

# Rechtsprechung im Jahr 2003 (2. Teil)

Prof. Dr. iur. Markus Reich\*/Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger\*\*

## Inhalt

*In der vorangehenden Ausgabe:*

- 1 **Auswirkungen der Praxisänderung bei der Optionsbesteuerung**
- 2 **Abzug von Verlusten eines Quasi-Wertschriftenhändlers**
- 3 **Zeitpunkt der Realisation von Liegenschaftsgewinnen**
- 4 **Parallelität der kantonalen Beschwerdewege im Bereich der harmonisierten direkten Steuern**
- 5 **Weiterbildungskosten: MBA-Ausbildung**
- 6 **Nachsteuer und Busse bei Nichtdeklaration eines Liquidationsüberschusses**

### Literatur

*In dieser Ausgabe:*

- 7 **Rückerstattung der Mehrwertsteuer auf Verwaltungsratsentschädigungen unter dem Recht der MWSTV?**
- 8 **Abzugsfähigkeit von Verlusten aus der Mitgliedschaft beim Versicherungsmarkt Lloyd's of London**
- 9 **Verlustverrechnung durch ausländische Beteiligte an zwei schweizerischen Personengesellschaften**
- 10 **Lebensversicherung mit fremdfinanzierter Einmalprämie**

### Literatur

## 7 Rückerstattung der Mehrwertsteuer auf Verwaltungsratsentschädigungen unter dem Recht der MWSTV?<sup>1</sup>

### Sachverhalt

A. ist Verwaltungsrat verschiedener schweizerischer Aktiengesellschaften und seit dem 1. Januar 1995 als Steuerpflichtiger im Register der ESTV eingetragen. In der Zeit von 1995 bis 1999 rechnete er gemäss der publizierten Praxis der ESTV die Mehrwertsteuer auf seinen Verwaltungsratsentschädigungen ab, ohne auf den Abrechnungen einen Vorbehalt anzubringen, wonach er sinngemäss darauf hingewiesen hätte, dass er mit der Qualifikation von Verwaltungsratsentschädigungen als Einnahmen aus einer selbständigen Tätigkeit nicht einverstanden sei.

Nachdem das Bundesgericht am 27. Oktober 2000 entschieden hatte, dass unter dem Recht der MWSTV Verwaltungsratsentschädigungen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit darstellen und deshalb nicht der Mehrwertsteuer unterliegen<sup>2</sup>, forderte A. die von ihm seit 1995 bezahlte Mehrwertsteuer von ca. Fr. 180 000 inkl. Vergütungszins zurück und brachte in der Abrechnung für das erste Semester 2000 bezüglich der auf die Verwaltungsratsentschädigungen anfallenden Steuer von ca. Fr. 23 000 einen Vorbehalt an.

Die abschlägigen Entscheide der ESTV wurden von A. mit Beschwerde bei der Eidg. Steuerrekurskommission angefochten. Diese Instanz hiess die Beschwerde teilweise gut, indem sie auf ein Rückerstattungsrecht für die Steuer, die A. nur unter Vorbehalt entrichtet hatte, erkannte. Das Begehren der ESTV, A. die Steuer nur unter der Bedingung zu erstatten, dass er diese Steuer seinerseits den Gesellschaften, denen er die Steuer in Rechnung gestellt hatte, zurückzahle, wies die Eidg. Steuerrekurskommission zurück.

\* Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich

\*\* Ordinarius für Steuerrecht an der Universität St.Gallen

1 Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Juni 2003, in StR 2003, 797 f.

2 Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2000, in ASA 71 (2002/03), 651 ff. = RDAF 2001, 53 ff. = StR 2000, 831.

Bezüglich der ohne Vorbehalt von 1995 bis 1999 bezahlten Mehrwertsteuern wurde die Beschwerde von A. abgewiesen.

Sowohl A. als auch die ESTV erhoben eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. A. verlangte die Rückerstattung der in den Jahren 1995 bis 1999 bezahlten Mehrwertsteuer<sup>3</sup>; die ESTV ersuchte um einen Feststellungsentscheid, wonach A. die unter Vorbehalt bezahlte Mehrwertsteuer nur dann zurückzuerstatten sei, wenn er seine Fakturen gegenüber den Leistungsempfängern berichtige und diesen die fakturierte Mehrwertsteuer zurückvergüte<sup>4</sup>.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

#### a) Beschwerde des Steuerpflichtigen

Zunächst wurde festgestellt, dass der im Verwaltungsrecht anerkannte Grundsatz, dass Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen oder wegfallenden Grund erfolgten, zurückverlangt werden können, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, auch im Abgaberecht zu beachten sei.

Das Bundesgericht prüfte dann nicht, ob im (alten) Mehrwertsteuerrecht eine Regelung bestehe, die einer Rückerstattung einer zu Unrecht bezahlten Steuer entgegenstehe, sondern es untersuchte, ob der MWSTV eine ausdrückliche Regelung zu entnehmen sei, die im vorliegenden Fall Grundlage für die Rückerstattung an A. bilden könne, und kam zu einem negativen Ergebnis.

Nachdem das Bundesgericht die grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem bei der direkten Bundessteuer zur Anwendung gelangenden gemischten Veranlagungsverfahren (Veranlagungshoheit bei den Kantonen) und dem bei den vom Bund erhobenen Steuern (Verrechnungssteuer und Stempelabgaben) geltenden Selbstveranlagungsverfahren aufgezeigt hatte, verwies es auf seine Rechtsprechung zum Warenumsatzsteuerbeschluss. Dort wurde in einem älteren Urteil<sup>5</sup> entschieden, dass eine vorbehaltlos eingereichte SelbstdeklARATION einem rechtskräftigen Entscheid gleichzusetzen sei. Da nach Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids eine Korrektur nur noch dann möglich ist, wenn ein Revisionsgrund gegeben ist – und ein solcher in jenem Fall nicht vorlag –, kam dort das Gericht zu einem für die Steuerpflichtige negativen Ergebnis.

Anschliessend befasste sich das Bundesgericht mit der MWSTV und kam zunächst zum Ergebnis, dass die Nichtregelung der Rückerstattung in der MWSTV im

vorliegenden Sachverhalt nicht als vom Richter zu füllende Lücke zu interpretieren sei. Vielmehr sei aus der Tatsache, dass das Mehrwertsteuerrecht an die Pflichten hohen Anforderungen stelle, indem es diesen Personen wesentliche, in anderen Steuerfestsetzungsverfahren der Steuerbehörde obliegende Vorkehren übertrage, abzuleiten, dass der vorbehaltlosen SelbstdeklARATION zwar nicht die Bedeutung eines verbindlichen Entscheids iSv Art. 51 MWSTV zukomme, dass dieser jedoch eine Wirkung beizumessen sei, die weitgehend jener einer rechtskräftigen Verfügung entspreche. Sei eine steuerpflichtige Person nicht bereit, die entsprechende Steuer zu entrichten, müsse sie dies mit einem entsprechenden Vermerk zum Ausdruck bringen.

Diese strikte Betrachtungsweise sei nicht nur erforderlich wegen der Eigenheiten des Selbstveranlagungsverfahrens, sondern auch deshalb, weil die steuerpflichtige Person mit ihren Feststellungen zugleich die Grundlagen für die von den Empfängern der Lieferungen und Dienstleistungen abziehbaren Vorsteuern festlege.

Im Weiteren stellte das Bundesgericht klar, dass mit Bezug auf Praxisänderungen insofern «Waffengleichheit» zwischen Steuerbehörden und Steuerpflichtigen bestehe, als die Steuerbehörden zwar die Selbstveranlagungen noch während fünf Jahren überprüfen können, dass sie jedoch bei solchen Überprüfungen nicht nachträglich eine allfällige, nach erfolgter korrekter SelbstdeklARATION vorgenommene Praxisänderung zu Lasten der Steuerpflichtigen in Anwendung bringen können. Eine im Rahmen der geltenden Praxis korrekt erfolgte Selbstveranlagung könne deshalb nicht rückwirkend durch die ESTV geändert werden. Dieses Verbot von rückwirkenden Praxisänderungen ergebe sich zwingend aus Art. 8 BV.

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, dass die Mehrwertsteuer in allen Fällen, in denen keine Anfechtung erfolgt, zwar nicht in Rechtskraft erwachse, dass aber Praxisänderungen weder zu Ungunsten noch zu Gunsten des Steuerpflichtigen rückwirkend angewendet werden dürften, es sei denn, der Steuerpflichtige habe die Steuer nur unter Vorbehalt bezahlt. Mit der vorbehaltlosen Bezahlung bringe der Steuerpflichtige zum Ausdruck, dass er die geltende Praxis akzeptiere. Daran sei er gebunden. Im Falle einer nach der in Richtlinien und Weisungen festgelegten Verwaltungspraxis geschuldeten und ohne Vorbehalt deklarierten Steuer sähen die massgebenden Erlasse (unter Einschluss des MWSTG) keine Rückerstattung vor, wenn sich später herausstelle,

3 Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Juni 2003, in StR 2003, 797 f., Rs. 2A.320/2002.

4 Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Juni 2003, in StR 2003, 797 f., Rs. 2A.326/2002.

5 ASA 19 (1950/51), 185.

dass eine gesetzliche Grundlage für die entrichtete Steuer fehle. Damit hätten Gesetz- und Verordnungsgeber bei der Mehrwertsteuer eine Ordnung geschaffen, die der Praxis des Bundesgerichts zur Warenumsatzsteuer entspreche. Falls der Gesetzgeber damit nicht einverstanden gewesen wäre, hätte er es in der Hand gehabt, die erforderlichen Bestimmungen vorzusehen.

#### b) Beschwerde der ESTV

Ausgehend von Ausführungen zur Überwälzung der Mehrwertsteuer – wonach diese zwar systematisch vorgesehen, darauf jedoch kein gesetzlicher Anspruch bestehe, sie vielmehr dem Privatbereich der Wirtschaftsbeteiligten überlassen bleibe –, schloss das Bundesgericht, dass auch kein Anspruch des Staats bestehe, wonach Steuern, die zu Unrecht bezahlt wurden und der steuerpflichtigen Person wieder erstattet werden, dem Leistungsempfänger zurückzahlen seien. Auch dies sei eine Frage des privaten Verhältnisses zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger.

Sodann machte das Bundesgericht allgemeine Aussagen zu den Folgen einer Rückerstattung: Beim Leistungserbringer könne sie je nach Art der Leistung zu Kürzungen des Vorsteuerabzugs führen. Dieses Problem stelle sich jedoch im zu entscheidenden Fall nicht, weil A. mit dem Saldosteuersatz abgerechnet habe. Beim Leistungsempfänger komme es hingegen immer dann zu einer nachträglichen Kürzung des Vorsteuerabzugs, wenn und soweit er Vorsteuern in Anrechnung gebracht habe, die später zurückbezahlt worden seien. Der Leistungserbringer A. müsse deshalb seine Rechnung korrigieren<sup>6</sup>. Dies war denn auch von keiner Partei bestritten. Strittig war einzig, ob als Voraussetzung für die Rückerstattung der Mehrwertsteuer von A. verlangt werden könne, dass er die Differenz zwischen der ursprünglichen Rechnung und der um die erstattete Mehrwertsteuer korrigierten Rechnung tatsächlich zurückzahle.

Zu dieser Frage macht das Bundesgericht höchst unklare und z. T. widersprüchliche Aussagen (E 5.4.1 und E 5.4.2). In E 5.4.1 wird zunächst darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht die in der Wegleitung 1997 in Rz. 779b angeordnete Praxis, wonach nicht nur die Rechnung zu berichtigen sei, sondern auch ein entsprechender Zahlungsfluss bzw. eine Verrechnung zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger erfolgen müsse, als gesetzmässig beurteilt habe<sup>7</sup>. Sodann wird

ausgeführt, dass jedoch nicht verlangt werden könne, dass der Zahlungsfluss bzw. die Verrechnung auch tatsächlich zu erfolgen habe, weil diese Frage ausschliesslich dem Bereich der Privatautonomie der Parteien zuzuordnen sei. Verzichte die Leistungsempfängerin auf eine Zahlung, bewirke dies eine aus mehrwertsteuerlicher Sicht zulässige Erhöhung des Verwaltungsrats honorars zu Lasten der Gesellschaft.

In E 5.4.2 finden sich dann gegenteilige Aussagen: Es wird dort u. a. ausgeführt: «Ob der Leistungserbringer nach Erstattung der Steuer die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung geforderte Gutschrift und Rückvergütung tatsächlich vornimmt, kann durch die Eidgenössische Steuerverwaltung auf Grund des ihr mit Art. 50 MWSTV eingeräumten Kontrollrechts geprüft werden. (...) Allenfalls kann die Eidgenössische Steuerverwaltung den Steuerpflichtigen auf die erforderliche Korrektur hinweisen. Deshalb aber die Rückzahlung der Steuer mit der Auflage der Weiterleitung an den Leistungserbringer zu verbinden, ist nicht erforderlich, und(,) wie oben dargelegt, weder durch die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung geltend gemachten, noch durch andere Gesetzesbestimmungen gedeckt.»

Aufgrund dieser widersprüchlichen bzw. unklaren Aussagen – ist nun ein Verzicht auf die Rückerstattung zulässig, weil sie dem Bereich der Privatautonomie der Parteien zuzuordnen ist, oder handelt es sich um eine Verpflichtung des Leistungserbringers, die durch die ESTV kontrolliert und allenfalls durchgesetzt werden kann? – bleibt unklar, was das Bundesgericht mit seinen Erwägungen ausdrücken wollte. Klar ist einzig, dass eine Korrektur der Rechnung durch den Leistungserbringer zu erfolgen hat und dass es unzulässig ist, dass die ESTV die tatsächliche Überweisung oder Verrechnung als Bedingung für die Rückerstattung der Mehrwertsteuer aufstellt<sup>8</sup>. Unklar erscheint nach den widersprüchlichen Aussagen des Gerichtes hingegen, ob nun ein Erfordernis der Rückerstattung bzw. Verrechnung – wie in Rz. 779b der Wegleitung 1997 (übernommen in Rz. 808 der Wegleitung 2001) angeordnet – besteht oder ob der Leistungsempfänger auf eine solche Zahlung verzichten kann. (Diese Unklarheit hat die ESTV selbst behoben, indem sie mit einer Praxismitteilung vom 30. Januar 2004 die Rz. 808 der Wegleitung 2001 derart geändert hat, dass nun eine Rückerstattung auch ohne Rückvergütung zulässig ist. Die ESTV stellt aller-

6 Dies hat nach erfolgter Rückerstattung zu erfolgen (E 5.4.2); s. auch SRK 28. Januar 2004, Rs. 2003-043, E 7 b aa (nicht rechtskräftig).

7 Im Urteil vom 31. Mai 2002 (StR 2003, 209 ff.); die gleiche Verwaltungsanweisung findet sich in der Wegleitung 2001 in Ziff. 808.

8 So auch SRK 28. Januar 2004, Rs. 2003-043, E 7 b aa (nicht rechtskräftig); s. auch SCHEUNER, StR 2003, 798; ZARDIN/RUEPP/PROBST, ST 2004, 124 f.

dings die Bedingung auf, dass die Rückerstattung der nicht geschuldeten Steuer durch die ESTV an die vorherige Korrektur der Rechnungen durch den Leistungserbringer geknüpft ist. Dies ist Gegenstand eines noch hängigen Rechtsmittelverfahrens vor Bundesgericht<sup>9</sup>.)

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen\*\*\*

#### a) Zum Entscheid betreffend die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Steuerpflichtigen

Auf den ersten Blick erscheint die Verweigerung der Rückerstattung der von A. – wie sich aufgrund eines Bundesgerichtsurteils im Nachhinein herausstellte – zu Unrecht bezahlten Mehrwertsteuer als befremdlich und fiskalistisch. Dieser Entscheid ist denn auch in der Literatur von einem Privatrechtler harsch kritisiert worden<sup>10</sup>. Es wird dort die These aufgestellt, dass der Staat durch die sich im Nachhinein als rechtsgrundlos erweisende Zahlung ungerechtfertigt bereichert sei. Zudem sei es bedenklich, wenn jener, der die unklare Rechtsgrundlage geschaffen hat (der Staat), von dieser Unsicherheit profitiere. Diese Sichtweise verkennt jedoch, dass die Frage, ob der Staat durch die Verweigerung der Rückzahlung an A. tatsächlich bereichert ist, von der Frage abhängt, ob der Leistungsempfänger zum Vorsteuerabzug berechtigt war oder nicht. Nur wenn und soweit kein Vorsteuerabzugsrecht bestand, kann von einer Bereicherung überhaupt gesprochen werden. Auch wenn eine solche Bereicherung eingetreten ist, ist damit noch nicht gesagt, dass diese auch ungerechtfertigt war. Die entsprechende Wertung kann nur im Lichte der Besonderheiten des Selbstveranlagungsverfahrens erfolgen.

Das vorliegende Urteil enthält keine grundlegenden Neuerungen und liegt auf der Linie der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den vom Bund im Selbstveranlagungsverfahren erhobenen Steuern. Obwohl das Bundesgericht auf gewisse Unterschiede in den Rechtsgrundlagen zur Mehrwertsteuer einerseits und zur Verrechnungssteuer und den Stempelabgaben andererseits hinweist, hätte es wohl in einem vergleichbaren Fall zur Verrechnungssteuer und zu den Stempelabgaben gleich entschieden<sup>11</sup>. Im vorliegenden Fall ging es nämlich nicht um eine blosser Zahlung einer nicht ge-

schuldeten Mehrwertsteuer, sondern um die umstrittene Rechtsfrage, ob Verwaltungsratsentschädigungen mehrwertsteuerrechtlich Einnahmen aus selbständiger oder aus unselbständiger Erwerbstätigkeit darstellen. Steuerpflichtige, die sich einer Auseinandersetzung über diese Frage nicht stellen wollten und die entsprechenden Einkünfte vorbehaltlos als mehrwertsteuerpflichtige Umsätze deklarierten, können nicht im Nachhinein geltend machen, sie hätten eine Nichtschuld bezahlt.

Steuerpflichtige haben aus diesem Urteil – erneut – die Lehre zu ziehen, dass auch nach dem geltenden Mehrwertsteuerrecht in Fällen, in denen sie ihre gemäss den Anweisungen der ESTV gegebene Steuerpflicht in Zweifel ziehen, entweder die Steuer nicht zu bezahlen und darauf in ihrer Abrechnung hinzuweisen haben oder, wenn sie das Risiko von Verzugszinszahlungen vermeiden wollen, die Steuer entrichten müssen und in der Abrechnung einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen haben.

Trotz der Feststellung, dass dieser Entscheid mit der bisherigen Praxis des Bundesgerichts in Einklang steht und dessen Ergebnis u. E. nicht kritisiert werden kann, erlauben sich die Autoren noch die folgenden Hinweise: Im Recht der Mehrwertsteuer kommt den Steuerpflichtigen eine besondere Stellung zu. In einem reinen System werden diese Personen mit der Steuer nicht belastet – sie knüpft denn auch nicht an deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sondern einzig an den Umsatz an –, sondern sie sind einzig Hilfspersonen des Fiskus und treiben jene Steuern ein, die – sofern die vollständige Überwälzung gelingt – von den Konsumenten wirtschaftlich getragen werden. Dabei sind folgende Tatsachen zu berücksichtigen:

- Die Steuerpflichtigen sind nicht freiwillig (Inkasso-) Agenten des Fiskus, und sie werden für ihre Inkassofunktion auch nicht entschädigt<sup>12</sup>.
- Macht der Agent einen Fehler zu Lasten des Fiskus, muss er die Steuer nachentrichten – unabhängig davon, ob er, ausnahmsweise, nachträglich die Steuer überwälzen kann oder nicht. Solche vom Umsatz abhängige Zahlungen, die nicht nachträglich auf die Leistungsempfänger überwälzt werden können,

9 SRK 28. Januar 2004, Rs. 2003-043, E 7 b aa (nicht rechtskräftig).

\*\*\* Die Autoren danken Dr. Ivo P. Baumgartner für wertvolle Anregungen und Hinweise.

10 Vgl. BREITSCHMID in Festschrift Kramer, 113 f.

11 Beispiel: Würde der hypothetische – jedoch wünschbare – Fall eintreten, dass eine Kapitalgesellschaft die Verrechnungssteuerpflicht auf der Rückzahlung von Agio anfechten und das Bundesgericht zu seiner alten Rechtsprechung zurückkehren würde, wonach die in der Verordnung zum VStG enthaltene Anordnung des absoluten Nennwertprinzips nicht

gesetzmässig ist und auf die Verrechnungssteuerfreiheit dieses Sachverhalts erkennen, könnten auch nicht jene Gesellschaften, die in den fünf Jahren vor einer solchen hypothetischen Entscheidung Agio-Rückzahlungen vorbehaltlos deklariert und die Verrechnungssteuer bezahlt haben, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen (vgl. PFUND, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, Vorbem. zu Art. 17 Rz 5.4, 455).

12 Anders als etwa die Arbeitgeber für ihre Inkassofunktion bei der Quellensteuer für Arbeitnehmer (vgl. z. B. Art. 88 Abs. 4 DBG).

stellen eine ausserordentlich grosse Belastung für die Betroffenen dar und können zur Existenzbedrohung werden.

- Macht der Agent hingegen einen Fehler zu Gunsten des Fiskus, so wird dieser nur dann korrigiert, wenn er in seiner Mehrwertsteuerabrechnung einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hat.

In der geltenden gesetzlichen Ordnung behandelt somit der Staat seine für ihn – unfreiwillig und unentgeltlich – tätigen Agenten, die ihm die wichtigste Einnahmequelle des Bundes erschliessen, nicht gerade bevorzugt. Das Bundesgericht will hier – aus juristischer Sicht zu Recht – nicht korrigierend eingreifen. Der Gesetzgeber und auch die Verwaltungspraxis sollten sich jedoch überlegen, ob sie sich der «Agentenfunktion» dieser besonderen Kategorie von Steuerpflichtigen nicht besser bewusst sein und deren Funktion als Inkassogehilfen nicht eher würdigen sollten, als sie durch zum Teil harte und recht formalistische Regelungen zu exponieren.

#### *b) Zum Entscheid betreffend die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der ESTV*

Der vorliegende Entscheid stellt lediglich klar, was ohnehin und unbestrittenermassen gilt: Eine aufgrund eines Vorbehalts zunächst entrichtete und anschliessend zurückerstattete Mehrwertsteuer bringt für den Empfänger einer solchen Rückerstattung die Verpflichtung mit sich, seine gegenüber den Leistungsempfängern ausgestellten Rechnungen mit offenem Steuerausweis, mit welchen über Umsätze abgerechnet wird, für die er eine entsprechende Rückerstattung erhalten hat, zu berichtigen. Durch die Berichtigung der Rechnung und den Wegfall eines Steuerausweises hat der Leistungsempfänger eine Korrektur der zuvor geltend gemachten Vorsteuer vorzunehmen. Diese Korrektur ist wie bei Entgeltminderungen (Art. 40 MWSTG) im Zeitpunkt des Erhalts der berichtigten Rechnung vorzunehmen.

Obschon die Ausführungen des Bundesgerichts zur Frage, ob die den Leistungsempfängern in Rechnung gestellten Mehrwertsteuerbeträge, die nachträglich dem Leistungserbringer zurückerstattet werden, tatsächlich überwiesen bzw. verrechnet werden müssen, widersprüchlich erscheinen, ist dem Argument der Privatautonomie bei der Frage der Überwälzung der Steuer der Vorrang zu geben. In diesem Sinne und beschränkt auf diese Frage ist die seitens der ESTV vorgenommene Anpassung von Rz. 808 in der Wegleitung 2001 als sachgerecht zu betrachten.

## **8 Abzugsfähigkeit von Verlusten aus der Mitgliedschaft beim Versicherungsmarkt Lloyd's of London<sup>13</sup>**

### **Sachverhalt**

K., britischer Staatsangehöriger, hatte von 1990 bis 1996 seinen Wohnsitz in der Schweiz. Ab 1994 war er verheiratet.

Während der gesamten Dauer seiner unbeschränkten Steuerpflicht in der Schweiz (Wohnsitz) war K. «Underwriting Member» beim Versicherungsmarkt Lloyd's of London. Ab 1991 erlitt K. aus seinem Lloyd's-Engagement im Entscheid nicht näher umschriebene, aber offenbar substantielle Verluste. Diese anhand von Abrechnungen von Lloyd's und entsprechenden Bestätigungen der englischen Steuerbehörden nachgewiesenen Verluste hatten ihre Ursache in der Stellung von K. als Underwriting Member, die eine persönliche und unbeschränkte Haftung für seine Quoten an den durch die Syndikate versicherten Risiken nach sich zog. In den fraglichen Jahren waren die anteilig auf K. entfallenden Versicherungsprämien, welche die Syndikate von den Versicherten vereinnahmten (abzüglich allfälliger Rückversicherungsprämien), wesentlich geringer als die entsprechenden Zahlungen an die Versicherten (abzüglich allfälliger Leistungen aus Rückversicherungen). Im Hinblick auf die Verpflichtungen, die sich aus der Stellung von K. als Underwriting Member ergeben können, muss er jederzeit nachweisen können, dass er über Mittel von mindestens £ 250 000 verfügt. Für diesen Betrag bestanden überdies gewisse Anlagerestriktionen. Aus den Erwägungen (E 4.3) kann abgeleitet werden, dass diese Mittel als Sicherstellung bei Lloyd's hinterlegt werden mussten.

Die kantonalen Instanzen rechneten das Engagement beim Lloyd's Versicherungsmarkt dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung von K. zu und liessen folglich die erlittenen Verluste bei dessen Einkommensteueranveranlagung weder bei der Ermittlung der Steuerberechnungsgrundlage noch bei jener des Steuersatzes zum Abzug zu. K. erhob Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht.

### **Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht<sup>14</sup>**

Das Bundesgericht analysierte die Stellung von K. beim Lloyd's Versicherungsmarkt, legte dar, weshalb die Zu-

13 Entscheid des Bundesgerichts vom 17. April 2003, in StE 2004 B 11.3 Nr. 16 = Pra 2003 Nr. 173, 944 ff. = StPS 2003, 89 ff.

14 Für die Steuerperiode 1993/94 fand noch der BdBSt Anwendung. Die diesbezüglichen Erwägungen werden hier nicht erwähnt.

rechnung des Engagements zum Bereich der privaten Vermögensverwaltung unzutreffend war und kam zum Zwischenergebnis, K. habe keine Kapitalverluste erlitten, und zwar auch nicht auf den offenbar als Haftungssubstrat bei Lloyd's hinterlegten Wertschriften. Wirtschaftlich gesehen sei K. stiller Gesellschafter bei verschiedenen Syndikaten, die in London das Versicherungsgeschäft betreiben, gewesen. Eine Gesellschaft im rechtlichen Sinne habe nur deshalb nicht vorgelegen, weil die verschiedenen Syndikatsmitglieder unter sich keine vertraglichen Verpflichtungen eingegangen seien, sondern ihr Zusammenschluss vielmehr auf der besonderen Organisationsstruktur von Lloyd's beruht habe. Das ändere jedoch nichts daran, dass die Syndikatsmitglieder unter sich im Ergebnis in gleicher Weise verbunden waren und Gewinn und Verlust in gleicher Weise geteilt hätten wie Teilhaber einer Personenunternehmung. Es rechtfertige sich deshalb, sie steuerlich wie Personengesellschafter zu behandeln. Die Syndikate hätten das Versicherungsgeschäft betrieben, und dieses sei K. unabhängig davon, dass er nicht selbst die Versicherungsverträge abgeschlossen habe (diese Funktion erfüllten beauftragte Personen – «Management Agents» bzw. «Member's Agents»), als selbständige Erwerbstätigkeit zuzurechnen.

Die Frage nach den formellen Voraussetzungen der Verlustberücksichtigung beantwortete das Bundesgericht dahingehend, dass trotz des Wortlauts von Art. 27 Abs. 2 lit. b DBG, der von «verbuchten» Verlusten spricht, bei K., der keine Buchhaltung führte und dazu auch nicht verpflichtet war, eine Verlustberücksichtigung möglich sei, wenn er Aufzeichnungen iSv Art. 125 Abs. 2 DBG vorlegen konnte. Die von den Syndikaten erstellten, durch die englischen Steuerbehörden bestätigten Abrechnungen genügten diesen gesetzlichen Anforderungen, zumal die Höhe der Verluste von keiner Seite bestritten war.

Schliesslich prüfte das Bundesgericht, welche Auswirkungen die Tatsache, dass K. in der Schweiz kein Unternehmen führte, jedoch – aus steuerlicher Sicht – an einer ausländischen Personengesellschaft beteiligt war und dadurch Verluste erlitt, für die Anwendung von Art. 6 DBG hat. Dazu nahm das Bundesgericht nicht abschliessend Stellung, weil die Beschwerde des Steuerpflichtigen ohnehin gutzuheissen war (die Vorinstanzen gingen ja von einer privaten Vermögensverwaltung aus, während das Bundesgericht auf das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit erkannte). Aus den diesbezüglichen Erwägungen ist jedoch abzuleiten, dass das Gericht – wäre diese Frage zu entscheiden gewesen – eine Berücksichtigung der Verluste bei der Steuerberechnungsgrundlage von K. wohl verneint hätte. Das Gericht führte dazu aus, dass eine Verlustberücksichti-

gung mit dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DBG nur schwer vereinbar wäre, weil das Tatbestandsmerkmal des «schweizerischen Unternehmens» nicht erfüllt gewesen sei. Eine derart weite Anwendung dieser Bestimmung könne zumindest angesichts der besonderen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses im vorliegenden Fall kaum in Betracht gezogen werden.

Wie erwähnt, wurde der Fall an die kantonalen Behörden zurückgewiesen, und zwar für die hier besprochene Steuerperiode 1995/96 (für die das DBG massgeblich war) an die kantonale Verwaltung für die direkte Bundessteuer, damit diese ihre Veranlagung unter Berücksichtigung der Verluste des Beschwerdeführers aus dem Lloyd's Engagement insgesamt überprüfe.

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Dieser Entscheid ist insoweit zu begrüssen, als sich das Bundesgericht detailliert mit den Besonderheiten der Organisation des Lloyd's Versicherungsmarktes auseinandergesetzt und sich dabei nicht nur auf die Würdigung der zivilrechtlichen Verhältnisse beschränkt hat, sondern eine steuerrechtliche Qualifikation nach wirtschaftlichen Kriterien vorgenommen hat und dabei zur Auffassung gelangt ist, dass das Lloyd's Engagement des Beschwerdeführers steuerlich wie eine Beteiligung an einer Personengesellschaft zu behandeln und deshalb dem Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit zuzuordnen sei.

Es könnte nun die Auffassung vertreten werden, diesem Entscheid komme keine grosse präjudizielle Bedeutung zu, und er müsse deshalb nicht weiter beachtet werden, weil die Zahl der Fälle, in denen in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtige Personen die Stellung eines Underwriting Members am Lloyd's Versicherungsmarkt haben und dabei Verluste erleiden, gering sei. Letzteres mag zwar zutreffen, aber die Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 6 Abs. 3 DBG sind von allgemeiner Tragweite und betreffen alle Fälle, in denen in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtige Personen an ausländischen Personengesellschaften beteiligt sind und in diesem Zusammenhang in der Schweiz kein Unternehmen führen. Die diesbezüglichen Aussagen bedürfen deshalb der kritischen Reflexion. Andernfalls besteht die Gefahr, dass diesem Urteil entnommen wird, die Verrechnung von Verlusten aus Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften setze voraus, dass die Beteiligung an der ausländischen Personengesellschaft «eine grenzüberschreitende Entwicklung der in der Schweiz entfalteten Geschäftstätigkeit sei»<sup>15</sup> oder

15 So AGNER/JUNG/STEINMANN, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Tz. 13 zu Art. 52 DBG; gemäss Tz. 4 zu Art. 6 DBG gelten die diesbezüglichen Aussagen der Autoren zu Art. 52 auch für die Anwendung von Art. 6 DBG.

– noch einschränkender – dass die Verlustübernahme aus Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften voraussetze, dass eine Verlustübernahme nur bei Personenunternehmen möglich sei, «welche tatsächlich in der Schweiz geleitet werden, mithin in der Schweiz tätig sind».<sup>16,17</sup>

Eine umfassende Analyse von Art. 6 Abs. 3 DBG würde den Rahmen dieser Entscheidbesprechung sprengen. Deshalb werden nachfolgend lediglich gewisse Fragen aufgeworfen und Anstösse für Antworten skizziert.

Den Erwägungen des Bundesgerichts bzw. der Auffassung der in Fn. 15 und 16 genannten Autoren liegt eine nicht unanfechtbare Auslegung von Art. 6 Abs. 3 DBG zu Grunde. Ausgangspunkt der Auslegung muss Satz 1 dieser Bestimmung bilden. Demgemäss hat die Abgrenzung der Steuerpflicht für Geschäftsbetriebe im Verhältnis zum Ausland nach den Grundsätzen über das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung zu erfolgen.

Die Anwendung dieser Bestimmung allein würde, wenn man die vom Bundesgericht im interkantonalen Verhältnis entwickelten Regeln unverändert zur Anwendung bringt, dazu führen, dass die Verluste aus Beteiligungen an einer ausländischen kaufmännisch tätigen Personengesellschaft von der Steuerberechnungsgrundlage eines in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtigen Teilhabers zum Abzug gebracht werden könnten.

Erst in Satz 2 von Art. 6 Abs. 3 DBG findet der Begriff des schweizerischen Unternehmens Verwendung. Diese Bestimmung sagt jedoch nach ihrem Wortlaut nichts über die Frage der Berücksichtigung der Verluste im Zeitpunkt ihrer Entstehung im Ausland aus, sondern enthält eine Korrekturbestimmung für den Fall, dass von der Schweiz übernommene Verluste aus einer ausländischen Betriebsstätte eines schweizerischen Unternehmens auch im Ausland verrechenbar sind<sup>18</sup>. Damit soll eine doppelte Verlustverrechnung vermieden bzw. eingeschränkt werden. Im Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DBG nicht erwähnt sind die Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften.

Einen systematischen Fremdkörper stellt der nachfolgende Satz dar, der lautet: «In allen übrigen Fällen sind Auslandsverluste nur satzbestimmend zu berücksichtigen». Er wirft die folgenden Fragen auf: Soll dieser Satz sich auf Fälle beziehen, bei denen – aus welchen Gründen auch immer – nicht gemäss Satz 1 von Art. 6

Abs. 3 DBG die Grundsätze über das Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung Anwendung finden? Ist damit gemeint, dass diese Bestimmung Anwendung finden soll, wenn es mangels Verlustverrechnung im Ausland innerhalb von sieben Jahren nicht zu einer «Revision» der schweizerischen Veranlagungen kommt? Sind damit die in Art. 52 Abs. 3 DBG geregelten Fälle von Verlusten aus ausländischen Liegenschaften gemeint, wenn im Belegenheitsstaat der Liegenschaft nicht auch eine Betriebsstätte besteht? Oder ist aus dieser Bestimmung im Sinne der Erwägungen des Bundesgerichts abzuleiten, dass Verluste von schweizerischen Beteiligten an ausländischen Personengesellschaften, die nicht in der Schweiz geleitet werden und hier eine Geschäftstätigkeit ausüben, nicht von der Berechnungsgrundlage der schweizerischen Beteiligten abgezogen werden können?

Wie auch immer die Antworten auf die hier aufgeworfenen Fragen lauten, muss festgestellt werden, dass die vom Bundesgericht in Erwägung gezogene und von den in den Fn. 15 und 16 erwähnten Autoren vertretene These, wonach Art. 6 Abs. 3 DBG nur für schweizerische Unternehmen eine provisorische Berücksichtigung von Verlusten aus ausländischen Betriebsstätten vorsieht und dass deshalb in Fällen, die dem hier besprochenen Entscheid entsprechen, eine Verlustübernahme nicht oder nur unter einschränkenden Voraussetzungen greifen kann, die Grundregel von Art. 6 Abs. 3 Satz 1 DBG ausblendet und nicht berücksichtigt, dass Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DBG für Personengesellschaften keine ausdrückliche Regelung enthält.

Für die Auslegung des internen Rechts sind gerade mit Blick auf die Anwendung grenzüberschreitender Sachverhalte auch die vom internationalen Recht getroffenen Lösungen und die diesen zugrunde liegenden Wertungen zu berücksichtigen, wie in Art. 6 Abs. 3 Satz 4 DBG sogar noch (überflüssigerweise) ausdrücklich suggeriert wird. Gemäss den in der Frage der abkommensrechtlichen Qualifikation dem OECD-Musterabkommen (OECD-MA) nachgebildeten Doppelbesteuerungsabkommen ergibt sich Folgendes: Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. d OECD-MA ist ein Unternehmen eines Vertragsstaates ein Unternehmen, das von einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person betrieben wird. Da gemäss Art. 4 Abs. 1 iVm Art. 3 Abs. 1 lit. a OECD-MA Personengesellschaften zwar Personen, jedoch – mangels unbeschränkter Steuerpflicht – keine ansässigen Personen

16 So ATHANAS/WIDMER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, N 60 zu Art. 6 DBG.

17 Anders LOCHER, der die Möglichkeit der Verlustverrechnung in diesen Fällen bejaht (Kommentar zum DBG, N 36 zu Art. 6 DBG).

18 Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 und Art. 52 Abs. 3 DBG ist unterschiedlich: Art. 52 Abs. 3 Satz 2 DBG beschränkt gemäss Wortlaut seit der im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 1997 erfolgten Neufassung die Verlustverrechnung auf «schweizerische Unternehmen».

sind, sind ausländische Personengesellschaften mit Bezug auf schweizerische Beteiligte keine ausländischen Unternehmen. Diese Unternehmen werden – bezogen auf die schweizerischen Beteiligten – durch in der Schweiz ansässige Personen betrieben. Somit ist abkommensrechtlich eine ausländische kaufmännisch tätige Personengesellschaft, bezogen auf die schweizerischen Personengesellschafter, ein *schweizerisches Unternehmen mit – mindestens – einer Betriebsstätte im Ausland*. Würde nun diese abkommensrechtliche Qualifikation auf die vom Bundesgericht in Erwägung gezogene Auslegung von Art. 6 Abs. 3 DBG übertragen, ergäbe sich ohne weiteres ein Anspruch auf Verlustberücksichtigung<sup>19</sup> – und auch auf Anwendung des in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DBG vorgesehenen Korrekturmechanismus. Nicht abziehbar, sondern lediglich satzbestimmend zu berücksichtigen wären hingegen Verluste aus reinen Vermögensverwaltungs-Personengesellschaften, weil hier gar keine ausländischen Betriebsstätten vorliegen.

Die unbeschränkte schweizerische Steuerpflicht des Teilhabers eines Personenunternehmens in der Schweiz würde demnach ein im Ausland gegründetes Personenunternehmen zum schweizerischen Unternehmen iSv Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DBG stempeln. Diese Auslegung deckt sich mit der Auffassung, dass ausländische Handelsgesellschaften und andere ausländische Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit bei Anwendung von Art. 11 DBG insoweit als schweizerische Personenunternehmen zu betrachten sind, als sie in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtige Teilhaber aufweisen.

Wie erwähnt, handelt es sich auch bei den hier entwickelten Gedanken nicht um den einzig möglichen Ansatz. Es soll damit nur aufgezeigt werden, dass – wie schon erwähnt – die höchstrichterliche und wissenschaftliche Ergründung von Art. 6 Abs. 3 DBG noch nicht erfolgt ist, sondern noch ansteht.

## 9 Verlustverrechnung durch ausländische Beteiligte an zwei schweizerischen Personengesellschaften<sup>20</sup>

### Sachverhalt

Die deutsche X.-GmbH ist als Kommanditärin zu je 98% an den zwei schweizerischen Kommanditgesellschaften A. & Co. und B. & Co. beteiligt. Komplemen-

tärin zu je 2% ist bei beiden schweizerischen Gesellschaften eine ebenfalls in Deutschland ansässige natürliche Person. Die A. & Co. ist ein interkantonales Unternehmen mit Sitz in Freiburg, das den Ladenverkauf von Damenmode betreibt. Die am 1. Januar 1997 gegründete B. & Co. führt einen Versandhandel und ist ausschliesslich im Kanton Freiburg tätig.

In Absprache mit allen beteiligten Kantonen wurde der Komplementärin kein Anteil am Ergebnis der beiden Personengesellschaften zugerechnet, sondern dieses steuerlich ausschliesslich der X.-GmbH zugeordnet.

Der Sitzkanton Freiburg erstellte die interkantonale Steuerauscheidung für beide Kommanditgesellschaften. Im Einvernehmen mit der X.-GmbH wurden die Ergebnisse der beiden Kommanditgesellschaften zusammengerechnet und nach Abzug eines Präzipiums zugunsten des Sitzkantons im Verhältnis der Umsätze auf die verschiedenen Betriebsstättkantone aufgeteilt.

In der Steuerperiode 1999 erzielte die A. & Co. einen Gewinn von ca. Fr. 1,5 Mio., während die B. & Co. einen Verlust von ca. Fr. 1 Mio. erlitt. Die Steuerverwaltung des Kantons Freiburg nahm zunächst noch Ergebniskorrekturen vor, die hier ausgeblendet bleiben können, und verteilte den nach Verrechnung des Verlustes der B. & Co. mit dem Gewinn der A. & Co. verbleibenden Gewinn – nach Abzug des Präzipiums – gemäss Umsätzen auf die beteiligten Kantone, wozu auch der Kanton Zürich gehörte. Der Kanton Zürich war nicht bereit, im Rahmen der Veranlagung der dort gelegenen Betriebsstätte der A. & Co. den Verlust der B. & Co. zu berücksichtigen und wies eine gegen die entsprechende Veranlagungsverfügung erhobene Einsprache ab. Damit entstand für die Unternehmensgruppe eine interkantonale Doppelbesteuerung, und die X.-GmbH legte auch im Kanton Freiburg eine Einsprache ein, die ebenfalls abgewiesen wurde. Daraufhin erhob die X.-GmbH staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte in der Hauptsache, die beiden Einspracheentscheide wegen Verletzung des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots (Art. 127 Abs. 3 BV) aufzuheben.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen den Kanton Zürich ab und hiess jene gegen den Kanton Freiburg gut. Im Ergebnis war somit der Kanton Zürich nicht verpflichtet, den anteiligen Verlust der B. & Co. mit dem auf ihn entfallenden Gewinn der A. & Co. zu verrechnen.

19 Gl. M., jedoch mit anderer Begründung, LOCHER, Kommentar zum DBG, N 34 ff. zu Art. 6 DBG.

20 Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Dezember 2003, in StE 2004 A 31.1 Nr. 8 = StR 2004, 291 = Pra 2003 Nr. 173, 944 ff. = StPS 2003, 89 ff.



### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Nachdem das Bundesgericht die allgemein für staatsrechtliche Beschwerden wegen Verletzung des Verbots der interkantonalen Doppelbesteuerung geltenden verfahrensrechtlichen Grundsätze sowie die Definition der interkantonalen Doppelbesteuerung in Erinnerung gerufen hatte (E 1, E 2.1), gelangte es zum Ergebnis, dass eine interkantonale Doppelbesteuerung vorliege, die beseitigt werden müsse. Im vorliegenden Verfahren sei einzig die doppelbesteuerungsrechtlich relevante Bemessungsgrundlage zu bestimmen, weil beide Kantone ein Präzipium von 20% anerkannt hätten und weil die Umsatzzahlen als solche unbestritten seien.

Mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs könne weder die Frage, ob die beiden Kantone ihr internes Recht richtig angewendet hätten, noch jene, ob die Steuerauscheidung im Verhältnis zum ausländischen Ansässigkeitsstaat der Beschwerdeführerin (Deutschland) gesetzmässig sei, geprüft werden.

Im Weiteren stellte das Gericht fest, dass die zwischen der Beschwerdeführerin und dem Kanton Freiburg getroffene Vereinbarung, die Ergebnisse der beiden Kommanditgesellschaften zusammenzurechnen und das «konsolidierte Ergebnis» auf den Sitzkanton und die Betriebstättkantone zu verteilen, zwar praktikabel, aber rechtlich nicht unproblematisch sei und jedenfalls die an einer solchen Vereinbarung nicht beteiligten Betriebstättkantone nicht zu binden vermöge und auch das Bundesgericht nicht vom Recht und der Pflicht enthebe zu prüfen, ob eine interkantonale Doppelbesteuerung vorliege.

Sodann wandte das Bundesgericht die Grundsätze des interkantonalen Steuerrechts auf die X.-GmbH an, wie wenn diese ihr Hauptsteuerdomizil in einem schweizerischen Drittkanton hätte und behandelte diese – wegen der Besonderheit, dass ihr als Kommanditärin der gesamte Gewinn der beiden Kommanditgesellschaften zugerechnet wird – wie eine Komplementärin.

Das Gericht stellte fest, dass die X.-GmbH im Kanton Freiburg zwei getrennte Spezialsteuerdomizile des Geschäftsorts der jeweiligen Personengesellschaften hatte. In diesem Fall habe die Steuerauscheidung grundsätzlich objektmässig und damit ohne Rücksicht auf das Ergebnis der Beschwerdeführerin insgesamt zu erfolgen. Die Verluste der B. & Co. seien somit von der Beschwerdeführerin und nicht vom weiteren Spezialsteuerdomizil A. & Co. zu übernehmen. Der Verlust der B. & Co. könne nicht mit jenem der A. & Co., sondern nur mit künftigen Gewinnen der B. & Co. verrechnet werden. Nur wenn die B. & Co. in Zukunft keine entsprechenden Gewinne erziele, käme allenfalls die Belastung des anderen

Spezialsteuerdomizils in Betracht. Mangels entsprechender Rüge sei dies jedoch nicht zu entscheiden.

Diesem Ergebnis stehe auch das Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland nicht entgegen, weil sich dieses über die Frage der Verlustverrechnung ausschweige.

Schliesslich stellte das Bundesgericht fest, dass nach dem Wortlaut von Art. 52 Abs. 3 DBG davon auszugehen sei, die in der Schweiz erzielten Gewinne und Verluste könnten verrechnet werden, jedoch eine allenfalls im Kanton Freiburg bestehende, analoge Regelung nur das freiburgische Steuersubstrat, nicht aber den (auf die Betriebstätten auszuscheidenden) Gewinn der A. & Co. schmälern könne.

Abschliessend führte das Bundesgericht aus, dass die Weigerung des Kantons Zürich, die Betriebstätteverluste der A. & Co. zu übernehmen, nicht nur keine Verletzung des interkantonalen Doppelbesteuerungsrechts darstelle, sondern auch sachgerecht sei, weil die Betriebstätten der A. & Co. lediglich dem Direktverkauf der Damenmode dienen und mit dem Versandhandel der B. & Co., der nur am Hauptsitz Freiburg abgewickelt werde, nichts zu tun haben. Ein Abstellen auf die Gesamtergebnisse der beiden Spezialsteuerdomizile möge zwar bei Gewinnsituationen angehen, widerspreche jedoch bei Verlustsituationen der wirtschaftlichen Realität. Deshalb wurde die Beschwerde gegen den Kanton Zürich abgewiesen und jene gegen den Kanton Freiburg gutgeheissen und die Quote für den Kanton Freiburg neu berechnet. Die Frage, ob der Kanton Freiburg nach internem oder nach übergeordnetem Recht zur Verrechnung des Verlusts der B. & Co verpflichtet sei, liess das Bundesgericht im Rahmen dieser Doppelbesteuerungsbeschwerde offen. Mangels umfassender Angaben im publizierten Entscheid kann nicht beurteilt werden, ob nach der bundesgerichtlichen Korrektur die Summe der Quoten nicht mehr als 100% ausmache. Es wird jedoch hier davon ausgegangen, dass dies der Fall ist und dass damit die interkantonale Doppelbesteuerung beseitigt worden ist.

### Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die steuerliche Behandlung dieses Sachverhalts war bereits in den Jahren 1997 und 1998, d. h. vor der hier strittigen Steuerperiode 1999, gesetzwidrig. Auch Praktikabilitätsüberlegungen vermögen es nicht zu rechtfertigen, dass die natürliche Person, die bei den beiden Gesellschaften als Komplementärin beteiligt und damit in der Schweiz beschränkt einkommensteuerpflichtig war, hier nicht zur Besteuerung herangezogen wurde, sondern dass ihr Ergebnis einfach der Kommanditärin X.-GmbH zugerechnet und damit von der Gewinnsteuer er-

fasst wurde. Für eine solche Zurechnung mangelt es an einer gesetzlichen Grundlage, und es führt in aller Regel zu einer gesetzwidrigen Besserstellung, weil davon auszugehen ist, dass die Einkommensteuer der Person mit Komplementärstellung höher ausgefallen wäre (zur Satzbestimmung wäre auch das von der natürlichen Person in Deutschland erzielte Einkommen heranzuziehen gewesen) als die Gewinnsteuer der X.-GmbH. Sodann wurden auf dem Gewinnanteil der Komplementärin mangels Veranlagung der direkten Bundessteuer mit grösster Wahrscheinlichkeit zu Unrecht keine AHV-Beiträge abgeführt.

Für die Würdigung des Sachverhalts in der strittigen Steuerperiode 1999 können die Verhältnisse in den beiden Vorjahren nicht ausgeblendet werden. Bezogen auf die im vorliegenden Entscheid beteiligten Kantone Freiburg und Zürich ergab sich Folgendes:

Steuerpflichtig war – nachdem die gesetzwidrige Zurechnung des Ergebnisses der beiden Kommanditgesellschaften an die X.-GmbH von allen beteiligten Kantonen akzeptiert worden war – die X.-GmbH. Für die Zwecke der interkantonalen Steuerauscheidung stellen Personengesellschaften, die nicht nur an ihrem Hauptsitz, sondern auch in andern Kantonen mittels Betriebstätten tätig werden, interkantonale Unternehmen dar. Anders als bei juristischen Personen, wo die Steuerauscheidung interkantonaler Unternehmen zwischen dem Hauptsteuerdomizil des Sitzes des Unternehmens und den sekundären Steuerdomizilen der Betriebstätten erfolgt, geschieht bei interkantonalen Unternehmen, die in der Rechtsform von Personengesellschaften betrieben werden, die Steuerauscheidung zwischen dem Spezialsteuerdomizil des Geschäftsorts und den sekundären Steuerdomizilen der Betriebstätten.

Wenn nun, wie vom Bundesgericht entschieden worden ist, die X.-GmbH zwei verschiedene Spezialsteuerdomizile des Geschäftsorts (bei der A. & Co. einerseits und bei der B. & Co. andererseits) hatte, lag in den Jahren 1997 und 1998 im Kanton Zürich eine verfassungswidrige Besteuerung vor. Als Folge der Zusammenrechnung der Ergebnisse der interkantonalen Unternehmung A. & Co. und der über keine ausserkantonalen Betriebstätten verfügenden B. & Co. und der anschliessenden Ausscheidung dieses konsolidierten Ergebnisses auf die ausserkantonalen Betriebstätten der A. & Co. wurden die vom Bundesgericht zum Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung aufgestellten Regeln in krasser Weise verletzt. Solange als auch die B. & Co. Gewinne erzielte, wurden – wirtschaftlich gesehen – deren Er-

gebnisse im Kanton Zürich besteuert, obwohl diese Gesellschaft hier gar keine Betriebstätte unterhielt. Es erfolgte somit unzulässigerweise eine Ausscheidung des Gewinnes zwischen dem Spezialsteuerdomizil des Geschäftsortes der X.-GmbH bei der B. & Co. und dem sekundären Steuerdomizil der A. & Co. Darüber hinaus bestand auch keine interne Rechtsgrundlage für die Besteuerung der Gewinne der B. & Co. Zwar hatte die X.-GmbH im Kanton Zürich eine Betriebstätte (sekundäres Steuerdomizil in Form der Betriebstätte der A. & Co.) und war damit dort beschränkt steuerpflichtig. Hingegen hatte die X.-GmbH – gemäss bundesgerichtlicher Betrachtungsweise – einen zweiten Geschäftsort bei der B. & Co. Diese Gesellschaft hatte jedoch keine Betriebstätte im Kanton Zürich, und die X.-GmbH unterlag demzufolge mit Bezug auf die von der B. & Co. erzielten Gewinne nicht, wie vom kantonalen Steuergesetz gefordert<sup>21</sup>, der beschränkten Steuerpflicht qua Betriebstätte.

Die Steuerbehörden des Kantons Zürich hätten deshalb in den Jahren 1997 und 1998 eine verfassungs- und gesetzmässige Steuerveranlagung vornehmen müssen, sich auf die Besteuerung des anteiligen Gewinns der A. & Co. beschränken und den nicht in ihre Steuerhoheit fallenden Anteil am Gewinn der B. & Co. steuerfrei lassen müssen. Es stellt sich deshalb ernsthaft die Frage, ob durch die Nichtberücksichtigung der Verluste der B. & Co., nachdem zunächst deren Gewinne in gesetzwidriger Weise besteuert worden waren, ein Verstoß gegen Treu und Glauben seitens der zürcherischen Steuerbehörden vorlag. Die entsprechende Rüge hätte die Beschwerdeführerin allerdings mit einem ordentlichen Rechtsmittel vorbringen müssen. Im Rahmen einer Doppelbesteuerungsbeschwerde wäre dies nicht zulässig gewesen.

Vor diesem Hintergrund ist es nur schwer verständlich, dass das Bundesgericht (in E 4.3) ausführen konnte, eine Zusammenrechnung der Ergebnisse der beiden Personengesellschaften möge bei Gewinnsituationen angehen, widerspreche jedoch bei Verlustsituationen der wirtschaftlichen Realität. Die Übereinstimmung der steuerlichen Behandlung des vorliegenden Falls mit der wirtschaftlichen Realität kann in keinem Fall davon abhängen, ob eine Gewinn- oder eine Verlustsituation vorliegt.

Zum Entscheid über die Steuerauscheidung im Streitjahr 1999 ist Folgendes anzumerken:

Da die Beschwerdeführerin nicht ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen, sondern eine Doppelbesteue-

21 § 56 Abs. 1 lit. c StG ZH.

rungsbeschwerde eingelegt hatte, blieb dem Bundesgericht nichts anderes übrig, als den Sachverhalt nach interkantonaalem Steuerrecht zu beurteilen. Andernfalls hätte es – unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür – Gelegenheit gehabt, zu entscheiden, welche Tragweite dem Verweis in Art. 93 Abs. 3 Satz 1 StG FR bzw. § 57 Abs. 3 StG ZH – die im Zusammenhang mit dem hier Wesentlichen wörtlich mit Art. 52 Abs. 3 Satz 1 DBG übereinstimmen – zukommt. Es hätte entscheiden müssen, ob im internationalen Verhältnis die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln zum interkantonalen Steuerrecht in allen Details anzuwenden sind oder ob nur die *Grundsätze* Gültigkeit haben, während einzelne Fragen abweichend beantwortet werden können.

Verfahrensmässig interessant ist, dass das Bundesgericht im Rahmen einer interkantonalen Doppelbesteuerungsbeschwerde auf das Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland (DBA-D) eingeht (E 4.2). Beim ausserordentlichen Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde wegen interkantonaler Doppelbesteuerung können in einem ersten Schritt lediglich die Normen des interkantonalen Rechts angewendet werden. Nachdem das Bundesgericht als Stellvertreterin des Gesetzgebers entsprechend tätig geworden war, prüfte es aber zu Recht, ob das dabei gefundene Ergebnis mit dem übergeordneten Staatsvertragsrecht vereinbar sei.

Aus materieller Sicht nicht nachvollziehbar ist, weshalb sich das Gericht mit der Aussage begnügte, das DBA-D regle die Frage der Auslandsverluste nicht und sich nicht mit Art. 25 Abs. 2 DBA-D auseinandersetze. Diese Norm besagt nämlich, dass die Besteuerung einer Betriebsstätte, die ein Unternehmen eines Vertragsstaates im andern Vertragsstaat hat – und genau dieser Sachverhalt lag der Entscheidung zu Grunde – nicht ungünstiger sein darf als die Besteuerung von Unternehmen des andern Staates, die die gleiche Tätigkeit ausüben. Hätte das Gericht diese Norm so interpretiert, dass die X.-GmbH für die Zwecke der interkantonalen Steuerauscheidung gleich behandelt werden müsste, wie wenn sich ihr Hauptsteuerdomizil in der Schweiz befände, hätte sich aufgrund des Schlechterstellungsverbots die Verpflichtung zur anteiligen Übernahme des Verlustes der B. & Co. im Kanton Zürich ergeben, wenn dieser Verlust nicht vom Hauptsteuerdomizil übernommen worden wäre<sup>22</sup>.

Der publizierten Praxis des Bundesgerichts zum interkantonalen Steuerrecht ist kein mit dem Sachverhalt dieses Entscheids vergleichbarer innerschweizerischer Fall zu entnehmen. Es gibt somit kein Präjudiz zur Frage, ob im Falle eines ausserkantonalen Beteiligten an zwei Personengesellschaften im gleichen Kanton von einem oder von zwei Spezialsteuerdomizilen ausgegangen werden muss. Werden – wie das Bundesgericht im vorliegenden Fall entschieden hat – zwei verschiedene Spezialsteuerdomizile angenommen und weist eines einen Gewinn und das andere einen Verlust aus, ergibt die Anwendung der vom Bundesgericht aufgestellten Regeln, dass der Verlust des einen Spezialsteuerdomizils zunächst vom Hauptsitz zu übernehmen ist – und zwar auch dann, wenn im Kanton des Spezialsteuerdomizils ein Verlustvortrag möglich ist. Dies folgt aus dem vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz, wonach die Verlustverrechnung in der Zeit der Verlustverrechnung durch andere Steuerhoheiten vorgeht<sup>23</sup>. Wenn es sich jedoch erweist, dass der in einem Spezialsteuerdomizil entstandene Verlust mangels genügendem positivem Ergebnis des Hauptsteuerdomizils von diesem nicht vollständig übernommen werden kann, muss der Überschuss vom andern Spezialsteuerdomizil übernommen werden. Dies folgt aus dem Schlechterstellungsverbot.

Hat das positive Ergebnisse aufweisende Spezialsteuerdomizil keine ausserkantonalen Betriebsstätten und weist das Hauptsteuerdomizil ein so hohes positives Ergebnis aus, dass der Verlust des ein negatives Ergebnis aufweisenden Spezialsteuerdomizils vollständig am Hauptsteuerdomizil zur Verrechnung gelangen kann, kann der Kanton, in dem sich die beiden Spezialsteuerdomizile befinden, aus doppelbesteuerungsrechtlicher Sicht den Gewinn der einen Personengesellschaft voll besteuern<sup>24</sup>, während der Verlust der andern Personengesellschaft voll vom Kanton des Hauptsteuerdomizils des Beteiligten übernommen werden muss. Ob dieses Ergebnis mit dem Sinn des interkantonalen Steuerrechts vereinbar ist, erscheint zumindest als fraglich. Sachgerechter erschiene es, wenn nicht von zwei, sondern von einem Spezialsteuerdomizil ausgegangen würde, mit der Folge, dass der Kanton, in dem die beiden Personengesellschaften ihren Sitz haben, zunächst die Verlustverrechnung gewähren müsste, und erst ein allfälliger Überschuss vom Hauptsteuerdomizil der Beteiligten übernommen werden müsste.

Ein anderer Ansatzpunkt, der bei einem internschweizerischen, vergleichbaren Sachverhalt zur doppelbesteue-

22 Vgl. HÖHN/MÄUSLI, Interkantonaales Steuerrecht, 319.

23 So die etwas ungenaue Ausdrucksweise des Bundesgerichts; s. HÖHN/MÄUSLI, Interkantonaales Steuerrecht, 313 ff.

24 Eine hier nicht zu behandelnde, andere Frage ist, ob sich eine Verlustverrechnung zwischen den Personengesellschaften aufgrund des internen kantonalen Rechts als notwendig erweist.

rungsrechtlichen Verlustverrechnung der Ergebnisse der beiden Personengesellschaften geführt hätte, würde darin liegen, dass in Analogie zur Rechtsprechung zu den einfachen Gesellschaften nicht von einem Spezialsteuerdomizil (oder von zwei Spezialsteuerdomizilen), sondern von einem bzw. zwei *sekundären* Steuerdomizilen ausgegangen wird, weil das Ergebnis der Personengesellschaften einer juristischen Person zugerechnet worden ist. Dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, welche Tätigkeit die X.-GmbH in Deutschland ausgeübt hat. Es könnte jedoch durchaus sein, dass diese Gesellschaft ebenfalls in der Damenmodebranche tätig war und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass die Aktivität in der Schweiz in jene in Deutschland integriert war, sodass es nicht sachgerecht war, hier von Sondervermögen auszugehen. Bei dieser Betrachtungsweise wären die beiden Personengesellschaften als Betriebsstätten zu qualifizieren, und es wäre zum vornherein das Gesamtergebnis – d. h. unter Berücksichtigung des Verlustes der B. & Co. – auszuschneiden gewesen.

Die Aktivitäten der Unternehmungsgruppe in der Schweiz hätten auch als *gemischte interkantonale Unternehmung* betrachtet und die Ergebnisse nach den für diese geltenden Grundsätzen ausgeschieden werden können. In diesem Fall wäre zunächst das positive Ergebnis aus dem Betrieb der Detailhandelsgeschäfte auf den Kanton Zürich und den Kanton Freiburg auszuschneiden gewesen. Anschliessend hätte der Kanton Freiburg den Verlust aus dem Versandhandel mit dem ihm zugewiesenen Gewinn aus dem Detailhandel verrechnen müssen. Hätte dies nicht zu einer vollständigen Verlustverrechnung geführt, wäre der Restverlust vom Kanton Zürich zu übernehmen gewesen.

Mit diesen Überlegungen zum interkantonalen Steuerrecht für internschweizerische Sachverhalte ist jedoch erst ein Zwischenergebnis gewonnen. Der vom Bundesgericht beurteilte Fall zeichnete sich dadurch aus, dass (qua Fiktion des Bundesgerichts) die X.-GmbH mit Sitz in Deutschland als Komplementärin an den beiden Personengesellschaften behandelt wurde. Damit stellt sich die Frage, wie sich die verschiedenen interkantonalen Lösungsansätze auf diesen internationalen Sachverhalt auswirken.

Drei der vier hier vorgestellten Lösungsmöglichkeiten hätten zu einer doppelbesteuerungsrechtlich bedingten Verlustverrechnung geführt: Bei der Qualifikation der beiden Personengesellschaften als ein Spezialsteuerdomizil im Kanton Freiburg, bei der Annahme von sekundären Steuerdomizilen der Betriebsstätte in der Schweiz und auch bei der Behandlung der beiden Personengesellschaften als interkantonale Unternehmung würde dieses Ergebnis resultieren.

Das Bundesgericht hat jedoch den vierten Ansatz gewählt und ist vom Vorliegen von zwei Spezialsteuerdomizilen ausgegangen. Es hat sich sodann mit der einfachen Feststellung begnügt, die Verluste der B. & Co. seien vom Hauptsteuerdomizil, der X.-GmbH in Deutschland, zu übernehmen. Weitere Überlegungen zu den Folgen einer konsequenten Anwendung des interkantonalen Steuerrechts auf diesen Sachverhalt werden vermisst. Das Bundesgericht stellte wohl die Fiktion auf, am Hauptsteuerdomizil sei genügend Gewinn erzielt worden, der eine Verlustverrechnung erlaubt habe. Das Gericht bricht seine Überlegungen somit an der Landesgrenze ab. Bei einer rein interkantonalen Betrachtungsweise ist es zwar zulässig, von der Frage, ob in Deutschland tatsächlich der Verlust der B. & Co. verrechnet werden konnte, zu abstrahieren. Eine unbesehene Annahme, wonach der Verlust nach den interkantonalen Regeln in Deutschland verrechnet werden könne, greift jedoch zu kurz und ist deshalb nicht zulässig. Das Gericht hätte seine Annahme konsequent zu Ende denken müssen. Dies bedeutet, dass die X.-GmbH wie ein schweizerisches Hauptsteuerdomizil hätte behandelt werden müssen. Das Ergebnis der X.-GmbH wäre zunächst nach schweizerischen Gewinnermittlungsvorschriften zu bestimmen gewesen, und anschliessend wäre der Verlust der B. & Co. diesem Ergebnis gegenüberzustellen gewesen. Hätte dabei nicht der ganze Verlust der B. & Co. verrechnet werden können, wäre aus dem Schlechterstellungsverbot abzuleiten gewesen, dass der Überhang von den Kantonen Freiburg und Zürich (und anteilig von den übrigen Betriebsstättkantonen der A. & Co.) zu übernehmen ist.

Die Tatsache, dass bei dem hier vorgeschlagenen Verfahren von der Frage abstrahiert wird, ob in Deutschland eine entsprechende Verlustverrechnung tatsächlich erfolgen kann, mag auf den ersten Blick befremdlich wirken. Sie stellt jedoch eine Konsequenz der integralen Anwendung des interkantonalen Steuerrechts dar und bildet, gewissermassen als Gegenstück zu der von der Schweiz geübten Vermeidung der virtuellen Doppelbesteuerung, eine «virtuelle Vermeidung der Doppelbesteuerung».

## 10 Lebensversicherung mit fremdfinanzierter Einmalprämie<sup>25</sup>

### Sachverhalt

Ein verheirateter, im Kanton Zürich wohnhafter Steuerpflichtiger hatte eine Lebensversicherung mit Einmalprämie erworben und diesen Erwerb fremdfinanziert. In seiner Steuererklärung hatte er die durch die Fremdfinanzierung der Einmalprämie entstandenen Schuldzinsen als allgemeinen Abzug gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG geltend gemacht<sup>26</sup>. Die zürcherischen Steuerbehörden stellten sich auf den Standpunkt, es liege eine Steuerumgehung vor, weil die gemeinsam mit ihm steuerpflichtige Ehefrau über mobiles Vermögen verfüge, das deutlich höher sei als die geleistete Einmalprämie und weil dieses Vermögen nicht eine Rendite abwerfe, die signifikant höher ausfalle als die entsprechenden Schuldzinsen; sie verweigerten deshalb den Abzug der Schuldzinsen. Die Steuerpflichtigen erhoben Beschwerde bei der kantonalen Rekurskommission. Diese Gerichtsinstanz erkannte (mit Mehrheitsentscheid) ebenfalls auf das Vorliegen einer Steuerumgehung. Sie behandelte jedoch die Steuerpflichtigen konsequent so, wie wenn sie die Einmalprämie mit eigenen Mitteln finanziert hätten. Dies bedeutet, dass auch die Rekurskommission die Schuldzinsen nicht zum Abzug zulies, jedoch die auf den – hypothetisch – für die Bezahlung der Einmalprämie eingesetzten eigenen Mitteln angefallenen Vermögenserträge nicht der Einkommensbesteuerung unterwarf.

Sowohl die Steuerpflichtigen als auch die ESTV reichten Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht ein. Die Steuerpflichtigen wollten erreichen, dass die von ihnen geltend gemachten Schuldzinsen zum Abzug zugelassen werden; die ESTV focht die von der Vorinstanz angeordnete Nichtbesteuerung der Kapitalerträge an. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der ESTV gut und wies jene der Steuerpflichtigen ab.

### Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

In einem ersten Schritt wies das Bundesgericht die Argumentation des Steuerpflichtigen zurück, wonach die unter dem BdBSt entwickelte Praxis zur Steuerumgehung bei Lebensversicherungen mit fremdfinanzierten Einmalprämien nach Inkrafttreten des DBG nicht mehr angewendet werden könne, weil der Gesetzgeber durch die in Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG aufgenommene Bestimmung (wonach der Ertrag von mit Einmalprämien fi-

nanzierten Lebensversicherungen nur dann nicht besteuert wird, wenn diese der Vorsorge dienen) die «Missbrauchsfälle» abschliessend geregelt habe. Das Gericht entschied, dass aus dem Verzicht auf eine ausdrückliche Regelung des Steuerumgehungsfalls im DBG – obwohl dem Gesetzgeber die Bundesgerichtspraxis hinlänglich bekannt war – nicht geschlossen werden könne, dass damit kein Raum mehr für die unter dem BdBSt eingeführte Praxis zur Steuerumgehung bestehe.

Nach dieser Klarstellung prüfte das Bundesgericht, ob im konkreten Fall eine Steuerumgehung vorliege. Das Bundesgericht bestätigte dabei die Sichtweise der Vorinstanz, wonach darauf abzustellen sei, ob sachlich einleuchtende Gründe für die Fremdfinanzierung der Einmalprämie bestehen. Dies sei dann der Fall, wenn das übrige Vermögen des Steuerpflichtigen immobil ist. Ein Sachwert gelte als immobil, wenn er vom Steuerpflichtigen privat oder geschäftlich genutzt wird, wenn er nicht innert nützlicher Frist zu einem angemessenen Preis veräussert werden kann oder wenn er eine besonders hohe Rendite abwirft (d. h., wenn diese Rendite die für die Fremdfinanzierung der Einmalprämie zu entrichtenden Schuldzinsen deutlich übersteigt).

Das Gericht hörte die Einwendungen des Steuerpflichtigen nicht, wonach das übrige Vermögen nicht ihm selbst, sondern seiner Frau – die nicht Versicherungsnehmerin ist – gehöre, und dieses Vermögen zudem immobil im Sinne der bisherigen Rechtsprechung sei. Da die Ehegatten nach Art. 9 Abs. 1 DBG gemeinsam veranlagt würden, sei das Vermögen beider Ehegatten aus einer Gesamtsicht zu beurteilen, wenn es um die Frage gehe, ob für die Fremdfinanzierung der Einmalprämie einleuchtende Gründe vorliegen. Ebenso sei die Beurteilung der Vorinstanz, wonach die Rendite der übrigen Vermögenswerte nicht deutlich über den für die Fremdfinanzierung der Einmalprämie anfallenden Schuldzinsen lag, nicht zu beanstanden. Deshalb wurde das Vorliegen einer Steuerumgehung bejaht.

Schliesslich befasste sich das Gericht mit den Steuerfolgen, die sich aus dem Vorliegen einer Steuerumgehung im konkreten Fall ergaben, d. h. insbesondere mit der Frage, ob der Entscheid der Vorinstanz, zwar die Schuldzinsen nicht zum Abzug zuzulassen, jedoch im Gegenzug auch die auf dem – hypothetisch – für die Einmalprämie eingesetzten Eigenkapital anfallenden Schuldzinsen nicht zu besteuern, gesetzmässig war.

25 Entscheidung des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2003, in StE 2004 A 12 Nr. 12 = StR 2004, 127 ff. = ZStP 2003, 381 ff.

26 In der fraglichen Steuerperiode bestand die per 1. Januar 2001 eingeführte betragsmässige Beschränkung dieses Abzugs noch nicht.

Hierzu vertraten das kantonale Steueramt und die ESTV die Auffassung, der Steuerpflichtige habe eigentlich eine periodische Lebensversicherung abschliessen wollen und nur aus steuerlichen Gründen das ungewöhnliche Vorgehen einer fremdfinanzierten Einmalprämie gewählt, während der Steuerpflichtige – offensichtlich in einem Eventualantrag – geltend machte, er habe auf jeden Fall die Lebensversicherung mit Einmalprämie abschliessen wollen. Deshalb sei er, wenn die Fremdfinanzierung steuerlich nicht anerkannt werde, konsequent so zu behandeln, wie wenn er die Einmalprämie mit dem übrigen Vermögen finanziert und infolgedessen darauf keine laufenden Vermögenserträge mehr erzielt hätte.

Dazu führte das Bundesgericht aus, dass es in jedem Fall hypothetisch sei, welche Lösung der Steuerpflichtige gewählt hätte, wenn er die zur Annahme einer Steuerumgehung führenden Dispositionen nicht getroffen hätte. Entscheidend bleibe deshalb, welches mit Blick auf den Zweck der gesetzlichen Regelung die normalen Steuerfolgen wären, wenn keine Steuerumgehung vorliegen würde. Gemäss der gesetzlichen Regelung seien die Prämien – auch die Einmalprämien – nur im Rahmen der betragsmässig sehr eingeschränkten Möglichkeiten gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. g DBG abzugsfähig. Da jener Abzug regelmässig bereits durch den Abzug der Krankenkassenprämien ausgeschöpft werde, ergebe sich regelmässig die Nichtabzugsfähigkeit der Prämien für die Lebensversicherungen. Das Gesetz enthalte für private Lebensversicherungen unter Einschluss von solchen, die mit Einmalprämie finanziert seien, eine «steuerneutrale» Regelung. Diese sei jedenfalls insoweit für die Steuerpflichtigen vorteilhaft, als die Erträge – wenn nicht die Ausnahmebestimmung von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG greife – aus diesen Versicherungen steuerfrei blieben.

Die durch die Fremdfinanzierung der Einmalprämie erzielte – und im vorliegenden Fall als Steuerumgehung beurteilte – Wirkung des Abzugs der Schuldzinsen käme im Ergebnis einer indirekten Abzugsfähigkeit der Einmalprämie gleich. Eine solche würde auch dann resultieren, wenn – wie dies die Vorinstanz getan habe – eine hypothetische Einkommensverminderung im Umfang des Ertrags auf dem Vermögensanteil in der Höhe der Einmalprämie anerkannt würde. Diese Betrachtungsweise stehe somit im Widerspruch zum Gesetzeszweck. Die Vorinstanz habe somit eine Praxisänderung herbeigeführt, für die es jedoch keine genügenden Gründe gebe. Es seien aus dem Vorliegen der Steuerum-

gehung keine andern Steuerfolgen als die Verweigerung des Schuldzinsenabzugs zu ziehen.

### **Bemerkungen und Schlussfolgerungen**

Dem vorliegenden Entscheid ist insoweit zuzustimmen, als das Bundesgericht entschieden hat, dass auch unter dem DBG Raum für die Prüfung der Frage der Steuerumgehung bei fremdfinanzierten Einmalprämien besteht. Es wäre nicht einzusehen, weshalb die sachlich ohnehin verfehlt Abzugsfähigkeit von privaten Schuldzinsen, denen kein Gewinnungskostencharakter zukommt<sup>27</sup>, dadurch ausgedehnt werden sollte, dass es den Steuer- und Steuerjustizbehörden verwehrt bliebe, bei Lebensversicherungen mit fremdfinanzierten Einmalprämien das Vorliegen einer Steuerumgehung zu prüfen.

Nicht ganz unproblematisch, jedoch – als Ausfluss der Zusammenveranlagung der Ehegatten – vertretbar erscheint es, bei der Prüfung des Vorliegens einer Steuerumgehung auch das Vermögen des nicht versicherten Ehepartners mitzubersichtigen.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch die Position des Bundesgerichts zur Frage, ob beim Vorliegen einer Steuerumgehung durch Fremdfinanzierung der Einmalprämie im Gegenzug die Vermögenserträge auf dem hypothetisch an Stelle des Fremdkapitals eingesetzten Eigenkapital steuerfrei zu belassen seien. Es ist nicht angängig, die von den Steuerbehörden aufgeworfene Frage, ob der Steuerpflichtige eigentlich eine Lebensversicherung mit periodischen Prämien abschliessen wollte und sich nur aus steuerlichen Gründen für eine Lebensversicherung mit – fremdfinanzierter – Einmalprämie entschieden habe, beiseite zu schieben und schlicht auf die einzige Rechtsfolge der Verweigerung des Abzugs der Fremdkapitalzinsen zu erkennen.

Wird nämlich davon ausgegangen, dass der Steuerpflichtige in jedem Fall eine Lebensversicherung mit Einmalprämie abgeschlossen hätte, führt der Entscheid des Bundesgerichts im Ergebnis zu einer vom Gesetz nicht gewollten Überbesteuerung: Es werden bei ihm laufende Vermögenserträge besteuert, die er, hätte er die Lebensversicherung eigenfinanziert und würde sie der Vorsorge iSv Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG dienen, steuerfrei vereinnahmen könnte. Eine Besteuerung gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG würde nicht laufend erfolgen; die Steuer würde vielmehr aufgeschoben bis zur Auszahlung der Erträge bei Rückkauf oder bei Ablauf der Versicherungsdauer. Mit der bundesgerichtlichen Sichtweise wird der Grundsatz verletzt, dass bei einer Steuerumgehung auf jenen Sachverhalt abzustellen sei, den der Steuerpflichtige eigentlich verwirklichen wollte, jedoch aus steuerlichen Gründen nicht verwirklicht hat. Es ist

27 Auch die per 1. Januar 2001 eingeführte Beschränkung des Schuldzinsenabzugs auf die Höhe des Vermögensertrags plus Fr. 50 000 stellt nur eine Teillösung dieses Problems dar.

nicht der tatsächlich verwirklichte Sachverhalt, sondern ein fingierter Sachverhalt unter die gesetzlichen Bestimmungen zu subsumieren. Dabei sind Wahrscheinlichkeitsüberlegungen anzustellen. Es ist jener Sachverhalt auszuwählen, den die Steuerpflichtigen vermutlich verwirklicht hätten, wenn sie sich wirtschaftlich «gradlinig» verhalten und den Sachverhalt nicht einzig zur Minimierung der Steuerfolgen ausgestaltet hätten.

Die vom Bundesgericht ausgeblendete Frage, ob der Steuerpflichtige eigentlich eine Lebensversicherung mit laufenden Prämien oder eine Einmalversicherung abschliessen wollte, ist deshalb entscheidend dafür, ob – wie die Vorinstanz dies getan hat – ein Abzug der Kapitalerträge auf dem übrigen Vermögen zu gewähren ist. Es wäre m. a. W. zu entscheiden gewesen, ob die Steuerumgehung lediglich in der Fremdfinanzierung der Einmalprämie zu erblicken war oder ob bereits die Tatsache des Abschlusses der Lebensversicherung mit Einmalprämie Teil der Steuerumgehung bildete.

Für die von der Vorinstanz getroffene Lösung spricht, dass bei Steuerumgehung grundsätzlich vom gestalteten Sachverhalt – lediglich korrigiert um die missbräuchliche Verhaltensweise – auszugehen ist. Es darf der Besteuerung nicht ein völlig anderer (möglichst hohe Steuerfolgen zeitigender) Sachverhalt zugrunde gelegt werden.

Wenn das Bundesgericht zur Stützung seiner Lösung erwägt, dass die gleichzeitige Anerkennung einer hypothetischen Einkommensverminderung, die dem Ertrag eines Vermögensanteils in der Höhe der Einmalprämie entspricht, zu einer teilweisen indirekten Abzugsmöglichkeit für die Einmalprämie führe und im Widerspruch zum Gesetzeszweck stehe, so trifft dies nicht zu. Der Gesetzgeber war sich der fiskalischen Vorteile der Einmalprämienversicherungen durchaus bewusst und hat deren Abschluss unter klar umschriebenen Voraussetzungen steuerlich privilegiert. Es besteht kein Grund, diese gesetzlich gewollte Privilegierung nicht auch den Beschwerdeführern zukommen zu lassen.

## Literatur

AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995

ATHANAS PETER/WIDMER STEFAN, Art. 6 und Art. 52 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 - 82, Basel/Genf/München 2000

BREITSCHMID PETER, Begegnungen mit Sprache, Auslegung und Vertrauen, in: Heinrich Honsell/Roger Zäch/Franz Hasenböhler/Friedrich Harrer/René Rhinow (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel/Genf/München 2004

HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonales Steuerrecht, Schriftenreihe Finanzwirtschaft und Finanzrecht, Bd. 34, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2000

LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1 - 48 DBG, Therwil/Basel 2001

PFUND W. ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil (Art. 1 - 20 VStG), Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Bd. 5, Basel 1971

SCHÉUNER PIERRE, Rechtsprechungsübersicht des Schweizerischen Bundesgerichts und der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (SRK) betreffend Mehrwertsteuer – 1. April 2003 bis 30. Juni 2003, StR 2002, 797 ff.

ZARDIN DORIAN/RUEPP CEDRIC SAMUEL/PROBST SIMEON L., Rückforderung zu Unrecht bezahlter MWST, ST 2004, 119 ff.