

Rechtsprechung im Jahr 2005 (2. Teil)

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

Inhalt***

In der vorangehenden Ausgabe:

- 1 **Vereinheitlichung der Liegenschaftsunterhaltskosten im Sinn der Dumont-Praxis**
- 2 **Steuersatz bei Verkauf von Zerobonds**
- 3 **Entschädigung für Haushaltschaden. Eigenleistungen**
- 4 **Missbräuchliche Inanspruchnahme des DBA Schweiz-Dänemark**

Literatur

In dieser Ausgabe:

- 5 **Gewinn aus der Veräusserung einer Minderheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft**
- 6 **Vermietung zu einem Vorzugspreis**
- 7 **Schuldzinsenverlegung bei der Berechnung des Beteiligungsabzugs**

Literatur

5 Gewinn aus der Veräusserung einer Minderheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft¹

Sachverhalt

A. X. ist Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident der Architektur-AG, bei welcher er hauptberuflich als Architekt angestellt ist. Nebenberuflich betreibt er seit Jahren gewerbsmässig Handel mit Liegenschaften. Im Jahr 1997 gründete A. X. zusammen mit seinem Büropartner B. Y. sowie mit C. Z. und dessen Sohn D. Z. eine Immobilien-AG. Jeder der vier Beteiligten hielt an dieser einen Anteil von 25 %. Die Immobilien-AG realisierte eine grosse Wohnüberbauung mit 40 Eigentumswohnungen und 30 Reiheneinfamilienhäusern. Mit den Architekturarbeiten für diese Überbauung wurde die Architektur-AG betraut. Die von C. Z. und D. Z. beherrschte Z. Bauleitungs- und Generalunternehmungs-AG trat als Generalunternehmerin auf. 1999 verkauften A. X. und B. Y. ihre Beteiligungen an der Immobilien-AG für je Fr. 725 000 an C. Z. Daraus resultierte ein Gewinn von je Fr. 337 500.

Nach Auffassung der Steuerbehörde und der Rekurskommission war dieser Gewinn bei A. X. und seiner Ehefrau als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu erfassen. Dies, obwohl die Rekurskommission betreffend die Staats- und Gemeindesteuern 1999 gegenteilig entschieden hatte. A. X. und seine Ehefrau gelangten mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht, das die Beschwerde abwies.

Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht umschrieb zunächst in gewohnter Art die Voraussetzungen, unter welchen Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen der Besteuerung unterliegen. Diese seien steuerbar, wenn sie sich aus irgendeiner auf Erwerb gerichteten, über die schlichte Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit er-

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

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

*** Die Autoren danken Herrn RA Dipl. Jur. Univ. Daniel Rentzsch für wertvolle Anregungen und Hinweise.

1 Entscheidung des BGer vom 22.4.2005, StE 2006 B 23.2 Nr. 31.

gäben, gleichgültig ob diese im Haupt- oder Nebenberuf, regelmässig wiederkehrend oder nur einmal ausgeübt werde. Als Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit könnten etwa in Betracht fallen: Systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens, Häufigkeit der Transaktionen, kurze Besitzesdauer, enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen, Einsatz spezieller Fachkenntnisse oder erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte sowie Verwendung der erzielten Gewinne zum Erwerb gleichartiger Vermögensgegenstände. Jedes dieser Indizien kann nach Auffassung des Bundesgerichts zusammen mit anderen, unter Umständen jedoch auch allein, zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 DBG ausreichen. Entscheidend ist allerdings, dass die Tätigkeit in ihrem gesamten Erscheinungsbild auf Erwerb ausgerichtet ist. Diese Kriterien gelten – angepasst an die entsprechenden Besonderheiten – auch für den Wertschriftenhandel.

Beteiligungsrechte gehören immer dann zum Geschäftsvermögen, wenn eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beteiligung und dem Geschäft des Steuerpflichtigen besteht. Eine solche ist gemäss den höchststrichterlichen Ausführungen namentlich anzunehmen, wenn die Beteiligung für Geschäftszwecke erworben wurde oder sie dem Inhaber einen massgeblichen Einfluss auf eine Gesellschaft verschafft, deren geschäftliche Tätigkeit seiner eigenen entspricht oder diese sinnvoll ergänzt, was ihm erlaubt, seine ursprüngliche Geschäftstätigkeit auszudehnen. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige die Beteiligungsrechte konkret dazu einsetzt, um das Geschäftsergebnis seines eigenen Unternehmens bzw. dessen Gewinnchancen zu verbessern. Dabei ist nicht erforderlich, dass es sich um eine Mehrheitsbeteiligung handelt.

Fallbezogen erörterte das Bundesgericht in der Folge, der nebenberufliche Liegenschaftshandel des A. X. habe sich bereits mehrmals derart abgespielt, dass er mit Partnern aus der Baubranche grössere Baulandparzellen erworben und diese habe überbauen lassen. Die Architekturarbeiten seien dabei jeweils seiner Architektur-AG, die Baumeisterarbeiten seinen Partnern, die zum Teil auch als Generalunternehmer fungierten, übertragen worden. So sei es im Wesentlichen auch im vorliegenden Fall abgelaufen. Im Gegensatz zu früheren Projekten sei die zu überbauende Liegenschaft nicht direkt, sondern über eine Aktiengesellschaft gehalten worden. Insofern habe die Übernahme der Aktien der Immobilien-AG in gleicher Weise wie der direkte Erwerb von Bauland dem nebenberuflichen Liegenschaftshandel gedient. Zweck seiner Liegenschaftshandelsaktivitäten sei es schon in früheren Jahren unter anderem gewesen, seinem Architekturbüro Aufträge zuzuführen. Dass dieses Büro in

Form einer AG geführt werde, vermöge daran nichts zu ändern. Dieser Umstand habe ja auch nicht verhindert, dass der Liegenschaftshandel, der seit jeher auch dem Architekturbüro zudiente, als selbständige Erwerbstätigkeit betrachtet worden sei.

Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesgerichts kein Bundesrecht verletzt, wenn sie die 25 %-Beteiligung an der Immobilien-AG als Geschäftsvermögen und den Gewinn aus deren Verkauf als Einkommen aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 18 DBG qualifiziert hat.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die Zuteilung der Minderheitsbeteiligung an der Immobilien-AG zum Geschäftsvermögen von A. X. vermag zu überzeugen. Schon im Entscheid vom 24.11.1978² erwoog das Bundesgericht, Beteiligungen gehörten zum Geschäftsvermögen von Personenunternehmen, wenn Letzteres und die mit der Beteiligung gehaltene Kapitalgesellschaft wirtschaftlich eng miteinander verbunden seien, die Beteiligungsrechte zu Geschäftszwecken erworben würden oder die Beteiligung dem Inhaber des Personenunternehmens massgeblichen Einfluss auf ein in einer ähnlichen Branche tätiges Unternehmen verschaffe oder die Tätigkeit des Personenunternehmens sinnvoll ergänze, so dass dem Inhaber ermöglicht werde, das Betätigungsfeld seiner Stammfirma auszuweiten. Im leading case vom 9.4.2001³ präziserte das Bundesgericht das Kriterium der engen wirtschaftlichen Verflechtung. Es führte aus, eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen dem Personenunternehmen des Pflichtigen und der AG, an der er beteiligt ist, genüge für sich allein noch nicht für eine Zuordnung der Aktien zu seinem Geschäftsvermögen. Massgebendes Kriterium sei vielmehr der Wille des Betreffenden, seine Beteiligungsrechte konkret zur Verbesserung des Geschäftsergebnisses seines eigenen Unternehmens zu nutzen⁴.

Im Licht dieser überzeugenden Erwägungen ist der qualifiziert enge wirtschaftliche Konnex zwischen der Immobilien-AG und der nebenberuflichen Tätigkeit des A. X. im Liegenschaftshandel durchaus gegeben, weshalb der Veräusserungsgewinn zu Recht als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit betrachtet wurde.

Am Rande vermerkt sei jedoch die Anregung, dass das Bundesgericht seine stereotype Formulierung, nach welcher jedes der Indizien zur Abgrenzung der selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensver-

2 ASA 49 (1980/81), 72 = StR 1980, 406.

3 StE 2001 B 23.2 Nr. 23 = Pra 90 (2001) Nr. 164.

4 Vgl. auch Entscheid des BGer vom 17.11.1989, BStPra 1988 - 1990, 299.

waltung zusammen mit anderen, unter Umständen jedoch auch allein, zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 18 Abs. 1 DBG ausreiche, einer kritischen Überprüfung unterziehen möge. Seine Feststellung ist nämlich schlichtweg falsch⁵. Sie mag zwar allenfalls für die Indizien der systematischen oder planmässigen Art und Weise des Vorgehens sowie der Häufigkeit der Transaktionen ihre Richtigkeit haben, die kurze Besitzesdauer, der enge Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit oder der Einsatz spezieller Fachkenntnisse oder die Verwendung des erzielten Gewinns zum Erwerb gleichartiger Vermögensgegenstände vermögen indes das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit unter keinen Umständen für sich allein plausibel zu begründen. Weshalb greift das Bundesgericht zu solch aufreizenden und unpräzisen Aussagen, wenn es in unmittelbarer Folge wiederum (richtigerweise) betont, eine konkrete Tätigkeit sei immer in ihrem gesamten Erscheinungsbild zu würdigen?

In engem Zusammenhang mit vorliegendem Entscheid steht übrigens auch der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28.6.2006⁶, welcher den von B. Y. (Büropartner des A. X.) erzielten Gewinn zu qualifizieren hatte. B. Y. war in unselbständiger Stellung bei der Architektur-AG tätig, an welcher er zum massgeblichen Zeitpunkt nicht beteiligt war. Wie dargelegt, besass er ebenfalls 25 % der Beteiligungsrechte an der Immobilien-AG und veräusserte diese 1999 an die gleiche Käuferschaft mit Gewinn. Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stellt bei der Zuteilungsfrage massgeblich auf das Kriterium der konkreten Verbesserung des Geschäftsergebnisses ab, verneinte dann aber die Geschäftsvermögensqualität der veräusserten Beteiligung. Es sei nicht erkennbar, inwiefern die veräusserte Gesellschaft die nebenberuflichen Aktivitäten des Pflichtigen im Liegenschaftshandel positiv beeinflusst hätte; auch hätte sie ihm nicht zu Architekturaufträgen verholfen. Unter dem Geschäft, dem die Beteiligung dienen müsse, seien die Betätigungen des Steuerpflichtigen als Personenunternehmer zu verstehen, nicht die Tätigkeit einer juristischen Person. So fehle es an der erforderlichen wirtschaftlich-technischen Verknüpfung. Das Bundesgericht habe diese Rechtsprechung allerdings für die direkte Bundessteuer mit dem hier besprochenen Entscheid⁷ dahingehend ausgeweitet, dass das Geschäft, dem die Beteiligung dienen müsse, auch in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben werden könne. Es habe somit einen Durchgriff durch die Architektur-

AG auf den hinter dieser stehenden Alleinaktionär vorgenommen⁸.

Von einem *Durchgriff* des Bundesgerichts durch die Architektur-AG kann nun allerdings keine Rede sein, hat doch das Bundesgericht klar ausgeführt, die Beteiligung an der Immobilien-AG diene dem Geschäft von A. X. Dieses habe seit jeher nicht nur den Liegenschaftshandel im eigentlichen Sinn, sondern auch die Vermittlung von Aufträgen an die Architektur-AG bezweckt. So hat das Bundesgericht also keineswegs zu akrobatischen Durchgriffsüberlegungen Zuflucht genommen, sondern lediglich den Geschäftszweck des Personenunternehmens analysiert.

Nicht hinlänglich hat sich das Verwaltungsgericht überdies mit der Frage auseinandergesetzt, ob die veräusserte Beteiligung nicht aus anderen Gründen dem (unbestrittenen) nebenberuflichen Liegenschaftshandel des Pflichtigen zuzuordnen gewesen wäre. Gegenstand des geschäftsplanmässigen Kaufs und Verkaufs eines Immobilienhandels bilden Liegenschaften oder Anteile an Liegenschaften. Von einem solchen Geschäftszweck erfasst wird nach landläufiger Auffassung ganz ohne weiteres – auch hierfür muss nicht der Durchgriff bemüht werden – der Kauf- und Verkauf von Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen an Immobiliengesellschaften⁹. Wenn feststeht, dass haupt- oder nebenberuflicher Liegenschaftshandel gegeben ist, bilden Beteiligungen an Immobiliengesellschaften ebenso die eigentliche Erwerbsgrundlage der entsprechenden Aktivitäten wie Grundstücke oder Anteile an solchen. Auf die rechtliche «Verpackung» des Gegenstands der Handelstätigkeit kann doch – bei aller Zurückhaltung gegenüber der Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit – wohl kaum abgestellt werden. Das Bundesgericht hat denn auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Abwicklung des Überbauungsprojekts der Immobilien-AG nach dem gleichen Muster wie auch schon bei anderen Projekten abgelaufen sei, nur dass hier die Liegenschaft nicht von den Konsorten direkt, sondern über eine Gesellschaft gehalten worden sei, an der die Konsortialpartner wirtschaftlich berechtigt gewesen seien.

5 Vgl. REICH, N 15 f. zu Art. 18 DBG.

6 StE 2006 B 23.2 Nr. 32.

7 Entscheid des BGer vom 22.4.2005, StE 2006 B 23.2 Nr. 31.

8 Ob einem solchen Durchgriff auch für die Staats- und Gemeindesteuern zu folgen sei, liess das Gericht offen, weil B. Y. zum massgebenden Zeitpunkt gar nicht an der Gesellschaft beteiligt war.

9 Auch der An- und Verkauf von Schuldbriefen wäre z. B. klarerweise vom Geschäftsplan eines Immobilienhändlers abgedeckt.

6 Vermietung zu einem Vorzugspreis¹⁰

Sachverhalt

X. ist Eigentümerin eines Einfamilienhauses, das sie seit Jahren an ihre Tochter und ihren Schwiegersohn für einen jährlichen Mietzins von Fr. 18 960 vermietet. Der Eigenmietwert beträgt Fr. 36 900. Für die Steuerperiode 2000 deklarierte X. ein steuerbares Einkommen von Fr. 238 924, das den erwähnten Mietzins von Fr. 18 960 (abzüglich 20 % Unterhaltspauschale hieraus, also Fr. 3792) einschloss. Die Steuerbehörde rechnete die Differenz der Nettomiete von Fr. 15 168 zum Eigenmietwert von Fr. 29 520 (Fr. 36 900 abzüglich 20 % Unterhaltspauschale hieraus, also Fr. 7380), d. h. Fr. 14 352 auf und erhöhte das steuerbare Einkommen für die direkte Bundessteuer der Steuerperiode 2000 auf Fr. 253 200.

Die gegen diese Veranlagung erhobene Einsprache wurde abgewiesen, da sich die Pflichtige als Eigentümerin, die eine Wohnung unentgeltlich zur Verfügung stelle, den Eigenmietwert anrechnen lassen müsse. Die Bundessteuer-Rekurskommission hiess demgegenüber die erhobene Beschwerde gut. Ein Eigenmietwert könne nur besteuert werden, wenn eine Liegenschaft auch tatsächlich selbst genutzt werde. Liege wie hier keine Selbstnutzung vor, sei es unzulässig, gleichwohl einen Eigengebrauch zu konstruieren. Eine Aufrechnung könne nur erfolgen, wenn andere Gegenleistungen des Mieters nachgewiesen wären oder wenn eine Steuerumgehung vorliege, die bei einem Mietzins, der 51 % des Eigenmietwerts ausmache, ausgeschlossen sei. Dieses Urteil focht die ESTV mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht an mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. Die Vermietung einer Liegenschaft an Verwandte zu einem stark reduzierten Mietpreis sei wie die Gebrauchsleihe eine Form der Nutzung durch den Eigentümer. Das Bundesgericht wies die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab.

Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht erläuterte vorab die gesetzliche Regelung des Ertrags aus unbeweglichem Vermögen. Steuerbar seien gemäss Art. 21 Abs. 1 DBG die Erträge aus unbeweglichem Vermögen, insbesondere alle Einkünfte aus Vermietung, Verpachtung, Nutzniessung oder sonstiger Nutzung (lit. a) sowie der Mietwert von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, die dem Pflichtigen aufgrund von Eigentum oder eines unentgeltlichen Nutzungsrechts für den Eigengebrauch zur Verfügung ste-

hen (lit. b). Vermiete der Eigentümer eine Liegenschaft, so stelle der Mietzins bei ihm grundsätzlich Einkommen nach Art. 21 Abs. 1 lit. a DBG dar. Bewohne er die Liegenschaft selber, habe er den Eigenmietwert nach Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG zu versteuern. Wenn die Eigentümerin allerdings – wie im vorliegenden Fall – ihre Liegenschaft der Tochter zu einem Vorzugsmietzins zur Verfügung stelle, sei es fraglich, ob sie auch den Betrag zu versteuern habe, um den der Eigenmietwert den vereinbarten Mietzins übersteigt.

Weil Art. 21 Abs. 1 DBG inhaltlich im Wesentlichen dem bis Ende 1994 geltenden Art. 21 Abs. 1 lit. b BdBSt entspricht, blendete das Bundesgericht zurück und analysierte seine bisherige Rechtsprechung zur vorliegenden Fragestellung.

In BGE 71 I 127 ff. habe es erwogen, es sei wie bei einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung oder einem zinslosen Darlehen im nichtkaufmännischen Verkehr unzulässig, der Veranlagung anstelle des tatsächlich erzielten Mietzinses ein erzielbares oder durchschnittliches Einkommen (Mietwert) zugrunde zu legen. Dies jedenfalls solange, als für die Bedingungen der Gebrauchsüberlassung nicht Motive der Steuerumgehung entscheidend gewesen seien, insbesondere Indizien dafür fehlten, dass der tiefe Mietwert ein Entgelt für andere Gegenleistungen darstelle. Bei der Vermietung an Familienangehörige sei das Abstellen auf den Eigenmietwert höchstens dann möglich, wenn anzunehmen sei, es liege ein Eigengebrauch vor, indem die Wohnung der Benützung durch die eigene Familie erhalten werden solle.

Von dieser Rechtsprechung sei das Bundesgericht im Urteil vom 22.12.1978¹¹ teilweise abgewichen mit der Begründung, wer eine Wohnung einem nahen Verwandten unentgeltlich überlasse, begründe eine Gebrauchsleihe. Für den Beliehenen entstehe dadurch kein Einkommen, weil der Mietwert für ihn den Charakter einer Schenkung habe. Der Mietwert falle primär dem Eigentümer zu, auch wenn er ihn dem Beliehenen sofort weitergebe. Aus der leichten Auflösbarkeit des Vertragsverhältnisses der Gebrauchsleihe müsse der Schluss gezogen werden, dass der Eigentümer steuerrechtlich gesehen immer noch als «Inhaber» des Objektes zu betrachten sei.

Im Entscheid vom 22.12.1989¹² habe es das Bundesgericht für offensichtlich unhaltbar gehalten, bei der Vermietung eines Einfamilienhauses durch die Eltern an den Sohn zu einem Mietzins, der 62 % des Eigenmietwerts ausmache, ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage die Differenz zwischen dem tatsächlich vereinnahmten

10 Entscheid des BGer vom 28.1.2005, StE 2005 B 25.2 Nr. 7 = StR 2005, 500 ff.

11 ASA 48 (1979/80), 478.

12 BGE 115 Ia 329 = Pra 79 (1990) Nr. 217.

Mietzins und dem höheren Mietwert den Eltern als Einkommen zuzurechnen und beim Sohn als Schenkung zu qualifizieren. Einige Jahre später habe es das Bundesgericht im Entscheid vom 24.2.1993¹³ nicht als willkürlich erachtet, dass der Kanton Zürich eine gemischte Schenkung annahm, als ein Vater seiner Tochter eine Wohnung zu einem Vorzugszins (50 % des ausgewiesenen Marktmietwerts) überliess. Erfolge nur ein teilweiser Verzicht auf den Mietzins, so sei darin grundsätzlich eine gemischte Schenkung zu erblicken. Allein aus der Tatsache, dass ein Hauseigentümer darauf verzichte, bei der Festsetzung der Miete die Marktlage voll auszunützen, könne jedoch nicht schon auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung geschlossen werden. Die Miete bestimme sich nicht ausschliesslich nach dem objektiven Marktwert, sondern es könnten auch unterschiedliche Beurteilungen des Mietobjekts oder sonstige subjektive Gesichtspunkte des Eigentümers für die Festsetzung der Miete massgebend sein. Eine gemischte Schenkung liege nur vor, wenn die Gegenleistung (Miete) nach dem Willen der Vertragsparteien dem Wert der Leistung (Mietwert) nicht entspreche.

Seither habe das Bundesgericht nicht mehr Gelegenheit gehabt, einen Vorzugsmietzins aufgrund eines reinen Mietvertrags zu beurteilen. Es wies im Folgenden auf seinen Entscheid vom 31.1.2002¹⁴ hin, wo eine Kombination von Verträgen vorgelegen habe, die in ihrer Gesamtwirkung zum gleichen Resultat geführt habe wie eine Schenkung unter Rückbehalt des Wohnrechts. Die Stellung der schenkenden Eltern habe weitgehend derjenigen der aus einem (dinglichen) Wohnrecht Berechtigten entsprochen, vergleichbar mit derjenigen der Nutzniesser aus einer sog. Vorbehaltsnutzung. Da eine solche Vorbehaltsnutzung als unentgeltlich begründet zu betrachten sei¹⁵, die Schenkgeber also kein Nutzungsrecht mit entsprechendem Kapitalaufwand von einem Dritten erwerben würden, habe sich ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht verändert. Es habe deshalb ein Nutzungsrecht für den Eigengebrauch im Sinn von Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG vorgelegen, was bei den Schenkgebern zur Aufrechnung des Differenzbetrages zwischen Eigenmietwert und Mietzins führe. Immerhin wies das Bundesgericht auch darauf hin, dass nur eine bedeutende Differenz zwischen Eigenmietwert und finanzieller Abgeltung an den Eigentümer eine Aufrechnung unter dem Titel von Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG rechtfertige.

Daraufhin resümierte das Bundesgericht, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, um die Differenz zwischen dem tatsächlich vereinnahmten Mietzins und dem höheren Mietwert dem Eigentümer steuerlich als Einkommen zuzurechnen, wenn der vereinbarte Mietzins unter dem Eigenmietwert liege und der Eigentümer auch kein Mitbenutzungsrecht an der Liegenschaft habe. Die Steuerbehörden hätten somit auf die von den Steuerpflichtigen geschlossenen Verträge abzustellen und dürften nur davon abweichen, wenn eine Steuerumgehung vorliege. In casu habe die Rekurskommission eine Steuerumgehung unter Hinweis auf Zwahlen¹⁶ grundsätzlich ausgeschlossen, wenn ein Mietzins bezahlt werde, der mehr als 50 % des Eigenmietwerts betrage. Gleich betrachte dies wohl auch Oberson¹⁷. Nach Richner/Frei/Kaufmann¹⁸ liege die Grenze allerdings bei 80 %. Dieselbe Grenze betrachte auch die Steuerrekurskommission Freiburg als massgebend¹⁹. Gleicher Meinung sei Locher²⁰. Im Entscheid vom 31.1.2002²¹ habe offen gelassen werden können, wie bedeutend ein Differenzbetrag zwischen Eigenmietwert und finanzieller Abgeltung sein müsse, um die Annahme einer Steuerumgehung zu rechtfertigen.

Im Folgenden tastete sich das Bundesgericht an den massgebenden Schwellenwert heran. Eine Rechtsgestaltung erscheine als ungewöhnlich und den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen, wenn bei der Vermietung von Liegenschaften an Verwandte der vereinbarte Mietzins bloss gering sei oder gar nur symbolischen Charakter aufweise. Demgegenüber seien Abweichungen im Bereich von Schätzungsdifferenzen (5 - 10 %) nicht bedeutend. Vergrössere sich jedoch der Differenzbetrag, werde in den Kantonen regelmässig bei einer Differenz von 20 % (z. B. FR, SO) oder 25 % (z. B. ZH, SG) eine gemischte Schenkung angenommen²². Von einer Steuerumgehung könne jedoch nicht schon dann ausgegangen werden, wenn der vereinbarte Mietzins beim Grenzwert für eine gemischte Schenkung liege, sondern erst, wenn dieser klar unterschritten werde. Manche der Mietzins weniger als die Hälfte des Eigenmietwerts aus, sei zu vermuten, dass – unabhängig von einem Schenkungswillen – wegen der mehrheitlich unentgeltlichen Überlassung eine dem Eigengebrauch nahe kom-

13 2P.145/1992, vom 24.2.1993.

14 StE 2002 B 25.3 Nr. 28 E 2c.

15 Hier verwies das Bundesgericht auf seine Urteile vom 9.6.2000 (NStP 54/2000 E 3c/bb) und vom 9.2.2000 (StE 2000 B 26.26 Nr. 3 E 3c/bb).

16 ZWAHLEN, N 9 zu Art. 21 DBG.

17 Droit fiscal suisse, § 7 N 137.

18 N 78 zu Art. 21 DBG, mit Hinweis auf den Entscheid des BGer vom 31.1.2002, StE 2002 B 25.3 Nr. 28, wo die Miete nur 73 % des Eigenmietwerts betrug.

19 Entscheid vom 8.5.1987, StE 1989 B 25.2 Nr. 4.

20 LOCHER, N 22 zu Art. 21 DBG, mit Hinweisen.

21 Entscheid des BGer vom 31.1.2002, StE 2002 B 25.3 Nr. 28 E 2d.

22 Hier verwies das Bundesgericht auf RICHNER/FREI, N 51 ff. zu § 4, insbesondere N 58.

mende Situation vorliege und der Mietvertrag missbräuchlich, lediglich deshalb abgeschlossen worden sei, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet gewesen wären. Immerhin bleibe dem Steuerpflichtigen der Nachweis unbenommen, dass keine Steuerumgehung gegeben sei. Im konkreten Fall liege indes aus den dargelegten Gründen keine Steuerumgehung vor.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

Die steuerrechtliche Aufarbeitung der Vorzugsmiete ist eines der zahlreichen Probleme, die uns das System der Eigenmietwertbesteuerung beschert. An sich könnte man – ausgehend von der allgemeinen Regel der Eigenmietwertbesteuerung – meinen, dass der Eigenmietwert auch bei der Einräumung eines Mietobjekts zu Vorzugsbedingungen generell entweder vom Eigentümer oder vom Mieter möglichst in vollem Umfang zu versteuern sei. Demnach wäre die objektive Eigenmiete beim Eigentümer auch dann zu erfassen, wenn zu einem stark herabgesetzten Mietzins vermietet wird²³.

Ein solches Konzept würde indes den Grundsatz der Realität des Einkommens missachten. Zwar könnte hier eingewendet werden, dass dies im System der Eigenmietwertbesteuerung halt so vorgesehen sei. Dieser Einwand ist jedoch verfehlt, weil die Besteuerung des zu wenig Verlangten beim Eigentümer nicht mehr abgedeckt ist durch die Grundüberlegungen der Eigenmietwertbesteuerung, denn dieser nutzt sein Eigentum weder unmittelbar noch mittelbar zu Wohnzwecken für sich oder seine Angehörigen. Er hält sich das Wohnobjekt auch nicht zur jederzeitigen potentiellen Nutzung zur Verfügung, denn es steht in der Verfügungsmacht der Begünstigten. Letzteren kann aber die Eigenmiete bzw. der Differenzbetrag zwischen bezahltem (untersetztem) Mietzins und Eigenmietwert nicht aufgerechnet werden, obwohl ihnen unstreitig ein geldwerter Vorteil zufließt, weil es harmonisierungsrechtlich untersagt ist, Schenkungen²⁴ mit der Einkommenssteuer zu belegen²⁵.

Diese Überlegungen liegen Art. 21 Abs. 1 lit. a und b DBG zugrunde. Während lit. a die Besteuerung des Grundeigentümers anvisiert, der die real erzielten Erträge aus unbeweglichem Vermögen zu versteuern hat, beschlägt lit. b die Eigenmietwertbesteuerung des Nutzungsberechtigten. Als solcher gilt neben dem Eigentümer auch der dinglich am Wohnobjekt Berechtigte.

Gemeint ist damit also nicht eine Berechtigung aufgrund eines gewöhnlichen Mietverhältnisses²⁶, sondern eine Berechtigung aufgrund eines dinglichen Nutzungsverhältnisses, wie es insbesondere beim Wohnrecht oder bei der Nutzniessung gegeben ist²⁷; wobei das Bundesgericht zu Recht festhält, dass auch durch eine Kombination von Verträgen eine Stellung geschaffen werden könne, die derjenigen des Nutzniessers vergleichbar sei²⁸. Besteht ein solches Nutzungsverhältnis, so hat der Nutzungsberechtigte den Eigenmietwert nicht nur bei unentgeltlicher Einräumung des Nutzungsrechts, sondern auch bei Teilentgeltlichkeit zu versteuern²⁹.

In vorliegendem Fall liegt indessen lediglich ein gewöhnlicher Mietvertrag vor, weshalb er grundsätzlich nicht unter Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG zu subsumieren ist, denn es handelt sich nicht um Eigennutzung, sondern um eine entgeltliche Fremdnutzung. Das Bundesgericht knüpft seine Erörterungen an seine im Entscheid vom 22.12.1989³⁰ getroffenen Überlegungen an³¹ und erachtet es zu Recht als unzulässig, ohne ausdrückliche Vorschrift die Differenz zwischen dem tatsächlich vereinnahmten und dem höheren Eigenmietwert dem vermietenden Eigentümer als steuerbares Einkommen zuzurechnen. Dies gelte solange, als bei der Mietzinsfestsetzung nicht Steuerumgehungsüberlegungen entscheidend gewesen seien und Indizien dafür fehlten, dass die Überlassung zu den dem Wohnwert nicht entsprechenden Bedingungen das Entgelt für andere Gegenleistungen des Nutzungsberechtigten sei. Davon ist indes nach der bundesgerichtlichen Praxis, die mit dem vorliegenden Urteil bestätigt wird, auch abzurücken, wenn eine Gebrauchsleihe und kein Mietvertrag vorliegt. Das ist der Fall, wenn eine Wohnung einem nahen Verwandten unentgeltlich überlassen wird. Unerheblich ist dabei, aus welchen Gründen eine Gebrauchsleihe eingegangen worden ist. Beim Beliehenen darf keine Einkommenssteuer erhoben werden, weil der Mietwert für ihn den Charakter einer Schenkung

23 So LOCHER, N 22 zu Art. 21 DBG, mit Hinweis auf die frühere Praxis des Kantons Freiburg (s. SRK FR vom 8.5.1987, StE 1989 B 25.2 Nr. 4).

24 Darunter fallen selbstredend auch periodische Schenkungen.

25 Art. 7 Abs. 4 lit. c StHG; vgl. Art. 24 lit. a DBG.

26 Das lediglich auf einem «reinen Mietvertrag» beruht.

27 LOCHER, N 8 und 25 zu Art. 21 DBG; ZWAHLEN, N 22 zu Art. 21 DBG.

28 E 2.6 des hier besprochenen Entscheids vom 28.1.2005, StE 2005 B 25.2 Nr. 7 = StR 2005, 500 ff., mit Verweis auf den Entscheid des BGer vom 31.1.2002, StE 2002 B 25.3 Nr. 28 E 2c; zu Letzterem s. SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002: Direkte Bundessteuer, 10 f.

29 S. dazu den instruktiven und wohlbegründeten Entscheid des VGer FR vom 17.7.2005 (StE 2006 B 25.3 Nr. 31), mit Hinweisen insbesondere auf ZWAHLEN, N 21 zu Art. 21 DBG, und SIEBER, Ungereimtheiten bei der Besteuerung von Wohn- und Nutzniessungsrechten, 97 ff., sowie auf die abweichende Ansicht von STADELMANN, Grundstückveräußerung mit gleichzeitiger Begründung eines Nutzungsrechtes.

30 BGE 115 Ia 329 = Pra 79 (1990) Nr. 217.

31 Zur früheren Praxis in Bund und Kantonen s. OEHRLI, Die gemischte Schenkung im Steuerrecht, 172 ff.

hat. Beim Eigentümer lässt sich indes argumentieren, wegen der leichten Auflösbarkeit des Vertragsverhältnisses der Gebrauchsleihe sei dieser steuerrechtlich immer noch als Inhaber der Wohnung zu betrachten, obwohl sie ihm während der Dauer der Gebrauchsleihe nicht mehr unmittelbar zur Verfügung steht. Demnach hat er den Eigenmietwert gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG zu versteuern.

Vorbehalten bleibt bei alledem – wie überall – die Steuerumgehung. Darauf nimmt das Bundesgericht denn auch Bezug und quantifiziert den (widerlegbaren) Steuerumgehungsvorwurf mit Blick auf verschiedene Äusserungen in Doktrin und Praxis. So sei immer dann von einer Steuerumgehung auszugehen, wenn der tatsächlich vereinbarte Mietzins weniger als die Hälfte des Eigenmietwerts ausmache. Dieser typisierte Missbrauchsvorbehalt vermag nun allerdings keinesfalls zu überzeugen³². Von einer eigentlichen missbräuchlichen Gestaltung dürfte in den seltensten Fällen ausgegangen werden können, selbst wenn der tatsächliche Mietzins bloss 20 % oder noch weniger ausmacht. Der Grund solcher Vorzugsmieten liegt doch gemeinhin nicht in der Absicht, Steuern einzusparen, sondern vielmehr im Bestreben der Vermieter, nahe Verwandte – vielfach ihre Kinder – zu unterstützen und die zu bezahlende Miete entsprechend deren Leistungsfähigkeit festzulegen.

Dennoch vermögen die bundesgerichtlichen Erwägungen im Ergebnis durchaus zu überzeugen. Irgendwo muss eine Schwelle fixiert werden, die aufzeigt, in welchen Fällen nicht mehr von Eigennutzung nach Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG gesprochen werden kann. Dabei darf jedoch methodisch nicht an das Privatrecht angeknüpft werden. Ob privatrechtlich ein Mietvertrag oder eine Gebrauchsleihe vorliegt, tut steuerrechtlich nichts zur Sache. Entscheidend ist vielmehr die Überlegung – welche übrigens auch das Bundesgericht flankierend zum Steuerumgehungsargument vorbringt –, dass nämlich bei einer mehrheitlich unentgeltlichen Überlassung eine dem Eigengebrauch nahe kommende Situation vorliegt. Wenn ein Mieter weniger als die Hälfte der Marktmiete entrichten muss, ist der Eigentümer in aller Regel aufgrund der faktischen Verhältnisse immer noch «Herr im Hause». Nach der allgemeinen Erfahrung dürfte sich hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit des Wohnobjekts für den Eigentümer kein Unterschied ausmachen lassen, wenn er es seinen Angehörigen unentgeltlich oder eben gegen ein

weit unter dem Marktwert liegendes Entgelt zur Nutzung überlässt. So kann in Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. b DBG festgehalten werden, dass Eigennutzung bei Vorliegen eines reinen Mietvertrags immer dann gegeben ist, wenn der tatsächlich vereinbarte Mietzins weniger als die Hälfte des Eigenmietwerts ausmacht.

7 Schuldzinsenverlegung bei der Berechnung des Beteiligungsabzugs³³

Sachverhalt

Eine Bank mit Sitz in Genf, die unter anderem verzinsliche Kundengelder entgegennimmt, hält eine wesentlich Beteiligung an einer Gesellschaft mit Sitz in Luxemburg. Im Jahr 1995 warf diese Beteiligung eine Dividende von Fr. 187 200 ab. Die Bank machte in ihrer Steuererklärung einen Beteiligungsabzug von 1,267 % geltend. Zur Ermittlung des Nettoertrags aus ihrer Beteiligung berücksichtigte sie keine Schuldzinsen, sondern brachte lediglich ca. 5 % Verwaltungskosten von der Bruttodividende in Abzug. Daraus resultierte ein Nettobeteiligungsertrag von Fr. 177 840. Diesen Betrag setzte sie in das Verhältnis zu ihrem gesamten Reingewinn von Fr. 14 039 756, woraus sich der erwähnte Beteiligungsabzug von 1,267 % ergab. Die Bank berücksichtigte bei der Berechnung des Nettobeteiligungsertrags deshalb keine Schuldzinsen, weil sie aufgrund der aufsichtsrechtlichen Vorgaben die Beteiligung an der luxemburgischen Gesellschaft ausschliesslich mit Eigenmitteln finanziert hatte.

Diese Berechnungsart wurde von den Steuerbehörden nicht akzeptiert. Sie ermittelten gesamte Schuldzinsen und Verwaltungskosten von Fr. 36 892 311 und verlegten diese proportional im Verhältnis des Buchwertes der Beteiligung an der luxemburgischen Gesellschaft zu den gesamten Aktiven. Der Beteiligungswert betrug 1,94 % der Gesamtkativen, was einen auf die entsprechende Dividende zu verlegenden Anteil an Schuldzinsen und Verwaltungskosten von Fr. 715 711 ergab. Der Nettoertrag aus der Beteiligung war somit negativ, und demzufolge betrug der Beteiligungsabzug 0 %.

Die kantonale Steuerrekurskommission hiess einen Rekurs der Gesellschaft gut mit der Begründung, dass nur die tatsächlichen Finanzierungskosten auf den Beteiligungsertrag zu verlegen seien. Weil die Gesellschaft zeigen konnte, dass sie die Beteiligung an der luxemburgischen Gesellschaft ausschliesslich mit Eigenkapital fi-

32 Gegen die auf Steuerumgehung abgestützte Begründung wendet sich auch LOCHER, Einkommenssteuerliche Behandlung von Wohnrechten, Nutzniessungen und obligatorischen Nutzungsrechten im privaten Bereich, 13; er folgert dann jedoch, dass vom Eigentümer auch bei Vorzugsmietzinsen über 50 % der objektive Mietwert zu versteuern sei.

33 Entscheid des BGer vom 12.5.2005, StE 2005 B 72.22 Nr. 11.

nanziert hatte, müsse bei der Ermittlung des Nettobeteiligungsertrags auch kein Finanzierungsaufwand berücksichtigt werden.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Genf hiess den von der kantonalen Steuerverwaltung eingereichten Rekurs gegen den Entscheid der Vorinstanz gut, weil es die Praxis der kantonalen Steuerbehörden, die sich auf jene der ESTV abstützt, als gesetzmässig beurteilte. Das Verwaltungsgericht anerkannte, dass die Banken bezüglich der bei der Ermittlung des Nettobeteiligungsabzugs zu berücksichtigenden Schuldzinsen in einer im Vergleich zu anderen Unternehmen speziellen Situation seien, weil sie besonders strikte Eigenmittelvorschriften einzuhalten hätten. Die von den kantonalen und eidgenössischen Steuerbehörden festgelegte Praxis, wonach Banken ein Drittel ihrer Schuldzinsen mit Aktivzinsen verrechnen können und nur der dann verbleibende Überhang bei der Ermittlung des Nettobeteiligungsertrags proportional auf den Beteiligungsertrag zu verlegen ist, trage jedoch den besonderen Verhältnissen der Banken genügend Rechnung, sei im konkreten Fall von den Steuerbehörden richtig angewendet worden und führe zu einem negativen Nettobeteiligungsertrag, und damit sei kein Beteiligungsabzug möglich. Gegen diesen Entscheid erhob die Bank staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Diese wurde abgewiesen.

Rechtliche Beurteilung durch das Bundesgericht

In formeller Hinsicht stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass die staatsrechtliche Beschwerde der Steuerpflichtigen im wesentlichen appellatorischer Natur sei und dass sie deshalb die Bedingungen von Art. 90 OG nicht erfülle. Aber selbst wenn auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, wäre sie abzuweisen.

Materiell wies das Gericht zunächst darauf hin, dass die einschlägige kantonale Norm mit Art. 69 und 70 DBG sowie mit Art. 28 StHG übereinstimme und verwies sodann auf die Botschaft zu diesen beiden Gesetzen, wo der Übergang von der unter dem BdBS geltenden Bruttoertrags- zur Reinertragsmethode beschrieben wird. Sodann wurde auch auf den Bericht der kantonalen Kommission, welche den Bericht der Regierung zu prüfen hatte, hingewiesen. Dort wird ausgeführt, dass nicht der gesamte Beteiligungsertrag steuerfrei sei, sondern dass ein Anteil der Verwaltungskosten und die mit der Finanzierung zusammenhängenden Kosten auf den Beteiligungsertrag zu verlegen seien.

Sodann stellte das Gericht fest, dass der Gesetzestext nicht klar sei und nicht anordne, wie der Finanzierungsaufwand auf die verschiedenen Erträge und damit auch auf den Beteiligungsertrag zu verlegen sei. Sowohl die kantonale Steuerverwaltung als auch das Verwaltungs-

gericht hätten unabhängig von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eine proportionale Verlegung der Schuldzinsen auf die Aktiven vorgenommen. Sodann bezog sich das Gericht auf – aus dem publizierten Entscheid nicht hervorgehende – Beispiele, welche die Beschwerdeführerin ins Recht gelegt hatte und stellte fest, dass es damit nicht gelungen sei, eine Ungleichbehandlung darzutun. Zudem hielt das Bundesgericht fest, dass die Beispiele der Beschwerdeführerin reine Holdinggesellschaften umfassten und dass solche Holdinggesellschaften auf kantonaler Ebene steuerbefreit seien. Im zu entscheidenden Fall handle es sich jedoch um eine kommerziell aktiv tätige Gesellschaft (Bank), und für sämtliche aktiv tätigen Gesellschaften würden die gleichen Regeln für die Schuldzinsenverlegung gelten. Diese Regeln seien in der Tat schematisch, aber die von der Beschwerdeführerin beantragte Ausarbeitung anderer Regeln wäre kompliziert, und sie könnten andere Ungleichheiten schaffen, wenn sie nur auf Banken beschränkt blieben (E 1.4, am Schluss).

Sodann ging das Bundesgericht auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin ein, wonach einerseits die Bankenverordnung strikte Eigenmittelvorschriften enthalte und dass andererseits die Banken in professioneller Weise verzinsliche Kundengelder entgegennähmen, um diese Gelder dann als ebenfalls verzinsliche Kredite und Darlehen weiterzureichen. Die Schuldzinsen einer Bank stünden deshalb nicht mit der Finanzierung ihrer Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften in Verbindung.

Das Argument der Eigenmittelunterlegungsvorschriften wurde vom Gericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass zwar die Bankenverordnung verlange, dass die Aktiven nach Massgabe der damit verbundenen Risiken mit Eigenmitteln unterlegt sein müssten, dass jedoch diese Eigenmittelvorschriften nicht zum Ziel haben, bestimmte Eigenmittel spezifischen Aktivpositionen, wie z. B. den Beteiligungen, zuzuweisen. Diese Regeln veränderten das Prinzip nicht, wonach die Unternehmung als Einheit zu betrachten sei und dass die gesamten Passiven die gesamten Aktiven finanzieren würden (E 1.5).

Bezüglich des Vorbringens der Beschwerdeführerin, wonach die Schuldzinsen einer Bank direkt mit den Aktivzinsen auf ihren Krediten und nicht mit den Beteiligungen im Zusammenhang stehen, verwies das Bundesgericht auf die Praxis, wonach der spezifischen Situation der Banken bei der Berechnung des Beteiligungsabzugs dadurch Rechnung getragen werde, dass diese zunächst ein Drittel ihrer Passivzinsen mit Aktivzinsen verrechnen können und dass nur der dann verbleibende Betrag der Passivzinsen proportional auf die Aktiven verlegt werde. Das Gericht kam zum Schluss, dass es nicht angebracht sei, diese Vorzugsbehandlung der Banken, die in

die Richtung der von der Beschwerdeführerin aufgestellten These gehe und noch nie in Frage gestellt worden sei, zu überprüfen (E 1.6).

Aufgrund dieser Argumentation kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der angefochtene Entscheid nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstosse und wandte sich sodann der Prüfung der Willkürüge der Beschwerdeführerin zu.

Unter diesem Aspekt machte die Beschwerdeführerin geltend, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts deshalb willkürlich sei, weil er zwei Kreisschreiben der ESTV zur Berechnung des Beteiligungsabzugs ausser Acht lasse, die anordneten, dass die Finanzierungskosten «grundsätzlich» («en principe») im Verhältnis der Buchwerte der Beteiligungen zum Buchwert der Gesamtkonten zu verlegen seien und dass deshalb auch Abweichungen von diesem Prinzip möglich seien. Zudem habe das Verwaltungsgericht seinen Entscheid auf eine bundesgerichtliche Rechtsprechung gegründet, die auf den Fall der Beschwerdeführerin keine Anwendung finde.

Das Bundesgericht verneinte jedoch auch das Vorliegen einer willkürlichen Gesetzesanwendung durch die Vorinstanz, indem es wiederholte, dass der Gesetzestext sich zur Methode der Verlegung der Finanzierungskosten nicht äussere. Die Praxis der proportionalen Verlegung nach Massgabe der steuerlich massgebenden Buchwerte der Aktiven stelle jedoch in der Schweiz eine bekannte und gängige Praxis dar. Auch wenn andere Methoden denkbar seien, könne die von der kantonalen Steuerverwaltung angewandte Methode nicht als willkürlich bezeichnet werden. Die von der Beschwerdeführerin dem in den beiden Kreisschreiben der ESTV verwendeten Ausdruck «grundsätzlich» gegebene Bedeutung sei irrelevant, weil die von der kantonalen Steuerverwaltung angewendete Methode nicht willkürlich sei. Zudem seien die beiden von der Beschwerdeführerin angerufenen Kreisschreiben zur direkten Bundessteuer ergangen, während im vorliegenden Fall die Auslegung des kantonalen Rechts in Frage stehe. Da im Zeitpunkt, für den das Bundesgericht zu entscheiden habe (1995), die bis Ende 2000 laufende Übergangsfrist für die Steuerharmonisierung noch nicht abgelaufen gewesen sei, hätten die Kantone die Bedeutung des im StHG verwendeten Ausdrucks «des darauf entfallenden Finanzierungsaufwandes» noch frei interpretieren können.

Schliesslich akzeptierte das Bundesgericht dem Grundsatz nach den Einwand der Beschwerdeführerin, das Verwaltungsgericht habe eine bundesgerichtliche Rechtsprechung herangezogen, die für den entschiedenen Sachverhalt nicht massgeblich sei, weil er noch zur Bruttoertragsmethode ergangen sei, aber eine Begründung,

die falsch oder unpräzise sei, habe nicht zur Folge, dass das Ergebnis des Gerichtsurteils willkürlich sei.

Die Beschwerdeführerin habe somit die Willkürüge zu Unrecht erhoben. Die Beschwerde wurde, soweit darauf eingetreten werden konnte, abgewiesen.

Bemerkungen und Schlussfolgerungen

In *verfahrensrechtlicher* Hinsicht ist die Tatsache bemerkenswert, dass das Bundesgericht zunächst feststellte, dass die eingereichte Beschwerde appellatorischer Natur sei und deshalb die in Art. 90 OG aufgestellten Anforderungen (Anführung der verfassungsmässigen Rechte und Begründung der geltend gemachten Verletzungen) nicht erfülle und trotzdem nicht entschied, dass mangels Vorliegens einer Prozessvoraussetzung nicht auf die Beschwerde eingetreten werde, sondern zunächst festhielt, dass die Beschwerde auch dann abgewiesen werden müsste, wenn darauf eingetreten werden könnte, und sodann eine materielle Prüfung vornahm.

Aus rechtspolitischen Gründen mag es zwar zu begrüssen und für den Beschwerdeführer im Einzelfall tröstlich sein, wenn das Bundesgericht diesem aufzeigt, dass seine verfahrensmässigen Fehler keine Auswirkungen auf das Ergebnis seiner Beschwerde hatten, indem es ihm vor Augen führt, dass das Gericht die staatsrechtliche Beschwerde auch dann abgewiesen hätte, wenn diese korrekt abgefasst worden wäre. Aus rechtlicher Sicht ist jedoch das Vorgehen des Bundesgerichts problematisch. Entweder sind die Prozessvoraussetzungen gegeben und dann ist auf die Beschwerde einzutreten, oder die Prozessvoraussetzungen fehlen und eine Beschwerde kann nicht behandelt werden³⁴. Wenn das Gericht dennoch nicht auf materielle Ausführungen verzichten will, so wäre es verfahrensrechtlich verträglicher, wenn auch immer noch nicht ganz korrekt, es liesse die Eintretensfrage offen mit der Bemerkung, die Beschwerde sei aus (den folgenden) materielle rechtlichen Gründen ohnehin abzuweisen.

Bezüglich der *materiellen Frage*, wie die Schuldzinsen bei der Ermittlung des Nettobeteiligungsertrags im Allgemeinen und bei Banken im Besonderen zu behandeln sind, kam das Bundesgericht zum Ergebnis, dass im zu entscheidenden Fall nur die proportionale Verteilung im

34 Man stelle sich vor, das Bundesgericht würde seinen hier gewählten verfahrensrechtlichen Ansatz auch im umgekehrten Fall anwenden und auch zu jenen staatsrechtlichen Beschwerden materiell Stellung beziehen, die gutgeheissen würden, wenn die von Art. 90 OG gestellten Anforderungen erfüllt wären! Ein solcher Entscheid wäre dann für die beschwerdeführende Person alles andere als tröstlich und würde wohl Anlass zu einem Haftpflichtprozess gegen einen allfälligen Steuervertreter geben.

Verhältnis des Buchwertes der Beteiligungen zu den Gesamtaktiven korrekt sei. Allerdings hat es die für Banken geltende Praxis, wonach ein Drittel der Schuldzinsen vorweg mit den Aktivzinsen verrechnet werden kann, nicht beanstandet.

Für die Folgen, die sich aus diesem Urteil für die Praxis ergeben, ist von grosser Bedeutung, dass das Bundesgericht hier das Ergebnis der Vorinstanz (Verwaltungsgericht des Kantons Genf) nur im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde als mit dem Gebot der Rechtsgleichheit in Übereinstimmung stehend und als nicht willkürlich qualifiziert hat. Damit wurde nicht ausgeschlossen, dass auch andere Methoden grundsätzlich möglich wären. Im Gegenteil: Das Gericht hat ausgeführt, dass der Text der kantonalen Norm zur Ermittlung des Nettobeteiligungsertrags, der mit Art. 70 Abs. 1 DBG und Art. 28 Abs. 1 StHG übereinstimmt, unklar sei und diese nicht anordne, wie die Beziehung der Schuldzinsen zu den einzelnen Erträgen, wozu auch die Beteiligungserträge gehören, hergestellt werden müsse (E 1.4). Diese Sichtweise wird bei der Willkürprüfung bestätigt, wo das Bundesgericht ausführt, auch andere Methoden seien vorstellbar, aber im konkreten Fall erweise sich die proportionale Verlegung nach Massgabe der Buchwerte als nicht willkürlich (E 2.1).

Dieses Urteil des Bundesgerichts hat also über den Einzelfall hinaus eine erhebliche Bedeutung und eröffnet sowohl für Gesellschaften mit massgeblichen Beteiligungen als auch für die Steuerbehörden die Möglichkeit, aufgrund der sowohl in Art. 28 Abs. 1 StHG als auch in Art. 70 Abs. 1 DBG enthaltenen Wendung «des darauf entfallenden Finanzierungsaufwandes» von der proportionalen Aufteilung nach dem Verhältnis des Buchwerts der Beteiligungen zu den Gesamtaktiven abzuweichen. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise solche Abweichungen zulässig bzw. geboten sind, hatte das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil aufgrund seiner eingeschränkten Kognition bei der staatsrechtlichen Beschwerde nicht zu entscheiden.

Zwei Leitplanken sind jedoch dem Urteil zu entnehmen. Einerseits muss den Ausführungen zur Frage des kantonalen Freiraums während des Übergangszeitraums für die Anpassung der kantonalen Gesetze an das StHG (E 2.1, ganz am Schluss) wohl der Umkehrschluss entnommen werden, dass das Gericht heute auch hier in Verkennung des Grundgedankens der Steuerharmonisierung³⁵ dem vertikalen Aspekt der Harmonisierung absolute Priorität einräumen und die für das DBG anzuwendende Methode – über die es noch nicht entschieden hat

– auch für das kantonale Recht als verbindlich erklären will. Andererseits misst das Gericht den aufsichtsrechtlichen Vorschriften über die Eigenmittelvorschriften keinerlei Bedeutung zu. Anderenfalls hätte es im zu entscheidenden Fall einer Bank nicht ausser Acht lassen können, dass dort aufgrund zwingender rechtlicher Vorgaben der Buchwert der Beteiligungen an im Bank- und Finanzbereich tätigen Unternehmen direkt von den eigenen Mitteln abzuziehen ist und somit ausschliesslich eigenfinanziert sein muss³⁶. Diese aufsichtsrechtlichen Vorgaben schiebt das Bundesgericht mit der Bemerkung beiseite, dass sie nicht zum Ziel hätten, gewisse Mittel der Finanzierung gewisser Aktiven zuzuweisen (E 1.5). Die aufsichtsrechtlichen Vorschriften vermöchten nicht das Prinzip zu modifizieren, wonach die Unternehmung als Einheit zu betrachten sei und dass die Summe der Passiven zur Finanzierung der Aktiven diene. Diese – zwar zutreffende, aber dem Problem der sachgerechten Zuweisung des Finanzierungsaufwands nicht gerecht werdende – Betrachtungsweise steht im Widerspruch zu den erwähnten Ausführungen des Gerichts, wonach auch andere Methoden als die proportionale Aufteilung der Schuldzinsen zulässig sind. Würde der hier vom Bundesgericht angerufene Grundsatz konsequent angewendet, hätte das Gericht auch die bei Banken übliche Verrechnung eines Drittels der Passivzinsen mit den Aktivzinsen nicht tolerieren dürfen.

Das Problem der richtigen Verlegung der Schuldzinsen ist komplex. Dies hat auch die ESTV erkannt, indem sie im einschlägigen Kreisschreiben³⁷ ausführt, dass der Finanzierungsaufwand «grundsätzlich» proportional im Verhältnis der Gewinnsteuerwerte umzulegen sei. Diese Verwaltungsanweisung, aber auch gewisse Passagen im hier besprochenen Urteil öffnen das Feld für andere Methoden, die dann Anwendung finden können und sollen, wenn die der proportionalen Methode nach Massgabe der Gewinnsteuerwerte zugrunde liegenden Prämissen, wonach einerseits diese Gewinnsteuerwerte die Kreditaufnahmekapazität der Unternehmung korrekt reflektieren und andererseits der Verschuldungsgrad sämtlicher Aktiven identisch ist, im Einzelfall nicht zutreffend sind und deshalb die Standardmethode nicht zu einem sachgemässen Ergebnis führt.

Die Praxis ist aufgerufen, hier adäquate Lösungen zu finden und dabei auch dem internationalen Trend nach objektmässiger Zuteilung der Finanzierungskosten Rech-

35 Vgl. dazu REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2005 (1. Teil), 224.

36 Vgl. Art. 11d lit. a und b Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung) (vom 17.5.1972), SR 952.02.

37 KS der ESTV – Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 auf die Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 9.7.1998) Ziff. 2.6.2.

nung zu tragen. In diesem Zusammenhang könnte auch überdacht werden, ob die auf sehr pauschalen Annahmen beruhende Praxis der Verrechnung eines Drittels der Passivzinsen mit den Aktivzinsen bei Banken noch adäquat ist. Die im vorliegenden Urteil richtigerweise vorgenommene Auslegung der in Art. 28 Abs. 1 StHG und Art. 70 Abs. 1 DBG enthaltenen Wendung «des darauf entfallenden Finanzierungsaufwandes» öffnet die Türe zu diesem Vorgehen.

Literatur

- LOCHER PETER, Einkommenssteuerliche Behandlung von Wohnrechten, Nutzniessungen und obligatorischen Nutzungsrechten im privaten Bereich, ZStP 2006, 1 ff.
- Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1 - 48 DBG, Therwil/Basel 2001
- OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 2. A., Basel/Frankfurt a. M. 2002
- OEHLI MARKUS, Die gemischte Schenkung im Steuerrecht, Zürich 2000
- REICH MARKUS, Art. 18 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel/Genf/München 2000
- REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2005 (1. Teil), FStR 2006, 222 ff.
- RICHNER FELIX/FREI WALTER, Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Zürich 1996
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003
- SIEBER OTMAR, Ungereimtheiten bei der Besteuerung von Wohn- und Nutzniessungsrechten, ST 2002, 97 ff.
- SIMONEK MADELEINE, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002: Direkte Bundessteuer, ASA 73 (2004/05), 1 ff.
- STADELMANN THOMAS, Grundstückveräußerung mit gleichzeitiger Begründung eines Nutzungsrechtes, Jusletter vom 25.11.2002
- ZWAHLEN BERNHARD, Art. 21 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Basel/Genf/München 2000