

AUSLANDANLEIHEN MIT GARANTIE DER INLÄNDISCHEN MUTTERGESELLSCHAFT

Flexibilisierung der zulässigen Mittelverwendung im Inland

Die ESTV hat am 5. Februar 2019 eine Praxismitteilung gemacht, in welcher die Verwaltungspraxis bzgl. der zulässigen Mittelrückführung bei inländisch garantierten Auslandsanleihen gelockert wird. Neu dürfen Mittel bis zur Summe des kumulierten Eigenkapitals der ausländischen Konzerngesellschaften in die Schweiz weitergeleitet werden. Zudem können Mittel, welche von der Schweiz als Darlehen an ausländische Konzerngesellschaften weitergeben werden, in Abzug gebracht werden.

1. EINLEITUNG

Eine von einer ausländischen Gruppengesellschaft ausgegebene Anleiheobligation (Bond) wird gemäss Praxis der ESTV unter gewissen Voraussetzungen in eine der Verrechnungssteuer unterliegende inländische Emission umqualifiziert. Dies ist dann der Fall, wenn
→ die Anleihe durch eine inländische Gruppengesellschaft garantiert oder besichert wird und → eine schädliche Mittelverwendung im Inland vorliegt.

Die Verwaltungspraxis zur zweiten Voraussetzung, der schädlichen Mittelverwendung im Inland, wurde bereits am 1. April 2017 gelockert. Während bis dahin jegliche Mittelverwendung im Inland schädlich war und die Umqualifikation der Anleihe zur Folge hatte, ist seither eine Mittelverwendung bis zum (per Ende Geschäftsjahr ermittelten) Eigenkapital der Emittentin zulässig[1]. Diese Flexibilisierung hat zwar im Bereich der syndizierten Kreditfazilitäten erhebliche Verbesserungen gebracht. Für in der Schweiz ansässige Konzerne, welche Anleihen auf dem internationalen Kapitalmarkt emittierten, brachte diese Praxisänderung aber noch relativ wenig Vorteile. Der Grund dafür war der Umstand, dass die ausländischen Finanzierungsvehikel von Anleihen in aller Regel über ein sehr geringes Eigenkapital verfügten.



STEFAN OESTERHELT,
RECHTSANWALT,
DIPL. STEUEREXPERTE,
LL.M., PARTNER,
HOMBURGER

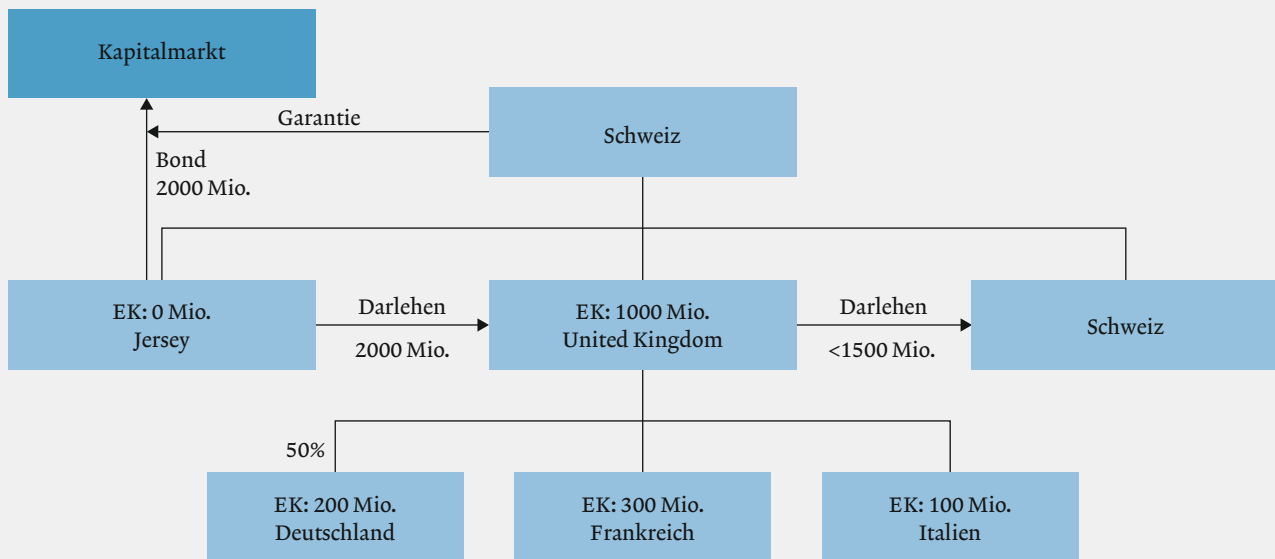
Für in der Schweiz ansässige international tätige Konzerne hat sich die Ausgangslage mit der Praxismitteilung vom 5. Februar 2019 entscheidend verbessert.

2. BEGRIFF DER MITTELVERWENDUNG

Der Begriff der «Mittelverwendung im Inland» wird in den einschlägigen Praxisfestlegungen der ESTV nicht definiert [2]. In der Verwaltungspraxis wird darunter eine (direkte oder indirekte) Weiterleitung von Mitteln der ausländischen Emittentin mittels Darlehen oder anderweitiger Forderung an die inländische Garantin (oder eine inländische [direkte oder indirekte] Tochtergesellschaft der Garantin) verstanden. Unschädlich ist demgegenüber eine Weitergabe als Eigenkapital (z. B. durch eine Dividende oder durch einen Zuschuss).

Ein Konnex zwischen der Verbindlichkeit der inländischen Gesellschaft und der ausländischen Emittentin ist nicht erforderlich. Ebenfalls unerheblich ist, ob die Verbindlichkeit der inländischen Gesellschaft gegenüber der ausländischen Emittentin (oder einer anderen Gruppengesellschaft, welche ihrerseits eine Verbindlichkeit gegenüber der ausländischen Emittentin hat) bereits vor der Ausgabe der Anleihe bestanden hat. Auch vorbestehende Verbindlichkeiten inländischer Gruppengesellschaften können somit eine schädliche Mittelverwendung darstellen [3].

Die Beschränkung der Mittelverwendung im Inland ist aber nur dann zu beachten, wenn die Auslandsanleihe durch eine inländische Konzerngesellschaft garantiert bzw. anderweitig besichert wird. Dies ist bei einer Downstream-Garantie (Garantie der direkten oder indirekten Muttergesellschaft der Emittentin) regelmässig der Fall. Wenn die Auslandsanleihe hingegen durch eine auf die ausschüttbaren Mittel der inländischen Garantin beschränkte sogenannte *Upstream-* oder *Crossstream-*Garantie besichert wird, ist regelmässig keine Beschränkung der Mittelverwendung zu beachten [4].

Abbildung 1: **EIGENKAPITALTEST GEMÄSS PRAXIS VOM 5. FEBRUAR 2019**

Das kumulierte Eigenkapital der ausländischen Tochtergesellschaften beträgt CHF 1,5 Mrd. (bei der 50%-Tochter in Deutschland werden bloss CHF 100 Mio. berücksich-

tigt). Somit dürfen bis CHF 1,5 Mrd. Mittel als Darlehen an inländische Gruppengesellschaften weitergegeben werden.

3. SAFE HARBOUR RULE GEMÄSS PRAXIS VOM 5. FEBRUAR 2019

3.1 Eigenkapitaltest. Gemäss Praxisfestlegung vom 5. Februar 2019 ist eine Mittelverwendung im Inland so lange nicht schädlich, wie das Eigenkapital sämtlicher ausländischer Gruppengesellschaften nicht überschritten wird. Bei diesem Test wird nicht etwa auf das konsolidierte Eigenkapital der ausländischen Gruppengesellschaften abgestellt. Vielmehr wird das Eigenkapital sämtlicher ausländischer Gruppengesellschaften addiert.

Zu berücksichtigen sind sämtliche voll- oder teilkonsolidierungspflichtigen ausländischen Gruppengesellschaften. Somit sind selbst Beteiligungen von 20% mitzuberechnen. Ist das Beteiligungsverhältnis kleiner als 100%, so ist das Eigenkapital bloss im Rahmen der entsprechenden Beteiligungsquote zu berücksichtigen. Bei Banken und Versicherungen ist auch das den Betriebsstätten zugewiesene Kapital zu berücksichtigen, wenn es sich um regulierte Institute handelt und es im jeweiligen Betriebsstättenstaat eine anerkannte Aufsicht gibt.

Wie bereits bei der Praxisänderung vom 1. April 2017 ist eine Betrachtung per Ende des Geschäftsjahrs vorzunehmen [5]. Entscheidend ist, dass die Mittelverwendung im Inland das Eigenkapital der ausländischen Gruppengesellschaften per Ende des Geschäftsjahrs der Konzernobergesellschaft nicht übersteigt.

Auch hier steht die Anwendung des Stichtagsprinzips unter dem Vorbehalt der Steuerumgehung. Kommt es während der Laufzeit der Anleihe regelmässig zu einer Mittelverwendung in der Schweiz und werden diese jeweils bloss vor Bilanzstichtag bis zum Eigenkapital der ausländischen Emittentin verringert, liegt – trotz Stichtagsprinzip – eine schädliche

Mittelverwendung vor, welche zu einer Umqualifikation der Anleihe in eine Inlandemission führen würde. Dasselbe muss gelten, wenn das Eigenkapital jeweils kurz vor Bilanzstichtag erhöht und danach gleich wieder verringert würde.

3.2 Nettoprinzip. Bis zum 5. Februar 2019 war eine Weiterleitung an eine inländische Gesellschaft selbst dann schädlich, wenn diese die Mittel im gleichen Umfang wieder an die ausländische Gruppengesellschaft weiterleitete. Auch wenn der Autor die Anwendung des Nettoprinzips bereits unter geltendem Recht gefordert hat, wurde dies bislang von der ESTV abgelehnt [6].

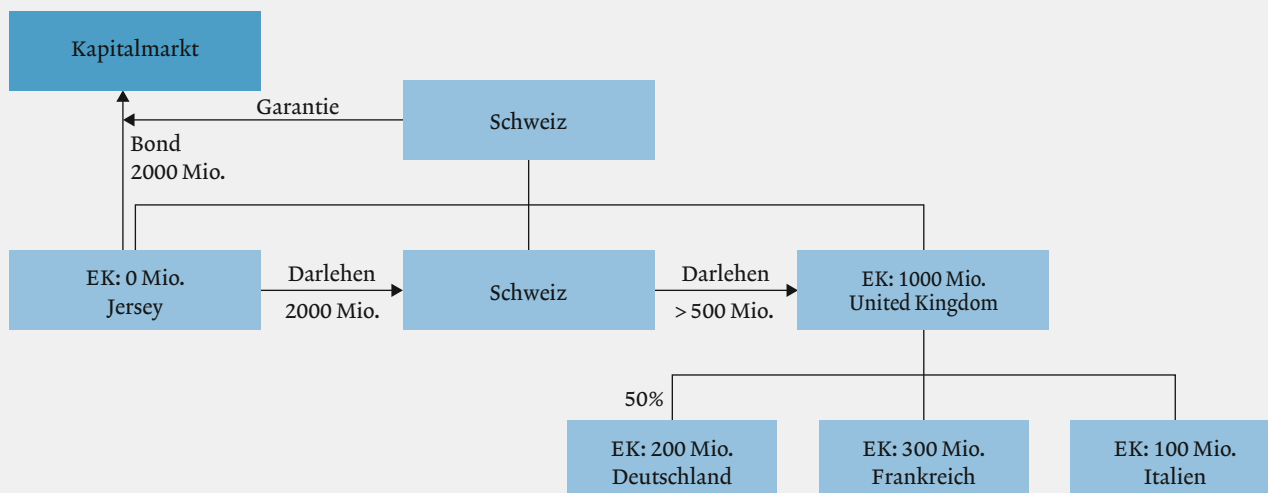
Gemäss der Praxismitteilung vom 5. Februar 2019 ist eine solche Nettobetrachtung neu zulässig. Ein potenziell schädlicher Mittelrückfluss in die Schweiz liegt bloss in dem Umfang vor, in dem die Mittel nicht in Form von Fremdkapital an ausländische Gesellschaften weitergeleitet werden. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung über sämtliche Gruppengesellschaften hinweg vorzunehmen.

Dieses Prinzip wird in der Praxismitteilung vom 5. Februar 2019 als sogenannte «Verrechnungsvariante» bezeichnet. Diese Bezeichnung ist etwas irreführend. Eine Gesellschaft muss sich nämlich nicht zwischen der Verrechnungsvariante und der «Eigenkapitalvariante» entscheiden. Vielmehr wird die Frage, ob eine schädliche Mittelverwendung im Inland vorliegt, unter Anwendung einer Kombination von Nettoprinzip (Verrechnungsvariante) und Eigenkapitaltest beurteilt.

4. RULING

Will eine Gesellschaft von der Eigenkapital- und/oder der Verrechnungsvariante Gebrauch machen, hat sie gemäss Pra-

Abbildung 2: NETTOPRINZIP GEMÄSS PRAXIS VOM 5. FEBRUAR 2019



Das kumulierte Eigenkapital der ausländischen Tochtergesellschaften beträgt CHF 1,5 Mrd. (bei der 50%-Tochter in Deutschland werden bloss CHF 100 Mio. berücksichtigt). Somit dürfen netto bis CHF 1,5 Mrd. Mittel als Darlehen an inländische Gruppengesellschaften weiterge-

ben werden. Der Umstand, dass CHF 2 Mrd. an die inländische Tochtergesellschaft weitergeleitet werden, ist unschädlich, wenn mindestens CHF 500 Mio. an ausländische Gruppengesellschaften weitergeleitet werden.

xismitteilung vom 5. Februar 2019 einen Antrag im Rahmen eines Steuervorabbescheids (Ruling) der ESTV zur Genehmigung zu unterbreiten und die Anforderungen an das Revisionskonzept der gewählten Variante festzulegen.

Diese Formulierung kann Anlass zu Missverständnissen geben. Das Einholen eines Steuervorabbescheids (Ruling) ist selbstverständlich keine Voraussetzung, um von den in der

rufung auf den Vertrauensschutz gegenüber einer Umqualifikation in eine der Verrechnungssteuer unterstehende, inländische Anleihe zur Wehr setzen. Die ESTV kann bei vollständiger Darlegung des Sachverhalts eine Umqualifikation in eine inländische Anleihe auch nicht unter dem Titel der Steuerumgehung vornehmen [8]. Dies gilt selbst dann, wenn die ESTV während der Laufzeit einer Anleihe ihre Praxis ändern sollte. Ein Ruling schützt dagegen nicht vor künftigen Rechtsänderungen.

«Eine Anleihe kann nur dann auf dem internationalen Kapitalmarkt platziert werden, wenn der Coupon nicht der Verrechnungssteuer unterliegt.»

Praxisfestlegung vom 5. Februar 2019 dargelegten Grundsätzen Gebrauch zu machen [7]. Eine solche Praxis würde nämlich mit der verfassungsmässig garantierten Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) kaum zu vereinbaren sein. Holt die Gesellschaft aber nicht vorgängig ein Ruling ein, trägt sie das Risiko, dass ihr der Nachweis nicht gelingt, dass die (Netto-)Mittelverwendung im Inland das kumulierte Eigenkapital der Auslandgesellschaften nicht übersteigt. Der Kapitalmarkt wird daher in aller Regel darauf bestehen, dass die Gesellschaft aus Gründen der Rechtssicherheit vorgängig ein Ruling einholt – zumal mit Bezug auf die Ermittlung des Eigenkapitals der ausländischen Gruppengesellschaft durchaus Interpretationsspielraum besteht.

Holt die Gesellschaft vorgängig ein Ruling ein und wird der Sachverhalt korrekt dargestellt, so kann sie sich unter Be-

5. KONSEQUENZEN EINER VERLETZUNG DER SAFE HARBOUR RULE

Übersteigt die Mittelverwendung in der Schweiz per Ende Geschäftsjahr den Betrag, welcher in Anwendung von Eigenkapitaltest und Nettoprinzip zulässig wäre, wird die gesamte ausländische Anleihe in eine inländische Anleihe umqualifiziert, und Zinszahlungen unterliegen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG der Verrechnungssteuer [9]. Führt eine übermässige Mittelverwendung im Inland dazu, dass eine Auslandemission in eine der Verrechnungssteuer unterstellte Inlandemission umqualifiziert wird, behält die Anleihe diese Qualifikation während ihrer gesamten Laufzeit. Dies gilt auch dann, wenn die Mittelverwendung im Inland noch während der Laufzeit der Anleihe beendet wird. Es gilt weiterhin der Grundsatz «einmal Inlandemission, immer Inlandemission» [10]. Hat eine Gruppe mehrere garantierte Anleihen ausstehend, stellt sich die Frage, ob bei einer Verletzung der Safe Harbour Rule automatisch alle Anleihen umqualifiziert werden oder ob die Umqualifikation auf einzelne Anleihen beschränkt bleibt (siehe *Abbildung 3*).

Die Beschränkungen betreffend Mittelverwendung in der Schweiz sind im Übrigen nicht bloss mit Bezug auf Kapital-

Abbildung 3: **UMQUALIFIKATION VON ANLEIHEN**

Ein Konzern hat im Jahr 2018 einen 10y-Bond von CHF 2 Mrd. mit einem Coupon von 3% und im Jahr 2019 einen 5y-Bond von CHF 1 Mrd. mit einem Coupon von 2,5% emittiert. Das kumulierte EK aller Tochtergesellschaften per 31.12. 2019 beträgt CHF 1,5 Mrd. Die Nettomittelverwendung im Inland aus den beiden Bonds beträgt per 31.12. 2019 CHF 1,7 Mrd.

Richtigerweise sollte dies in casu dazu führen, dass bloss einer der beiden Bonds umqualifiziert wird. Sobald dieser Bond umqualifiziert wird, wird die Safe Harbour Rule wieder eingehalten. Dabei sollte dem Konzern ein Wahlrecht eingeräumt werden, welchen der beiden Bonds er in eine der Verrechnungssteuer unterstehende Anleiheobligation umqualifizieren will. In casu dürfte dies der 5y-Bond über CHF 1 Mrd. sein. Die Praxis der ESTV in dieser Frage ist aber noch nicht ganz klar.

marktinstrumente (Bonds) anzuwenden, sondern u. U. auch mit Bezug auf durch eine im Inland ansässige Muttergesellschaft garantierte Kreditverträge, welche an mehr als 10 bzw. 20 Nicht-Banken-Darlehensgeber syndiziert sind und somit in verrechnungssteuerlicher Hinsicht als Anleiheobligationen bzw. Kassenobligationen i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG zu qualifizieren sind [11].

6. AUSWIRKUNGEN DER PRAXISÄNDERUNG AUF ART. 14 A ABS. 3 VSTV

Gemäss Art. 14 a Abs. 1 VStV gelten zwischen Konzerngesellschaften bestehende Guthaben weder als Obligationen i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG noch als Kundenguthaben i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG (Konzernprivileg). Art. 14 a Abs. 3 VStV besagt, dass dieses Konzernprivileg von Art. 14 a Abs. 1 VStV nicht anwendbar ist, wenn eine inländische Konzerngesellschaft eine Obligation einer ausländischen Konzerngesellschaft garantiert (Art. 14 a Abs. 3 lit. a VStV) und die von der ausländischen Konzerngesellschaft an die inländische Konzerngesellschaft weitergeleiteten Mittel per Bilanzstichtag den Umfang des Eigenkapitals der ausländischen Konzerngesellschaft übersteigen (Art. 14 a Abs. 3 lit. b VStV).

Die Ergänzung von Art. 14 a Abs. 3 VStV um die oben erwähnte zweite Voraussetzung (Art. 14 a Abs. 3 lit. b VStV) per 1. April 2017 nahm die ESTV zum Anlass, ihre Praxis zu garantierten Auslandsanleihen zu lockern [12]. Mit der Änderung vom 1. April 2017 verlor Art. 14 a Abs. 3 VStV aber seinen Anwendungsbereich und hätte deshalb gleich ganz gestrichen werden können. Bewegte sich die inländische Mittelverwendung einer garantierten Auslandsanleihe nämlich im Rahmen von Art. 14 a Abs. 3 lit. b VStV, so war die Ausnahme nicht anwendbar. Verstösst eine garantierte Auslandsanleihe gegen die Vorgaben von Art. 14 a Abs. 3 lit. b VStV (seit dem 5. Februar 2019 gemäss neuer Praxisfestlegung), so wird sie in eine der Verrechnungssteuer unterstehende inländische Anleihe umqualifiziert, was zur Konsequenz hat, dass Art. 14 a

Abs. 3 VStV nicht anzuwenden ist [13]. Insofern hat Art. 14 a Abs. 3 VStV in keinem Fall einen (direkten) Anwendungsbereich. Die Praxisfestlegung vom 5. Februar 2019 betrifft somit, entgegen ihrem Titel, welcher von einer Präzisierung zu Art. 14 a Abs. 3 VStV spricht, nicht den Anwendungsbereich von Art. 14 a VStV (Konzerninnenfinanzierung), sondern ist letztlich eine Praxispräzisierung zur Verwaltungspraxis [14] betreffend garantierte Auslandsanleihen (Aussenfinanzierung).

7. FAZIT

Eine Anleihe kann nur dann auf dem internationalen Kapitalmarkt platziert werden, wenn der Coupon nicht der Verrechnungssteuer unterliegt. Da insbesondere die grösseren Konzerne der Schweiz darauf angewiesen sind, ihre Anleihen auch auf dem internationalen Kapitalmarkt platzieren zu können, ist die Möglichkeit zur Emission von Auslandsanleihen absolut zentral. Die Praxismitteilung vom 5. Februar 2019 bringt für schweizerische Konzerne mit ausländischen Tochtergesellschaften die seit Langem erhoffte Flexibilisierung betreffend Mittelverwendung in der Schweiz. Die Flexibilisierung der Praxis zur Mittelverwendung ist aber nicht bloss aus machiavellistischen Gründen zu begrüssen. Die Praxis zur Umqualifikation einer Auslandsanleihe ist näm-

lich ein Anwendungsfall der Steuerumgehung. Wenn die ESTV nun den Konzernen zugesteht, dass bis zur Höhe des ausländischen Eigenkapitals nicht von einer Steuerumgehung auszugehen ist, so erscheint dies als durchaus sachgerecht. Dasselbe gilt für die (m. E. längst überfällige [15]) Anwendung des Nettoprinzips.

Leider ist die Praxismitteilung m. E. teilweise etwas missverständlich formuliert. Insbesondere die Bezugnahme auf Art. 14 a Abs. 3 VStV ist verfehlt, da ja die Praxismitteilung die

Aussenfinanzierung des Konzerns und nicht die Innenfinanzierung (Konzernprivileg) betrifft. Auch die Ausführungen zum Ruling sind etwas gar apodiktisch ausgefallen. Selbstverständlich statuiert die ESTV hier keine Pflicht zur Einholung eines Ruling, was im Lichte der rechtsgleichen Behandlung auch höchst problematisch wäre. Das Resultat, welches die ESTV mit der Praxismitteilung vom 5. Februar 2019 erzielt, ist aber ausserordentlich positiv zu würdigen. ■

Anmerkungen: 1) Vgl. hierzu eingehend Oesterhelt, S. Erleichterung bei der Konzernfinanzierung, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff. 2) Vgl. ESTV vom 29.10.1986, in: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 2, Art. 4 Abs. 1 lit. a Nr. 19 sowie ESTV vom 21.2.1980, in: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 2, Art. 4 Abs. 1 lit. a Nr. 10; Zirkular Nr. 6746 der Schweizerischen Bankiervereinigung an die Mitgliedbanken vom 29. Juni 1993 betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft. 3) Vgl. Oesterhelt, S., Deiss, A., IFF Seminar zur Unternehmensbesteuerung 2016 vom 23. August 2016, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Finanzierung im Konzern, Folien 34 ff. sowie Oesterhelt, Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff., 623. 4) Vgl. hierzu Oesterhelt, S., Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung – Analyse der neuen Regeln, in: Der Schweizer Treuhänder 2011/9,

756 ff., 759. 5) Vgl. hierzu Oesterhelt S., Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff., 624. 6) Vgl. hierzu das Beispiel bei Oesterhelt, S., Deiss, A., IFF Seminar vom 23. August 2016, Folie 40. 7) So auch Oesterhelt, S., Tschan, D., IFF Seminar vom 20./21. August 2019, Folie 15. 8) Hieran ändert auch die etwas missglückte Formulierung in Erw. 6 des Urteils des Bundesgerichts vom 7. Juni 2019 (2C_1114/2018) nichts. Das Bundesgericht wollte nämlich nicht etwa zum Ausdruck bringen, dass ein Ruling keinen Schutz vor einer Umqualifikation unter dem Titel der Steuerumgehung gewährt. Vielmehr waren im konkreten Fall die Sachverhaltselemente, welche zu einer Qualifikation als Steuerumgehung geführt haben, im konkreten Ruling-Antrag nicht dargestellt worden, weshalb das Ruling mit Bezug auf die Qualifikation als Steuerumgehung naturgemäss keinen Schutz bot. 9) Vgl. Oesterhelt, S., Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff., 623. 10) Vgl.

bereits Oesterhelt, S., Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff., 623. 11) Vgl. ESTV, Kreisschreiben Nr. 47 betreffend Obligationen vom 25. Juli 2019 sowie Oesterhelt, S., Anm. 4, in: Der Schweizer Treuhänder 2011/9, 756 ff. 12) Vgl. dazu eingehend Oesterhelt, S., Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622. 13) Vgl. Oesterhelt, S., Deiss, A., IFF Seminar vom 22./23. August 2017, Folie 14. 14) ESTV vom 29.10.1986, in: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 2, Art. 4 Abs. 1 lit. a Nr. 19 sowie ESTV vom 21.2.1980, in: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 2, Art. 4 Abs. 1 lit. a Nr. 10; Zirkular Nr. 6746 der Schweizerischen Bankiervereinigung an die Mitgliedbanken vom 29. Juni 1993 betreffend Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft. 15) Vgl. bereits Oesterhelt, S., Anm. 1, in: Expert Focus 2017/9, 622 ff., 628.