht durch schon berücksichtigte Rückstellungen oder Wertberichtigungen aufgefangen werden. Das Eigenkapital der Bank muss diese Verluste absorbieren und so eine finanzielle Schieflage der Bank abwenden. Die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit bei Materialisierung eines unerwarteten Risikos wird durch die Parameter der Fristigkeiten der Finanzierung sowie der Kapitalbindung bei den Vermögenswerten bestimmt.²³⁸ Da das Eigenkapital dem Unternehmen unbefristet zur Verfügung steht, kann eine höhere Eigenkapitalquote die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens im Verlustfall sichern bzw. verlängern und so die Kreditwürdigkeit im laufenden Geschäftsbetrieb verbessern.²³⁹ Diese Haftungsfunktion führt zu höheren Kosten des Eigenkapitals im Vergleich zu Fremdkapital.²⁴⁰ Ein höherer Eigenkapitalbestand führt jedoch zu

Reinvermögens und damit der Grösse des Eigenkapitals wird von den auf der Aktivseite der Bilanz gebuchten Vermögenswerten das Fremdkapital als Schulden der Gesellschaft abgezogen. Das Eigenkapital stellt damit die Höhe des Vermögens dar, welches der Gesellschaft nach Abzug ihrer Schulden verbleibt (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §49 N 10). In dieser Funktion dient das Eigenkapital dem Unternehmen langfristig. Lediglich der Bilanzgewinn und jene Teile der Reserven, deren Ausschüttung die GV der Gesellschaft beschlossen hat, werden als kurzfristiges Eigenkapital verstanden (SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.18 f.).

²³⁷ Vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34) *m.w.H.*

²³⁸ Im Verlustfall kann der Verlust zunächst gegen das Eigenkapital verrechnet werden, ohne dass das Unternehmen in den Konkurs fällt. Dies ist aufgrund der Qualität von Eigenkapital als Träger des unternehmerischen Risikos und unbefristetes Finanzierungsmittel möglich. Weiterhin kann die Zahlungsfähigkeit durch die Liquidierung von Vermögenswerten sichergestellt werden. Die niedrige Kapitalbindung eines Vermögenswertes erlaubt es einem Unternehmen, kurzfristig an flüssige Mittel zur Sicherstellung seiner Zahlungsfähigkeit zu gelangen (SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.31; HAISS, 89). Zudem wirkt sich die Verzinsung der Fremdfinanzierung aufgrund des Mittelabflusses negativ auf die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens aus, während das Eigenkapital keinen weiteren Mittelabfluss in einer Krisensituation veranlasst (HONGLER, 15).

²³⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §16 N 76; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §49 N 36; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.22. Die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit kann dabei durch die Angleichung der Fristigkeiten von Aktiv- und Passivseite der Bilanz vermindert werden (SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.31).

²⁴⁰ Bei den Eigenkapitalkosten handelt es sich um keine tatsächlichen Kosten, sondern um die Erwartungen der Aktionäre, am Unternehmensgewinn zu partizipieren (BOEMLE/STOLZ, 94 sowie 96 ff. *m.H. auf verschiedene Berechnungsmodelle der Eigenkapitalkosten*). Aus der verlustabsorbierenden Funktion ergibt sich ein höheres Risiko des Eigenkapitalgebers im Verhältnis zum Fremdkapitalgeber. Entsprechend ist die erwartete Rendite aus der Eigenkapitalinvestition höher als jene des Gläubigers aus

einer höheren Kreditwürdigkeit und kann deshalb die Fremdkapitalkosten senken. Das ist für das Ausführen des Zinsdifferenzgeschäfts entscheidend.²⁴¹

Das Fremdkapital bildet hingegen die Schulden der Gesellschaft, wobei die Gläubiger im Gegensatz zu den Anteilseignern kein unternehmerisches Risiko tragen.²⁴² Dem Fremdkapital kommt deshalb keine verlustabsorbierende Wirkung zu, sondern es stellt aufgrund der schuldrechtlichen Verpflichtung auf Zins- und Tilgungszahlungen eine Liquiditätsbelastung für den Schuldner dar.²⁴³ Eine Ausnahme bilden hierbei die als hybride Finanzinstrumente geltenden CoCo-Bonds. Diese weisen im Verlustfall aufgrund ihrer Umwandlung in Eigenkapital bzw. Abschreibung verlustabsorbierende Qualität auf. Sie nehmen deshalb eine Position zwischen Eigen- und Fremdkapital ein.²⁴⁴

b. Qualitative und quantitative regulatorische Eigenmittelanforderungen

Die Banken sind verpflichtet, Kreditrisiken, Marktrisiken, nicht gegenpartiebezogene Risiken sowie operationelle Risiken mit Eigenmitteln zu unterlegen.²⁴⁵ Der Schweizer Regulator legt aufgrund des Risikoprofils und damit auch nach Massgabe der Geschäftstätigkeit des regulierten Bankinstituts die Mindesteigenmittelanforderungen fest.²⁴⁶ Für die Ermittlung des individuell

einer Fremdkapitalinvestition (vgl. HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 329 *m.w.H.*). Ausserdem verringert die diskriminierende steuerliche Behandlung von Eigenkapital die Fremdkapitalkosten.

²⁴¹ Die Wahrscheinlichkeit der Insolvenz erhöht sich mit steigendem Verschuldungsgrad der Gesellschaft. Diese Insolvenzkosten werden in die Fremdkapitalkosten von den Gläubigern eingepreist (RUDOLPH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 2.32). Damit steigt der Einlagezins, den die Bank ihren Einlegern vergüten muss.

²⁴² Der Fremdkapitalgeber hat einen festen, schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der von ihm bereitgestellten Kapitalsumme inklusive allfälliger Zinszahlungen. Darüber hinaus partizipiert er nicht am Gewinn oder einem allfälligen Liquidationsgewinn der Gesellschaft. Vgl. BOEMLE/STOLZ, 14; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §49 N 63 ff.; SCHÖN, 7; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 20.2.

²⁴³ SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 20.2.

²⁴⁴ Vgl. Abschnitt II.C.2.2 (S. 67) *m.w.H.*

²⁴⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 sowie Art. 42 Abs. 2 ERV. Hinsichtlich der Marktrisiken müssen nur solche auf Positionen des Handelsbuchs der Bank mit Eigenmitteln unterlegt werden. Zinsänderungsrisiken aus Positionen des Bankenbuchs unterliegen keinen regulatorischen Eigenmittelanforderungen (vgl. Art. 80 ff. ERV).

²⁴⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 BankG.

von einer Bank bereitzustellenden Kapitals müssen deshalb zunächst die von der Bank übernommenen Risiken verlässlich quantifiziert werden, um in einem zweiten Schritt das von der Bank bereitzustellende Kapital ermitteln zu können. Die (verlässliche) Quantifizierung der Risiken stellt dabei eine grosse Herausforderung dar, welche nach der Finanzkrise im Rahmen der Erarbeitung der Regeln für Basel III auf internationaler Ebene kontrovers diskutiert wurde.²⁴⁷

Für die Ermittlung der Höhe der notwendigen Eigenmittel (sog. quantitative Eigenmittelanforderungen) stellt der Schweizer Regulator primär auf die Vermögensstruktur der Bank und damit auf die Aktivseite der Bankbilanz ab.²⁴⁸ Die Vermögensseite der Bankbilanz (einschliesslich der Ausserbilanzgeschäfte) beinhaltet bankspezifische Risiken, deren unerwartete Materialisierung durch das Kapital der Bank abgefangen werden muss.²⁴⁹ Um der Eigenheit der den Vermögenswerten inhärenten Risiken für die Berechnung des notwendigen Kapitals Rechnung zu tragen, dient die Grösse der risikogewichteten Aktiven (sog. «risk-weighted assets», RWA) als Grundlage für die Berechnung der Höhe der erforderlichen Eigenmittel. Die einzelnen Vermögenswerte der Bank werden dafür anhand des ihnen inhärenten Risikos gewichtet.²⁵⁰ Für die Positionen des Bankenbuchs ist dabei allerdings nur das Kreditrisiko für die Gewichtung ausschlaggebend.²⁵¹ Marktrisiken werden nur

²⁴⁷ Vgl. Anhang 2 der LiqV für eine Quantifizierung der erwarteten Mittelabflüsse zur Berechnung der regulatorischen Liquiditätsquote. Die Diskussion über eine adäquate Quantifizierung des Kredit- und Marktrisikos auf Basis der RWA sowie die Revision der geltenden regulatorischen Anforderungen an die Ermittlung der RWA stellt den grössten Teil der Änderungen des internationalen Regelwerks zur Bankenregulierung durch Basel III dar (vgl. BCBS, Basel III final report, 1).

²⁴⁸ Die schweizerische Bankenregulierung stellte vor 1980 zur Ermittlung der regulatorisch notwendigen Eigenmittel auf den Verschuldungsgrad ab. Erst mit der Totalrevision des Bankengesetzes im Jahre 1980 orientierten sich die regulatorisch notwendigen Eigenmittel nicht mehr am Verschuldungsgrad der Bank, sondern an den Bilanz- sowie Ausserbilanzpositionen (GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 13).

²⁴⁹ Der Verlust aus schlagenden erwarteten Risiken wird von den Wertberichtigungen und Rückstellungen aufgefangen. Diese haben bereits vor ihrer Materialisierung des harte Kernkapital in Form von Wertberichtigungen und Rückstellungen vermindert (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 538).

²⁵⁰ Ausserbilanzgeschäfte werden dabei in ihr Kreditäquivalent anhand der in Anhang 1 der ERV ausgewiesenen Faktoren umgerechnet.

²⁵¹ GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 69. Die Gewichtung der Kreditaktiven gemäss dem internationalen Standardansatz spiegelt lediglich das Gegenparteiisiko pro Kategorie der Kreditaktiven wider. Beim Standardansatz findet die Einordnung der Kreditaktiven aufgrund externer Ratings der Gegenpartei statt (vgl. Art. 63 ERV). Lediglich bei Forderungen gegenüber anderen Banken wird zu Zwecken der Risikogewichtung nach Laufzeit unter bzw. über drei Monaten unterschieden (vgl. Ziff. 4 Anhang 2 der ERV). Dahingegen fordert der auf internen Ratings basierende

in die Gewichtung der Positionen des Handelsbuchs einbezogen.²⁵² Das operationelle Risiko wird anhand von Ertragsindikatoren aus dem Zins- sowie Kommissions- und Dienstleistungsgeschäft, dem Liegenschaftsertrag sowie dem Ertrag aus konsolidierten Beteiligungen bewertet.²⁵³

Für die Bewertung des Kreditrisikos der Positionen im Bankenbuch können von den Banken interne Bewertungsmodelle sowie externe Ratings herangezogen werden.²⁵⁴ Für die Risikogewichtung werden die Positionen des Bankenbuchs zunächst anhand der Eigenschaften ihrer Gegenpartei in Positionsklassen eingeteilt. Während Positionsklassen mit Grossunternehmen, Banken sowie Zentralbanken als Gegenparteien aufgrund externer Ratings bewertet werden können, muss bei Positionsklassen mit natürlichen Personen und Kleinunternehmen auf interne Bewertungsmodelle zurückgegriffen werden.²⁵⁵ Das anzuwendende Risikogewicht variiert dabei zwischen 0% für Flüssige Mittel sowie für Kreditpositionen gegenüber Staaten und ihren Zentralbanken mit einem Rating von 1 und 150% für gewisse überfällige Kreditpositionen.²⁵⁶

Das Risikogewicht wird auf den Positionswert angewendet. Dieser Wert entspricht dem maximalen Verlustbetrag bei schlagendem Ausfallrisiko (sog. «exposure at default»). Es handelt sich dabei um den Buchwert des Finanzaktiums abzgl. Wertberichtigungen.²⁵⁷ Bei Ausserbilanzpositionen, welche

Ansatz (IRB-Ansatz) ein Risikogewicht, welches die Ausfallwahrscheinlichkeit der Gegenpartei sowie die effektive Restlaufzeit der Forderung wiedergibt (vgl. BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 108 *m.w.H.*).

²⁵² Art. 80 Abs. 1 ERV.

²⁵³ Art. 89 ff. ERV. Die Eigenmittelanforderungen zur Deckung der operationellen Risiken ergeben sich dabei aus der Multiplikation der Grösse der Ertragsindikatoren mit einem Multiplikator von 15%. Die Ertragsindikatoren ergeben sich aus den Ertragspositionen des Zinsdifferenzgeschäfts, des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäfts, des Liegenschaftsertrags sowie der Erträge aus den konsolidierten Beteiligungen, welche sich als Durchschnitt aus den drei vorangegangenen Geschäftsjahren berechnen (FINMA, RS 08/21, N 3 ff.).

²⁵⁴ VON DER CRONE/BÜHLER, 31. Die Bewertung des Kreditrisikos findet nach dem sog. internationalen Standardansatz gemäss Art. 63 ff. ERV oder nach dem bankinternen Bewertungsmodell, welches den Anforderungen von Art. 77 ERV genügen muss, statt (vgl. Art. 50 Abs. 1 ERV). Die externen Ratings müssen von der FINMA anerkannt sein (Art. 64 ERV). Interne Bewertungsmodelle müssen sich nach jenem Berechnungsmodell richten, welches die FINMA in Übereinstimmung mit den Basler Mindeststandards entworfen hat (Art. 77 Abs. 2 ERV *i.V.m.* FINMA, RS 17/7, N 371 ff.).

²⁵⁵ Art. 63 Abs. 2 sowie 3 ERV; vgl. FINMA, RS 17/7, N 394 ff. *m.w.H. zu der Definition der einzelnen Positionsklassen.*

²⁵⁶ Vgl. Anhang 2 sowie 3 der ERV.

²⁵⁷ VON DER CRONE/BÜHLER, 31; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 537.

Kreditrisiken ausgesetzt sind, wird der Positionswert mit einem Konversionsfaktor umgerechnet.²⁵⁸ Zudem wird das Risikogewicht eines Vermögenswerts reduziert, wenn das diesem Vermögenswert inhärente Kreditrisiko aufgrund von Kreditrisikominderungsmaßnahmen verringert werden konnte.²⁵⁹ Beteiligungen, welche das Bankinstitut ausserhalb des Handelsbuchs hält, werden mit einem Risikogewicht von 100% für Beteiligungen an Gesellschaften, welche ausserhalb des Finanzbereichs tätig sind und an der Börse gehandelt werden, sowie 150% für Beteiligungen an Gesellschaften, welche im Finanzbereich tätig sind oder nicht an der Börse gehandelt werden, gewichtet.²⁶⁰

Regulatorisches Ziel von Basel III ist es, gegenüber den Eigenmittelanforderungen von Basel II eine verbesserte Verlusttragfähigkeit der Eigenmittel sicherzustellen.²⁶¹ Zur Umsetzung dieses Ziels, unterteilt der Schweizer Regulator die als Eigenmittel geltenden Positionen in drei Kategorien, welche sich hinsichtlich ihrer jeweiligen Verlusttragfähigkeit unterscheiden.²⁶² Den grössten Teil der Eigenmittelquote müssen die Banken durch hartes Kernkapital²⁶³ erfüllen. Es handelt sich dabei um das Eigenkapital, wie es durch das Gesellschaftsrecht definiert wird.²⁶⁴ Zudem kann ein gewisser Anteil der Eigenmittelanforderungen durch das zusätzliche Kernkapital²⁶⁵ erfüllt werden. Dieses

²⁵⁸ *Vgl.* Art. 53 Abs. 1 ERV. Die anwendbaren Konversionsfaktoren ergeben sich aus Anhang 1 der ERV. Die Konversionsfaktoren variieren dabei zwischen 0.2 für Kreditzusagen bis 1.0 für Einzahlungs- und Nachschusspflichten. Aus diesen Konversionsfaktoren ergibt sich, dass das Kreditrisiko aus Eventualverbindlichkeiten tendenziell geringer ist (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 535).

²⁵⁹ *Vgl.* Art. 61 ERV sowie FINMA, RS 17/7, N 124 ff.

²⁶⁰ *Vgl.* Anhang 4 der ERV.

²⁶¹ BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 7.

²⁶² *Vgl.* Art. 18 ff. ERV; BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 18. Art. 19 ERV definiert diese Reihenfolge der Verlusttragung, wobei das harte Kernkapital («CET1») den Verlust vor dem zusätzlichen Kernkapital («AT1») trägt und letzteres wiederum vor dem Ergänzungskapital («T2») zur Verlusttragung herangezogen wird. Während das harte Kernkapital sowie das zusätzliche Kernkapital schon unter der Voraussetzung der Fortführung der Geschäftstätigkeit (sog. «going concern») verlusttragend wirken, zeitigt das Ergänzungskapital erst im Insolvenzfall (sog. «gone concern») eine Haftungswirkung (VON DER CRONE/BÜHLER, 30).

²⁶³ Sog. «common equity 1» (kurz: «CET1»). *Vgl.* Art. 18 Abs. 2 ERV.

²⁶⁴ *Vgl.* Art. 21 Abs. 1 ERV; *vgl.* Abschnitt II.C.2.2 (S. 67) v.a. FN 334) *m.w.H. zur gesellschaftsrechtlichen Definition des Eigenkapitals*. Gemäss Art. 15 Abs. 1 BankV muss die Bank ein Mindestkapital von CHF 10 Mio. aufweisen. Diese Mindestkapitalanforderungen treten bei einer als AG strukturierten Bank an die Stelle der aktienrechtlichen Mindestkapitalanforderungen von CHF 100'000 nach Art. 621 OR (WINZLER, BSK-BankG, Art. 3 N 15). Sie sind deshalb aus einer Einzelinstitut-Perspektive zu erfüllen.

²⁶⁵ Sog. «additional tier 1 capital» (kurz: «AT1»). *Vgl.* Art. 18 Abs. 2 ERV.

besteht aus Beteiligungstiteln oder Schuldinstrumenten, welche eine geringere Verlusttragfähigkeit als jene besitzen, welche dem harten Kernkapital zugeordnet werden.²⁶⁶ Dazu gehören auch Anleihen mit bedingtem Forderungsverzicht oder bedingter Wandlung, welche bei drohender Insolvenz in hartes Kernkapital umgewandelt werden und damit voll verlusttragend sind.²⁶⁷ Zuletzt kann ein geringer Teil der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel aus Ergänzungskapital²⁶⁸ angehäuft werden. Dazu werden Wertberichtigungen für latente Ausfallrisiken sowie stille Reserven gezählt.²⁶⁹ Ausserdem werden nachrangige Anleihen an das Ergänzungskapital angerechnet.²⁷⁰

Die Bank hat die Eigenmittelanforderungen sowohl durch ihre einzelnen Gesellschaften als auch auf Gruppenebene konsolidiert zu erfüllen.²⁷¹ Bei den regulatorischen Eigenmittelanforderungen stehen die Quantität sowie die (verlustabsorbierende) Qualität der Eigenmittel im Vordergrund. Alle Eigenmittel müssen vollständig einbezahlt oder betriebsintern generiert worden sein.²⁷²

Die vom Schweizer Gesetzgeber geforderten Eigenmittel variieren zwischen 10.5% und 12.8% der RWA. Dabei wird zwischen den Mindesteigenmittelanforderungen nach Art. 42 ERV, welche sich bei jedem Institut auf 8% der RWA

²⁶⁶ Das zusätzliche Kernkapital weist ein Kündigungsrecht zugunsten des Emittenten nach einer Mindestlaufzeit von fünf Jahren auf (BODEMER/VOLLENWEIDER, 113).

²⁶⁷ Vgl. Art. 27 Abs. 3 ERV; BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 34; vgl. Abschnitt II.C.2.2 (S. 67) *m.w.H. zu den CoCo-Bonds*. Es muss sich um einen vollständigen Forderungsverzicht (d.h. gesamter Nominalwert der Anleihe) sowie um eine vollständige Wandlung bei Wandelanleihen handeln, damit diese als zusätzliches Kernkapital im Sinne von Art. 27 ff. ERV gelten (vgl. Art. 29 Abs. 1 ERV). Die die Wandlung oder Abschreibung auslösende Eigenkapitalgrenze liegt bei höchstens 5.125% des harten Kernkapitals (vgl. Art. 27 Abs. 3 ERV).

²⁶⁸ Sog. «tier 2 capital» (kurz: «T2»). Vgl. Art. 18 Abs. 1 ERV.

²⁶⁹ FINMA, RS 13/1, N 95 ff. Stille Reserven auf der Bilanzposition «Rückstellungen» dürfen nur dann als Ergänzungskapital berücksichtigt werden, wenn diese im statutarischen Einzelabschluss auf einem gesonderten Konto ausgeschieden und als Eigenmittel deklariert werden (FINMA, RS 13/1, N 99). Allfällige latente Steuern müssen abgezogen werden (FINMA, RS 13/1, N 99 f.). *Für eine Definition des Begriffs «latente Ausfallrisiken» vgl. FINMA, RS 13/1, N 95.3.*

²⁷⁰ Vgl. Art. 30 ERV.

²⁷¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 BankG. Die Anwendung der Eigenmittelanforderungen auf (konsolidierter) Gruppenebene soll die «Mehrfachverwendung» der Eigenmittel im Konzern durch gegenseitige Beteiligungen sowie Verschachtelungen verhindern (GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 39). Eine Ausnahme von der Konsolidierungspflicht im Rahmen der Eigenmittelvorschriften besteht für Gruppengesellschaften, welche ausschliesslich die Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen für Rechnung von Anlegern betreiben (Art. 7 Abs. 2 lit. b ERV).

²⁷² Vgl. Art. 20 Abs. 1 ERV.

belaufen, sowie dem Eigenmittelpuffer unterschieden.²⁷³ Die Höhe des Eigenkapitalpuffers variiert anhand der Risikoklasse, in welche die FINMA die Bankinstitute einteilt.²⁷⁴ Zusätzlich kann die FINMA eine Bank verpflichten, aufgrund ihrer spezifischen Risikoeigenarten (Geschäftsstrategie und -aktivitäten, eingegangene Risiken, Qualität des Risikomanagements etc.) zusätzliche Eigenmittel anzuhäufen.²⁷⁵

Aufgrund der von der BCBS identifizierten Nachteile des RWA-Ansatzes stellt Basel III für die Ermittlung der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel neben der Gewichtung aufgrund des RWA-Ansatzes auf den Verschuldungsgrad der Bank ab.²⁷⁶ Während beim RWA-Ansatz für die Bewertung und Quantifizierung der Eigenmittel auf interne Bewertungsverfahren sowie externe Ratings abgestellt wird, orientiert sich der Verschuldungsgrad gänzlich an den aufgrund der Anwendung der Rechnungslegungsstandards und -prinzipien ermittelten Bilanzgrössen.²⁷⁷ In der Schweiz wurde diese zusätzliche Anforderung des Abstellens auf den Verschuldungsgrad der Bank in Art. 46 ERV umgesetzt. Gemäss Art. 46 ERV sind die Schweizer Banken verpflichtet, 3% ihrer ungewichteten Vermögenswerte mit Eigenmitteln zu unterlegen.²⁷⁸

²⁷³ Vgl. Anhang 8 der ERV.

²⁷⁴ Die Höhe des Eigenmittelpuffers nach Art. 43 ERV wird auch anhand einer Quote der RWA bestimmt. Die anwendbare Quote variiert dabei anhand der Risikokategorie der jeweiligen Bank (vgl. Anhang 8 der ERV sowie Abschnitt II.B.4.1 (S. 48) *m.w.H. zu den Risikokategorien der schweizerischen Bankaufsicht*).

²⁷⁵ Vgl. Art. 45 Abs. 1 ERV. Die SNB kann beim Bundesrat beantragen, dass ein antizyklischer Puffer über weitere 2.5% der RWA als Eigenmittel durch die Banken vorgesehen wird. Eine solche Massnahme zielt auf die Begrenzung eines übermässigen Kreditwachstums ab (vgl. Art. 44 Abs. 1 ERV). Der antizyklische Puffer ist vollständig aus hartem Kernkapital zu bilden.

²⁷⁶ Die BCBS hat im Rahmen der Ausarbeitung der Basel-III-Richtlinien die aufgrund des RWA-Ansatzes zugelassenen Bewertungsmodelle kontrovers diskutiert. Als Nachteil der RWA wird dabei der hohe Entscheidungsspielraum der Bankinstitute bei der Auswahl der Bewertungsmodelle genannt. Ausserdem könne die Gefahr der systematischen Risikofehleinschätzung aufgrund der angewendeten Bewertungsmodelle nicht hinreichend ausgeschlossen werden (VON DER CRONE/BÜHLER, 31 ff.).

²⁷⁷ Für die Ermittlung der Determinanten des Verschuldungsgrades hat das Finanzinstitut bei der Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens dem internationalen Standard des «true and fair view» zu genügen (VON DER CRONE/BÜHLER, 34).

²⁷⁸ BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4750 f. Es handelt sich um eine ungewichtete Eigenkapitalquote, welche aus den anrechenbaren Eigenmitteln dividiert durch das Gesamtengagement kalkuliert wird (FINMA, RS 15/3, N 3 ff.). Das Gesamtengagement wird dabei aus den gesamten konsolidierten Aktivenpositionen der Bank zu Buchwerten ermittelt (FINMA, RS 15/3, N 8).

4.3. Liquiditätsanforderungen

Der Schweizer Regulator begrenzt die Liquiditätsrisiken – im Gegensatz zu den Kredit- sowie operationellen Risiken – nicht durch die Unterlegung mit Eigenmitteln, sondern durch Vorgaben zur Nutzung der Finanzierungsmittel.²⁷⁹ Zur Bewirtschaftung des Liquiditätsrisikos muss die Bank regulatorisch eine ausgewogene, diversifizierte Finanzierungsstruktur aufweisen sowie über eine zukunftsgerichtete Liquiditätsplanung und ausreichende Liquiditätsreserven verfügen.²⁸⁰ Eine ausgewogene Finanzierungsstruktur soll das Eintreten eines Liquiditätsrisikos durch eine Diversifizierung der Finanzierungsquellen sicherstellen.²⁸¹ Damit können erhebliche Mittelabflüsse vermieden und die Voraussetzungen für die Refinanzierung der Bank in Stresssituationen verbessert werden.²⁸²

Die zukunftsgerichtete Liquiditätsplanung bedient sich der sog. Liquiditätsablaufbilanz sowie Stressszenarien, welche für unterschiedliche Zeitperioden die zufälligen negativen Schwankungen der Nettozahlungsflüsse identifizieren sollen.²⁸³ Die in Stresssituationen erwarteten Mittelabflüsse werden dabei durch die LiqV für Bilanzpositionen sowie Ausserbilanzgeschäfte pauschal definiert.²⁸⁴ Die von der jeweiligen Bank anzuhäufende Liquiditätsreserve wird

²⁷⁹ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 401. Die Bereitstellung der Liquiditätsreserve verhindert, dass die Banken im Rahmen des klassischen Zinsdifferenzgeschäfts die von den Kunden entgegengenommenen Einlagen gänzlich in Krediten ausgeben können. Je kürzer die Laufzeit einer Einlagenkategorie, desto höher ist der Betrag, welcher nicht als Kredit weitergegeben werden kann, sondern in liquiden Mitteln angelegt werden muss. Die Liquiditätsanforderungen schränken entsprechend das Zinsdifferenzgeschäft der Bank ein und verteuern die Kreditvergabe sowie die Bankdienstleistungen.

²⁸⁰ Vgl. Art. 2 Abs. 2 LiqV; FINMA, RS 2015/2, N 59 für die diversifizierte Finanzierungsstruktur.

²⁸¹ Vgl. Art. 8 LiqV. Die Finanzierungsquellen sollen dabei nach Fristigkeiten, Einlegerklassen, Investoren, Gegenparteien, Instrumenten, Märkten und Währungen diversifiziert werden (FINMA, RS 2015/2, N 59).

²⁸² FINMA, RS 2015/2, N 59 sowie 61.

²⁸³ Bei der Liquiditätsablaufbilanz findet eine Gegenüberstellung aller erwarteter Liquiditätsabflüsse mit den im gleichen Zeitraum zu erwartenden Liquiditätszuflüssen statt (vgl. FINMA, RS 2015/2, N 31). Die Liquiditätsplanung für Stresssituationen wird im Rahmen von Stresstests durchgeführt (FINMA, RS 2015/2, N 72 ff.).

²⁸⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 3 LiqV i. V.m. Anhang 2 (Abflüsse) sowie 3 (Zuflüsse) der LiqV. Dabei werden Bilanzpositionen und Ausserbilanzgeschäfte, welche Liquiditätsrisiken für die Bank beinhalten, mit einer pauschalen Abflussrate multipliziert. Bilanzpositionen sowie Ausserbilanzgeschäfte, welche einen Mittelzufluss generieren, werden zusätzlich zur entsprechenden Zuflussrate nur zu 75% an den Nettomittelfluss angerechnet

sodann aufgrund der Liquiditätsquote («liquidity coverage ratio», LCR) ermittelt. Die Liquiditätsquote stipuliert die Höhe der Liquiditätsreserve, welche regulatorisch benötigt wird, um die ermittelten Nettoabflüsse innerhalb einer 30-tägigen Stressperiode auffangen zu können. Die Liquiditätsquote variiert je nach Risikoprofil der regulierten Bank.²⁸⁵

Die Liquiditätsreserve soll dementsprechend die aufgrund der Liquiditätsablaufbilanz sowie Stressszenarien identifizierten – d.h. erwarteten – Liquiditätsrisiken absorbieren. Zu den als Liquiditätsreserve geltenden Vermögenswerten gehören nur «qualitativ hochwertige, liquide Aktiven (<high quality liquid assets>; HQLA)»²⁸⁶. Dabei wird das Zentralbankgeld als primäre Liquiditätsreserve gewertet, da dieses sofort zur Befriedigung von Zahlungsverpflichtungen verwendet werden kann. Ausserdem werden Vermögenswerte mit hohem Liquiditätsgrad an die Liquiditätsreserve angerechnet, wenn diese in kurzer Zeit und ohne wesentlichen Wertverlust zu Zentralbankgeld umgewandelt werden können. Dazu zählen namentlich hochliquide, marktfähige Wertpapiere.²⁸⁷ Diese sog. sekundäre Liquiditätsreserve kann nur bis zu einer gewissen Obergrenze an die anzuhäufende Liquiditätsreserve angerechnet werden, da diese Vermögenswerte im Krisenfall an Liquidität verlieren können.²⁸⁸

Die Bilanzstruktur der Bank wird von der volkswirtschaftlichen Rolle der Bank und von den sich daraus ergebenden Transformationsfunktionen geprägt. Da die finanzwirtschaftlichen Risiken des Bankgeschäfts aus diesen Transformationsfunktionen resultieren und Produktionsfaktoren des Bankgeschäfts darstellen, stellt die Bankbilanz das Risikoprofil der Bank sowie ihre Ertragsquellen bzw. Geschäftsstrategie dar. Aus diesem Grund wird im Folgenden näher auf die Bilanzstruktur der Universalbank in der Schweiz eingegangen.

C. Die Bilanzstruktur der Bank

1. Die Besonderheiten der Bilanzstruktur einer Bank

Die Bilanzstruktur einer Bank zeigt auf der Aktivseite, in welche Arten von Finanzprodukten das Bankinstitut investiert. Die Passivseite der Bilanz zeigt

(Art. 16 Abs. 2 LiqV). Der so ermittelte Nettomittelfluss stellt die benötigte Liquidität in einer 30-tägigen Stresssituation dar. *Vgl. auch* BESSIS, 22.

²⁸⁵ *Vgl.* Art. 12 sowie 13 LiqV; *vgl. auch* BESSIS, 22 sowie ZOBL/BLÖCHLINGER, 18 *m.w.H.*

²⁸⁶ *Vgl.* FINMA, RS 2015/2, N 111.

²⁸⁷ Art. 15b LiqV.

²⁸⁸ Art. 15c Abs. 1 lit. b sowie c LiqV.

hingegen die Finanzierung dieser Investitionen mit Eigen- und Fremdkapital.²⁸⁹ Die folgende Betrachtung der Bilanzstruktur einer Bank findet konsolidiert statt, d.h., unabhängig von der rechtlichen Ausdifferenzierung in verschiedene Bankgesellschaften wird die Bankbilanz des Instituts als Ganzes aufgezeigt.

Die Besonderheiten der Bankbilanzstruktur ergeben sich aus den Transformationsfunktionen der Bank auf dem Finanzmarkt, welche die Bank im Rahmen des klassischen Bankgeschäfts wahrnimmt. Sie beinhalten die Transformation von Einlagen in Kredite.²⁹⁰ Dabei tritt die Bank als Finanzintermediär in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den Anlegern und Kreditnehmern auf. Die aufgenommenen Einlagen gehen entsprechend in das Eigentum der Bank über und müssen als Forderungen der Kunden gegenüber der Bank passiviert werden. Die gewährten Kredite werden als Forderungen gegenüber ihren Kunden in der Bankbilanz aktiviert.²⁹¹ Das Einlagen- und Kreditgeschäft wird deshalb als bilanzwirksames Bankgeschäft bezeichnet.²⁹² Neben dem Einlagen- und Kreditgeschäft finden auch die Eigenhandelsgeschäfte der Bank Eingang in die Bilanz, da die Bank hierbei im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auftritt.²⁹³

Aufgrund der von der Bank angebotenen Transformationsfunktionen bestehen verschiedene Inkongruenzen zwischen den Aktiv- und den Passivpositionen der Bankbilanz. Dies führt zu Marktzins- und Liquiditätsrisiken.²⁹⁴ Ausserdem birgt das Ausgeben von Krediten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Kreditrisiken.²⁹⁵ Die Bilanzstruktur der Bank gibt dementsprechend Informationen über das Risikoprofil der Bank.²⁹⁶ Da die Bank für das Anbieten der Transformationsfunktion und die Übernahme der Marktzins-, Liquiditäts- sowie Kreditrisiken entlohnt wird, lässt die Bilanzstruktur auch Rückschlüsse auf

²⁸⁹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 3; BÖHI, 5.

²⁹⁰ *Vgl.* Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H.*

²⁹¹ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 852.

²⁹² HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 11 f.; BÜSCHGEN, 324. Das bilanzwirksame Geschäft der Bank ist dabei vom indifferenten und damit bilanzneutralen Dienstleistungsgeschäft der Bank abzugrenzen.

²⁹³ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 853.

²⁹⁴ *Vgl.* Abschnitt II.B.2.2 (S. 38) *sowie* II.B.2.3 (S. 41) *m.w.H.*

²⁹⁵ *Vgl.* Abschnitt II.B.2.1 (S. 37) *m.w.H.*

²⁹⁶ Durch die Wahrnehmung der Transformationsfunktion entstehen starke Interdependenzen zwischen der Aktiv- und der Passivseite der Bank. Diese Interdependenzen verunmöglichen der Bank eine Trennung und Weiterführung der Geschäfte im Krisen- und Insolvenzfall (VON DER CRONE/BEELER, 5).

die Ertragsquellen des Bankinstituts zu.²⁹⁷ Dabei dienen die passiven Vermögenswerte nicht nur als Finanzierung der auf der Aktivseite gebuchten Leistungsfaktoren, sondern sie fungieren auch selbst im Rahmen des Absatzes von Geld- und Kapitalanlagefazilitäten als Produktionsfaktoren.²⁹⁸ Diese aus den Transformationsfunktionen der Bank entstehenden Besonderheiten grenzen die Bilanzstruktur der Bank klar von jener einer Nicht-Bank ab.

Die Bilanz der Bank wird durch finanzielle Forderungen und Verbindlichkeiten sowie Finanzanlagen geprägt.²⁹⁹ Sachanlagen sowie Kreditoren und Debitoren nehmen typischerweise einen geringen Anteil an der Bilanzsumme ein.³⁰⁰ Die Bankbilanz zeichnet sich dadurch durch eine höhere Liquidität und einen geringeren Eigenkapitalanteil bzw. höheren Verschuldungsgrad sowie eine grössere Bilanzsumme im Vergleich zu Bilanzen von Industrieunternehmen aus.³⁰¹ Die finanziellen Vermögenswerte der Bank werden systematisch in das Bankenbuch und das Handelsbuch aufgeteilt.³⁰² Das Bankenbuch beinhaltet dabei sämtliche finanziellen Vermögenswerte, die von der Bank grundsätzlich bis zur Fälligkeit gehalten werden und damit nicht der Spekulation dienen.³⁰³ Es handelt sich dabei um Einlagen, Kredite, Staatsanleihen etc. sowie Derivate, welche zur Absicherung der Risiken aus Positionen des Bankenbuchs gehalten werden. Im Handelsbuch werden hingegen solche Finanzwerte gebucht, welche mit dem Ziel, Spekulationsgewinne zu erzielen, kurzfristig gekauft und verkauft werden. Es handelt sich dabei um Wertpapiere des Eigenhandels sowie aus Market-Making-Aktivitäten.³⁰⁴ Die vorliegende Arbeit bezieht sich ausschliesslich auf das Bankenbuch.

²⁹⁷ BODEMER/VOLLENWEIDER, 2.

²⁹⁸ BÜSCHGEN, 315.

²⁹⁹ Die grosse Bedeutung der finanziellen Vermögenswerte und Verbindlichkeiten in der Bilanzstruktur der Bank resultiert aus der Qualität der Bankleistungen als finanzielle Dienstleistungen mit immateriellem Charakter, wodurch eine Abgrenzung zwischen realwirtschaftlicher und finanzieller Vermögenssphäre (wie sie bei Industriebetrieben gegeben ist) bei der Bank nicht möglich ist (BÜSCHGEN, 314; GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 1).

³⁰⁰ GABLER-Banklexikon, 140.

³⁰¹ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 374.

³⁰² Je nach Zuordnung zum Handels- oder Bankenbuch unterliegen die Bilanzpositionen anderen Bewertungsregeln sowie unterschiedlich hohen regulatorischen Eigenmittelanforderungen (vgl. GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 58 ff. *m.w.H.*).

³⁰³ BODEMER/VOLLENWEIDER, 8.

³⁰⁴ Gemäss Art. 5 ERV muss eine Position die Eigenschaften der aktiven Bewirtschaftung, des kurzfristigen Zeithorizonts, der vertraglich nicht beschränkten Handelbarkeit und der täglichen Marktbewertung aufweisen, um im Handelsbuch der Bank gebucht zu werden. *Vgl. auch* GEIGER, in: ZOBL ET AL., Komm. BankG, Art. 4 N 58 sowie BODEMER/VOLLENWEIDER, 8.

Neben dem bilanzwirksamen Bankgeschäft beinhaltet das Leistungsspektrum der Universalbank allerdings auch Vertragsbeziehungen, welche sich nicht in der Bilanz der Bank niederschlagen. Bei einigen Bankleistungen tritt die Bank als Vermittler, Vertreter oder blosser Verwahrer auf und wird zu keiner Zeit an den jeweiligen Vermögenswerten nutzungsberechtigt. Deshalb finden diese Vermögenswerte dann auch keinen Eingang in die Bilanz der Bank.³⁰⁵ Die reine Vermittlungs- und Verwahrungstätigkeit der Bank wird als indifferentes Dienstleistungsgeschäft bezeichnet, da die Bank hier lediglich eine Dienstleistungsfunktion wahrnimmt und keine (aus den Transformationsfunktionen entstehenden) Risiken eingehen muss.³⁰⁶ Es handelt sich beim indifferenten Dienstleistungsgeschäft um die Umtausch-, Zahlungs- und Depotfunktion sowie die Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsdienstleistungen der Bank. Auch der Effektenhandel, bei dem die Bank als Vermittlerin auftritt, sowie die Beratungsdienstleistungen des Investment Banking (Emissions- und Platzierungsgeschäfte, Privatisierungen, Verbriefungen sowie die Beratung bei Unternehmenszusammenschlüssen und -käufen) sind bilanzneutral.³⁰⁷ Aufgrund ihres Verlustrisikos sowie ihres Einflusses auf die Liquiditätssituation der Bank müssen gewisse Ausserbilanzgeschäfte in der Jahresrechnung offengelegt werden. Dazu zählen Eventualverbindlichkeiten, unwiderrufliche Zusagen, Einzahlungs- und Nachschusspflichten, Verpflichtungskredite, derivative Finanzinstrumente sowie Treuhandgeschäfte.³⁰⁸

Im Folgenden wird weiter auf die einzelnen Bilanzpositionen der Bankbilanz eingegangen. Für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns ist nach Art. 24 Abs. 1 StHG der gemäss Handelsrecht erstellte Einzelabschluss massgeblich. Die gemäss OR sowie Bankenrecht³⁰⁹ massgeblichen Rechnungslegungsnormen bilden somit die Grundlage der folgenden Darstellung.

³⁰⁵ BÜSCHGEN, 33 sowie 324.

³⁰⁶ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 14. Die Ausführung des indifferenten Dienstleistungsgeschäfts beinhaltet v.a. keine Aufnahme von Liquiditäts-, Ausfall- oder Zinsrisiken. Allerdings unterliegen auch diese Funktionen den allgemeinen operationellen Risiken sowie einem allfälligen Währungsrisiko (vgl. zu den Risiken Abschnitt II.B.2 (S. 37)).

³⁰⁷ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 2584.

³⁰⁸ BERNET/PORTMANN, BSK-BankG, Art. 6/6a/6b/aArt. 6 N 15; vgl. namentlich POSTFINANCE, Geschäftsbericht 2019, 43; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 123.

³⁰⁹ Grundsätzlich sind auch für Banken die handelsrechtlichen Rechnungslegungsnormen nach Art. 957 ff. OR massgeblich (vgl. Art. 6 Abs. 3 BankG). Art. 6 Abs. 4 BankG ermächtigt den Bundesrat, Abweichungen von den handelsrechtlichen Rechnungslegungsnormen für Banken vorzusehen. Dieser Kompetenz ist der Bundesrat in

2. Die einzelnen Bilanzpositionen

2.1. Die Vermögensstruktur der Bank – die Aktivseite der Bilanz

Die Struktur der Aktivseite der Bankbilanz wird durch das klassische Bankgeschäft sowie die regulatorischen Anforderungen an die Liquidität geprägt. Ausserdem bildet die Struktur der Aktivseite den Ausgangspunkt für die Berechnung der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel.³¹⁰ Die Investitionsstrategie der Banken – d.h. die Entscheidung, in welche Vermögenswerte das Eigen- und Fremdkapital angelegt wird – wird grundsätzlich nicht durch den Regulator vorgeschrieben. Allerdings beeinflussen die Eigenmittelanforderungen, welche anhand der risikogewichteten Vermögenswerte der Bank bestimmt werden, die Investitionsstrategie der Bank erheblich.³¹¹

Die Aktivseite der Bilanz wird bei der schweizerischen Universalbank zum überwiegenden Teil durch das Kreditgeschäft des Bankenbuchs der Bank geprägt.³¹² Kredite vergibt die Bank namentlich in Form von Bankkrediten, Hypotheken, Lombarkrediten, Leasingkrediten, Export- und Handelsfinanzierungsfazilitäten.³¹³ Kredite, welche die Bank im Rahmen des klassischen Zinsdifferenzgeschäfts an ihre Kunden gewährt, werden unter der Position «Forderungen gegenüber Kunden» sowie «Hypothekarforderungen» für Grundpfandforderungen in Form von Darlehen verbucht.³¹⁴ Diese Positionen beinhalten auch fällige, noch nicht bezahlte Zinsen aus Krediten und Hypotheken sowie auf diese Bilanzpositionen entfallende Wertberichtigungen.³¹⁵ Ausserdem

Art. 25 ff. BankV und insb. Anhang I der BankV nachgekommen. *Vgl. auch* BERNET/PORTMANN, BSK-BankG, Art. 6/6a/6b/aArt. 6 N 3 ff.

³¹⁰ *Vgl.* Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52).

³¹¹ GEIGER, Komm. BankG, Art. 4 N 3; *vgl.* Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H. zu den Eigenmittelanforderungen*. Es besteht eine gegenseitige Abhängigkeit zwischen der Aktiv- und der Passivseite der Bankbilanz, indem das Produktangebot des Aktivgeschäfts der Bank – und damit ihre Investitionsstrategie – entscheidend von den regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften beeinflusst wird.

³¹² Bei der UBS stellen die Finanzaktiven im konsolidierten Abschluss der UBS Group AG mehr als 80% der Bilanzsumme (ohne Handelsbestand) (*vgl.* UBS, Geschäftsbericht 2019, 353). Auch bei der BANK CLER stellen die Kreditforderungen 85% der Bilanzsumme (*vgl.* BANK CLER, Geschäftsbericht 2019, 4).

³¹³ *Vgl. hierzu* EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 852 ff. *m.w.H.*

³¹⁴ FINMA, RS 15/1, N A2-21 ff.; *vgl. bspw.* ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 104. Im Folgenden werden diese Aktivenpositionen unter dem Begriff der «Kreditpositionen» zusammengefasst.

³¹⁵ Gemäss Art. 960a Abs. 3 OR dürfen Wertberichtigungen nicht unter den Passiven ausgewiesen werden, sondern müssen vom betroffenen Aktivum in Abzug gebracht wer-

werden unter dem Bankenbuch Sicherungsgeschäfte bilanziert, welche v.a. die Zinsrisiken der Kredit- und Einlagenpositionen absichern sollen.³¹⁶

Für die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit durch ausreichende Liquidität verfügt die Bank über eine Liquiditätsreserve. Innerhalb dieser Barreserve («Flüssige Mittel»)³¹⁷ werden auch die Guthaben gegenüber der Zentralbank bilanziert.³¹⁸ Das Liquiditätsmanagement schlägt sich ausserdem in den Positionen «Forderungen aus Wertpapiergeschäften» sowie «Forderungen gegenüber anderen Banken» nieder. Bei diesen Bilanzpositionen handelt es sich um Forderungen aus Geldmarktgeschäften mit anderen Bankinstituten, d.h. um Geschäfte des Interbankenhandels.³¹⁹ Diese Geldmarktgeschäfte zwischen Bankinstituten dienen der kurzfristigen Liquiditätsbeschaffung bzw. der effizienten Allokation überschüssiger Liquidität eines Bankinstituts. Während die Position «Forderungen gegenüber anderen Banken» ungesicherte (kurzfristige) Kredite gegenüber anderen Banken beinhaltet, bezieht sich die Position «Forderungen aus Wertpapiergeschäften» auf wertpapiergesicherte Kreditgeschäfte mit anderen Banken (sog. Repo-Geschäfte).³²⁰ Aufgrund der Finanzkrise der

den; vgl. FINMA, RS 15/1, N 60 sowie N 411 ff. Wertberichtigungen werden auf Kreditpositionen gebildet, deren (zukünftige) Rückzahlung oder Zinsforderungseinzug gefährdet ist (FINMA, RS 15/1, N 413 ff.). Diese gefährdeten Kreditpositionen werden auf Einzelbasis bewertet und die Wertminderung durch Einzelwertberichtigungen abgedeckt (vgl. *bspw.* ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 120; UBS, Geschäftsbericht 2019, 381). Wird eine Kreditposition in der Folge als ganz oder teilweise uneinbringlich eingestuft, so wird sie zulasten der auf sie gebuchten Wertberichtigungen aus der Bankbilanz ausgebucht.

³¹⁶ Es handelt sich um das sog. Hedge Accounting, bei dem das zu sichernde Grundgeschäft und das sichernde Instrument symmetrisch bilanziert werden (GÖTTGENS, 176). Die beiden Finanzverträge stehen in einem Sicherungszusammenhang, indem das Sicherungsgeschäft die durch das Grundgeschäft eingegangenen Risiken (ganz oder teilweise) kompensieren soll.

³¹⁷ FINMA, RS 15/1, N A2-3.

³¹⁸ Es handelt sich dabei um Giroguthaben bei der SNB sowie bei ausländischen Notenbanken (FINMA, RS 15/1, N A2-7 sowie A2-9; HILDEBRAND, *passim*).

³¹⁹ EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 1536 ff. Bei der Position «Forderungen gegenüber Banken» wird zwischen kontokorrentähnlichen Verpflichtungen zwischen Banken sowie Festgeldern, welche eine Bank einer anderen gewährt, unterschieden. Die Laufzeit der Festgelder kann dabei zwischen einem Tag (sog. Call-Geld) und zwölf Monaten variieren. Auch die SNB nimmt im Rahmen ihrer Aufgabe der Sicherstellung der Finanzstabilität auf dem Schweizer Finanzplatz am Interbankenhandel mit Repo-Geschäften teil. In Liquiditätskrisen kann sie so durch das Anleihen von Wertschriften die Liquiditätssituation der Schweizer Kreditinstitute verbessern (HILDEBRAND, *passim*).

³²⁰ Vgl. HILDEBRAND, *passim*. Als Repo-Geschäft wird ein kreditähnliches, schuldrechtliches Verhältnis zwischen dem Käufer und dem Verkäufer bezeichnet, bei dem der nach

Jahre 2008/2009 leihen sich Banken i.d.R. nur noch gegen Sicherheiten liquide Mittel.³²¹ Verbindlichkeiten aus solchen Geldmarktgeschäften werden als «Verbindlichkeiten gegenüber anderen Banken» sowie «Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften» auf der Passivseite der Bankbilanz verbucht.

Im Einzelabschluss umfasst das Anlagevermögen der einzelnen Bankgesellschaft Beteiligungen an anderen Konzerngesellschaften des Bankkonzerns sowie Sachanlagen. Während der Buchwert der Beteiligungen v.a. im Einzelabschluss des Stammhauses des Bankkonzerns einen bedeutenden Anteil an der Bilanzsumme ausmachen kann, spielen Sachanlagen hinsichtlich ihres Buchwertes und dessen Auswirkungen auf die Bilanzsumme der Universalbank eine untergeordnete Rolle.³²²

Auch die Positionen des Handelsbuchs der Bank schlagen sich auf der Aktivseite nieder. Diese Eigenhandelsgeschäfte werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt.

2.2. Die Finanzierungsstruktur der Bank – die Passivseite der Bilanz

Die Passivseite stellt die Refinanzierung des Aktivgeschäfts der Bank und ihrer sonstigen Vermögenswerte (Finanzanlagen des Eigenhandels sowie andere materielle und immaterielle Vermögenswerte) dar. Sie bildet die Verschuldungssituation des Unternehmens ab.

Wie bereits im vorhergehenden Abschnitt erläutert, schlägt sich das Liquiditätsmanagement der Bank auf der Passivseite in Form von Verbindlichkeiten gegenüber der SNB sowie gegenüber anderen Banken nieder.³²³ Benötigt das

Liquidität suchende Verkäufer vertretbare Wertschriften an einen über Liquidität verfügenden Geldgeber verkauft. Dabei verpflichtet sich der Verkäufer, dieselbe Menge derselben Titel zu einem bestimmten Termin zu einem leicht höheren Preis zurückzukaufen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1541). Die Bank kann sich durch Repo-Geschäfte kurzfristig bei anderen Banken refinanzieren oder – wie bei der Aktivenposition «Forderungen aus Wertpapiergeschäften» – Liquidität an andere Banken gegen Vergabe von Wertschriften zur Verfügung stellen. Die Wertschriften entnimmt die Bank dem Eigenbestand. Der Vorteil eines Repo-Geschäfts gegenüber einer Kreditvergabe ist die Sicherung der Kreditschuld durch Wertschriften. Damit kann das Kreditrisiko aus dem Repo-Geschäft vermindert werden (vgl. HILDEBRAND, passim; EMCH/RENZ/ARPA-GAU, N 1541 f.).

³²¹ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 380.

³²² Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61); BERNET/PORTMANN, BSK-BankG, Art. 6/6a/6b/aArt. 6 N 250.

³²³ Vgl. Abschnitt II.C.2.1 (S. 65) *m.w.H.*

Bankinstitut Liquidität, so findet die dem Liquiditätsbetrag entsprechende Verbindlichkeit Eingang in die Passivseite der Bank.³²⁴

Die Kredite werden wiederum zu einem grossen Teil durch die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen – d.h. das klassische Einlagegeschäft der Bank – finanziert.³²⁵ Die Verpflichtungen gegenüber Kunden in Form von Einlagen müssen dabei getrennt von den anderen Fremdgeldern wie Verbindlichkeiten gegenüber anderen Banken und den von der Bank ausgegebenen Obligationen ausgewiesen werden.³²⁶

Zur Verminderung der Inkongruenz der Fristigkeiten zwischen den Finanzaktiven und ihrer Finanzierung geben Banken – analog zu anderen Unternehmen ausserhalb der Bankbranche – Obligationen heraus, um sich auf dem Kapitalmarkt zu finanzieren bzw. zu refinanzieren.³²⁷ Bei der Fremdfinanzierung handelt es sich um schuldrechtliche Verträge, bei denen die Bank als Schuldnerin und die Investoren als Gläubiger der Bank auftreten. Es kann dabei zwischen Kassaobligationen, welche dem kurzfristigen Fremdkapital der Bank zuzuordnen sind, sowie als langfristiges Fremdkapital qualifizierenden Anleiheobligationen unterschieden werden.³²⁸ Ausserdem können von den Banken hybride Finanzierungsinstrumente ausgegeben werden. Diese werden vom Schweizer Regulator unter bestimmten Umständen als Eigenmittel anerkannt und dienen damit der Erfüllung der regulatorischen Eigenmittelanforderungen.³²⁹ Diese hybriden Finanzierungsinstrumente stellen verzinsliches Fremdkapital dar, welches bei Erreichen eines gewissen Auslösers in nicht verzinsliches Eigenkapital umgewandelt oder gänzlich abgeschrieben wird.³³⁰ Sie werden in Form von bedingten Pflichtwandelanleihen (sog. CoCo-Bonds i.e.S.) sowie Anleihen mit Forderungsverzicht (sog. Write-off-Bonds oder CoCo-Bonds i.w.S.) ausgegeben.³³¹ Als Auslöser gilt i.d.R. das Unterschreiten einer gewissen

³²⁴ Vgl. Abschnitt II.C.2.1 (S. 65) *m.w.H.* Die Passivenpositionen, gegen welche die Liquiditätsgutschrift gebucht wird, nennen sich «Verpflichtungen gegenüber Banken» sowie «Verpflichtungen aus Wertpapierfinanzierungsgeschäften» (FINMA, RS 15/1, N 95 f.).

³²⁵ Die Kundeneinlagen werden durch die Bank in Form von Sichteinlagen, Termineinlagen, Spareinlagen und Kassenobligationen entgegengenommen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1436 ff.; GABLER-Banklexikon, 446).

³²⁶ Vgl. Art. 28 i.V.m. Anhang I Ziff. A.2. BankV.

³²⁷ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1489.

³²⁸ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1489. Anleiheobligationen werden von der Bank gewöhnlich mit einer Laufzeit von fünf bis zehn Jahren herausgegeben.

³²⁹ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54); Art. 11 Abs. 4 sowie Art. 13 BankG.

³³⁰ BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4719.

³³¹ BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4774. Der Begriff CoCo-Bond steht kurz für den englischen Begriff «contingent convertible bond». Im Folgenden wird der Begriff der

Eigenmittelausstattung im Verhältnis zu den jeweiligen RWA des Schuldners.³³² Während gewöhnliche Fremdkapitalgläubiger lediglich im Konkursfall Einbussen erleiden können, fällt die Forderung der Investoren in Pflichtwandelanleihen im Konkursfall gänzlich dahin oder wird durch den Anspruch des Anteilseigners am residualen Gewinn ersetzt. Entsprechend sind die Kapitalkosten der Bank für die Finanzierung mit Pflichtwandelanleihen höher als für gewöhnliche Fremdkapitalinstrumente.³³³

Das Eigenkapital der Bank setzt sich aus den Kapitaleinlagen der Gesellschafter sowie den selbst erwirtschafteten Kapitalrücklagen zusammen: Es beinhaltet das Grund- bzw. Gesellschafterkapital, die gesetzliche Kapital- sowie Gewinnreserve, die freiwilligen Gewinnreserven sowie den Bilanzgewinn (die Position des Gewinnvortrags inklusive des aktuellen Jahresgewinns) oder kumulierten Verlust.³³⁴ Dieser gesellschaftsrechtliche Begriff des Eigenkapitals

CoCo-Bonds jeweils als Sammelbegriff für bedingte Pflichtwandelanleihen sowie Anleihen mit Forderungsverzicht verwendet.

³³² Dieser Trigger wird vertraglich zwischen der Bank als Schuldnerin und dem Kapitalgeber festgelegt. Er ist vom sog. «point of non-viability» (PONV) abzugrenzen, bei dem der Schweizer Regulator für eine Sanierung der Bank Fremdkapital in Eigenkapital basierend auf Art. 31 Abs. 3 BankG umwandeln kann. Die vertraglich vereinbarten Auslöser beinhalten dabei immer ein niedrigeres, die Umwandlung bzw. Abschreibung auslösendes Ereignis. Für eine Anrechnung der hybriden Finanzierungsmittel als regulatorische Eigenmittel müssen diese eine Umwandlung bzw. Abschreibung bei Unterschreiten einer Eigenmittelquote von 5.125% des harten Kernkapitals vorsehen (vgl. Art. 27 Abs. 3 ERV; SCHILTKNECHT, in: SESTER ET AL., Finanzmarktaufsicht, §9 N 146; VON DER CRONE/BEELER, 23). Durch diese Schuldenreduktion bei Erreichen einer gewissen Eigenmittelmindestgrenze soll die Fortführung der Geschäftstätigkeit des Finanzinstituts im Krisenfall sichergestellt werden (BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4720; VON DER CRONE/BÜHLER, 30).

³³³ BUNDESRAT, Botschaft TBTF, 4774; SCHILTKNECHT/MCHALE, 9.

³³⁴ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, §8 N 294 ff.; NEUHAUS/GERBER, BSK-OR, Art. 959a N 72 ff. *m.w.H.*; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §49 N 3 f.; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.12. Ausserdem müssen eigene Kapitalanteile zu Anschaffungskosten als Minusposten im Eigenkapital ausgewiesen werden (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR; NEUHAUS/GERBER, BSK-OR, Art. 959a N 90). Gemäss Art. 15 Abs. 1 BankV muss das einbezahlte Aktienkapital der Bank mindestens CHF 10 Mio. betragen. Beim Eigenkapital handelt es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Begriff. Zwischen den Investoren, welche in das Eigenkapital der Bank investieren, und der Bank besteht eine gesellschaftsrechtliche Beziehung. Die Investoren werden Anteilseigner der Bank und haben gewisse Mitbestimmungs- und Gewinnbeteiligungsrechte. Dabei haften sie im Rahmen ihrer Eigenkapitaleinlage für Verluste der Bank (Art. 620 Abs. 2 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, §1 N 59; vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52) für die verlustabsorbierende Qualität des Eigenkapitals).

weicht vom regulatorischen Begriff der Eigenmittel ab, wobei der regulatorische Begriff der Eigenmittel über den gesellschaftsrechtlichen Begriff des Eigenkapitals hinausgeht.³³⁵

3. *Graphische Darstellung der Bankbilanz*

Die nachfolgende Darstellung zeigt eine beispielhafte Bilanz einer schweizerischen Universalbank:

Bankbilanz ohne Handelsbuch	
Liquiditätsreserve Giroguthaben bei der SNB Forderungen gegenüber Banken	Kurzfristiges Fremdkapital Verbindlichkeiten gegenüber SNB Verbindlichkeiten gegenüber Banken
Kreditforderungen - Wertberichtigungen	Publikumseinlagen
Anlagevermögen Beteiligungen Sachanlagen	Langfristiges Fremdkapital Rückstellungen Obligationen & Coco-Bonds
	Eigenkapital Aktienkapital Gewinn- und Kapitalreserven Bilanzgewinn

Abbildung 5: Bilanz einer Schweizer Universalbank ohne Handelsbuch (eigene Darstellung)

³³⁵ Neben dem Gesellschaftskapital, den gesetzlichen sowie statutarischen Gewinn- und Kapitalreserven sowie dem Bilanzgewinn (bzw. -verlust) beinhalten die Eigenmittel der Bank gewisse hybride Finanzierungsinstrumente sowie im Rahmen des Ergänzungskapitals stille Reserven sowie Wertberichtigungen (vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H.*). Auch der betriebswirtschaftliche Begriff des Eigenkapitals weicht stark vom regulatorischen Begriff der Eigenmittel ab. Als Eigenkapital wird betriebswirtschaftlich jene Grösse verstanden, welche dem Aktionär vom Vermögen nach Abzug sämtlicher Verbindlichkeiten verbleibt (GEIGER, Komm. BankG, Art. 4 N 58).

Diese Bankbilanz zeigt die aus den bankspezifischen Risiken entstehenden Interdependenzen zwischen der Aktiv- und der Passivseite der Bankbilanz. Aus dem der Bankbilanz inhärenten Risikoprofil ergibt sich die wichtige Rolle des Kapitals sowie der Liquidität für die Ausübung der Banktätigkeit. Die Bank übt ihre Banktätigkeit innerhalb des Spannungsfelds zwischen Erfüllung der regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen und dem Ziel der Maximierung der Eigenkapitalrentabilität aus. Das effiziente Management des Kapitals und der Liquidität muss dabei die jederzeitige Erfüllung der regulatorischen Anforderungen sicherstellen und gleichzeitig die Kapital- und Liquiditätskosten mit Blick auf die Ertragslage der Bank minimieren. Diese wichtige Aufgabe übernimmt das konzerninterne Treasury der Bank. Die Aufgaben des konzerninternen Treasury werden im Folgenden dargestellt.

III. Untersuchungsgegenstand: das konzerninterne Treasury der Universalbank

A. Aufgaben des konzerninternen Treasury einer Bank

1. Überblick

Die Treasury-Funktion selbst existiert auch bei Nicht-Banken. Die Treasury-Funktion einer Bank zeichnet sich jedoch gegenüber jener einer Nicht-Bank durch ihren Aufgabenbereich und ihre zentrale Rolle für den Erfolg aus dem Bankgeschäft aus. Diese zentrale Rolle des Treasury ergibt sich aus den Besonderheiten der Bankbilanz sowie den regulatorischen Anforderungen an die Bank.

Das konzerninterne Treasury fungiert als «Bank in der Bank» für die Konzerneinheiten der Universalbank. Die Aufgabe des konzerninternen Treasury ist dabei die Sicherstellung einer jederzeitigen Versorgung des gesamten Konzerns mit Eigen- und Fremdfinanzierung. Dabei sorgt das Treasury dafür, dass die Kapitalkosten durch eine effiziente Nutzung des Kapitals und der Liquidität im Konzern minimiert werden können.³³⁶ Bei Bankinstituten kommt der Treasury-Abteilung ausserdem die Aufgabe zu, sicherzustellen, dass die regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen zu jeder Zeit erfüllt sind. Mit der Erfüllung dieser Aufgaben setzt die konzerninterne Treasury-Abteilung die von der Konzernoberleitung festgelegte Finanzierungs- und Investitionsstrategie zentral um. Diese Funktionen werden in Abschnitt III.A.3³³⁷ näher beschrieben.

Das Treasury steuert zudem die aus der Bilanzstruktur der Bank entstehenden finanziellen Risiken.³³⁸ Aufgrund der Besonderheiten der Bankbilanz³³⁹ ist die Steuerung der aus der Bankbilanz entstehenden Risiken untrennbar mit der Funktion der internen Finanzierung und des Liquiditätsmanagements verbunden. Es handelt sich dabei um das Liquiditätsrisiko sowie das Zinsänderungsrisiko, welche aus der Fristen- und Losgrösstentransformationsfunktion der Bank entstehen.³⁴⁰ Diese Überwachung und Steuerung der Bilanzstruktur wird

³³⁶ REISCH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 6.2.

³³⁷ *Vgl.* S. 82.

³³⁸ BODEMER/VOLLENWEIDER, 37.

³³⁹ *Vgl.* Abschnitt II.C.1 (S. 61).

³⁴⁰ *Vgl.* Abschnitt II.B.2.2 (S. 38) sowie II.B.2.3 (S. 41). Für das Management das Liquiditätsrisikos reicht bei Bankinstituten aufgrund der ihrer Bilanzstruktur inhärenten Risiken nicht die blosse Sicherstellung der Liquidität durch eine effiziente Verteilung der

als Asset-Liability-Management (kurz: ALM) bezeichnet und wird dem Funktionsbereich des konzerninternen Treasury bei Banken zugeordnet.³⁴¹ Zudem übernimmt das Treasury i.d.R. auch bei der Bewirtschaftung des Kreditrisikos innerhalb des Bankenbuchs eine Rolle.

2. Konzerninterne Finanzierung und Liquiditätsmanagement

2.1. Die konzerninterne Finanzierung im Allgemeinen

Konzerngesellschaften sind finanziell miteinander verflochten. Diese finanziellen bzw. kapitalmässigen Verflechtungen ergeben sich aus der direkten und indirekten Beteiligung der Konzernobergesellschaft an den anderen Konzerngesellschaften sowie aus schuldrechtlichen Forderungen und Verbindlichkeiten zwischen den Konzerngesellschaften.³⁴² Es handelt sich dabei um die sog. Innenfinanzierung. Als Innenfinanzierung wird das dem Konzern zur Verfügung stehende Kapital ohne Mittelzufluss von aussen bezeichnet. Quellen der Innenfinanzierung sind entsprechend Eigenkapitaleinlagen in Konzerntochtergesellschaften, Fremdkapitalfinanzierung durch andere Konzerngesellschaften

Liquidität im Konzern und die Aufnahme von kurzfristiger Finanzierung auf dem Geldmarkt. Es muss mithin eine Bewirtschaftung der Bilanzstruktur – d.h. der Abhängigkeiten zwischen Aktiven und Passiven – sichergestellt werden. Die Bilanzstruktur der Bank weist aufgrund des Wahrnehmens der Losgrössen- und Fristentransformationsfunktion unterschiedliche Zinsbindungs- und Mittelbindungsfristen zwischen den Aktiv- und Passivpositionen auf. Eine Materialisierung der aufgrund der Bankstruktur entstehenden Liquiditäts- und Zinsbindungsrisiken kann nur durch eine aktive Bewirtschaftung der Bilanzstruktur verhindert werden (vgl. SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 376 ff. *m.w.H.*).

³⁴¹ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 376; BODEMER/VOLLENWEIDER, 37. Die Funktionen des Treasury müssen dabei von jenen des Risikocontrollings abgegrenzt werden. Während das Risikocontrolling die Risikomessung sowie die Überwachung der Risiken übernimmt, kann man die Funktion des Treasury als Steuerung der finanziellen Risiken des Bankgeschäfts sowie der Bankbilanz bezeichnen. Die Funktion der «Risikosteuerung» beinhaltet dabei die Beeinflussung der Materialisierung der finanziellen Risiken durch verschiedene Massnahmen, wie bspw. den Kauf einer Zinsoption, das Management der Fristigkeiten in der Bankbilanz etc. Es handelt sich dementsprechend um die Absicherung der Bankbilanz (SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 377). Das Risikocontrolling beinhaltet hingegen die Quantifizierung der Risiken, die Überwachung der Einhaltung der Risikolimiten sowie die Berichterstattung an die Oberleitung (vgl. BODEMER/VOLLENWEIDER, 37 *m.w.H.*).

³⁴² LUTTER/SCHAEFFLER/SCHNEIDER, in: LUTTER/SCHAEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 1.60.

sowie konzernintern erwirtschaftete Gewinnrücklagen.³⁴³ Diese gesellschafts- und schuldrechtlichen Grundlagen der internen Finanzierung existieren lediglich zwischen Tochtergesellschaften. Diese können als selbständige Rechtssubjekte Verträge mit anderen Rechtssubjekten – seien dies andere Gesellschaften des gleichen Konzerns oder Dritte – abschliessen und – sofern als Körperschaft qualifizierend – Anteilsscheine an ihrem Vermögen herausgeben. Damit kann die Konzerngesellschaft sich selbständig am Kapitalmarkt sowie bei anderen Konzerngesellschaften finanzieren. Die Betriebsstätte ist dagegen keinselbständiges Rechtssubjekt. Sie kann sich weder eigenständig am Kapitalmarkt finanzieren noch aufgrund schuldrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Beziehungen Kapital innerhalb des Konzerns beziehen. Vielmehr dient das Kapital des Einheitsunternehmens auch der Finanzierung der Betriebsstätte.³⁴⁴

Bei der Entscheidung, wie eine Konzerngesellschaft finanziert wird, d.h., zu welchem Grad sie ihr Vermögen fremd- bzw. eigenfinanziert, ist der Konzern gesellschaftsrechtlich frei.³⁴⁵ Während eine selbständig auf dem Kapitalmarkt auftretende Gesellschaft durch den Kapitalmarkt dazu angehalten sein wird, eine Kapitalstruktur mit minimalen Kapitalkosten zu erreichen, ist dieser Marktmechanismus bei der konzerninternen Finanzierung ausgehebelt.³⁴⁶ In der Konzernwirklichkeit trifft die Oberleitung der Konzerngesellschaft die Finanzierungsentscheidungen i.d.R. zentral.³⁴⁷ Diese finanzielle Entscheidungsfindung beinhaltet auch die Verwendung der in den Tochtergesellschaften

³⁴³ LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 1.62; GLANZMANN/WOLF, 265. Auch zur Innenfinanzierung gehört die Kapitalbildung durch Anhäufen von Abschreibungserlösen sowie die Bildung von Rückstellungen.

³⁴⁴ Vgl. hinten Abschnitt IV.A (S. 91) *m.w.H. zu den zivilrechtlichen Unterschieden zwischen Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen.*

³⁴⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE, §24 N 106; KUNZ, Konzernrecht, §13 N 710. Es muss allerdings jede einzelne Konzerngesellschaft die Mindestkapitalvorschriften nach Art. 621 OR (falls die Tochtergesellschaft als AG gilt) einhalten.

³⁴⁶ RUDOLPH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 2.21. Bei externem Fremdkapital entsteht Insolvenzdruk aufgrund der Drittgläubiger, d.h. die Insolvenzkosten wirken sich direkt auf die optimale Kapitalstruktur des Schuldners aus. Aus einem höherem Verschuldungsgrad resultieren höhere Insolvenzkosten, wodurch die Kapitalkosten des Schuldners aufgrund schlechterer Bonität erhöht werden. Das interne Fremdkapital gilt hingegen eher als Eigenkapital. Beim internen Fremdkapital fehlt es an der Disziplinierung durch die Drittgläubiger und damit an Insolvenzkosten, welche die Kapitalkosten der einzelnen Konzerngesellschaft negativ beeinflussen könnten (RUDOLPH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 2.31 ff. *m.w.H.*).

³⁴⁷ Bei einer zentralen finanziellen Konzernführung werden die Finanzierungs- sowie die Investitionsentscheide direkt von der Konzernleitung getroffen. Diese zentrale Entscheidungsfindung betrifft die Eigenkapitalausstattung der Konzerngesellschaften, die

erwirtschafteten Gewinne, wobei zwischen einer Mittelrückführung an die Muttergesellschaft in Form von Gewinnausschüttungen oder einer Rückzahlung oder Gewährung von Fremdkapital an Konzerngesellschaften sowie der Thesaurierung der Gewinne durch die die Gewinne erwirtschaftende Konzerneinheit unterschieden werden kann. Eigenkapital kann entsprechend innerhalb des Konzerns in Darlehen oder neues Eigenkapital umgewandelt werden.

Für eine effiziente Allokation des Kapitals und der Liquidität im Konzern sowie für eine die Kapitalkosten minimierende Aufnahme von Finanzierungsmitteln auf dem Kapitalmarkt nehmen Konzerne die Aussenfinanzierung i.d.R. zentral auf dem Kapitalmarkt auf und weisen diese intern den einzelnen Konzerneinheiten zu.³⁴⁸ Durch diese zentrale Aufnahme bzw. Anlage von Kapital auf dem Kapitalmarkt können verbesserte Zinsmargen erreicht werden. Dies führt zu einer Minimierung der Kapitalkosten des Konzerns. Diese zentrale Finanzierungstätigkeit kann dabei von einer Finanzierungsgesellschaft oder der Obergesellschaft des Konzerns ausgeübt werden.

Für die effiziente Allokation von kurzfristiger Finanzierung – d.h. von Liquidität – im Konzern dient das sog. Cash Pooling. Dabei wird die Liquiditätsnachfrage im Konzern zentral gedeckt und ein etwaiger Liquiditätsüberschuss des Konzerns durch eine Konzerngesellschaft am Geldmarkt angelegt.³⁴⁹ Die Bündelung der Liquidität findet dabei auf einem zentralen Konto statt, welches von der Treasury-Einheit des Konzerns verwaltet wird.³⁵⁰ Die Treasury-Einheit nimmt innerhalb des Konzerns die Rolle einer Bank ein, indem sie den

Gewinnverwendung sowie den Umfang der Fremdfinanzierung (OBERMEIER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 5.10). Bei der Entscheidung über die Mittelverwendung müssen allerdings gesellschaftsrechtlich zwingende Bestimmungen, wie das Verbot der Einlagenrückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR, die formellen Bestimmungen über Gewinnausschüttungen (v.a. Art. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 731 Abs. 3 OR) bzw. eine Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff. OR) sowie die Reserveschutzbestimmungen gemäss Art. 675 Abs. 2 OR beachtet werden (vgl. GLANZMANN/WOLF, 266 *m.w.H.*).

³⁴⁸ Diese Zuweisung geschieht auf Grundlage von schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen den Konzerngesellschaften, d.h. durch die Gewährung von schuldrechtlichen Darlehen sowie die gesellschaftsrechtliche Einlage von Eigenkapital in Tochtergesellschaften.

³⁴⁹ STORCK/STRADINGER, 209; THEWANGER/STEFANER, in: POLSTER, Cash Pooling, 48.

³⁵⁰ Ein zentrales Liquiditätskonto wird lediglich beim sog. effektiven Cash Pooling geschaffen. Das effektive Cash Pooling zeichnet sich durch das Auslösen von tatsächlichen Zahlungsströmen zwischen dem Zentralkonto und den Konten der einzelnen Konzerneinheiten aus. Das fiktive Cash Pooling führt hingegen zu keiner tatsächlichen Übertragung von Guthaben zwischen den Poolteilnehmern, sondern es erfolgt eine fiktive Konsolidierung der Salden der einzelnen Poolteilnehmer (vgl. hierzu STORCK/STRADINGER, 210 ff. *m.w.H.*; STORCK, 44). Über das zentrale Konto werden sodann

Poolgesellschaften die Übernahme und Verwaltung des Geldes sowie bei Liquiditätsbedarf das Bereitstellen von Liquidität zusichert. Zwischen der Treasury-Einheit und den Poolgesellschaften bestehen schuldrechtliche Verhältnisse, welche als Kontokorrent-, Darlehens- oder Kreditverträge ausgestaltet sein können.³⁵¹ Bei Saldierung verzeichnet die Treasury-Einheit gegenüber den einzelnen Poolgesellschaften – je nach Liquiditätsbedarf der Poolgesellschaft – eine Forderung oder eine Verbindlichkeit. Der interne Ausgleich der Liquidität erlaubt es den Konzerngesellschaften, eine Liquiditätsreserve in geringerem Ausmass zu halten, als wenn sie als eigenständiges Unternehmen tätig wären. Dies führt zu geringeren Opportunitätskosten und damit niedrigeren Liquiditätskosten, da das andernfalls durch die Liquiditätsreserve blockierte Kapital nun anderweitig investiert werden kann.³⁵² Durch diese Bündelung der Liquidität kann eine Mittelaufnahme auf dem Geldmarkt aufgrund des Ausgleichs innerhalb des Konzerns in vielen Fällen vermieden werden. Sollte die Mittelaufnahme auf dem Geldmarkt notwendig werden, kann durch die zentrale Aufnahme der Liquidität auf dem Geldmarkt eine verbesserte Zinsspanne erreicht werden.³⁵³

Die interne mittel- bis langfristige Finanzierung muss hingegen ausserhalb des Cash Pooling aufgrund von schuldrechtlichen Darlehensverträgen zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften oder gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitaleinlagen unternommen werden.³⁵⁴ So entstehen in einem mehrstufigen Konzern Eigenkapitalkaskaden und komplexe schuldrechtliche Verflechtungen aufgrund von Darlehensverträgen.³⁵⁵ Dabei wird die Kapitalausstattung des Konzerns hauptsächlich durch die Eigenkapitalausstattung der Konzernobergesellschaft geprägt. Die internen Kapitaleinlagen werden im Rahmen der Konsolidierung eliminiert und sind für die Gesamteigenkapitalausstattung des

auch konzerninterne Forderungen und Verbindlichkeiten ausgeglichen (sog. Konzernclearing oder -netting).

³⁵¹ STORCK/STRADINGER, 214 *m.w.H.*

³⁵² RUDOLPH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 2.35; WEHLEN, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 23.30; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 84; BODEMER/VOLLENWEIDER, 69; *vgl. auch* FN 171 *m.w.H.* Dabei ist anzumerken, dass diese Verringerung der Liquiditätsreserve bei Banken aufgrund der regulatorischen Liquiditätsanforderungen eingeschränkt ist.

³⁵³ Hohe Zinsen aufgrund der kurzfristigen Inanspruchnahme von Kreditlinien können aufgrund der vorwiegend internen Gewährung von Liquidität vermieden werden. Ausserdem können für die gebündelte Anlage der überschüssigen Liquidität des Konzerns höhere Habenzinsen erreicht werden (STORCK/STRADINGER, 209; GLANZMANN/WOLF, 265; THEWANGER/STEFANER, in: POLSTER, Cash Pooling, 48).

³⁵⁴ STORCK, 43.

³⁵⁵ *Betr. die Eigenkapitalkaskaden vgl.* SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.57 ff.

Konzerns irrelevant. Aufgrund der direkten und indirekten (i.d.R. massgeblichen) Beteiligung der Konzernobergesellschaft an den anderen Konzerngesellschaften bildet das Eigenkapital der Konzernobergesellschaft die wesentliche Haftungsgrundlage für die gesamte Finanzierungsausstattung der Tochtergesellschaften.³⁵⁶ Das Eigenkapital wird deshalb aufgrund der Beteiligungsverhältnisse im Konzern vorwiegend durch die Muttergesellschaft auf dem Kapitalmarkt aufgenommen.³⁵⁷ Eine Ausnahme hierzu sind lediglich Minderheitsbeteiligungen konzernfremder Gesellschafter an den Tochtergesellschaften des Konzerns sowie Investitionen des Konzerns, bei denen der Konzern keine qualifizierte Beteiligung am Investitionsobjekt hält.³⁵⁸

Externe Fremdfinanzierung kann ebenfalls zentral durch eine Konzerngesellschaft oder aber dezentral durch verschiedene Konzerngesellschaften auf dem Kapitalmarkt aufgenommen werden.³⁵⁹ Der Verbundeffekt des Konzerns bewirkt eine höhere Verschuldungskapazität der einzelnen Konzerngesellschaften verglichen mit unabhängigen Schuldnergesellschaften aufgrund der Verteilung des Insolvenzrisikos auf verschiedene Gesellschaften sowie des möglichen Bestehens einer (rechtlichen oder faktischen) Beistandspflicht im Konzern.³⁶⁰ Bei dezentral aufgenommener, externer Fremdfinanzierung wird

³⁵⁶ SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.58; BUSSE VON COLBE, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 3.12. Aus konsolidierter Konzernsicht sind diese internen, finanziellen Leistungsbeziehungen unbeachtlich. Ausschlaggebend für die konsolidierte Kapitalstruktur des Konzerns sind die auf dem Kapitalmarkt bezogenen Eigen- und Fremdfinanzierungen (sog. Ausenfinanzierung) sowie das innerhalb des Konzerns erwirtschaftete und thesaurierte Eigenkapital.

³⁵⁷ Eine Ausnahme hiervon sind die als Innenfinanzierung geltenden Bestandteile des Eigenkapitals, wie namentlich die thesaurierten Gewinne des Konzerns.

³⁵⁸ SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.57. Hält die Konzernobergesellschaft (direkt oder indirekt) keine qualifizierte Beteiligung an einem Unternehmen, so kann allerdings auch nicht von einer Innenfinanzierung gesprochen werden, sondern es handelt sich aus der Sicht des Investitionsobjekts um eine externe Eigenfinanzierung (SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.69).

³⁵⁹ Unter der zentralen Konzernfremdfinanzierung versteht man die Aufnahme von Fremdfinanzierungsmitteln zentral durch die Muttergesellschaft oder eine Finanzierungstochtergesellschaft. Es tritt dabei nur die Muttergesellschaft bzw. die Finanzierungstochtergesellschaft rechtlich als Kreditnehmerin auf dem Kapitalmarkt auf. Die externen Finanzierungsmittel werden i.d.R. als konzerninterne Darlehen an die übrigen Konzerngesellschaften weitergeleitet. Bei der dezentralen Konzernfremdfinanzierung tritt hingegen jede Konzerngesellschaft selbständig als Kreditnehmer auf dem Kapitalmarkt auf (MERKEL, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 17.26).

³⁶⁰ *Vgl. hierzu* NOBEL, Aktienrecht, §10 N 70 ff.; VON DER CRONE, §15 N 98 ff.; KUNZ, Konzernrecht, §14 N 763 ff. Diese (faktische oder rechtliche) Beistandspflicht im

der Drittgläubiger allerdings auf die Beistandspflicht im Konzern aufgrund einer expliziten Personalsicherheit der Obergesellschaft nicht verzichten wollen.³⁶¹ Auf diese Weise können die Konzerngesellschaften i.d.R. sowohl bei der zentralen, als auch bei der dezentralen Aufnahme von externer Fremdfinanzierung von der Bonität des gesamten Konzerns profitieren.

2.2. Die konzerninterne Finanzierung und das Liquiditätsmanagement bei Banken

Aus dem Geschäftsmodell der Universalbank sowie den regulatorischen Anforderungen an die Banken in der Schweiz ergeben sich einige Besonderheiten für die konzerninterne Finanzierung.

Zunächst kann bei der Schweizer Universalbank aufgrund des hohen Anteils der Fremdfinanzierung durch Kundeneinlagen von keiner zentralen, externen

Konzern kann aufgrund expliziter Patronatsklärungen oder Garantien, aus Vertrauenshaftung bei Auftreten unter gemeinsamer Marke oder gleichem Namen sowie aufgrund der Haftung des faktischen Organs u.a.m. entstehen (NOBEL, Aktienrecht, §10 N 70; KUNZ, Konzernrecht, §14 N 763 ff.). Durch das Auftreten unter gemeinsamen Markennamen oder die massgebliche Einflussnahme der Obergesellschaft auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft signalisiert der Konzern, dass sich die Konzerngesellschaften als Unternehmenseinheit verstehen und dass es für Dritte letztlich nicht relevant ist, mit welcher Konzerngesellschaft sie eine schuldrechtliche Beziehung aufnehmen (NOBEL, Aktienrecht, §10 N 75; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 101; VON DER CRONE, §15 N 104). Allerdings ist die Beistandspflicht im Konzern nicht leichtfertig anzunehmen. Der Gläubiger einer Tochtergesellschaft muss die Bonität dieser Tochtergesellschaft individuell bewerten und kann sich nicht einfach auf die Bonität der Muttergesellschaft verlassen (vgl. KUNZ, Konzernrecht, §14 N 804 *für eine Übersicht der Rechtsprechung des BGer zum Konzernvertrauen*).

³⁶¹ Ohne eine solche Sicherheit durch die Konzernobergesellschaft besitzt eine Konzern-tochtergesellschaft eine schlechtere Bonität, als sich aus ihrem Verschuldungsgrad und ihrem Geschäftsmodell ergeben würde. Diese schlechtere Bonität wird durch die faktische Weisungsbefugnis der Konzernobergesellschaft gegenüber den untergeordneten Tochtergesellschaften bedingt. Die Tochtergesellschaft wird diese Weisungen befolgen, auch wenn diese nachteilig – bspw. aufgrund von Vermögensverschiebungen im Konzern – für die Zahlungsfähigkeit der Tochtergesellschaft sind (STEINER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 15.111; MERKEL, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 17.10 ff.; KUNZ, Konzernrecht, §13 N 726 *sowie* 728). Als Personalsicherheiten kommen die Bürgschaft, die Garantie sowie die Patronatsklärung in Frage. Ausserdem können Realsicherheiten zugunsten des Drittgläubigers gewährt werden.

Aufnahme von Fremdkapital am Kapital- und Geldmarkt gesprochen werden.³⁶² Vielmehr werden die Kundeneinlagen von der als Bank agierenden Konzerngesellschaft selbst entgegengenommen. Damit fliesst die Liquidität im klassischen Bankgeschäft durch das Entgegennehmen von Einlagen auf der Passivseite der Bilanz in die Vermögenssphäre der Bank und verlässt die Bankbilanz in Form von Krediten wieder. Es findet somit ein Transfer von Finanzierungsmitteln zwischen den einzelnen Divisionen der betrieblichen Aufbaustruktur sowie den einzelnen Wertschöpfungssträngen der Ablaufstruktur der Universalbank statt.³⁶³

Mit Blick auf die rechtliche Aufbaustruktur der Universalbank werden dem zentralen Liquiditätsmanagement durch das Treasury vom Regulator allerdings Grenzen gesetzt. Wie in Abschnitt II.B.4.1³⁶⁴ erläutert, gelten die Kapital- und Liquiditätsanforderungen des Schweizer Regulators sowohl auf Einzelstufe des verbundenen Unternehmens als auch auf Konzernstufe. Die regulatorischen Kapital- und Liquiditätsanforderungen an das Einzelinstitut stellen dabei sicher, dass die die Einlagen entgegennehmende Konzerngesellschaft die regulatorisch geforderte Einlagensicherheit alleinstehend erfüllt.³⁶⁵ So kann bereits auf Stufe Einzelinstitut ohne Garantie der Obergesellschaft die notwendige Bonität sichergestellt werden. Die Liquidität findet entsprechend bei der als Bank tätigen Konzerngesellschaft Eingang in die Vermögenssphäre des Konzerns. Die Gesellschaft verfügt damit über genügend Flüssige Mittel, um diese als Kredite an das Publikum wieder herauszugeben. Der Schweizer Regulator wird dabei aber eine Weitergabe von Liquidität an andere Konzerngesellschaften in grösserem Umfang unterbinden, da dadurch die Einlagensicherheit gefährdet werden könnte. Ausserdem ist die finanzielle Verflechtung der die Einlagen vereinnahmenden Konzerneinheit mit den anderen Konzerneinheiten aufgrund von gegenseitigen Forderungen und Verpflichtungen aus einer Cash-Pooling-Gemeinschaft vom Regulator nicht gewollt.³⁶⁶ Als Konsequenz kann bei den

³⁶² CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 126.

³⁶³ Vgl. Abschnitt II.A.3.4.a (S. 29) *m.w.H. zur betriebswirtschaftlichen Aufbaustruktur der Universalbank*; vgl. Abschnitt II.A.3.3 (S. 19) *m.w.H. zur Ablaufstruktur der Universalbank*.

³⁶⁴ Vgl. S. 48.

³⁶⁵ Vgl. Abschnitt II.B.4.1 (S. 48) *m.w.H. zur Einzel- und Gruppenaufsicht des Schweizer Regulators*.

³⁶⁶ Die Verflechtungen aufgrund gegenseitiger Forderungen und Verpflichtungen zwischen den Konzerngesellschaften im Rahmen eines Cash-Pool-Systems stellen gefährliche Abhängigkeiten der Konzerngesellschaften dar und können im Falle von finanziellen Schwierigkeiten einer Konzerngesellschaft zur Schieflage des gesamten Konzerns führen. Zudem können diese finanziellen Verflechtungen eine reibungslose

Banken nur mit Einschränkungen von einer zentralen Aufnahme und Verwaltung der Liquidität gesprochen werden.³⁶⁷ Die Liquidität verbleibt grösstenteils in der die Einlagen entgegennehmenden Rechtseinheit. Ein Überschuss wird von dieser direkt am Interbankenmarkt sowie bei der SNB angelegt.

Nicht als Einlagen i.e.S. qualifizierendes mittel- bis langfristiges Fremdkapital, hybride Finanzierungsinstrumente sowie Eigenkapital werden hingegen zentral durch die Obergesellschaft der Universalbank am Kapitalmarkt beschafft. Für die Eigenfinanzierung ergibt sich diese zentrale Aufnahme aus der Tatsache, dass i.d.R. nur die Obergesellschaft an der Börse kotiert ist und damit als Beschaffungszentrale für Eigenmittel agiert.³⁶⁸ Auch Obligationen sowie hybride Finanzierungsinstrumente werden i.d.R. zentral durch die Obergesellschaft auf dem Kapitalmarkt aufgenommen und innerhalb des Konzerns an die Konzerneinheiten weitergegeben.³⁶⁹ Dies geschieht anhand von Eigenkapital durch Beteiligungen an den Tochtergesellschaften sowie als Fremdkapital durch die Gewährung von konzerninternen Darlehen an andere Konzerngesellschaften. Das Treasury übernimmt die Funktion der Beschaffung sowie Reduzierung von Eigenkapital und der lang- bis mittelfristigen Fremdfinanzierung im Rahmen des Kapitalmanagements.

Abwicklung einer Konzerngesellschaft im Konkursfall verhindern bzw. erheblich erschweren und dabei auch die anderen Konzerngesellschaften «kontaminieren».

³⁶⁷ Eine Ausnahme bildet hier die RAIFFEISEN GRUPPE: Die RAIFFEISEN GRUPPE muss die regulatorischen Liquiditätsanforderungen lediglich auf Gruppenebene erfüllen (RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 146). Die einzelnen Raiffeisenbanken sind von den regulatorischen Liquiditätsanforderungen für Einzelinstitute befreit. Entsprechend findet hier der Austausch von Liquidität über die Raiffeisen Schweiz im gesamten Konzern statt. Die Raiffeisen Schweiz legt überschüssige Liquidität der Gruppe am Geldmarkt an oder nimmt benötigte liquide Mittel zentral am Geldmarkt auf (RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 41).

³⁶⁸ Eine Ausnahme hierzu bildet die Raiffeisengruppe, welche ihre Eigenmittel dezentral durch die regionalen Raiffeisenbanken beschafft. Bei der Raiffeisengruppe findet nur die Beschaffung der externen Fremdfinanzierung zentral durch die Raiffeisen Schweiz auf dem Kapital- und Geldmarkt statt (vgl. RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 80 ff. *m.w.H.*).

³⁶⁹ Dabei werden Anleihen meist durch das Stammhaus ausgegeben. Hybride Finanzierungsinstrumente werden hingegen – falls vorhanden – durch die Führungsholding herausgegeben, welche die eingenommenen Fremdmittel direkt an das Stammhaus weitergibt. Bei der UBS wird hingegen aus gewinnsteuerlichen Gründen die Aufgabe der Herausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten an eine für diesen Zweck gegründete Tochtergesellschaft übergeben, welche eine Garantie der Führungsholding erhält und die eingenommenen Fremdmittel direkt an das Stammhaus weiterleitet.

3. *Die Finanzierungsfunktion der Treasury-Einheit als «Bank in der Bank»*

3.1. **Kapitalmanagement**

Das Treasury einer Bank bewirtschaftet das Eigenkapital sowie die Kapitalstruktur des Finanzinstituts. Dabei soll es jederzeit gewährleisten, dass genügend Kapital zur Verfügung steht, damit die Bank ihre Geschäftstätigkeiten ausüben kann. Gleichzeitig sollte das vorhandene Kapital zu jeder Zeit effizient für die Ausübung der Geschäftstätigkeit eingesetzt werden, so dass die Kapitalkosten minimiert werden können.³⁷⁰ Es ist entsprechend Aufgabe des Treasury, adäquate Kapitalmengen sicherzustellen (sog. Kapitaladäquanz³⁷¹).

Die Höhe des für die Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenkapitals ergibt sich dabei aus dem ökonomischen Kapital sowie aus den regulatorischen Eigenmitelanforderungen.³⁷² Das ökonomisch erforderliche Kapital errechnet sich aus den Risiken der Geschäftstätigkeiten des Bankinstituts, geplanten Investitionen sowie dem geeigneten Verschuldungsgrad zur Minimierung der Kapitalkosten der Bank.³⁷³ Für die Bereitstellung des adäquaten Kapitals hat das Treasury die Interessen bzw. Anforderungen der Regulatoren, der Rating-Agenturen, der Anteilseigner sowie der Gläubiger und Kunden der Bank zu berücksichtigen.³⁷⁴ Die Optimierung der Kapitalkosten der Bank kann das Treasury durch den optimalen Einsatz der Aktivpositionen der Bankbilanz sowie durch eine sinnvolle Zusammensetzung der Kapitalinstrumente erreichen.³⁷⁵ Mit Blick auf die Passivseite der Bankbilanz involviert dies nicht nur die Ermittlung und Sicherung des optimalen Verschuldungsgrads der Bank, sondern auch die Entwicklung und Emission hybrider Finanzierungsinstrumente.

Für die strategische Ausrichtung des Kapitalmanagements ist die Oberleitung der Gesellschaft zuständig. Dies beinhaltet die strategische Festlegung der

³⁷⁰ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 381; BODEMER/VOLLENWEIDER, 111; vgl. auch UBS, Geschäftsbericht 2019, 181 ff.; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 135.

³⁷¹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 113.

³⁷² Für w.H. zu den regulatorischen Kapitalanforderungen vgl. Abschnitt II.B.4.2 (S. 52).

³⁷³ Vgl. FN 150 m.w.H.

³⁷⁴ BODEMER/VOLLENWEIDER, 111.

³⁷⁵ Vgl. hierzu. CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 135 ff. m.w.H.; BODEMER/VOLLENWEIDER, 120.

Ziel-Eigenkapitalquote anhand von regulatorischen Anforderungen, dem Geschäftsmodell der Bank sowie der Ziel-Eigenkapitalrendite.³⁷⁶ Die operationelle Umsetzung dieser strategischen Zielvorgaben wird hingegen durch das Treasury ausgeführt. Diese Kapitalsteuerung wird anhand von Dividendenausüttungen, Rückkauf von eigenen Aktien, Kapitalerhöhungen sowie -herabsetzungen oder der Emission von Fremd- und hybriden Finanzierungsinstrumenten durch das Treasury umgesetzt.³⁷⁷ Folgerichtig handelt es sich bei der Kapitalsicherung um eine mittel- bis langfristige Aktivität, welche eine genaue Planung erfordert.³⁷⁸

3.2. Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagement

Die wohl wichtigste Bedeutung des Treasury kommt ihm im Bereich des Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagements zu.³⁷⁹ Die Aufgaben des Treasury im Bereich des Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagements umfassen sowohl die effiziente Verteilung von verfügbaren Finanzierungsmitteln – d.h. liquiden Mitteln – im Konzern als auch die Bewirtschaftung des Liquiditätsrisikos.

Das Treasury übernimmt die Funktion der «Bank in der Bank», indem es die liquiden Mittel an die Konzerngesellschaften und Betriebsstätten mit Finanzie-

³⁷⁶ BODEMER/VOLLENWEIDER, 112.

³⁷⁷ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 381; BODEMER/VOLLENWEIDER, 62 sowie 117 f.; vgl. auch UBS, Geschäftsbericht 2019, 203. Ziel der verursachungsgerechten Allokation von Kapital auf die einzelnen Geschäftsbereiche oder Produktgruppen ist die optimale Investition des Kapitals und dabei das Identifizieren von nicht rentablen Geschäftsfeldern und Produkten. Die Grösse des risikoberichtigten Eigenkapitalrendite steht dabei im Vordergrund (BODEMER/VOLLENWEIDER, 120).

³⁷⁸ Sog. strategische Kapitalplanung, welche durch das Treasury vorgenommen wird. Diese wird durch die taktische Kapitalplanung des Treasury unterstützt, welche aufgrund kurzfristiger Hochrechnungen Abweichungen von der Kapitalplanung vorausagen soll (BODEMER/VOLLENWEIDER, 118).

³⁷⁹ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 378; vgl. auch CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 128; UBS, Geschäftsbericht 2019, 181. Diese herausragende Bedeutung des Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagements ergibt sich v.a. aus den Lehren der Finanzkrise 2008/2009, bei welcher die Interbankenmärkte austrockneten und so die Liquiditätsbeschaffung der Banken in erheblichem Masse eingeschränkt wurde. Dabei wurde eine hohe Interdependenz des Liquiditätsrisikos einer Bank mit den anderen Risikoarten sowie mit den Kapital- und Geldmärkten erkannt (BODEMER/VOLLENWEIDER, 59 sowie 75).

rungsbedarf weiterleitet und Flüssige Mittel von jenen Konzerneinheiten aufnimmt, welche einen Überschuss aufweisen.³⁸⁰ Überschüssige Flüssige Mittel investiert das Treasury auf dem Geldmarkt. Den beziehenden Konzerneinheiten werden Kosten für die kurzfristigen Mittel in Rechnung gestellt, welche die Vermögensstruktur (und damit auch Risikostruktur) sowie die Verschuldungsquote aufgrund von externer Fremdfinanzierung der Konzerneinheit reflektieren.³⁸¹ Die Funktion der Treasury-Einheit verbindet die Aktiv- und Passivseite der Bankbilanz und ermöglicht der Bank durch den Transfer der Finanzierungsmittel die Ausübung des Zinsdifferenzgeschäfts.

Durch seine Rolle als «Bank in der Bank» steuert das Treasury das Liquiditätsrisiko³⁸², indem es die Fristigkeiten von Aktiven und Passiven in der Bankbilanz strukturiert. Dabei steht die jederzeitige Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Bank sowie der kurzfristigen Refinanzierung von Vermögenswerten im Vordergrund.³⁸³ Eine strikte Durchführung der Fristenkongruenz würde dem klassischen Zinsgeschäft widersprechen und der Rentabilität des Bankgeschäfts zuwiderlaufen. Müsste die Bank alle Spar- und Sichteinlagen mit Liquidität unterlegen, würde dies die Zinsmarge aus dem Zinsdifferenzgeschäft eliminieren bzw. erheblich reduzieren.³⁸⁴ Für die Steuerung des Liquiditätsrisikos muss die Bank allerdings einen gewissen Grad der fristenkongruenten Finanzierung ihrer Vermögenswerte sicherstellen.³⁸⁵ Dies stellt das Treasury

³⁸⁰ BODEMER/VOLLENWEIDER, 133. Die Einzelbilanz des Treasury wird deshalb von kurzfristigen, konzerninternen Forderungen und Verpflichtungen geprägt (vgl. auch UBS, Annual Report 2018, 109).

³⁸¹ Gläubigereinheiten werden mit einem Einlagenzins vergütet, welcher die Bonität der Treasury-Einheit des Bankkonzerns widerspiegeln sollte. Die Kosten für das Gewähren der kurzfristigen Finanzierungsmittel müssen die Bonität der Schuldnerinheit reflektieren. D.h. die Zinsen müssen die dadurch finanzierten Vermögenswerte der Konzerneinheit und die aufgrund externer Finanzierung entstandene Verschuldungsquote reflektieren (FINANCIAL STABILITY INSTITUTE, 20). Dies soll zur gesamtbanklichen finanziellen Steuerung der einzelnen Geschäftsaktivitäten sowie zu einer kosten- und risikoadäquaten Preiskalkulation der von der Bank angebotenen Finanzprodukte beitragen (FINMA, RS 2015/2, N 27; FINANCIAL STABILITY INSTITUTE, 3). Vgl. auch CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 131; UBS, Geschäftsbericht 2019, 193.

³⁸² Vgl. Abschnitt II.B.2.2 (S. 38).

³⁸³ Vgl. auch UBS, Geschäftsbericht 2019, 189; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 127 f. Solange die Bank eine jederzeitige Refinanzierung auf dem Geld- oder Kapitalmarkt sicherstellen kann, ist ihre Liquidität nicht gefährdet.

³⁸⁴ SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 379.

³⁸⁵ Vgl. auch CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 130 f. Die CREDIT SUISSE stellt die Refinanzierung ihrer Vermögenswerte durch die fristenkongruente Finanzierung eines grossen Teils ihres Bankenbuchs sicher. Dazu werden Aktiven und Passiven mit nahezu identischer Liquiditätsbindung und identischen Losgrössen einander zugeordnet,

durch eine Strukturierung der Fälligkeiten der Bilanz sicher, namentlich durch die Diversifikation der Fälligkeiten der Finanzierungsinstrumente sowie der Gegenparteien aus den Finanzierungsgeschäften. Dem Treasury kommt deshalb die Aufgabe zu, das Liquiditätsrisiko der Bank in einer Weise zu steuern, dass die taktische und strukturelle Liquidität sowie die regulatorischen Liquiditätsanforderungen zu jeder Zeit gesichert bzw. eingehalten sind. Dabei muss das Treasury jederzeit sicherstellen, dass Kosten und Nutzen der Instrumente des Liquiditätsmanagements ausbalanciert sind.³⁸⁶

4. Zinsmanagement

Durch das Wahrnehmen der Fristentransformation durch die Bank kommt es zur inkongruenten Zinsbindung zwischen der Aktiv- und der Passivseite der Bankbilanz. Es entsteht das Zinsänderungsrisiko, welches den Positionen des Bankenbuchs inhärent ist.³⁸⁷ Die Bewirtschaftung des Zinsänderungsrisikos beinhaltet die Strukturierung der Fristigkeiten im Bankenbuch. Aufgrund der Zinserwartungen und des Risikoappetits der Bank werden dabei Fristigkeiten zwischen Aktiv- und Passivseite des Bankenbuchs und Zinszuflüsse bzw. -abflüsse mehr oder weniger aufeinander abgestimmt.³⁸⁸ Es handelt sich somit um

damit die Liquidität sowie die Refinanzierung der Aktiven- und Passivenseite möglichst weitgehend aufeinander abgestimmt sind (CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 131). Sie finanziert dabei ihre als illiquide Vermögenswerte geltenden Kredite grösstenteils mit Kundeneinlagen, hingegen andere illiquide Vermögenswerte wie bspw. Immobilien, Beteiligungen oder andere langfristige Investitionen mit langfristigem Fremdkapital oder Eigenkapital (CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 131).

³⁸⁶ BODEMER/VOLLENWEIDER, 62; vgl. auch RAIFFEISEN SCHWEIZ, Geschäftsbericht 2018, 45; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 127. Im Rahmen seiner operativen Steuerung des Liquiditätsrisikos bewirtschaftet und überwacht das Treasury die Liquiditätsreserve. Dazu zählen die Bewirtschaftung der Mindestreserve, welche die Bank bei der SNB hält, das aktive Auftreten auf dem Interbankenmarkt für die effiziente Anlage überschüssiger Liquidität sowie die Gewinnung kurzfristiger Liquidität aus der Liquiditätsreserve (BODEMER/VOLLENWEIDER, 72; vgl. auch CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 128; UBS, Geschäftsbericht 2019, 189; RAIFFEISEN GRUPPE, Geschäftsbericht 2019, 41).

³⁸⁷ Vgl. Abschnitt II.B.2.3 (S. 41).

³⁸⁸ Es handelt sich dabei um die strategische Strukturierung des Zinsbuchs einer Bank (BODEMER/VOLLENWEIDER, 98). Die Verringerung des Zinsänderungsrisikos kann zum einen durch die Senkung der Zinsbindung der Aktivposten und bzw. oder durch eine Erhöhung der Zinsbindung der Passivposten erreicht werden. Die Verringerung der Zinsbindung der Aktivpositionen kann bspw. durch eine Erhöhung der Flüssigen Mittel bewirkt werden. Dabei steigt gleichzeitig die Liquiditätsreserve der Bank an. Durch eine Refinanzierung der aktivierten Kredite mit Verbindlichkeiten mit höherer

eine systematische Fristentransformation im Bankenbuch, welche die Risikostrategie der Geschäftsleitung umsetzt und das im Kreditgeschäft gebundene Eigenkapital einer optimalen Hebelwirkung aussetzt.³⁸⁹ Ziel ist es, die erwartete Rendite aus dem Zinsdifferenzgeschäft im Rahmen der Risikostrategie der Bank zu maximieren. Diese Aufgabe wird von der Treasury-Einheit der Bank im Rahmen des ALM durchgeführt.³⁹⁰

Die Absicherung der Bankbilanz gegen Zinsänderungsrisiken im von der Risikostrategie der Bank suggerierten Umfang kann aufgrund einer stabilen Refinanzierungsstruktur der Kredite durch die Ausgabe von langfristigen Fremdfinanzierungsinstrumenten erreicht werden. Weiterhin kann das Treasury das Zinsänderungsrisiko aufgrund von Derivattransaktionen vermindern.³⁹¹ Im Gegensatz zu Kreditrisiken kann aufgrund der Liquidität des Marktes für Zinsderivate das Zinsänderungsrisiko umfassend eliminiert werden.³⁹²

5. *Kreditrisikomanagement*

Die Steuerung des Kreditrisikos stellt eine der wichtigsten Aufgaben des Risikomanagements der Universalbank dar.³⁹³ Die Kreditrisiken müssen während der gesamten Laufzeit des Kreditkontraktes überwacht und gesteuert werden. Die Überwachung der Kreditrisiken bezieht sich auf einzelne Kreditengagements oder -portfolios und fällt – aufgrund der Qualität des Kreditrisikos als Individualrisiko – in den Aufgabenbereich des Middle-Office.³⁹⁴ Das Kreditrisiko kann durch eine Diversifizierung des Kreditportfolios, die Setzung von

Zinsbindung kann die Bank hingegen die Zinsbindung der Passivseite erhöhen. Vgl. auch SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 377 f. *m.w.H. zur Angleichung der Zinsbindung zwischen Aktiv- und Passivseite der Bankbilanz.*

³⁸⁹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 98; SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 377 f.

³⁹⁰ BODEMER/VOLLENWEIDER, 54; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 117; vgl. Abschnitt III.B. (S. 88) *m.w.H.*

³⁹¹ Vgl. hierzu HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 609 ff. *m.w.H.*; BODEMER/VOLLENWEIDER, 100 f.; SCHWARZ/SPILLMANN, in: BIRRER/RUPP/SPILLMANN, Treasury, 377; UBS, Geschäftsbericht 2019, 496. Dabei wird insb. auf sog. Swaps zurückgegriffen, bei welchen Zinszahlungen, jedoch keine Nominalvolumina, ausgetauscht werden.

³⁹² HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 581; vgl. Abschnitt II.B.2.3 (S. 41) *m.w.H.*

³⁹³ Vgl. Abschnitt II.B.2.1 (S. 37) *m.w.H.*

³⁹⁴ BODEMER/VOLLENWEIDER, 122; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 514; vgl. Abschnitt II.A.3.3.b (S. 24) *m.w.H.*

Kreditlimiten sowie die Vereinbarung von risikomindernden Vertragsbedingungen (wie bspw. Pfandsicherheiten, Covenants u.a.m.) verringert werden.³⁹⁵

Des Weiteren kann die Bank das Kreditrisiko durch eine Verbriefungstransaktion auf eine Drittpartei transferieren (sog. aktives Kreditrisikomanagement).³⁹⁶ Diese Verbriefungstransaktionen dienen der Risikoabsicherung, der Refinanzierung, der Optimierung des Kreditportfolios sowie der Minderung des regulatorisch erforderlichen Eigenkapitals.³⁹⁷ Die Verbriefung von Kreditforderungen ist in der Schweiz allerdings von geringer Bedeutung.³⁹⁸

Die Treasury-Einheit übernimmt bei der Steuerung des Kreditrisikos Funktionen im Bereich der Strukturierung des Kreditportfolios einer Bank sowie hinsichtlich der nachhaltigen Refinanzierung von Krediten.³⁹⁹ Die Funktion für die Strukturierung des Kreditportfolios nimmt die Treasury-Einheit bereits im

³⁹⁵ Vgl. HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 516 ff. Ein Klumpenrisiko ergibt sich aus einer übermässigen Konzentration von Krediten auf einen einzigen Kreditnehmer oder eine Gruppe von verbundenen Kreditnehmern (GABLER-Banklexikon, 839). Art. 4^{bis} BankG fordert, dass die an einen einzelnen Kunden gewährten Kredite in einem angemessenen Verhältnis zu den Eigenmitteln der Bank stehen, damit die Bank die Verschlechterung der Bonität dieses Gläubigers mit Eigenmitteln ausgleichen kann. Die Steuerung des Kreditrisikos findet hierbei anhand von Kreditlimiten für einzelne Kreditnehmer statt (BODEMER/VOLLENWEIDER, 125 f.).

³⁹⁶ HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 522; STAUB, Kreditrisikotransfer, 11 sowie 21. Durch die Verbriefung eines Vermögenswertes findet die Umwandlung eines nichtliquiden Vermögenswertes in ein liquides Wertpapier statt (KROLL/BÜRGI/SAUTER, 252). Die Verbriefung kann dabei durch eine sog. True-Sale-Transaktion oder eine synthetische Transaktion erfolgen. Während bei ersterer der Vermögenswert tatsächlich (inklusive der Sicherheiten) übertragen wird, wird bei einer synthetischen Transaktion nur das Kreditrisiko anhand eines Kreditderivates isoliert auf eine Drittperson übertragen (KROLL/BÜRGI/SAUTER, 253; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 897 ff.; STAUB, Instrumente, 325). Durch die Ausgabe des Kreditderivats wird somit das eigentliche Kreditrisiko (Ausfallrisiko des Kreditnehmers) durch das Gegenparteirisiko des Sicherungsgebers ersetzt (STAUB, Instrumente, 330).

³⁹⁷ STAUB, Kreditrisikotransfer, 16. Gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. c ERV können Kreditderivate als risikomindernde Massnahmen das Risikogewicht des Kredites von jenem des Kreditnehmers auf jenes des Sicherungsgebers reduzieren (FINMA, RS 17/7, N 311).

³⁹⁸ STAUB, Kreditrisikotransfer, 124, begründet die geringe Zahl von Verbriefungen in der Schweiz mit dem Angebot an anderen Refinanzierungsmöglichkeiten für die Bank wie bspw. dem Pfandbrief (vgl. auch BODEMER/VOLLENWEIDER, 121; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 185 für den deutschen Markt). BODEMER/VOLLENWEIDER, 121, führen die geringe Relevanz der Verbriefungstransaktionen auf die Qualität des Kreditrisikos als Individualrisiko und den damit verbundenen geringen Standardisierungsgrad der Transaktionen zurück.

³⁹⁹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 122.

Rahmen der Steuerung der Bankbilanz wahr.⁴⁰⁰ Dabei ermittelt das Treasury aufgrund der Risikostrategie der Bank eine Ziel-Kreditportfoliostruktur, welche den erwarteten Ertrag aus den Kreditgeschäften bei gegebenem Risikoappetit optimieren kann.⁴⁰¹ Im Rahmen ihrer Finanzierungsfunktion stellt die Treasury-Einheit die Refinanzierung der Kredite sicher. Dabei gewährleistet sie bspw. die Finanzierung von Hypotheken durch die Aufnahme von langfristigem Fremdkapital in der Form von grundpfandgesicherten Pfandbriefen über eine Pfandbriefzentrale.⁴⁰² Ausserdem steuert die Treasury-Einheit die effiziente Eigenmittelbindung der Kreditengagements.⁴⁰³

B. Die Organisation des Treasury bei Schweizer Universalbanken

Die Organisationseinheit des Treasury wird i.d.R. in zwei Funktionseinheiten unterteilt: Das ALM, welches die Bewirtschaftung der Bilanzstruktur der Bank inklusive der Steuerung der dieser inhärenten Risiken übernimmt, sowie die Treasury-Einheit i.e.S., welche als «Bank in der Bank» für das Kapital- und Liquiditätsmanagement zuständig ist.

Die Einheit des ALM übernimmt das Management der Fristigkeiten und Zinsbindungen innerhalb des Bankenbuchs zur Steuerung des Zinsänderungs- sowie Liquiditätsrisikos.⁴⁰⁴ Das Treasury i.e.S. bietet hingegen das Kapital- und Liquiditätsmanagement zur effizienten und gesetzeskonformen Allokation der Finanzierungsmittel im Konzern an.

Diese Aufgaben werden zentral von der Treasury-Einheit wahrgenommen. Das Personal des Treasury befindet sich dabei regelmässig in der operativ tätigen Obergesellschaft oder einer rechtlich eigenständigen Servicegesellschaft.⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Vgl. Abschnitt III.A.4 (S. 85).

⁴⁰¹ BODEMER/VOLLENWEIDER, 127.

⁴⁰² EMCH/RENZ/APARGAUS, N 1513 ff. Die Hypotheken verbleiben dabei der Schuldner-Bank und werden von dieser verwaltet. Sie werden allerdings in einem Pfandregister geführt und müssen von der Schuldner-Bank getrennt von den übrigen Vermögenswerten aufbewahrt werden (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1518).

⁴⁰³ Die Steuerung der Eigenmittelbindung dient der effizienten Allokation von Eigenmitteln auf die Kreditengagements. Es sollen mithin nur Kreditverträge eingegangen werden, welche die Rendite aus dem eingesetzten Eigenkapital maximieren können (HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 515). Vgl. Abschnitt III.A.3.1 (S. 82) *m.w.H. zum Eigenkapitalmanagement durch die Treasury-Einheit.*

⁴⁰⁴ Für das Zinsänderungsrisiko vgl. BODEMER/VOLLENWEIDER, 54; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 117. Für das Liquiditäts- und Refinanzierungsrisiko vgl. ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 118.

⁴⁰⁵ Vgl. Abschnitt II.A.3.4.b (S. 31) *m.w.H.*

Konsequenterweise steht die Treasury-Einheit in ihrer Funktion als «Bank in der Bank» sowie im Rahmen des ALM zwischen der Aktiv- und der Passivseite der Bankbilanz. Sie stellt sicher, dass die Finanzierungsmittel zwischen den Wertschöpfungsketten und Divisionen ausgetauscht werden, und trägt damit zum Funktionieren des Zinsdifferenzgeschäfts über die Einheiten des Bankkonzerns hinweg bei. Diese integrierende Funktion der Treasury-Einheit für die Leistungserstellung der Universalbank bedingt einige Besonderheiten bei der Gewinn- und Kapitalabgrenzung zur Treasury-Einheit. Diese werden im Folgenden beleuchtet.

IV. Die Grundlagen der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung

A. Begründung der steuerlichen Zugehörigkeit durch eine Betriebsstätte oder ein verbundenes Unternehmen

1. Allgemein

Die Problematik der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei Banken entsteht aufgrund der über Kantonsgrenzen hinweg ausgeübten Banktätigkeit. Die Bank kann ihr Bankgeschäft dabei durch ein verbundenes Unternehmen, eine Betriebsstätte sowie ohne Niederlassung im anderen Kanton erbringen. Die Begründung einer Betriebsstätte sowie die Ausübung der Geschäftstätigkeit durch ein verbundenes Unternehmen lösen steuerrechtlich relevante Zugehörigkeiten zu einem kantonalen Hoheitsträger aus.⁴⁰⁶ Der Kanton kann den Gewinn und das Kapital derjenigen Person zur direkten Besteuerung heranziehen, welche eine persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit im Sinne der Art. 20 bzw. Art. 21 StHG nachgebildeten Bestimmungen des jeweiligen kantonalen Steuergesetz⁴⁰⁷ in seinem Kantonsgebiet begründet.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Vgl. Art. 20 und 21 StHG; HÖHN/MÄUSLI, §1 N 2; BLUMENSTEIN/LOCHER, 61 sowie 70 mit weiteren Ausführungen über die steuerrechtliche Zugehörigkeit. Im internationalen Verhältnis ist das Erfordernis des tatsächlichen Anknüpfungspunkts für die Ausübung der Besteuerung durch einen Hoheitsträger als völkerrechtlich verbindlicher Grundsatz verankert (sog. «genuine link») (vgl. SCHAUMBURG, N 3.13. sowie N 16.1; MÖSSNER, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 2.3; LEHNER, in: VOGEL, DBA, Grundlagen N 11).

⁴⁰⁷ Im Folgenden werden lediglich die Normen des StHG angeführt. Aufgrund der Qualität des StHG als Rahmengesetzgebung für die kantonalen Steuergesetze wird im Folgenden mit der Referenz zu einer Norm des StHG immer auf die dieser StHG-Norm nachgebildeten Normen der kantonalen Steuergesetze verwiesen.

⁴⁰⁸ Die schweizerische Bundesverfassung garantiert den Kantonen in Art. 3 die Gebietshoheit, welche auch die kantonale Steuerhoheit einschliesst. Als Steuerhoheit gilt die «rechtliche und tatsächliche Möglichkeit eines Gemeinwesens, Steuern zu erheben» (BLUMENSTEIN/LOCHER, 53). Dies umfasst die Kompetenz zur Gesetzgebung, zur Einziehung der Steuern und zur Verwendung der fiskalischen Erträge (HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §2 N 16). Gemäss Art. 128 BV steht dem Bund und den Kantonen parallel das Recht zu, direkte Steuern auf das Einkommen und Vermögen bzw. auf Gewinn und Kapital zu erheben. Dieses Besteuerungsrecht müssen die Kantone gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a StHG auch ausüben, wobei die kantonale Gesetzgebungskompetenz zur direkten Besteuerung durch die Rahmengesetzgebung des StHG begrenzt wird (SIMONEK, BSK-BV, Art. 128 N 4). Bei direkten Steuern decken sich Steuerobjekt und

Die Betriebsstätte und das verbundene Unternehmen weisen dabei entscheidende Unterschiede auf, welche sich auf die Höhe des Besteuerungsrechts des jeweiligen Kantons auswirken. Diese werden im Folgenden dargestellt.

2. *Betriebsstätte*

Der Begriff der Betriebsstätte ist ein steuerrechtlicher Begriff. Er geht über den zivilrechtlichen Begriff der Zweigniederlassung hinaus.⁴⁰⁹ Das Zivilrecht setzt für die Begründung einer Zweigniederlassung die Eintragung in das Handelsregister am Ort der Zweigniederlassung voraus.⁴¹⁰

Das schweizerische Steuerrecht knüpft an das Bestehen einer Betriebsstätte die Entstehung der wirtschaftlichen Zugehörigkeit und damit der beschränkten Steuerpflicht des Unternehmens am Ort der Betriebsstätte.⁴¹¹ Das BGer definiert die Betriebsstätte im interkantonalen Verhältnis als «ständige feste Anlagen oder Einrichtungen [...], wo sich ein qualitativ und quantitativ wesentlicher Teil des technischen und kommerziellen Betriebs des Unternehmens vollzieht»⁴¹². Der Betriebsstättenbegriff des interkantonalen Steuerrechts erfordert damit keine wirtschaftliche Selbständigkeit der Betriebsstätte, sondern stellt vielmehr Anforderungen an die Qualität und Quantität der Geschäftsausübung in der Betriebsstätte.

Ein Unternehmen, welches eine Betriebsstätte ausserhalb seines Sitzkantons begründet, wird als «interkantonales Unternehmen» bezeichnet.⁴¹³ Das interkantonale Unternehmen übt seine Geschäftstätigkeit sowohl durch das Stammhaus im

⁴⁰⁹ Steuerbemessungsgrundlage in sachlicher Hinsicht (VALLENDER/CAVELTI, SGK-BV, Art. 128 N 4; HÖHN/WALDBURGER, §2 N 23 sowie BLUMENSTEIN/LOCHER, 186 *m.w.H.*). Vgl. Art. 4 Abs. 2 2. Satz sowie Art. 51 Abs. 2 2. Satz DBG. Die Definition der Betriebsstätte gemäss DBG führt die Zweigniederlassung lediglich namentlich unter Nennung weiterer möglicher Ausprägungen einer Betriebsstätte auf.

⁴¹⁰ Vgl. Art. 778a sowie 935 OR.

⁴¹¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG.

⁴¹² Vgl. BGer 2C_770/2008, E.2.3 = StE A 24.24.41 Nr. 3; LOCHER/LOCHER, §8, IB Nr. 1, 2, 3 sowie 5; für detaillierte Ausführung über die Voraussetzungen des Bestehens einer Betriebsstätte nach Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG HÖHN/MÄUSLI, §10 N 1 ff.; LOCHER, Einführung, 64 f.; DE VRIES REILINGH, Interkantonales Steuerrecht, §11 N 11 ff.; VOGELANG, 351 ff.

⁴¹³ LOCHER/LOCHER, §8, I A Nr. 6; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 1 sowie LOCHER, Einführung, 64 f. mit weiteren Ausführungen über den Begriff des interkantonalen Unternehmens. Das interkantonale Unternehmen weist somit eine persönliche Zugehörigkeit zum Sitz-

Sitzkanton als auch durch die Betriebsstätte ausserhalb des Sitzkantons aus. Es begründet deshalb eine persönliche Zugehörigkeit zum Sitzkanton sowie eine wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Betriebsstättenkanton. Der von der Betriebsstätte erwirtschaftete Gewinn sowie das eingesetzte Kapital können entsprechend vom Betriebsstättenkanton zur Besteuerung herangezogen werden.

Mit Blick auf die Ermittlung des steuerbaren Gewinns und Kapitals kommt der Betriebsstätte keine Steuersubjekteigenschaft zu.⁴¹⁴ Das Einheitsunternehmen unterliegt als kleinste mögliche Einheit der direkten Besteuerung als Ganzes.⁴¹⁵ Die direkte Besteuerung bemisst sich nach der Leistungsfähigkeit des Einheitsunternehmens.⁴¹⁶ Leistungen zwischen der Betriebsstätte und dem Stammhaus werden mangels Vorliegen eines Ausenumsatzes nicht realisiert und sind deshalb nicht erfolgswirksam. Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips werden Leistungen innerhalb des Einheitsunternehmens damit auch für Zwecke der Gewinnermittlung nicht beachtet, da nur der gegenüber Dritten entstandene Aufwand als geschäftsmässig begründeter und abzugsfähiger Aufwand sowie nur der durch Aussentransaktionen erwirtschaftete Ertrag als erfolgswirksam und damit steuerbar qualifiziert wird.⁴¹⁷

3. *Verbundenes Unternehmen*

Der Begriff des verbundenen Unternehmens ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, welcher sich im Begriff und der wirtschaftlichen Realität des Konzerns wiederfindet. In der wirtschaftlichen Realität werden Kapitalgesellschaften zur Erzielung von Skaleneffekten, Synergien in der Leistungserstellung u.a.m. zu einem Konzerngebilde zusammengeschlossen. Das schweizerische Wirtschafts- und Steuerrecht knüpft jedoch – im Gegensatz zur Realität der Konzernbildung – an das Trennungsprinzip an, welches eine Kapitalgesellschaft als eigenständiges Rechtssubjekt behandelt.⁴¹⁸ Das zivilrechtliche Trennungsprinzip

kanton sowie eine wirtschaftliche Zugehörigkeit zu mind. einem anderen Kanton ausserhalb des Sitzkantons durch das Ausführen eines Teils seiner Geschäftstätigkeit in ständigen Anlagen oder Einrichtungen auf.

⁴¹⁴ LOCHER/LOCHER, §8, I A Nr. 6; HÖHN/MÄUSLI, §10 N 8 ff.; *im internationalen Verhältnis* HÖHN, Internationale Steuerplanung, N 21; JACOBS, 458; SCHAUMBURG, N 21.19.

⁴¹⁵ BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 158.

⁴¹⁶ BRÜLISAUER, FStR 2014, 214.

⁴¹⁷ *Vgl.* BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 121 *m.w.H.*; DERS., FStR 2014, 214; DERS., Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 158; *für das deutsche Steuerrecht* BRÄHLER, 227.

⁴¹⁸ Eine Kapitalgesellschaft als juristische Person hat gemäss Art. 52 Abs. 1 ZGB eine eigene Rechtspersönlichkeit, wodurch sie handlungsfähig und damit Trägerin von

unterstellt der Kapitalgesellschaft eine rechtliche Selbständigkeit und wendet damit eine Einzelbetrachtung der Gesellschaft an.

Für die Definition des verbundenen Unternehmens knüpft das Steuerrecht an das zivilrechtliche Personenrecht und damit an das Trennungsprinzip an. Die zivilrechtliche Selbständigkeit der juristischen Person widerspiegelt sich im Steuerrecht in der Qualifikation der juristischen Person als eigenes Steuersubjekt.⁴¹⁹ Das verbundene Unternehmen begründet an seinem Sitz oder am Ort der tatsächlichen Verwaltung eine unbeschränkte Steuerpflicht aufgrund persönlicher Zugehörigkeit nach Art. 20 Abs. 1 StHG. Es wird somit eine Separation des Vermögens der Gesellschaft von jenem der Gesellschafter im Steuerrecht vollzogen, wodurch die Steuerpflicht der juristischen Person und jene ihres Anteilseigners für die direkte Besteuerung auseinanderfallen.⁴²⁰

Der Austausch von Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen stellt dabei einen Aussenumsatz dar. Ein daraus entstehender Ertrag muss aufgrund des Realisationsprinzips erfolgswirksam verbucht werden⁴²¹ und fliesst aufgrund

Rechten und Pflichten ist (HUGUENIN/REITZE, BSK-ZGB, Art. 53 N 1 ff. v.a. N 3; REICH, Wirtschaftliche Doppelbesteuerung, 24.

⁴¹⁹ Vgl. Art. 20 Abs. 1 StHG sowie Art. 49 DBG; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, § 17 N 10; DIES., Steuerrecht II, § 45 N 14; REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung, 24; BRÜLSAUER/KRUMMENBACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 159. Als juristische Person im Sinne des StHG und DBG gelten die Kapitalgesellschaften nach Art. 620 ff. OR und Genossenschaften nach Art. 828 ff. OR sowie Vereine nach Art. 60 ZGB, Stiftungen nach Art. 80 ff. ZGB und die übrigen juristischen Personen des Zivilrechts (vgl. Art. 20 Abs. 1 StHG sowie Art. 49 Abs. 1 DBG). Auch das OECD-MA anerkennt Kapitalgesellschaften als unabhängige Steuersubjekte (OECD, MK 2014, Art. 3 Ziff. 3; vgl. *hierzu ausführlich* HÖHN, in: HÖHN, Handbuch internationales Steuerrecht, 292). So bestimmt Art. 5 Abs. 7 OECD-MA, dass ein Kapitalunternehmen durch die Beherrschung durch eine andere Gesellschaft grundsätzlich nicht zur Betriebsstätte der beherrschenden Gesellschaft wird (HÖHN, Internationale Steuerplanung, N 76 ff. *m.w.H.*).

⁴²⁰ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, § 3 N 112; STOCKER, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N W.7; MÖSSNER in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 2.15 *mit Hinweisen auf die steuerrechtliche Behandlung der Kapitalgesellschaft nach deutschem Steuerrecht*. Auf Stufe der Kapitalgesellschaft unterliegt das Gesellschaftsvermögen der Kapitalsteuer und der erwirtschaftete Gewinn der Gewinnsteuer. Zudem werden die Beteiligungen der Anteilseigner am Vermögen der Gesellschaft mit der Vermögenssteuer und der ausgeschüttete Gewinn mit der Einkommenssteuer auf Stufe der Anteilseigner besteuert (vgl. HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, § 16 N 15; REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung, 25).

⁴²¹ BÖCKLI, Rechnungslegung, N 176; MÜLLER/HENRY/BARMETTLER, in: PFAFF ET AL., Rechnungslegung OR, Art. 958c N 50.

des Massgeblichkeitsprinzips⁴²² in den steuerpflichtigen Reingewinn nach Art. 24 Abs. 1 StHG. Leistungen zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Anteilseignern sind entsprechend steuerrechtlich gültig und relevant.⁴²³ Um Gewinnverschiebungen innerhalb des Konzerns zu verhindern, muss der Leistungsaustausch zwischen Konzerngesellschaften die Besonderheiten des rechtlich selbständigen Unternehmens berücksichtigen und damit den handelsrechtlichen Grundsätzen eines rechtlich selbständigen Unternehmens genügen. Die Konzernunternehmen müssen sich mithin auch im Steuerrecht bei Leistungsbeziehungen wie Dritte gegenüber stehen und Leistungen aushandeln, welche im Interesse des Einzelunternehmens liegen.⁴²⁴ Im Gegensatz zum Handelsrecht steht hier aber nicht der Gläubigerschutz, sondern das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Vordergrund.⁴²⁵

Das schweizerische Steuerrecht setzt das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch den Tatbestand der verdeckten Vorteilszuwendung zwischen nahestehenden Personen um. Als verdeckte Vorteilszuwendung gilt eine geldwerte Leistung, der keine angemessene Leistung gegenübersteht.⁴²⁶ Nach Art. 24 Abs. 1 StHG können Gewinnverschiebungen zwischen verbundenen Unternehmen korrigiert werden, wenn sie den Tatbestand der verdeckten Vorteilszuwendung erfüllen.⁴²⁷

⁴²² Das Massgeblichkeitsprinzip ist in Art. 24 Abs. 1 StHG sowie Art. 58 Abs. 1 DBG festgehalten. Es besagt, dass die handelsrechtskonform erstellte Handelsbilanz für die steuerrechtliche Gewinnermittlung massgeblich ist. Dies insoweit, als das Steuerrecht keine eigenen Gewinnermittlungsvorschriften kennt (BRÜLSAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 18). Das Prinzip der Massgeblichkeit des handelsrechtskonformen Einzelabschlusses der steuerpflichtigen Gesellschaft bildet Ausgangspunkt und Grundlage der Ermittlung der gewinnsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage der steuerpflichtigen Gesellschaft in allen Kantonen (vgl. Art. 24 Abs. 1 StHG; REICH, Steuerrecht, §15 N 65; DERS., Realisation, 41; BRÜLSAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 15 f.; HEUBERGER, 164). Das Massgeblichkeitsprinzip ist in Art. 24 Abs. 1 StHG nur indirekt festgehalten (vgl. BRÜLSAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 14 ff. *m.w.H.*).

⁴²³ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §16 N 17; HÖHN/MÄUSLI, §4 N 14a; BARTHOLET, 3.

⁴²⁴ REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 617; DERS., Steuerrecht, §18 N 7; STOCKER/STUDER, 386.

⁴²⁵ *So auch* BRÜLSAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 199 und 227 *m.H. auf weitere Literatur*. Anderer Meinung ist REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 618, gemäss welchem sich der Fremdvergleichsgrundsatz nicht direkt aus dem verfassungsmässigen Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ableiten lässt.

⁴²⁶ ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 4.

⁴²⁷ BRÜLSAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 221.

Gemäss BGer liegt eine verdeckte Vorteilszuwendung nach Art. 24 Abs. 1 StHG vor, wenn die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind:⁴²⁸ Es muss (i) ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegen, welches das steuerbare Geschäftsergebnis bei der ausrichtenden Person aufgrund der Gewinnverschiebung schmälert sowie (ii) im Beteiligungsverhältnis begründet ist. Das Missverhältnis muss (iii) offensichtlich sein, so dass die handelnden Organe es erkennen konnten bzw. mussten. Mit letzterem Erfordernis stellt das BGer klar, dass ein geringfügiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht zur Annahme einer verdeckten Vorteilszuwendung nach Art. 24 Abs. 1 StHG genügt.⁴²⁹

Da das Missverhältnis der Leistungen im Beteiligungsverhältnis begründet sein muss, knüpft das schweizerische Steuerrecht für das Vorliegen einer verdeckten Vorteilszuwendung und damit für die steuerrechtliche Relevanz der wirtschaftlichen Realität von «verbundenen Unternehmen» an das Beteiligungsverhältnis an, setzt aber keine Kontrolle über das verbundene Unternehmen voraus.⁴³⁰ Das Beteiligungsverhältnis kann dabei direkt oder indirekt bestehen. Allgemein können zwei Unternehmen zum einen durch ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis direkt und indirekt miteinander verbunden sein. Zum anderen können zwei Unternehmen aufgrund der Beherrschung durch die gleiche Person als (indirekt) verbundene Unternehmen gelten (sog. Schwestergesellschaften).⁴³¹

Verdeckte Vorteilszuwendungen können in verschiedenen Ausprägungen auftreten – je nachdem, welcher Person die geldwerte Leistung ausgerichtet wird: Richtet die Tochtergesellschaft an ihre Anteilseigner eine verdeckte Vorteilszuwendung aus, so handelt es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung.⁴³² Bei dieser können wiederum die verdeckte Gewinnausschüttung i.e.S. in der Form von nicht geschäftsmässig begründetem Aufwand sowie die Gewinnvorwegnahme bei Gewinnverzicht durch die Tochtergesellschaft unterschieden

⁴²⁸ Vgl. *statt vieler* BGE 82 I 288, E.II.1; BGE 140 II 88, E.4.1 = Pra 103 (2014) Nr. 77; vgl. auch BARTHOLET, 27; HEUBERGER, 181 f.; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 224 ff.; STOCKER, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N W.12 ff.

⁴²⁹ STOCKER/STUDER, 387; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 7; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 232 *m.w.H.*

⁴³⁰ Vgl. BARTHOLET, 49 ff. (*v.a.* 58); DUSS, 106; STOCKER/STUDER, 387. Damit kann eine geldwerte Leistung auch an einen Minderheitsaktionär ausgerichtet werden und damit die Primärberichtigung nach Art. 24 Abs. 1 StHG auslösen (STOCKER/STUDER, 387).

⁴³¹ HÖHN, in: HÖHN, Handbuch internationales Steuerrecht, 289; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 612; EISENRING, in: ZWEIFEL/BEUSCH/MATTEOTTI, Komm. InStR, Art. 9 N 4; OECD, MK 2014, Art. 9 Ziff. 1.

⁴³² BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 225.

werden.⁴³³ Fliesst die Vorteilszuwendung vom Anteilseigner zu der von ihm gehaltenen (Tochter-)Gesellschaft, so handelt es sich um eine verdeckte Kapitaleinlage.⁴³⁴ Dabei findet keine Entreicherung der leistenden Gesellschaft statt, sondern der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft erhöht sich im Umfang der Vorteilszuwendung.⁴³⁵

Wird die Leistung zwischen Konzerngesellschaften ausgerichtet, zwischen denen kein direktes, sondern lediglich ein indirektes Beteiligungsverhältnis besteht, kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Gewinnsteuer die sog. Dreieckstheorie zur Anwendung, welche geldwerte Leistungen entlang der Beteiligungsstränge bzw. rechtlichen Aufbaustruktur rekonstruiert.⁴³⁶

Konsequenterweise kann jede Leistungsbeziehung zwischen Konzerngesellschaften, welche ein im Konzernverhältnis begründetes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufweist, aufgrund von Art. 24 Abs. 1 StHG einer steuerlichen Korrektur unterliegen. Diese Korrektur nach Art. 24 Abs. 1 StHG wird als Primärberichtigung bezeichnet. Der Begriff der Primärberichtigung sowie der Gegenberichtigung stammt aus der Terminologie des interna-

⁴³³ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §18 N 26 ff.; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 267 ff.; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Komm. DBG, Art. 58 N 223; vgl. HEUBERGER, 3 *m.w.H.*

⁴³⁴ REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 612; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 4.

⁴³⁵ BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 335 ff. Bei der steuerlichen Korrektur einer verdeckten Kapitaleinlage muss hinsichtlich der Art der verdeckten Kapitaleinlage unterschieden werden. Dabei bestehen gewisse Freiräume der Steuerpflichtigen. Bei unterpreislicher Übertragung eines Vermögenswertes auf die Tochtergesellschaft kann grundsätzlich von einer Korrektur des steuerbaren Gewinns der Muttergesellschaft abgesehen werden, wenn die Gestehungskosten um den Betrag der übertragenen stillen Reserven erhöht werden (BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 337). Die stillen Reserven können aber auch im Zeitpunkt der Übertragung auf Stufe der Muttergesellschaft dem steuerbaren Gewinn zugeführt werden, wobei sich in diesem Fall neben den Gestehungskosten auch der Gewinnsteuerwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft erhöht (vgl. BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 335 *m.w.H.*). Für weiterführende Erläuterungen zur Korrektur von verdeckten Kapitaleinlagen vgl. BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 323 ff.

⁴³⁶ Vgl. BGer 2C_16/2015, E.2.4; vgl. auch RICHNER ET AL., Handkomm. DBG, Art. 58 N 141 ff.; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Komm. DBG, Art. 58 N 346 ff. (*insb.* 351 sowie 353); ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 17. So wird bei Leistungen zwischen Schwestergesellschaften zunächst eine verdeckte Gewinnausschüttung zwischen der einen Schwestergesellschaft und der Muttergesellschaft angenommen, wobei die Muttergesellschaft in einem zweiten Schritt eine verdeckte Kapitaleinlage in die andere Schwestergesellschaft leistet.

tionalen Steuerrechts, wird jedoch auch bei innerschweizerischen Sachverhalten verwendet.⁴³⁷ Die Primärberichtigung nach Art. 24 Abs. 1 StHG beinhaltet dementsprechend die Aufrechnung des zu tief ausgewiesenen steuerlichen Gewinns auf Stufe der die verdeckte Vorteilszuwendung ausrichtenden Gesellschaft.⁴³⁸

Die aufgrund des Trennungsprinzips entstehenden Unterschiede zwischen Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen betreffen auch die Vermeidung der innerschweizerischen Doppelbesteuerung. Diese Unterschiede werden im Folgenden dargestellt.

B. Unterschiede bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung

I. Definition der Doppelbesteuerung und Anwendbarkeit des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV

1.1. Die rechtliche Doppelbesteuerung – Kern des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots

Gemäss interkantonalem Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV ist die rechtliche Doppelbesteuerung verfassungswidrig.⁴³⁹ Art. 127 Abs. 3 BV

⁴³⁷ Der Begriff der Primärberichtigung stammt vom englischen Wort «primary adjustment», welches im internationalen Steuerrecht gebräuchlich ist. Dies gilt auch für den Begriff der Gegenberichtigung (im Englischen «corresponding adjustment»). Diese Begriffe des internationalen Steuerrechts finden mehr und mehr Eingang in das interkantonale Steuerrecht (vgl. bspw. ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 4). Im Folgenden wird der Begriff der Primärberichtigung für die steuerliche Korrektur aufgrund von Art. 24 Abs. 1 StHG sowie der Begriff der Gegenberichtigung für die steuerliche Korrektur verwendet, welche die aufgrund der Primärberichtigung entstehende Doppelbesteuerung beseitigt.

⁴³⁸ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §18 N 21; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 5; HEUBERGER, 180; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Komm. DBG, Art. 58 N 343. Der Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 StHG erwähnt verdeckte Vorteilszuwendungen nicht explizit. Allerdings subsumieren alle schweizerischen Kantone den Tatbestand der verdeckten Vorteilszuwendung unter den nicht geschäftsmässig begründeten Geschäftsaufwand, welcher gemäss Art. 24 Abs. 1 StHG dem steuerbaren Gewinn hinzugerechnet werden kann (vgl. BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 221 *m.w.H.*).

⁴³⁹ MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 1.

bildet die Grundlage des interkantonalen Steuerrechts, welches durch die Auslegung des verfassungsmässigen Doppelbesteuerungsverbots durch das BGer (sog. Doppelbesteuerungspraxis des BGer) als Regelkomplex zur Vermeidung der interkantonalen Doppelbesteuerung entstanden ist.⁴⁴⁰

Eine rechtliche Doppelbesteuerung liegt im Allgemeinen dann vor, wenn das gleiche Steuersubjekt für das gleiche Steuerobjekt und die gleiche Zeitperiode mit der gleichen (oder einer ähnlichen) Steuer durch zwei oder mehrere Steuerhoheiten besteuert wird.⁴⁴¹ Entsprechend setzt eine Doppelbesteuerung neben der Besteuerung durch mindestens zwei Hoheitsträger eine vierfache Identität voraus: die Identität des Steuersubjekts, des Steuerobjekts, der Steuerperiode sowie der Art der Steuer.⁴⁴² Im Rahmen der interkantonalen Doppelbesteuerung ist die Besteuerung durch mindestens zwei Kantone erforderlich.⁴⁴³ Bei dieser Definition der Doppelbesteuerung handelt es sich um die aktuelle oder effektive Doppelbesteuerung.

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV beschränkt sich die unzulässige Doppelbesteuerung im interkantonalen Verhältnis allerdings nicht nur auf die effektive Doppelbesteuerung, sondern sie schliesst auch die virtuelle Doppelbesteuerung ein.⁴⁴⁴ Diese liegt vor, wenn

⁴⁴⁰ HÖHN/MÄUSLI, §3 N 20; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §2 N 1 ff; LOCHER, Einführung, 3. Aufgrund des Festschreibens des Doppelbesteuerungsverbots in der Verfassung ist die interkantonale Doppelbesteuerung unmittelbar ausgeschlossen. Das BGer konkretisierte dieses verfassungsmässige Verbot in seiner langjährigen Rechtsprechung. Es finden sich auch einige wenige Bestimmungen im StHG, welche zur Vermeidung der interkantonalen Doppelbesteuerung beitragen. Diese sind auch für das BGer bindend (vgl. MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §2 N 7 ff. *m.w.H.*).

⁴⁴¹ *Für das interkantonale Steuerrecht*: LOCHER/LOCHER, §1, II A Nr. 1, 14 sowie 15; LOCHER, Einführung, 11; HÖHN/MÄUSLI, §4 N 5; MÄUSLI-AlLENSPACH, in: ZWEIFEL/BEUSCH/MÄUSLI-AlLENSPACH, Interkantonales Steuerrecht, §1 N 3; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §30 N 18. *Für das internationale Steuerrecht*: OECD, Kommentar Musterabkommen 2014, Art. 23A/23B Ziff. 1; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Grundlagen N 7; SCHAUMBURG, N 15.1.; JACOBS, 3; WASSERMAYER/SCHWENKE, in: WASSERMAYER, DBA Band I, Vor Art. 1 N 2.

⁴⁴² BEHNISCH, BSK-BV, Art. 127 N 54; HÖHN/MÄUSLI, §4 N 5; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 16; VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 71. *Zur Anforderung über die Identität des Steuersubjekts vgl. untenstehend* Abschnitt IV.B.1.2 (S. 100) sowie LOCHER/LOCHER, §1, II A Nr. 6, 10, 13, 14, 21-27; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 23 ff.

⁴⁴³ Die Doppelbesteuerung zwischen Kanton und Bund sowie unter Gemeinden fällt nicht unter das interkantonale Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV (vgl. HÖHN/MÄUSLI, §4 N 9; BLUMENSTEIN/LOCHER, 114).

⁴⁴⁴ LOCHER/LOCHER, §1, II A Nr. 20 *mit Hinweisen auf zahlreiche weitere Entscheide des BGer*; BLUMENSTEIN/LOCHER, 115.

«ein Kanton in Verletzung der geltenden Kollisionsnorm seine Steuerhoheit überschreitet und eine Steuer erhebt, zu deren Erhebung ein anderer Kanton zuständig wäre»⁴⁴⁵, auch wenn der andere Kanton seine Besteuerungsbefugnis nicht wahrnimmt.⁴⁴⁶ Entsprechend kommt den vom BGer entwickelten Kollisionsnormen absolute Bedeutung zu.

Des Weiteren schliesst die unzulässige interkantonale Doppelbesteuerung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen Sachverhalt ein, bei dem ein Steuerobjekt zwar nicht einer Doppelbesteuerung unterliegt, jedoch ein Kanton einen Steuerpflichtigen steuerlich schlechter stellt, weil er noch in einem anderen Kanton steuerlich ansässig ist und damit nicht in vollem Umfang seiner Steuerpflicht untersteht (sog. Schlechterstellungsverbot).⁴⁴⁷

Beim Einheitsunternehmen handelt es sich um ein einziges Steuersubjekt, wodurch die Identität des Steuersubjekts mit Blick auf eine interkantonale Doppelbesteuerung grundsätzlich gegeben ist. Die doppelte Besteuerung oder steuerliche Mehrbelastung im Einheitsunternehmen ist somit unter dem Titel des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV zu bewerten.

1.2. Wirtschaftliche Doppelbesteuerung und Doppelbesteuerungsverbot

Bei der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung handelt es sich um die steuerliche Mehrfachbelastung derselben Einkommens- oder Vermögensteile durch vergleichbare Steuern, wobei zwei separate Steuersubjekte besteuert werden.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Vgl. BGE 121 I 75, E.2.c).

⁴⁴⁶ VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 72; zur *Definition der virtuellen Doppelbesteuerung* vgl. auch HÖHN/MÄUSLI, §4 N 4; SCHAUMBURG, N 15.8.

⁴⁴⁷ MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 37. Die steuerliche Mehrbelastung resultiert dabei nicht aus einer Doppelbesteuerung durch zwei oder mehrere kantonale Hoheitsträger, sondern kann bspw. darin bestehen, dass mehr als das gesamte Reineinkommen des Steuerpflichtigen der Besteuerung zugeführt wird. Diese verbotene Mehrbelastung kann durch die Verweigerung der Verrechnung von Betriebsverlusten durch den Kanton, in dem der Steuerpflichtige aufgrund einer Kapitalanlageliegenenschaft ein Spezialsteuerdomizil hat, entstehen (MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 44).

⁴⁴⁸ Für das interkantonale Verhältnis ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 11 (v.a. FN 35 für die Identität des Steuerobjekts). Für das internationale Verhältnis OECD, Kommentar zum Musterabkommen, Art. 23A/23B Ziff. 2; JACOBS, 3; WASSERMAYER, in: WASSERMAYER, DBA Band I, Vor Art. 1 N 3; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Grundlagen N 9.

Voraussetzung ist somit die Identität des Steuerobjekts, die Besteuerung durch vergleichbare Steuern sowie die Besteuerung durch mindestens zwei Hoheitsträger.⁴⁴⁹ Verglichen mit der rechtlichen Doppelbesteuerung setzt die wirtschaftliche Doppelbesteuerung niedrigere Anforderungen an die Identität des Steuersubjekts.⁴⁵⁰

Aufgrund des Trennungsprinzips besteht bei der Besteuerung eines Einkommensteils bei zwei verbundenen Unternehmen bei einer rein formellen Betrachtung keine rechtliche Doppelbesteuerung, da es sich um rechtlich getrennte Steuersubjekte handelt. Nimmt der Sitzkanton eines verbundenen Unternehmens eine Primärberichtigung vor, d.h. korrigiert er den steuerbaren Gewinn des steuerpflichtigen Unternehmens aufgrund einer verdeckten Gewinnausschüttung, so kann es – ohne eine entsprechende Gegenberichtigung durch den Sitzkanton des anderen verbundenen Unternehmens – zu einer doppelten Besteuerung der durch die verdeckte Gewinnausschüttung verschobenen Gewinnkomponente kommen.⁴⁵¹ Fraglich ist nun, ob die wirtschaftliche Doppelbesteuerung aufgrund des Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV verboten ist.

Gemäss (neuerer) bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Identität des Steuersubjekts keine «allgemeine und unbedingte Voraussetzung der Doppelbesteuerung»⁴⁵². So kann das verfassungsmässige Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung nach Art. 127 Abs. 3 BV auch auf einen wirtschaftlichen Doppelbesteuerungstatbestand angewandt werden, bei dem zwischen den beiden betroffenen Steuersubjekten ein enger rechtlicher und wirtschaftlicher

⁴⁴⁹ *Für das interkantonale Verhältnis* ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 11 (*insb.* FN 35 für die Identität des Steuerobjekts). *Für das internationale Steuerrecht* MATTEOTTI/HORN, Komm. InStR, Einleitung N 46; SCHAUMBURG, N 15.3 f.; LEHNER, in: VOGEL, DBA, Grundlagen N 9. Die Identität des Steuerobjekts muss dabei nicht streng juristisch, sondern vielmehr wirtschaftlich ausgelegt werden. So ist die Identität des Steuerobjekts unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gegeben, wenn zwei Steuerhoheiten die gleiche Ertragskomponente besteuern (vgl. MATTEOTTI/HORN, Komm. InStR, Einleitung N 18; SCHAUMBURG, N 15.3).

⁴⁵⁰ MATTEOTTI/HORN, Komm. InStR, Einleitung N 19; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, § 3 N 25; *für das internationale Steuerrecht*: SCHAUMBURG, N 15.4; JACOBS, 4; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Grundlagen N 9.

⁴⁵¹ BARTHOLET, 8 f.; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendung, 640; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 8 f.

⁴⁵² Vgl. BGE 115 Ia 157 = Pra 79 (1990) Nr. 218, E.2.; BGer vom 9.07.1999 = STE 1999 A 24.34 Nr. 3, E.1.b) cc); vgl. auch HÖHN/MÄUSLI, § 2 N 8e (die Autoren nennen diese bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Ausweitung des Begriffs der unzulässigen Doppelbesteuerung); MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, § 3 N 24; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 10.

Zusammenhang besteht.⁴⁵³ Dabei schliesst das BGer hinsichtlich der wirtschaftlichen Doppelbelastung eine besondere wirtschaftliche Verbundenheit und damit die Anwendung von Art. 127 Abs. 3 BV aus, da es an der Identität des Steuerobjekts mangelt.⁴⁵⁴

Bei der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung liegt hingegen keine vom Gesetzgeber explizit gewollte doppelte Besteuerung vor.⁴⁵⁵ Es muss entsprechend beurteilt werden, inwieweit verbundene Unternehmen dem Erfordernis der besonderen wirtschaftlichen Verbundenheit genügen und wann eine Aufrechnung einer verdeckten Vorteilszuwendung durch einen Kanton aufgrund von Art. 127 Abs. 3 BV eine Gegenberichtigung des anderen beteiligten Kantons nach sich ziehen muss.⁴⁵⁶ Das BGer hat sich in zwei Entscheiden zur Anwendbarkeit des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbot auf einen Tatbestand der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung geäußert.⁴⁵⁷ Dabei kam es zum Schluss, dass bei Vorliegen einer aktuellen wirtschaftlichen Doppelbesteuerung zweier verbundener Unternehmen trotz Fehlen der Identität des Steuerobjekts eine Anwendung des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbot angebracht ist.⁴⁵⁸ Als Voraussetzungen der Anwendung des interkantonalen

⁴⁵³ LOCHER/LOCHER, §1, II A Nr. 5, 14, 19 *sowie* 21; DIES., §8, III C Nr. 2; HÖHN/MÄUSLI, §4 N 1 f.; VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 79; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 10. Auch im internationalen Steuerrecht wird argumentiert, dass bei der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung die Identität des Steuerobjekts in einem wirtschaftlichen Sinne verstanden wird (SCHAUMBURG, N 15.8).

⁴⁵⁴ BGE 115 Ia 157, E. 3.c) (= ASA 58, 612 ff.; Pra 79 (1990) Nr. 218; LOCHER/LOCHER, §8, C III, Nr. 1); LOCHER/LOCHER, §1, II C, Nr. 1, 2 *sowie* 3; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 10; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §3 N 21 *sowie* 26. Das BGer hat die enge wirtschaftliche Verbundenheit verneint, indem es die Aktiengesellschaft als einen «von der Person des Teilhabers unabhängige[n] juristische[n] und wirtschaftliche[n] Organismus» beschreibt (vgl. LOCHER/LOCHER, §1, II C, Nr. 1).

⁴⁵⁵ *So auch* REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 650.

⁴⁵⁶ *Vgl. auch* BGE 115 Ia 157, E.3.e) (= StE 1999 A 24.34 Nr. 3). Es geht mithin um die Frage, wann den Steuerpflichtigen der Weg an das BGer zur Erhebung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gestützt auf Art. 127 Abs. 3 BV zusteht, um die Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung durch eine Gegenberichtigung zu erwirken. *Für weitere Hinweise zu verfahrensrechtlichen Aspekten der Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung vgl.* STADELMANN, 186 ff. *sowie* DE VRIES REILINGH, Beschwerde ans BGer, 192 ff.

⁴⁵⁷ BGE 115 Ia 157 = ASA 58, 612 ff.; Pra 79 (1990) Nr. 218 = LOCHER/LOCHER, §8, C III, Nr. 1) *sowie* BGer vom 9. Juli 1999 = StE 1999 A 24.34 Nr. 3 = LOCHER/LOCHER, §8, C III, Nr. 2.

⁴⁵⁸ BGE 115 Ia 157, E.3.g) (= Pra 79 (1990) Nr. 218) *sowie* BGE 115 Ia 157, E.1.b) cc); *vgl.* ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 11 f. *m.w.H.*

Doppelbesteuerungsverbot auf verbundene Unternehmen nannte es das Vorliegen der Steuerobjektidentität sowie der effektiven doppelten Besteuerung (sog. aktuelle Doppelbesteuerung)⁴⁵⁹ durch zwei kantonale Hoheitsträger.

Die Identität des Steuerobjekts ist gegeben, wenn es sich um ein und denselben Ertrag handelt, welcher bei zwei verbundenen Steuerpflichtigen der direkten Besteuerung unterworfen wird.⁴⁶⁰ So wird die Ertragskomponente beim die verdeckte Vorteilszuwendung erhaltenden Unternehmen als Gewinn versteuert, während dieselbe Ertragskomponente beim ausrichtenden Unternehmen als verdeckte Gewinnausschüttung dem steuerbaren Gewinn hinzugerechnet wird. Die aufgrund der geldwerten Leistung verschobene Gewinnkomponente wird dabei von zwei Steuerhoheiten mit der Gewinnsteuer belastet. Die Identität des Steuerobjekts ist bei einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung daher aufgrund verdeckter Vorteilszuwendung grundsätzlich gegeben.

Bei den oben zitierten Entscheiden kam das BGER zum Schluss, dass die Steuerpflichtigen sich mangels einer aktuellen Doppelbesteuerung nicht auf das interkantonale Doppelbesteuerungsverbot berufen können.⁴⁶¹ Damit hat sich das BGER klar gegen eine Anwendbarkeit von Art. 127 Abs. 3 BV auf den Tatbestand einer virtuellen wirtschaftlichen Doppelbesteuerung ausgesprochen. Ausserdem hat sich das BGER damit bis dato nicht zur Frage der Methode zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung sowie den damit einhergehenden verfahrensrechtlichen Aspekten geäußert, da es bisher noch bei keinem Fall die Anwendung von Art. 127 Abs. 3 BV aufgrund einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bejaht hat.⁴⁶²

⁴⁵⁹ LOCHER/LOCHER, §8, III C, Nr. 1 und 2. Gemäss BGER fehle es dann an einer effektiven Doppelbesteuerung, wenn die Höhe des im Rahmen der Primärberichtigung aufgerechneten Gewinns nicht die Höhe des von der begünstigten Schwestergesellschaft besteuerten Gewinns erreicht (LOCHER/LOCHER, §8, III C, Nr. 1 = Pra 79 (1990) Nr. 218). Im zitierten Entscheid des BGER wurde die die verdeckte Vorteilszuwendung empfangende Gesellschaft als Domizilgesellschaft im Kanton Zug besteuert, wodurch die bei der leistenden Gesellschaft aufgerechnete Gewinnkomponente aufgrund des kantonalen Steuerprivilegs keiner direkten Besteuerung durch die Kantons- und Gemeindesteuer im Kanton Zug bei der empfangenden Gesellschaft zugeführt wurde.

⁴⁶⁰ ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 12.

⁴⁶¹ BGE 115 Ia 157, E.5. (= Pra 79 (1990) Nr. 218). Im Entscheid vom 9. Juli 1999 kam das BGER zum Schluss, dass kein identisches Steuerobjekt vorläge, da in einem Kanton der Buchgewinn besteuert wurde, während im anderen Kanton der Grundstückgewinn aus dem Grundstückverkauf der Besteuerung unterworfen wurde (vgl. BGER vom 9. Juli 1999 (= StE A 24.34 Nr. 3), E. 1. b) dd)).

⁴⁶² ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 12.

2. *Funktion der Gewinn- und Kapitalabgrenzung für die Vermeidung der Doppelbesteuerung*

2.1. **Im Einheitsunternehmen**

Im interkantonalen Verhältnis soll die Doppelbesteuerung im Einheitsunternehmen durch die ausschliessliche Zuweisung der Besteuerungsbefugnis an einem Steuerobjekt verhindert werden. Die Anwendung dieser sog. unbedingten Freistellungsmethode macht eine umfassende Abgrenzung der Steuerhoheiten notwendig. Die durch das BGER entwickelten Zuteilungsnormen⁴⁶³ weisen sowohl dem Sitzkanton als auch dem Betriebsstättenkanton das Besteuerungsrecht am Gewinn sowie Kapital des Einheitsunternehmens «dem Grunde nach» zu und können dementsprechend die interkantonale Doppelbesteuerung allein nicht vermeiden. Für die umfassende Abgrenzung der Steuerhoheiten und damit die effektive Vermeidung der Doppelbesteuerung ist eine zahlenmässige Festlegung der Anteile am Gesamtgewinn sowie Gesamtkapital für jeden beteiligten Kanton vorzunehmen.⁴⁶⁴ Diese Abgrenzung «der Höhe nach» wird durch die Gewinn- und Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen vollzogen. Sie bezieht sich dabei auf alle negativen und positiven Elemente des Steuerobjekts.⁴⁶⁵ Das BGER hat über die letzten Jahrzehnte durch seine Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV die für die Kantone massgeblichen Richtlinien für die Abgrenzung «der Höhe nach» im Einheitsunternehmen für die Kantone verbindlich festgelegt.

⁴⁶³ Kollisions- bzw. Zuteilungsnormen teilen ein gewisses Steuerobjekt einem Steuerdomizil und damit einem kantonalen Hoheitsträger zur Besteuerung zu (vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER, 118 sowie 120; HÖHN/MÄUSLI, §3 N 12; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §30 N 16 sowie N 44). Sie haben aufgrund der Entwicklung durch das BGER für die Kantone absolute Geltung. Allerdings zeitigen die Kollisionsnormen lediglich negativen Charakter, d.h. sie beschränken nur das Besteuerungsrecht der Kantone, können aber nicht die Grundlage der kantonalen Besteuerung bilden. Der Besteuerungsanspruch muss sich aus dem jeweiligen kantonalen Steuergesetz ergeben (vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER, 116).

⁴⁶⁴ MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §22 N 1; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §30 N 44; HÖHN/MÄUSLI, §5 N 1; LOCHER, Einführung, 21; VALLENDER, Steuer-Lexikon 3, 375.

⁴⁶⁵ HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §31 N 6; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §23 N 2 f.; BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.6.

2.2. Bei verbundenen Unternehmen

Bei verbundenen Unternehmen werden der Gewinn und das Kapital bereits durch die Anwendung des Trennungsprinzips i.V.m. dem Massgeblichkeitsprinzip zwischen den teilnehmenden Kantonen aufgeteilt.⁴⁶⁶ Jede Konzerngesellschaft kann aufgrund ihrer selbständigen Rechtspersönlichkeit Eigentümer von Vermögenswerten sein, Kapital aufnehmen und mit anderen Rechtssubjekten gültige vertragliche Leistungsbeziehungen eingehen. Damit weisen die zivil- und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft dieser bereits den Gewinn sowie das Kapital zu, welches von ihrem Sitzkanton zur Besteuerung herangezogen werden kann. Die schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Leistungsbeziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen sowie Leistungsbeziehungen der jeweiligen Konzerngesellschaft mit unabhängigen Dritten bilden aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips die Grundlage der Gewinn- und Kapitalabgrenzung im Konzern – vorausgesetzt diese Leistungsbeziehungen sind handelsrechtskonform ausgestaltet und verbucht.

Bei Vorliegen einer geldwerten Leistung kann die massgebliche Jahresrechnung aufgrund von Art. 24 Abs. 1 StHG durch eine Primärberichtigung korrigiert werden. Ausserdem kann die für eine Konzerngesellschaft gewählte Finanzierungsstruktur auf Grundlage des Tatbestands des verdeckten Eigenkapitals nach Art. 29a StHG für Kapitalsteuerzwecke missachtet werden.⁴⁶⁷ Es handelt sich um eine Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips⁴⁶⁸, wodurch die durch das Trennungsprinzip erreichte Zuweisung von Gewinn und Kapital «aufgeweicht» wird. Es entsteht das Risiko einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung. Diese Doppelbesteuerung kann nicht – wie im Einheitsunternehmen – durch die unbedingte Freistellungsmethode vermieden werden.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶ BARTHOLET, 4.

⁴⁶⁷ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.e (S. 140) *m.w.H. zum verdeckten Eigenkapital*. Aufgrund der Eingebundenheit der Konzerngesellschaft in die Konzernstruktur wird die Finanzierungsstruktur von der Obergesellschaft beeinflusst bzw. bestimmt. Die Kapitalausstattung eines verbundenen Unternehmens muss dabei in keinem Fall der wirtschaftlich notwendigen Kapitalstruktur entsprechen. Dementsprechend muss die Finanzierungsstruktur eines verbundenen Unternehmens durch die Kapitalabgrenzung verprobt werden.

⁴⁶⁸ BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 156.

⁴⁶⁹ Für das internationale Steuerrecht schliesst der OECD Musterkommentar eine Anwendung von Art. 23A und 23B OECD-MA für die wirtschaftliche Doppelbesteuerung nach Art. 9 OECD-MA explizit aus (OECD, MK 2017, Art. 23A/23B Ziff. 2). Im innerschweizerischen Verhältnis wäre zwar noch eine Anrechnung bzw. Freistellung der durch die Primärberichtigung zusätzlich erhobenen Gewinnsteuern im anderen Kanton möglich (vgl. BARTHOLET, 9; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 14 f.). Dies ist allerdings mangels einer gesetzlichen Grundlage ausgeschlossen.

Im Falle einer Primärberichtigung kann die drohende wirtschaftliche Doppelbesteuerung nur durch eine entsprechende Gegenberichtigung des Kantons vermieden werden, in dem das die geldwerte Leistung empfangende verbundene Unternehmen seinen Sitz hat.⁴⁷⁰

Die Abgrenzung «der Höhe nach» zielt bei verbundenen Unternehmen darauf ab, für konzerninterne Leistungsbeziehungen ein Entgelt zu identifizieren, welches von den Steuerbehörden anerkannt wird und nicht dem Risiko unterliegt, als geldwerte Leistung eingestuft und korrigiert zu werden. Für den Steuerpflichtigen soll die steuerrechtlich korrekte Gewinn- und Kapitalabgrenzung somit Sicherheit vor einer Primärberichtigung und damit vor einer drohenden wirtschaftlichen Doppelbesteuerung gewährleisten. Den Steuerbehörden dient die Gewinn- und Kapitalabgrenzung zur Verprobung der Verrechnungspreise und zur Identifizierung einer allfälligen Gewinnverschiebung durch geldwerte Leistungen innerhalb des Konzerns.

3. *Durchsetzbarkeit der harmonisierten Normen zur interkantonalen Gewinn- und Kapitalabgrenzung – Anwendbarkeit von Art. 127 Abs. 3 BV auf die wirtschaftliche Doppelbesteuerung*

Ein entscheidender Erfolgsfaktor der Gewinn- und Kapitalabgrenzung im interkantonalen Verhältnis für die Vermeidung einer Doppelbesteuerung ist die einheitliche Anwendung der Abgrenzungsregeln durch die beteiligten kantonalen Steuerhoheiten.⁴⁷¹ Dies beinhaltet zunächst das Vorliegen harmonisierter Abgrenzungsregeln, welche aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV für die Ausscheidung im Einheitsunternehmen sowie zur Definition von geldwerten Leistungen für die Abgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen gegeben sind. Harmonisierte Abgrenzungsregeln können allerdings nur dann eine interkantonale Doppelbesteuerung effektiv vermeiden,

⁴⁷⁰ ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 13; BORSTELL/DWORACZEK, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N B.18. Bei der Gegenberichtigung wird der steuerbare Gewinn der die geldwerte Leistung empfangenden Gesellschaft derart berichtigt, wie der steuerbare Gewinn der Gesellschaft ohne Ausrichtung der geldwerten Leistung gewesen wäre (BARTHOLET, 149; BORSTELL/DWORACZEK, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N B.18 f.). Die Gegenberichtigung muss eine direkte Folge der Primärberichtigung sein. Primär- und Gegenberichtigung müssen dabei den gleichen Betrag, d.h. dasselbe Ausmass, aufweisen (BRÜLISAUER/MÜHLEMANN/KUHN/DIETSCH, Komm. DBG, Art. 58 N 345; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 13 f.).

⁴⁷¹ So auch OECD, TP-GL, N 4.3.

wenn sie gegenüber den kantonalen Steuerhoheiten durchgesetzt werden können. Dies ist bei Doppelbesteuerungen im Einheitsunternehmen aufgrund der expliziten Anwendung von Art. 127 Abs. 3 BV und des damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Schutzes vor einer rechtlichen Doppelbesteuerung gegeben.

Hinsichtlich der Durchsetzung der harmonisierten Abgrenzungsnormen zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung im Konzern stellt sich die Sachlage aufgrund der umstrittenen Anwendbarkeit des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV allerdings anders dar. Nimmt nun ein Kanton eine aufgrund bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 1 StHG gerechtfertigte Primärberichtigung vor, so stellt sich die Frage, ob der Kanton, in dem die die geldwerte Leistung empfangende Gesellschaft ansässig ist, aufgrund der Anwendung von Art. 127 Abs. 3 BV zu einer Gegenberichtigung gezwungen ist. Dies insoweit, als die Primärberichtigung durch den anderen Kanton rechtmässig und damit aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 1 StHG vorgenommen wurde. Bei einer Anwendung des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots auf die wirtschaftliche Doppelbesteuerung könnten die von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung betroffenen Steuerpflichtigen ihr verfassungsmässiges Recht auf Vornahme einer entsprechenden Gegenberichtigung letztinstanzlich aufgrund der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem BGer geltend machen.⁴⁷²

Wie oben dargestellt, bejaht das BGer die Anwendbarkeit von Art. 127 Abs. 3 BV bei Vorliegen einer aktuellen wirtschaftlichen Doppelbesteuerung.⁴⁷³ Auch in der Lehre wird namentlich durch ZUCKSCHWERDT/MEUTER sowie REICH postuliert, das verfassungsmässige Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung sei auch auf die wirtschaftliche Doppelbesteuerung anwendbar.⁴⁷⁴ ZUCKSCHWERDT/MEUTER leiten aus den beiden oben zitierten Entscheiden des BGer sowie der gesetzlichen Verankerung der Gegenberichtigung bei Unternehmen im öffentlichen Interesse nach Art. 24 Abs. 5 StHG ab, dass eine Verweigerung des Rechts auf Gegenberichtigung gestützt auf Art. 127 Abs. 3 BV

⁴⁷² Damit die steuerpflichtige Person an das BGer mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gelangen kann, muss der Entscheid einer letzten kantonalen Instanz vorliegen (STADELMANN, 184; REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 650 [zu Art. 46 Abs. 2 aBV]; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil II, 80). Vgl. STADELMANN, 183 ff. *m.w.H. zu den verfahrensrechtlichen Aspekten einer solchen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das BGer*.

⁴⁷³ Vgl. Abschnitt IV.B.1.2 (S. 100).

⁴⁷⁴ Weitere zustimmende Stimmen BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 160 sowie 291 f.

gegen das Rechtsgleichheitsverbot verstossen würde und damit verfassungswidrig wäre.⁴⁷⁵

REICH stützt seine Befürwortung der Anwendbarkeit des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots bei Gewinnverlagerungen zwischen verbundenen Unternehmen auf das Argument, dass die vom Gesetzgeber gewollte wirtschaftliche Doppelbelastung von erwirtschafteten und ausgeschütteten Gewinnen nur auf den Tatbestand der Ausschüttung an den Aktionär als natürliche Person zutrifft und nicht auf Gewinnverschiebungen zwischen Konzerngesellschaften. Durch eine doppelte Besteuerung desselben Gewinns bei zwei verbundenen Unternehmen würde der Aktionär, welcher die Anteilsrechte an der Konzernmuttergesellschaft hält, eine doppelte steuerliche Belastung des noch nicht an ihn ausgeschütteten Gewinns erfahren.⁴⁷⁶ Zwar sei für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Steuersubjekts die Sphärenrennung zwischen den einzelnen Steuersubjekten aufgrund des Trennungsprinzips zu beachten und es sei nicht ohne Not vom Trennungsprinzip abzuweichen. Gleichzeitig ist der Gewinnbegriff allerdings ein wirtschaftlicher Terminus. Bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns müssten deshalb die Beteiligungsverhältnisse und die Konzernrealität berücksichtigt werden.⁴⁷⁷ Entsprechend sei die Leistungsfähigkeit einer juristischen Person auch mit Blick auf ihre Beteiligungsverhältnisse und Einbettung in eine Konzernstruktur zu analysieren. Dabei müsse die doppelte Besteuerung von Gewinnverschiebungen zwischen verbundenen Unternehmen klar von der wirtschaftlichen Doppelbelastung von erwirtschaftetem sowie ausgeschüttetem Gewinn abgegrenzt werden. Zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bei verbundenen Unternehmen muss gemäss REICH trotz zivil- und steuerrechtlichem Trennungsprinzip aufgrund der engen wirtschaftlichen Beziehung zwischen den Konzerngesellschaften eine Anwendung

⁴⁷⁵ ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 12 f., schliessen dabei zunächst eine analoge Anwendbarkeit von Art. 58 Abs. 3 DBG auf nicht gemischtwirtschaftliche Unternehmen aus, kommen aber gleichzeitig zum Schluss, dass eine Verweigerung von Gegenberichtigungen bei nicht gemischtwirtschaftlichen Unternehmen aufgrund von Art. 58 Abs. 3 DBG rechtswidrig und verfassungswidrig ist.

⁴⁷⁶ REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 650.

⁴⁷⁷ REICH, Steuerrecht, §18 N 3 f. sowie 9. Gemäss REICH muss bei der Bewertung der Leistungsfähigkeit einer juristischen Person immer eine holistische Betrachtung vorgenommen werden, indem der Reingewinn der juristischen Person wirtschaftlich der Leistungsfähigkeit der an ihr beteiligten natürlichen Personen zugerechnet wird (REICH, Steuerrecht, §18 N 3).

von Art. 127 Abs. 3 BV aufgrund des einheitlichen Steuersubjekts bejaht werden.⁴⁷⁸

Der Argumentation von REICH ist nach Auffassung der Autorin zuzustimmen. Ausgangspunkt der Diskussion sollte die steuerrechtliche Motivation zur Primärberichtigung sein. Die steuerrechtlichen Korrektornormen in Art. 24 Abs. 1 StHG verhindern bzw. korrigieren eine unrechtmässige Gewinnverschiebung zwischen verbundenen Unternehmen. Verbundene Unternehmen werden durch diesen Korrekturmechanismus veranlasst, wie Dritte untereinander Geschäfte abzuschliessen.⁴⁷⁹ Durch die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach Art. 24 Abs. 1 StHG wird eine konsequente Trennung der Sphären der Steuersubjekte (Trennungsprinzip) vollzogen. Dies dient der Umsetzung des verfassungsmässigen Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch die kantonalen Steuerhoheiten.⁴⁸⁰ Aus dem Trennungsprinzip ergibt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Leistungsfähigkeit grundsätzlich für jedes Steuersubjekt getrennt zu ermitteln ist. Deshalb soll auch die Frage, ob eine geldwerte Leistung im Einzelfall vorliegt, aus der Perspektive des leistenden Unternehmens beurteilt werden.⁴⁸¹ Die von REICH geforderte Gesamtbetrachtung der Leistungsfähigkeit des Konzerns lässt sich nach Auffassung der Autorin mit dieser Zielsetzung durchaus vereinbaren. Nur durch den Nachvollzug der Primärberichtigung durch eine korrespondierende Gegenberichtigung beim die geldwerte Leistung empfangenden Unternehmen kann das Trennungsprinzip vollzogen werden. Wird die Gegenberichtigung unterlassen, wird die klare Trennung zwischen den verbundenen

⁴⁷⁸ REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 650 f. REICH bejaht das Vorliegen der Identität des Steuersubjekts auch damit, dass zuletzt der Aktionär der Konzernmuttergesellschaft doppelt besteuert wird, wodurch die Einheit des Steuersubjekts in der Person des Aktionärs erfüllt ist (REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, 650).

⁴⁷⁹ REICH, Steuerrecht, §18 N 7; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 199; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Komm. DBG, Art. 58 N 226.

⁴⁸⁰ Art. 24 Abs. 1 StHG gewährt den Kantonen Spielraum für die Umsetzung der Reingewinnermittlung bei juristischen Personen im kantonalen Recht. Die Einhaltung des Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nach Art. 127 Abs. 2 BV ist dabei aber von den Kantonen zwingend zu gewährleisten.

⁴⁸¹ Das Steuersubjekt hat im Sinne eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers bei seinen Geschäften die eigene Gewinnmaximierung anzustreben. Diese verobjektivierte Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsführers wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann verletzt, wenn das zwischen Leistung und Gegenleistung bestehende Missverhältnis sich nicht mit sachgemäßem Geschäftsgerebahren vereinbaren lässt (BGE 113 Ib 23, E.2.c; BGer vom 29.2.2002, 2P.153/2002, E.3.2.; vgl. auch BARTHOLET, 66 ff.; BRÜLISAUER/MÜHLEMANN, Komm. DBG, Art. 58 N 186).

Unternehmen ja gerade aufgehoben und eine eindeutige Zuordnung der Gewinnkomponente zwischen den Konzerngesellschaften unterlassen. Die Pflicht zum Nachvollzug einer rechtmässigen Primärberichtigung durch den Kanton, in welchem die die geldwerte Leistung empfangende Gesellschaft ansässig ist, dient gerade dem Vollzug des Trennungsprinzips. Bei Vorliegen einer aktuellen wirtschaftlichen Doppelbesteuerung ist die Gegenberichtigung aufgrund der Qualifikation als verfassungswidrige Doppelbesteuerung angezeigt.

Wird diese Argumentation konsequent weitergeführt, ergibt sich ausserdem, dass zu einem effektiven Vollzug des Trennungsprinzips eine Gegenberichtigung auch bei virtueller wirtschaftlicher Doppelbesteuerung verfassungsrechtlich verpflichtend wäre.⁴⁸² Im internationalen Verhältnis setzt die Berichtigungsklausel in Art. 9 OECD-MA die Durchsetzung des Drittvergleichs kollisionsrechtlich um, indem ein über die Grenze verschobener Gewinnanteil ausschliesslich von der Steuerhoheit, in welcher die die geldwerte Leistung ausrichtende Steuerpflichtige ihren Sitz hat, besteuert werden kann.⁴⁸³ Der andere Staat hat die über die Grenze verschobene Gewinnkomponente von der Besteuerung auszunehmen, indem er eine korrespondierende Gegenberichtigung vornimmt.⁴⁸⁴ Dies gilt auch, wenn die Gewinnkomponente im Staat, welcher die Primärberichtigung vornimmt, keiner effektiven Besteuerung zugeführt wird.⁴⁸⁵ Eine solche virtuelle wirtschaftliche Doppelbesteuerung kann

⁴⁸² Vgl. auch BARTHOLET, 145.

⁴⁸³ Der Staat, in welchem die die geldwerte Leistung ausrichtende Gesellschaft ansässig ist, darf gemäss Art. 9 Abs. 1 OECD-MA die verschobene Gewinnkomponente besteuern, soweit diese nicht dem Fremdvergleich standhält (OECD, MK 2017, Art. 9 N 2).

⁴⁸⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2 OECD-MA. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine automatisch vorzunehmende Gegenberichtigung. Vielmehr muss der andere Staat nur dann eine Gegenberichtigung vornehmen, wenn er mit der Aufrechnung sowie der Höhe der geldwerten Leistung einverstanden ist (OECD, MK 2017, Art. 9 N 6). Die von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung betroffenen Steuerpflichtigen besitzen kein Recht auf eine automatische Gegenberichtigung, sondern lediglich das Recht nach Art. 25 OECD-MA auf Durchführung eines Verständigungsverfahrens durch die beiden Steuerhoheiten (OECD, MK 2017, Art. 9 N 6.1 sowie Art. 25 N 11; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 2 sowie 91 ff.; BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 293).

⁴⁸⁵ Das Verständigungsverfahren nach Art. 25 Abs. 1 OECD-MA steht der steuerpflichtigen Person in allen Fällen zu, in denen Massnahmen einer Steuerhoheit oder beider Steuerhoheiten zu einer Besteuerung führen, welche dem Abkommen nicht entspricht. Indem Art. 9 Abs. 1 OECD-MA das Besteuerungsrecht an der in einen Vertragsstaat verschobenen Gewinnkomponente dem anderen Vertragsstaat, in welchem die die geldwerte Leistung ausrichtende Gesellschaft ansässig ist, zuspricht, verstösst eine nicht vorgenommene Gegenberichtigung gegen das OECD-MA, auch wenn die Besteuerung im anderen Vertragsstaat ausbleibt.

namentlich aufgrund von Steuerprivilegien der die geldwerte Leistung ausrichtenden Gesellschaft entstehen.⁴⁸⁶ Nach Meinung der Autorin kann die Abgrenzung der Besteuerungsgrundlagen zwischen verbundenen Unternehmen im Sinne des Trennungsprinzips nur durch die Vornahme der Gegenberichtigung bei Vorliegen einer aktuellen sowie virtuellen wirtschaftlichen Doppelbesteuerung effektiv umgesetzt werden.

Als Konsequenz der Anwendbarkeit des verfassungsmässigen Doppelbesteuerungsverbots nach Art. 127 Abs. 3 BV könnten sich die von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung betroffenen Steuerpflichtigen mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten letztinstanzlich an das BGer wenden.⁴⁸⁷

4. *Zwischenfazit*

Bei der Gegenüberstellung der Aufbau- und Ablaufstruktur der Universalbank fällt auf, dass die Geschäftstätigkeit mehrheitlich von selbständigen Gruppen-gesellschaften oder durch rechtlich unselbständige Zweigniederlassungen i.d.R. in der ganzen Schweiz ausgeübt wird. Diese Kantons Grenzen überschreitende Leistungserstellung der Schweizer Banken bedingt die Notwendigkeit der Gewinn- und Kapitalabgrenzung zwischen den kantonalen Hoheitsträgern, um eine Doppelbesteuerung des Bankinstituts zu vermeiden.

Es wurde gezeigt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen bei der Gewinn- und Kapitalabgrenzung existiert. Diese Unterschiede ergeben sich aus dem Trennungsprinzip. Verbundene Unternehmen werden als eigenständige Rechts- und Steuersubjekte behandelt, während die Betriebsstätte zivil- und steuerrechtlich als unselbständiger Teil des Einheitsunternehmens gilt. Aufgrund des Realisationsprinzips⁴⁸⁸, welches durch die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Gewinnermittlung nach Art. 24 Abs. 1 StHG zu berücksichtigen ist, werden die Rechts- und Haftungssphären zwischen den eigenständigen Rechtssubjekten für steuerliche Zwecke getrennt. Dies führt zu einer divergierenden Behandlung der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens bei der Gewinnermittlung.

Auch hinsichtlich der Vermeidung der Doppelbesteuerung präsentieren sich für Betriebsstätten und verbundene Unternehmen unterschiedliche Ausgangslagen. Es konnte zwar gezeigt werden, dass das interkantonale Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV auf Tatbestände der geldwerten Leistung

⁴⁸⁶ BARTHOLET, 147 *m.w.H.*

⁴⁸⁷ *Vgl. FN 472 m.w.H.*

⁴⁸⁸ *Vgl. FN 421 m.w.H.*

zwischen verbundenen Unternehmen angewendet werden kann. Das Leistungsfähigkeitsprinzip nach Art. 127 Abs. 2 BV bezieht sich aufgrund des Trennungsprinzips aber weiterhin nur auf das einzelne Steuersubjekt. Für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des einzelnen Steuersubjekts muss allerdings eine Gesamtbetrachtung der gesellschaftsrechtlichen und schuldrechtlichen Einbettung der steuerpflichtigen Gesellschaft vorgenommen werden. Nur so können Leistungsfähigkeitsprinzip und Trennungsprinzip effektiv umgesetzt werden. Aufgrund des Trennungsprinzips gestaltet sich auch der Mechanismus der Vermeidung einer Doppelbesteuerung verschieden: Während bei Betriebsstätten die Doppelbesteuerung aufgrund der Freistellungsmethode vermieden werden kann, muss bei verbundenen Unternehmen die aus der Primärberichtigung des einen Kantons resultierende Doppelbesteuerung durch eine Gegenberichtigung des anderen Kantons vermieden werden.

Die Unterschiede bei der Gewinnermittlung sowie bei der Vermeidung der Doppelbesteuerung wirken sich auf die Gewinn- und Kapitalausscheidung aus. Diese Auswirkungen werden im Folgenden dargestellt.

C. Methoden der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung

1. Anforderungen an die Abgrenzungsmethode

1.1. Prinzipielle Anforderungen an die Abgrenzungsmethode

Die Gewinn- und Kapitalabgrenzung dient der Vermeidung einer verfassungswidrigen Doppelbesteuerung⁴⁸⁹ der Steuerbemessungsgrundlage, welche aus einer mehrfachen Zuweisung von Steuersubstrat zu verschiedenen Steuerhoheiten entsteht. Eine Doppelbesteuerung kann nur dann vermieden werden, wenn die Abgrenzungsregeln das Steuersubstrat nicht mehrfach den Steuerhoheiten zuweisen.⁴⁹⁰ Die Doppelbesteuerung eines Steuerpflichtigen verstösst aber nicht nur gegen das verfassungsmässige Doppelbesteuerungsverbot, son-

⁴⁸⁹ Vgl. Abschnitt IV.B.1 (S. 98).

⁴⁹⁰ Dies bedeutet für die Anwendung der quotenmässigen Zuteilungsmethode, dass die Quotensumme von 100% nicht überschritten werden darf (LOCHER/LOCHER, §8, II C, 1b Nr. 9; BLUMENSTEIN/LOCHER, 128). Für die Vermeidung der Doppelbesteuerung bei verbundenen Unternehmen muss der verfahrensrechtliche Nachvollzug einer gerechtfertigten Primärberichtigung durch den anderen Kanton im Sinne einer Gegenberichtigung gewährleistet sein (vgl. hierzu Abschnitt IV.B.2.2 (S. 105)).

dern auch gegen das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁴⁹¹ Um diesem Grundsatz der Steuergerechtigkeit⁴⁹² Rechnung zu tragen, darf eine steuerpflichtige Person nur im Masse der ihr zur Verfügung stehenden Mittel besteuert werden.⁴⁹³ Bezieht sich die wirtschaftliche Tätigkeit eines Steuerpflichtigen nun aber nicht nur auf das Gebiet einer Steuerhoheit, kann das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht isoliert auf einzelne Steuerhoheiten angewendet werden, sonst käme es zu einer realitätswidrigen Abbildung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen. Vielmehr gilt als Bemessungsgrundlage der Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen das Gesamteinkommen.⁴⁹⁴ Aufgrund des Trennungsprinzips wird die Leistungsfähigkeit grundsätzlich für jedes Steuersubjekt getrennt ermittelt.⁴⁹⁵ Ziel der Gewinn- und Kapitalausscheidung im innerschweizerischen Verhältnis ist deshalb die realitätsgetreue Abbildung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen auch über Kantonsgrenzen hinweg.⁴⁹⁶

Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dient bei Unternehmen auch der wettbewerbsneutralen Besteuerung. Eine gleich hohe Leistungsfähigkeit zweier Unternehmen soll auch einer gleichen Steuerlast unterliegen, da sonst ein Unternehmen aufgrund einer bevorteilenden Besteuerung auf dem Markt bessergestellt wird.⁴⁹⁷ Im interkantonalen Kontext bedeutet eine wettbewerbsneutrale Besteuerung, dass der grenzüberschreitende Wirtschaftsverkehr aufgrund der Besteuerung der Unternehmen nicht erschwert oder eingeschränkt wird. Ein grenzüberschreitend tätiges Unternehmen darf dabei weder einer bevorteilenden noch einer schlechterstellenden Besteuerung unterworfen

⁴⁹¹ Sog. Leistungsfähigkeitsprinzip; vgl. Art. 127 Abs. 2 BV; vgl. TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 480. Zur Anwendbarkeit des Leistungsfähigkeitsprinzips auf juristische Personen vgl. TIPKE, Steuerrechtsordnung II, 1173 f. *m.w.H.*

⁴⁹² Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist der zentrale Massstab «für eine rechtsgleiche und willkürfreie Besteuerung» (vgl. REICH, Steuerrecht, §4 N 139; vgl. auch TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 483 f.).

⁴⁹³ BEHNISCH, BSK-BV, Art. 127 N 35; VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 23; TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 479.

⁴⁹⁴ TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 522.

⁴⁹⁵ Vgl. hierzu Abschnitt IV.A.3.2 (S. 93) *m.w.H.*

⁴⁹⁶ Vgl. ANDRESEN, 19 sowie TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 522 f. für das internationale Steuerrecht.

⁴⁹⁷ VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 48 ff.; BEHNISCH, BSK-BV, Art. 127 N 23; ZIEHR, 21 f.; ANDRESEN, 18.

werden – verglichen mit einem Unternehmen, welches seine Geschäftstätigkeit auf das Gebiet eines Kantons beschränkt.⁴⁹⁸

Ein weiteres bei der Gewinn- und Kapitalabgrenzung zu beachtendes, steuerrechtliches Prinzip ist das Äquivalenzprinzip.⁴⁹⁹ Während das Leistungsfähigkeitsprinzip die Höhe des abzugrenzenden Gewinns betrifft, definiert das Äquivalenzprinzip, welche Steuerhoheit das Steuersubstrat besteuern darf (sog. Verteilungsgerechtigkeit).⁵⁰⁰ Das Äquivalenzprinzip wird vom Gedanken getragen, dass der am wirtschaftlichen Verkehr eines Staates teilnehmende Steuerpflichtige staatliche Güter in diesem Staat zur Erwirtschaftung seiner Erträge und Anhäufung seines Vermögens in Anspruch nimmt.⁵⁰¹ Um dem Äquivalenzprinzip zu entsprechen, sind dem Gemeinwesen, welches durch die Bereitstellung der staatlichen Organisation des Wirtschaftsverkehrs zur Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen beiträgt, die in dessen Hoheitsgebiet erwirtschafteten Erträge und die für die Erwirtschaftung eingesetzten Vermögenswerte zur Besteuerung zuzuweisen.⁵⁰² Der Ertrag ist demnach dort zu versteuern, wo er wirtschaftlich entstanden ist bzw. erwirtschaftet wurde. Dabei werden auch die aus der Erwirtschaftung der jeweiligen Erträge kausal entstandenen Aufwendungen der jeweiligen Konzerneinheit zugewiesen.⁵⁰³ Das Kapital ist als Betriebskapital derjenigen Konzerneinheit zuzuweisen, welche es zur Leistungserstellung benötigt.⁵⁰⁴ Eine solche Zuweisung des Steuersubstrats zwischen

⁴⁹⁸ Vgl. BUNDES RAT, Vereinfachungsgesetz, 3903, welcher die innerschweizerische (wirtschaftliche) Mobilität der Steuersubjekte nicht aufgrund (direkt-)steuerlicher Hürden eingeschränkt sehen will. Auch die OECD beurteilt in ihrem BEPS-Projekt die Doppelbesteuerung sowie die doppelte Nichtbesteuerung als wettbewerbsverzerrend (EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 5).

⁴⁹⁹ Wie die Kausalabgaben müssen auch Steuern im Lichte ihrer Legitimation kompensatorischen Charakter aufweisen, d.h., die Höhe der Steuer rechtfertigt sich mit dem Nutzen, welchen der Steuerpflichtige aus der Nutzung von öffentlichen Gütern zieht. Eine Steuer gilt zwar nicht als Gegenleistung für eine bestimmte staatliche Leistung, jedoch als Gegenleistung für die vom Gemeinwesen zur Verfügung gestellten öffentlichen Güter (vgl. VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 41; JANKOWIAK, 88; TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 476).

⁵⁰⁰ VALLENDER/WIEDERKEHR, SGK-BV, Art. 127 N 41; TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 479; MARGERI, 46; MAYER, 34; ANDRESEN, 20.

⁵⁰¹ LEHNER, in: VOGEL, DBA, Grundlagen N 21; MÖSSNER, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 2.3.; ZIEHR, 3; OESTREICHER, 9.

⁵⁰² TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 523 f.; ZIEHR, 30; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 6; MAYER, 31; OESTREICHER, 9.

⁵⁰³ JACOBS, 545 f.; OESTREICHER, 10; HAISS, 37.

⁵⁰⁴ LOCHER/LOCHER, §8, II B, 1 Nr. 3; HAISS, 58; BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 182.

den verschiedenen Steuerhoheiten wird als verursachungsgerechte Abgrenzung bezeichnet, da die Gewinne und das Kapital jener Einheit zugewiesen werden, welche sie durch die Ausführung ihrer Geschäftstätigkeit verursacht hat.⁵⁰⁵ Bei der Abgrenzung im Einheitsunternehmen wird diese Vorgehensweise als Prinzip der wirtschaftlichen Zugehörigkeit bezeichnet. Dabei werden einer Betriebsstätte nur jene Erträge und Aufwendungen zugewiesen, welche innerhalb ihrer Betriebsstättenorganisation betrieblich veranlasst bzw. verursacht wurden.⁵⁰⁶

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur interkantonalen Ausscheidung im Einheitsunternehmen muss das Ausscheidungsergebnis den Einfluss der von der Betriebsstätte eingesetzten Produktionsfaktoren auf die Wertschöpfung des Einheitsunternehmens abbilden.⁵⁰⁷ Dabei sind laut BGer die durch die Betriebsstätte abgewickelten Tätigkeiten⁵⁰⁸ sowie die von der Betriebsstätte für ihre Geschäftstätigkeit eingesetzten Wirtschaftsgüter⁵⁰⁹ massgeblich. Gemäss OECD muss eine verursachungsgerechte Abgrenzung die von einer Konzerneinheit ausgeführten (Personal-) Funktionen, die dafür eingesetzten Wirtschaftsgüter sowie die innerhalb der Haftungssphäre der jeweiligen Konzerneinheit übernommenen Risiken berücksichtigen.⁵¹⁰ Das BEPS-Projekt hat

⁵⁰⁵ STOCKER, Global Trading, N 294; JACOBS, 545; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 116; OESTREICHER, 11.

⁵⁰⁶ BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 19; JACOBS, 545; EIGENSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 6; OESTREICHER, 9; HAISS, 37. Das Prinzip der wirtschaftlichen Zugehörigkeit steht dabei im Gegensatz zum Attraktionsprinzip der Betriebsstätte. Nach dem Attraktionsprinzip werden dem Betriebsstättenstaat alle Erträge, welche aus Quellen in dessen Hoheitsgebiet erwirtschaftet wurden, zugewiesen – ungeachtet der Tatsache, ob diese mit dem Betrieb der Betriebsstätte im Zusammenhang stehen (HEMMELRATH, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 7 N 42).

⁵⁰⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum interkantonalen Doppelbesteuerungsverbot muss das Besteuerungsrecht des Betriebsstättenkantons aufgrund der Rolle der Betriebsstätte bei der Erzielung des Gesamtertrages des Einheitsunternehmens bestimmt werden. Dabei sind die Produktionsfaktoren, welche die Betriebsstätte für ihren Beitrag an der Wertschöpfung des Einheitsunternehmens eingesetzt hat, entscheidend (LOCHER/LOCHER, §8, II C, 1a Nr. 2). *Vgl. auch* TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §31 N 1.

⁵⁰⁸ LOCHER/LOCHER, §8, I A, Nr. 4.

⁵⁰⁹ LOCHER/LOCHER, §8, I A, Nr. 1, 2. Das Kapital sowie das mit diesem Kapital erwirtschaftete Einkommen ist dabei jenem Teil des Einheitsunternehmens zuzuteilen, bei welchem es «arbeitet» (LOCHER/LOCHER, §8, I A, Nr. 2).

⁵¹⁰ Laut OECD muss die Abgrenzung zwischen Konzerneinheiten aufgrund fremdvergleichskonformer Verrechnungspreise erfolgen. Die Vergütung, welche an ein unabhängiges Unternehmen für eine vergleichbare Tätigkeit zu zahlen wäre, widerspiegelt immer die Art der ausgeführten Funktionen, die eingesetzten Vermögenswerte sowie

dabei den Fokus auf die wirtschaftliche Substanz der Geschäftstätigkeit einer Konzerneinheit gelegt. Zur Verhinderung der internationalen Gewinnverkürzung bzw. -verlagerung durch die Steuerpflichtigen soll sich die Gewinnabgrenzung im internationalen Verhältnis noch enger am wirtschaftlichen Gehalt der tatsächlichen Wertschöpfung der verbundenen Unternehmen orientieren (sog. «Substance-over-Form»-Betrachtung) und damit weniger anfällig für Manipulationen werden.⁵¹¹ Es kann festgestellt werden, dass sich die Auffassung des BGER und jene der OECD hinsichtlich einer funktionellen, substanzorientierten Betrachtungsweise des Anteils, welchen eine Konzerneinheit im Rahmen der Wertschöpfung des Gesamtunternehmens leistet, decken. Dabei ist die von der Konzerneinheit tatsächlich ausgeführte Geschäftstätigkeit hinsichtlich ihres Beitrags zur Wertschöpfung des Gesamtunternehmens zu beurteilen.

1.2. Konkrete Anforderungen an die Abgrenzungsmethode

Eine adäquate Abgrenzungsmethode muss folgerichtig zu einem Ausscheidungsergebnis führen, welches der Leistungsfähigkeit des steuerpflichtigen Unternehmens entspricht, sowie jeder teilnehmenden Steuerhoheit eine sachgemässe Steuerbemessungsgrundlage zuordnet. Aus diesen prinzipiellen Anforderungen an die Abgrenzungsmethoden ergeben sich die folgenden konkreten Anforderungen.

Zunächst muss die Abgrenzungsmethode verhindern, dass dasselbe Steuersubstrat zwei verschiedenen Kantonen oder keiner kantonalen Steuerhoheit zur Besteuerung zugewiesen wird. Eine solche Doppelbesteuerung sowie eine doppelte Nichtbesteuerung kann aber nur dann effektiv vermieden werden, wenn eine einheitliche Anwendung der Abgrenzungsregeln durch die Kantone stattfindet.⁵¹² Die einheitliche Anwendung der Abgrenzungsmethoden durch die Steuerhoheit kann dabei v.a. durch harmonisierte Regeln durchgesetzt werden,

die durch die Tätigkeit übernommenen Risiken (Art. 7 Abs. 2 sowie Art. 9 Abs. 1 OECD-MA; vgl. Abschnitt IV.C.3.2 (S. 125) *m.w.H.*).

⁵¹¹ OECD, BEPS Aktion 5-10, 12. Der Fokus soll nun auf der Analyse der vertraglichen Beziehungen zwischen den verbundenen Vertragsparteien und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Verhalten der Parteien liegen (OECD, BEPS Aktion 5-10, 10). Die vertraglichen Abreden der verbundenen Parteien bilden somit nur noch den Ausgangspunkt der Funktionsanalyse (BITTNER, in: DAWID, Verrechnungspreise, 116 f.). *Siehe auch* STOCKER, BEPS, 311; JACOBS, 549 sowie 556 f.

⁵¹² *Betreffend die Notwendigkeit eines Konsenses über die Abgrenzungsmethoden im internationalen Verhältnis* OECD, TP-GL, Einleitung N 7; JACOBS, 632 f.; SCHWERDT, in: DAWID, Verrechnungspreise, 165; DITZ, 119.

welche aufgrund eines sachgemässen Aufteilungsergebnisses durch die Kantone akzeptiert werden.⁵¹³ Dabei soll die Abgrenzungsmethode nicht zu einer willkürlichen Aufteilung der Steuerbemessungsgrundlage führen, sondern ein objektives, für die Beteiligten nachvollziehbares Ausscheidungsergebnis produzieren. Ein solches objektiv nachvollziehbares Ausscheidungsergebnis schafft nicht nur Akzeptanz bei den Steuerpflichtigen sowie den kantonalen Steuerhoheiten, sondern es kann auch die Möglichkeiten zur Manipulation des Ausscheidungsergebnisses durch die Steuerpflichtigen oder die involvierten Steuerhoheiten vermindern. Möglichkeiten zur Manipulation der Steuerbemessungsgrundlagen unterminieren die Durchsetzung des Leistungsfähigkeitsprinzips sowie der Verteilungsgerechtigkeit.

Nachvollziehbare Regeln zur im Einzelfall anwendbaren Abgrenzungsmethode sowie die einheitliche Anwendung dieser Abgrenzungsregeln durch die involvierten Steuerhoheiten schaffen Rechts- und Planungssicherheit für die grenzüberschreitend tätigen Steuerpflichtigen.⁵¹⁴ Durch die Anwendung der im Einzelfall sachgemässen Abgrenzungsmethode kann das steuerpflichtige Unternehmen das Risiko einer nachträglichen Korrektur der steuerbaren Bemessungsgrundlage durch einen Kanton und damit das (finanzielle) Risiko einer Doppelbesteuerung minimieren. Zudem müssen die administrativen Bürden der Steuerpflichtigen aufgrund der Steuerpflicht gegenüber mehreren kantonalen Steuerhoheiten möglichst klein gehalten werden.⁵¹⁵ Die Abgrenzungsmethode muss für die am Veranlagungsverfahren beteiligten Kantone sowie das steuerpflichtige Unternehmen praktikabel sein. Dem steuerpflichtigen Unternehmen darf mithin kein übermässiger Aufwand durch die Anwendung einer Abgrenzungsmethode zugemutet werden.

Nun gilt es, verschiedene Abgrenzungsmethoden sowie die ihnen zugrunde liegenden Theorien darzustellen, um diese dann anhand der hier erarbeiteten konkreten Anforderungen zu bewerten. Bei den wichtigsten Anforderungen handelt es sich um jene, welche für die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Prinzipien des Verbots der interkantonalen Doppelbesteuerung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wesentlich sind. Es sind dies die Verhinderung einer Doppelbesteuerung oder doppelten Nichtbesteuerung sowie die einheitliche Anwendung der Abgrenzungsmethoden durch die beteiligten Steuerhoheiten. Eine Abgrenzungsmethode, die diese Anforderungen nicht erfüllt, kann deshalb kaum als sachgemäss gelten. Konnte die Doppelbesteuerung effektiv verhindert werden, ist zu prüfen, ob die Abgrenzungsmethode zu einem verursachungsgerechten Ergebnis führt. Das Ausscheidungsergebnis muss den tatsächlichen Beitrag einer Konzerneinheit an der

⁵¹³ STOCKER, *Global Trading*, N 293; JACOBS, 544.

⁵¹⁴ SCHÖN, in: SCHÖN/SCHREIBER/SPENGLER, CCCTB, 65 f.; OESTREICHER, 160.

⁵¹⁵ BUNDESRAT, Vereinfachungsgesetz, 3903.

Wertschöpfung des Gesamtunternehmens abbilden können. Auch auf dieses Anforderungskriterium ist ein besonderes Gewicht zu legen, da nur ein verursachungsgerechtes Ergebnis der Verteilungsgerechtigkeit unter den Kantonen adäquat Rechnung trägt und so die Akzeptanz der Ausscheidungsmethode bei den teilnehmenden Steuerbehörden sowie den steuerpflichtigen Unternehmen fördert.

2. *Grundlegende Theorien der Erfolgsabgrenzung*

2.1. **Allgemein**

Die Abgrenzungsmethoden lassen sich dabei einer der im Folgenden dargestellten Theorien der Erfolgsabgrenzung zuordnen. Bei der Erfolgsabgrenzung zwischen verschiedenen Steuerhoheiten werden international zwei hauptsächliche Theorien bzw. Konzepte unterschieden, welche sich diametral entgegenstehen. Zum einen wird die Theorie des selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens («*separate entity approach*») vertreten, welche sowohl die Betriebsstätte, als auch das verbundene Unternehmen als eigenständiges Steuersubjekt betrachtet und den dieser eigenständigen Konzerneinheit zuzuweisenden Erfolg losgelöst vom Gesamterfolg des Konzerns ermittelt.⁵¹⁶ Der Theorie des selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens steht die Theorie des Einheitsunternehmens («*unitary entity approach*») gegenüber, welche den Konzern als wirtschaftliche Einheit versteht, der sich nur aus rechtlichen und formellen Gründen in Betriebsstätten und verbundene Unternehmen aufteilt.⁵¹⁷ Der Gewinn wird gemäss der Theorie des Einheitsunternehmens im Unternehmensverbund erwirtschaftet. Entsprechend ist der konsolidierte Unternehmensgewinn Ausgangspunkt der Erfolgsabgrenzung.

2.2. **Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens**

a. Grundgedanken der Theorie

Grundgedanke der Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens ist, dass der Gewinn im Konzern nur basierend auf den zwischen den Konzerneinheiten geleisteten Leistungsentgelten (sog. Verrechnungspreise) zielführend abgegrenzt werden kann. Grundlage hierfür ist

⁵¹⁶ *Vgl. hinten* Abschnitt IV.C.2.2 (S. 118) *m.w.H.*

⁵¹⁷ *Vgl. hinten* Abschnitt IV.C.2.3 (S. 123) *m.w.H.*

die Fiktion der Konzerneinheit als rechtlich selbständiges und wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen, welches mit den anderen Konzerneinheiten marktgerechte Leistungsbeziehungen eingeht.

Während das verbundene Unternehmen bereits zivilrechtlich selbständig ist, muss die Selbständigkeit der Betriebsstätte zunächst fiktiv hergestellt werden. Dies führt gemäss KROPPEIN zu einer Behandlung der Betriebsstätte als «Quasi-Tochtergesellschaft»⁵¹⁸ und damit zur Gleichbehandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen.⁵¹⁹ In einem zweiten Schritt müssen sodann diese (teilweise fiktiv) zivilrechtlich selbständigen Konzerneinheiten entgegen der Realität der wirtschaftlichen Abhängigkeiten im Konzernverbund als wirtschaftlich unabhängige Einheiten fingiert werden.⁵²⁰ Diese fiktiv selbständige und unabhängige Einheit ist dann in der Lage, bei der Leistungserbringung mit den anderen Konzerneinheiten in den Wettbewerb des freien Marktes zu treten und so den einem eigenständigen und unabhängigen Unternehmen nachempfundenen Erfolg zu erzielen.⁵²¹ Diese Ausgangslage kann letztendlich die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes, auf welchem die Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens basiert, sicherstellen.⁵²²

b. Fiktion des rechtlich selbständigen Unternehmens – die Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte

Bei der Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen hat sich auf internationaler Ebene die hypothetische Selbständigkeit der Betriebsstätte als Grundlage der Einkommens- und Vermögensermittlung herausgebildet.⁵²³ Umstritten ist allerdings in welcher Ausprägung die Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte anzuwenden ist.⁵²⁴ Es werden grundsätzlich zwei Ausprägungen der Selbständigkeit unterschieden: die uneingeschränkte Selbstständigkeitsfiktion, bei der

⁵¹⁸ KROPPEIN, AOA, 1086.

⁵¹⁹ KROPPEIN, AOA, 1075 f.; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 277; KAESER, in: WASSERMEYER, DBA Band I, Art. 7 N 324.

⁵²⁰ KAESER, in: WASSERMEYER, DBA Band I, Art. 7 N 425.

⁵²¹ STOCKER, Global Trading, N 195.

⁵²² Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.b (S. 129) *betreffend Fremdvergleichsgrundsatz*.

⁵²³ Vgl. Art. 7 Abs. 2 OECD-MA; OECD, MK 2014, Art. 7 N 16.

⁵²⁴ BRÜLISAUER, FStR 2014, 231; DERS., Komm. InStR, Art. 7 N 278; HEMMELRATH, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 7 N 78; JACOBS, 668; PLANSKY, 93. An den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der Ausprägung der Selbstständigkeitsfiktion vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich die OECD im Betriebsstättenbericht 2010 zur Funktionsnutzentheorie bekannt hat (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.8).

die Betriebsstätte zu Zwecken der Gewinnabgrenzung vollumfänglich wie ein rechtlich eigenständiges Unternehmen behandelt wird, sowie die eingeschränkte Selbstständigkeitsfiktion, welche gewisse rechtliche Besonderheiten der Betriebsstätte beachtet bzw. akzeptiert.⁵²⁵

Die Theorie der uneingeschränkten Selbständigkeit der Betriebsstätte wird durch die Funktionsnutzentheorie vertreten. Ziel der Funktionsnutzentheorie ist eine (vollständige) Nivellierung der Betriebsstätte auf den Grad der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft.⁵²⁶ Die Erfolgsabgrenzung hat sich dabei am Nutzen zu orientieren, welchen jede einzelne (hypothetisch selbständige) Betriebsstätte durch die Übernahme von Funktionen und Risiken dem Gesamtunternehmen bei der Erwirtschaftung des Gesamtergebnisses stiftet. Dabei können Innentransaktionen bereits mit einer Marge zwischen den Konzerneinheiten verrechnet werden - ohne Vorliegen eines Aussenumsatzes des Einheitsunternehmens.⁵²⁷ Gemäss Funktionsnutzentheorie bildet der Leistungsaustausch zwischen Stammhaus und Betriebsstätte die Erfolgsabgrenzung im Einheitsunternehmen, wodurch der Betriebsstättengewinn unabhängig vom Gesamtergebnis des Einheitsunternehmens festgesetzt wird.⁵²⁸ Aus den Konzerneinheiten werden hypothetisch selbständige Profitcenter⁵²⁹, welchen selbst in einer Verlustsituation des Einheitsunternehmens ein Gewinn alloziert werden kann.

Auch die Vertreter der eingeschränkten Selbständigkeitstheorie gehen davon aus, dass die Betriebsstätte zwar als selbständige Konzerneinheit fingiert werden kann und damit Transaktionen im Innen- und Aussenverhältnis grundsätzlich verrechnet werden können. Allerdings findet die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes bei der eingeschränkten Selbstständigkeitsfiktion ihre Grenze darin, dass zwischen Betriebsstätte und Stammhaus zivilrechtlich keine Verträge geschlossen werden können und damit auch keine Realisierung von Gewinnen aus Innentransaktionen resultieren kann.⁵³⁰ Bei Innentransaktionen

⁵²⁵ KAESER, in: WASSERMEYER, DBA I, Art. 7 N 372.

⁵²⁶ BRÜLISAUER, ST 2005, 723; KROPPE, AOA, 1086.

⁵²⁷ PLANSKY, 96 *m.w.H.*

⁵²⁸ OECD, Betriebsstättenbericht 2008, N I.71; KROPPE, AOA, 1075.

⁵²⁹ BRÜLISAUER, ST 2005, 724; DERS., FStR 2014, 232.

⁵³⁰ Die Einschränkung der Selbstständigkeitsfiktion wird von einigen Vertretern auch oder hauptsächlich mit Blick auf die Gewinnermittlung gesehen (*namentlich* DITZ, in: WASSERMEYER/RICHTER/SCHNITTKER, Personengesellschaften, N 12.34; DEBATIN, *passim*; WASSERMEYER, in: WASSERMEYER/LANG/SCHUCH, DBA, Art. 7 N 185; BRÜLISAUER, FStR 2014, 225 f.; DERS., Komm. InStR, Art. 7 N 279 f.; OECD, MK 2014, Art. 7 N 28). Danach kann sich die Selbstständigkeitsfiktion nur auf die Gewinnabgrenzung, nicht aber auf die Gewinnermittlung nach innerstaatlichem Recht der involvierten Steuerhoheiten beziehen. In dieser Hinsicht findet die Realisierung von

kann damit lediglich eine reine Aufwandverrechnung zur Anwendung kommen.⁵³¹ Mithin kann der Betriebsstätte bei einer Verlustsituation des Gesamtunternehmens kein Gewinn alloziert werden.⁵³²

In der Lehre existieren verschiedene Auffassungen, inwieweit diese reine Aufwandverrechnung auf die verschiedenen Innentransaktionen angewendet werden kann. Bei der Begrenzung der Gewinnallokation auf das Gesamtergebnis des Unternehmens besteht allerdings Einigkeit bei den Vertretern der eingeschränkten Selbständigkeitsfiktion. Die wichtigsten in der Lehre vertretenen Ausprägungen der eingeschränkten Selbständigkeitsfiktion sind die Erwirtschaftungstheorie von DEBATIN⁵³³ sowie der von der OECD entworfene «relevant business activity approach».

Gemäss Erwirtschaftungstheorie muss sich der Gewinn der Konzerneinheit auch aus dem Nutzen ergeben, den diese durch die Ausübung von Funktionen und die Übernahme von Risiken für das Gesamtunternehmen erwirtschaftet. Dabei werden allerdings die zivilrechtlichen Einschränkungen der Selbständigkeit der Betriebsstätte anerkannt. Es findet mithin keine Ergebniszurechnung mit unterschiedlichem Vorzeichen auf die einzelnen Konzerneinheiten statt.⁵³⁴ Weiterhin basiert die Theorie auf dem Gedanken, dass das Gesamtunternehmen über eine Ausstattung mit Vermögenswerten verfügt, an der jeder Unternehmensteil aufgrund seiner mangelnden rechtlichen Selbständigkeit und der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Gesamtunternehmen gleichermaßen beteiligt ist. Die Nutzung dieser Unternehmensausstattung darf zwischen den Konzerneinheiten nicht vergütet werden.⁵³⁵ Kann eine Betriebsstätte im Verkehr mit Dritten einen Gewinn durch die Nutzung eines Vermögenswerts der Unternehmensausstattung erwirtschaften, so wird dieser Betriebsstätte der Gewinn vollumfänglich zugeteilt. Ein allfälliger Aufwand, welcher mit diesem

Zwischengewinnen aus Innentransaktionen, bei welchen mangels Aussenumsatz noch kein Gewinn realisiert wurde, bei der Gewinnermittlung ihre Grenze. Dies ergibt sich überwiegend (bei schweizerischen, kantonalen Steuergesetzen immer) schon aus dem Mangel einer Besteuerungsbefugnis im innerstaatlichen Recht, da es handels- sowie steuerrechtlich zu keiner Gewinnrealisierung kommt.

⁵³¹ PLANSKY, 97; BAKER/COLLIER, 30.

⁵³² OECD, Betriebsstättenbericht 2008, N I. 63; MARGERI, 56.

⁵³³ *Vgl.* DEBATIN, *passim*.

⁵³⁴ DEBATIN, *passim*; PLANSKY, 106.

⁵³⁵ HAISS, 48; PLANSKY, 102. Dies gilt v.a. für die Nutzung des Dotationskapitals durch die Betriebsstätte. Dieses muss der Betriebsstätte laut DEBATIN, *passim*, zinslos zur Verfügung gestellt werden. Es sei allerdings angemerkt, dass hinsichtlich der Zinslosigkeit des Dotationskapitals einer Betriebsstätte bei den Vertretern der eingeschränkten sowie uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion Einigkeit besteht (HAISS, 58).

Vermögenswert zusammenhängt (z.B. Mietzinszahlungen, Darlehenszinsen etc.), muss zugunsten des Stammhauses ersetzt werden.⁵³⁶

Der von der OECD entworfene «relevant business activity approach» dient primär als Definition des in Art. 7 Abs. 1 OECD-MA stipulierten Begriffs «Unternehmensgewinn».⁵³⁷ Grundlegender Gedanke ist auch hier, dass der Betriebsstätte aufgrund der eingeschränkten Selbständigkeitsfiktion nur ein Gewinn zugeteilt werden kann, wenn aus einer relevanten Geschäftstätigkeit ein Gewinn entstanden ist. Insofern ist die Definition der relevanten Geschäftstätigkeit, bei der die Betriebsstätte eine spezifische Funktion ausführt, entscheidend für die Ergebnisallokation. Wird die relevante Geschäftstätigkeit in einem engen Sinn mit einem Wertschöpfungsstrang gleichgesetzt, so ist die Gewinnallokation bei Verlusterwirtschaftung aus dieser Wertschöpfungskette ausgeschlossen – auch wenn das Gesamtunternehmen einen Gewinn realisiert.⁵³⁸

c. Fiktion des wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens

In einem zweiten Schritt sollen nun – entgegen der wirtschaftlichen Realität des Konzerns – das verbundene Unternehmen sowie die (fiktiv gegenüber ihrem Stammhaus selbständige) Betriebsstätte als von den anderen Konzerneinheiten wirtschaftlich unabhängige Rechtssubjekte fingiert werden.⁵³⁹ Die Fiktion der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Konzerneinheiten basiert auf dem Paritätsgedanken. Danach dürfen gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen, welche in verschiedenen Steuerhoheiten wirtschaften, steuerlich gegenüber Unternehmen, welche lediglich zu einer Steuerhoheit einen steuerlich relevanten Nexus aufweisen, nicht begünstigt werden.⁵⁴⁰ Die Konzerngesellschaften

⁵³⁶ HAISS, 48; PLANSKY, 102. Das Stammhaus darf der Betriebsstätte nur solche Aufwendungen weiterbelasten, welche dem Unternehmen von «aussen» anfallen. Damit ist die Vermietung von im Eigentum der Gesellschaft stehenden Liegenschaften ausgeschlossen. Lediglich Mietaufwendungen von gemieteten Objekten dürfen der Betriebsstätte weiter belastet werden, wenn dieses Mietobjekt von der Betriebsstätte genutzt wird (DEBATIN, passim; HAISS, 48).

⁵³⁷ Beim zum «relevant business activity approach» konträren «functionally separate entity approach» wird die Gewinnzurechnung zur Betriebsstätte nur durch den Ausschluss der Attraktivkraft der Betriebsstätte begrenzt (OECD, Betriebsstättenbericht 2008, N I.69); vgl. PLANSKY, 106 f. für eine ausführliche Gegenüberstellung der beiden Ansätze der OECD.

⁵³⁸ OECD, Betriebsstättenbericht 2008, N I.63.

⁵³⁹ BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 277.

⁵⁴⁰ ANDRESEN, 24.

zueinander sowie die Betriebsstätten gegenüber ihrem Stammhaus sollen wie unabhängige Dritte handeln.⁵⁴¹

Diese Nivellierung soll durch separate Buchführungen der einzelnen fiktiv selbständigen und unabhängigen Konzerneinheiten erreicht werden. Separate Buchführungen machen eine Abrechnung von Leistungsbeziehungen zwischen den Konzerneinheiten notwendig. Diese Abrechnung findet durch sog. Verrechnungspreise statt, welche den zwischen den Konzerneinheiten stattfindenden Leistungsaustausch bewerten und vergüten sollen.⁵⁴² Die Verrechnung dieser konzerninternen Leistungsbeziehungen Marktkonditionen standhalten, d.h. es müssen Verrechnungspreise vereinbart werden, welche unter gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen zwischen voneinander unabhängigen Dritten ausgehandelt worden wären.⁵⁴³ Nur so könne – gemäss den Vertretern der Theorie des rechtlich und wirtschaftlich eigenständigen Unternehmens – eine steuerrechtlich gleiche Behandlung von Konzernen, welche in verschiedenen Steuerhoheiten durch verbundene Unternehmen oder Betriebsstätten tätig sind, gegenüber Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit auf ein Hoheitsgebiet beschränken, gewährleistet werden.⁵⁴⁴

2.3. Theorie der Einheit des Unternehmens

Grundlage der Theorie der Einheit des Unternehmens ist der Gedanke, dass die gesellschaftsrechtliche Verflechtung der verbundenen Unternehmen zu einem Konzern zu einer gesteigerten Profitabilität führt, an welcher alle Konzerneinheiten steuerlich partizipieren dürfen. Gemäss den Vertretern dieser Theorie bilden sich Konzerne gerade aus dem Grund, dass sie die Ineffizienzen der Zusammenarbeit unter unabhängigen Unternehmen vermeiden wollen.⁵⁴⁵ Der Konzernerfolg wird damit durch das Erbringen von Leistungen durch den Konzern als Ganzes an Vertragspartner ausserhalb des Konzernverbundes generiert. Die einzelne Konzerneinheit generiert für sich allein keinen Gewinn, sondern wirkt mit ihrer Leistungserbringung im Konzernverbund auf die Generierung

⁵⁴¹ ZIEHR, 50.

⁵⁴² HANKEN/KLEINHETPASS, 25; STOCKER, Global Trading, N 214 *m.w.H.*; RIEKE, 7; OESTREICHER, 31.

⁵⁴³ OECD, TP-GL, N 1.6.; AVI YONAH/CLAUSING/DURST, 501; ANDRESEN, 27; KAESER, in: WASSERMEYER, DBA Band I, Art. 7 N 425.

⁵⁴⁴ OECD, TP-GL, N 1.8; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 6.

⁵⁴⁵ Der organisatorische Aufbau des Konzerns gliedert sich damit aus rein formellen Gründen in rechtlich selbständige Einheiten. Vgl. AVI-YONAH, Formulary Apportionment, 4; AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 501; OESTREICHER, 125.

des konsolidierten Konzernergebnisses ein.⁵⁴⁶ Innenumsätze zwischen den Konzerneinheiten gelten als nicht realisiert und sind deshalb abgrenzungsrechtlich irrelevant.

Die Theorie der Einheit des Unternehmens steht der Fiktion des rechtlich selbständig und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens diametral entgegen. Während bei der Theorie des selbständigen und unabhängigen Unternehmens eine Angleichung des rechtlichen Status der Betriebsstätte an jenen des verbundenen Unternehmens stattfindet, wird bei der Theorie der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens das verbundene Unternehmen rechtlich wie eine Betriebsstätte behandelt.⁵⁴⁷ Es wird somit hinsichtlich der Betriebsstätte die zivilrechtliche Unselbständigkeit der Konzerneinheit respektiert, wohingegen bei verbundenen Unternehmen das Trennungsprinzip missachtet wird.⁵⁴⁸ Gemäss den Vertretern dieser Theorie entspricht dieses Vorgehen der wirtschaftlichen Realität von Konzernen.⁵⁴⁹

3. *Methoden der Gewinn- und Kapitalabgrenzung*

3.1. **Begrifflichkeiten und Methodik**

Hinsichtlich der Terminologie der Ausscheidungsmethoden muss zwischen dem interkantonalen und dem internationalen Steuerrecht unterschieden werden.

Das internationale Steuerrecht kennt die direkte sowie die indirekte Ausscheidungsmethode. Während die direkte Methode aus den separaten Buchhaltungen, welche aufgrund fremdvergleichskonformer Verrechnungspreise wie Buchhaltungen unabhängiger Unternehmen ausgestaltet sein müssen, direkt den der jeweiligen Konzerneinheit zuzuweisenden Gewinn ableitet, wird bei der indirekten Methode der Erfolg mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Faktoren auf die an der Wertschöpfung beteiligten Konzerneinheiten ausgeschieden.

Das interkantonale Steuerrecht verwendet hingegen die Begriffe der objektmässigen und quotenmässigen Ausscheidungsmethode, wobei es bei letzterer nochmals zwischen der quotenmässig-direkten und der quotenmässig-indirekten Methode unterscheidet. Diese Methoden werden für die Gewinn- und Kapitalabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte im interkantonalen

⁵⁴⁶ STOCKER, Global Trading, FN 679; OESTREICHER, 125; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.233.

⁵⁴⁷ OESTREICHER; 170; BRÄHLER, 398; DEBATIN, passim.

⁵⁴⁸ ANDRESEN, 27.

⁵⁴⁹ AVI-YONAH, Formulary Apportionment, 4; MITROYANNI, 184.

Verhältnis eingesetzt. Grundsätzlich kann die objektmässige Ausscheidungsmethode mit dem Begriff der direkten Methode im internationalen Steuerrecht gleichgesetzt werden. Die quotenmässige Methode des interkantonalen Steuerrechts entspricht hingegen der indirekten Ausscheidungsmethode im internationalen Steuerrecht.⁵⁵⁰

Im Folgenden werden die verschiedenen Ausscheidungsmethoden und ihre unterschiedlichen Begrifflichkeiten anhand der oben dargestellten grundlegenden Gewinnabgrenzungstheorien kontextualisiert und kategorisiert. Zu Zwecken der Kategorisierung wird die Terminologie des interkantonalen Steuerrechts verwendet, d.h. die verschiedenen Ausscheidungsmethoden werden der quotenmässigen oder objektmässigen Ausscheidungsmethode zugeordnet.

3.2. Die objektmässige (direkte) Methode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz

a. Der Fremdvergleichsgrundsatz als internationaler Standard

Aufgrund der Arbeiten der OECD hat sich die objektmässige Abgrenzungsmethode für die Gewinnabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen sowie im Einheitsunternehmen im internationalen Verhältnis durchgesetzt.⁵⁵¹ Grundlage der objektmässigen Methode ist die Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens.⁵⁵² Dabei bildet der Fremdvergleichsgrundsatz (sog. «dealing at arm's length»; Drittvergleich) die Grundlage der Ermittlung und Verprobung der konzerninternen Verrechnungspreise.⁵⁵³

⁵⁵⁰ *Vgl. hierzu ausführlich* TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §30 N 16 *sowie* BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 68; LOCHER, Einführung IStR, 324 f.

⁵⁵¹ *Vgl. für das Einheitsunternehmen* Art. 7 Abs. 2 OECD-MA *sowie* OECD, MK 2017, Art. 7 N 16 f.; *für die Gewinnabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen* vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, welcher Korrekturen von konzerninternen Verrechnungspreisen zulässt, wenn diese unter (wirtschaftlich unabhängigen) Dritten nicht so vereinbart worden wären; *vgl. auch* BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 289; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 10; BORSTELL/DWORACZEK, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N B.79.

⁵⁵² OECD, MK 2017, Art. 7 N 16; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 68; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 5; *vgl. Abschnitt IV.C.2.1 (S. 118) m.w.H. zur Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens.*

⁵⁵³ *Vgl. nachfolgenden Abschnitt IV.C.3.2.b (S. 129) m.w.H. Im internationalen Verhältnis haben sich viele Staaten zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes bekannt, indem sie nicht nur Art. 7 und 9 OECD-MA entsprechende Klauseln in ihren bilatera-*

Laut OECD können fremdvergleichskonforme Verrechnungspreise die Durchsetzung der Theorie des rechtlich selbständigen und wirtschaftlichen unabhängigen Unternehmens adäquat umsetzen und so die Abgrenzung einer sachgerechten Steuerbemessungsgrundlage für die einzelnen Konzerneinheiten sicherstellen.⁵⁵⁴

Die OECD bekennt sich im Rahmen der Kommentierung und in den Berichten zu Art. 7 Abs. 2 sowie Art. 9 Abs. 1 OECD-MA⁵⁵⁵ explizit zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes für die Ergebnisabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen sowie im Einheitsunternehmen.⁵⁵⁶ Gemäss dem Fremdvergleichsgrundsatz müssen Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen sowie zwischen Stammhaus und Betriebsstätte mit einem Verrechnungspreis vergütet werden, welcher so bemessen ist, als hätte die Transaktion zwischen unabhängigen Dritten stattgefunden.⁵⁵⁷ Ausgangspunkt ist das rechtlich selbständige und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen, welches mit verbundenen Unternehmen zu Bedingungen Verträge abschliesst, bei denen die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung aus einer marktwirtschaftlichen Sicht stets gegeben ist.⁵⁵⁸ Verrechnungspreise, welche nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen, können gestützt auf den analog zu Art. 9 Abs. 1

len Doppelbesteuerungsabkommen vorsehen, sondern auch in ihre nationalen Steuerrechtsordnungen Gewinnkorrekturmechanismen integrierten, welche den Fremdvergleichsgrundsatz im nationalen Recht umsetzen (BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.6.; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 11).

⁵⁵⁴ OECD, TP-GL, N 1.14 f.; vgl. BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 289 ff. *m.w.H.*

⁵⁵⁵ OECD, MK 2017, Art. 7 N 3 sowie Art. 9 N 2; vgl. OECD, TP-GL, N 1.1. ff. *m.w.H.*; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 103.

⁵⁵⁶ Um die einheitliche Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch die OECD-Staaten zu fördern und den Fremdvergleichsgrundsatz gegenüber kritischen Staaten (v.a. USA) zu rechtfertigen, hat die OECD Leitlinien zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes für Unternehmen und Steuerverwaltungen erarbeitet (sog. OECD-Verrechnungspreisrichtlinien; vgl. OECD, TP-GL) und diese immer wieder dem öffentlichen Diskurs und den wirtschaftlichen Entwicklungen angepasst (erste Veröffentlichung: 1974; Revisionen: 1984, 1995, 1997 sowie 2010). Im Zuge der Umsetzung des BEPS-Projekts der OECD werden die Verrechnungspreisrichtlinien in naher Zukunft erneut revidiert werden. Auch die Anwendbarkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die internationale Ausscheidung im Einheitsunternehmen wurde von der OECD konkretisiert (sog. «Authorized OECD Approach» [kurz AOA]; vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2008 sowie DIES., Betriebsstättenbericht 2010).

⁵⁵⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA; BRÄHLER, 406.

⁵⁵⁸ OECD, TP-GL, N 1.6.; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.9; JACOBS, 558.

OECD-MA ausgestalteten DBA-Artikel und bei Verankerung einer entsprechenden Gewinnkorrekturnorm im nationalen Recht korrigiert werden.⁵⁵⁹ Die auf Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes zu überprüfenden Leistungsbeziehungen zwischen den Konzerneinheiten beinhalten Warenlieferungen, Dienstleistungen sowie Nutzungsüberlassungs- und Darlehensbeziehungen.

Die Angemessenheit der Leistungsabrechnung zwischen Konzerneinheiten wird durch den Vergleich des Verrechnungspreises mit Verrechnungspreisen, welche zwischen voneinander unabhängigen Dritten⁵⁶⁰ unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart worden wären, beurteilt (sog. Vergleichbarkeitsanalyse).⁵⁶¹ Die Vergleichstransaktionen müssen unter unabhängigen Geschäftspartnern stattfinden und die Bedingungen müssen mit jenen der zu beurteilenden Transaktion vergleichbar sein. Die Vergleichbarkeit der Transaktionen muss hinsichtlich der Eigenschaften der Güter bzw. Dienstleistungen⁵⁶², der wirtschaftlichen Verhältnisse⁵⁶³, der Vertragsbedingungen⁵⁶⁴ so-

⁵⁵⁹ SCHAUMBURG, N 18.133.

⁵⁶⁰ Hinsichtlich der Art der an der Vergleichstransaktion beteiligten Parteien kann zwischen dem betriebsinternen und betriebsexternen Fremdvergleich unterschieden werden. Beim internen Fremdvergleich handelt es sich bei der Vergleichstransaktion um einen Geschäftsfall, welcher zwischen der Konzerngesellschaft und einer Drittpartei durchgeführt wird. Beim externen Fremdvergleich handelt es sich hingegen um eine Vergleichstransaktion zwischen zwei Parteien, welche nicht mit dem Konzern verbundenen sind (BRÄHLER, 406 f.; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.127 ff.; VÖGELE/RAAB/BRAUKMANN, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N C.54 ff.).

⁵⁶¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-MA; OECD, TP-GL, N 1.7.; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.71; JACOBS, 561. Vergleichbarkeit im Sinne des Fremdvergleichsgrundsatzes bedeutet, dass eine Abweichung der Gleichartigkeit der zu vergleichenden Geschäftsfälle die Anwendung der Methode nicht wesentlich beeinflusst oder dass die Auswirkungen auf die Methode durch entsprechende Berichtigungen auf ein sachgerechtes Mass reduziert werden können (OECD, TP-GL, N 1.33.).

⁵⁶² Das Vergleichbarkeitsmerkmal der Eigenschaft der gelieferten Güter oder erbrachten Dienstleistungen beinhaltet namentlich die Beschaffenheit des gelieferten Produkts bzw. die Art und den Umfang der Dienstleistung (OECD, TP-GL, N 1.39.).

⁵⁶³ Die wirtschaftlichen Verhältnisse der Transaktionen sind vergleichbar, wenn sie auf Märkten stattfinden, welche keine Unterschiede aufweisen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Preise haben, und keine Anpassungen möglich sind, um diesen Unterschiede bei der Vergleichbarkeitsanalyse entsprechend Rechnung zu tragen (OECD, TP-GL, N 1.55.).

⁵⁶⁴ Da bei Geschäften zwischen unabhängigen Parteien die Vertragsbestimmungen die übernommenen Funktionen und Risiken sowie die aus dem Rechtsgeschäft erlangten Vorteile implizit oder explizit wiedergeben, sollte bei kontrollierten Transaktionen

wie der dem Geschäftsfall zugrundeliegenden Geschäftsstrategie der Parteien⁵⁶⁵ gegeben sein. Ausserdem müssen die Geschäftsvorfälle hinsichtlich der von den Parteien übernommenen Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken vergleichbar sein. Für die Analyse des letztgenannten Vergleichbarkeitsmerkmals wird eine sog. Funktionsanalyse der beteiligten verbundenen Unternehmen durchgeführt.⁵⁶⁶

Die uneingeschränkte Vergleichbarkeit ist i.d.R. aufgrund der mangelnden Vollkommenheit von Märkten, der verschiedenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und Einflussfaktoren sowie mannigfaltiger unternehmerischer Verhaltensweisen nicht möglich.⁵⁶⁷ Zudem sind die relevanten Daten vergleichbarer Transaktionen unter Dritten in der Realität i.d.R. nicht oder nur unter unverhältnismässig grossem Aufwand zugänglich.⁵⁶⁸ Die OECD definiert das Erfordernis der Vergleichbarkeit deshalb flexibler, indem die geforderte Vergleichbarkeit der Transaktionen auch bei Abweichungen gegeben ist, wenn die Abweichungen die Anwendung der Methode nicht wesentlich beeinflussen oder die Auswirkungen auf die Methode durch entsprechende Anpassungsrechnungen auf ein sachgerechtes Mass reduziert werden können.⁵⁶⁹ Fehlt eine konkrete Vergleichstransaktion und kann auch mit Hilfe von Anpassungsrechnungen kein sachgemässes Vergleichbarkeitsniveau erreicht werden, so behilft sich die OECD mit dem hypothetischen Fremdvergleich. Während der konkrete

analysiert werden, ob die Vertragsbestimmungen der wirtschaftlichen Realität entsprechen (OECD, TP-GL, N 1.52 f.).

⁵⁶⁵ Bei diesem Vergleichbarkeitsmerkmal müssen die unternehmerischen Aspekte berücksichtigt werden, welche die Verhandlungsposition der jeweiligen Partei beeinflussen können. Namentlich ist dabei an die Entwicklung neuer Produkte, die Risikoaversion, die Einschätzung politischer oder wirtschaftlicher Veränderungen zu denken (OECD, TP-GL, N 1.59.).

⁵⁶⁶ *Vgl.* OECD, TP-GL, N 1.42 ff. *m.w.H.*

⁵⁶⁷ BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., *International tätige Unternehmen*, N 3.80; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, *DBA*, Art. 9 N 23 f.

⁵⁶⁸ Die OECD führt dabei v.a. die Vertraulichkeit, welcher i.d.R. schuldrechtliche Abreden zwischen Unternehmen unterstehen, sowie den Suchaufwand der Vergleichstransaktionen an (OECD, TP-GL, N 1.13).

⁵⁶⁹ OECD, TP-GL, N 1.33.; *vgl. auch* BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., *International tätige Unternehmen*, N 3.86. Es wird dabei vom direkten Fremdvergleich gesprochen, wenn die Vergleichstransaktionen ohne Anpassungen mit der zu bewertenden Innentransaktion verglichen werden können. Im Gegensatz dazu handelt es sich um einen indirekten Fremdvergleich, sobald der Gegenstand und die Bedingungen der Vergleichstransaktionen nicht mit der zur beurteilenden Transaktion übereinstimmen und eine Anpassung notwendig ist (*vgl. hierzu* VÖGELE/RAAB/BRAUKMANN, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, *Verrechnungspreise*, N C.30).

Fremdvergleich zwischen verbundenen Unternehmen stattfindende Leistungsbeziehungen mit tatsächlich stattfindenden Transaktionen unter Drittparteien vergleicht, wird beim hypothetischen Fremdvergleich auf fiktive Transaktionen unter Dritten abgestellt. Bei Letzterem wird somit mangels tatsächlicher, vergleichbarer Transaktionen auf fiktive Transaktionen abgestellt, wie sie unter vergleichbaren Umständen zwischen unabhängigen Dritten stattgefunden hätten.⁵⁷⁰

Der Fremdvergleichsgrundsatz erkennt zudem an, dass es unter unabhängigen Dritten aufgrund der Marktkräfte zu keinem allgemein gültigen Verhandlungsergebnis kommen kann, sondern die fremdvergleichskonformen Abmachungen sich in einem bestimmten Einigungsbereich bewegen.⁵⁷¹ Für die Bewertung der Angemessenheit des Verrechnungspreises ist deshalb auf eine Bandbreite fremdvergleichskonformer Verrechnungspreise abzustellen. Diese Bandbreite wird aus einer Vielzahl als ausreichend vergleichbar qualifizierter Vergleichstransaktionen ermittelt.⁵⁷²

b. Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Betriebsstätten
– der Authorized OECD Approach («AOA»)

Art. 7 Abs. 2 OECD-MA regelt die internationale Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen. Hinsichtlich des Grads der fingierten Selbständigkeit der Betriebsstätte⁵⁷³ vertritt die OECD die Theorie der uneingeschränkten Selbständigkeit⁵⁷⁴. Die Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen findet dabei –

⁵⁷⁰ BRÄHLER, 408; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 60. Für den hypothetischen Fremdvergleich gilt die zu beurteilende konzerninterne Transaktion als Ausgangspunkt. Bei diesem konzerninternen Preis müssen alle auf die Zugehörigkeit zum Konzern zurückzuführenden Preiseffekte eliminiert werden. So kann eine fiktiv unabhängige Gegenpartei als Vergleichsunternehmen fingiert werden, mit welcher das Konzernunternehmen einen fremdvergleichskonformen Verrechnungspreis ausgehandelt hätte (vgl. BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.74 ff. sowie N 3.122 ff. *m.w.H.*). Art. 9 Abs. 1 OECD-MA erlaubt die Anwendung sowohl des konkreten, als auch des hypothetischen Fremdvergleichs, indem er Verrechnungspreise fordert, welche Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen «vereinbart hätten» (BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.74; BRÄHLER, 407 f.).

⁵⁷¹ EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 11; BECKER/KROPPEL, N 1.45.

⁵⁷² EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 39; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 115; SCHAUMBURG, N 18.128. Die konzerninternen Verrechnungspreise, welche innerhalb der ermittelten Bandbreite liegen, gelten als fremdvergleichskonform.

⁵⁷³ Vgl. Abschnitt IV.C.2.2.b (S. 119) *m.w.H.*

⁵⁷⁴ OECD, Betriebsstättenbericht 2008, N I.9.; vgl. auch STRUNK, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 4.4.

analog zu verbundenen Unternehmen – anhand von Verrechnungspreisen statt, welche dem Fremdvergleich standhalten müssen.⁵⁷⁵ Den Widerspruch zwischen der rechtlichen Unselbständigkeit der Betriebsstätte, welche eine Zuordnung von zivilrechtlichem Eigentum sowie den Abschluss von Verträgen zwischen Betriebsstätte und Stammhaus sowie mit Drittparteien ausschliesst, und der Forderung von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Betriebsstätte versucht die OECD mit AOA⁵⁷⁶ zu

⁵⁷⁵ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 OECD-MA. Dieser bewertet nur solche Verrechnungspreise als (fremdvergleichs-)konform, die jene Erträge der Betriebsstätte zuweisen, welche «it might be expected to make [...] if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment [...]»; vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, Preface N 2, N I.8 sowie N I.52. Die OECD zielt damit auf die Angleichung der Regeln zur internationalen Gewinnabgrenzung für Betriebsstätten an jene für verbundene Unternehmen im Sinne der Funktionsnutzentheorie ab, indem sie die Betriebsstättenausscheidung anhand von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen vornimmt (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.8; DIES., MK 2017, Art. 7 N 24; BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 277; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 91; PLANSKY, 112; BRÄHLER, 398). Der «relevant business activity approach» findet gemäss der OECD keine Anwendung auf die Gewinnabgrenzung der Betriebsstätte. Entsprechend werden der Betriebsstätte jene Gewinne zugeordnet, welche sie als selbständiges Unternehmen erwirtschaftet hätte, ungeachtet des Gesamtergebnisses des Einheitsunternehmens (OECD, Betriebsstättenbericht, N I.8). Es ist allerdings zu beachten, dass die uneingeschränkte Selbstständigkeitsfiktion ausschliesslich auf die Gewinnabgrenzung und nicht auf die der Regelung im nationalen Recht der Mitgliedstaaten vorbehaltenen Gewinnermittlung Anwendung findet (OECD, MK 2017, Art. 7 N 28; PLANSKY, 117).

⁵⁷⁶ Den AOA entwickelte die OECD im Rahmen ihrer Betriebsstättenberichte der Jahre 2008 sowie 2010 (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2008 sowie DIES., Betriebsstättenbericht 2010). Die internationale Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen nach Art. 7 Abs. 2 OECD-MA sollte durch eine einheitliche Definition der Selbstständigkeitsfiktion der Betriebsstätte und die dadurch erzielten einheitlichen Gewinnabgrenzungsmethoden harmonisiert werden, mit dem Ziel, eine internationale Doppelbesteuerung zu vermeiden (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.2 sowie I.8). Das Ziel des AOA ist es hingegen nicht, eine komplette Angleichung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen zu erreichen, sondern lediglich eine analoge Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach Art. 9 Abs. 1 OECD-MA auf die Betriebsstättenausscheidung nach Art. 7 Abs. 2 OECD-MA herbeizuführen. Die lediglich analoge Anwendung soll den tatsächlichen Unterschieden zwischen der Betriebsstätte und einem verbundenen Unternehmen angemessen Rechnung tragen (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.55).

lösen. Der AOA beinhaltet auch eine spezifische Abhandlung über die Abgrenzung im Einheitsunternehmen eines Bankinstituts.⁵⁷⁷ Bereits in ihrem Bericht von 1984 erkannte die OECD, dass die Eigenschaften des Bankgeschäfts Besonderheiten für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes darstellen.⁵⁷⁸ Auf diese Besonderheiten wird im Folgenden eingegangen.

Zunächst kann sich die Abgrenzung im Einheitsunternehmen im Gegensatz zu jener bei verbundenen Unternehmen nicht auf die rechtlichen Beziehungen zwischen den Einheiten des Unternehmens abstützen. Für die Fiktion der rechtlichen Selbständigkeit müssen deshalb die tatsächlich stattfindenden wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen zwischen der Betriebsstätte und den anderen Einheiten des Einheitsunternehmens identifiziert werden.⁵⁷⁹ Ausserdem kann die Betriebsstätte keine Verträge mit Drittparteien abschliessen. Deshalb können der Betriebsstätte weder Chancen und Risiken aus schuldrechtlichen Verträgen noch zivilrechtliches Eigentum an Vermögensgegenständen und Kapital aufgrund bestehender Verträge mit Drittparteien oder anderen Einheiten des Konzerns zugewiesen werden.⁵⁸⁰ Diese Zuweisung soll gemäss AOA aufgrund der wirtschaftlich relevanten, vom Personal der Betriebsstätte ausgeführten Tätigkeiten (sog. Personalfunktion) im Rahmen der Funktionsanalyse unternommen werden.⁵⁸¹ Grundgedanke der Zuordnung von Risiken und Vermögenswerten anhand der von der Betriebsstätte ausgeübten Funktionen ist, dass Wirtschaftsgüter derjenigen Einheit zuzuweisen sind, welche sie für die Wertschöpfung einsetzt, wohingegen Risiken jener Einheit zuzuweisen sind, welche die für die Kontrolle der Risiken wesentlichen Funktionen ausübt.⁵⁸² Die Funktionsanalyse dient im Rahmen der fremdvergleichskonformen

⁵⁷⁷ Vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, Teil II.

⁵⁷⁸ Vgl. OECD, 1984 TP Report, 45 ff. ("The Taxation of Multinational Banking Enterprises»).

⁵⁷⁹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.10.; KAESER, in: WASSERMAYER, DBA Band I, Art. 7 N 401. Die Leistungsbeziehungen zwischen den Teilen des Einheitsunternehmens müssen aufgrund einer (meist) auf der Betriebsstättenbuchhaltung basierenden Dokumentation identifizierbar sein sowie anhand der Funktionsanalyse als wirtschaftlich tatsächlich stattgefundener Leistungsaustausch qualifiziert werden können (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.177 sowie I.181; vgl. dazu auch BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.95 ff., STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 92).

⁵⁸⁰ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.15.

⁵⁸¹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.62; BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.91.

⁵⁸² BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.91 f.; STRUNK, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 4.12; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 94 f.

Betriebsstättenausscheidung demgemäss nicht nur der Vergleichbarkeitsanalyse, sondern auch der Zuweisung der Bilanzpositionen des Einheitsunternehmens sowie der sich in der Haftungssphäre des Einheitsunternehmens befindlichen Risiken zwischen Stammhaus und Betriebsstätte.⁵⁸³ Der Betriebsstätte soll jener Ertrag zugewiesen werden, welcher aus den von ihr ausgeführten Aktivitäten sowie unter Einsatz der ihr zu wirtschaftlichem Eigentum zugewiesenen Vermögenswerte erwirtschaftet wurde.⁵⁸⁴

Der AOA vollzieht die Betriebsstättenausscheidung in zwei Schritten: In einem ersten Schritt werden aufgrund der wesentlichen Personalfunktionen die Vermögenswerte, Risiken sowie das Kapital zugewiesen. Der erste Schritt dient der Herstellung der fiktiven rechtlichen Selbständigkeit der Betriebsstätte.⁵⁸⁵ In einem zweiten Schritt werden die Verrechnungspreise, durch welche die Betriebsstätte für die von ihr ausgeführten Personalfunktionen, die eingesetzten Aktiven sowie die übernommenen Risiken intern entschädigt wird, auf ihre Fremdvergleichskonformität überprüft.⁵⁸⁶ Dies entspricht dem Vorgehen bei verbundenen Unternehmen unter dem Fremdvergleichsgrundsatz. Grundlage für den zweiten Schritt sind die identifizierbaren, wirtschaftlich relevanten Leistungsbeziehungen im Einheitsunternehmen.

Den ersten Schritt der Betriebsstättenausscheidung nach AOA bildet die Funktionsanalyse. Die vom Personal der Betriebsstätte ausgeübten Funktionen entscheiden über die Zuweisung von wirtschaftlichem Eigentum an Vermögenswerten sowie von Risiken und bilden deshalb die Grundlage der fremdvergleichskonformen Vergütung der Betriebsstätte.⁵⁸⁷ Innerhalb der für die

⁵⁸³ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.14 f. *sowie* I.61. Im Rahmen der Gewinnabgrenzung bei verbundenen Unternehmen hat die Funktionsanalyse (lediglich) die Aufgabe, die Bedingungen des zu beurteilenden Geschäftsfalls innerhalb des Konzerns mit Geschäften zwischen unabhängigen Dritten zu vergleichen. Damit ist die Funktionsanalyse bei verbundenen Unternehmen ein Bestandteil der Vergleichbarkeitsanalyse (MÖDINGER, 107 f.; BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.91).

⁵⁸⁴ Zur Herstellung einer uneingeschränkten Selbständigkeit der Betriebsstätte muss sich der der Betriebsstätte zuzuweisende Gewinn an ihren (fingierten) Leistungsbeziehungen sowohl mit anderen Teilen des Unternehmens als auch mit unabhängigen Dritten orientieren (OECD, Betriebsstättenbericht, N I.98; DIES., MK 2017, Art. 7 N 20; *vgl. auch* MÖDINGER, 108 f.; BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.94).

⁵⁸⁵ BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 304; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 92; BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.90.

⁵⁸⁶ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.9; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 99.

⁵⁸⁷ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.10 *sowie* N II.64.

Zuordnung von Risiken und Vermögenswerten entscheidenden Funktionsanalyse unterscheidet der AOA zwischen wesentlichen Personalfunktionen, KERT-Funktionen⁵⁸⁸ und Hilfsfunktionen.⁵⁸⁹ Risiken und Vermögenswerte werden dem Unternehmensteil zugeordnet, der die für das jeweilige Risiko bzw. den jeweiligen Vermögenswert wesentlichen Personalfunktionen ausübt.⁵⁹⁰ Funktionen, welche nicht als wesentliche Personalfunktionen gelten, sind im Rahmen des zweiten Schritts fremdvergleichskonform zu entschädigen.⁵⁹¹ Ob eine Personalfunktion mit Blick auf den zuzuordnenden Vermögenswert bzw. das zuzuordnende Risiko wesentlich ist, hängt entscheidend von der Art des Vermögenswertes bzw. Risikos ab.⁵⁹² Der AOA unterscheidet zwischen materiellen Vermögenswerten, Finanzaktiven sowie immateriellen Vermögenswerten⁵⁹³. Bei den materiellen Vermögenswerten ist der Ort der Nutzung ausschlaggebend.⁵⁹⁴ Hinsichtlich Finanzaktiven⁵⁹⁵ von Finanzinstituten

⁵⁸⁸ Die KERT-Funktion steht als Abkürzung für «key entrepreneurial risk taking function» (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.16).

⁵⁸⁹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.62 sowie für die KERT-Funktion II.8 ff. Der Begriff der «Hilfsfunktionen» impliziert jedoch nicht, dass es sich um Funktionen mit geringer wertschöpfender Kapazität handelt. Im Rahmen der Vergleichbarkeitsanalyse in Schritt 2 des AOA muss der Einfluss auf die Wertschöpfung der jeweiligen Hilfsfunktionen im Einzelfall aufgrund der tatsächlichen Begebenheiten geprüft werden (OECD; Betriebsstättenbericht 2010, N II.68).

⁵⁹⁰ Die Personalfunktion wird der Betriebsstätte zugeordnet, wenn sie dort physisch durch das Personal ausgeübt wurde (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.60). Diese Aussage trifft nur bei der Gewinnabgrenzung zu einer Betriebsstätte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 OECD-MA (dauernde feste Geschäftseinrichtung) zu. Bei der Vertreterbetriebsstätte nach Art. 5 Abs. 5 OECD-MA wird auf die Personalfunktion abgestellt, welche der jeweilige Vertreter im Namen des Einheitsunternehmens ausgeführt hat. Für Server-Betriebsstätten vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.66 m.w.H.

⁵⁹¹ STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 93.

⁵⁹² OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.72 ff.

⁵⁹³ Bei immateriellen Wirtschaftsgütern, welche selbst durch das Einheitsunternehmen entwickelt werden, handelt es sich bei der (operativen) Entscheidung über die Übernahme sowie das Management der mit der Entwicklung verbundenen Risiken um die wesentlichen Personalfunktionen (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.85).

⁵⁹⁴ Damit sollen dem jeweiligen Unternehmensteil jene Wirtschaftsgüter zu wirtschaftlichem Eigentum zugeordnet werden, welche er zur Erbringung seiner jeweiligen Funktion benötigt. Mangels vertraglicher Grundlagen innerhalb des Einheitsunternehmens muss dabei auch analysiert werden, ob dem Unternehmensteil das wirtschaftliche Eigentum an dem Wirtschaftsgut zukommt oder ob er es als Lizenznehmer oder Mitglied einer Umlagevereinbarung benutzt (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.72; vgl. auch MÖDINGER, 111).

⁵⁹⁵ Finanzaktiven, auch als finanzielle Vermögenswerte bezeichnet, sind sämtliche Vermögenswerte einer Bank, welche durch das Betreiben des Bankgeschäfts entstehen

anerkennt die OECD, dass Risiken dem Finanzaktivum inhärent sind und deshalb nicht von diesem getrennt werden können.⁵⁹⁶ Der AOA beinhaltet deshalb das Konzept der KERT-Funktion. KERT-Funktionen zeichnen sich durch die aktive Entscheidung des Funktionsträgers aus, welche sich auf die Begründung des Finanzkontraktes – und damit die Entscheidung zur Aufnahme des dem Finanzkontrakt inhärenten Risikos – und die Bewirtschaftung dieses Risikos im Einzelfall bezieht.⁵⁹⁷ Die KERT-Funktion ist damit für die Zuteilung sowohl des wirtschaftlichen Eigentums am Finanzaktivum als auch des mit dem Finanzaktivum zusammenhängenden finanziellen Risikos ausschlaggebend.⁵⁹⁸ Das wirtschaftliche Eigentum und das Risiko können gemäss AOA nicht zwei unterschiedlichen Funktionsträgern zugewiesen werden.⁵⁹⁹ Die gekoppelte Zuordnung von Aktivum und Risiko bei Finanzaktiven impliziert, dass auch die Erträge und Aufwendungen aus diesem Vermögenswert jenem Unternehmensanteil alloziert werden, welcher das wirtschaftliche Eigentum am jeweiligen Finanzaktivum erhält.⁶⁰⁰ Dazu gehören auch intern zu vergütende Verrechnungspreise, welche Funktionen anderer Einheiten mit Bezug auf das der Betriebsstätte allozierte Finanzaktivum vergüten oder welche der Betriebsstätte durch die Nutzungsüberlassung des Vermögenswertes an andere Einheiten zufließen.⁶⁰¹

Die einer Betriebsstätte zugeordneten Risiken müssen mit ausreichend Kapital unterlegt werden. Nur so kann eine fiktive Abtrennung der Haftungssphäre der

(ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.74).

⁵⁹⁶ Aufgrund der KERT-Funktionen wird das wirtschaftliche Eigentum an einem finanziellen Vermögenswert inklusive der mit diesem Vermögenswert zusammenhängenden Risiken dem Funktionsträger zugeordnet (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.64).

⁵⁹⁷ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.8 ff. sowie II.50. Die Kontrolle des Risikomanagements durch die Oberleitung der Bank gilt hingegen nicht als KERT-Funktion, da es sich nicht um eine Entscheidungsfunktion im Einzelfall, d.h. mit Bezug auf ein bestimmtes Finanzaktivum, handelt.

⁵⁹⁸ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.64.

⁵⁹⁹ Sog. «risk follows function» (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.43).

⁶⁰⁰ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.73; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 93. Im Gegensatz dazu zieht die Zuteilung des wirtschaftlichen Eigentums eines gewöhnlichen materiellen Vermögenswertes nicht zwingend die Zuteilung der aus diesem Vermögenswert resultierenden Erträge und Aufwände mit sich. Eine Zuteilung der Erträge und Aufwände findet nur statt, wenn dem gleichen Unternehmensteil sowohl das wirtschaftliche Eigentum an einem Vermögenswert als auch das mit der Bewirtschaftung des entsprechenden Ertrags zusammenhängende Risiko zugeordnet wird (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.74).

⁶⁰¹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.143.

Betriebsstätte vom Einheitsunternehmen erlangt werden. Gemäss AOA gilt der Grundsatz, dass das Risiko und das dazugehörige Kapital nicht unterschiedlichen Unternehmensteilen zugeordnet werden dürfen («capital follows risk»)⁶⁰². Für die Herstellung einer separaten Haftungssphäre muss die Kapitalstruktur der Betriebsstätte als fremdvergleichskonform fingiert werden. Fremdvergleichskonform ist eine Kapitalstruktur gemäss AOA dann, wenn sie die übernommenen Risiken und die zu wirtschaftlichem Eigentum zugeordneten Vermögenswerte insoweit decken kann, wie dies aufgrund von gesellschaftsrechtlichen sowie regulatorischen Anforderungen bei einem selbständigen Unternehmen mit dem gleichen Aktiven- und Risikoprofil der Fall wäre.⁶⁰³ Zusätzlich schreibt der AOA vor, dass sich die Kreditwürdigkeit des Einheitsunternehmens in der Betriebsstätte widerspiegeln muss.⁶⁰⁴ Der Betriebsstätte muss dazu jene Menge Dotationskapital zugewiesen werden, die sie benötigt, um aufgrund ihres Risikoprofils sowie ihres Verschuldungsgrades die gleiche Kreditwürdigkeit wie das Gesamtunternehmen aufzuweisen.⁶⁰⁵ Der AOA beschreibt verschiedene Methoden, mit denen gemäss OECD der Betriebsstätte eine fremdvergleichskonforme Kapitalstruktur zugeteilt werden kann. Allerdings äussert er sich nicht zur im Einzelfall anwendbaren Methode.⁶⁰⁶ Die OECD schliesst zudem die Verzinsung des der Betriebsstätte zugewiesenen Dotationskapitals aus.⁶⁰⁷

Die Betriebsstätte finanziert ihre Geschäftsaktivitäten als fingiert selbständiges Unternehmen nicht nur durch das zugewiesene Dotationskapital, sondern auch durch Fremdfinanzierung. Diese kann sie von Drittparteien sowie von verbundenen Einheiten beziehen. Es findet somit grundsätzlich eine objektmässige

⁶⁰² OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.51 *sowie* 71. Während zwischen verbundenen Unternehmen eine Aufteilung von Risiken und Kapital gestützt auf konzerninterne Verträge möglich ist, ist gemäss AOA eine getrennte Zuweisung von Risiko und Kapital bei Betriebsstätten ausgeschlossen (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.65 f.). Daraus folgt, dass die (kostenpflichtige) Gewährung von Kreditbürgschaften innerhalb des Einheitsunternehmens gemäss AOA verboten ist (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.101 *sowie* I.104).

⁶⁰³ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.54 *sowie* 107; *vgl. auch* MÖDINGER, 113 f.

⁶⁰⁴ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.101.

⁶⁰⁵ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.30. Die fremdvergleichskonforme Kapitalstruktur wirkt sich sodann auf den der Betriebsstätte zuzuweisenden Fremdkapitalzinsaufwand aus (BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 317).

⁶⁰⁶ Für die Beschreibung der verschiedenen gemäss OECD fremdvergleichskonformen Kapitalzuteilungsmethoden *vgl.* OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.121 ff.; BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 322 ff.; STRUNK, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 4.13.

⁶⁰⁷ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.105; *vgl. auch* BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 323.

Allokation von Fremdkapital im Einheitsunternehmen statt.⁶⁰⁸ Fraglich ist im Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung der Betriebsstätte, wie der Zinsaufwand des Einheitsunternehmens fremdvergleichskonform der Betriebsstätte zugewiesen werden kann. Gemäss AOA können konzerninterne Darlehen dabei nur dann als Leistungsbeziehung gelten und durch fremdvergleichskonforme Zinsen vergütet werden, wenn es sich bei dem das Darlehen gewährenden Unternehmensteil um ein Profitcenter handelt, welches Treasury-Funktionen für das Einheitsunternehmen wahrnimmt.⁶⁰⁹ Ist dies nicht der Fall, findet eine (blosse) Kostenverrechnung der an Dritte zu bezahlenden Fremdfinanzierungskosten statt.⁶¹⁰

In einem zweiten Schritt werden die identifizierten, als Aussenumsätze fingierten Intransaktionen auf ihre Fremdvergleichskonformität überprüft.⁶¹¹ Die Funktionsanalyse des ersten Schritts bildet hierfür die Ausgangslage. Sämtliche identifizierten Funktionen, welche das Personal der Betriebsstätte ausführt, müssen fremdvergleichskonform entschädigt werden. Im Rahmen des zweiten Schrittes findet nun die Vergleichbarkeitsanalyse durch die analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 1 OECD-MA und den Verrechnungspreisrichtlinien der OECD statt.⁶¹² Der wichtigste Unterschied zur Vergleichbarkeitsanalyse für

⁶⁰⁸ Der AOA erkennt allerdings auch die Fungibilitätsmethode («fungibility approach») als fremdvergleichskonform an. Bei dieser werden das Fremdkapital und der Zinsaufwand des Einheitsunternehmens aufgrund eines Schlüssels zwischen Betriebsstätte und Stammhaus aufgeteilt (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.154 *m.w.H.*).

⁶⁰⁹ Als Treasury-Betriebsstätte gilt gemäss AOA eine Unternehmenseinheit, die mit Blick auf die Aufnahme und die Verwaltung der Finanzierungsmittel eine für das Einheitsunternehmen wesentliche Personalfunktion ausführt, welche zur Allokation des wirtschaftlichen Eigentums an den Finanzaktiven der internen Finanzierung führt (sog. «fully fledged treasury PE», OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.153 *sowie* I.160). Die Treasury-Funktion kann dabei durch einen Aufschlag auf die Fremdkapitalzinsen, welche die Treasury-Betriebsstätte an Dritte leistet, oder durch eine separate Dienstleistungsvergütung fremdvergleichskonform abgerechnet werden (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.160 *sowie* II.169 *m.w.H.*). Führt die Treasury-Betriebsstätte keine solche wesentliche Personalfunktion aus, kann ihr zwar nicht das wirtschaftliche Eigentum an den Fremdfinanzierungspositionen übertragen werden. Eine fremdvergleichskonforme Vergütung als Service-Provider ist allerdings nicht ausgeschlossen (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.159).

⁶¹⁰ Sog. Rückverfolgungsmethode («tracing approach», direkte Zuweisung der Fremdfinanzierungskosten); vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.154.

⁶¹¹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.10; KAESER, in: WASSERMAYER, DBA Band I, Art. 7 N 547 ff.

⁶¹² OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.189 *sowie* II.143; vgl. *auch* BRÜNINGHAUS, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N K.96.

Verrechnungspreise bei verbundenen Unternehmen besteht in der Vergleichbarkeit der Vertragsbedingungen. Mangels vertraglicher Beziehungen innerhalb des Einheitsunternehmens muss sich die Vergleichbarkeitsanalyse bei der Betriebsstättenausscheidung auf die im Rahmen der Funktionsanalyse identifizierten tatsächlichen Leistungsbeziehungen stützen.⁶¹³ Die im folgenden dargestellten Verrechnungspreismethoden werden somit analog auch auf die Betriebsstättenausscheidung nach dem AOA angewandt.

c. Anwendung der Verrechnungspreismethoden der OECD

Für die Ermittlung und Verprobung von Verrechnungspreisen hinsichtlich ihrer Fremdvergleichskonformität stellt die OECD in ihren Verrechnungspreisrichtlinien verschiedene Verrechnungspreismethoden zur Verfügung.⁶¹⁴ Diese Verrechnungspreismethoden werden unter die Abgrenzung nach der objektmässigen Methode subsumiert, da die Abgrenzung aufgrund von separaten Buchführungen der Konzerneinheiten und damit mittels Verrechnungspreisen erfolgt.⁶¹⁵ Die OECD unterscheidet zwischen den Standardmethoden und den geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden. Während die OECD in den Verrechnungspreisrichtlinien 1995 noch den Vorrang der Standardmethoden vor den geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden propagierte, fand mit den Verrechnungspreisrichtlinien 2010 eine Abschaffung dieser Normenhierarchie statt.⁶¹⁶ Ziel ist es, die im Einzelfall am besten geeignete Methode zu finden.

⁶¹³ Die Verrechnungspreisrichtlinien der OECD können auf die Vergleichbarkeit von Vertragsbedingungen nur sinngemäss angewendet werden (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.190; DIES., MK 2017, Art. 7 N 22; STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung, 99).

⁶¹⁴ OECD, TP-GL, N 2.1 ff.; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 94.

⁶¹⁵ JACOBS, 565. Dies trifft auch auf die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode zu. Im Gegensatz zur globalen Gewinnaufteilung handelt es sich bei der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode nicht um eine globale Abgrenzungsmethode, welche auf Grundlage des konsolidierten Gesamtgewinns des Konzerns durchgeführt wird. Die Gewinnabgrenzung geschieht bei der Gewinnaufteilungsmethode aufgrund von Verrechnungspreisen, welche durch die Anwendung von fremdvergleichskonformen Quoten verprobt werden.

⁶¹⁶ Gemäss den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien 1995/96 galt ein Vorrang der Standardmethoden, wobei innerhalb der Standardmethoden die Preisvergleichsmethode bevorzugt Anwendung finden sollte. Die geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden galten dabei lediglich als Hilfsmethoden, welche nachrangig anzuwenden waren (vgl. hierzu BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.170). Die OECD sieht die Kostenaufschlagsmethode nach wie vor als am besten geeignete Methode zur Umsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes, weshalb diese in Situationen, in denen

Dabei muss nicht nur die Angemessenheit der jeweiligen Methode im Einzelfall aufgrund des Funktionsprofils der beteiligten Konzerneinheiten geprüft werden, sondern es ist auch der Verfügbarkeit zuverlässiger Informationen über Vergleichstransaktionen sowie dem Grad der Vergleichbarkeit dieser Transaktionen Rechnung zu tragen.⁶¹⁷ Auch handelt es sich bei den von der OECD in den Verrechnungspreisrichtlinien dargestellten Methoden um keine abschliessende Liste im Sinne eines Numerus Clausus. Es werden mithin auch «sonstige Methoden» als fremdvergleichskonform zugelassen, wenn sie im Einzelfall für die Beurteilung der Fremdvergleichskonformität der konzerninternen Leistungsbeziehungen geeignet sind.⁶¹⁸

Die von der OECD dargestellten Verrechnungspreismethoden können in einseitige und zweiseitige Methoden eingeteilt werden. Während einseitige Methoden lediglich die Eigenschaften einer Partei der Transaktion berücksichtigen, beziehen zweiseitige Methoden die Eigenschaften beider am Geschäftsfall teilnehmenden Konzerneinheiten in die Vergleichbarkeitsanalyse ein.⁶¹⁹ Einseitige Verrechnungspreismethoden können nur bei Vertragsparteien zur Anwendung gelangen, welche keine wesentlichen unternehmerischen Funktionen ausüben oder immaterielle Werte zur Wertschöpfung einsetzen. Diesen Trägern von Routinefunktionen wird mit Hilfe der einseitigen Methoden (Kostenaufschlags-, Wiederverkaufspreis- sowie Nettomargenmethode) ein sicherer, aber geringer Gewinnanteil zugesprochen.⁶²⁰ Träger von Routinefunktionen tragen entsprechend kein oder lediglich ein geringes Unternehmerrisiko und partizipieren deshalb auch nicht am allfälligen Verlust aus einem Geschäft. Die

mehrere Methoden geeignet erscheinen, vorzuziehen sei (OECD, TP-GL, N 2.3; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 33; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 96; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.171 f. *m.w.H.*). Allerdings gesteht sie in den Verrechnungspreisrichtlinien 2010 zu, dass jeweils die im Einzelfall am besten geeignete Methode zur Anwendung gelangen soll und der Steuerpflichtige frei ist bei der Auswahl der von ihm angewendeten Verrechnungspreismethode (OECD, TP-GL, N 2.2; STOCKER, BEPS, 311; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 33).

⁶¹⁷ OECD; TP-GL, N 2.2 f. Die Auswahl der im Einzelfall geeigneten, fremdvergleichskonformen Methode ist vom Steuerpflichtigen zwar zu begründen, allerdings muss dieser nicht begründen, warum die gewählte Methode besser geeignet ist als die anderen in der OECD-Verrechnungspreisrichtlinie definierten Methoden (EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 34; VÖGELE/RAAB/BRAUKMANN, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N C.15; EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 94;).

⁶¹⁸ OECD, TP-GL, N 2.9; vgl. auch EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 35; VÖGELE/RAAB/BRAUKMANN, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N C.14.

⁶¹⁹ OECD, TP-GL, N 2.63.

⁶²⁰ OECD, BEPS Action 8-10, N 7.32; JACOBS, 581; HANKEN/KLEINHIEPASS, 109. Eine reine Kostenverrechnung ohne Gewinnaufschlag ist gemäss OECD nicht fremdvergleichskonform (OECD, BEPS Action 8-10, N 7.29).

Gewinnaufteilungsmethode ist die einzige von der OECD beschriebene zweiseitige Verrechnungspreismethode und damit die einzig anwendbare Methode bei Geschäftsfällen, bei denen beide Parteien eine wesentliche unternehmerische Funktion wahrnehmen.⁶²¹ Die lediglich einseitige Beurteilung einer Partei im Rahmen der Vergleichbarkeitsanalyse kann zur Zuweisung eines wirtschaftlich nicht begründbaren, hohen Gewinnanteils führen, da die Funktionen der anderen Partei nicht angemessen berücksichtigt werden. Bei der zweiseitigen Verrechnungspreismethode kann hingegen die Angemessenheit der Gewinnzuweisung für beide bzw. alle am Geschäftsfall beteiligten Parteien geprüft werden und auch Synergieeffekte des Konzernverbundes können adäquat berücksichtigt werden.⁶²² Als zweiseitige Verrechnungspreismethode kennt die OECD lediglich die Gewinnaufteilungsmethode.⁶²³

Der Fremdvergleichsgrundsatz ist durch Anwendung der Verrechnungsmethoden auf jede einzelne kaufmännische oder finanzielle Leistungsbeziehung zwischen den verbundenen Unternehmen zu gewährleisten (sog. transaktionsbezogene Anwendung). Einzelne Leistungsbeziehungen können nur dann zu Verrechnungspreiszwecken zusammengefasst werden, wenn einzelne Transaktionen in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, in enger zeitlicher Abfolge erbracht werden oder auch unter Dritten regelmässig zusammengefasst werden.⁶²⁴ Bei der Anwendung der Gewinnmethoden ist in der Praxis zu beobachten, dass diese i.d.R. nicht transaktionsbezogen, sondern bezogen auf einen Divisions- oder Betriebsbereich angewendet werden.⁶²⁵

⁶²¹ OECD, TP-GL, N 2.109; EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 30.

⁶²² OECD, TP-GL, N 2.113.

⁶²³ Die Gewinnaufteilungsmethode zielt darauf ab, den aus einem Geschäft erzielten (Netto-)Erfolg auf die an der Wertschöpfung beteiligten Konzerneinheiten fremdvergleichskonform zu verteilen. Die Verteilung des Erfolgs ist Gegenstand des Fremdvergleichs und muss jener unter unabhängigen Parteien folgen. In einem ersten Schritt ist demgemäss der Erfolg zu definieren, welcher in einem zweiten Schritt nach fremdvergleichskonformen Kriterien auf die an der Erzielung des Erfolgs beteiligten Parteien aufzuteilen ist. Eine fremdvergleichskonforme Aufteilung ist dann gegeben, wenn die Höhe des einer Konzerneinheit zugewiesenen Erfolgsanteils den von ihr übernommenen Funktionen und Risiken sowie den von ihr eingesetzten Vermögenswerten entspricht. Durch die Vergleichbarkeitsanalyse soll im Sinne einer Bewertung der von den Parteien erbrachten wertsteigernden Aktivitäten ein Marktwert gefunden werden. Der Marktwert dieser konzernintern erbrachten Leistungen wird aufgrund der Erfolge errechnet, welche unabhängige Dritte unter vergleichbaren Umständen aus dem Erbringen einer vergleichbaren Leistung erzielen hätten (JACOBS, 593; vgl. BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.226 *m.w.H.*).

⁶²⁴ EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 108.

⁶²⁵ EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 25; BRÜLISAUER, FStR 2014, 224; DERS., Komm. InStR, Art. 7 N 71; STOCKER/STUDER, 388.

In der Praxis werden zumeist die geschäftsfallbezogenen Gewinnmethoden (Gewinnaufteilungsmethode und Nettomargenmethode) zur Bewertung und Verprobung von konzerninternen Verrechnungspreisen verwendet.⁶²⁶ Die Vergleichbarkeitsanalyse erfordert bei den Standardmethoden eine Vergleichbarkeit der der Konzerneinheit zuzuweisenden Bruttomarge.⁶²⁷ Dabei ist der Zugang zu Vergleichsgrössen wie Bruttomargen von fremden Unternehmen häufig begrenzt oder er bleibt gänzlich verwehrt. Geschäftsfallbezogene Standardmethoden scheitern damit in der Praxis in vielen Fällen an der mangelnden Existenz von Vergleichstransaktionen zur Bestimmung von fremdvergleichskonformen Bandbreiten.⁶²⁸ Es muss auf die transaktionsbezogenen Gewinnmethoden zurückgegriffen werden. Die Gewinnmethoden stellen bei der Vergleichbarkeit nicht auf den Preis oder die Bruttomarge aus einer Transaktion ab, sondern ziehen die Nettomargengrösse des Gewinns zur Ermittlung einer fremdvergleichskonformen Gewinnabgrenzung heran.⁶²⁹ Vergleichswerte zu Nettomargen zeichnen sich gegenüber Bruttowerten durch eine erhöhte Datenverfügbarkeit sowie eine bessere Nachvollziehbarkeit der Daten aus.⁶³⁰ Handelt es sich jedoch um hochintegrierte Wertschöpfungsketten innerhalb des Konzerns oder leistet die einzelne Konzerneinheit einzigartige und wertvolle Beiträge zur Wertschöpfung, kann nur die Gewinnaufteilungsmethode zur Anwendung gelangen. Die Nettomargenmethode kann lediglich auf die Verprobung von Nettomargen von Routineunternehmen angewandt werden, da das Abstellen auf Gewinnkennzahlen die Einzigartigkeit der Kombination von Funktionen, Risiken sowie eingesetzten Vermögenswerten nicht adäquat berücksichtigen kann.⁶³¹

d. Anwendung der objektmässigen Abgrenzungsmethode in der Schweiz

Innerhalb der Schweiz wird die objektmässige Methode auf die Gewinn- und Kapitalabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen angewendet. Die

⁶²⁶ EIGELSHOVEN, in: VOGEL/LEHNER, DBA, Art. 9 N 81; DAWID, in: DAWID, Verrechnungspreise, 7; JACOBS, 566.

⁶²⁷ SCHWERDT, in: DAWID, Verrechnungspreise, 165.

⁶²⁸ Diese Problematik der Anwendung geschäftsfallbezogener Standardmethoden in der Praxis erkennt auch die OECD (OECD, TP-GL, N 2.4); vgl. auch BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.219.

⁶²⁹ BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.220.

⁶³⁰ DAWID, in: DAWID, Verrechnungspreise, 7.

⁶³¹ EISENRING, Komm. InStR, Art. 9 N 26; JACOBS, 581; SCHWERDT, in: DAWID, Verrechnungspreise, 167.

Art. 24 Abs. 1 StHG nachgebildeten Bestimmungen in den kantonalen Steuergesetzen bilden die gesetzliche Grundlage für die Primärberichtigung im innerschweizerischen Verhältnis. Wie unter Abschnitt IV.A.3⁶³² dargestellt, bedarf es für die Vornahme einer Primärberichtigung nach Art. 24 Abs. 1 StHG einer geldwerten Leistung. Die Frage, ob das dafür erforderliche Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistungen vorliegt, muss dabei laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung aufgrund des Fremdvergleichsgrundsatzes beurteilt werden.⁶³³ Für die konkrete Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes sind dabei sowohl Verwaltungsanweisungen der EStV als auch die Verrechnungspreisrichtlinien der OECD massgeblich.⁶³⁴

Bei den von der EStV erlassenen Praxisanweisungen zu fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen sind insbesondere das Kreisschreiben über das verdeckte Eigenkapital⁶³⁵ sowie die jährlich publizierten Rundschreiben zu den angemessenen Zinsen auf Darlehen und Vorschüssen von Beteiligten und nahestehenden Personen für die vorliegende Arbeit von Bedeutung.⁶³⁶ Die Regelungen zum verdeckten Eigenkapital sollen die fremdvergleichskonforme Finanzierungsstruktur der steuerpflichtigen Gesellschaft sicherstellen.⁶³⁷ Das

⁶³² Vgl. S. 93.

⁶³³ BGer 2C_961/2010, E.2.2. Dabei sei zwar – gemäss BGer – zunächst von der zivilrechtlichen Gestaltung der Leistungsbeziehung auszugehen. Diese zivilrechtliche Gestaltung muss allerdings anhand ihres tatsächlichen wirtschaftlichen Gehaltes beurteilt werden (BGer 2C_961/2010, E.2.1).

⁶³⁴ BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 199; RICHNER ET AL., Komm. StG ZH, §64 N 193; ZUCKSCHWERDT/MEUTER, Gegenberichtigung Teil I, 5; STOCKER, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N W.9. Die EStV teilte den kantonalen Steuerverwaltungen die Massgeblichkeit der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien für die kantonüberschreitende Leistungserbringung bei verbundenen Unternehmen mit Schreiben vom 4. März 1997 mit. Diese Auffassung wurde von der EStV erneut im Kreisschreiben Nr. 4 über die Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften dargetan (EStV, KS 4, 1). Vgl. auch BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 229 zu weiteren Details der Anwendbarkeit der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien.

⁶³⁵ Vgl. EStV, KS 6.

⁶³⁶ Vgl. für das Jahr 2019 das Rundschreiben der EStV vom 1. Februar 2019 über die steuerlich anerkannten Zinssätze 2019 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährung sowie das Rundschreiben der EStV vom 31. Januar 2019 über steuerlich anerkannte Zinssätze 2019 für Vorschüsse und Darlehen in Schweizer Franken; beide Dokumente abrufbar unter: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/rundschreiben.html>.

⁶³⁷ Gesetzliche Regelungen zum verdeckten Eigenkapital finden sich in Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG sowie in Art. 29a StHG. Diese beiden Bestimmungen des StHG wurden in sämtlichen kantonalen Steuergesetzen umgesetzt (ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 19 sowie BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 354). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Finanzierungsstruktur im Sinne

Kreisschreiben Nr. 9 der EStV stellt dabei für die steuerpflichtigen Gesellschaften steuerlich anerkannte Richtwerte zur Verfügung. Diese Richtwerte legen die maximale (konzerninterne) Fremdfinanzierung der steuerpflichtigen Gesellschaft nach Massgabe ihrer Vermögensstruktur fest.⁶³⁸ Werden diese Fremdfinanzierungsquoten durch den Steuerpflichtigen eingehalten, gilt die Vermutung der Fremdvergleichskonformität und die Steuerverwaltung kann die konzerninterne Darlehensfinanzierungen nicht als verdecktes Eigenkapital umqualifizieren.⁶³⁹ Konzernintern gewährte Fremdfinanzierungsmittel, welche über die maximale Fremdfinanzierung hinausgehen, werden als wirtschaftlich nicht begründet qualifiziert und stellen verdecktes Eigenkapital dar – sofern der Steuerpflichtige die Fremdvergleichskonformität der Finanzierungsstruktur nicht nachweisen kann.⁶⁴⁰ Das verdeckte Eigenkapital gilt als steuerbares Kapital.⁶⁴¹ Zinsen, welche auf das verdeckte Eigenkapital konzernintern verrechnet werden, stellen geldwerte Leistungen dar und können durch die Steuerverwaltung beim steuerbaren Gewinn der Gesellschaft, welche das verdeckte Eigenkapital aufweist, aufgerechnet werden.⁶⁴² Ausserdem können – trotz einer fremdvergleichskonformen Finanzierungsstruktur – Zinszahlungen auf konzerninternen Darlehen als geldwerte Leistungen qualifiziert werden, wenn diese den marktüblichen Zinssatz übersteigen. Auch hier stellt die EStV jährlich Zinssätze zur Verfügung, bei welchen die Vermutung gilt, dass diese marktüblich und damit fremdvergleichskonform sind.⁶⁴³ Übersteigt der konzernintern verrechnete Zinssatz diese Richtzinssätze, so wird der übersteigende

von Art. 29a StHG adäquat, wenn sie dem Fremdvergleichsgrundsatz genügt (BGer vom 6. November 2008 = StE 2009 B 73.12 Nr. 9, E.2.4.1.).

⁶³⁸ EStV, KS 6, 2. Massgeblich ist der Verkehrswert der Vermögenswerte am Ende der Steuerperiode.

⁶³⁹ BRÜLISAUER/KRUMMENACHER, Komm. StHG, Art. 24 N 364. Der Steuerpflichtige muss dabei nicht die Fremdvergleichskonformität seiner Finanzierungsstruktur nachweisen.

⁶⁴⁰ EStV, KS 6, 2; STOCKER, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N W.26. Die steuerpflichtige Gesellschaft kann bei einer die Richtwerte übersteigenden Fremdfinanzierung aufgrund einer geeigneten Verrechnungspreisdokumentation nachweisen, dass diese Finanzierungsstruktur marktüblich ist. Eine Umqualifikation in verdecktes Eigenkapital mit allen steuerlichen Konsequenzen muss dann unterbleiben.

⁶⁴¹ Verdecktes Eigenkapital gilt gemäss Art. 29a StHG als steuerbares Kapital im Sinne von Art. 29 StHG.

⁶⁴² Vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG. Dabei spielt es keine Rolle, ob die auf dem verdeckten Eigenkapital verrechneten Zinsen den marktüblichen Zinssätzen entsprechen. Der Verstoß gegen den Fremdvergleichsgrundsatz liegt hier in der zu hohen Fremdfinanzierung. Eine unabhängige Gesellschaft hätte einen solchen Fremdfinanzierungsgrad durch Darlehen von unabhängigen Dritten nicht erreicht (ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 20b).

⁶⁴³ Vgl. FN 636 *m.w.H.*

Teil als geldwerte Leistung auf den steuerbaren Gewinn aufgerechnet, sofern der Steuerpflichtige keinen gegenteiligen Beweis erbringt.⁶⁴⁴

Hinsichtlich der anzuwendenden Verrechnungspreismethode gilt – wie in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien vorgesehen – auch im innerschweizerischen Verhältnis der Methodenpluralismus. Der Steuerpflichtige ist bei der Auswahl der Verrechnungspreismethode frei. Er hat dabei die für den jeweiligen Sachverhalt – d.h. die tatsächlich ausgeführten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Vermögenswerte - am besten geeignete Methode zu wählen.⁶⁴⁵ Die EStV stellt jedoch in ihrem Kreisschreiben Nr. 4 über die Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften fest, dass für Finanz- und Managementdienstleistungen eine Verprobung der Verrechnungspreise aufgrund der Kostenaufschlagmethode nur in seltenen Fällen zu adäquaten Ergebnissen führen würde.⁶⁴⁶

3.3. Die quotenmässige (indirekte) Methode

a. Grundlagen

Die quotenmässige Methode ist im internationalen Steuerrecht unter dem Begriff der globalen formelhaften Gewinnaufteilung bekannt.⁶⁴⁷ Die globale formelhafte Gewinnaufteilung stellt das Gegenteil zur direkten Gewinnabgrenzung durch fremdvergleichskonforme Verrechnungspreise dar. Das Prinzip der Einheit des Unternehmens bildet die Grundlage der globalen, formelhaften Gewinnaufteilung.⁶⁴⁸ Bei dieser Gewinnabgrenzungsmethode werden die Ergebnisse der einzelnen Konzerneinheiten zusammengezählt bzw. konsolidiert und gemäss einem Aufteilungsschlüssel wiederum auf die Konzerneinheiten ausgeteilt.⁶⁴⁹ Für die Gewinnabgrenzung relevant sind nur die durch den

⁶⁴⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG.

⁶⁴⁵ Dabei kann die kantonale Steuerbehörde die vom Steuerpflichtigen gewählte Methode nur in Fällen beanstanden, in denen die gewählte Methode zu einem nicht angemessenen Verrechnungspreis führt (STOCKER, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N W.45).

⁶⁴⁶ EStV, KS 4, 1.

⁶⁴⁷ OECD, TP-GL, N 1.16 f.; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.233. In den USA und Kanada wird diese Form der Gewinnaufteilung auch «formulary apportionment» und «unitary taxation» genannt.

⁶⁴⁸ BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 73; OESTREICHER, 125.

⁶⁴⁹ BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 69; STOCKER, Global Trading, FN 679.

Konzernverbund mit unabhängigen Dritten realisierten Umsätze.⁶⁵⁰ Der einer Konzerneinheit zuzuweisende Gewinn soll damit nicht aufgrund von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen direkt ermittelt werden, sondern indirekt aufgrund von Ausscheidungsfaktoren verursachungsgerecht auf die an der Wertschöpfung beteiligten Konzerneinheiten aufgeteilt werden. Das internationale Steuerrecht spricht deshalb von der indirekten Gewinnabgrenzung.⁶⁵¹

Durch die quotenmässige Ausscheidung kann einer Konzerneinheit nur jenes Vorzeichen (Gewinn bzw. Verlust) zugewiesen werden, welches im konsolidierten Geschäftsergebnis erzielt wurde.⁶⁵² Es kommt entsprechend zu einer Verlustverrechnung zwischen den Konzerneinheiten. Einer proportionalen Ergebnisaufteilung aufgrund von Betriebsfaktoren liegt dabei die Annahme zugrunde, dass jede Einheit des (Produktions-)Faktors, welche in den Konzern investiert ist, die gleiche Verzinsung erbringt.⁶⁵³ Individuelle Eigenschaften der Konzerneinheiten, wie beispielsweise Marktbedingungen, spezifische Einzelrisiken sowie individuelle Unternehmensstrategien, können nur in beschränktem Masse berücksichtigt werden. Dies widerspricht dem von der OECD anerkannten Fremdvergleichsgrundsatz.⁶⁵⁴

International wird die Anwendung der globalen formelhaften Gewinnaufteilung deshalb durch die Mitgliedstaaten der OECD abgelehnt.⁶⁵⁵ Es existieren insofern keine international gültigen Grundsätze der Umsetzung der quoten-

⁶⁵⁰ Innenumsätze, welche durch Transaktionen zwischen den Konzerneinheiten entstehen, werden ohne entsprechenden Aussenumsatz nicht in den aufzuteilenden Gewinn aufgenommen. (vgl. Abschnitt IV.A.2 (S. 92); BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 69).

⁶⁵¹ BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 69; DERS., Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 29 ff. Im Gegensatz zur objektmässigen (direkten) Abgrenzungsmethode findet die Gewinnabgrenzung bei der quotenmässigen (indirekten) Methode nicht mehr anhand des Trennungsprinzips und der steuerrechtlichen Korrektornormen statt. Bei verbundenen Unternehmen werden die durch das Trennungsprinzip geschaffenen zivilrechtlich getrennten Sphären zusammengeführt und anhand von ausgewählten Ausscheidungsfaktoren auf die teilnehmenden Steuerhoheiten verteilt.

⁶⁵² BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 69.

⁶⁵³ OECD, TP-GL, N 1.25; JACOBS, 654; MAYER, 26; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.234 f.; OESTREICHER, 159 f. sowie 174 f.

⁶⁵⁴ OECD; TP-GL, N 1.29; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.235.

⁶⁵⁵ Begründet wird diese Ablehnung der Anwendung der indirekten Methode auf internationaler Ebene u.a. damit, dass eine Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung bei Anwendung der quotenmässigen Gewinnabgrenzung nur durch einen internationalen Konsens über die Anwendung der Methode hinsichtlich der Verteilungsschlüssel, der Bemessungsgrundlage sowie der Definition der wirtschaftlichen Einheit erreicht werden könnte (OECD, TP-GL, N 1.28; OESTREICHER, 160).

mässigen Gewinnabgrenzungsmethode. Die globale formelhafte Gewinnabgrenzung wurde bisher nur in regional abgegrenzten, integrierten Wirtschaftsräumen, wie den USA, Kanada sowie der Bundesrepublik Deutschland, umgesetzt.⁶⁵⁶ Auch die EU arbeitet seit 2001 an einem Konsens der Mitgliedstaaten zur Einführung der globalen formelhaften Gewinnabgrenzung im Binnenmarkt der EU (sog. Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerberechnungsgrundlage, GKKB). Die quotenmässige Gewinnabgrenzungsmethode wurde innerhalb dieser integrierten Wirtschaftsräume jeweils mit dem Ziel eingeführt, eine willkürliche Gewinnverschiebung der Unternehmen zu verhindern und den grenzüberschreitenden Handel sowie Investitionen innerhalb des Binnenmarktes zu stärken.⁶⁵⁷ Dementsprechend existieren verschiedene Modelle der globalen formelhaften Gewinnabgrenzung – ein internationaler Konsens über die Grundsätze der quotenmässigen Gewinnabgrenzung fehlt jedoch. Gründe hierfür zeigen sich bei einer genaueren Analyse der Funktionsweise sowie der Anforderungen an eine sachgemässe Umsetzung der globalen formelhaften Gewinnabgrenzungsmethode.

b. Funktionsweise und Anforderungen

(1) Der Konsolidierungskreis

Wird die quotenmässige Gewinnabgrenzung auf den Konzern angewendet, so werden sowohl rechtlich selbständige Tochtergesellschaften, als auch rechtlich zum Einheitsunternehmen gehörende Betriebsstätten in den zu konsolidierenden Konzernverbund einbezogen. Bei der Konsolidierung der Tochtergesellschaften stellt dies eine Eliminierung der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensgrenzen dar.⁶⁵⁸ Deshalb muss zunächst der Konsolidierungskreis definiert werden. Die Definition hat eine sachliche und territoriale Dimension.

⁶⁵⁶ Es handelt sich dabei um die «unitary taxation» der U.S.-amerikanischen Bundesstaaten sowie der kanadischen Provinzen und die Gewerbesteuererlegung auf die deutschen Gemeinden im Falle einer Organschaft.

⁶⁵⁷ Laut EU-Kommission behindert die direkte Ergebnisabgrenzung nach dem Fremdvergleichsgrundsatz aufgrund der hohen administrativen Hürden sowie der Gefahr einer Doppelbesteuerung den Handel und die Freizügigkeit in einem Binnenmarkt. Die Vertreter der globalen formelhaften Gewinnaufteilung argumentieren, dass diese Hürden durch die Einführung einer harmonisierten Anwendung der globalen formelhaften Gewinnaufteilung innerhalb eines Binnenmarktes vermindert werden könnten (OESTREICHER, 126; vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKB, 2; AUJEAN, in: LANG ET AL., CCCTB, 27; MAYER, 176).

⁶⁵⁸ OESTREICHER, 126.

Die sachliche Definition des Konsolidierungskreises betrifft die zivilrechtliche Form der Konzerneinheit. Für die Umsetzung der Theorie der Einheit des Konzerns sind sowohl Betriebsstätten als auch verbundene Unternehmen in den Konsolidierungskreis mit einzubeziehen. Aufgrund der zivilrechtlichen Unselbständigkeit der Betriebsstätte muss die Frage des notwendigen Grades der Eingebundenheit der Konzerneinheit in den Konzern lediglich mit Blick auf verbundene Unternehmen beantwortet werden. Dabei wird i.d.R. an die gesellschaftsrechtliche, organisatorische und wirtschaftliche Eingebundenheit der Konzerneinheiten angeknüpft.⁶⁵⁹ Die Aufnahme einer nicht zu 100% vom Konzern beherrschten Tochtergesellschaft in den Konsolidierungskreis wirft allerdings die Problematik der angemessenen Berücksichtigung von Minderheitsanteilen auf.

Der territoriale Konsolidierungskreis bezieht sich i.d.R. auf Gesellschaften mit steuerrechtlichem Sitz im Binnenmarkt sowie auf inländische Betriebsstätten ausländischer Gesellschaften.⁶⁶⁰ Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass ausländische Gruppengesellschaften sowie ausländische Betriebsstätten inländischer Gruppengesellschaften nicht in den Konsolidierungskreis einbezogen werden können. Die Ergebnisabgrenzung zu diesen ausländischen Konzerneinheiten muss wiederum gemäss internationalem Steuerrecht und damit i.d.R. anhand der objektmässigen Abgrenzungsmethode erfolgen.⁶⁶¹ Die territoriale Ausdehnung des Konsolidierungskreises, welche über das Gebiet der an der indirekten Ausscheidungsmethode teilnehmenden Steuerhoheiten hinausgeht, birgt das

⁶⁵⁹ Während Deutschland und die USA an der organisatorischen Einheit anknüpfen (vgl. OESTREICHER, 163 *m.w.H.*), stellt die GKKB der EU auf das gesellschaftsrechtliche Kriterium der Beherrschung durch mehr als 50% der Stimmanteile sowie eine Kapitalbeteiligung von mehr als 75% ab (vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKB, 10). Die organisatorische Einheit ist für Abgrenzungszwecke in den USA und in Deutschland dann erfüllt, wenn die Konzerneinheit nicht als selbständiges Unternehmen geführt wird, sondern so in den Konzern integriert ist, dass Synergieeffekte entstehen (OESTREICHER, 165).

⁶⁶⁰ Das kanadische System bezieht dabei ausländische Betriebsstätten inländischer Unternehmen in den Konsolidierungskreis ein, wendet dann aber für den Gewinn dieser ausländischen Betriebsstätten die Anrechnungsmethode an (MAYER, 117). Das deutsche Institut der Organschaft bezieht hingegen nur inländische Gesellschaften in den Konsolidierungskreis ein. Inländische Betriebsstätten ausländischer Gruppengesellschaften können nicht der Organschaft angehören (MAYER, 156). Die «unitary taxation» der USA kennt bei der territorialen Definition des Konsolidierungskreises vier verschiedene Ausprägungen, welche von den einzelnen Bundesstaaten entwickelt wurden (vgl. MAYER, 89 f. *m.w.H.*). Es findet also keine harmonisierte Anwendung bezüglich der Definition des territorialen Konsolidierungskreises zwischen den US-Bundesstaaten statt.

⁶⁶¹ SCHÖN, in: SCHÖN/SCHREIBER/SPENGLER, CCCTB, 75.

Risiko von Doppelbesteuerungen aufgrund der Kollision unterschiedlicher Ausscheidungsregime. Aufgrund des internationalen Konsenses über die Anwendbarkeit der objektmässigen Abgrenzungsmethode ist die Anwendung eines extraterritorialen Konsolidierungskreises bei der quotenmässigen Abgrenzungsmethode als nicht valable Alternative zu bewerten.⁶⁶²

(2) Bestimmung der aufzuteilenden Steuerbemessungsgrundlage

In einem zweiten Schritt muss die durch die objektmässige Methode aufzuteilende Bemessungsgrundlage bestimmt werden. Es muss festgelegt werden, welche Ergebniskomponenten in den Kreis der Steuerbemessungsgrundlage einbezogen werden sollen, zu welchem Grad die einzelnen Ergebnisse der Konzerneinheiten konsolidiert werden müssen sowie inwieweit eine Harmonisierung der Vorschriften der einzelnen Steuerhoheiten zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage notwendig ist.

Zunächst ist zu klären, welche Ergebniskomponenten überhaupt der indirekten Ausscheidung unterliegen und welche Teile des Ergebnisses direkt – d.h. objektmässig – einer Steuerhoheit zur Besteuerung zugewiesen werden.⁶⁶³ Des Weiteren muss die Reichweite des zu konsolidierenden Ergebnisses festgelegt werden. Dabei kann die quotenmässige Abgrenzungsmethode auf den Konzern als Ganzes angewendet werden, indem alle Konzerneinheiten, welche rechtlich, organisatorisch und wirtschaftlich in den Konzernverbund eingegliedert sind, zum Konsolidierungskreis gezählt werden.⁶⁶⁴ Andererseits kann sich die zu konsolidierende wirtschaftliche Einheit funktional auch auf einen Wertschöpfungsstrang innerhalb des Konzerns beziehen, bei dem die durch die verschiedenen Konzerneinheiten ausgeführten Funktionen auf eine Art wechselseitig

⁶⁶² *Gleicher Meinung*: MAYER, 183; MITROYANNI, 149 f. Regelmässig wird schon ein allfällig bestehendes Doppelbesteuerungsabkommen der beteiligten Steuerhoheiten bzw. des Binnenmarktes eine extraterritoriale Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode verhindern (vgl. auch AVI-YONAH, 11).

⁶⁶³ Dabei stellt sich zunächst die Frage, welche Ergebniskomponenten direkt einer Steuerhoheit zur Besteuerung zugewiesen werden können. Ergebniskomponenten, welche nicht direkt zugewiesen werden, unterliegen der indirekten Ausscheidung und damit der Konsolidierung. Die «unitary taxation» der US-Bundesstaaten teilt beispielsweise nur operative Gewinnkomponenten mit Hilfe der indirekten Ausscheidungsmethode zu. Passives Einkommen wie Zinsen, Dividenden sowie Miet- und Lizenzeinnahmen werden dem Sitz-Bundesstaat direkt zur Besteuerung zugewiesen (vgl. MAYER, 86 f.).

⁶⁶⁴ OESTREICHER, 162.

miteinander verbundenen sind, dass sie zu einer funktional gleichgerichteten Aktivität zusammengefasst werden können.⁶⁶⁵

In einem zweiten Schritt ist die Frage nach dem Grad der Konsolidierung zu erläutern. Werden die Geschäftsergebnisse der Konzerneinheiten vollständig konsolidiert, findet eine Elimination sämtlicher konzerninternen Leistungsbeziehungen statt. Eine vollständige Konsolidierung vermag damit die Theorie der Einheit des Unternehmens am besten umzusetzen und Manipulationsmöglichkeiten durch konzerninterne Verrechnungspreise weitestgehend zu eliminieren.⁶⁶⁶ Eine vollständige Konsolidierung würde allerdings Fragen bezüglich der Behandlung von Minderheitsanteilen, der Notwendigkeit eines harmonisierten Konzernrechnungslegungsrechts sowie nicht zuletzt die Frage nach der Einführung einer Gruppen- bzw. Konzernbesteuerung aufwerfen.

Für Zwecke der Ergebnisabgrenzung kann auf der anderen Seite auch eine bloße Addition der durch jede Konzerneinheit eigenständig ermittelten, individuellen Steuerbemessungsgrundlage zur Anwendung gelangen.⁶⁶⁷ Durch die Addition der einzelnen Steuerbemessungsgrundlagen kommt es zu einem Ausgleich von negativen und positiven Bemessungsgrundlagen und damit zu

⁶⁶⁵ Diese durch gleichgerichtete Funktionen definierte Aktivität wird meist durch die Vermögenswerte und Aufwendungen definiert, die mit dem Ziel eingesetzt werden, einen gegebenen Markt oder ein Marktsegment zu bedienen. Deshalb werden sie in der Betriebswirtschaft mit dem Begriff der Wertschöpfungskette zusammengefasst (vgl. hierzu OESTREICHER, 162; AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 508).

⁶⁶⁶ MAYER, 194; MITROYANNI, 135 f.

⁶⁶⁷ MITROYANNI, 126, charakterisiert diese Vorgehensweise als Pooling. Im Gegensatz zur Konsolidierung werden beim Pooling nicht einzelne Buchungskonten addiert bzw. konsolidiert, sondern die Zusammenführung der Ergebnisse der einzelnen Gruppengesellschaften findet durch die Addition der Steuerbemessungsgrundlagen der Gruppengesellschaften statt. Die deutsche Organschaft wendet hingegen die sog. eingeschränkte Konsolidierung an. Auch hier bildet die durch jeden Rechtsträger getrennt ermittelte Besteuerungsgrundlage die Grundlage für die Ermittlung der Steuerfaktoren für die Gewerbesteuer (GOSCH, Komm. GewStG, § 7a N 2; MAYER, 156). Die getrennt ermittelten Bemessungsgrundlagen werden sodann zu Abgrenzungszwecken im Sinne einer (eingeschränkten) Konsolidierung mit den Ergebnissen der anderen Gesellschaften der Organschaft addiert. Dabei werden lediglich Gewinnelemente eliminiert, welche ohne Eliminierung zu einer Doppelbesteuerung führen würden. Darunter fallen konzernintern verrechnete Zinsen sowie innerhalb des Konsolidierungskreises ausgeschüttete Dividenden (OESTREICHER, 140 f.; MAYER, 156 f.). Andere Leistungsbeziehungen zwischen den Organgesellschaften bleiben bestehen. Die so ermittelte Steuerbemessungsgrundlage unterliegt sodann bei Gruppen, welche in verschiedenen Gemeinden tätig sind, der Gewerbesteuererlegung. Das auf die Gemeinden ausgedehnte Steuersubstrat entspricht dem Steuerfaktor, auf welchen die Gemeinde ihren individuellen Gewerbesteuersatz (sog. Hebelsteuersatz) anwenden darf.

einem Verlustausgleich zwischen den Konzerneinheiten. Gewinnelemente aus konzerninternen Leistungsbeziehungen, welche aufgrund des Trennungsprinzips steuerbar sind und entsprechend bei der Gewinnermittlung berücksichtigt werden müssen, sind bei der blossen Addition der Bemessungsgrundlagen der einzelnen Gruppengesellschaften i.d.R. der Eliminierung ausgesetzt.⁶⁶⁸ Konzerninterne Beziehungen, welche sich in der Bilanz widerspiegeln, wie bspw. Eigenkapitalbeteiligungen oder Darlehensbeziehungen, werden hingegen durch die blossen Addition nicht eliminiert. Genauso bleiben Gewinnausschüttungen im Konzern bei einer Addition der Steuerbemessungsgrundlagen bestehen. Ob eine sachgemässe Kapitalabgrenzung aufgrund der Konsolidierung der Bilanzpositionen durch blossen Addition ohne weitere Konsolidierungsbuchungen erfolgen kann, wird in Abschnitt IV.D.3.3⁶⁶⁹ diskutiert.

Sodann muss entschieden werden, inwieweit die Bestimmungen zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage der einzelnen Steuerhoheiten harmonisiert werden müssen. Bei den internationalen Anwendungsbeispielen der indirekten Ausscheidungsmethode kann zwischen einer voll harmonisierten Besteuerungsgrundlage auf der einen und der «home state taxation» auf der anderen Seite unterschieden werden. Bei der «home state taxation» sind die Gewinnermittlungsvorschriften des Sitzstaates der Muttergesellschaft für die Abgrenzung massgeblich.⁶⁷⁰ Dabei bedarf es keiner Harmonisierung der Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage. Notwendig ist lediglich die Anerkennung der Gewinnermittlungsvorschriften des Sitzstaates durch die anderen Steuerhoheiten für Zwecke der Gewinnabgrenzung (nicht aber für Zwecke der Gewinnermittlung).

Die Frage nach der Notwendigkeit von harmonisierten Bestimmungen zur Ermittlung einer Steuerbemessungsgrundlage zu Abgrenzungszwecken wird entscheidend von dem Umstand beeinflusst, ob für die Abgrenzung zwischen den Steuerhoheiten die Steuerbemessungsgrundlage anhand von Faktoren aufgeteilt wird und somit der einer Steuerhoheit zugewiesene Betrag direkt von dieser der Besteuerung unterworfen werden kann oder ob die Abgrenzung aufgrund der Zuweisung von Quoten geschieht. Bei letzterer Variante wendet die Steuerhoheit die ihr zugewiesene Quote auf die nach ihren eigenen Vorschriften

⁶⁶⁸ Hierbei handelt es sich um Innenumsätze sowie konzernintern verrechnete Darlehenszinsen u.a.m. Innenumsätze sind nur dann einer vollständigen Elimination ausgesetzt, wenn der Gewinnkomponente der einen Konzerneinheit ein äquivalenter abzugsfähiger Aufwand einer anderen Konzerneinheit gegenübersteht. Dies ist bspw. bei Gewinnausschüttungen nicht gegeben, da es sich dabei um keinen abzugsfähigen Aufwand bei der ausrichtenden Gesellschaft handelt.

⁶⁶⁹ *Vgl.* S. 180.

⁶⁷⁰ MITROYANNI, FN 666.

ermittelte Bemessungsgrundlage an. Werden bei der Abgrenzung die Steuerfaktoren direkt den Steuerhoheiten zugeteilt, ist die Ermittlung des auszuscheidenden Ergebnisses nach den Gewinnermittlungsvorschriften des Sitzstaates gemäss der Methode der «home state taxation» ausreichend.⁶⁷¹ Vertreter einer harmonisierten Bemessungsgrundlage sehen ihre Vorteile dann auch weniger hinsichtlich der Ergebnisabgrenzung, sondern für die Gewinnermittlung.⁶⁷² Die Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften ist somit nicht notwendig für die Ergebnisabgrenzung zwischen Steuerhoheiten. Bei Zuweisung einer Quote an die teilnehmenden Steuerhoheiten bedarf es keiner Harmonisierung der Vorschriften zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlagen. Stellt die Quote allerdings auf Finanzkennzahlen ab, so ist eine Harmonisierung der anwendbaren Rechnungslegungs- und Bewertungsvorschriften vonnöten.⁶⁷³

(3) Der Aufteilungsschlüssel

Zuletzt gilt es, einen Aufteilungsschlüssel zu finden, welcher die konsolidierte Bemessungsgrundlage sachgemäss auf die teilnehmenden Steuerhoheiten aufteilt. Überwiegend werden dazu die Erwerbsfaktoren Lohnsumme, eingesetzte Vermögenswerte sowie Umsatz verwendet. Während die USA zur interbundesstaatlichen Gewinnabgrenzung einen Aufteilungsschlüssel nutzen, der diese

⁶⁷¹ Bei der Methode der «home state taxation» handelt es sich um den kleinsten gemeinsamen Nenner, welcher zwischen den Steuerhoheiten gefunden werden muss, damit die Abgrenzung des Besteuerungsrechts zwischen den Steuerhoheiten sachgemäss ist. Wendet jede Steuerhoheit ihre eigenen Steuerermittlungsvorschriften auf die einzelnen Gruppengesellschaften an und ermittelt sie so den steuerbaren Gewinn, welcher den in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Gruppengesellschaften indirekt alloziert wird, kann es zur Doppelbesteuerung kommen. Die Doppelbesteuerung resultiert in diesem Fall aus einem Überlappen der durch jede Steuerhoheit individuell errechneten Steuerbemessungsgrundlagen. Die Doppelbesteuerung kann auch mit harmonisierten Aufteilungsschlüsseln nicht eliminiert werden (vgl. MITROYANNI, 129).

⁶⁷² Die EU möchte als stärkste Ausprägung der GKKB eine harmonisierte Besteuerungsgrundlage einführen. Dabei sollen der steuerbare und abzugrenzende Gewinn anhand harmonisierter Gewinnermittlungsvorschriften EU-weit ermittelt werden. MNU müssten entsprechend statt vielfältiger Gewinnermittlungsvorschriften in den EU-Staaten nur noch den harmonisierten Vorschriften folgen. Dies würde die Compliance-Kosten der MNU senken (vgl. MAYER, 190; MAYR, in: SCHÖN/SCHREIBER/SPENGLER, CCCTB, 85 f.). Der Umstand, dass die EU die GKKB auch ohne eine harmonisierte Steuerbemessungsgrundlage einführen will, vermag zu unterstreichen, dass eine Harmonisierung der Gewinnermittlungsvorschriften für eine sachgemässe Abgrenzung nach der indirekten Methode keinesfalls notwendig ist.

⁶⁷³ Vgl. TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 4 für die indirekte Ausscheidung im Einheitsunternehmen innerhalb der Schweiz.

drei Erwerbsfaktoren gleichberechtigt berücksichtigt (sog. Massachusetts-Formel)⁶⁷⁴, wird die konsolidierte Bemessungsgrundlage bei der deutschen Gewerbesteuererlegung lediglich aufgrund der Lohnsumme ausgedehnt.⁶⁷⁵ Kanada wiederum teilt den Gewinn zwischen seinen Provinzen anhand einer Formel auf, welche die Lohnsumme und den Umsatz berücksichtigt.⁶⁷⁶ Um die Auswirkungen von Funktionen, Risiken sowie der unterschiedlichen Produktivität der eingesetzten Erwerbsfaktoren auf die Ausschüttung besser zu berücksichtigen, setzt Kanada industriespezifische Aufteilungsschlüssel ein, welche von der Standardformel bestehend aus der Lohnsumme und dem Umsatz abweichen können.⁶⁷⁷

Ein Aufteilungsschlüssel ist nur dann sachgemäss im Sinne der in Abschnitt IV.C.1⁶⁷⁸ dargestellten Anforderungen ist, wenn er eine Doppelbesteuerung bzw. doppelte Nichtbesteuerung vermeiden, Manipulationsmöglichkeiten ausschalten und die Verteilungsgerechtigkeit unter den teilnehmenden Steuerhoheiten sicherstellen kann. Die Aufteilungsschlüssel unterscheiden sich dabei insbesondere hinsichtlich ihrer Eignung, das Steuersubstrat verteilungsgerecht auf die Steuerhoheiten aufzuteilen. Werden die Produktionsfaktoren Lohnsumme oder eingesetzte Vermögenswerte zur Ausschüttung herangezogen, orientiert sich die Ausschüttung an der Produktionsfunktion der einzelnen Konzerneinheiten. Der aus dieser Produktionsfunktion resultierende Erfolg soll jener Steuerhoheit zugeteilt werden, auf deren Territorium die Arbeit ausgeführt und die Wirtschaftsgüter eingesetzt werden.⁶⁷⁹ Das Abstellen auf die Produktionsfaktoren Arbeit und Wirtschaftsgüter impliziert eine gleiche Produktivität pro eingesetzter Einheit eines Produktionsfaktors sowie einheitliche Kapitalkosten.⁶⁸⁰ Beim Einsatz des Umsatzes als Aufteilungsschlüssel wird hingegen angenommen, dass das Ergebnis aus der unternehmerischen Tätigkeit

⁶⁷⁴ AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 509. Gleiches gilt auch für die geplante GKKB der EU, welche alle drei Erwerbsfaktoren gleichgewichtet in den Aufteilungsschlüssel einfließen lassen will (EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKB, 12). Wie die Massachusetts-Formel definiert die GKKB die Vermögenswerte dabei nur als materielle Vermögenswerte. Immaterielle Vermögenswerte fließen nicht in den Aufteilungsschlüssel ein, weil diese mobil sind und dadurch ein zu grosses Gewinnverlagerungspotential eröffnen würden (EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag RL GKKB, 12; OESTREICHER, 152).

⁶⁷⁵ Vgl. § 29 Abs. 1 Ziff. 1 GewStG.

⁶⁷⁶ MAYER, 117.

⁶⁷⁷ Vgl. hierzu MAYER, 118 ff. *m.w.H.*

⁶⁷⁸ Vgl. S. 112.

⁶⁷⁹ OESTREICHER, 174. Es handelt sich um den sog. «supply approach», welcher die Erstellung des Mehrwertes durch das Unternehmen an dem Ort sieht, an dem die Produktionsfaktoren eingesetzt werden (vgl. OESTREICHER, 179).

⁶⁸⁰ OESTREICHER, 174.

aus dem Absatz der Produkte auf dem Markt generiert wird. Damit soll das Einkommen jener Steuerhoheit zugewiesen werden, auf deren Territorium der mit einer Gewinnkomponente in Zusammenhang stehende Umsatz generiert wurde.⁶⁸¹ Durch die Berücksichtigung der Nachfrageseite für die Ergebnisabgrenzung wird die Rolle der Vertriebsfunktion in der Wertschöpfungskette des Unternehmens hervorgehoben. Wie oben dargestellt wird deshalb in der Praxis i.d.R. eine Kombination aus anbieter- sowie nachfrageseitigen Aufteilungsschlüsseln bevorzugt.

c. Anwendbarkeit in der Schweiz

(1) Besonderheiten und grundlegende Überlegungen

Die Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei Betriebsstätten folgt im innerschweizerischen Bereich dem Prinzip des Einheitsunternehmens. Dabei kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur die quotenmässige Ausscheidung zur Anwendung gelangen.⁶⁸² Für die Abgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen kann aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche den Fremdvergleichsgrundsatz sowie die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien als massgeblich qualifiziert, die quotenmässige Ausscheidungsmethode grundsätzlich keine Anwendung finden. Im innerschweizerischen Verhältnis wird der Konsolidierungskreis damit auf das Einheitsunternehmen beschränkt. Die

⁶⁸¹ Grundgedanke dieser nachfrageorientierten Interpretation der Verteilungsgerechtigkeit ist, dass sich der Wert eines Produktes aus dem Nutzen ergibt, welchen der Abnehmer aus der Konsumation dieses Produktes zieht. Neben den unternehmerischen Leistungen durch Einsatz von Produktionsfaktoren beeinflussen entsprechend auch die nachfrageseitigen Eigenschaften des Absatzmarktes den durch das Unternehmen geschaffenen Mehrwert. Deshalb muss auch die Steuerhoheit des Absatzmarktes bei der Ergebnisabgrenzung sachgemäss berücksichtigt werden (vgl. OESTREICHER, 183 *m.w.H.*). Dieser sog. «demand approach» der Verteilungsgerechtigkeit würde jedoch einen weitergehenden Betriebsstättenbegriff erfordern, welcher jede Verkaufsaktivität ausserhalb des Sitzstaates als steuerrechtlich relevanten Nexus bewerten würde (MAYER, 28).

⁶⁸² Das BGer verbietet eine isolierte Betrachtungsweise der Betriebsstätte zu Zwecken der interkantonalen Ausscheidung. Die einzelne Betriebsstätte muss zu Abgrenzungszwecken stets im Lichte des Einheitsunternehmens betrachtet werden. Vgl. LOCHER/LOCHER, §8, II A (v.a. Nr. 3); DIES., §8, II C, 4 Nr. 4, 8, 14, 15; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 3; RICHNER ET AL., Komm. StG ZH, §5 N 33.

Ergebnisabgrenzung zwischen dem Einheitsunternehmen und anderen verbundenen Unternehmen findet nach der objektmässigen Abgrenzungsmethode statt.

Während bei verbundenen Unternehmen die Primärberichtigung nach Art. 24 Abs. 1 StHG als Korrekturinstrument für eine verursachungsgerechte Abgrenzung fungiert, gilt bei der innerschweizerischen Abgrenzung bei Betriebsstätten das interkantonale Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV als Massstab. Dabei gilt die Quotensummenregel von 100%, d.h., ein Teilverlust eines Unternehmensteils wird auf die übrigen, einen Teilgewinn ausweisenden Unternehmensteile verteilt und auch verlusterwirtschaftende bzw. überschuldete Unternehmensteile können am (allfälligen) Gewinn bzw. Kapital partizipieren.⁶⁸³ Unterschieden wird bei der quotenmässigen Ausscheidung lediglich hinsichtlich der Ermittlung des Aufteilungsschlüssels. Während der Aufteilungsschlüssel bei der quotenmässig-direkten Ausscheidungsmethode aufgrund der separaten (handelsrechtskonformen) Buchhaltungen der Betriebsstätten und des Stammhauses ermittelt wird, stellt die quotenmässig-indirekte Methode auf unternehmensspezifische Hilfsfaktoren (Umsatz, Erwerbsfaktoren wie Arbeit oder Kapital u.a.) ab.⁶⁸⁴

Das BGer räumt der quotenmässig-direkten Ausscheidung den Vorrang vor der quotenmässig-indirekten Methode ein.⁶⁸⁵ Für die Anwendung der quotenmässig-direkten Methode fordert das BGer allerdings eine gewisse Unabhängigkeit der Betriebsstätte. So muss die Betriebsstätte als einzelner Betrieb wirtschaften. Dabei darf der finanzielle Erfolg oder Misserfolg der Betriebsstätte nicht bzw. nur in geringem Umfang von der Tätigkeit des Stammhauses oder der anderen Betriebsstätten abhängig sein, sondern die örtliche Leitung und die lokalen Verhältnisse müssen massgeblich sein.⁶⁸⁶ *E contrario* bedeutet dies, dass bei mangelnder Unabhängigkeit der Betriebsstätte sowie mangels separater Betriebsstättenbuchhaltung die quotenmässig-indirekte Ausscheidungsmethode zur Anwendung gelangen muss. In diesen Fällen ist die quotenmässig-indirekte

⁶⁸³ LOCHER/LOCHER, §8, II A, Nr. 3; LOCHER, Einführung, 97 f.; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 59; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 3. Bei der quotenmässig-direkten Methode partizipieren die einen Verlust erwirtschaftenden Einheiten nicht am allfälligen Gewinn des Einheitsunternehmens. Es findet lediglich eine Verlustverrechnung zwischen den Einheiten statt. Bei der quotenmässig-indirekten Methode kann eine einen Verlust erwirtschaftende Einheit aufgrund der Ausscheidung anhand von Erwerbsfaktoren oder Umsatz am Gewinn des Einheitsunternehmens partizipieren.

⁶⁸⁴ LOCHER, Einführung, 98; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 58 ff.; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 6 ff.

⁶⁸⁵ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 1, 2, 7, 13 sowie 14; HÖHN/MÄUSLI, § 26 N 12.

⁶⁸⁶ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 3, 14; LOCHER, Einführung, 99; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 12 f.

Methode gemäss BGer besser geeignet, das Ausmass zu ermitteln, in dem die Betriebsstätte an der Erwirtschaftung des Gewinns mitgewirkt hat.⁶⁸⁷

Das BGer erteilt der Selbständigkeitstheorie dabei keine definitive Absage, sondern legt der quotenmässig-direkten Ausscheidungsmethode eine gewisse Selbständigkeit vom Stammhaus und den anderen Betriebsstätten zugrunde. Analog zur direkten (objektmassigen) Ausscheidungsmethode stellen auch hier getrennte Buchhaltungen der einzelnen Unternehmensteile die Grundlage für die Gewinn- und Kapitalabgrenzung dar. Einzig werden separate Buchhaltungen gemäss interkantonalem Steuerrecht für die Ermittlung der Quoten verwendet – im Gegensatz zur direkten (objektmassigen) Ausscheidung, bei der die separate Buchhaltung zur Definition eines Sondervermögens dient.⁶⁸⁸ Gemäss BGer kommen die quotenmässig-direkte Methode und die objektmassige Ausscheidung zu (fiktiv) selbständigen Unternehmensteilen im Ergebnis zu gleichen Ausscheidungsergebnissen – allerdings nur in Situationen, in denen kein Unternehmensteil einen Verlust ausweist.⁶⁸⁹ Da in der Praxis allerdings regelmässig die Voraussetzungen für die Anwendung der quotenmässig-direkten Methode nicht erfüllt sind, bildet die Kapital- und Gewinnabgrenzung aufgrund von Hilfsfaktoren die Regel.⁶⁹⁰

Das interkantonale Steuerrecht trennt die interkantonale Gewinn- und Kapitalabgrenzung von der Ermittlung der steuerbaren Bemessungsgrundlage für Gewinn- und Kapitalsteuerzwecke. Die Vorschriften des interkantonalen Steuerrechts beziehen sich damit nur auf die Zuweisung einer Quote an die an der Ausscheidung teilnehmenden Kantone. Die Kantone ermitteln die Steuerbemessungsgrundlage des Einheitsunternehmens nach ihrem jeweiligen kantonalen Steuerrecht und wenden die ihnen zugewiesene Quote auf diese Steuerbemessungsgrundlage an.⁶⁹¹ Es findet dementsprechend keine zentrale Ermittlung der in einem Kanton steuerbaren Faktoren statt.

⁶⁸⁷ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 7.

⁶⁸⁸ HÖHN/MÄUSLI, §26 N 6.

⁶⁸⁹ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 7; HÖHN/MÄUSLI, § 26 N 13.

⁶⁹⁰ HÖHN/MÄUSLI, §26 N 13; ATHANAS, 76; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 64;

⁶⁹¹ LOCHER/LOCHER, §10, III B, Nr. 1; LOCHER, Einführung IkStR, 122. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VO StHG führt jeder Kanton, zu dem das interkantonale Unternehmen eine persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit begründet, ein eigenes Veranlagungsverfahren durch. Das interkantonale Unternehmen kann seine Deklarationspflichten in den Neben- sowie Spezialsteuerdomizilkantonen durch Einreichen einer Kopie der Steuererklärung des Sitzkantons erfüllen (BUNDESRAT, Vereinfachungsgesetz, 3903). Der Sitzkanton übernimmt für die interkantonale Ausscheidung die führende Rolle, indem er den anderen teilnehmenden Kantonen im Rahmen seines Veranlagungsverfahrens einen Vorschlag zur interkantonalen Ausscheidung des interkantonalen Unternehmens unterbreitet (vgl. Art. 39 Abs. 2 StHG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 VO StHG). Die

(2) Interkantonale Kapitalausscheidung

Die Kapitalabgrenzung bildet den ersten Schritt der interkantonalen Steuerauscheidung im Einheitsunternehmen. Die Kapitalabgrenzung erfolgt sowohl bei der quotenmässig-direkten, als auch bei der quotenmässig-indirekten Ausschreibungsmethode im Verhältnis der der jeweiligen Betriebsstätte zugeteilten Bruttoaktiven zu den Bruttoaktiven des Einheitsunternehmens.⁶⁹² Dieser Ausschreibungspraxis liegt die Annahme zugrunde, dass jeder Vermögenswert durch das gleiche Verhältnis von Eigen- und Fremdmitteln finanziert wird.⁶⁹³ Dadurch entspricht die an die Betriebsstätte ausgeschiedene Finanzierungsstruktur dem Verhältnis von Fremd- und Eigenkapital des Einheitsunternehmens. Es findet somit keine Zuweisung von Fremdkapital im eigentlichen Sinne statt, da nur das steuerbare Kapital nach Art. 29 StHG zwischen Stammhaus und Betriebsstätte ausgeschieden wird.

Der Unterschied zwischen der quotenmässig-direkten und quotenmässig-indirekten Kapitalabgrenzung ergibt sich dabei hinsichtlich der Zuordnung der Bruttoaktiven.

Bei der Kapitalabgrenzung wird bei der quotenmässig-direkten Methode auf die (handelsrechtskonforme) Verbuchung der Vermögenswerte in den getrennten Sitz- und Betriebsstättenbuchhaltungen abgestellt.⁶⁹⁴ Es ist einzig die Aktivseite der separaten Bilanz der Betriebsstätte zur Ermittlung der Quote heranzuziehen. Dadurch kann auch überschuldeten Betriebsstätten ein zu versteuerndes Kapital zugewiesen werden.⁶⁹⁵ Trotz dem Abstellen auf eine handelsrechtskonform erstellte Betriebsstättenbuchhaltung muss für die Ermittlung der Quoten überprüft werden, ob die Zuweisung der Aktiven der wirtschaftlichen Zugehörigkeit entspricht.⁶⁹⁶

Die Ausschcheidung anhand von Hilfsfaktoren stellt für die Zuordnung der Bruttoaktiven auf den Ort ab, zu dem der jeweilige Vermögenswert in einer wirtschaftlichen Beziehung steht oder an dem der Vermögenswert effektiv benutzt

anderen Kantone sind allerdings nicht gezwungen, ihre Veranlagung gemäss dem Vorschlag des Sitzkantons vorzunehmen (vgl. Art. 46 Abs. 1 StHG; TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §30 N 13).

⁶⁹² HÖHN/MÄUSLI, §26 N 7 und 10. Eine Ausnahme hiervon bildet die interkantonale Kapitalabgrenzung bei Versicherungsunternehmen. Bei diesen wird die Quote anhand der Prämieinnahmen ermittelt (HÖHN/MÄUSLI, §26 N 45).

⁶⁹³ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 12; MÄUSLI-AlLENSPACH, Komm. IkStR, §23 N 12.

⁶⁹⁴ ATHANAS, 124.

⁶⁹⁵ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 11.

⁶⁹⁶ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 11; ATHANAS, 125.

wird.⁶⁹⁷ Das BGer hat in seiner Rechtsprechung zur interkantonalen Kapitalabgrenzung nach der indirekt-quotenmässigen Methode die Aktiven in drei Kategorien eingeteilt, welche die Zuteilung nach der wirtschaftlichen Beziehung und örtlichen Nutzung in der Praxis erleichtern sollen:

- Lokalisierte Aktiven sind materielle (bewegliche und unbewegliche) Wirtschaftsgüter, welche einem Unternehmensteil unmittelbar dienen. Sie werden aufgrund des Orts der unmittelbaren Nutzung zugeteilt.⁶⁹⁸
- Als mobile Konti gelten Wirtschaftsgüter, welche dem ganzen Unternehmen dienen und damit weder in örtlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht einem Unternehmensteil zugeordnet werden können. Diese Wirtschaftsgüter werden auf die einzelnen Unternehmensteile, welche einen Nutzen aus dem jeweiligen Wirtschaftsgut ziehen, aufgeteilt. Der Aufteilungsschlüssel variiert je nach Unternehmenstyp.⁶⁹⁹
- Unter dem Begriff der «Sitzaktiven» subsumiert das BGer im Sinne einer Auffangkategorie alle Vermögenswerte, welche nicht als lokalisierte Aktiven oder mobile Konti gelten. Diese Sitzaktiven werden dem Stammhaus zugeteilt.⁷⁰⁰

Bei der Bewertung der Vermögenswerte zur Ermittlung des relevanten Bruttoaktivenwertes ist der Steuerpflichtige grundsätzlich frei. Die Bewertung der Vermögenswerte muss dabei allerdings zwingend nach den gleichen Grundsätzen vollzogen werden, damit das Wertverhältnis zwischen den einzelnen Vermögenswerten korrekt wiedergegeben wird.⁷⁰¹ Es wird dabei auf die Buchwerte abgestellt, solange die Buchwerte der Vermögenswerte keine signifikanten

⁶⁹⁷ LOCHER/LOCHER, §8, II B, 2a Nr. 1, 2. Dient ein Vermögenswert dem jeweiligen Unternehmensteil tatsächlich und effektiv, so ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die wirtschaftliche Beziehung gegeben. Fallen wirtschaftliche Beziehung und örtliche Nutzung auseinander, so ist gemäss ATHANAS, 79 f., die wirtschaftliche Beziehung entscheidend.

⁶⁹⁸ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 15.

⁶⁹⁹ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 18; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 21. So werden die mobilen Konti bei Fabrikationsunternehmen im Verhältnis der Lage der lokalisierten Aktiven oder nach freiem Ermessen zugeteilt. Bei Handelsunternehmen findet die Aufteilung nach freiem Ermessen oder ausschliesslich zu Gunsten des Hauptsitzes statt (HÖHN/MÄUSLI, §26 N 21).

⁷⁰⁰ In die Kategorie der «Sitzaktiven» fallen namentlich Beteiligungen, Immaterialgüter, Vorschüsse an Tochtergesellschaften sowie andere langfristige Guthaben (TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 16). Vermögenswerte fallen jedoch nur dann in die Kategorie der «Sitzaktiven», wenn diese nicht einer oder mehreren Betriebsstätten zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit dienen (TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 16). *Vgl. auch* HÖHN/MÄUSLI, §26 N 20 *m.w.H.*

⁷⁰¹ ATHANAS, 71.

Bewertungsdifferenzen aufweisen.⁷⁰² Der Sitz- oder Betriebsstättenkanton kann sodann das interkantonale Unternehmen in der Höhe des von ihm nach kantonalem Recht ermittelten (Gesamt-) Eigenkapitals multipliziert mit der ihm zugeteilten Kapitalquote besteuern.⁷⁰³ Das Fremdkapital des interkantonalen Unternehmens findet lediglich bei der Ermittlung des steuerbaren Gesamtkapitals Beachtung. Die Zuweisung der Schuldzinsen kann damit auch nicht der Allokation der sie auslösenden Fremdkapitalkomponente folgen. Schuldzinsen werden im Rahmen der Gewinnausscheidung quotenmässig innerhalb des Einheitsunternehmens aufgeteilt.⁷⁰⁴

(3) Interkantonale Gewinnabgrenzung

Für die Gewinnabgrenzung wird bei der quotenmässig-direkten Methode die Aufteilungsquote aufgrund der gemäss separaten Buchhaltungen ausgewiesenen Gewinne aufgeteilt. Dabei werden die Erträge und Aufwendungen den verschiedenen Buchungskreisen zugeordnet. Erbrachte Leistungen werden zu Selbstkosten zwischen den Unternehmensteilen verrechnet. Es findet somit keine Verrechnung zu Drittpreisen statt, d.h., es werden keine Innenumsätze durch die separate Buchführung der Unternehmensteile realisiert. Durch das Verrechnen von Selbstkosten verzichtet der leistungserbringende Teil des Einheitsunternehmens allerdings auch auf die Zuweisung einer Gewinnkomponente. Die quotenmässig-indirekte Methode teilt den Gesamtgewinn anhand von Hilfsfaktoren auf das Stammhaus und die Betriebsstätten auf. Dabei unterscheiden sich die Hilfsfaktoren nach der jeweiligen Unternehmensart. Hauptsächlich werden der Umsatz sowie die in den einzelnen Unternehmensteilen eingesetzten Produktionsfaktoren Arbeit (Lohnsumme) oder Kapital (Lage der Vermögenswerte) als Hilfsfaktoren (kombiniert oder individuell) herangezogen.⁷⁰⁵

Das interkantonale Steuerrecht sieht für die Fälle, in denen die durch die direkte oder indirekte Methode ermittelten Quoten der Bedeutung der zentralen Leitung des Einheitsunternehmens durch das Stammhaus nicht ausreichend Rechnung tragen, den Korrekturmechanismus des Präzipiums vor. Beim Präzipium

⁷⁰² LOCHER/LOCHER, §8, II B, 1 Nr. 13; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 16.

⁷⁰³ LOCHER/LOCHER, §8, II B, 1 Nr. 9.

⁷⁰⁴ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §31 N 14.

⁷⁰⁵ HÖHN/MÄUSLI, § 26 N 11.

handelt es sich um einen (Voraus-)Anteil am Gewinn des Einheitsunternehmens, welcher dem Stammhaus vor der Anwendung der ermittelten Quoten zugesprochen wird.⁷⁰⁶

(4) Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken

Das BGer hat sich in den letzten Jahrzehnten zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken geäußert. Die Entscheide des BGer liegen jedoch bereits einige Jahrzehnte zurück.⁷⁰⁷

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind das Kapital und der Gewinn einer Bank anhand der quotenmässig-direkten Methode aufzuteilen.⁷⁰⁸ Die Kapitalausscheidung findet dabei anhand der in den Betriebsstättenbuchhaltungen gebuchten Aktiven statt. Hypotheken sind jener Filiale zuzuordnen, welche die mit der Hypothek zusammenhängenden Arbeiten verrichtet.⁷⁰⁹ Interne Guthaben zwischen Betriebsstätte und Stammhaus sowie zwischen zwei Betriebsstätten gelten deshalb nicht als Vermögenswert des Einheitsunternehmens.⁷¹⁰ Gleichwohl müssen die von Dritten entgegengenommenen Gelder als Fremdkapitalpositionen im Einheitsunternehmen alloziert werden. Das BGer nimmt an, dass solche Gelder, welche von einer Filiale vereinnahmt und von der anderen Filiale verwaltet werden, zu $\frac{3}{4}$ der verwaltenden Einheit als Vermögenswert

⁷⁰⁶ HÖHN/MÄUSLI, §26 N 31 f. Hinsichtlich des Präzipuums sind entsprechend zwei Ermessensentscheidungen zu treffen. Zunächst muss entschieden werden, ob überhaupt ein Präzipuum zugeteilt werden soll. Wird diese Frage bejaht, muss die Höhe des Vorausanteils bestimmt werden.

⁷⁰⁷ Die neueren Bundesgerichtsentscheide zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken wurden um 1970 gefällt. Jüngere Bundesgerichtsentscheide sind nicht zu finden.

⁷⁰⁸ LOCHER/LOCHER, §8, II A, Nr. 10, §8, II C, 1b Nr. 4 sowie §8, II C, 4 Nr. 6, 9, 10, 15; RICHNER ET AL., Komm. StG ZH, §5 N 50. Gemäss BGer zeichnen sich Bankfilialen durch eine verhältnismässig grosse Selbständigkeit vom Stammhaus aus. Der Vergleich wurde hier zu den Fabrikationsunternehmen gezogen, welche sich laut BGer durch eine geringe Selbständigkeit auszeichnen und deshalb der quotenmässig-indirekten Ausscheidung unterliegen (LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 10).

⁷⁰⁹ Das BGer subsumiert unter den Begriff der Arbeiten, welche mit der Hypothek zusammenhängen, die Neuerrichtung, Ablösung, Rückzahlung und den Zahlungsverkehr (LOCHER/LOCHER, §8, II B, 2c Nr. 8).

⁷¹⁰ LOCHER/LOCHER, §8, II A, Nr. 4; TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 11; ATHANAS, 126 (betreffend interne Guthaben bei Fabrikationsunternehmen).

zuzurechnen sind und zu $\frac{1}{4}$ der sie vereinnahmenden Einheit.⁷¹¹ Bei Guthaben des Stammhauses gegenüber einer Filiale ist zu prüfen, ob es sich dabei um Dotationskapital handelt. Das Dotationskapital der Betriebsstätte gilt als steuerbares Eigenkapital, welches zinsfrei vom Stammhaus zur Verfügung zu stellen ist.⁷¹² Rückstellungen für Kreditrisiken werden jenem Teil des Einheitsunternehmens zugewiesen, welcher das Kreditrisiko übernommen hat.⁷¹³

Hinsichtlich der Gewinnallokation bei Banken hat das BGer klargestellt, dass mangels Führen separater Betriebsstättenbuchhaltungen auf die quotenmässig-indirekte Methode zurückgegriffen werden könne. Dabei ist auf das Umsatzverhältnis abzustellen.⁷¹⁴ Zudem ist dem Stammhaus der Bank nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Gewinnallokation ein Präzipium von 10% zuzuweisen.⁷¹⁵

4. *Kritische Würdigung der Methoden der Gewinn- und Kapitalabgrenzung*

Es wurde gezeigt, dass weder die objektmässige noch die quotenmässige Ausscheidungsmethode ohne Defizite in ihrer Anwendung auskommen. Während die quotenmässige Methode das Trennungsprinzip bei Tochtergesellschaften

⁷¹¹ LOCHER/LOCHER, §8, II A, Nr. 5, 9 sowie §8, II B, 2e Nr. 4. Das BGer stellte über die Jahrzehnte fest, dass sich die internen Guthaben bei Banken nicht wie ursprünglich angenommen zwischen den Filialen ausnivellieren, sondern grosse Guthaben der Filialen gegenüber dem Hauptsitz bestehen. Die Anlagetätigkeit der durch das Einheitsunternehmen entgegengenommenen Gelder findet ausschliesslich am Hauptsitz statt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung teilt Vermögenswerte jenem Teil des Einheitsunternehmens zu, welcher die Vermögenswerte verwaltet. Deshalb seien diese nicht verwendeten Gelder grundsätzlich dem Hauptsitz zuzuordnen. Dabei anerkennt das BGer, dass der die Gelder aufnehmenden Filiale eine wichtige Marketingfunktion innerhalb des Bankunternehmens zukommt, weshalb diese Filiale zu $\frac{1}{4}$ an den Vermögenswerten partizipieren soll (vgl. LOCHER/LOCHER, §8, II A, Nr. 9).

⁷¹² LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 12. Grundlage hierfür ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Finanzierung der Betriebsstätte. Die Vermögenswerte der Betriebsstätte werden im gleichen Verhältnis von Fremdkapital und Eigenmitteln finanziert, wie jene des Gesamtunternehmens. So wird der Betriebsstätte die gleiche Kreditwürdigkeit unterstellt wie dem Einheitsunternehmen.

⁷¹³ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 4 Nr. 15.

⁷¹⁴ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 3 Nr. 2; es handelte sich dabei um die interkantonale Gewinnausscheidung einer Hypothekbank.

⁷¹⁵ LOCHER/LOCHER, §8, II C, 6 Nr. 11, 23.

missachtet, widerspricht die objektmässige Methode der Qualität der Betriebsstätte als unselbständiger Teil des Einheitsunternehmens und missachtet die wirtschaftliche Realität der Konzernbildung.⁷¹⁶

Befürworter der objektmässigen Ausscheidungsmethode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz argumentieren, dass nur durch eine konsequente Angleichung von Konzernen und Unternehmen, welche in einer rechtlichen Einheit beschränkt auf ein Staatsgebiet wirtschaften, die Wettbewerbsneutralität der Besteuerung gewährleistet werden kann.⁷¹⁷ Des Weiteren wird argumentiert, dass der Beitrag einer Konzerneinheit an der Erwirtschaftung des Konzerngewinns durch eine detaillierte Abrechnung der zwischenbetrieblichen Leistungen aussagekräftig und realitätskonform ermittelt werden könnte.⁷¹⁸ Diesen Argumenten ist allerdings entgegenzuhalten, dass sie nur gültig sind, wenn der Marktpreis aufgrund sachgemässer Vergleichstransaktionen effektiv und zuverlässig ermittelt werden kann. Wie dargestellt wurde, ist dies in der Praxis allerdings sehr selten gegeben.⁷¹⁹ Die Notwendigkeit der Anwendung des hypothetischen Fremdvergleichs mangels Vorliegen von Vergleichstransaktionen zeigt, dass Transaktionen im Konzern nicht mit solchen unter Dritten verglichen werden können.⁷²⁰ Daraus folgt, dass eine sachgemässe Abgrenzungsmethode eben gerade die wirtschaftliche Realität der Konzernbildung zu beachten hat, um zu einer realitätsgetreuen Abbildung des Beitrags einer Konzerneinheit an der Wertschöpfung der Gesamtunternehmung zu gelangen. Für die Konzerne bedeutet dies eine hohe (Rechts-)Unsicherheit hinsichtlich der Anerkennung ihrer Verrechnungspreissysteme.⁷²¹ Die Problematik der mangelnden Vergleichstra-

⁷¹⁶ Die objektmässige Methode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz missachtet den Umstand, dass sich Konzerne gerade aus dem Grund bilden, um die bei Geschäften unter Dritten bestehenden Ineffizienzen zu vermindern bzw. zu beseitigen (AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 501; AVI-YONAH, 8).

⁷¹⁷ OECD, TP-GL, N 1.8.

⁷¹⁸ OESTREICHER, 159.

⁷¹⁹ Dafür müssen echte Vergleichstransaktionen ohne hohen administrativen Aufwand erhältlich sein. Echte Vergleichstransaktionen sind aufgrund der hohen Integration der Wertschöpfung in MNU sehr selten auffindbar oder können nur mit erheblichem Aufwand identifiziert und entsprechend auf ein sachgemässes Vergleichbarkeitsniveau angepasst werden (AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 501 sowie 503 f.).

⁷²⁰ OECD, TP-GL, N 1.9 ff.; DITZ, 117; AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 504. Damit verliert der Fremdvergleichsgrundsatz aber gerade seine Bedeutung: Sind keine tatsächlichen Vergleichstransaktionen gegeben, kann nicht argumentiert werden, dass ein interner Verrechnungspreis jenem, welcher zwischen unabhängigen Dritten vereinbart worden wäre, entspricht. Es kann mithin nicht bewiesen werden, welchen Preis unabhängige Dritte vereinbart hätten (vgl. auch AVI-YONAH, 2).

⁷²¹ AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 505; AVI-YONAH, 9.

nsaktionen bedingt dabei bei stark integrierten Konzernen eine hohe Komplexität der Vergleichbarkeitsanalyse, welche zu grossem administrativen Aufwand und hohen Kosten für die Steuerpflichtigen sowie die involvierten Steuerverwaltungen führt.⁷²² Die Abgrenzung aufgrund von Verrechnungspreisen bietet den Steuerpflichtigen zudem Möglichkeiten, Steuersubstrat in Steuerhoheiten mit niedriger Steuerbelastung zu verlegen. Dies wird insbesondere durch eine (künstliche) Verlegung von wertvollen Vermögenswerten (v.a. immaterielle Vermögenswerte) sowie Risiken in Steuerhoheiten mit niedriger Steuerbelastung erreicht. Aufgrund dieses Manipulationspotentials kann die objektmässige Methode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz nur begrenzt zu einem realitätsgetreuen Ausscheidungsergebnis kommen.⁷²³

Die quotenmässige Abgrenzungsmethode beachtet die wirtschaftliche Realität der Konzernbildung, indem das Trennungsprinzip für Abgrenzungszwecke missachtet wird. Dieser Methode sind allerdings andere Nachteile bzw. Schwierigkeiten bei der Anwendung inhärent. Zunächst setzt die Anwendung der quotenmässigen Ausscheidungsmethode einen gewissen Harmonisierungsgrad unter den beteiligten Steuerhoheiten voraus. Dies beinhaltet harmonisierte Regeln über die Definition des Konsolidierungskreises, der aufzuteilenden Steuerbemessungsgrundlage sowie der im Einzelfall anzuwendenden Aufteilungsschlüssel.⁷²⁴ Nur so können eine effektive Vermeidung der Doppelbesteuerung bzw. doppelten Nichtbesteuerung und damit eine gesteigerte Rechtssicherheit für die Steuerpflichtigen sowie geringere Verwaltungskosten für Steuerverwaltungen und Steuerpflichtige sichergestellt werden.⁷²⁵ Eine solche Harmonisierung ist v.a. bei Steuerhoheiten möglich, welche schon einen gewissen Grad der Integration in anderen Bereichen erfahren haben. Dabei sind für eine sachgemässe Umsetzung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode v.a. ein gleicher Zoll- und Währungsraum, gemeinsame Gesellschaftsrechts- und Rechnungslegungsnormen sowie eine gewisse Harmonisierung der Unternehmenssteuergesetze und eine gemeinsame gerichtliche Instanz für die Durchsetzung der harmonisierten Abgrenzungsregeln notwendig bzw. förderlich.⁷²⁶

⁷²² AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 500 *sowie* 504 f.; AVI-YONAH, 7.

⁷²³ AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 506; AVI-YONAH, 10.

⁷²⁴ *Vgl.* Abschnitt IV.C.3.3.b(3) (S. 150).

⁷²⁵ SCHÖN, in: SCHÖN/SCHREIBER/SPENGLER, CCCTB, 65 f.; OESTREICHER, 160; DITZ, 119; OECD, TP-GL, N 1.22 f.; BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.235; MAYER, 205.

⁷²⁶ OESTREICHER, 161; *vgl. auch* OECD, TP-GL, N 1.22; AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 516. Ein gemeinsamer Währungs- und Zollraum bedingt, dass Verrechnungspreise nicht aufgrund von Zollabgaben notwendig werden und Wechselkursschwankungen die Anwendung der indirekten Methode erschweren (*vgl.* OECD, TP-GL, N 1.26 *sowie* 1.31).

Während die objektmässige Abgrenzungsmethode nach dem Fremdvergleichsgrundsatz auf externe Referenzgrössen für die Ermittlung des Wertschöpfungsbeitrags einer Konzerneinheit angewiesen ist, greift die quotenmässige Abgrenzungsmethode auf interne Betriebsfaktoren als Abgrenzungsschlüssel zurück. Daraus resultiert eine vergleichsweise geringere Komplexität der Gewinnabgrenzung im Konzern. Dabei stehen v.a. der reduzierte administrative Aufwand und die damit verbundenen finanziellen Kosten der Steuerpflichtigen sowie der involvierten Steuerverwaltungen im Vordergrund.⁷²⁷ Des Weiteren können Manipulationsmöglichkeiten der Gewinnabgrenzung, welche durch das Abstellen auf Verrechnungspreise entstehen, durch die indirekte Abgrenzungsmethode teilweise verhindert werden.⁷²⁸ Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass Verrechnungspreise auch keinen Einfluss auf den anwendbaren Aufteilungsschlüssel haben.

Ein weiterer Kritikpunkt an der quotenmässigen Abgrenzungsmethode ist das Abstellen auf Betriebsfaktoren als Ausscheidungsfaktoren. Dieses Vorgehen ist gemäss den Kritikern der quotenmässigen Ausscheidungsmethode nur sehr ungenau in der Lage, den Leistungsbeitrag der Konzerneinheit an der Wertschöpfung des Konzerns wiederzugeben. Die Ausscheidung anhand von Betriebsfaktoren könne dabei nur sehr ungenau die von einer Konzerneinheit ausgeführten Funktionen, übernommenen Risiken sowie eingesetzten Vermögenswerte nachbilden.⁷²⁹ Dies sei aber für eine sachgemässe Abbildung des Wertschöpfungsbeitrags der Konzerneinheit notwendig.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass beide Methoden die als wichtigste Anforderungen gewertete Vermeidung einer Doppelbesteuerung und doppelten Nicht-Besteuerung sowie das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit umsetzen können. Massgeblich für die erfolgreiche Umsetzung der beiden wichtigsten Anforderungen ist die harmonisierte Anwendung einer Methode durch jene Steuerhoheiten, zu welchen der Steuerpflichtige eine persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit aufweist. Diese harmonisierte Anwendung soll durch die verursachungsgerechte Allokation des Steuersubstrats sichergestellt werden, da so die Akzeptanz der Steuerhoheiten für die Anwendung einer Abgrenzungsmethode erzielt werden kann.⁷³⁰ Konsequenterweise muss im Folgenden untersucht werden, welche

⁷²⁷ AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 500 sowie 504 f.; AVI-YONAH, 7.

⁷²⁸ AVI-YONAH/CLAUSING/DURST, 507. Manipulationsmöglichkeiten durch Verlegung von wertvollen, immateriellen Vermögenswerten sowie Risiken in Niedrigsteuerjurisdiktionen können v.a. durch die Anwendung von Umsatzfaktoren als Aufteilungsschlüssel verringert werden.

⁷²⁹ OESTREICHER, 159 f.; OECD, TP-GL, N 1.25. DITZ, 119, unterstreicht v.a. die Schwierigkeit, jene wirtschaftlichen Erfolgsfaktoren zu identifizieren sowie zu gewichten, welche den Gesamtgewinn des Konzerns bzw. des Unternehmens verursachen.

⁷³⁰ Vgl. Abschnitt IV.C.1.2 (S. 116) *m.w.H.*

Methode die verursachungsgerechte Allokation aufgrund der Abbildung des Beitrags einer Konzerneinheit bei der Wertschöpfung des Konzerns am besten im Abgrenzungsergebnis abbilden kann.

D. Überlegungen zur Angleichung der Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen zu Zwecken der innerschweizerischen Erfolgs- und Kapitalabgrenzung

I. Die Problematik der divergierenden Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen bei der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung

Das Abgrenzungsergebnis soll das steuerrechtliche Leistungsfähigkeitsprinzip wahren und das Steuersubstrat verursachungsgerecht auf die Steuerhoheiten verteilen, in denen das Unternehmen eine steuerrechtlich relevante Zugehörigkeit begründet.⁷³¹ Dabei soll die Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerneinheiten anhand der wirtschaftlichen Realität der arbeitsteiligen Leistungserstellung im Konzern abgebildet werden. Nun gilt es, zu diskutieren, ob ein verursachungsgerechtes Abgrenzungsergebnis die Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit innerhalb des Konzernverbundes oder aber als fiktiv rechtlich und wirtschaftlich unabhängiges Unternehmen abbilden muss. Die Frage nach der anwendbaren Theorie wirkt sich entscheidend auf die Verteilung des Steuersubstrats innerhalb des Konzerns aus.⁷³²

Während die wirtschaftliche Eingebundenheit der Konzerneinheit in den Konzernverbund in der Realität sowohl auf die Betriebsstätte als auch auf das verbundene Unternehmen zutrifft, stellt nur das verbundene Unternehmen ein rechtlich selbständiges Rechtssubjekt dar.⁷³³ Das Trennungsprinzip führt zu unterschiedlichen Eigenschaften von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten, welche sich auf die Funktionsweise und den Zweck der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalallokation auswirken.⁷³⁴ Dabei sind insbesondere die Realisation von Innenumsätzen zu Zwecken der Gewinnermittlung⁷³⁵, die

⁷³¹ Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H.*

⁷³² PLANSKY, 93; HAISS, 32.

⁷³³ Vgl. Abschnitt IV.A.2 (S. 92) sowie IV.A.3.1 (S. 93) *m.w.H.*

⁷³⁴ Vgl. Abschnitt IV.B.2 (S. 104) *m.w.H.*

⁷³⁵ Innenumsätze sind nur zwischen verbundenen Unternehmen gewinnsteuerrechtlich relevant (vgl. Abschnitt IV.A.2 (S. 92) sowie IV.A.3 (S. 93)).

Reichweite der zivilrechtlichen Haftungssphäre⁷³⁶ sowie die Zuteilung von Vermögenswerten und Finanzierungsmitteln⁷³⁷ bei der Gewinn- und Kapitalabgrenzung von Belang. Die Ermittlung des steuerbaren Reingewinns sowie Kapitals einer Betriebsstätte geschieht dabei originär aufgrund der Abgrenzungsmethode.⁷³⁸ Demgegenüber dient die Abgrenzung bei verbundenen Unternehmen der Verprobung der Kapitalstruktur und des Gewinns.⁷³⁹

Trotz dieser Besonderheiten wird im internationalen Kontext verschiedentlich versucht, die Behandlung der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens für Abgrenzungszwecke anzugleichen.⁷⁴⁰ Die Motivation hinter diesen internationalen Tendenzen ist der Wille zur Umsetzung der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung.⁷⁴¹ Das Unternehmen soll seinen Entscheid, in welchem rechtlichen Gewand es seine Leistungserbringung vollzieht, nicht aufgrund steuerlicher Gründe fällen, sondern aus rein betriebswirtschaftlichen, unternehmerischen Beweggründen handeln. Im innerschweizerischen Verhältnis werden Betriebsstätte und verbundenes Unternehmen allerdings aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich behandelt.⁷⁴² Die

⁷³⁶ Die Betriebsstätte weist keine eigene Haftungssphäre auf, wodurch ihr – im Gegensatz zum verbundenen Unternehmen – zivilrechtlich keine Risiken zugeordnet werden können (vgl. Abschnitt IV.A.2 (S. 92) *m.w.H.*).

⁷³⁷ Der Betriebsstätte können mangels eigener Rechtspersönlichkeit zivilrechtlich keine Vermögenswerte oder Finanzierungsmittel zugewiesen werden. In Verträge tritt immer das Einheitsunternehmen als Ganzes ein (vgl. Abschnitt IV.A.2 (S. 56) *m.w.H.*).

⁷³⁸ Bei Vorliegen einer Betriebsstättenbuchhaltung wird diese – analog zur Bilanz und Erfolgsrechnung des verbundenen Unternehmens – durch die Erfolgs- und Kapitalabgrenzung verprobt.

⁷³⁹ Vgl. Abschnitt IV.B.2 (S. 104).

⁷⁴⁰ Die OECD möchte diese Angleichung durch den AOA erreichen (vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137)). Dabei soll die Betriebsstätte für Abgrenzungszwecke als rechtlich selbständiges Unternehmen fingiert werden. Dahingegen versucht die EU mit der GKKB eine Angleichung des verbundenen Unternehmens an die Betriebsstätte zu erreichen, indem das verbundene Unternehmen in den Konsolidierungskreis (auch für Gewinnermittlungszwecke) eingebunden wird (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.a (S. 143) *m.w.H.*).

⁷⁴¹ Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H. zum Grundsatz der wettbewerbsneutralen Besteuerung*. Das Prinzip der wettbewerbsneutralen Besteuerung geht im Verbot der Betriebsstättendiskriminierung nach Art. 24 Abs. 1 OECD-MA auf. Danach darf eine Betriebsstätte vom Betriebsstättenstaat nicht ungünstiger besteuert werden als ein in diesem Staat ansässiges Unternehmen (BRÜLISAUER, Komm. InSTR, Art. 7 N 40 ff.). Die OECD, TP-GL, N 1.8, begründet die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes mit der bestmöglichen Umsetzung der wettbewerbsneutralen Besteuerung von Unternehmen.

⁷⁴² Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.d (S. 140) sowie IV.C.3.3.c (S. 152) *m.w.H. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung*.

Ungleichbehandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen beeinflusst dabei nicht nur die Entscheidungen des Unternehmens, sondern bürdet dem steuerpflichtigen Unternehmen auch zusätzlichen administrativen Aufwand auf, da für die verschiedenen Methoden unterschiedliche Dokumentationen innerhalb des Unternehmens erstellt werden müssen.⁷⁴³

Wie oben festgestellt kann die Angleichung der Behandlung zu Abgrenzungszwecken die Besonderheiten der Betriebsstätte als Zielzustand definieren oder die Betriebsstätte kann umgekehrt an die Eigenschaften des verbundenen Unternehmens angeglichen werden. Die Theorie der rechtlichen Einheit⁷⁴⁴ zielt dabei auf die Behandlung des verbundenen Unternehmens als unselbständige Einheit innerhalb des Konzerngefüges ab. Die Selbständigkeitstheorie⁷⁴⁵ fingiert hingegen die rechtliche Selbständigkeit der Betriebsstätte und nähert diese so den rechtlichen Eigenschaften des verbundenen Unternehmens an. Es stellt sich somit zunächst die Frage, welche Theorie die Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit für Abgrenzungszwecke am nächsten zur betriebswirtschaftlichen Realität darstellen kann. Dabei muss auch der praktischen Umsetzbarkeit der jeweiligen Theorie aufgrund der Anwendung einer spezifischen Abgrenzungsmethode Rechnung getragen werden. Dieser Fragestellung wird in den folgenden Abschnitten nachgegangen.

2. *Fiktion der rechtlichen Selbständigkeit oder Missachtung des Trennungsprinzips für Abgrenzungszwecke?*

2.1. **Die Nutzung der Konzernausstattung und das wirtschaftliche Eigentum an Vermögenswerten**

Die Konzerneinheit ist in die Organisationsstruktur des Konzerns eingebunden. Dies beinhaltet auch die Verfolgung der Interessen des Konzerns, welche dem Ziel der Gewinnmaximierung der einzelnen Konzerneinheit übergeordnet werden.⁷⁴⁶ Das Konzernziel wird dabei von den Anteilseignern der Obergesellschaft vorgegeben, welchen aufgrund der Beteiligungsverhältnisse im Konzern die gesamte Unternehmensgruppe des Konzerns gehört. Die Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit dient entsprechend den Interessen der Anteilseigner der Gesellschaft. Die Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften geht

⁷⁴³ Vgl. FN 657 *m.w.H.*

⁷⁴⁴ Vgl. Abschnitt IV.C.2.3 (S. 123) *m.w.H.*

⁷⁴⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.2.1 (S. 118) *m.w.H.*

⁷⁴⁶ Vgl. Abschnitt IV.A.3. (S. 93) *m.w.H.*

in der Leistungsfähigkeit des Konzerns auf, welche sich in der Fähigkeit widerspiegelt, für die Anteilseigner des Konzerns Erträge zu generieren.⁷⁴⁷ Für das Wirtschaften im Konzerninteresse (bzw. das wirtschaftliche Interesse der Anteilseigner des Konzerns) stellen die Anteilseigner den Konzerneinheiten eine Ausstattung an Wirtschaftsgütern Verfügung.⁷⁴⁸ Diese Ausstattung an Wirtschaftsgütern wird im Folgenden Konzernausstattung genannt. Die Bereitstellung dieser Konzernausstattung kann als Interessenausgleich für die Unterordnung der eigenen Interessen der Konzerneinheit unter die Konzerninteressen gesehen werden. Die Konzernausstattung umfasst dabei Wirtschaftsgüter sowie Finanzierungsmittel.

Im Einheitsunternehmen entspricht die eben formulierte These der Konzernausstattung den zivilrechtlichen Vorgaben. Die Wirtschaftsgüter stehen im gemeinsamen Eigentum des Einheitsunternehmens und werden aus den Finanzierungsmitteln des Einheitsunternehmens gesamthaft finanziert. Der Konzern hingegen kann selbst mangels eigener Rechtspersönlichkeit kein Eigentum an den Wirtschaftsgütern begründen oder Finanzierungsmittel auf dem Kapitalmarkt aufnehmen. Wirtschaftsgüter stehen immer im Eigentum einer Konzerngesellschaft und werden den anderen Konzerngesellschaften im Rahmen von Gebrauchsüberlassungsverträgen zur Nutzung überlassen.⁷⁴⁹ Die Konzerneinheit benötigt eine bestimmte Menge an Finanzierungsmitteln, um in die in ihrem Eigentum stehenden Vermögenswerte zu investieren. Finanzierungsmittel werden dabei im Rahmen der konzerninternen Finanzierung durch Darlehensverträge oder Beteiligungen an Konzerntochtergesellschaften weitergegeben.⁷⁵⁰ Die Gewährung von Fremdkapital innerhalb des Konzerns erfolgt dabei nicht zur Erzielung einer Rendite, wie dies unter Drittparteien gegeben ist, sondern zur Verfolgung des gemeinsamen Konzernzwecks.⁷⁵¹ Die einzelnen Konzerngesellschaften partizipieren damit am Eigenkapital sowie am zentral durch

⁷⁴⁷ Als Verfechter der sog. Integrationstheorie verwehrt REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung, 32, der juristischen Person als Steuersubjekt jegliche Leistungsfähigkeit, da sie mit ihrem Handeln letztlich immer Ertrag und Vermögen für die Anteilseigner generiert und damit zu deren wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit beiträgt. Das konzernierte Verfolgen der Interessen der Anteilseigner bedingt entsprechend, dass die Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit – wenn ihr doch eine solche zugeschrieben werden kann – in der Leistungsfähigkeit des Gesamtkonzerns aufgeht und nicht von dieser getrennt werden kann. Diese Argumentation findet sich auch in Abschnitt IV.B.3 (S. 106) hinsichtlich der Durchsetzbarkeit des verfassungsrechtlichen Doppelbesteuerungsverbots mangels Gegenberichtigung bei verbundenen Unternehmen.

⁷⁴⁸ Vgl. DEBATIN, *passim*.

⁷⁴⁹ Als Gebrauchsüberlassungsvertrag gelten namentlich die Miete und der Lizenzvertrag.

⁷⁵⁰ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74) *m.w.H.*

⁷⁵¹ BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., *International tätige Unternehmen*, N 3.274.

die Obergesellschaft aufgenommenen Fremdkapital. Auch bei verbundenen Unternehmen kann entsprechend von einer Konzernausstattung gesprochen werden. Diese steht den Konzerngesellschaften kollektiv durch Nutzungsüberlassungsverträge, Darlehensverträge oder Beteiligungen am Eigenkapital innerhalb des Konzerns zur Verfügung.

Für eine verursachungsgerechte Gewinn- und Kapitalabgrenzung muss den Konzerneinheiten nun der Gewinn zugewiesen werden, welchen sie durch die Nutzung dieser Konzernausstattung erwirtschaften konnten. Ausserdem ist ihnen jenes Kapital zuzuweisen, welches sie zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit benötigen.⁷⁵² Das Kapital hat dabei Finanzierungs- und Haftungsfunktion.⁷⁵³ Im Rahmen der Finanzierungsfunktion des Kapitals hat die Konzerneinheit die Möglichkeit, in Wirtschaftsgüter zu investieren, die dieser Konzerneinheit zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit dienen. Zur Ermittlung der verursachungsgerechten Kapitalmenge, welche einer Konzerneinheit zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit zugewiesen werden muss, müssen deshalb die von dieser Konzerneinheit genutzten Vermögenswerte identifiziert werden.⁷⁵⁴ Diese Menge an Vermögenswerten gibt sodann Aufschluss über die benötigten Finanzierungsmittel für die Ausübung der Geschäftstätigkeit durch die Konzerneinheit.⁷⁵⁵

Bei der Identifizierung der von einer Konzerneinheit genutzten Wirtschaftsgüter präsentieren sich allerdings wieder unterschiedliche Ausgangslagen bei verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten. Die Betriebsstätte weist keine eigene Vermögenssphäre auf. Die Vermögenswerte stehen im Eigentum des Einheitsunternehmens. Nichtsdestotrotz setzt die Betriebsstätte Vermögenswerte für ihre Leistungserstellung ein. Diese werden der Betriebsstätte für Ab-

⁷⁵² Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H.*

⁷⁵³ Vgl. HONGLER, 13 f.; BÖHL, 10 *m.w.H.* zu den Funktionen des Eigenkapitals. Die Haftungsfunktion wird im nächsten Abschnitt IV.D.2.2 (S. 170) behandelt.

⁷⁵⁴ Im interkantonalen Steuerrecht wird von der «örtlichen und wirtschaftlichen Beziehung» des Vermögenswerts gesprochen (vgl. LOCHER/LOCHER, §8, II B, 1 Nr. 9 sowie §8, II B, 2a Nr. 1, 2; TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 13; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 18). Auch hier geht es um die Frage, ob der Betriebsstätte der Vermögensgegenstand zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit dient (TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. InStR, §32 N 13; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 18; BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 156). Ist dies gegeben, besteht eine wirtschaftliche Beziehung zum Vermögenswert und er wird der Betriebsstätte zu wirtschaftlichem Eigentum zugewiesen.

⁷⁵⁵ Aufgrund der Vermögenswerte wird lediglich der Bedarf an Finanzierungsmitteln festgestellt. Der Anteil der Eigenmittel zur Finanzierung der Vermögenswerte wird unter Berücksichtigung weiterer Parameter bestimmt. Vgl. hierzu Abschnitt VI (S. 213) *m.w.H.* zum Verschuldungsgrad einer Konzerneinheit.

grenzungszwecke unter dem Titel des «wirtschaftlichen Eigentums» zugewiesen.⁷⁵⁶ Inwieweit die Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums zur Betriebsstätte eine gewisse fingierte rechtliche Selbständigkeit der Betriebsstätte für Abgrenzungszwecke bedeutet, ist noch zu diskutieren.⁷⁵⁷ Das verbundene Unternehmen hingegen kann zivilrechtliches Eigentum an Vermögenswerten begründen. Massgeblich für die Vermögenslage des verbundenen Unternehmens ist die Aktivseite der Bilanz. Geht man nun von einer Konzernausstattung aus, kann jede Konzerneinheit die Wirtschaftsgüter und Finanzierungsmittel des Konzerns für ihre Leistungserstellung nutzen. Die Wirtschaftsgüter, welche ein verbundenes Unternehmen nutzen kann, sind dabei aber nicht auf die in seiner Vermögenssphäre befindlichen Vermögenswerte limitiert, sondern erstrecken sich auf die gesamte Konzernausstattung. Die von dem verbundenen Unternehmen für die Leistungserstellung eingesetzten Wirtschaftsgüter müssen entsprechend nicht aus der Bilanz der Gesellschaft hervorgehen.⁷⁵⁸

Fraglich ist nun, ob bei verbundenen Unternehmen die Bilanzierung der Vermögenswerte als massgeblich für die Kapitalabgrenzung qualifiziert werden

⁷⁵⁶ Im internationalen Steuerrecht hat sich für die Zuweisung von Vermögenswerten innerhalb des Einheitsunternehmens der Begriff des «wirtschaftlichen Eigentums» herausgebildet. *Vgl.* OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.18.

⁷⁵⁷ Es geht dabei v.a. um die Frage, ob mit der Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums auch die dinglichen Rechte und Pflichten aus dem Eigentumstitel auf die Betriebsstätte übergehen. Dies wird von der OECD, Betriebsstättenbericht 2010, FN 4 (S. 14), bejaht, da der Inhaber des wirtschaftlichen Eigentums unter der uneingeschränkten Selbständigkeitsfiktion die Rechte und Verpflichtungen aus einem Vermögenswert tragen soll. *Vgl.* Abschnitt IV.D.2.2 (S. 170) für die Beurteilung, ob das wirtschaftliche Eigentum einen Übergang der dinglichen Rechte und Pflichten aus einem Vermögenswert bedingt.

⁷⁵⁸ Für die Aktivierung eines Vermögenswertes wird eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angewandt (BÖCKLI, Rechnungslegung, N 319). Dabei ist nicht das dingliche Eigentumsrecht an sich entscheidend, sondern die Frage, ob der Gesellschaft die unmittelbare Herrschaft über den Vermögensgegenstand und damit auch über das Nutzungspotential des Vermögenswertes zukommt. Dies geht aus dem Wortlaut von Art. 959 Abs. 2 OR deutlich hervor, nach dem «als Aktiven [...] Vermögenswerte bilanziert werden [müssen], wenn aufgrund vergangener Ereignisse über sie verfügt werden kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und ihr Wert verlässlich geschätzt werden kann.» (*vgl. auch* BÖCKLI, Rechnungslegung, N 321 ff. *m.w.H.*). Die Gesellschaft hat bei einem Gebrauchsüberlassungsvertrag zwar das Recht auf Nutzung des Vermögensgegenstands, ihr fehlt aber die Verfügungsmacht über den Gegenstand. So kann sie ihn nicht verkaufen, verpfänden u.ä. Eine Ausnahme zu dieser Regel besteht nur hinsichtlich des Finanzierungsleasings, bei dem eine Aktivierung des Vermögenswertes mit Passivierung der noch bestehenden Schulden und Ausweis des Finanzierungsleasings im Anhang erfolgen muss. *Vgl.* BÖCKLI, Rechnungslegung, N 401 ff. *m.w.H.*

kann. Bei Abstellen auf die handelsrechtskonform erstellte Bilanz des verbundenen Unternehmens zu Zwecken der Kapitalabgrenzung würden dem verbundenen Unternehmen für Wirtschaftsgüter, welche es für die Leistungserstellung nutzt, an denen ihm aber nur ein Nutzungsrecht und kein Eigentum bzw. Verfügungsrecht zukommt, keine Finanzierungsmittel zugewiesen werden.⁷⁵⁹ Die Betriebsstätte müsste hingegen für den gleichen Sachverhalt Finanzierungsmittel bereitstellen, da ihr der Vermögenswert aufgrund der Nutzung zum wirtschaftlichem Eigentum zugewiesen werden würde. Aufgrund der These der Konzernausstattung kann die Bilanz des verbundenen Unternehmens nicht als massgeblich für die Kapitalabgrenzung qualifiziert werden. Es müssen die gleichen Parameter zur Begründung des wirtschaftlichen Eigentums angewandt werden, wie dies bei der Betriebsstätte vollzogen wird.⁷⁶⁰ Es wird somit eine Aufweichung des Trennungsprinzips bei verbundenen Unternehmen und eine Angleichung der Behandlung der verbundenen Unternehmen an die Betriebsstätte zu Zwecken der Kapitalabgrenzung gefordert.⁷⁶¹

⁷⁵⁹ Das internationale und interkantonale Steuerrecht stellt grundsätzlich auf die bilanzielle Verbuchung der Vermögenswerte für die Abgrenzung der Wirtschaftsgüter ab. Bei der bilanziellen Verbuchung von Vermögenswerten, welche die Abgrenzung der Wirtschaftsgüter im Konzern bestimmt, hat das Unternehmen einen grossen Spielraum. Aufgrund des Einflusses auf die Kapitalabgrenzung (und ggf. die Gewinnabgrenzung) im Konzern muss eine bilanzielle Verbuchung von Vermögenswerten vom Fiskus korrigiert werden, wenn sie einer funktionsgerechten Zuordnung widerspricht (ATHANAS, 124; BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 156).

⁷⁶⁰ Vgl. Abschnitt VI.B.1.1 (S. 216) für die Beurteilung, nach welchen Parametern das wirtschaftliche Eigentum für Zwecke der Kapitalallokation zugeordnet werden muss. Gemäss OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.75, ist dieser Unterschied der Nutzung oder des wirtschaftlichen Eigentums unbedeutend, da die mit der Nutzung des Vermögenswertes in Verbindung stehenden, erfolgswirksamen Aufwendungen, welche bei blosser Nutzung Nutzungsgebühren in Form von Miete, Lizenzgebühr oder Zins sind und bei wirtschaftlichem Eigentum in Form von Abschreibungen und Wertberichtigungen in Erscheinung treten, sich für die Gewinnabgrenzung ausnivellieren. Dieser Argumentation kann allerdings nicht zugestimmt werden, da sich die Zuordnung von Vermögenswerten zu (wirtschaftlichem Eigentum) entscheidend auf das zuzuweisende Eigenkapital auswirkt.

⁷⁶¹ Diese Vorgehensweise verstösst nicht gegen die für die Kapitalermittlung geltenden Regeln. Durch die Kapitalabgrenzung wird die Höhe des steuerbaren Eigenkapitals einer steuerpflichtigen Gesellschaft ermittelt. Fällt das zugewiesene Eigenkapital höher aus, als dies in der Bilanz verbucht ist, so wird der Verschuldungsgrad der Steuerpflichtigen korrigiert und es wird verdecktes Eigenkapital nach Art. 29a StHG in der Höhe des Differenzbetrags angenommen. Dies ist sinnvoll, da die Gesellschaft gemäss Ausscheidungsergebnis für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit unterkapitalisiert war.

Die These der Konzernausstattung und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums im Konzern wirft die Frage auf, inwieweit eine Konzerneinheit Verpflichtungen und Risiken aus Vermögenswerten und schuldrechtlichen Vereinbarungen selbst tragen kann, d.h., inwieweit der Konzerneinheit eine eigene Haftungssphäre durch die Allokation von Risiken zu Abgrenzungszwecken zuerkannt werden kann. Diese Frage wird im Folgenden erläutert.

2.2. Allokation der Risiken und Haftung im Konzern

Das Thema der Allokation von Risiken betrifft die Frage, welche Konzerneinheit die Konsequenzen der Materialisierung des Risikos tragen muss, aber auch welcher Konzerneinheit die Erträge aus der Übernahme des Risikos zugeteilt werden. Die Konsequenzen der Materialisierung eines Risikos bestehen dabei zum einen aus der Allokation des Vermögensschadens, d.h. der Zuweisung des resultierenden Geldabflusses oder der entstandenen Aufwandsposition zu einer Konzerneinheit. Zum anderen betrifft die Allokation von Risiken die Frage nach der adäquaten Kapitalausstattung zur Absorption eines solchen Verlusts aus Risikoeintritt.

Im Einheitsunternehmen fällt bei Eintritt des Risikofalls der Vermögensschaden beim Gesamtunternehmen an. Das Gesamtkapital des Einheitsunternehmens fungiert als Haftungssubstrat. Die Haftung ist mithin nicht auf das der Betriebsstätte allozierte Dotationskapital limitiert, sondern erstreckt sich auf das gesamte Haftungssubstrat des Einheitsunternehmens. Die Betriebsstätte kann an der Kapitalausstattung des Einheitsunternehmens partizipieren und profitiert damit auch von der Fähigkeit der Kapitalausstattung zur Verlustabsorption.⁷⁶² Eine Zuweisung von Risiken zwischen Betriebsstätte und Stammhaus widerspricht dieser Realität, da bei Materialisierung des Risikos immer das Gesamtunternehmen haftet bzw. die finanziellen Konsequenzen des Risikoeintritts zu tragen hat. Für eine verursachungsgerechte Kapital- und Gewinnallokation müssen der Betriebsstätte aber dennoch jene Teile am Gewinn und Kapital zugewiesen werden, für welche sie die ursächliche Geschäftstätigkeit ausübt. Konsequenterweise findet im Einheitsunternehmen eine Zuweisung von Risiken zu Abgrenzungszwecken statt. Dabei muss auf die von der Betriebsstätte ausgeübten Funktionen abgestellt werden.

Die Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte wirkt sich entsprechend auf die Höhe des notwendigen Eigenkapitals des Einheitsunternehmens aus – und damit auf den Eigenmittelpool, an dem die Betriebsstätte mit ihrem Dotationskapital partizipiert; die Betriebsstätte profitiert zu jeder Zeit von der Kapitalausstattung

⁷⁶² Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

und der Kreditwürdigkeit des Einheitsunternehmens. Sie kann im Geschäftsverkehr keine eigene Kreditwürdigkeit entwickeln, da immer das Gesamtvermögen des Einheitsunternehmens haftbar ist. Entsprechend muss das der Betriebsstätte zuzuweisende Kapital die Kreditwürdigkeit des Gesamtunternehmens replizieren. Mit dieser sog. Kapitalspiegelung wird der Betriebsstätte unterstellt, dass sie am Haftungssubstrat des Einheitsunternehmens vollumfänglich partizipiert.⁷⁶³ Konsequenterweise beeinflussen die von der Betriebsstätte aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit in die Haftungssphäre des Einheitsunternehmens übernommenen Risiken nur das Eigenkapital des Einheitsunternehmens. Diese Risiken beeinflussen jedoch nicht direkt das der Betriebsstätte zugewiesene Dotationskapital, da die Betriebsstätte die Risiken nicht eigenständig tragen muss.⁷⁶⁴

Anders präsentiert sich die Haftung bei verbundenen Unternehmen. Die Haftung bei Eintritt eines Risikos beschränkt sich auf die Haftungssphäre des verbundenen Unternehmens. Gläubiger können nicht andere Konzerngesellschaften für Verpflichtungen einer Konzerngesellschaft haftbar machen. Auch können verbundene Unternehmen untereinander vertragliche Abmachungen treffen, welche Risiken zwischen den Vertragsparteien eindeutig zuordnen. Die formale Betrachtungsweise des zivilrechtlichen Trennungsprinzips setzt dabei einen adäquaten Gläubigerschutz voraus. Die Organe der einzelnen Konzerngesellschaften dürfen mithin nicht die Interessen der Gesellschaft jenen des Konzerns unterordnen.⁷⁶⁵ In der betriebswirtschaftlichen Realität des Konzerns ist die Unterordnung der Interessen der Konzerngesellschaft unter den Zweck des Konzerns allerdings die Regel – und nicht die Ausnahme. Gesellschaftsrechtlich werden dabei die Organe der Konzernobergesellschaft zu faktischen Organen der Konzerngesellschaften. Durch die gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organs sowie den haftungstechnischen Durchgriff auf die Obergesellschaft soll der Gläubigerschutz trotz Konzernrealität aufrechterhalten werden.⁷⁶⁶

⁷⁶³ Auch das BGer verneint die individuelle Kreditwürdigkeit der Betriebsstätte und fordert bei Betriebsstätten die Spiegelung der Kapitalausstattung des Einheitsunternehmens (vgl. FN 712 *m.w.H.*).

⁷⁶⁴ Eine Berücksichtigung der Risiken, welche aufgrund der Geschäftstätigkeit einer Betriebsstätte in den Haftungsbereich des Einheitsunternehmens gelangen, kann jedoch bei der Bank durch die Gewichtung der Vermögenswerte anhand der ihnen inhärenten Risiken erreicht werden. Diese risikobasierte Gewichtung kann dabei aber nur Risiken berücksichtigen, welche den jeweiligen Vermögenswerten inhärent sind. Vgl. Abschnitt VI.C.3.1.b(2) (S. 247) *m.w.H.*

⁷⁶⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 66.

⁷⁶⁶ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 65 ff.

Bei der Nutzung der Konzernausstattung entscheidet i.d.R. die Obergesellschaft über die der Konzerngesellschaft zur Verfügung gestellte Kapitalausstattung. Die Tochtergesellschaft muss von der Muttergesellschaft so kapitalisiert werden, dass sie selbständig lebensfähig ist. Dabei muss auch der Verschuldungsgrad der Konzerngesellschaft so gewählt werden, dass die Menge an Fremdfinanzierung auch von Dritten gewährt worden wäre.⁷⁶⁷ Die Tochtergesellschaft kann in Konkurs gehen und liquidiert werden, ohne eine Schiefelage der gesamten Unternehmensgruppe auszulösen.⁷⁶⁸ Im Falle des Konkurses der Tochtergesellschaft ist jedoch der gesellschaftsrechtliche Durchgriff auf die Muttergesellschaft möglich, wenn eine Unterkapitalisierung der Tochtergesellschaft die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als rechtsmissbräuchlich erscheinen lässt.⁷⁶⁹ Obwohl der Haftungskreis bei Eintritt eines Risikos aufgrund des zivilrechtlichen Trennungsprinzips auf das einzelne verbundene Unternehmen beschränkt wird, ist das tatsächliche Haftungssubstrat im Konzern aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen im Konzern mit dem Kapital der Obergesellschaft gleichzusetzen.⁷⁷⁰

Folgerichtig weist das verbundene Unternehmen in der wirtschaftlichen Realität des Konzerngefüges keinen eigenständigen Haftungskreis auf. Das steuerrechtliche Trennungsprinzip macht jedoch eine Ausstattung des verbundenen Unternehmens mit adäquatem steuerbaren Eigenkapital notwendig.⁷⁷¹ Das steuerpflichtige Eigenkapital ist für Kapitalsteuerzwecke nicht auf das Eigenkapital der Obergesellschaft limitiert, sondern setzt sich aus den einzelnen Eigenkapitalgrössen der Konzerngesellschaften zusammen. Das Eigenkapital der Konzerngesellschaften kann dabei aber durch die Obergesellschaft geringgehalten werden, um möglichst wenig Steuersubstrat der Gewinn- und Kapitalbesteuerung zuzuführen.⁷⁷² Dies würde zu einer steuerlichen Besserstellung des Konzerns gegenüber eines Unternehmens führen, welches die Leistungserstellung nicht im Konzernverbund organisiert.

⁷⁶⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 78.

⁷⁶⁸ Diese Argumentation ist in Situationen gültig, in denen der Gesamtkonzern weiterhin seine Geschäftstätigkeit fortführen kann (sog. «going concern»). Befindet sich die gesamte Unternehmensgruppe in einer wirtschaftlichen und finanziellen Schiefelage, welche die Weiterführung der Geschäftstätigkeit verunmöglicht (sog. «gone concern»), so kann die Haftungsgrundlage mit dem Eigenkapital der Obergesellschaft gleichgesetzt werden.

⁷⁶⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §24 N 72.

⁷⁷⁰ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74) *m.w.H.*

⁷⁷¹ Vgl. Abschnitt IV.A.3 (S. 93) *m.w.H.* zum steuerrechtlichen Trennungsprinzip.

⁷⁷² Vgl. Abschnitt IV.D.4.3 (S. 213) *m.w.H.*

Dementsprechend muss dem verbundenen Unternehmen ein adäquates steuerbares Eigenkapital zugewiesen werden. Die Kapitalausstattung der Konzerngesellschaft muss ein selbständig überlebensfähiges Unternehmen widerspiegeln. Die von der Konzerngesellschaft genutzten Finanzierungsmittel werden folgerichtig von den übernommenen Risiken beeinflusst. Je mehr Risiken von der Konzerngesellschaft übernommen werden, desto mehr Eigenkapital muss die Konzerngesellschaft aus der Konzernausstattung nutzen, d.h., desto mehr muss der Konzern das verbundene Unternehmen eigenfinanzieren und so seine Haftung im Falle eines Konkurses des verbundenen Unternehmens erweitern.⁷⁷³ Dem verbundenen Unternehmen wird entsprechend ein eigenständiger Haftungskreis fingiert. Es kann mithin zu Steuerzwecken über eine eigenständige Kreditwürdigkeit verfügen.

Risiken übernimmt das verbundene Unternehmen aufgrund konzerninterner Vereinbarungen sowie durch Leistungsbeziehungen mit Dritten. Mangels Vertragsautonomie der Konzerngesellschaften kann eine Zuteilung von Risiken aufgrund vertraglicher Verabredungen zwischen verbundenen Unternehmen regelmässig nicht die wirtschaftliche Realität abbilden. Es muss somit für die Beurteilung, welche Risiken sich im Haftungsbereich eines verbundenen Unternehmens befinden, auf die tatsächlich ausgeübten Funktionen sowie die sich im Vermögensbereich des verbundenen Unternehmens befindlichen Vermögenswerte abgestellt werden.

Das verbundene Unternehmen und die Betriebsstätte weisen somit keine eigenständigen Haftungssphären auf. Während dies bei der Betriebsstätte bereits durch ihre zivilrechtlichen Eigenschaften vorgegeben wird, ergibt sich dieser Umstand beim verbundenen Unternehmen erst durch die wirtschaftliche Realität im Konzern. Aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzips muss dem verbundenen Unternehmen jedoch ein adäquates steuerbares Eigenkapital zugewiesen werden. Dafür wird dem verbundenen Unternehmen eine eigenständige Haftungssphäre fingiert. Es kann deshalb keine (vollständige) Angleichung des verbundenen Unternehmens an die Betriebsstätte vollzogen werden.

⁷⁷³ Wie in Abschnitt III.A.2.1 (S. 74) gesehen, entsteht das Eigenkapital einer Tochtergesellschaft derivativ aus den Finanzierungsmitteln des Konzerns. Das Eigenkapital der Tochtergesellschaft kann dabei auch aus Fremdkapital des Konzerns bestehen. Im Umfang des Eigenkapitals der Tochtergesellschaft haftet die Muttergesellschaft aber für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft. Durch die Nutzung einer grösseren Menge an Eigenkapital durch die Tochtergesellschaft wird die Haftung der Muttergesellschaft entsprechend erweitert, bleibt aber auf die Höhe des Aktienkapitals inklusive Agios beschränkt.

2.3. Konzerninterne Leistungsbeziehungen

Die uneingeschränkte Selbständigkeitsfiktion geht von der uneingeschränkten Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Leistungsbeziehungen zwischen Betriebsstätte und Stammhaus aus (sog. Funktionsnutzentheorie).⁷⁷⁴ Die fremdvergleichskonforme Verrechnung der Innenumsätze soll die Grundlage für die Erfolgsabgrenzung im Einheitsunternehmen und zwischen verbundenen Unternehmen bilden. Der Fremdvergleichsgrundsatz lässt dabei aber die betriebswirtschaftlichen Gründe zur Konzernbildung sowie zur Integration der Leistungserstellung innerhalb eines Unternehmens ausser Acht.⁷⁷⁵ Eine Vergleichbarkeit von Transaktionen unter abhängigen Parteien mit solchen unter Dritten kann aufgrund der betriebswirtschaftlichen Realitäten im Konzern nur schwer hergestellt werden.

Bei einer schuldrechtlichen Vereinbarung stehen sich jeweils zwei entgegengesetzte Interessen gegenüber.⁷⁷⁶ Für die Identifizierung und Vergütung von Innentransaktionen müsste eine divergierende Interessenlage zwischen den Konzerneinheiten fingiert werden. Im Einheitsunternehmen existiert eine solche divergierende Interessenlage zwischen Betriebsstätte und Stammhaus *per definitionem* nicht.⁷⁷⁷ Auch zwischen verbundenen Unternehmen zeichnet die Realität des Konzerns ein anderes Bild: Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen ist die Entscheidungsfreiheit auf Stufe der abhängigen Gesellschaft stark eingeschränkt. Das Handeln der Konzerngesellschaften dient in der Realität dem Erreichen der unternehmerischen Interessen des Konzerns, welche durch die Konzernobergesellschaft festgelegt werden.⁷⁷⁸ Für eine Fiktion von Innentransaktionen, welche zu Bedingungen wie zwischen Drittparteien abgewickelt werden, müssen dem Unternehmen somit andere betriebswirtschaftliche Interessen unterstellt werden, als in der Realität seiner Geschäftstätigkeit zugrunde liegen.⁷⁷⁹ Dies widerspricht dem abgrenzungsrechtlichen

⁷⁷⁴ Vgl. Abschnitt IV.C.2.2.b (S. 119) *m.w.H.*

⁷⁷⁵ Durch die Konzernbildung können Synergiepotentiale u.a. durch Arbeitsteilung, Spezialisierung sowie Skaleneffekte realisiert werden (LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 1.2).

⁷⁷⁶ ZELLWEGER-GUTKNECHT, BSK-OR, Einleitung vor Art. 1 ff. N 38.

⁷⁷⁷ Eine Gesellschaft ist eine vertraglich gegründete Personenvereinigung. Die Vertragsmotivation besteht aus dem aktiven Hinwirken der Beteiligten auf ein gemeinsames Ziel (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §1 N 2 sowie 19).

⁷⁷⁸ Vgl. Abschnitt IV.A.3 (S. 93) *m.w.H.*

⁷⁷⁹ Gleicher Meinung HAISS, 31 *m.B.a. das Einheitsunternehmen*. Auch die Erwirtschaftungstheorie erkennt die Problematik der Anwendung des Fremdvergleichs auf Innentransaktion. Deshalb soll bei der Verrechnung von Innentransaktionen im Einheitsunternehmen nicht von Fremdpreisen ausgegangen werden. Lediglich zur Überprüfung

Grundsatz der realitätsgetreuen Abbildung der wirtschaftlichen Realität der Leistungserstellung.

Die eingeschränkte Selbständigkeitsfiktion trägt dem Widerspruch zwischen Fremdvergleichsgrundsatz und wirtschaftlicher Realität (bedingt) Rechnung.⁷⁸⁰ Sie anerkennt, dass Leistungsbeziehungen im Einheitsunternehmen stattfinden können. Da es sich allerdings um das gleiche Rechts- und Steuersubjekt handelt, können aus Innetransaktionen keine Gewinne resultieren. Innerhalb des Unternehmens kann damit lediglich eine reine Kostenverrechnung zur Anwendung gelangen. Wird diese Theorie stringent angewendet, würde in einer arbeitsteiligen Leistungserstellung lediglich jene Konzerneinheit am Gewinn aus der Wertschöpfung teilhaben, welche die Leistung als Aussetransaktion auf dem Markt absetzt. Die anderen Konzerneinheiten, welche einen Beitrag zur Wertschöpfung leisten, würden eine bloss Kostenerstattung erhalten. Zwischen verbundenen Unternehmen kann eine solche reine Kostenverrechnung aufgrund des Realisationsprinzips⁷⁸¹ gar nicht zur Anwendung gelangen, da das Abgrenzungsergebnis so nicht zur Verprobung des buchhalterisch ausgewiesenen Gewinns der Konzerneinheit dienen kann. Eine reine Kostenverrechnung für Innetransaktionen kann zu keinem verursachungsgerechten Ergebnis führen und ist deshalb für eine Angleichung der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens für Abgrenzungszwecke ungeeignet.

Für die Konzerneinheit ist mit der Lieferung ihrer Leistung an eine andere Konzerneinheit i.d.R. die Leistungserstellung abgeschlossen. Für die Darstellung der individuellen Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit könnte deshalb argumentiert werden, dass ihr bereits ein Gewinnanteil zu Abgrenzungszwecken zugesprochen werden sollte. Dabei wird jedoch ausser Acht gelassen, dass die Leistung u.U. nicht gewinnbringend abgesetzt werden kann. Bei einer Verrechnung der Leistungserbringung mit Gewinnaufschlag vor dem Absatz der Leistung auf dem Markt würde damit das Absatzrisiko allein bei der die Leistung auf dem Markt vertreibenden Konzerneinheit verbleiben. Der Gewinn aus der Leistungserstellung sollte konsequenterweise bei Umsatz der Leistung auf dem Markt auf die an der Leistungserstellung teilnehmenden Konzerneinheiten aufgeteilt werden.⁷⁸² Der Gewinnanteil, welcher einer Konzerneinheit aus der Leistungserstellung zugesprochen werden soll, ergibt sich dabei aus dem Nut-

von unangemessenen Verrechnungspreisen zwischen Betriebsstätte und Stammhaus und damit zur Verhinderung einer Gewinnverschiebung darf auf den Fremdvergleichsgrundsatz zurückgegriffen werden (vgl. HAISS, 49 *m.w.H.*).

⁷⁸⁰ Vgl. Abschnitt IV.C.2.2.b (S. 119) *m.w.H. zur eingeschränkten Selbständigkeitsfiktion.*

⁷⁸¹ Vgl. FN 421 *m.w.H.*

⁷⁸² Vgl. auch WASSERMAYER, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 1.29 für das deutsche Aussteuerrecht.

zen, welchen die von der Konzerneinheit ausgeübten Funktionen für die Leistungserstellung hatten. Eine Vergütung vor Erzielung eines Ausenumsatzes sollte entsprechend unterbleiben.

Bei Anwendung der Gewinnaufteilung weisen die zugeteilten Ergebniskomponenten stets das gleiche Vorzeichen auf. Fraglich ist, ob dies bei verbundenen Unternehmen gegen die Realität der selbständigen Haftungssphäre verstösst. Das verbundene Unternehmen könnte aufgrund seiner selbständigen Haftungssphäre für Verluste verantwortlich gemacht werden, welche sich aus den in seinen Haftungskreis übernommenen Risiken ergeben. Dies widerspricht allerdings der These der Konzernausstattung sowie der Realität der mangelnden Vertragsautonomie der Konzerngesellschaft. Das verbundene Unternehmen verfolgt mit seiner Geschäftstätigkeit die Gesamtinteressen des Konzerns. Auch die Übernahme von Risiken erfolgt im Interesse der Gewinnmaximierung des Konzerns. Es ist deshalb folgerichtig, dass es an einem Konzerngewinn sowie -verlust entsprechend partizipiert.⁷⁸³ Diese Argumentation ist auf die Betriebsstätte analog anwendbar. Konsequenterweise sollten die auf die an der Leistungserstellung beteiligten Konzerneinheiten verteilten Gewinnkomponenten jeweils das gleiche Vorzeichen aufweisen. Dieser Grundsatz der Verrechnung von Leistungen innerhalb des Konzerns bringt die Leistungserstellung der einzelnen Konzerneinheit in den Kontext des Konzerns. Die Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit dient der Verfolgung des Konzernzwecks. Die Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerneinheit hängt massgeblich vom Erfolg des Gesamtkonzerns aus der Leistungserstellung ab. Diese Vorgehensweise beachtet die Konzernrealität.⁷⁸⁴

Weiterhin darf für die Nutzung der Konzernausstattung lediglich eine Aufwandsverrechnung zur Anwendung gelangen. Diese bildet am besten die Konzernrealität ab, da die Konzernausstattung den Konzerneinheiten zur gemeinsamen Verfolgung der Konzerninteressen dient.⁷⁸⁵ Eine Verrechnung mit Gewinnaufschlag würde die die Vergütung empfangende Einheit für eine

⁷⁸³ Diese Theorie folgt der eingeschränkten Selbständigkeitstheorie sowie der Theorie der rechtlichen Einheit. Die Wertschöpfung der Betriebsstätte wird als Teil der Gesamtwertschöpfung des Unternehmens gesehen. Konsequenterweise muss der Betriebsstätte deshalb ein Teil des Unternehmensergebnisses zugewiesen werden – sei dies ein Gewinn oder ein Verlust (vgl. LOCHER/LOCHER, §8, II C, 1a Nr. 7; DIES, §8 II C, 1b Nr. 2; HÖHN/MÄUSLI, §26 N 3 *zum interkantonalen Steuerrecht (Theorie der rechtlichen Einheit)*; DEBATIN, passim; PLANSKY, 106; MARGERI, 55 *zur eingeschränkten Selbständigkeitstheorie*).

⁷⁸⁴ So auch OESTREICHER, 158, der die Zerlegung des einheitlichen Gewinns als die «theoretisch richtige Methode zur grenzüberschreitenden Erfolgsabgrenzung» bewertet.

⁷⁸⁵ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

Funktion entschädigen, welche diese gar nicht ausübt.⁷⁸⁶ Die Kosten dieser Grundausrüstung müssen für eine verursachungsgerechte Gewinnabgrenzung an jene Konzerneinheit weiterverrechnet werden, welche das Wirtschaftsgut zur Leistungserstellung einsetzt und damit die Kosten für das Wirtschaftsgut verursacht.⁷⁸⁷ Daraus folgt, dass konzernintern verrechnete Fremdkapitalzinsen keinen Gewinnaufschlag für die das Fremdkapital gewährende Konzerneinheit beinhalten dürfen und die Verrechnung von Zinsen auf Dotationskapital bzw. Eigenkapital ausgeschlossen ist. Eine Verrechnung der Fremdkapitalkosten kann dabei im Rahmen der Gewinnaufteilung vorgenommen werden oder die gegenüber Dritten geschuldeten Schuldzinsen werden der Konzerneinheit direkt zugeordnet.⁷⁸⁸

2.4. Plädoyer zugunsten der Missachtung des Trennungsprinzips für Abgrenzungszwecke

Aus der vorangegangenen Argumentation geht hervor, dass das verbundene Unternehmen eine Angleichung an die Behandlung der Betriebsstätte erfahren soll. Die Verflechtungen im Konzern lassen ein verbundenes Unternehmen nahe an die wirtschaftlichen und rechtlichen Eigenheiten der Betriebsstätte kommen. Das Abgrenzungsergebnis soll die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung im Unternehmen wiedergeben. Konsequenterweise ist eine Angleichung des verbundenen Unternehmens an die Behandlung der Betriebsstätte für ein sachgemässes Abgrenzungsergebnis zielführend.

Grundlage für das Plädoyer zugunsten der Missachtung des Trennungsprinzips ist die These der Konzernausstattung. Die Konzernausstattung steht allen Konzerneinheiten zur Leistungserstellung im Interesse des Gesamtkonzerns zur Verfügung. Für die Nutzung der Konzernausstattung kann es nur zu einer reinen

⁷⁸⁶ Die Konzernausstattung steht den Konzerneinheiten gesamthaft zur Erreichung des Konzernziels zur Verfügung. Eine Gesellschaft, welche einer anderen Gruppengesellschaft Finanzierungsmittel aufgrund eines Darlehensverhältnisses zur Verfügung stellt, reicht die ihr zur Verfügung gestellte Konzernausstattung lediglich weiter. Aus der These der Konzernausstattung folgt, dass das Darlehensverhältnis lediglich aufgrund des zivilrechtlichen Trennungsprinzips besteht und in der Konzernrealität keinen Bestand hat. Das Weiterreichen von Finanzierungsmitteln der Konzernausstattung ist folgerichtig keine Funktion, welcher im Rahmen eines Gewinnaufschlags eine Vergütung zugeordnet werden sollte.

⁷⁸⁷ Wie von der Erwirtschaftungstheorie gefordert, dürfen für die Nutzung der Ausstattung des Unternehmens keine Nutzungsgebühren in Form von Darlehenszinsen, Mieten oder Lizenzgebühren erhoben werden. Der das Wirtschaftsgut nutzenden Konzerneinheit wird allerdings der gegenüber Dritten anfallende Aufwand weiterverrechnet.

⁷⁸⁸ Vgl. hinten Abschnitt VII.B.3.1 (S. 275) *m.w.H. zur Allokation des Finanzierungsaufwands*.

Aufwandsverrechnung kommen. Für ihre Aktivitäten bei der Leistungserstellung im Konzern wird die Konzerneinheit durch einen Anteil am Unternehmensergebnis entlohnt. Dieser soll ihren Anteil an der Wertschöpfung abbilden. Die Verteilung des Gewinns kann dabei nicht anhand des Fremdvergleichsgrundsatzes vorgenommen werden, da sich die Interessenlage im Konzern anders präsentiert als zwischen unabhängigen Vertragsparteien. Einer Konzerneinheit kann mithin kein anderes Vorzeichen als dasjenige des Gesamtergebnisses aus der Wertschöpfung zugewiesen werden.

Die hier geforderte Angleichung der Behandlung des verbundenen Unternehmens an jene der Betriebsstätte geht über die Einschränkung der Selbständigkeitsfiktion, welche von der Erwirtschaftungstheorie gefordert wird, hinaus. Allerdings wurde auch gezeigt, dass es lediglich zu einer eingeschränkten Anwendung der Theorie der rechtlichen Einheit auf die Abgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen kommen kann. Eine uneingeschränkte Anwendung der Theorie der rechtlichen Einheit könnte jedoch das steuerrechtliche Trennungsprinzip nicht umsetzen.

Eine Einschränkung erfährt diese Angleichung aufgrund der Qualität des verbundenen Unternehmens als selbständiges Steuersubjekt. Für die Umsetzung des steuerrechtlichen Trennungsprinzips muss sichergestellt werden, dass das verbundene Unternehmen über ein angemessenes steuerbares Eigenkapital verfügt. Dem verbundenen Unternehmen wird dafür eine eigenständige Haftungssphäre fingiert. Der Betriebsstätte darf hingegen keine eigene Haftungssphäre für Abgrenzungszwecke angedacht werden. Ihre Kreditwürdigkeit spiegelt immer die Kreditwürdigkeit des Gesamtunternehmens wider.

3. *Modalitäten der Konsolidierung für eine zielführende Angleichung von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten zu Zwecken der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalallokation*

3.1. Notwendigkeit der Konsolidierung

Die Forderung nach der Aufteilung des Gewinns auf die an der Leistungserstellung beteiligten Konzerneinheiten sowie die Partizipation der Konzerneinheiten an der Ausstattung des Konzerns zieht die Notwendigkeit eines gewissen Grades an Konsolidierung mit sich.⁷⁸⁹ Die in Abschnitt IV.C.3.3.b⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b (S. 145) *m.w.H.*

⁷⁹⁰ Vgl. S. 145.

beschriebenen Anforderungen an die Konsolidierung zu Zwecken der Anwendung der indirekten Abgrenzungsmethode werden nun im Lichte der identifizierten Forderungen zur Angleichung des verbundenen Unternehmens an die Behandlung der Betriebsstätte zu Abgrenzungszwecken beurteilt. Dabei muss auch die praktische Umsetzbarkeit der Konsolidierung durch die steuerpflichtigen Beachtung finden.

3.2. Definition des Konsolidierungskreises

Zunächst muss der sachliche und territoriale Konsolidierungskreis definiert werden. Der sachliche Konsolidierungskreis bezieht dabei Betriebsstätten und verbundene Unternehmen ein. Die Notwendigkeit der Ergebnisabgrenzung stellt sich bei verbundenen Unternehmen bereits bei potentiell Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung. Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung muss aus dem Beteiligungsverhältnis resultieren.⁷⁹¹ Es muss deshalb ein direktes oder indirektes Beteiligungsverhältnis mit einer Konzerngesellschaft bestehen, damit eine Gesellschaft in den Konsolidierungskreis einbezogen wird. Klare Aussagen über eine gewisse Mindestbeteiligungsquote können dabei allerdings nicht gemacht werden. Bereits eine Minderheitsbeteiligung kann für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung genügen. Es ist allerdings zu beachten, dass die Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei verbundenen Unternehmen lediglich der Verprobung der handelsrechtlich verbuchten konzerninternen Verrechnungspreise sowie der in der handelsrechtskonform erstellten Bilanz ausgewiesenen Kapitalausstattung dient.⁷⁹² Jedwede Gesellschaft, an welcher der Konzern beteiligt ist und welche an der Leistungserstellung des Konzerns operativ mitwirkt, ist deshalb in den Konsolidierungskreis einzubeziehen. Nur so kann der Konzern sicherstellen, dass alle Innentransaktion auf Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung untersucht werden, und so das Risiko einer Gewinn- oder Kapitalaufrechnung durch eine Steuerhoheit verringern.

Der territoriale Konsolidierungskreis bezieht sich für die innerschweizerische Gewinn- und Kapitalabgrenzung auf das Gebiet der Schweiz. Dabei werden zunächst einmal Gesellschaften in den Konsolidierungskreis einbezogen, welche eine unbeschränkte Steuerpflicht nach Art. 20 Abs. 1 StHG in der Schweiz begründen. Dies schliesst auch die nach Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG begründeten inländischen Betriebsstätten dieser Gesellschaften ein. Ausländische verbundene Unternehmen sowie deren ausländische Betriebsstätten können nicht in

⁷⁹¹ Vgl. Abschnitt IV.A.3. (S. 93) *m.w.H. zur verdeckten Gewinnausschüttung.*

⁷⁹² Vgl. Abschnitt IV.B.2.2 (S. 105) *m.w.H.*

den Konsolidierungskreis einbezogen werden. Die Beziehung zu diesen Konzerneinheiten unterliegt internationalem Steuerrecht. Wie dargelegt kommt dabei i.d.R. die objektmässige Abgrenzungsmethode zur Anwendung.⁷⁹³ Eine Konsolidierung dieser Konzerneinheiten muss deshalb unterbleiben. Anders verhält es sich bei inländischen Betriebsstätten ausländischer Konzerngesellschaften. Diese können in den Konsolidierungskreis einbezogen werden. Die Leistungsbeziehungen zwischen diesen inländischen Betriebsstätten und ihrem ausländischen Stammhaus müssen jedoch durch die objektmässige Methode abgegrenzt werden. Die Anwendung der indirekten Ausscheidungsmethode muss entsprechend auf Leistungsbeziehungen der inländischen Betriebsstätte zu den inländischen Konzerneinheiten limitiert werden.⁷⁹⁴

3.3. Art der Konsolidierung

a. Für die Gewinnabgrenzung

Weiterhin muss beurteilt werden, auf welche Art die Steuerbemessungsgrundlagen der Konzerneinheiten konsolidiert werden sollen und welche Gewinn- und Kapitalkomponenten in die aufzuteilende, konsolidierte Steuerbemessungsgrundlage einbezogen werden müssen.⁷⁹⁵ Bei der Art der Konsolidierung kann zwischen einfacher Addition der Steuerbemessungsgrundlagen sowie vollständiger Konsolidierung der Einzelabschlüsse der Konzerneinheiten unterschieden werden. Wie in Abschnitt IV.C.3.3.b(2)⁷⁹⁶ aufgezeigt, stellt die blosser Addition der Steuerbemessungsgrundlagen einen geringeren Aufwand für die Steuerpflichtigen dar und kann trotz Unterbleibens einer vollständigen Konsolidierung als sachgemässe Grundlage für die innerschweizerische Gewinn- und Kapitalabgrenzung dienen. Dies wird im Folgenden näher erläutert.

⁷⁹³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(1) (S. 145; v.a. FN 662) *m.w.H.*

⁷⁹⁴ Im Einheitsunternehmen findet diese Zweiteilung der Ergebnisabgrenzung bereits bei Vorliegen einer inländischen sowie einer ausländischen Betriebsstätte statt, da nach geltendem Recht unterschiedliche Abgrenzungsmethoden auf in- und ausländische Betriebsstätten anwendbar sind. Während zwischen inländischem Stammhaus und inländischer Betriebsstätte die indirekte (quotenmässige) Ausscheidung zur Anwendung gelangt, wird zwischen inländischem Stammhaus und ausländischer Betriebsstätte die direkte Ausscheidungsmethode mit (provisorischer) Verlustverrechnung angewendet (vgl. BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 80; OESTERHELT/SCHREIBER, Komm. DBG, Art. 52 N 14 ff. *m.w.H.*).

⁷⁹⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(2) (S. 147) *m.w.H.*

⁷⁹⁶ Vgl. S. 147.

Für die Gewinnabgrenzung wurde festgestellt, dass für konzerninterne Leistungsbeziehungen grundsätzlich eine Gewinnaufteilung zur Anwendung gelangt. Nur mit Blick auf die Nutzung der Konzernausstattung findet eine reine Aufwandsverrechnung statt.⁷⁹⁷ Durch die Addition der Steuerbemessungsgrundlagen werden die verrechneten Vergütungen für konzerninterne Leistungen eliminiert, da sich dabei jeweils ein Aufwandsposten und ein entsprechender Ertragsposten in der konsolidierten Erfolgsrechnung gegenüberstehen. Diese Elimination ist zielführend, soll doch erst der Gewinn aus Dritturnsatz im Rahmen der Gewinnabgrenzung verteilt werden. Hinsichtlich der Konzernausstattung wandern die Aufwendungen des Konzerns für diese Vermögenswerte und Finanzierungsmittel als Aufwandposition in die konsolidierte Erfolgsrechnung. Die Nutzung der Konzernausstattung und die geforderte Aufwandsverrechnung muss entsprechend durch den Aufteilungsschlüssel berücksichtigt werden.

Gewinnausschüttungen werden hingegen bei der Konsolidierung durch blosser Addition der einzelnen Steuerbemessungsgrundlagen nicht eliminiert.⁷⁹⁸ Dieser Ertragsposten entsteht aus einem gesellschaftsrechtlichen Tatbestand, welcher die Verwendung des bereits erwirtschafteten und versteuerten Gewinns beinhaltet.⁷⁹⁹ Der in der Tochtergesellschaft erwirtschaftete Gewinn wird an die Muttergesellschaft transferiert. Der Vorgang der Gewinnausschüttung steht mithin nicht mit der operativen Tätigkeit des Konzerns in Zusammenhang. Dabei handelt es sich entsprechend nicht um einen Ertragsposten, welcher direkt aus dem Umsatz der konzerninternen Leistungserstellung auf dem Markt resultiert. Deshalb kann der Ertrag aus Gewinnausschüttung auch nicht in die zur Vergütung der Leistungserstellung aufzuteilende Steuerbemessungsgrundlage einbezogen werden. Gewinnausschüttungen und ähnliche gesellschaftsrechtliche Mittelverschiebungen im Konzern sind direkt (d.h. objektiv) der Konzerneinheit zuzuweisen, welche das (wirtschaftliche) Eigentum an der den Gewinn ausschüttenden Beteiligung innehat. Diese Vorgehensweise widerspricht

⁷⁹⁷ Vgl. Abschnitt IV.D.2.2 (S. 170) *m.w.H.*

⁷⁹⁸ Nur der ausgeschüttete Gewinn stellt bei der empfangenden Gesellschaft einen steuerbaren Ertrag dar. Bei der ausschüttenden Gesellschaft handelt es sich um einen Tatbestand der Gewinnverwendung und damit um keinen abzugsfähigen Aufwand zu Zwecken der direkten Gewinnbesteuerung (vgl. §64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e StG ZH; RICHNER ET AL., Komm. StG ZH, §64 N 175; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §18 N 103). Der Vorgang der Gewinnausschüttung wird deshalb durch die blosser Addition der einzelnen Steuerbemessungsgrundlagen nicht eliminiert.

⁷⁹⁹ Die Verwendung des Gewinns wird durch die Generalversammlung der AG beschlossen. Die Dividende darf nur aus dem ausgewiesenen Bilanzgewinn und den hierfür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden (vgl. Art. 675 Abs. 2 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, §12 N 520; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, §16 N 238).

der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV, bei der die Beteiligungserträge zusammen mit dem Betriebsgewinn auf die teilnehmenden Kantone ausgeschieden werden.⁸⁰⁰ Allerdings anerkennt die kantonale Praxis eine objektmässige Zuordnung der Beteiligungserträge bei der interkantonalen Ausscheidung bei Banken.⁸⁰¹ Die objektmässige Zuweisung von Beteiligungserträgen folgt nach Ansicht der Autorin logisch der Notwendigkeit der Zuweisung von Vermögenswerten zu Abgrenzungszwecken.⁸⁰² Der Beteiligungsertrag fliesst dem Empfänger aufgrund seiner Stellung als Anteilseigner zu. Diese Stellung hat er aufgrund der Investition von Kapital in die den Gewinn ausschüttende Gesellschaft erhalten. Der Beteiligungsertrag resultiert entsprechend aus der Investition und kann deshalb nur jener Konzerneinheit verursachungsgerecht zugewiesen werden, welche das entsprechende Kapital zur Investition aufbringt. Dies ist jene Konzerngesellschaft, welche das wirtschaftliche Eigentum an dieser Beteiligung innehat.⁸⁰³

b. Für die Kapitalabgrenzung

Auch für die Kapitalsteuer werden die Steuerbemessungsgrundlagen addiert. Dabei handelt es sich um das steuerbare Eigenkapital der einzelnen Konzerneinheiten.⁸⁰⁴ Das Eigenkapital resultiert als Restgrösse aus der Bilanzsumme abzüglich des Fremdkapitals.⁸⁰⁵ Bei der Berücksichtigung der konzerninternen

⁸⁰⁰ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art 127 Abs. 3 BV sind die Beteiligungserträge jedoch quotenmässig auf die Betriebsstätten- und den Sitzkanton zu verlegen. Der Teilungsabzug ist sodann von allen Betriebsstätten- und dem Sitzkanton anzuwenden (vgl. TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §31 N 16 ff. *m.w.H.*).

⁸⁰¹ Beteiligungen und ihre Erträge sind gemäss KS der SSK dem Hauptsitz vorweg, d.h. objektmässig, zuzuweisen (SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 3). Die Praxis der objektmässigen Zuordnung von Beteiligungserträgen wurde auch von der SSK für die interkantonale Steuerauscheidung bei Banken festgelegt (vgl. Abschnitte VIII.A (S. 291) *m.w.H.*). Diese objektmässige Zuordnung der Beteiligungserträge hat den Vorteil, dass lediglich jener Kanton den Teilungsabzug nach Art. 28 Abs. 1 StHG zu gewähren hat, zu welchem die Beteiligungserträge alloziert wurden. Dies wird im Regelfall der Sitzkanton der steuerpflichtigen Gesellschaft sein. Eine objektmässige Zuordnung der Beteiligungserträge vereinfacht folgerichtig die Anwendung des Teilungsabzugs (vgl. ALLEMANN, 59 *m.w.H.*).

⁸⁰² Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

⁸⁰³ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H. auf die Zuteilung des wirtschaftlichen Eigentums.*

⁸⁰⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 1 StHG

⁸⁰⁵ BÖCKLI, Rechnungslegung, N 427. Die Grösse des Eigenkapitals wird deshalb als «Nettoaktiven» bezeichnet.

Finanzierungsverflechtungen bestehen Unterschiede zwischen Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen. Während im Einheitsunternehmen keine solchen Finanzierungstransaktion stattfinden können, zeichnen sich verbundene Unternehmen gerade durch diese schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen aus.⁸⁰⁶ Aufgrund des im Steuerrecht geltenden Trennungsprinzips verfügt das verbundene Unternehmen über ein eigenes steuerbares Eigenkapital.⁸⁰⁷ In die durch Addition konsolidierte Steuerbemessungsgrundlage fliessen dementsprechend lediglich die Eigenkapitalwerte der verbundenen Unternehmen – sowie jene der inländischen Betriebsstätten mit ausländischem Stammhaus, bei denen das steuerbare Eigenkapital aufgrund der direkten Methode vom Eigenkapital des Stammhaus abgegrenzt wurde.⁸⁰⁸ Für eine Abbildung des gesamten steuerbaren Eigenkapitals des Konzerns müssen die eigenständig ermittelten Steuerbemessungsgrundlagen der einzelnen verbundenen Unternehmen addiert werden.⁸⁰⁹

Das Resultat aus der Konsolidierung durch Addition der einzelnen Bemessungsgrundlagen widerspricht zunächst der These der Konzernausstattung. Wie in Abschnitt IV.D.2.2⁸¹⁰ erläutert, weist die Konzerngesellschaft auch in der wirtschaftlichen Realität keinen selbständigen Haftungskreis auf. Zur Verlustabsorption dient nur das Eigenkapital der Konzernobergesellschaft.⁸¹¹ Lediglich aufgrund der Anwendung des Trennungsprinzips zu Zwecken der Kapitalbesteuerung wird dem Konzern ein höheres steuerbares Eigenkapital zuerkannt, als er eigentlich wirtschaftlich zur Verfügung hat.⁸¹² Dem entspre-

⁸⁰⁶ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74) *m.w.H.*

⁸⁰⁷ Vgl. Abschnitt IV.A.3 (S. 93) *m.w.H. auf das Trennungsprinzip im Steuerrecht.*

⁸⁰⁸ Im internationalen Verhältnis kommt bei der Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen grundsätzlich die Kapitalspiegeltheorie zur Anwendung. Das Kapital einer Betriebsstätte wird indirekt nach Lage der Aktiven ausgeschieden. Ggf. kann auch die sog. modifizierte Kapitalspiegeltheorie zur Anwendung gelangen (vgl. BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 327; HAISS, 59 ff.).

⁸⁰⁹ Zusätzlich wird das Dotationskapital der inländischen Betriebsstätten ausländischer verbundener Unternehmen zur konsolidierten Steuerbemessungsgrundlage addiert.

⁸¹⁰ Vgl. S. 170.

⁸¹¹ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74).

⁸¹² Die Finanzierungsmittel werden im Konzern von der Muttergesellschaft aufgrund von Darlehensverhältnissen oder Eigenkapitalbeteiligungen an die Tochtergesellschaften zur Nutzung «weitergereicht». Die Finanzausstattung, welche die Anteilseigner der Muttergesellschaft dem Konzern zur Verfügung stellen, beschränkt sich auf das Eigenkapital der Muttergesellschaft. Durch die blosse Addition der Steuerbemessungsgrundlagen wird dem Konzern hingegen mehr Eigenkapital zugedacht, als er wirtschaftlich besitzt (vgl. FN 356 *m.w.H.*). Durch die Beteiligungsverhältnisse im Konzern wird das Kapital, das dem Konzern wirtschaftlich zur Verfügung steht, vervielfacht (SCHEFFLER,

chend ist die Addition der Steuerbemessungsgrundlagen der einzelnen Konzerngesellschaften notwendig, um dem steuerrechtlichen Trennungsprinzip zum Durchbruch zu verhelfen. Das Ergebnis dieser Addition stellt dabei jedoch nicht das wirtschaftlich dem Konzern zur Verfügung stehende Haftungssubstrat dar.⁸¹³

Wie bereits in Abschnitt IV.D.2.2⁸¹⁴ beschrieben, kann das konsolidierte steuerbare Eigenkapital jedoch entgegen der wirtschaftlichen Realität der Leistungserstellung der verbundenen Unternehmen im Konzerngefüge gering gehalten werden. Die verbundenen Unternehmen werden in diesem Fall in einem hohen Masse durch die Konzernobergesellschaft fremdfinanziert. Die blosse Addition des Eigenkapitals der verbundenen Unternehmen zu Zwecken der Kapitalabgrenzung ist entsprechend nicht zielführend, da die Steuerbemessungsgrundlagen durch den Steuerpflichtigen manipuliert werden können. Vielmehr muss bei einem verbundenen Unternehmen eine Verprobung der Eigenkapitalausstattung vorgenommen werden. Dabei muss die Geschäftstätigkeit des verbundenen Unternehmens als Grundlage genommen und so dem verbundenen Unternehmen eine eigenständige Haftungssphäre fingiert werden. Aufgrund des Trennungsprinzips kann bei verbundenen Unternehmen deshalb nicht wie bei der Betriebsstätte eine Aufteilung des konsolidierten steuerbaren Eigenkapitals vorgenommen werden.

4. *Auswirkungen auf die anwendbare Abgrenzungsmethode im innerschweizerischen Verhältnis*

4.1. **Allgemeine Auswirkungen auf die Abgrenzungsmethode**

Die Gültigkeit der Theorie der Einheit des Unternehmens zu Zwecken der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen bedingt die Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode.⁸¹⁵ Diese globale, formelhafte Gewinnaufteilungsmethode geht von einem konsolidierten Konzernergebnis aus, welches anhand von Quoten auf die Konzerneinheiten verteilt wird. Für das verbundene Unternehmen hat dies zur Folge, dass nicht die Verrechnungspreise zwischen den verbundenen

in: LUTTER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.59). Die Beschränkung des Haftungssubstrats auf das Eigenkapital der Obergesellschaft wird aber erst bei Schiefelage der gesamten Unternehmensgruppe relevant. Für die Kapitalabgrenzung wird hingegen die Fortführung der Geschäftstätigkeit des Konzerns als Grundlage genommen (vgl. FN 768).

⁸¹³ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74) *m.w.H.*

⁸¹⁴ Vgl. S. 170.

⁸¹⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.a (S. 143).

Unternehmen verprobt werden, sondern der von dem verbundenen Unternehmen ausgewiesene Gewinn. In den vorangehenden Abschnitten wurde allerdings aufgezeigt, dass die Gültigkeit der Theorie der Einheit des Unternehmens aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzips einigen Einschränkungen bei der Abgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen unterliegt. Es stellt sich insbesondere die Frage, wie «global» die formelhafte Aufteilung im Konzern angewendet werden kann, um zu einem der wirtschaftlichen Realität der Leistungserstellung entsprechenden Abgrenzungsergebnis zu gelangen.⁸¹⁶ Des Weiteren hat die Abgrenzungsmethode eine Doppelbesteuerung und doppelte Nichtbesteuerung des Steuersubstrats zu vermeiden und sie soll dem Steuerpflichtigen und den Steuerverwaltungen gleichzeitig keinen übermässigen Aufwand bei der Anwendung aufbürden.⁸¹⁷ Es werden im Folgenden verschiedene Modifikationen der Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode identifiziert, die das Erreichen eines sachgemässen Abgrenzungsergebnisses sicherstellen.

Hinsichtlich der Modalitäten der Konsolidierung stellte sich bereits die Problematik des Konflikts der Ergebnisabgrenzung mit der Gewinn- und Kapitalermittlung. Wie in Abschnitt IV.C.3.3.b(3)⁸¹⁸ dargestellt wurde, kann diesem Konflikt mit zwei verschiedenen Lösungsansätzen begegnet werden. Zunächst können die Bestimmungen zur Ermittlung der Gewinn- und Kapitalbesteuerungsgrundlage der Steuerhoheiten harmonisiert werden. Eine Harmonisierung der Gewinn- und Kapitalermittlungsnormen wurde im innerschweizerischen Verhältnis bereits aufgrund des Erlasses des StHG realisiert. Dabei handelt es sich aber bezüglich der Gewinnermittlungsvorschriften um eine Harmonisierung und nicht um eine vollständige Vereinheitlichung.⁸¹⁹ Es handelt sich vielmehr

⁸¹⁶ Durch die Gewährleistung eines verursachungsgerechten Abgrenzungsergebnisses, welches die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung des Unternehmens abbildet, kann die Akzeptanz der Abgrenzungsmethode bei den Steuerpflichtigen und den Steuerverwaltungen erhöht werden. Nur so kann Rechtssicherheit gewährleistet werden und Manipulationen von Seiten der Steuerpflichtigen können verhindert werden (vgl. Abschnitt IV.C.1.2 (S. 116) *m.w.H.*).

⁸¹⁷ Vgl. Abschnitt IV.C.1 (S. 112) *m.w.H.*

⁸¹⁸ Vgl. S. 150.

⁸¹⁹ Die Harmonisierung erstreckt sich auf die Steuerpflicht, den Gegenstand und die zeitliche Bemessung der Steuern, das Verfahrensrecht und das Steuerstrafrecht (vgl. Art. 129 Abs. 2 BV). Ein einheitliches Steuergesetz, welches die kantonalen, direkten Steuern umfassend regeln würde, wurde aufgrund der Pflicht zur Abtretung der gesamten Gesetzgebungsbefugnis an den Bund vor dem Hintergrund föderalistischer Überlegungen verworfen (REICH/BEUSCH, Komm. StHG, Vor Art. 1/2 N 25).

um eine Rahmengesetzgebung, innerhalb welcher die Kantone ihre kantonalen Steuergesetze gestalten können.⁸²⁰

Weiterhin kann ein Konflikt mit den Bestimmungen zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage durch die Zuordnung von Quoten zu den einzelnen kantonalen Steuerhoheiten beseitigt werden. Der Kanton wendet dann die ihm zugewiesene Quote auf die aufgrund seiner kantonalen Steuernormen ermittelte Steuerbemessungsgrundlage an.⁸²¹ So werden die Normen zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlagen von der Gewinn- und Kapitalabgrenzung nicht tangiert. Es sei allerdings angemerkt, dass jede Modifikation der Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode mit direkter Zuweisung von Quoten zu den Steuerhoheiten zu einem Konflikt mit der Gewinn- und Kapitalermittlung führen kann. Dies v.a. bei der im Folgenden geforderten objektiven Zuteilung von bestimmten Ergebnis- oder Kapitalbestandteilen.

4.2. Auswirkungen auf die Gewinnabgrenzungsmethode

a. Reichweite der Anwendung des Aufteilungsschlüssels

Für die Gewinnabgrenzung muss das Abgrenzungsergebnis den Beitrag der Konzerneinheit an der Leistungserstellung bzw. Wertschöpfung des Unternehmens abbilden. Bei Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode wird der konsolidierte Gesamtgewinn anhand eines Schlüssels auf die Konzerneinheiten ausgeschieden. Stellschrauben zur Herstellung eines verursachungsgerechten Abgrenzungsergebnisses sind folgerichtig die Reichweite des Konsolidierungskreises, welcher dann anhand der Quoten ausgeschieden wird, sowie der anwendbare Aufteilungsschlüssel.

Die Reichweite des Konsolidierungskreises kann dabei durch Separierung der Steuerbemessungsgrundlage eingeschränkt werden. Dabei können verschiedene Aufteilungsschlüssel auf die Teile der Steuerbemessungsgrundlage angewendet werden. Ausserdem kann die Reichweite des Konsolidierungskreises durch die objektmässige Zuweisung einzelner Komponenten des Unterneh-

⁸²⁰ BEHNISCH, SGK-BV, Art. 129 N 8; REICH/BEUSCH, Komm. StHG, Vor Art. 1/2 N 33. Die verfassungsrechtlich verankerte, vertikale sowie horizontale Harmonisierungspflicht des eidg. Gesetzgebers garantiert den Kantonen innerhalb der Rahmengesetzgebung einen Spielraum bei der Ausgestaltung ihrer kantonalen Normen zur direkten Besteuerung (BEHNISCH, SGK-BV, Art. 129 N 10 sowie 23; REICH/BEUSCH, Komm. StHG, Vor Art. 1/2 N 35).

⁸²¹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(2) (S. 147) *m.w.H.*

mensergebnisses und -kapitals verringert werden. Im Gegensatz zur objektmässigen Zuweisung einzelner Komponenten kann das Abgrenzungsergebnis ausserdem durch eine Vorwegzuweisung eines Anteils am Unternehmensergebnis zu einer oder mehreren Konzerneinheiten beeinflusst werden.⁸²²

Als Voraussetzung für die Anwendung einer Quote zur Allokation des Gewinnsteuersubstrats auf die an der Gewinnabgrenzung teilnehmenden Kantone müssen verschiedene Eigenschaften der Leistungserstellung im Konzern gegeben sein. So unterstellt die Anwendung der quotenmässigen Aufteilung anhand der eingesetzten Wirtschaftsgüter eine gleichmässige Verzinsung des eingesetzten Kapitals und die Allokation anhand der Lohnsumme nimmt eine gleiche Produktivität für alle bezahlten Lohneinheiten an. Die Abgrenzung anhand der Umsatzzahlen führt hingegen zu einer Gewinnverlagerung zu den Vertriebs-einheiten des Konzerns.⁸²³ Bei Anwendung der indirekten (quotenmässigen) Gewinnabgrenzungsmethode auf den gesamten Unternehmensgewinn werden diese Prämissen nur bei Unternehmen mit ähnlicher Leistungserstellung der verschiedenen Wertschöpfungsketten gegeben sein. Ausserdem müssen sich die Einheiten des Aufteilungsschlüssels pro Funktion innerhalb des Wertschöpfungsprozesses in den gleichen ursächlichen Zusammenhang zur Wertschöpfung bringen lassen.⁸²⁴ Folgerichtig kann nur die Anwendung einer Quote auf eine gleichgerichtete Leistungserstellung zu einem realitätsgetreuen Abgrenzungsergebnis gelangen.⁸²⁵ Eine gleichgerichtete Leistungserstellung ist dabei bei einem Wertschöpfungsstrang gegeben, in dem Prozesse vereinigt

⁸²² Im interkantonalen Steuerrecht wird diese Vorwegzuweisung unter dem Titel des Präzipiums unternommen. Im internationalen Steuerrecht bzw. gemäss den Verrechnungspreisrichtlinien der OECD findet eine Vorwegzuweisung bei Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode im Rahmen der Residualgewinnaufteilungsmethode statt. Dabei wird den beteiligten Konzerneinheiten für ihre (risikoarmen) Routinefunktionen zunächst eine Grundrendite aus dem Geschäft zugesprochen (vgl. *hierzu* OECD, TP-GL, N 2.121; JACOBS, 595 *m.w.H.*). Während das Präzipium nur bei Vorliegen eines positiven Unternehmensergebnisses zugewiesen wird, kann einer Konzerneinheit bei Anwendung der Residualgewinnaufteilung auch bei Vorliegen eines negativen Unternehmensergebnisses eine Gewinnkomponente zugewiesen werden (JACOBS, 595). Des Weiteren wird das Präzipium im interkantonalen Verhältnis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich dem Hauptsitz des Unternehmens zugewiesen, um dessen Tätigkeit für das Gesamtergebnis des Unternehmens angemessen im Abgrenzungsergebnis zu berücksichtigen (vgl. FN 706 *m.w.H.*).

⁸²³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(3) (S. 150) *m.w.H.*

⁸²⁴ Das BGer hat mit Bezug auf ein Fabrikationsunternehmen geurteilt, dass die Lohnaufwendungen beim Vertrieb sich nicht in den gleichen ursächlichen Zusammenhang bringen lassen wie die bei der Fabrikation anfallenden Lohnaufwendungen (vgl. LOCHER/LOCHER, §8, II C, 3 Nr. 4).

⁸²⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(2) (S. 147) *m.w.H.*;

sind, welche auf die Erstellung der gleichen durch das Unternehmen auf dem Markt abgesetzten Leistung einwirken.⁸²⁶ Der Gesamtgewinn des Unternehmens müsste dabei anhand der arbeitsteiligen Ablaufstruktur in die Teilergebnisse der je gleichgerichteten Wertschöpfungsprozesse zerlegt werden.⁸²⁷

Allerdings werden sich auch innerhalb eines Wertschöpfungsstrangs verschiedene Prozesse ausgeführt, welche verschiedene Arten der Leistungserstellung und Nutzung von Produktionsfaktoren aufweisen. Die Anwendung eines Aufteilungsschlüssels wird diese Vielfalt der Wertschöpfungsprozesse nur ungenau im Abgrenzungsergebnis abbilden können. Die für eine zielführende Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode geforderte homogene Leistungserstellung wird entsprechend nur in seltenen Fällen gegeben sein. Auch die Limitierung auf einen Wertschöpfungsstrang mag die Ungenauigkeiten im Abgrenzungsergebnis nur mildern. Damit dennoch ein Abgrenzungsergebnis erreicht werden kann, welches den Einfluss der Konzerneinheiten auf die Leistungserstellung im Konzern darstellt, können Komponenten der Steuerbemessungsgrundlage vorab objektmässig ausgeschieden werden oder es kann ein Vorausanteil an gewisse Funktionsträger vorgesehen werden.

b. Berücksichtigung der Nutzung der Konzernausstattung

Die aufzuteilende Steuerbemessungsgrundlage stellt den konsolidierten Reingewinn des Konzerns dar. Es handelt sich um die Erträge aus dem Absatz der Leistungen des Konzerns auf dem Markt abzüglich der Aufwendungen, welche bei der Leistungserstellung entstanden sind. Bei Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode werden Ertrags- und Aufwandskomponenten indirekt

⁸²⁶ So auch OESTREICHER, 208 ff., welcher die Anwendung eines Aufteilungsschlüssels auf eine wirtschaftliche Einheit fordert. Diese wirtschaftliche Einheit besteht aus Aktivitäten, welche auf die Erstellung einer Leistung gerichtet sind. Auch die OECD anerkennt, dass gleichgerichtete, konzerninterne Transaktionen, welche im zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und am Markt gesamthaft abgesetzt werden, für die Verprobung von Verrechnungspreisen zusammengefasst werden dürfen (vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H.*). Dies entspricht der Zusammenfassung von Prozessen zu einzelnen Wertschöpfungssträngen, da auch hier die Prozesse in einer zeitlichen Abfolge unternommen werden und auf den Absatz einer spezifischen Leistung auf dem Markt gerichtet sind (wirtschaftlicher Zusammenhang). Bei Anwendung der geschäftsfallbezogenen Gewinnaufteilungsmethode (vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H.*), bei welcher diese Zusammenfassung in der Praxis häufig zu beobachten ist (vgl. FN 625), entspricht dies der Forderung nach der Anwendung eines Aufteilungsschlüssels auf einen Wertschöpfungsstrang.

⁸²⁷ Vgl. FN 665 *m.w.H.*

auf die Konzerneinheiten verteilt. Die verursachungsgerechte Gewinnaufteilung verlangt allerdings eine Zuteilung von Aufwendungen zu jener Konzerneinheit, welche die für die Entstehung der Aufwendung kausalen Geschäftsaktivitäten ausführt.⁸²⁸ Hinsichtlich der Nutzung der Konzernausstattung bedeutet dies, dass die Abgrenzungsmethode einer Konzerneinheit jene Aufwendungen zuzuordnen muss, welche dem Konzern aufgrund der Nutzung der Konzernausstattung für die Leistungserstellung durch die jeweilige Konzerneinheit entstanden sind. Es handelt sich dabei um Fremdkapitalzinsen, Mieten, Lizenzen sowie etwaige andere Nutzungsgebühren.⁸²⁹

Die Nutzung der Konzernausstattung durch eine Konzerneinheit soll durch die Grösse des wirtschaftlichen Eigentums wiedergegeben werden. Bei Anwendung eines Aufteilungsschlüssels, welcher auf dem wirtschaftlichen Eigentum der Konzerneinheiten an den Wirtschaftsgütern basiert, würde einer Konzerneinheit ein umso grösserer Anteil am steuerbaren Gewinn zugewiesen werden, je mehr Vermögenswerte sie für ihre Geschäftstätigkeit einsetzt. Dies setzt jedoch die gleiche Verzinsung pro eingesetzte Einheit der Vermögenswerte voraus, was in der Realität selten gegeben sein wird.

Für eine verursachungsgerechte Gewinnabgrenzung sollte deshalb der Finanzierungsaufwand für die Konzernausstattung separat vom steuerbaren Reingewinn auf die Konzerneinheiten aufgeteilt werden.⁸³⁰ Wie argumentiert, muss dem verbundene Unternehmen ein separater Haftungskreis und damit eine individuelle Kreditwürdigkeit zugeordnet werden. Die Kapitalstruktur und damit die Kapitalkosten variieren entsprechend zwischen den Konzerngesellschaften. Die Betriebsstätte besitzt hingegen immer die gleiche Kreditwürdigkeit wie das Einheitsunternehmen.

Für die Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen kann der Finanzierungsaufwand dementsprechend aufgrund eines Aufteilungsschlüssels, welcher die

⁸²⁸ Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112).

⁸²⁹ Bei den Kapitalkosten gelten lediglich Fremdkapitalzinsen als geschäftsmässig begründeter Aufwand und berechtigen deshalb zum Abzug für Gewinnsteuerzwecke. Kosten des Eigenkapitals sind mangels Erfolgswirksamkeit kein abzugsfähiger Aufwand und deshalb irrelevant für Gewinnabgrenzungszwecke. Nutzungsgebühren werden erfolgswirksam als Aufwand verbucht und sind deshalb im Rahmen der Gewinnabgrenzung auf die teilnehmenden Konzerneinheiten zu verteilen. Für die folgende Darstellung wird auf die Verlegung der Fremdkapitalzinsen fokussiert, da diese für das Untersuchungsobjekt des konzerninternen Treasury massgeblich sind (vgl. Abschnitt III.A.3 (S. 82) *m.w.H.*).

⁸³⁰ Die Finanzierungskosten, welche effektiv gegenüber Dritten geschuldet werden, können dabei auf den gemäss Abschnitt IV.D.3 (S. 178) konsolidierten Gewinn addiert werden.

Grösse des wirtschaftlichen Eigentums berücksichtigt, aufgeteilt werden. Zwischen verbundenen Unternehmen muss die quotenmässigen Abgrenzungsmethode modifiziert werden, damit der Realität der eigenen Haftungssphäre im Abgrenzungsergebnis Rechnung getragen wird. Denkbar wäre bspw. eine objektive Zuweisung der Kapitalkosten – separat von der restlichen konsolidierten Steuerbemessungsgrundlage. Dafür müsste allerdings der Gebrauch der Fremdfinanzierungsmittel nachvollzogen werden können. Ist dies nicht der Fall, kann lediglich eine quotale Aufteilung der Finanzierungskosten analog zu jener zur Betriebsstätte zur Anwendung gelangen.⁸³¹

c. Zuteilung eines Vorausanteils

Die Widrigkeiten der Abbildung der betriebswirtschaftlichen Realität, welche aus der Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode resultieren können, können auch durch die Zuteilung eines Vorausanteils an Konzerneinheiten korrigiert werden.⁸³² Der Vorausanteil soll die Konzerneinheit für ihre besondere Rolle bei der Wertschöpfung entlohnen. Entsprechend handelt es sich um eine Vorauszuweisung am positiven Unternehmensergebnis.⁸³³ Wie in Abschnitt IV.D.2.3⁸³⁴ argumentiert, kann den Konzerneinheiten nur das gleiche Vorzeichen im Rahmen der Gewinnabgrenzung zugewiesen werden.

Weiterhin handelt es sich beim Vorausanteil um eine Gewinnkomponente, welche unabhängig von der Anwendung des Abgrenzungsschlüssels zugewiesen wird. Der Vorausanteil kann demnach einem anderen betriebswirtschaftlichen

⁸³¹ Vgl. hinten Abschnitt VII.B.3.1 (S. 275) *m.w.H.*

⁸³² Die Korrektur der Gewinnaufteilung durch die Zuweisung des Vorausanteils ist sowohl beim Fremdvergleichsgrundsatz als auch im interkantonalen Steuerrecht bekannt bzw. gebräuchlich. Die OECD bewertet die Residualgewinnaufteilungsmethode als fremdvergleichskonform (OECD, TP-GL, N 2.121). Dabei wird den Routinefunktionen ein sicherer Gewinn anhand der geschäftsfallbezogenen Standardmethoden zugewiesen. Erst in einem zweiten Schritt wird der verbleibende Gewinn (bzw. Verlust) unter den Konzerneinheiten quotenmässig aufgeteilt. Im interkantonalen Steuerrecht wird durch das Präzipium bei der Gewinnabgrenzung im Einheitsunternehmen dem Stammhaus ein Vorausanteil als Quote am aufzuteilenden Gewinn zugewiesen, damit die Rolle des Stammhauses bei der Gewinnabgrenzung angemessen Berücksichtigung findet (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(3) (S. 157)).

⁸³³ Auch handelt es sich nicht um eine objektmässige Zuweisung. Es wird lediglich quotenmässig ein Teil der konsolidierten Steuerbemessungsgrundlage vorab an die Konzerneinheit ausgeschieden. Danach werden die ermittelten Quoten auf die Steuerbemessungsgrundlage angewandt. Die Quote der Konzerneinheit, welcher der Vorausanteil zugewiesen wurde, erhöht sich entsprechend um die Quote des Vorausanteils.

⁸³⁴ Vgl. S. 174.

Abgrenzungsmechanismus unterliegen als die Abgrenzung der restlichen Steuerbemessungsgrundlage. So kann den Besonderheiten des Beitrags einer Konzerneinheit aufgrund ihres Funktionsprofils im Abgrenzungsergebnis besser Rechnung getragen werden. Beispielsweise kann bei Abstellen auf die Lohnsumme bei der Aufteilung der Steuerbemessungsgrundlage einer Konzerneinheit, welche kapitalintensive Funktionen ausführt oder wertvolle Wirtschaftsgüter für die Leistungserstellung einsetzt, basierend auf ihren zu wirtschaftlichem Eigentum zugewiesenen Vermögenswerten ein Vorausanteil alloziert werden. Dieser Vorausanteil trägt dem Umstand Rechnung, dass der Beitrag der Konzerneinheit zur Leistungserstellung im Konzern nicht realitätsgetreu am Einsatz ihres Personals, sondern an den eingesetzten Wirtschaftsgütern gemessen werden kann.

Wie schon bei der Auswahl des Aufteilungsschlüssels muss auch bei der Beurteilung der Zuteilung eines Vorausanteils den Besonderheiten der Leistungserstellung der Steuerpflichtigen im Einzelfall Rechnung getragen werden. Eine pauschale Aussage bzgl. der Anwendung und Höhe eines Vorausanteils kann deshalb nicht gemacht werden.

4.3. Auswirkungen auf die Kapitalabgrenzungsmethode

Eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung weist einer Konzerneinheit jene Kapitalmenge zu, welche sie für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit benötigt.⁸³⁵ Wie dargestellt wurde, hat das Kapital sowohl eine Finanzierungsfunktion als auch eine Haftungsfunktion. Bei der Betriebsstätte kann sich der Aufteilungsschlüssel für die Kapitalabgrenzung auf die Finanzierungsfunktion beschränken, da die Betriebsstätte mangels eines selbständigen Haftungskreises keine Risiken übernehmen kann. Der Betriebsstätte wird die gleiche Kreditwürdigkeit wie dem Einheitsunternehmen unterstellt. Das Abstellen auf die zu wirtschaftlichem Eigentum zugeteilten Vermögenswerte für eine quotenmäßige Zuteilung des Kapitals ist im Einheitsunternehmen daher zielführend.

Bei verbundenen Unternehmen bedingt die fingierte selbständige Haftungssphäre hingegen, dass der Haftungsfunktion des Kapitals bei der Kapitalabgrenzung Rechnung getragen werden muss. Das zuzuweisende Kapital muss die Risiken des verbundenen Unternehmens adäquat mit Haftungssubstrat unterlegen, um so die Weiterführung der Geschäftstätigkeit auch bei Materialisierung des Risikos zu gewährleisten. Folgerichtig muss bei einem verbundenen Unternehmen die Eigenkapitalhöhe verprobt werden. Es kann mithin nicht

⁸³⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112).

zu einer Konsolidierung des steuerbaren Eigenkapitals und einer anschliessenden Aufteilung durch Anwendung eines Aufteilungsschlüssels kommen.⁸³⁶ Die Methode der Kapitalabgrenzung bei verbundenen Unternehmen muss dementsprechend ein aufgrund der Geschäftstätigkeit erforderliches Eigenkapital definieren.⁸³⁷

E. Synthese zur sachgemässen innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten

In diesem Abschnitt sollen die in den letzten Abschnitten angeführten Argumente zu einer Synthese zusammengeführt werden. Ziel ist es, eine sachgemässe innerschweizerische Gewinn- und Kapitalabgrenzung für Betriebsstätten und verbundene Unternehmen zu finden. Diese Synthese soll sodann – in den Abschnitten VI⁸³⁸ und VII⁸³⁹ – an der Funktion des konzerninternen Treasury einer Bank getestet werden.

Eine sachgemässe Gewinn- und Kapitalabgrenzung kommt zu einem Abgrenzungsergebnis, welches die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung im Konzern wiedergibt.⁸⁴⁰ Die zivil- und steuerrechtlichen Eigenschaften der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens unterscheiden sich aufgrund des Trennungsprinzips. Es wurde jedoch festgestellt, dass diese divergierenden Eigenschaften nicht in der betriebswirtschaftlichen Realität aufgehen. So besitzen weder die Betriebsstätte noch das verbundene Unternehmen faktisch eine eigenständige Haftungssphäre. Entsprechend ist aufgrund der wirtschaftlichen Realität eine Angleichung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen geboten.⁸⁴¹ Dem verbundenen Unternehmen muss jedoch aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzips ein eigenständiger Haftungskreis zugeordnet werden. Dieser Unterschied sollte sich auch in der Anwendung der Abgrenzungsmethode widerspiegeln.

Sowohl die Abgrenzung nach dem Fremdvergleichsprinzip als auch die globale, formelhafte Gewinnaufteilung gemäss der Theorie der Einheit des Unternehmens kommen nicht ohne Defizite in ihrer Anwendung aus. Die Konzerneinheiten sind aufgrund der Beteiligungsverhältnisse und der dadurch

⁸³⁶ Vgl. Abschnitt IV.D.3.3.b (S. 182) *m.w.H.*

⁸³⁷ Vgl. hinten Abschnitt VI.C.2.3 (S. 240) *m.w.H.*

⁸³⁸ Vgl. S. 213.

⁸³⁹ Vgl. S. 265.

⁸⁴⁰ Vgl. Abschnitt IV.D.1 (S. 163) *m.w.H.*

⁸⁴¹ Vgl. Abschnitt IV.D.2.4 (S. 177) *m.w.H.*

entstehenden hierarchischen Willensbildung wirtschaftlich von den Anteilseignern der Obergesellschaft abhängig. Die Leistungserstellung im Konzern ist konzertiert auf die Erreichung des Konzernzwecks ausgerichtet. Der Theorie der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens ist deshalb der Vorzug zu geben. Um den Beitrag jeder Konzerneinheit an der Wertschöpfung des Unternehmens im Abgrenzungsergebnis abzubilden, soll folgerichtig die quotenmässige Abgrenzungsmethode angewandt werden. Aufgrund der Unschärfen, welche eine formelhafte Gewinnaufteilung mit sich bringt, unterliegt die Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode sowohl bei der Kapital- als auch bei der Gewinnabgrenzung gewissen Modifikationen. Die modifizierte quotenmässige Abgrenzungsmethode soll dabei die Besonderheiten des verbundenen Unternehmens im Abgrenzungsergebnis abbilden und die durch die Anwendung des Aufteilungsschlüssels entstehenden Unschärfen mildern.

Für die Gewinnabgrenzung beschränkt sich die Anwendung eines Abgrenzungsschlüssels zunächst auf eine Wertschöpfungskette. So kann das Abgrenzungsergebnis die heterogene Leistungserstellung im Konzern abbilden und es können Unschärfen aufgrund der pauschalen Anwendung eines Aufteilungsschlüssels verhindert werden.⁸⁴² Für die Erreichung des Konzernzwecks steht den Konzerneinheiten eine Konzernausstattung bestehend aus Wirtschaftsgütern und Finanzierungsmitteln zur Verfügung.⁸⁴³ Aus der These der Konzernausstattung ergeben sich für die Gewinn- und Kapitalabgrenzung verschiedene Konsequenzen. Für die Nutzung der Konzernausstattung dürfen der nutzenden Konzerneinheit nur die Aufwendungen, welche mit der genutzten Konzernausstattung in Zusammenhang stehen, verrechnet werden. Für eine verursachungsgerechte Aufteilung des Konzernergebnisses werden diese Aufwandspositionen der Konzerneinheit im besten Fall separat zum restlichen Geschäftsergebnis zugeordnet. Im Einheitsunternehmen können diese Kosten der Konzernausstattung anhand der Nutzung der Vermögenswerte zugeordnet werden. Zwischen verbundenen Unternehmen findet die Allokation der Kosten der Konzernausstattung bestenfalls objektmässig statt.⁸⁴⁴ Bei positivem Unternehmensergebnis muss ein allfälliger Aufwandsüberschuss von den anderen an der Leistungserstellung teilnehmenden Konzerneinheiten, welchen ein positives Ergebnis zugeordnet wurde, kompensiert werden. Die Zuweisung eines unterschiedlichen Vorzeichens ist aufgrund der gemeinsamen Verfolgung des Konzernzwecks ausgeschlossen.⁸⁴⁵

⁸⁴² Vgl. Abschnitt IV.D.4.2.a (S. 186) *m.w.H.*

⁸⁴³ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

⁸⁴⁴ Vgl. Abschnitt IV.D.4.2.b (S. 188) *m.w.H.*

⁸⁴⁵ Vgl. Abschnitt IV.D.2.3 (S. 174) *m.w.H.*

Bei der Kapitalabgrenzung bewirkt die These der Konzernausstattung, dass den Konzerneinheiten zu Abgrenzungszwecken das wirtschaftliche Eigentum an den genutzten Vermögenswerten zugeordnet werden muss.⁸⁴⁶ Für die Abbildung der Finanzierungs- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals muss die Zuordnung der Steuerbemessungsgrundlage aufgrund der Grösse des wirtschaftlichen Eigentums vorgenommen werden. D.h., das Kapital muss anhand einer Quote der zu wirtschaftlichem Eigentum zugeordneten Vermögenswerte zu den gesamten Vermögenswerten des Konzerns ausgeschieden werden. Das Trennungsprinzip im Steuerrecht bewirkt jedoch bei der Kapitalabgrenzung, dass es zu keiner quotalen Umlegung des konsolidierten Eigenkapitals zwischen verbundenen Unternehmen kommen kann. Vielmehr muss die Kapitalstruktur des verbundenen Unternehmens mit Blick auf die Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit verprobt werden.⁸⁴⁷

Modifikationen in der Anwendung einer Abgrenzungsmethode bergen immer die Gefahr einer Doppelbesteuerung bzw. doppelten Nichtbesteuerung oder führen zu übermässigem Administrativaufwand für die Steuerpflichtigen und Steuerverwaltungen. Diese Defizite widersprechen den in Abschnitt IV.C.1⁸⁴⁸ diskutierten Anforderungen an die Abgrenzungsmethode. Es gilt deshalb, die identifizierten Schwachstellen der modifizierten quotenmässigen Abgrenzungsmethode im innerschweizerischen Kontext zu bewerten und Lösungsansätze zu deren Milderung zu finden.

Das StHG harmonisiert die kantonalen Normen zur Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage für die kantonalen Gewinn- und Kapitalsteuern. Aufgrund der Qualität des StHG als Rahmengesetz sind die kantonalen Regelungen nicht vollumfänglich einheitlich.⁸⁴⁹ Deshalb soll den kantonalen Steuerhoheiten – wie bereits im interkantonalen Steuerrecht angewendet – eine Quote zugewiesen werden, welche diese auf die nach ihrem kantonalen Steuergesetz ermittelte Steuerbemessungsgrundlage anwenden können. So können Konflikte mit den Gewinn- und Kapitalermittlungsnormen vermieden werden. Auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft kann ferner aufgrund der letztinstanzlichen Rechtssprechungsbefugnis des BGer über die Einhaltung des verfassungsgemässen Doppelbesteuerungsverbots eine einheitliche Anwendung der modifizierten quotenmässigen Abgrenzungsmethode gewährleistet werden.⁸⁵⁰ Durch diese einheitliche Anwendung der Abgrenzungsregeln kann eine Doppelbesteuerung

⁸⁴⁶ Vgl. Abschnitt IV.D.4.3 (S. 191) *m.w.H.*

⁸⁴⁷ Vgl. Abschnitt VI.A (S. 213) *m.w.H.*

⁸⁴⁸ Vgl. S. 112.

⁸⁴⁹ Vgl. FN 820 *m.w.H.*

⁸⁵⁰ Vgl. Abschnitt IV.B.2.2 (S. 105) *m.w.H. auf die Anwendbarkeit des verfassungsmässigen Doppelbesteuerungsverbots auf verbundene Unternehmen.*

und doppelte Nichtbesteuerung vermieden werden. Ausserdem kann ein gewisses Mass an Rechtssicherheit für die Steuerpflichtigen sichergestellt werden. Die Umsetzung der modifizierten quotenmässigen Abgrenzungsmethode auf dem Gebiet der Schweiz⁸⁵¹ wird zudem durch die Besonderheiten der Eidgenossenschaft als integrierter Wirtschaftsraum erleichtert.⁸⁵²

Die Umsetzung der modifizierten quotenmässigen Abgrenzungsmethode wird in dieser Arbeit hinsichtlich der Rolle des konzerninternen Treasury für das Zinsdifferenz- und Vermögensverwaltungsgeschäft bei Banken beurteilt. Es gilt zu analysieren, ob die dargestellte Vorgehensweise zur Gewinn- und Kapitalabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis auch zu einem gemäss den in Abschnitt IV.C.1⁸⁵³ formulierten Anforderungen sachgemässen Abgrenzungsergebnis gelangt. Dabei spielt die Frage nach der Vorgehensweise zur Ermittlung des Beitrags einer Konzerneinheit an der Erwirtschaftung des Unternehmensgewinns eine entscheidende Rolle. Dieser Frage widmet sich die folgende Betrachtung.

⁸⁵¹ Vgl. Abschnitt IV.D.3.2 (S. 179) *m.w.H. auf den territorialen Konsolidierungskreis*.

⁸⁵² Das Gebiet der Eidgenossenschaft gilt als Zollunion bzw. Binnenmarkt (VALLENDER/BEUSCH, SGK-BV, Art. 133 N 1 sowie 12). Zollabgaben werden auf Bundesebene und nur für den die Schweizer Aussengrenzen überschreitenden Warenverkehr erhoben. Bei der Erhebung der Zollabgaben (vgl. Art. 133 BV) handelt es sich um eine umfassende, ausschliessliche Kompetenz des Bundes (VALLENDER/BEUSCH, SGK-BV, Art. 133 N 12). Gleiches gilt auch für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, welcher ggf. der Bezugssteuer nach Art. 45 ff. MWStG unterliegt. Die Bezugssteuer findet nur auf den die Schweizer Aussengrenzen überschreitenden Dienstleistungsverkehr bei Verbrauch der Leistung im Inland Anwendung. Auch die Gesetzgebungskompetenz für die privatrechtliche Gesetzgebung liegt beim Bund (vgl. Art. 122 Abs. 1 BV). Die BV weist dem Bund eine umfassende, derogative Kompetenz zum Erlass der Privatrechtsordnung zu. Da der Bund von dieser Kompetenz hinsichtlich der Handelsrechtsordnung (Gesellschaftsrecht sowie Rechnungslegungsrecht) Gebrauch gemacht hat, steht den Kantonen nur noch in wenigen Einzelfragen des Handelsrechts Gesetzgebungskompetenz zu (LEUENBERGER, SGK-BV, Art. 122 N 4). Es gelten somit einheitliche Gesellschaftsrechts- und Rechnungslegungsnormen in der gesamten Schweiz.

⁸⁵³ Vgl. S. 112.

V. Die wertorientierte Unternehmensanalyse als Ausgangslage für die innerschweizerische Kapital- und Gewinnausscheidung

A. Die verursachungsgerechte Verteilung des Steuersubstrats

1. *Der Wertbeitrag einer Konzerneinheit als Grundlage der verursachungsgerechten Allokation des Reingewinns*

In Abschnitt IV.C.1⁸⁵⁴ wurden die Anforderungen an die Abgrenzungsmethode definiert. Die Abgrenzungsmethode muss dabei das Steuersubstrat verursachungsgerecht auf die kantonalen Steuerhoheiten aufteilen, zu denen das Unternehmen eine persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit nach Art. 20 oder 21 StHG begründet. Mit Hilfe einer funktionellen und substanzorientierten Betrachtungsweise soll dafür der Anteil ermittelt werden, welchen eine Konzerneinheit zur Leistungserstellung eines Unternehmens beiträgt. Das Ergebnis der Leistungserstellung ist jener Konzerneinheit zuzuweisen, welche die für die für die Erwirtschaftung dieses Ergebnisses massgeblichen Aktivitäten ausgeführt hat.⁸⁵⁵ Die Ergebnisabgrenzung hat sich damit an der ökonomischen Realität der Leistungserstellung im Unternehmen zu orientieren. Entsprechend müssen die Aufwendungen, welche für die Erwirtschaftung eines Ertrages verursacht wurden, der den Ertrag erwirtschaftenden und damit die Aufwendung verursachenden Konzerneinheit zugewiesen werden. Weiterhin sollen Wirtschaftsgüter jener Konzerneinheit alloziert werden, welcher das jeweilige Wirtschaftsgut zur Erwirtschaftung von Ertrag dient.⁸⁵⁶ Diese Zuteilung macht deutlich, dass das Abgrenzungsergebnis die Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerneinheit abbilden soll.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ Vgl. S. 112.

⁸⁵⁵ Ein Ertrag soll jener Konzerneinheit zugewiesen werden, welche diesen Ertrag erwirtschaftet hat. Dafür ist ein aktives Handeln der Konzerneinheit notwendig, welches im kausalen Zusammenhang mit der Erzielung des Ertrages steht (vgl. HAISS, 39 *m.w.H.*; WASSERMAYER, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 1.31).

⁸⁵⁶ Vgl. HAISS, 39; FROITZHEIM, 175 f.

⁸⁵⁷ Damit kann nicht nur das Äquivalenzprinzip umgesetzt werden, sondern auch dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprochen und zu einem nachvollziehbaren und willkürfreien Ergebnis gelangt werden (HAISS, 29). Ob die aufgrund der Abgrenzungsmethode ermittelte Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerneinheit die Leistungsfähigkeit einer rechtlich selbständigen und wirtschaftlich

Der Beitrag einer Konzerneinheit zur Wertschöpfung des gesamten Unternehmens wird als Wertbeitrag bezeichnet. Aus steuerlicher Sicht handelt es sich beim Wertbeitrag um den Profitbeitrag einer Aktivität und damit um den Beitrag der Aktivität zur Generierung des steuerbaren Reingewinns.⁸⁵⁸ Der Wertbeitrag wird durch Wertschöpfungsprozesse erbracht. Diese Wertschöpfungsprozesse bestehen aus Funktionen. Eine Funktion bezeichnet einen Aufgabenbereich innerhalb der Leistungserstellung des Unternehmens.⁸⁵⁹ Sie besteht aus verschiedenen Aktivitäten, welche Produktionsfaktoren einsetzen und verarbeiten und so zur Wertschöpfung des Unternehmens beitragen.⁸⁶⁰ Einer Konzerneinheit kann deshalb aufgrund der von ihr ausgeübten Aktivitäten ein Anteil am von der Gesamtunternehmung erwirtschafteten Gewinn zugeordnet werden. Die ausgeübten Aktivitäten werden daran beurteilt, wie gross ihr Wertbeitrag für die Wertschöpfung des Gesamtunternehmens ist. Es handelt sich dabei um die sog. werttreibende Qualität der jeweiligen Aktivität.

Die von der Konzerneinheit ausgeübten unternehmerischen Funktionen können anhand ihres Gewinnpotentials in zwei verschiedene Kategorien eingeordnet werden. Routinefunktionen sind dabei Aktivitäten, welche sich durch geringe werttreibende Kraft auszeichnen und deshalb ein schwaches Gewinnpotential beinhalten. Ihr Anteil an der Generierung des steuerbaren Gewinns ist deshalb gering und berechtigt sie lediglich zu einem kleinen Anteil am steuerbaren Reingewinn.⁸⁶¹ Auf der anderen Seite werden Funktionen, welche eine hohe werttreibende Qualität besitzen, als Strategieträger bezeichnet.⁸⁶² Diese Aktivitäten beeinflussen die Höhe des durch die unternehmerische Leistungserstellung erzielten Gewinns signifikant. Der diesen Aufgabenbereich ausübenden Konzerneinheit muss ein hoher Anteil am durch die Leistungserstellung erwirtschafteten Gewinn zugesprochen werden.

vom Konzern unabhängigen Rechtseinheit abbilden soll, wurde in Abschnitt IV.D (S. 163) allgemein beurteilt. Diese Fragestellung wirkt sich wesentlich auf die anzuwendende Abgrenzungsmethode aus.

⁸⁵⁸ VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.10. Es existieren verschiedene Wertbegriffe (vgl. hierzu BRUHN/STAUSS, in: BRUHN/STAUSS, Wertschöpfungsprozesse, 5 f. sowie VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.9 m.w.H.). Vgl. auch FN 44.

⁸⁵⁹ Der Begriff der «Funktion» ist nicht einheitlich definiert. Er wird in der Betriebswirtschaft mehrheitlich als Teilbereich betrieblicher Aufgaben bezeichnet. Dieser Teilbereich beinhaltet entsprechend mehrere Teilaufgaben, welche vom Ziel des Unternehmens abhängen (vgl. BUCHHOLZ, 133).

⁸⁶⁰ Vgl. Abschnitt II.A.3.1 (S. 13) m.w.H.

⁸⁶¹ VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.15.

⁸⁶² BITTNER, in: DAWID, Verrechnungspreise, 121.

Die Qualität der zentralen Werttreiber einer Wertschöpfungskette unterscheidet sich je nach Branche und Geschäftsmodell. Es gilt deshalb, die jeweiligen Werttreiber des konkreten Einzelfalls aufgrund der betriebswirtschaftlichen Begebenheiten zu analysieren. Ziel ist es dabei, die Funktionen in Routinefunktionen und Nicht-Routinefunktionen bzw. Strategieträger aufzuteilen.⁸⁶³ Im Folgenden wird diskutiert, wie diese Analyse der Leistungserstellung am besten durchgeführt werden kann. Dabei wird das Mittel der Funktionsanalyse als sachgemäss bewertet.

2. *Die Funktionsanalyse als sachgemässes Mittel zur Quantifizierung der Wertbeiträge der Konzerneinheiten*

Für eine verursachungsgerechte Gewinn- und Kapitalabgrenzung gilt es somit, die von einer Konzerneinheit ausgeführten Funktionen innerhalb der Leistungserstellung des Bankkonzerns zu identifizieren. Für die Gewinnabgrenzung müssen diese Funktionen anhand ihres Wertbeitrags für die Generierung des Unternehmenserfolgs der Bank bewertet werden. Je höher der Wertbeitrag der von der Konzerneinheit ausgeführten Funktion, desto höher muss der Anteil am Gewinn sein, welcher dieser Konzerneinheit verursachungsgerecht alloziert wird.⁸⁶⁴ Die Funktionsanalyse soll die von einer Konzerneinheit ausgeführten Funktionen identifizieren und sie anhand ihrer werttreibenden Qualität bewerten.⁸⁶⁵ Weiterhin muss die wertschöpfende Eigenschaft der Aktivität an sich beurteilt werden. Dabei steht die erfolgskritische Qualität der spezifischen Aktivität für das konkrete Geschäftsmodell und damit für die Erwirtschaftung des Gewinns im Vordergrund.⁸⁶⁶

⁸⁶³ VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.31; BITTNER, in: DAWID, Verrechnungspreise, 121.

⁸⁶⁴ Es wird dabei ein positiver Zusammenhang zwischen der Ausübung der Funktion und der erwarteten Rendite aus der Leistungserstellung unterstellt. Die Ausübung einer Funktion muss dabei nicht zwangsläufig zur Generierung eines Erfolgs beitragen (vgl. BITTNER, in: DAWID, Verrechnungspreise, 113 f. *m.w.H.*).

⁸⁶⁵ Ziel der Funktionsanalyse ist es, die Wertschöpfungsprozesse systematisch in Routine- und Nicht-Routinefunktionen mit hoher werttreibender Qualität zu unterteilen. Auf diese Weise können die wichtigsten Werttreiber identifiziert und bewertet werden (VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.31).

⁸⁶⁶ OECD, TP-GL, N 1.43. Das Abstellen auf die Funktionsanalyse bedingt dabei in keinem Fall, dass der Fremdvergleichsgrundsatz anzuwenden ist. Aufgrund der Funktionsanalyse kann der Gewinnbeitrag einer Konzerneinheit aufgrund ihrer Funktion im Verhältnis zum gesamten Reingewinn des Unternehmens ermittelt werden. Dabei

Für die Kapitalabgrenzung muss das verursachungsgerechte Abgrenzungsergebnis der Konzerneinheit jene Menge an Eigenkapital zuordnen, welche sie zur Ausübung ihrer Funktionen benötigt. Das Eigenkapital gilt als Produktionsfaktor im Bankgeschäft. Diese Eigenschaft ergibt sich aus der Finanzierungsfunktion sowie der verlustabsorbierenden Qualität des Eigenkapitals. Innerhalb der Finanzierungsfunktion dient das Eigenkapital zusammen mit dem Fremdkapital der Finanzierung der Vermögenswerte eines Unternehmens. Als verlustabsorbierendes Haftungssubstrat dient das Kapital der Unterlegung der von einem Unternehmen in seine Haftungssphäre übernommenen Risiken. Für eine verursachungsgerechte Allokation des Kapitals müssen folgerichtig die Vermögenswerte der Konzerneinheit und die von dieser im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit übernommenen Risiken ermittelt werden. Wie oben dargestellt können diese beiden Grössen mit Hilfe der Funktionsanalyse ermittelt werden.⁸⁶⁷ Die Funktionsanalyse ist damit auch für die innerschweizerische Kapitalallokation massgeblich.

3. *Die Werttreiber im Geschäftsmodell der Universalbank*

Das in Abschnitt II.A.1⁸⁶⁸ dargestellte Geschäftsmodell der Universalbank verdeutlicht, dass der Mehrwert aus dem klassischen Bankgeschäft in der Aufnahme sowie der Weitergabe von Geld besteht. Die Weitergabe von Geld muss mit Einlagen oder anderen Finanzierungsmitteln gegenfinanziert werden. Folgerichtig stellen Finanzierungsmittel für die Leistungserstellung der Bank einen wichtigen Produktionsfaktor dar. Der Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft der Bank ist zudem von der Marge zwischen dem Soll- und Habenzins abhängig.⁸⁶⁹ Das Bewirtschaften der Finanzierungskosten ist folgerichtig ein entscheidender Werttreiber für das klassische Zinsdifferenzgeschäft. Durch die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Konzern kann die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft optimiert werden. Des Weiteren kommt dem

muss der Konzerneinheit keine rechtliche Selbständigkeit oder wirtschaftliche Unabhängigkeit unterstellt werden (VÖGELE/VÖGELE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N V.21 f.).

⁸⁶⁷ Vgl. Abschnitt V.A.2 (S. 199) *m.w.H.* Während sich bei verbundenen Unternehmen die Ausstattung mit Wirtschaftsgütern bereits aus der Bilanz der selbständigen Konzerngesellschaft ergibt, muss bei Betriebsstätten mangels eigenständiger Vermögenssphäre eine Zuordnung der Vermögenswerte vorgenommen werden. (vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H. zur Allokation der Vermögenswerte im Einheitsunternehmen*).

⁸⁶⁸ Vgl. S. 7.

⁸⁶⁹ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H.*

Eigenkapital verlustabsorbierende Wirkung zu.⁸⁷⁰ Die Eigenkapitalausstattung bestimmt die Kreditwürdigkeit des Finanzinstituts sowie die Einlagensicherheit und ist deshalb für das Vertrauen der Einleger entscheidend.⁸⁷¹ Die optimale Strukturierung der Finanzierungsquellen der Bank sowie die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Bankkonzern sind werttreibende Funktionen im klassischen Bankgeschäft. Diese Funktionen der Finanzierung des Bankgeschäfts sowie des Transfers der Finanzierungsmittel werden im Folgenden unter dem Begriff der Finanzierungsfunktion zusammengefasst.

In Abschnitt II.B.3⁸⁷² wurde bereits die Rolle der bankspezifischen Risiken als Produktionsfaktoren im Geschäftsmodell der Bank dargestellt.⁸⁷³ Daraus ergibt sich die wertschöpfende Rolle des Risikomanagements für die Leistungserstellung der Universalbank. Die Bank muss die übernommenen Risiken adäquat bewirtschaften, damit das Renditepotential aus der Übernahme der Risiken realisiert werden kann.⁸⁷⁴ Das Risikomanagement der Bank kann folgerichtig als Werttreiber des Bankgeschäfts bewertet werden, da sich die Qualität des Risikomanagements entscheidend auf den unternehmerischen Erfolg der Bank auswirkt.⁸⁷⁵ Aufgrund der Tatsache, dass das Eingehen von Risiken einen grossen Teil des Erfolgspotentials der Bank darstellt, sind die Identifikation, Bewertung und Einpreisung des Risikos sowie die Risikosteuerung⁸⁷⁶ die Funktionen mit

⁸⁷⁰ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52) *m.w.H. zur verlustabsorbierenden Wirkung des Eigenkapitals.*

⁸⁷¹ Die Kapitalausstattung der Bank dient dabei auch der Erfüllung der regulatorischen Eigenmittelanforderungen und berechtigt die Bank damit zur Ausübung des Bankgeschäfts gemäss BankG.

⁸⁷² Vgl. S. 43.

⁸⁷³ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) sowie Abschnitt II.B.1 (S. 34) *m.w.H. zu den Risiken als Produktionsfaktor im Geschäftsmodell der Bank.* Die Banken nehmen auf dem Kapitalmarkt volkswirtschaftlich wichtige Transformationsfunktionen wahr. Aus diesen Transformationsfunktionen resultieren die bankspezifischen Risiken (vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7)).

⁸⁷⁴ Die Kunden vergüten den aufgrund der Transformationsfunktionen entstehenden Mehrwert mit der Differenz zwischen Kredit- und Einlagenzins. Dabei verrechnet die Bank auch Risikoprämien für erwartete Risiken. Bei einer Verhinderung der Materialisierung der erwarteten Risiken durch eine geeignete Steuerung der Risiken, kann die Risikoprämie als Gewinn der Bank verbucht werden (vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34); BUCHHOLZ, 97). Die Materialisierung von unerwarteten Risiken wirkt sich nicht nur negativ auf die Ertragslage der Bank aus, sondern kann die Vermögens- und Liquiditätslage des Instituts empfindlich beeinflussen und den Fortbestand der Geschäftstätigkeit gefährden (vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34) *m.w.H.*).

⁸⁷⁵ Vgl. auch Abschnitt II.B.3 (S. 43) *m.w.H. zur Funktion des Risikomanagements für das Geschäftsmodell der Bank.*

⁸⁷⁶ Vgl. Abschnitt II.B.3 (S. 43) *für eine Definition des Begriffs der Risikosteuerung.*

der höchsten werttreibenden Qualität im Risikomanagement.⁸⁷⁷ Das Renditepotential betrifft zunächst die erwarteten Risiken⁸⁷⁸, welche dem Kunden in Form einer Risikoprämie verrechnet werden.⁸⁷⁹ Für die Realisierung dieser Risikoprämie müssen die von der Bank übernommenen Risiken identifiziert, bewertet und in den Finanzkontrakt eingepreist werden. Nur so können die Kosten der Transformationsfunktionen der Bank auf den Kunden übertragen und die Bank für die Ausführung entsprechend entlohnt werden. Durch eine gelungene Steuerung dieser Risiken kann die dem Kunden verrechnete Risikoprämie als Geschäftsprofit realisiert werden. Die Risikosteuerung übernimmt die Bewirtschaftung der bereits in die Haftungssphäre der Bank übernommenen Risiken und trägt so zur Realisierung des aus der Übernahme der Risiken resultierenden Erfolgspotentials bei.⁸⁸⁰ Auch unerwartete Risiken müssen von der Bank gesteuert werden. Eine effektive Steuerung der unerwarteten Risiken kann die Kapitalkosten verringern und die Gewinnmarge aus dem Bankgeschäft erhöhen.⁸⁸¹ Entsprechend handelt es sich auch bei der Bewirtschaftung von unerwarteten Risiken um eine indirekt werttreibende Aktivität.

Zudem ist das Bankgeschäft ein vertrauensintensives Geschäft.⁸⁸² Dies schlägt sich nicht nur in der Wichtigkeit der Kreditwürdigkeit des Bankinstituts nieder, sondern auch in der Rolle der Beratung und der Kundenbeziehung für das Bankgeschäft. Die Leistungserstellung ist kundenorientiert und kann mithin erst durch Mitwirkung des Kunden fertiggestellt werden.⁸⁸³ Konsequenterweise stellt die Beratungsleistung eine Vertriebs- und Produktionsfunktion dar.

⁸⁷⁷ Das bloße Aufnehmen und Tragen des Risikos innerhalb der Haftungssphäre des Bankinstituts ist noch nicht erfolgskritisch, weil die Marge aus der Risikotragung damit noch nicht realisiert wurde (BUCHHOLZ, 141).

⁸⁷⁸ Vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34) für die Definition von erwarteten und unerwarteten Verlusten.

⁸⁷⁹ Vgl. FN 149.

⁸⁸⁰ Die Identifikation, Analyse sowie Bewertung des Risikos sowie die Risikoüberwachung stellen auch wichtige Funktionen für das Bankgeschäft dar. Da sie aber nicht das Renditepotential der übernommenen Risiken aktiv bewirtschaften, kann ihnen keine direkte werttreibende Qualität unterstellt werden. Es handelt sich mehr um Routinefunktionen, welche die Materialisierung der Risiken verhindern sollen, nicht aber unbedingt das Erfolgspotential der Risiken unterstützen. Sie fokussieren damit auf die Verhinderung der negativen Aspekte der Aufnahme von Risiken.

⁸⁸¹ Die Risikosteuerung kann die Wahrscheinlichkeit, dass unerwartete Risiken eintreten, sowie die Verlusthöhe bei Eintritt des Risikos vermindern. Risikomindernde Massnahmen reduzieren die Grösse der RWA und damit die Höhe der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel (vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H.*).

⁸⁸² Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.*

⁸⁸³ Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.* zur Rolle der Beratung und Kundenbeziehung für die Leistungserstellung der Bank.

Die Wichtigkeit dieser kundenbezogenen Funktionen hängt dabei entscheidend vom Standardisierungsgrad der Bankleistung ab. Bei hochstandardisierten Leistungen spielen diese kundenbezogenen Funktionen eine untergeordnete Rolle und können nicht als Werttreiber bezeichnet werden. V.a. in der Wertschöpfungskette «Zahlen»⁸⁸⁴ sowie beim klassischen Bankgeschäft des Retail Banking⁸⁸⁵ ist die Beratung und Kundenbeziehung eine Routinefunktion.⁸⁸⁶ Dahingegen spielen diese Funktionen bei der Vermögensverwaltung – v.a. bei vermögenden Privatpersonen – eine herausragende Rolle. Sie können deshalb als Werttreiber des Vermögensverwaltungsgeschäfts bezeichnet werden.

Bei hochstandardisierten Leistungen der Universalbank steht die Informationstechnologie im Vordergrund der Wertschöpfung. Es geht dabei um die sichere und effiziente Aufbereitung und Verarbeitung von Informationen aufgrund von technologischen Systemen. Diese dienen innerhalb der Wertschöpfung der Universalbank hauptsächlich den transaktionsbezogenen Abwicklungsprozessen. Sie erlauben der Bank eine arbeitsteilige Leistungserstellung in örtlich getrennten Organisationseinheiten.⁸⁸⁷ Sichere IT-Systeme können die Bank dabei vor operationellen Risiken schützen und die Leistungserstellung effizienter und kostengünstiger gestalten. Ausserdem stellen sie in Form von Applikationen und technologischen Werkzeugen einen Mehrwert für den Kunden dar. Die werttreibende Funktion der Informationstechnologie bei Banken verleiht der Funktion der Entwicklung neuer, verbesserter IT-Lösungen sowie der ständigen Überprüfung der bestehenden IT-Infrastruktur eine wichtige Rolle im Rahmen der Leistungserstellung der Bank.

Im Lichte der identifizierten Werttreiber des Bankgeschäfts wird nun die werttreibende Qualität der Treasury-Funktion analysiert.

⁸⁸⁴ Vgl. Abschnitt II.A.3.3.c (S. 27) *m.w.H.*

⁸⁸⁵ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) für eine Definition des Begriffs Retail Banking.

⁸⁸⁶ Vgl. FN 27 sowie 70 *m.w.H.*

⁸⁸⁷ BUCHHOLZ, 58.

B. Analyse der Treasury-Funktion hinsichtlich ihres Wertbeitrags bei der Leistungserstellung der Universalbank

1. Die Treasury-Funktion als wertschöpfungskettenübergreifende Funktion innerhalb der Universalbank

Die Treasury-Einheit übernimmt die in Abschnitt V.A.3⁸⁸⁸ als wertschöpfend identifizierte Finanzierungsfunktion. Sie strukturiert die Finanzierungsquellen der Passivseite der Bankbilanz und wirkt auf eine effiziente Verteilung der Finanzierungsquellen im Bankkonzern hin. Damit verbindet sie die Wertschöpfungsketten miteinander und ermöglicht die Leistungserstellung im Bankkonzern. Sie wirkt auf einen effizienten Gebrauch der Finanzierungsmittel bei der banklichen Leistungserstellung hin und kann so die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft sichern bzw. erhöhen.⁸⁸⁹

Weiterhin führt die Treasury-Einheit durch die Bewirtschaftung der Bankbilanz die Steuerung des Liquiditäts- und Zinsänderungsrisikos aus.⁸⁹⁰ Auch die Funktion der Risikosteuerung wurde als werttreibend für das Bankgeschäft identifiziert. Die Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiken entstehen aufgrund der Inkongruenzen zwischen den Aktiven- und Passivenpositionen der Bankbilanz und wirken sich auf den Erfolg aus der Leistungserstellung aller Wertschöpfungsketten aus. Die Funktion des Treasury hat folgerichtig werttreibende Qualität für alle drei Wertschöpfungsketten.

Die Rolle der Treasury-Funktion innerhalb der Leistungserstellung der einzelnen Wertschöpfungsketten wird im Folgenden beleuchtet.

2. Der Wertbeitrag der einzelnen Konzerneinheiten sowie die Rolle der Treasury-Funktion innerhalb der Leistungserstellung der einzelnen Wertschöpfungsketten

2.1. Die Vorkombination

Wie in Abschnitt II.A.3.2⁸⁹¹ dargestellt, können die Prozesse einer Wertschöpfungskette in Vorkombinations- und Endkombinationsprozesse untergliedert

⁸⁸⁸ Vgl. S. 200.

⁸⁸⁹ Vgl. Abschnitt III.A.3 (S. 82) *m.w.H.*

⁸⁹⁰ Vgl. Abschnitt III.A.3.2 (S. 83) *sowie* III.A.4 (S. 85) *m.w.H.*

⁸⁹¹ Vgl. S. 14.

werden. Da die Produktion erst mit Beginn der Endkombinationsphase beginnt, unterscheiden sich nur diese Prozesse pro Wertschöpfungskette. Im Folgenden werden deshalb die Vorkombinationsprozesse zusammengefasst für alle identifizierten Wertschöpfungsketten nach ihrem Wertbeitrag beurteilt:

Die Prozesse der Vorkombination⁸⁹², welche die Leistungsbereitschaft der Bank aufgrund von Produktentwicklung und Finanzanalyse-Funktionen herstellen, unterstützen die anderen Konzerneinheiten bei der Leistungserstellung. Sie stellen sicher, dass die Bank jederzeit dem Kunden einen Mehrwert aus den Bankleistungen generieren kann und sichern dabei eine Ziel-Marge aus den Transaktionsprozessen ab. Aufgrund ihrer vorbereitenden und unterstützenden Funktion kann den Funktionen der Vorkombination der Charakter von Routinefunktionen zugewiesen werden. Unter den Vorkombinationsprozess «Produktentwicklung» wird in dieser Arbeit auch die Entwicklung neuer, innovativer Informationstechnologie verstanden. Die Verarbeitung von Informationen im Unternehmen ist wichtig für die Leistungserstellung der Banken.⁸⁹³ Es handelt sich dabei v.a. um technologische, hochstandardisierte Abwicklungsprozesse. Diese sind in jeder Wertschöpfungskette wichtig, stellen sie doch die eigentliche Ausführung des Kundenauftrags dar. Die Leistungserstellung bei standardisierten Transaktionsprozessen, welche sich v.a. in den Wertschöpfungsketten «Anlegen» und «Zahlen» befinden⁸⁹⁴, wird zu einem wesentlichen Teil von IT-Systemen übernommen. Die Wertschöpfung hängt dabei entscheidend von der Funktionalität und Weiterentwicklung dieser IT-Systeme ab. Die Entwicklung dieser Informationstechnologien stellt deshalb eine werttreibende Funktion innerhalb des Bankgeschäfts dar.

2.2. Wertschöpfungskette «Anlegen»

Die Wertschöpfungskette «Anlegen» beinhaltet die Leistungserstellung zur Generierung von Kundeneinlagen sowie die Vermögensverwaltung. Der für den Kunden generierte Wert der Leistungserstellung innerhalb der Wertschöpfungskette «Anlegen» ergibt sich aus dem Anbieten von Möglichkeiten der Geldanlage. Für die Vermögensverwaltung wird die Bank durch Verwaltungsgebühren sowie Courtagen vergütet.⁸⁹⁵ Die Anlageberatung ist hingegen regelmässig kostenlos für den Kunden, d.h., dem Kunden fallen keine direkten Kosten

⁸⁹² Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.H. auf die einzelnen Funktionen der Vorkombinationsprozesse.*

⁸⁹³ Vgl. Abschnitt V.A.2 (S. 199) *m.w.H.*

⁸⁹⁴ Vgl. Abschnitt V.B.2.1 (S. 204) *sowie* V.B.2.4 (S. 210) *m.w.H.*

⁸⁹⁵ Vgl. FN 77 *m.w.H.*

aus der Anlageberatung an. Die Anlageberatung beinhaltet dabei das Bereitstellen von intern erstellten Finanzanalysen sowie der portfoliospezifischen Beratung des Kunden. Dabei handelt es sich um eine Vertriebsfunktion von Finanzprodukten und Transaktionsdienstleistungen, wofür der beratende Teil der Bank durch Courtagen entlohnt wird.⁸⁹⁶ Für das Entgegennehmen von Publikumseinlagen wird die Bank allerdings nicht vom Kunden entschädigt, sondern zahlt diesem einen Zins. Das Entgegennehmen von Publikumseinlagen dient jedoch der Refinanzierung von Krediten und damit indirekt der Generierung von Gewinnen.⁸⁹⁷ Die Bedeutung der Funktionen der Wertschöpfungskette «Anlegen» für die Wertschöpfung innerhalb der Wertschöpfungskette «Finanzieren» wird in Abschnitt V.B.2.3⁸⁹⁸ dargestellt.

Die Wichtigkeit des Kundenkontakts durch die Beratungsfunktion sowie die Kundenakquise variiert je nach Leistungspaket, welches durch den Kunden nachgefragt wird. Bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung für vermögende Privatkunden im Bereich des Private Banking sowie für institutionelle Kunden im Bereich des Asset Management sind der Kundenkontakt und die Beratungsfunktion essenziell für den Erfolg der Bank. Der Kundenberater nimmt hierbei die Vertriebsfunktion für die von der Bank angebotenen Finanzdienstleistungen wahr.⁸⁹⁹ Der Beratungsprozess mündet bestenfalls in den Konsum anderer Dienstleistungen der Bank (namentlich den Kauf von Finanzprodukten sowie Transaktionsleistungen). Ausserdem dient die Kundenpflege durch den Kundenberater dem Aufbau von Vertrauen, welches im vertrauensintensiven Bankgeschäft erfolgskritisch ist. Die Beratungsleistungen haben bei der Anlageberatung für vermögende Kunden einen sehr hohen erfolgskritischen Wert, da die vermögenden Kunden hier zumeist ein hohes Mass an Beratung konsumieren. Diese Finanzberatung ist i.d.R. auf die speziellen Bedürfnisse

⁸⁹⁶ Die Bank generiert ihren Erfolg aus dem Anlageberatungsgeschäft durch den Absatz von Finanzprodukten und Transaktionsdienstleistungen. Die Beratungsleistungen werden entsprechend durch höhere Transaktionskommissionen, Depotgebühren u.a.m. in Rechnung gestellt. Diese Quersubventionen der einzelnen Divisionen der Universalbank werden als Bestandspflegekommissionen oder Retrozessionen bezeichnet (EBK, Bericht Vertriebsvergütung, 30; EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 1756 ff.). In gewissen Fällen wird die innerhalb der Beratung dem Kunden offerierte Finanzanalyse allerdings separat dem Kunden in Rechnung gestellt (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, N 1759).

⁸⁹⁷ Vgl. Abschnitt II.C.2.2 (S. 67) *m.w.H.*

⁸⁹⁸ Vgl. S. 209.

⁸⁹⁹ Diese Vertriebsfunktion wird v.a. bei der Anlageberatung deutlich, bei der der Kunde die Bank i.d.R. nicht direkt für die Beratung entschädigt. Die Bank stellt dem Kunden die Beratungsleistung indirekt über die an ihn verkauften Finanzprodukte und Transaktionsleistungen in Rechnung (vgl. FN 896).

(Lebenssituation, Besonderheiten des Portfolio etc.) zugeschnitten.⁹⁰⁰ Bei der Vermögensberatung beschränkt sich die Beratungs- und Vertriebsfunktion auf das Festlegen der Anlagestrategie und das Aushandeln der Verwaltungsgebühr und eventueller zusätzlicher Transaktionskosten.⁹⁰¹ Die Kundenpflege- und Beratungsfunktion des Kundenberaters dient folgerichtig dem Vertrieb der Finanzanlageinstrumente und der Vertrauenspflege zwischen Kunde und Bank. Diese Funktionen können deshalb als erfolgskritisch für das Private Banking sowie das Asset Management eingestuft werden.

Das Portfolio-Management wird nur im Rahmen der Vermögensverwaltung angeboten. Es handelt sich um die Kernleistung der Vermögensverwaltung.⁹⁰² Der Kunde bezahlt die Verwaltungsgebühr für die pflichtgemässe Verwaltung seines Vermögens. Ausserdem fliessen der Bank aufgrund der Verwaltung des Vermögens Kommissionen für Wertpapiertransaktionen und den Verkauf anderer Finanzprodukte (z.B. Fondsanteile) zu.⁹⁰³ Trotz der guten Informationstechnologie einer Universalbank zeichnet sich das Portfolio-Management durch relativ geringe Standardisierung aus. Der eigentlichen Verwaltung des Vermögens des Kunden kommt damit als Kernleistung des Vermögensverwaltungsmandates eine erfolgskritische Rolle zu.

Beim Retail Banking findet der direkte Kundenkontakt i.d.R. lediglich beim Abschluss des Kontokorrent- und Depotvertrages statt. Beratungsleistungen mit Kundenkontakt werden nur vereinzelt nachgefragt. Es handelt sich dabei um eine standardisierte Beratung der Bank, welche dem Kunden in Form von Faktenblättern und Online-Tools zur Verfügung gestellt wird. Finanztransaktionen werden vom Kunden i.d.R. über das E-Banking ausgelöst. Es kann allerdings nach einer persönlichen Beratung auch zur direkten Auslösung der Transaktion durch den Kundenberater kommen. Aufgrund der hohen Standardisierung kommt der Informationstechnologie beim Vertrieb der Bankleistung im Retail Banking innerhalb der Wertschöpfungskette «Anlegen» ein hoher Stellenwert zu. Die Beratungsleistung kann demgegenüber aber als Routinefunktion bewertet werden.

⁹⁰⁰ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1763.

⁹⁰¹ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1919. Der Bank kommt bei der Festlegung der Anlegerstrategie und der Anlageziele eine wichtige Beratungsfunktion zu. Mit dem Kunden muss sie seinen individuellen Risikoappetit identifizieren und in eine Anlagestrategie übersetzen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1683; SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 25 ff.).

⁹⁰² Die sorgfältige Verwaltung des Kundenvermögens stellt die Hauptpflicht der vermögensverwaltenden Person aus dem Vermögensverwaltungsvertrag dar (EMCH/RENZ/ARPAGAU, 1679).

⁹⁰³ Vgl. FN 895 *m.w.H.*

Durch die Beratungsleistungen und das Portfolio-Management werden die von der Universalbank erstellten (oder auch von extern zugekauften) Finanzanalysen genutzt bzw. an den Kunden vertrieben.⁹⁰⁴ Die Erstellung und das Angebot dieser Finanzanalysen werden dem Kunden indirekt durch das Vermögensverwaltungshonorar oder die Courtagen verrechnet. Die Erstellung von Finanzanalysen stellt damit einen Mehrwert an den Kunden dar, hilft dabei aber auch der Bank, andere Leistungen zu erbringen oder an den Kunden zu vertreiben. Diese Aufbereitung von Finanzinformationen kann als unterstützende Routinefunktion bewertet werden.

Die finanziellen, bankspezifischen Risiken werden in der Wertschöpfungskette «Anlegen» durch die Entgegennahme von Kundeneinlagen in die Haftungssphäre der Bank aufgenommen. Die Anlageberatung und Vermögensverwaltung beinhalten keine Risiken des Wertebereichs der Bank.⁹⁰⁵ Diese Funktionen sind jedoch mit operationellen Risiken behaftet. Die Überwachung und Steuerung der bankspezifischen Risiken ist als Funktion in der Wertschöpfungskette «Anlegen» somit auf die Kontokorrentfazilitäten beschränkt. Es handelt sich dabei um die Markt- und Liquiditätsrisiken des Bankenbuchs. Da sich die Risiken aus den Interdependenzen der Aktiv- und Passivseite des Bankenbuchs ergeben, werden diese wertschöpfungskettenübergreifend gesteuert. Diese Steuerung wird durch die Treasury-Einheit zentral ausgeführt.⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ Der Vermögensverwalter muss seine Entscheidungen zur Umschichtung des Vermögens aufgrund einer adäquaten Informationslage vornehmen. Dies geschieht bei der Universalbank i.d.R. aufgrund der hauseigenen Finanzanalysen (SETHE, in: SCHÄFER/SETHE/LANG, Handbuch Vermögensverwaltung, §25 N 42).

⁹⁰⁵ Gemeint ist die «blosse» Vermögensverwaltung und Anlageberatung. Selbstverständlich hat ein Kunde der Vermögensverwaltung und Anlageberatung naturgemäss ein Konto bei der jeweiligen Bank. Das auf dem Kontokorrent verfügbare Geld wird dabei im Rahmen der Vermögensverwaltung in Wertschriften angelegt, welche im Eigentum des Kunden verbleiben und in seinem Namen auf dem Depot der Bank verbucht werden. Bei der Vermögensverwaltung handelt es sich deshalb um eine «Depotverwaltung» (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1677 *m.w.H.*). Das Konto (genauso wie das Depot) gilt entsprechend als Grundlage der Vermögensverwaltung und Anlageberatung, gehört aber nicht zu dieser Leistung i.e.S. Mangels Übergangs der Vermögenswerte des Kunden in die Vermögenssphäre der Bank sind der Vermögensverwaltung und Anlageberatung keine Risiken des Wertebereichs der Bank inhärent. Neben den operativen Risiken ist die vermögensverwaltende Bank auch dem Haftungsrisiko aus der Performance-Verantwortung ausgesetzt (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1760 *m.w.H. zur Haftung aus der Performance-Verantwortung des Vermögensverwalters*).

⁹⁰⁶ Vgl. Abschnitt III.A.3.2 (S. 83).

2.3. Wertschöpfungskette «Finanzieren»

Die Wertschöpfungskette «Finanzieren» beinhaltet das Angebot von Krediten an das Publikum. Die Bank wird für diese Leistungserstellung durch den Kreditzins entlohnt. Die Vergabe von Krediten an das Publikum enthält die Aufnahme des Kreditrisikos durch die Bank. Zudem ergeben sich aus den Finanzaktiven des Bankenbuchs (Kredite) und ihrer Finanzierung durch die Publikumseinlagen Liquiditäts- und Marktrisiken.⁹⁰⁷ Daraus resultiert eine geringe Standardisierung der Kreditvergabe sowie eine erfolgskritische Rolle der Identifikation, Quantifikation und Steuerung der aufgenommenen Risiken.⁹⁰⁸

Die Beratung beinhaltet – analog zur Wertschöpfungskette «Anlegen» – den Vertrieb der Kreditprodukte einer Bank. Der Kundenberater informiert den Kunden über das Kreditangebot der Bank, sammelt die vom Kunden für die Prüfung der Kreditwürdigkeit notwendige Dokumentation und schliesst mit dem Kunden den Kreditvertrag im Namen der Bank ab. Die eigentliche Prüfung der Kreditwürdigkeit, die Einpreisung der identifizierten Risiken in die Risikoprämie und die Festlegung der Kreditkonditionen findet allerdings im Middle-Office der Bank statt.⁹⁰⁹ Der Kundenberater unterbreitet dem Kunden im Rahmen der Vertragsverhandlung lediglich die vom Middle-Office erarbeitete Offerte der Bank. Der Funktion des Kundenberaters kann in der Wertschöpfungskette «Finanzieren» deshalb lediglich die Qualität einer Routinefunktion zugeordnet werden.

Weiterhin ist die Überwachung der gewährten Kredite für den Erfolg aus dem Kreditgeschäft wichtig. Durch die Überwachung der wirtschaftlichen Entwicklung des Kreditnehmers sowie der Werthaltigkeit der bestellten Sicherheiten kann die Wahrscheinlichkeit der Materialisierung des Kreditrisikos bzw. dessen negative Auswirkungen auf die Vermögenslage der Bank vermindert werden.⁹¹⁰ Die Überwachung kann als Teil der Steuerung des Kreditrisikos betrachtet werden, da die Überwachungsfunktion analog zur Steuerung auf die Vermeidung der Materialisierung der bereits in die Haftungssphäre der Bank übernommen Risiken abzielt. Auch die Überwachung des Kreditrisikos wird i.d.R. durch das Middle-Office der Bank ausgeführt.

Die Bank kann nur jene monetären Mittel als Kredite weitergeben, welche sie selbst bezogen hat. Deshalb ist die Finanzierung der Kredite für den Erfolg aus der Wertschöpfungskette «Finanzieren» entscheidend. Der Erfolg aus dem Kreditgeschäft ergibt sich dabei aus dem Kreditzins abzüglich der Finanzierungskosten (Einlagenzins, Fremdkapital- sowie Eigenkapitalkosten). Die

⁹⁰⁷ Vgl. Abschnitt II.B.2 (S. 37) sowie II.C.1 (S. 61).

⁹⁰⁸ Vgl. Abschnitt II.A.3.3.b (S. 24) sowie V.A.2 (S. 199).

⁹⁰⁹ Vgl. Abschnitt II.A.3.3.b (S. 24) *m.w.H.*

⁹¹⁰ Vgl. Abschnitt II.A.3.3.b (S. 24) *m.w.H.*

Funktion der Finanzierung beinhaltet die Generierung von Finanzierungsmitteln sowie den effizienten Einsatz dieser Finanzierungsmittel. Die Generierung der Einlagen ist eine Vertriebsfunktion der Wertschöpfungskette «Anlegen». Im Retail Banking ist diese Funktion hochstandardisiert, wodurch dem Kundenberater für die Aufnahme der Einlagen keine ursächliche Bedeutung zugesprochen werden kann. Im Private Banking und Asset Management legt der Kunde bei Nutzung der Kontofazilitäten der Bank sein Vermögen aufgrund der Beratungsleistung des Kundenberaters bei der Bank ein. Diese Einlage resultiert aus dem Cross-Selling des Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäfts, welche auch die Produkte des Retail Banking an die vermögenden und institutionellen Kunden anbieten. Die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft kann jedoch nur aufgrund der effizienten Allokation der Einlagen zu den Kreditkontrakten der Bank erzielt werden. Konsequenterweise kann nur die Funktion der effizienten Verteilung der Finanzierungsmittel im Bankkonzern als werttreibende Aktivität bewertet werden. Dieser Aufgabe kommt das konzerninterne Treasury der Bank durch die Ausübung des Liquiditäts- und Refinanzierungsmanagements sowie die Eigenkapitalbewirtschaftung nach.⁹¹¹

2.4. Wertschöpfungskette «Zahlen»

Innerhalb der Werteschöpfungskette «Zahlen» bietet die Bank dem Kunden Zahlungsfazilitäten an. Dafür wird sie mit Transaktionsgebühren entlohnt. Die Wertschöpfungskette «Zahlen» beinhaltet hochstandardisierte Transaktionsprozesse. Die Leistungserstellung wird hier durch Informationstechnologie geprägt. Der Funktion des Kundenberaters kommt eine geringfügige Rolle zu. Lediglich die Auftrags erfassung kann bei bedeutenden Beträgen Personal involvieren, welche die rechtliche Prüfung des Auftrags durchführen.⁹¹² Ansonsten kommt dem Vorkombinationsprozess der Produktentwicklung inkl. der Entwicklung moderner und innovativer Technologien werttreibende Qualität innerhalb der Wertschöpfungskette «Zahlen» zu. Diese Technologien gestalten die Leistungserstellung innerhalb der Wertschöpfungskette «Zahlen» effizient und erhöhen dadurch die aus der Wertschöpfung gewonnene Marge.

Die Leistungen aus der Wertschöpfungskette «Zahlen» beinhalten den Transfer von Buch- und Bargeld. Die Gewährleistung der Leistungsbereitschaft besteht dabei in der Verfügbarkeit von Flüssigen Mitteln. Entsprechend kommt dem

⁹¹¹ Vgl. Abschnitt III.A (S. 73) *m.w.H.*

⁹¹² Vgl. Abschnitt II.A.3.3.c (S. 27) *m.w.H.*

Liquiditätsmanagement innerhalb der Wertschöpfungskette «Zahlen» ein grosser Stellenwert zu. Die Funktion des Liquiditätsmanagements ist bei der Treasury-Einheit der Universalbank angesiedelt.⁹¹³

C. Fazit und Ausblick auf die Fragestellungen

Aufgrund ihrer wesentlichen werttreibenden Kraft wurden die Finanzierungsfunktion sowie die Risikosteuerung als erfolgskritische Funktionen des Bankgeschäfts identifiziert. Ferner wurde die Vertriebsfunktion analysiert. Diese tritt in verschiedenen Standardisierungsgraden auf und hat deshalb variierende werttreibende Eigenschaften. Ausserhalb des Wertebereichs hat die Kundenberatung als Vertriebsleistung im Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft des Private Banking eine werttreibende Funktion. Auch im Kreditgeschäft der Wertschöpfungskette «Finanzieren» kann nicht von einem standardisierten Vertriebsprozess gesprochen werden. Allerdings werden die erfolgskritischen Aufgaben des Vertriebs von Kreditprodukten im Middle-Office durch die Identifikation, Bewertung und Einpreisung von Kreditrisiken ausgeführt. Ausserhalb der Vermögensverwaltung und Anlageberatung kommt der Vertriebsleistung des Kundenberaters deshalb keine werttreibende Funktion für die Leistungserstellung der Universalbank zu.

Es wurde gezeigt, dass die Treasury-Einheit der Universalbank wesentliche Aufgaben bei der Leistungserstellung der Wertschöpfungsketten «Anlegen», «Finanzieren» sowie «Zahlen» wahrnimmt. Sie übernimmt dabei wertschöpfungskettenübergreifende Funktionen aufgrund ihrer Bewirtschaftung der Bankbilanz und der Sicherstellung der effizienten Allokation der Finanzierungsmittel im Bankkonzern. Diese Funktionen können zusammenfassend als Risikosteuerungs- und Finanzierungsfunktionen bezeichnet werden.

Für die innerschweizerische Gewinn- und Kapitalabgrenzung gilt es nun zu ermitteln, ob der Treasury-Einheit aufgrund ihrer Funktionen Kapital zugeteilt werden soll und wie sie für ihre Funktionen entlohnt werden soll.

⁹¹³ Vgl. Abschnitt III.A.3.2 (S. 83) *m.w.H.*

VI. Analyse der verursachungsgerechten inner-schweizerischen Kapitalallokation zur konzern-internen Treasury-Einheit einer Universalbank

A. Ausgangslage

Mit der Kapitalsteuer besteuern die Kantone das Eigenkapital der steuerpflichtigen juristischen Person.⁹¹⁴ Das Steuerobjekt der Kapitalsteuer setzt sich aus dem einbezahlten Aktienkapital und den offenen Reserven⁹¹⁵ abzgl. eines all-fälligen Verlustvortrags zusammen.⁹¹⁶ Das steuerbare Kapital eines in verschiedenen Kantonen aufgrund von verbundenen Unternehmen oder Betriebsstätten tätigen Konzerns muss deshalb verursachungsgerecht auf die einzelnen kantonalen Steuerhoheiten aufgeteilt werden, zu welchen der Konzern eine persönliche oder wirtschaftliche Zugehörigkeit nach Art. 20 Abs. 1 bzw. Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG begründet.

Für eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung muss einer Konzerneinheit jene Kapitalausstattung zugewiesen werden, welche sie für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit benötigt.⁹¹⁷ Eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung soll die wirtschaftliche Realität der Finanzierung des steuerpflichtigen Unternehmens darstellen. Die funktionsgerechte Finanzierungsstruktur ist die Zielgrösse der Kapitalabgrenzung. Aufgrund der in der schweizerischen Wirtschaftsrechtsordnung geltenden Finanzierungsfreiheit, der Inexistenz von Marktkräften zwischen verbundenen Unternehmen sowie der steuerrechtlichen Privilegierung der Fremdfinanzierung⁹¹⁸ wird die bilanzmässig ausgewiesene

⁹¹⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 1 StHG.

⁹¹⁵ Zu den offenen Reserven gehören Gewinnreserven, Reserven aus Kapitaleinlagen, der Gewinnvortrag sowie versteuerte stille Reserven (ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 10).

⁹¹⁶ ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 10. Der Verlust kann nur abgezogen werden, wenn dieser noch nicht mit den offenen Reserven verrechnet wurde. Die Grösse des Eigenkapitals definiert sich dabei als Restgrösse bestehend aus den Gesamtaktiven abzüglich des Fremdkapitals (vgl. FN 805 *m.w.H.*).

⁹¹⁷ Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H.*

⁹¹⁸ Die kantonale Kapitalbesteuerung ist nicht finanzierungsneutral, sondern besteuert lediglich das Eigenkapital der juristischen Person, während das Fremdkapital nicht der Kapitalsteuer unterliegt. Diese Privilegierung der Fremdfinanzierung wird ausserdem durch die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen auf Fremdkapital für Gewinnsteuerzwecke verstärkt (HONGLER, 51; BÖHI, 22 f.). Diese steuerrechtliche Diskriminierung von

Kapitalausstattung einer Konzerneinheit regelmässig nicht das für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit notwendige Eigenkapital abbilden.⁹¹⁹ Die Kapitalabgrenzung dient bei verbundenen Unternehmen daher der Verprobung der in der Bilanz verbuchten Kapitalstruktur.⁹²⁰ Bei Betriebsstätten wird die Kapitalstruktur durch die Kapitalabgrenzung originär bestimmt oder es kommt – analog zum verbundenen Unternehmen – zur Verprobung der in der Betriebsstättenbuchhaltung verbuchten Kapitalstruktur.

Es gilt deshalb zunächst zu beurteilen, nach welchen Massstäben eine verursachungsgerechte Kapitalstruktur ausgeschieden werden kann. Für die Zuweisung von steuerbarem Kapital muss die von einer Konzerneinheit ausgeübte Geschäftstätigkeit eine gewisse Qualität aufweisen, welche die Zuweisung von Kapital wirtschaftlich notwendig macht. Dabei steht die Finanzierungs- und Haftungsfunktion des Eigenkapitals im Vordergrund.⁹²¹ Der Umfang des einer Konzerneinheit zuzuweisenden Kapitals bestimmt sich nach ihrem wirtschaftlichen Bedarf an Finanzierungsmitteln und Haftungssubstrat, welcher sich aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit ergibt.

Innerhalb der Finanzierungsfunktion bemächtigt das Eigen- und Fremdkapital das Unternehmen, in verschiedene Wirtschaftsgüter zu investieren, welche es zur Leistungserstellung benötigt. Eine verursachungsgerechte Kapitalallokation ordnet deshalb einer Konzerneinheit jene Menge an Finanzierungsmitteln zu, welche sie benötigt, um die von ihr zur Leistungserstellung eingesetzten Wirtschaftsgüter zu finanzieren. Die Vermögenswerte einer Konzerneinheit dienen somit als Parameter der Kapitalallokation. Diese Argumentation wird sowohl im interkantonalen als auch im internationalen Steuerrecht der Kapitalabgrenzung zugrunde gelegt.⁹²² Auch die nationalen Rechtsnormen zur Be-

Eigenfinanzierung schafft Steuerplanungsanreize für die steuerpflichtigen Unternehmen. Eine Einschränkung erfährt die steuerliche Privilegierung der Fremdfinanzierung im Kanton Zürich, welcher seit dem 1. Januar 2020 einen kalkulatorischen Zinsabzug auf Eigenkapital (unter gewissen Umständen) zulässt (vgl. §65b StG ZH).

⁹¹⁹ Vgl. Abschnitt III.A.2.1 (S. 74; v.a. FN 346 sowie 347) *m.w.H.*

⁹²⁰ Die von der Steuerpflichtigen gewählte Finanzierungsform kann aufgrund von Art. 29a StHG korrigiert werden, wenn es sich beim dem in der Bilanz ausgewiesenen Fremdkapital aus wirtschaftlicher Sicht um Eigenkapital handelt (vgl. Art. 29a StHG).

⁹²¹ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52) *m.w.H.*

⁹²² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Doppelbesteuerungsverbot muss einer Konzerneinheit jene Menge an Kapital zugeordnet werden, welche sie für die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit benötigt. Sie benötigt die Kapitalausstattung zur Finanzierung der Wirtschaftsgüter, welche ihr für die Leistungserstellung dienen (TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 13). Im internationalen Steuerrecht soll der Betriebsstätte gemäss AOA eine fiktive Selbständigkeit unterstellt

stimmung des steuerbaren Eigenkapitals bei verbundenen Unternehmen, welche die bilanzierte Kapitalstruktur der steuerpflichtigen Gesellschaft im Fall von verdecktem Eigenkapital im Sinne von Art. 29a StHG korrigieren, stellen auf die Vermögenswerte der steuerpflichtigen Gesellschaft ab.⁹²³

Die Finanzierungsfunktion wird – wie in Abschnitt II.B.4.2.a⁹²⁴ erwähnt – von Eigen- und Fremdkapital ausgeübt.⁹²⁵ Die Zuordnung der Vermögenswerte kann deshalb keinen Aufschluss auf die Höhe des zuzuweisenden Eigenkapitals geben, sondern nur die Höhe der insgesamt zuzuweisenden Finanzierungsmittel zu einer Konzerneinheit festlegen. Die Kapitalstruktur gibt hingegen Aufschluss über den Verschuldungsgrad der Gesellschaft und hat im Verlustfall wesentlichen Einfluss auf die Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.⁹²⁶ Der Entscheid über die Kapitalstruktur wird dabei im Spannungsfeld zwischen der Optimierung der Eigenkapitalrendite aufgrund der Hebelwirkung des Fremdkapitals und der Sicherstellung der Fortführung des Geschäftsganges im Verlustfall gefällt.⁹²⁷ Folgerichtig muss beurteilt werden, welche Kapitalstruktur eine Konzerneinheit benötigt, um die Fortführung ihrer Funktionen zu sichern und dabei die Rendite aus dem von ihr eingesetzten Kapital zu maximieren. Die verursachungsgerechte Kapitalallokation weist der Konzerneinheit also eine funktionsgerechte Kapitalstruktur zu.

werden. Dafür muss ihr eine eigene Vermögenssphäre konstruiert werden, welche aus Wirtschaftsgütern sowie deren Finanzierungsmitteln besteht. Gemäss OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.72 ff, dient die Zuteilung von Vermögenswerten und die darauf basierende Allokation von Finanzierungsmitteln der Konstruktion einer fiktiven Bilanz für die Betriebsstätte.

⁹²³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.d (S. 140) *m.w.H.*

⁹²⁴ Vgl. S. 52.

⁹²⁵ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52) *m.w.H.*

⁹²⁶ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52). Der Verschuldungsgrad wird durch die Eigenkapitalquote als Verhältnis des Eigenkapitals zur Bilanzsumme ausgedrückt (SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.24).

⁹²⁷ Aufgrund der Hebelwirkung und der steuerlichen Begünstigung des Fremdkapitals führt ein höherer Verschuldungsgrad zu einer höheren Eigenkapitalrendite. Durch die feste Verzinsung des Fremdkapitals bedingt ein höherer Fremdfinanzierungsanteil aber auch höhere Risiken für die Aktionäre (und die Fremdkapitalgeber; sog. Insolvenzkosten des Fremdkapitals). Die Hebelwirkung des Fremdkapitals wirkt sich deshalb nur dann positiv auf die Kapitalkosten aus, wenn die Fremdkapitalzinsen die Gesamtkapitalrendite nicht übersteigen. In Verlustfällen bewirkt ein höherer Verschuldungsgrad deshalb eine höhere Wahrscheinlichkeit des Konkurses der Gesellschaft. Die betriebswirtschaftlich optimale Finanzierungsstruktur findet deshalb ein Gleichgewicht zwischen der Optimierung der Eigenkapitalrendite durch den Hebeleffekt des Fremdkapitals und der Sicherung der Fortsetzung des Geschäftsganges. Vgl. BOEMLE/STOLZ, 90 ff. *m.w.H. zur Beurteilung der optimalen Kapitalstruktur*; RUDOLPH, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 2.51 ff.; SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.27 f.; HAISS, 96 ff.

Für die Bestimmung des der Treasury-Einheit einer Universalbank zuzuweisenden steuerbaren Eigenkapitals muss deshalb zunächst beurteilt werden, ob die von der Treasury-Einheit ausgeführten Funktionen die Zuweisung von steuerbarem Eigenkapital auslösen (Kapitalallokation dem Grunde nach). Wird eine Zuweisung von steuerbarem Eigenkapital zur Treasury-Einheit bejaht, muss in einem zweiten Schritt die Höhe des zuzuweisenden Eigenkapitals bestimmt werden (Kapitalallokation der Höhe nach).

B. Kapitalallokation zur Treasury-Einheit dem Grunde nach

1. Die Finanzierungsfunktion des Kapitals als Grundlage der Kapitalallokation

1.1. Konstruktion einer Vermögenssphäre für die Konzerneinheit

- a. Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen Vermögenswert und Konzerneinheit als Grundlage der Zuweisung von Vermögenswerten

Zur Bestimmung, ob einer Konzerneinheit dem Grunde nach steuerbares Eigenkapital zugewiesen werden soll, muss beurteilt werden, welche Vermögenswerte die Konzerneinheit finanzieren muss. Wie im vorgehenden Abschnitt beschrieben, verlangt eine verursachungsgerechte Allokation des steuerbaren Eigenkapitals nach der Zuordnung von Vermögenswerten zu jener Konzerneinheit, welche diese für ihre Leistungserstellung einsetzt. Dabei ergeben sich jedoch unterschiedliche Ausgangslagen für verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten.

Zivilrechtlich besitzt die Betriebsstätte keine eigene Vermögenssphäre. Die Betriebsstätte kann nicht selbst in Vermögenswerte investieren.⁹²⁸ Für die Zuordnung der Vermögenswerte muss deshalb ein geeigneter Allokationsmassstab gefunden werden.⁹²⁹ Das BGer hat in seiner Rechtsprechung zu Art. 127

⁹²⁸ ALBRECHT, in: Handbuch Aktienrecht, §12 N 12.25.

⁹²⁹ Für die Zuordnung der Vermögenswerte kann grundsätzlich auf die bilanzielle Zuordnung abgestellt werden. Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmens bei der Bilanzierung der Vermögenswerte wird allerdings dort eingeschränkt, wo die bilanzielle Zuordnung angesichts der Funktionsverteilung im Konzern willkürlich erscheint (TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 11; BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7

Abs. 3 BV die örtliche und wirtschaftliche Zugehörigkeit des Vermögenswertes zur Betriebsstätte als geeigneten Zuordnungsmaßstab definiert.⁹³⁰ Dabei teilt das BGer die Vermögenswerte in materielle und immaterielle Vermögenswerte ein.⁹³¹ Materielle Vermögenswerte sind jenem Unternehmensteil örtlich zugehörig, an dessen Standort sie sich physisch befinden.⁹³² Für immaterielle Vermögenswerte, wie bspw. finanzielle Vermögenswerte, Beteiligungen und Patente etc., muss mangels einer örtlichen Zugehörigkeit auf den wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Leistungserstellung der Konzerneinheiten abgestellt werden.⁹³³ Der wirtschaftliche Zusammenhang muss zwischen den vom Unternehmensteil ausgeübten Funktionen und dem Vermögensgegenstand bestehen.⁹³⁴

Auch der AOA als internationaler Standard für die Abgrenzung im Einheitsunternehmen fordert eine funktionsorientierte Zuordnung der Vermögenswerte. Die Vermögenswerte sind jener Betriebsstätte zuzuteilen, welche die im Zusammenhang mit diesem Vermögenswert wesentlichen Personalfunktionen ausübt.⁹³⁵ Die Personalfunktion muss am Ort der Betriebsstätte ausgeübt werden.⁹³⁶ Für materielle Vermögenswerte sieht der AOA eine Zuordnung zum Ort der Nutzung vor.⁹³⁷ Das Zuordnungskriterium des Ortes der Nutzung ist dabei auch auf Beteiligungen, Finanzanlagen und ähnliche Vermögenswerte

N 113). Bei Bestehen einer Betriebsstättenbuchhaltung wird die bilanzielle Verbuchung der Vermögenswerte aufgrund der Methode für die Zuordnung der Vermögenswerte zu Abgrenzungszwecken verprobt. Bei Fehlen einer Betriebsstättenbuchhaltung findet die Zuordnung der Vermögenswerte innerhalb des Einheitsunternehmens aufgrund der Zuordnungsmethode hingegen originär statt.

⁹³⁰ Vgl. FN 754 *m.w.H.*

⁹³¹ Das BGer teilt die Vermögenswerte in die Kategorien «lokalisierte Aktiven» für materielle Vermögenswerte (LOCHER/LOCHER, §8, II B, 2b) und «mobile Konti» für immaterielle Vermögenswerte (LOCHER/LOCHER, §8, II B, 2c Nr. 5) ein.

⁹³² Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*

⁹³³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*

⁹³⁴ BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 114.

⁹³⁵ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.19.

⁹³⁶ Vgl. ANDRESEN, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.18 *m.w.H.*

⁹³⁷ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.75; vgl. auch ANDRESEN, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.22. Der Ort der Nutzung kann dabei vom Ort der wesentlichen Personalfunktion abweichen, wenn als wesentliche Personalfunktion die Tätigkeit im Zusammenhang mit der Beschaffung des Vermögenswertes qualifiziert wird und der Gegenstand nach Anschaffung durch eine andere Konzerneinheit als die anschaffende Konzerneinheit genutzt wird. Die OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.75, sieht dabei aber keine Abweichungen bei der Gewinnabgrenzung, da bei beiden erfolgswirksame Aufwände (in Form von Abschreibungen oder Mietzahlungen) geltend gemacht werden können.

anwendbar.⁹³⁸ Den Besonderheiten der Finanzanlagen im Bankenbuch begegnet der AOA mit einer bankspezifischen Definition der wesentlichen Personalfunktion, welche eine Zuordnung des finanziellen Vermögenswerts auslöst. Die wesentliche Personalfunktion ist dabei die für die Entstehung des finanziellen Vermögenswerts inkl. seiner Risiken relevante Aktivität. Diese Risikoübernahmefunktion beinhaltet die aktive Entscheidung über die Übernahme und das Tragen des dem Finanzaktivum anhaftenden Risikos (sog. KERT-Funktion).⁹³⁹

Bei verbundenen Unternehmen als selbständige Rechtsträger kann auf die bilanzielle Verbuchung aufgrund des zivilrechtlichen Eigentums abgestellt werden.⁹⁴⁰ Dabei zeigt die Aktivenseite der Bilanz jene Vermögenswerte, welche die Finanzierungsmittel des verbundenen Unternehmens binden. Aufgrund des Massgeblichkeitsprinzips im Steuerrecht ist die Handelsbilanz für die Ermittlung des steuerbaren Kapitals für Kapitalsteuerzwecke massgeblich. Zur Korrektur der in der Bilanz vorgenommenen Zuteilung muss ein Verstoß gegen handelsrechtliche Rechnungslegungsnormen vorliegen. Nur dann kann eine steuerrechtliche Korrektur der bilanziellen Zuordnung von Vermögenswerten vorgenommen werden. Eine steuerrechtliche Korrektornorm existiert nur hinsichtlich der Einteilung der Finanzierungsmittel in Eigen- und Fremdkapital in der Gestalt des verdeckten Eigenkapitals nach Art. 29a StHG.⁹⁴¹ Eine Korrektur der handelsrechtskonformen Bilanzierung der Vermögenswerte ist mangels einer steuerlichen Korrektur deshalb für die Ermittlung der Kapitalsteuerbemessungsgrundlage ausgeschlossen.

Die von einem Unternehmen zur Leistungserstellung genutzten Vermögenswerte müssen jedoch nicht zwangsläufig im Eigentum des Unternehmens stehen, sondern können auch aufgrund eines Gebrauchsüberlassungsvertrages o.ä. dem Unternehmen zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Im letzteren Fall bindet der Vermögenswert keine Finanzierungsmittel des Unternehmens. Ein rechtlich und wirtschaftlich selbständiges Unternehmen wird bei der Entscheidung einen Vermögenswert in ihre Vermögenssphäre aufzunehmen oder

⁹³⁸ ANDRESEN, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.25. Die OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N 1.76 f., subsumiert unter den Begriff des immateriellen Vermögenswerts ausschliesslich Immaterialgüterrechte. Beteiligungen und andere finanzielle Vermögenswerte werden damit implizit der Kategorie der materiellen Vermögenswerte zugewiesen.

⁹³⁹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.b (S. 129; v.a. FN 597) *m.w.H. auf die KERT-Funktion*.

⁹⁴⁰ HUGUENIN/REITZE, BSK-ZGB, Art. 43 N 1 ff. v.a. N 3; REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung, 24.

⁹⁴¹ ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a, N 19.

lediglich zu mieten betriebswirtschaftliche Nutzen-Kosten-Überlegungen anstellen. Im Konzerngefüge kann jedoch von der Obergesellschaft vorgegeben werden, welche Konzerngesellschaft den jeweiligen Vermögenswert als Eigentum bilanzieren soll.⁹⁴² So kann der Bedarf nach Finanzierungsmitteln und damit auch die Allokation von steuerbarem Eigenkapital zwischen den verbundenen Unternehmen entgegen betriebswirtschaftlicher Überlegungen gesteuert werden.

Diese Manipulationsmöglichkeit widerspricht der Anforderung an die Abgrenzungsmethode ein verursachungsgerechtes Abgrenzungsergebnis sicherzustellen. Dieses sollte die betriebswirtschaftliche Wirklichkeit der Leistungserstellung im Konzern abbilden und die Konzerngesellschaft nicht aufgrund von Manipulationsmöglichkeiten gegenüber selbständig agierenden Gesellschaften besserstellen. Es sollte entsprechend auch beim verbundenen Unternehmen auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Vermögenswertes abgestellt werden. Dies wäre jedoch – wie oben dargestellt – eine Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip bei den direkten Steuern. Die Konstruktion der Vermögenssphäre zu Zwecken der Kapitalabgrenzung dient hingegen ausschliesslich der Ermittlung von Quoten für die Zuweisung des steuerbaren Eigenkapitals.⁹⁴³ Eine Abweichung von den vom Steuerpflichtigen verbuchten Aktiven führt noch nicht zu einer Änderung der Bilanzierung in einer separaten Steuerbilanz. Die Zuweisung von Vermögenswerten zwischen verbundenen Unternehmen dient lediglich der Verprobung der Eigenkapitalausstattung aufgrund der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft.⁹⁴⁴ Diese Zuweisungsmethodik zu Kapitalabgrenzungszwecken stellt damit keinen Verstoß gegen das Massgeblichkeitsprinzip dar.

Trotz unterschiedlicher Ausgangslagen rechtfertigt sich folgerichtig eine Differenzierung zwischen verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten für die Zuweisung von Vermögenswerten zu Kapitalabgrenzungszwecken nicht; die verursachungsgerechte Allokation des steuerbaren Kapitals muss auf die Personalfunktionen abstellen – unabhängig davon, ob diese Funktionen in einer Betriebsstätte oder einem rechtlich selbständigen verbundenen Unternehmen angesiedelt sind.

⁹⁴² GLANZ/ZIHLER, in: PFAFF ET AL., Rechnungslegung OR, Art. 963 N 12; BÖCKLI, Aktienrecht, §11 N 268; KUNZ, Grundlagen, N 125 ff.; VON BÜREN, 78 sowie 82 ff.

⁹⁴³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*

⁹⁴⁴ Dies im Gegensatz zum Fremdvergleichsgrundsatz: Hier wird aufgrund der funktionalen Betrachtungsweise die Verbuchung der Vermögenswerte verprobt. Grund hierfür sind die Konsequenzen der Konstruktion der Vermögenssphäre unter dem Fremdvergleichsgrundsatz. Die Zuordnung eines Vermögenswertes zieht nicht nur die Zuordnung von steuerbarem Eigenkapital nach sich, sondern hat auch Auswirkungen auf die Gewinnabgrenzung anhand von Verrechnungspreisen (vgl. FN 956).

b. Beurteilung des wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Vermögenswert und Konzerneinheit bei der Universalbank

Sowohl das interkantonale als auch das internationale Steuerrecht stellen für den massgeblichen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Vermögenswert und Konzerneinheit auf die in der Konzerneinheit ausgeübten Funktionen ab. Bei gewöhnlichen Wirtschaftsgütern ist der Ort der Nutzung für die Zuordnung entscheidend. Die Konstruktion der Vermögenssphäre einer Konzerneinheit aufgrund der von ihr ausgeübten Funktionen kann als verursachungsgerechter Allokationsmechanismus eingestuft werden. Vermögenswerte werden so derjenigen Konzerneinheit zugeordnet, in der sie zur Leistungserstellung eingesetzt bzw. genutzt werden.

Die Besonderheiten des Bankgeschäfts wirken sich allerdings auf diese funktionsgerechte Zuordnung der Vermögenswerte aus. Die Vermögenswerte des Bankenbuchs bestehen hauptsächlich aus Kreditaktiva, welche im Rahmen der Leistungserstellung des klassischen Bankgeschäfts entstehen.⁹⁴⁵ Für die Allokation dieser Finanzaktiva kann entsprechend nicht auf den Ort der Nutzung zur Leistungserstellung abgestellt werden. Die Eigenschaften der Personalfunktionen, welche die Zuordnung der Finanzaktiva auslösen, sind folgerichtig andersartig als jene bei gewöhnlichen Wirtschaftsgütern.

Der Ertrag aus dem Zinsdifferenzgeschäft entsteht aufgrund der Zinsdifferenz zwischen Einlagen- und Kreditgeschäft. Während bei Nicht-Banken die Investitionsfunktion des Kapitals in Wirtschaftsgüter im Vordergrund steht und das Kapital damit nur mittelbar der Leistungserstellung dient, handelt es sich beim Kapital der Bank um einen direkten Produktionsfaktor.⁹⁴⁶ Das Kapital ermöglicht die Kreditvergabe an die Kunden und dient dabei direkt der Schaffung von finanziellen Vermögenswerten. Es könnte deshalb argumentiert werden, dass die Finanzierungsmittel direkt, d.h. ohne Abstellen auf die (konstruierte) Vermögensstruktur der Konzerneinheit, aufgrund des Ortes der Nutzung ausgeschieden werden könnten. Diese Schlussfolgerung vernachlässigt aber den Umstand, dass die Identifikation des Ortes der Nutzung der Finanzierungsmittel ohne eine vorgängige Zuweisung der Vermögenswerte nicht möglich ist. Ohne eine vorgängige Zuweisung der Finanzaktiva könnte die Höhe der Finanzierungsmittel, welche von einer Konzerneinheit für die Finanzierung des Kreditgeschäfts genutzt werden, nicht ermittelt werden.

Die Finanzierungsmittel werden von jener Konzerneinheit «genutzt», welche den Kreditkontrakt aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit entstehen lässt. Dabei

⁹⁴⁵ Vgl. FN 595.

⁹⁴⁶ Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.*

darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich bei einem Kreditkontrakt um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁹⁴⁷ Die Finanzierungsmittel sind dabei über die gesamte Laufzeit des Kreditkontraktes gebunden und werden in dieser Zeit von der Bank «genutzt», um aus dem Finanzaktivum Rendite zu erzielen. Geschäftsaktivitäten, welche im Zusammenhang mit der Erzielung der Rendite aus einem Kreditkontrakt stehen, stellen konsequenterweise die die Finanzierungsmittel nutzenden Funktionen dar. Um eine verursachungsgerechte Allokation der Finanzierungsmittel zu gewährleisten, müssen die finanziellen Vermögenswerte deshalb anhand der für die Erzielung der Rendite aus einem Kreditvertrag verantwortlichen Funktionen alloziert werden.

c. Wesentlichkeit der Funktionen für die Begründung des wirtschaftlichen Zusammenhangs mit dem Vermögenswert

Es darf jedoch nicht jeder Personalfunktion, welche im Zusammenhang mit der Erzielung der Rendite aus dem Kreditkontrakt steht, steuerbares Kapital zugewiesen werden. Eine verursachungsgerechte Kapitalallokation fordert vielmehr eine gewisse Schwelle der Wesentlichkeit des Beitrags zur Wertschöpfung aus dem Kreditkontrakt. Auch das interkantonale Steuerrecht sowie der AOA fordern einen gewissen Grad an Wesentlichkeit hinsichtlich des wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen der Funktion und dem Vermögenswert.⁹⁴⁸ Die Schwelle der Wesentlichkeit der Funktion kann eine Zerstückelung des Vermögenswertes zu Kapitalabgrenzungszwecken verhindern.

Es stellt nach Ansicht der Autorin die wirtschaftliche Realität dar, wenn nur Konzerneinheiten, deren Funktionsausübung eine wesentliche kausale Verbindung zur Generierung der Rendite aus dem Vermögenswert aufweist, Kapital für den Vermögenswert aufbringen und versteuern müssen. Grundlage sind zwei grundlegende Überlegungen, welche bei der Bank als zwei Seiten der gleichen Medaille angesehen werden können: Zunächst erfordern im Wirtschaftsverkehr nur Tätigkeiten mit einem gewissen Grad an Wesentlichkeit den

⁹⁴⁷ Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.*

⁹⁴⁸ Beim AOA muss es sich um eine KERT-Funktion handeln, damit die Zuordnung des finanziellen Vermögenswerts ausgelöst wird (vgl. Abschnitt IV.C.3.2.b (S. 129)). Das BGer sieht in seiner Rechtsprechung zu Art. 127 Abs. 3 BV bei der Verteilung der in die Kategorie der mobilen Konti fallenden Vermögenswerte eine ausschliessliche Zuteilung des Vermögenswertes bei überwiegender wirtschaftlicher Beziehung vor (LOCHER/LOCHER, §8, II B, 2c Nr. 2, 3, 10). Die kantonale Praxis zur interkantonalen Kapitalausscheidung bei Banken sieht hingegen keine notwendige Schwelle der Wesentlichkeit einer Funktion vor. Aufgrund der Zuordnung der Aktiven gemäss der AHV-Bruttolohnsumme, wird jeder Personalfunktion ein Anteil am Vermögenswert zugewiesen (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(4) (S. 158) *m.w.H.*).

Einsatz von Investitionsmitteln, da nur diese Tätigkeiten zu finanzierende Wirtschaftsgüter für ihre Leistungserstellung einsetzen. Unterhalb dieser Schwelle zu verortende Aktivitäten, welche keine in grossem Masse kapitalbindenden Wirtschaftsgüter für ihre Leistungserstellung einsetzen, gelten als Dienstleistungs- bzw. Unterstützungsfunktionen. Mit Bezug auf die Zuweisung des Finanzaktivums begründen diese Funktionen keinen Finanzierungsbedarf. Weiterhin bedingt die Zuordnung von Vermögenswerten auch die Zuordnung einer bestimmten Menge haftenden Eigenkapitals. Aktivitäten, welche keine Risiken für das Unternehmen begründen bzw. keine Rendite aus der Übernahme von Risiken generieren, begründen keinen erhöhten Eigenkapitalbedarf des Unternehmens. Für eine verursachungsgerechte Kapitalallokation darf diesen Konzerneinheiten kein Eigenkapital alloziert werden.⁹⁴⁹ Konsequenterweise dürfen diesen Konzerneinheiten auch keine Vermögenswerte im Rahmen der Kapitalallokation «dem Grunde nach» zugeordnet werden.

1.2. Methoden der Zuweisung von Vermögenswerten im interkantonalen und internationalen Steuerrecht

Das interkantonale sowie das internationale Steuerrecht ordnet die Vermögenswerte grundsätzlich direkt zu. Bei der Nutzung des Vermögenswertes durch mehrere Konzerneinheiten sieht das interkantonale Steuerrecht eine quotenmässige Aufteilung des Vermögenswerts vor.⁹⁵⁰ Die kantonale Praxis zur interkantonalen Kapitalausscheidung bei Banken teilt die Vermögenswerte quotenmässig anhand der AHV-Bruttolohnsumme auf die Bankbetriebsstätten auf.⁹⁵¹ Auch im internationalen Steuerrecht sieht der AOA eine Aufteilung des Vermögenswertes bei Finanzaktiva vor, wenn die für die Zuteilung des finanziellen Vermögenswertes massgebliche KERT-Funktion von verschiedenen

⁹⁴⁹ Diese Aussage erfährt in Abschnitt VI.C.3.1.b(2) (S. 247) hinsichtlich des operationellen Risikos eine wichtige Einschränkung.

⁹⁵⁰ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 18. Voraussetzung ist, dass der Vermögenswert nicht eine überwiegende wirtschaftliche Beziehung zu einem Unternehmensteil begründet. Bei überwiegender wirtschaftlicher Beziehung zu einem Unternehmensteil wird der Vermögensgegenstand gesamthaft diesem Unternehmensteil zugeordnet. Die quotenmässige Allokation der Vermögenswerte findet dann durch einen Aufteilungsschlüssel statt, welcher branchenspezifisch ausgewählt werden muss (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155)).

⁹⁵¹ Vgl. Abschnitt VIII.A. (S. 291). Die quotenmässige Allokation wird dabei grundsätzlich auf sämtliche Vermögenswerte der Bank angewendet. Es findet lediglich eine direkte Zuordnung von Beteiligungen und Kapitalanlageliegenschaften (nicht aber Betriebsliegenschaften) statt (SSK, Ausscheidung Banken 2018, 7).

Unternehmensteilen ausgeübt wird.⁹⁵² Die anteilige Zuordnung eines finanziellen Vermögenswertes ist dabei aber die grosse Ausnahme, da in der Praxis schon die bilanzielle Verbuchung dieser anteiligen Zuordnung zu Problemen führt. Es wird deshalb i.d.R. eine ausschliessliche Allokation mit Ausgleich der zweiten KERT-Funktion aufgrund von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen bevorzugt.⁹⁵³

Die Methoden der Zuweisung der Vermögenswerte des interkantonalen und des internationalen Steuerrechts stimmen damit weitestgehend überein. Ihre Ziele sowie die Auswirkungen der Zuteilung der Vermögenswerte unterscheiden sich jedoch fundamental. Das interkantonale Steuerrecht ordnet den Kantonen durch die Zuordnung der Vermögenswerte kein Sondervermögen zu, welches die Kantone unabhängig von der Gesamtvermögenslage des Einheitsunternehmens besteuern können. Vielmehr dient die Zuordnung der Vermögenswerte der Ermittlung von Quoten, welche das Besteuerungsrecht der Kantone am steuerbaren Eigenkapital definieren.⁹⁵⁴ Der Betriebsstätte wird dabei keine eigene Vermögenssphäre zugestanden. Die Zuordnung der Vermögenswerte nach interkantonalem Steuerrecht stellt sicher, dass den Kantonen jene Quote am steuerbaren Eigenkapital zugewiesen wird, welche die Betriebsstätte

⁹⁵² Vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.75. Gemäss deutschem innerstaatlichem Recht wird der finanzielle Vermögenswert hingegen ausschliesslich jener Konzerneinheit zugewiesen, welche für die Schaffung des Vermögenswertes die wesentliche Personalfunktion ausführt. Funktionen, welche in Zusammenhang mit der nachträglichen Verwaltung des Kreditkontraktes stehen, werden für die anfängliche Zuordnung des Vermögenswertes nicht in Betracht gezogen. Auch bei einer nachträglichen Änderung der Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums an einem finanziellen Vermögenswert werden die mit der Verwaltung des Kreditkontraktes befassten Funktionen nur in strengen Ausnahmefällen als wirtschaftlicher Eigentümer bewertet (ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.75).

⁹⁵³ ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.172. So sieht das deutsche, innerstaatliche Recht zur internationalen Betriebsstättenabgrenzung nur die ausschliessliche Zuordnung von Vermögenswerten auch bei Bankbetriebsstätten vor (ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.75). In Fällen, in denen die KERT-Funktion von zwei verschiedenen Unternehmensteilen ausgeübt wird, muss jener Teil der Personalfunktion ermittelt werden, welcher die grösste Bedeutung für die Risikoübernahme des finanziellen Vermögenswertes aufweist. Vgl. ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMAYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.75 *m.H. zu den Schwierigkeiten, welche sich aus einer ausschliesslichen Zuweisung von Finanzaktiven ergeben*.

⁹⁵⁴ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 2. Die Zuordnung der Vermögenswerte kann sich auch auf die Gewinnabgrenzung im interkantonalen Verhältnis auswirken, falls der Gewinn anhand der Bruttoaktiven quotenmässig im Einheitsunternehmen alloziert wird (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(3) (S. 157)).

zur Finanzierung der von ihr genutzten Wirtschaftsgüter benötigt. Im internationalen Steuerrecht dient die Zuweisung der Vermögenswerte hingegen der Konstruktion einer fiktiv selbständigen Vermögenssphäre der Betriebsstätte.⁹⁵⁵ Die fiktive Vermögenssphäre ist sodann Grundlage für die Identifikation und Bepreisung der konzerninternen Leistungsbeziehungen.⁹⁵⁶ Wie bereits in Abschnitt IV.D.2.1⁹⁵⁷ argumentiert ist die objektmässige Zuordnung der Vermögenswerte entgegen der handelsrechtlichen Bilanzierung der Aktiven bei verbundenen Unternehmen nicht möglich.

1.3. Analyse der adäquaten Methode für die Zuordnung von Vermögenswerten bei einer Universalbank für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalallokation

a. Finanzaktiva

(1) Für die Zuordnung der Finanzaktiva relevante Funktionen

Die Vermögenslage der Bank wird von den Kreditforderungen des Bankenbuchs bestimmt. Diese müssen anhand jener Personalfunktionen zugeordnet werden, welche einen wesentlichen Beitrag zur Erwirtschaftung der Rendite aus dem Zinsdifferenzgeschäft leisten und damit die Finanzierungsmittel zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit nutzen. In Abschnitt V.A.3⁹⁵⁸ wurden die Risikosteuerungs- und die Finanzierungsfunktion als Werttreiber des Bankgeschäfts identifiziert. Da es sich bei einem Kreditvertrag um ein Dauerschuldverhältnis handelt, muss die Identifikation der wesentlichen Funktionen im

⁹⁵⁵ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.72 ff.

⁹⁵⁶ Im internationalen Steuerrecht beeinflusst die Zuweisung der Vermögenswerte zunächst die Höhe der einem Unternehmensteil zuzuweisenden Finanzierungsmittel. Aufgrund der Untrennbarkeit von Vermögenswerten und den diesen inhärenten Risiken bei Banken hat die Zuteilung von Vermögenswerten dann auch Einfluss auf die Höhe des einer Konzerneinheit zuzuweisenden Eigenkapitals. Die Höhe des Eigenkapitals beeinflusst ihrerseits die Höhe des Fremdkapitals, auf welchem fremdvergleichskonforme Zinsen erfolgswirksam abgezogen werden können. Ausserdem resultiert aus der Zuweisung der finanziellen Vermögenswerte die Allokation des Gewinns und eines allfälligen Verlusts, welche aus diesen Finanzaktiven hervorgehen. Unternehmensteile, welche andere (nicht wesentliche) Funktionen im Zusammenhang mit dem Gewinn aus einem Finanzaktivism ausüben, müssen von der wirtschaftlichen Eigentümerin aufgrund von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen vergütet werden (vgl. auch Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137)).

⁹⁵⁷ Vgl. S. 216.

⁹⁵⁸ Vgl. S. 200.

Hinblick auf die Risikosteuerung sowie Finanzierung auf einer Betrachtung der gesamten Vertragslaufzeit beruhen. Dabei sind sowohl Funktionen zur Schaffung des finanziellen Vermögenswertes als auch solche, die dem Erhalt der Werthaltigkeit bzw. der Sicherung der erwarteten Rendite aus dem Kreditgeschäft dienen, zu beurteilen.⁹⁵⁹

Der Vermögenswert wird aufgrund des Abschlusses des Kreditvertrages «geschaffen». Für die Erwirtschaftung der Rendite aus dem Vertrag ist es essenziell, die mit dem Vertragsabschluss entstehenden bankspezifischen Risiken zu identifizieren, zu bewerten sowie in den Kreditzins einzupreisen.⁹⁶⁰ Die Funktion, welche die Festlegung der Vertragsbedingungen aufgrund der der Bank vorliegenden Informationen ausführt, kann deshalb als wesentliche Personalfunktion identifiziert werden.⁹⁶¹

Für die Ausgabe der Kreditsumme an den Kunden ist die Finanzierung des Kredits notwendig.⁹⁶² Wie in Abschnitt V.B.2.3⁹⁶³ aufgezeigt, gilt dabei die Treasury-Funktion, welche die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Bankkonzern sicherstellt, als wesentliche werttreibende Funktion.

⁹⁵⁹ Gemäss deutschem innerstaatlichem Recht wird der finanzielle Vermögenswert ausschliesslich jener Konzerneinheit zugewiesen, welche für die Schaffung des Vermögenswertes die wesentliche Personalfunktion ausführt. Funktionen, welche in Zusammenhang mit der nachträglichen Verwaltung des Kreditkontraktes stehen, werden für die anfängliche Zuordnung des Vermögenswertes nicht in Betracht gezogen. Auch bei einer nachträglichen Änderung der Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums an einem finanziellen Vermögenswert gelten die mit der Verwaltung des Kreditkontraktes befassten Funktionen nur in strengen Ausnahmefällen als wirtschaftlicher Eigentümer (ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 11.75). Dieser Argumentation ist nicht zu folgen, da die Finanzierungsmittel während der gesamten Laufzeit des Kredites gebunden sind. Sie werden somit während der gesamten Laufzeit genutzt, um aus dem Kredit Rendite zu erzielen. Zur Beurteilung der für die Zuteilung des Kreditaktivums massgeblichen Funktionen muss deshalb die Leistungserstellung während der gesamten Kreditlaufzeit betrachtet werden.

⁹⁶⁰ Der AOA charakterisiert diese Funktion als «Aushandlung des Kreditvertrages» (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N II.65). Diese Formulierung suggeriert, dass der Kreditzins effektiv mit dem Kunden ausgehandelt wird. In der Praxis werden die Vertragsbedingungen – und damit der Kreditzins – aufgrund der der Bank vorliegenden Informationen über den Kunden durch die Bank festgelegt und dem Kunden als Offerte vorgelegt. Diese Festlegung der Vertragsbedingungen findet dabei im Middle-Office, d.h. ohne direkten Kontakt zum Kunden, statt.

⁹⁶¹ Vgl. Abschnitt V.B.2.3 (S. 209) *m.w.H.*

⁹⁶² Die Finanzierungsfunktion wurde als Werttreiber im Geschäftsmodell der Universalbank identifiziert (vgl. Abschnitt V.A.2 (S. 199)).

⁹⁶³ Vgl. S. 209.

Auch die Risikosteuerung wurde als Werttreiber im Geschäft der Universalbank identifiziert.⁹⁶⁴ Nur durch eine adäquate Steuerung der bankspezifischen Risiken kann die Erwirtschaftung der erwarteten Rendite aus der Übernahme der Transformationsfunktionen sichergestellt werden. Es handelt sich dabei um die Steuerung des Kredit-, Liquiditäts- sowie Zinsänderungsrisikos.⁹⁶⁵ Eine adäquate Risikosteuerung verhindert dabei die Materialisierung der erwarteten Risiken und kann die Kapitalkosten vermindern.⁹⁶⁶

(2) Plädoyer für eine anteilige Zuordnung der Finanzaktiva

Während die Identifizierung und Bewertung der Risiken auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beschränkt ist, wirken die Funktionen der Finanzierung und der Risikosteuerung während der gesamten Laufzeit des Kreditkontraktes. Auch können die Funktionen der Finanzierung sowie der Risikosteuerung keiner Wertschöpfungskette direkt zugeordnet werden. Die für die Zuordnung der Finanzaktiven wesentlichen Funktionen werden in der Universalbank arbeitsteilig und damit durch verschiedene Funktionsträger ausgeführt. Durch die repetierende Ausführung der Funktionen sowie ihre wertschöpfungskettenübergreifende Qualität muss von einer hochintegrierten Geschäftstätigkeit im klassischen Bankgeschäft gesprochen werden.⁹⁶⁷ Eine vorherrschend wesentliche Funktion wird deshalb nicht auszumachen sein. Für die Abbildung der wirtschaftlichen Realität bei der Zuteilung der Vermögenswerte kann nur eine anteilige (quotenmässige) Zuteilung der Finanzaktiva die arbeitsteilige, funktionelle Nutzung der Finanzierungsmittel innerhalb der Universalbank adäquat abbilden. Eine nachträgliche Änderung der Zuordnung des finanziellen Vermögenswertes – wie es vom AOA vorgesehen ist – wird durch die anteilige Zuordnung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses obsolet. Ein solcher nachträglicher Transfer des finanziellen Vermögenswertes von der die Vertragsbedingungen festlegenden Einheit zur Einheit der Risikosteuerung widerspricht nach Ansicht der Autorin der wirtschaftlichen Realität der Leistungserstellung innerhalb des klassischen Bankgeschäfts. So ist die den Kreditvertrag

⁹⁶⁴ Vgl. Abschnitt V.A.2 (S. 199) *m.w.H.*

⁹⁶⁵ Vgl. Abschnitt II.B.2 (S. 37) *m.w.H.*

⁹⁶⁶ Vgl. Abschnitt II.B.3 (S. 43) *m.w.H.*

⁹⁶⁷ Durch die Qualität des Kredit- und Einlagenkontrakts als Dauerschuldverhältnis sowie die Interaktion zwischen Einlagengeschäft und Kreditvergabe im klassischen Bankgeschäft kann die Wertschöpfung aus dem klassischen Zinsdifferenzgeschäft nicht als linear dargestellt werden. Wie in Abschnitt II.A.3.3 (S. 19) dargestellt, handelt es sich vielmehr um verschiedene Wertschöpfungsstränge, bei welchen während der Laufzeit der Dauerschuldverhältnisse einzelne Prozesse bzw. Funktionen repetiert werden.

vertreibende Einheit während der gesamten Laufzeit des Kredites an der Nutzung der Finanzierungsmittel beteiligt, da sich ihre Aktivität der Beurteilung und Einpreisung der bankspezifischen Risiken auf den Gesamtertrag aus dem Kreditgeschäft auswirkt.

Eine anteilige Zuordnung der Finanzaktiva zu Zwecken der Kapitalabgrenzung widerspricht der bilanziellen Verbuchung eines Vermögenswerts. Diese Abweichung vom Massgeblichkeitsprinzip ist jedoch zulässig, da die Abweichung von der handelsrechtlich korrekt erstellten Bilanz lediglich zum Zwecke der Ermittlung von Quoten für die Zuweisung des steuerbaren Eigenkapitals erfolgt.⁹⁶⁸

Die Zuweisung von Quoten an Vermögenswerten bedingt auch, dass konzerninterne Guthaben für Abgrenzungszwecke irrelevant sind. Es findet eine Konsolidierung der Vermögensbestände der einzelnen Konzerneinheiten statt. Dabei müssen die konzerninternen Guthaben eliminiert werden, damit die Vermögenssituation des Bankkonzerns als Ganzes gemäss der wirtschaftlichen Realität abgebildet werden kann. Die Eliminierung wird lediglich für die Verprobung der Höhe des Eigenkapitals des verbundenen Unternehmens bzw. für die Zuweisung des Dotationskapitals zur Betriebsstätte angewendet. Sie hat keine Auswirkungen auf die bilanzielle Verbuchung von konzerninternen Guthaben. Die quotenmässige Verlegung soll sich dabei allerdings nur auf Kreditkontrakte – d.h. auf die Aktiven des Bankenbuchs – beziehen. Dies impliziert auch, dass Wertberichtigungsposten und Abschreibungen nach derselben Quote auf die Konzerneinheiten verlegt werden müssen.

(3) Bewertung der wesentlichen Funktionen für die Zuteilung der Finanzaktiva

Es wurde gezeigt, dass unter den drei identifizierten wesentlichen Funktionen für das klassische Bankgeschäft keine Funktion bestimmt werden kann, welche einen höheren Grad an Wesentlichkeit für die Wertschöpfung aus dem Kreditgeschäft aufweist. Diese Gleichwertigkeit der drei identifizierten wesentlichen Funktionen für das klassische Bankgeschäft legt den Schluss nahe, dass auch der Wert der Finanzaktiva gleichmässig auf die Funktionsträger aufgeteilt werden soll, welche diese Funktionen ausüben. Eine Zuteilung von je einem Drittel des Wertes des Kreditkontraktes zu den Funktionsträgern, welche (i) die Identifizierung, Bewertung und Einpreisung des Risikos in den Kreditzins verantworten und (ii) die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Konzern sowie (iii) die Steuerung der durch den Abschluss des Kreditkontraktes in den

⁹⁶⁸ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

Haftungsbereich der Bank übernommenen bankspezifischen Risiken ausführen, kann diese Gleichwertigkeit der Funktionen abbilden.

Bei der Risikosteuerungsfunktion müssen unterschiedliche bankspezifische Risiken unterschieden werden, die jeweils unterschiedlichen Funktionsträgern zuzuordnen sind. Während das Liquiditäts- und Marktrisiko von der Treasury-Einheit gesteuert wird⁹⁶⁹, obliegt die Steuerung des Kreditrisikos dem Middle-Office des Kreditgeschäfts.⁹⁷⁰ Die Steuerung des Kreditrisikos bezieht sich ausschliesslich auf die Sicherung der Werthaltigkeit des Kreditkontraktes. Die Steuerung des Liquiditäts- und Marktrisikos hingegen geht auf die aus dem klassischen Bankgeschäft resultierenden Interdependenzen zwischen Aktiv- und Passivseite der Bankbilanz ein und sichert deshalb die Rendite aus dem Zinsdifferenzgeschäft als Ganzes. Es lässt sich entsprechend keine überwiegende Wesentlichkeit einer Teilfunktion ausmachen. Das der Funktion der Risikosteuerung zugewiesene Risiko soll entsprechend hälftig auf die Funktion der Kreditrisikosteuerung sowie jene der Steuerung des Liquiditäts- und Marktrisikos aufgeteilt werden.

b. Andere Vermögenswerte

Die Aktiven der Bank, welche ausserhalb des Bankenbuchs gebucht werden, können anhand der bestehenden interkantonalen Grundsätze auf die Konzerneinheiten verteilt werden.⁹⁷¹ Beteiligungen sollen unter verbundenen Unternehmen anhand ihrer gesellschaftsrechtlichen Verträge zugewiesen werden. Im Einheitsunternehmen sind Beteiligungen dem Stammhaus zuzuteilen, ausser eine spezifische Beteiligung dient ausschliesslich einer Betriebsstätte.⁹⁷²

⁹⁶⁹ Vgl. Abschnitt V.B.1 (S. 204) *m.w.H.*

⁹⁷⁰ Vgl. Abschnitt V.B.2.3 (S. 209) *m.w.H.*; vgl. FN 204 *m.w.H. zur Definition des Middle-Office.*

⁹⁷¹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*

⁹⁷² Vgl. auch ATHANAS, 101 ff, welcher die Zuordnung der Beteiligung anhand ihres Investitionszweckes für das Einheitsunternehmen fordert. Es ist allerdings anzumerken, dass das BGer bei der Zuordnung von Beteiligungen im Einheitsunternehmen Praktikabilitätsüberlegungen und damit (im entschiedenen Fall) die ausschliessliche Zuordnung der Beteiligung zum Stammhaus zugelassen hat. Im zu entscheidenden Fall forderte die Vorinstanz allerdings die quotenmässige Verlegung der Beteiligungen anhand der lokalisierbaren Aktiven. In Fällen, in denen die Beteiligung überwiegend einer Betriebsstätte dient, kann die Beteiligung dieser ausschliesslich zugeordnet werden (BGer 2C_312/2010, E.2.2; vgl. TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §32 N 16 *m.w.H.*).

Sachanlagen gelten als lokalisierbare Vermögenswerte und können deshalb nach dem Ort der Nutzung zugeordnet werden.

Hinsichtlich der Flüssigen Mittel einer Bank bestehen wiederum Besonderheiten bei der Universalbank. Flüssige Mittel sowie kurzfristige Vermögenswerte dienen der Bereitstellung der regulatorisch erforderlichen Liquiditätsreserve.⁹⁷³ Durch die Bereitstellung der Liquiditätsreserve kann die Bank Liquiditätsengpässe bewältigen – es entgehen ihr allerdings auch Einnahmen aus dem klassischen Zinsdifferenzgeschäft.⁹⁷⁴ Die Notwendigkeit der Liquiditätsreserve entsteht entsprechend direkt aus der Ausübung des Bankgeschäfts – allen voran aus der Erbringung des Zinsdifferenzgeschäfts. Die Fristeninkongruenz im Bankenbuch wirkt sich entscheidend auf die Höhe der Liquiditätsreserve aus.⁹⁷⁵ Die Leistungserstellung ausserhalb des Zinsdifferenzgeschäfts beinhaltet keine speziellen Liquiditätsrisiken und benötigt deshalb den «normalen» Liquiditätsbedarf eines wirtschaftenden Unternehmens. Der Liquiditätsbedarf des indifferenten Bankgeschäfts wird bei der Berechnung der regulatorisch erforderlichen Liquiditätsreserve lediglich im Rahmen der «sonstigen Mittelabflüsse» berücksichtigt.⁹⁷⁶ Eine verursachungsgerechte Allokation der Liquiditätsreserve alloziert deshalb den Grossteil der Flüssigen Mittel zu jenen Konzerneinheiten, welche das Zinsdifferenzgeschäft ausführen.

Die Notwendigkeit des Bestandes an Liquidität ergibt sich – analog zur Notwendigkeit an Finanzierungsmitteln – aus der Geschäftstätigkeit der Bank, welche die Rendite aus dem Bankgeschäft generieren soll. Die liquiden Mittel sind deshalb jener Konzerneinheit zuzuweisen, welche die für die Generierung der Rendite wesentlichen Funktionen ausübt. Die Höhe der Liquiditätsreserve wird von der Höhe der Einlagen und ausserbilanziellen Verpflichtungen sowie diverser erwarteter Mittelzuflüsse bestimmt.⁹⁷⁷ Eine direkte Zuordnung der liquiden Mittel ist deshalb nicht möglich. Es muss eine quotenmässige Zuordnung der bilanzierten Flüssigen Mittel vorgenommen werden.

Diese Zuteilung kann für das Zinsdifferenzgeschäft in Analogie zur Zuordnung der Finanzaktiven getätigt werden. Eine Zuteilung aufgrund der Quote der einer Konzerneinheit allozierten Finanzaktiven im Verhältnis zu den gesamten

⁹⁷³ Vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60) *m.w.H. zur Liquiditätsreserve.*

⁹⁷⁴ Vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60) *m.w.H.*

⁹⁷⁵ Die Höhe der Liquiditätsreserve bestimmt sich aus einer pauschalen Quote der erwarteten Nettoabflüsse aus den Einlagen im Bankenbuch, anderen ausserbilanziellen Verpflichtungen der Bank sowie sonstigen Mittelabflüssen wie bspw. Zinszahlungen auf Schuldtitel (vgl. FN 284).

⁹⁷⁶ Es handelt sich dabei um Zinszahlungen auf Fremdfinanzierungsinstrumenten und Dividendenzahlungen (FINMA, RS 2015/2, N 285.1).

⁹⁷⁷ Vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60; v.a. FN 284) *m.w.H.*

Vermögenswerten (ohne Aktiva der Liquiditätsreserve) bietet sich entsprechend für das Zinsdifferenzgeschäft an.⁹⁷⁸ Auch für das ausserbilanzielle Geschäft würde sich das Abstellen auf die zugewiesenen Aktiven als vertretbare Lösung für eine verursachungsgerechte Allokation der Flüssigen Mittel anbieten. Im Ergebnis würde einer Konzerneinheit ein Anteil an den Flüssigen Mittel zugewiesen werden, wenn dieser Sachanlagen, Beteiligungen etc. alloziert wurden. Aufgrund des hohen Anteils des Bankenbuchs an der Bilanzsumme würde einer lediglich im ausserbilanziellen Geschäft tätigen Konzerneinheit so ein relativ geringer Anteil an Flüssigen Mitteln zugewiesen werden. Dies entspricht dem Verhältnis des Bedarfs an liquiden Mitteln zwischen dem Zinsdifferenzgeschäft und dem indifferenten Bankgeschäft.

c. Darstellung der verursachungsgerechten Zuweisung der Vermögenswerte einer Universalbank für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung

Die verursachungsgerechte Zuweisung von Vermögenswerten einer Universalbank (ohne Handelsbuch) zu Zwecken der Kapitalabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis kann wie folgt dargestellt werden:

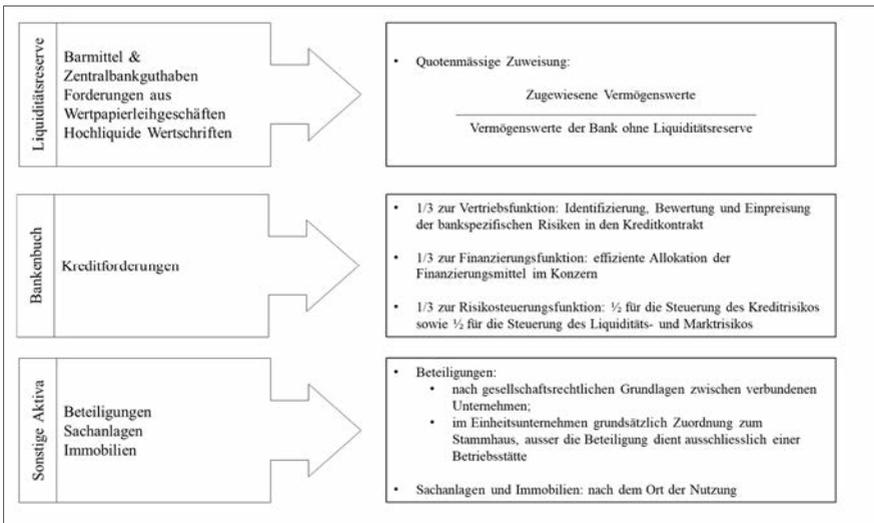


Abbildung 6: Anteilige Zuordnung der Vermögenswerte (eigene Darstellung)

⁹⁷⁸ Die Ermittlung der Gesamtsumme der Vermögenswerte des Bankkonzerns (ohne Liquiditätsreserve) würde jedoch eine Eliminierung der konzerninternen Guthaben zu Abgrenzungszwecken erfordern (vgl. Abschnitt VI.B.1.3.a(2) (S. 226) *m.w.H.*).

2. *Beurteilung der Notwendigkeit der Kapitalzuweisung zur Treasury-Einheit dem Grunde nach*

Wie in Abschnitt III.A⁹⁷⁹ dargestellt, übernimmt das Treasury Funktionen im Bereich der Finanzierung sowie der Risikosteuerung. Innerhalb der Finanzierungsfunktion stellt das Treasury die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Konzern sicher. Des Weiteren übernimmt das Treasury die operative Steuerung der Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiken. Der Treasury-Einheit der Universalbank müssen folgerichtig Vermögenswerte zugeordnet werden. Die zu Kapitalallokationszwecken konstruierte Vermögenssphäre der Bank lässt sich wie folgt darstellen:

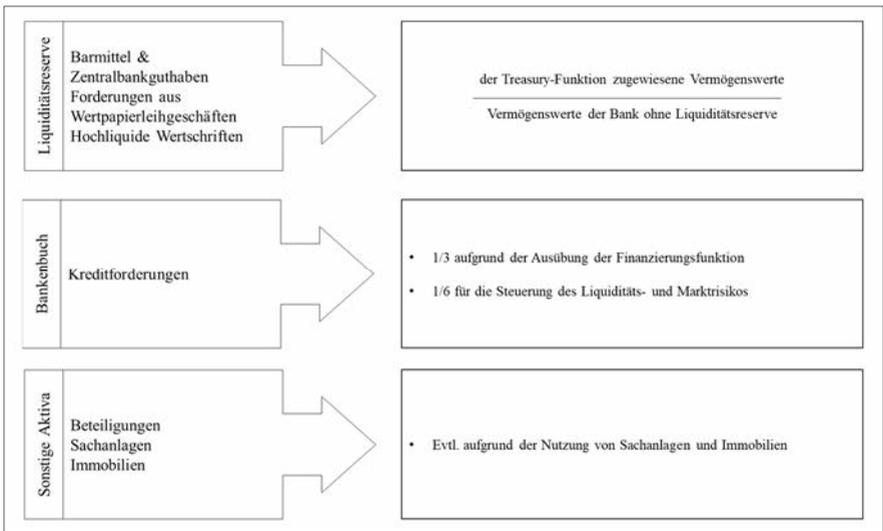


Abbildung 7: Darstellung der der Treasury-Einheit zuzuordnenden Vermögenswerte (eigene Darstellung)

Aufgrund der Zuordnung von Vermögenswerten partizipiert die Treasury-Einheit der Universalbank an der Kapitalabgrenzung. Es muss nun in einem zweiten Schritt festgestellt werden, wie hoch das der Treasury-Einheit zuzuweisende steuerbare Kapital für ein verursachungsgerechtes Abgrenzungsergebnis sein muss.

⁹⁷⁹ Vgl. S. 73.

C. Kapitalallokation zur Treasury-Einheit der Höhe nach

1. Betriebswirtschaftliche Grundlagen der funktionsgerechten Kapitalstruktur

Die funktionsgerechte Kapitalstruktur eines Unternehmens ergibt sich aus dem Gleichgewicht der Maximierung der Eigenkapitalrendite aufgrund des Hebeleffekts des Fremdkapitals sowie der Sicherstellung der Fortführung der Geschäftstätigkeit durch ein genügendes Eigenkapitalpolster. Das finanzielle Gleichgewicht eines Unternehmens und damit die Weiterführung seiner Geschäftstätigkeit kann aufgrund von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gefährdet sein.⁹⁸⁰ Die funktionsgerechte Kapitalstruktur muss sicherstellen, dass das Unternehmen jederzeit seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommen kann und allfällige Verluste nicht zu einer Überschuldung führen.⁹⁸¹ Das notwendige Eigenkapital wird entsprechend nach unten durch ein minimal notwendiges Eigenkapitalpolster begrenzt, welches im Verlustfall die Existenz des Unternehmens sichern kann.⁹⁸² Das Insolvenz- und Konkursrisiko des Unternehmens wird dabei nicht nur durch den Verschuldungsgrad bestimmt, sondern geht v.a. aus den Risiken der Geschäftstätigkeit des Unternehmens hervor. Je höher die Risiken aus der Geschäftstätigkeit des Unternehmens sind, desto höher muss das Eigenkapitalpolster sein, um im Verlustfall die Fortführung der Geschäftstätigkeit gewährleisten zu können.⁹⁸³

Das Insolvenzrisiko besteht aus Mittelabflüssen aufgrund der Materialisierung von unerwarteten Verlusten. Die Geschäftstätigkeit kann durch die dauerhafte Deckung dieser Mittelabflüsse aufrechterhalten werden. Die Fähigkeit zur dauerhaften Deckung und damit die Höhe des Insolvenzrisikos im Verlustfall wird durch die Fristigkeiten der Finanzierung sowie durch die Kapitalbindung der

⁹⁸⁰ BOEMLE/STOLZ, 81. Bei der Zahlungsunfähigkeit kann das Unternehmen mangels liquider Mittel seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen. Eine Überschuldung ist dann gegeben, wenn das Unternehmensvermögen nicht mehr ausreicht, um die Fremdkapitalverpflichtungen zu erfüllen.

⁹⁸¹ BOEMLE/STOLZ, 82.

⁹⁸² Ein Verlust kann gegen das Eigenkapital gebucht werden, ohne dass es zu einer den Konkurs des Unternehmens auslösenden Überschuldung kommt. Zudem dient das Eigenkapital dem Unternehmen langfristig. Es kann deshalb Vermögenswerte mit hoher Kapitalbindung finanzieren, ohne die Insolvenz der Gesellschaft im Verlustfall zu riskieren. *Vgl. auch* ANDRESEN, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 4.156.

⁹⁸³ BOEMLE/STOLZ, 111; BÖHI, 29.

Vermögenswerte bestimmt.⁹⁸⁴ Die Kapitalstruktur gibt die Fristigkeiten der Finanzierung der Vermögenswerte wieder. Das Eigenkapital hat gegenüber dem Fremdkapital eine bessere Fähigkeit, die Fortführung der Geschäftstätigkeit zu gewährleisten, da das Eigenkapital dem Unternehmen unbefristet zur Verfügung steht.⁹⁸⁵ Die Kapitalbindung bezieht sich hingegen auf die Eigenschaften der Vermögenswerte. Vermögenswerte, welche im Verlustfall zeitnah verwertet werden können, dienen der kurzfristigen Deckung von unerwarteten Mittelabflüssen. Sie können entsprechend das Insolvenzrisiko verringern. Konsequenterweise erfordern Unternehmen, welche eine Vermögensstruktur aufweisen, die sich durch eine geringe Kapitalbindung auszeichnet, weniger Eigenkapital zum Ausgleich von Verlusten. Eine Vermögensstruktur mit hoher Kapitalbindung bedingt hingegen ein erhöhtes Insolvenzrisiko, welches durch Eigenkapital aufgefangen werden muss.⁹⁸⁶

Betriebswirtschaftlich lässt sich die notwendige Höhe des Eigenkapitals als Minimalforderung formulieren. Die Höhe des betriebswirtschaftlich erforderlichen Kapitals hängt dabei von den Risiken der Geschäftstätigkeit sowie der Kapitalbindung der Vermögenswerte ab. Die Risikokomponente der Fristigkeiten der Finanzierung wird eben gerade durch die Ermittlung der betriebswirtschaftlich erforderlichen Eigenkapitalquote berücksichtigt. Folgerichtig muss die Kapitalabgrenzungsmethode die Höhe des Eigenkapitals anhand der aus der Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit entstehenden Risiken sowie der Kapitalbindung der der Konzerneinheit zugewiesenen Vermögenswerte ermitteln.

Im Folgenden werden die im interkantonalen und internationalen Steuerrecht bekannten Kapitalabgrenzungsmethoden im Kontext der ihnen jeweils zugrunde liegenden Abgrenzungstheorie dargestellt. Sodann werden diese Methoden anhand der hier entwickelten Anforderungen an die Abgrenzungsmethode kritisch gewürdigt.

⁹⁸⁴ SCHEFFLER, in: LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER, Konzernfinanzierung, N 8.27 f.

⁹⁸⁵ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52).

⁹⁸⁶ Es handelt sich dabei um die horizontale Finanzierungsregel, welche die optimale Kapitalstruktur anhand der Vermögensstruktur des Unternehmens beurteilt. Dabei wird im Sinne einer «goldenen Finanzierungsregel» die Kongruenz zwischen der Kapitalbindungsdauer und der Fristigkeit der diesen Vermögensgegenstand finanzierenden Mittel gefordert. Dabei soll Anlagevermögen mit Eigenkapital oder langfristigem Fremdkapital finanziert werden, während bei Umlaufvermögen aufgrund der geringen Kapitalbindungsdauer kurz- und mittelfristiges Fremdkapital zur Finanzierung herangezogen werden darf (BOEMLE/STOLZ, 106 f.; HAISS, 91; vgl. auch FN 168 für die *goldene Bankregel*). Das Insolvenzrisiko kann auch aufgrund der Finanzierung durch langfristiges Fremdkapital vermindert werden. Aufgrund der festen Verzinsung und seiner Fristigkeiten kann langfristiges Fremdkapital das Insolvenzrisiko im Vergleich zum Eigenkapital allerdings nur in geringerem Masse verringern.

2. *Verschiedene Methoden der Ermittlung des Verschuldungsgrades zu Zwecken der Kapitalabgrenzung im interkantonalen und internationalen Steuerrecht*

2.1. **Fremdvergleichskonforme Kapitalabgrenzungsmethoden**

Der Fremdvergleichsgrundsatz fordert eine Kapitalstruktur, welche ein selbständiges Unternehmen unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen gewählt hätte.⁹⁸⁷ Die Kapitalstruktur muss dabei anhand einer Funktions- und Risikoanalyse bestimmt werden. Aufgrund der identifizierten Funktionen und der in den Haftungskreis der Konzerneinheit allozierten Risiken muss grundsätzlich eine direkte Zuordnung von Eigen- und Fremdkapital zur Konzerneinheit erfolgen.⁹⁸⁸ Konsequenterweise wird der Konzerneinheit eine eigenständige Kreditwürdigkeit zugestanden, welche ihr Funktions- und Risikoprofil reflektiert. Dabei kann einer Konzerneinheit mehr Eigenkapital zugeordnet werden, als gesamthaft im Unternehmen vorhanden ist.⁹⁸⁹ Die Kapitalallokation bezweckt die Fiktion der Vermögenssphäre eines selbständigen und wirtschaftlich unabhängigen Unternehmens. Die Kapitalabgrenzung dient nicht nur der Zuweisung von Eigenkapital, sondern sie soll die gesamte Kapitalstruktur der Konzerneinheit konstruieren.⁹⁹⁰ Auf der Grundlage der allozierten Kapitalstruktur sollen sodann fremdvergleichskonforme Fremdkapitalzinsen ermittelt werden können.⁹⁹¹ Aufgrund der Auswirkungen der Kapitalabgrenzung auf die Kapital- und Gewinnermittlung muss die Finanzierungsfreiheit des Unternehmens gewahrt werden. Es kann sich bei den fremdvergleichskonformen Kapitalab-

⁹⁸⁷ BUCHHOLZ, 195. Gemäss HAISS, 72 f., muss der Fremdvergleichsgrundsatz die Finanzierungsfreiheit der Unternehmen (beschränkt) achten. Die Finanzierungsfreiheit der Steuerpflichtigen wird aber dann beschränkt, wenn die gewählte Finanzierungsstruktur «im Widerspruch zu den kaufmännischen und wirtschaftlichen Erfordernissen» steht (vgl. HAISS, 72 sowie LECHNER, 194 m.H. auf die Rechtsprechung des deutschen BFH).

⁹⁸⁸ Vgl. BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 485 m.w.H. zur Anwendung der direkten und indirekten Methode unter dem Fremdvergleichsgrundsatz. Die OECD lässt mit der Kapitalspiegelmethode aber auch quotenmässige Kapitalabgrenzungsmethoden unter dem Fremdvergleichsgrundsatz zu (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.121 ff.).

⁹⁸⁹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.140 ff.; HAISS, 74 m.H. auf andere Lehrmeinungen; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 326.

⁹⁹⁰ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.117.

⁹⁹¹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.150; vgl. Abschnitt VII.B.3.1.b (S. 276) m.w.H.

grenzungsmethoden mithin ausschliesslich um Untergrenzen der Eigenkapitalisierung handeln.⁹⁹² Für die Ermittlung dieser Untergrenzen der Eigenkapitalisierung ist entsprechend auf die betriebswirtschaftlichen Entscheidungsgrundlagen abzustellen. Wie oben dargestellt ergeben sich diese aus den Risiken der Geschäftstätigkeit einer Konzerneinheit sowie der Kapitalbindung der dieser Konzerneinheit zugewiesenen Vermögenswerte.⁹⁹³

Das Schweizer Steuerrecht setzt solche Mindestkapitalisierungsregeln für verbundene Unternehmen mit dem Tatbestand des verdeckten Eigenkapitals nach Art. 29a StHG.⁹⁹⁴ Als Fremdkapital verbuchte Finanzierungsmittel sollen in Eigenkapital umqualifiziert werden, wenn ihnen wirtschaftlich die Bedeutung einer Eigenfinanzierung zukommt.⁹⁹⁵ Massgeblich für den wirtschaftlichen Gehalt der Finanzierung ist die Frage, ob die Schuldnerin das Darlehen auch aus eigener Kraft von einem unabhängigen Drittgläubiger erhalten hätte.⁹⁹⁶ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterliegt die Beurteilung der

⁹⁹² Die Zielgrösse der Kapitalabgrenzung ist keine optimale Kapitalstruktur, sondern eine betriebswirtschaftlich notwendige Kapitalstruktur (HAISS, 130; BRÜLSAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 495; DERS., Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 199; LECHNER, 193 ff.). Es sind dabei Unter- und Obergrenzen der Eigenkapitalisierung denkbar. Dabei fehlt einer Obergrenze des Eigenkapitals in der Praxis wohl die Relevanz, da ein Fiskus kaum ein zu hohes Eigenkapital gegenüber dem Steuerpflichtigen geltend machen würde (vgl. HAISS, 80 f. *m.w.H.*; LECHNER, 189). Im Folgenden wird deshalb nur noch von einer Untergrenze der Eigenfinanzierung gesprochen.

⁹⁹³ Vgl. Abschnitt VI.C.1 (S. 232) *m.w.H.*

⁹⁹⁴ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.e (S. 140) *m.w.H.*

⁹⁹⁵ Vgl. Art. 29a StHG; vgl. auch HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §19 N 10; ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 19; BRÜLSAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 1.

⁹⁹⁶ ESTV, KS 6, 2; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §19 N 11; BRÜLSAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 24. Es geht somit um die Frage, welche maximale Höhe an Fremdkapital eine rechtlich und wirtschaftlich selbständige Gesellschaft von unabhängigen Gläubigern erhalten würde. Dabei kommt es nicht auf die Darlehensbedingungen des konzerninternen Darlehens an, sondern auf die Frage, ob ein unabhängiger Dritter die Kreditwürdigkeit des verbundenen Unternehmens gleich eingeschätzt hätte und das Darlehen bei gegebenem Verschuldungsgrad sowie wirtschaftlicher Unabhängigkeit der Schuldnerin vom Konzerngefüge gewährt hätte. In Fällen, in denen ein unabhängiger Dritter das Darlehen nicht gewährt hätte, ist davon auszugehen, dass der Darlehensgeber am unternehmerischen Risiko der Darlehensnehmerin partizipiert und folglich das gewährte Kapital als Eigenkapital zu beurteilen ist. Vgl. BRÜLSAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 25 f. *sowie* 29; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht I, §19 N 10; *anderer Meinung* ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 20.

wirtschaftlichen Bedeutung der Finanzierung dem Fremdvergleichsgrundsatz.⁹⁹⁷ Es werden sodann von der Praxis horizontale Finanzierungsregeln erfasst, welche die Mindestkapitalisierung einer Gesellschaft indirekt über die Definition von fremdvergleichskonformen Obergrenzen der Fremdfinanzierung herleiten.⁹⁹⁸ Diese maximal zulässige Fremdverschuldung wird anhand von Belehnungsgrenzen für verschiedene Kategorien von Vermögenswerten bestimmt. Die im Kreisschreiben festgelegten Belehnungsgrenzen werden aufgrund des dem Vermögenswert inhärenten Ausfallrisikos bestimmt.⁹⁹⁹ Das Ausfallrisiko für den Gläubiger wird dabei anhand des Zeitraums gemessen, welchen die Verwertung bzw. Liquidierung des Vermögenswertes – und damit die Begleichung der ausstehenden Schulden – dauern würde.¹⁰⁰⁰ Liquide Vermögenswerte werden entsprechend mit einer höheren Fremdfinanzierungskapazität erfasst. Bei Banken gilt die Eigenkapitalisierung als fremdvergleichskonform, wenn sie die Anforderungen im Hinblick auf die regulatorisch erforderlichen Eigenmittel erfüllen.¹⁰⁰¹

Auch auf internationaler Ebene kann die Kapitalstruktur mit Mindestkapitalisierungsregeln (sog. «thin capitalisation rules») auf ihre Fremdvergleichskonformität verprobt werden.¹⁰⁰² Die Kapitalstruktur einer Konzerneinheit wird im

⁹⁹⁷ Vgl. FN 637; vgl. BRÜLISAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 37 *m.H. zur Konformität des verdeckten Eigenkapitals mit dem Fremdvergleichsgrundsatz; anderer Meinung* BÖHI, 165. Gemäss HONGLER/BÖHI, 132, verlangt der Wortlaut von Art. 29a StHG vielmehr nach einer wirtschaftlichen Beurteilung der Funktion des jeweiligen Finanzierungselements. Nur so kann eine Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital im Sinne des Wortlauts von Art. 29a StHG vorgenommen werden.

⁹⁹⁸ Vgl. FN 638. Dabei ist zu beachten, dass die indirekte Herleitung der Mindestkapitalisierung über die Festlegung einer maximalen Fremdfinanzierungsquote i.d.R. zu einem anderen Ergebnis kommt als die direkte Festlegung der Mindestkapitalisierungsquote. Gleiche Ergebnisse können diese beiden Methoden nur dann erzielen, wenn das steuerpflichtige Unternehmen keine stillen Reserven aufweist (vgl. BRÜLISAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 57 *m.w.H.*).

⁹⁹⁹ BÖHI, 260; BRÜLISAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 61.

¹⁰⁰⁰ BÖHI, 261; HONGLER/BÖHI, 130, kritisieren an dieser Vorgehensweise, dass die heutige Kreditvergabe von Banken weniger auf die Vermögenslage, sondern vielmehr auf zukünftige Cashflows der Schuldnerin abstellt. Weiterhin kritisiert BÖHI, 262, dass das Abstellen auf eine durchschnittliche Belehnungsquote pro Aktivenkategorie der Forderung des Gesetzgebers nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht gerecht werden kann. Das Kreisschreiben enthält sodann keine betriebswirtschaftliche Begründung für die Anwendung der Belehnungsquoten und legt auch nicht dar, warum die wirtschaftliche Bedeutung der Finanzierungsmittel durch die Anwendung der Belehnungsquoten eruiert werden kann (HONGLER/BÖHI, 130).

¹⁰⁰¹ BÖHI, 220 f.; BRÜLISAUER/DIETSCHI, Komm. DBG, Art. 65 N 19 *sowie* 41; ZWAHLEN/LISSI, Komm. StHG, Art. 29/29a N 24.

¹⁰⁰² BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 498.

Rahmen eines tatsächlichen, äusseren Fremdvergleiches mit einem unabhängigen Unternehmen verglichen, welches ein gleiches oder ähnliches Funktions- und Risikoprofil aufweist.¹⁰⁰³ Dabei wird die relative Grösse des Verschuldungsgrades ermittelt, d.h., es wird im Gegensatz zu den Schweizer Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital nicht auf die Vermögensstruktur der Konzerneinheit abgestellt.¹⁰⁰⁴ Zu den Mindestkapitalisierungsregeln existieren Variationen, welche hauptsächlich auf die Besonderheiten der regulierten Branche der Banken und Versicherungen anwendbar sind. Dabei wird für den fremdvergleichskonformen Verschuldungsgrad auf die aufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen an Banken abgestellt. Weist eine Bank die aufsichtsrechtlich notwendigen Eigenmittel auf, so gilt ihre Kapitalstruktur als fremdvergleichskonform.¹⁰⁰⁵ Weiterhin wird bei Banken das ökonomische Eigenkapital, welches aufgrund von konzerninternen Risikobewertungsverfahren ermittelt wird, als fremdvergleichskonformes Mindestkapital anerkannt.¹⁰⁰⁶

Hinsichtlich der Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen können sich die OECD-Mitgliedstaaten auf keine allgemein gültige Methode einigen.¹⁰⁰⁷ Im Rahmen des AOA hat die OECD – aufgrund der Eigenheiten der Betriebsstätte – eine eigenständige Kreditwürdigkeit der Betriebsstätte verneint.¹⁰⁰⁸ Der

¹⁰⁰³ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.130 f. Beim «thin capitalisation approach» des AOA handelt es sich nicht um eine Mindestkapitalisierungsmethode, da diese Methode anhand eines tatsächlichen, äusseren Fremdvergleiches eine Bandbreite an fremdvergleichskonformen Verschuldungsquoten hervorbringen soll (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.131; ANDRESEN, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.40; LECHNER, 193).

¹⁰⁰⁴ Für die Ermittlung des Verschuldungsgrades einer Gesellschaft werden – im Gegensatz zu den Schweizer Regeln zum verdeckten Eigenkapital – vertikale Finanzierungsregeln zur Verprobung der Kapitalstruktur angewendet. Die Zusammensetzung der Vermögenswerte ist dabei irrelevant, sollte jedoch im Rahmen der Vergleichbarkeitsanalyse berücksichtigt werden. Die Aktivseite der (fiktiven) Bilanz der Konzerneinheit hat zudem Einfluss auf die Höhe der gesamthaft zugewiesenen Finanzierungsmittel.

¹⁰⁰⁵ Es handelt sich dabei um eine Safe-Harbor-Regelung, welche es der steuerpflichtigen Bank erlaubt, die Angemessenheit eines niedrigeren Dotationskapitals im Einzelfall nachzuweisen (BUCHHOLZ, 189). Die OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.136 f., bewerten diesen sog. «quasi thin capitalisation approach» sowie den «regulatory minimum capital approach» bei nicht-regulierten Unternehmen als wenig zielführend, da es schwer sein wird, objektive Bewertungsmaßstäbe für einen fremdvergleichskonformen Verschuldungsgrad zu finden.

¹⁰⁰⁶ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.128.

¹⁰⁰⁷ ANDRESEN, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.42; OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.147.

¹⁰⁰⁸ Gemäss OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.99, muss das Abgrenzungsergebnis dem Umstand Rechnung tragen, dass die Betriebsstätte keine eigene Haftungssphäre

AOA sieht deshalb auch die Kapitalspiegeltheorie als fremdvergleichskonforme Kapitalallokationsmethode vor.¹⁰⁰⁹ Bei der Kapitalspiegelmethode handelt es sich um eine quotenmässige Allokationsmethode, welche das Eigenkapital anhand der Quote der der Konzerneinheit zugewiesenen Aktiven zu den Gesamtaktiven des Unternehmens aufteilt. Der AOA fordert, dass der Zähler – d.h. die Grösse der der Konzerneinheit zugewiesenen Aktiven – auch die von der Konzerneinheit übernommenen Risiken widerspiegelt.¹⁰¹⁰ Da die Berücksichtigung der Risiken bei der Bewertung der Vermögenswerte bei Unternehmen ausserhalb des Banken- und Versicherungsbereiches Schwierigkeiten aufwirft, wird in der Lehre eine Modifikation der Kapitalspiegeltheorie gefordert. Dabei könnten Fremdkapitalanteile, bei welchen ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit einer Konzerneinheit festgestellt werden kann, direkt zugeordnet

hat und deshalb die Kreditwürdigkeit des Einheitsunternehmens teilt. Die Kapitalstruktur der Betriebsstätte muss deshalb jene des Einheitsunternehmens widerspiegeln. Garantiezusagen innerhalb des Einheitsunternehmens werden durch den AOA nicht anerkannt. Der AOA begründet diese Argumentation mit dem Grundsatz, dass für eine verursachungsgerechte Kapital- und Erfolgsabgrenzung das Eigenkapital immer den Risiken folgen muss (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.104). Der AOA widerspricht dieser Auffassung sodann, indem er bei den gemäss AOA zulässigen Methoden der Kapitalabgrenzung den «thin capitalisation approach» zulässt (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.129 ff.).

¹⁰⁰⁹ Die Qualifikation der Kapitalspiegelmethode als fremdvergleichskonforme Abgrenzungsmethode stösst in der Lehre auf Kritik (vgl. HAISS, 60; LECHNER, 192 f.; BUCHHOLZ, 185). Gemäss HAISS, 60, basiert die Kapitalspiegeltheorie auf der Annahme der Unternehmenseinheit und kann deshalb einer funktionsgerechten Zurechnung im Sinne des Fremdvergleichsgrundsatzes nicht gerecht werden. Die quotenmässige Allokation des Eigenkapitals anhand der Vermögenswerte vernachlässige die von einer Konzerneinheit ausgeführten Funktionen, da jeder Unternehmenseinheit die gleiche Finanzierungsstruktur zugewiesen werde. *Für eine Beurteilung dieser Kritik vgl. hinten Abschnitt VI.C.2.3 (S. 240).* Die Kapitalspiegelmethode wird von der OECD als «capital allocation approach» bezeichnet (vgl. OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.121 ff. m.w.H.). Dieser Begriff macht den Mechanismus der Kapitalspiegelmethode deutlich: Das Kapital wird anhand von Quoten aufgeteilt und nicht direkt zugewiesen.

¹⁰¹⁰ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.121. Nur so kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass gewisse Funktionen mit grösseren Risiken behaftet sind als andere. Deshalb muss einer Konzerneinheit, welche Funktionen mit grossem Risiko ausübt, ein höheres Eigenkapital zur Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit zugewiesen werden. Auf diese Weise kann die Kreditwürdigkeit des Gesamtunternehmens in der Betriebsstätte gespiegelt werden. Im Rahmen des sog. «BIS ratio approach» wird die Kapitalaufteilung bspw. im Verhältnis der der Konzerneinheit zugewiesenen nach regulatorischen Vorgaben gewichteten Risikoaktiva zu den Gesamtrisikopositionen des Unternehmens vorgenommen (BUCHHOLZ, 186).

werden.¹⁰¹¹ Das Eigenkapital sowie das nicht direkt zuzuweisende Fremdkapital werden sodann als Restgrösse quotenmässig zugewiesen.¹⁰¹²

2.2. Methoden der Kapitalabgrenzung gemäss der Theorie der Einheit des Unternehmens

Im interkantonalen Verhältnis orientiert sich die Kapitalabgrenzung an der Theorie der Einheit des Unternehmens.¹⁰¹³ Durch die Einheit des Unternehmens partizipiert die Konzerneinheit an den Finanzierungsmitteln und der Kreditwürdigkeit des Gesamtunternehmens. Das Ausscheidungsergebnis weist der Konzerneinheit folgerichtig die gleiche Kreditwürdigkeit wie dem Gesamtunternehmen zu. Die Kapitalabgrenzung kann dabei nur anhand von Quoten erfolgen, da der Konzerneinheit kein Sondervermögen zugewiesen werden soll.¹⁰¹⁴ Auch überschuldete Konzerneinheiten können am steuerbaren Eigenkapital partizipieren. Aus der Kapitalabgrenzung gemäss der Theorie der Einheit des Unternehmens resultieren keine Mindestquoten der Eigenkapitalisierung. Es findet vielmehr eine Aufteilung des steuerbaren Eigenkapitals statt.¹⁰¹⁵

¹⁰¹¹ Für eine direkte Zuordnung von Fremdkapital müssen die Fremdfinanzierungsmittel durch eine eigene Aussentransaktion der Betriebsstätte direkt zufließen und von dieser für Investitionen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit verwendet werden. Alternativ kann das Fremdkapital auch von einem anderen Unternehmensteil aufgenommen worden sein – dies allerdings mit der Zweckbindung des Fremdkapitals für die Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte. Damit wird die Fremdfinanzierungsaufnahme des Einheitsunternehmens durch die Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte veranlasst und die entsprechenden Finanzierungsmittel können der Betriebsstätte direkt zugeordnet werden (vgl. LECHNER, 190 f. *m.w.H.*; HAISS, 67 f.).

¹⁰¹² HAISS, 61; BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 488 mit Verweis auf HAISS, 61. Für die Verfechter dieser sog. modifizierten Kapitalspiegelmethode bietet die vorgängige direkte Zuweisung von Fremdkapitalposten eine bessere Berücksichtigung des Risiko- und Funktionsprofils der Unternehmensteile. Wie HAISS, 61, allerdings zutreffend argumentiert, muss für eine Kapitalspiegelung die gesamte Passivseite der Unternehmensbilanz gespiegelt werden. Eine kombinierte Anwendung der objektmässigen und quotenmässigen Kapitalabgrenzungsmethode unterwandert die Ziele der quotenmässigen Kapitalspiegelmethode.

¹⁰¹³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(1) (S. 152) *m.w.H.*

¹⁰¹⁴ Vgl. FN 682 *m.w.H.*

¹⁰¹⁵ Diese Festsetzung der Eigenkapitalgrösse pro Konzerneinheit greift nicht in die Finanzierungsfreiheit der Steuerpflichtigen ein, da die Kapitalabgrenzung die Grösse des Eigenkapitals lediglich zu Abgrenzungszwecken (und nicht für die Ermittlung des steuerbaren Eigenkapitals) bestimmt. Die Quotensumme darf dabei auch nicht 100% übersteigen, d.h., der steuerpflichtigen Gesellschaft wird in jedem Fall lediglich die von ihm als Eigenkapital in der Steuerbilanz ausgewiesene Grösse gesamthaft versteuert

Die Ermittlung der Quoten wird dabei von der Ermittlung der steuerbaren Bemessungsgrundlage für Kapitalsteuerzwecke getrennt.¹⁰¹⁶ Zudem wird nur das Eigenkapital alloziert. Eine quotenmässige Umlegung von Fremdkapital findet nach interkantonalem Steuerrecht im Einheitsunternehmen nicht statt.¹⁰¹⁷

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird das Kapital quotenmässig anhand des Verhältnisses der einer Konzerneinheit zugewiesenen Aktiven zu den Gesamtaktiven des Unternehmens alloziert.¹⁰¹⁸ Ergebnis der interkantonalen Kapitalallokation sind sodann Quoten, welche die Kantone auf die nach ihren kantonalen Steuerrechtsnormen ermittelte Steuerbemessungsgrundlage anwenden. Folgerichtig wendet auch das interkantonale Steuerrecht – analog zum AOA – die Kapitalspiegelmethode für die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen an.¹⁰¹⁹ Dadurch wird der Konzerneinheit der gleiche Verschuldungsgrad wie dem Gesamtunternehmen zugewiesen. D.h., es wird angenommen, dass jeder Vermögenswert mit dem gleichen Verhältnis aus Eigen- und Fremdkapital finanziert wird.¹⁰²⁰ Einen grossen Einfluss auf das Ergebnis der Kapitalabgrenzung hat dabei die Bewertung der Vermögenswerte, anhand welcher die Allokationsquoten bestimmt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Bewertung der Vermögenswerte das Wertverhältnis zwischen den Vermögenswerten korrekt wiedergeben.¹⁰²¹ In der Praxis wird dafür i.d.R. auf die Gewinnsteuerwerte abgestellt.¹⁰²²

2.3. Kritische Beurteilung der Kapitalabgrenzungsmethoden im Allgemeinen

Die Kapitalabgrenzungsmethoden müssen sich anhand ihrer Fähigkeit bewerten lassen, die Risiken der von der Konzerneinheit ausgeübten Geschäftstätig-

müssen. *Vgl.* Abschnitt VI.C.2.3 (S. 240) *für eine kritische Beurteilung der Anwendung der Kapitalspiegeltheorie bei verbundenen Unternehmen.*

¹⁰¹⁶ *Vgl.* Abschnitt IV.C.3.3.c(1) (S. 152) *m.w.H.*

¹⁰¹⁷ *Vgl.* Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*; Die Schuldzinsen werden sodann auch nicht aufgrund des durch die Kapitalabgrenzung ermittelten Verschuldungsgrades der Konzerneinheit verlegt, sondern nach Quoten im Rahmen der Gewinnabgrenzung ausgeschrieben. *Vgl.* Abschnitt VII.B.3 (S. 275) *für eine kritische Würdigung der quotenmässigen Umlegung des Finanzierungsaufwands.*

¹⁰¹⁸ *Vgl.* Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155; v.a. FN 692) *m.w.H.*

¹⁰¹⁹ *Vgl.* Abschnitt VI.C.2.1 (S. 234) *m.w.H.*

¹⁰²⁰ *Vgl.* FN 693 *m.w.H.*

¹⁰²¹ *Vgl.* Abschnitt IV.C.3.3.c(2) (S. 155) *m.w.H.*

¹⁰²² *Vgl.* HÖHN/MÄUSLI, §26 FN 21 (S. 402).

keit sowie die Kapitalbindung der der Konzerneinheit zugewiesenen Vermögenswerte bei der Höhe des zuzuweisenden Eigenkapitals zu berücksichtigen. Eine Abgrenzungsmethode, welche auf horizontale Finanzierungsregeln abstellt, kann die Kapitalbindung der Vermögenswerte adäquat berücksichtigen. Eine reine Bewertung des notwendigen Eigenkapitals basierend auf der vertikalen Finanzierungsstruktur – d.h. dem Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital – kann nur bei Gelingen eines äusseren, tatsächlichen Fremdvergleichs die unternehmerischen Risiken und die Risiken aus der Kapitalbindung wiedergeben. Es wird in der Praxis allerdings sehr selten ein unabhängiges Unternehmen mit gleicher (oder ähnlicher) Geschäftstätigkeit sowie Vermögensstruktur für eine Vergleichbarkeitsanalyse zu finden sein. Wird ein solches identifiziert, ist es sodann zumindest fraglich, ob der Fremdvergleich überhaupt eine repräsentative Kapitalstruktur hervorbringen kann, wenn es doch aufgrund der Finanzierungsfreiheit der Unternehmen keine typische Finanzierungsstruktur geben kann.¹⁰²³

Für andere Mindestkapitalisierungsmethoden, welche nicht auf einem tatsächlichen, äusseren Fremdvergleich basieren, müssen die Risiken der Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit in den Eigenkapitalisierungsquoten der Vermögenswerte berücksichtigt werden. Dies ist – ausserhalb der Bankindustrie – ein schwieriges Unterfangen, da die unternehmerischen Risiken nicht aus den Vermögenswerten der Konzerneinheit hervorgehen, sondern sich in der Geschäftstätigkeit an sich manifestieren. So werden dann auch bei den Schweizer Regeln zum verdeckten Eigenkapital keine operationellen Risiken in die Berechnung des Ausfallrisikos der Fremdfinanzierung einbezogen.¹⁰²⁴

Die Kapitalspiegelmethode stellt ein Instrument der Kapitalallokation nach der Theorie der Einheit des Unternehmens dar.¹⁰²⁵ Analog zu den Schweizer Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital wird hierbei anhand von horizontalen Finanzierungsregeln das Verhältnis von Fremd- und Eigenfinanzierung eines Vermögenswertes festgelegt. Bei der Kapitalspiegelmethode wird die gleiche

¹⁰²³ *Gleicher Meinung* BRÜLISAUER, Gewinnabgrenzung Betriebsstätte, 201; HAISS, 80 *so wie* 130; BUCHHOLZ, 229. *Vgl. auch* LECHNER, 193 f., welcher das Vorhandensein einer vergleichbaren Kapitalstruktur gänzlich verneint, da es keine angemessene Kapitalstruktur gebe. Jeder Unternehmer sieht sich bei Investitionsentscheidungen einer umfassenden Entscheidungsfreiheit gegenüber, wie er seine Investition finanzieren will. Der Fremdvergleich könne gemäss LECHNER, 194, auf die Frage nach einer angemessenen Kapitalisierungsstruktur keine Antwort geben.

¹⁰²⁴ Lediglich die Kapitalbindungsrisiken und damit Risiken aus der Finanzierung an sich werden durch die Belehnungsquoten der EStV beachtet. *Vgl. auch* HAISS, 119.

¹⁰²⁵ HAISS, 60; *vgl. auch* FN 1009 *m.w.H.*

Eigenfinanzierungsquote für sämtliche Vermögenswerte des Einheitsunternehmens angenommen. Das Ergebnis der Kapitalspiegelmethode hängt dadurch entscheidend von der Bewertung der Vermögenswerte ab. Fliessen die operationellen Risiken sowie die Risiken aus Kapitalbindung bereits in die Bewertung ein und erhöhen sie so den Finanzierungsbedarf der Vermögenswerte, kann das Abgrenzungsergebnis bei höheren Risiken auch eine höhere Eigenkapitalfinanzierung erreichen.¹⁰²⁶ Unabhängig von der angewendeten Abgrenzungstheorie kann das Abgrenzungsergebnis dem Risikoprofil der Konzerneinheit deshalb nur anhand einer Bewertung der Aktiven gerecht werden, welche neben den Risiken der Kapitalbindung auch die Risiken der Geschäftstätigkeit in die Bewertung miteinbeziehen.

Für die Frage, welche Methode im Allgemeinen zu einem verursachungsgerechten Abgrenzungsergebnis gelangt, muss zunächst die Frage nach der eigenständigen Kreditwürdigkeit der Konzerneinheit beantwortet werden. Wie in Abschnitt IV.D.2.2¹⁰²⁷ dargelegt, verfügt ein verbundenes Unternehmen zwar aufgrund des zivilrechtlichen Trennungsprinzip über eine eigenständige Rechtspersönlichkeit. Die Finanzierungsfreiheit des verbundenen Unternehmens wird jedoch durch seine organisatorische Einbindung in den Konzern stark eingeschränkt und damit die eigenständige Kreditwürdigkeit aufgrund der zentralen Willensbildung im Konzern in der Realität ausgehebelt.¹⁰²⁸ Die mangelnde wirtschaftliche Autonomie des verbundenen Unternehmens hinsichtlich seiner Kapitalstruktur bewirkt, dass die einzelne Steuerbemessungsgrundlage nicht das wirtschaftlich notwendige Eigenkapital wiedergeben muss, da das verbundene Unternehmen seine Finanzierungsmittel innerhalb des Konzerns ganz oder teilweise beziehen kann. Die Kapitalstruktur des verbundenen Unternehmens kann deshalb eine höhere Fremdfinanzierungsquote aufweisen als auf dem Markt erhältlich. Das steuerrechtliche Trennungsprinzip bedingt jedoch, dass das insgesamt im Konzern steuerbare Eigenkapital aus einer Addition der einzelnen verursachungsgerechten Eigenkapitalgrössen besteht.¹⁰²⁹ Die interne Finanzierung kann das gesamthaft im Konzern steuerbare Eigenkapital entscheidend beeinflussen. Die Kapitalabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen kann deshalb nicht anhand einer Aufteilung der addierten Steu-

¹⁰²⁶ Ein Vermögenswert, welcher ein höheres operatives Risiko sowie Kapitalbindungsrisiko aufweist, würde dabei mit einem höheren Wert in die Berechnung der Eigenkapitalquote einbezogen werden als ein anderer Vermögenswert, welcher das Unternehmen einem geringeren Risiko aussetzt.

¹⁰²⁷ *Vgl.* S. 170.

¹⁰²⁸ *Vgl.* Abschnitt IV.A.3.1 (S. 93) *m.w.H. zur Willensbildung im Konzern.*

¹⁰²⁹ *Vgl.* Abschnitt IV.D.3.3.b (S. 182).

erbemessungsgrundlagen vorgenommen werden. Vielmehr muss die Kapitalabgrenzungsmethode die Höhe des steuerbaren Eigenkapitals eines verbundenen Unternehmens auf seine verursachungsgerechte Höhe verproben.

Dem verbundenen Unternehmen muss somit zur Umsetzung des steuerrechtlichen Trennungsprinzips ein eigener Haftungskreis sowie eine eigenständige Kreditwürdigkeit fingiert werden. Folgerichtig muss dem verbundenen Unternehmen das für die Ausübung seiner Geschäftstätigkeit notwendige Eigenkapital alloziert werden. Es wird die Anwendung einer Mindestkapitalisierungsmethode notwendig, da diese – im Gegensatz zur Kapitalspiegelmethode – eine eigenständige Kreditwürdigkeit des verbundenen Unternehmens hervorbringt. Das verbundene Unternehmen muss eine Mindestausstattung an Eigenkapital aufweisen, welche es befähigt, die identifizierten Funktionen auszuüben und die damit verbundenen Risiken mit genügend Eigenkapital zu unterlegen, um seine Geschäftstätigkeit auch im Verlustfall – unabhängig vom Gesamtunternehmen – fortführen zu können. Für eine Verprobung des verbuchten Eigenkapitals eines verbundenen Unternehmens muss deshalb eine Mindestkapitalisierungsmethode angewendet werden, welche dem verbundenen Unternehmen ein fremdvergleichskonformes Eigenkapital zuteilt.

Die Betriebsstätte teilt hingegen die Kreditwürdigkeit des Einheitsunternehmens. Das Eigenkapital des Einheitsunternehmens wird innerhalb des Konzerns durch eine Mindestkapitalisierungsmethode abgegrenzt. Innerhalb des Einheitsunternehmens kann das so ermittelte Eigenkapital nur mit einer indirekten Methode aufgeteilt werden, da die Betriebsstätte die gleiche Kreditwürdigkeit wie das Einheitsunternehmen aufweisen muss. Für die Spiegelung der Kreditwürdigkeit muss die Aufteilungsmethode die Verteilung der Risiken innerhalb des Einheitsunternehmens angemessen berücksichtigen. Zwar wird einer Betriebsstätte keine eigene Haftungssphäre fingiert, für eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung müssen die Risiken jedoch aufgrund des Funktionsprofils der Betriebsstätte zugeteilt werden. Je mehr Risiken durch die Geschäftstätigkeit der Betriebsstätte in den Haftungsbereich des Einheitsunternehmens gelangen, desto mehr Kapital muss dieser Betriebsstätte zugewiesen werden. Ihre Geschäftstätigkeit ist ursächlich für diese Risiken, weshalb ihr auch das zusätzliche Kapital für eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung zuzuweisen ist.

Zusammenfassend kann geschlossen werden, dass eine verursachungsgerechte Kapitalabgrenzung auf horizontalen Finanzierungsregeln basieren muss. Dabei sind die Risiken aus der Geschäftstätigkeit bei der Bewertung der Vermögenswerte zu berücksichtigen. Für die Kapitalabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen muss eine Mindestkapitalisierungsregel zur Anwendung gelangen. Die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen hat indessen aufgrund

der Kapitalspiegelmethode zu erfolgen. Es wurde erkannt, dass dies bei Banken in der Praxis umsetzbar sein sollte. Dies wird im Folgenden erläutert.

3. *Beurteilung der Einflussfaktoren auf den verursachungsgerechten Verschuldungsgrad einer Konzerneinheit der Universalbank*

3.1. Beurteilung der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung einer Universalbank

a. Die Besonderheiten des Bankgeschäfts als Ausgangslage

Die Besonderheiten des Bankgeschäfts und die damit verbundenen Eigenschaften der Bankbilanz wirken sich entscheidend auf die Beurteilung der adäquaten Kapitalabgrenzungsmethode aus.¹⁰³⁰ Das klassische Bankgeschäft bedingt eine – verglichen mit anderen Branchen – sehr geringe Eigenkapitalquote der Bank.¹⁰³¹ Dies resultiert zum einen aus der Qualität des Zinsdifferenzgeschäfts, bei dem die Kredite bestenfalls durch Einlagen finanziert werden. Zweitens können die Banken zur Bereitstellung des regulatorisch notwendigen Eigenkapitals zu einem bestimmten Teil hybride Finanzierungsmittel einsetzen, welche bei Fortführung des Geschäftsgangs die Eigenschaften von Fremdkapital aufweisen.¹⁰³²

Bei der Bank stehen ausserdem finanzwirtschaftliche Risiken des Wertebereichs der Bankwertschöpfung im Vordergrund. Allerdings beinhaltet die Geschäftstätigkeit auch operationelle Risiken des Betriebsbereichs, welche mit Eigenkapital unterlegt werden müssen.¹⁰³³ Die Kreditrisiken sind dabei untrennbar mit den Vermögenswerten des Bankenbuchs verbunden, während die Liquiditäts- und Marktänderungsrisiken aus dem Zusammenspiel von Aktiven und Passiven der Bankbilanz entstehen.¹⁰³⁴ Die Kapitalbindung der Aktiven des Bankenbuchs wird durch die Laufzeit des Kredits sowie die Liquidität der Kreditposition definiert.

¹⁰³⁰ Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) *m.w.H. zu den Besonderheiten des Bankgeschäfts*; vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H. zu den Besonderheiten der Bankbilanz*.

¹⁰³¹ Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H.*

¹⁰³² Vgl. Abschnitt II.C.2.2 (S. 67) *m.w.H. zu den hybriden Finanzierungsformen der Banken*.

¹⁰³³ Vgl. Abschnitt II.B.1 (S. 34) *m.w.H.*

¹⁰³⁴ Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H.*

Weiterhin ist die Bankbilanz von den regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen geprägt. Die Eigenmittelanforderungen werden anhand der RWA, welche auf die Vermögenswerte sowie die diesen inhärenten Risiken abstellen, ermittelt.¹⁰³⁵ Es handelt sich somit auch hier um horizontale Finanzierungsregeln, welche auf die Vermögenswerte sowie die Erfolgsrechnung des Bankinstituts abstellen.¹⁰³⁶ Die RWA beinhalten bei Banken ausschliesslich das Kreditrisiko sowie das operationelle Risiko, wobei letzteres nicht anhand von Vermögenswerten, sondern auf Grundlage der Ertragsindikatoren aus dem Zinsdifferenz- und Vermögensverwaltungsgeschäft bewertet wird.¹⁰³⁷ Die Gewichtung der Kreditaktiven findet dabei primär anhand des Ausfallrisikos des Kredits statt. Die Laufzeit sowie die Liquidität der Kredite wird hingegen wenig bzw. gar nicht beachtet.¹⁰³⁸ Der Schweizer Regulator reguliert das finanzwirtschaftliche Risiko aus der Kapitalbindung der Kreditaktiva und anderer Vermögenswerte der Bank durch die regulatorischen Liquiditätsvorschriften.¹⁰³⁹ Des Weiteren beinhalten die RWA nicht nur aktivierte Vermögenswerte, sondern auch nicht-bilanzierte, risikobehaftete Finanzverträge, welche mangels einer Aktivierung keine Finanzierungsmittelbindung beanspruchen.¹⁰⁴⁰

- b. Die verursachungsgerechte Eigenkapitalquote eines verbundenen Unternehmens des Bankkonzerns
- (1) Regulatorische Eigenmittelanforderungen als Grundlage der Verprobung der Eigenkapitalquote eines verbundenen Bankunternehmens?

Die Interpretation des «erforderlichen» Eigenkapitals einer Bank unterscheidet sich je nach Blickwinkel der entsprechenden Anspruchsgruppen der Bankunternehmung. Während die Regulatoren bei der Definition des notwendigen Eigenkapitals den Schutz der Anleger sowie die Gewährleistung eines funktionierenden Finanzplatzes verfolgen¹⁰⁴¹, bemessen die Rating-Agenturen das

¹⁰³⁵ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H.*

¹⁰³⁶ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 2816.

¹⁰³⁷ Vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54; v.a. FN 253).

¹⁰³⁸ Vgl. FN 251 *m.w.H.*

¹⁰³⁹ Vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60) *m.w.H. zu den regulatorischen Liquiditätsanforderungen.*

¹⁰⁴⁰ Vgl. FN 250 *m.w.H.*

¹⁰⁴¹ Vgl. Abschnitt II.B.4.1 (S. 48) *m.w.H.*

notwendige Eigenkapital anhand der Kreditwürdigkeit des Bankinstituts. Die Bank selbst wird eine optimale Verzinsung des Eigenkapitals für ihre Attraktivität bei den Investoren bei der Festlegung des erforderlichen Eigenkapitals in den Fokus stellen.¹⁰⁴² Es fragt sich deshalb, aus welchem Blickwinkel die Frage nach dem erforderlichen Eigenkapital für Abgrenzungszwecke betrachtet werden muss.

Die regulatorischen Eigenmittelanforderungen gelten auf Stufe des verbundenen Unternehmens sowie konzernweit.¹⁰⁴³ Für die Verprobung des bilanzierten Eigenkapitals bei verbundenen Unternehmen könnte entsprechend auf die regulatorischen Eigenmittelanforderungen abgestellt werden. Fraglich ist nun, ob die regulatorischen Eigenmittelanforderungen – wie in der Praxis zum verdeckten Eigenkapital nach Art 29a StHG vorgesehen¹⁰⁴⁴ – als Mindestkapitalisierungsregel für die Verprobung des bilanzierten Eigenkapitals des verbundenen Unternehmens herangezogen werden können. Im Allgemeinen wird eine Mindestgrösse an Eigenkapital gesucht, welche ein Unternehmen benötigt, um seine Geschäftstätigkeit auszuüben. Die regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen schränken das Zinsdifferenzgeschäft ein mit dem Ziel, das Risikoprofil der banklichen Wertschöpfung auf ein volkswirtschaftlich sinnvolles Niveau zu führen.¹⁰⁴⁵ Dabei benötigt eine Bank die regulatorisch geforderten Eigenmittel, um das Bankgeschäft in der Schweiz ausüben zu dürfen.¹⁰⁴⁶ Das regulatorisch erforderliche Eigenkapital kann deshalb mithin als Mindestgrösse dessen betrachtet werden, welche für die Ausübung der Geschäftstätigkeit eines Bankinstituts notwendig ist. Im Folgenden gilt es deshalb zu beurteilen, inwieweit die regulatorischen Eigenmittelanforderungen für die Verprobung der Eigenkapitalquote eines verbundenen Unternehmens des Bankkonzerns herangezogen werden können.

¹⁰⁴² BODEMER/VOLLENWEIDER, 112.

¹⁰⁴³ *Vgl.* Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54).

¹⁰⁴⁴ *Vgl.* Abschnitt VI.C.2.1 (S. 234; *v.a.* FN 1001).

¹⁰⁴⁵ *Vgl.* Abschnitt II.B.4 (S. 48; *v.a.* FN 220) *m.w.H. zu den Zielen der regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen an die Banken.*

¹⁰⁴⁶ *Vgl.* Art. 42 Abs. 4 ERV. Die Eigenmittelvorschriften müssen von der Bank dauernd eingehalten werden. Werden die Eigenmittelanforderungen aufgrund eines Verlustes unterschritten, muss eine sofortige Meldung an die FINMA erfolgen (EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 2815).

(2) Bewertung der Vermögenswerte zu Kapitalabgrenzungszwecken

Zunächst gilt es zu beurteilen, ob die regulatorischen Ansätze zur Bestimmung der RWA zielführend für die Bewertung der Vermögenswerte zu Abgrenzungszwecken sind.

Als Ausgangslage für die Bewertung der Vermögenswerte wählt der Schweizer Regulator den Positionswert eines Vermögenswertes. Der Positionswert stellt den erwarteten, ausstehenden Forderungsbetrag im Zeitpunkt des Kreditausfalls dar. Es handelt sich folgerichtig um den Buchwert der Forderung abzgl. allfälliger Wertberichtigungen oder Abschreibungen.¹⁰⁴⁷ Durch das Abstellen auf den Positionswert dient der maximale Vermögensschaden bei Eintritt des unerwarteten Kreditrisikos als Grundlage für die Berechnung des notwendigen verlustabsorbierenden Eigenkapitals. Erwartete Kreditrisiken schmälern bereits innerhalb der Wertberichtigungspositionen das Eigenkapital und müssen deshalb bei der Ermittlung des erforderlichen Eigenkapitals nicht mehr berücksichtigt werden.¹⁰⁴⁸ Folgerichtig müssen Wertberichtigungen auf Kreditforderungen sowie etwaige Sicherheiten, welche den Positionswert der Forderungen zu Zwecken der RWA-Bewertung vermindern, der (anteiligen) Zuteilung der Finanzaktiven folgen. Nur so können schlussendlich die dem verbundenen Unternehmen zugewiesenen Finanzaktiven auch anhand der regulatorischen Vorgaben gewichtet werden.

Die Gewichtung der Vermögenswerte wird sodann bei allen Vermögenswerten angewendet, welche ein Kreditrisiko aufweisen.¹⁰⁴⁹ Wie in Abschnitt VI.C.3.1.a¹⁰⁵⁰ dargestellt, erfolgt die Gewichtung der Kreditaktiva dabei lediglich anhand des ihnen inhärenten, unerwarteten Kreditrisikos. Liquiditäts- sowie Zinsänderungsrisiken werden bei der Risikogewichtung grundsätzlich nicht berücksichtigt.¹⁰⁵¹

Liquiditätsrisiken werden im Rahmen der Liquiditätsreserve gedeckt.¹⁰⁵² Diese wird aufgrund der allozierten Vermögenswerte zugewiesen.¹⁰⁵³ Entsprechend müssen erwartete Liquiditätsrisiken bei der Bewertung der Vermögenswerte berücksichtigt werden. Die Schwierigkeit bei der Berücksichtigung des Liquiditätsrisikos eines Vermögenswertes ist der Umstand, dass sich das Liquiditätsrisiko aus dem Zusammenspiel der Kapitalbindung des Vermögenswertes und

¹⁰⁴⁷ HARTMANN-WENDEL/PFINGSTEN/WEBER, 537.

¹⁰⁴⁸ BINGERT/HEINEMANN, BSK-BankG, Art. 4 N 78; HARTMANN-WENDEL/PFINGSTEN/WEBER, 331.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Art. 49 Abs. 1 ERV.

¹⁰⁵⁰ Vgl. S. 244.

¹⁰⁵¹ Vgl. FN 251 *m.w.H. zur Gewichtung der Kreditaktiven*.

¹⁰⁵² Vgl. Abschnitt II.B.4.3 (S. 60).

¹⁰⁵³ Vgl. Abschnitt VI.B.1.3.b (S. 228) *m.w.H. zur Allokation der Liquiditätsreserve*.

der Fristigkeit seiner Finanzierung ergibt. Das Liquiditätsrisiko wird sodann mit der Anhäufung der Liquiditätsreserve sowie einer langfristigen Finanzierung (im besten Fall durch Eigenkapital) gesteuert. Für die Zuweisung der Liquiditätsreserve sowie des steuerbaren Eigenkapitals muss die Gewichtung der Vermögenswerte folgerichtig die Dauer der Kapitalbindung eines Vermögenswertes abbilden. Je länger die Kapitalbindung, desto höher die Gewichtung des Vermögenswertes. Die Gewichtungsregeln des Schweizer Regulators beachten hingegen die Kapitalbindungsdauer der Vermögenswerte nur teilweise bzw. bei Anwendung des Standardansatzes fliesst die Kapitalbindung des Finanzaktivums gar nicht in die RWA-Gewichtung ein.¹⁰⁵⁴ Die Zuweisung der Liquiditätsreserve anhand der regulatorisch ermittelten RWA würde entsprechend lediglich ungenügend nach Laufzeit der Kreditkontrakte differenzieren. Wie in Abschnitt VI.B.1.3.b¹⁰⁵⁵ festgestellt, kann die Zuweisung der Liquiditätsreserve anhand der bereits zugewiesenen Vermögenswerte das Gesamtengagement eines verbundenen Unternehmens im Differenzgeschäft der Bank abbilden und dabei den Liquiditätsbedarf der Geschäftstätigkeit des verbundenen Unternehmens annäherungsweise wiedergeben.¹⁰⁵⁶

Das Zinsänderungsrisiko wird nur bei der Eigenmittelquote des Eigenmittelpuffers berücksichtigt, nicht aber bei der Berechnung der RWA.¹⁰⁵⁷ Auch hier steht die Überlegung im Vordergrund, dass ein höheres Kreditengagement einer Bank mit einem höheren Zinsänderungsrisiko einhergeht. Dies vermag aber nur annäherungsweise richtig sein, da sich das Zinsänderungsrisiko aus dem Zusammenspiel der Zinsbindungsdauern der Aktiv- und Passivseite des Bankenbuchs ergibt. Dies impliziert auch, dass sich das Zinsänderungsrisiko nur ungenügend durch eine Berücksichtigung bei der Risikogewichtung der Kreditaktiven abbilden lässt. Insofern kann das Vorgehen des Regulators als

¹⁰⁵⁴ Vgl. FN 251 *m.w.H.*

¹⁰⁵⁵ Vgl. S. 228.

¹⁰⁵⁶ Die Berücksichtigung des Liquiditätsrisikos bei der Ermittlung der RWA ist ausschliesslich für die Zuweisung der Liquiditätsreserve wichtig, da das Liquiditätsrisiko durch die Anhäufung der Liquiditätsreserve gesteuert wird. Die regulatorischen Vorgaben fordern daher keine Unterlegung der Liquiditätsreserve mit Eigenmitteln (vgl. Ziff. 6.1 Anhang 3 der ERV für *Flüssige Mittel* sowie Ziff. 1.2 Anhang 2 der ERV für *Giroguthaben bei der SNB*). Lediglich kurzfristige Forderungen gegenüber anderen Banken werden mit einer Gewichtung von 20% in den Ratingklassen 1 bis 4 gewichtet (vgl. Ziff. 4.1. Anhang 2 der ERV).

¹⁰⁵⁷ Zinsänderungsrisiken werden ausschliesslich bei Ermittlung der Risikoklasse eines Bankinstituts berücksichtigt und haben deshalb nur indirekt Einfluss auf die Höhe der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel. Sie fliessen folgerichtig nicht bei der Ermittlung der RWA eines Bankinstituts ein, sondern haben lediglich Einfluss auf die regulatorisch geforderte Eigenmittelquote des Bankinstituts gemäss Anhang 8 der ERV.

zweckgemäss bewertet werden, da die Finanzierung des Kreditengagements einer Bank mit einer höheren Quote an (unverzinslichem) Eigenkapital zu einem Rückgang des Zinsänderungsrisikos führt.

Es kann somit geschlossen werden, dass die vom Schweizer Regulator vorgeschriebene Bewertung der Vermögenswerte zur Ermittlung der Eigenmittelvorschriften für eine Abbildung der Kredit-, Liquiditäts- sowie Zinsänderungsrisiken auch für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung genügt.

Mit Bezug zum operationellen Risiko ergeben sich hingegen einige Besonderheiten hinsichtlich der Ermittlung der Höhe der RWA. Die RWA, welche die regulatorisch notwendigen Eigenmittel bestimmen, bestehen nur teilweise aus den gewichteten, bilanzierten Vermögenswerten der Bank. Das operationelle Risiko fliesst in die RWA anhand von Ertragsindikatoren ein, welche sich nicht auf die in der Bankbilanz verbuchten Vermögenswerte beziehen. Bei Abstellen auf die einem verbundenen Unternehmen gemäss der in Abschnitt VI.B.1.3¹⁰⁵⁸ dargestellten Methodik zugewiesenen Vermögenswerte, werden die RWA-Ertragsindikatoren nicht berücksichtigt. Dadurch fliesst das operationelle Risiko nicht in die Berechnung der RWA zu Kapitalabgrenzungszwecken ein. Ein Einbezug der Ertragsindikatoren in die Bewertung der RWA zu Abgrenzungszwecken würde das Abgrenzungsergebnis jedoch Manipulationsmöglichkeiten aussetzen, da die Ertragsgrössen stark von der Verrechnungspreispolitik des steuerpflichtigen Konzerns abhängen.

Ohne Berücksichtigung der Ertragsfaktoren würde hingegen jenen verbundenen Unternehmen, welche lediglich das indifferente Bankgeschäft ausführen, nicht ausreichend Eigenkapital alloziert, um das aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit entstehende operationelle Risiko mit genügend Haftungssubstrat zu unterlegen. Dies widerspricht der wirtschaftlichen Realität der Geschäftstätigkeit der Bank, da das indifferente Geschäft operationelle Risiken in mindestens dem gleichen Umfang wie das Zinsdifferenzgeschäft aufweist. Für die Ermittlung der Mindesteigenkapitalquote müssen die operationellen Risiken deshalb unabhängig von den zugewiesenen Aktiven berücksichtigt werden.

Operationelle Risiken werden zu einem wesentlichen Teil aufgrund menschlichen Versagens schlagend.¹⁰⁵⁹ Je höher der Anteil der von den Mitarbeitenden eines verbundenen Unternehmens ausgeführten Arbeit an der Wertschöpfung des verbundenen Unternehmens ist, desto höher sollte der Eigenkapitalanteil zur Unterlegung der operationellen Risiken sein. Dies lässt sich annähernd mit der Bruttolohnsumme der Arbeitnehmenden eines verbundenen Unternehmens darstellen. Die Grösse der Bruttolohnsumme wird dabei als Summe des AHV-

¹⁰⁵⁸ Vgl. S. 224.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Abschnitt II.B.2.4 (S. 42) *m.w.H.*

pflichtigen Lohns der Arbeitnehmer der Bank definiert. Der für die AHV massgebende Lohn umfasst dabei den Stunden-, Wochen- oder Monatslohn zzgl. allfälliger geldwerter Vorteile des Arbeitnehmers wie bspw. Gratifikationen, Bonuszahlungen oder Naturalbezüge.¹⁰⁶⁰ Das Abstellen auf die Bruttolohnsumme hat den Vorteil, dass sich das Angestelltenverhältnis sowie der Arbeitsort der Mitarbeitenden eines Konzerns relativ zuverlässig bestimmen lassen und geringen Manipulationsmöglichkeiten ausgesetzt sind.¹⁰⁶¹ Weiterhin wird dabei das operationelle Risiko auch bei einer Ertragskrise in die Ermittlung der Mindesteigenmittelquote einbezogen, besteht doch das operationelle Risiko gerade auch bei schlechtem Geschäftsgang des Bankinstituts. Durch das Abstellen auf die Lohnsumme ist die Anzahl der Mitarbeitenden pro verbundenem Unternehmen sowie die Höhe der Löhne für die Abbildung des operationellen Risikos in der Grösse des Mindesteigenkapitals massgeblich. Der höhere Lohn von Kaderangestellten rechtfertigt nach Meinung der Autorin auch eine gesteigerte Notwendigkeit von Haftungssubstrat, da Kadermitarbeiter naturgemäss über höhere Verantwortung und Selbständigkeit in der Arbeitsausführung verfügen und so ein grösseres operationelles Risiko für die Bank darstellen.

Es ist somit zielführend, einen festzulegenden Anteil an der Bruttolohnsumme der Arbeitnehmenden eines verbundenen Unternehmens zu definieren, welcher – neben den RWA – als Grundlage zur Bestimmung des notwendigen Eigenkapitals dienen soll. Die Berücksichtigung der Lohnsumme für die Bestimmung der Mindesteigenkapitalquote eines verbundenen Unternehmens gewährleistet auch eine (minimale) Zuordnung von Eigenkapital zu den Kantonen, in denen ein verbundenes Unternehmen lediglich Vertriebsfunktionen wahrnimmt. Damit die Rolle des Eigenkapitals als Haftungssubstrat für die bankspezifischen Risiken jedoch sachgemäss im Abgrenzungsergebnis abgebildet wird, darf die Lohnsumme im Vergleich zu der Lage der Aktiven nur sehr gering bewertet werden. Es wird deshalb vorgeschlagen, bei der Berücksichtigung der Lohnsumme analog zur regulatorischen Bewertung des operationellen Risikos in den RWA vorzugehen. Wie die Ertragsindikatoren wird die Lohnsumme entsprechend in die RWA einberechnet. Aufgrund der geringen Grösse der Lohnsumme eines Bankunternehmens im Vergleich zu seiner Bi-

¹⁰⁶⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 2 AHVG.

¹⁰⁶¹ Vgl. unten Abschnitt VII.B.2.3 (S. 270) *m.w.H.* Es können sich Verzerrungen aufgrund von Lohnsatzunterschieden in den verschiedenen Steuerhoheiten ergeben (OESTREICHER, 184 f.). Diese Verzerrungen werden sich allerdings im innerschweizerischen Vergleich als gering erweisen.

lanzsumme, soll der Lohnaufwand der Bank vierfach in die für Kapitalabgrenzungszwecke errechnete RWA einberechnet werden.¹⁰⁶² Nur so kann das operationelle Risiko bei der Ermittlung der Mindesteigenkapitalquote zu Abgrenzungszwecken adäquat berücksichtigt werden.

Die Ausscheidung des Kapitals anhand der Lohnsumme findet dabei nicht separat von der Lage der Aktiven statt. Vielmehr soll der Anteil der RWA, welcher aufgrund der Lohnsumme gebildet wurde, wie ein fingierter Vermögenswert jener Konzerneinheit zugewiesen werden, bei welcher die jeweilige den Lohn verdienende Person örtlich tätig ist. So wird auch Filialen, welche reine Vertriebsfunktionen ausüben, ein (geringer) Anteil am steuerbaren Kapital der Bank zugewiesen.

Jene Vermögenswerte des Bankinstituts, welche weder als Kreditaktiven gelten noch der Liquiditätsreserve zugewiesen werden können, sollen zu 100% in die

¹⁰⁶² Der Schweizer Regulator verlangt, dass eine Quote von ca. 13% des Ertrags aus den verschiedenen Divisionen des Bankinstituts mit hartem Kernkapital gebildet werden muss, um das operationelle Risiko des Bankgeschäfts mit ausreichend Haftungssubstrat zu unterlegen: Beim Standard- und Basisindikatorenansatz gemäss Art. 92 f. ERV werden (im Durchschnitt) 15% der Ertragsindikatoren als Eigenmittelanforderungen bestimmt (FINMA, RS 08/21, N 6 sowie 23). Die so ermittelten Eigenmittelanforderungen werden 12.5-fach in die Berechnungsgrundlage der RWA einbezogen (vgl. Art. 42 Abs. 2 lit. d ERV), welche sodann mit ca. 7% hartem Kernkapital unterlegt werden (vgl. Art. 42 Abs. 1 ERV; vgl. hinten Abschnitt VI.C.3.1.b(3) (S. 252) für die Herleitung der Grösse 7% als regulatorische Mindestanforderung für das harte Kernkapital). Diese Berechnung resultiert in einer Quote von ca. 13% des Ertrags aus den verschiedenen Divisionen des Bankinstituts, welche mit hartem Kernkapital unterlegt werden muss. Die Grösse der Bruttolohnsumme ist bei einem Ertrag erwirtschaftenden Unternehmen grundsätzlich kleiner als der Ertrag aus dem Geschäftsbetrieb. Bei den Schweizer Banken macht der Personalaufwand ca. 50% des operativen Erfolgs aus (vgl. UBS, Geschäftsbericht 2019, 86; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 2 sowie 69; JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 88, ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 105). Da die Lohnsumme in die RWA einberechnet werden soll und die RWA mit einem durchschnittlichen Wert von 7% mit Eigenkapital unterlegt werden müssen, ist die Lohnsumme vierfach zu gewichten. So kann eine zwar geringe, aber doch sachgemässe Berücksichtigung des operationellen Risikos aufgrund der Lohnsumme sichergestellt werden. Auf diese Weise kann die durch den Regulator geforderte Berücksichtigung des operationellen Risikos anhand der Lohnsumme und analog zum Einbezug der Ertragskomponente in den für Kapitalabgrenzungszwecke ermittelten RWA sichergestellt werden. Die vierfach gewichtete Lohnsumme stellt dabei ca. 3-5% der ungewichteten Aktivensumme dar (vgl. UBS, Geschäftsbericht 2019, 8; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 321; JULIUS BÄR, Annual Report 2019, 90; ST. GALLER KANTONALBANK, Geschäftsbericht 2019, 104).

RWA einberechnet werden.¹⁰⁶³ Nur so kann auch für Immobilien und Sachanlagen ein noch zu ermittelnder Anteil an Eigenkapitalfinanzierung sichergestellt werden. Eine Ausnahme bilden hierbei die Beteiligungen an Unternehmen im Finanzbereich. Diese sind mit 150% ihres Buchwertes zu gewichten.¹⁰⁶⁴ Zudem werden Positionen der Liquiditätsreserve, welche kein bzw. ein sehr geringes Gegenparteirisiko aufweisen, mit 0% gewichtet und fliessen damit nicht in die RWA ein.¹⁰⁶⁵

Die Ermittlung der RWA für Zwecke der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung bei verbundenen Bankunternehmen wurde in diesem Abschnitt dargestellt. Für eine verursachungsgerechte Abbildung der Vermögens- und Risikostruktur einer Konzerneinheit wurden die regulatorischen Regeln der RWA-Ermittlung modifiziert. Es gilt nun zu beurteilen, welche Quote dieser RWA mit Eigenkapital unterlegt werden muss, damit die Kapitalstruktur des verbundenen Unternehmens als verursachungsgerecht im Sinne der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung bewertet werden kann.

(3) Definition der verursachungsgerechten Eigenkapitalquote des verbundenen Bankunternehmens

Zunächst kann festgestellt werden, dass nur die Grösse des Kernkapitals im Rahmen der Kapitalabgrenzung verprobt werden muss, da nur diese als steuerbares Eigenkapital gilt.¹⁰⁶⁶ Regulatorisch muss eine Bank in der Schweiz 4.5%

¹⁰⁶³ Vgl. Anhang 3 Ziff. 6.3 der ERV.

¹⁰⁶⁴ Vgl. Anhang 4 Ziff. 1.5 der ERV.

¹⁰⁶⁵ Zu diesen Positionen gehören v.a. das Bargeld sowie Giroguthaben bei der SNB (vgl. Anhang 2 Ziff. 1.2 der ERV). Forderungen gegenüber anderen Banken müssen hingegen mit einem Wert grösser 0 gewichtet werden. Die Gewichtung variiert von 20% bis 150% und wird anhand der Bonität der Gegenpartei sowie der Laufzeit der Forderung bestimmt (vgl. Anhang 2 Ziff. 4.1 sowie Ziff. 4.2 der ERV).

¹⁰⁶⁶ Die Definition des steuerlichen Eigenkapitals weicht von jener der regulatorischen Eigenmittel entscheidend ab. Während die Bank die regulatorischen Eigenmittelanforderungen – bis zu einem gewissen Grad – mit Finanzierungsmitteln decken kann, welche in der Situation der Fortführung der Geschäftstätigkeit handelsrechtlich als Fremdfinanzierung gelten, besteuert der kantonale Fiskus das einbezahlte Aktienkapital und die offenen Reserven (abzgl. eines allfälligen Verlustvortrages) der Bank (vgl. Abschnitt II.B.4.2.a (S. 52) sowie VI.A (S. 213) *m.w.H.*). Hybride Finanzierungsinstrumente, welche den Anforderungen des zusätzlichen Kernkapitals («AT1») genügen, gelten nicht als steuerbares Eigenkapital (HONGLER, 143). Die Quote der regulatorisch erforderlichen Eigenmittel lässt sich deshalb nicht direkt in die Grösse des steuerbaren

der RWA als hartes Kernkapital (sog. Mindesteigenmittel) aufbringen. Dazu kommt ein Eigenkapitalpuffer, welcher zwischen 3.7% und 2.5% der RWA in hartem Kernkapital angehäuft werden muss.¹⁰⁶⁷ Die Eigenkapitalquote, welche im Verhältnis zu den RWA berechnet wird, beläuft sich entsprechend auf 7% bis 8.2% der RWA. Für die Ermittlung der Mindesteigenkapitalquote kann im Folgenden von der niedrigsten Quote von 7% der RWA ausgegangen, welche in Form von hartem Kernkapital angehäuft werden muss.

Für Kapitalabgrenzungszwecke wird jene Quote an RWA gesucht, welche die Mindesthöhe des Eigenkapitals eines verbundenen Bankunternehmens so definiert, dass das Bankunternehmen genügend Haftungssubstrat aufweist, um seine Geschäftstätigkeit auszuüben. Durch die Definition der RWA wurden bereits Kredit-, Liquiditäts-, Zinsänderungs- sowie operationelle Risiken zu Zwecken der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung gewichtet. Dabei wurde festgestellt, dass die RWA aufgrund der Gewichtung u.U. geringer als das Total der Buchwerte der dem verbundenen Unternehmen zugewiesenen Vermögenswerte ausfallen können. Auch durch die Addition der vierfach gewichteten Lohnsumme können die RWA geringer als die gesamten Buchwerte des Bankinstituts ausfallen, da die gesicherten Kreditpositionen bei Banken einen Grossteil der Bilanzsumme einnehmen.¹⁰⁶⁸

Verglichen mit den Quoten, welche das Kreisschreiben Nr. 6 der EStV als maximale Fremdkapitalisierungsquoten für Nicht-Banken festlegt, konstruieren die vom Schweizer Regulator geforderten Eigenkapitalquoten eine Kapitalstruktur mit geringerem Eigenkapitalanteil.¹⁰⁶⁹ Bei der Festlegung der Eigenkapitalquote beachtet der Regulator die langfristige Fremdfinanzierung der Bank. So können gewisse Anteile der Eigenmittelforderungen in langfristigem, wandelbarem Fremdkapital angelegt werden. Bei Anhäufung dieses als Eigenmittel qualifizierten Fremdkapitals wird der geforderte Eigenkapitalanteil geringer. Auch der regulatorisch geforderte, bilanzielle Verschuldungsgrad fordert lediglich eine Eigenkapitalquote von 3% der ungewichteten Aktiven.¹⁰⁷⁰

Eigenkapitals übersetzen. Wohl aber entspricht die Grösse des Kernkapitals nach regulatorischer Terminologie der Grösse des steuerbaren Eigenkapitals (vgl. Abschnitt II.B.4.2.b (S. 54) *m.w.H.*).

¹⁰⁶⁷ Vgl. Anhang 8 der ERV.

¹⁰⁶⁸ Vgl. *bspw.* UBS, Geschäftsbericht 2019, 8; CREDIT SUISSE, Geschäftsbericht 2019, 300 f.; BANK CLER, Geschäftsbericht 2019, 4; ST. GALLER Kantonalbank, Geschäftsbericht 2019, 4.

¹⁰⁶⁹ Vgl. EStV, KS 6, 2, welche Eigenkapitalquoten bei Forderungen von mind. 15% verlangt. Zudem müssen auch Liegenschaften und anderes Anlagevermögen zu 20% - 50% mit Eigenkapital unterlegt werden.

¹⁰⁷⁰ Vgl. FN 278.

In der Praxis weisen Finanzinstitute dann auch eine geringere bilanzielle Eigenkapitalquote als Unternehmen anderer Branchen auf. Die bilanzielle Eigenkapitalquote im Bankensektor liegt im Durchschnitt bei 5% bis 10%.¹⁰⁷¹

Die vom Regulator ermittelte Eigenkapitalquote dient dem Schutz des Finanzsystems. Damit werden die Kosten des Bankgeschäfts internalisiert. Die Bank hat jene Menge an Eigenkapital bereitzustellen, welche sie zur Ausführung bzw. Weiterführung ihrer Geschäftstätigkeit benötigt, ohne dass der Staat im Falle einer finanziellen Schieflage helfend eingreifen muss. Eine verursachungsgerechte Kapitalallokation weist einer Steuerhoheit jenes Kapital zu, welches ein Unternehmen für die Ausübung der Geschäftstätigkeit auf seinem Hoheitsgebiet benötigt. Da das regulatorische Eigenkapital von mind. 7% der RWA zur Aufrechterhaltung Geschäftstätigkeit notwendig ist, kann eine verursachungsgerechte Kapitalallokation auf die regulatorisch geforderte Eigenkapitalquote abstellen.

c. Die verursachungsgerechte innerschweizerische Kapitalallokation zu einer Bankbetriebsstätte

Es wurde festgestellt, dass die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen ausschliesslich durch eine Aufteilung des durch das Einheitsunternehmen angehäuften Eigenkapitals ausgeführt werden kann. Es kommt deshalb keine Mindestkapitalisierungsquote, sondern die Aufteilung des steuerbaren Eigenkapitals anhand der Kapitalspiegeltheorie zur Anwendung.¹⁰⁷² Einer Betriebsstätte kann folgerichtig nicht mehr Eigenkapital zugewiesen werden, als im Einheitsunternehmen konsolidiert vorhanden ist.

Das Einheitsunternehmen bildet einen Haftungskreis. Verluste müssen vom Einheitsunternehmen als Ganzes aufgefangen werden. Der Schweizer Regulator stellt deshalb keine Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung einer inländischen Betriebsstätte einer Schweizer Bank. Das Eigenkapital kann entsprechend nicht aufgrund der regulatorischen Eigenmittelanforderungen innerhalb des Einheitsunternehmens aufgeteilt werden. Wie oben festgestellt, dienen die regulatorischen Eigenmittelanforderungen der Internalisierung der volkswirtschaftlichen Kosten des Konkurses eines Bankinstituts sowie der Gewährleistung der Aufrechterhaltung der Banktätigkeit bei widrigem Geschäftsgang. Aufgrund des einheitlichen Haftungskreises des Einheitsunternehmens treffen die Kosten eines Konkurses nicht die Steuerhoheit, in der das Einheitsunternehmen aufgrund der Betriebsstätte wirtschaftlich ansässig ist, sondern

¹⁰⁷¹ GABLER-Banklexikon, 429; HARTMANN-WENDELS/PFINGSTEN/WEBER, 259.

¹⁰⁷² Vgl. Abschnitt VI.C.2.3 (S. 240) *m.w.H. zur Notwendigkeit der Anwendung der Kapitalspiegeltheorie für die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen.*

sie müssen von allen Steuerhoheiten, in denen das Einheitsunternehmen aufgrund von Betriebsstätten tätig ist oder seinen Sitz hat, getragen werden. Nichtsdestotrotz kann eine Betriebsstätte aufgrund ihrer risikobehafteten Banktätigkeit einen erhöhten Eigenkapitalbedarf des Einheitsunternehmens auslösen. Aufgrund des Verursachungsprinzips muss die Aufteilung des Risikokapitals des Einheitsunternehmens deshalb die Qualität der Geschäftstätigkeit hinsichtlich der von dieser in den Haftungskreis des Einheitsunternehmens aufgenommenen Risiken berücksichtigen.

In Abschnitt VI.C.3.1.b(2) wurde die Bewertung der Vermögenswerte zu Abgrenzungszwecken bei verbundenen Unternehmen dargestellt. Die vorgeschlagene Bewertungsmethode berücksichtigt Kredit-, Liquiditäts-, Zinsänderungs- sowie operationelle Risiken. Sie kann deshalb auch als zielführend für die Kapitalabgrenzung zwischen Bankbetriebsstätte und Stammhaus im innerschweizerischen Verhältnis bewertet werden. Dies schliesst auch die Berücksichtigung des operationellen Risikos anhand der Lohnsumme des die Funktionen der Betriebsstätte ausübenden Personals ein. Die so für die Betriebsstätte ermittelten RWA werden ins Verhältnis zu den für das gesamte Einheitsunternehmen berechneten RWA gesetzt. Das steuerbare Kapital der Bank wird sodann aufgrund der erhaltenen Quote der Betriebsstätte alloziert.

3.2. Beurteilung der innerschweizerischen Kapitalabgrenzung zur Treasury-Einheit einer Universalbank im Besonderen

In Abschnitt VI.B.2¹⁰⁷³ wurde bereits gezeigt, dass der Treasury-Einheit ein wesentlicher Anteil an den Finanzaktiven sowie der Liquiditätsreserve zugewiesen wird. Diese Vermögenswerte werden mit dem zu Kapitalabgrenzungszwecken erarbeiteten RWA-Gewichtungsansatz gewichtet. Trotz geringem Personaleinsatz der Treasury-Einheit resultiert daraus ein erheblicher Anteil der Treasury-Einheit an den Gesamt-RWA des Bankunternehmens. Folgerichtig wird der Treasury-Einheit ein Grossteil des steuerbaren Eigenkapitals zur Besteuerung zugewiesen. Agiert die Treasury-Einheit als rechtlich eigenständige Konzerngesellschaft, so wird das von ihr zu versteuernde Mindestkapital aufgrund der Multiplikation der zugewiesenen RWA mit 7% ermittelt.

Wird die Treasury-Funktion von verschiedenen Konzerneinheiten ausgeübt, muss anhand einer Funktionsanalyse eine Verortung der wesentlichen Funktionen (Finanzierungs- und Risikosteuerungsfunktion) stattfinden. Das der Treasury-Einheit zugewiesene steuerbare Eigenkapital muss sodann anhand der

¹⁰⁷³ Vgl. S. 231.

Funktionsausübung auf die Konzerneinheiten, in welchen die Treasury-Funktion ausgeübt wird, alloziert werden.

D. Beispiele

Beispiel 1.1: Der Bankkonzern BankGroup führt die Banktätigkeit in den Kantonen A, B, C und D aus. Die Aufbaustruktur des Konzerns besteht aus der im Kanton A ansässigen Obergesellschaft sowie den Tochtergesellschaften B (ansässig im Kanton B), C (ansässig im Kanton C; ausschliessliche Vertriebstätigkeiten) und D (ansässig im Kanton D; ausschliessliche Vertriebstätigkeit). Die konsolidierte Bilanz der BankGroup präsentiert sich wie folgt:

konsolidierte Bilanz BankGroup per 31.12.

Flüssige Mittel	40'000	kurzfr. Verbindlichkeiten	31'000
Kredite*	95'000	Publikumseinlagen	69'000
- Wertberichtigungen	- 5000	Rückstellungen	2'000
Sachanlagen	2'000	Coco-Bonds	28'000
Immobilien	3'000	Eigenkapital	5'000
Total Aktiven	135'000	Total Passiven	135'000

* davon 70'000 gesicherte Kredite (mit Wertberichtigungen von 1000), welche einer RWA-Gewichtung von 60% unterliegen.

Die Einzelbilanz der Obergesellschaft A präsentiert sich folgendermassen:

Einzelbilanz Obergesellschaft A per 31.12.

Flüssige Mittel	40'000	kurzfr. Verbindlichkeiten	31'000
Kredite*	30'000	Publikumseinlagen	12'000
- Wertberichtigungen	-1'500	Rückstellungen	1'000
Beteiligungen an B, C & D**	5000	Coco-Bonds	28'000
Sachanlagen	1500	Eigenkapital	5'000
Immobilien	2000		
Total Aktiven	77'000	Total Passiven	77'000

*davon 20'000 gesicherte Kredite (mit Wertberichtigungen von 300), welche einer RWA-Gewichtung von 60% unterliegen.

**Das Eigenkapital in den Einzelbilanzen der Tochtergesellschaften beläuft sich auf 3'000 bei B sowie je 1'000 bei C & D

Die AHV-Lohnsumme der Angestellten beträgt 300, wovon 60% auf den Kanton A, 25% auf Kanton B, 10% auf Kanton C und 5% auf Kanton D entfällt. Auf die Treasury-Einheit, welche ausschliesslich aus dem Kanton A operiert, entfällt ein AHV-Lohnaufwand von 5. Die Funktion der Identifikation, Bewertung und Einpreisung des Kreditrisikos sowie die Bewirtschaftung des Kreditrisikos wird aus den Kantonen A und B ausgeübt. Dabei entfallen je 50% der Lohnsumme dieser Middleoffice-Arbeitsplätze auf den Kanton A bzw. B.

Die für die Zuteilung der Finanzaktiven massgeblichen Funktionen lassen sich folgendermassen lokalisieren:

VI. Analyse der verursachungsgerechten innerschweizerischen Kapitalallokation

	Vertriebsfunktion	Finanzierungs- funktion	Risikobewirtschaftungsfunktion	
			Kreditrisiko	Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiko
Anteil an Finanz- aktivum	1/3	1/3	1/6	1/6
Ausführende Ein- heit	Middle-Office	Treasury	Middle-Office	Treasury
Kanton	A (50%); B (50%)	A	A (50%); B (50%)	A

Folgerichtig wird dem Kanton A zu Kapitalabgrenzungszwecken 75% der Finanzaktiven zugewiesen, während der Kanton B 25% der Finanzaktiven erhält. Mangels Ausführens von massgeblichen Funktionen für die Generierung der Rendite aus den Kreditkontrakten werden dem Kanton C und D keine Finanzaktiven zugewiesen.

Das steuerbare Eigenkapital wird gemäss der hier entwickelten Allokationsmethode wie folgt auf die Kantone A, B, C und D ausgeschieden:

	Total	RWA-Ge- wichtung	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
RWA-Be- rechnung						
Kredite (ab- zgl. Wertbe- richtigung)	90'000					
Allokations- quote Kredite	100%		75%	25%	0%	0%
gesicherte Kredite	69'000	60%	31'050	10'350	-	-
ungesicherte Kredite	21'000	75%	11'812	3'938	0	0
Beteiligungen	5'000	150%	7'500			
Sachanlagen	2'000	100%	1'500	250	130	120
Immobilien	3'000	100%	2'250	500	130	120

VI. Analyse der verursachungsgerechten innerschweizerischen Kapitalallokation

AHV-Lohnsumme	300	400%	720	300	120	60
Total RWA ohne Flüssige Mittel	70'850		54'832	15'338	380	300
Quoten	100%		77%	22%	0.6%	0.4%
Flüssige Mittel	40'000		30'800	8'800	240	160
Total Aktiven (gewichtet)	110'850		85'632	24'138	620	460
Minimales Eigenkapital als Quote der zugewiesenen RWA	7%		7%	7%	7%	7%
steuerbares Mindestkapital	7'760		5'994	1'690	44	32
verbuchtes Eigenkapital	10'000		5'000	3'000	1'000	1000
steuerbares Eigenkapital	10'994		5'994	3'000	1'000	1'000

Beispiel 1.2: Die BankCo mit Sitz im Kanton A führt ihr Schweizer Geschäft in den Kantonen B, C und D durch Filialen aus. Bei den Filialen in den Kantonen C und D handelt es sich um blosse Vertriebsfilialen ohne Middle- und Backofficefunktionen. Die BankCo verfügt über keine Kapitalanlageliegenschaften. Die Bilanz der BankCo weist Aktiven im Wert von 120'000 sowie ein steuerbares Eigenkapital von 5000 auf. Die Bilanz der BankCo präsentiert sich wie folgt:

Bilanz BankCo per 31.12.

Flüssige Mittel	40'000	kurzfr. Verbindlichkeiten	31'000
Kredite*	95'000	Publikumseinlagen	69'000
- Wertberichtigungen	- 5000	Rückstellungen	2'000
Sachanlagen	2'000	Coco-Bonds	28'000
Immobilien**	3'000	Eigenkapital	5'000
Total Aktiven	135'000		120'000

*davon 70'000 gesicherte Kredite (mit Wertberichtigungen von 1000), welche einer RWA-Gewichtung von 60% unterliegen.

**nur Betriebsliegenschaften

Die AHV-Lohnsumme der Angestellten beträgt 300, wovon 60% auf den Kanton A, 25% auf Kanton B, 10% auf Kanton C und 5% auf Kanton D entfällt. Auf die Treasury-Einheit, welche ausschliesslich aus dem Kanton A operiert, entfällt ein AHV-Lohnaufwand von 5. Die Funktion der Identifikation, Bewertung und Einpreisung des Kreditrisikos sowie die Bewirtschaftung des Kreditrisikos wird aus den Kantonen A und B ausgeübt. Dabei entfallen je 50% der Lohnsumme dieser Middleoffice-Arbeitsplätze auf den Kanton A bzw. B.

Die für die Zuteilung der Finanzaktiven massgeblichen Funktionen lassen sich folgendermassen lokalisieren:

	Vertriebsfunktion	Finanzierungsfunktion	Risikobewirtschaftungsfunktion	
			Kreditrisiko	Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiko
Anteil an Finanzaktivum	1/3	1/3	1/6	1/6
Ausführende Einheit	Middle-Office	Treasury	Middle-Office	Treasury
Kanton	A (50%); B (50%)	A	A (50%); B (50%)	A

Folgerichtig wird dem Kanton A 75% der Finanzaktiven zugewiesen, während der Kanton B 25% der Finanzaktiven erhält. Mangels Ausführens von massgeblichen Funktionen für die Generierung der Rendite aus den Kreditkontrakten werden dem Kanton C und D keine Finanzaktiven zugewiesen.

Das steuerbare Eigenkapital wird gemäss der hier entwickelten Allokationsmethode wie folgt auf die Kantone A, B, C und D ausgeschieden:

	Total	RWA-Gewichtung	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
RWA-Berechnung						
Kredite (abzgl. Wertberichtigung)	90'000					
Allokationsquoten Kredite	100%		75%	25%	0	0
gesicherte Kredite	69'000	60%	31'050	10'350	0	0
ungesicherte Kredite	21'000	75%	11'812	3'938	0	0
Sachanlagen	2'000	100%	1'500	250	130	120
Immobilien	3000	100%	2'250	500	130	120
AHV-Lohnsumme	300	400%	720	300	120	60
Total RWA	63'350		47'332	15'338	380	300
Quoten	100%		75%	24%	0.6%	0.4%
Flüssige Mittel	40'000		30'000	9'600	240	160
Total Aktiven	103'350		77'332	24'938	620	460
Quoten	100%		75%	24%	0.6%	0.4%
steuerbares Kapital	5'000		3750	1'200	30	20

E. Fazit

Es wurde festgestellt, dass die Kapitalabgrenzung anhand der Lage der Aktiven vorgenommen werden muss. Nur so kann der Finanzierungsfunktion des Kapitals ausreichend Rechnung getragen werden. Für die Haftungsfunktion des Eigenkapitals wurde zudem festgestellt, dass die Risiken der Geschäftstätigkeit einer Konzerneinheit für die Kapitalabgrenzung einer Bank wesentlich sind. Diese Risiken werden im Rahmen der RWA-Bewertung, welche für die innerschweizerische Kapitalabgrenzung konzipiert wurde, für die Allokation einer verursachungsgerechten Kapitalausstattung der Konzerneinheit berücksichtigt. Das Kapital wird konsequenterweise hauptsächlich denjenigen Konzerneinheiten zugewiesen, welche die Funktion der Identifikation des Kreditrisikos, die Risikosteuerungs- sowie die Finanzierungsfunktion ausüben. Aufgrund der Berücksichtigung der Lohnsumme bei der Berechnung der RWA zu Abgrenzungszwecken kann auch das operationelle Risiko im Abgrenzungsergebnis abgebildet werden.

Wie schon allgemein für die Kapitalabgrenzung in Abschnitt IV.D.2.1¹⁰⁷⁴ gefordert, sollen die Aktiven anhand der Nutzung zugeordnet werden. Aufgrund der Besonderheiten des Bankgeschäfts kann für die Zuweisung der Finanzaktiven nicht auf den Ort der Nutzung des Vermögenswertes abgestellt werden. Die Zuweisung der Vermögenswerte muss gestützt auf den Ort der Nutzung der Finanzierungsmittel unternommen werden. Wie bereits in der Synthese gefordert, soll auch bei der Bank die Zuordnung der Aktiven für verbundene Unternehmen und im Einheitsunternehmen analog erfolgen. Dabei ist der Theorie der Konzernausstattung zu folgen, d.h., für die Zuordnung ist auf die Funktionen und nicht auf die Eigentumsverhältnisse bzw. die bilanzielle Verbuchung abzustellen.¹⁰⁷⁵

Die innerhalb der Synthese identifizierten Unterschiede¹⁰⁷⁶ zwischen verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten liegen auch bei Banken vor. Diese Unterschiede ergeben sich aus dem steuerrechtlichen Trennungsprinzip. Bei Banken kommt hier noch der Umstand hinzu, dass die regulatorischen Eigenmittelanforderungen sowohl auf Einzelinstitut- als auch auf Gruppenebene erfüllt werden müssen. So kann bei verbundenen Unternehmen nur eine Mindestkapitalisierungsmethode zur Anwendung gelangen. Mangels Steuersubjekteigenschaft kann bei der Betriebsstätte die Kapitalstruktur des Einheitsunternehmens gespiegelt und so die mit dem Einheitsunternehmen geteilte Kreditwürdigkeit nachempfunden werden. Wie oben erwähnt ergeben sich

¹⁰⁷⁴ Vgl. S. 165.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

¹⁰⁷⁶ Vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*

jedoch Unterschiede zur Synthese bei der Berücksichtigung von Risiken für die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen.

Im Gegensatz zur Forderung der Synthese¹⁰⁷⁷ werden für die Kapitalabgrenzung der Bank die aufgrund der Geschäftstätigkeit der Konzerneinheit aufgenommenen Risiken berücksichtigt. Die Berücksichtigung der übernommenen Risiken findet dabei sowohl für die Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen als auch zwischen verbundenen Unternehmen statt. Bei der Betriebsstätte erhöht sich bei risikointensiver Geschäftstätigkeit der Anteil des ihr zugewiesenen Dotationskapitals am Eigenkapital des Einheitsunternehmens. Diese Notwendigkeit ergibt sich aus der Bedeutung der Risiken für das Zinsdifferenzgeschäft und dem Umstand, dass die Risiken sich direkt aus den der Betriebsstätte zugeordneten Finanzaktiven ergeben.

Das Ergebnis der Kapitalabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen unterscheidet sich dabei jedoch von jenem der Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen. Bei gleicher Vermögenslage und gleichem konsolidierten Eigenkapital weist ein in verbundene Unternehmen aufgegliedertes Unternehmen ein höheres steuerbares Eigenkapital auf als das als Einheitsunternehmen agierende Unternehmen. Dieser Unterscheid resultiert aus dem steuerrechtlichen Trennungsprinzip.

Der Treasury-Einheit wird aufgrund der von ihr ausgeübten Funktionen im Bereich der Steuerung des Liquiditäts- und Zinsänderungsrisikos durch das Bilanzstrukturmanagement sowie die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Bankkonzern ein wesentlicher Anteil am steuerbaren Eigenkapital des Bankkonzerns zugewiesen. Es fällt dabei auf, dass einer Funktion, welche durch einen kleinen Anteil der Angestellten eines Bankkonzerns ausgeübt wird, in der Konsequenz ein Grossteil des steuerbaren Eigenkapitals zugeordnet werden kann. Dieses Kapitalabgrenzungsergebnis stützt sich auf die Erkenntnis, dass die Finanzierungsmittel der Bank zu einem grossen Teil bzw. fast ausschliesslich für das Zinsdifferenzgeschäft aufgewendet werden. Das Zinsdifferenzgeschäft generiert die Marge aus der Übernahme der bankspezifischen Risiken. Für die Allokation des Haftungssubstrats muss deshalb vorwiegend auf die wesentlichen Funktionen des Zinsdifferenzgeschäfts abgestellt werden. Der gesteigerte Bedarf an Haftungssubstrat des Zinsdifferenzgeschäfts ist deshalb durch das Abstellen auf die gewichteten Bruttoaktiven im Abgrenzungsergebnis nachvollzogen. Dem reduzierten Bedarf an Haftungssubstrat und Finanzierungsmitteln der anderen Funktionen wird durch den Einbezug der Lohnsumme für die Kapitalabgrenzungsquote bzw. die Ermittlung des Mindesteigenkapitals Rechnung getragen.

¹⁰⁷⁷ Vgl. Abschnitt IV.D.2.2 (S. 170) *m.w.H.*

Während der Treasury-Einheit aufgrund ihres Funktionsprofils ein grosser Teil des steuerbaren Eigenkapitals der Bank zugeordnet werden muss, gilt es zu beurteilen, ob ihr auch im Rahmen der Gewinnabgrenzung ein besonderes Attraktionspotential zukommt.

VII. Analyse der verursachungsgerechten Vergütung der konzerninternen Treasury-Einheit – die innerschweizerische Gewinnabgrenzung der Bank

A. Ausgangslage

Die Treasury-Funktion der Universalbank gilt – wie in Abschnitt III.A¹⁰⁷⁸ beschrieben – als werttreibende Funktion innerhalb der Wertschöpfung der Universalbank. Dabei dient die Treasury-Einheit allen Wertschöpfungsketten bei der Generierung des Mehrwertes.¹⁰⁷⁹ Das konzerninterne Treasury übernimmt die effiziente Allokation der Finanzierungsmittel im Bankkonzern und transferiert dabei die finanziellen Mittel zwischen den Divisionen, Konzerneinheiten und Wertschöpfungsketten. Eine Entlohnung der Treasury-Einheit kann dabei auf verschiedene Arten vorgesehen werden. So kann die Treasury-Einheit ihre Tätigkeiten aus der effizienten Allokation des Fremdkapitals anhand einer Marge auf dem Darlehenszins für interne Finanzierungsleistungen den anderen Konzerneinheiten verrechnen. Voraussetzung hierfür ist die Anwendung der objektmässigen Gewinnabgrenzungsmethode aufgrund von Verrechnungspreisen. Auf diese Weise würde die Treasury-Funktion als (selbständig fungierende) «Bank in der Bank» das Zinsdifferenzgeschäft zwischen den einzelnen Einheiten des Bankkonzerns betreiben, wofür sie sich aus der Marge zwischen Soll- und Habenzins vergüten liesse. Die Implikationen einer solchen direkten Gewinnabgrenzung zum Treasury werden im Folgenden aufgezeigt und hinsichtlich ihrer Umsetzbarkeit sowie mit Blick auf ein verursachungsgerechtes Abgrenzungsergebnis analysiert.

Weiterhin muss der Treasury-Einheit auch für ihre anderen Funktionen ein Gewinn alloziert werden. Die Modalitäten dieser Gewinnabgrenzung zur Treasury-Einheit werden im Folgenden untersucht. Im Mittelpunkt stehen dabei die Besonderheiten des Bankgeschäfts sowie der Treasury-Funktion innerhalb der Wertschöpfung der Universalbank. Es gilt deshalb zunächst die Gewinnabgrenzung einer Universalbank im Allgemeinen zu diskutieren. Anschliessend wird untersucht, ob die ermittelten Abgrenzungsmodalitäten auch auf die innerschweizerische Gewinnabgrenzung zur Treasury-Einheit angewendet werden können.

¹⁰⁷⁸ Vgl. S. 73.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Abschnitt V.B.1 (S. 204) *m.w.H.*

B. Allgemeine Überlegungen zur innerschweizerischen Gewinnallokation einer Universalbank

I. Auswirkungen der Besonderheiten des Bankgeschäfts auf die innerschweizerische Gewinnabgrenzung

In Abschnitt V.B.1¹⁰⁸⁰ wurde festgestellt, dass die Wertschöpfungsketten einer Universalbank sehr stark voneinander abhängen. Massgeblich hierfür ist die Ansiedlung des Zinsdifferenzgeschäfts im Wertbereich der Leistungserstellung. Die Interdependenzen resultieren aus der Qualität der Finanzmittel als Produktionsfaktor im klassischen Bankgeschäft sowie dem Transfer von Finanzierungsmitteln zwischen den Wertschöpfungsketten der Bank. Ausserdem werden Interdependenzen aufgrund der bankspezifischen Risiken geschaffen, welche sich aus den Besonderheiten der Bankbilanz ergeben.¹⁰⁸¹

Die Höhe des Finanzierungsaufwands ist massgeblich für den Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft. Der Finanzierungsaufwand nimmt dabei – im Vergleich zur Leistungserstellung bei Nicht-Banken – einen höheren Stellenwert bei der Generierung des Erfolgs aus dem klassischen Bankgeschäft ein, da der Ertrag *per definitionem* aus der Marge von Soll- und Habenzins entsteht. Die Allokation des Finanzierungsaufwands im innerschweizerischen Verhältnis ist deshalb massgeblich für die Gewinnabgrenzung einer Schweizer Universalbank. Der Zuweisung des Finanzierungsaufwands wird deshalb bei der Analyse der verursachungsgerechten Gewinnabgrenzung bei einer Universalbank ein besonderes Augenmerk geschenkt.¹⁰⁸²

Die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft generiert die Bank nicht nur durch die Bereitstellung von Anlage- und Finanzierungsfazilitäten, sondern auch durch die Übernahme der bankspezifischen Risiken. Die Steuerung dieser Risiken ist eine werttreibende Funktion innerhalb der Leistungserstellung der Bank.¹⁰⁸³ Es ist deshalb auch für die Gewinnabgrenzung wichtig, festzustellen, welche Konzerneinheit diese Risikosteuerung übernimmt. Überlegungen zur Zuweisung von Eigenkapital zur Unterlegung der von dieser Konzerneinheit gesteuerten Risiken wurden bereits im Hinblick auf die Kapitalabgrenzung in Abschnitt VI¹⁰⁸⁴ angestellt.

¹⁰⁸⁰ Vgl. S. 204.

¹⁰⁸¹ Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H. zu den Besonderheiten der Bankbilanz.*

¹⁰⁸² Vgl. Abschnitt VII.B.3 (S. 275) *m.w.H. zur Allokation des Finanzierungsaufwands bei einer Universalbank.*

¹⁰⁸³ Vgl. Abschnitt V.A.3 (S.200) *m.w.H.*

¹⁰⁸⁴ Vgl. S. 213.

Schliesslich gelten Bankleistungen als Dienstleistungen, welche naturgemäss den Personal-Funktionen bei der Leistungserstellung einen wesentlichen Stellenwert einräumen. V.a. die beratungsintensiven Dienstleistungen des Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäfts sowie die Vertriebsfunktion der Filialen bedingen eine personalintensive Leistungserstellung. Die Vertriebsfunktion der Kundenberatung und -pflege steht im Vordergrund der Wertschöpfung. Auch die Wertschöpfungskette «Finanzieren» beinhaltet personalintensive Funktionen, welche sich nur in geringem Masse standardisieren lassen. Personalkosten stellen daher einen grossen Teil der Aufwendungen dar.¹⁰⁸⁵

2. *Anwendbare Abgrenzungsmethode zur innerschweizerischen Gewinnabgrenzung einer Universalbank*

2.1. **Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode im Allgemeinen**

Die Gewinnabgrenzungsmethode muss zu einem verursachungsgerechtem Ergebnis kommen, welches eine Doppelbesteuerung sowie eine doppelte Nichtbesteuerung vermeidet und in der Praxis den Steuerpflichtigen und Steuerverwaltungen keinen übermässigen Aufwand aufbürdet.¹⁰⁸⁶ Dabei wurde festgestellt, dass bei Vorliegen einer stark integrierten Wertschöpfung¹⁰⁸⁷ der steuerbare Gewinn nur aufgrund einer formelhaften Gewinnaufteilung abgegrenzt werden kann.¹⁰⁸⁸ Aufgrund der Anwendung dieser zweiseitigen Abgrenzungsmethode, können die Synergieeffekte der Leistungserstellung im Konzernverbund adäquat berücksichtigt werden.¹⁰⁸⁹ Nur so kann das Abgrenzungsergebnis die Realität der Leistungserstellung im Bankkonzern abbilden. Die Gewinnabgrenzung der Universalbank muss deshalb anhand einer Gewinnaufteilungsmethode erfolgen.

¹⁰⁸⁵ Vgl. BAKBASEL, Schweizer Finanzsektor, 19 *m.w.H.*

¹⁰⁸⁶ Vgl. Abschnitt IV.C.1 (S. 112) *m.w.H.*

¹⁰⁸⁷ Das stark integrierte Geschäftsmodell der Bank zeigt sich in der Interdependenz der Wertschöpfungsketten (vgl. Abschnitt V.B.1 (S. 204) *m.w.H.*) sowie der divisionsübergreifenden Leistungserstellung (vgl. Abschnitt II.A.3.4 (S. 29) *m.w.H.*).

¹⁰⁸⁸ Bei Vorliegen einer stark integrierten Wertschöpfung bewertet die OECD die Gewinnaufteilungsmethode als einzig anwendbare Methode. Die anderen Verrechnungspreismethoden können mangels adäquater Vergleichbarkeit mit Referenztransaktionen nicht angewendet werden (vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H.*).

¹⁰⁸⁹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H.*

Obwohl es sich bei der Gewinnaufteilungsmethode grundsätzlich um eine quotenmäßige Abgrenzungsmethode handelt, anerkennt auch die OECD die Gewinnaufteilungsmethode als fremdvergleichskonform.¹⁰⁹⁰ Dabei kommt es jedoch auf die Umsetzung der Gewinnaufteilungsmethode an. Die Modalitäten der Gewinnaufteilungsmethode variieren je nach Definition des Anwendungsbereichs des Aufteilungsschlüssels sowie Wahl des anwendbaren Aufteilungsschlüssels. Die Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode ist grundsätzlich der Theorie der Einheit des Unternehmens zuzuordnen, kann aber u.U. auch die Anforderungen des Fremdvergleichsgrundsatzes erfüllen.

2.2. Anwendungsbereich der Gewinnabgrenzungsmethode

Bei Anwendung der indirekten Methode kann der Aufteilungsschlüssel auf die Leistungserstellung des gesamten Unternehmens angewandt werden. Dabei ist aber zu beachten, dass eine gleichgerichtete Wertschöpfung für ein sachgemäßes Abgrenzungsergebnis notwendig ist.¹⁰⁹¹ Die OECD fordert, dass für die Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode nur unter gewissen Umständen Geschäftsfälle zusammengefasst werden können. Es muss mithin ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Geschäftsfällen bestehen, diese müssen in enger zeitlicher Abfolge erbracht werden oder die Geschäftsfälle werden auch unter Dritten bei der Leistungserbringung zusammengefasst.¹⁰⁹² In der Praxis wird die Gewinnaufteilungsmethode auf ganze Divisions- oder Betriebsbereiche angewandt.¹⁰⁹³

Mit Blick auf die Besonderheiten der Leistungserstellung einer Universalbank könnte eine Aufteilung der Wertschöpfung in Divisionen¹⁰⁹⁴ sowie Wertschöpfungsstränge¹⁰⁹⁵ zu Zwecken der Gewinnaufteilung vorgenommen werden. Des Weiteren könnte eine Trennung von Zinsdifferenzgeschäft und indifferentem Bankgeschäft zu Zwecken der Gewinnabgrenzung vorgenommen werden.

Die Separierung der einzelnen Divisionen der Universalbank zu Zwecken der Gewinnabgrenzung kann zu keinem sachgemässen Abgrenzungsergebnis führen. Grund dafür sind die Interdependenzen zwischen der Leistungserstellung der einzelnen Divisionen der Universalbank. Die Aufbauorganisation nach Divisionen teilt die Leistungserstellung der Universalbank kundenorientiert

¹⁰⁹⁰ *Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) m.w.H.*

¹⁰⁹¹ *Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) m.w.H.*

¹⁰⁹² *Vgl. FN 624.*

¹⁰⁹³ *Vgl. FN 625.*

¹⁰⁹⁴ *Vgl. Abschnitt II.A.3.4.a (S. 29) m.w.H.*

¹⁰⁹⁵ *Vgl. Abschnitt II.A.3.3 (S. 19) m.w.H.*

auf.¹⁰⁹⁶ Sowohl das Zinsdifferenzgeschäft als auch das indifferente Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft werden dabei von mehreren Divisionen angeboten. So enthält bspw. die Division «Private Banking» Leistungen des klassischen Bankgeschäfts sowie Leistungen des indifferenten Bankgeschäfts. Bei einer divisionalen Aufteilung der Leistungserstellung im Bankkonzern würden entsprechend gleichgerichtete Wertschöpfungsprozesse auseinandergerissen. Diese Separation der Divisionen ist v.a. mit Blick auf die internen Finanzierungsflüsse problematisch, da Finanzierungsmittel in der Universalbank auch unter den Divisionen ausgetauscht werden. Zudem tragen die Leistungen der Divisionen Operations und Corporate Center zur Leistungserstellung der anderen Divisionen bei.¹⁰⁹⁷ Die Wertschöpfung der Universalbank findet entsprechend divisionsübergreifend statt.

Eine Aufteilung anhand der Wertschöpfungsketten «Anlegen», «Finanzieren» sowie «Zahlen» würde eine Anwendung des Aufteilungsschlüssels auf gleichgerichtete Prozesse der Leistungserstellung gewährleisten. Die Finanzierungsfunktion, welche sich über alle Wertschöpfungsketten der Bank erstreckt und diese miteinander verbindet, würde dabei jedoch nicht angemessen berücksichtigt. Aufgrund des Transfers der Finanzierungsmittel sind die Wertschöpfungsketten deshalb auf eine solche Weise integriert, dass eine Separierung der Wertschöpfungsketten zu keinem sachgemässen Abgrenzungsergebnis führen würde.

Weiterhin scheidet die Trennung von Zinsdifferenzgeschäft und indifferentem Bankgeschäft an der konzertierten Erwirtschaftung des Ertrags. Eine Zuordnung von Ertragskomponenten aus diesen beiden Arten des Bankgeschäfts ist aufgrund der Nachfrage von Leistungsbündeln durch den Kunden i.d.R. nicht möglich. Bei Banken, welche das indifferente Bankgeschäft anbieten, vertreibt der Kundenberater Dienstleistungen beider Arten des Bankgeschäfts. Diese werden als Leistungsbündel vom Kunden nachgefragt.¹⁰⁹⁸ Ein Grossteil der Funktionen lässt sich dabei nicht eindeutig dem differenten oder indifferenten Bankgeschäft zuordnen. Weiterhin findet durch das Cross-Selling der Bankprodukte eine Vermengung des Erfolgs aus den beiden Geschäftsbereichen der Bank statt, wobei jeder Geschäftsbereich vom anderen bei der Leistungserstellung und dem Absatz der Produkte profitiert.

Die stark integrierte Leistungserstellung der Universalbank bedingt deshalb, dass sämtliche Divisionen (ausgenommen das Investment Banking) sowie alle Wertschöpfungsketten konsolidiert für die Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode betrachtet werden müssen. Es gilt deshalb, einen Aufteilungsschlüssel zu finden, welcher angewendet auf die integrierte und vielfältige

¹⁰⁹⁶ Vgl. Abschnitt II.A.3.4.a (S. 29) *m.w.H.*

¹⁰⁹⁷ Vgl. Abschnitt II.A.3.4.a (S. 29) *m.w.H.*

¹⁰⁹⁸ Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.*

Leistungserstellung der Universalbank zu einem sachgemässen Ausscheidungsergebnis führt. Unschärfen im Abgrenzungsergebnis können durch eine objektmässige Zuordnung einzelner Ertragskomponenten gemildert werden.

2.3. Anwendbarer Aufteilungsschlüssel für die innerschweizerische Gewinnabgrenzung einer Universalbank

Ein sachgemässer Verteilungsschlüssel muss die Verteilungsgerechtigkeit unter den teilnehmenden Steuerhoheiten sicherstellen und Manipulationsmöglichkeiten der Steuerpflichtigen verhindern.¹⁰⁹⁹ Entsprechend der in Abschnitt IV.C.1¹¹⁰⁰ skizzierten Anforderungen an die Abgrenzungsmethode kann daraus geschlossen werden, dass der Gewinn zu jener Steuerhoheit alloziert werden soll, auf deren Gebiet die den Gewinn generierenden Funktionen ausgeführt wurden. Die Höhe der zuzuteilenden Quote am steuerbaren Gewinn soll sich dabei anhand des Grades der werttreibenden Eigenschaft einer Funktion messen.¹¹⁰¹

Aufgrund der Anwendung eines Aufteilungsschlüssels auf das Zinsdifferenzgeschäft sowie das indifferente Bankgeschäft muss ein Erwerbsfaktor bzw. eine Kombination aus Erwerbsfaktoren gefunden werden, welche die werttreibende Eigenschaft einer Funktion für das Zinsdifferenzgeschäft sowie das indifferente Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft im Abgrenzungsergebnis wiedergibt.

Beim Abstellen auf die Lohnsumme werden die personalintensiven Funktionen als werttreibender bewertet als Funktionen, welche durch eine geringe Personalintensivität zur Wertschöpfung beitragen.¹¹⁰² Im Bankgeschäft würde deshalb v.a. die Vertriebsfunktion der Kundenberater als werttreibend bewertet

¹⁰⁹⁹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(3) (S. 150) *m.w.H.* Neben der Sicherstellung der Verteilungsgerechtigkeit sowie der Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten steht die Vermeidung der Doppelbesteuerung sowie doppelten Nichtbesteuerung im Vordergrund. Die Vermeidung der Doppelbesteuerung sowie doppelten Nichtbesteuerung kann jedoch bereits durch die einheitliche Anwendung der Aufteilungsschlüssel im innerschweizerischen Verhältnis erzielt werden. Die Auswahl des Aufteilungsschlüssels ist dabei von geringer Bedeutung. Hier wird deshalb auf die Sicherstellung der Verteilungsgerechtigkeit sowie die Verhinderung von Manipulationsmöglichkeiten fokussiert.

¹¹⁰⁰ Vgl. S. 112.

¹¹⁰¹ Vgl. Abschnitt V.A.1 (S. 197) *m.w.H.*

¹¹⁰² Die Lohnsumme resultiert aus der Addition der Lohnaufwendungen (inkl. Bonuszahlungen und anderer gehaltsähnlicher Auszahlungen) für die für eine Konzerneinheit

werden. Wie in Abschnitt V.A.3¹¹⁰³ erläutert, stellt beim indifferenten Bankgeschäft die Vertriebsfunktion aufgrund der Beratung und der Kundenpflege durch den Kundeberater tatsächlich einen wesentlichen Werttreiber dar. Das Abstellen auf die Lohnsumme würde deshalb für die Vermögensverwaltung und Anlageberatung zu einem sachgemässen Abgrenzungsergebnis gelangen. Auf die gesamte Wertschöpfung der Universalbank angewandt, würde die Lohnsumme als Aufteilungsschlüssel jedoch dem indifferenten Bankgeschäft verhältnismässig mehr steuerbaren Gewinn zuweisen als dem Zinsdifferenzgeschäft.

Beim Zinsdifferenzgeschäft kann die Vertriebsfunktion der Kundenberaters nicht als Funktion mit hoher werttreibender Eigenschaft bewertet werden.¹¹⁰⁴ Die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft wird durch die Übernahme der Transformationsfunktion durch die Bank generiert. Das Zusammenspiel der Aktiven und Passiven in der Bankbilanz ist für den Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft massgeblich.¹¹⁰⁵ Deshalb steht die Finanzierungsfunktion sowie die Risikosteuerungsfunktion bei der Generierung des steuerbaren Gewinns aus dem Zinsdifferenzgeschäft im Vordergrund.¹¹⁰⁶ Die Lohnsumme als Aufteilungsschlüssel würde folgerichtig der personalintensiven Vertriebsfunktion des Kundenberaters eine höhere wertschöpfende Eigenschaft zusprechen, als ihr innerhalb der Wertschöpfung des Zinsdifferenzgeschäfts zukommt. Die Rolle der Finanzierungs- und Risikosteuerungsfunktion für die Wertschöpfung aus dem klassischen Bankgeschäft spiegelt sich nur in sehr geringem Masse in der Lohnsumme der diese Funktionen ausführenden Mitarbeiter wider.¹¹⁰⁷

Ein für das Zinsdifferenzgeschäft adäquater Aufteilungsschlüssel müsste vielmehr die übernommenen Risiken sowie die Wichtigkeit der Funktionen für die effiziente Verteilung der Finanzierungsmittel im Konzern abbilden. Dies kann nach Meinung der Autorin nur durch das Abstellen auf die Lage der gewichteten Vermögenswerte (hier als «gewichtete Bruttoaktiven» bezeichnet) erreicht

tätigen Mitarbeiter. Die Lohnsumme als Aufteilungsschlüssel unterstellt der Leistungserstellung, dass eine Einheit Lohn in jeder Konzerneinheit gleich viel Rendite für das Unternehmen erwirtschaftet (vgl. Abschnitt IV.C.3.3.b(3) (S. 150)).

¹¹⁰³ Vgl. S. 200.

¹¹⁰⁴ Vgl. Abschnitt V.A.3 (S. 200) *m.w.H.*

¹¹⁰⁵ Vgl. Abschnitt II.C.1 (S. 61) *m.w.H.*

¹¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt V.A.3 (S. 200) *m.w.H.*

¹¹⁰⁷ V.a. die Funktion des Treasury, welche die Finanzierungsfunktion sowie die Risikosteuerungsfunktion mit Blick auf die Liquiditäts- und Zinsänderungsrisiken beinhaltet, ist nicht personalintensiv. Vielmehr zeichnet sich diese Funktion durch eine im Vergleich zur Gesamtbank niedrige Lohnsumme aus (vgl. Abschnitt III.B (S. 88) *m.w.H.*).

werden. Die Lage der Vermögenswerte definiert sich dabei nach den in Abschnitt VI.B.1.3¹¹⁰⁸ erarbeiteten Grundsätzen. Die Finanzaktiven werden dabei jenen Konzerneinheiten zugeordnet, welche während der gesamten Laufzeit des Kreditkontraktes die wesentlichen werttreibenden Funktionen ausüben.¹¹⁰⁹ Die Rolle der Finanzierungs- und Risikosteuerungsfunktion für die Wertschöpfung des klassischen Bankgeschäfts wird dadurch im Abgrenzungsergebnis angemessen berücksichtigt. Weiterhin muss für die Bewertung der Vermögenswerte auf die in Abschnitt VI.C.3.1.b(2)¹¹¹⁰ definierten Bewertungsgrundsätze abgestellt werden. Hierbei wird allerdings der fingierte Vermögenswert, welcher durch die Integration der Lohnsumme bei der Ermittlung der RWA entsteht, nicht berücksichtigt.¹¹¹¹ Die Rolle des Personals kann durch die Lohnsumme als Teil des Aufteilungsschlüssels bereits angemessen berücksichtigt werden. Dadurch werden nur bankspezifische Risiken des Wertebereichs der Bank bei der Anwendung der gewichteten Bruttoaktiven einbezogen. Einer Konzerneinheit, welche höhere Risiken bewirtschaftet, wird aufgrund der Aufteilung anhand der gewichteten Bruttoaktiven ein höherer steuerbarer Gewinn zugeordnet. Durch Abstellen auf die Bewirtschaftung der Risiken kann den Besonderheiten des Zinsdifferenzgeschäfts angemessen Rechnung getragen werden. Gleichzeitig wird die Finanzierungsfunktion für die Aufteilung des steuerbaren Gewinns aus dem Zinsdifferenzgeschäfts aufgrund der Modalitäten der Zuordnung von Finanzaktiven angemessen berücksichtigt.

Im Rahmen des Zinsdifferenzgeschäfts werden allerdings auch Funktionen ausgeführt, welche nicht zu einer Zuordnung von Aktiven nach den in Abschnitt VI.B.1.3¹¹¹² erarbeiteten Grundsätzen führen. Diese Aktivitäten können als Routinefunktionen eingestuft werden.¹¹¹³ Für eine verursachungsgerechte Gewinnabgrenzung muss diesen Funktionen jedoch ein ihrer werttreibenden Qualität entsprechender (kleiner) Anteil am steuerbaren Gewinn alloziert werden. Es handelt sich dabei namentlich um die Vertriebsfunktionen der Filialen sowie um gewisse als Hilfsfunktionen qualifizierende Funktionen des Corporate Centers und des Back-Office der Bank.¹¹¹⁴ Die Lohnsumme gewährt die

¹¹⁰⁸ Vgl. S. 224.

¹¹⁰⁹ Es findet eine anteilige Zuordnung der Finanzaktiva statt (vgl. Abschnitt VI.B.1.3.a(2) (S. 226) *m.w.H.*).

¹¹¹⁰ Vgl. S. 247.

¹¹¹¹ Vgl. Abschnitt VI.C.3.1.b(2) (S. 247) *m.w.H. zur Berücksichtigung der Lohnsumme bei der Bestimmung der RWA.*

¹¹¹² Vgl. S. 224.

¹¹¹³ Vgl. Abschnitt V.A.1 (S. 197) *m.w.H. zur Definition der Routinefunktion.*

¹¹¹⁴ Vgl. Abschnitt V.A.3 (S. 200) *m.w.H. zu den Routinefunktionen im Bankgeschäft; vgl. FN 204 m.w.H. zur Definition des Back-Office.*

sen Einheiten einen anhand ihres Personalaufwands ermittelten Anteil am steuerbaren Gewinn. Diese Zuordnung ist sachgemäss, da die Lohnsumme den Arbeitseinsatz dieser Konzerneinheiten im Abgrenzungsergebnis adäquat wiedergibt. Eine Routinefunktion zeichnet sich ja gerade durch den schlichten Arbeitseinsatz ohne Einsatz von wertvollen Vermögenswerten oder Risikopotential aus.¹¹¹⁵ Die Lohnsumme muss entsprechend auch für eine sachgemässe Allokation des Gewinns aus dem Zinsdifferenzgeschäft im Aufteilungsschlüssel berücksichtigt werden.

Des Weiteren kann aufgrund der Anwendung der Lohnsumme auf die Zuordnung eines Präzipiums verzichtet werden.¹¹¹⁶ Die (Management-) Funktionen des Hauptsitzes werden durch die Lohnsumme der Kaderangestellten bereits angemessen bei der Zuweisung des steuerbaren Reingewinns berücksichtigt.¹¹¹⁷

Das Abstellen auf die Lohnsumme und die gewichtete Bruttoaktiven setzt eine Zuordnung des Lohnaufwands sowie der Aktiven der Bank zu den Konzerneinheiten voraus. Diese Zuordnungskriterien sollten objektiv sein, damit sie von der steuerpflichtigen Bank nicht manipuliert werden können.¹¹¹⁸ Die Zuordnungskriterien für die gewichteten Bruttoaktiven wurden bereits in Abschnitt VI.B.1.3¹¹¹⁹ dargestellt. Für die Ermittlung der Lohnsumme muss der Lohnaufwand des Bankkonzerns auf die Konzerneinheiten objektmässig zugeordnet werden. Einer Steuerhoheit soll jener Anteil am Gewinn der Unternehmung zur Besteuerung zugewiesen werden, welcher örtlich auf ihrem Hoheitsgebiet durch die Funktionsausübung durch das Personal erwirtschaftet worden ist.¹¹²⁰ Die Zuordnung des Lohnaufwands muss deshalb anhand des Ortes der Arbeitsausführung durch das Personal vorgenommen werden. Auch für die Zuordnung der Bruttoaktiven wird auf den Ort abgestellt, an welchem das Personal die Funktionen ausführt. Problematisch ist hierbei die Qualität der Bankleistungen als immaterielle Dienstleistungen¹¹²¹, welche sich selten einem Ort zuordnen lassen. So können Mitarbeiter ihre Funktionen auch an einem anderen Ort als

¹¹¹⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H.*

¹¹¹⁶ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(3) (S. 157) *m.w.H.* zum Zweck der Zuweisung eines Präzipiums.

¹¹¹⁷ Gleicher Ansicht SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 6.

¹¹¹⁸ Als Anforderung an die Abgrenzungsmethode wurde in Abschnitt IV.C.1.2 (S. 116) die Verhinderung von Manipulation des Abgrenzungsergebnisses durch die Steuerpflichtigen erkannt.

¹¹¹⁹ Vgl. S. 224.

¹¹²⁰ Vgl. Abschnitt IV.C.1 (S. 112) *m.w.H.*

¹¹²¹ Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) *m.w.H.*

dem Arbeitsort ausführen. Das Abstellen auf den Arbeitsort sowie die Definition der Arbeitgeberin im Arbeitsvertrag gewährt den Steuerpflichtigen folgerichtig ein gewisses Manipulationspotential. Jedoch kann dieses Manipulationspotential als geringer eingeschätzt werden, als jenes, welches sich bei der Gewinnabgrenzung auf Grundlage von Verrechnungspreisen ergibt.¹¹²²

Für die Anwendung des Aufteilungsschlüssels auf die gesamte Leistungserstellung der Universalbank (ohne Investment Banking) muss folgerichtig eine Kombination aus Lohnsumme und Lage der Aktiven gefunden werden. Diese variiert naturgemäss nach Geschäftsmodell der jeweiligen Bank. Eine Börsenbank hat einen besonderen Fokus auf das Vermögensverwaltungsgeschäft. Nichtsdestotrotz bietet auch die Börsenbank ihren vermögenden Kunden Kreditfazilitäten an.¹¹²³ Das klassische Bankgeschäft steht aber nicht im Mittelpunkt der Wertschöpfung einer Börsenbank.¹¹²⁴ Eine doppelte Gewichtung der Lohnsumme im Aufteilungsschlüssel würde dem Schwerpunkt des Geschäftsmodells der Börsenbank auf die Vermögensverwaltung Rechnung tragen. Bei klassischen Retailbanken wie bspw. Regionalbanken, Kantonalbanken oder Raiffeisenbanken steht hingegen das Kreditgeschäft im Vordergrund.¹¹²⁵ Hier sollte die Lage der Aktiven höher gewichtet werden als die Lohnsumme. Dabei kann die Komponente der Bruttoaktiven zwei- bis viermal höher gewichtet sein als die Lohnsumme. Bei den Grossbanken, welche das Retailgeschäft sowie das Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft ausführen¹¹²⁶, können beide Erwerbsfaktoren gleich gewichtet werden.

2.4. Objektmässige Zuteilung einzelner Ertragskomponenten

Die Anwendung des Aufteilungsschlüssels bringt Unschärfen bei der Abbildung des Leistungsbeitrags der Konzerneinheit innerhalb der Wertschöpfung des Bankkonzerns mit sich.¹¹²⁷ Diese Unschärfen des Abgrenzungsergebnisses können durch die objektmässige Zuweisung einzelner Ertrags- und Aufwandpositionen gelindert werden.

Im Rahmen der Kapitalabgrenzung wurde die objektmässige Zuordnung der Beteiligungen anhand der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen gefordert.¹¹²⁸

¹¹²² Vgl. FN 723 *m.w.H.*

¹¹²³ Vgl. Abschnitt II.A.2 (S. 11) *m.w.H.*

¹¹²⁴ Vgl. Abschnitt II.A.2 (S. 11) *m.w.H.*

¹¹²⁵ Vgl. Abschnitt II.A.2 (S. 11) *m.w.H.*

¹¹²⁶ Vgl. Abschnitt II.A.2 (S. 7) *m.w.H.*

¹¹²⁷ Vgl. Abschnitt IV.C.4 (S. 159) *m.w.H.*

¹¹²⁸ Vgl. Abschnitt VI.B.1.3.b (S. 228) *m.w.H.*

Für eine realitätsgetreue Abbildung der gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen im Konzern müssen nach Meinung der Autorin auch die Beteiligungserträge objektmässig derjenigen Konzerneinheit zugewiesen werden, welche diese aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung als Aktionärin in ihrem Eigentum hält. Dies ergibt sich aus der Konsolidierung des steuerbaren Gewinns des Konzerns; Beteiligungserträge von Konzerngesellschaften stellen Komponenten des steuerbaren Reingewinns dar, welche aus dem Konzerngefüge resultieren. Solche Gewinnkomponenten stellen aufgrund des im Steuerrecht geltenden Trennungsprinzips¹¹²⁹ einen steuerbaren Ertrag dar und dürfen deshalb bei der Konsolidierung zu Gewinnabgrenzungszwecken nicht eliminiert werden.¹¹³⁰ Durch die objektmässige Zuteilung der Beteiligungserträge werden diese Gewinnkomponenten von der Konsolidierung ausgenommen und der Leistungserstellung im Konzernverbund wird damit im Abgrenzungsergebnis Rechnung getragen. Im Einheitsunternehmen bedeutet dies, dass die Beteiligungserträge grundsätzlich beim Stammhaus anfallen. Eine Ausnahme besteht, wenn die Beteiligung funktionell einer Betriebsstätte zugeordnet werden kann.¹¹³¹

Ein weiterer potentieller Anwendungsbereich besteht für Schuldzinsen aufgrund ihrer besonderen Rolle innerhalb der Wertschöpfung des Zinsdifferenzgeschäfts. Ob eine objektmässige Zuteilung von Schuldzinsen unabhängig von der Gewinnabgrenzung des Unternehmensgewinns zu einem sachgemässen Abgrenzungsergebnis führt, wird im folgenden Abschnitt beurteilt.

3. *Allokation des Finanzierungsaufwands im Besonderen*

3.1. **Grundlegende Theorien der Allokation des Finanzierungsaufwands und ihre Implikationen für die Allokation des Finanzierungsaufwands**

a. Allgemein

Die Methoden der Allokation des Finanzierungsaufwands unterscheiden sich anhand der diesen zugrunde liegenden Abgrenzungsmethode: Jene Methoden, welche den Finanzierungsaufwand direkt allozieren, folgen dem Fremdvergleichsgrundsatz und unterstellen damit der Konzerneinheit eine gewisse Selbständigkeit. Die indirekte Zuordnung verlangt hingegen nach der Anwendung der Theorie der Einheit des Unternehmens. Sie alloziert die Schuldzinsen im

¹¹²⁹ Vgl. Abschnitt IV.A.3 (S. 93) *m.w.H.*

¹¹³⁰ Vgl. Abschnitt IV.D.3.3.a (S. 180) *m.w.H.*

¹¹³¹ Vgl. FN 801 *m.w.H.*

Konzern anhand einer Quote. Dabei können die Schuldzinsen im Rahmen der Gewinnabgrenzung als Aufwandsposition mit dem gesamten steuerbaren Reingewinn verlegt werden oder durch eine eigenständige Quote separat von der Aufteilung des steuerbaren Reingewinns (nach Eliminierung der Schuldzinsenposition) alloziert werden.

Der Fremdvergleichsgrundsatz anerkennt grundsätzlich konzerninterne Darlehensbeziehungen. Die objektmässige Methode basiert entsprechend auf einer vollständig zugewiesenen Kapitalstruktur der Konzerneinheit. Für die Anwendung der direkten Allokation des Finanzierungsaufwandes müssen die Fremdfinanzierungsmittel des Konzerns direkt alloziert werden. Auf den konzernintern gewährten Darlehen müssen dabei fremdvergleichskonforme Schuldzinsen verrechnet werden. Konzerninterne Finanzierungsleistungen sowie ihre externe Quelle sollen so aufgrund der konzerninternen Leistungsbeziehungen nachverfolgt werden. Die objektmässige Abgrenzungsmethode muss jedoch nicht auf fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen basieren.¹¹³² Die direkten Methoden unterscheiden sich dabei folgerichtig hinsichtlich der Möglichkeit der Verrechnung eines Gewinnaufschlags auf den Darlehenszins für die Gewährung eines konzerninternen Darlehens.

b. Allokation des Fremdfinanzierungsaufwands auf Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes

Bei Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes werden die Konzerneinheiten auch bei der Fremdfinanzierung wie ein rechtlich und wirtschaftlich selbständiges Unternehmen behandelt. Darlehensbeziehungen zwischen den Konzerneinheiten sind deshalb für Abgrenzungszwecke anzuerkennen – vorausgesetzt die Bedingungen des Darlehensverhältnisses halten dem Drittvergleich stand.¹¹³³ Dabei bestehen je nach Ausprägung der Selbstständigkeitsfiktion der Konzerneinheit unterschiedliche Auffassungen zur zulässigen Höhe der für konzerninterne Darlehen verrechneten Zinsen. Die Funktionsnutzentheorie anerkennt die Verrechnung von Darlehenszinsen für konzerninterne Darlehen, welche einen Gewinnaufschlag für die das Darlehen gewährende Konzerneinheit

¹¹³² Die OECD anerkennt im Rahmen des AOA die direkte Zuordnung von Schuldzinsen ohne Gewinnaufschlag. Diese direkte Zuordnung anhand der Nachverfolgungsmethode kann jedoch nur im Einheitsunternehmen angewendet werden (vgl. Abschnitt VII.B.3.1.b (S. 276) *m.w.H.*). Vgl. auch BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 496.

¹¹³³ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) mit weiteren Hinweisen zu fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen.

vorsehen.¹¹³⁴ Die Erwirtschaftungstheorie erlaubt diese Verrechnung mit Gewinnaufschlag jedoch nicht. Finanzierungsmittel dienen als Konzernausstattung. Der die Finanzierungsmittel nutzenden Konzerneinheit dürfen nur die gegenüber Dritten zu zahlenden Fremdkapitalzinsen verrechnet werden.¹¹³⁵ Die Erwirtschaftungstheorie wendet den Fremdvergleichsgrundsatz entsprechend nicht auf konzerninterne Finanzierungstransaktionen an.

Die OECD bewertet zwei Methoden der Allokation des Finanzierungsaufwands im Einheitsunternehmen als AOA-konform¹¹³⁶: Zum einen können bei Anwendung der Rückverfolgungsmethode die effektiven Fremdkapitalzinsen, welche das Einheitsunternehmen für die Aufnahme der Fremdmittel am Kapitalmarkt zahlt, an die die Fremdfinanzierung nutzende Betriebsstätte weiterverrechnet werden.¹¹³⁷ Damit anerkennt die OECD ausdrücklich die Verrechnung von Zinsen für Darlehen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte.¹¹³⁸ Eine Weiterverrechnung mit Gewinnaufschlag wird jedoch grundsätzlich untersagt.¹¹³⁹ Die Rückverfolgungsmethode konstruiert dabei eine eigenständige Fremdmittelaufnahme durch die Betriebsstätte. Diese Allokationsmethode des Finanzierungsaufwands basiert auf dem Grundgedanken der Konzernausstattung und damit der Erwirtschaftungstheorie. Zum anderen kennt der AOA eine quotenmässige Methode zur Allokation des Finanzierungsaufwandes im Einheitsunternehmen: die sog. Fungibilitätsmethode. Die Allokation stützt sich dabei nicht auf fingierte, interne Darlehensbeziehungen ab. Vielmehr wird der

¹¹³⁴ Vgl. Abschnitt IV.C.2.2.c (S. 122) *m.w.H. zur Funktionsnutzentheorie*.

¹¹³⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.2.2.b (S. 119) *m.w.H. zur Erwirtschaftungstheorie und dem Gedanken der Konzernausstattung*; vgl. insb. FN 536.

¹¹³⁶ Der AOA zeichnet sich gemäss OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.152, dadurch aus, dass er eben gerade nicht nur Methoden der Allokation des Fremdfinanzierungsaufwands nach dem Fremdvergleichsgrundsatz vorsieht. Der AOA weicht bei der Allokation der Schuldzinsen vom Fremdvergleichsgrundsatz ab, um ein sachgemässes Abgrenzungsergebnis im Einheitsunternehmen zu erreichen. Dieses Abgrenzungsergebnis soll jedoch verhindern, dass einer Konzerneinheit ein Zinsaufwand zugewiesen wird, welcher die fremdvergleichskonforme Schulzinsenhöhe der Einheit übersteigt (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.156).

¹¹³⁷ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.154.

¹¹³⁸ Vgl. ANDRESEN/BUCHHOLZ, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N. 11.165 *m.w.H.*

¹¹³⁹ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.154. Diese Aussage trifft gemäss OECD jedoch nur auf interne Finanzierungssysteme ohne Treasury-Funktion zu. Übernimmt die Treasury-Einheit jedoch wesentliche Funktionen bei der konzerninternen Finanzierung, so kann sie den anderen Konzerneinheiten Zinsen mit einem Gewinnaufschlag verrechnen und wird so für ihre Leistungen vergütet (OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N. I.157).

Finanzierungsaufwand anhand eines Aufteilungsschlüssels auf die Betriebsstätten und das Stammhaus verteilt.¹¹⁴⁰ Die Fungibilitätsmethode soll v.a. dann zur Anwendung kommen, wenn die Finanzierungsmittel nicht eindeutig zugeordnet werden können und deshalb die Rückverfolgungsmethode nicht angewendet werden kann.¹¹⁴¹

Der fremdvergleichskonforme Zinsaufwand eines verbundenen Unternehmens wird aufgrund zweier Aspekte beurteilt. Zum einen muss der Fremdfinanzierungsgrad des verbundenen Unternehmens fremdvergleichskonform sein. Nur Schuldzinsen auf Fremdkapital, welchem aufgrund des Drittvergleichs auch die Qualität von verzinslichem Fremdkapital zukommt, können dem Grunde nach zwischen verbundenen Unternehmen verrechnet werden.¹¹⁴² Für die fremdvergleichskonforme Kapitalstruktur des verbundenen Unternehmens bedient sich das schweizerische Steuerrecht des Konstrukts des verdeckten Eigenkapitals.¹¹⁴³ Auf Fremdkapital, welches aufgrund der Bestimmungen zum verdeckten Eigenkapital als fremdvergleichskonform beurteilt wurde, gelten sodann lediglich fremdvergleichskonforme Zinsen als geschäftsmässig begründeter Aufwand.¹¹⁴⁴

Die neuesten internationalen Entwicklungen im Rahmen des BEPS-Projekts verproben den Finanzierungsaufwand von verbundenen Unternehmen anhand seiner Grösse im Bezug zu einer Gewinngrösse.¹¹⁴⁵ Die OECD sieht diese

¹¹⁴⁰ OECD, Betriebsstättenbericht 2010, N I.154.

¹¹⁴¹ ANDRESEN, in: WASSERMEYER/ANDRESEN/DITZ, Betriebsstätten-Handbuch, N 5.43.

¹¹⁴² SCHOLZ/WEHKE, in: VÖGELE/BORSTELL/ENGLER, Verrechnungspreise, N P.31. *Für die Kriterien, nach welchen verdecktes Eigenkapital nach Art. 29a StHG bestimmt wird, vgl. Abschnitt VI.C.2.1 (S. 234).*

¹¹⁴³ Schuldzinsen auf konzerninterne Darlehen, welche als verdecktes Eigenkapital gelten, sind kein geschäftsmässig begründeter Aufwand und werden deshalb gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG aufgerechnet. *Vgl. Abschnitt VI.C.2.1 (S. 234) m.w.H. zum verdeckten Eigenkapital.*

¹¹⁴⁴ *Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.e (S. 140) m.w.H.*

¹¹⁴⁵ *Vgl. OECD, BEPS Action 4. Die OECD, BEPS Action 4, N 23, empfiehlt, auf die Gewinngrösse EBITDA (kurz für «earnings before interest, taxes, depreciation and amortization») abzustellen. Die Grösse EBITDA schliesst die beiden grössten liquiditätsunwirksamen Aufwendungen - Abschreibungen und Wertberichtigungen - aus dem Nenner des Quotienten der Zinsschranke aus (OECD, BEPS Action 4, N 78). Ausserdem sollen steuerbefreite Einkünfte, wie bspw. zu einer Betriebsstätte ausgeschiedene Einkünfte sowie Dividendeneinkünfte, nicht in die EBITDA-Grösse einfließen (OECD, BEPS Action 4, N 78). Dabei soll die Zinsschranke bei 10% - 30% des EBITDA festgesetzt werden (OECD, BEPS Action 4, N 99). Der Aktionspunkt 4 arbeitet dabei mit einer Zinsschranke auf Ebene des verbundenen Unternehmens sowie auf Gruppenebene. Überschreitet eine Gruppengesellschaft den auf Stufe des verbundenen*

Zinsschranke, welche eine Höchstgrenze des zulässigen abzugsfähigen Zinsaufwandes festlegt, als Best Practice.¹¹⁴⁶ Die Grösse des Zinsaufwandes ist eine Nettogrösse bestehend aus Zinsaufwendungen abzüglich Zinsertrag des verbundenen Unternehmens.¹¹⁴⁷ Einer solchen Zinsschranke liegt der Gedanke zugrunde, dass der Finanzierungsaufwand der wirtschaftlichen Tätigkeit des verbundenen Unternehmens entsprechen muss.¹¹⁴⁸ Der Quotient aus Zinsaufwand und EBIT gibt die Kapitaldienstfähigkeit wieder, d.h. die Fähigkeit des Unternehmens, die wiederkehrenden Zinszahlungen aus dem operativen Gewinn zu leisten.¹¹⁴⁹ Dabei wird allerdings kein Zusammenhang zwischen der Eigenkapitalausstattung und den abzugsfähigen Zinsaufwendungen des verbundenen Unternehmens hergestellt.¹¹⁵⁰

c. Allokation des Finanzierungsaufwands auf Grundlage der Theorie der Einheit des Unternehmens

Bei der interkantonalen Steuerauscheidung im Einheitsunternehmen werden die Schuldzinsen im Rahmen der Gewinnabgrenzung ausgeschieden. Dabei wird der steuerbare Gewinn nach Quoten auf die Betriebsstättenkantone ausgeschieden.¹¹⁵¹ Die abzugsfähigen Schuldzinsen werden konsequenterweise aufgrund der Abzugsfähigkeit von der quotenmässig zu verlegenden Steuerbe-

Unternehmens zulässigen Zinsabzug, so kann dieser Zinsabzug dennoch geschäftsmässig begründet sein, wenn der gruppenweite Zinsabzug nicht überstiegen wurde (OECD, BEPS Action 4, N 16). Die gruppenweite Zinsschranke wird dabei aber nur auf Gruppengesellschaften angewendet, welche ihren steuerrechtlichen Sitz in der gleichen Steuerhoheit haben (OECD, BEPS Action 4, N 47).

¹¹⁴⁶ Gemäss der OECD können die Mitgliedsstaaten zusätzlich zur Anwendung des Best-Practice-Zinsabzugs noch eine Ermittlung des zulässigen Zinsabzugs aufgrund des Fremdvergleichsgrundsatzes vorsehen. Dabei darf ein als fremdvergleichskonform qualifizierter Finanzierungsaufwand jedoch nicht die Höchstgrenze der Zinsschranke überschreiten (OECD, BEPS Action 4, N 59). Konsequenterweise wertet die OECD die Vermeidung der Verschiebung von Steuersubstrat höher als die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Verprobung der Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen.

¹¹⁴⁷ OECD, BEPS Action 4, N 62.

¹¹⁴⁸ OECD, BEPS Action 4, N 8.

¹¹⁴⁹ OECD, BEPS Action 4, N 73; BOHN, 192.

¹¹⁵⁰ OECD, BEPS Action 4, N 59; BOHN, 193; vgl. OECD, BEPS Action 4, N 58 f. zur *Argumentation der OECD zur Missachtung der Kapitalstruktur für die Festsetzung des zulässigen Zinsabzugs*.

¹¹⁵¹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c(3) (S. 157) *m.w.H.*

messungsgrundlage nach der gleichen Quote wie der Gewinn auf die teilnehmenden Kantone alloziert.¹¹⁵² Eine isolierte Verlegung der Schuldzinsen im interkantonalen Verhältnis findet deshalb nicht statt.¹¹⁵³

Das interkantonale Steuerrecht legt die Höhe der allozierten Schuldzinsen folgerichtig ohne Berücksichtigung des zugewiesenen Dotationskapitals fest. Die quotenmässige Allokation des Gewinns kann dabei anhand des Umsatzes, der Lohnsumme oder der allozierten Aktiven erfolgen. Bei einer quotenmässigen Allokation nach Lage der Aktiven würde der Finanzierungsfunktion von Fremdkapital am nächsten der Realität Rechnung getragen. Bei einer Allokation aufgrund der Lage der Aktiven wird jedem Vermögenswert dieselbe Fremdfinanzierungsquote sowie dieselben Schuldzinsen pro Einheit der Fremdfinanzierung unterstellt. Hingegen basiert die Allokation aufgrund der Lohnsumme oder des Umsatzes auf der Annahme, dass jede Einheit Lohn bzw. Umsatz dieselbe Höhe des Fremdfinanzierungsaufwands nach sich zieht.

3.2. Anwendbare Abgrenzungsmethode des Finanzierungsaufwands einer Universalbank

Konzerninterne Finanzierungsgeschäfte werden zur Verfolgung des gemeinsamen Konzernzwecks gewährt. Es steht mithin nicht der blosse Investitionsgedanke des Darlehensgebers im Vordergrund. Der Darlehensgeber ist wie der Darlehensnehmer am Gedeihen des Konzerns interessiert. Die Generierung von Zinserträgen kann bei der Gewährung von konzerninternen Darlehen nicht als betriebswirtschaftliche Motivation des Darleihers bewertet werden.¹¹⁵⁴ Eine Fiktion von fremdvergleichskonformen Verrechnungspreisen, welche die Bedingungen von Darlehensverhältnissen unter unabhängigen Dritten nachvollziehen

¹¹⁵² TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §31 N 14. Lediglich zu den Spezialsteuerdomizilen findet eine objektmässige Zuweisung der Schuldzinsen statt. Dabei werden die Schuldzinsen nach Lage der Aktiven verlegt (OERTLI/ZIGERLIG, Komm. IkStR, §33 N 19 ff.). Es wird folglich auch hier unterstellt, dass jeder Vermögenswert mit der gleichen Fremdfinanzierungsrate sowie mit gleichen Finanzierungskosten pro Einheit finanziert wird.

¹¹⁵³ TEUSCHER/LOBSIGER, Komm. IkStR, §31 N 14.

¹¹⁵⁴ Für die Konzerneinheit, welche das konzerninterne Darlehen gewährt, steht nicht der Zweck der Geldanlage im Vordergrund. Sie handelt aus Investitionszwecken – zum Verfolgen des gemeinsamen Konzernzwecks (BAUMHOFF, in: MÖSSNER ET AL., International tätige Unternehmen, N 3.274).

sollen, widerspricht folgerichtig der Realität der Interessenlagen bei konzerninternen Finanzierungsleistungen.¹¹⁵⁵

Dieser gemeinsame Zweck wird durch die Besonderheiten des Bankgeschäfts noch verstärkt. Das Einlagen- und Kreditgeschäft kann in verschiedenen Konzerneinheiten ausgeübt werden. Die Einlagen entgegennehmende Konzerneinheit sowie die Kredite ausgebende Konzerneinheit wirken gemeinsam auf den Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft hin. Der Transfer von Finanzierungsmitteln zwischen den Konzerngesellschaften ist deshalb notwendige Voraussetzung für das Ausüben des klassischen Bankgeschäfts. Dabei findet aufgrund der Losgrößen- und Fristentransformation der Bank eine Vermischung der Finanzierungsmittel statt.¹¹⁵⁶ Die Inkongruenzen zwischen der Kapitalquelle und den Anlagepositionen der Aktivseite der Bankbilanz machen eine Zuordnung von Finanzierungsmitteln zu den einzelnen Kreditaktiven unmöglich. Das Geschäftsmodell der Bank beinhaltet gerade die Pool-Bildung von Finanzierungsmitteln und die anschliessende Weitergabe der Kredite. Die Finanzierungsquellen des Kreditgeschäfts können deshalb nicht für den einzelnen Kreditkontrakt zurückverfolgt werden. Die Anwendung der Rückverfolgungsmethode für die Allokation der Schuldzinsen eines Bankkonzerns ist deshalb nicht möglich.

Die Verflechtungen der Konzerneinheiten aufgrund der konzerninternen Finanzierung und des Transfers der Finanzierungsmittel im Bankkonzern lösen Synergieeffekte aus. So kann das Unternehmen als Ganzes günstigeres Fremdkapital auf dem Kapitalmarkt beziehen, als wenn die Konzerneinheiten als wirtschaftlich und rechtlich eigenständige Subjekte auf dem Kapitalmarkt Fremdkapital nachfragen würden. Die Konzerneinheit profitiert aufgrund ihrer Verflechtung im Konzern von der Bonität des Gesamtunternehmens. Die höhere Bonität ist im vertrauensintensiven Bankgeschäft für den Erfolg essenziell.¹¹⁵⁷ Der Synergieeffekt der geteilten Bonität wirkt sich deshalb direkt auf den Erfolg aus dem Bankgeschäft aus. Weiterhin kann durch den konzerninternen Transfer eine effiziente Allokation der Finanzierungsmittel erreicht werden und überschüssige Liquidität der einzelnen Konzerneinheiten im Konzern ausgeglichen oder zentral auf dem Geldmarkt angelegt werden.¹¹⁵⁸ Aufgrund des konzernweiten Transfers von Finanzierungsmitteln können deshalb Synergieeffekte in der Form von niedrigeren Finanzierungskosten und damit einer höheren Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft erreicht werden.

¹¹⁵⁵ *Vgl. Argumentation in* Abschnitt IV.D.2.3 (S. 174). Zudem mangelt es bei Finanzierungsgeschäften an Vergleichstransaktionen, da es kein typisches Finanzierungsverhalten gibt (BRÜLISAUER, Komm. InStR, Art. 7 N 497; *vgl. auch* FN 1023 *m.w.H.*).

¹¹⁵⁶ *Vgl. Abschnitt II.A.1 (S. 7) m.w.H.*

¹¹⁵⁷ *Vgl. Abschnitt II.A.3.2 (S. 14) m.w.H.*

¹¹⁵⁸ *Vgl. Abschnitt III.A.2.2 (S. 79) m.w.H.*

Die Besonderheiten des Bankgeschäfts und seine Finanzierung innerhalb des Bankkonzerns bedingen folgerichtig eine stark integrierte Leistungserstellung.¹¹⁵⁹ Der Allokation des Finanzierungsaufwands kommt bei der Abbildung der arbeitsteiligen Leistungserstellung und der Synergieeffekte im Abgrenzungsergebnis eine herausragende Bedeutung zu, definiert sich doch die Marge aus dem Zinsdifferenzgeschäft aus der Differenz zwischen Soll- und Habenzins. Folgerichtig kann der Finanzierungsaufwand innerhalb des Bankkonzerns nur anhand einer quotenmässigen Abgrenzungsmethode abgegrenzt werden. Bei Anwendung einer objektmässigen Abgrenzungsmethode können die Synergieeffekte aus der Zusammenarbeit der Konzerneinheiten nicht sachgemäss alloziert werden. Es wurde gezeigt, dass eine Rückverfolgung der Finanzierung zu ihrer Quelle auf dem Kapitalmarkt oder von Kundeneinlagen nicht möglich ist. Es kann folglich keine vollständige Kapitalstruktur der Konzerneinheit auf Grundlage der zugewiesenen Aktiven ermittelt werden. Folgerichtig kann es zu keiner direkten Ausscheidung des Finanzierungsaufwands aufgrund von Verrechnungspreisen kommen.

Aufgrund der indirekten Abgrenzung des steuerbaren Reingewinns im Bankkonzern kann eine Zinsschranke im Sinne von BEPS nach Ansicht der Autorin keine Anwendung finden.¹¹⁶⁰ Eine Zinsschranke ist auf die Gewinngrösse EBIT anwendbar. Diese Grösse wird aber eben gerade durch die Anwendung des Aufteilungsschlüssels bestimmt. Weiterhin erübrigt sich durch die Anwendung der indirekten Methode eine Überprüfung der konzernintern verrechneten Schuldzinsen, da diese aufgrund der Konsolidierungsaddition für die Gewinnabgrenzung eliminiert werden. Da eine Zinsschranke den Zinsaufwand eines verbundenen Unternehmen verproben will, ist dieser Schritt bei Anwendung der quotenmässigen Gewinnaufteilungsmethode nicht mehr notwendig.

Für eine genauere Gewinnabgrenzung innerhalb der Bank kann jedoch der Finanzierungsaufwand getrennt vom steuerbaren Reingewinn nach einem eigenen Allokationsschlüssel verteilt werden. Dazu müsste der Finanzierungsaufwand aus dem Geschäftsergebnis durch Addition eliminiert werden. Es soll jedoch nur die Bruttogrösse des Finanzierungsaufwands isoliert abgegrenzt werden. Der Zinserfolg verbleibt in der Bemessungsgrundlage, welche durch den kombinierten Aufteilungsschlüssel aus Lohnsumme und Bruttoaktiven alloziert wird. Der kombinierte Aufteilungsschlüssel für den Gesamterfolg der Bank berücksichtigt jene Parameter der Leistungserstellung, welche auf die Generierung des Nettozinserfolgs – d.h. die Marge aus dem Zinsdifferenzge-

¹¹⁵⁹ Vgl. Abschnitt VII.B.1 (S. 266) *m.w.H.*

¹¹⁶⁰ Vgl. FN 1145 *m.w.H.*

schäft – hinwirken. Dahingegen bestehen die Ertragsposition der Erfolgsrechnung der Bank aus dem Betrag der Sollzinsen, welche die Bank aus ihren Kreditengagements vereinnahmt, sowie aus Verwaltungsgebühren und Courtagen für ihr Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft.¹¹⁶¹ Der Finanzaufwand bezieht sich jedoch hauptsächlich auf das Zinsdifferenzgeschäft. Eine verursachungsgerechte Gewinnabgrenzung soll den Aufwand zu jener Konzerneinheit allozieren, bei welcher er zur Generierung des Erfolgs aus der Geschäftstätigkeit angefallen ist.¹¹⁶² Daher muss der Finanzaufwand hauptsächlich jenen Konzerneinheiten zugewiesen werden, welche zur Generierung des Nettozinsertrags aus dem Zinsdifferenzgeschäft beitragen.

Eine Umlage auf die Konzerneinheiten im Rahmen der allgemeinen Gewinnabgrenzung des Reingewinns der Bank würde den Finanzaufwand jedoch durch die Anwendung der Lohnsumme¹¹⁶³ als Bestandteil des Aufteilungsschlüssels auch jenen Konzerneinheiten zuordnen, welche das Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsgeschäft ausüben. Eine solche Umlage anhand des kombinierten Aufteilungsschlüssels aus Lohnsumme und gewichteten Bruttoaktiven impliziert, dass auch die indifferenten Geschäftsteile im Rahmen der Gewichtung der Lohnsumme am Finanzierungsaufwand partizipieren. Jene Konzerneinheiten, welche das indifferente Bankgeschäft oder reine Vertriebsfunktionen ausüben, würden so die Leistungserstellung aus dem Zinsdifferenzgeschäft durch die teilweise Übernahme des Finanzierungsaufwands quersubventionieren. Dies entspricht nicht der Realität der Leistungserstellung innerhalb der Universalbank. Der Finanzierungsaufwand muss folgerichtig isoliert vom steuerbaren Reingewinn der Bank quotenmässig alloziert werden.

Für eine verursachungsgerechte Aufteilung des Finanzierungsaufwands müsste jenen Konzerneinheiten ein Anteil alloziert werden, welche auch einen Anteil am Erfolg des Zinsdifferenzgeschäfts zur Besteuerung zugewiesen bekommen. Die Quote des Anteils am Finanzierungsaufwand sollte dabei mit der zugewiesenen Quote am Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft übereinstimmen. Die Anwendung der gewichteten Bruttoaktiven als Aufteilungsschlüssel würde fast ausschliesslich jenen Konzerneinheiten einen Finanzierungsaufwand zuweisen, welche wesentliche Funktionen bei der Generierung des Ertrags aus den Finanzaktiven ausführen.¹¹⁶⁴ Diese Aufteilung des Finanzierungsaufwands

¹¹⁶¹ Vgl. Abschnitt II.A.3.3.a (S. 19) *m.w.H.*

¹¹⁶² Vgl. Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H.*

¹¹⁶³ Vgl. Abschnitt VI.C.3.1.b.(2) (S. 247) *m.w.H. zur Definition der Lohnsumme.*

¹¹⁶⁴ Wie in Abschnitt VI.B.1.3.a (S. 224) gezeigt, werden die Finanzaktiven jener Konzerneinheit zugewiesen, welche die wesentlichen Funktionen für die Generierung des Erfolgs aus dem Kreditkontrakt ausführt. Die übrigen Vermögenswerte, welche in der Bankbilanz einen kleinen Anteil bilden, werden nach anderen Kriterien zugeordnet.

gemäss den Bruttoaktiven kann als sachgemäss bewertet werden.¹¹⁶⁵ Zum einen wird dadurch die Finanzierungsfunktion des Fremdkapitals unterstrichen, da nur jenen Konzerneinheiten mit (wirtschaftlichem) Eigentum an einem Vermögenswert ein Anteil am Finanzierungsaufwand zugewiesen wird. Weiterhin wird jenen Konzerneinheiten der Finanzaufwand zur Hauptsache zugewiesen, welchen aufgrund ihres (wirtschaftlichen) Eigentums an den Finanzaktiven bereits ein Grossteil des Erfolgs aus dem Zinsdifferenzgeschäft zugewiesen wird. Es ist deshalb nach Meinung der Autorin gerechtfertigt, dass Routinefunktionen des Zinsdifferenzgeschäfts – wie bspw. die Vertriebsfunktion der Bankfiliale – kein Anteil an den Schuldzinsen zugewiesen wird.¹¹⁶⁶ Diese Routinefunktionen erhalten bereits im Rahmen der Gewinnabgrenzung aufgrund des kombinierten Aufteilungsschlüssels lediglich einen geringen Anteil am Erfolg aus dem Zinsdifferenzgeschäft, da bei diesen Funktionen lediglich die Lohnsumme die Zuweisung des steuerbaren Gewinns auslöst.¹¹⁶⁷ Da sie nicht an der Allokation des Finanzierungsaufwands teilnehmen, müssen sie folgerichtig nicht das Risiko aus dem Zinsdifferenzgeschäft tragen.

C. Innerschweizerische Gewinnallokation zur Treasury-Einheit

Es wurde festgestellt, dass die Abgrenzung des Finanzierungsaufwands anhand von Verrechnungspreisen nicht möglich ist bzw. zu keinem sachgemässen Abgrenzungsergebnis führt. Konsequenterweise kann die Treasury-Einheit für ihre Funktionen im Rahmen der effizienten Verteilung der Finanzierungsmittel im Konzern nicht durch einen Gewinnaufschlag auf Zinszahlungen auf konzerninternen Darlehen entlohnt werden. Sie wird mithin für Zwecke der Gewinnabgrenzung nicht als eigenständige «Bank in der Bank» fingiert. Die Treasury-Einheit muss deshalb für die Übernahme der Finanzierungsfunktion innerhalb der Bank im Rahmen der allgemeinen Allokation des steuerbaren Gewinns einen sachgemässen Anteil am Geschäftsergebnis zugewiesen bekommen.

Die Treasury-Einheit erhält aufgrund der Anwendung des kombinierten Aufteilungsschlüssels aus der Lohnsumme und den gewichteten Bruttoaktiven ei-

¹¹⁶⁵ Analog zur Gewinnabgrenzung des Erfolgs aus dem Bankgeschäft würde auch hier der fiktive Vermögenswert, welcher durch die Integration der Lohnsumme in die Bestimmung der RWA einfließt, keine Berücksichtigung finden (vgl. Abschnitt VII.B.2.3 (S. 270) *m.w.H.*).

¹¹⁶⁶ Vgl. Abschnitt V.B.2 (S. 204) *m.w.H.* zu den Routinefunktionen im Bankgeschäft.

¹¹⁶⁷ Vgl. Abschnitt VII.B.2.3 (S. 270) *m.w.H.*

nen grossen Anteil am steuerbaren Gewinn aus dem Zinsdifferenzgeschäft zugewiesen. Weiterhin wird ihr jedoch auch ein Grossteil des Finanzierungsaufwands der Bank zugewiesen. Diese Zuweisung mag zunächst verwundern, sollte die Treasury-Einheit doch für ihre Funktion als «Bank in der Bank» den anderen Konzerneinheiten den Finanzierungsaufwand überwälzen. Das Abgrenzungsergebnis zur Treasury-Einheit bildet aufgrund der Zuweisung eines Grossteils des Gewinns aus dem Zinsdifferenzgeschäft sowie des Finanzierungsaufwands genau dieses von der Treasury-Einheit betriebene Zinsdifferenzgeschäft ab. Aufgrund der konsolidierten Sichtweise der Gewinnabgrenzungsmethode werden jedoch keine intern verrechneten Finanzierungsaufwände bzw. -erträge berücksichtigt, sondern die gegenüber Dritten erwirtschafteten Finanzerträge sowie die auf von Dritten geliehenem Fremdkapital geschuldeten Schuldzinsen als Grundlage der Gewinnabgrenzung herangezogen.

D. Beispiele

Beispiel 2.1 (Fortsetzung von Beispiel 1.1): Der Bankkonzern BankGroup führt die Banktätigkeit in den Kantonen A, B, C und D aus. Die Aufbaustruktur des Konzerns besteht aus der im Kanton A ansässigen Obergesellschaft sowie den Tochtergesellschaften B (ansässig im Kanton B), C (ansässig im Kanton C; ausschliessliche Vertriebstätigkeiten) und D (ansässig im Kanton D; ausschliessliche Vertriebstätigkeit). Die Bilanz der BankGroup und ihrer Obergesellschaft wurde in Beispiel 1.1 dargestellt.

Die konsolidierte Erfolgsrechnung der BankGroup präsentiert sich wie folgt:

konsolidierte Erfolgsrechnung per 31.12.

(ohne Handelsgeschäft)

Zinsaufwand	400	600	Zinsertrag
Personalaufwand	300	400	Kommissions- und Dienstleistungsertrag
Sach- & sonstiger Aufwand	200	50	Sonstiger Ertrag
Ertragssteueraufwand	20		
Jahresgewinn	130		

Die Konzerngesellschaften B, C & D schütten keine Dividenden an die Obergesellschaft aus. Aus der Erfolgsrechnung wird ersichtlich, dass es sich um eine Bank handelt, welche zu gleichen Teilen das Zinsdifferenzgeschäft und das indifferente Bankgeschäft betreibt. Deshalb wird für den Aufteilungsschlüssel

die Lohnsumme und die zugewiesenen Aktiven gleich gewichtet. Die Quoten präsentieren sich deshalb wie folgt:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Aktiven (gewichtet)	110'850	85'632	24'138	620	460
	100%	77%	22%	0.6%	0.4%
Lohnsumme	300	180	75	30	15
	100%	60%	25%	10%	5%
Gewichtete Quote	100%	69%	23%	5%	3%

Der steuerbare Kanton wird dementsprechend wie folgt auf die Kantone A, B, C und D aufgeteilt:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Allokation Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand)					
Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand)	530				
Quoten Jahresgewinn nach Lage der Aktiven und Lohnsumme	100%	69%	23%	5%	3%
Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand) alloziert	530	364	124	28	14
Allokation Finanzierungsaufwand					
Finanzierungsaufwand	400				
Quoten Finanzierungsaufwand nach Lage der Aktiven	100%	77%	22%	0.6%	0.4%
Finanzierungsaufwand alloziert	400	310	87	2	1
steuerbarer Reingewinn alloziert	130	54	37	26	13

Beispiel 2.2 (Fortsetzung von Beispiel 1.2): Die BankCo mit Sitz im Kanton A führt ihr Schweizer Geschäft in den Kantonen B, C und D durch Filialen aus. Bei den Filialen in den Kantonen C und D handelt es sich um blosser Vertriebsfilialen ohne Middle- und Backofficefunktionen. Die BankCo verfügt über keine Kapitalanlageliegenschaften. Die Bilanz der BankCo wurde in Beispiel 1.2 dargestellt. Die Erfolgsrechnung der BankCo präsentiert sich wie folgt:

Erfolgsrechnung per 31.12. (ohne Handelsgeschäft)

Zinsaufwand	400	600	Zinsertrag
Personalaufwand	300	400	Kommissions- und Dienstleistungsertrag
Sach- & sonstiger Aufwand	200	50	Sonstiger Ertrag
Ertragssteueraufwand	20		
Jahresgewinn	130		

Aus der Erfolgsrechnung wird ersichtlich, dass es sich um eine Bank handelt, welche zu gleichen Teilen das Zinsdifferenzgeschäft und das indifferente Bankgeschäft betreibt. Deshalb wird für den Aufteilungsschlüssel die Lohnsumme und die zugewiesenen Aktiven gleich gewichtet. Die Quoten präsentieren sich deshalb wie folgt:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Aktiven (gewichtet)	103'350	77'332	24'938	620	460
	100%	75%	24%	0.6%	0.4%
Lohnsumme	300	180	75	30	15
	100%	60%	25%	10%	5%
Gewichtete Quote	100%	67%	25%	5%	3%

Der steuerbare Kanton wird dementsprechend wie folgt auf die Kantone A, B, C und D aufgeteilt:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Allokation Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand)					
Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand)	530				
Quoten Jahresgewinn nach Lage der Aktiven und Lohnsumme	100%	67%	25%	5%	3%
Jahresgewinn (ohne Finanzierungsaufwand) alloziert	530	357	130	28	15
Allokation Finanzierungsaufwand					
Finanzierungsaufwand	400				
Quoten Finanzierungsaufwand nach Lage der Aktiven	100%	75%	24%	0.6%	0.4%
Finanzierungsaufwand alloziert	400	299	97	2	2
steuerbarer Reingewinn alloziert	130	58	34	26	13

E. Fazit

Es wurde festgestellt, dass der Gewinn innerhalb der Universalbank anhand der Gewinnaufteilungsmethode alloziert wird. Durch das Zusammenfassen des indifferenten Bankgeschäfts mit dem Zinsdifferenzgeschäft muss ein kombinierter Aufteilungsschlüssel aus Lohnsumme und gewichteten Bruttoaktiven zur Anwendung gelangen. So kann das Abgrenzungsergebnis annäherungsweise zwischen steuerbarem Gewinn aus dem Zinsdifferenzgeschäft und jenem aus dem indifferenten Bankgeschäft unterscheiden. Ausserdem ist der Finanzaufwand separat den das Zinsdifferenzgeschäft ausübenden Konzerneinheiten aufgrund der Bruttoaktiven zuzuordnen. Nur durch diese separate Allokation

des Finanzierungsaufwands kann der Finanzierungsfunktion des Fremdkapitals Rechnung getragen werden.

Trotz der integrierten Leistungserstellung im Bankkonzern, welche einen separaten Anwendungskreis des Aufteilungsschlüssels auf Divisionen oder Wertschöpfungsketten verbietet, können so die divergierenden Besonderheiten des Zinsdifferenzgeschäfts sowie des indifferenten Bankgeschäfts im Abgrenzungsergebnis beachtet werden. Die Anwendung der Lohnsumme kann den personalintensiven Funktionen der Vermögensverwaltung und Anlageberatung einen wesentlichen Anteil am steuerbaren Gewinn des indifferenten Bankgeschäfts zuweisen. Die Lohnsumme berücksichtigt dabei auch die Routinefunktionen der Leistungserstellung mit einem (geringen) Anteil am steuerbaren Gewinn. Hingegen sichert das Abstellen auf die gewichteten Bruttoaktiven die sachgemässe Allokation des Ertrags aus dem Zinsdifferenzgeschäft ab. Dabei wird der Treasury-Einheit, welche einen geringen Anteil der Lohnsumme am Gesamtkonzern stellt, ein erheblicher Teil an der Wertschöpfung aus dem Zinsdifferenzgeschäft zudedacht.

Die Modalitäten der Gewinnabgrenzung werden gleichmässig auf das verbundene Unternehmen sowie die Betriebsstätte angewendet. Diese uneingeschränkte Angleichung von verbundenem Unternehmen und Betriebsstätte ist auf die weitgehende Eliminierung der Innentransaktionen aufgrund der Addition der Steuerbemessungsgrundlagen zurückzuführen. Trotz steuerrechtlichem Trennungsprinzip führt diese Konsolidierung zu einer Abbildung der einzelnen Steuerbemessungsgrundlagen im konsolidierten Ergebnis. Lediglich bei der Zuweisung der Beteiligungserträge müssen die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Konzerns – und damit das Trennungsprinzip – berücksichtigt werden. Dieser Forderung wird durch eine objektmässige Zuordnung von Beteiligungserträgen anhand der gesellschaftlichen Eigentümerverhältnisse Genüge getan.

Das Abgrenzungsergebnis zeigt jedoch eine unterschiedliche Gewinnallokation zwischen verbundenen Unternehmen verglichen mit jener im Einheitsunternehmen: Durch Abstellen auf die zugewiesenen Vermögenswerte für die Ermittlung der Gewinnallokationsquote wird zwischen verbundenen Unternehmen ein grösserer Anteil des Gewinns der Obergesellschaft bzw. Zwischenholding zugewiesen. Grund hierfür ist, dass der Obergesellschaft oder Zwischenholding die Beteiligungen an den Konzerngesellschaften zugewiesen werden, woraus eine höhere Quote am steuerbaren Gewinn resultiert.

Es wurde erkannt, dass aufgrund der Finanzierungsfunktion der Treasury-Einheit eine objektmässige Zuordnung von Finanzierungsaufwand unmöglich ist. Durch die quotenmässige Zuordnung des Finanzierungsaufwands wird weder der Betriebsstätte noch dem verbundenen Unternehmen eine eigenständige

Kreditwürdigkeit zuerkannt. Als Aufteilungsschlüssel des Finanzierungsaufwands werden jedoch die gewichteten Bruttoaktiven des verbundenen Unternehmens herangezogen. Dadurch wird der Finanzierungsaufwand des verbundenen Unternehmens zwar nicht anhand seines Verschuldungsgrades ermittelt, es wird jedoch auf die Risikostruktur der Vermögensseite bzw. der Geschäftstätigkeit abgestellt. So kann im Rahmen der Gewinnaufteilung eine Aufteilung des Finanzierungsaufwands erreicht werden, welche die Kreditwürdigkeit des verbundenen Unternehmens im Rahmen der integrierten Bankwertschöpfung annähernd darstellen kann.

Die Gewinnabgrenzung findet entsprechend zwar quotenmässig statt, es kann aber nicht unbedingt von einer globalen Verlegung des Gewinns gesprochen werden. So kann aufgrund des hybriden Aufteilungsschlüsseln und der isolierten Zuweisung des Finanzierungsaufwands den Eigenschaften sowohl des Zinsdifferenzgeschäfts als auch des indifferenten Bankgeschäfts im Abgrenzungsergebnis Rechnung getragen werden. Der Aufteilungsschlüssel wird folgerichtig in einer solchen Weise massgeschneidert auf das spezifische Geschäftsmodell einer Bank angewendet, dass er auch die Anforderungen der OECD für der Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode unter dem Fremdvergleichsgrundsatz erfüllen kann.¹¹⁶⁸ Die hier erarbeitete quotenmässige Gewinnabgrenzungsmethode kann deshalb sowohl die Prinzipien des interkantonalen Steuerrechts als auch dem von der OECD vertretenen Fremdvergleichsgrundsatz standhalten.

¹¹⁶⁸ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.c (S. 137) *m.w.H. zu den Anforderungen an die Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode.*

VIII. Die kantonale Praxis zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken – das Kreisschreiben der SSK

A. Das neue Kreisschreiben der SSK

Durch den Erlass des neuen Kreisschreibens der SSK vom 14. November 2018 ersetzte die SSK das veraltete Kreisschreiben aus dem Jahr 1995¹¹⁶⁹. Das neue Kreisschreiben beinhaltet die seit einigen Jahren durch die kantonalen Steuerverwaltungen bilateral mit den Banken festgelegten Grundlagen der interkantonalen Ausscheidung bei Banken.

Während das alte Kreisschreiben noch die Anwendung der quotenmässig-direkten Abgrenzungsmethode forderte¹¹⁷⁰, beugt sich das neue Kreisschreiben dem Umstand, dass die Banken i.d.R. keine separaten Betriebsstättenbuchhaltungen führen. Die quotenmässig-indirekte Abgrenzungsmethode wird deshalb als zielführender erachtet.¹¹⁷¹ Die interkantonale Ergebnisabgrenzung soll dabei anhand der AHV-Bruttolohnsumme vorgenommen werden, da dieser Hilfsfaktor gut lokalisierbar sei und die Wertschöpfung der einzelnen Einheiten des Unternehmens am besten wiedergeben könne.¹¹⁷² Dieser Aufteilungsschlüssel soll umfassend auf alle Divisionen der Universalbank angewendet werden, welche sich im Einheitsunternehmen befinden. Auch wird dem Stammhaus neu kein Präzipium mehr zugewiesen, da die Bedeutung der Zentraleinheiten bereits durch das Abstellen auf den Hilfsfaktor der AHV-Bruttolohnsumme sachgemäss berücksichtigt werde.¹¹⁷³

¹¹⁶⁹ Vgl. SSK, KS Ausscheidung Banken 1995.

¹¹⁷⁰ SSK, KS Ausscheidung Banken 1995, 5.

¹¹⁷¹ Vgl. SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 3. Die SSK stellt fest, dass die rechtliche Aufbaustruktur i.d.R. nicht der betriebswirtschaftlichen Aufbaustruktur der Divisionen entspricht. Betriebsbuchhaltungen, welche pro Division erstellt werden, können deshalb für die interkantonale Ergebnisabgrenzung nicht beigezogen werden.

¹¹⁷² Vgl. SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 5.

¹¹⁷³ Vgl. SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 6. Es wird angeführt, dass durch das Abstellen auf die AHV-Bruttolohnsumme aufgrund der hohen Kaderlöhne am Hauptsitz des Unternehmens der Wertschöpfungsanteil des Stammhauses am Gesamtergebnis ausreichend berücksichtigt wird. Das alte Kreisschreiben hat noch ein Präzipium von 10% des steuerbaren Gewinns zum Stammhaus vorgesehen (SSK, KS Ausscheidung Banken 1995, 7 ff.).

Analog zur Gewinnabgrenzung sieht die SSK auch bei der Kapitalabgrenzung die Anwendung der AHV-Bruttolohnsumme als Aufteilungsschlüssel vor. Dabei sollen zunächst die Vermögenswerte anhand der AHV-Bruttolohnsumme an die Betriebsstätten und das Stammhaus ausgeschieden werden. Das Kapital wird sodann quotenmässig anhand der zugewiesenen Vermögenswerte im Vergleich zu den (inländischen) Gesamtaktiven der Gesellschaft zugewiesen.¹¹⁷⁴ Beteiligungen sind gemäss SSK grundsätzlich dem Stammhaus zuzuordnen. Die Beteiligungserträge werden sodann direkt bzw. objektmässig dem Stammhaus zugewiesen und bleiben bei Berechnung der Quoten für die Gewinnabgrenzung unberücksichtigt.¹¹⁷⁵

Beispiel 3: Die BankCo mit Sitz im Kanton A führt ihr Schweizer Geschäft in den Kantonen B, C und D durch Filialen aus. Die BankCo verfügt über keine Kapitalanlageliegenschaften. Die Bilanz der BankCo weist Aktiven im Wert von 120'000 (inkl. Beteiligungen im Umfang von 10'000) sowie ein steuerbares Eigenkapital von 5500 auf. Ihr steuerbarer Reingewinn beläuft sich auf 600, wovon 50 Beteiligungsertrag darstellt. Die AHV-Lohnsumme der Angestellten beträgt 300, wovon 60% auf den Kanton A, 25% auf Kanton B, 10% auf Kanton C und 5% auf Kanton D entfällt.

Die interkantonale Steuerauscheidung gemäss Kreisschreiben 2018 der SSK präsentiert sich wie folgt¹¹⁷⁶:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Kapitalausscheidung BankCo					
Beteiligungen	10'000	10'000			
Quoten	100%	60%	25%	10%	5%
übrige Aktiven	110'000	66'000	27'500	11'000	5'500
Total Aktiven	120'000	76'000	27'500	11'000	5'500

¹¹⁷⁴ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 7. Im Ergebnis entspricht dieses Vorgehen einer Kapitalabgrenzung anhand der AHV-Bruttolohnsumme. Der gedankliche «Umweg» über die Zuordnung von Bruttoaktiven als Grundlage für die Ermittlung der Kapitalabgrenzungsquote kann entsprechend übergangen werden.

¹¹⁷⁵ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 3 f. sowie 7. Beteiligungen (inkl. Beteiligungsertrag) sollen jedoch dann einer Betriebsstätte zugeordnet werden, wenn die Beteiligung in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb dieser Betriebsstätte steht (SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 3 f.). Weiterhin wird der Beteiligungsabzug nur jenem Kanton gewährt, welchem die Beteiligung objektmässig zugewiesen wurde, da nur in diesem Kanton für den Beteiligungsabzug massgebliche Beteiligungserträge dieser Beteiligung anfallen.

¹¹⁷⁶ Der Beteiligungsabzug wird bei der folgenden Darstellung nicht berücksichtigt. Dieser wird nach dem im Kanton A geltenden Steuergesetz angewendet.

Quoten	100%	63%	23%	9%	5%
steuerbares Kapital	5'500	3'465	1'265	495	275
Gewinnausscheidung BankCo					
Beteiligungsertrag	50	50			
Quoten	100%	60%	25%	10%	5%
Restgewinn	550	330	138	55	27
steuerbarer Reingewinn	600	380	138	55	27

Besondere Bestimmungen hat die SSK den systemrelevanten Banken mit Servicegesellschaften gewidmet. Damit anerkennt sie den Einfluss der regulatorischen Anforderungen auf die rechtliche Ausgestaltung der Konzernstruktur der Grossbanken¹¹⁷⁷ und wagt sich an eine Gleichbehandlung von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätten für Abgrenzungszwecke im innerschweizerischen Verhältnis heran.¹¹⁷⁸ Die SSK erteilt der Anwendung der objektmässigen Gewinnabgrenzung zwischen der Servicegesellschaft und den auftraggebenden Gesellschaften des Bankkonzern eine Absage und bekennt sich damit zur Anwendung der quotenmässigen Abgrenzungsmethode im innerschweizerischen Verhältnis auch zwischen verbundenen Unternehmen. Dabei soll durch den Einbezug der AHV-Lohnsumme der Angestellten der Servicegesellschaft bei der Ausscheidung des Gewinns der auftraggebenden Bankgesellschaft der Rolle der Servicegesellschaft für die Wertschöpfung der Bankgesellschaft Rechnung getragen werden.¹¹⁷⁹ Die SSK will dies durch das folgende zweistufige Vorgehen erreichen:

Der Gewinn der auftraggebenden Bankgesellschaft wird in zwei Stufen auf die Kantone aufgeteilt, in welchen die Wertschöpfung der Bankgesellschaft stattfindet. Zunächst wird jener Anteil am Gewinn der auftraggebenden Bankgesellschaft ausgeschieden, welcher aufgrund der Leistungserstellung der Servicegesellschaft erwirtschaftet wurde. Dieser Anteil am steuerbaren Gewinn wird ausschliesslich anhand der AHV-Lohnsumme der Angestellten der auftraggebenden Bankgesellschaft ausgeschieden.¹¹⁸⁰ In einem zweiten Schritt

¹¹⁷⁷ Vgl. Abschnitt II.A.3.4.b (S. 31) *m.w.H. zu den regulatorischen Anforderungen an die rechtliche Aufbaustruktur der Bank.*

¹¹⁷⁸ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 8 ff.

¹¹⁷⁹ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 10.

¹¹⁸⁰ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 10.

wird der übrige steuerbare Gewinn der auftraggebenden Bankgesellschaft ausgeschieden. Der anzuwendende Aufteilungsschlüssel bezieht dabei auch die AHV-Lohnsumme der Angestellten der Servicegesellschaft ein.¹¹⁸¹ Durch diese Methodik wird der Gewinn aus der Wertschöpfung, zu deren Leistungserstellung die Servicegesellschaft beigetragen hat, quotenmässig zwischen der Bankgesellschaft und der Servicegesellschaft aufgeteilt.

Der steuerbare Gewinn der Servicegesellschaft wird weiterhin anhand der AHV-Lohnsumme ihrer Angestellten ausgeschieden, sofern es sich bei der Servicegesellschaft um ein interkantonales Unternehmen handelt.¹¹⁸² Der im ersten Schritt der Gewinnausscheidung der auftraggebenden Bankgesellschaft ausgeschiedene Gewinn ist im steuerbaren Gewinn der Servicegesellschaft bereits inbegriffen. Aus diesem Grund wird die Lohnsumme der Angestellten der Servicegesellschaft im ersten Schritt der Gewinnausscheidung der Bankgesellschaft nicht berücksichtigt, da es sonst zu einer doppelten Zuweisung von steuerbarem Gewinn zum Arbeitsort der Angestellten der Servicegesellschaft kommen würde.

Beispiel 4: Die systemrelevante BankCo mit Sitz im Kanton A (60%) führt ihr Schweizer Geschäft in den Kantonen B (30%) und C (10%) durch Filialen aus. Des Weiteren wird ein Teil der Leistungserstellung des Schweizer Bankgeschäfts der Grossbank durch die rechtlich selbständige Servicegesellschaft ServCo mit Sitz in A ausgeführt. Neben der BankCo erbringt die ServCo auch Dienstleistungen an andere Gesellschaften des Bankkonzerns. Die ServCo erwirtschaftet 70% ihres Gewinnes durch die Erbringung von Dienstleistungen an die BankCo. Die Leistungserstellung der ServCo wird von ihren Angestellten in den Kantonen A (60%) und D (40%) ausgeführt. Weder die BankCo noch die ServCo verfügen über Kapitalanlageliegenschaften. Die angegebenen Prozentzahlen beziehen sich auf den Anteil an der AHV-Lohnsumme, welcher auf den jeweiligen Standort anfällt.

Der steuerbare Gewinn sowie das steuerbare Kapital der BankCo und ServCo präsentieren sich wie folgt:

	Total	BankCo	ServCo
Reingewinn	600	550	50
davon Beteiligungsertrag	50	50	0
steuerbares Kapital	5'000	4'500	500

¹¹⁸¹ SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 10.

¹¹⁸² Vgl. SSK, KS Ausscheidung Banken 2018, 9 sowie Anhang 2 Gewinnausscheidung m.w.H. zur Ausscheidung des Gewinns der Servicegesellschaft im interkantonalen Verhältnis.

VIII. Die kantonale Praxis zur interkantonalen Steuerauscheidung bei Banken

Aktiven	120'000	100'000	20'000
davon Beteiligungen	10'000	10'000	0
AHV-Lohn Angestellte	270	200	70

Die interkantonale Ausscheidung gemäss Kreisschreiben 2018 der SSK führt dabei zu folgendem Ergebnis¹¹⁸³:

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Kapitalausscheidung BankCo					
Beteiligungen	10'000	10'000			
Quoten	100%	60%	30%	10%	
übrige Aktiven	90'000	54'000	27'000	9'000	
Total Aktiven	100'000	64'000	27'000	9'000	
Quoten		64%	27%	9%	
steuerbares Kapital	4'500	2'880	1'215	405	
Kapitalausscheidung ServCo					
Beteiligungen	-	-			
übrige Aktiven	20'000	12'000			8'000
Quoten	100%	60%			40%
Total Aktiven	20'000	12'000			8'000
steuerbares Kapital	500	300			200
Total steuerbares Kapital	5'500	3'500	1'350	450	200

¹¹⁸³ Der Beteiligungsabzug wird bei der folgenden Darstellung nicht berücksichtigt. Dieser wird nach dem im Kanton A geltenden Steuergesetz angewendet.

	Total	Kanton A	Kanton B	Kanton C	Kanton D
Gewinnausscheidung BankCo					
Beteiligungsertrag	50	50			
1. Schritt: Ausscheidung Gewinnanteil ServCo 70% von 50					
Quoten	100%	60%	30%	10%	
Gewinnanteil Dienstleistungen ServCo	35	21	10	4	
2. Schritt: Ausscheidung Restgewinn					
AHV-Lohn BankCo	200	120	60	20	
AHV-Lohn ServCo (70%)	49	29			20
Quoten	100%	60%	24%	8%	8%
Restgewinn	465	279	112	37	37
Gewinn BankCo	550	350	122	41	37
Gewinnausscheidung ServCo					
Beteiligungsertrag	-	-			
Quoten	100%	60%			40%
Gewinn	50	30			20
Total steuerbarer Gewinn	600	380	122	41	57

B. Beurteilung der Ausscheidungsmethode der SSK im Vergleich zur hier erarbeiteten Ausscheidungsmethode

1. Beurteilung der Ausscheidungsmethode der SSK

Die soeben dargestellte Ausscheidungsmethode des Kreisschreibens der SSK wird nun anhand der in Abschnitt IV.C.1¹¹⁸⁴ identifizierten Anforderungen an die Ausscheidungsmethode beurteilt.

¹¹⁸⁴ Vgl. S. 112.

Die Ausscheidungsmethode des SSK steht unter dem Eindruck der Konsensfindung zwischen den finanzpolitischen Interessen der einzelnen Kantone. Dabei stand auch die Verständlichkeit der Methode im Vordergrund, da diese die Akzeptanz der Kantone fördert.¹¹⁸⁵ Deshalb haben sich die Kantone auf die Anwendung der AHV-Lohnsumme als Aufteilungsschlüssel sowohl des steuerbaren Kapitals als auch des steuerbaren Gewinns geeinigt. Es resultiert eine in der Praxis sehr einfach anwendbare Abgrenzungsmethode, welche durch alle Kantone angewendet wird. Das Kreisschreiben der SSK kann damit nicht nur die Akzeptanz aller Kantone sicherstellen, sondern auch die interkantonale Doppelbesteuerung sowie doppelte Nichtbesteuerung effektiv vermeiden. Weiterhin stellt diese Aufteilung des Steuersubstrats lediglich anhand der AHV-Lohnsumme einen geringen administrativen Aufwand für die Steuerpflichtigen dar und kann durch die Anwendung des Aufteilungsschlüssel, welcher auf der Lohnsumme basiert, die Manipulationsmöglichkeiten weitestgehend einschränken.¹¹⁸⁶

Die Ausscheidungsmethode der SSK kann jedoch nicht der Anforderung der verursachungsgemässen Ausscheidung des Steuersubstrats entsprechend. Das Abstellen auf die AHV-Lohnsumme kann die den Funktionen inhärenten bankspezifischen Risiken nicht richtig im Ergebnis der Kapitalabgrenzung abbilden. Eine Quote, welche einzig auf die AHV-Lohnsumme abstellt, weisst das Haftungssubstrat unabhängig von der Risikostruktur der Konzerneinheit zu. Die AHV-Lohnsumme kann dabei zwar das operationelle Risiko abbilden, jedoch nicht die bankspezifischen Risiken des Zinsdifferenzgeschäfts. Den wesentlichen Funktionen des Zinsdifferenzgeschäft wird so nicht ihrem Risiko entsprechend haftendes Eigenkapital zugewiesen. Bei Banken kann folgerichtig von keiner verursachungsgerechten Kapitalabgrenzung gesprochen werden, wenn das steuerbare Kapital lediglich anhand der AHV-Lohnsumme ausgeschieden wird.

Auch bei der Allokation des steuerbaren Gewinns kann das Allokationsergebnis die Leistungserstellung der Universalbank nur sehr ungenau darstellen. So wird auch der Ertrag aus dem Zinsdifferenzgeschäft anhand der AHV-Lohnsumme aufgeteilt, wobei die wesentlichen Funktionen des Zinsdifferenzgeschäfts nicht adäquat im Abgrenzungsergebnis berücksichtigt werden. Den personalintensiven Funktionen wird ein höherer Anteil am Gewinn zugeordnet als ihnen aufgrund ihres Anteils an der Wertschöpfung der Bank zusteht. Diese personalintensiven Funktionen sind im Bankgeschäft v.a. die Vertriebsfunktion der Kundenberater in den einzelnen Filialen sowie die Vermögensverwaltungsfunktion. Aufgrund der undifferenzierten Anwendung der AHV-Lohnsumme

¹¹⁸⁵ Vgl. Abschnitt IV.C.1.2 (S. 116) *m.w.H.*

¹¹⁸⁶ Vgl. FN 728 *m.w.H.*

auf die gesamte Leistungserstellung der Bank, kann die von der SSK als adäquat bewertete Abgrenzungsmethode die wirtschaftliche Realität der Wertschöpfung im Abgrenzungsergebnis nur bedingt wiedergeben.

Die Konsequenz der soeben gemachten Beobachtungen zur Kapital- und Gewinnabgrenzung gemäss Kreisschreiben der SSK wirkt sich auch auf die Ausscheidung zur Servicegesellschaft aus. Durch den Einbezug der AHV-Lohnsumme des Personals der Servicegesellschaft bei der Gewinnabgrenzung der Bankgesellschaft, wird auch hier die Rolle des Personals der Servicegesellschaft zu hoch gewertet.¹¹⁸⁷ Wie oben argumentiert wird dem Personal der Servicegesellschaft so ein zu grosser Anteil am Ergebnis des Zinsdifferenzgeschäfts und damit ein nicht verursachungsgemässer Anteil am steuerbaren Gewinn und Kapital zugeteilt. Die von der SSK für die Ergebnisabgrenzung zur Servicegesellschaft entwickelte Methode deckt nur die Abgrenzung zwischen Servicegesellschaft und Bankgesellschaft ab. Für die Ergebnisabgrenzung zwischen anderen verbundenen Gesellschaften eines Bankkonzerns sieht das Kreisschreiben der SSK keine Ausscheidungsmethode vor. Die divergierende Behandlung der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens für Zwecke der Ergebnisabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis wird entsprechend von der SSK nicht gelöst.

Es zeigt sich somit, dass die Ausscheidungsmethode der SSK zwar für die Konsensfindung unter den Kantonen hilfreich war, sie jedoch zu keiner verursachungsgerechten Abgrenzung des Steuersubstrats im innerschweizerischen Verhältnis führt. Das Äquivalenzprinzip wird durch die Anwendung dieser Methode klar verletzt. Weiterhin kann das Kreisschreiben der SSK die Divergenz bei der Behandlung der Betriebsstätte und des verbundenen Unternehmens bei der innerschweizerischen Kapital- und Gewinnabgrenzung nicht lösen.

¹¹⁸⁷ Bei der Ausscheidung zwischen Service- und Bankgesellschaft findet keine eigentliche Konsolidierung statt. Die im Kreisschreiben beschriebene zweistufige Methode verprobt die Verrechnung der Services der Servicegesellschaft an die Bankgesellschaft, indem die Personalfunktionen der Servicegesellschaft bei der Ausscheidung der Wertschöpfung der Bankgesellschaft mitberücksichtigt werden. Es wird mithin fingiert, dass das Personal der Servicegesellschaft im Umfang, in welchem sie für die Bankgesellschaft arbeitet, am Gewinn der Bankgesellschaft partizipiert. Grundgedanken ist auch hier, dass pro Lohneinheit der Service- sowie der Bankgesellschaft der gleiche Gewinn erwirtschaftet wird.

2. *Beurteilung der in dieser Abhandlung erarbeiteten Ausscheidungsmethode*

Analog zur Methode der SSK wendet auch die hier erarbeitete Abgrenzungsmethode eine quotenmässige Ausscheidungsmethode sowohl auf den steuerbaren Gewinn als auch auf das steuerbare Kapital an. Wird diese Abgrenzungsmethode von allen Kantonen angewendet, kann dabei auch die interkantonale Doppelbesteuerung und doppelte Nichtbesteuerung effektiv vermieden werden. Auch Möglichkeiten zur Manipulation des Ausscheidungsergebnisses können durch die Anwendung des Aufteilungsschlüssel, welcher auf die Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital abstellen, weitestgehend vermindert werden.¹¹⁸⁸

Die Akzeptanz durch die Kantone und dadurch die harmonisierte Anwendung der Abgrenzungsmethode durch die Kantone kann durch die verursachungsgerechte Abbildung der banklichen Leistungserstellung im Abgrenzungsergebnis herbeigeführt werden.¹¹⁸⁹ Während bei der Methode der SSK geschlossen wurde, dass diese die bankliche Leistungserstellung im Abgrenzungsergebnis nicht darzustellen vermag und die Akzeptanz durch die Kantone auf rein finanzpolitischen Überlegungen beruht, kann die im Rahmen dieser Abhandlung erarbeitete Abgrenzungsmethode die Besonderheiten des Bankgeschäfts und damit v.a. die bankspezifischen Risiken als Produktionsfaktor getreuer der Realität im Abgrenzungsergebnis abbilden.¹¹⁹⁰

Die Kapitalabgrenzung wird quotenmässig anhand der risikogewichteten Aktiven der Bank vorgenommen. Dieser Aufteilungsschlüssel kann sowohl der Finanzierungs- als auch der Haftungsfunktion des Kapitals Rechnung tragen.¹¹⁹¹ Durch die entwickelte Methodik zur Zuteilung der Aktiven werden jenen Konzerneinheiten Finanzierungsmittel zugewiesen, welche diese aufgrund ihrer Funktionen nutzen.¹¹⁹² Weiterhin kann die entwickelte Bewertungsmethode der Aktiven, welche die risikogewichtete Bewertung des Regulators modifiziert, den bankspezifischen Risiken sowie dem operativen Risiko adäquat Rechnung tragen. Insofern werden jener Konzerneinheit, welche aufgrund ihrer Funktionen ein gesteigertes Risikoprofil aufweist, eine grössere Menge an Haftungssubstrat zur Verfügung gestellt.

¹¹⁸⁸ Vgl. Abschnitt VII.B.2.3 (S. 270) *m.w.H.*

¹¹⁸⁹ Vgl. FN 513 *m.w.H.*

¹¹⁹⁰ Vgl. Abschnitt VII.E (S. 288) *m.w.H.*

¹¹⁹¹ Vgl. Abschnitt VI.C.1 (S. 232) *m.w.H.*

¹¹⁹² Die Zuordnung der Vermögenswerte anhand des Orts ihrer Nutzung wird auch bei Nicht-Banken als verursachungsgerechte Allokationsmethode für das Kapital qualifiziert (vgl. Abschnitt IV.D.2.1 (S. 165) *m.w.H.*).

Die hier entwickelte Methode zur innerschweizerischen Abgrenzung des Gewinns teilt den Gewinn quotenmässig auf die Konzerneinheiten auf. Durch die Anwendung eines hybriden Aufteilungsschlüssels bestehend der Lohnsumme und der Lage der Aktiven kann den Besonderheiten des klassischen Bankgeschäfts sowie der Vermögensverwaltung adäquat Rechnung getragen werden. Die Komponenten der Lohnsumme und der Lage der Aktiven können dabei anhand dem spezifischen Geschäftsmodell einer Bank gewichtet werden, sodass die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung in einem spezifischen Bankkonzern korrekt im Abgrenzungsergebnis abgebildet wird.¹¹⁹³ Durch die separate Allokation des Finanzierungsaufwands anhand der Lage der Aktiven wird zudem der erhöhte Finanzierungsbedarf sowie die wesentliche Rolle der Risiken für das Zinsdifferenzgeschäfts bei der Ergebnisabgrenzung beachtet.¹¹⁹⁴

Die hier entwickelte Methode zur Gewinn- und Kapitalabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis gelangt entsprechend zu einem Abgrenzungsergebnis, welches eng am wirtschaftlichen Gehalt der tatsächlichen Wertschöpfung der Konzerneinheiten ist. Sie kann deshalb der Anforderung der verursachungsgerechten Ausscheidung gemäss Äquivalenzprinzip genügen und kann deshalb auch bei den Kantonen zu breiter Akzeptanz führen.¹¹⁹⁵

Weiterhin führt die Anwendung des hybriden Aufteilungsschlüssel für Zwecke der Gewinnabgrenzung nicht zu einem signifikant höheren Administrativaufwand für die Steuerpflichtigen – verglichen mit der Methodik der SSK. Lediglich die Bewertung der Vermögenswerte durch die modifizierte RWA-Bewertungsmethodik bedeutet gegenüber einem Aufteilungsschlüssel, welcher ausschliesslich auf die AHV-Lohnsumme abstellt, einen Mehraufwand. Dieser ist aufgrund der bereits durch den Regulator vorgeschrieben Bewertungspflicht der Aktiven zu Zwecken der regulatorischen Eigenmittelvorschriften jedoch zum Grossteil bereits abgedeckt. Die hier erarbeitete Abgrenzungsmethodik stellt deshalb keinen wesentlichen Mehraufwand für den Steuerpflichtigen dar.

Die vorliegende Analyse strebt eine Überwindung der divergierenden Behandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen für Zwecke der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung an. Dadurch kann dem Erfordernis der rechtsform- und wettbewerbsneutralen Besteuerung verbessert Rechnung getragen werden.¹¹⁹⁶ So wird dann auch die einheitliche Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode auf das verbundenen Bankunternehmen sowie die Bankbetriebsstätte gefordert. Lediglich bei der entwickelten Methode zur

¹¹⁹³ *Vgl.* Abschnitt VII.B.2.3 (S. 270) *m.w.H.*

¹¹⁹⁴ *Vgl.* Abschnitt VII.B.3.2 (S 280) *m.w.H.*

¹¹⁹⁵ *Vgl.* Abschnitt IV.C.1 (S. 112) *m.w.H.*

¹¹⁹⁶ *Vgl.* Abschnitt IV.C.1.1 (S. 112) *m.w.H.*

Kapitalabgrenzung ergeben sich Unterschiede in der Anwendung, welche aufgrund des geltenden steuerrechtlichen Trennungsprinzips jedoch nicht überwunden werden können.¹¹⁹⁷ Ferner wurde festgestellt, dass die hier erarbeitete Methode der Gewinnabgrenzung sowohl den Anforderungen des interkantonalen Steuerrechts¹¹⁹⁸ als auch dem Fremdvergleichsgrundsatz der OECD¹¹⁹⁹ gerecht wird. Die Angleichung von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätte, wie sie in dieser Abhandlung gefordert wird, erfüllt entsprechend auch die Leitlinien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Gewinn- und Kapitalabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis.¹²⁰⁰ Während das Kreisschreiben der SSK sich lediglich an die Gleichbehandlung der Servicegesellschaft des Bankkonzerns mit Abgrenzung im Einheitsunternehmen einer Bankgesellschaft wagt, strebt die hier entwickelte Abgrenzungsmethode eine weitestgehende Angleichung von verbundenen Unternehmen und Betriebsstätte zu Zwecken der innerschweizerischen Kapital- und Gewinnabgrenzung an. Nur so kann auf eine rechtsformunabhängige und wettbewerbsneutrale Besteuerung hingewirkt werden.

Konsequenterweise erfüllt die hier erarbeitete Abgrenzungsmethode die in Abschnitt IV.C.1¹²⁰¹ dargestellten Anforderungen an die Abgrenzungsmethode in sehr grossem Masse, während die von der SSK in ihrem Kreisschreiben festgehaltene Methode signifikante Defizite bei der Abgrenzung des Steuersubstrats aufweist.

¹¹⁹⁷ Vgl. Abschnitt VI.E (S. 262) *m.w.H.*

¹¹⁹⁸ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c.(1) (S. 152) *m.w.H.*

¹¹⁹⁹ Vgl. Abschnitt IV.C.3.2.a (S. 125) *m.w.H.*

¹²⁰⁰ Vgl. Abschnitt IV.C.3.3.d (S. 140) *m.H. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Ergebnisabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen; vgl. Abschnitt IV.C.3.3.c (S. 152) m.H. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Gewinn- und Kapitalabgrenzung im Einheitsunternehmen im innerschweizerischen Verhältnis.*

¹²⁰¹ Vgl. Abschnitt IV.C.1 (S. 112) *m.w.H. zu den Anforderungen an die Abgrenzungsmethode.*

IX. Zusammenfassung und Schlussüberlegungen

Die vorliegende Arbeit beleuchtete die Möglichkeiten und Grenzen der Gleichbehandlung von Betriebsstätten und verbundenen Unternehmen bei der inner-schweizerischen Gewinn- und Kapitalallokation. Die Abgrenzungsmethode muss das Steuersubstrat verursachungsgerecht auf die kantonalen Steuerhoheiten aufteilen, zu welchen der Konzern eine steuerrechtlich relevante Zugehörigkeit begründet. Als Grundlage für eine solche verursachungsgerechte Allokation muss die wirtschaftliche Realität der Leistungserstellung herangezogen werden. Nur so kann eine allgemeine Akzeptanz des Abgrenzungsergebnisses durch die kantonalen Steuerhoheiten erreicht werden. Es wurde festgestellt, dass die durch den Fremdvergleichsgrundsatz geforderte Eigenständigkeit der Konzerneinheiten gerade nicht der wirtschaftlichen Realität der Leistungserstellung im Konzern entspricht. Der indirekten Aufteilungsmethode ist deshalb der Vorzug zu geben. Dabei muss zwar weiterhin die Leistungsfähigkeit der einzelnen Konzerneinheit im Abgrenzungsergebnis dargestellt werden. Die Leistungsfähigkeit der Konzerneinheit muss jedoch immer unter Beachtung der Einbettung der Konzerneinheit innerhalb des Konzernverbunds ermittelt werden. Für eine Gleichbehandlung von Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen für Abgrenzungszwecke ist deshalb die Angleichung des verbundenen Unternehmens an die Betriebsstätte sachgemäss.

Eine ganzheitliche Angleichung ist aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzips jedoch nicht möglich. Die Grenzen der Angleichung wirken sich hauptsächlich auf die Kapitalabgrenzung aus. Aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzips definiert sich das insgesamt steuerbare Eigenkapital im Konzern aus der Addition der Steuerbemessungsgrundlagen der einzelnen Konzerngesellschaften. Es kann mithin keine eigentliche Konsolidierung der Haftungsgrundlagen erfolgen. Das Abgrenzungsergebnis muss dem verbundenen Unternehmen einen eigenen Haftungskreis fingieren. So wird die Betriebsstätte durch das zugewiesene Dotationskapital mit der gleichen Kreditwürdigkeit wie das Einheitsunternehmen ausgestattet, wohingegen das verbundene Unternehmen seinen eigenen Haftungskreis aufweist. Das buchhalterisch durch das verbundene Unternehmen verbuchte Eigenkapital muss deshalb aufgrund einer Mindestkapitalisierungsmethode verprobt werden.

Weiterhin wurde argumentiert, dass das verfassungsmässige Doppelbesteuerungsverbot nach Art. 127 Abs. 3 BV auch auf die Vermeidung von Doppelbesteuerung im Konzern, d.h. zwischen verbundenen Unternehmen, anwendbar ist. Das Bundesgericht kann somit die in dieser Arbeit ermittelten Abgrenzungsmethoden im innerschweizerischen Verhältnis durchsetzen und so auf eine effektivere Vermeidung der Doppelbesteuerung im innerschweizerischen Verhältnis hinwirken.

Die gewonnenen Erkenntnisse zur Angleichung der innerschweizerischen Gewinn- und Kapitalabgrenzung bei Betriebsstätte und verbundenem Unternehmen wurden sodann am Untersuchungsobjekt des konzerninternen Treasury bei Banken getestet. Es wurde dargelegt, dass die Treasury-Funktion der Bank eine herausragende Bedeutung für die Wertschöpfung der Bank hat. Diese wichtige Rolle bezieht sich auf die Wertschöpfung aus dem Zinsdifferenzgeschäft. Die Geschäftsfelder des klassischen Bankgeschäfts sowie des indifferenten Geschäfts der Vermögensverwaltung und Anlageberatung weisen eine unterschiedliche Art der Leistungserstellung auf. Diese Unterschiede werden v.a. durch die Rolle der Bank beim Zinsdifferenzgeschäft geprägt, bei welchem die Vermögenswerte der Kunden in die Vermögenssphäre der Bank eingehen. Die wichtige Rolle des Treasury besteht dann auch in der Bewirtschaftung der Bankbilanz und der der Bilanzstruktur inhärenten Risiken.

Bei der Kapitalabgrenzung steht deshalb das Zinsdifferenzgeschäft der Bank im Vordergrund. Das Ergebnis der Kapitalabgrenzung soll die Finanzierungs- und Haftungsfunktion des Kapitals abbilden. Grundlage dafür ist folgerichtig die Vermögensstruktur einer Konzerneinheit. Diese kann durch anteilige Zuweisung der Finanzaktiven am nächsten der Realität abgebildet werden. Anders als bei Industrieunternehmen nutzt eine Bank nicht ihre Vermögenswerte für die Leistungserstellung, sondern die Leistungserstellung wirkt auf die Entstehung und Erhaltung der finanziellen Vermögenswerte hin. Es wurde gezeigt, dass die Finanzierungsfunktion des Kapitals deshalb durch die anteilige Zuweisung der Finanzaktiven zu jenen Einheiten, welche die Finanzierungsmittel für die Generierung des Mehrwerts aus dem Kreditkontrakt einsetzen, sachgemäss abgebildet werden kann. Die Haftungsfunktion kann durch die Gewichtung der Vermögenswerte mit den Risiken des Bankgeschäfts im Abgrenzungsergebnis dargestellt werden. Im Rahmen dieser Arbeit wurde festgestellt, dass die regulatorische Grösse der RWA für die Kapitalabgrenzung bei Banken grundsätzlich herangezogen werden kann. Dabei müssen jedoch Modifikationen vorgenommen werden, damit die Risiken des Bankgeschäfts in den RWA sachgemäss abgebildet werden. Im Ergebnis wird der Treasury-Einheit ein Grossteil der Finanzaktiven (und damit ein Grossteil des Vermögens der Bank) zugeordnet.

Aufgrund des steuerrechtlichen Trennungsprinzip kommen bei verbundenem Unternehmen und Betriebsstätte unterschiedliche Methoden der Kapitalabgrenzung zur Anwendung. Für die Bestimmung des Dotationskapitals der Betriebsstätte wird das steuerbare Kapital des Einheitsunternehmens anhand der Vermögensstruktur gespiegelt, wohingegen beim verbundenen Unternehmen eine Mindestkapitalisierungsmethode zur Verprobung des ausgewiesenen Eigenkapitals zur Anwendung gelangt. In der Konsequenz erfordern die Funktionen des Treasury eine Zuweisung eines Grossteils des steuerbaren Eigenkapitals zur Einheit des konzerninternen Treasury bei Banken.

Zu den Unterschieden bei der Leistungserstellung im klassischen Bankgeschäft und im indifferenten Bankgeschäft kommt hinzu, dass die Wertschöpfung dieser beiden Bankgeschäfte innerhalb der Universalbank hoch integriert ist. Diese hohe Integration resultiert aus der Rolle der Treasury-Einheit als Vermittlerin der Finanzierungsmittel und Bewirtschafterin der Bankbilanz. Das Geschäftsmodell der Bank erfordert deshalb die Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode, wobei der zu ermittelnde Aufteilungsschlüssel auf beide Geschäftsfelder der Bank konsolidiert angewendet werden muss. Während das indifferente Bankgeschäft als personalintensives Geschäft die Funktion des Vertriebs und der Kundenberatung in den Mittelpunkt stellt, zieht das Zinsdifferenzgeschäft seinen Mehrwert aus der Steuerung der bankspezifischen Risiken. Es wird deshalb die Anwendung eines kombinierten Aufteilungsschlüssels aus der Lohnsumme und der Lage der gewichteten Bruttoaktiven gefordert. Während die Lohnsumme das personalintensive Geschäft der Vermögensverwaltung- und Anlageberatung sachgemäss im Abgrenzungsergebnis abbildet, kann durch die Anwendung der gewichteten Bruttoaktiven den Besonderheiten des Zinsdifferenzgeschäfts angemessen Rechnung getragen werden. Durch eine individuelle Gewichtung der Lohnsumme und der Bruttoaktiven kann das Abgrenzungsergebnis an das Geschäftsmodell einer spezifischen Bank angepasst werden.

Ausserdem muss der Finanzierungsaufwand separat vom restlichen Geschäftsergebnis anhand der Lage der Bruttoaktiven aufgeteilt werden. Diese getrennte, quotenmässige Zuordnung der Schuldzinsen trägt dem Umstand Rechnung, dass die Schuldzinsen fast ausschliesslich dem Zinsdifferenzgeschäft zuzuordnen sind. Eine globale Aufteilung des Gewinns würde zu einer Subventionierung des Zinsdifferenzgeschäfts durch das indifferente Bankgeschäft führen. Die ermittelten Modalitäten der Gewinnabgrenzung weisen der Treasury-Einheit einen wesentlichen Anteil am steuerbaren Gewinn aus dem Zinsdifferenzgeschäft zu (inklusive eines Grossteils der Schuldzinsen). Für die Allokation des Gewinns aus dem indifferenten Bankgeschäft bleibt die Treasury-Einheit hingegen grundsätzlich unbeachtet.

Die innerhalb dieser Arbeit ermittelten Anforderungen an eine sachgemässe innerschweizerische Ausscheidung von Gewinn und Kapital einer Universalbank werden mit dem Kreisschreiben der SSK nur bedingt umgesetzt. Durch die Anwendung der Lohnsumme sowohl für die Kapitalabgrenzung als auch für die Gewinnabgrenzung im innerschweizerischen Verhältnis wird dem indifferenten Bankgeschäft eine höhere Wertschöpfungskraft zugeordnet als in der wirtschaftlichen Realität der banklichen Leistungserstellung gegeben ist. Auch vermag ein Aufteilungsschlüssel, welcher die quotenmässige Ausscheidung einzig anhand der Lohnsumme vornimmt, nicht den spezifischen Banktypen der Schweizer Banklandschaft gerecht werden. Das Kreisschreiben der

SSK ist als kantonaler Konsens zu sehen, welcher finanzpolitischen Überlegungen und Interessen der kantonalen Hoheitsträger unterworfen ist. Gemäss den Erkenntnissen der vorliegenden Abhandlung kann die im Kreisschreiben festgelegte Methodik jedoch keine verursachungsgerechte Abgrenzung von Kapital und Gewinn gewährleisten.

Die im Rahmen dieser Arbeit entwickelte Abgrenzungsmethodik stellt zwar grundsätzlich eine quotenmässige Abgrenzung des steuerbaren Kapitals und Gewinns einer Bank dar, aufgrund der entwickelten Modifizierungen bei der Gewinnabgrenzungsmethode kann jedoch nicht mehr von einer globalen Gewinnaufteilung gesprochen werden. Vielmehr können die Besonderheiten des Zinsdifferenzgeschäfts sowie indifferenten Bankgeschäfts aufgrund des hybriden Aufteilungsschlüssel adäquat im Abgrenzungsergebnis abgebildet werden. Es handelt sich deshalb um eine Methodik, welche sowohl den Anforderungen des interkantonalen Steuerrechts als auch jenen der Gewinnaufteilungsmethode gemäss Fremdvergleichsgrundsatz gerecht wird. So kann geschlossen werden, dass die hier erarbeitete Methodik grundsätzlich auch im internationalen Verhältnis zur Verprobung von Geschäftsergebnissen ausländischer verbundener Unternehmen oder Betriebsstätten einer inländischen Bank zur Anwendung gelangen kann.

Curriculum Vitae

Anke Stumm, geb. 24.11.1987

Ausbildung

09/2020	Dipl. Steuerexpertin, EXPERTSuisse
08/2016 – 10/2020	Universität St. Gallen Doktoratsstudium in Rechtswissenschaft
05/2016	Anwaltpatent Kanton St. Gallen
09/2012 – 09/2014	Universität St. Gallen Master-Studium in Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
09/2008 – 09/2011	Universität St. Gallen Bachelor-Studium in Rechts- und Wirtschaftswissenschaft
08/2010 – 12/2010	Singapore Management University, Law School, Singapore Austauschsemester

Arbeitstätigkeit

01/2021 –	Bär & Karrer AG, Zürich Rechtsanwältin
04/2016 – 12/2020	UBS AG, Zürich Tax Specialist Group Tax
11/2014 – 10/2015	Schoch, Auer & Partner, St. Gallen Substitut
09/2012 – 08/2014	Institut für Finanzrecht und Finanzwirtschaft (IFF), Universität St. Gallen Studentische Mitarbeiterin
08/2011 – 08/2012	Deloitte AG, Zürich Consultant for International Corporate Tax