

Erweiterte internationale Transponierung

Stefan Oesterhelt



*Stefan Oesterhelt, LL.M.,
Rechtsanwalt, dipl. Steuer-
experte, Partner bei
Homburger AG, Zürich*

Unter dem Titel der «internationalen Transponierung» wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss Praxis der ESTV verweigert, wenn eine nicht zur vollständigen Rückerstattung berechnete Person eine inländische Kapitalgesellschaft an eine von derselben Person beherrschte Kapitalgesellschaft gegen Darlehen veräussert oder gegen Nennwert bzw. Kapitaleinlagereserven einbringt. In jüngster Zeit hat die ESTV den Anwendungsbereich der internationalen Transponierung deutlich erweitert, indem diese auch auf gewisse Akquisitionen durch inländische Akquisitionsgesellschaften – welche mit Darlehen bzw. Kapitaleinlagereserven finanziert werden – angewendet wird. Die entsprechenden Fälle werden von der ESTV als sogenannte «erweiterte internationale Transponierung» bezeichnet. Diese Praxisverschärfung ist insbesondere für Investitionen von Private Equity Fonds bedeutsam. Nach Auffassung des Autors sind die Fälle der «erweiterten internationalen Transponierung» aber keine «absonderlichen Gestaltungen» und somit nicht vom Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 VStG erfasst. Richtigerweise sollten diese Fälle nach dem gleichen Massstab wie bei einer in einem DBA-Staat ansässigen Akquisitionsgesellschaft beurteilt werden.

Sous prétexte de «transposition internationale», l'AFC refuse en pratique le remboursement de l'impôt anticipé lorsqu'une personne qui ne bénéficie pas pleinement du droit au remboursement vend contre un prêt ou apporte comme contribution respectivement apport de capital une société de capitaux suisse à une autre société de capitaux suisse contrôlée par la même personne. Récemment, l'AFC a considérablement élargi le champ d'application de la transposition internationale en l'étendant également à certaines acquisitions par des sociétés d'acquisition suisse financées au moyen de prêts ou de réserves d'apport de capital. Les cas en question sont qualifiés par l'AFC de «transposition internationale étendue». Ce durcissement de la pratique revêt en particulier de l'importance pour les investissements des fonds de private equity. Toutefois, l'auteur estime que les cas de «transposition internationale étendue» ne constituent pas des «constructions insolites» et ne relèvent donc pas du champ d'application de l'art. 21 al. 2 LIA. Ces cas devraient plutôt être évalués selon les mêmes critères que pour une société d'acquisition résidant dans un État parti à une CDI.

Inhalt

1	Einleitung	41	4.3	Kritik	45
2	Ausgangslage	41	4.4	Nachträgliche Heilung durch Ausbuchung KER	46
3	Die «klassische» internationale Transponierung	42	5	Weiterveräußerung nach erweiterter internationaler Transponierung	47
3.1	Verkauf an selbstbeherrschte Gesellschaft	42	6	Kontext zur Praxis der ESTV bei Akquisitionen durch Private-Equity-Fonds	48
3.2	Einbringung gegen AK/KER in selbstbeherrschte Gesellschaft	43	7	Exkurs: Transponierung iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG	49
3.3	Verkauf an ausländische Gesellschaft	43	8	Fazit	49
4	Die «erweiterte» internationale Transponierung	44		Literatur	50
4.1	Sacheinlage gegen KER im Hinblick auf spätere Veräußerung	44		Praxisanweisungen	50
4.2	Verkauf an eine inländische Akquisitionsgesellschaft	45			

1 Einleitung

Die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der sogenannten «internationalen Transponierung» wurde in der Literatur zwar immer wieder kritisiert,¹ kann aber auf eine lange Tradition zurückblicken² und dürfte deshalb zumindest das fachkundige Publikum nicht mehr wirklich erstaunen.³ Anders verhält es sich mit den hier zu behandelnden Akquisitionsstrukturen, welche erst vor kurzem auf den Radar der ESTV gekommen sind und unter den Begriff der «erweiterten internationalen Transponierung» gefasst werden.⁴ Da bei

diesen Konstellationen eine Gesellschaft von einem zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer Berechtigten erworben wird, dürfte die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer selbst bei fachkundigen Beratern – vorsichtig ausgedrückt – zumindest Irritationen ausgelöst haben.

2 Ausgangslage

Mit der Altreservenpraxis, der Praxis der stellvertretenden Liquidation sowie der internationalen Transponierung hat die ESTV ein Abwehrdispositiv aufgebaut, um gewisse Formen der rechtsmissbräuchlichen Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu bekämpfen.⁵ Gemeinsam ist allen diesen Tatbeständen, dass die Rückerstattungsposition durch Umstrukturierung oder Dritttransaktion (Verkauf) verbessert wird.

Während Altreservenpraxis sowie stellvertretende Liquidation sowohl auf Dritttransaktionen wie auch auf Umstrukturierungen Anwendung finden, war die internationale Transponierung – zumindest nach bisherigem («klassischen») Verständnis – auf Umstrukturierungen (inkl. Verkauf an sich selbst) beschränkt. Echte Dritttransaktionen fielen nach bisherigem Verständnis nicht in

1 So z. B. von BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, 275 ff.; BAUER-BALMELLI, Art. 21 VStG N 38 ff.; BRÖNIMANN, Internationale Transponierung, 562 ff.; OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 111 ff.

2 Vgl. bereits ESTV 6.3.1970, publiziert in: ASA 39 (1970/1971), 114 ff.; BGer 30.4.1971, publiziert in: ASA 40 (1971/1972), 512 ff.; BGer 3.10.1980, publiziert in: ASA 50 (1981/1982), 145 ff.; BGer 11.12.1981, publiziert in: ASA 50 (1981/1982), 583 ff. Teilweise wurde die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auch unter dem Titel «Superholding» verweigert (vgl. ESTV 7.12.1979, VITALI/BAUER-BALMELLI/HOCHREUTENER/KÜPFER, Die Praxis der Bundessteuern, Art. 21 Abs. 2 VStG Nr. 11; REICH/DUSS, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, 644 f.).

3 Unklarheiten bestanden aber bereits bisher teilweise im Hinblick auf den konkreten Anwendungsbereich der internationalen Transponierung, beispielsweise zur Frage, ob die internationale Transponierung nur unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG (d. h. für Rückerstattungen der Verrechnungssteuer im nationalen Verhältnis) oder auch unter dem Titel des (ungeschriebenen) Abkommensmissbrauchs (und somit auch für Rückerstattungen der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis) anzuwenden ist. Ebenfalls war lange Zeit nicht klar, ob bei einer internationalen Transponierung die Rückerstattung vollständig oder nur bis zur Residualsteuer zu verweigern sei (zur alten, strengen Praxis vgl. etwa noch BGer 30.4.1971, publiziert in: ASA 40 [1971/1972], 512 ff.).

4 Die Rechtsfigur der «erweiterten internationalen Transponierung» wurde soweit ersichtlich erstmals am internationalen

Steuerseminar 2019 vom 19./20.11.2019 im Referat zu den aktuellen Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer von OESTERHELT und OPPLIGER präsentiert (vgl. OESTERHELT/OPPLIGER, Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer), welches die Basis für diesen Beitrag bildet.

5 Vgl. hierzu eingehend OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 99 ff.

den Anwendungsbereich der internationalen Transponierung⁶. Dies ändert sich nunmehr mit der hier dargestellten «erweiterten» internationalen Transponierung.

Im Gegensatz zur Altreservenpraxis sowie der stellvertretenden Liquidation, bei welcher die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sowohl im nationalen Verhältnis (gestützt auf Art. 21 Abs. 2 VStG) wie auch im internationalen Verhältnis (gestützt auf den jedem DBA inhärenten Abkommensmissbrauch) verweigert werden kann, ist die Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel der internationalen Transponierung auf das nationale Verhältnis (und somit auf Art. 21 Abs. 2 VStG) beschränkt.

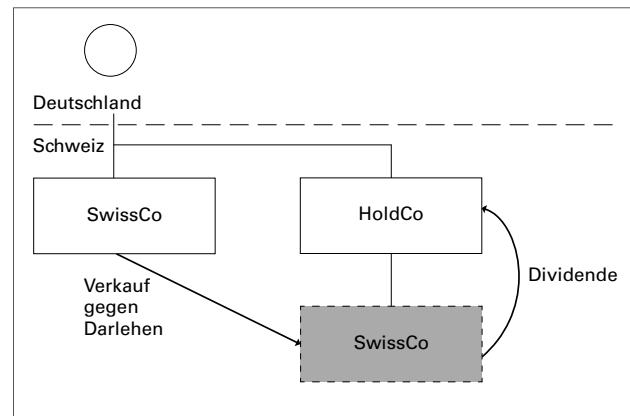
3 Die «klassische» internationale Transponierung

3.1 Verkauf an selbstbeherrschte Gesellschaft

Eine internationale Transponierung (nach bisherigem «klassischen» Verständnis) liegt immer dann vor, wenn bislang einer residualen Verrechnungssteuer unterworfenen Reserven durch einen Verkauf an eine selbstbeherrschte Gesellschaft als Rückzahlung eines Darlehens verrechnungssteuerfrei an den bisherigen Eigentümer der inländischen Beteiligung ausgeschüttet werden können.⁷ Die entsprechenden Tatbestände sind der Transponierung für Einkommenssteuerzwecke iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG nachempfunden.

Beispiel 1: Eine in Deutschland ansässige natürliche Person veräussert ihre vorher direkt gehaltene inländische Gesellschaft SwissCo, die über Aktienkapital/Reserven aus Kapitaleinlagen (nachfolgend AK/KER) in Höhe von Fr. 1 Mio. verfügt, gegen Darlehen zum Verkehrswert von Fr. 20 Mio. an eine von derselben Person gehaltene inländische Gesellschaft HoldCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.). Im Zeitpunkt der Veräusserung sind bei der SwissCo Altreserven (d. h. handelsrechtlich ausschüttbare, nicht betriebsnotwendige Mittel) im Umfang von Fr. 2 Mio. vorhanden.

Grafik 1: Verkauf einer inländischen Gesellschaft gegen Darlehen an eine inländische Gesellschaft durch einen Ausländer



Der im Beispiel 1 beschriebene Vorgang wird von der ESTV praxisgemäss als «internationale Transponierung» qualifiziert. Durch den Verkauf der SwissCo an die HoldCo gegen Darlehen wird im Umfang von Fr. 19 Mio. Substrat geschaffen, welches vorher mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % belastet war⁸ und neu verrechnungssteuerfrei an die in Deutschland ansässige natürliche Person zurückgeführt werden kann. Somit wird potenzielles Verrechnungssteuersubstrat im Umfang von Fr. 2.85 Mio. (d. h. 15 % von Fr. 19 Mio.⁹) vernichtet. Dieser Vorgang wird von der ESTV als Steuerumgehung iSv Art. 21 Abs. 2 VStG beurteilt. Auf künftigen Ausschüttungen der SwissCo an die HoldCo werden somit für die Verrechnungssteuer im Umfang von Fr. 2.85 Mio. das Meldeverfahren sowie die Rückerstattung verweigert.¹⁰ Eine Beschränkung auf die im Übertragungszeitpunkt vorhandenen Altreserven von Fr. 2 Mio. (d. h.

⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D.

⁹ Hier liegt im konkreten Fall eine internationale Transponierung im Umfang von Fr. 19 Mio. vor, da AK/KER von HoldCo gleich hoch ist wie AK/KER von SwissCo und deshalb im Umfang des Darlehens von Fr. 19 Mio. Verrechnungssteuersubstrat in den verrechnungssteuerfreien Raum «transponiert» wird. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass HoldCo im Umfang von Fr. 21 Mio. Mittel verrechnungssteuerfrei ins Ausland abführen kann und bisher bloss AK/KER von Fr. 1 Mio. bei SwissCo vorhanden waren. Da der Verkehrswert von SwissCo im Zeitpunkt der Transponierung aber bloss Fr. 20 Mio. betrug (und somit bei einer potentiellen Liquidation im Zeitpunkt der Umstrukturierung die Verrechnungssteuer auf Fr. 19 Mio. [Fr. 20 Mio. abzüglich AK/KER von Fr. 1 Mio.] erhoben würde), wird die Differenz von Fr. 1 Mio. im Zeitpunkt der Umstrukturierung nicht «transponiert».

¹⁰ Nach alter Praxis wurde die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sogar vollumfänglich verweigert (d. h. im Umfang von Fr. 6.65 Mio. [35 % von Fr. 19 Mio.]; vgl. BGer 30.4.1971, publiziert in: ASA 40 [1971/1972], 512 ff.), was aber im Lichte der Voraussetzung der «effektiven Steuerersparnis» nicht gerechtfertigt war und deshalb von der ESTV auch schon vor einiger Zeit aufgegeben wurde (vgl. OESTERHELT/STEFFEN, Von den klassischen Altreserven zur stellvertretenden Liquidation, Folie 65).

⁶ Vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 111 Fn. 33.

⁷ Vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 111. Zur internationalen Transponierung bei Einbringung in eine selbstbeherrschte Gesellschaft gegen AK/KER vgl. unten Abschn. 3.3.

Verweigerung der Rückerstattung im Umfang von bloss Fr. 300 000) wird praxismässig nicht gewährt.

Wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Kaufpreis bei der Käuferin nicht als Verbindlichkeit stehen bleibt, ist demgegenüber weniger klar.

Beispiel 2: Eine in Deutschland ansässige natürliche Person veräussert ihre vorher direkt gehaltene inländische Gesellschaft SwissCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.) zum Verkehrswert von Fr. 20 Mio. an eine von derselben Person gehaltene inländische Gesellschaft HoldCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.). Diese begleicht den Kaufpreis in bar.

Der im Beispiel 2 beschriebene Vorgang wird von der ESTV praxismässig ebenfalls als «internationale Transponierung» qualifiziert. Durch die Kaufpreiszahlung fliesst bei HoldCo nämlich im Umfang von Fr. 20 Mio. Substrat ab, welches vorher mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % belastet war. Obwohl es sich nicht um Verrechnungssteuersubstrat von SwissCo handelt, wird dieser Fall – analog zur Transponierung nach Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG – praxismässig ebenfalls als internationale Transponierung qualifiziert. M. E. sollte hier von der Anwendung der «internationalen Transponierung» abgesehen werden, da gerade nicht das Verrechnungssteuersubstrat von SwissCo – das ja für die Anwendung von Art. 21 Abs. 2 VStG relevant ist – in den steuerfreien Bereich «transponiert» wird. Insofern ist der Fall eben gerade nicht mit dem Fall der Transponierung von Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG vergleichbar, welcher die Besteuerung auf Stufe des Anteilinhabers (natürliche Person) betrifft.

3.2 Einbringung gegen AK/KER in selbstbeherrschte Gesellschaft

Analog wie der unter Ziff. 3.1 beschriebene Verkauf an eine selbstbeherrschte Gesellschaft wird der Fall beurteilt, wenn eine inländische Gesellschaft in eine von derselben Person gehaltene inländische Gesellschaft eingebracht wird und die Summe von AK und KER der Muttergesellschaft das AK/KER der eingebrachten Gesellschaft übersteigt.

Beispiel 3: Eine in Deutschland ansässige natürliche Person bringt ihre vorher direkt gehaltene inländische Gesellschaft SwissCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.) zum Verkehrswert von Fr. 20 Mio. in eine von derselben Person gehaltene inländische Gesellschaft HoldCo gegen Schaffung von AK/KER ein. Im Zeitpunkt der Einbringung sind bei der SwissCo keine Altreserven vorhanden.

Der im Beispiel 3 beschriebene Vorgang wird von der ESTV praxismässig ebenfalls als «internationale Transponierung» qualifiziert. Durch die Einbringung der SwissCo in die HoldCo gegen AK/KER wird im Umfang von Fr. 19 Mio. (Fr. 20 Mio. abzüglich Fr. 1 Mio. AK/KER der SwissCo) Substrat geschaffen, welches vorher mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % be-

lastet war¹¹ und neu verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden kann. Somit wird potenzielles Verrechnungssteuersubstrat im Umfang von Fr. 2.85 Mio. vernichtet. Dieser Vorgang wird von der ESTV als Steuerumgehung iSv Art. 21 Abs. 2 VStG beurteilt. Auf künftigen Ausschüttungen der SwissCo an die HoldCo werden somit für die Verrechnungssteuer im Umfang von Fr. 2.85 Mio. das Meldeverfahren sowie die Rückerstattung verweigert.

3.3 Verkauf an ausländische Gesellschaft

Keine internationale Transponierung liegt immer dann vor, wenn der Verkauf gegen Darlehen (bzw. die Sacheinlage gegen AK/KER) nicht an eine inländische, sondern an eine ausländische Gesellschaft erfolgt.

Beispiel 4: Eine in Deutschland ansässige natürliche Person veräussert ihre vorher direkt gehaltene inländische Gesellschaft SwissCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.) gegen Darlehen zum Verkehrswert von Fr. 20 Mio. an eine von derselben Person gehaltene, in Deutschland ansässige Gesellschaft HoldCo, welche über einen Eigenfinanzierungsgrad von 30 % verfügt. Im Zeitpunkt der Veräusserung sind bei der SwissCo Altreserven im Umfang von Fr. 2 Mio. vorhanden.

Der im Beispiel 4 beschriebene Vorgang wird von der ESTV praxismässig nicht als «internationale Transponierung» qualifiziert. Durch den Verkauf der SwissCo an die HoldCo gegen Darlehen wird im Umfang von Fr. 19 Mio. Substrat geschaffen, welches vorher mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % belastet war und neu von der HoldCo quellensteuerfrei an die in Deutschland ansässige natürliche Person zurückgeführt werden kann. Da auf Ausschüttungen der SwissCo an die HoldCo keine residuale Verrechnungssteuer erhoben wird,¹² wird potenzielles Verrechnungssteuersubstrat im Umfang von Fr. 2.85 Mio. vernichtet. Dieser Vorgang wird von der ESTV aber zu Recht nicht als ein Anwendungsfall der internationalen Transponierung angesehen. Auf künftigen Ausschüttungen der SwissCo an die HoldCo kommt es somit nur bei den im Übertragungszeitpunkt vorhandenen Altreserven von Fr. 2 Mio. (d. h. im Umfang von Fr. 300 000) zur Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. der Anwendung des Meldeverfahrens.

Die Beurteilung der ESTV des im Beispiel 4 dargestellten Sachverhalts ist durchaus sachgerecht. Der Umstand, dass durch den Verkauf gegen Darlehen an eine ausländi-

¹¹ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D.

¹² Dies ist immer dann der Fall, wenn die HoldCo über hinreichende Substanz verfügt. Da die in Deutschland ansässige HoldCo von einer ebenfalls in Deutschland ansässigen natürlichen Person gehalten wird, ist in casu bloss die bilanzielle Substanz ausreichend. Diese ist bei einem Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % grundsätzlich gegeben (vgl. OESTERHELT/OPPLIGER, Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Folie 13).

sche Gesellschaft Quellensteuersubstrat beseitigt wird, ist nämlich lediglich im ausländischen Recht (hier: in der von Deutschland erhobenen Kapitalertragssteuer) begründet. Bei einem Verkauf an eine Gesellschaft, welche in einem Staat ansässig ist, der nach unilateralem Recht keine Quellensteuer erhebt (z. B. an eine in UK ansässige Gesellschaft), würde ja sonst stets eine internationale Transponierung im vollen Umfang des Verkehrswerts vorliegen, unabhängig davon, ob der Verkauf gegen Darlehen erfolgt oder nicht. Eine solch restriktive Rückerstattungspraxis ist aber kaum mit den DBA vereinbar. Damit die Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel des ungeschriebenen Abkommensmissbrauchs nicht jegliche Konturen verliert, ist sie – abgesehen von Fällen der stellvertretenden Liquidation –¹³ auf die im Übertragungszeitpunkt vorhandenen Altreserven zu beschränken.¹⁴

4 Die «erweiterte» internationale Transponierung

Die ESTV hat den Anwendungsbereich der «internationalen Transponierung» in jüngster Zeit deutlich ausgeweitet. Diese Fälle werden nachfolgend unter den Begriff der «erweiterten internationalen Transponierung» gefasst und zeichnen sich dadurch aus, dass im Gegensatz zur klassischen Transponierung der Ausgangspunkt jeweils ein Sachverhalt ohne residuale Verrechnungssteuerbelastung ist (z. B. ein reiner Binnensachverhalt). Dabei wird aus einem reinen Nullsatzumfeld in einen Bereich veräußert, bei dem ultimativ eine residuale Verrechnungssteuerbelastung besteht.

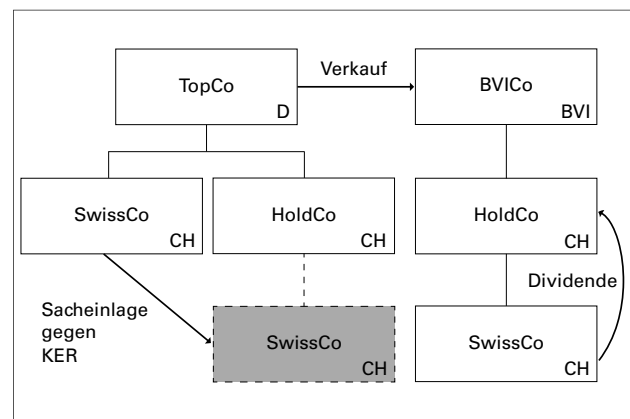
4.1 Sacheinlage gegen KER im Hinblick auf spätere Veräußerung

In der ersten Fallkonstellation bringt eine zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete, im Ausland juristische Person die Beteiligung an ihrer Tochtergesellschaft als Sacheinlage in ihre Schwestergesellschaft ein und macht im Umfang des Verkehrswerts der Tochter bei der Schwester KER iSv Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG geltend. In der Folge wird die Schwester an eine nicht zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer

berechtigte Gesellschaft veräußert, was von Anfang an beabsichtigt war.

Beispiel 5: Die in Deutschland¹⁵ ansässige TopCo bringt die in der Schweiz ansässige SwissCo (AK/KER: Fr. 1 Mio.) in ihre inländische Schwestergesellschaft HoldCo im Rahmen einer Sacheinlage ein und bildet im Umfang von Fr. 20 Mio. (= Verkehrswert der SwissCo) bei der HoldCo AK/KER. In der Folge wird die HoldCo an eine nicht zur (vollständigen) Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Person, die BVICo, veräußert.

Grafik 2: Einbringung einer inländischen Tochtergesellschaft in eine inländische Schwestergesellschaft mit anschließendem Verkauf der Muttergesellschaft



Die ESTV stellt sich in der im Beispiel 5 beschriebenen Konstellation auf den Standpunkt, dass in dem Umfang, in dem die Summe von AK/KER der HoldCo die Summe von AK/KER der SwissCo übersteigt, der HoldCo die Rückerstattung für die Verrechnungssteuer auf künftigen Dividenden versagt werden muss, da Verrechnungssteuersubstrat aufgrund der in der HoldCo gebildeten AK/KER in den steuerfreien Raum transponiert wurde. Rechtsgrundlage für die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist Art. 21 Abs. 2 VStG. Im konkreten Fall wird somit auf den ersten Fr. 19 Mio. Dividenden (Fr. 20 Mio. AK/KER der HoldCo abzüglich Fr. 1 Mio. AK/KER der SwissCo), welche die SwissCo an die HoldCo ausschüttet, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens verweigert.

13 Vgl. dazu OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 112 f.

14 Freilich kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an eine ausländische Gesellschaft unter dem Titel des ungeschriebenen Abkommensmissbrauchs auch dann verweigert werden, wenn diese nicht über hinreichend Substanz verfügt (vgl. hierzu OESTERHELT/OPPLIGER, Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Folie 13).

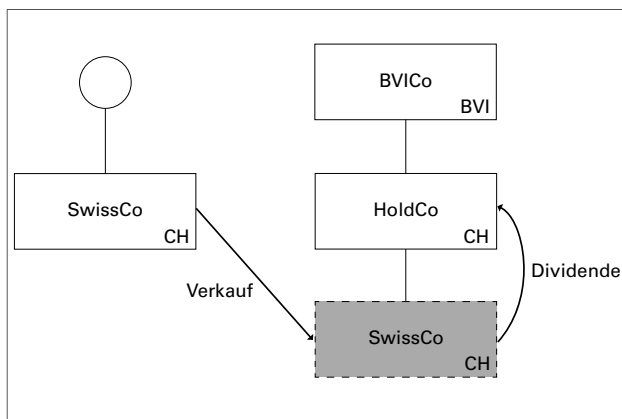
15 Analoges würde gelten, wenn TopCo in der Schweiz ansässig wäre. Da es in diesem Fall aber bei TopCo zu einem der Gewinnsteuer unterliegenden Aufwertungsgewinn kommen würde, welcher nicht vom Beteiligungsabzug profitiert, dürfte eine solche Gestaltung in der Praxis kaum vorkommen. Bei einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person als Aktionär von SwissCo würde der Tatbestand der Transponierung iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG ausgelöst (vgl. dazu unten Abschn. 7), weshalb auch hier eine solche Strukturierung kaum praktische Relevanz erlangen dürfte.

4.2 Verkauf an eine inländische Akquisitionsgesellschaft

In einer zweiten (praktisch bedeutsameren) Fallkonstellation erwirbt eine nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete ausländische Gesellschaft (indirekt) eine inländische Gesellschaft von einer zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Person. Käuferin ist eine inländische Akquisitionsgesellschaft, der die entsprechenden Mittel als KER bzw. Darlehen von der ausländischen Mutter zugeführt wurden.

Beispiel 6: Eine in BVI ansässige Gesellschaft BVICo erwirbt über eine inländische Akquisitionsgesellschaft HoldCo von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person eine inländische Kapitalgesellschaft SwissCo, welche über AK/KER in Höhe von Fr. 1 Mio. verfügt, für Fr. 20 Mio. Die HoldCo hat AK/KER in der Höhe von Fr. 7 Mio. und eine Verbindlichkeit gegenüber ihrem Aktionär im Umfang von Fr. 13 Mio.

Grafik 3: Erwerb einer inländischen Gesellschaft über eine inländische Akquisitionsgesellschaft durch eine in BVI ansässige Gesellschaft



Die ESTV stellt sich in der im Beispiel 6 dargestellten Konstellation auf den Standpunkt, dass in dem Umfang, in dem die Summe von AK/KER der HoldCo (zuzüglich Darlehen) die Summe von AK/KER der SwissCo übersteigt, der HoldCo die Rückerstattung für die Verrechnungssteuer auf künftigen Dividenden der SwissCo versagt werden muss, da Verrechnungssteuersubstrat aufgrund der in der HoldCo gebildeten KER bzw. Darlehensverpflichtung in den steuerfreien Raum transponiert wurde. Rechtsgrundlage für die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist Art. 21 Abs. 2 VStG. Im konkreten Fall wird somit auf den ersten Fr. 19 Mio. Dividenden (Fr. 7 Mio. AK/KER sowie Fr. 13 Mio. Verbindlichkeit der HoldCo abzüglich Fr. 1 Mio. AK/KER der SwissCo), welche die SwissCo an die HoldCo ausschüttet, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens verweigert.

4.3 Kritik

Eine Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG setzt zunächst eine «absonderliche Rechtsgestaltung» voraus. Der unter Abschn. 4.1 beschriebene Sachverhalt, bei dem kurz vor dem Verkauf noch durch die Einbringung in eine Holdinggesellschaft KER gebildet werden, kann m. E. durchaus als ungewöhnliches Vorgehen angesehen werden, sofern die Strukturierung lediglich im Hinblick auf eine Verringerung des Verrechnungssteuersubstrats gewählt wurde und die Veräusserungsabsicht zu diesem Zeitpunkt bereits bestand. Insofern erscheint die Verweigerung der Verrechnungssteuerrückerstattung unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG unter Umständen vertretbar.

Anders verhält es sich hingegen im unter Abschn. 4.2 beschriebenen Fall, bei dem die Gesellschaft an eine mit KER kapitalisierte bzw. mit Darlehen finanzierte inländische Akquisitionsgesellschaft veräußert wird. Es ist nämlich in keiner Art und Weise ungewöhnlich, dass eine solche Akquisitionsgesellschaft mit KER (und nicht mit übrigen Reserven) kapitalisiert wird. Der Grundsatz, dass das aus dem Ausland in die Schweiz eingebrachte Kapital wieder ohne Abzug der Verrechnungssteuer aus der Schweiz ins Ausland repatriert werden kann, war ein zentrales Anliegen der Einführung des Kapitaleinlageprinzips und ist steuersystematisch in jeder Hinsicht richtig. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, inwiefern eine solche Vorgehensweise als «absonderliche Rechtsgestaltung» angesehen werden kann. Auch der Umstand, dass eine schweizerische Gesellschaft über eine ebenfalls in der Schweiz domizilierte Akquisitionsgesellschaft (und nicht über eine im Ausland domizilierte Akquisitionsgesellschaft) erworben wird, kann nicht als «absonderlich» angesehen werden. Eine eigentliche Steuerersparnis liegt ebenfalls nicht vor, da ja lediglich das im Zuge der Akquisition neu in die Schweiz eingebrachte Verrechnungssteuersubstrat steuerfrei wieder abgezogen werden kann.

Es besteht auch kein Grund, die Akquisition durch eine inländische Gesellschaft anders zu behandeln als die Akquisition durch eine ausländische, zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Person (z. B. eine in Luxemburg, Liechtenstein oder UK ansässige Gesellschaft).

Es stellt mitnichten eine «absonderliche Rechtsgestaltung» dar, wenn der nicht zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete ausländische Investor für die Akquisition einer schweizerischen Gesellschaft eine Struktur wählt, welche es ihm erlaubt, zumindest das aus dem Ausland in die Schweiz eingebrachte Kapital wieder verrechnungssteuerfrei aus der Schweiz herauszunehmen.

men. Dass für den Anstieg von Reserven bzw. Goodwill nach der Akquisition aufgrund der Altreservenpraxis (mit Bezug auf den Anstieg der offenen Reserven) bzw. stellvertretenden Liquidation (mit Bezug auf den Anstieg von stillen Reserven und Goodwill) unter Umständen andere Regeln gelten, ist m. E. durchaus sachgerecht.¹⁶

Somit wäre es m. E. im Beispiel 6 durchaus angebracht, unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG für die ersten Fr. 19 Mio. Dividendenzahlungen erhöhte Substanzerfordernisse an die HoldCo zu stellen, da im Umfang von Fr. 19 Mio. durch die bei der HoldCo geschaffenen KER bzw. Darlehensverpflichtung die Verrechnungssteuer auf Ausschüttungen der HoldCo die von dieser zurückgeforderte Verrechnungssteuer nicht mehr indirekt sicherstellt. Wenn über die HoldCo beispielsweise noch eine Finanzierung aufgenommen wird, wäre diesem Anspruch m. E. Genüge getan.¹⁷ Die Kreditvergabepraxis lokaler Banken verlangt nämlich regelmässig, dass der Kreditnehmer eine inländische Gegenpartei ist.

4.4 Nachträgliche Heilung durch Umbuchung KER

Immerhin akzeptiert die ESTV, dass die Rechtsfolgen der erweiterten internationalen Transponierung durch eine Umbuchung der Kapitaleinlagereserven (oder eine Kapitalisierung des Darlehens) selbst nachträglich geheilt werden können.

Beispiel 7: Eine in Monaco ansässige Person erwirbt im Jahr 2018 über eine inländische Akquisitionsgesellschaft HoldCo von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person eine inländische Kapitalgesellschaft SwissCo, welche über AK/KER in Höhe von Fr. 1 Mio. verfügt, für Fr. 20 Mio. Die HoldCo hat AK in Höhe von Fr. 1 Mio. und KER im Umfang von Fr. 19 Mio. Im Jahr 2019 schüttet die SwissCo an die HoldCo eine Dividende von Fr. 10 Mio. aus und macht das Meldeverfahren geltend. Im Rahmen einer Kontrolle beanstandet die ESTV im Jahr 2020 die Anwendung des Meldeverfahrens und stellt sich auf den Standpunkt, dass im Umfang von Fr. 19 Mio. eine erweiterte internationale Transponierung vorliege und deshalb keine Rückerstattung bzw. das Meldeverfahren nicht zu gewähren sei, weshalb sie die Ablieferung der Verrechnungssteuer auf der Dividende von Fr. 10 Mio. fordert.

Werden im Beispiel 7 die KER bei der HoldCo nach der Kontrolle der ESTV in übrige Kapitalreserven umgebucht, verzichtet die ESTV auf die Anwendung der er-

weiterten internationalen Transponierung.¹⁸ Die Rückerstattungsberechtigung der HoldCo ist nach der (definitiven) Umbuchung der KER gegeben. Insofern kann die erweiterte internationale Transponierung durch Umbuchung der KER in übrige Kapitalreserven auch dann «geheilt» werden, wenn bereits Dividenden der SwissCo an die HoldCo ausgeschüttet worden sind.

Ebenfalls kann eine Heilung dadurch erfolgen, dass die Aktionärin der HoldCo die Abkommensberechtigung erlangt. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Aktionärin der HoldCo im Zeitpunkt der Fälligkeit der von der SwissCo an die HoldCo ausgeschütteten Dividenden noch nicht rückerstattungsberechtigt ist, aber nachträglich aufgrund der (nachträglichen) Schaffung nachhaltiger Substanz die Rückerstattungsberechtigung erlangt.

Beispiel 8: Eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft LuxCo erwirbt im Jahr 2018 über eine inländische Akquisitionsgesellschaft HoldCo von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person eine inländische Kapitalgesellschaft SwissCo, welche über AK/KER in Höhe von Fr. 1 Mio. verfügt, für Fr. 20 Mio. Die HoldCo hat AK in Höhe von Fr. 1 Mio. und KER im Umfang von Fr. 19 Mio. Im Jahr 2019 schüttet die SwissCo an die HoldCo eine Dividende von Fr. 10 Mio. aus und macht das Meldeverfahren geltend. Zu diesem Zeitpunkt hat die LuxCo weder bilanzielle, funktionelle noch physische Substanz.¹⁹

Wenn im Beispiel 8 zu einem späteren Zeitpunkt hinreichende (nachhaltige²⁰) Substanz bei der LuxCo geschaffen wird, so dass diese gemäss Praxis der ESTV zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist, wird die erweiterte internationale Transponierung auch für die bereits im Jahr 2019 ausgeschüttete Dividende «geheilt». Im Gegensatz zur Weiterveräusserung an eine zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Person²¹ ist hier nicht einmal die Altreservenpraxis zu beachten²².

16 Vgl. hierzu eingehend OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 100 f. und 112 f.

17 Die ESTV verschliesst sich dieser Argumentation nicht vollständig. Im Sinne einer Einzelfallbetrachtung ist sie u. U. durchaus bereit, der schweizerischen Akquisitionsgesellschaft (HoldCo) die Rückerstattungsberechtigung zuzusprechen, wenn diese in massgeblichem Umfang eine Drittfinanzierung aufnimmt (vgl. OESTERHELT/OPPLIGER, IFF-Seminar vom 19./20. November 2019, Folie 64). Typischerweise werden Private-Equity-Akquisitionen heutzutage im Umfang von 30 % bis 50 % durch lokale Banken fremdfinanziert, wodurch diesem Erfordernis Genüge getan würde.

18 Dasselbe muss gelten, wenn eine Bestätigung der ESTV mit Form 170 nicht eingeholt wird und dies im Anhang offengelegt wird (vgl. TREUHAND-KAMMER, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, 228, sowie die analoge Problematik beim Down-Stream-Merger [vgl. hierzu KS 29b Kapitaleinlageprinzip, Ziff. 6.2.4]).

19 Zum Begriff der Substanz vgl. unten Abschn. 6.

20 Insofern gilt die analoge Praxis wie bei den Altreserven. Auch hier können potenziell schädliche Altreserven durch nachträgliche Schaffung von Substanz «geheilt» werden, wenn diese Substanz nachhaltig geschaffen wird (vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 109).

21 Vgl. hierzu unten Abschn. 5.

22 Vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 106.

5 Weiterveräußerung nach erweiterter internationaler Transponierung

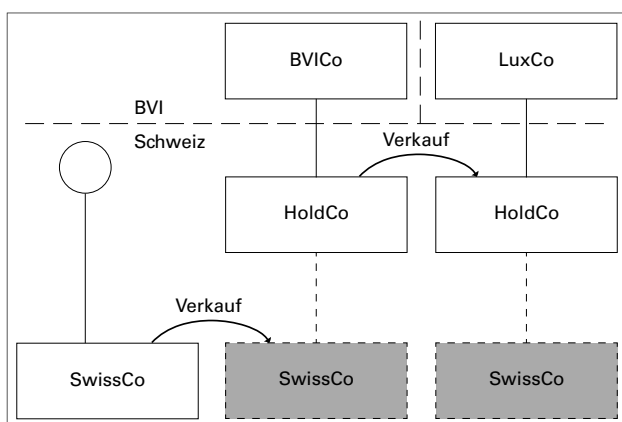
Veräussert die nicht zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte Person die über KER verfügende inländische Obergesellschaft in der Folge an eine zur vollen Rückerstattung berechtigte Person, wird die erweiterte internationale Transponierung grundsätzlich «geheilt». Zu beachten ist aber die Altreservenpraxis mit Bezug auf die im Zeitpunkt der Veräußerung vorliegenden handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mittel. Während bei der Altreservenpraxis grundsätzlich die KER der veräusserten Obergesellschaft nicht zu den handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mitteln zählen,²³ gilt dies bei einer Veräußerung nach einer erweiterter internationaler Transponierung nicht.

Beispiel 9: Eine auf den BVI ansässige Gesellschaft BVICo erwirbt über eine inländische Akquisitionsgesellschaft HoldCo von einer in der Schweiz ansässigen natürlichen Person eine inländische Kapitalgesellschaft SwissCo, welche über AK/KER in Höhe von Fr. 1 Mio. verfügt, für Fr. 20 Mio. Die HoldCo hat AK/KER im Umfang von Fr. 20 Mio. Die SwissCo wird während drei Jahren von der BVICo (indirekt) gehalten und erzielt während dieser Zeit Ertragsüberschüsse von Fr. 5 Mio., welche von der SwissCo thesauriert werden. In der Folge wird die HoldCo an eine vollständig rückerstattungsberechtigte Person, die LuxCo, veräussert. Zu diesem Zeitpunkt präsentieren sich die Bilanzen der SwissCo und der HoldCo wie folgt:

Grafik 4: Bilanzierung der HoldCo und der SwissCo

	HoldCo (in MCHF)			SwissCo (in MCHF)			
SwissCo	20	AK KER	20	Cash	5	Gewinn	5
				übrige Aktive	1	AK KER	1

Grafik 5: Erwerb einer inländischen Gesellschaft über eine inländische Akquisitionsgesellschaft durch eine in BVI ansässige Gesellschaft mit anschließender Veräußerung der Akquisitionsgesellschaft an eine luxemburgische Gesellschaft



23 Vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 108.

Im Beispiel 9 ist auf künftigen Dividenden der HoldCo an die LuxCo im Umfang der im Verkaufszeitpunkt vorhandenen Altreserven die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs zu verweigern. Die Fr. 5 Mio. nicht-betriebsnotwendigen Mittel der SwissCo werden dabei der HoldCo zugerechnet.²⁴ Nach den allgemeinen Regeln hat die HoldCo keine handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mittel im Sinne der Altreservenpraxis, da die KER diesbezüglich nicht zu berücksichtigen sind. Da im konkreten Fall aber die KER aus Sicht der ESTV im Zuge einer erweiterter internationaler Transponierung geschaffen wurden, wird die Qualifikation als KER für die Zwecke der Altreservenpraxis negiert²⁵. Somit wird auf den ersten Fr. 5 Mio. Dividenden der HoldCo an die LuxCo die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens verweigert.²⁶ Für weitere Dividenden kann dagegen die volle Rückerstattung geltend gemacht werden. Die verbleibenden Fr. 15 Mio. «transponierter Reserven» werden durch die Veräußerung an die rückerstattungs-berechtigte LuxCo somit geheilt.

Wird die HoldCo dagegen an eine andere nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte Gesellschaft veräussert, «erbt» diese sozusagen das Problem der erweiterter internationaler Transponierung, wenn die KER von HoldCo nicht in übrige Kapitalreserven umgebucht werden. Dies wäre im obigen Beispiel beispielsweise dann der Fall, wenn die LuxCo nicht über hinreichend Substanz²⁷ verfügen würde und somit die Rückerstattung auf (potenziellen) Dividenden der HoldCo an die LuxCo verweigert werden müsste. Relevant ist im Hinblick auf die erweiterte internationale Transponierung grundsätzlich der Zeitpunkt, in welchem die Dividenden der SwissCo an die HoldCo ausgeschüttet werden. Da aber eine erweiterte internationale Transponierung nach-

24 Zu den Einzelheiten vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 108 f.

25 Dies bedeutet, dass sie beim «Passivtest» der Altreservenpraxis wie übrige Reserven (und somit wie handelsrechtlich ausschüttungsfähige Mittel) behandelt werden und nicht – wie für KER sonst üblich (vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 108) – in Abzug gebracht werden können.

26 ISd Steuerplanung empfiehlt es sich somit, allfällige nicht-betriebsnotwendige Substanz vor der Weiterveräußerung dazu zu verwenden, allfällige Bankfinanzierungen zurückzuführen. Sind nämlich im Verkaufszeitpunkt keinerlei nicht-betriebsnotwendige Mittel auf Stufe der HoldCo (und ihren in- und ausländischen Tochtergesellschaften) vorhanden, kommt es ungeachtet des Passivtests nicht zur Anwendung der Altreservenpraxis (vgl. OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 107). Zumindest für Akquisitionen, welche zu einem erheblichen Mass fremdfinanziert sind, kann somit das Problem der erweiterter internationaler Transponierung praktisch teilweise gelöst werden.

27 Zu den Anforderungen an die Substanz vgl. unten Abschn. 6.

träglich durch Ausbuchung von KER geheilt werden kann, muss dasselbe auch gelten, wenn zu einem späteren Zeitpunkt Substanz bei der LuxCo geschaffen wird und diese somit die Voraussetzungen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer (zumindest nachträglich) erfüllt.

Wird die HoldCo zu einem späteren Zeitpunkt von der (abkommensberechtigten) LuxCo wieder an eine nicht abkommensberechtigte Person veräussert und sind die KER zu diesem Zeitpunkt nach wie vor in der HoldCo vorhanden, kommt es nicht zu einem Wiederaufleben der erweiterten internationalen Transponierung. Diese wurde durch die Veräusserung an die (abkommensberechtigte) LuxCo vielmehr definitiv geheilt. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Weiterveräusserung der LuxCo von Anfang an beabsichtigt war.

Auch bei einer Weiterveräusserung können die Rechtsfolgen der erweiterten internationalen Transponierung zudem zu jedem Zeitpunkt dadurch geheilt werden, dass die fraglichen KER in übrige Reserven umgebucht werden.

Fraglich ist, ob bei einer erneuten Weiterveräusserung von HoldCo durch LuxCo an eine nicht rückerstattungs-berechtigte Gesellschaft die erweiterte internationale Transponierung sozusagen wieder auflebt. Die ESTV tendiert dazu, dass die erweiterte internationale Transponierung in diesen Fällen wieder auflebt. M. E. sollte ein solches «Wiederaufleben» der erweiterten internationalen Transponierung auf rechtsmissbräuchliche Gestaltungen beschränkt sein (d. h. Fälle, bei denen dieser zweite Weiterverkauf beim ersten Weiterverkauf bereits beabsichtigt war).

6 Kontext zur Praxis der ESTV bei Akquisitionen durch Private-Equity-Fonds

Die Akquisition einer inländischen Gesellschaft über eine (mit KER/Darlehen finanzierte) inländische Akquisitionsgesellschaft ist zu einem gewissen Grad auch eine direkte Folge der Verschärfung der Rückerstattungspraxis der ESTV bei Akquisitionen durch Private-Equity-Fonds. Solche erwerben inländische Gesellschaften in den meisten Fällen über eine in Luxemburg ansässige Akquisitionsgesellschaft. Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX ist diese grundsätzlich zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer kann aber verweigert werden, wenn ein Fall von Abkommensmissbrauch (Treaty-Shopping und/oder Rule-Shopping) vorliegt. Dies ist immer dann der Fall, wenn (i) die Zwischenschaltung einer Akquisitionsgesellschaft zwischen den Fonds und die

schweizerische Gesellschaft zu einer effektiven Verbesserung der Rückerstattungsposition führt²⁸ und, kumulativ, (ii) die Akquisitionsgesellschaft nicht über hinreichend «Substanz» verfügt.

Eine Akquisitionsgesellschaft kann den «Substanztest» grundsätzlich auf drei Arten (alternativ) erfüllen:²⁹ (i) bilanzielle Substanz,³⁰ (ii) funktionelle Substanz³¹ oder (iii) physische Substanz³². Bei einer Akquisitionsgesellschaft eines Private-Equity-Fonds genügt nach Praxis der ESTV aber rein bilanzielle Substanz nicht (mehr³³). Es ist nunmehr gemäss Praxis der ESTV vielmehr erforderlich, dass die Akquisitionsgesellschaft im Ansässigkeitsstaat entweder über funktionelle oder physische Substanz verfügt. Funktionelle Substanz ist in aller Regel bei einer Private-Equity-Investition nicht gegeben, da die Akquisitionsgesellschaft in den meisten Fällen nur eine Gesellschaft hält. Einige Private-Equity-Unternehmen haben im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft (typischerweise Luxemburg) nun durchaus physische Subs-

28 Die ist immer dann der Fall, wenn die Anteilhaber des Private-Equity-Fonds selbst nicht vollständig rückerstattungs-berechtigt sind. Zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer sind die Anteilhaber des Private-Equity-Fonds regelmässig nur dann berechtigt, wenn es sich um in DBA-Staaten ansässige Pensionskassen handelt, für die das jeweilige DBA den Nullsatz bei Portfoliodividenden vorsieht (vgl. hierzu OESTERHELT/OPPLIGER, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Folien 11 ff.).

29 Zur aktuellen Praxis der ESTV vgl. OESTERHELT/OPPLIGER, Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Folien 13 ff.

30 Bilanzielle Substanz ist bei einer Akquisitionsgesellschaft immer dann gegeben, wenn diese über einen (zu Buchwerten berechneten) Eigenfinanzierungsgrad von 30 % verfügt (und somit die Voraussetzungen des KS 6 Verdecktes Eigenkapital einhält).

31 Funktionelle Substanz ist beispielsweise dann gegeben, wenn die Akquisitionsgesellschaft eine echte Holdingfunktion wahrnimmt und noch weitere (substanzielle) Beteiligungen hält.

32 Physische Substanz sind insbesondere Büros und Angestellte, welche entsprechende Funktionen wahrnehmen. Diese müssen nicht zwingend in derselben Gesellschaft (Akquisitionsgesellschaft), sondern können auch in verbundenen Gesellschaften im Ansässigkeitsstaat beschäftigt sein. Wenn die Asset-Management-Gesellschaft eines Private-Equity-Unternehmens im selben Vertragsstaat wie die Akquisitionsgesellschaft domiziliert ist, weist die Akquisitionsgesellschaft grundsätzlich «physische Substanz» im Sinne der Praxis der ESTV auf. Angesichts der massgeblichen Entscheidungen eines Investment Committees für die Tätigkeit der Akquisitionsgesellschaft sollte es m. E. auch ausreichen, wenn dieses regelmässig im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft tagt. Die diesbezügliche Praxis der ESTV ist hier aber noch weniger klar.

33 In der früheren Praxis hat die ESTV die Rückerstattungs-berechtigung von Akquisitionsgesellschaften von Private-Equity-Fonds dagegen regelmässig auch dann bejaht, wenn diese über bloss bilanzielle Substanz verfügt hat. Dies ist heute nicht mehr der Fall (vgl. OESTERHELT/OPPLIGER, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Folie 9). Bloss bilanzielle Substanz genügt dagegen nach wie vor in echten Konzernstrukturen.

tanz (Büros und Angestellte) geschaffen. Dabei kann die Substanz von Gruppengesellschaften im gleichen Land gemäss Praxis der ESTV der Akquisitionsgesellschaft zugerechnet werden. Es gibt aber auch einige Fälle, in denen die im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft vorhandene Substanz nicht ausreichend ist, um die diesbezüglichen Anforderungen der ESTV zu erfüllen.

Da die quellensteuerfreie Repatriierung des Kaufpreises eine *conditio sine qua non* für ein Private-Equity-Investment ist,³⁴ bietet sich in solchen Fällen die Akquisition über eine inländische Akquisitionsgesellschaft an. In der Schweiz hat die entsprechende Gesellschaft (spätestens mit der Akquisition der inländischen Gesellschaft) nämlich hinreichende physische Substanz. Sowohl aus betriebswirtschaftlicher wie auch aus volkswirtschaftlicher Sicht macht es m. E. durchaus Sinn, dass die entsprechenden Funktionen zur Bewirtschaftung der inländischen Gesellschaft in der Schweiz (und nicht in Luxemburg) angesiedelt werden. Auch aus diesem Grund sollte die ESTV m. E. ihre Praxis zur erweiterten internationalen Transponierung zumindest in den unter Abschn. 4.2 beschriebenen Fällen aufgeben.

7 Exkurs: Transponierung iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG

Namensgeberin für die internationale Transponierung ist die Transponierung der Einkommenssteuer, welche seit einiger Zeit in Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG gesetzlich geregelt ist. Die Transponierung iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG betrifft den Fall, dass durch die Übertragung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft aus dem Privatvermögen in eine selbstbeherrschte Gesellschaft dazu führt, dass potenzielles Einkommenssteuersubstrat künftig vom inländischen Privataktionär steuerfrei vereinnahmt werden kann. Dies ist immer dann der Fall, wenn die gesamthaft erhaltene Gegenleistung die Summe aus dem Nennwert der übertragenen Beteiligung und den KER übersteigt.

Bei der internationalen Transponierung geht es nicht um die «Transponierung» von Einkommenssteuersubstrat, sondern von Verrechnungssteuersubstrat. Während der Grundgedanke derselbe ist, ergeben sich in der konkreten

Ausgestaltung doch gewisse relevante Unterschiede. So spielt es bei der Transponierung iSv Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG – im Gegensatz zur internationalen Transponierung – beispielsweise keine Rolle, ob die Gesellschaft in eine in- oder eine ausländische Gesellschaft eingebracht wird. Umgekehrt setzt die einkommenssteuerliche Transponierung nach Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG voraus, dass eine Einbringung bzw. ein Verkauf an eine selbstbeherrschte Gesellschaft stattfindet. Dies wird – wie oben gezeigt³⁵ – bei der erweiterten internationalen Transponierung (im Gegensatz zur «klassischen» internationalen Transponierung) nicht vorausgesetzt.

8 Fazit

Die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG bzw. des ungeschriebenen Vorbehalts des Abkommensmissbrauchs ist in gewissen Konstellationen durchaus sachgerecht. Dass hier seitens der ESTV nicht eine reine Einzelfallbetrachtung vorgenommen wird und es zu gewissen Schematisierungen kommt, ist im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit sowie die rechtsgleiche Anwendung auch durchaus sinnvoll und vertretbar. Insofern ist im Grundsatz gegen die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der Altreservenpraxis nichts einzuwenden, wobei aber die jeweiligen Einschränkungen zu beachten sind.

Nach hier vertretener Auffassung sollte auch bei den unter dem Titel der «internationalen Transponierung» erfassten Tatbeständen die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf die Altreserven beschränkt werden, solange kein Fall einer stellvertretenden Liquidation vorliegt. Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern mit Bezug auf Art. 21 Abs. 2 VStG ein strengerer Massstab als mit Bezug auf den ungeschriebenen Abkommensmissbrauch (bzw. künftig in gewissen Fällen den Principal-Purpose-Test) anzuwenden ist. Die bislang als (klassische oder erweiterte) internationale Transponierung qualifizierten Konstellationen könnten durch in diesen Konstellationen geforderte erhöhte Substanzanforderungen sachgerechter erfasst werden. Eine Anwendung der internationalen Transponierung auch für Rückerstattungsansprüche, welche sich auf ein DBA stützen, würde demgegenüber den Anwendungsbereich des ungeschriebenen Abkommensmissbrauchs vollkommen überdehnen und de facto die DBA für Staaten, welche keine Quellensteuer auf Dividenden erheben, ausser Kraft setzen.

34 Ein nach der Akquisition geschaffener Mehrwert unterliegt demgegenüber grundsätzlich der Verrechnungssteuer. Bei einer Veräusserung an eine zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Person ist diesbezüglich (m. E. zu Recht) die Altreservenpraxis sowie die Praxis zur stellvertretenden Liquidation zu beachten (vgl. hierzu OESTERHELT, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, 99 ff.).

35 Vgl. dazu oben Abschn. 4.2.

In der von der ESTV neu geschaffenen Kategorie der «erweiterten internationalen Transponierung» werden nunmehr Fälle subsumiert, welche nur schwerlich als «absonderliche Gestaltung» – und somit potenziell vom Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 VStG erfasst – angesehen werden können. Dass der aus dem Ausland in die Schweiz verbrachte investierte Betrag aus der Schweiz wieder verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden kann, ist ein Kernanliegen des Kapitaleinlageprinzips und grundsätzlich unbestritten. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, inwiefern der Verkauf einer inländischen Gesellschaft an eine mit KER kapitalisierte Akquisitionsgesellschaft als «absonderliche Gestaltung» qualifiziert werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass die ESTV bei der Anwendung der neu geschaffenen Kategorie der «erweiterten internationalen Transponierung» Augenmass anwenden wird. Konsequenter wäre es m. E. aber, die Rechtsfigur der «internationalen Transponierung» gleich insgesamt aufzugeben und den gleichen Massstab mit Bezug auf Art. 21 Abs. 2 VStG wie mit Bezug auf den Abkommensmissbrauch im internationalen Verhältnis anzuwenden.

Literatur

- BAUER-BALMELLI MAJA, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), 2. A., Basel 2012
- BEHNISCH URS R., Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften. National und grenzüberschreitend: eine rechtsvergleichende Studie, Therwil 1996
- BRÖNIMANN DAVID, Internationale Transponierung. Die internationale Transponierung unter dem Kapitaleinlageprinzip, StR 2012, 562
- OESTERHELT STEFAN, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, FStR 2017, 99
- OESTERHELT STEFAN/OPPLIGER OLIVER, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Internationales Steuerseminar 2018, St. Gallen 12./13.11.2018
- Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, Internationales Steuerseminar 2019, St. Gallen 19./20.11.2019
- OESTERHELT STEFAN/STEFFEN PAUL, Von den klassischen Altreserven zur stellvertretenden Liquidation, IFA-Mitgliederversammlung, Luzern 9.2.2017
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996

TREUHAND-KAMMER, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 2014

VITALI MARCO E./BAUER-BALMELLI MAJA/HOCHREUTENER HANS PETER/KÜPFER MARKUS, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Die Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Loseblattsammlung, Therwil

Rechtsquellen

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11

VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.21

Praxisanweisungen

KS 6 Verdecktes Eigenkapital, Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV betr. Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 6.6.1997)

KS 29b Kapitaleinlageprinzip, Kreisschreiben Nr. 29b der ESTV betr. Kapitaleinlageprinzip (vom 23.12.2019)