
Schriftenreihe
Finanzwissenschaft und Finanzrecht



122

Raoul Stocker, Stefan Oesterhelt
(Herausgeber)

**Internationales Steuerrecht
der Schweiz**



Stämpfli Verlag

Vorwort

Das vorliegende Handbuch zum internationalen Steuerrecht der Schweiz soll Studierenden wie Praktikern einen konzisen, praxisnahen Zugang zu diesem dynamischen Rechtsgebiet verschaffen. Seit dem Erscheinen der 2. Auflage des von Ernst Höhn herausgegebenen Handbuchs zum Internationalen Steuerrecht der Schweiz der IFF Schriftenreihe sind mittlerweile bereits 30 Jahre verstrichen – eine halbe Ewigkeit im Bereich des internationalen Steuerrechts. So wurden von der Schweiz seither zahlreiche neue Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, das OECD-Musterabkommen mehrfach revidiert, bilaterale Abkommen mit der EU abgeschlossen und schliesslich wurde das internationale Steuerrecht auch stark vom BEPS-Projekt der OECD/G20 beeinflusst.

Grundlage der Darstellung bilden die Regeln des OECD-Musterabkommens, wobei aber jeweils auch auf das innerstaatliche Recht sowie auf die schweizerische Abkommenspraxis eingegangen wird. Der Aufbau orientiert sich in erster Linie an den Lebenssachverhalten des internationalen Steuerrechts und erst in zweiter Linie am Aufbau des OECD-Musterabkommens.

Wie bereits beim Vorgängerwerk zeichnet wiederum ein Autorenkollektiv von ausgewiesenen Spezialisten aus Steuerberatung und Lehre für die Bearbeitung der jeweiligen Kapitel verantwortlich. Die Herausgeber möchten sodann Patrick Engstler, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF), für seine wertvolle Unterstützung sowie die Erstellung des Sachregisters herzlich danken.

Wir hoffen, mit dem vorliegenden Lehrbuch eine Lücke in der schweizerischen Steuerrechtsliteratur geschlossen zu haben.

St. Gallen, im März 2023

Die Herausgeber

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

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

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-4281-6

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-4284-7



nicht geahndet (Ermessenssache). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dann, wenn Verrechnungspreise wissentlich falsch und zuungunsten der Schweizer Gesellschaft zwecks Steuervermeidung festgelegt wurden.

§ 18 Grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Umstrukturierungen

STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER

I.	Einleitung	394
II.	Immigration.....	394
	1. Sitzverlegung in die Schweiz	394
	a) Gewinnsteuerwerte	394
	b) Verlustverrechnung	395
	c) Grundkapital/KER.....	395
	d) Eigene Aktien	396
	e) Beginn der Steuerpflicht.....	396
	f) Auswirkungen für inländische Gesellschafter	397
	2. Immigrationsfusion	397
	3. Immigrationsquasifusion.....	398
	a) Bildung von Nennwert/KER.....	398
	b) Quasifusion mit zeitnaher Absorption	399
	c) Internationale Transponierung.....	399
	d) Steuerfolgen für inländische Gesellschafter	400
	4. Immigrationenspaltung.....	400
	5. Übertragung von einzelnen Vermögenswerten in die Schweiz.....	401
	a) Innerhalb eines Rechtssubjekts.....	401
	b) Zwischen verschiedenen Rechtssubjekten	402
III.	Emigration.....	403
	1. Sitzverlegung ins Ausland.....	403
	a) Gewinnsteuer	404
	b) Verrechnungssteuer	404
	c) Auswirkungen für inländische Gesellschafter	405
	2. Emigrationsfusion	405
	3. Emigrationsquasifusion sowie Beteiligungsausgliederung auf ausländische Tochtergesellschaft	406
	a) Gewinnsteuer	406
	b) Verrechnungssteuer	406
	c) Steuerfolgen für inländische Gesellschafter	407
	4. Emigrationenspaltung.....	407
	a) Gewinnsteuer	407
	b) Verrechnungssteuer	408
	c) Steuerfolgen für inländische Gesellschafter	409
	5. Übertragung von einzelnen Vermögenswerten ins Ausland.....	409
	a) Innerhalb eines Rechtssubjekts.....	409
	b) Ausserhalb eines Rechtssubjekts	410

I. Einleitung

- 1 Bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen muss unterschieden werden, ob dabei Vermögenswerte in die Schweiz gebracht werden (Immigration; vgl. dazu hinten N 3 ff.) oder die Schweiz verlassen (Emigration; vgl. dazu hinten N 49 ff.).
- 2 Sowohl die Immigration als auch die Emigration einer Gesellschaft kann entweder durch eine Sitzverlegung oder durch eine Umstrukturierung (Fusion, Spaltung oder Ausgliederung) durchgeführt werden. Sodann ist auch die Verlegung einzelner Vermögenswerte (oder Funktionen) in die Schweiz bzw. aus der Schweiz ins Ausland zu untersuchen.

II. Immigration

1. Sitzverlegung in die Schweiz

- 3 Eine Verlegung des statutarischen Sitzes in die Schweiz ist gemäss Art. 161 IPRG möglich, wenn das ausländische Recht Gegenrecht hält¹.
- 4 Aus steuerrechtlicher Sicht kann eine Sitzverlegung auch durch die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes in die Schweiz erreicht werden. Gemäss Art. 50 DBG ist eine Gesellschaft mit statutarischem Sitz im Ausland in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig, wenn die tatsächliche Verwaltung im Inland ist. Art. 7 OECD-MA i.V.m. Art. 4 Abs. 3 OECD-MA schützen das Besteuerungsrecht der Schweiz in diesem Fall (vgl. dazu § 13).

a) Gewinnsteuerwerte

- 5 Gemäss Art. 61a Abs. 1 Satz 1 DBG können juristische Personen bei Zuzug stille Reserven (inkl. originärem Goodwill) gewinnsteuerneutral aufdecken. Nicht aufgedeckt werden können hingegen stille Reserven auf Beteiligungen von mindestens 10 % (Art. 61a Abs. 1 Satz 2 DBG), da diese gemäss Art. 70 Abs. 4 DBG bei einer Veräusserung für den Beteiligungsabzug qualifizieren².

¹ So etwa die Bahamas, Belgien, die Bermudas, die British Virgin Islands (BVI), Frankreich, Guernsey, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Österreich, Portugal, Rumänien, Spanien sowie gewisse Staaten der USA (z.B. Delaware). Bei europäischen Staaten, bei denen dies nicht der Fall ist (z.B. Deutschland oder die Niederlande), wird typischerweise eine Sitzverlegung nach Luxemburg (oder Liechtenstein) als Zwischenschritt eingebaut. Innerhalb der EU/EWR sind grenzüberschreitende Sitzverlegungen und Fusionen immer möglich.

² Im Zeitpunkt des Zuzugs sind steuerlicher Buchwert und Gestehungskosten der Beteiligung identisch, sodass ein Gewinn indirekt (und reduziert um anteilige Finanzierungs- und

Die Aufdeckung der stillen Reserven kann in der Steuerbilanz vorgenommen werden und muss spätestens mit der Abgabe der ersten Steuererklärung geltend gemacht werden. In der Folge können die aufgewerteten Vermögenswerte (inkl. dem originären Goodwill) gewinnsteuerwirksam abgeschrieben werden. Die Abschreibung des originären Goodwills erfolgt gemäss Art. 61a Abs. 4 DBG innert zehn Jahren. 6

b) Verlustverrechnung

Gemäss Verwaltungspraxis können noch nicht genutzte Verlustvorträge der zuziehenden Gesellschaft grundsätzlich nicht mit den im Inland erzielten Gewinnen verrechnet werden³. Begründet wird dies mit der steuerlichen Liquidationsfiktion bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, da auch bei einer Liquidation bestehende Verlustvorträge definitiv verloren gehen. 7

Über die Möglichkeit des steuerlichen Zuzug-Step-Ups nach Art. 61a DBG, der über die nächsten Jahre steuerwirksam abgeschrieben werden kann, findet bei Gesellschaften mit stillen Reserven (ausserhalb von qualifizierenden Beteiligungen) ein Import von Abschreibungsvolumen statt. Damit wird der Verlust der ausländischen Verlustvorträge im Ergebnis zum Teil kompensiert. 8

c) Grundkapital/KER

Die Schranken für die Bildung von (verrechnungssteuerfrei rückzahlbarem) Grund- oder Stammkapital bzw. KER bei einer Sitzverlegung sind relativ eng. Nennwert bzw. KER können nur im Umfang des bereits in der ausländischen Gesellschaft vorhandenen Grund- oder Stammkapitals bzw. KER gebildet werden. Im Gegensatz zur Gewinnsteuer (vgl. vorn N 5 f.) ist bei der Immigration somit kein step-up für die Verrechnungssteuer möglich. Anders verhält es sich hingegen bei der Immigrationsquasifusion (vgl. dazu hinten N 20 f.) sowie bei einer nicht identitätswahrenden Sitzverlegung, bei der die ausländische Gesellschaft liquidiert wird und eine Neugründung der inländischen Gesellschaft (mit Kapitaleinlage) stattfindet. 9

Die KER der ausländischen Gesellschaft werden von der ESTV hingegen praxisgemäss auch dann akzeptiert, wenn die ausländischen KER kurz vor der Immigration oder Immigrationsfusion geschaffen wurden. Bei den im Zeitpunkt der Immigration vorhandenen KER handelt es sich um Ausland-KER i.S.v. 10

Verwaltungskosten) dem Beteiligungsabzug nach Art. 69, 70 DBG unterliegt. Mit der Verweigerung eines step-ups auf mind. 10 %- Beteiligungen bei Zuzug soll auch verhindert werden, Abschreibungspotenzial auf Beteiligungen in die Schweiz zu verlagern.

³ Vgl. HELBING/FELBER, § 10 N 23 f.

Art. 5 Abs. 1 quater lit. b VStG⁴. Analoges gilt für kurz vor der Immigration geschaffenes Grund- oder Stammkapital.

11 Beispiel

Eine im Ausland ansässige natürliche Person bringt die in Luxemburg ansässige X. Sàrl in eine neugegründete Luxemburger Y-Holding als Sacheinlage ein und schafft KER im Umfang des Verkehrswerts von X. Unmittelbar danach wird X. von Y. absorbiert. In der Folge verlegt Y. den Sitz in die Schweiz. Die ESTV akzeptiert die im Ausland geschaffenen KER. Die Sacheinlage mit zeitnaher Absorption im Ausland ist unschädlich und führt auch bei zeitnaher Sitzverlegung nicht zu Emissionsabgabebefolgen.

- 12 Der Zuzug einer Gesellschaft löst grundsätzlich keine Emissionsabgabe aus. Wird Nennkapital kurz vor dem Zuzug in die Schweiz geschaffen, kann dies gemäss Praxis der ESTV u.U. als Abgabeumgehung angesehen werden, welche zur Nacherhebung der Emissionsabgabe führt⁵.

d) Eigene Aktien

- 13 Eigene Aktien, die eine Gesellschaft im Zeitpunkt der Immigration hält, sind im Hinblick auf Art. 4a Abs. 2 VStG unbeachtlich. M.a.W. lösen diese für Verrechnungssteuer- und Einkommenssteuerzwecke keine Teilliquidation aus, auch wenn diese länger als sechs Jahre gehalten werden. Der mit dem Erwerb dieser Anteile erfolgte Mittelabfluss ist nämlich zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem die Gesellschaft nicht in der Schweiz ansässig war. Mit Bezug auf Art. 659 OR und den in Art. 4a Abs. 1 Satz 2 VStG enthaltenen Tatbestand der Teilliquidation sind solche Aktien aber zu berücksichtigen.

e) Beginn der Steuerpflicht

- 14 Die Steuerpflicht für Gewinnsteuerzwecke beginnt mit dem effektiven Zuzug (Sitzverlegung bzw. Beginn der tatsächlichen Verwaltung im Inland).
- 15 Gemäss Art. 50 DBG begründet sowohl die Verlegung des statutarischen Gesellschaftssitzes wie auch des Verwaltungssitzes in die Schweiz eine unbeschränkte Steuerpflicht.
- 16 Mit Bezug auf die Emissions- und Umsatzabgabe ist gemäss Art. 4 Abs. 1 StG der statutarische Sitz (oder die Handelsregistereintragung) in der Schweiz nötig.
- 17 Steuersubjekt für die Verrechnungssteuer ist eine Gesellschaft, die entweder statutarischen Sitz in der Schweiz hat oder im Inland geleitet wird und hier eine Geschäftstätigkeit ausübt (Art. 9 Abs. 1 VStG).

⁴ Vgl. OESTERHELT, EF 2019, 867 ff., 869.

⁵ ESTV, 18.11.2005, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 5 Abs. 2 lit. c StG Nr. 2 und 3.

Der Begriff des für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer massgebenden inländischen Sitzes i.S.v. Art. 24 Abs. 2 VStG ist demgegenüber enger. Wird bloss der Verwaltungssitz in die Schweiz verlegt, kann die Verrechnungssteuer auf Dividenden von inländischen Tochtergesellschaften gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG nur dann zurückgefordert werden, wenn sich die ausländische Gesellschaft freiwillig den Stempelabgaben unterstellt und bestätigt, dass das Besteuerungsrecht der Schweiz nicht durch ein Doppelbesteuerungsabkommen verdrängt wird⁶.

f) Auswirkungen für inländische Gesellschafter

Für inländische Gesellschafter hat die Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft in die Schweiz grundsätzlich keine unmittelbaren Steuerfolgen. Eine ausländische Liquidationsfiktion bei (identitätswahrendem) Zuzug führt zu keinen steuerlichen Folgen für die inländischen Gesellschafter.

2. Immigrationsfusion

Die Schweiz lässt gemäss Art. 163a IPRG eine Immigrationsfusion zu, wenn dies nach dem Recht des Wegzugsstaates möglich ist. Die Steuerfolgen der Immigrationsfusion entsprechen im Wesentlichen denen einer Sitzverlegung in die Schweiz⁷. Das Fusionsagio bei einer Immigrationsfusion stellt nur in dem Umfang Grund- oder Stammkapital bzw. KER dar, in dem es aus liberiertem Grund- oder Stammkapital bzw. KER der übernommenen Gesellschaft stammt⁸.

Für inländische Gesellschafter sollten sich bei der Fusion auf eine neu gegründete inländische Kapitalgesellschaft keine Steuerfolgen ergeben, sofern es nicht zu einem Zuwachs von Nennwert kommt, der über dem Bestand des Nennkapitals und KER der ausländischen Gesellschaft liegt⁹. Im Geschäftsvermögen erfolgt keine Besteuerung, soweit die Beteiligungsbuchwerte beibehalten werden und keine Ausgleichszahlungen erfolgen. Ausgleichszahlungen führen im Privatvermögen je nach Herkunft zu steuerfreiem Kapitalgewinn (Zahlung durch Gesellschafter) oder Dividendenertrag (Zahlung durch Gesellschaft)¹⁰.

⁶ ESTV, 17.3.1998, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 7 und ESTV, 1.12.2005, in: Praxis der Bundessteuern, Nr. 12.

⁷ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.4.2.

⁸ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.4.2.

⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.3.2.

¹⁰ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.3.3.

3. *Immigrationsquasifusion*

- 22 Bei einer Immigrationsquasifusion übernimmt eine inländische juristische Person die Anteilsrechte an einer ausländischen juristischen Person gegen Ausgabe von Beteiligungsrechten. Da bei der Quasifusion die übernommene Gesellschaft fortbesteht und nur ihre Anteile in eine inländische juristische Person übertragen werden, ist die Quasifusion aus rechtlicher Sicht einfacher als die grenzüberschreitende Sitzverlegung oder Fusion umzusetzen und daher in der Praxis weit verbreitet.
- 23 Die Einlage bzw. gemischte Einlage mit Verkauf der ausländischen Gesellschaft in die inländische Gesellschaft kann bis zur Höhe des Verkehrswerts der ausländischen Gesellschaft erfolgen (zu Grenzen für die Steuerneutralität bei inländischen Anteilshabern, siehe hinten). Als Einlage unterliegt sie gem. Art. 60a DBG nicht der Gewinnsteuer.

a) **Bildung von Nennwert/KER**

- 24 Im Zuge einer Immigrationsquasifusion kann bei der übernehmenden inländischen juristischen Person Nennwert bzw. KER in der Höhe des Verkehrswerts der übernommenen ausländischen Gesellschaft gebildet werden. Somit kommt es aus Sicht der Verrechnungssteuer zu einer Art step-up. Um keine Emissionsabgabefolgen auszulösen, sollte der neu geschaffene Nennwert aber maximal 30 % des Verkehrswerts der übertragenen Beteiligungsrechte betragen¹¹.
- 25 **Beispiel**
Eine von einer ausländischen natürlichen Person gehaltene ausländische Kapitalgesellschaft (Verkehrswert: 10 Mio. CHF) wird von einer inländischen Kapitalgesellschaft (SwissCo) gegen Ausgabe neuer Anteile an der SwissCo übernommen. SwissCo bildet im Umfang von 10 Mio. CHF KER (*Variante*: 10 Mio. CHF Nennwert). Dies führt weder zu Emissionsabgabe- noch Verrechnungssteuerfolgen (vorbehaltlich der zeitnahen Absorption, siehe nachfolgend). Wird hingegen Nennwert im Umfang von 10 Mio. CHF geschaffen, ist die Emissionsabgabe auf 7 Mio. CHF geschuldet.
- 26 Ist die übernehmende inländische Gesellschaft eine an einer schweizerischen Börse kotierte Gesellschaft, können Ausland-KER i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{quater} VStG gebildet werden¹². Bislang konnten Ausland-KER nur bei einer Immigrationsquasifusion, nicht aber bei einer Beteiligungsausgliederung durch eine ausländische Gesellschaft gebildet werden. Nach neuerer Praxis der ESTV wird Art. 5 Abs. 1^{quater} VStG auch auf Beteiligungsausgliederungen angewandt¹³.

¹¹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.7.5.

¹² Zur Bedeutung der Ausland-KER vgl. OESTERHELT, EF 2019, 867 ff.

¹³ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2023, 170 ff., 188.

Beispiel

Die mehrheitlich ausländischen Aktionäre der ausländischen A. AG übertragen sämtliche Aktien an der A. AG gegen Kapitalerhöhung auf die inländische, an der Schweizer Börse kotierte SwissCo. Im Umfang des Verkehrswerts der A. AG können bei der SwissCo Ausland-KER i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{quater} lit. a VStG geschaffen werden.

27

b) **Quasifusion mit zeitnaher Absorption**

Bei der Quasifusion ist zu beachten, dass eine zeitnahe Absorption der Tochter, d.h. innerhalb von fünf Jahren nach der Übertragung, gemäss Praxis der ESTV dazu führt, dass die geschaffenen KER wieder aberkannt werden bzw. der Nennwertanstieg Verrechnungssteuer- und Einkommenssteuerfolgen hat¹⁴. Gleiches gilt bei einer zeitnahen Liquidation der eingelegten Tochter oder gleichkommenen Vorgängen (z.B. einer faktischen Liquidation durch Übertragung der wesentlichen Vermögenswerte).

28

Beispiel

Eine von einer ausländischen natürlichen Person gehaltene inländische Kapitalgesellschaft (Verkehrswert: 10 Mio. CHF; Aktienkapital/KER von 1 Mio. CHF) wird von einer inländischen Kapitalgesellschaft (SwissCo) gegen Ausgabe neuer Anteile an der SwissCo übernommen. SwissCo bildet im Umfang von 10 Mio. CHF KER. Anschliessend, innerhalb von fünf Jahren, wird die inländische Kapitalgesellschaft von SwissCo absorbiert. Nach Auffassung der ESTV wird dies so betrachtet, als hätte von Anfang an eine Fusion zwischen Schwestergesellschaften stattgefunden. Die KER von 10 Mio. CHF werden daher im Umfang von 9 Mio. CHF (soweit sie das bestehende Aktienkapital/KER der übernommenen Gesellschaft übersteigen) aberkannt. Zwischenzeitlich erfolgte Ausschüttungen aus KER, die den steuerlich anerkannten Betrag von nun nur noch 1 Mio. CHF übersteigen, müssen nachträglich der Verrechnungssteuer unterworfen werden¹⁵.

29

c) **Internationale Transponierung**

Eine zeitnahe Sitzverlegung der ausländischen übernommenen Gesellschaft nach einer Immigrationsquasifusion kann dazu führen, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der internationalen Transponierung verweigert wird¹⁶.

30

¹⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.7.3.2.

¹⁵ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.7.3.2.

¹⁶ Vgl. hierzu § 26 N 12 ff.

d) Steuerfolgen für inländische Gesellschafter

- 31 Die Quasifusion stellt einen Anteilstausch dar¹⁷, der im Privatvermögen – vorbehaltlich der Steuerfolgen der Transponierung nach Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG oder allenfalls indirekten Teilliquidation nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG – zu einem steuerfreien Kapitalgewinn führt. Ausnahmen zur Steuerfreiheit können bei der Grundstückgewinnsteuer im Falle einer wirtschaftlichen Handänderung oder bei der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen bestehen.
- 32 Für natürliche Personen, die die Anteile im Geschäftsvermögen halten, kommt ein steuerneutraler Tausch in Betracht, wenn die Beteiligungsbuchwerte fortgeführt werden (Art. 19 Abs. 1 lit. c DBG)¹⁸. Gleiches gilt für juristische Personen (Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG), jedoch wird seitens der ESTV zusätzlich auch auf Ebene der aufnehmenden Gesellschaft die Fortführung der Buchwerte (oder bei Übernahme einer kotierten Gesellschaft des Aktivenüberschusses) verlangt¹⁹.
- 33 Erhöht sich die Beteiligungsquote einer Kapitalgesellschaft als Gesellschafter von bisher unter 10 % auf mindestens 10 % an der übernehmenden Gesellschaft oder wird die Beteiligung bei der übernehmenden Tochtergesellschaft zu einem höheren Wert als dem bisherigen Beteiligungsbuchwert eingebucht, scheidet die Steuerfreiheit aufgrund einer durch den Beteiligungsabzug bedingten Realisation²⁰. Beim übertragenden inländischen Gesellschafter wird ein Veräusserungsgewinn bzw. Aufwertungsgewinn besteuert.

4. Immigrationsspaltung

- 34 Die steuerlichen Folgen einer Immigrationsspaltung ähneln der der Sitzverlegung; es kann ein sog. Zuzugs-Step-Up nach Art. 60a DBG (Einlage in anderen Rechtsträger) oder Art. 61a DBG (innerhalb des gleichen Rechtsträgers) geltend gemacht werden.
- 35 Übersteigt die Summe von Nennkapital und KER der beiden aufgespaltenen Gesellschaften den Bestand vor der Spaltung, liegt im Umfang des übersteigenden Nennkapitals steuerbarer Gratisnennwert vor, der bei inländischen Gesellschaftern, die die Anteile im Privatvermögen halten, zu steuerbarem Vermögensertrag nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG führt. Der Betrag unterliegt auf Ebene der inländischen Kapitalgesellschaft zudem der Verrechnungssteuer.

¹⁷ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.1.4.

¹⁸ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 3.3.2.

¹⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.6.2.3.

²⁰ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.6.2.2.

Beispiel

36

Die ausländische Kapitalgesellschaft verfügt vor der Spaltung über ein Aktienkapital von umgerechnet 10 Mio. CHF. Im Rahmen der Spaltung werden offene Reserven von 2 Mio. CHF auf die inländische Gesellschaft (SwissCo) übertragen und 2 Mio. CHF Aktienkapital geschaffen. Bei der ausländischen Gesellschaft beträgt die Herabsetzung des Aktienkapitals nur 1 Mio. CHF und die restlichen 1 Mio. CHF werden aus übrigen Reserven übertragen. 1 Mio. CHF werden bei der SwissCo als Gratisnennwert angesehen, der der Einkommenssteuer und Verrechnungssteuer unterliegt.

Damit die Spaltung nicht als geldwerte Leistung zwischen Schwestergesellschaften zu Steuerfolgen auf Ebene der inländischen Gesellschafter führt, müssen die Spaltungsvoraussetzungen gemäss Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG (abgesehen von der Buchwertfortführung) erfüllt werden. Dies betrifft insb. das doppelte Betriebserfordernis²¹. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt im Umfang des (gemäss Steuerverwaltung übertragenen oder zurückbehaltenen) Nicht-Betriebs eine verdeckte Gewinnausschüttung an den Gesellschafter vor, die als Dividendenertrag besteuert wird²².

5. Übertragung von einzelnen Vermögenswerten in die Schweiz**a) Innerhalb eines Rechtssubjekts**

Art. 61a DBG qualifiziert die Verlegung von Vermögenswerten, Betrieben, Teilbetrieben oder Funktionen aus dem Ausland in einen inländischen Geschäftsbetrieb oder in eine inländische Betriebsstätte oder Funktionen in die Schweiz als Beginn der Steuerpflicht. Entscheidend ist, dass hier keine Übertragung zwischen verschiedenen Rechtsträgern, sondern innerhalb desselben Rechtsträgers erfolgt.

²¹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.3 sowie Ziff. 4.3.2.11.

²² ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.3.3, mit Möglichkeit eines vorgängigen Revers mit Behaltefrist von fünf Jahren.

- 39 **Beispiel**
SwissCo verfügt über eine Betriebsstätte im Ausland, in der IP (Buchwert: 0 Mio. CHF; Verkehrswert: 10 Mio. CHF) entwickelt wurde. Überführt die SwissCo das IP aus der ausländischen Betriebsstätte in das Stammhaus in die Schweiz, kann sie das IP steuerlich zum Verkehrswert von 10 Mio. CHF ansetzen und steuerwirksam über die Nutzungsdauer abschreiben.
- 40 Ein weiteres Anwendungsbeispiel ist die Übertragung von bestehenden Vermögenswerten oder Funktionen aus dem Ausland auf die inländische Betriebsstätte einer ausländischen Gesellschaft. Die beschränkte Steuerpflicht der ausländischen Gesellschaft ergibt sich dabei aus Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG.

b) Zwischen verschiedenen Rechtssubjekten

- 41 Die Übertragung von Vermögenswerten zwischen verschiedenen Rechtsträgern ist grundsätzlich angemessen, d.h. zum Verkehrswert zu entschädigen. Ein überhöhter Kaufpreis der Schweizer Gesellschaft an eine ausländische verbundene Person würde nach Art. 58 Art. 1 lit. b DBG als geldwerte Leistung steuerlich korrigiert werden und kann als verdeckte Gewinnausschüttung der Verrechnungssteuer unterliegen. Ein unterpreislicher Preis kann bei Erwerb vom direkten Gesellschafter der Emissionsabgabe in Höhe der Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis unterliegen.
- 42 Übertragungen von Betrieben, Teilbetrieben, Vermögensgegenständen des betrieblichen Anlagevermögens sowie auch Beteiligungen zwischen verschiedenen Rechtsträgern können im nationalen Verhältnis als steuerneutrale Ausgliederung (Übertragung auf eine Tochtergesellschaft) nach Art. 61 Abs. 1 lit. d, Abs. 2 DBG oder Konzernübertragung (Übertragung auf eine Schwester- oder Muttergesellschaft) nach Art. 61 Abs. 3, Abs. 4 DBG qualifizieren.
- 43 Im grenzüberschreitenden Bereich kommt die steuerneutrale Ausgliederung aus einer inländischen Betriebsstätte auf eine inländische Tochtergesellschaft in Betracht, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht, die Gewinnsteuerwerte fortgeführt werden und die Sperrfrist von fünf Jahren in Bezug auf die Anteile an der inländischen Tochter und übertragenen Vermögensgegenstände eingehalten wird.
- 44 Als Konzernübertragung ins Inland kommt ebenfalls die steuerneutrale Übertragung aus einer inländischen Betriebsstätte auf eine inländische Schwester- oder Muttergesellschaft unter den Voraussetzungen der Konzernzugehörigkeit und Sperrfrist nach Art. 61 Abs. 4 DBG in Betracht.
- 45 Erfolgt die Übertragung aus dem Ausland (ohne inländische Betriebsstätte) auf eine inländische Gesellschaft oder Betriebsstätte, ist gewinnsteuerlich keine Fortführung der Gewinnsteuerwerte nötig bzw. möglich, da diese erstmalig in

der Schweiz begründet werden. Die Gewinnsteuerwerte können bei der inländischen Gesellschaft maximal mit dem Verkehrswert angesetzt werden, wobei das Massgeblichkeitsprinzip der Handelsbilanz gilt (Anschaffungspreis; es sei denn, die korrespondierende Besteuerung im Ausland kann nachgewiesen werden und einen höheren Steuerbilanzwert rechtfertigen).

Für die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften können jedoch bei unterpreislicher oder überpreislicher Übertragung geldwerte Leistungen vorliegen, die der Dividendenbesteuerung unterliegen. 46

Beispiel 47

Die ausländische Gesellschaft überträgt betriebliches Anlagevermögen/eine Beteiligung zum Buchwert auf ihre inländische Schwestergesellschaft (Variante: inländische Muttergesellschaft). Für den Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft kann – unter Anwendung der modifizierten Dreieckstheorie für juristische Personen als Gesellschafter²³ – eine geldwerte Leistung vorliegen, wenn die Beteiligung abgeschrieben werden muss. Bei der Variante kann eine allfällige Wertberichtigung auf der Beteiligung der ausländischen Tochtergesellschaft steuerlich nicht geltend gemacht werden, die Gesteungskosten reduzieren sich jedoch²⁴.

Die Übertragung von steuerbaren Urkunden oder inländischen Immobilien kann der Umsatzabgabe oder der kantonalen/kommunalen Handänderungssteuer unterliegen. Für diese Steuern sind die nationalen Ausnahmen nach Art. 14 Abs. 1 lit. i und j StG (Umsatzabgabe) sowie Art. 103 FusG mit den entsprechenden Umsetzungsnormen zu prüfen. So ist etwa die Übertragung von Kleinstbeteiligungen von der Umsatzabgabe ausgenommen, wenn sie mittelbar und unmittelbar gehalten mind. 20 % ausmachen und eine Konzernübertragung vorliegt²⁵. 48

III. Emigration

1. Sitzverlegung ins Ausland

Eine inländische Gesellschaft kann gemäss Art. 163 Abs. 1 IPRG ihren statutarischen Sitz ins Ausland verlegen, wenn das ausländische Recht Gegenrecht hält (vgl. N 3). Aus steuerrechtlicher Sicht wird die Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland einer Sitzverlegung gleichgestellt, wenn die Schweiz dadurch gemäss anwendbarem Doppelbesteuerungsabkommen das Besteuerungsrecht verliert. Dies ist mit Bezug auf alle Staaten der Fall, welche

²³ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.5.2.16.

²⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.5.2.14.

²⁵ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.5.5.

eine Art. 4 Abs. 3 OECD-MA 2010 nachgebildete Bestimmung im anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen haben, oder bei entsprechender Verständigungslösung zwischen den betroffenen Staaten.

a) Gewinnsteuer

- 50 Verlegt die Gesellschaft sowohl ihren Sitz als auch die tatsächliche Verwaltung ins Ausland, endet die unbeschränkte Steuerpflicht in der Schweiz. Die Steuerpflicht der Gesellschaft endet nach unilateralem Recht (Art. 54 Abs. 2 DBG) erst mit Löschung der Gesellschaft im Handelsregister. Das Besteuerungsrecht der Schweiz als Wegzugsstaat wird aber durch die Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Bestimmung im zwischen der Schweiz und dem Zugzugsstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen regelmässig verdrängt, sodass der Schweiz ein Besteuerungsrecht nur bis zur Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland zukommt. In dem Umfang, in dem Vermögenswerte der Gesellschaft einer inländischen Betriebsstätte zuzurechnen sind, bleibt die Gesellschaft in der Schweiz aber gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG beschränkt steuerpflichtig.
- 51 Endet die Steuerpflicht, so werden gemäss Art. 61b Abs. 1 DBG die in diesem Zeitpunkt vorhandenen, nicht versteuerten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts besteuert. Dies gilt aber nur für diejenigen Vermögenswerte, für die die fiskalische Verknüpfung aufgegeben wird. Vermögenswerte, die einer inländischen Betriebsstätte zuzurechnen sind, unterliegen keiner Wegzugsbesteuerung nach Art. 61b Abs. 1 DBG.
- 52 Als relevanter Wert ist auf den Verkehrswert der inländischen Gesellschaft (Liquidationsfiktion, mit Anwendung der Fortführungsbewertung) abzustellen. Gewinnsteuerlich wird dieser Wert abzüglich der offenen Reserven nach Art. 61b DBG besteuert (und abzüglich der im Inland steuerpflichtig bleibenden Vermögenswerte wie Liegenschaften oder Betriebsstätten). Für qualifizierende Beteiligungen ist im Umfang des entsprechenden fiktiven Veräusserungsgewinns der Beteiligungsabzug nach Art. 69, 70 Abs. 4 DBG anwendbar.

b) Verrechnungssteuer

- 53 Solange die Kapitalgesellschaft trotz statutarischen Sitzes im Ausland im Inland geleitet wird und noch eine inländische Geschäftstätigkeit ausübt, qualifiziert sie als Inländer nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 VStG. Wird nicht nur der statutarische Sitz, sondern auch die tatsächliche Verwaltung ins Ausland verlegt, ist die Gesellschaft nicht mehr Steuersubjekt der Verrechnungssteuer. Dies wird gemäss Art. 4 Abs. 2 VStG einer Liquidation der Gesellschaft gleichgestellt.

Auf dem Liquidationserlös (d.h. auf der Differenz zwischen Verkehrswert der Gesellschaft und Aktienkapital/KER) ist die Verrechnungssteuer geschuldet.

Leistungsempfänger der geldwerten Leistung und somit potenziell zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind – wie bei einer Liquidation – die Anteilsinhaber der schweizerischen Gesellschaft²⁶. Je nach Situation der Anteilsinhaber kann die Verrechnungssteuer gemeldet werden, so z.B. bei qualifizierten Beteiligungen und Reduktion der Quellensteuer nach Doppelbesteuerungsabkommen (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA) oder bei einem inländischen Gesellschafter nach Art. 24 Abs. 1 lit. d VStV²⁷.

c) Auswirkungen für inländische Gesellschafter

Für inländische Gesellschafter hat die Sitzverlegung einer inländischen Gesellschaft ins Ausland grundsätzlich keine unmittelbaren Steuerfolgen, da die Beteiligungsrechte unverändert bleiben (kein Austausch/Realisationstatbestand) und im Geschäftsvermögen die Buchwerte fortgeführt werden.

Die Liquidationsfiktion der Gesellschaft gilt – wie bei der Emigrationsfusion – bloss für die Gewinnsteuer auf Ebene der Gesellschaft und die Verrechnungssteuer.

Beispiel

Eine von einer inländischen natürlichen Person gehaltene in der Schweiz ansässige Aktiengesellschaft (Verkehrswert: 10 Mio. CHF; AK/KER: 100 000) verlegt ihren Sitz nach Liechtenstein. Für den Aktionär hat die Sitzverlegung keine Einkommenssteuerfolgen. Auf 9.9 Mio. CHF ist die Verrechnungssteuer von 35 % geschuldet, wobei gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. d VStV das Meldeverfahren angewendet werden kann. Sollte das Meldeverfahren keine Anwendung finden, ist der Liquidationsüberschuss im Wertschriftenverzeichnis zu deklarieren, um die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu erhalten²⁸.

2. Emigrationsfusion

Gemäss Art. 163b IPRG ist eine Absorption einer inländischen Gesellschaft möglich, wenn das ausländische Recht Gegenrecht hält. Die Steuerfolgen einer solchen Emigrationsfusion entsprechen grundsätzlich den Steuerfolgen einer Sitzverlegung ins Ausland²⁹. Für Gewinn- und Verrechnungssteuerzwecke

²⁶ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.4.2 zur Emigrationsfusion.

²⁷ Die Verrechnungssteuer entsteht gemäss Art. 12 Abs. 1 Satz 2 VStG bereits mit dem Beschluss der Sitzverlegung. Zu den Verfahrenspflichten bei Sitzverlegung ins Ausland, vgl. Art. 22 Abs. 5 VStV.

²⁸ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.4.2 zur Emigrationsfusion.

²⁹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.2.2 und 4.1.2.4.2.

liegt eine Liquidationsfiktion vor (für Gewinnsteuerzwecke nur, soweit keine inländische Steuerpflicht fortbesteht). Leistungsempfänger für Verrechnungssteuerzwecke sind auch hier die Gesellschafter der fusionierten inländischen Gesellschaft³⁰.

- 59 Wie bei der Immigrationsfusion kann ein Nennwertzuwachs zu steuerbarem Einkommen führen (vgl. N 20 f.). Ausgleichszahlungen können – je nach Leistung aus der Gesellschaft oder von anderen Gesellschaftern bzw. der Muttergesellschaft – steuerbaren Dividendenertrag oder einen Kapitalgewinn darstellen³¹.

3. *Emigrationsquasifusion sowie Beteiligungsausgliederung auf ausländische Tochtergesellschaft*

- 60 Die Emigrationsquasifusion bzw. die Beteiligungsausgliederung ist insb. dann sinnvoll, wenn eine Sitzverlegung zivilrechtlich nicht möglich ist oder angesichts der Verrechnungssteuerfolgen (Liquidationsfiktion) nicht sinnvoll erscheint. Deshalb wird besonders bei kotierten Gesellschaften eine Emigration regelmässig auf diesem Weg durchgeführt.

a) **Gewinnsteuer**

- 61 Die Übertragung oder Einlage einer inländischen Gesellschaft auf eine ausländische Tochtergesellschaft führt aufgrund des Fortbestands der inländischen Gesellschaft zu keinen Gewinnsteuerfolgen auf Ebene der inländischen Gesellschaft. Grundsätzlich können auch bestehende Steuerattribute wie Verlustvorträge fortgeführt werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich um eine faktisch liquidierte Gesellschaft handelt (sog. Mantelhandel).

b) **Verrechnungssteuer**

- 62 Die Einlage oder Übertragung einer inländischen Kapitalgesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft kann dazu führen, dass sich die Höhe der Verrechnungssteurrückerstattung auf zukünftige Dividenden der inländischen Gesellschaft an den ausländischen Gesellschafter verbessert. Anders als bei der Übertragung auf eine inländische Gesellschaft, stellt dies keine internationale Transponierung (vgl. § 26) dar, sondern kann unter dem Gesichtspunkt der Altreservenpraxis (vgl. § 25 N 5 ff.) oder auch stellvertretenden (Teil-)Liquidation

(vgl. § 25 N 100 ff.) zur Versagung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf zukünftige Ausschüttungen führen.

c) **Steuerfolgen für inländische Gesellschafter**

Bei den Steuerfolgen für inländische Gesellschafter kann auf die Ausführungen 63 zur Immigrationsquasifusion verwiesen werden (vgl. N 20 ff.).

4. *Emigrationsspaltung*

a) **Gewinnsteuer**

Bei der Emigrationsspaltung wird die inländische Gesellschaft in eine in- und eine ausländische Gesellschaft gespalten. Für die Gewinnsteuer erfolgt eine sog. Exit-Besteuerung nach Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG: Es liegt eine geldwerte Leistung an einen anderen (hier: ausländischen) Rechtsträger aufgrund der Übertragung ohne entsprechende Gegenleistung vor. Soweit eine inländische Steuerpflicht z.B. aufgrund inländischer Betriebsstätte zurückbleibt, kann die Spaltung unter den Voraussetzungen von Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG steuerneutral erfolgen. 64

Die Steuerneutralität der Spaltung auf Gesellschaftsebene setzt (im inländischen Verhältnis) voraus, dass ein Betrieb oder Teilbetrieb weitergeführt wird. Sofern die Steuerneutralität für eine zurückbleibende inländische Betriebsstätte nach Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG in Anspruch genommen werden soll, sind die allgemeinen Voraussetzungen zu erfüllen: 65

- 1 Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz
- 2 doppeltes Betriebserfordernis betreffend Übertragung und Rückbehalt je eines Teilbetriebs,
- 3 Übertragung zu Steuerbuchwerten (soweit es die inländische Betriebsstätte betrifft),
- 4 Betriebsfortführung und
- 5 Übertragung gegen angemessenes Eigenkapital (kein Verkauf)³².

Sollte dies nicht der Fall sein, wird nach Praxis der ESTV auf den stillen Reserven des Nicht-Betriebs abgerechnet³³. 66

³⁰ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.4.2.

³¹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.1.2.3.9; 4.1.2.3.3.

³² Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.1, 4.3.2.4.

³³ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.2.12.

b) Verrechnungssteuer

- 67 Die Emigrationsspaltung stellt als Übertragung auf eine Schwestergesellschaft ohne angemessene Gegenleistung eine geldwerte Leistung dar, die der Verrechnungssteuer gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG unterliegt. Leistungsempfänger ist – anders als bei der Emigrationsfusion (vgl. dazu vorne N 58), bei der die inländische Gesellschaft als Steuersubjekt untergeht – die ausländische Schwestergesellschaft und nicht die Gesellschafter³⁴. Dies führt dazu, dass die Verrechnungssteuer auf die geldwerte Leistung (Verkehrswert abzüglich übertragenes AK/KER) nicht vollständig, sondern auch in DBA-Fällen nur bis auf 15 % zurückgefordert werden kann³⁵.
- 68 In der Praxis werden daher i.d.R. andere Gestaltungen gesucht, die nicht zu einer Verrechnungssteuerbelastung führen. In Betracht kommt eine Spaltung im Inland mit anschliessender Emigrationsfusion oder anschliessender Sitzverlegung.

69 Beispiel

Eine von einer in den Niederlanden ansässigen Gesellschaft (DutchCo) gehaltene inländische Tochtergesellschaft (SwissCo) will einen Betrieb auf ihre in Luxemburg ansässige Schwestergesellschaft (LuxCo) abspalten. Wenn dies im Rahmen einer direkten (einstufigen) Spaltung erfolgt, erbringt SwissCo an LuxCo eine geldwerte Leistung im Umfang des Verkehrswerts der gegenleistungslos übertragenen Aktiven. LuxCo ist gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. a (ii) DBA-LUX zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz von 15 % berechtigt (vgl. § 19 N 9 ff.). Das Meldeverfahren wird gemäss Praxis der ESTV verweigert (vgl. § 19 N 116).

Wenn nun SwissCo den Betrieb in einem ersten Schritt auf eine neu errichtete inländische Gesellschaft (NewCo) abspaltet, ist der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG anwendbar, sodass keine Verrechnungssteuer geschuldet ist. (Wenn das Betriebserfordernis nicht erfüllt ist, kann Art. 5 Abs. 1 lit. a VStG nicht angerufen werden. Da NewCo aber zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist, wird die Verrechnungssteuer in diesem Fall aus verwaltungsökonomischen Gründen nicht erhoben.) In einem zweiten Schritt fusioniert nun NewCo mit LuxCo. Da es sich nun um eine Emigrationsfusion handelt (vgl. N 58), ist DutchCo Leistungsempfängerin. Somit kann DutchCo gestützt auf Art. 10 Abs. 3 DBA-NL die vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen bzw. das Meldeverfahren anwenden.

c) Steuerfolgen für inländische Gesellschafter

Für die inländischen Gesellschafter stellt die Emigrationsspaltung unter den o.g. Voraussetzungen für eine steuerneutrale Spaltung eine Vermögensumschichtung und keine steuerbare geldwerte Leistung dar³⁶, wobei die Beibehaltung der Buchwerte auf Gesellschaftsebene irrelevant ist.

Zudem darf für Einkommenssteuerzwecke kein Nennwertzuwachs entstehen, d.h., das Nennkapital der ausländischen Gesellschaft zusammen mit dem der inländischen Gesellschaft (plus KER) darf nicht höher als der Bestand bei der inländischen Gesellschaft vor der Spaltung sein. Andernfalls liegt ein nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG steuerbarer Vermögensertrag vor³⁷.

Der Anteilstausch ist im Geschäftsvermögen bei Fortführung der Anschaffungskosten/Buchwerte nach Art. 19 Abs. 1 lit. c und Art. 61 Abs. 1 lit. c DBG steuerneutral.

Sind die Voraussetzungen für eine Spaltung nach Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG, z.B. mangels Betriebsübertragung oder -fortführung nicht erfüllt, liegt eine geldwerte Leistung vor, die unter den Voraussetzungen der modifizierten Dreieckstheorie im Geschäftsvermögen bzw. bei vorgängigem Revers im Privatvermögen nicht besteuert wird³⁸. Andernfalls ist die Spaltung als Ausschüttung und Einlage in die ausländische Gesellschaft zu behandeln und unterliegt der Einkommensbesteuerung nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG.

5. Übertragung von einzelnen Vermögenswerten ins Ausland**a) Innerhalb eines Rechtssubjekts**

Art. 61b DBG qualifiziert die Verlegung von Vermögenswerten, Betrieben, Teilbetrieben oder Funktionen aus dem Inland in einen ausländischen Geschäftsbetrieb oder in eine ausländische Betriebsstätte als Ende der Steuerpflicht. Entscheidend ist, dass hier keine Übertragung zwischen verschiedenen Rechtsträgern, sondern innerhalb desselben Rechtsträgers erfolgt. Entsprechend führt die Übertragung auch nicht zu Verrechnungssteuer- oder Stempelabgabefolgen.

³⁴ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.4.1. Anders hingegen noch ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 4.3.4.1.

³⁷ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.3.2.

³⁸ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.3.3., Beispiel 13.

³⁴ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.3.4.1. Anders hingegen noch ESTV, KS 5 vom 1.6.2004, Ziff. 4.3.4.1.

³⁵ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FSr 2022, 3 ff., 21.

- 75 Für Gewinnsteuerzwecke führt die Beendigung der inländischen Steuerpflicht zu einer Abrechnung auf den stillen Reserven der Vermögensgegenstände oder Funktionen, die ins Ausland überführt werden³⁹.

b) Ausserhalb eines Rechtssubjekts

- 76 Die Übertragung von Vermögenswerten zwischen verschiedenen Rechtsträgern muss grundsätzlich zum Verkehrswert erfolgen, andernfalls liegt eine geldwerte Leistung oder Einlage vor. Im inländischen Verhältnis sind Übertragungen im Rahmen von Ausgliederungen oder Konzernübertragungen (vgl. vorn N 41 ff.) steuerneutral möglich.
- 77 Grenzüberschreitend können Beteiligungen auf ausländische Tochtergesellschaften steuerneutral übertragen werden, da das Steuersubstrat weiter im Inland verhaftet bleibt. Zu beachten sind jedoch steuersystematische Realisationen, wenn eine Beteiligung von unter 10 % auf eine Tochtergesellschaft, an der mind. 10 % gehalten werden, übertragen wird oder wenn die Beteiligung über dem Buchwert bei der Tochter erfasst wird (Aufwertungsgewinn)⁴⁰. Dabei gilt, dass bei der Übertragung auf eine ausländische Tochtergesellschaft die Einbuchung über dem Gewinnsteuerwert steuerlich nach Praxis der ESTV⁴¹ erst bei einer Rückübertragung ins Inland erfasst wird.
- 78 Erfolgt die Ausgliederung auf die inländische Betriebsstätte einer ausländischen Tochtergesellschaft, können der Betrieb, Teilbetrieb bzw. die Gegenstände des betrieblichen Anlagevermögens zum Gewinnsteuerwert neutral unter Einhaltung der Sperrfrist gem. Art. 61 Abs. 2 DBG übertragen werden⁴².
- 79 Entsprechend können Betriebe, Teilbetriebe, Gegenstände des betrieblichen Anlagevermögens und mittelbar zu mind. 20 % gehaltene Beteiligungsrechte steuerneutral auf ausländische Schwester- oder Muttergesellschaften übertragen werden, wenn sie dort dem inländischen Besteuerungsrecht z.B. aufgrund einer inländischen Betriebsstätte unterliegen und die Sperrfrist nach Art. 61 Abs. 4 DBG eingehalten wird⁴³. Anders als bei der Ausgliederung wird bei der Übertragung einer Beteiligung auf eine ausländische Schwester- oder Muttergesellschaft (ohne inländische Betriebsstätte), sofern keine Kontrolle durch eine inländische Konzerngesellschaft vorliegt, das Besteuerungsrecht nicht erhalten, sodass über die stillen Reserven (ggf. unter Anwendung des Beteiligungsabzugs) abzurechnen ist⁴⁴.

³⁹ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 2.2.1, steuersystematische Realisation.

⁴⁰ Vgl. ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.4.2.2.4.

⁴¹ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.4.2.2.5.

⁴² ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.4.1.2.3.

⁴³ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.5.2.2.

⁴⁴ ESTV, KS 5a vom 1.2.2022, Ziff. 4.5.2.6.

Die Übertragung ohne angemessene Gegenleistung auf eine ausländische Schwester- oder Muttergesellschaft stellt für Zwecke der Verrechnungssteuer eine steuerbare geldwerte Leistung nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG dar. Die Kontrolle durch eine inländische Konzerngesellschaft ist für Verrechnungssteuerzwecke – im Gegensatz zur Gewinnsteuer – irrelevant⁴⁵.

Unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 lit. i und j StG fällt auch die Übertragung von steuerbaren Urkunden auf eine ausländische Konzerngesellschaft unter die Umsatzabgabeausnahme.

⁴⁵ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, FSr 2022, 3 ff., 26 (mit Hinweis auf die gegenteilige frühere Praxis der ESTV).

4. Teil: Kapitalerträge

§ 19 Dividenden

STEFAN OESTERHELT

I.	Geteiltes Besteuerungsrecht (Art. 10 OECD-MA)	416
II.	Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 10 Abs. 1 OECD-MA)	417
III.	Besteuerungsrecht des Quellenstaates (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA).....	417
	1. Zahlung einer Dividende.....	418
	a) Abkommensdefinition von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA	418
	b) Offene Gewinnausschüttungen.....	419
	c) Zinsen auf partiarischen Darlehen	419
	d) Verdeckte Gewinnausschüttungen.....	420
	e) Zahlung.....	421
	2. Ansässigkeit der Dividendenschuldnerin	421
	a) Doppelansässiges Unternehmen: Bilateraler Sachverhalt.....	421
	b) Doppelansässiges Unternehmen: Dreieckssachverhalt	423
	3. Ansässigkeit der Dividendenempfängerin.....	424
	a) Vorrangige Ansässigkeit im Quellenstaat.....	425
	b) Nachrangige Ansässigkeit im Quellenstaat.....	426
	c) Doppelansässige Person: Dreieckssachverhalt	426
	4. Nutzungsberechtigung	427
	5. Rechtsfolge	429
IV.	Qualifizierte Beteiligungen (Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA)	431
	1. Beschränkung des Besteuerungsrechts des Quellenstaates auf 5 % für Konzerndividenden	431
	2. Gesellschaft als Dividendenempfängerin	431
	3. Kapitalbeteiligung von 25 %.....	432
	4. Unmittelbare Beteiligung.....	433
	5. Haltedauer	435
	a) Update 2017	435
	b) Nachträgliche Erfüllung der Haltedauer	436
	c) Änderung der Beteiligungsquoten	436
	d) Einfluss von Umstrukturierungen auf Haltedauer.....	437
V.	Betriebsstättenvorbehalt (Art. 10 Abs. 4 OECD-MA).....	438
	1. Besteuerungsrecht des Betriebsstättenstaates	438
	2. Rückerstattungsberechtigung inländischer Betriebsstätten (Art. 24 Abs. 3 VStG).....	439
VI.	Verbot der extraterritorialen Besteuerung (Art. 10 Abs. 5 OECD-MA).....	440
VII.	Art. 9 AIA-EU.....	440
VIII.	Entlastungsverfahren	441
	1. Rückerstattung oder Entlastung an der Quelle	441
	2. Anwendungsbereich des Meldeverfahrens für die Verrechnungssteuer.....	442
	a) DBA-Entlastungsverordnung	442
	b) Anspruch auf Meldeverfahren gestützt auf Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG? ..	444
	3. StADG	444
	a) Zuständigkeit der ESTV (Art. 24 StADG).....	444
	b) Mitwirkungspflicht (Art. 25 StADG)	445
	c) Mitteilung und Entscheid (Art. 26 StADG).....	446

d)	Nachprüfung innerhalb von drei Jahren (Art. 26 Abs. 3 Satz 1 StADG).....	446
e)	Nachprüfung nach Ablauf von drei Jahren (Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG).....	447
f)	Rückforderung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR.....	447
4.	Antragsfristen für die Rückerstattung	448
a)	Frist von drei Jahren (Art. 27 Abs. 1 StADG)	448
b)	Nachfrist von 60 Tagen (Art. 27 Abs. 2 StADG)	449
c)	Nachfrist von 30 Tagen nach Art. 24 Abs. 1 VwVG?	450
d)	Frist beim Meldeverfahren	450
e)	Verhältnis zu Fristen in DBA	451

I. Geteiltes Besteuerungsrecht (Art. 10 OECD-MA)

- Das OECD-Musterabkommen weist das Besteuerungsrecht für Dividenden in Art. 10 OECD-MA sowohl dem Ansässigkeitsstaat wie auch dem Quellenstaat zu (geteiltes Besteuerungsrecht). Während das Besteuerungsrecht des Quellenstaates beschränkt ist (auf 5 % bzw. 15 % des Ertrags der Bruttodividende), ist der Ansässigkeitsstaat des Dividendenempfängers (Ansässigkeitsstaat) verpflichtet, die vom Quellenstaat erhobene Steuer anzurechnen (vgl. dazu eingehend § 2 N 122 ff.).
- Da keine Verpflichtung des Ansässigkeitsstaates zur Gewährung von *excess tax credits* besteht, kann eine Doppelbesteuerung nicht vollständig vermieden werden (vgl. N 8). Im Hinblick auf die Erreichung des Ziels eines Doppelbesteuerungsabkommens – Vermeidung der Doppelbesteuerung – ist die Regelung von Art. 10 OECD-MA somit nicht optimal. Sie ist vielmehr auf einen Kompromiss zurückzuführen. Eine Lösungsmöglichkeit, um eine Doppelbesteuerung vollständig zu vermeiden, würde darin bestehen, das Besteuerungsrecht entweder ausschliesslich dem Quellenstaat oder ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuzuweisen. Aufgrund fiskalischer Interessen der Mitgliedstaaten der OECD war es jedoch nie möglich, sich auf ein solch radikales Konzept zu einigen¹.
- Abweichungen vom Grundsatz des geteilten Besteuerungsrechts finden sich in gewissen Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz – nicht aber im OECD-Musterabkommen – für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen, bei denen das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen wird (vgl. dazu hinten N 63). Unter einigen Doppelbesteuerungsabkommen wird sodann für Dividenden aus Portfoliobeteiligungen von Pensionskassen das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat vorbehalten.
- Art. 10 OECD-MA – wie auch die meisten Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz² – unterscheidet zwischen Portfoliodividenden und Dividenden aus

¹ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 6.

² Ausnahmen sind z.B. die Doppelbesteuerungsabkommen mit Italien, Indien, Kuwait und Neuseeland.

qualifizierten Beteiligungen. Für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen wird dem Quellenstaat in Art. 10 Abs. 2 OECD-MA ein tieferes Besteuerungsrecht eingeräumt (vgl. dazu hinten N 63) als für Portfoliobeteiligungen sowie für an natürliche Personen ausgerichtete Dividenden. Dadurch sollen Auslandsinvestitionen erleichtert und eine steuerliche Mehrfachbelastung vermieden werden³.

II. Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 10 Abs. 1 OECD-MA)

Das Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates wird durch Art. 10 Abs. 1 OECD-MA nicht beschränkt.

Eine Doppelbesteuerung wird dadurch vermieden, dass der Methodenartikel eine Anrechnung der vom Quellenstaat erhobenen Steuer im Ansässigkeitsstaat vorschreibt (Art. 23A Abs. 2 OECD-MA; vgl. § 2 N 122 ff.).

Dies gilt nicht nur für Doppelbesteuerungsabkommen, die dem Modell von Art. 23B (Anrechnungsmethode) folgen, sondern auch für Doppelbesteuerungsabkommen, die dem Modell von Art. 23A (Befreiungsmethode) nachempfunden sind. Die Befreiungsmethode gemäss Art. 23A sieht nämlich mit Bezug auf Dividenden eine Verpflichtung des Ansässigkeitsstaates zur Anrechnung der vom Quellenstaat gemäss Art. 10 erhobenen Dividendenquellensteuer an.

Der vom Ansässigkeitsstaat anzurechnende Betrag darf aber jenen Teil der vor der Anrechnung ermittelten Steuer nicht übersteigen, der auf die aus dem Quellenstaat bezogenen Dividendeneinkünfte entfällt (Art. 23A Abs. 2 Satz 2 OECD-MA bzw. Art. 23B Abs. 1 Satz 2 OECD-MA). Sog. «*excess tax credits*» werden mithin keine gewährt. Dies gilt für sämtliche Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz.

III. Besteuerungsrecht des Quellenstaates (Art. 10 Abs. 2 OECD-MA)

Art. 10 Abs. 2 OECD-MA weist dem Quellenstaat ein beschränktes Besteuerungsrecht für Dividenden zu. Die Rechtsfolgen, die von Art. 10 Abs. 2 OECD-MA angeordnet werden, unterscheiden sich einerseits nach der Person des Dividendenempfängers und andererseits nach der Höhe des Beteiligungsverhältnisses:

Ist die nutzungsberechtigte Dividendenempfängerin eine Gesellschaft (nicht aber eine Personengesellschaft), die unmittelbar über mindestens 25 % des Kapitals

³ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 10.

der Dividenden zahlenden Gesellschaft verfügt, sodass ein qualifiziertes Beteiligungsverhältnis vorliegt, darf der Quellenstaat maximal 5 % des Bruttobetrages der Dividenden als Steuer einbehalten (Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA).

- 11 Sind die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA nicht erfüllt, liegt mithin kein qualifiziertes Beteiligungsverhältnis vor. Der Quellenstaat darf daher eine Steuer in Höhe von höchstens 15 % des Bruttobetrages der Dividenden einbehalten.

1. Zahlung einer Dividende

a) Abkommensdefinition von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA

- 12 Der Begriff der «Dividende» wird in Art. 10 Abs. 3 OECD-MA eigenständig definiert und umfasst Einkünfte aus Aktien, Genussaktien oder Genussscheinen, Kuxen, Gründeranteilen oder anderen Rechten – ausgenommen Forderungen – mit Gewinnbeteiligung. Zudem sind auch aus sonstigen Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, indem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, Dividenden gleichkommen, den Einkünften aus Aktien gleichgestellt.
- 13 Die Definition des Dividendenbegriffs ist somit dreistufig angelegt: Die beispielhafte Aufzählung von Einkünften, die als Dividenden anzusehen sind, wird durch eine Generalklausel und schliesslich einen Verweis auf die steuerliche Behandlung im Quellenstaat ergänzt.
- 14 Entscheidend ist somit die Qualifikation der Zahlung im unilateralen Recht des Quellenstaats. Dies ergibt sich insb. aus dem Verweis von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA auf das Recht des Quellenstaates. M.a.W. ist darauf abzustellen, ob der Quellenstaat auf der Zahlung eine Dividendenquellensteuer erhebt. Die Qualifikation durch den Quellenstaat ist für den Ansässigkeitsstaat grundsätzlich verbindlich⁴. Ob der Ertrag im Ansässigkeitsstaat ebenfalls als Dividende qualifiziert wird, ist i.d.R. unbeachtlich⁵.
- 15 Nicht jeder Vermögensertrag, der der Quellenstaat nach unilateralem Recht der Dividendenquellensteuer unterwirft, ist jedoch auch eine «Dividende» i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA. Ansonsten hätte es der Quellenstaat in der Hand, durch eine ausufernde unilaterale Gesetzgebung sein Besteuerungsrecht zulasten des Ansässigkeitsstaates auf andere Vermögenserträge zu erweitern. Eine Qualifikation als «Dividende» ist immer nur dann zulässig, wenn der Ertrag seinen Ursprung in einem Beteiligungsverhältnis hat.

b) Offene Gewinnausschüttungen

Dividenden sind zunächst sämtliche Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft. Ob die Gewinnausschüttung auf eine Aktie oder eine andere Beteiligung an der Kapitalgesellschaft (z.B. auf einen Genussschein, einen Partizipationschein, einen Gründeranteil oder ein anderes Recht mit Gewinnbeteiligung) zurückzuführen ist, spielt keine Rolle. Keine Rolle spielt es, ob die Ausschüttungen aus dem von der Gesellschaft im Geschäftsjahr erzielten Gewinn stammen, oder ob sie aus den Reserven (d.h. aus den Gewinnen früherer Geschäftsjahre) gezahlt werden⁶. Ebenfalls unbeachtlich ist es, ob es sich um Bardividenden oder um Sachdividenden handelt.

Ein allfälliger Liquidationsüberschuss wird ebenfalls als «Dividende» i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA angesehen, wenn dieser vom Quellenstaat steuerlich einer Dividendenzahlung gleichgestellt und nicht als Veräusserungsgewinn i.S.v. Art. 13 Abs. 5 OECD-MA behandelt wird⁷.

c) Zinsen auf partiarischen Darlehen

Der zweite Teil der Definition von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA stellt klar, dass Einkünfte aus Forderungen gegenüber einer Gesellschaft grundsätzlich keine Dividenden sind. Dies gilt selbst dann, wenn die entsprechenden Forderungen mit einer Gewinnbeteiligung ausgestattet sind (sog. partiarische Darlehen)⁸. Das Besteuerungsrecht für Zinsen auf partiarische Darlehen richtet sich somit grundsätzlich nach Art. 11 OECD-MA und nicht nach Art. 10 OECD-MA.

Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass Einkünfte aus Forderungen nie Dividenden i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA sind. Aufgrund des dritten Teils der Definition von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA sind Einkünfte aus Forderungen (Zinsen) dann Dividenden, wenn (i) diese durch das unilaterale Recht des Quellenstaates in Dividenden umqualifiziert werden und (ii) es sich dabei um Einkünfte aus sonstigen Gesellschaftsanteilen handelt. In einem solchen Fall richtet sich das Besteuerungsrecht des Quellenstaates nach Art. 10 Abs. 2 OECD-MA.

Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Schweiz als Quellenstaat die Verrechnungssteuer unter dem Titel von Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG auf Zinszahlungen eines partiarischen Darlehens erhebt, weil diese als geldwerte Leistung angesehen werden.

⁴ Vgl. ESTV, 27.1.1988, DBA-D, B. 10.4 Nr. 35 (mit Bezug auf den Erwerb eigener Aktien, der als Teilliquidation angesehen wird).

⁵ Vgl. ESTV, 9.8.1976, DBA-D, B. 10.2 Nr. 2 (mit Bezug auf Gratisaktien).

⁶ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 28 Satz 3.

⁷ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 28; OECD-MK, Art. 13 Ziff. 31.

⁸ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 24 Satz 6.

21 **Beispiel**

Eine inländische Gesellschaft (SwissCo) ist Schuldnerin eines partiarischen Darlehens von 1 Mio. CHF, das ihr von ihrem in UK ansässigen Alleinaktionär X. (natürliche Person) gewährt wurde. Das Darlehen ist zu 6 % p.a. zu verzinsen. Der Zins ist aber nur dann geschuldet, wenn SwissCo einen Gewinn macht. Im Jahr 2021 macht SwissCo einen Verlust, sodass kein Zins geschuldet ist. Im Jahr 2022 macht SwissCo einen Gewinn, sodass SwissCo an X. Zins in Höhe von 60 000 CHF zahlt. Die ESTV stellt sich auf den Standpunkt, dass gemäss Rundschreiben 2022 bloss eine Zinszahlung in Höhe von 30 000 CHF akzeptiert werden kann und qualifiziert 30 000 CHF in eine der Verrechnungssteuer unterliegende geldwerte Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG um.

X. kann gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-UK die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz von 15 % verlangen. Eine Berufung auf Art. 11 Abs. 1 DBA-UK, der eine vollständige Entlastung von auf Zinsen erhobenen Quellensteuern vorsieht, ist nicht möglich.

d) Verdeckte Gewinnausschüttungen

- 22 Neben den offenen Gewinnausschüttungen (vgl. dazu vorn N 16) werden auch andere geldwerte Vorteile u.U. als «Dividenden» i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA qualifiziert. Der OECD-Kommentar nennt als Beispiele für solche anderen geldwerten Vorteile Gratisaktien, Boni, Liquidationsgewinne und verdeckte Gewinnausschüttungen. Auch hier entscheidet zunächst die Beurteilung nach nationalem Recht des Quellenstaates, ob es sich dabei um Dividenden handelt oder nicht. Ferner müssen die Zahlungen aus Gesellschaftsanteilen herrühren, d.h. ihren Ursprung im Beteiligungsverhältnis haben.
- 23 Werden solche Vorteile an eine den Anteilshabern nahestehende Person ausgerichtet, stellt sich die Frage, ob die Zahlung immer noch aus Gesellschaftsanteilen stammt bzw. ihren Ursprung im Beteiligungsverhältnis hat. Gemäss OECD-Kommentar soll dies dann der Fall sein, wenn (i) die rechtlichen Beziehungen zwischen diesen Personen und der Gesellschaft einer Beteiligung an der Gesellschaft gleichgestellt sind (verdeckte Beteiligung) und (ii) die Empfänger der Vorteile mit einem Beteiligten eng verbunden sind⁹.
- 24 Entscheidend ist auch hier die Behandlung der Zahlung nach dem unilateralen Recht des Quellenstaates: erblickt dieser in einer Zahlung an eine Drittperson eine steuerbare geldwerte Leistung (verdeckte Gewinnausschüttung) und hat diese ihren Ursprung im Beteiligungsverhältnis, handelt es sich dabei um eine Dividende i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA.
- 25 Erhebt die Schweiz als Quellenstaat die Verrechnungssteuer unter dem Titel von Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG, handelt es sich beim mit der Verrechnungssteuer belasteten Ertrag somit um eine Dividende i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA.

Dies gilt auch für die Erhebung der Verrechnungssteuer bei einer Sitzverlegung nach Art. 4 Abs. 2 VStG.

e) Zahlung

Der Ausdruck «zahlen» (Dividends [...] paid) hat gemäss OECD-Kommentar eine weite Bedeutung und beinhaltet jede Erfüllung der Verpflichtung, dem Aktionär auf vertragsmässige oder übliche Weise Mittel (funds) zur Verfügung zu stellen¹⁰. Diese vom OECD-Kommentar verwendete Definition greift wohl zu kurz. Neben ordnungsgemäss ausgeschütteten Dividenden fallen auch andere geldwerte Leistungen (wie z.B. verdeckte Gewinnausschüttungen) in den Anwendungsbereich von Art. 10 OECD-MA (vgl. dazu vorn N 22).

Weiter kann aus der Verwendung des Begriffs «Zahlung» nicht geschlossen werden, dass Art. 10 OECD-MA nur dann anwendbar ist, wenn ein tatsächlicher Mittelfluss stattfindet. Auch sog. Gewinnvorwegnahmen sind von Art. 10 OECD-MA umfasst. Der Quellenstaat darf auch die im Falle einer Sitzverlegung aus steuersystematischen Gründen geschuldete Quellensteuer nach Massgabe von Art. 10 Abs. 2 OECD-MA erheben. Dies betrifft bspw. die bei Sitzverlegung ins Ausland aufgrund von Art. 4 Abs. 2 VStG geschuldete Verrechnungssteuer.

2. Ansässigkeit der Dividendenschuldnerin

Dividendenschuldner muss eine in einem Vertragsstaat (Quellenstaat) «ansässige Person» sein. In einem Vertragsstaat ansässig ist eine Person, die nach dem Recht dieses Staates dort aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmales steuerpflichtig ist (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA; vgl. vorn § 13).

Ist eine Gesellschaft in zwei verschiedenen Staaten ansässig (sog. doppelansässige Gesellschaft) und haben diese beiden Staaten miteinander ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, das eine Art. 4 Abs. 3 OECD-Musterabkommen nachgebildete Abkommensbestimmung enthält, gilt die Person als in dem Staat ansässig, in dem sich der Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsleitung befindet (vgl. dazu § 13).

a) Doppelansässiges Unternehmen: Bilateraler Sachverhalt

Ist eine Gesellschaft sowohl im Quellenstaat als auch im Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin aufgrund unilateralen Rechts quellensteuerpflichtig

¹⁰ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 1.

⁹ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 29.

bzw. unbeschränkt steuerpflichtig, muss aufgrund der Regel von Art. 4 Abs. 3 OECD-MA entschieden werden, welches Besteuerungsrecht den Vorrang genießt. Der Staat, in dem die tatsächliche Leitung der Gesellschaft und in dem die Gesellschaft somit gemäss DBA steuerlich ansässig ist, gilt als Quellenstaat i.S.v. Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA und darf mithin die ihm gemäss Art. 10 Abs. 2 OECD-MA zustehende Quellensteuer auf Dividenden an einen im anderen Staat ansässigen Empfänger erheben.

- 31 Umgekehrt darf in diesem Fall (tatsächliche Leitung einer bilateral doppelansässigen Gesellschaft im Quellenstaat) auch der Ansässigkeitsstaat des Dividendenempfängers eine nach seinem unilateralen Recht allenfalls geschuldete Quellensteuer ohne Einschränkung erheben. Da der Ansässigkeitsstaat des Dividendenempfängers gemäss Art. 10 Abs. 1 OECD-MA grundsätzlich ein unbeschränktes Besteuerungsrecht hat, setzt ihm das Doppelbesteuerungsabkommen keine Schranken.
- 32 Das (beschränkte) Besteuerungsrecht des Quellenstaates wird durch eine solche Quellensteuer hingegen nicht weiter beschränkt. Die dem Quellenstaat zustehende Steuer bemisst sich nach wie vor auf dem Bruttobetrag (d.h. ohne Berücksichtigung eines allfälligen Abzuges einer Quellensteuer vom Ansässigkeitsstaat). Die doppelte Erhebung der Quellensteuer auf Dividenden führt nicht zu einer internationalen Doppelbesteuerung, da der Ansässigkeitsstaat gemäss Art. 23A Abs. 2 OECD-MA bzw. Art. 23B Abs. 2 OECD-MA zur Anrechnung der vom Quellenstaat erhobenen Quellensteuer verpflichtet ist. Denn mit Bezug auf den gemäss Art. 23A Abs. 2 Satz 2 OECD-MA bzw. Art. 23B Abs. 1 Satz 2 OECD-MA relevanten Höchstbetrag ist nicht bloss die auf den Dividenden erhobene Einkommens- und Gewinnsteuer, sondern auch eine allenfalls erhobene Quellensteuer zu berücksichtigen.
- 33 Befindet sich die tatsächliche Leitung einer solchen doppelansässigen Gesellschaft dagegen im Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin, kommt dem gemäss Art. 10 Abs. 3 OECD-MA «unterliegenden» Staat kein Besteuerungsrecht an den Dividenden zu. Eine nach unilateralem Recht auf Dividenden erhobene Quellensteuer kann in diesem Fall gestützt auf das zwischen Quellenstaat und Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen vollständig vermieden bzw. zurückgefordert werden. Da sich mit Bezug auf Dividendeneinkünfte ein Besteuerungsrecht des Quellenstaates im Verhältnis zwischen zwei Abkommensstaaten ausschliesslich auf Art. 10 Abs. 2 OECD-MA stützen kann, ergibt sich dies *e contrario* aus der diesem Artikel nachgebildeten Bestimmung im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Quellenstaat und Ansässigkeitsstaat.

b) Doppelansässiges Unternehmen: Dreieckssachverhalt

Ist die Dividendenschuldnerin dagegen sowohl im Quellenstaat als auch in einem Drittstaat aufgrund unilateralen Rechts quellensteuerpflichtig bzw. unbeschränkt steuerpflichtig, muss ein allfälliges zwischen dem Quellenstaat und dem Drittstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen konsultiert werden. Existiert ein solches und enthält es eine Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Regel, ist darauf abzustellen, ob sich die tatsächliche Leitung der Dividendenschuldnerin im Quellenstaat befindet. Befindet sich in diesem Fall die tatsächliche Leitung der Gesellschaft im Quellenstaat, sind Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA anwendbar. Der Quellenstaat darf mithin die ihm gemäss Art. 10 Abs. 2 OECD-MA zustehende Quellensteuer erheben.

Wurde zwischen Quellenstaat und Drittstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen mit einer Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildeten Klausel abgeschlossen und befindet sich die tatsächliche Leitung einer solchen doppelansässigen Gesellschaft im Drittstaat, wird das Besteuerungsrecht des Quellenstaates durch das zwischen dem Drittstaat und dem Quellenstaat abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen nicht beschränkt. Die Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Bestimmung im zwischen Drittstaat und Quellenstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist nämlich keine selbstständige Norm, sondern kann – als Definitionsnorm – lediglich in Verbindung mit einer anderen Bestimmung des Doppelbesteuerungsabkommens (i.d.R. einer Verteilnorm) das Besteuerungsrecht des Quellenstaates beschränken. Die Verteilungsnormen im zwischen Quellenstaat und Drittstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (insb. die Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA, Art. 7 OECD-MA sowie Art. 21 OECD-MA) würden nämlich voraussetzen, dass der Dividendenempfänger im Drittstaat ansässig wäre.

Etwas anderes gilt dagegen mit Bezug auf Art. 10 Abs. 5 OECD-MA im zwischen Quellenstaat und Drittstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen. Denn diese Bestimmung, die ein Verbot der extraterritorialen Besteuerung enthält, ist auch dann anwendbar, wenn der Dividendenempfänger nicht in einem der beiden Vertragsstaaten ansässig ist (vgl. dazu hinten N 103 ff.). Im Ergebnis scheint auch die ESTV die Auffassung zu vertreten, dass die Schweiz als Quellenstaat einer doppelansässigen Gesellschaft kein Besteuerungsrecht hat, wenn das mit dem Staat, in dem sich die tatsächliche Leitung befindet, abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen eine Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Bestimmung enthält¹¹.

Wurde zwischen Quellenstaat und Drittstaat hingegen kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen oder enthält ein solches entweder keine Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Bestimmung oder keine Art. 10 Abs. 5 OECD-MA abgeschlossene Bestimmung, darf der Quellenstaat die ihm gemäss

¹¹ EstV 18.12.1992, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 4 Abs. 2 Nr. 4.

dem zwischen dem Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Quellensteuer (d.h. nach Massgabe der Art. 10 Abs. 2 OECD-MA nachgebildeten Bestimmung) erheben. Dies gilt auch dann, wenn das zwischen dem Quellenstaat und dem Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen eine Art. 4 Abs. 3 OECD-MA nachgebildete Bestimmung enthält. Die Tragweite dieser Bestimmung ist nämlich auf das Verhältnis zwischen den beiden Vertragsstaaten (d.h. Quellenstaat und Ansässigkeitsstaat der Dividendenempfängerin) beschränkt. Auf das Verhältnis Quellenstaat und Drittstaat ist diese Bestimmung hingegen nicht anwendbar. Der Bestimmung kommt m.a.W. keine Drittwirkung zu.

3. *Ansässigkeit der Dividendenempfängerin*

- 38 Die Dividendenempfängerin muss eine im anderen Vertragsstaat (Ansässigkeitsstaat) ansässige Person sein. Als «Person» gelten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a OECD-MA natürliche Personen, Gesellschaften und alle anderen Personenvereinigungen. Eine in einem Vertragsstaat «ansässige Person» ist eine Person, die nach dem Recht dieses Staates dort aufgrund ihres Wohnsitzes, ihres ständigen Aufenthaltes, des Ortes ihrer Geschäftsleitung oder eines anderen ähnlichen Merkmales steuerpflichtig ist (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 OECD-MA).
- 39 Ob eine Person als «ansässige Person» i.S.v. Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA gilt, bestimmt sich mithin nach der steuerlichen Behandlung im jeweiligen Vertragsstaat. Um als «ansässige Person» zu gelten, muss sie in diesem Staat grundsätzlich der unbeschränkten Steuerpflicht unterstehen.
- 40 Mit Bezug auf die Frage, inwiefern auch Personen, die von der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer befreit sind, als ansässige Personen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA bzw. Art. 10 OECD-MA zu qualifizieren sind, konnte innerhalb der OECD keine Einigung erzielt werden. Pensionskassen und gemeinnützige Organisationen sind in vielen Staaten von der Gewinnsteuer befreit, werden aber dennoch von den meisten OECD-Staaten (so auch der Schweiz) als ansässige Personen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA angesehen¹².
- 41 Art. 10 Abs. 4 OECD-MA stellt klar, dass Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA nicht gelten, wenn die Dividenden an eine sich im Quellenstaat befindende Betriebsstätte der Dividendenempfängerin bezahlt werden und die Beteiligung, für welche die Dividenden gezahlt werden, tatsächlich zu dieser Betriebsstätte gehört (sog. Betriebsstättenvorbehalt, vgl. hinten N 95 ff.).

¹² OECD-MK, Art. 4 Ziff. 8.6; ESTV, 9.11.2005, DBA-D, B 10.2 Nr. 38 (mit Bezug auf eine nach Art. 56 DBG steuerbefreite Pensionskasse).

Art. 10 OECD-MA enthält aber keinen Besteuerungsvorbehalt («subject to tax clause»). Mithin ist es nicht von Bedeutung, ob der Ansässigkeitsstaat die Dividende tatsächlich besteuert oder nicht¹³.

Beispiel

Eine in Portugal ansässige natürliche Person, die dort pauschalbesteuert ist, kann gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-Portugal die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz auf einer von einer schweizerischen Gesellschaft erhaltenen Dividende verlangen, obwohl die Dividende dort nicht besteuert wird.

a) **Vorrangige Ansässigkeit im Quellenstaat**

Gilt eine doppelansässige Person aufgrund der Regeln von Art. 4 Abs. 2 bzw. 3 OECD-MA als ansässige Person des Quellenstaates, kommt diesem das unbeschränkte Besteuerungsrecht an den Dividenden zu. Der nachrangige Ansässigkeitsstaat kann mithin kein Besteuerungsrecht gestützt auf Art. 10 Abs. 1 OECD-MA geltend machen.

Handelt es sich beim Quellenstaat (und vorrangigem Ansässigkeitsstaat) um die Schweiz, kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer in diesem Fall auf Art. 21 VStG (natürliche Personen) bzw. Art. 24 Abs. 2 VStG (juristische Personen) gestützt werden. Die EStV gewährt einer (bilateral) doppelansässigen Gesellschaft mit vorrangiger Ansässigkeit in der Schweiz (d.h. mit statutarischem Sitz im Ausland und tatsächlicher Leitung in der Schweiz) die Rückerstattungsberechtigung gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG nur, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind¹⁴:

- Die Dividendenempfängerin erfüllt die Voraussetzungen als Inländerin nach Art. 9 Abs. 1 VStG und ist somit Verrechnungssteuersubjekt;
- Die Dividendenempfängerin ist gemäss Art. 50 f. DBG unbeschränkt steuerpflichtig;
- Die Dividendenempfängerin lässt sich für die Stempelabgabe als Inländerin im Handelsregister eintragen (dieses Erfordernis der Eintragung im Handelsregister wurde mittlerweile abgeschwächt: Ausschlaggebend ist,

¹³ Einige von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen sehen aber (in Abweichung von Art. 10 OECD-MA) einen solchen Besteuerungsvorbehalt vor. Dies gilt insb. mit Staaten, die eine Besteuerung auf *remittance basis* kennen (so die Abkommen mit Irland, Israel, Japan, Malta und UK); vgl. hierzu OESTERHELT/TADDEI, StR 2022, 522 ff., 544 ff.

¹⁴ ESTV, 17.3.1998, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 7.

dass die Gesellschaft sich «in allen Belangen» den schweizerischen Stempelabgaben unterzieht)¹⁵.

b) Nachrangige Ansässigkeit im Quellenstaat

- 46 Führt die Anwendung der Tie-Breaker-Regeln von Art. 4 Abs. 2 bzw. 3 OECD-MA dazu, dass die Ansässigkeit der Dividendenempfängerin im Quellenstaat gegenüber derjenigen im anderen Vertragsstaat zurückweichen muss (nachrangige Ansässigkeit im Quellenstaat), ist das Besteuerungsrecht des Quellenstaates hingegen auf das ihm nach Art. 10 Abs. 2 OECD-MA zugewiesene (beschränkte) Besteuerungsrecht limitiert.
- 47 Ist nachrangiger Quellenstaat die Schweiz, hat sie gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA somit ein Besteuerungsrecht von 5 % (Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen) bzw. gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA von 15 % (übri-ge Dividenden).
- 48 Mit Bezug auf eine doppelansässige Gesellschaft, die den statutarischen Sitz in der Schweiz hat und tatsächlich im Ausland geleitet wird, schöpft die Schweiz das ihr zustehende Besteuerungsrecht aber nicht aus. Gemäss Art. 24 Abs. 2 VStG hat eine Gesellschaft Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer, wenn sie Sitz im Inland hat. Gemäss Auffassung der EStV ist damit der statutarische Sitz gemeint¹⁶.

c) Doppelansässige Person: Dreieckssachverhalt

- 49 Ist dagegen noch ein Drittstaat involviert und liegt somit ein eigentlicher Dreieckssachverhalt vor, kommen den Regeln von Art. 4 Abs. 2 und 3 OECD-MA im Verhältnis zwischen Quellenstaat und Ansässigkeitsstaat(en) der Dividendenempfängerin keine Bedeutung zu. Diese Bestimmungen sind nämlich bloss mit Bezug auf eine in den beiden Vertragsstaaten doppelansässige Person anwendbar und entfalten keine Drittwirkung. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 und 3 OECD-MA.
- 50 Hat der Quellenstaat mit beiden Ansässigkeitsstaaten Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, kann sich eine doppelansässige Person in einem Dreieckssachverhalt auf beide zwischen den Ansässigkeitsstaaten einerseits und dem Quellenstaat andererseits abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen stützen. Die doppelansässige Person wird dabei regelmässig dasje-

¹⁵ ESTV, 11.6.2007, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 14; ESTV, 1.12.2005, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 12.

¹⁶ ESTV, 19.2.1981, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 2.

nige Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmen, das dem Quellenstaat die tiefere Residualbesteuerung einräumt. Keine Bedeutung kommt einer Tie-Breaker-Regel in einem allfälligen zwischen den beiden Ansässigkeitsstaaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen zu.

Beispiel

Der Residualsatz im zwischen Quellenstaat und vorrangigem Ansässigkeitsstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen beträgt 10 % und derjenige im zwischen Quellenstaat und nachrangigem Ansässigkeitsstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen 5 %. In diesem Fall kommt dem Quellenstaat bloss ein Besteuerungsrecht von 5 % zu. Auch die Tie-Breaker-Regel im allenfalls zwischen den beiden Ansässigkeitsstaaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist nämlich bloss bilateral (d.h. für konkurrierende Besteuerungsrechte der beiden Ansässigkeitsstaaten) anwendbar.

Die Tie-Breaker-Regel im zwischen den beiden Ansässigkeitsstaaten abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist dagegen für die Frage relevant, in welchem der beiden Staaten die Dividendeneinkünfte besteuert werden können. Dieser Staat ist gemäss Art. 23 A Abs. 2 OECD-MA bzw. Art. 23 B Abs. 1 lit a OECD-MA auch zur Anrechnung der vom Quellenstaat erhobenen Steuer verpflichtet.

4. Nutzungsberechtigung

Die Anrufung von Art. 10 OECD-MA setzt voraus, dass die Person, welche die Dividende empfängt, an dieser «nutzungsberechtigt» ist. Analoges gilt für die Anrufung von Art. 11 OECD-MA (mit Bezug auf Zinsen) sowie Art. 12 OECD-MA (mit Bezug auf Lizenzgebühren). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt dies selbst für diejenigen Doppelbesteuerungsabkommen, die den Begriff der Nutzungsberechtigung nicht explizit vorsehen¹⁷.

Der Begriff der Nutzungsberechtigung hat in der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie der Verwaltungspraxis etwas Chamäleonhaftes und ist schwer zu fassen. Zudem wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer teilweise auch unter dem Titel der Nutzungsberechtigung verweigert, wenn es sich eigentlich um einen Fall des Abkommensmissbrauchs (vgl. dazu § 24) handelt¹⁸.

Gemäss Praxis der ESTV und Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Rück-erstattung der Verrechnungssteuer mangels Nutzungsberechtigung immer dann

¹⁷ Vgl. BGE 141 II 447 E. 4.

¹⁸ So bspw. im BGE 141 II 447, in dem das Bundesgericht zur Konkretisierung des Begriffs der Nutzungsberechtigung letztlich in erster Linie auf Elemente des Abkommensmissbrauchs zurückgreift.

zu verweigern, wenn die Dividendenempfängerin eine vertragliche Weiterleitungsverpflichtung hat¹⁹. Während das Bundesgericht im BGE 141 II 447 die Nutzungsberechtigung immer dann verneinte, wenn eine sog. «doppelte Interdependenz» vorlag²⁰, wurde dieses Konzept mit dem Urteil vom 15. Mai 2020 wieder aufgegeben und festgehalten, dass die Nutzungsberechtigung nur bei einer vertraglichen und nicht bereits bei einer faktischen Weiterleitungsverpflichtung zu verneinen ist.²¹ Dies ist nicht zuletzt im Hinblick auf die Abgrenzung zur Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs sinnvoll (vgl. dazu § 24). Doch auch unter dem engeren Verständnis der Nutzungsberechtigung gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung verweigert die ESTV die Nutzungsberechtigung regelmässig, wenn ein Finanzinstitut das Kursrisiko auf inländischen Aktien vollständig absichert (sog. Delta-1 Produkte).

55 Beispiel

Die Dividendenempfängerin hat sich unter einem Total Return Swap dazu verpflichtet, die Dividenden schweizerischer Aktien an einen Dritten weiterzuleiten. (Variante: sie hat das Kursrisiko mittels Derivaten vollkommen abgesichert). Mangels Nutzungsberechtigung kann sie somit die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht gestützt auf die Art. 10 OECD-MA nachgebildete Bestimmung des zwischen ihrem Ansässigkeitsstaat und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen zurückfordern. Dies gilt nicht nur für die Weiterleitung der Dividende mittels Total Return Swap, sondern auch bei Absicherung der Position mittels Derivat, da auch hier die Dividende über die mit den Derivaten eingegangenen Verpflichtungen weitergeleitet wird.

56 Eine Personalunion der Organe der Dividendenempfängerin und ihrer Aktionärin schliesst die Nutzungsberechtigung hingegen noch nicht aus²². In einem solchen Fall fehlt es nämlich an der vom Bundesgericht geforderten vertraglichen Weiterleitungsverpflichtung. Die Tatsache allein, dass die Muttergesellschaft nicht nur die Generalversammlung, sondern auch den Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft beherrscht und somit einen Dividendenbeschluss veranlassen kann, schliesst die Nutzungsberechtigung der Tochtergesellschaft an den von ihr erhaltenen Dividenden noch nicht aus.

57 Im Konzernverhältnis fehlt es mithin nur dann an der Nutzungsberechtigung, wenn sich die Dividendenempfängerin vertraglich vor Erhalt der Dividende dazu verpflichtet, diese weiterzuleiten. Allein der Umstand, dass sie dies regelmässig macht, schliesst die Nutzungsberechtigung der Dividendenempfängerin noch

nicht aus. Selbst wenn die Muttergesellschaft auf die Dividende der Tochtergesellschaft angewiesen wäre, um bspw. ihr Fremdkapital bedienen zu können, hat dies keinen Einfluss auf die Nutzungsberechtigung der Tochtergesellschaft auf die von der Tochtergesellschaft vereinnahmten Dividenden. Wenn sich die Tochtergesellschaft aber gegenüber der Kreditgeberin zur Ausschüttung der Dividenden vor deren Erhalt verpflichtet, wäre die Nutzungsberechtigung hingegen ausgeschlossen. Im Konzernverhältnis wird die Rückerstattung deshalb nur äusserst selten unter dem Titel der Nutzungsberechtigung verweigert. Verpflichtet sich die Empfängerin der Dividenden vertraglich zur Weiterleitung der Dividenden an eine andere Gesellschaft, so ist diese Gesellschaft potentiell zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt.

Beispiel

Eine inländische Gesellschaft (SwissCo) ist eine Tochtergesellschaft einer in Luxemburg ansässigen Gesellschaft (LuxCo I). Diese wird ihrerseits von einer ebenfalls in Luxemburg ansässigen Gesellschaft gehalten (LuxCo II). Der Verwaltungsrat von LuxCo I und II hat dieselben Mitglieder. SwissCo schüttet jedes Jahr eine Dividende von 10 Mio. CHF an LuxCo I aus, die diese jeweils umgehend (phasenkongruent) an LuxCo II ausschüttet. LuxCo II benötigt die Dividende, um seine Zinsverpflichtungen unter einem (von LuxCo I garantierten) Bankdarlehen nachzukommen.

Solange sich LuxCo I vor Erhalt der Dividende nicht rechtlich dazu verpflichtet, diese an LuxCo II auszuschütten, kann LuxCo I die Berufung auf Art. 10 DBA-Luxemburg nicht wegen fehlender Nutzungsberechtigung verweigert werden. Der Umstand, dass LuxCo II auf die Dividende von LuxCo I angewiesen ist und sonst ihren Schuldendienst nicht leisten könnte, ändert hieran nichts. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn LuxCo I sich rechtlich dazu verpflichtet hätte, die Dividende jeweils an LuxCo II auszuschütten. In diesem Fall wäre LuxCo II nutzungsbehaftet und könnte die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen. Da LuxCo II nicht unmittelbar an SwissCo beteiligt ist, kann LuxCo II die Rückerstattung gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. a (ii) DBA-Lux nur bis zum Residualsatz von 15 % verlangen. Das Meldeverfahren wird praxisgemäss nicht gewährt (vgl. N 116).

5. Rechtsfolge

Liegt kein qualifiziertes Beteiligungsverhältnis i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA vor (vgl. dazu hinten N 63 ff.), hat der Quellenstaat ein auf 15 % des Bruttobetrags der Dividenden beschränktes Besteuerungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA). Bemessungsgrundlage ist mithin die Ausschüttung ohne Abzug irgendwelcher Aufwendungen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Quellenstaat sein Besteuerungsrecht auf dem Weg einer Quellensteuer (wie z.B. die Schweiz mit der Verrechnungssteuer) oder auf dem Veranlagungsweg wahrnimmt.

¹⁹ Vgl. BGE 141 II 447 (mit Bezug auf einen Total Return Swap); BGer, 5.5.2012, 2C_895/2012 (mit Bezug auf Verpflichtungen unter einem Future).

²⁰ Vgl. dazu BAUMGARTNER, StR 2015, 924 ff.

²¹ Vgl. BGer, 19.5.2020, 2C_880/2018, wobei es sich dabei (in dynamischer Anwendung) auf Art. OECD-MK, Art. 10 Ziff. 12.1–12.5 beruft; kritisch zur Begründung des Bundesgerichts OESTERHELT, FSr 2021, 42 ff., 50 f.

²² Anders noch BVGer, 28.2.2018, A-7299/2016 (Urteil wurde vom BGer aber nicht bestätigt, BGer, 20.4.2020, 2C_354/2018).

- 60 Der Satz von 15 % ist gemäss Auffassung der OECD als Höchstsatz vertretbar. Ein höherer Satz liesse sich nach Ansicht der OECD kaum rechtfertigen, da der Quellenstaat gemäss Art. 7 OECD-MA bereits die Gesellschaftsgewinne der ausschüttenden Gesellschaft besteuern kann²³. Der OECD-Kommentar hält aber explizit fest, dass es sich bei den in Art. 10 Abs. 2 OECD-MA vorgesehenen Sätzen um Höchstsätze handelt und dass die Vertragsstaaten im Rahmen der Vertragsverhandlungen niedrigere Sätze oder gar die ausschliessliche Besteuerung im Ansässigkeitsstaat vereinbaren können²⁴.
- 61 Die meisten von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen folgen Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA und sehen ein auf 15 % beschränktes Besteuerungsrecht des Quellenstaates vor.
- 62 Mit Bezug auf Pensionskassen und ähnliche Organisationen, die im Ansässigkeitsstaat häufig steuerbefreit sind, stellt der OECD-Kommentar fest, dass einige Staaten diesbezüglich das Besteuerungsrecht des Quellenstaates vollständig aufheben (Nullsatz) und dies explizit im jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen so festhalten – dadurch soll eine gleichmässige Behandlung von inländischen und ausländischen Kapitalanlagen dieser Organisationen erreicht werden²⁵. Da die Anrechnung der ausländischen Quellensteuer vom Ansässigkeitsstaat gemäss Art. 23A Abs. 2 bzw. Art. 23B Abs. 1 OECD-MA nur bis zum Betrag der auf den jeweiligen Kapitaleinkünften geschuldeten Steuern gewährt wird und dieser Anrechnungshöchstbetrag bei einer steuerbefreiten Organisation regelmässig gleich null ist, würde die Gewährung eines Besteuerungsrechts des Quellenstaates im Ergebnis in der Tat eine Benachteiligung von ausländischen Investments bewirken. Insofern erscheint die Zuweisung des (ausschliesslichen) Besteuerungsrechts in diesen Fällen an den Ansässigkeitsstaat als sachgerecht. Auch die Schweiz hat zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, in denen für an Pensionskassen ausgerichtete Dividenden der Quellenstaat kein Besteuerungsrecht hat²⁶.

²³ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 9. Das UN-Musterabkommen schliesst ein höheres Besteuerungsrecht des Quellenstaates hingegen nicht aus, weshalb viele von der Schweiz mit Nicht-OECD-Staaten abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen ein höheres Besteuerungsrecht des Quellenstaates vorsehen.

²⁴ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 13.

²⁵ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 13.1 (i.d.F. seit 2005).

²⁶ So die Abkommen mit Australien, Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Irland, Island, Katar, Luxemburg, Niederlande, Polen, Rumänien, Russland, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn, USA, UK, VAE und Zypern.

IV. Qualifizierte Beteiligungen (Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA)

1. Beschränkung des Besteuerungsrechts des Quellenstaates auf 5 % für Konzerndividenden

Der Spezialtatbestand von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA beschränkt das Besteuerungsrecht des Quellenstaates für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen auf 5 %. Viele Doppelbesteuerungsabkommen schliessen das Besteuerungsrecht des Quellenstaates für qualifizierte Beteiligungen sogar vollständig aus (sog. Nullsatz-DBA)²⁷.

Gegenüber dem Grundtatbestand von Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA setzt Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA (i) eine Gesellschaft als Dividendenempfängerin voraus, die (ii) eine unmittelbare Beteiligung von 25 % am Kapital der Dividendenschuldnerin (iii) während mehr als 365 Tagen hält.

Das in Art. 10 Abs. 2 lit. a Satz 1 OECD-MA für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen vorgesehene tiefere Besteuerungsrecht des Quellenstaates wird mit der Vermeidung von internationaler wirtschaftlicher Mehrfachbelastung von Konzerndividenden sowie mit der Erleichterung von Auslandsinvestitionen begründet²⁸.

2. Gesellschaft als Dividendenempfängerin

Im Hinblick auf das Ziel, eine internationale wirtschaftliche Mehrfachbelastung zu vermeiden, ist die Beschränkung von Art. 10 Abs. 2 lit. a Satz 1 OECD-MA auf (intransparent besteuerte) Gesellschaften als Dividendenempfängerinnen durchaus naheliegend. Das zweite im OECD-Kommentar statuierte Ziel, die Erleichterung von Auslandsinvestitionen, würde dagegen eine Anwendung von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA auch auf natürliche Personen als Dividendenempfänger gebieten. Dies hat sich jedoch in der Abkommenspraxis nicht durchgesetzt.

Der Begriff der «Gesellschaft» umfasst gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b OECD-MA juristische Personen oder Rechtsträger, die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden. Ein Verein oder eine Stiftung, der vom Ansässigkeitsstaat wie eine juristische Person besteuert wird und über eine wesentliche

²⁷ So etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Australien, Georgien, Hongkong, Island, Japan, Kolumbien, Liechtenstein, Mexiko, Norwegen, Venezuela und UK sowie sämtlichen EU-Staaten (mit Ausnahme von Italien, Griechenland und Kroatien).

²⁸ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 10.

Beteiligung an der Dividendenschuldnerin verfügt, kann sich somit ebenfalls auf Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA berufen²⁹.

- 68 Sodann hält Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA fest, dass es sich bei der Dividendenempfängerin nicht um eine Personengesellschaft handeln darf. Der Begriff der «Personengesellschaft» wird vom OECD-MA nicht definiert. Ein Rückgriff bloss auf die zivilrechtliche Qualifikation ist aber nicht sachgerecht. Wird eine (zivilrechtlich als Personengesellschaft beurteilte) Gesellschaft steuerlich wie eine juristische Person behandelt, ist ein Ausschluss der Gesellschaft von den Vorteilen von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA im Hinblick auf dessen Ziel nämlich wenig sachgerecht. Richtigerweise gewährt die ESTV somit auch Personengesellschaften, die von ihrem Ansässigkeitsstaat wie juristische Personen besteuert werden, die Anwendung von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA (vgl. dazu § 21 N 24 f.). Da eine steuerlich transparent behandelte Personengesellschaft bereits keine «ansässige Person» ist, kommt dem Klammereinschub «jedoch keine Personengesellschaft» keine praktische Bedeutung zu.

3. Kapitalbeteiligung von 25 %

- 69 Das Besteuerungsrecht des Quellenstaates ist gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA auf 5 % beschränkt, wenn der Nutzungsberechtigte eine Gesellschaft ist, die unmittelbar über mindestens 25 % des Kapitals der Dividenden zahlenden Gesellschaft verfügt. Der OECD-Kommentar hält explizit fest, dass die beiden Vertragsstaaten bei zweiseitigen Verhandlungen auch eine geringere Beteiligungshöhe als die in Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA vorgesehenen 25 % vereinbaren können. Dies wird in der Praxis auch regelmässig getan. Die Schweiz hat eine Vielzahl von Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, die hier eine Beteiligungshöhe von 10 %³⁰ bzw. 20 %³¹ vorsehen.³²
- 70 Entscheidend ist die Beteiligung am «Kapital» der Dividenden zahlenden Gesellschaft. Darunter ist grundsätzlich das Kapital im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu verstehen, d.h. die Summe des Nennwerts der Anteile, die zumeist als

²⁹ ESTV, 3.9.2002, DBA-D, B 10.2 Nr. 30.

³⁰ So etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Australien, Bahrain, Belgien, Brasilien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Ghana, Hongkong, Irland, Island, Israel, Jamaika, Japan, Kanada, Kasachstan, Katar, Korea, Lettland, Liechtenstein, Luxemburg, Mexiko, Niederlande, Norwegen, Oman, Peru, Philippinen, Polen, Sambia, Saudi-Arabien, Schweden, Singapur, Slowakei, Spanien, Thailand, Trinidad und Tobago, Tschechien, Ungarn, USA, VAE, UK und Zypern.

³¹ So etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Algerien, Aserbaidschan, Bangladesch, Kolumbien, Litauen, Montenegro, Österreich, Pakistan, Russland, Serbien, Südafrika, Tadschikistan, Taiwan, Türkei, Ukraine.

³² Die Doppelbesteuerungsabkommen mit Australien, Japan und Vietnam enthalten zwei verschiedenen hohe Schwellen für unterschiedliche Reduktion.

Grund- oder Stammkapital in der Bilanz der Gesellschaft erscheint. Die Reserven der Gesellschaft sind nicht einzubeziehen³³.

Keine Rolle spielt es, inwiefern die Anteile einen Anspruch auf die Gewinnverteilung vermitteln. Anteile, die eine privilegierte Position mit Bezug auf die Gewinnverteilung haben (wie z.B. Vorzugsaktien), haben somit die gleiche Bedeutung wie andere Anteile am Kapital³⁴. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Körperschaft kein Kapital im gesellschaftsrechtlichen Sinn hat. In diesem Fall gilt die Summe der Einlagen in die Körperschaft, die für die Gewinnausschüttung massgebend sind, als «Kapital» i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA³⁵.

Ob und in welchem Umfang die Anteile Mitbestimmungsrechte (Stimmrechte) vermitteln, ist ohne Bedeutung. Aktien mit mehrfachem Stimmrecht (Stimmrechtsaktien) werden Aktien mit einfachem Stimmrecht sowie stimmrechtslosen Aktien gleichgestellt. Der OECD-Kommentar hält aber fest, dass die Vertragsstaaten im Rahmen der Vertragsverhandlungen das in Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA verwendete Kriterium «Kapital» durch das Kriterium «Stimmrecht» ersetzen können³⁶.

Beteiligungsrechte, die von der Dividendenschuldnerin (oder ihren Konzerngesellschaften) selbst gehalten werden (eigene Aktien), sind vom Nennkapital der Gesellschaft richtigerweise in Abzug zu bringen bzw. den Aktionären zuzurechnen.

Beispiel

Eine inländische Aktiengesellschaft mit einem Nennkapital von 100 000 CHF hält direkt oder indirekt eigene Beteiligungsrechte im Umfang von 10 %. Die Dividendenempfängerin muss somit bloss eine Beteiligung im Umfang von 22.5 % (Nennwert von 22 500 CHF) halten, um von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA profitieren zu können.

4. Unmittelbare Beteiligung

Die Dividendenempfängerin muss gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA «unmittelbar» zu mindestens 25 % am Kapital der Dividendenschuldnerin beteiligt sein. Fraglich ist es zunächst, ob auch dann von einem unmittelbaren Beteiligungsverhältnis gesprochen werden kann, wenn die Beteiligung an der Dividendenschuldnerin über eine Personengesellschaft gehalten wird. Solange eine solche Personengesellschaft vom betreffenden Staat steuerlich transparent behandelt wird, gibt es im Hinblick auf Sinn und Zweck von Art. 10 Abs. 2

³³ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 15a.

³⁴ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 15c.

³⁵ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 15e.

³⁶ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 15. Eine solche Regelung, die auf Stimmrechte abstellt, ist bspw. in Art. 10 Abs. 2 US-MA enthalten.

lit. a OECD-MA keinen Grund, dies zu verneinen. Dies entspricht mittlerweile auch der Praxis der ESTV³⁷.

76 Keine unmittelbare Beteiligung liegt vor, wenn die ausschüttende Gesellschaft über eine (intransparent besteuerte) Zwischengesellschaft gehalten wird (indirekte Beteiligung). Erbringt die Enkelgesellschaft gegenüber der Grossmuttergesellschaft eine geldwerte Leistung, kann sich die Grossmuttergesellschaft nicht auf Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA stützen, da kein unmittelbares Beteiligungsverhältnis vorliegt³⁸.

77 Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Zwischengesellschaft vom Ansässigkeitsstaat der Grossmuttergesellschaft steuerlich transparent behandelt wird³⁹.

78 **Beispiel**

Eine schweizerische Gesellschaft wird von einer US-Gesellschaft über eine (aus US-Sicht als «disregarded entity» behandelte) Bermuda-Gesellschaft (Variante: US LLC) gehalten. Die US-Gesellschaft ist an der inländischen Gesellschaft nicht unmittelbar beteiligt. Handelt es sich bei der transparent behandelten Gesellschaft aber um eine in den USA ansässige Gesellschaft (Variante), wird gemäss Praxis der ESTV die Rückerstattung bis zum Residualsatz von 5 % gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-USA gewährt.

79 Die Schweiz hat aber auch einige Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, die den Tatbestand für qualifizierte Beteiligungen nicht von einer unmittelbaren Beteiligung abhängig machen⁴⁰.

80 **Beispiel**

Eine schweizerische Gesellschaft nimmt eine geldwerte Leistung an ihre in UK ansässige Grossmuttergesellschaft vor. Die UK-Grossmuttergesellschaft ist gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a (i) DBA-UK zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Alternativ kann die inländische Gesellschaft die Verrechnungssteuerpflicht im Meldeverfahren erledigen.

³⁷ ESTV, 11.3.2005, DBA-D, B 10.3 Nr. 2; anders noch ESTV, 25.4.1997, DBA-D, B 10.2 Nr. 23.

³⁸ ESTV, 22.4.2002, DBA-D, B 10.2 Nr. 29.

³⁹ OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2022, 20 ff.

⁴⁰ So z.B. die Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich, Japan, Schweden und UK sowie – bis zum Residualsatz von 10 % – das Doppelbesteuerungsabkommen mit Jamaika.

5. *Haltedauer*

a) **Update 2017**

Seit dem Update 2017 des OECD-MA sieht Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA vor, dass die an den Dividenden nutzungsberechtigte Gesellschaft während 365 Tagen einschliesslich des Tages der Dividendenzahlung unmittelbar über die geforderte Kapitalbeteiligung von 25 % verfügen muss. Gleichzeitig wurde Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA um eine Klammerbemerkung ergänzt, wonach Änderungen der Eigentumsverhältnisse unberücksichtigt bleiben, die sich unmittelbar aus einer Umstrukturierung, wie einer Fusion oder Spaltung, der die Anteile haltenenden oder die Dividenden zahlenden Gesellschaft ergeben würden. 81

Obwohl die bis zum Update 2017 geltende Fassung von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA keine Haltedauer vorgesehen hatte, gab es bereits früher zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz, die eine solche Haltedauer kennen⁴¹. 82

Das Erfordernis einer Mindesthaltedauer versteht sich als (verobjektivierte) Anti-Missbrauchsregelung in Umsetzung des BEPS Action Point 6⁴². Der Nachweis, dass in casu kein Missbrauch vorliegt, steht dem Steuerpflichtigen aber nicht offen. Umgekehrt kann der Quellenstaat auch nach Ablauf der Haltedauer Abkommensvorteile unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs verweigern (vgl. dazu § 24). Entsprechend ist es auch folgerichtig, dass die Anwendung der im Rahmen des Updates von 2017 neu eingeführten allgemeinen Missbrauchsbestimmung von Art. 29 OECD-MA nichtsdestotrotz vorbehalten bleibt. 83

Weiter stellt das Musterabkommen offenbar auf den Zeitpunkt der Zahlung («day of the payment») der Dividende ab. Gemäss OECD-Musterkommentar beinhaltet der weit zu verstehende Ausdruck «gezahlt» («paid») die Erfüllung der Verpflichtung, dem Aktionär auf die vertragsmässige oder die übliche Weise Geldmittel («funds») zur Verfügung zu stellen. Folglich scheint es für die Berechnung der Haltedauer gemäss aktualisiertem OECD-MA nicht mehr auf die Entstehung der Steuerschuld, die nach schweizerischem Recht mit Dividendenfälligkeit eintritt, sondern auf die effektive Begleichung der Dividendenschuld anzukommen. 84

⁴¹ Eine Haltedauer von zwölf Monaten ist in den Doppelbesteuerungsabkommen mit Australien, Belgien, Brasilien, Bulgarien, Estland, Deutschland, Island, Kosovo, Kuwait, Lettland, Liechtenstein, Malta, Japan, Polen, Sambia, Spanien, Tschechische Republik und Zypern vorgesehen. Die Doppelbesteuerungsabkommen mit Luxemburg, Polen und Portugal sowie Art. 9 AIA-EU enthalten sogar eine Haltedauer von 24 Monaten.

⁴² OECD-MK, Art. 10 Ziff. 16.

b) Nachträgliche Erfüllung der Haltedauer

- 85 Die Verwendung des Präsens («hält») in Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA weist darauf hin, dass die Haltedauer nicht bereits am Tag der Dividendenzahlung erfüllt sein muss, sondern auch nachträglich erfüllt werden kann⁴³. Analoges gilt für die Haltedauer gemäss Art. 9 AIA-EU in Anwendung der sog. «Denkavit-Praxis» des EuGH⁴⁴.
- 86 Es gibt aber auch einige von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen, deren Wortlaut nahelegt, dass die Haltedauer im Zeitpunkt der Dividendenzahlung bereits abgelaufen sein muss⁴⁵. In den Protokollen zu den meisten dieser Doppelbesteuerungsabkommen wird aber klargestellt, dass die Haltedauer trotz gegenteiligem Wortlaut auch nacherfüllt werden kann.

c) Änderung der Beteiligungsquoten

- 87 Ist die Haltedauer (aus Sicht der Schweiz als Quellenstaat) einmal erfüllt, gilt dies auch für später erworbene Anteilsrechte, für welche die Haltedauer an sich noch nicht abgelaufen ist.
- 88 **Beispiel**
Eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft (LuxCo) hält seit dem 1. Juni 2019 eine Beteiligung von 10 % an einer inländischen Gesellschaft (SwissCo). Am 1. März 2022 erwirbt LuxCo weitere 20 % an SwissCo. Vier Monate später, am 1. Juli 2022, schüttet SwissCo eine Dividende aus.
Da LuxCo während mehr als zwei Jahren eine Beteiligung von 10 % an SwissCo hielt, kann LuxCo auch für die erst am 1. März 2022 erworbene Beteiligung von 20 % die vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-Lux geltend machen.

d) Einfluss von Umstrukturierungen auf Haltedauer

- Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA in der aktuellen Fassung von 2017 bleiben bei der Berechnung der Haltedauer «Änderungen der Eigentumsverhältnisse unberücksichtigt, die sich unmittelbar aus einer Umstrukturierung, wie einer Fusion oder Spaltung, der die Anteile haltenden oder die Dividenden zahlenden Gesellschaft ergeben würden». Der Art. 8 Abs. 1 MLI, der dieser Regelung als Inspirationsquelle diente, fällt nahezu wortgleich aus.
Während neuere Doppelbesteuerungsabkommen teilweise eine Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA nachgebildete Bestimmung enthalten⁴⁶, fehlt eine entsprechende Bestimmung in älteren Doppelbesteuerungsabkommen.
Gemäss Praxis der ESTV führt aber auch unter solchen Doppelbesteuerungsabkommen eine Umstrukturierung, wie eine Fusion oder Spaltung, nicht zu einer Durchbrechung der Haltedauer⁴⁷. Dies gilt selbst dann, wenn diese nicht auf dem Weg der Universalsukzession durchgeführt wird (wie z.B. bei einer altrechtlichen Spaltung).

Beispiel

Eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft (SwissCo) wird seit dem 1. Juni 2019 von einer in Luxemburg ansässigen Gesellschaft (LuxCo 2) gehalten. Am 1. Juni 2022 wird LuxCo 2 von ihrer in Luxemburg ansässigen Muttergesellschaft (LuxCo 1) absorbiert. Vier Monate später, am 1. Oktober 2022, schüttet SwissCo eine Dividende an LuxCo 1 aus.

Obwohl LuxCo 1 die Anteile an SwissCo noch keine zwei Jahre hält, ist sie gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-Lux zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Sie übernimmt die Haltedauer von LuxCo 2.

- Wird die schweizerische Tochtergesellschaft vor Ablauf der Haltedauer von ihrer ausländischen Muttergesellschaft absorbiert, kann die Haltedauer immer dann nacherfüllt werden, wenn die absorbierende Muttergesellschaft die Vermögenswerte der absorbierten Tochtergesellschaft nicht vor Ablauf der Haltedauer veräussert.

Beispiel

Eine in der Schweiz ansässige Holdinggesellschaft (HoldCo) hält als einzigen Vermögenswert eine ebenfalls in der Schweiz ansässige Gesellschaft (SwissCo). HoldCo wird seit dem 1. Juni 2022 von einer in Luxemburg ansässigen Gesellschaft (LuxCo) gehalten. Am 1. Juni 2023 wird HoldCo von ihrer in Luxemburg ansässigen Muttergesellschaft (LuxCo) absorbiert.

Da die Haltedauer von 2 Jahren im Zeitpunkt der Absorption von HoldCo noch nicht abgelaufen ist, muss im Zeitpunkt der Absorption von SwissCo die Verrechnungssteuer im Umfang von 5% auf der Differenz zwischen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a (i) DBA-Lux an die ESTV abgeführt werden. Wenn LuxCo am 1. Juni 2024 immer noch im Besitz von

⁴³ Vgl. OESTERHELT/OPEL, FSrR 2021, 121 ff., 128 ff. Dies gilt auch für die mit Deutschland, Belgien, Luxemburg, Malta, Spanien, Tschechische Republik und Zypern abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen, die eine vergleichbare Formulierung kennen.

⁴⁴ EuGH, 14.12.2006, C-170/05; vgl. dazu OESTERHELT/WINZAP, ASA 74 (2005/2006), 449 ff., 470 ff.

⁴⁵ So die Doppelbesteuerungsabkommen mit Bulgarien, Estland, Island, Lettland und Liechtenstein.

⁴⁶ So etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Kosovo und Sambia.

⁴⁷ Vgl. OESTERHELT/OPEL, FSrR 2021, 121 ff., 134.

SwissCo ist, kann LuxCo gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-Lux die Verrechnungssteuer von 5% von der ESTV zurückfordern.

93 Eine gruppeninterne Übertragung führt hingegen gemäss den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen nach Praxis der ESTV selbst dann regelmässig zur Unterbrechung der Haltedauer, wenn die Voraussetzungen für eine steuerneutrale Umstrukturierung (Beteiligungsausgliederung oder Konzernübertragung) erfüllt sind.

94 **Beispiel**

Eine inländische Gesellschaft (SwissCo) wird von einer in Luxemburg ansässigen Gesellschaft (LuxCo 1) seit dem 1. Juni 2017 gehalten. LuxCo 1 bringt die SwissCo im Rahmen einer Sacheinlage am 1. Januar 2020 in eine andere Luxemburger Gruppengesellschaft ein (LuxCo 2). Am 1. März 2020 schüttet die SwissCo eine Dividende an die LuxCo 2 aus. Nach Praxis der ESTV wird die Haltedauer durch die gruppeninterne Übertragung unterbrochen und LuxCo 2 hat nur Anspruch auf Rückerstattung von 20 % (anstatt 35 %) der Verrechnungssteuer.

V. Betriebsstättenvorbehalt (Art. 10 Abs. 4 OECD-MA)

1. Besteuerungsrecht des Betriebsstättenstaates

95 Sofern die Dividendenempfängerin über eine im Quellenstaat gelegene Betriebsstätte verfügt und die Dividenden an diese Betriebsstätte gezahlt werden, ist die Verteilungsnorm von Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA nicht anwendbar. Dies wird durch den sog. Betriebsstättenvorbehalt von Art. 10 Abs. 4 OECD-MA klar gestellt. Das Besteuerungsrecht für die der Betriebsstätte zuzuweisenden Dividenden bestimmt sich nunmehr aufgrund von Art. 7 OECD-MA, der das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Betriebsstättenstaat (der ja auch Quellenstaat ist) zuweist. Folglich darf dieser Staat nicht den Bruttobetrag der Dividenden besteuern, sondern den Nettobetrag der Unternehmensgewinne, soweit diese der Betriebsstätte oder einer festen Geschäftseinrichtung zuzuordnen sind.

96 **Beispiel**

Eine in der Schweiz ansässige Gesellschaft (SwissCo) erhält Dividenden einer in Deutschland ansässigen Tochtergesellschaft. Die Dividenden sind einer Betriebsstätte von SwissCo in Deutschland zuzurechnen, sodass das Besteuerungsrecht an diesen gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 2 DBA-D Deutschland zuzuweisen ist. Aus Sicht der Schweiz werden die Dividenden gemäss Art. 52 Abs. 1 DBG von der Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer freigestellt. Aufgrund des Betriebsstättenvorbehalts von Art. 10 Abs. 5 DBA-D kann gestützt auf Art. 10 Abs. 3 DBA-D keine Entlastung von der deutschen Kapitalertragssteuer verlangt werden. Diese ist vielmehr nach unilateralem deutschem Recht geltend zu machen.

2. Rückerstattungsberechtigung inländischer Betriebsstätten (Art. 24 Abs. 3 VStG)

Sozusagen das Gegenstück zum Betriebsstättenvorbehalt von Art. 10 Abs. 4 OECD-MA im unilateralen Recht der Schweiz ist Art. 24 Abs. 3 VStG, welcher einer inländischen Betriebsstätte die Rückerstattung der Verrechnungssteuer für Einkünfte aus dem Betriebsvermögen der Betriebsstätte gewährt. 97

Die ESTV sowie das Bundesgericht interpretieren den Begriff des «Betriebsvermögens» eng. Nach der Praxis der ESTV hängt die Rückerstattungsberechtigung davon ab, dass die infrage stehende Beteiligung direkt und ausschliesslich der Tätigkeit der Betriebsstätte dient und für deren Geschäft ein nötiges Aktivum darstellt oder umgekehrt die Betriebsstätte wesentlich zum Einkommen der Beteiligungsgesellschaft beiträgt. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die Beteiligung im Interesse der gesamten ausländischen Unternehmung gehalten wird oder dieser insgesamt zugutekommt. Diese Voraussetzungen müssen objektiv erfüllt sein, und es geht nach der Praxis der ESTV nicht an, dass die ausländische Unternehmung willkürlich bestimmt, welche Aktiven bzw. Einkünfte zur Betriebsstätte gehören⁴⁸. 98

Die Praxis der ESTV zu Art. 24 Abs. 3 VStG wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 22. Februar 2008 geschützt⁴⁹. Dabei hält das Bundesgericht fest, dass eine Rückerstattung gestützt auf Art. 24 Abs. 3 VStG nur dann möglich ist, wenn (i) die verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte «aus dem Betriebsvermögen der Betriebsstätte» stammen und (ii) die ausländische Person hierfür in der Schweiz gewinnsteuerpflichtig wird. 99

Da die ausländische Person nur für Einkünfte einkommens- bzw. gewinnsteuerpflichtig wird, die gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 6 Abs. 2 DBG bzw. Art. 51 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 52 Abs. 2 DBG zum Betriebsvermögen der Betriebsstätte gehören, ist es zweifelhaft, inwiefern dem Kriterium des «Betriebsvermögens» i.S.v. Art. 24 Abs. 3 VStG überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt. 100

Das Bundesgericht kam jedoch zum Schluss, dass im Rahmen von Art. 24 Abs. 3 VStG eigenständig geprüft werden muss, ob die verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte aus dem Betriebsvermögen der Betriebsstätte stammen. 101

Da die Verrechnungssteuer im inländischen Verhältnis die Funktion einer Sicherungssteuer der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer hat, ist es nicht ersichtlich, wieso der Begriff des «Betriebsvermögens» für die Zwecke von Art. 24 Abs. 3 VStG eine andere Bedeutung haben soll als im Rahmen der Gewinnabgrenzung der Betriebsstätte. Da sich die ESTV aber in der Praxis zu Art. 24 Abs. 3 VStG nicht an die Beurteilung der für die Festsetzung der direkten Steuern zuständigen 102

⁴⁸ ESTV 5.11.1984, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 3 VStG Nr. 4.

⁴⁹ BGer, 22.2.2008, 2C_333/2007, E. 7 = StR 2008, 475 ff.

kantonalen Steuerbehörden gebunden fühlt, kann dies – wie im Urteil vom 22. Februar 2008 – dazu führen, dass Einkünfte aus einer Beteiligung in der Schweiz der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer unterliegen, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer aber verweigert wird.

VI. Verbot der extraterritorialen Besteuerung (Art. 10 Abs. 5 OECD-MA)

- 103 Art. 10 Abs. 5 OECD-MA enthält ein Verbot, Dividenden einer nicht ansässigen Gesellschaft (d.h. einer in einem Drittstaat ansässigen Gesellschaft) nur deshalb zu besteuern, weil diese Gesellschaft in diesem Staat eine Betriebsstätte unterhält (Verbot der extraterritorialen Besteuerung). Während das schweizerische Recht keine solche extraterritoriale Besteuerung kennt, erheben einige Staaten (z.B. die USA) eine solche *branch profits tax*. Doppelbesteuerungsabkommen mit Staaten, die eine solche *branch profits tax* erheben, enthalten deshalb häufig einen entsprechenden Vorbehalt wie in Art. 10 Abs. 5 OECD-MA.
- 104 Dem Betriebsstättenstaat steht es demgegenüber frei, die an eine im Betriebsstättenstaat ansässige Person ausgeschütteten Dividenden zu besteuern. Dies ergibt sich aus der Art. 10 Abs. 1 OECD-MA nachgebildeten Bestimmung im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Drittstaat und Betriebsstättenstaat (der zugleich Ansässigkeitsstaat ist). Zudem kann der Betriebsstättenstaat die Gewinne der Betriebsstätte nach Massgabe der Art. 7 OECD-MA nachgebildeten Bestimmung im zwischen Betriebsstättenstaat und Quellenstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen besteuern.
- 105 Die Schweiz erhebt keine Verrechnungssteuer auf Zahlungen einer in einem anderen Staat ansässigen Gesellschaft, die in der Schweiz eine Betriebsstätte unterhält. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Schweiz die Auffassung vertritt, die im Drittstaat ansässige Gesellschaft sei tatsächlich in der Schweiz und nicht im Drittstaat geleitet und somit in der Schweiz steuerlich ansässig (Art. 9 Abs. 1 VStG).

VII. Art. 9 AIA-EU

- 106 Art. 15 Abs. 1 ZBStA sah eine Verteilungsnorm vor, die das Besteuerungsrecht für Dividenden aus qualifizierenden Beteiligungen (d.h. Beteiligungen ab 25 %) ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zusprach. Mit der Ablösung der EU-Zahlstellensteuer durch den Automatischen Informationsaustausch (AIA) wurde Art. 15 Abs. 1 ZBStA in Art. 9 Abs. 1 AIA-EU überführt.
- 107 Art. 9 AIA-EU ist für grenzüberschreitende Dividenden zwischen der Schweiz und EU-Staaten anwendbar. Da mit Ausnahme von Italien (Residualsatz von

15 %), Griechenland (Residualsatz von 5 %), Kroatien (Residualsatz von 5 %) sowie Gibraltar (35 % mangels anwendbarem DBA) das Besteuerungsrecht für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen mit Bezug auf praktisch alle EU-Staaten vollständig dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen wird (sog. «Nullsatz»), ist die praktische Bedeutung von Art. 9 AIA-EU in der Schweiz relativ klein geworden.

Die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Art. 9 AIA-EU sind mit denjenigen von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA vergleichbar. Eine Personengesellschaft, die wie eine juristische Person besteuert wird und somit eine «Gesellschaft» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA ist (vgl. dazu vorn N 68), kann sich hingegen nicht auf Art. 9 AIA-EU berufen, da dieser nur auf Kapitalgesellschaften anwendbar ist. Die Berufung auf Art. 9 Abs. 2 AIA-EU ist nur dann möglich, wenn eine Haltedauer von zwei Jahren abgelaufen ist. Auch hier kann die Haltedauer – analog zu Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA – nacherfüllt werden (vgl. N 85 f.; sog. «Denkavit-Praxis» des EuGH zur Mutter-Tochter-Richtlinie).

VIII. Entlastungsverfahren

1. Rückerstattung oder Entlastung an der Quelle

Art. 10 Abs. 2 OECD-MA enthält keine Aussage zu der Frage, wie die Entlastung im Quellenstaat vorgenommen werden muss. Der OECD-Kommentar schliesst daraus, dass es dem Quellenstaat daher freistehe, entweder seine Steuer von vornherein auf die in Art. 10 Abs. 2 OECD-MA vorgesehenen Sätze zu begrenzen (Befreiung an der Quelle) oder zunächst die volle Steuer zu erheben und dann Rückerstattung zu leisten (Rückerstattungsverfahren)⁵⁰.

Der Quellenstaat ist jedoch nicht völlig frei in der Wahl des anwendbaren Verfahrens. Der OECD-Kommentar hält nämlich ebenfalls fest, dass im Allgemeinen eine Befreiung an der Quelle bei Weitem vorzuziehen ist, um die rasche Verwirklichung der Ansprüche des Steuerpflichtigen nach dem Doppelbesteuerungsabkommen sicherzustellen. Ein Rückerstattungsverfahren soll nur dann gewählt werden, wenn offensichtliche Schwierigkeiten bei der Feststellung der Abkommensberechtigung vorliegen⁵¹.

Steht im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld bereits fest, dass die Dividendenempfängerin zur Rückerstattung berechtigt ist, wäre somit eigentlich eine Befreiung an der Quelle angezeigt. Es ist durchaus diskutabel, ob in diesen Fällen die Verweigerung der Entlastung an der Quelle mit Art. 10 Abs. 1 und 2 OECD-MA vereinbar ist.

⁵⁰ OECD-MK, Art. 10 Ziff. 19 Satz 2 sowie Art. 1 Ziff. 109 Satz 3 (i.d.F. seit 2017).

⁵¹ OECD-MK, Art. 1 Ziff. 109 Satz 4 und 5 (i.d.F. seit 2017).

112 Gewährt der Quellenstaat die Steuerentlastung bloss im Rückerstattungsverfahren, ist es gemäss OECD-Kommentar äusserst wichtig, dass die Rückerstattung zügig durchgeführt wird, da eine unangemessene Verzögerung für den Steuerpflichtigen unmittelbare Kosten mit sich bringe⁵². Letzteres gelte insb. dann, wenn der erstattete Betrag – wie z.B. in der Schweiz – nicht verzinst wird.

2. Anwendungsbereich des Meldeverfahrens für die Verrechnungssteuer

a) DBA-Entlastungsverordnung

113 Die Schweiz als Quellenstaat sieht dagegen grundsätzlich selbst dann eine Entlastung von der Verrechnungssteuer auf Dividenden im Rückerstattungsverfahren vor, wenn die Rückerstattungs-berechtigung ausser Frage steht (wie z.B., wenn in einem Steurruling bestätigt wurde, dass der Dividendenempfänger zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt ist).

114 Das Meldeverfahren ist gemäss Praxis der ESTV nur dann anwendbar, wenn die Voraussetzungen der Verordnung vom 22. Dezember 2004 über die Steuerentlastung schweizerischer Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen ausländischer Gesellschaften (DBA-Entlastungsverordnung)⁵³ erfüllt sind. Das Meldeverfahren im grenzüberschreitenden Bereich wird nur dann gewährt, wenn eine ausländische Gesellschaft (Dividendenempfängerin) an der Dividendenschuldnerin eine «wesentliche Beteiligung» hält. Eine ausländische Gesellschaft ist gemäss Art. 2 DBA-Entlastungsverordnung dann wesentlich an der schweizerischen Gesellschaft beteiligt, wenn sie mindestens über die Beteiligung verfügt, die sie nach dem massgebenden Doppelbesteuerungsabkommen zur Beanspruchung einer zusätzlichen oder vollständigen Entlastung von der Verrechnungssteuer berechtigt. Analoges gilt für Entlastungen gestützt auf Art. 9 AIA-EU (vgl. dazu N 106 ff.).

115 Enthält das massgebende Doppelbesteuerungsabkommen keine Bestimmung über die zusätzliche oder vollständige Entlastung bei wesentlichen Beteiligungen⁵⁴, so muss die ausländische Gesellschaft unmittelbar über mindestens 10 %⁵⁵ des Kapitals der schweizerischen Gesellschaft verfügen (Art. 2 Abs. 2 DBA-Entlastungsverordnung).

116 Das Meldeverfahren wird gemäss Art. 2 Abs. 1 DBA-Entlastungsverordnung nur dann gewährt, wenn die Dividendenempfängerin nach der Art. 10 Abs. 2

lit. a OECD-MA nachgebildeten Bestimmung im anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen einen Anspruch auf eine vollständige oder zusätzliche Entlastung hat (vgl. dazu oben N 63 ff.)⁵⁶. Gemäss der Regel von Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA und praktisch allen von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist das Meldeverfahren somit nur für unmittelbar gehaltene Beteiligungen anwendbar. Etwas anderes gilt nur dann, wenn auch eine indirekte Muttergesellschaft eine vollständige⁵⁷ oder zusätzliche⁵⁸ Entlastung verlangen kann⁵⁹. Art. 3 Abs. 1 DBA-Entlastungsverordnung sieht das Meldeverfahren nur für «Dividenden» vor. Der Begriff ist aber i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA zu verstehen (vgl. dazu oben N 12) und umfasst somit auch geldwerte Leistungen.⁶⁰

Seit dem 1. Januar 2023 wird in der DBA-Entlastungsverordnung richtigerweise auf den Begriff der «Gesellschaft» gemäss Begriffsdefinition im anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen abgestellt⁶¹. Somit können (neu) z.B. auch Stiftungen (vgl. § 12 N 66), stiftungsähnliche Anstalten (vgl. § 12 N 75) sowie (intransparent besteuerte) Personengesellschaften (vgl. § 21 N 25) vom Meldeverfahren profitieren.

Ein Meldeverfahren im internationalen Verhältnis setzt eine Bewilligung nach Art. 3 DBA-Entlastungsverordnung voraus⁶². Gemäss Art. 3 Abs. 3 DBA-Entlastungsverordnung wird die Bewilligung für fünf (bis zum 31. Dezember 2022 drei) Jahre erteilt. Die Bewilligung ist gemäss Art. 3 Abs. 2 DBA-Entlastungsverordnung vor Fälligkeit der Dividende einzureichen. Hierbei handelt es sich aber um eine blosse Ordnungsvorschrift. Die Bewilligung kann auch gleichzeitig mit der Meldung (Formular 108), d.h. spätestens 30 Tage nach Dividendenfäl-

⁵⁶ Die in einigen Doppelbesteuerungsabkommen enthaltene vollständige Entlastung von der Verrechnungssteuer für Pensionskassen (vgl. dazu N 62) berechtigt dagegen nicht zur Inanspruchnahme des Meldeverfahrens, da es sich dabei nicht um «Gesellschaften» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b OECD-MA handelt.

⁵⁷ So z.B. eine in UK ansässige Gesellschaft, die mittelbar über 10 % einer schweizerischen Gesellschaft verfügt (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a (i) DBA-UK).

⁵⁸ So z.B. eine in Japan ansässige Gesellschaft, die seit mindestens sechs Monaten über 10 % einer schweizerischen Gesellschaft verfügt (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-J).

⁵⁹ Vorsorgeeinrichtungen, welche gemäss einem Doppelbesteuerungsabkommen auch auf Portfoliobeteiligungen zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind (vgl. N 62), können hingegen das Meldeverfahren trotz Art. 2 Abs. 1 DBA-Entlastungsverordnung mit Bezug auf Portfoliobeteiligungen nicht in Anspruch nehmen, da es an der «wesentlichen» Beteiligung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 DBA-Entlastungsverordnung fehlt.

⁶⁰ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2022, 702 ff., 715.

⁶¹ Bis zum 31. Dezember 2022 konnte das Meldeverfahren hingegen nur von Kapitalgesellschaften beansprucht werden (vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2021, 605 ff., 616 f.).

⁶² Diese ist mit dem Formular 823 (für Anträge, die sich auf Art. 10 DBA-USA stützen), 823 B (für Anträge, die sich auf ein anderes DBA stützen) bzw. 823 C (für Anträge nach Art. 9 AIA-EU) einzureichen.

⁵² OECD-MK, Art. 1 Ziff. 109 Satz 6 (i.d.F. seit 2017).

⁵³ SR 672.203.

⁵⁴ Dies ist etwa bei den Doppelbesteuerungsabkommen mit Chile, Ecuador, Elfenbeinküste, Indien, Italien, Kuwait, Neuseeland und Tunesien der Fall.

⁵⁵ In der seit 1. Januar 2023 geltenden Fassung. Bis dahin lag die Schwelle bei 20 %.

ligkeit, eingereicht werden. Selbst ein noch später eingereichtes Bewilligungsgesuch muss von der ESTV gemäss Art. 20 Abs. 3 VStG akzeptiert werden (vgl. dazu unten N 146 f.).

b) Anspruch auf Meldeverfahren gestützt auf Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG?

- 119 Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG schreibt die Anwendung des Meldeverfahrens auch für «geldwerte Leistungen im [...] grenzüberschreitenden Konzernverhältnis» zwingend vor. Vor dem Hintergrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes von Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG ist es unverständlich, weshalb Art. 2 DBA-Entlastungsverordnung den Anwendungsbereich des Meldeverfahrens auf das Mutter-Tochter-Verhältnis beschränkt⁶³. Der Umstand, dass für geldwerte Leistungen an Schwestergesellschaften und (i.d.R.)⁶⁴ Grossmuttergesellschaften ein Residualsatz anwendbar ist, ist kein Grund, die Anwendung des Meldeverfahrens (bis zum Residualsatz) zu versagen.

3. StADG

- 120 Das Verfahren zur Entlastung von der Verrechnungssteuer ist weder im OECD-Musterabkommen noch in den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen geregelt. Dies wird vielmehr dem internen Recht des Quellenstaates überlassen.
- 121 Mit Bezug auf die Schweiz als Quellenstaat finden sich die entsprechenden Verfahrensbestimmungen seit dem 1. Januar 2022 im StADG⁶⁵ sowie in der DBA-Entlastungsverordnung.

a) Zuständigkeit der ESTV (Art. 24 StADG)

- 122 Art. 24 StADG hält fest, dass die ESTV für die Durchführung des Verfahrens zur Entlastung von der Verrechnungssteuer zuständig ist. Im Gegensatz zur Entlastung von der Verrechnungssteuer im nationalen Verhältnis gilt dies sowohl für Rückerstattungsanträge von juristischen Personen als auch von natürlichen Personen. Zuständig ist dabei grundsätzlich die Abteilung Rückerstattung, die in der Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und

⁶³ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, EF 2020, 978 ff.

⁶⁴ Ausnahmen bilden die Doppelbesteuerungsabkommen mit UK, Frankreich, Schweden und Japan, bei denen auch eine indirekte Muttergesellschaft Anspruch auf eine vollständige bzw. (im Fall von Japan) zusätzliche Entlastung von der Verrechnungssteuer hat.

⁶⁵ Vgl. dazu eingehend OESTERHELT, StR 2022, 20 ff.

Stempelabgaben (HA DVS) eingegliedert ist. Für die Frage, ob die Entlastung auf dem Weg der Rückerstattung oder an der Quelle (Meldeverfahren) zu gewähren ist, ist hingegen die (ebenfalls der HA DVS unterstellte) Abteilung Erhebung zuständig.

b) Mitwirkungspflicht (Art. 25 StADG)

Wer einen Antrag auf Entlastung von der Verrechnungssteuer stellt, muss der ESTV gemäss Art. 25 Abs. 1 StADG über alle Tatsachen, die für die Entlastung von Bedeutung sein können, Auskunft erteilen und auf Verlangen die benötigten Unterlagen einreichen. Für die Entlastung von der Verrechnungssteuer auf dem Weg der Rückerstattung sind dabei die von der ESTV vorgesehenen Formulare zu verwenden⁶⁶. Entlastungen auf dem Weg des Meldeverfahrens sind mit dem Formular 823/823B/823C⁶⁷ (Grundbewilligung) sowie dem Formular 108⁶⁸ zu melden.

Die Mitwirkungspflicht des Antragstellers erschöpft sich aber nicht in der Abgabe des jeweiligen Formulars. Sie erstreckt sich vielmehr auch auf die Beantwortung allfälliger Nachfragen seitens der ESTV. Die Mitwirkungspflicht des Antragsstellers ist aber durch das Verhältnismässigkeitsgebot begrenzt⁶⁹.

Kommt die antragstellende Person ihren Mitwirkungspflichten nicht nach und kann die ESTV den Anspruch ohne die verlangten Auskünfte nicht abklären, so weist sie den Anspruch gemäss Art. 25 Abs. 2 StADG ab. Macht die antragstellende Person unzutreffende Angaben, hat die ESTV u.U. einen Anspruch darauf, die zu Unrecht zurückerstattete Verrechnungssteuer von der antragstellenden Person zurückzufordern. Fehlerhafte Angaben gegenüber der ESTV im Zusammenhang mit einem Antrag auf Entlastung von der Verrechnungssteuer können zudem die in Art. 28 f. StADG enthaltenen Strafnormen erfüllen (vgl. dazu hinten N 131 f.).

⁶⁶ Formular 60 bzw. je nach Doppelbesteuerungsabkommen ein spezifisches Formular wie z.B. Formular 85 (DBA-D), Formular 83 (DBA-F), Formular 86 (DBA-UK), Formular 95 (DBA-I), Formular 96 (DBA-CDN), Formular 78 (DBA-FL), Formular 79 (DBA-LUX), Formular 81 (DBA-NL), Formular 84 (DBA-A), Formular 80 (DBA-S), Formular 90 (DBA-E).

⁶⁷ Formular 823 für Entlastungen nach dem DBA-USA, Formular 823C für Entlastungen gestützt auf Art. 9 AIA-EU sowie Formular 823B für Entlastungen unter allen anderen Doppelbesteuerungsabkommen.

⁶⁸ Das Formular 108 ist dabei der ESTV zusammen mit dem Formular 7, 102, 103 oder 110 einzureichen.

⁶⁹ Botschaft StADG, BBl 2020, 9219 ff., 9250.

c) Mitteilung und Entscheid (Art. 26 StADG)

- 126 Weist die ESTV einen Antrag ab oder entspricht sie ihm nur teilweise, so teilt sie dies gemäss Art. 26 Abs. 1 StADG der antragstellenden Person mit. Eine solche Mitteilung hat keinen Verfügungscharakter und kann deshalb nicht angefochten werden.
- 127 Ist die antragsstellende Person mit der Abweisung des Antrags nicht einverstanden, kann sie gemäss Art. 26 Abs. 2 StADG einen formellen Entscheid der ESTV verlangen. Ein solcher Entscheid hat Verfügungscharakter.
- 128 Gegen einen Entscheid der ESTV i.S.v. Art. 26 Abs. 2 StADG kann gemäss Art. 42 Abs. 1 VStG innert 30 Tagen nach der Eröffnung bei der ESTV Einsprache erhoben werden. Das anwendbare Verfahren ist in Art. 42 VStG geregelt.

d) Nachprüfung innerhalb von drei Jahren (Art. 26 Abs. 3 Satz 1 StADG)

- 129 Eine nicht auf einem Entscheid beruhende Rückerstattung der Verrechnungssteuer steht gemäss Art. 26 Abs. 3 Satz 1 StADG unter dem Vorbehalt einer späteren Nachprüfung des Anspruchs. Eine solche Nachprüfung ist nicht nur in Fällen möglich, in denen der Antragsteller falsche oder unvollständige Angaben gegenüber der ESTV gemacht hat, sondern auch dann, wenn dieser seiner Mitwirkungspflicht nach Art. 25 StADG vollumfänglich nachgekommen ist. Der Grund für die Möglichkeit der Nachprüfung ist der Umstand, dass die ESTV aus Gründen der Verwaltungsökonomie in vielen Fällen bloss eine summarische Prüfung der Voraussetzungen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer vornehmen kann⁷⁰. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann, wenn kein Revisionsgrund im technischen Sinn vorliegt⁷¹.
- 130 Auch wenn Art. 26 Abs. 3 Satz 1 StADG explizit nur die verfahrensrechtliche Frage der Nachprüfung regelt, muss davon ausgegangen werden, dass diese Bestimmung implizit auch eine Anspruchsgrundlage der ESTV für die Rückforderung der Verrechnungssteuer darstellt. Alternativ denkbar wäre eine Rückforderung unter dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der ungerechtfertigten Bereicherung⁷².

e) Nachprüfung nach Ablauf von drei Jahren (Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG)

Nach Ablauf von drei Jahren seit Gewährung der Rückerstattung ist die Nachprüfung gemäss Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG nur noch in Verbindung mit einem Strafverfahren nach Art. 28 StADG zulässig. Art. 51 Abs. 2, 2. Halbsatz VStG enthält eine parallele Bestimmung für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf das VStG. 131

Auch hier stellt sich die Frage, was die Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Verrechnungssteuer ist. Die Verknüpfung mit dem Strafverfahren legt zunächst nahe, dass die Anspruchsgrundlage für die Rückforderung im VStrR zu finden ist. In Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR gibt es eine Anspruchsgrundlage, auf welche die ESTV eine Rückforderung der Verrechnungssteuer stützen könnte. Der Anspruch nach Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR setzt aber die Eröffnung eines Strafverfahrens i.S.v. Art. 28 StADG gerade nicht voraus. Eine für den Tatbestand von Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR erforderliche «Widerhandlung gegen die Verwaltungsgesetzgebung des Bundes» liegt nämlich gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits dann vor, wenn ein objektiver Straftatbestand – vorliegend jener von Art. 28 StADG – erfüllt ist⁷³. Somit muss auch mit Bezug auf Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG davon ausgegangen werden, dass ein Anspruch der ESTV – analog zu Art. 26 Abs. 3 Satz 1 StADG – implizit aus Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG abgeleitet werden kann. 132

f) Rückforderung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR

Ob eine Rückforderung einer zu Unrecht rückerstatteten Verrechnungssteuer nach drei Jahren seit Gewährung der Rückerstattung tatsächlich nur noch in Verbindung mit einem Strafverfahren nach Art. 28 StADG möglich ist, ist aber fraglich. Die ESTV kann ihren Anspruch nämlich alternativ auch auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR stützen. Wie bereits vorn erwähnt, setzt ein Anspruch auf Rückforderung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR im Gegensatz zu Art. 26 Abs. 3 Satz 2 StADG kein Strafverfahren nach Art. 28 StADG (oder Art. 14 VStrR) voraus. Eine für Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR erforderliche «Widerhandlung gegen die Verwaltungsgesetzgebung des Bundes» liegt nämlich bereits dann vor, wenn der objektive Tatbestand von Art. 28 StADG erfüllt ist. Die Eröffnung eines Strafverfahrens i.S.v. Art. 28 StADG ist mithin nicht erforderlich. 133

⁷³ Ein Verschulden und die formelle Strafverfolgung sind dagegen gerade keine Voraussetzung, vgl. BGE 107 Ib 198 E. 6c; BGE 106 Ib 218 E. 2c; vgl. OESTERHELT/FRACHEBOUD, Art. 12 VStrR N 5 ff.

⁷⁰ BGE 84 I 178 E. 1.

⁷¹ BGE 84 I 178 E. 1.

⁷² Vgl. BGE 141 II 447 E. 8.5.1, wobei sich die Verjährung des Anspruchs dann nicht nach der Regel von Art. 67 OR richtet, sondern in Anlehnung an Art. 51 VStG drei Jahre beträgt.

- 134 Der Anspruch der ESTV gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR besteht regelmässig parallel zu den Ansprüchen der ESTV gestützt auf das VStG. So wird ein auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR gestützter Anspruch auf die Erhebung der Verrechnungssteuer gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nicht durch die Verjährungsfrist von Art. 17 VStG beschränkt. Dasselbe muss auch mit Bezug auf das StADG gelten. Insofern wird der Anspruch der ESTV gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR durch Art. 26 Abs. 3 StADG nicht derogiert.
- 135 Die ESTV kann einen auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR gestützten Anspruch innerhalb von sieben Jahren geltend machen⁷⁴. Die Frist beginnt mit der Widerhandlung zu laufen. Bei einer zu Unrecht erfolgten Rückerstattung beginnt die Frist somit immer dann zu laufen, wenn gegenüber der ESTV falsche oder unvollständige Angaben (z.B. im Rahmen der Einreichung des Formulars 108 oder bei der Beantwortung von Nachfragen der ESTV) gemacht werden.

4. Antragsfristen für die Rückerstattung

a) Frist von drei Jahren (Art. 27 Abs. 1 StADG)

- 136 Gemäss Art. 27 Abs. 1 StADG erlischt der Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer an den Leistungsempfänger, wenn er nicht innert drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres gestellt wird, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist. Bei der Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG handelt es sich – analog zu Art. 32 Abs. 1 VStG – um eine Verwirkungsfrist⁷⁵.
- 137 Die Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG ist gewahrt, wenn der Rückerstattungsantrag innert Frist (d.h. bis zum 31. Dezember) der ESTV (oder zu deren Händen) der Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wurde (Art. 21 Abs. 1 VwVG). Ist der 31. Dezember ein Samstag oder ein Sonntag, läuft die Frist gemäss Art. 20 Abs. 3 VwVG am nächsten Montag ab. Der Fristenstillstand von Art. 22a Abs. 1 lit. c VwVG ist dagegen nicht zu beachten, da es sich nicht um eine «nach Tagen bestimmte» Frist handelt. Der Nachweis, dass die Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG gewahrt ist, muss vom Antragsteller erbracht werden⁷⁶.
- 138 Praktisch bedeutsam ist die Frage, ob die Frist auch dann gewahrt ist, wenn der Antrag auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer zwar rechtzeitig bei der ESTV eingereicht wird, aber nicht mit der entsprechenden Bescheinigung der Ansässigkeit des Ansässigkeitsstaates versehen ist. Es wäre ein Fall von überspitztem Formalismus, wenn ein fristgerecht eingereicherter Antrag, welcher vom ausländischen Ansässigkeitsstaat noch nicht «abgestempelt» wurde (d.h.

keine Ansässigkeitsbescheinigung enthält), als nicht i.S.v. Art. 27 Abs. 1 StADG fristwährend eingereicht behandelt werden würde⁷⁷.

Analoges muss für einen Antrag gelten, bei dem die Vollmacht des Rechtsvertreters fehlt oder bei dem sonstige Angaben fehlen. Dies entspricht grundsätzlich auch der Praxis der ESTV, die bei einem diesbezüglich unvollständigen Antrag eine angemessene Nachfrist zur Nachbesserung setzt⁷⁸. Selbst ein bei einer unzuständigen (inländischen) Behörde eingereicherter Antrag gilt gemäss Art. 21 Abs. 2 VwVG als rechtzeitig eingereicht. Es wäre unbillig, wenn hier mit Bezug auf die Vollständigkeit des Antrags überspannte Anforderungen gestellt würden, zumal der Antragsteller nur bedingt Einfluss darauf hat, dass der Ansässigkeitsstaat den Rückerstattungsantrag innert nützlicher Frist behandelt und zurückschickt.

b) Nachfrist von 60 Tagen (Art. 27 Abs. 2 StADG)

Wenn die Entrichtung der Verrechnungssteuer erst aufgrund einer Beanstandung der ESTV geschieht und in diesem Zeitpunkt die Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG bereits abgelaufen ist oder von dieser Frist weniger als 60 Tage verbleiben, beginnt im Zeitpunkt der Entrichtung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 27 Abs. 2 StADG eine neue Frist von 60 Tagen. Auch diese Frist entspricht der für Rückerstattungen gestützt auf das VStG anwendbaren Frist von Art. 32 Abs. 2 VStG, die in der Verwaltungspraxis bereits bisher analog auf Rückerstattungen im internationalen Verhältnis angewendet wurde⁷⁹.

Auch bei der Nachfrist von 60 Tagen handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder unterbrochen noch erstreckt werden kann⁸⁰. Zu beachten ist aber der Fristenstillstand nach Art. 22a VwVG⁸¹. Richtigerweise beginnt diese Frist – analog zur *restitutio in integrum* nach Art. 24 Abs. 1 VwVG – mit Wegfall des

⁷⁷ Strengere Voraussetzungen stellt Art. 28 Abs. 4 DBA-D auf, wonach der Rückerstattungsantrag «stets» eine Ansässigkeitsbescheinigung enthalten müsse (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 Verordnung zum DBA-D, wonach die bestätigte Ausfertigung des Antrags innert der Frist von drei Jahren einzureichen ist). Hier kam das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 16. November 2021 zum Schluss, dass die Abweisung eines Antrags ohne Ansässigkeitsbescheinigung kein überspitzter Formalismus sei (BVGer, 16.11.2021, A-2433/2021, E. 3.2.2.3).

⁷⁸ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2022, 20 ff., 28.

⁷⁹ ESTV, 12.6.2007, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 21 VStG, Nr. 60; ESTV, 20.11.2007, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 32 VStG, Nr. 61; ESTV, 5.9.2008, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 32 VStG, Nr. 63.

⁸⁰ ESTV, 18.4.1988, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 32 VStG, Nr. 27.

⁸¹ Die Frist von 60 Tagen i.S.v. Art. 27 Abs. 2 StADG steht somit vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern (Art. 22a Abs. 1 lit. a VwVG), vom 15. Juli bis und mit 15. August (Art. 22a Abs. 1 lit. b VwVG) sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 22a Abs. 1 lit. c VwVG) still.

⁷⁴ Vgl. BGE 143 IV 228, E. 4.3 f.

⁷⁵ BGer, 21.8.2015, 2C_738/2014, E. 4.2; BGer, 23.5.2017, 2C_1078/2015, E. 5.1.

⁷⁶ Vgl. BGE 109 Ia 183 E. 3b; BGE 92 I 253 E. 3.

Hinderungsgrundes. Mithin kann die Frist nach Art. 27 Abs. 2 StADG für die zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte Partei frühestens dann zu laufen beginnen, wenn sie von der geschuldeten Verrechnungssteuer Kenntnis erlangt. Nur wenn dieser Zeitpunkt vor Entrichtung der Verrechnungssteuer liegt, beginnt die Frist nach Art. 27 Abs. 2 StADG am auf den Tag der Entrichtung der Verrechnungssteuer folgenden Tag. Die Frist ist dann gewahrt, wenn der Antrag innert Frist bei der ESTV eingereicht wird⁸².

c) Nachfrist von 30 Tagen nach Art. 24 Abs. 1 VwVG?

- 142 Fraglich ist, ob in gewissen Konstellationen nicht auch eine Nachfrist anzusetzen ist, wenn ein (innerhalb der Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG bzw. Art. 32 Abs. 1 VStG eingereichter) Rückerstattungsantrag rechtskräftig abgewiesen wurde, weil sich dieser auf eine falsche Rechtsgrundlage gestützt hat. Ein solcher Sachverhalt lag dem Urteil des Bundesgerichts vom 16. Januar 2020 zugrunde, der einen (aus Sicht des Bundesgerichts fälschlicherweise) auf Art. 24 Abs. 3 VStG gestützten Rückerstattungsantrag betraf⁸³. Das Bundesgericht lehnte den Beginn einer Nachfrist von 60 Tagen i.S.v. Art. 32 Abs. 2 VStG im Zeitpunkt der Notifikation des rechtskräftigen Urteils für einen auf ein Doppelbesteuerungsabkommen gestützten Anspruch zwar ab, kam aber zum Schluss, dass eine Nachfrist von 30 Tagen nach Massgabe von Art. 24 Abs. 1 VwVG anzusetzen sei.

d) Frist beim Meldeverfahren

- 143 Die Frist von Art. 27 StADG ist nur mit Bezug auf die Entlastung von der Verrechnungssteuer auf dem Weg der Rückerstattung anwendbar. Für die Entlastung von der Verrechnungssteuer auf dem Weg des Meldeverfahrens findet sie keine Anwendung. Dies ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 VStG, wonach das Meldeverfahren unabhängig davon gewährt werden muss, ob die Meldung der steuerbaren Leistung, das Gesuch um Bewilligung des Meldeverfahrens oder die Geltendmachung des Anspruchs auf ein Meldeverfahren rechtzeitig erfolgt oder nicht⁸⁴. Art. 20 Abs. 3 VStG gilt nicht nur mit Bezug auf die Frist nach Art. 26a Abs. 2

⁸² Analog zur Frist von Art. 27 Abs. 1 StADG ist die Frist auch dann gewahrt, wenn dieser noch nicht vom Ansässigkeitsstaat abgestempelt wurde (vgl. vorn N 138). Gemäss Praxisnote der ESTV vom 5.9.2008 soll die Frist auch dann eingehalten sein, wenn der Antrag innert Frist bei der ausländischen Amtsstelle eingereicht wurde (ESTV, 5.9.2008, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 32 Abs. 2 VStG Nr. 63).

⁸³ BGer, 16.1.2020, 2C_518/2019.

⁸⁴ Die Praxisnote der ESTV, wonach die Nachfrist von 60 Tagen nach Art. 32 Abs. 2 VStG auch im Bereich des Meldeverfahrens gelte (ESTV, 5.9.2008, [Fn. 28], Art. 32 VStG, Nr. 65), ist im Lichte von Art. 20 Abs. 3 VStG somit nicht mehr zutreffend.

VStV sowie Art. 5 DBA-Entlastungsverordnung, sondern auch mit Bezug auf die Frist von Art. 32 VStG sowie Art. 27 StADG.

Die Rückerstattungsberechtigung des Leistungsempfängers gestützt auf VStG oder einen Staatsvertrag (Art. 9 AIA-EU bzw. ein bilaterales Doppelbesteuerungsabkommen) ist zwar eine Voraussetzung für die Anwendung des Meldeverfahrens. Dies gilt aber nur für die Rückerstattungsberechtigung im materiellen Sinn und nicht auch für die Rückerstattungsberechtigung im formellen Sinn.

Ist der Anwendungsbereich des Meldeverfahrens erschlossen, ist mithin weder die Verwirkungsfrist von Art. 32 VStG (für inländische Leistungsempfänger) noch Art. 27 StADG (für im Ausland ansässige Leistungsempfänger) zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn die ESTV die Anwendung des Meldeverfahrens im konkreten Fall ablehnen darf, weil sich der Rückerstattungsanspruch nicht ohne Weiteres feststellen lässt bzw. ernsthafte Zweifel daran bestehen. In einem solchen Fall darf die ESTV nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Anwendung des Meldeverfahrens verweigern⁸⁵. Dies bedeutet aber nicht, dass der (nach Ablehnung des Meldeverfahrens) eingereichte Rückerstattungsantrag unter Hinweis auf den Ablauf der Frist von Art. 32 Abs. 1 VStG bzw. Art. 27 Abs. 1 StADG abgewiesen werden kann. Ist diese Frist bereits abgelaufen, ist ein innerhalb der Frist von Art. 32 Abs. 2 VStG bzw. Art. 27 Abs. 2 StADG eingereichter Rückerstattungsantrag von der ESTV zu akzeptieren. Wie bereits vorn (N 138) ausgeführt, ist die Frist von Art. 27 Abs. 2 StADG in einem solchen Fall auch dann gewahrt, wenn der Rückerstattungsantrag noch nicht vom Ansässigkeitsstaat «abgestempelt» wurde.

Eine nach Ablauf der Frist von Art. 32 Abs. 1 VStG bzw. Art. 27 Abs. 1 StADG erfolgte Meldung kann somit nie die Folgen der Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs nach sich ziehen, sondern lediglich mit einer Ordnungsbusse von maximal 5000 CHF geahndet werden⁸⁶.

Dies gilt auch dann, wenn keine (Grund-)Bewilligung für das Meldeverfahren (Formular 823/823B/823C) vorliegt. Sind die (materiellen) Voraussetzungen für das Meldeverfahren erfüllt, muss die ESTV gemäss Art. 20 Abs. 3 VStG auch eine verspätete Meldung akzeptieren. In einem solchen Fall kann die Meldung (Formular 108) gleichzeitig mit dem Bewilligungsgesuch (Formular 823/823B/823C) eingereicht werden.

e) Verhältnis zu Fristen in DBA

Ist in einem Doppelbesteuerungsabkommen – wie z.B. in Art. 28 Abs. 3 DBA-D – eine Verwirkungsfrist für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer selbst

⁸⁵ BGer, 23.11.2012, 2C_689/2011, E. 2.4.1.

⁸⁶ Vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. c VStG; kritisch zur Rechtmässigkeit der Ordnungsbusse OESTERHELT, StR 2022, 20 ff., 32 f.

enthalten, geht diese als *lex specialis* der allgemeinen Verwirkungsfrist von Art. 27 Abs. 1 StADG vor⁸⁷.

- 149 Die Nachfrist von Art. 27 Abs. 2 StADG kommt aber auch dann zur Anwendung, wenn diese – wie z.B. in Art. 28 Abs. 3 DBA-D – in der Verwirkungsfristbestimmung im spezifischen Doppelbesteuerungsabkommen fehlt. Analoges gilt natürlich auch für die Nachfrist von 30 Tagen nach Art. 24 Abs. 1 VwVG⁸⁸.

§ 20 Zinsen und Lizenzgebühren

STEFAN OESTERHELT

I.	Zinsen (Art. 11 OECD-MA).....	453
1.	Aufbau der Bestimmung	453
2.	Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 11 Abs. 3 OECD-MA).....	454
3.	Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 11 Abs. 5 OECD-MA)	455
4.	Betriebsstättenvorbehalt (Art. 11 Abs. 4 OECD-MA)	455
5.	Besteuerungsrecht des Quellenstaates (Art. 11 Abs. 2 OECD-MA).....	456
6.	Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 11 Abs. 1 OECD-MA).....	457
7.	Vorbehalt des Drittvergleichs (Art. 11 Abs. 6 OECD-MA).....	457
8.	Verfahren zur Entlastung von Quellensteuern.....	457
II.	Lizenzgebühren (Art. 12 OECD-MA).....	458
1.	Aufbau der Bestimmung	458
2.	Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 12 Abs. 2 OECD-MA).....	459
3.	Ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 12 Abs. 1 OECD-MA).....	459
4.	Betriebsstättenvorbehalt (Art. 12 Abs. 3 OECD-MA)	460
5.	Vorbehalt des Drittvergleichs (Art. 12 Abs. 4 OECD-MA).....	460
III.	Art. 9 Abs. 2 AIA-EU	460
1.	Einführung	460
2.	Zahlungen von Zinsen.....	461
3.	Zahlungen von Lizenzgebühren	461
4.	Verbundene Gesellschaften.....	462
a)	Mutter-Tochter-Verhältnis.....	463
b)	Schwestergesellschaften	463
5.	Keine DBA-Ansässigkeit in einem Drittstaat.....	463
6.	Körperschaftsteuerunterstellung	463
7.	Rechtsform einer Kapitalgesellschaft.....	464
8.	Rechtsfolge	464

I. Zinsen (Art. 11 OECD-MA)

1. Aufbau der Bestimmung

Art. 11 OECD-MA enthält eine Verteilnorm für Zinsen. *Art. 11 Abs. 1 OECD-MA* weist das Besteuerungsrecht für Zinsen grundsätzlich dem Ansässigkeitsstaat zu (vgl. N 21).

Art. 11 Abs. 2 OECD-MA weist dem Quellenstaat ein auf 10 % beschränktes Besteuerungsrecht zu (vgl. N 18 ff.), das gemäss Art. 23A Abs. 2 OECD-MA sowie Art. 23B Abs. 1 OECD-MA vom Ansässigkeitsstaat angerechnet werden muss (vgl. N 21).

Art. 11 Abs. 3 OECD-MA enthält eine Definition des Begriffs «Zinsen» (vgl. N 7 ff.).

⁸⁷ Vgl. BVerfGE, 16.11.2021, A-2433/2021, E. 2.4.1.

⁸⁸ Vgl. ausdrücklich BVerfGE, 16.11.2021, A-2433/2021, E. 3.3.1.

- 4 *Art. 11 Abs. 4 OECD-MA* enthält einen (Art. 10 Abs. 4 OECD-MA vergleichbaren) Betriebsstättenvorbehalt (vgl. N 15 ff.).
- 5 *Art. 11 Abs. 5 OECD-MA* definiert, wann die Zinsen als «aus einem Vertragsstaat stammend» gelten und schliesst die von einer Betriebsstätte der im anderen Vertragsstaat ansässigen Person getragenen Zinsen vom Anwendungsbereich von Art. 11 OECD-MA aus (vgl. N 13 f.).
- 6 *Art. 11 Abs. 6 OECD-MA* nimmt Zinsen, die nicht at arm's length sind, vom Anwendungsbereich von Art. 11 OECD-MA aus (vgl. N 22 ff.).

2. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 11 Abs. 3 OECD-MA)

- 7 Art. 11 OECD-MA ist auf «Zinsen» anwendbar. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA definiert diese als «Einkünfte aus Forderungen jeder Art». Ferner wird in Art. 11 Abs. 3 OECD-MA noch klargestellt, dass darunter auch grundpfandgesicherte Forderungen, partiarische Darlehen, Einkünfte aus öffentlichen Anleihen und aus Obligationen einschliesslich der damit verbundenen Aufgelder (wie z.B. ein Emissionsdisagio oder ein Rückzahlungsagio)¹ sowie Gewinne aus Losanleihen zu verstehen sind.
- 8 Art. 11 Abs. 3 Satz 2 OECD-MA stellt sodann klar, dass «Zuschläge für verspätete Zahlungen» (Verzugszinsen) nicht als Zinsen i.S.v. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA gelten. Verzugszinsen fallen somit unter Art. 21 OECD-MA (übriges Einkommen; vgl. dazu § 23).
- 9 Während Art. 10 Abs. 3 OECD-MA den Begriff der «Dividenden» somit unter Verweisung auf das Recht des Quellenstaates (lex fori) definiert, wird der Begriff der «Zinsen» in Art. 11 Abs. 3 OECD-MA ausschliesslich vertragsautonom definiert².
- 10 Da die Abgrenzung von Art. 11 OECD-MA gegenüber Art. 10 OECD-MA nicht immer ganz einfach und wegen der i.d.R. stärkeren Beschneidung des Besteuerungsrechts des Quellenstaates durch Art. 11 OECD-MA auch von erheblicher Bedeutung ist, ist die unterschiedliche Vorgehensweise bei den Definitionen von Art. 10 Abs. 3 OECD-MA und Art. 11 Abs. 3 OECD-MA nicht ganz unproblematisch (vgl. dazu auch vorn § 19 N 12 ff.).
- 11 Mit Bezug auf die Schweiz als Quellenstaat sind sämtliche Einkünfte, bei denen die Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG erhoben wird, als «Zinsen» i.S.v. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA zu qualifizieren. Analoges gilt für Zinsen auf hypothekarisch gesicherten Forderungen, bei denen die Quellensteuer nach Art. 94 DBG erhoben wird. Wird dagegen eine Zinszahlung in eine geldwerte Leistung umqualifiziert und die Verrechnungssteuer unter dem

¹ OECD-MK, Art. 11 Ziff. 20.

² OECD-MK, Art. 20 Ziff. 21.

Titel von Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG erhoben, handelt es sich um eine «Dividende» i.S.v. Art. 10 Abs. 3 OECD-MA.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo) gewährt ihrer inländischen Tochtergesellschaft (*Variante*: Enkelin) ein zu 5 % p.a. verzinsliches Darlehen. Die ESTV stellt sich auf den Standpunkt, dass das Darlehen zu 50 % in verdecktes Eigenkapital umzuqualifizieren sei und erhebt in diesem Umfang die Verrechnungssteuer auf die Zinszahlungen.

LuxCo muss die Entlastung von der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 10 DBA-LUX geltend machen. Beim Darlehen an die direkte Tochtergesellschaft kann gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX ab einer Haltedauer von zwei Jahren die volle Entlastung von der Verrechnungssteuer verlangt werden, wobei das Meldeverfahren zur Anwendung gelangt (obwohl gemäss Art. 11 Abs. 2 DBA-LUX der Quellenstaat ein Besteuerungsrecht von 10 % für Zinsen hat). Beim Darlehen an die Enkelin kann LuxCo dagegen nur die Rückerstattung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a (ii) DBA-LUX bis zum Residualsatz von 15 % geltend machen, wobei das Meldeverfahren gemäss Praxis der ESTV nicht zur Anwendung gelangt.

Wird die Verrechnungssteuer bei kollektiven Kapitalanlagen unter dem Titel von Art. 4 Abs. 1 lit. c VStG erhoben, wendet die ESTV die sog. Präponderanzmethode an: Sind die Erträge der kollektiven Kapitalanlage überwiegend auf Zinsen zurückzuführen, handelt es sich nach Auffassung der ESTV um Zinsen i.S.v. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA. Nach hier vertretener Auffassung greift diese Beurteilung aber – insb. im Lichte von Art. 21 OECD-MA – zu kurz (vgl. hierzu § 23 N 8).

3. Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 11 Abs. 5 OECD-MA)

Zinsen gelten gemäss Art. 11 Abs. 5 Satz 1 OECD-MA dann als «aus einem Vertragsstaat stammend», wenn der Schuldner eine in diesem Vertragsstaat ansässige Person ist. Der Begriff der «ansässigen Person» ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 OECD-MA. Zur Problematik der doppelansässigen Personen vgl. § 19 N 30 ff.

Hat aber der Schuldner der Zinsen, ohne Rücksicht darauf, ob er in einem Vertragsstaat ansässig ist oder nicht, in einem Vertragsstaat eine Betriebsstätte, der die Schuld zuzurechnen ist, so gelten die Zinsen gemäss Art. 11 Abs. 5 Satz 2 OECD-MA als aus dem Betriebsstättenstaat stammend.

4. Betriebsstättenvorbehalt (Art. 11 Abs. 4 OECD-MA)

Analog zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA kann auch der Zinsartikel nicht angerufen werden, wenn die im anderen Vertragsstaat ansässige Person die Zinsen durch eine Betriebsstätte im Quellenstaat vereinnahmt (Art. 11 Abs. 4 OECD-

MA). Es kann dabei mutatis mutandis auf das zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA Gesagte verwiesen werden (vgl. dazu § 19 N 95 ff.).

- 16 Mit Bezug auf die Schweiz als Quellenstaat muss auch hier die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Zinszahlungen gestützt auf Art. 24 Abs. 3 VStG durch die Betriebsstätte geltend gemacht werden.
- 17 Anders liegt der Fall, wenn die Schweiz auf einer Zinszahlung an eine inländische Betriebsstätte eine Quellensteuer i.S.v. Art. 94 DBG erhebt. Mit Bezug auf diese Quellensteuer fehlt eine Art. 24 Abs. 3 VStG entsprechende Bestimmung im DBG und StHG. Richtigerweise sollte deshalb die inländische Betriebsstätte als inländische Gläubigerin angesehen werden.

5. *Besteuerungsrecht des Quellenstaates (Art. 11 Abs. 2 OECD-MA)*

- 18 Gemäss Art. 11 Abs. 2 OECD-MA hat der Quellenstaat ein auf 10 % beschränktes Besteuerungsrecht. Eine in einem Vertragsstaat ansässige nutzungsberechtigte Person kann mithin die Entlastung von der Quellensteuer bis zum Residualsatz von 10 % verlangen.
- 19 Art. 11 Abs. 2 Satz 2 OECD-MA hält fest, dass die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten in gegenseitigem Einvernehmen regeln, wie die Entlastung vorzunehmen ist. Mit Bezug auf die Schweiz als Quellenstaat findet die Entlastung von der Verrechnungssteuer stets auf dem Weg der Rückerstattung statt. Mit Bezug auf die Entlastung von der Quellensteuer i.S.v. Art. 94 DBG findet dagegen eine Entlastung an der Quelle statt³.
- 20 Die meisten von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen folgen der Regel von Art. 11 Abs. 2 OECD-MA und sehen ein beschränktes Besteuerungsrecht des Quellenstaates vor. Es gibt aber auch einige Doppelbesteuerungsabkommen, die das Besteuerungsrecht für Zinsen vollständig dem Ansässigkeitsstaat zuweisen und das Besteuerungsrecht des Quellenstaates vollständig ausschliessen. Dabei handelt es sich u.a. um die Doppelbesteuerungsabkommen mit wichtigen Finanzplätzen⁴.

6. *Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 11 Abs. 1 OECD-MA)*

Dem Ansässigkeitsstaat des Zinsempfängers steht grundsätzlich gemäss Art. 11 Abs. 1 OECD-MA ein unbeschränktes Besteuerungsrecht zu. Der Ansässigkeitsstaat muss aber gemäss Art. 23A Abs. 2 OECD-MA sowie Art. 23B Abs. 1 OECD-MA die dem Quellenstaat in Art. 11 Abs. 2 OECD-MA zugestandene Residualsteuer anrechnen. Zur Anrechnung durch die Schweiz als Ansässigkeitsstaat vgl. § 2 N 122 ff.

7. *Vorbehalt des Drittvergleichs (Art. 11 Abs. 6 OECD-MA)*

Art. 11 Abs. 6 OECD-MA hält fest, dass, wenn zwischen dem Zinsschuldner und dem Zinsempfänger (oder zwischen jedem von ihnen und einem Dritten) besondere Beziehungen bestehen und die Zinsen deshalb den Betrag übersteigen, den Zinsschuldner und Zinsempfänger ohne diese Beziehung vereinbart hätten, Art. 11 OECD-MA nur auf den Betrag anwendbar ist, den sie ohne diese Beziehung vereinbart hätten. Der übersteigende Betrag kann nach dem Recht eines jeden Vertragsstaates und unter Berücksichtigung der anderen Bestimmungen des Abkommens besteuert werden. M.a.W. beschränkt Art. 11 Abs. 6 OECD-MA den Anwendungsbereich des Zinsartikels auf den Teil des Zinses der «at arm's length» ist. Die Besteuerung des übersteigenden Betrags erfolgt dann nach nationalem Recht unter Beschränkung durch die jeweils anwendbare Verteilungsnorm des abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens.

Aus Sicht der Schweiz als Quellenstaat wird ein Zins in dem Umfang, wie er nicht drittüblich ist, in eine der Verrechnungssteuer unterstehende geldwerte Leistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG umqualifiziert. Das Besteuerungsrecht der Schweiz als Quellenstaat wird diesbezüglich nicht durch Art. 11 OECD-MA, sondern durch Art. 10 OECD-MA (Dividendenartikel) beschränkt.

Art. 12 Abs. 4 OECD-MA enthält eine parallele Bestimmung mit Bezug auf Lizenzgebühren (vgl. dazu hinten N 40 f).

8. *Verfahren zur Entlastung von Quellensteuern*

Art. 11 OECD-MA schreibt nicht vor, auf welche Art und Weise die Entlastung von durch den Quellenstaat erhobenen Steuern auf Zinsen zu erfolgen hat.

³ Vgl. OESTERHELT, Immobiliensteuern, § 29 N 78.

⁴ Ein ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates kennen die Doppelbesteuerungsabkommen mit Bahrain, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Hongkong, Irland, Island, Katar, Liechtenstein, Niederlande, Norwegen, Österreich, Russland, Schweden, Spanien, Tschechien, Ungarn, VAE, UK, USA und Zypern.

- 26 Ist die Schweiz Quellenstaat, unterliegen Zinsen entweder der Verrechnungssteuer nach Art. 4 Abs. 1 lit. a oder d VStG⁵ oder der gemäss Art. 94 DBG erhobenen Quellensteuer auf durch inländische Grundstücke besicherte Forderungen ausländischer Gläubiger.
- 27 Während die Schweiz mit Bezug auf die Verrechnungssteuer auf Zinsen ausschliesslich die Entlastung auf dem Weg der Rückerstattung gewährt, wird mit Bezug auf die Quellensteuer nach Art. 94 DBG eine Entlastung an der Quelle gewährt⁶.
- 28 Das Verfahren zu Rückerstattung der auf Zinsen erhobenen Verrechnungssteuer gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen oder gestützt auf Art. 9 AIA-EU ist im StADG geregelt. Es kann deshalb auf die mit Bezug auf das Verfahren zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei Dividenden gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. § 19 N 120 ff.). Die Entlastung von der Verrechnungssteuer wird aber jeweils nur im Rückerstattungsverfahren und nicht im Meldeverfahren gewährt.

II. Lizenzgebühren (Art. 12 OECD-MA)

1. Aufbau der Bestimmung

- 29 Art. 12 OECD-MA enthält eine Verteilnorm für Zinsen. *Art. 12 Abs. 1 OECD-MA* weist das Besteuerungsrecht für Lizenzgebühren ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zu (vgl. N 35 ff.).
- 30 *Art. 12 Abs. 2 OECD-MA* enthält eine Definition des Begriffs «Lizenzgebühren» (vgl. N 33 f.).
- 31 *Art. 12 Abs. 3 OECD-MA* enthält einen (Art. 10 Abs. 4 OECD-MA sowie Art. 11 Abs. 4 OECD-MA vergleichbaren) Betriebsstättenvorbehalt (vgl. N 39).
- 32 *Art. 12 Abs. 4 OECD-MA* enthält eine Art. 11 Abs. 6 OECD-MA vergleichbare Bestimmung und nimmt Lizenzgebühren, die nicht at arm's length sind, vom Anwendungsbereich von Art. 12 OECD-MA aus (vgl. N 40 f.).

⁵ Dies trifft (nach geltendem Recht) auf Obligationenzinsen (Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG) sowie auf Zinsen von Kundenguthaben (Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG) zu. Gemäss Bundesgesetz vom 17. Dezember 2021 soll die Verrechnungssteuer auf Obligationenzinsen per 1. Januar 2023 abgeschafft werden.

⁶ Vgl. OESTERHELT, Immobiliensteuern, § 29 N 78 f.

2. Sachlicher Anwendungsbereich (Art. 12 Abs. 2 OECD-MA)

Art. 12 OECD-MA ist auf «Lizenzgebühren» anwendbar. Art. 12 Abs. 2 OECD-MA definiert dies als «Vergütungen jeder Art, die für die Benutzung oder für das Recht auf Benutzung von Urheberrechten an literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werken, einschliesslich kinematographischer Filme, von Patenten, Marken, Mustern oder Modellen, Plänen, geheimen Formeln oder Verfahren oder für die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen gezahlt werde».

Analog zum Begriff «Zinsen» von Art. 11 OECD-MA (vgl. dazu vorn N 7 ff.) wird somit auch der von Art. 12 OECD-MA verwendete Begriff «Lizenzgebühren» vertragsautonom (d.h. ohne Verweis auf die lex fori) definiert.

3. Ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 12 Abs. 1 OECD-MA)

Art. 12 Abs. 1 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Lizenzgebühren ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat des (nutzungsberechtigten) Empfängers der Lizenzgebühren zu. Mithin kann der Empfänger von Lizenzgebühren gestützt auf das zwischen seinem Ansässigkeitsstaat und dem Quellenstaat abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen eine vollständige Entlastung von allfälligen auf Lizenzgebühren erhobenen Quellensteuern verlangen.

Art. 12 Abs. 1 OECD-MA kann nur von einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person (vgl. dazu § 13), die an den Lizenzgebühren «nutzungsberechtigt» ist, angerufen werden. Der Begriff der Nutzungsberechtigung ist analog zum von Art. 10 Abs. 1 OECD-MA (mit Bezug auf Dividenden) bzw. Art. 11 Abs. 1 OECD-MA (mit Bezug auf Zinsen) verwendeten Begriff auszulegen (vgl. dazu vorn § 19 N 52 ff.).

Es gibt aber zahlreiche von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen, die eine von Art. 12 Abs. 1 OECD-MA abweichende Regel kennen und dem Quellenstaat ein beschränktes Besteuerungsrecht auf Lizenzgebühren einräumen⁷. Diese Doppelbesteuerungsabkommen sehen jeweils im Methodenartikel vor, dass der Ansässigkeitsstaat die vom Quellenstaat erhobene Residualsteuer anrechnen muss (vgl. dazu § 2 N 122 ff.).

Mit Bezug auf die Schweiz als Quellenstaat hat Art. 12 Abs. 1 OECD-MA keine praktische Bedeutung, da die Schweiz (im Gegensatz zu vielen anderen Staaten) keine Lizenzquellensteuer erhebt.

⁷ So z.B. Ägypten, Argentinien, Australien, Bangladesch, Belarus, Chile, China, Ecuador, Frankreich, Griechenland, Hongkong, Indien, Israel, Italien, Kanada, Südkorea, Marokko, Mexiko, Neuseeland, Pakistan, Polen, Singapur, Spanien, Tschechien.

4. Betriebsstättenvorbehalt (Art. 12 Abs. 3 OECD-MA)

- 39 Analog zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA (mit Bezug auf Dividenden) sowie zu Art. 11 Abs. 4 OECD-MA (mit Bezug auf Zinsen) kann auch der Lizenzartikel nicht angerufen werden, wenn die im anderen Vertragsstaat ansässige Person die Lizenzgebühren durch eine Betriebsstätte im Quellenstaat vereinnahmt (Art. 12 Abs. 3 OECD-MA). Es kann dabei mutatis mutandis auf das zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA Gesagte verwiesen werden (vgl. dazu § 19 N 95 ff.).

5. Vorbehalt des Drittvergleichs (Art. 12 Abs. 4 OECD-MA)

- 40 Art. 12 Abs. 4 OECD-MA hält fest, dass, wenn zwischen dem Lizenznehmer und dem Lizenzgeber (oder zwischen jeden von ihnen und einem Dritten) besondere Beziehungen bestehen und die Lizenzgebühren deshalb den Betrag übersteigen, den Lizenznehmer und Lizenzgeber ohne diese Beziehung vereinbart hätten, Art. 12 OECD-MA nur auf den Betrag anwendbar ist, den sie ohne diese Beziehung vereinbart hätten. Der übersteigende Betrag kann nach dem Recht eines jeden Vertragsstaates und unter Berücksichtigung der anderen Bestimmungen des Abkommens besteuert werden.
- 41 M.a.W. beschränkt Art. 12 Abs. 4 OECD-MA den Anwendungsbereich des Lizenzartikels auf den Teil des Zinses der *at arm's length* ist. Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen der Parallelbestimmung von Art. 11 Abs. 6 OECD-MA im Zinsartikel (vgl. dazu vorn N 22 ff.).

III. Art. 9 Abs. 2 AIA-EU

1. Einführung

- 42 Art. 15 Abs. 2 ZBStA sah eine Verteilungsnorm vor, die das Besteuerungsrecht für Zinszahlungen und Lizenzgebühren im schweizerisch-europäischen Konzernverhältnis ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zusprach. Mit der Ablösung der EU-Zahlstellensteuer durch den Automatischen Informationsaustausch (AIA) wurde Art. 15 Abs. 2 ZBStA in Art. 9 Abs. 1 AIA-EU überführt.
- 43 Art. 9 Abs. 2 AIA-EU ist durch die Zins-/Lizenzrichtlinie der EU inspiriert und deshalb auf gruppeninterne Zinszahlungen (vgl. dazu hinten N 46 f.) sowie Lizenzzahlungen (vgl. dazu hinten N 48 ff.) anwendbar.

Da es noch zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen mit EU-Staaten gibt, die dem Quellenstaat ein (beschränktes) Besteuerungsrecht für Zinsen⁸ bzw. Lizenzgebühren⁹ einräumen, ist der praktische Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AIA-EU tendenziell grösser als derjenige von Art. 9 Abs. 1 AIA-EU (vgl. dazu § 19 N 106 ff.).

Da die Schweiz aber auf Zinszahlungen im Konzern keine Verrechnungssteuer erhebt¹⁰ und Lizenzgebühren in der Schweiz ebenfalls keiner Quellensteuer unterstehen, ist Art. 9 Abs. 2 AIA-EU nur mit Bezug auf Inbound-Zahlungen anwendbar.

2. Zahlungen von Zinsen

Art. 9 Abs. 2 AIA-EU sieht die Quellensteuerentlastung von «Zahlungen von Zinsen» vor. Im Gegensatz zu Art. 2 lit. a Zins-/Lizenzrichtlinie¹¹ und dem gleichlautenden Art. 11 Abs. 3 OECD MA wird der Begriff «Zinsen» in Art. 9 Abs. 2 AIA-EU nicht definiert.

Die Abgrenzung von Zinsen gegenüber Dividenden i.S.v. Art. 9 Abs. 1 AIA-EU ist aus Sicht der Schweiz als Quellenstaat insb. dann von Bedeutung, wenn Zinsen in geldwerte Leistungen umqualifiziert werden. Wird ein Kapitalertrag nach dem Recht des Quellenstaats als Dividende qualifiziert, handelt es sich nicht um Zins i.S.v. Art. 9 Abs. 2 AIA-EU. Der Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AIA-EU wird somit durch denjenigen von Art. 9 Abs. 1 AIA-EU beschränkt¹².

3. Zahlungen von Lizenzgebühren

Da der Begriff der Lizenzgebühr in Art. 9 Abs. 2 AIA-EU ebenfalls nicht definiert ist, muss auch dieser unter Rückgriff auf das OECD-MA sowie die Zins-

⁸ So Belgien, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien.

⁹ So Frankreich, Griechenland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien.

¹⁰ Diesbezüglich ist die Ausnahme von Art. 14a VStV anwendbar. Denkbar ist hingegen die Erhebung der Quellensteuer nach Art. 94 DBG auf durch inländische Liegenschaften besicherte gruppeninterne Darlehen. Die Umqualifikation von Zinszahlungen in gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG verrechnungssteuerpflichtige geldwerte Leistungen ist dagegen im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 2 AIA-EU und nicht im Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 1 AIA-EU.

¹¹ Der ursprüngliche Entwurf der Zins-/Lizenzrichtlinie nahm in seiner Begriffsdefinition jedoch noch Bezug auf die Qualifikation im Recht des Quellenstaates. Nun entspricht die Zinsdefinition der Richtlinie derjenigen von Art. 11 Abs. 3 OECD MA.

¹² Vgl. OESTERHELT/WINZAP, ASA 74 (2005/2006), 449 ff., 488.

/Lizenzrichtlinie ausgelegt werden. Die Begriffsdefinition von Art. 2 lit. b Zins-/Lizenzrichtlinie ist bis auf zwei Ausnahmen mit derjenigen von Art. 12 Abs. 2 OECD MA deckungsgleich: Zum einen wird die Aufzählung in der Richtlinie um die «Benutzung von Software» erweitert und zum anderen werden «Zahlungen für die Benutzung oder das Recht auf Benutzung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Ausrüstungen» aufgenommen. Art. 2 lit. b Zins-/Lizenzrichtlinie deckt sich somit mit der Fassung des OECD-Musterabkommens von 1977.

- 49 Da das durch die einschlägigen DBA gewährte Besteuerungsrecht der Unternehmensgewinne entsprechend durch Art. 9 AIA-EU nicht beschnitten wird, ist für die Belange der Quellensteuerentlastung nach Art. 9 Abs. 2 AIA-EU die weitere Begriffsdefinition von Art. 2 lit. b Zins-/Lizenzrichtlinie anzuwenden.
- 50 Lizenzgebühren sind somit Vergütungen jeder Art, die für die Benutzung oder für das Recht an Benutzung der im Art. 2 Abs. 1 lit. a Zins-/Lizenzrichtlinie genannten Arten des geistigen Eigentums zu zahlen sind, sei es aufgrund eines Lizenzvertrages oder als Entschädigung für unerlaubte Nachahmung oder für die Verletzung des betreffenden Rechts und unabhängig davon, ob das betroffene Recht in einem öffentlichen Register einzutragen ist.

4. *Verbundene Gesellschaften*

- 51 Um eine Entlastung der Quellensteuern auf Zinsen oder Lizenzgebühren gestützt auf Art. 9 Abs. 2 AIA-EU zu erhalten, müssen diese zwischen «verbundenen Gesellschaften oder ihren Betriebsstätten» gezahlt werden. Eine ähnliche Voraussetzung ist in Art. 1 Abs. 7 Zins-/Lizenzrichtlinie enthalten.
- 52 Verbundene Gesellschaften sind gem. Art. 9 Abs. 2, 1. Lemma AIA-EU Gesellschaften, die mindestens zwei Jahre lang durch eine Beteiligung von mindestens 25 % miteinander verbunden sind *oder* sich beide im Besitz einer dritten Gesellschaft befinden, die mindestens zwei Jahre lang eine direkte Beteiligung von mindestens 25 % am Gesellschaftskapital der ersten und der zweiten Gesellschaft hält.
- 53 Im Gegensatz zur Zins-/Lizenzrichtlinie, die in Abweichung zur Mutter-Tochter-Richtlinie das Imperfekt verwendet, wird in Art. 9 Abs. 2, 1. Lemma AIA-EU wie in Art. 9 Abs. 1, 1. Lemma AIA-EU sowie Art. 3 Abs. 1 lit. a Mutter-Tochter-Richtlinie das Präsens verwendet. Die Haltedauer muss somit im Zeitpunkt der Zins- oder Lizenzzahlung noch nicht abgelaufen sein, es genügt, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt wird. Die *Denkavit*-Praxis ist somit auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 AIA-EU anzuwenden (vgl. dazu auch § 19 N 85). Mit Bezug auf die Haltedauer ist sodann eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden: wandelt sich ein Schwesterverhältnis in ein Mutter-Tochter-Verhältnis, hat dies keinen Unterbruch der Haltedauer zur Folge.

Der Wortlaut setzt zwei unterschiedliche Gesellschaften voraus: Zahlungen zwischen einer Gesellschaft und einer in einem anderen Land ansässigen Betriebsstätte fallen somit nicht unter den Wortlaut der Bestimmung. 54

a) **Mutter-Tochter-Verhältnis**

Zwei Gesellschaften können auf verschiedene Weise miteinander verbunden sein. Der einfachste Fall ist der, dass die eine Gesellschaft zu mindestens 25 % direkt an der anderen Gesellschaft beteiligt ist (Mutter-Tochter-Verhältnis). Der Wortlaut gibt keinen Hinweis darauf, ob die 25 %-Beteiligung hinsichtlich des Kapitals oder hinsichtlich der Stimmrechte gegeben sein muss. Analog zu Art. 9 Abs. 1, 1. Lemma AIA-EU ist jedoch auch hier davon auszugehen, dass sich das Beteiligungserfordernis auf das Gesellschaftskapital bezieht. Dies ist auch in Übereinstimmung mit der Zins-/Lizenzrichtlinie¹³. 55

b) **Schwestergesellschaften**

Ebenfalls als «verbundene Gesellschaften» gelten zwei Gesellschaften, die sich beide im Besitz einer dritten Gesellschaft befinden, die mit je mindestens 25 % am Gesellschaftskapital der beiden Gesellschaften unmittelbar beteiligt ist. Dies betrifft den Fall sog. Schwestergesellschaften. 56

5. *Keine DBA-Ansässigkeit in einem Drittstaat*

Sodann verlangt Art. 9 Abs. 2, 3. Lemma AIA-EU, dass «nach den Doppelbesteuerungsabkommen mit Drittstaaten keine der Gesellschaften in diesem Drittstaat steuerlich ansässig ist und keine der Betriebsstätten in diesem Drittstaat gelegen ist». Wie bei Art. 9 Abs. 1, 3. Lemma AIA-EU sollen damit *dual-resident*-Gesellschaften vom Anwendungsbereich von Art. 9 AIA-EU ausgeschlossen werden, wenn die Ansässigkeit im Drittstaat diejenige im Abkommensstaat verdrängt. 57

6. *Körperschaftssteuerunterstellung*

Um von der Quellensteuerentlastung profitieren zu können, müssen gemäss Art. 9 Abs. 2, 4. Lemma AIA-EU «alle Gesellschaften im Besonderen auf Zinsen und Lizenzgebühren unbeschränkt der Körperschaftssteuer unterliegen». 58

¹³ Vgl. Art. 3 lit. b (i) Zins-/Lizenzrichtlinie.

7. Rechtsform einer Kapitalgesellschaft

- 59 Die verbundenen Gesellschaften müssen sodann die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft aufweisen¹⁴. Während für die Schweiz die Kapitalgesellschaften in der Fussnote 2 zu Art. 9 Abs. 2 AIA-EU abschliessend aufgezählt werden, fehlt es an einer entsprechenden Aufzählung der Kapitalgesellschaften der EU-Staaten.

8. Rechtsfolge

- 60 Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Gesellschaften oder ihren Betriebsstätten dürfen bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Quellenstaat nicht besteuert werden. Dies gilt auch für im Veranlagungsweg erhobene Steuern. Die in Art. 1 Abs. 1 Zins-/Lizenzrichtlinie enthaltene Klarstellung, dass dies sämtliche Steuern betrifft, unabhängig von der Art ihrer Erhebung, fehlt zwar in Art. 9 Abs. 2 AIA-EU. Die Bestimmung wurde jedoch in Kenntnis der Rechtsprechung des EuGH i.S. *Epson Europe BV*¹⁵ sowie *Athinaiki Zithopii*¹⁶, die für die Art. 9 AIA-EU verwandte Bestimmung der Mutter-Tochter-Richtlinie einen sehr weiten Quellensteuerbegriff verwendet, ausgehandelt und kann hier somit nicht anders gelten.

§ 21 Kapitalerträge von Personengesellschaften

STEFAN OESTERHELT/SUSANNE SCHREIBER

I.	Einleitung	465
II.	Ausländische Gesellschafter einer inländischen Personengesellschaft.....	466
	1. Rückerstattung nach Art. 24 Abs. 2 VStG	466
	2. Ausländische Gesellschafter	467
	a) Zurechnung an ausländische Betriebsstätte	467
	b) Verdrängung des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschafter durch Art. 24 Abs. 2 VStG	467
	c) Rückerstattungsanspruch der Gesellschafter bei Zurechnung der Erträge an ausländische Betriebsstätte.....	467
III.	Abkommensberechtigung einer ausländischen Personengesellschaft.....	468
	1. Abkommenspolitik der Schweiz	468
	2. Grundsatz.....	469
	a) Ansässige Person i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA?	469
	b) Steuerlich transparent behandelte Personengesellschaften	469
	c) Steuerlich intransparent behandelte Personengesellschaften	470
	d) Art. 1 Abs. 2 OECD-MA (in der seit 2017 geltenden Fassung).....	470
	3. Personengesellschaften als ansässige Person im DBA	471
	a) Voraussetzungslose Abkommensberechtigung.....	471
	b) Implizite Abkommensberechtigung.....	472
	c) Stellvertretende Abkommensberechtigung.....	473
	d) DBA ohne Reziprozität	473
IV.	Ausländische Gesellschafter von ausländischen Personengesellschaften.....	473
	1. Transparente Behandlung der Personengesellschaft	473
	2. Gesellschafter in Drittstaat	474
V.	Inländische Gesellschafter von ausländischen Personengesellschaften.....	474
	1. Besteuerungsvorbehalt gemäss Praxis der ESTV.....	475
	2. Ausländische Personengesellschaft ohne Geschäftsbetrieb.....	475

I. Einleitung

Werden Kapitalerträge von einer (in- oder ausländischen) Personengesellschaft vereinnahmt, stellt sich die Frage, wer zur Rückerstattung allfälliger Quellensteuern auf Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren berechtigt ist.

Steuerlich transparent behandelte Personengesellschaften sind gemäss OECD-Musterabkommen nicht selbst zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt, da es sich dabei nicht um ansässige Personen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA handelt (vgl. N 19 ff.).

Somit muss die Entlastung von den Quellensteuern grundsätzlich von den Gesellschaftern selbst beantragt werden. Sie müssen sich dabei auf das zwischen

¹⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2, 4. Lemma AIA-EU.

¹⁵ EuGH, 8.6.2000, Rs. C-375/98 (*Epson Europe BV*), Ziff. 22.

¹⁶ EuGH, 4.10.2001, Rs. C-294/99 (*Athinaiki Zithopii*), Ziff. 33.

ihrem Ansässigkeitsstaat und dem Quellenstaat abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen stützen.

- 4 Sind die Gesellschafter einer ausländischen Personengesellschaft im Quellenstaat ansässig, kann sich die Entlastung von allfälligen Quellensteuern i.d.R. nur aus dem unilateralen Recht ergeben.
- 5 Die meisten von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen folgen in dieser Frage dem OECD-Musterabkommen. Es gibt aber einige von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen, die auch eine transparent besteuerte Personengesellschaft als «ansässige Person» und somit als zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt ansehen (vgl. N 31 ff.) bzw. eine stellvertretende Rückerstattung zulassen (vgl. N 35).

II. Ausländische Gesellschafter einer inländischen Personengesellschaft

1. Rückerstattung nach Art. 24 Abs. 2 VStG

- 6 Gemäss Art. 24 Abs. 2 VStG sind auch «Handelsgesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit» (d.h. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, nicht aber einfache Gesellschaften) mit Sitz in der Schweiz zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt¹.
- 7 Die Rückerstattungsberechtigung nach Art. 24 Abs. 2 VStG setzt gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich voraus, dass die von der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft vereinnahmten verrechnungssteuerpflichtigen Erträge einem inländischen Geschäftsbetrieb zuzurechnen sind.
- 8 Ausländische Gesellschafter müssen mithin gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a DBG bzw. Art. 51 Abs. 1 lit. a DBG in der Schweiz für die von der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft vereinnahmten verrechnungssteuerpflichtigen Erträge beschränkt steuerpflichtig sein (vgl. dazu § 16 N 7).

¹ Gemäss Praxisfestlegung der ESTV wird eine Rückerstattung gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG nur gewährt, wenn die Personengesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (vgl. ESTV, 29.5.1992, in: Praxis der Bundessteuern, Art. 24 Abs. 2 VStG Nr. 6).

2. Ausländische Gesellschafter

a) Zurechnung an ausländische Betriebsstätte

Gemäss den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen kommt der Schweiz bei einer inländischen Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft mit ausländischen Gesellschaftern regelmässig dann ein Besteuerungsrecht für die von der Gesellschaft vereinnahmten Dividenden zu, wenn die Personengesellschaft (bzw. ihre Gesellschafter) in der Schweiz eine Betriebsstätte unterhält und die verrechnungssteuerbelasteten Kapitalerträge dieser Betriebsstätte zuzurechnen sind.

Hat die Schweiz kein Besteuerungsrecht an den von der inländischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft vereinnahmten Kapitalerträgen, weil diese einer ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen sind, wird die Rückerstattung gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG verweigert (vgl. N 7).

b) Verdrängung des Rückerstattungsanspruchs der Gesellschafter durch Art. 24 Abs. 2 VStG

Der Rückerstattungsanspruch der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nach Art. 24 Abs. 2 VStG schliesst den Rückerstattungsanspruch der an ihr beteiligten Gesellschafter grundsätzlich aus. Dies gilt sowohl für den Rückerstattungsanspruch der im Inland ansässigen Gesellschafter nach Art. 21 ff. VStG als auch für den Rückerstattungsanspruch der im Ausland ansässigen Gesellschafter gestützt auf das zwischen ihrem Ansässigkeitsstaat und der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen.

c) Rückerstattungsanspruch der Gesellschafter bei Zurechnung der Erträge an ausländische Betriebsstätte

Werden die mit der Verrechnungssteuer belasteten Erträge einer ausländischen Betriebsstätte der inländischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zugerechnet und somit von der inländischen Bemessungsgrundlage freigestellt, ist die Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft gemäss Art. 24 Abs. 2 VStG nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt (vgl. N 7). Dies wirft die Frage auf, ob in diesem Fall auch der Rückerstattungsanspruch der im Ausland ansässigen Gesellschafter verdrängt wird.

Der Rückerstattungsanspruch der im Ausland ansässigen Gesellschafter kann durch Art. 24 Abs. 2 VStG aber nur dann verdrängt werden, wenn die Erträge tatsächlich der Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft zugerechnet werden. Werden sie einer ausländischen Betriebsstätte der inländischen Kollektiv- bzw.

Kommanditgesellschaft zugerechnet, ist Art. 24 Abs. 2 VStG nicht anwendbar und kann den Rückerstattungsanspruch des ausländischen (wie auch des inländischen) Gesellschafters nicht verdrängen. Dies entspricht auch der Praxis der ESTV: Die ausländischen Gesellschafter können somit die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf den Art. 10 OECD-MA bzw. Art. 11 OECD-MA nachgebildeten Artikel im zwischen ihrem Ansässigkeitsstaat und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen geltend machen.

- 14 Nicht erforderlich für eine Rückerstattung nach Massgabe des zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens ist es, dass die Kapitalerträge einer Betriebsstätte im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters zugerechnet werden und somit von diesem besteuert werden.
- 15 Der Umstand, dass der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters im Formular 60² nicht bestätigen kann, dass die Erträge im Ansässigkeitsstaat besteuert werden, kann im Hinblick auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer keine Rolle spielen. Die Bestätigung bezieht sich dort nur auf die Ansässigkeit und die «Überwachung der Besteuerung der Erträge» bzw. dass die Rückerstattungs-berechtigung nach Doppelbesteuerungsabkommen besteht.
- 16 Eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss dem zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen ist gemäss der Art. 10 Abs. 4 OECD-MA nachgebildeten Bestimmung aber immer dann ausgeschlossen, wenn die Dividenden einer Betriebsstätte im Quellenstaat (also der Schweiz) zuzurechnen sind (vgl. dazu § 19 N 95 ff.).

III. Abkommensberechtigung einer ausländischen Personengesellschaft

1. Abkommenspolitik der Schweiz

- 17 Die von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen kennen unterschiedliche Regeln zur Abkommensberechtigung ausländischer Personengesellschaften. Gemäss der Regel des OECD-Musterabkommens, der die meisten von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen folgen, sind Personengesellschaften nur dann zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, wenn sie wie juristische Personen besteuert werden

² Bzw. im Formular 85 (DBA-D), Formular 83 (DBA-F), Formular 86 (DBA-UK), Formular 95 (DBA-I), Formular 96 (DBA-CDN), Formular 78 (DBA-FL), Formular 79 (DBA-LUX), Formular 81 (DBA-NL), Formular 84 (DBA-A), Formular 80 (DBA-S) sowie Formular 90 (DBA-E).

(vgl. dazu N 24 ff.)³. Einige von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen räumen ausländischen Personengesellschaften aber die Abkommensberechtigung ein, sodass diese selbst zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind (vgl. dazu hinten N 31).

In allen anderen Fällen wird die Personengesellschaft für die Zwecke der Rückerstattung der Verrechnungssteuer als transparent behandelt. Mithin muss die Rückerstattung der Verrechnungssteuer von den Gesellschaftern der Personengesellschaft beantragt werden, wobei sich ausländische Gesellschafter auf das zwischen ihrem Ansässigkeitsstaat und der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen (vgl. hinten N 22) und inländische Gesellschafter auf Art. 21 ff. VStG (vgl. hinten N 23) stützen müssen. In den mit Österreich und Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen können die Personengesellschaften sodann unter bestimmten Voraussetzungen die Rückerstattung der Verrechnungssteuer stellvertretend für die Gesellschafter verlangen (vgl. hinten N 35).

2. Grundsatz

a) Ansässige Person i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA?

Personengesellschaften sind grundsätzlich «Personen» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a OECD-MA⁴. Um gemäss Art. 10 OECD-MA zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt zu sein, müssen sie aber auch «ansässige Personen» i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA sein, d.h. im Ansässigkeitsstaat der Einkommens- oder Gewinnsteuer unterstellt sein.

b) Steuerlich transparent behandelte Personengesellschaften

Da steuerlich transparent ausgestaltete Personengesellschaften weder der Einkommens- noch der Gewinnsteuer unterworfen sind, sind sie keine ansässigen Personen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA. Sie sind somit gemäss den meisten schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt (zu den Ausnahmen vgl. hinten N 29 ff.).

³ In diesen Fällen ist ab dem 1.1.2023 auch das Meldeverfahren bei qualifizierten Beteiligungen möglich, da die Beschränkung auf ausländische Kapitalgesellschaften entfällt und auf Gesellschaften i.S.d. jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen abgestellt wird. Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2022, 702 ff., 710 f.

⁴ OECD-MK, Art. 3 Ziff. 3 (i.d.F. seit 2000).

- 21 Anstelle der (steuerlich transparent behandelten) ausländischen Personengesellschaft muss der Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer daher regelmässig von den Gesellschaftern der Personengesellschaft geltend gemacht werden⁵. Den Gesellschaftern sind die Einkünfte der Personengesellschaft (und somit auch deren Einkünfte aus schweizerischen Dividenden oder Zinsen) zuzurechnen.
- 22 Anspruchsgrundlage für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist das zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters und der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen (vgl. dazu hinten N 37 ff.).
- 23 Ein in der Schweiz ansässiger Gesellschafter einer ausländischen transparenten Personengesellschaft kann die Verrechnungssteuer nur gestützt auf Art. 21 ff. VStG zurückfordern (vgl. dazu hinten N 42 ff.).

c) Steuerlich intransparent behandelte Personengesellschaften

- 24 Wird eine Personengesellschaft vom Ansässigkeitsstaat der Einkommens- oder Gewinnsteuer unterstellt und somit steuerlich intransparent behandelt, handelt es sich bei ihr um eine «ansässige Person» i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA. Dies gilt auch dann, wenn eine Personengesellschaft sich freiwillig der Gewinnsteuer unterstellen kann.
- 25 Werden Personengesellschaften wie juristische Personen besteuert, handelt es sich dabei um «Gesellschaften» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. c OECD-MA, die gemäss den Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA nachgebildeten Bestimmungen bei qualifizierten Beteiligungen zur Inanspruchnahme des privilegierten Rückerstattungssatzes (und ab 1.1.2023 auch zum Meldeverfahren; vgl. § 19 N 117) berechtigt sind (vgl. § 19 N 68)⁶.

d) Art. 1 Abs. 2 OECD-MA (in der seit 2017 geltenden Fassung)

- 26 Der Grundsatz, dass eine steuerlich transparent behandelte Personengesellschaft keine Abkommensvorteile in Anspruch nehmen kann, wird mit dem im Update 2017 eingeführten Art. 1 Abs. 2 OECD-MA etwas relativiert. Diese Regel besagt, dass Einkünfte einer transparent besteuerten Personengesellschaft insoweit als Einkünfte einer in einem Vertragsstaat ansässigen Person gelten, als sie als Einkünfte einer dort ansässigen Person behandelt werden.
- 27 Gemäss Art. 1 Abs. 2 OECD-MA wird eine steuerlich transparent behandelte Personengesellschaft somit zwar nicht zu einer «ansässigen Person» i.S.v.

⁵ Vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 2 OECD-MA (i.d.F. seit 2017), der sich am OECD-partnership report von 1999 orientiert.

⁶ Vgl. Fn. 3.

Art. 4 Abs. 1 OECD-MA, kann aber trotzdem von einer Ansässigkeitsfiktion profitieren (und somit Abkommensvorteile in Anspruch nehmen), soweit ein Gesellschafter im Ansässigkeitsstaat mit diesen Einkünften (unbeschränkt) steuerpflichtig ist.

Die Schweiz hat keinen Vorbehalt zu Art. 1 Abs. 2 OECD-MA (i.d.F. seit 2017) angebracht⁷ und die Bestimmung auch in neuere Doppelbesteuerungsabkommen aufgenommen, so z.B. in die mit Brasilien und Sambia abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen.

Beispiel

An einer transparent behandelten brasilianischen Personengesellschaft, die 100 % der inländischen X. AG hält, ist zu 60 % ein in Brasilien ansässiger Gesellschafter (natürliche Person) und zu 40 % eine in UK ansässige Kapitalgesellschaft beteiligt.

Die Personengesellschaft kann gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-Brasilien im Umfang von 60 % die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz von 15 % geltend machen. Für die vom nicht in Brasilien ansässigen Gesellschafter gehaltene Beteiligung hat sie keinen Anspruch auf Rückerstattung. Dieser kann aber gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. a Ziff. i DBA-UK selbst die vollständige Rückerstattung verlangen.

3. Personengesellschaften als ansässige Person im DBA

Einige Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz enthalten von Art. 4 OECD-MA abweichende Bestimmungen, wonach Personengesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen selbst Abkommensvorteile in Anspruch nehmen können.

Räumt ein Doppelbesteuerungsabkommen einer Personengesellschaft Abkommensberechtigung ein, verdrängt dies grundsätzlich die Abkommensberechtigung der an der Personengesellschaft beteiligten Gesellschafter. Dies gilt auch mit Bezug auf in einem Drittstaat ansässige Gesellschafter. Somit kommt dem Doppelbesteuerungsabkommen eine gewisse Drittstaatenwirkung zu.

a) Voraussetzungslose Abkommensberechtigung

In gewissen Doppelbesteuerungsabkommen werden Personengesellschaften ausdrücklich als ansässige Personen definiert, sodass sie unabhängig von ihrer

⁷ Im Gegensatz zur vergleichbaren Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 BEPS-Übereinkommen (vgl. Botschaft BEPS-Übereinkommen vom 22.8.2018 [BBl 2018, 5389 ff., 5405]).

fehlenden unbeschränkten Steuerpflicht im Ansässigkeitsstaat abkommensrechtlich sind⁸. Bemerkenswerterweise enthalten diese Abkommen – im Gegensatz zu Art. 1 Abs. 2 OECD-MA (2017) – keinen (expliziten) Vorbehalt, dass die an der Personengesellschaft beteiligten Personen im jeweiligen Staat unbeschränkt steuerpflichtig sein müssen.

- 32 Auch ist es unter diesen Doppelbesteuerungsabkommen nicht erforderlich, dass die Personengesellschaft einen Geschäftsbetrieb im Ansässigkeitsstaat führen muss. Somit wird der Personengesellschaft die Rückerstattung der Verrechnungssteuer grundsätzlich selbst dann gewährt, wenn die Gesellschafter im Ansässigkeitsstaat nicht einmal beschränkt steuerpflichtig sind. Mit Bezug auf Gesellschafter, die im Ansässigkeitsstaat weder beschränkt noch unbeschränkt steuerpflichtig sind, kann die Rückerstattungsberechtigung aber u.U. unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs (Treaty Shopping) verweigert werden. Dabei sind die zu den Personal Holdings entwickelten Grundsätze (vgl. dazu § 24 N 38 ff.) *mutatis mutandis* anzuwenden.
- 33 Auch wenn eine Personengesellschaft unter diesen Doppelbesteuerungsabkommen als «ansässige Person» behandelt wird, ist sie (im Gegensatz zur steuerlich intransparent behandelten Personengesellschaft [vgl. dazu vorn N 25]) keine «Gesellschaft» i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. c OECD-MA. Somit wird die Rückerstattung nur bis zum Residualsatz von i.d.R. 15 % (sog. Portfoliosatz) gewährt.

b) Implizite Abkommensberechtigung

- 34 Einige von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen enthalten Bestimmungen mit Bezug auf doppelansässige Personengesellschaften⁹. Implizit kann daraus geschlossen werden, dass Personengesellschaften unter diesen Doppelbesteuerungsabkommen als «ansässige Personen» angesehen werden. Es gilt für diese Doppelbesteuerungsabkommen mithin das vorn in N 31 ff. Ausgeführte.

⁸ So unter den Doppelbesteuerungsabkommen mit Dänemark, Finnland, Griechenland, Island, Kroatien und Tunesien. Mit Ausnahme der Botschaft zum mit Dänemark abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen (Botschaft vom 16.1.1974, BBl 1974, 649 ff.) wird diese Abweichung gegenüber dem OECD-Musterabkommen bemerkenswerterweise nie näher thematisiert.

⁹ So die Doppelbesteuerungsabkommen mit Frankreich, Italien, Schweden und Slowenien.

c) Stellvertretende Abkommensberechtigung

Unter den Doppelbesteuerungsabkommen mit Österreich¹⁰ sowie Deutschland¹¹ 35 können Personengesellschaften (unter gewissen Voraussetzungen) stellvertretend die Rückerstattung der Verrechnungssteuer für die Gesellschafter verlangen¹².

d) DBA ohne Reziprozität

Die Schweiz hat einige Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, in denen eine schweizerische Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft zwar als «ansässige Person» gilt, nicht aber eine (nicht der Gewinnsteuer unterworfenen) ausländische Personengesellschaft¹³. 36

IV. Ausländische Gesellschafter von ausländischen Personengesellschaften

1. Transparente Behandlung der Personengesellschaft

Eine für Gewinnsteuerzwecke transparent behandelte Personengesellschaft ist i.d.R.¹⁴ keine ansässige Person i.S.v. Art. 4 OECD-MA und somit nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Konsequenterweise sind deshalb die Gesellschafter der ausländischen Personengesellschaft selbst potenziell zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Die Beurteilung der Personengesellschaft als transparent und die Zurechnung ist (mit Bezug auf den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters) aus Sicht des Quellenstaates vorzunehmen. 37

Ausländische Gesellschafter können die Verrechnungssteuer auf den von der ausländischen Personengesellschaft vereinnahmten Dividenden gestützt auf das zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters und der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen zurückfordern. 38

Etwas anderes gilt freilich immer dann, wenn der Personengesellschaft gemäss dem mit dem Ansässigkeitsstaat der Personengesellschaft abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen als «ansässige Person» Abkommensberechtigung 39

¹⁰ Vgl. Art. 28 Abs. 6 DBA-A.

¹¹ Vgl. Verhandlungsprotokoll zum DBA-D vom 18.6.1971 (BBl 1971 II, 1423 ff., 1476).

¹² Zu den Einzelheiten vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, StR 2022, 455 ff., 480 ff.

¹³ So etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Grossbritannien, Irland, Kanada und Japan.

¹⁴ Zu den Ausnahmen vgl. N 29 ff.

verliehen wird (vgl. dazu vorn N 31 ff.) oder sie im Ansässigkeitsstaat als juristische Person besteuert wird.

2. *Gesellschafter in Drittstaat*

40 Ist der Gesellschafter in einem Drittstaat ansässig, gilt die Rückerstattungsbeziehung des Gesellschafters nach dem DBA Schweiz-Drittstaat nach Praxis der ESTV selbst dann, wenn die Personengesellschaft einen Geschäftsbetrieb führt und das Besteuerungsrecht für die Dividenden nicht dem Drittstaat (d.h. dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters), sondern dem Ansässigkeitsstaat bzw. Betriebsstättenstaat der Personengesellschaft zusteht.

41 Die Ansässigkeit i.S.v. Art. 4 OECD-MA (und somit die Rückerstattungsbeziehung gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen) hängt nämlich bloss davon ab, dass der Gesellschafter (natürliche oder juristische Person) im Ansässigkeitsstaat grundsätzlich unbeschränkt steuerpflichtig ist. Ob die Dividenden im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters tatsächlich besteuert werden bzw. ob das Besteuerungsrecht überhaupt dem Ansässigkeitsstaat zusteht, ist im Hinblick auf die Rückerstattungsbeziehung unerheblich (vgl. hierzu § 13).

41a **Beispiel**

Eine in den Niederlanden ansässige Kapitalgesellschaft (X. BV) ist über eine nach dem Recht von BVI errichtete limited partnership (Y. LP) zu 10 % am Kapital an einer schweizerischen Kapitalgesellschaft (Z. AG) beteiligt. Die Y. LP unterhält in BVI einen Geschäftsbetrieb bzw. eine Betriebsstätte, der die Dividenden zuzurechnen sind.

Selbst wenn die Dividende im Ansässigkeitsstaat nicht besteuert, sondern nach BVI ausgeschieden wird (z.B. wenn NL eine analoge Regelung nach Art. 52 Abs. 1 DBG hätte), kann für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer das DBA-NL in Anspruch genommen werden.

V. **Inländische Gesellschafter von ausländischen Personengesellschaften**

42 Ein inländischer Gesellschafter einer ausländischen (steuerlich transparenten) Personengesellschaft kann die Verrechnungssteuer allenfalls gestützt auf Art. 22 Abs. 1 VStG (natürliche Person) bzw. Art. 24 Abs. 2 VStG (juristische Person) zurückfordern.

1. *Besteuerungsvorbehalt gemäss Praxis der ESTV*

Gemäss Praxis der ESTV wird einem inländischen Gesellschafter einer ausländischen Personengesellschaft die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur dann gewährt, wenn die Schweiz ein Besteuerungsrecht für die Kapitalerträge (Dividenden bzw. Zinsen) hat. Sind die Kapitalerträge einem ausländischen Geschäftsbetrieb oder einer ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen, kommt der Schweiz gemäss Art. 6 Abs. 1 DBG (natürliche Person als Gesellschafter) bzw. Art. 52 Abs. 1 DBG (juristische Person als Gesellschafter) kein Besteuerungsrecht zu. In einem solchen Fall wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss Praxis der ESTV verweigert. 43

2. *Ausländische Personengesellschaft ohne Geschäftsbetrieb*

Sind die von der ausländischen Personengesellschaft empfangenen Erträge nicht einem ausländischen Geschäftsbetrieb zuzurechnen, werden diese beim inländischen Gesellschafter besteuert. Das Besteuerungsrecht der Schweiz wird weder durch eine unilaterale Bestimmung noch durch eine Bestimmung in einem Doppelbesteuerungsabkommen eingeschränkt. 44

Grundsätzlich ist somit der inländische Gesellschafter gestützt auf Art. 22 VStG (natürliche Personen) bzw. Art. 24 VStG (juristische Personen) zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Dem inländischen Gesellschafter sind die Erträge der ausländischen Personengesellschaft im Umfang seiner Gewinnberechtigung zuzurechnen¹⁵. 45

¹⁵ ESTV vom 9.3.2005, Praxis der Bundessteuern, Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG Nr. 74.

§ 22 Kapitalgewinne

STEFAN OESTERHELT/ANDREA OPEL

I.	Einleitung	477
II.	Bewegliches Vermögen (Art. 13 Abs. 5 OECD-MA)	478
III.	Unbewegliches Vermögen (Art. 13 Abs. 1 OECD-MA)	479
	1. Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates	479
	2. Anwendung auch auf Grundstückgewinnsteuer	479
	3. Vermeidung der Doppelbesteuerung	480
IV.	Immobilien Gesellschaften	480
	1. Spezialregel von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA	480
	a) , Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates	480
	b) Immobilien Gesellschaft	481
	c) Veräußerung von Anteilen	482
	2. DBA ohne Art. 13 Abs. 4 OECD-MA nachgebildete Bestimmung	483
	3. Einschränkung in Fällen von Abkommensmissbrauch	483
	4. Schweiz als Lagestaat der Immobilien	484
	a) Wirtschaftliche Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG)	484
	b) Beschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person (Art. 4 Abs. 1 StHG)	485
	c) Beschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person (Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG)	485
V.	Bewegliches Betriebsstättevermögen (Art. 13 Abs. 2 OECD-MA)	486
VI.	Schiffe und Luftfahrzeuge (Art. 13 Abs. 3 OECD-MA)	486

I. Einleitung

Art. 13 OECD-MA enthält eine Verteilnorm für Kapitalgewinne. Die Grundnorm von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräußerung von Vermögen grundsätzlich ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zu (vgl. N 7 ff.). Diese Regel ist insb. auf die Veräußerung von beweglichem Vermögen anwendbar.

Hiervon sehen die Absätze 1 bis 4 von Art. 13 OECD-MA für gewisse Gewinne aus der Veräußerung von Vermögen abweichende Regeln vor, die jeweils ein (i.d.R. konkurrierendes) Besteuerungsrecht des Quellenstaates vorsehen:

Art. 13 Abs. 1 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für die Veräußerung von unbeweglichem Vermögen dem Lagestaat der Immobilien zu (vgl. N 15 f.).

Art. 13 Abs. 2 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräußerung von beweglichem Betriebsstättevermögen dem Betriebsstättestaat zu (vgl. N 47 f.).

- 5 *Art. 13 Abs. 3 OECD-MA* weist das Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräusserung von im internationalen Verkehr betriebenen Schiffen und Luftfahrzeugen ausschliesslich dem Sitzstaat des betreibenden Unternehmens zu (vgl. N 49).
- 6 *Art. 13 Abs. 4 OECD-MA* schliesslich sieht ein Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaats von in einer Immobiliengesellschaft gehaltene Immobilien vor (vgl. N 21 ff.).

II. Bewegliches Vermögen (Art. 13 Abs. 5 OECD-MA)

- 7 Gewinne aus der Veräusserung von beweglichem Vermögen, für das in den Absätzen 2 bis 4 von Art. 13 OECD-MA keine Spezialregel aufgestellt wurde, dürfen gemäss Art. 13 Abs. 5 OECD-MA ausschliesslich vom *Ansässigkeitsstaat* besteuert werden.
- 8 Dies gilt gemäss Art. 13 Abs. 5 OECD-MA (und praktisch allen von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen) auch dann, wenn der Ansässigkeitsstaat von seinem Besteuerungsrecht keinen Gebrauch macht.
- 9 Von der Regel von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA ist insb. auch die Veräusserung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft erfasst. Da viele Staaten – so auch die Schweiz – die Veräusserung von Anteilen einer Kapitalgesellschaft durch eine andere Kapitalgesellschaft von der Bemessungsgrundlage freistellen, kommt es häufig zu doppelten Nichtbesteuerungen.
- 10 **Beispiel**
Eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo) veräussert die Anteile ihrer schweizerischen Tochtergesellschaft (SwissCo). Das Besteuerungsrecht für den Kapitalgewinn steht Luxemburg zu (das ihn über das Schachtelprivileg freistellt).
- 11 Mit Bezug auf die Schweiz gilt dies auch für die Veräusserung von Anteilen einer Kapitalgesellschaft durch eine natürliche Person.
- 12 **Beispiel**
Eine in der Schweiz ansässige natürliche Person veräussert die Aktien einer in Spanien ansässigen Gesellschaft. Das Besteuerungsrecht steht der Schweiz zu. Die Schweiz stellt den Gewinn als Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG frei, sodass es zu einer doppelten Nichtbesteuerung kommt.
- 13 Es gibt aber auch einige Doppelbesteuerungsabkommen, die eine *subject to tax-Klausel* enthalten und somit das Besteuerungsrecht des Quellenstaates nicht voraussetzungslos beschneiden.

Beispiel

14

Eine in der Schweiz ansässige natürliche Person veräussert innerhalb von fünf Jahren seit ihrem Zuzug aus Norwegen sämtliche Anteile einer norwegischen Gesellschaft. Gemäss Art. 13 Abs. 5 DBA-N der für Beteiligungen von mehr als 25 % Kapital eine *subject to tax-Klausel* enthält (vgl. lit. b) darf Norwegen den Gewinn besteuern, da die Schweiz den Gewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG freistellt.

III. Unbewegliches Vermögen (Art. 13 Abs. 1 OECD-MA)

1. Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates

Art. 13 Abs. 1 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräusserung unbeweglichen Vermögens i.S.v. Art. 6 OECD-MA¹ dem *Belegenheitsstaat* zu. Die Regel von Art. 13 Abs. 1 OECD-MA ist bereits im OECD-MA von 1963 enthalten und findet sich deshalb in allen umfassenden Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz.

Die Verteilungsnorm von Art. 13 Abs. 1 OECD-MA gilt auch für unbewegliches Vermögen, das Betriebsvermögen eines Unternehmens ist. Die Zuteilungsnorm von Art. 13 Abs. 1 OECD-MA geht derjenigen von Art. 7 OECD-MA somit vor.

2. Anwendung auch auf Grundstückgewinnsteuer

Mit Bezug auf die Schweiz als Belegenheitsstaat ist auch die Grundstückgewinnsteuer vom Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 OECD-MA erfasst. Bei dieser handelt es sich nämlich um eine Steuer vom Gewinn aus der Veräusserung unbeweglichen Vermögens i.S.v. Art. 2 Abs. 2 OECD-MA. In der enumerativen Aufzählung der Steuerarten in den Art. 2 Abs. 3 OECD-MA entsprechenden Bestimmungen wird die Grundstückgewinnsteuer zwar nicht explizit erwähnt. Sie fällt aber unter die regelmässig verwendete Generalklausel.

Nicht von Art. 13 Abs. 1 OECD-MA erfasst sind hingegen die Handänderungssteuer sowie die Mehrwertabgabe, da es sich bei diesen um Verkehrssteuern handelt.

¹ Vgl. hierzu § 7.

3. Vermeidung der Doppelbesteuerung

- 19 Erhebt die Schweiz als Belegenheitsstaat auf die der Veräusserung eines Grundstücks die Grundstückgewinnsteuer oder (in dualistischen Kantonen) die Einkommens- bzw. Gewinnsteuer, wird dieses Besteuerungsrecht somit nach den von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen grundsätzlich geschützt. Der Ansässigkeitsstaat des Veräusserers muss den Gewinn entweder von der Bemessungsgrundlage freistellen (Freistellungsmethode i.S.v. Art. 23A OECD-MA) oder die Grundstückgewinnsteuer bzw. die Gewinnsteuer an die eigene Steuer anrechnen (Anrechnungsmethode i.S.v. Art. 23B OECD-MA).
- 20 Die Schweiz als Ansässigkeitsstaat stellt die Gewinne aus der Veräusserung von in einem anderen Staat gelegenen Immobilien nach internem Recht grundsätzlich frei. Dies gilt unabhängig davon, ob die Gewinne aus der Veräusserung dieser Immobilien im anderen Staat tatsächlich besteuert werden.

IV. Immobiliengesellschaften

1. Spezialregel von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA

a) Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaates

- 21 Die Veräusserung von Anteilen an einer (inkorporierten) Immobiliengesellschaft stellt eine Veräusserung beweglichen Vermögens dar. Gemäss der Verteilnorm von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA steht das Besteuerungsrecht aus der Veräusserung beweglichen Vermögens ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat des Veräusserers zu.
- 22 Die erst im Jahre 2003 ins OECD-MA aufgenommene Verteilnorm von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA sieht aber vor, dass Gewinne, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Person aus der Veräusserung von Anteilen bezieht, deren Wert zu mehr als 50 % unmittelbar oder mittelbar auf unbeweglichem Vermögen beruht, das im anderen Vertragsstaat liegt, auch im Belegenheitsstaat besteuert werden können.
- 23 Der Belegenheitsstaat hat somit nach Art. 13 Abs. 4 OECD-MA das Recht, bei der Veräusserung von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft eine Grundstückgewinnsteuer für die auf seinem Territorium befindlichen Grundstücke zu erheben. Dies gilt unabhängig davon, ob der Sitz der Immobiliengesellschaft im Belegenheitsstaat, im Ansässigkeitsstaat des Veräusserers oder in einem Drittstaat ist.

Beispiel

Eine in UK ansässige Person veräussert in der Schweiz belegene die Aktien einer Kapitalgesellschaft, deren einziges Aktivum eine Immobilie ist. Gestützt auf Art. 13 Abs. 4 DBA-UK kann der Kanton, in dem die Immobilie liegt, auf dieser Veräusserung die Grundstückgewinnsteuer erheben. Dies gilt selbst dann, wenn die veräusserte Kapitalgesellschaft eine im Ausland ansässige Gesellschaft ist.

b) Immobiliengesellschaft

Die Anwendung von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA setzt voraus, dass mehr als 50 % der von der Kapitalgesellschaft (direkt oder indirekt) gehaltenen Vermögenswerte Liegenschaften im Belegenheitsstaat sind und somit eine Immobiliengesellschaft vorliegt. Der Begriff der Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA deckt sich aber nicht vollumfänglich mit dem Begriff der Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG.

Bei der Beurteilung, ob eine Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG vorliegt, ist nämlich – im Gegensatz zur Definition der Immobiliengesellschaft nach Art. 13 Abs. 4 OECD-MA – nicht in erster Linie auf das wertmässige Verhältnis zwischen den Immobilien und den übrigen Aktiven abzustellen². Entscheidend ist für das Recht der Grundstückgewinnsteuer in erster Linie, ob die Erträge hauptsächlich aus Immobilien herrühren oder nicht³. Der Begriff der Immobiliengesellschaft nach Art. 13 Abs. 4 OECD-MA ist somit deutlich weiter als der Begriff der Immobiliengesellschaft im Recht der Grundstückgewinnsteuer. Daher dürfte in den meisten – aber nicht zwingend allen – Fällen, in denen in der Schweiz eine Grundstückgewinnsteuer bei der Veräusserung von Anteilen einer Immobiliengesellschaft erhoben wird, der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA erschlossen sein.

Der Begriff der Immobiliengesellschaft von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA ist jedoch insofern enger als derjenige des Grundstückgewinnsteuerrechts, als dass die Mehrheit der Immobilien im Belegenheitsstaat sein muss. Eine Gesellschaft, deren Aktiven zwar ausschliesslich aus Immobilien bestehen, die aber auf mehrere Staaten verteilt sind und somit in keinem Staat die Schwelle von 50 % übersteigen, ist keine Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA. Eine solche Gesellschaft würde für die schweizerische Grundstückgewinnsteuer i.d.R. durchaus als Immobiliengesellschaft gelten, da die dort verwendete Definition keine Beschränkung auf das Territorium eines Kantons bzw. der Schweiz kennt.

² Vgl. ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 6 N 75 ff.

³ BGer, 26.11.2015, 2C_1044/2014, E. 2.5.2; BGE 104 Ia 251 E. 3a.

- 28 Zu berücksichtigen sind unter Art. 13 Abs. 4 OECD-MA Immobilien, die von der veräusserten Gesellschaft *unmittelbar oder mittelbar* gehalten werden. Mit hin sind auch Tochtergesellschaften der unmittelbar veräusserten Gesellschaft zu berücksichtigen. Diese Formulierung wird im Allgemeinen i.S.e. konsolidierten Betrachtung (Quotenkonsolidierung) der Gesellschaft verstanden.
- 29 Mit dem Update 2017 des OECD-MA wurde die sog. «365-Tage-Regel» eingeführt. Diese besagt, dass eine Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA immer dann vorliege, wenn der Wert der Gesellschaft zu irgendeinem Zeitpunkt während der letzten 365 Tage vor der Veräusserung zu mehr als 50 % unmittelbar oder mittelbar auf unbeweglichem Vermögen i.S.v. Art. 6 OECD-MA beruhte. Durch die Einführung der 365-Tage-Regel sollten Missbräuche verhindert werden, die darin bestanden, kurz vor Veräusserung den Anteil der Immobilien an den Aktiven der Gesellschaft unter 50 % zu bringen. Obwohl die 365-Tage-Regel in den DBA der Schweiz, die eine Art. 13 Abs. 4 OECD-MA nachgebildete Bestimmung haben, regelmässig fehlt, ist es zweifelhaft, ob diesbezüglich tatsächlich ein strenges Stichtagsprinzip gilt.
- 30 **Beispiel**
Eine in UK ansässige Person hält die Aktien einer Kapitalgesellschaft, die seit vielen Jahren eine in der Schweiz ansässige Geschäftliegenschaft mit einem Wert von 10 Mio. CHF hält. Wenige Tage vor der Veräusserung der Anteile an der Gesellschaft werden Barmittel in Höhe von 10.5 Mio. CHF in die zu veräussernde Gesellschaft zugeführt. Obwohl Art. 13 Abs. 4 DBA-UK keine 365-Tage-Regel enthält, dürfte das Recht des Lagekantons zur Erhebung der Grundstückgewinnsteuer durch die kurzfristige Zuführung von Kapital in die ansonsten reine Immobiliengesellschaft durch das zwischen der Schweiz und Grossbritannien abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen zumindest nach schweizerischem Verständnis kaum beschnitten werden. Es dürfte von einer missbräuchlichen Inanspruchnahme der Abkommensvorteile auszugehen sein.

c) Veräusserung von Anteilen

- 31 Die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer bei der Veräusserung von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft setzt in den meisten Kantonen voraus, dass die Mehrheit der Anteile der Immobiliengesellschaft veräussert werden (vgl. N 39 f.). Die Anwendung der Bestimmung von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA setzt hingegen keine Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung voraus. Bereits die Veräusserung einer Minderheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft i.S.v. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA ist vom Anwendungsbereich der Bestimmung erfasst.
- 32 Mit dem Update 2017 wurde der Wortlaut von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA sodann auch insofern geändert, als die Bestimmung nicht nur auf die Veräusserung von «Anteilen» bzw. «shares» anwendbar sein soll, sondern auch auf «vergleichbare Rechte», worunter «Rechte an einer Personengesellschaft oder

einem Trust» zu verstehen sind. Soweit ersichtlich setzt die Schweiz diese Änderung von Art. 13 Abs. 4 OECD-MA jedoch auch in den meisten neueren Doppelbesteuerungsabkommen nicht um.

2. DBA ohne Art. 13 Abs. 4 OECD-MA nachgebildete Bestimmung

Die meisten von der Schweiz abgeschlossenen DBA enthalten aber keine Art. 13 Abs. 4 OECD-MA nachgebildete Bestimmung. Somit richtet sich das Besteuerungsrecht bei der Veräusserung von Anteilen an Immobiliengesellschaften in den meisten Fällen nach der Regel von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA, die das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist.

Wird bei einer Veräusserung einer Immobiliengesellschaft mit inländischen Immobilien durch eine in einem anderen Staat ansässige Person das Besteuerungsrecht einem anderen Staat zugewiesen, stellt sich die Frage, ob dies im Hinblick auf spätere Veräusserungen von Liegenschaften oder den Aktien der Immobiliengesellschaft einen Einfluss auf die Anlagekosten hat. Ein *step-up* bei den Anlagekosten sollte richtigerweise verwehrt werden. Ein DBA schützt nämlich nur bei einer Doppelbesteuerung für eine konkret betroffene Veräusserung. Eine Drittwirkung hat ein Doppelbesteuerungsabkommen aber nicht. Dennoch gibt es zahlreiche Kantone, die hier sogar einen *step-up* der Anlagekosten zulassen.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft veräussert im Jahre 2019 die Aktien einer schweizerischen Aktiengesellschaft, deren einziges Aktivum eine inländische Immobilie ist (Anlagekosten 3 Mio. CHF), für 10 Mio. CHF an eine schweizerische Käuferin (erste Veräusserung). Im Jahre 2022 wird die Gesellschaft für 12 Mio. CHF an einen ausländischen Käufer veräussert (zweite Veräusserung). Die erste Veräusserung löst keine Grundstückgewinnsteuer aus, da Art. 13 Abs. 4 DBA-Luxemburg das Besteuerungsrecht Luxemburg zuweist. Auf der zweiten Veräusserung wird hingegen die Grundstückgewinnsteuer auf der Differenz zwischen Verkaufspreis (12 Mio. CHF) und Anlagekosten (3 Mio. CHF) erhoben. Analoges gilt, wenn anstelle der zweiten Veräusserung nicht die Anteile der Immobiliengesellschaft veräussert werden, sondern die Immobilie selbst.

3. Einschränkung in Fällen von Abkommensmissbrauch

Fehlt im zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Veräusserers und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen eine Art. 13 Abs. 4 OECD-MA nachgebildete Bestimmung, wird das Recht der Schweiz zur Erhebung der Grundstückgewinnsteuer – wie gezeigt – regelmässig durch die Regel von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA verdrängt. Da der Ansässigkeitsstaat zumindest bei

der Veräusserung durch eine juristische Person den Gewinn regelmässig ebenfalls nicht erfasst, kommt es zu einer doppelten Nichtbesteuerung.

- 37 Eine Berufung auf Art. 13 Abs. 5 OECD-MA ist aber dann nicht möglich, wenn ein Fall von Abkommensmissbrauch vorliegt. Ein Fall von Abkommensmissbrauch liegt immer dann vor, wenn die Erlangung der Abkommensvorteile einer der Hauptzwecke der Gestaltung war und dies zu einer effektiven Steuerersparnis geführt hat, die nicht durch Sinn und Zweck des Abkommens gerechtfertigt ist. Praxisgemäss liegt bei der Veräusserung von Immobiliengesellschaften immer dann ein Fall von Abkommensmissbrauch vor, wenn eine veräussernde Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat nicht über hinreichend Substanz verfügt.
- 38 Dabei kann die mit Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer entwickelte Praxis⁴ zur Substanz im Ansässigkeitsstaat nicht ohne Weiteres übertragen werden. Um Art. 13 Abs. 5 OECD-MA anrufen zu können, genügt bilanzielle oder funktionelle Substanz in der Regel wohl nicht. Erforderlich ist vielmehr personelle Substanz im Ansässigkeitsstaat⁵.

4. Schweiz als Lagestaat der Immobilien

a) Wirtschaftliche Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG)

- 39 Hält eine Immobiliengesellschaft in der Schweiz gelegene Immobilien, wird die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG grundsätzlich als wirtschaftliche Handänderung mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst. Die Kantone Genf, Neuenburg, Tessin, Waadt und Wallis unterwerfen gestützt auf Art. 12 Abs. 2 lit. e StHG auch die Veräusserung von Minderheitsbeteiligungen der Grundstückgewinnsteuer.
- 40 In den monistischen Kantonen⁶ gilt dies sowohl für die Veräusserung durch eine natürliche als auch eine juristische Person. In den dualistischen Kantonen wird die Veräusserung durch eine juristische Person dagegen mit der Gewinnsteuer erfasst. Bei einer veräussernden Kapitalgesellschaft führt dies häufig zu einer Freistellung über den Beteiligungsabzug⁷.

⁴ Vgl. hierzu § 24.

⁵ So auch VGer ZH, 18.12.2013, SB.2012.00088, E. 23.

⁶ D.h. den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Genf, Jura, Nidwalden, Schwyz, Tessin, Uri und Zürich. Auch die dualistischen Kantone Aargau, Luzern und Waadt erheben bei der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft durch eine juristische Person die Grundstückgewinnsteuer.

⁷ Die Kantone Appenzell-Innerrhoden, Graubünden, Schaffhausen und Thurgau wenden den Beteiligungsabzug bei der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft hingegen nicht an.

b) Beschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person (Art. 4 Abs. 1 StHG)

Veräussert eine im Ausland ansässige natürliche Person die Anteile an einer Immobiliengesellschaft mit Immobilien in der Schweiz, wird sie im Lagekanton der Immobilien grundstückgewinnsteuerpflichtig. 41

Die Rechtsgrundlage für die beschränkte Steuerpflicht des Veräusserers ist nicht hinreichend geklärt. In der Literatur wird dies teilweise auf Art. 4 Abs. 1 StHG gestützt⁸. Das Bundesgericht leitet die beschränkte Steuerpflicht im Lagekanton (für das interkantonale Verhältnis) bei der Veräusserung der überwiegenden Mehrheit einer Immobiliengesellschaft direkt aus Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG ab⁹. 42

c) Beschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person (Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG)

Veräussert eine im Ausland ansässige juristische Person die Anteile an einer Immobiliengesellschaft mit Immobilien in der Schweiz, wird sie in den monistischen Kantonen sowie den dualistischen Kantonen Aargau, Luzern und Waadt grundstückgewinnsteuerpflichtig. 43

Ob sich die beschränkte Steuerpflicht aus Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG oder direkt aus Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG ergibt, ist noch nicht hinreichend geklärt. 44

Ebenfalls noch nicht abschliessend geklärt ist die Frage, inwiefern eine im Ausland ansässige juristische Person in den übrigen dualistischen Kantonen eine beschränkte Steuerpflicht begründet. Von praktischer Bedeutung ist dies insb. in den Kantonen Appenzell-Innerrhoden, Graubünden, Schaffhausen und Thurgau, die bei der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft den Beteiligungsabzug nicht anwenden. Denkbar wäre wiederum eine aus Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG abgeleitete beschränkte Steuerpflicht. 45

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige juristische Person (LuxCo) verkauft die Anteile einer in der Schweiz ansässigen Kapitalgesellschaft (SwissCo), die Immobilien in allen Kantonen der Schweiz hält. LuxCo wird in den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Genf, Jura, Luzern, Nidwalden, Schwyz, Tessin, Uri, Waadt und Zürich grundstückgewinnsteuerpflichtig. Grundsätzlich müsste LuxCo in den übrigen Kantonen nach Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG gewinnsteuerpflichtig werden. Mit Ausnahme der Kantone Appenzell-Innerrhoden, Graubünden, Schaffhausen und Thurgau, die hier die Gewinnsteuer auf den in diesen Kantonen gelegenen Liegenschaften erheben, wird in den dualistischen Kantonen i.d.R. von einer Steuerpflicht abgesehen. 46

⁸ So OESTERHELT/SEILER, Art. 4 StHG N 23 ff.

⁹ BGer, 7.10.2016, 2C_666/2015, E. 5.4 = RDAF 2016 II, 544 ff.

V. Bewegliches Betriebsstättevermögen (Art. 13 Abs. 2 OECD-MA)

- 47 Art. 13 Abs. 2 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für die Veräußerung von beweglichem Betriebsstättevermögen dem Quellenstaat (Betriebsstättestaat) zu. Das Besteuerungsrecht für unbewegliches Betriebsstättevermögen richtet sich nach Art. 13 Abs. 1 OECD-MA (vgl. N 16).
- 48 Der Begriff der Betriebsstätte wird in Art. 5 OECD-MA definiert¹⁰. Die Zuordnung des Vermögens zur Betriebsstätte richtet sich nach den Regeln von Art. 7 OECD-MA¹¹.

VI. Schiffe und Luftfahrzeuge (Art. 13 Abs. 3 OECD-MA)

- 49 Art. 13 Abs. 3 OECD-MA weist das Besteuerungsrecht für die Veräußerung von im internationalen Verkehr betriebenen Schiffen und Luftfahrzeugen dem Ansässigkeitsstaat des Unternehmens zu, das diese Schiffe oder Luftfahrzeuge betreibt.

§ 23 Andere Einkünfte

STEFAN OESTERHELT

- | | | |
|------|---|-----|
| I. | Aufbau der Bestimmung (Art. 21 OECD-MA) | 487 |
| II. | Ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 21 Abs. 1 OECD-MA) | 487 |
| | 1. Sachlicher Anwendungsbereich | 487 |
| | 2. Persönlicher Anwendungsbereich | 488 |
| III. | Betriebsstättenvorbehalt (Art. 21 Abs. 2 OECD-MA) | 489 |

I. Aufbau der Bestimmung (Art. 21 OECD-MA)

Art. 21 OECD-MA ist eine Verteilnorm, welche als Auffangtatbestand auf sämtliche Einkommensbestandteile anwendbar ist, welche nicht von den Art. 6–20 OECD-MA erfasst werden. Die Bestimmung hat somit subsidiären Charakter.

Art. 21 Abs. 1 OECD-MA weist das Besteuerungsrechte für Einkünfte, welche nicht von Art. 6–20 OECD-MA erfasst werden, «ohne Rücksicht auf ihre Herkunft» ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zu (vgl. dazu N 5 ff.).

Art. 21 Abs. 2 OECD-MA enthält einen Vorbehalt mit Bezug auf Einkünfte, welche einer Betriebsstätte zuzuweisen sind (vgl. N 12).

Fast alle von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen enthalten eine Art. 21 OECD-MA nachgebildete Bestimmung¹.

II. Ausschliessliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates (Art. 21 Abs. 1 OECD-MA)

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Der *sachliche Anwendungsbereich* von Art. 21 OECD-MA ist nicht definiert. Als Auffangtatbestand ist die Bestimmung auf alle Arten von Einkünften anwendbar, für die in den Art. 6–20 OECD-MA keine spezielle Verteilnorm aufgestellt wird.

¹ Ausnahmen bilden etwa die Doppelbesteuerungsabkommen mit Ägypten, Argentinien, Australien, Chile, Indonesien, Kanada, Malaysia, Mexiko, Pakistan, Peru, Thailand, Trinidad und Tobago und Vietnam.

¹⁰ Vgl. hierzu § 14.

¹¹ Vgl. hierzu § 15.

- 6 Der sachliche Anwendungsbereich ist mithin lediglich durch die Subsidiarität der Bestimmung zu den anderen Verteilnormen sowie durch den in Art. 2 OECD-MA definierten sachlichen Anwendungsbereich beschränkt.
- 7 Typische Beispiele sind Einkünfte gewisser Finanzprodukte (welche sich weder unter Art. 10 OECD-MA noch unter Art. 11 OECD-MA subsumieren lassen²) und kollektiver Kapitalanlagen, Schadenersatzzahlungen, Renten (welche nicht von Art. 18 und 19 OECD-MA erfasst sind), Zahlungen von Alimen-ten, Lotteriegewinne³, Trusteinkünfte, Zuwendungen von Stiftungen.
- 8 **Beispiel**
Ein inländischer Fonds hat Einkünfte aus ausländischen Aktien. Die Ausschüttungen des Fonds unterliegen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c VStG der Verrechnungssteuer. Eine in einem Vertragsstaat ansässige Person kann die vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen, da Art. 21 Abs. 1 OECD-MA das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist. Die Schweiz als Quellenstaat kann kein Besteuerungsrecht aus Art. 10 OECD-MA ableiten, da die Dividenden nicht aus in der Schweiz ansässigen Gesellschaften stammen.

2. *Persönlicher Anwendungsbereich*

- 9 Der *persönliche Anwendungsbereich* der Bestimmung ergibt sich aus Art. 1 OECD-MA. Die Bestimmung ist mithin auf Personen anwendbar, die in einem Vertragsstaat ansässig sind.
- 10 Somit sind von Art. 21 OECD-MA auch Einkünfte aus Drittstaaten sowie Einkünfte aus dem Ansässigkeitsstaat selbst erfasst⁴.
- 11 **Beispiel**
Eine natürliche Person ist sowohl in der Schweiz wie auch in Singapur nach unilateralem Recht unbeschränkt steuerpflichtig. Gemäss Art. 4 Abs. 3 DBA-Singapur ist die Person in der Schweiz vorrangig ansässig. Mit Bezug auf Einkünfte, welche diese Person aus Drittstaaten erzielt, steht das Besteuerungsrecht gemäss Art. 21 Abs. 1 DBA-Singapur ausschliesslich der Schweiz zu. Da Art. 21 Abs. 1 DBA-Singapur das Besteuerungsrecht ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist, gilt dies selbst dann, wenn diese Einkünfte in der Schweiz nicht besteuert werden.

III. **Betriebsstättenvorbehalt (Art. 21 Abs. 2 OECD-MA)**

Analog zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA (mit Bezug auf Dividenden), Art. 11 Abs. 4 OECD-MA (mit Bezug auf Zinsen) sowie Art. 12 Abs. 3 OECD-MA (mit Bezug auf Lizenzgebühren) enthält auch Art. 21 Abs. 2 OECD-MA einen sogenannten Betriebsstättenvorbehalt. Es kann diesbezüglich auf die zu Art. 10 Abs. 4 OECD-MA gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. § 19 N 95 ff.).

² Vgl. OECD-MK, Art. 21 Ziff. 7–11.

³ Wobei diese von der Schweiz regelmässig aus dem sachlichen Anwendungsbereich von der Art. 2 OECD-MA nachgebildeten Bestimmung ausgenommen werden, so dass auch Art. 21 OECD-MA nicht zur Anwendung gelangt.

⁴ OECD-MK, Art. 21 Ziff. 1.

5. Teil: Missbrauch

§ 24 Abkommensmissbrauch

STEFAN OESTERHELT

I.	Einleitung	493
II.	Abkommensmissbrauch und Rückerstattung der Verrechnungssteuer	494
III.	Rechtsgrundlagen	495
	1. Zweistufige Prüfung	495
	2. Abkommensmissbrauch nach unilateralem Recht	495
	3. Völkerrechtliche Verankerung des Abkommensmissbrauchs	496
	4. Principle Purpose Test von Art. 7 Abs. 1 MLI im Speziellen	496
	5. Einheitliche Praxis der ESTV zum Abkommensmissbrauch	497
IV.	Prüfung des Abkommensmissbrauchs durch die ESTV	497
	1. Voraussetzungen des Abkommensmissbrauchs	497
	2. Fehlende Substanz als absonderliche Rechtsgestaltung	498
	a) Personelle Substanz	498
	b) Funktionelle Substanz	498
	c) Bilanzielle Substanz	498
	d) Alternative oder kumulative Prüfung der Substanzkriterien	499
	3. Verbesserung der Rückerstattungsposition	499
	4. Absicht der Steuerersparnis	500
V.	Operative Gesellschaften als Anteilhaber der Zwischenholding	500
	1. Operative Gesellschaft in DBA-Staat ohne Nullsatz	500
	2. Zwischenholding in Nicht-DBA-Staat	501
VI.	Natürliche Personen als Anteilhaber	501
	1. Problematik des Rule Shoppings	501
	2. Natürliche Person mit Wohnsitz in einem Staat mit Nullsatz-DBA	502
	3. Ansässigkeit in Drittstaat ohne Nullsatz-DBA	503
	4. Anteilhaber ohne Abkommensberechtigung	504
	5. Anteilhaber in unterschiedlichen Staaten	505
	6. Wohnsitzwechsel des Anteilhabers	506
VII.	Akquisitionsgesellschaften von Fonds	507
VIII.	Problematik von Convertern	509
IX.	Verfahrensrechtliche Aspekte	509

I. Einleitung

Die Gewährung von Abkommensvorteilen kann verweigert werden, wenn ein Fall des Abkommensmissbrauchs vorliegt. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Verbesserung der Rückerstattungsposition mit Bezug auf die Verrechnungssteuer durch Zwischenschaltung einer Gesellschaft in einem Staat mit günstigerem Doppelbesteuerungsabkommen.

- 2 Typologisch lassen sich beim Abkommensmissbrauch das *Treaty Shopping* und das *Rule Shopping* unterscheiden:
- Mit *Treaty Shopping* sind Gestaltungen gemeint, die darauf abzielen, dass nicht abkommensberechtigte Personen durch das Zwischenschalten abkommensberechtigter Gesellschaften in den Genuss von Abkommensvergünstigungen gelangen, die ihnen andernfalls nicht zugekommen wären. Kurz gesagt: Jemand «kauft» sich missbräuchlich in ein fremdes Doppelbesteuerungsabkommen ein.
 - Beim *Rule Shopping* wird demgegenüber «nur» auf missbräuchliche Weise versucht, im Zusammenhang mit einem ohne Zweifel anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen die Anwendung einer bestimmten (vorteilhafteren) Abkommensbestimmung herbeizuführen.
- 3 Nachfolgend soll der Abkommensmissbrauch insb. mit Bezug auf den mit Abstand wichtigsten Anwendungsfall, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Dividenden, untersucht werden.
- 4 Doch auch andere Abkommensvorteile (wie z.B. die Verdrängung des Besteuerungsrechts der Schweiz als Quellenstaat bei der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft durch Art. 13 Abs. 1 OECD-MA; vgl. dazu § 22 N 36 ff.) können unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs verweigert werden.

II. Abkommensmissbrauch und Rückerstattung der Verrechnungssteuer

- 5 Der Abkommensmissbrauch spielt eine wichtige Rolle im Zusammenhang mit der Entlastung von der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis. Wichtig ist, dass die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs sauber von den anderen Voraussetzungen für die Entlastung von der Verrechnungssteuer abgegrenzt wird.
- 6 Eine Entlastung von der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis ist von folgenden Voraussetzungen abhängig:
- Die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkünfte müssen der potenziell abkommensberechtigten Person *zugerechnet* werden können. Bei Kapitalgesellschaften als Empfänger von Dividenden ist die Zurechnung i.d.R. gegeben. Anders verhält es sich bei (kontrollierten) Stiftungen (vgl. dazu § 12 N 65), Trusts (vgl. dazu § 12 N 39 ff.) sowie Personengesellschaften (vgl. dazu § 21 N 2 ff.).
 - Die potenziell abkommensberechtigte Person muss eine in einem DBA-Staat *ansässige Person* i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA sein. Eine Person ist in einem Vertragsstaat ansässig, wenn sie dort unbeschränkt steuerpflichtig ist. Ob sie dort über Substanz verfügt, ist mithin keine Frage der Ansässigkeit

- i.S.v. Art. 4 Abs. 1 OECD-MA, sondern eine Frage des Abkommensmissbrauchs (vgl. dazu N 20 ff.).
- Die potenziell abkommensberechtigte Person muss an den Erträgen nutzungsberechtigt sein (vgl. dazu § 19 N 52 ff.).
 - Es darf kein Fall von Abkommensmissbrauch vorliegen.

III. Rechtsgrundlagen

1. Zweistufige Prüfung

Ist die Schweiz Quellenstaat, ist in zwei Schritten zu prüfen, ob Abkommensvorteile unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs zu verweigern sind: 7

- In einem *ersten Schritt* ist zu untersuchen, ob die Gestaltung nach unilateralem Recht als missbräuchliche Inanspruchnahme eines Doppelbesteuerungsabkommens anzusehen ist.
- Ist dies der Fall, muss in einem *zweiten Schritt* geprüft werden, ob eine Verweigerung der Abkommensvorteile völkerrechtskonform ist.

2. Abkommensmissbrauch nach unilateralem Recht

Die Rechtsgrundlage für die im ersten Schritt vorzunehmende Missbrauchsprüfung nach unilateralem Recht ist nicht abschliessend geklärt. Laut Bundesgericht wird dies unter dem Blickwinkel des (ungeschriebenen) Steuerumgehungsverbots geprüft¹, während sich ein Teil der Lehre für eine analoge Anwendung von Art. 21 Abs. 2 VStG ausspricht² und ein anderer Teil der Lehre – wie dies auch der Ansicht der Autoren entspricht – sich auf das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB oder Art. 9 BV stützen will³. Die Positionen dürften aber zu einem vergleichbaren Ergebnis führen, weshalb das Bundesgericht die Frage nach der Rechtsgrundlage (unter Hinweis auf die divergierenden Positionen) im Urteil vom 20.4.2020 explizit offenlässt⁴. Im Ergebnis stützt es sich, wie gesagt, auf die Steuerumgehungslehre. 8

Mittlerweile unbestritten ist aber, dass eine Verweigerung von Abkommensvorteilen gestützt auf unilaterales Recht nur dann zulässig ist, wenn sich dies als völkerrechtskonform erweist, was in einem zweiten Schritt zu prüfen ist. 9

¹ BGer, 20.4.2020, 2C_354/2018, E. 4.2.1; vgl. BGer, 28.11.2005, 2A.239/2005, E. 3.4.

² So etwa DANON/GLAUSER, Intertax 2005, 503 ff., 517.

³ Vgl. OESTERHELT/WINZAP, ST 2006, 773 ff.

⁴ BGer, 20.4.2020, 2C_354/2018, E. 4.2.1.

3. *Völkerrechtliche Verankerung des Abkommensmissbrauchs*

- 10 Mit Blick auf die Völkerrechtskonformität sind einerseits explizite Missbrauchsvorschriften in bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen massgebend. Zahlreiche Abkommen enthalten inzwischen solche Missbrauchsvorschriften⁵. Diese Entwicklung rührt u.a. daher, dass sowohl das für die Schweiz seit dem 1. Dezember 2019 in Kraft stehende BEPS-Übereinkommen (Multilateral Instrument; MLI)⁶ als inzwischen auch das 2017 aufdatierte OECD-Musterabkommen einen Missbrauchsvorbehalt statuieren⁷.
- 11 Doch selbst wenn ein Doppelbesteuerungsabkommen den Abkommensmissbrauch nicht ausdrücklich ausschliesst, findet andererseits nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der jedem Abkommen inhärente, aus Art. 26 WVK abzuleitende Missbrauchsvorbehalt Anwendung⁸.

4. *Principle Purpose Test von Art. 7 Abs. 1 MLI im Speziellen*

- 12 Art. 7 Abs. 1 MLI sieht vor, dass Abkommensvorteile nicht mehr gewährt werden müssen, wenn unter Berücksichtigung aller massgeblichen Tatsachen und Umstände die Feststellung gerechtfertigt ist, dass der Erhalt dieser Vergünstigung (sog. Abkommensvorteil) «einer der Hauptzwecke einer Gestaltung oder Transaktion war», die unmittelbar oder mittelbar zu dieser Vergünstigung geführt hat. Dies gilt nicht, falls nachgewiesen wird, dass die Gewährung der Vergünstigung unter diesen Umständen mit dem Ziel und Zweck der einschlägigen Bestimmungen des unter das Übereinkommen fallenden Steuerabkommens im Einklang steht.
- 13 Die Schweiz hat das BEPS-Übereinkommen (MLI) am 7. Juni 2017 unterzeichnet. Es ist aber nur mit relativ wenigen Staaten (Luxemburg, Österreich, Italien, Chile, Südafrika, Argentinien, Indien, Island, Litauen, Polen, Portugal, Tschechische Republik und Türkei) anwendbar.
- 14 Der Principal Purpose Test betrifft aber ohnehin nur den zweiten Schritt der Prüfung (vgl. vorn N 10 f.) und wird somit in seiner Anwendung potenziell durch eine weniger strenge unilaterale Rechtslage bzw. Praxis zum Abkommensmissbrauch beschränkt. Dies ist auch mit Bezug auf die Praxis der ESTV

⁵ Vgl. für eine Übersicht über die verschiedenen Missbrauchsregelungen LUTZ, 166 ff.

⁶ Art. 7 Abs. 1 des Multilateralen Übereinkommens zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Massnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, SR 0.671.1. Art. 7 Abs. 1 des BEPS-Übereinkommens statuiert einen sog. *principle purpose test*, der u.a. in Art. 28A DBA-LUX umgesetzt wurde (vgl. N 12 ff.).

⁷ Art. 29 OECD-MA.

⁸ BGer, 28.11.2005, 2A.239/2005, E. 3.1 = StR 2006, 217 ff.; vgl. dazu OESTERHELT/WINZAP, ST 2006, 773 ff.

und somit die schweizerische Praxis zum Abkommensmissbrauch der Fall (vgl. N 18 ff.).

5. *Einheitliche Praxis der ESTV zum Abkommensmissbrauch*

Die ESTV wendet mit Blick auf die Prüfung, ob eine missbräuchliche Rückerstattung der Verrechnungssteuer vorliegt, im Wesentlichen für sämtliche Doppelbesteuerungsabkommen denselben Massstab an. Dies ist i.S.d. Rechtssicherheit und Praktikabilität zu begrüssen, zumal sich die verschiedenen Missbrauchskonzepte – seien sie völkerrechtlicher oder innerstaatlicher Natur – selbst theoretisch nur schwer fassen und gegeneinander abgrenzen lassen.

Die Praxis der ESTV ist aber auch in dogmatischer Hinsicht korrekt. Sie ist eine Konsequenz des vorgängig beschriebenen zweistufigen Prüfprogramms. Soweit der Missbrauchsmassstab nach unilateralem Recht weniger streng ist als die in bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehenen Missbrauchsbestimmungen bzw. als der aus Art. 26 WVK abgeleitete ungeschriebene Missbrauchsvorbehalt, bleiben die Unterschiede im Missbrauchsmassstab der einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen ohne praktische Konsequenz.

M.a.W. schöpft die Schweiz den ihr nach einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen potenziell zustehenden Spielraum für eine strengere Praxis beim Abkommensmissbrauch nicht aus, da in diesen Fällen eben kein Missbrauch nach unilateralem Recht vorliegt (= Schritt 1) und sich somit die Frage der Völkerrechtskonformität des unilateralen Missbrauchsbegriffs (= Schritt 2) gar nicht erst stellt. Letztlich ist dies Konsequenz der «negativen Wirkung» von Doppelbesteuerungsabkommen. Die Schweiz könnte auf die Erhebung einer Quellensteuer auch gänzlich verzichten, dann würde sich die Frage der missbräuchlichen Rückerstattung gar nicht erst stellen.

IV. **Prüfung des Abkommensmissbrauchs durch die ESTV**

1. *Voraussetzungen des Abkommensmissbrauchs*

Ein Fall des Abkommensmissbrauchs liegt mit Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis immer dann vor, wenn folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Verbesserung der Rückerstattungsposition (effektive Steuerersparnis);
- Absonderliche Rechtsgestaltung (fehlende Substanz);
- Absicht der Steuerersparnis (subjektives Element).

- 19 Liegt ein Fall des Abkommensmissbrauchs vor, ist der Sachverhalt gemäss jener Rechtsgestaltung zu besteuern, die sachgemäss gewesen wäre, um den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck zu verwirklichen.

2. *Fehlende Substanz als absonderliche Rechtsgestaltung*

- 20 Eine absonderliche Rechtsgestaltung liegt nach Praxis der ESTV immer dann vor, wenn eine ein Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmende Person im Ansässigkeitsstaat nicht über hinreichende Substanz verfügt. Dabei kann die ein Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmende Person im Ansässigkeitsstaat entweder über personelle, funktionelle oder bilanzielle Substanz verfügen.

a) **Personelle Substanz**

- 21 Personelle Substanz liegt vor, wenn die antragstellende Person über (eigenes) Personal in eigenen Räumlichkeiten im Ansässigkeitsstaat verfügt. Dabei kann das Personal auch bei einer verbundenen Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat beschäftigt sein.

b) **Funktionelle Substanz**

- 22 Funktionelle Substanz liegt vor, wenn die antragstellende Person neben der schweizerischen Gesellschaft noch (mindestens) eine weitere substanzielle Beteiligung an einer in einem anderen Staat ansässigen Gesellschaft hält, sodass von einer Holdingfunktion gesprochen werden kann. Substanziell ist die Beteiligung i.d.R. dann, wenn sie einen vergleichbaren Wert wie die schweizerische Gesellschaft hat. Dabei können mehrere qualifizierte Beteiligungen (d.h. Beteiligungen von mindestens 10 %) in Drittstaaten zusammengerechnet werden. Überwiegt der Wert der schweizerischen Gesellschaft den Wert der übrigen Beteiligungen, kann aber u.U. trotzdem funktionelle Substanz vorliegen, wenn letztere im Gegenzug mehr Personal angestellt haben. Auch Portfoliobeteiligungen an Gesellschaften in Drittstaaten können funktionelle Substanz vermitteln, wenn diese einen deutlich höheren Wert als die schweizerische Beteiligung haben.

c) **Bilanzielle Substanz**

- 23 Bilanzielle Substanz liegt vor, wenn die Holding in ihrer Handelsbilanz einen Eigenkapitalisierungsgrad von mindestens 30 % ausweist.

Dabei ist auf die Buchwerte resp. den handelsrechtlichen Einzelabschluss der Holding und nicht auf die Verkehrswerte ihrer Aktiven abzustellen, obwohl der Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % der Belehnungsgrenze von 70 % für Beteiligungen gemäss Kreisschreiben Nr. 6 der ESTV vom 6. Juni 1997 betreffend verdecktes Eigenkapital inspiriert ist, das auf die Verkehrswerte abstellt.

d) **Alternative oder kumulative Prüfung der Substanzkriterien**

Ob die Tests alternativ erfüllt werden können oder kumulativ zu erfüllen sind, hängt von den konkreten Umständen ab. Dabei ist insb. entscheidend, ob der Anteilshaber der potenziell abkommensberechtigten Person in einem DBA-Staat ansässig ist oder nicht und ob diese im Ansässigkeitsstaat selbst über «Substanz» verfügt und somit zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt ist. Ist der Anteilshaber nicht in einem DBA-Staat ansässig bzw. nicht zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt, müssen grundsätzlich zwei von drei Substanzkriterien erfüllt sein.

Zudem muss (mit Bezug auf natürliche Personen als Anteilshaber der potenziell abkommensberechtigten Person) unterschieden werden, ob bloss ein Fall des potenziellen *Treaty Shoppings* oder auch noch des *Rule Shoppings* vorliegt (vgl. dazu hinten N 36 ff.).

3. *Verbesserung der Rückerstattungsposition*

Eine Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer unter dem Titel des «Abkommensmissbrauchs» ist nur dann möglich, wenn die Antragstellerin in einer besseren Rückerstattungsposition wie ihre Anteilshaberin ist.

Beispiel

Eine in Deutschland ansässige operative Gesellschaft (OpCo) hält eine inländische Gesellschaft (SwissCo) über eine in den Niederlanden ansässige Holding (HoldCo). HoldCo ist eine reine Briefkastengesellschaft und verfügt weder über personelle, funktionelle oder bilanzielle Substanz ist dort aber unbeschränkt steuerpflichtig.

Ab einer Haltedauer von einem Jahr wäre OpCo gemäss Art. 10 Abs. 3 DBA-D bei einem direkten Beteiligungsverhältnis an SwissCo zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Der Umstand, dass HoldCo in den Niederlanden über keinerlei Substanz verfügt, ist somit (zumindest nach Ablauf der Haltedauer) unschädlich. Da HoldCo in den Niederlanden unbeschränkt steuerpflichtig ist, ist sie nämlich eine gemäss Art. 4 Abs. 1 DBA-NL «ansässige Person» und somit zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt.

4. *Absicht der Steuerersparnis*

- 29 Die Absicht der Steuerersparnis leitet sich in der Praxis der Verwaltungsbehörden regelmässig aus den objektiven Tatbestandsmerkmalen ab. Nicht zuletzt bei historisch gewachsenen Strukturen sind aber durchaus Fälle denkbar, in denen der Steuerpflichtige darlegen kann, dass in casu keine Absicht der Steuerersparnis vorliegt. Auch fehlt es bei Minderheitsaktionären, welche die Ausschüttungspolitik nicht bestimmen können, regelmässig an der Absicht der Steuerersparnis (vgl. dazu § 25 N 31 ff.).

V. **Operative Gesellschaften als Anteilshaber der Zwischenholding**

1. *Operative Gesellschaft in DBA-Staat ohne Nullsatz*

- 30 Wird die Holding (= Anteilshaberin der inländischen Gesellschaft) von einer in einem DBA-Staat ansässigen operativen Gesellschaft gehalten, die sich in einer schlechteren Rückerstattungsposition wie die Holding befindet, kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Holding im Umfang der Satzverbesserung verweigert werden, wenn diese nicht über hinreichende Substanz im Ansässigkeitsstaat verfügt.
- 31 Die Holding verfügt immer dann über hinreichende Substanz, wenn sie alternativ über personelle, funktionelle oder bilanzielle Substanz im Ansässigkeitsstaat verfügt.
- 32 **Beispiel**
Eine in den USA ansässige operative Gesellschaft (OpCo) hält eine inländische Gesellschaft (SwissCo) über eine in den Niederlanden ansässige Holding (HoldCo). HoldCo verfügt (nach Buchwerten) über einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % (**Variante:** 1 %), aber weder über personelle Substanz (Personal, Büros) noch über funktionelle Substanz (weitere Beteiligungen).
Gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. a DBA-NL ist HoldCo zur vollständigen Entlastung von der Verrechnungssteuer (auf dem Weg des Meldeverfahrens oder der Rückerstattung) berechtigt. Wenn OpCo die Beteiligung an SwissCo direkt halten würde, wäre sie gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-USA bloss bis zum Residualsatz von 5 % zur Entlastung von der Verrechnungssteuer (Rückerstattung oder Meldeverfahren) berechtigt. Die Zwischenschaltung von HoldCo führt somit zu einer Verbesserung der Rückerstattungsposition. Obwohl HoldCo weder über personelle noch funktionelle Substanz verfügt, liegt wegen der bilanziellen Substanz von HoldCo kein Fall einer «absonderlichen Rechtsgestaltung» und somit kein Fall von Abkommensmissbrauch vor. Ob die Rückerstattung unter dem Principal Purpose Test von Art. 27a DBA-NL verweigert werden könnte, spielt keine Rolle, da die Gestaltung nicht vom unilateralen Missbrauchs begriff (Schritt 1; vgl. vorn N 8) erfasst ist.
Beträgt der Eigenkapitalisierungsgrad von HoldCo weniger als 30 % (**Variante:**), wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens nur

bis zum Residualsatz von 5 % gewährt. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn HoldCo entweder über mindestens eine weitere (substanzielle) Beteiligung in einem ausländischen Staat und somit über funktionelle Substanz verfügen würde oder wenn HoldCo (oder eine mit ihr verbundene Gesellschaft) in den Niederlanden personelle Substanz aufgebaut hätte.

Analog ist der Fall zu beurteilen, wenn es sich bei der Anteilshaberin der Holding um eine reine Holdinggesellschaft handelt, die in ihrem Ansässigkeitsstaat über eine operative Konzerngesellschaft verfügt. 33

2. *Zwischenholding in Nicht-DBA-Staat*

Wird die (in einem Nullsatzstaat) ansässige Holding indirekt von einer operativen Gesellschaft über eine in einem Nicht-DBA-Staat ansässige Zwischenholding gehalten, ist der Fall gemäss Praxis der ESTV in der Regel anders zu behandeln. In einem solchen Fall genügt bloss bilanzielle Substanz für die Abkommensberechtigung der Holding i.d.R.⁹ nicht. Die Holding muss vielmehr entweder über funktionelle oder personelle Substanz im Ansässigkeitsstaat verfügen. 34

Beispiel

Eine in den USA ansässige operative Gesellschaft (OpCo) hält eine inländische Gesellschaft (SwissCo) über eine in den Niederlanden ansässige Holding (HoldCo), die ihrerseits von einer BVI-Zwischenholding (BVICo) gehalten wird. HoldCo verfügt (nach Buchwerten) über einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 %, aber weder über personelle Substanz (Personal, Büros) noch über funktionelle Substanz (weitere Beteiligungen). 35

Gemäss Praxis der ESTV wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens nur bis zum Residualsatz von 5 % gewährt. Wenn BVICo aus US-Sicht als «disregarded entity» (transparent) behandelt würde und ihre Erträge aus US-Sicht OpCo zugerechnet würden, würde HoldCo die volle Rückerstattung gewährt.

VI. **Natürliche Personen als Anteilshaber**

1. *Problematik des Rule Shoppings*

Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA wird für an eine Gesellschaft bezahlte Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen das Besteuerungsrecht des Quellenstaates auf 5 % beschränkt. Viele Doppelbesteuerungsabkommen der 36

⁹ Etwas anderes kann u.a. dann gelten, wenn die Zwischenholding aus Sicht einer in den USA ansässigen Anteilshaberin als «disregarded entity» behandelt wird und ihre Erträge der Anteilshaberin zugerechnet werden (vgl. Technical Explanation zu Art. 4 Abs. 1 lit. d DBA-USA).

Schweiz schliessen das Besteuerungsrecht des Quellenstaates in dieser Konstellation sogar vollständig aus (sog. «Nullsatz»). Für Dividenden, die von natürlichen Personen vereinnahmt werden, steht dem Quellenstaat gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA dagegen eine Residualsteuer von 15 % zu. Die von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen enthalten keine Bestimmungen, die das Besteuerungsrecht des Quellenstaates stärker einschränken.

- 37 Wird eine inländische Gesellschaft von einer im Ausland ansässigen natürlichen Person nicht direkt, sondern über eine Kapitalgesellschaft (hier als «Personal Holding» bezeichnet) gehalten, ist dies somit regelmässig mit einer Verbesserung der Rückerstattungsposition in Bezug auf die Verrechnungssteuer verbunden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob diesfalls ein Fall von *Rule Shopping* vorliegt und somit die Gewährung von Abkommensvorteilen unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs verweigert wird. Ist die Holding in einem Drittstaat ansässig, ist zudem zu prüfen, ob ein Fall von *Treaty Shopping* vorliegt, was ebenfalls zur Verweigerung von Abkommensvorteilen führt.

2. Natürliche Person mit Wohnsitz in einem Staat mit Nullsatz-DBA

- 38 Auszugehen ist von der Konstellation, in der eine natürliche Person eine Beteiligung an einer Schweizer Gesellschaft über eine in einem Drittstaat ansässige Holding hält. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Rückerstattungsberechtigung der Holding unter dem Titel des *Treaty* und/oder *Rule Shopping* zu verneinen ist.
- 39 Dabei ist zunächst der Fall zu beleuchten, in dem die natürliche Person in einem Staat ansässig ist, mit dem die Schweiz ein sog. «Nullsatz-DBA» abgeschlossen hat: ein Abkommen, welches das Besteuerungsrecht für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen, die an eine Gesellschaft bezahlt werden, ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist.
- 40 Obwohl der Anteilinhaber der Holding in einem Staat mit einem Nullsatz-DBA ansässig ist, führt der Einsatz der Holding zu einer Verbesserung der Rückerstattungsposition. Die vollständige Rückerstattungsberechtigung wird auch unter den Nullsatz-DBA nämlich bloss für von Gesellschaften vereinnahmte Dividenden gewährt, während natürliche Personen die Rückerstattung der Verrechnungssteuer regelmässig nur bis zum Residualsatz von 15 % (sog. «Portfoliosatz») zurückfordern können. Zudem ist die Anwendung des Meldeverfahrens ausgeschlossen. Der Einsatz der Holding führt somit zwar nicht zu *Treaty Shopping*, aber zu potenziellem *Rule Shopping*.
- 41 In der Missbrauchsprüfung ist die ESTV mit Bezug auf das *Rule Shopping* regelmässig grosszügig. Wenn die Holding über hinreichende Substanz verfügt,

mithin nicht als bloss «dazwischengeschaltet» erscheint, liegt praxisgemäss trotz der Verbesserung der Rückerstattungsposition kein Fall von Abkommensmissbrauch vor. Dabei kann alternativ personelle, funktionelle oder bilanzielle Substanz vorliegen. Dies gilt auch dann, wenn die antragstellende Person (Holding) in einem Drittstaat ansässig ist¹⁰.

Beispiel

Eine in Deutschland ansässige natürliche Person hält eine Beteiligung an einer inländischen Gesellschaft (SwissCo) über eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo). LuxCo ist eine reine Briefkastengesellschaft mit SwissCo als einzigem Vermögenswert. LuxCo hat einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 %.

LuxCo verfügt zwar weder über personelle noch funktionelle Substanz. Da LuxCo aber über bilanzielle Substanz verfügt, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gewährt. Die relativ tiefen Anforderungen an die Substanz – vorliegend in Luxemburg – erscheinen sachgerecht, da eine in Deutschland ansässige Person, die SwissCo direkt halten würde, gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D die Rückerstattung zwar bloss bis zum Residualsatz von 15 % verlangen könnte, diese aber gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 2 DBA-D an die hierauf geschuldete deutsche Einkommenssteuer anrechnen könnte («*Tax Credit*»). Mithin liegt unter dem Strich keine Steuerersparnis vor.

3. Ansässigkeit in Drittstaat ohne Nullsatz-DBA

Anders präsentiert sich die Sachlage, wenn der Anteilinhaber der Holding in einem Staat ansässig ist, mit dem die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen ohne Nullsatz auf Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen abgeschlossen hat.

In einer solchen Konstellation werden für die Gewährung der vollen Rückerstattungsberechtigung praxisgemäss erhöhte Anforderungen an die Substanz der Holding gestellt, da zusätzlich zum *Rule Shopping* auch potenziell ein Fall von *Treaty Shopping* vorliegt. Rein bilanzielle Substanz genügt nicht, woraus sich ergibt, dass diesem Substanzerfordernis am wenigsten Gewicht zukommt. Die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer wird nur dann gewährt, wenn die Holding entweder über personelle oder funktionelle Substanz verfügt.

Liegt bloss bilanzielle Substanz vor, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel des *Treaty Shopping* bis zum Residualsatz für qualifizierte Beteiligungen im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Anteilinhabers und der Schweiz gewährt¹¹. Liegt auch

¹⁰ Vgl. OESTERHELT/OPEL, StR 2021, 338 ff., 340 ff.

¹¹ So wird bspw. für Personen, die in den USA, in Kanada, China, Russland, Israel, Südkorea, Südafrika, der Ukraine, den VAE oder der Türkei ansässig sind, eine Rückerstattung an die Personal Holding bloss bis zum Residualsatz von 5 % gewährt.

keine bilanzielle Substanz vor, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel des Treaty Shopping und des Rule Shoppings nur bis zu demjenigen Satz gewährt, der der Anteilsinhaber der Holding gemäss dem zwischen seinem Ansässigkeitsstaat und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen hätte.

44a **Beispiel**

Eine in den Vereinigten Staaten ansässige natürliche Person hält über eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo) eine inländische Kapitalgesellschaft (SwissCo). LuxCo unterhält in Luxemburg keinerlei personelle Substanz und verfügt über ein einziges Aktivum: die Anteile an der SwissCo. Die Bilanz von LuxCo weist einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % (Variante: 10 %) aus.

Würde der Anteilsinhaber von LuxCo seine Beteiligung an SwissCo über eine in den Vereinigten Staaten ansässige Holding halten, wäre diese gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-USA bloss bis zum Residualsatz von 5 % rückerstattungsberechtigt. Wenn LuxCo in Luxemburg zwar über bilanzielle Substanz, aber weder über personelle noch funktionelle Substanz verfügt, gewährt die ESTV praxisgemäss die Rückerstattung unter Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX auch nach Ablauf der Haltedauer von zwei Jahren bloss bis zum Residualsatz von 5 % gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-USA. Praxisgemäss kann die Verrechnungssteuer dabei im Umfang von 30 % im Meldeverfahren erledigt werden, wenn die SwissCo über eine entsprechende Bewilligung (Formular 823B oder 823C) verfügt (vgl. N 66 ff.). Würde LuxCo hingegen im Zeitpunkt der Dividendenausschüttung über funktionelle oder personelle Substanz verfügen, würde nach Ablauf der zweijährigen Haltedauer die vollständige Rückerstattung gewährt.

Verfügt LuxCo hingegen bloss über einen Eigenkapitalisierungsgrad von 10 % (Variante), liegt sowohl ein Fall des Treaty Shoppings als auch des Rule Shoppings vor. Somit wird die Rückerstattung an LuxCo (gestützt auf Art. 10 DBA-LUX) nur bis zum Residualsatz von 15 % (Satz von Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-USA) gewährt. Das Meldeverfahren wird gemäss Praxis der ESTV nicht gewährt.

4. *Anteilsinhaber ohne Abkommensberechtigung*

45 Ähnliche Überlegungen sind *mutatis mutandis* auch auf den Fall anwendbar, dass der Anteilsinhaber in einem Nicht-DBA-Staat (wie z.B. Monaco) ansässig ist oder sich nicht auf Abkommensvorteile berufen kann.

46 In einer solchen Konstellation wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Holding unter dem Titel des *Treaty Shopping* praxisgemäss nur dann nicht verwehrt, wenn erhöhte Anforderungen an die Substanz der Holding erfüllt sind. Liegt bloss bilanzielle Substanz vor, wird die Rückerstattung vollumfänglich verweigert. Dies ist im Lichte der in N 18 ff. beschriebenen Grundsätze auch sachgerecht, da eine im Ansässigkeitsstaat des Anteilsinhabers domizilierte Holding selbst ebenfalls nicht zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt wäre.

Beispiel

Eine in Monaco ansässige Person hält über eine in Luxemburg ansässige ordentlich besteuerte Holding (LuxCo) eine inländische Kapitalgesellschaft (SwissCo).

LuxCo unterhält in Luxemburg keinerlei personelle Substanz und verfügt über ein einziges Aktivum: die Anteile an der SwissCo. Die Bilanz von LuxCo weist einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % aus.

Da LuxCo weder über personelle noch über funktionelle Substanz verfügt, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an LuxCo praxisgemäss vollumfänglich verweigert.

Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Holding im Ansässigkeitsstaat über personelle oder funktionelle Substanz verfügen würde. Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn die Holding eine eigentliche Holdingfunktion wahrnehmen würde und neben der Beteiligung an der inländischen Gesellschaft noch mindestens eine weitere (substanzielle) Beteiligung an einer im Ausland ansässigen Gesellschaft halten würde. In einem solchen Fall würden die Abkommensvorteile gemäss dem zwischen dem Ansässigkeitsstaat der Holding und der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen gewährt.

Beispiel

Eine in Monaco ansässige Person hält über eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo) eine inländische Kapitalgesellschaft (SwissCo). LuxCo verfügt zwar nicht über personelle Substanz in Luxemburg, hält aber eine weitere substanzielle Beteiligung an einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft und weist einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % auf.

Nummehr verfügt LuxCo neben bilanzieller Substanz auch über funktionelle Substanz («internationale Holding»). Somit kann LuxCo (nach Ablauf einer Haltedauer von zwei Jahren) gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen.

5. *Anteilsinhaber in unterschiedlichen Staaten*

Sind an der Holding Anteilsinhaber in Staaten mit unterschiedlicher Rückerstattungssituation beteiligt, stellen sich weitere Fragen. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Anteilsinhaber, die im Staat mit der schlechteren Rückerstattungsposition ansässig sind, eine Mehrheitsbeteiligung an der Holding haben oder nicht.

Beispiel

Eine in Monaco ansässige natürliche Person und eine in Deutschland ansässige natürliche Person sind zu je 50 % (Variante: im Verhältnis 60 % zu 40 %) an einer in Luxemburg ansässigen Holding (LuxCo) beteiligt, die eine inländische Gesellschaft (SwissCo) hält. LuxCo verfügt über einen Eigenfinanzierungsgrad von 30 %, aber weder über funktionelle noch personelle Substanz.

Da LuxCo nicht von der in Monaco ansässigen Person beherrscht wird, genügt in casu bloss bilanzielle Substanz. LuxCo ist nach Ablauf der Haltedauer von zwei Jahren nach Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt.

Ist die in Monaco ansässige Person hingegen mit 60 % an LuxCo berechtigt (*Variante*), genügt bloss bilanzielle Substanz nicht mehr. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an LuxCo bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens kann unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs (*Treaty Shopping* und *Rule Shopping*) verweigert werden. Da der in Deutschland ansässige 40 %-Anteilhaber aber bis zum Residualsatz von 15 % gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D rückerstattungsberechtigt wäre, wenn er SwissCo direkt halten würde, wäre eine Rückerstattung im Umfang von 40 % und bis zum Residualsatz von 15 % (d.h. Rückerstattung im Umfang von 8 % auf eine Residualsteuer von 27 %) denkbar. Im Umfang von 8 % liegt nämlich weder ein *Treaty Shopping* noch ein *Rule Shopping* vor, da der 40 %-Aktionär von LuxCo im Fall einer direkt gehaltenen 40 %-Beteiligung an SwissCo bis zum Residualsatz von 15 % rückerstattungsberechtigt wäre.

52 Ist der Mehrheitsaktionär in einem DBA-Staat ohne Nullsatz-DBA ansässig, gilt das unter N 42 ff. Ausgeführte. Mithin wird der Holding die Rückerstattung bis zum Residualsatz für qualifizierte Beteiligungen gewährt.

53 Beispiel

An der in Luxemburg ansässigen Holding (LuxCo) sind zu 70 % eine in den Vereinigten Staaten ansässige Person und zu 30 % eine in Deutschland ansässige Person beteiligt. LuxCo verfügt über einen Eigenfinanzierungsgrad von 30 %, aber weder über funktionelle noch personelle Substanz.

Da LuxCo nicht von der in den Vereinigten Staaten ansässigen Person beherrscht wird, genügt in casu bloss bilanzielle Substanz nicht. LuxCo ist auch nach Ablauf der Haltedauer von zwei Jahren gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, sondern bloss bis zum Residualsatz von 5 % gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-USA. LuxCo ist mithin in dem Umfang zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, wie es eine in den USA (d.h. im Ansässigkeitsstaat des Mehrheitsaktionärs) ansässige Holding wäre.

6. Wohnsitzwechsel des Anteilhabers

54 Entscheidend für die Prüfung der Rückerstattungsberechtigung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit. Hat sich die Rückerstattungssituation des Anteilhabers durch seinen Wohnsitzwechsel z.B. von einem Nullsatz-DBA in einen Staat ohne Nullsatz-DBA verschlechtert, wird ihm kein «Step-up» gewährt. Die Holding wird so behandelt, wie wenn der Anteilhaber schon immer im Staat ohne Nullsatz-DBA ansässig gewesen wäre.

55 Eine entsprechende Bestätigung der Abkommensberechtigung im Rahmen eines Rulings vermittelt keinen Vertrauensschutz für nach Wohnsitzwechsel fällig gewordene Dividenden der inländischen Gesellschaft, da eine wesentliche Änderung im Sachverhalt vorliegt. In den neueren Rulingbestätigungen der ESTV

wird deshalb explizit darauf hingewiesen, dass die ESTV über Änderungen der Aktionärs- oder Beteiligungsverhältnisse zu informieren ist. Dasselbe gilt aber auch für (ältere) Rulings, die keinen solchen Vorbehalt kennen. Auch ein bewilligtes Formular 823B oder 823C vermittelt in diesem Fall keinen Vertrauensschutz.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo) hält seit dem Jahr 1995 eine inländische Gesellschaft (SwissCo). Der Anteilhaber von LuxCo ist im Jahr 2018 nach Monaco umgezogen. Vorher war er in der Schweiz ansässig. LuxCo verfügt bloss über bilanzielle Substanz, aber weder über funktionelle noch personelle Substanz. SwissCo schüttet im Jahr 2022 eine Dividende an LuxCo aus.

Auf der 2022 von SwissCo an LuxCo ausgeschütteten Dividenden wird die Rückerstattung verweigert, da LuxCo weder über funktionelle noch über personelle Substanz verfügt.

Analoges gilt für den Fall, dass der Aktionär der Holding seinen Wohnsitz von einem Staat, der kein Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz hat, in einen Nullsatz-DBA-Staat verlegt. Auch hier ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit abzustellen. Im Gegensatz zur Wohnsitzverlegung des Aktionärs der inländischen Gesellschaft zwischen zwei ausländischen Staaten, der potenziell als Anwendungsfall der Altreservenpraxis anzusehen ist (vgl. § 25 N 8 f.), liegt hier ein Fall vor, der analog zur Schaffung von Substanz bei der Dividendenempfängerin (hier: der Holding) anzusehen ist. Auch dort ist nämlich auf die im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit geschaffene Substanz abzustellen. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn die Wohnsitznahme des Anteilhabers im Nullsatz-DBA-Staat nicht nachhaltig wäre.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo) hält seit dem Jahr 1995 eine inländische Gesellschaft (SwissCo). Der Anteilhaber von LuxCo ist im April 2022 nach Deutschland gezogen. Vorher war er in Monaco ansässig. LuxCo verfügt bloss über bilanzielle Substanz, aber weder über funktionelle noch personelle Substanz. SwissCo schüttet im Mai 2022 eine Dividende an LuxCo aus.

Auf der 2022 von SwissCo an LuxCo ausgeschütteten Dividende kann das Meldeverfahren angewendet werden. Wenn die Wohnsitznahme des Anteilhabers in Deutschland aber nicht nachhaltig ist und der kurz darauf in einen Staat ohne Nullsatz-DBA umzieht, kann die ESTV die Verrechnungssteuer nachträglich erheben.

VII. Akquisitionsgesellschaften von Fonds

Wird eine inländische Gesellschaft von einem Fonds (z.B. einen Private Equity Fonds) über eine in einem DBA-Staat ansässige Akquisitionsgesellschaft (Holding) gehalten, präsentiert sich die Situation grundsätzlich ähnlich wie bei einer

in einem Nicht-DBA-Staat ansässigen Person (vgl. dazu vorn N 45 ff.). Der Fonds ist nämlich praktisch nie zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt. Und der Nachweis, dass es sich bei den Investoren des Fonds vorwiegend um zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Investoren handelt, kann häufig nicht erbracht werden¹².

- 60 In einem solchen Fall genügt deshalb bloss bilanzielle Substanz für die Abkommensberechtigung der Akquisitionsgesellschaft i.d.R. nicht. Die Holding muss vielmehr entweder über funktionelle oder personelle Substanz im Ansässigkeitsstaat verfügen.
- 61 Mit Bezug auf die erforderliche personelle Substanz einer Akquisitionsgesellschaft eines Private Equity Fonds ist gemäss Praxis der ESTV regelmässig erforderlich, dass im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft Personen, die nicht bloss Hilfspersonen sind, tätig sind (z.B. die mit dem Management der schweizerischen Gesellschaft betrauten Personen). Diese müssen aber nicht zwingend in der Akquisitionsgesellschaft selbst angestellt sein, sondern können auch z.B. in einer im gleichen Staat ansässigen Managementgesellschaft angestellt sein. Der Umstand, dass das Investment Committee seine Entscheidungen im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft fällt, genügt hingegen nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass das day-to-day Management der inländischen Beteiligungen im Ansässigkeitsstaat der Akquisitionsgesellschaft angesiedelt ist.

62 Beispiel

Ein Private Equity Fonds hält eine inländische Beteiligung (SwissCo) über eine in Luxemburg ansässige Akquisitionsgesellschaft (LuxCo). LuxCo hat einen Eigenfinanzierungsgrad von 100 %.

Damit LuxCo zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt ist, müsste in Luxemburg noch entweder personelle oder funktionelle Substanz vorhanden sein. Damit LuxCo personelle Substanz hat, müsste z.B. eine mit ihr verbundene Advisory Gesellschaft, die sich um SwissCo kümmert, in Luxemburg angesiedelt sein. Ist dies der Fall, verfügt LuxCo selbst dann über hinreichend personelle Substanz, wenn sie selbst keine Leute beschäftigt. In diesem Fall kann LuxCo gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX (nach Ablauf der Haltedauer von zwei Jahren; vgl. dazu vorn § 19 N 81 ff.) die volle Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen bzw. das Meldeverfahren zur Anwendung bringen. Der Umstand, dass die Verweigerung von Abkommensvorteilen gemäss dem in Art. 28a Abs. 1 DBA-LUX enthaltenen Hauptzwecktest (principle purpose test) u.U. zulässig wäre, spielt keine Rolle, da bereits nach unilateralem Recht kein Fall des Abkommensmissbrauchs vorliegt (vgl. dazu vorn N 7 ff.).

VIII. Problematik von Convertern

Ein Fall des *Rule Shoppings* (und somit des Abkommensmissbrauchs) kann auch bei einem sog. Converter vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn Streubesitz an inländischen Aktien durch eine (mit Bezug auf Streubesitz nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete) ausländische Gesellschaft über eine inländische Holding gehalten wird. Dadurch werden Portfoliobeteiligungen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. b OECD-MA durch eine potenziell missbräuchliche Gestaltung in eine qualifizierte Beteiligung i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA «konvertiert».

In einem solchen Fall wird der inländischen Holding gemäss Praxis der ESTV die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur gemäss dem Portfoliosatz im Doppelbesteuerungsabkommen des Ansässigkeitsstaats ihrer Muttergesellschaft und der Schweiz gewährt¹³. Etwas anderes gilt aber immer dann, wenn die inländische Holding neben der Converter-Funktion noch sonstige Funktionen hat.

Beispiel

Eine von einer in Deutschland ansässigen natürlichen Person gehaltene in Deutschland ansässige Gesellschaft (HoldCo) hält über eine inländische Gesellschaft (SwissCo) zahlreiche Portfoliobeteiligungen an inländischen SMI-Titeln. SwissCo hat keine Beteiligungen und auch keine Angestellten.

SwissCo ist als im Inland ansässige Gesellschaft grundsätzlich zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. HoldCo wäre mit Bezug auf die Portfoliobeteiligungen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c DBA-D zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz von 15 % beteiligt. SwissCo ihrerseits kann gestützt auf Art. 24 Abs. 2 VStG grundsätzlich die vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den von ihr vereinnahmten Dividenden verlangen. An Ausschüttungen von SwissCo ist HoldCo aber (nach Ablauf der Haltedauer von einem Jahr) gemäss Art. 10 Abs. 3 DBA-D grundsätzlich zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Da SwissCo im vorliegenden Fall aber bloss die Funktion eines «Converters» hat, wird SwissCo die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur bis zum Residualsatz von 15 % gewährt, da ein Fall des «*Rule Shoppings*» vorliegt.

IX. Verfahrensrechtliche Aspekte

Die Frage nach der Höhe der Rückerstattungsberechtigung der Antragstellerin wird der ESTV häufig im Rahmen einer Rulinganfrage zur Beurteilung unterbreitet. Praxisgemäss beurteilt die ESTV aber keine Rulinganfragen zu bestehenden Strukturen. Die Rulinganfrage muss der ESTV mithin vor Errichtung der Holding oder vor Erwerb bzw. Einbringung der inländischen Beteiligung in die

¹² Vgl. hierzu eingehend OESTERHELT, GesKR 2022, 322 ff., 326.

¹³ Vgl. OESTERHELT/OPEL, EF 2023, 68 ff., 75.

Holding unterbreitet werden. Ein geplanter Wohnsitzwechsel des Anteilnehmers einer bestehenden Holding kann jedoch die Behandlung einer Rulinganfrage durch die ESTV rechtfertigen, weil es sich im relevanten Gesamtkontext eben nicht mehr um eine Anfrage zu einer «bestehenden Struktur» handelt. Eine solche Rulinganfrage ist nicht bei der Abteilung Rückerstattung der ESTV, sondern über die allgemeine Rulingadresse der ESTV einzureichen¹⁴.

- 67 Tritt die ESTV auf eine Rulinganfrage nicht ein, weil diese der ESTV erst nach Umsetzung der Struktur unterbreitet wurde, prüft die ESTV den Sachverhalt im Rückerstattungsverfahren oder bei der Prüfung eines Bewilligungsgesuches zur Durchführung eines Meldeverfahrens (Formular 823B oder Formular 823C). Typischerweise wird einem solchen Gesuch ein Begründungsschreiben beigelegt, das der Beantwortung einer Rulinganfrage nicht unähnlich ist. Ein von der ESTV bestätigtes Formular 823B bzw. Formular 823C vermittelt ebenso Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV im Hinblick auf künftige Ausschüttungen (typischerweise während der nächsten drei Jahre).
- 68 Gemäss Art. 2 Abs. 1 der DBA-Entlastungsverordnung¹⁵ ist eine ausländische Gesellschaft dann wesentlich an einer schweizerischen Gesellschaft beteiligt und somit zur Durchführung des internationalen Meldeverfahrens berechtigt, wenn sie mindestens über die Beteiligung verfügt, die sie nach dem massgebenden Doppelbesteuerungsabkommen zur Beanspruchung einer zusätzlichen oder vollständigen Entlastung von der Verrechnungssteuer berechtigt. Wird einer Holding lediglich eine Entlastung bis zum Residualsatz von 5 % (d.h. dem privilegierten Satz für qualifizierte Beteiligungen gemäss dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Aktionärs der Holding und der Schweiz) gewährt, berechtigt Art. 2 Abs. 1 DBA-Entlastungsverordnung ebenfalls zur Durchführung des Meldeverfahrens¹⁶. Dies trifft auf die Konstellationen zu, in denen der Aktionär in einem Staat ohne Nullsatz-DBA ansässig ist (z.B. USA; vgl. vorn N 42 ff.).
- 69 Die Berufung auf den Vertrauensschutz steht sowohl bei Rulings als auch Bewilligungen zur Durchführung des Meldeverfahrens unter dem Vorbehalt, dass im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit keine relevanten Änderungen im Sachverhalt vorliegen. Die Wohnsitzverlegung des Anteilnehmers an der Holding in einen anderen Staat ist eine relevante Änderung im Sachverhalt. Somit vermittelt ein Ruling bzw. eine Bewilligung zur Durchführung des Meldeverfahrens für nach einer Wohnsitzverlegung des Anteilnehmers der Holding fällig

gewordene Dividenden nur dann Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV, wenn die ESTV vor Dividendenfälligkeit über die beabsichtigte Wohnsitzverlegung informiert wurde.

Beispiel

Eine in Deutschland ansässige Person hält seit dem Jahr 2010 eine in Luxemburg ansässige Holding (LuxCo), die eine inländische Beteiligung (SwissCo) hält. LuxCo verfügt über einen Eigenfinanzierungsgrad von 30 %, aber weder über funktionelle noch personelle Substanz. Am 1. Mai 2020 reicht SwissCo das Formular 823B zur Bewilligung des Meldeverfahrens ein. Die ESTV erteilt am 1. Juni 2020 eine Bewilligung zur Durchführung des Meldeverfahrens für drei Jahre (d.h. bis 1. Juni 2023). Am 15. Juni 2020 schüttet SwissCo eine Dividende an LuxCo aus und macht das Meldeverfahren geltend. Am 1. März 2021 ist der Anteilhaber von Deutschland nach Monaco umgezogen ist, wovon die ESTV nicht informiert wird. Am 1. Mai 2021 schüttet SwissCo eine Dividende aus und möchte das Meldeverfahren geltend machen.

Die ESTV wird die Frage der Abkommensberechtigung nach Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX bei der Prüfung des Formulars 823B klären (auf einen am 1. Mai 2020 eingereichten Rulingantrag zur Feststellung der vollständigen Abkommensberechtigung wäre die ESTV hingegen nicht eingetreten, da es sich um eine bestehende Struktur handelt). Da LuxCo über bilanzielle Substanz verfügt, kann das Formular 823B bewilligt werden. Mit Bezug auf die am 15. Juni 2020 ausgeschüttete Dividende vermittelt das Formular 823B grundsätzlich denselben Vertrauensschutz wie ein Ruling. Dies gilt aber nicht für die am 1. Mai 2021 ausgeschüttete Dividende, da die ESTV nicht über den Umzug des Anteilnehmers nach Monaco informiert wurde und somit das Formular 823B keine Gültigkeit mehr hat. Da LuxCo mangels funktioneller und personeller Substanz nicht zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechtigt ist, kann die ESTV von SwissCo die Ablieferung der Verrechnungssteuer von 35 % (zuzüglich Verzugszins von 5 %) verlangen. Gestützt auf Art. 12 Abs. 1 lit. a VStrR i.V.m. Art. 11 Abs. 2 VStrR kann sie diesen Anspruch bis spätestens 30. Juli 2029 gegenüber SwissCo wie auch LuxCo geltend machen¹⁷.

¹⁴ Vgl. ESTV, Mitteilung 011-DVS-2019 zum formellen Verfahren für Steuervorbereitung/Steuerulings in den Bereichen direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben vom 29. April 2019.

¹⁵ Verordnung vom 22. Dezember 2004 über die Steuerentlastung schweizerischer Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen ausländischer Gesellschaften (SR 672.203).

¹⁶ Gemäss hier vertretener Auffassung könnte ein Anspruch auf Durchführung des Meldeverfahrens auch direkt auf Art. 20 Abs. 2 Satz 2 VStG gestützt werden (vgl. hierzu OESTERHELT/SCHREIBER, EF 2020, 978 ff., 981).

¹⁷ Vgl. OESTERHELT/FRACHEBOUD, Art. 11 VStrR N 22.

§ 25 Altreservenpraxis und stellvertretende Liquidation

STEFAN OESTERHELT

I.	Einleitung	514
II.	Altreservenpraxis	515
	1. Tatbestand	515
	a) Umstrukturierung oder Verkauf	515
	b) Sitzverlegung von juristischen Personen	515
	c) Umzug von natürlichen Personen im Ausland	515
	d) Zuzug von natürlichen Personen in die Schweiz	516
	2. Verbesserung der Rückerstattungssituation	517
	a) Tatsächliche Verbesserung	517
	b) Änderung der Rechtslage	517
	c) Nachträgliche Erfüllung der Haltedauer	519
	d) Verbesserung der Rückerstattungsposition durch Schaffung von Substanz	520
	e) Erlangung der Ansässigkeit	521
	f) Statuswechsel einer kontrollierten liechtensteinischen Familienstiftung ...	521
	g) Kettentransaktion	522
	h) Veräusserungen von Minderheitsaktionären	523
	i) Öffentliches Übernahmeangebot	524
	3. Begriff der Altreserven	526
	a) Praxisfestlegungen der ESTV	526
	b) Nicht betriebsnotwendige Mittel (Aktivtest)	527
	c) Ausschüttungsfähige Reserven (Passivtest)	529
	d) Berücksichtigung von nicht betriebsnotwendigen Mitteln von Konzerngesellschaften	530
	e) Massgebender Zeitpunkt	533
	4. Rechtsfolge	533
	a) Verweigerung der Rückerstattung an Erwerberin	533
	b) Rückerstattung nach Art. 9 AIA-EU	534
	c) First in First Out-Prinzip (FIFO)	535
	d) Keine Heilung der Altreserven durch Zeitablauf	536
	e) Verrechnung mit Verlusten	536
III.	Stellvertretende Liquidation	537
	1. Anwendungsbereich	537
	2. Keine Beschränkung auf Altreserven	537
	3. Asset Deal als wirtschaftliches Ziel der Transaktion	538
	4. Liquidationsabsicht im Zeitpunkt der Übertragung	539
	5. Tatsächliche Verbesserung der Rückerstattungssituation	540
	6. Keine Anwendung bei öffentlichen Übernahmen	541
	7. Keine Anwendung bei Absorption durch Schwestergesellschaft	541
	8. Keine Anwendung der Barausschüttung	541

I. Einleitung

- 1 Ist ein aktueller Anteilsinhaber (Aktionär) nicht oder bloss teilweise zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, kann durch Umstrukturierung oder Drittverkauf die potenzielle residuale Verrechnungssteuer verringert werden. Erweist sich diese Gestaltung als missbräuchlich, kann die ESTV dem neuen inländischen bzw. ausländischen Dividendenempfänger die Rückerstattung der Verrechnungssteuer ganz oder teilweise verweigern. In diesem Zusammenhang wurden von der ESTV sowohl die Altreservenpraxis als auch die Rechtsfiguren der internationalen Transponierung und stellvertretenden Liquidation entwickelt.
- 2 **Beispiel**
Eine inländische Gesellschaft (SwissCo) wird von einer in den USA ansässigen Gesellschaft (USCo) gehalten. USCo bringt SwissCo im Rahmen einer Sacheinlage in eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft (DutchCo) ein. Im Zeitpunkt der Sacheinlage hat SwissCo nicht betriebsnotwendige handelsrechtlich ausschüttungsfähige Mittel («Altreserven») im Umfang von 100 Mio. CHF.
Die ESTV gewährt auf Dividenden von SwissCo an DutchCo die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang der «Altreserven» von 100 Mio. CHF nur bis zum bisherigen Residualsatz von 5 %. Mithin wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens im Umfang von 5 Mio. CHF verweigert.
- 3 Rechtsgrundlage für eine potenzielle Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter Berufung auf die Altreservenpraxis und die stellvertretende Liquidation ist stets der Missbrauchsvorbehalt. Bei einer im Ausland ansässigen Dividendenempfängerin müssen die Voraussetzungen des Abkommensmissbrauchs erfüllt sein¹.
- 4 Ist die Empfängerin der Dividenden bzw. geldwerten Leistung (d.h. die neue Anteilsinhaberin) eine Inländerin, kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 21 Abs. 2 VStG verweigert werden. Dabei ergeben sich im Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 2 VStG keine wesentlichen Unterschiede zum Missbrauchsbegriff im internationalen Verhältnis.

II. Altreservenpraxis

1. Tatbestand

a) Umstrukturierung oder Verkauf

Die Altreservenpraxis kommt immer dann zur Anwendung, wenn durch konzerninterne Umstrukturierung² oder durch einen Verkauf³ die residuale Verrechnungssteuerbelastung auf im Zeitpunkt der Umstrukturierung bereits bestehenden ausschüttbaren, nicht betriebsnotwendigen Mitteln verringert wird.

Der Vorwurf der missbräuchlichen Gestaltung zielt dabei nicht so sehr auf die Umstrukturierung bzw. den Verkauf, sondern vielmehr auf die fehlende Ausschüttung von handelsrechtlich ausschüttungsfähiger nicht betriebsnotwendiger Substanz im Vorhinein. Insofern wird eine Rechtfertigung des Verkaufs bzw. der konzerninternen Umstrukturierung mit «wirtschaftlichen Motiven» praxismässig kaum anerkannt.

b) Sitzverlegung von juristischen Personen

Die Sitzverlegung einer juristischen Person, die eine Mehrheitsbeteiligung einer inländischen Kapitalgesellschaft hält, stellt einen Anwendungsfall der Altreservenpraxis dar, wenn dadurch die residuale Verrechnungssteuerbelastung kleiner wird (z.B. durch eine Sitzverlegung in einen Staat, mit dem die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen mit einem Nullsatz abgeschlossen hat). Etwas anderes gilt hingegen u.U. bei einer Sitzverlegung einer juristischen Person in die Schweiz, da – analog zum Zuzug einer natürlichen Person (vgl. dazu N 10 ff.) – die Verrechnungssteuer ihren Zweck vom Fiskalzweck in einen Sicherungszweck wandelt.

c) Umzug von natürlichen Personen im Ausland

Der Umzug von natürlichen Personen kann die Anwendung der Altreservenpraxis nach sich ziehen. Dies ist dann der Fall, wenn eine Person aus einem Nicht-DBA-Staat in einen DBA-Staat umzieht.

² ESTV 29.11.2004; in: Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2 Nr. 36.

³ ESTV, 12.3.2008, in: Die Praxis der Bundessteuern, Art. 21 Abs. 2 VStG Nr. 32 (Verkauf an Dritten).

¹ Vgl. dazu vorn § 24 N 10 ff.

9 **Beispiel**

Eine in Monaco wohnhafte Person ist Alleinaktionärin einer schweizerischen Gesellschaft (SwissCo), die über Altreserven von 4 Mio. CHF verfügt. Sie zieht nach Frankreich um und wird dort unbeschränkt steuerpflichtig.

Auf den Ausschüttungen der 4 Mio. CHF von SwissCo an die nunmehr in Frankreich ansässige Person wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer vollständig verweigert.

d) Zuzug von natürlichen Personen in die Schweiz

- 10 Anders präsentiert sich die Situation bei einer Wohnsitzverlegung einer natürlichen Person vom Ausland ins Inland. Hier rechtfertigt sich die Anwendung der Altreservenpraxis nicht, da zwar einerseits die residuale Verrechnungssteuerbelastung auf Ausschüttungen wegfällt, andererseits aber potenzielle Ausschüttungen neu der Einkommenssteuer unterliegen. Dieser Systemwechsel der Verrechnungssteuer vom Fiskalzweck zum reinen Sicherungszweck ist kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis.

11 **Beispiel**

Eine in Monaco wohnhafte Person ist Alleinaktionärin einer schweizerischen Gesellschaft (SwissCo), die über Altreserven von 4 Mio. CHF verfügt. Sie zieht in die Schweiz um und wird hier unbeschränkt steuerpflichtig.

Der Umzug in die Schweiz führt zu einer Satzverbesserung um 35 %. Da die Verrechnungssteuer mit dem Zuzug in die Schweiz aber vom Fiskalcharakter zum Sicherungscharakter wechselt, ist die Rückerstattung (bzw. Anrechnung an die Einkommenssteuer) der Verrechnungssteuer auf den Ausschüttungen der Altreserven von 4 Mio. CHF vollumfänglich zu gewähren. Bei einem Zuzug nach Wollerau (SZ) führt dies zu einer Besteuerung im Umfang von 12.5 % und zu einer Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von 22.5 %.

- 12 Bei einer residualen Verrechnungssteuerbelastung von 35 % führt dies aufgrund der je nach Kanton deutlich tieferen Einkommenssteuer auf Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen auch bei einer Gesamtbetrachtung von Einkommens- und Verrechnungssteuer zu einer erheblichen Steuerersparnis.
- 12a Eine erhebliche Steuerersparnis kann aber auch dadurch erzielt werden, dass ein Aktionär von einem Hochsteuerkanton in einen Tiefsteuerkanton umzieht und die vormals thesaurierten Gewinne nach Wohnsitznahme im Tiefsteuerkanton ausschüttet. Da auch eine solche Gestaltung nicht als Steuerumgehung angesehen wird, rechtfertigt sich die Anwendung der Altreservenpraxis bei einem Zuzug einer natürlichen Person aus dem Ausland ebenfalls nicht.

2. *Verbesserung der Rückerstattungssituation***a) Tatsächliche Verbesserung**

Die Anwendung der Altreservenpraxis setzt sodann die Verringerung der residualen Verrechnungssteuerbelastung der Reserven der übertragenen bzw. veräusserten Beteiligung voraus. Dies setzt einerseits voraus, dass der übertragende Aktionär nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt war. Dies ist immer dann der Fall, wenn der übertragende Aktionär in einem Staat ansässig ist, mit dem die Schweiz kein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, welches das Besteuerungsrecht auf Dividenden ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist oder dieser die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt (z.B. weil er die hierzu erforderliche Beteiligungsquote nicht erreicht).

b) Änderung der Rechtslage

Eine Verbesserung der Rückerstattungsposition kann nicht nur durch eine Umstrukturierung oder einen Verkauf bewirkt werden, sondern u.U. auch durch eine Änderung der Rechtslage. Der typische Fall ist das Inkrafttreten eines neuen Doppelbesteuerungsabkommens, das eine tiefere residuale Verrechnungssteuerbelastung vorsieht.

Die ESTV hat diesbezüglich in ihrer Praxisfestlegung vom 29.11.2004 klargestellt, dass die Verbesserung der Rückerstattungssituation durch Rechtsänderung nicht zur Anwendung der Altreservenpraxis führt⁴.

Die Praxisfestlegung der ESTV ist sachgerecht. Der Verzicht auf Ausschüttungen von Dividenden im Hinblick auf eine sich abzeichnende Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens kann nicht als Abkommensmissbrauch angesehen werden. Es ist vielmehr der Entscheidungsfreiheit der Parteien überlassen, in welchem Umfang diese Erträge als Dividenden ausschütten. Ein Ausschüttungsgebot – wie es bspw. im Missbrauchsbeschluss (BRB 62) enthalten ist oder mit Bezug auf Steuersicherungsmaßnahmen statuiert wird⁵ – gilt es mit Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht zu beachten.

⁴ ESTV 29.11.2004; in: Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2 Nr. 36: «Ergänzend wird festgehalten, dass die Änderung des Satzes der residualen Verrechnungssteuer in einem Doppelbesteuerungsabkommen ohne Zutun des Antragstellers grundsätzlich nicht zu einer Abrechnung im vorn erwähnten Sinne führen kann.»

⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 1 VStV.

17 **Beispiel**

Seit bekannt wurde, dass die Schweiz mit Liechtenstein Verhandlungen über den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens aufnehmen will, verzichtet die von einer liechtensteinischen Kapitalgesellschaft (FLCo) gehaltene Liquidität wird der Muttergesellschaft auf dem Weg von Darlehen der Tochtergesellschaft zur Verfügung gestellt. Im Jahre 2017, d.h. nach Inkrafttreten des DBA-FL, werden die thesaurierten Gewinne (inkl. der Aktivdarlehen der Tochtergesellschaft) vollumfänglich ausgeschüttet.

Die Altreservenpraxis ist nicht anzuwenden, da das Beteiligungsverhältnis nicht hergestellt wurde, um Abkommensvorteile in Anspruch zu nehmen. Ein Gebot des «angemessenen Ausschüttungsverhaltens» gilt es mit Bezug auf die Altreservenpraxis nicht zu beachten. Würde dagegen bereits die Gewährung von Darlehen durch die Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft als verrechnungssteuerpflichtige Ausschüttung qualifiziert (was bloss in Ausnahmefällen [wie z.B. bei einem simulierten Darlehen] gegeben ist), würde dies zu einer vorgezogenen Verrechnungssteuerpflicht führen. Ist dies nicht der Fall, liegt auch kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis vor.

- 18 Das Inkrafttreten eines Doppelbesteuerungsabkommens sollte grundsätzlich auch Auswirkungen auf den Umfang der Altreservenpraxis von bereits veräusserten Beteiligungen haben. Die Altreserven sind m.a.W. nicht im Zeitpunkt der Umstrukturierung oder der Veräusserung der Beteiligung fixiert. Vielmehr können diese auch von einer späteren Verbesserung der Rückerstattungssituation profitieren, soweit sie noch nicht ausgeschüttet wurden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Steuerumgehung, wonach es neben dem subjektiven Element (Umgehungsabsicht) auch das objektive Element der tatsächlichen Steuerersparnis braucht. Als Vergleichspaar muss die Rückerstattungssituation einer Gesellschaft im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit dienen, die nicht durch Verkauf oder Umstrukturierung in eine günstigere Rückerstattungssituation gebracht worden wäre. Wäre diese im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt, fehlt es an der durch den Verkauf oder die Umstrukturierung bewirkten tatsächlichen Steuerersparnis. Dies gilt zumindest mit Bezug auf die Anwendung der Altreservenpraxis bei konzern-internen Umstrukturierungen. Dass die Verbesserung der Rückerstattungssituation im Zeitpunkt der Umstrukturierung u.U. noch nicht bekannt war, spielt keine Rolle, da das objektive Element der Steuerumgehung kumulativ zum subjektiven Element erfüllt werden muss. Ob dies auch für die Anwendung der Altreservenpraxis bei einem Verkauf gilt, ist hingegen etwas weniger klar.

19 **Beispiel**

Eine in den USA ansässige Gesellschaft (USCo) bringt im Jahr 2022 ihre Schweizer Tochtergesellschaft (SwissCo) in eine niederländische Zwischenholding (DutchCo) ein. Im Zeitpunkt der Übertragung verfügt SwissCo über Altreserven im Umfang von 100 Mio. CHF. Am 1.1.2025 tritt ein neues Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA in Kraft, welches das Besteuerungsrecht für Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat zuweist (Nullsatz). Im Jahr 202X schüttet SwissCo (erstmalig) eine Dividende von 100 Mio. CHF aus.

Im Zeitpunkt der Übertragung ist USCo bloss zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer bis zum Residualsatz von 5 % berechtigt, sodass die Rückerstattung grundsätzlich im Umfang von 5 % zu verweigern wäre. Die Altreservenpraxis ist aber nicht anzuwenden, da USCo seit dem 1.1.2025 zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt wäre und die Umstrukturierung somit (mit Bezug auf die im Jahr 2025 entrichtete Dividende) nicht zu einer effektiven Verbesserung der Rückerstattungsposition geführt hat.

c) **Nachträgliche Erfüllung der Haltedauer**

Die Schweiz hat eine Reihe von Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen, welche die vollständige Gewährung der Rückerstattung davon abhängig machen, dass eine Haltedauer (typischerweise von einem Jahr oder von zwei Jahren) erfüllt wird. Wird die Beteiligung vor Ablauf der Haltedauer veräussert, wäre die veräussernde Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt gewesen. Da es im Rahmen der Altreservenpraxis aber um die Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin und somit um die Beurteilung eines hypothetischen Sachverhalts geht («wie wäre die Rückerstattungssituation, wenn die Veräusserung oder Umstrukturierung nicht stattgefunden hätte?»), kann die Haltedauer mit Blick auf die Altreservenpraxis auch nachträglich erfüllt werden.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo) veräusserte am 1.6.2020 eine schweizerische Kapitalgesellschaft (SwissCo), die sie am 1.6.2019 erworben hat, an eine in der Schweiz ansässige Kapitalgesellschaft (HoldCo). Im Zeitpunkt der Veräusserung verfügt SwissCo über Altreserven im Umfang von 2 Mio. CHF. Am 15.6.2020 schüttet SwissCo (erstmalig) eine Dividende von 2 Mio. CHF aus. SwissCo wird von der Schweizer Erwerberin im Jahre 2022 weiterveräussert.

Die Ausschüttung der Dividende am 15.6.2020 erfolgt nunmehr vor Ablauf von zwei Jahren seit Erwerb der Beteiligung durch LuxCo. Im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit ist somit die Altreservenpraxis im Umfang von 5 % anzuwenden. HoldCo muss somit 100 000 CHF Verrechnungssteuer an die ESTV abliefern und kann das Meldeverfahren nur im Umfang von 600 000 CHF beanspruchen. Da gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA-LUX aber die sog. Denkvit-Praxis anzuwenden ist, gilt die Haltedauer am 1.6.2021 als nachträglich erfüllt und LuxCo hätte zu diesem Zeitpunkt eigentlich die Rückerstattung der Verrechnungssteuer von 100 000 CHF beantragen können. Die ESTV wendet im Rahmen der Altreservenpraxis die Denkvit-Praxis aber grundsätzlich nicht an und verweigert die nachträgliche Rückerstattung der Verrechnungssteuer von 100 000 CHF.

d) Verbesserung der Rückerstattungsposition durch Schaffung von Substanz

22 Die Frage der Rückerstattungsberechtigung des Erwerbers ist nach den Umständen im Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit zu beurteilen. Der Umstand, dass der Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung noch nicht über ausreichend Substanz verfügt, die den Erwerber zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigen würde, ist diesbezüglich grundsätzlich unbeachtlich. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Substanz im Hinblick auf eine Dividendenausschüttung bloss kurzfristig geschaffen und anschliessend wieder abgebaut würde.

22a Beispiel

Eine in der Schweiz ansässige Kapitalgesellschaft veräusserte im Jahr 2020 eine schweizerische Kapitalgesellschaft (SwissCo) an eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo). Im Zeitpunkt der Veräusserung verfügt SwissCo über ausschüttungsfähige, nicht betriebsnotwendige Mittel im Umfang von 1 Mio. CHF. LuxCo verfügt im Erwerbszeitpunkt weder über hinreichende bilanzielle Substanz (Fremdkapitalisierungsgrad von 99 %), funktionelle Substanz, noch verfügt sie über die für die Rückerstattungsberechtigung erforderliche personelle Substanz. Diese wird erst über die folgenden Jahre geschaffen. Als SwissCo im Jahr 2021 (erstmals) eine Dividende ausschüttet, verfügt LuxCo über einen Eigenkapitalisierungsgrad von 30 % sowie über die notwendige personelle Substanz und gilt daher gemäss Praxis ESTV als abkommensberechtigigt.

Es erfolgt keine Anwendung einer analogen «Altreservenpraxis». Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer wird vollumfänglich gewährt. Da die Substanz langsam aufgebaut wurde und auch nach Dividendenfälligkeit beibehalten wurde, liegt kein Fall vor, bei dem die Substanz bloss künstlich im Hinblick auf die Ausschüttung einer Substanzdividende aufgebaut und sogleich wieder abgebaut wurde.

23 Die Schaffung wie auch der Abbau von Substanz durch die veräussernde Gesellschaft nach der Veräusserung hat dagegen keinen Einfluss auf die Anwendung der Altreservenpraxis.

24 Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo) veräussert im Jahr 2016 eine schweizerische Kapitalgesellschaft (SwissCo) an eine in der Schweiz ansässige Kapitalgesellschaft (HoldCo). Im Zeitpunkt der Veräusserung verfügt SwissCo über Altreserven im Umfang von 1 Mio. CHF. LuxCo verfügt im Verkaufszeitpunkt über die für die Rückerstattungsberechtigung erforderliche bilanzielle Substanz. In den auf die Veräusserung folgenden Jahren wird die Substanz in Luxemburg aber wieder abgebaut. Als SwissCo im Jahr 2021 (erstmals) eine Dividende ausschüttet, verfügt LuxCo weder über die hinreichende bilanzielle Substanz (Fremdkapitalisierungsgrad von 99 %) noch über personelle oder funktionelle Substanz und würde daher gemäss Praxis ESTV als nicht abkommensberechtigigt gelten. (Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs mangels Substanz in Luxemburg).

Da LuxCo im Zeitpunkt der Veräusserung grundsätzlich abkommensberechtigigt war, führt der Verkauf nicht zu einer Verringerung der residualen Verrechnungssteuerbelastung auf

den Altreserven von 1 Mio. CHF. Die Altreservenpraxis kommt mithin nicht zur Anwendung. Dass LuxCo nach der Veräusserung Substanz abgebaut hat und somit theoretisch keine Abkommensvorteile mehr in Anspruch nehmen könnte, ändert an diesem Umstand nichts.

Fehlt es der LuxCo im Verkaufszeitpunkt an Substanz und hat die verkaufte Gesellschaft «Altreserven» können diese umgekehrt durch die Schaffung von Substanz bei LuxCo nach Verkaufszeitpunkt nicht «geheilt» werden.

e) Erlangung der Ansässigkeit

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn eine Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat nicht ordentlich besteuert wird und somit keine ansässige Person i.S.v. Art. 4 OECD-MA ist. Wird diese im Ansässigkeitsstaat unbeschränkt steuerpflichtig und somit zu einer «ansässigen Person» nach Art. 4 OECD-MA, ist dies ein Vorgang, der gemäss Praxis der ESTV im Hinblick auf die Altreservenpraxis grundsätzlich mit einer Umstrukturierung gleichgesetzt wird. Mithin kann dies zu einer Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den im Zeitpunkt der Erlangung der Ansässigkeit und somit der Abkommensberechtigung vorhandenen Altreserven führen. U.E. sollte dieser Vorgang aber nur dann zur Anwendung der Altreservenpraxis führen, wenn der Wechsel zur ordentlichen Besteuerung nicht nachhaltig ist. Die ESTV sieht in ihrer Praxis in gewissen Fällen denn auch von der Anwendung der Altreservenpraxis ab, wenn kein «krasser Fall» vorliegt und der Wechsel zur ordentlichen Besteuerung nachhaltig ist.

Beispiel

Eine (nicht kontrollierte) liechtensteinische Familienstiftung ist Alleinaktionärin einer inländischen Gesellschaft (SwissCo). Die Stiftung hat den Status einer Privatvermögensstruktur (PVS) und ist somit keine gemäss Art. 4 Abs. 1 DBA-FL «ansässige Person». Ab 1.1.2021 wird die Stiftung ordentlich besteuert und somit gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. a DBA-FL abkommensberechtigigt. Per 31.12.2020 hat SwissCo Altreserven von 10 Mio. CHF.

Die ESTV verweigert auf der Ausschüttung der Altreserven von 10 Mio. CHF grundsätzlich die Rückerstattung der Verrechnungssteuer vollumfänglich. Ist der Wechsel zur ordentlichen Besteuerung nachhaltig und liegt kein «krasser Fall» vor, sieht die ESTV im Einzelfall von der Anwendung der Altreservenpraxis ab und gewährt die Rückerstattung der Verrechnungssteuer.

f) Statuswechsel einer kontrollierten liechtensteinischen Familienstiftung

Eine liechtensteinische Familienstiftung ist gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. a DBA-FL grundsätzlich zur vollen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt.

Dies gilt aber nur dann, wenn es sich um eine «nicht kontrollierte» Familienstiftung handelt und ihr die Vermögenswerte somit zuzurechnen sind. Handelt es sich dagegen um eine «kontrollierte Familienstiftung», sind die von ihr gehaltenen Vermögenswerte nicht der Stiftung, sondern dem Stifter bzw. den Begünstigten zuzurechnen⁶.

- 27 Wird eine «kontrollierte» zu einer «nicht kontrollierten» Familienstiftung, erlangt diese dadurch die Abkommensberechtigung gemäss Art. 10 Abs. 3 lit. a DBA-FL. Gemäss Praxis der ESTV führt dies i.d.R. dann zur Anwendung der Altreservenpraxis, wenn die Stiftung durch eigenes Zutun (z.B. durch eine Änderung der Statuten) zu einer «nicht kontrollierten» Stiftung wird. Wird die Stiftung dagegen durch äussere Umstände (z.B. dem Ableben des Stifters) zu einer nicht kontrollierten Stiftung, liegt praxisgemäss kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis vor.
- 28 Analog zum Statuswechsel einer kontrollierten liechtensteinischen Familienstiftung ist auch die Umwandlung einer Personengesellschaft mit ausländischem Geschäftsbetrieb (vgl. hierzu § 16 N 29 ff.) in eine Kapitalgesellschaft zu behandeln.

g) Kettentransaktion

- 29 Wird eine Beteiligung mehrfach veräussert oder innerhalb eines Konzerns umgehängt, müssen die Altreserven bei jeder Weiterveräussderung bzw. Umhängung neu bestimmt werden. Ein sachgerechtes Ergebnis kann aber nur dann erzielt werden, wenn bei einer Verschlechterung der Rückerstattungsposition eine Art «bedingtes *Grandfathering*» für den Fall einer nachträglichen Verbesserung der Rückerstattungsposition durch Weiterverkauf gewährt wird.

30 Beispiel

Eine in der Schweiz ansässige Kapitalgesellschaft veräusserte im Jahr 2016 eine schweizerische Kapitalgesellschaft (SwissCo) an eine in den USA ansässige Kapitalgesellschaft (USCo). Im Zeitpunkt der Veräussderung verfügt SwissCo über Altreserven im Umfang von 1 Mio. CHF. Im Jahre 2021 veräussert USCo die Beteiligung an eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft (DutchCo). Zu diesem Zeitpunkt hat SwissCo Altreserven im Umfang von 2 Mio. CHF. Eine Dividende wird erstmals im Jahre 2022 ausgeschüttet.

Die Veräussderung der Beteiligung im Jahre 2021 von USCo an DutchCo führt grundsätzlich zur Fixierung der Altreserven im Umfang der Satzdifférenz von 5 % auf den im Zeitpunkt der Veräussderung vorhandenen ausschüttungsfähigen, nicht betriebsnotwendigen Mitteln (Altreserven von 5 % auf 2 Mio. CHF, d.h. Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von 100 000 CHF). Da aber 1 Mio. CHF bereits einmal von der vollständigen Rückerstattung hätten profitieren können, wäre es sachgerechter, die Anwendung der Altreservenpraxis auf 1 Mio. CHF zu beschränken und somit die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bloss im Umfang von 50 000 CHF zu verweigern. Die Thesaurierung der nicht betriebsnotwendigen Mittel vor der Veräussderung an USCo

⁶ Vgl. hierzu OESTERHELT/OPEL, StR 2020, 2 ff.

kann nämlich nicht als missbräuchlich angesehen werden, da ja diesbezüglich eine vollständige Rückerstattungsbechtigung bestand. In aller Regel dürfte sich die ESTV im Rahmen einer gütlichen Einigung einer solchen Argumentation auch nicht verschliessen.

h) Veräussderungen von Minderheitsaktionären

Das missbräuchliche Vorgehen, das die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der Altreservenpraxis rechtfertigt, ist die Thesaurierung von Gewinnen im Hinblick auf eine spätere Umstrukturierung bzw. einen Verkauf. Dieser Vorwurf kann grundsätzlich nur einem Aktionär gemacht werden, der die Dividendenpolitik der betroffenen Gesellschaft bestimmen kann⁷.

Minderheitsaktionäre können eine Ausschüttung regelmässig nur dann verhindern und somit eine Thesaurierung erzwingen, wenn ein Aktionärbindungsvertrag (ABV) abgeschlossen wurde, der den Minderheitsaktionären eine Sperrminorität mit Bezug auf die Dividendenpolitik der Gesellschaft gibt.

Da bereits ein Aktionär, der über 50 % der Stimmen einer Gesellschaft verfügt, eine Ausschüttung verhindern (und somit eine Thesaurierung erzwingen) kann, gilt dieser mit Bezug auf die Anwendung der Altreservenpraxis bereits als Mehrheitsaktionär.

Nicht erforderlich ist es, dass es einen (zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten) Mehrheitsaktionär gibt. Auch bei einem zersplitterten Aktionariat kommt die Altreservenpraxis grundsätzlich nicht zur Anwendung, wenn mehr als 50 % der Aktionäre zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt sind. Dies gilt selbst dann, wenn die Aktionäre familiär verbunden sind.

Beispiel

Eine inländische Gesellschaft (SwissCo) wird zu je 25 % von vier Geschwistern gehalten, wovon drei in der Schweiz und eines in Monaco ansässig ist. Die Geschwister verkaufen sämtliche Aktien an eine zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigte niederländische Gesellschaft. Die Altreservenpraxis kommt vorliegend nicht zur Anwendung, da eine Mehrheit der Aktionäre zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist.

Anders liegt der Fall immer dann, wenn der Mehrheitsaktionär nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist. In dem Fall ist die schlechtere Rückerstattungsposition der Minderheitsaktionäre zumindest dann zu beachten, wenn die Minderheitsaktionäre gemeinsam mit dem Mehr-

⁷ Vgl. hierzu eingehend OESTERHELT, EF 2022, 244 ff.

heitsaktionär ihre Anteile an einen Dritten mit besserer Rückerstattungsposition veräussern. Veräussern aber nur die Minderheitsaktionäre, liegt kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis vor.

37 **Beispiel**

51 % der Aktien einer Gesellschaft (SwissCo) werden von einer im Inland ansässigen natürlichen Person gehalten. (**Variante:** von einer in Deutschland ansässigen natürlichen Person). Die restlichen 49 % der Aktien werden von einer in Monaco ansässigen natürlichen Person gehalten. SwissCo wird an eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft (LuxCo) veräussert. Da SwissCo die Gewinne jahrelang thesauriert hat, hat sie im Zeitpunkt der Veräusserung erhebliche Altreserven. Ein ABV zwischen den beiden Aktionären, in dem die Dividendenpolitik geregelt wird, gibt es nicht.

Für die 49 % Aktien, die von der in Monaco ansässigen Person gehalten werden, verbessert sich die Rückerstattungsposition durch den Verkauf um 35 %. Da der 49 %-Aktionär aber keinen Einfluss auf die Dividendenpolitik von SwissCo hat, ist die Altreservenpraxis nicht anwendbar.

Ist der Mehrheitsaktionär eine in Deutschland ansässige natürliche Person, ist er bloss bis zum Residualsatz von 15 % zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. In diesem Fall ist im Umfang von 51 % auf den im Zeitpunkt des Verkaufs oder der Umstrukturierung vorhandenen Altreserven die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang der Satzverbesserung zu verweigern. Bei Altreserven von z.B. 1 Mio. CHF wird somit die Rückerstattung der Verrechnungssteuer i.H.v. 76 500 CHF (15 % von 510 000 CHF) verwehrt. Veräussern aber nur die Minderheitsaktionäre, nicht aber der Mehrheitsaktionär, liegt kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis vor.

38 Veräussert dagegen ein nicht (oder nicht voll) rückerstattungsberechtigter Minderheitsaktionär an einen ebenfalls nicht zur vollen Rückerstattung berechtigten Mehrheitsaktionär, ist dies grundsätzlich noch kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis. Anders präsentiert sich der Fall aber dann, wenn der Mehrheitsaktionär selbst nicht über die Mittel für den Kauf verfügt und diese durch eine zeitnahe Ausschüttung aus der erworbenen Beteiligung finanziert.

39 **Beispiel**

70 % der Aktien von SwissCo werden von einer in den USA ansässigen juristischen Person gehalten. Die restlichen 30 % der Aktien werden von drei in Monaco ansässigen natürlichen Personen gehalten. Der Mehrheitsaktionär erwirbt die 30 % von den Minderheitsaktionären. Dies stellt grundsätzlich noch kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis dar. Anders präsentiert sich der Fall aber dann, wenn der Mehrheitsaktionär den Kaufpreis durch ein Verkäuferdarlehen (oder ein Bankdarlehen) finanziert und dieses durch eine Substanzdividende aus SwissCo amortisiert.

i) Öffentliches Übernahmeangebot

40 Grundsätzlich nicht erfasst von der Altreservenpraxis werden Verkäufe im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots. Dies ist auch konsequent, da die Aktionäre von Publikumsgesellschaften regelmässig nicht in der Lage sind,

die Dividendenpolitik der Gesellschaft hinreichend zu bestimmen, um aus rein steuerlichen Motiven Erträge zu thesaurieren. Somit kommt die Anwendung der Altreservenpraxis bei einer öffentlichen Übernahme (Barangebot) auch bei Aktionären mit einer (meldepflichtigen) Beteiligung von mehr als 3 % nur in absoluten Ausnahmekonstellationen zur Anwendung.

Dies gilt gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich selbst dann, wenn die Aktionäre der übernommenen inländischen Gesellschaft nach der Übernahme keine Mehrheit an der übernommenen Gesellschaft halten, es sich mithin nicht um einen Reverse Takeover handelt. 41

Anders verhält sich die Situation bei einem Aktientausch (Share Offer). Hier kommt es gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich zur Anwendung der Altreservenpraxis⁸. 42

Beispiel 43

Ein inländischer börsenkotierter Konzern (SwissCo) möchte den Sitz der Topgesellschaft nach Irland verlegen. Zu diesem Zweck wird in Irland eine neue Holding (NewCo) gegründet, die ein öffentliches Übernahmeangebot für die Aktien von SwissCo macht, wobei es zu einem reinen Aktientausch kommt.

Im Hinblick auf die Altreservenpraxis wird dieser Vorgang gleichwie eine konzerninterne Umstrukturierung (Sacheinlage von SwissCo in NewCo) behandelt. Somit ist auf den im Zeitpunkt der öffentlichen Übernahme bei SwissCo vorhandenen Altreserven die Altreservenpraxis anzuwenden.

Da es sich bei SwissCo um eine Publikumsgesellschaft handelt, stellt sich die Frage, welcher Residualsatz anwendbar ist. Mit Bezug auf Aktionäre, welche die Meldeschwelle von 3 % nicht erreichen, ist die steuerliche Ansässigkeit aber schwierig zu ermitteln. Die ESTV wird für alle Aktionäre, bei denen die Ansässigkeit unklar ist, grundsätzlich eine Residualbelastung von 35 % vermuten. Wenn die durchschnittliche Rückerstattungssituation der Publikumsaktionäre plausibel dargelegt werden kann, ist im Einzelfall auch ein tieferer Residualsatz denkbar.

Analoges gilt für die öffentliche Übernahme mit einem gemischten Bar-/Tauschangebot. 44

Beispiel 45

Eine in Irland ansässige börsenkotierte Gesellschaft (IrishCo) möchte den in der Schweiz ansässigen börsenkotierten X-Konzern (SwissCo) im Rahmen einer öffentlichen Übernahme durch gemischtes Bar-/Tauschangebot übernehmen. Die Aktienkomponente beträgt 30 % des Angebotspreises.

Auch dies wird von der ESTV als Anwendungsfall der Altreservenpraxis angesehen. Sind die Aktionäre von SwissCo nach dem Aktientausch aber mit weniger als 50 % an IrishCo beteiligt, sieht die ESTV u.U. von der Anwendung der Altreservenpraxis ab, wenn SwissCo in den Jahren vor der Übernahme ihre Gewinne regelmässig zu einem Grossteil als Dividenden an die Aktionäre ausgeschüttet hat und somit keine verpönte Gewinnthesaurierung vorliegt.

⁸ Vgl. OESTERHELT, GesKR 2021, 89 ff., 98 ff.

3. Begriff der Altreserven

a) Praxisfestlegungen der ESTV

- 46 In der Praxisfestlegung der ESTV vom 29.11.2004 werden Altreserven als im Zeitpunkt der Umstrukturierung vorhandene «ausschüttbare und nicht eindeutig betriebsnotwendige Mittel» definiert⁹. In der Praxisfestlegung vom 12.3.2008 definiert die ESTV die Altreserven als im Zeitpunkt des Verkaufs vorhandene «ausschüttungsfähige, nicht-betriebsnotwendige liquide Mittel»¹⁰.
- 47 Die unterschiedliche Formulierung ist jedoch ohne praktische Konsequenz. Da der Begriff der «nicht betriebsnotwendigen» Mittel ein Ausfluss des subjektiven Kriteriums der Steuerumgehung ist, wäre es nicht zulässig, hier allzu hohe Anforderungen zu stellen und sämtliche Mittel, die nicht «eindeutig betriebsnotwendig» sind, als potenzielle Altreserven anzusehen. Umgekehrt handelt es sich bei den «nicht betriebsnotwendigen» Mitteln begriffsnotwendig in aller Regel um liquide Mittel (d.h. Mittel, die zur Erfüllung des betrieblichen Zwecks der Gesellschaft nicht benötigt werden)¹¹, sodass sich diese Ergänzung dem Sinngehalt der Bestimmung nicht weiter erschliesst.
- 48 Der Begriff der «Altreserven» ist somit für die beiden Tatbestände «Umstrukturierung» und «Veräusserung» analog zu verwenden und umfasst sämtliche «(handelsrechtlich) ausschüttungsfähige, nicht betriebsnotwendigen Mittel».
- 49 Mithin setzt sich der Begriff der Altreserven aus zwei kumulativ zu erfüllenden Tests zusammen:
- *Passivtest*: Handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven (vgl. dazu hinten N 61 ff.)
 - *Aktivtest*: Nicht betriebsnotwendige Mittel (vgl. dazu hinten N 51 ff.)
- 50 Nicht betriebsnotwendige Mittel sind somit nur in dem Umfang potenzielle «Altreserven», als diese handelsrechtlich ausschüttungsfähig sind.

⁹ ESTV, 29.11.2004, in: Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2 Nr. 36.

¹⁰ ESTV, 12.3.2008, in: Die Praxis der Bundessteuern, Art. 21 Abs. 2 VStG Nr. 32; ähnlich auch die vom Bundesverwaltungsgericht verwendete Begrifflichkeit, das von «flüssigen Mittel, die nicht betriebsnotwendig gewesen wären», spricht (BVGer, 7.7.2016, A-653/2016, E. 6.5).

¹¹ Vgl. dazu hinten N 51.

b) Nicht betriebsnotwendige Mittel (Aktivtest)

Nicht betriebsnotwendig sind diejenigen Mittel, die zur Erfüllung des betrieblichen Zwecks der Gesellschaft nicht benötigt werden. Dabei ist auf den Verkehrswert dieser Mittel abzustellen. Im Gegensatz zum – aufgrund des juristischen Regelwerks des Handelsrechts relativ scharf umrissenen – Begriff der «ausschüttungsfähigen Reserven» ist der (betriebswirtschaftlich geprägte) Begriff der «nicht betriebsnotwendigen Mittel» naturgemäss viel weniger scharf definiert. Die Frage, inwiefern gewisse Mittel für die Erfüllung des betrieblichen Zwecks nicht benötigt werden, kann nicht aufgrund rein objektiver Kriterien beurteilt werden. Vielmehr gilt es, auch die subjektive Komponente der für die Gesellschaft agierenden Personen zu berücksichtigen. Diese Unschärfe ist durchaus beabsichtigt, da nur so den für die Anwendung der Steuerumgehung notwendigen subjektiven Umständen Rechnung getragen werden kann. Ein rein verobjektivierter Test, der bspw. bloss auf den Passivtest abstellen würde, wäre vor dem Hintergrund von Art. 21 Abs. 2 VStG bzw. dem ungeschriebenen Abkommensmissbrauch schwer zu rechtfertigen.

Der dadurch entstehende Graubereich ergibt naturgemäss auch Argumentationsspielraum für den Steuerpflichtigen. Dabei empfiehlt es sich, den Umfang der Altreserven vor dem Verkauf bzw. der Umstrukturierung mit der ESTV im Rahmen eines Steuerrulings zu definieren.

Die diesbezüglichen Diskussionen drehen sich regelmässig um die Frage, welche Liquiditätsreserve von der ESTV als «betriebsnotwendig» erachtet wird. Dabei stellt die ESTV auf die Entwicklung der liquiden Mittel in der Vergangenheit (z.B. in den letzten drei Geschäftsjahren) oder aber auf einen Finanzplan für die Zukunft ab. Bei Liquiditätsreserven, die bspw. für zukünftige Investitionen geltend gemacht werden, achtet die ESTV darauf, ob für die Investitionen bereits konkrete Pläne (z.B. Absichtserklärungen, Vorverträge etc.) vorliegen.

Neben Barmitteln können auch Kapitalanlagen (z.B. Wertschriften oder Kapitalanlageliegenschaften) nicht betriebsnotwendige Mittel darstellen. Stille Reserven auf solchen Kapitalanlagen sind für die Bestimmung der nicht betriebsnotwendigen Mittel (Aktivtest) zu berücksichtigen.

Beispiel

Eine Gesellschaft hält Nestlé-Aktien, die zu historischen Anschaffungskosten von 1.2 Mio. CHF bilanziert sind. Im Zeitpunkt der Umstrukturierung haben diese Aktien einen Börsenwert von 5.3 Mio. CHF Für die Ermittlung der «nicht betriebsnotwendigen Mittel» ist auf den Wert von 5.3 Mio. CHF abzustellen.

Dabei sind die nicht betriebsnotwendigen Mittel der veräusserten Obergesellschaft zu berücksichtigen. Nicht betriebsnotwendige Mittel von (direkt oder indirekt gehaltenen) Konzerngesellschaften sind insoweit zu berücksichtigen, als diese handelsrechtlich ausschüttungsfähig wären (vgl. hierzu hinten N 61 ff.). Bei

ausländischen Gruppengesellschaften werden dabei aus Praktikabilitätsgründen die OR-Regeln analog angewendet. Der Steuerpflichtige kann aber den Nachweis erbringen, dass die nach lokalem Recht handelsrechtlich ausschüttungsfähigen nicht betriebsnotwendigen Reserven kleiner sind.

- 57 Fehlt es aber sowohl auf Stufe der übertragenen Schweizer Gesellschaft als auch auf Stufe ihrer Tochtergesellschaften an nicht betriebsnotwendigen Mitteln, ist eine Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel der Altreservenpraxis nicht zulässig¹². Wenn die grundsätzliche Rückerstattungsberechtigung der neuen Aktionärin nicht infrage steht, ist in einem solchen Fall lediglich die Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel der «internationalen Transponierung» (§ 26) oder der «stellvertretenden Liquidation» (N 100 ff.) denkbar.
- 58 Die so ermittelten nicht betriebsnotwendigen Mittel müssten m.E. um allfällige Kapitaleinlagereserven i.S.v. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG (KER) verringert werden. Dies ergibt sich daraus, dass die betriebsnotwendigen Mittel im Umfang der KER ja ohnehin verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden könnten. Die ESTV ist dagegen der Auffassung, dass KER im Rahmen des Aktivtests grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind, um das Risiko einer doppelten Berücksichtigung der KER zu verhindern. Dieses Risiko besteht natürlich in der Tat, wenn die neue Eigentümerin nicht vollständig rückerstattungsberechtigt ist oder wenn die Beteiligung später an eine nicht vollständig rückerstattungsberechtigte Person weiterveräussert wird. In der Praxis empfiehlt es sich daher in aller Regel, in einem solchen Fall die betriebsnotwendigen Mittel durch eine vorgängige Ausschüttung von KER vor der Veräusserung zu verringern. Die ESTV akzeptiert u.U. die Berücksichtigung der KER beim Aktivtest, wenn die KER unmittelbar nach der Veräusserung bzw. Umstrukturierung ausgeschüttet werden und dies bereits im Zeitpunkt der Veräusserung bzw. Umstrukturierung feststeht.
- 59 **Beispiel**
Die veräusserte Gesellschaft verfügt aktivseitig über nicht betriebsnotwendige Mittel von 700 000 CHF. Passivseitig verfügt die Gesellschaft über ein Aktienkapital von 600 000 CHF, KER von 300 000 CHF sowie übrige Reserven von 800 000 CHF.
Gemäss Praxis der ESTV belaufen sich die nicht betriebsnotwendigen, ausschüttungsfähigen Mittel der Gesellschaft auf 700 000 CHF. Steht bereits im Zeitpunkt des Verkaufs bzw. der Umstrukturierung fest, dass übrige Reserven von 300 000 CHF in gesetzliche Reserven umgebucht werden und die KER zeitnah ausgeschüttet werden, akzeptiert die ESTV die Bemessung der Altreserven mit 400 000 CHF.
- 60 Relevant ist dabei die Beurteilung im Zeitpunkt der Umstrukturierung bzw. des Verkaufs. Es kann durchaus sein, dass Mittel im Zeitpunkt der Umstrukturierung

¹² Vgl. BVGer, 7.7.2016, A-653/2016, E. 6.5.

ung bzw. des Verkaufs betriebsnotwendig waren, aber durch äussere Umstände oder durch eine neue strategische Ausrichtung nicht mehr betriebsnotwendig sind. Dies hat keinen Einfluss auf die im Zeitpunkt der Umstrukturierung bzw. des Verkaufs festgelegten Altreserven.

c) Ausschüttungsfähige Reserven (Passivtest)

Der Umfang der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven (Passivtest) wirkt in zweierlei Hinsicht begrenzend: 61

Schranke 1: Sperrwirkung der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Reserven auf Stufe der übertragenen Obergesellschaft. 62

Schranke 2: Sperrwirkung der handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mittel der direkten und indirekten Gruppengesellschaft für die von diesen Gesellschaften gehaltenen nicht betriebsnotwendigen Mittel. 63

Handelsrechtlich ausschüttungsfähig ist jeweils das (handelsrechtlich ausgewiesene) Eigenkapital der Gesellschaft abzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft (Aktienkapital) sowie der gesetzlichen Reserven im Rahmen der diesbezüglich gesetzlich vorgesehenen Minima. Für eine Holdinggesellschaft gelten somit (unabhängig von der tatsächlichen Höhe der gesetzlichen Reserven) 20 % des Aktienkapitals als nicht ausschüttungsfähig (Art. 671 Abs. 1 und 4 OR), bei allen anderen Gesellschaften beträgt diese Sperrgrösse 50 % des Aktienkapitals (Art. 671 Abs. 3 OR). 64

Beispiel 65

Die veräusserte Gesellschaft (eine Holdinggesellschaft i.S.v. Art. 671 Abs. 4 OR) hat ein AK von 400 000 CHF, gesetzliche Reserven von 500 000 CHF und freie Reserven von 100 000 CHF.

Die Gesellschaft verfügt über handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven in Höhe von 520 000 CHF, da von den gesetzlichen Reserven von 500 000 CHF bloss 80 000 CHF zwingende gesetzliche Reserven sind.

Beispiel 66

Die veräusserte Gesellschaft (keine Holdinggesellschaft i.S.v. Art. 671 Abs. 4 OR) hat ein AK von 400 000 CHF, gesetzliche Reserven von 100 000 CHF und übrige Reserven von 150 000 CHF.

Die Gesellschaft verfügt über handelsrechtlich ausschüttungsfähige Reserven in Höhe von 50 000 CHF, da von den übrigen Reserven von 150 000 CHF für die Zwecke der Altreservenpraxis noch 100 000 CHF in gesetzliche Reserven umqualifiziert werden.

KER werden beim Passivtest nicht in freie Reserven umqualifiziert, da diese ja ohne Abzug der Verrechnungssteuer hätten ausgeschüttet werden können. 67

68 **Beispiel**

Die veräusserte Gesellschaft verfügt über ein Aktienkapital von 400 000 CHF, KER von 600 000 CHF sowie freie Reserven von 250 000 CHF. Aktivseitig verfügt sie über nicht betriebsnotwendige Liquidität in Höhe von 700 000 CHF.

Gemäss Praxis der ESTV belaufen sich die Altreserven der Gesellschaft auf 250 000 CHF.

- 69 Wenn eine Gesellschaft sowohl KER als auch gesetzliche Reserven ausweist, können letztere auch dann für den Passivtest in Abzug gebracht werden, wenn sie zeitlich vor den KER bilanziell ausgewiesen wurden. Wenn die gesetzlichen Reserven aber weniger als 50 % bzw. 20 % des Aktienkapitals betragen, können nur die effektiv ausgewiesenen gesetzlichen Reserven in Abzug gebracht werden.

70 **Beispiel**

Die veräusserte Gesellschaft (keine Holding) verfügt über ein Aktienkapital von 400 000 CHF, KER von 600 000 CHF, gesetzliche Reserven von 100 000 CHF sowie freie Reserven von 250 000 CHF. Aktivseitig verfügt sie über nicht betriebsnotwendige Liquidität in Höhe von 700 000 CHF.

Gemäss Praxis der ESTV belaufen sich die Altreserven auf 250 000 CHF, wenn die gesetzlichen Reserven von 100 000 CHF zeitlich vor den KER verbucht wurden. Ist dies nicht der Fall, belaufen sich die Altreserven auf 350 000 CHF.

- 71 Beim Passivtest wird rein auf die Handelsbilanz abgestellt. Stille Reserven auf Kapitalanlagen sind beim Passivtest nicht zu berücksichtigen.

72 **Beispiel**

Eine Gesellschaft hält Nestlé-Aktien, die zu historischen Anschaffungskosten von 1.2 Mio. CHF bilanziert sind. Die Gesellschaft (Holding) verfügt über ein AK von 100 000 CHF gesetzliche Reserven von 20 000 CHF sowie übrige Reserven von 1.6 Mio. CHF. Im Zeitpunkt der Umstrukturierung haben diese Aktien einen Börsenwert von 5.3 Mio. CHF.

Für die Ermittlung der «nicht betriebsnotwendigen Mittel» ist auf den Wert von 5.3 Mio. CHF abzustellen. Mit Bezug auf den Passivtest sind die stillen Reserven von 4.1 Mio. CHF hingegen nicht zu berücksichtigen. Die Altreserven belaufen sich somit auf 1.6 Mio. CHF.

d) Berücksichtigung von nicht betriebsnotwendigen Mitteln von Konzerngesellschaften

- 73 Nicht betriebsnotwendige Mittel von (direkten und indirekten) Tochtergesellschaften werden in dem Umfang zu den nicht betriebsnotwendigen Mitteln der Obergesellschaft hinzugerechnet, als diese handelsrechtlich ausschüttungsfähig sind.

Als Tochtergesellschaften gelten sämtliche Gesellschaften, über deren Ausschüttungspolitik die Obergesellschaft bestimmen kann (d.h. in aller Regel Gesellschaften, die stimmenmässig beherrscht werden). Wird eine Gesellschaft nicht vollständig beherrscht (z.B. Beteiligung von 70 %), werden die ausschüttungsfähigen nicht betriebsnotwendigen Mittel einer solchen Gesellschaft anteilmässig angerechnet.

Dabei sind sowohl in- als auch ausländische Konzerngesellschaften zu berücksichtigen. Während sich die Frage der handelsrechtlichen Ausschüttungsfähigkeit bei inländischen Gesellschaften nach dem schweizerischen Handelsrecht bestimmt, gelten für ausländische Gesellschaften diesbezüglich grundsätzlich die Vorschriften des lokalen Handelsrechts. Aus Praktikabilitätsgründen akzeptiert die ESTV bei ausländischen Gesellschaften auch die analoge Anwendung der OR-Bestimmungen.

Analog zur Praxis bei der indirekten Teilliquidation nach Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG werden dabei gesetzliche Reserven in Höhe von 50 % (bei einer Holdinggesellschaft 20 %) des Aktienkapitals anerkannt. Wenn die effektiv verbuchten gesetzlichen Reserven höher oder tiefer sind, werden sie für die Zwecke der Altreservenpraxis entsprechend reduziert bzw. erhöht. Dabei nehmen die entsprechend ermittelten ausschüttungsfähigen Reserven der obersten in der Schweiz ansässigen Gesellschaft eine Sperrwirkung ein.

Beispiel

Die veräusserte Gesellschaft (HoldCo) hat nicht betriebsnotwendige Mittel im Umfang von 300 000 CHF. HoldCo weist ein Aktienkapital von 100 000 CHF, gesetzliche Reserven von 100 000 CHF sowie freie Reserven von 800 000 CHF auf. Ihre inländische Tochter (OpCo) hat nicht betriebsnotwendige Mittel von 800 000 CHF, ein Aktienkapital von 100 000 CHF, gesetzliche Reserven von 10 000 CHF sowie freie Reserven von 690 000 CHF.

HoldCo			
Aktiven		Passiven	
Betriebsnotwendige Aktiven	700	Übrige Reserven	800
Cash	300	Gesetzliche Reserven	100
		Aktienkapital	100
Total Aktiven	1'000	Total Passiven	1'000

OpCo			
Aktiven		Passiven	
		Übrige Reserven	690
		Gesetzliche Reserven	10
Cash	800	Aktienkapital	100
Total Aktiven	800	Total Passiven	800

Von den nicht betriebsnotwendigen Mittel von OpCo werden 650 000 CHF (800 000 CHF abzüglich Aktienkapital von 100 000 CHF sowie gesetzliche Reserven von 50 000 CHF¹³) zu den nicht betriebsnotwendigen Mitteln von HoldCo von 300 000 CHF hinzugerechnet (insgesamt also 950 000 CHF). Der Passivtest begrenzt die Altreserven aber auf 880 000 CHF (1 Mio. CHF Eigenkapital von HoldCo abzüglich 100 000 CHF Aktienkapital sowie 20 000 CHF gesetzliche Reserven)¹⁴. Die Altreserven betragen 880 000 CHF.

78 Anders verhält es sich hingegen mit Bezug auf die KER der Topgesellschaft. Diese werden nicht auf 50 % bzw. 20 % des Aktienkapitals der Topgesellschaft reduziert. Somit erfahren sie für die Zwecke der Altreservenpraxis keine andere Behandlung als sonstige gesetzliche Reserven.

79 Beispiel

Die veräusserte Gesellschaft (HoldCo) hat nicht betriebsnotwendige Mittel im Umfang von 100 000 CHF. HoldCo weist ein Aktienkapital von 100 000 CHF, KER von 200 000 CHF sowie freie Reserven von 700 000 CHF auf. Ihre inländische Tochter (OpCo) hat nicht betriebsnotwendige Mittel von 1 Mio. CHF, ein Aktienkapital von 100 000 CHF, KER von 500 000 CHF sowie freie Reserven von 400 000 CHF.

HoldCo			
Aktiven		Passiven	
Betriebsnotwendige Aktiven	900	Übrige Reserven	700
Cash	100	KER	200
		Aktienkapital	100
Total Aktiven	1'000	Total Passiven	1'000

OpCo			
Aktiven		Passiven	
		Übrige Reserven	400
		KER	500
Cash	1'000	Aktienkapital	100
Total Aktiven	1'000	Total Passiven	1'000

Von den nicht betriebsnotwendigen Mitteln von OpCo werden 850 000 CHF (1 Mio. CHF abzüglich Aktienkapital von 100 000 CHF sowie gesetzliche Reserven von 50 000 CHF) zu den nicht betriebsnotwendigen Reserven von HoldCo von 100 000 CHF hinzugerechnet (insgesamt also 950 000 CHF). Der Passivtest begrenzt die Altreserven im Umfang von 700 000 CHF (1 Mio. CHF Eigenkapital von HoldCo abzüglich 100 000 CHF Aktienkapital sowie 200 000 KER). Die Altreserven betragen 700 000 CHF.

¹³ Die gesetzlichen Reserven von 10 000 CHF werden um 40 000 CHF erhöht, damit sie 50 % des Aktienkapitals von OpCo erreichen.

¹⁴ Die gesetzlichen Reserven von 100 000 CHF werden um 80 000 CHF reduziert, damit sie 20 % des Aktienkapitals von HoldCo betragen.

e) Massgebender Zeitpunkt

Mit Bezug auf den Passivtest ist der letzte ordentliche Abschluss der Gesellschaft, der vor der Veräusserung bzw. Umstrukturierung erstellt wurde, massgebend. Dies ist auch folgerichtig, da es sich beim Passivtest um eine handelsrechtlich geprägte Definition handelt, die sich an einem ordentlichen Abschluss der Gesellschaft orientiert. Vorbehalten bleibt freilich jeweils das missbräuchliche Verlängern des Geschäftsjahres bzw. Hinauszögern eines ordentlichen Abschlusses.

Beim Aktivtest ist dagegen auf die im Zeitpunkt des Verkaufs bzw. der Umstrukturierung vorhandenen nicht betriebsnotwendigen Mittel abzustellen. Mithin ist auch unterjährig erwirtschaftete Liquidität mitzuberechnen.

4. Rechtsfolge

a) Verweigerung der Rückerstattung an Erwerberin

Liegen im Zeitpunkt der Veräusserung oder der Umstrukturierung nicht betriebsnotwendige, ausschüttungsfähige Mittel vor und kommt es zu einer Verringerung der residualen Verrechnungssteuerbelastung, so hat dies im Zeitpunkt der Umstrukturierung bzw. des Verkaufs keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Es liegt m.a.W. kein Vorgang vor, der eine gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG geldwerte Leistung darstellen würde¹⁵.

Die Rechtsfolgen der Altreservenpraxis zeigen sich vielmehr erst im Zeitpunkt einer späteren Ausschüttung. Die Altreservenpraxis führt dazu, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Erwerberin (bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens) in dem Umfang verweigert wird, als dass sog. Altreserven vorliegen. Die Erwerberin wird mit Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den im Zeitpunkt des Erwerbs bereits vorhandenen Altreserven so behandelt, als wenn sie sich hypothetisch in der Rückerstattungsposition des vormaligen Aktionärs befinden würde¹⁶. M.a.W. findet die Verweigerung der Rückerstattung bloss bis zum Residualsatz der ursprünglichen Aktionärin statt (zum Spezialfall der Rückerstattung nach Art. 9 AIA-EU vgl. hinten N 85 ff.).

¹⁵ Vgl. BGer, 16.8.1996, ASA 66 (1997/98), 406 ff., 415, E. 6.

¹⁶ A.A. BGer, 13.9.2022, 2C_359/2022, E. 7. Da es sich dabei aber um ein in Dreierbesetzung ergangenes, bloss summarisch begründetes Urteil handelt, kommt diesem gemäss Praxis der ESTV keine Präjudizwirkung zu (vgl. OESTERHELT, FSr 2022, 476 ff., 492 f.).

84 Diese Hypothese beschränkt sich freilich auf materielle Aspekte und umfasst nicht etwa auch formelle Aspekte. So ist die Rechtsgrundlage der Rückerstattung des Erwerbers stets das tatsächlich anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen (bei einem ausländischen Erwerber) bzw. Art. 21 ff. VStG (bei einem inländischen Erwerber)¹⁷. Lediglich die Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel der Steuerumgehung bzw. des Abkommensmissbrauchs wird zwar unter der jeweils anwendbaren Rechtslage, aber unter Rückgriff auf die Rückerstattungssituation des Veräusserers beurteilt.

b) Rückerstattung nach Art. 9 AIA-EU

85 Mit Bezug auf Rückerstattungsanträge nach Art. 9 AIA-EU hat das Bundesgericht im Urteil vom 20. April 2020 entschieden, dass die Rückerstattung auf den Altreserven nicht bloss im Umfang der durch Umstrukturierung bzw. Verkauf bewirkten Satzverbesserung, sondern vollständig zu verweigern sei¹⁸. Das Bundesgericht leitet dies insb. unter Berufung auf das Urteil des EuGH vom 26. Februar 2019 in der Rs. T Danmark und Y Denmark Aps (Rs. C-116/16 und C-117/16) ab.

86 Die Konsequenzen des Urteils vom 20. April 2020 beschränken sich aber auf Rückerstattungen nach Art. 9 AIA-EU. Für Rückerstattungen, die sich auf ein Doppelbesteuerungsabkommen oder auf Art. 21 ff. VStG¹⁹ stützen, wendet die ESTV die Altreservenpraxis nach wie vor nur im Umfang der durch die Umstrukturierung oder den Verkauf erzielten Satzverbesserung an.

87 Beispiel

Die inländische Tochter (SwissCo) einer US-Gesellschaft verfügt über Altreserven in Höhe von 100 Mio. CHF. Nun wird SwissCo in eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft eingebracht. Stützt sich die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens auf Art. 9 AIA-EU, ist die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der Ausschüttung der Altreserven von 100 Mio. CHF vollumfänglich (d.h. im Umfang von 35 Mio. CHF) zu verweigern.

Stützt sich die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens dagegen auf Art. 10 DBA-NL, ist die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur bis zum Residualsatz von 5 % (d.h. im Umfang von 5 Mio. CHF) zu verweigern.

¹⁷ Offengelassen in BVGer, 23.3.2010, A-2744/2008, StR 2010, 652 ff.

¹⁸ BGer, 20.4.2020, 2C_354/2018; kritisch hierzu OESTERHELT, StR 2020, 902 ff.

¹⁹ Im (bloss summarisch begründeten) Urteil vom 13. September 2022 stellt sich das Bundesgericht aber auf den Standpunkt, dass bei der Verweigerung der Rückerstattung unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG die Rückerstattung vollumfänglich zu verweigern sei (BGer, 13.9.2022, 2C_359/2022, E. 7). Dabei handelt es sich wohl aber um ein offensichtliches Versehen des Bundesgerichts, da im in Fünferbesetzung ergangenen Urteil vom 20. April 2020 die gegenteilige Aussage gemacht wird (BGer, 20.4.2020, 2C_354/2018, E. 4.2.2; vgl. auch OESTERHELT, FStR 2022, 476 ff., 491 ff.).

c) First in First Out-Prinzip (FIFO)

Gemäss Praxis der ESTV gilt dabei das sog. *First in First Out-Prinzip* (FIFO): 88
Altreserven werden jeweils zuerst ausgeschüttet. Die Anwendung des FIFO-Prinzips ist aus Praktikabilitätsgründen wohl sachgerecht, da ansonsten die Verweigerung der Rückerstattung u.U. erst zu einem sehr späten Zeitpunkt erfolgen würde und es für die ESTV praktisch in vielen Fällen sehr schwierig wäre, dies konsequent durchzusetzen.

Beispiel

Eine Gesellschaft, die von einer Person mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % an eine vollständig rückerstattungsrechtliche Erwerberin veräussert wird, hat im Zeitpunkt der Veräusserung (2014) Altreserven im Umfang von 1 Mio. CHF. In den nächsten Jahren werden weitere Gewinne im Umfang von 2 Mio. CHF thesauriert. Im Jahre 2017 schüttet die Gesellschaft eine Dividende im Umfang von 1.5 Mio. CHF aus.

Der Gesellschaft kann im Jahre 2017 die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang von 150 000 CHF verweigert werden. In der Praxis wirkt die ESTV hingegen regelmässig darauf hin, dass die Altreservensituation so schnell wie möglich bereinigt wird und auf eine Rückerstattung der Verrechnungssteuer vollständig verzichtet wird, bis die Altreserven ausgeschüttet sind.

Besteht eine Gesellschaft aber auf einer teilweisen Rückerstattung muss sie die 90
Verrechnungssteuer im Umfang von 35 % abliefern und die Rückerstattung bis zum Residualsatz von 15 % verlangen. Ein Meldeverfahren wird hier praxisgemäss nicht gewährt.

Werden nicht sämtliche Altreserven auf einmal ausgeschüttet, führt die Anwen- 91
dung des FIFO-Prinzips bei der Altreservenpraxis aber nicht dazu, dass die Rückerstattung vollständig verweigert wird, wenn die ehemalige Aktionärin teilweise rückerstattungsrechtlich war²⁰. Die Rückerstattung ist vielmehr bis zum Satz der residualen Steuerbelastung der bisherigen Anteilinhaberin zu gewähren.

Beispiel

Eine Gesellschaft, die von einer Person mit einer residualen Verrechnungssteuer von 15 % an eine vollständig rückerstattungsrechtliche Person veräussert wird, hat im Zeitpunkt der Veräusserung (2020) Altreserven im Umfang von 600 000 CHF. Nach dem Verkauf schüttet die Gesellschaft jährlich jeweils eine Dividende von 100 000 CHF aus (erstmalig 2021).

Insgesamt wird die ESTV die Rückerstattung von 90 000 CHF verweigern. Es wäre denkbar, dass der Gesellschaft in den Jahren 2021 und 2022 die Rückerstattung der Verrechnungssteuer von 35 000 CHF vollumfänglich verweigert (und im Jahr 2023 die Rückerstattung lediglich in Höhe von 15 000 CHF gewährt) würde. In der Praxis wird die Rückerstattung in den Jahren 2021 und 2022 aber lediglich im Umfang von 15 000 CHF verweigert und die volle Rückerstattung ab 2027 (bzw. das Meldeverfahren) gewährt. Die

²⁰ Vgl. ESTV, 12.3.2008, in: Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Band 2, Art. 21 Abs. 2 VStG Nr. 62.

Gesellschaft kann freilich die Altreservensituation freiwillig auch schneller bereinigen und 2021 und 2022 auf die vollständige Rückerstattung verzichten.

d) Keine Heilung der Altreserven durch Zeitablauf

- 93 Eine Heilung der Altreserven durch Zeitablauf gibt es nicht. Auch wenn die Dividenden erst viele Jahre nach Verkauf bzw. Umstrukturierung ausgeschüttet werden, kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Umfang der damaligen Altreserven verweigert werden. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn sich die Rechtslage bezüglich des damaligen Ansässigkeitsstaates der übertragenden Gesellschaft verbessert hätte (vgl. hierzu vorn N 14 ff.).
- 94 Eine analoge Anwendung der Frist von fünf Jahren von Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG ist mit Bezug auf die Altreservenpraxis nicht angezeigt²¹. Das missbräuchliche Element der Altreservenpraxis liegt nämlich nicht in der Ausschüttung der nicht betriebsnotwendigen Mittel, sondern in der fehlenden Ausschüttung der nicht betriebsnotwendigen Mittel vor der Veräusserung (vgl. N 6). Dieser Sachverhalt (Thesaurierung und Verkauf) hat sich bereits verwirklicht, insofern rechtfertigt sich eine Heilung der Altreserven durch Zeitablauf nicht.

e) Verrechnung mit Verlusten

- 95 Während Altreserven durch blossen Zeitablauf nicht heilen können, können diese aufgrund seit der Veräusserung eingetretener Verluste verringert (und somit «geheilt») werden. Altreserven können m.a.W. nicht durch spätere Gewinne wiederhergestellt werden.
- 96 **Beispiel**
Eine Gesellschaft verfügt im Zeitpunkt der Veräusserung über Altreserven im Umfang von 1 Mio. CHF. Im Folgejahr (Jahr 2) macht diese einen Verlust von 500 000 CHF, um im darauffolgenden Jahr (Jahr 3) wieder in die Gewinnzone zu gelangen und einen Gewinn von abermals 500 000 CHF zu erzielen. Im Jahr 4 schüttet die Gesellschaft erstmals eine Dividende von 1 Mio. CHF aus.
Die Altreservenpraxis wird bloss im Umfang von 500 000 CHF angewendet, da die Altreserven im Umfang von 500 000 CHF durch den Verlust aus Jahr 2 definitiv untergegangen sind.
- 97 Dabei nimmt die ESTV eine Verlustverrechnung nach der sog. *Last in First Out*-Methode (LIFO) vor: Verluste werden jeweils zunächst mit den späteren Gewinnen verrechnet, bevor diese die Altreserven verringern.

²¹ Vgl. aber BVerfG, 1.12.2020, A-1795/2017, E. 5.10 (korrigiert durch Urteil BVerfG, 29.7.2021, 2C_80/2021; vgl. hierzu OESTERHELT, StR 2021, 742 ff.).

Beispiel

Eine Gesellschaft verfügt im Zeitpunkt der Veräusserung über Altreserven im Umfang von 1 Mio. CHF. Im Folgejahr (Jahr 2) macht diese einen Gewinn von 500 000 CHF, um im darauffolgenden Jahr (Jahr 3) einen Verlust von 600 000 CHF zu erzielen. Im Jahr 4 schüttet die Gesellschaft erstmals eine Dividende von 1 Mio. CHF aus.

Die Altreservenpraxis wird im Umfang von 900 000 CHF angewendet. Der im Jahr 3 erzielte Verlust von 600 000 CHF verringert zunächst den Gewinn aus dem Jahr 2 und verringert die Altreserven daher bloss im Umfang von 100 000 CHF.

Die Anwendung der LIFO-Methode bei der Verlustverrechnung stellt einen gewissen Methodendualismus dar, da bei der Altreservenpraxis die FIFO-Methode angewendet wird. Es wäre wünschenswert, wenn die ESTV hier eine Konsistenz herstellen würde und entweder bei der Altreservenpraxis grundsätzlich die LIFO-Methode anwenden würde (was aus Praktikabilitätsgründen, wie vorn dargestellt, freilich wenig sinnvoll wäre) oder auch mit Bezug auf die Verlustverrechnung die FIFO-Methode gelten würde (sprich: Verluste würden zuerst die Altreserven verringern).

III. Stellvertretende Liquidation

1. Anwendungsbereich

Von der Rechtsfigur der Altreservenpraxis muss die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der sog. «stellvertretenden Liquidation» unterschieden werden. Auch die stellvertretende Liquidation betrifft den Fall, dass die Verrechnungssteuersituation mit Bezug auf eine inländische Gesellschaft durch Verkauf oder Umstrukturierung verbessert wird²².

Die stellvertretende Liquidation wird von der ESTV einerseits bei einem Verkauf an einen Dritten, der zu einer Verbesserung der Rückerstattungssituation führt, angerufen.

Andererseits wird die stellvertretende Liquidation auch bei gruppeninternen Umstrukturierungen angewandt.

2. Keine Beschränkung auf Altreserven

Wie die internationale Transponierung (vgl. dazu § 26) ist die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer an den neuen Eigentümer nicht auf die im Zeitpunkt der Veräusserung bzw. Übertragung vorhandenen nicht betriebsnotwendigen, handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mittel beschränkt, sondern

²² Vgl. BVerfG, 11.12.1981, ASA 50 (1981/82), 583 ff., 587.

umfasst im Wesentlichen auch sämtliche stillen Reserven sowie den potenziellen Goodwill.

104 **Beispiel**

Eine in den USA ansässige Gesellschaft veräussert ihre schweizerische Tochtergesellschaft (Aktienkapital: 100 000 CHF, keine KER) für 10 Mio. CHF an eine in den Niederlanden ansässige Gesellschaft. Im Zeitpunkt der Veräusserung sind keine Altreserven bei der veräusserten Beteiligung vorhanden. Kurz nach dem Verkauf absorbiert die niederländische Gesellschaft die schweizerische Tochtergesellschaft.

Die Absorption der Schweizer Tochtergesellschaft löst die Verrechnungssteuer auf der Differenz von Verkehrswert (10 Mio. CHF) und Aktienkapital/KER (100 000 CHF) aus. Im Umfang der Satzdiffferenz von 495 000 CHF (5 % residuale Verrechnungssteuer auf 9.9 Mio. CHF) verweigert die ESTV u.U. die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der «stellvertretenden Liquidation».

3. *Asset Deal als wirtschaftliches Ziel der Transaktion*

105 Eine Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der stellvertretenden Liquidation ist nach Auffassung der ESTV immer dann gerechtfertigt, wenn wirtschaftliches Ziel der Transaktion nicht eine Übertragung bzw. Veräusserung der Gesellschaft («share deal»), sondern eine Veräusserung der Vermögenswerte der Gesellschaft («asset deal») war. Entscheidend ist mithin die Absicht des Verkäufers im Zeitpunkt der Veräusserung. Da es sich dabei um eine innere Tatsache handelt, kann das Vorliegen einer «stellvertretenden Liquidation» nur aufgrund von Indizien festgestellt werden. Mögliche Indizien sind:

- Zeitnahe Liquidation (wobei die ESTV praxisgemäss keine «safe harbour»-Frist kennt);
- Fehlen von wirtschaftlichen Gründen für einen «share deal»;
- bei der veräusserten Gesellschaft handelt es sich um eine liquidationsreife Gesellschaft.

106 Die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der stellvertretenden Liquidation erfolgt sowohl in der Form der stellvertretenden *Totalliquidation* wie auch in der Form der stellvertretenden *Teilliquidation*.

107 **Beispiel**

Eine in den USA ansässige Gesellschaft veräussert ihre schweizerische Tochtergesellschaft (AK: 100 000 CHF, keine KER) für 10 Mio. CHF an eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft. In der Folge schüttet die Erwerberin das von der Schweizer Gesellschaft gehaltene IP (Wert: 5 Mio. CHF) an ihre Luxemburger Mutter aus. In der Folge wird die schweizerische Gesellschaft als reine Vertriebsgesellschaft weitergeführt.

Die Ausschüttung der IP stellt einen verrechnungssteuerpflichtigen Tatbestand dar. Aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen der Ausschüttung der IP und dem Erwerb der Gesell-

schaft geht die ESTV davon aus, dass eine entsprechende Absicht bereits im Veräusserungszeitpunkt bestanden hat. Obwohl die Gesellschaft nicht liquidiert wird, sondern als Vertriebsgesellschaft weitergeführt wird, beurteilt die ESTV dies als sog. stellvertretende Teilliquidation. Im Umfang der Satzdiffferenz von 5 % (d.h. 250 000 CHF) verweigert die ESTV die Anwendung des Meldeverfahrens und verlangt die Abführung der Verrechnungssteuer.

Die stellvertretende Liquidation kommt aber auch bei einer bloss innerstaatlichen Umstrukturierung zur Anwendung. 108

Beispiel 109

Ein nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigter Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo), die ihrerseits von einer inländischen Holding (HoldCo) gehalten wird für 50 Mio. CHF. HoldCo hat ein Aktienkapital von 100 000 CHF. Der Fonds kapitalisiert AkquiCo durch einen Zuschuss von 50 Mio. CHF. Einige Jahre später wird HoldCo für 100 Mio. CHF von einer niederländischen Gesellschaft (DutchCo) erworben, welche zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist. Zu diesem Zeitpunkt hat SwissCo nicht betriebsnotwendige ausschüttungsfähige Reserven von 20 Mio. CHF. In der Folge werden HoldCo und AkquiCo liquidiert, was schon von Anfang an beabsichtigt war.

Es liegt kein Anwendungsfall der Altreservenpraxis vor, da HoldCo bloss ein Eigenkapital von 100 000 CHF und somit keine handelsrechtlich ausschüttungsfähigen Mittel hat. Die im Zeitpunkt des Kaufs bereits beabsichtigte Liquidation von HoldCo und AkquiCo stellt aber einen Anwendungsfall der stellvertretenden Liquidation dar. Auf der Differenz zwischen Verkaufspreis (100 Mio. CHF) und AK/KER von HoldCo (100 000 CHF) wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verweigert.

4. *Liquidationsabsicht im Zeitpunkt der Übertragung*

Die Liquidationsabsicht muss aber in jedem Fall bereits im Zeitpunkt der Veräusserung feststehen. Ergibt sich die Liquidationsabsicht erst aufgrund späterer Entwicklungen (z.B. aufgrund einer Änderung der wirtschaftlichen Situation oder der Rechtslage), liegt auch dann kein Anwendungsfall der stellvertretenden Liquidation vor, wenn aufgrund veränderter Umstände tatsächlich eine zeitnahe Liquidation erfolgt. 110

Beispiel 111

Eine in den USA ansässige Gesellschaft veräussert ihre schweizerische Tochtergesellschaft (Aktienkapital: 100 000 CHF, keine KER) für 10 Mio. CHF im August 2016 an eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft. Im Zeitpunkt der Veräusserung ist noch keine Absicht für eine Umstrukturierung vorhanden. Aufgrund des negativen Ausgangs der Abstimmung zur USR III vom 12.2.2017 entschliesst sich die Erwerberin, das von der Schweizer Gesellschaft gehaltene IP (Wert: 5 Mio. CHF) an ihre Luxemburger Mutter auszuschütten.

Die Ausschüttung des IP stellt einen verrechnungssteuerpflichtigen Tatbestand und eine potenzielle stellvertretende (Teil-)Liquidation dar. Da die Liquidationsabsicht aber erst nach der Veräusserung entstanden ist, ist diese unschädlich.

112 Wenn die Liquidationsabsicht im Zeitpunkt der Veräusserung aber feststeht, kann auch eine Liquidation, die mehr als fünf Jahre nach dem Veräusserungszeitpunkt erfolgt, die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der «stellvertretenden Liquidation» nach sich ziehen.

113 **Beispiel**

Eine in den USA ansässige Gesellschaft veräussert ihre schweizerische Tochtergesellschaft (AK: 100 000 CHF, keine KER) für 10 Mio. CHF im August 2016 an eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft. Im Zusammenhang mit dem Erwerb unterbreitet die Erwerberin der ESTV einen Rulingantrag, in dem sie darlegt, dass nach Ablauf einer «cool off period» von fünf Jahren seit dem Erwerb beabsichtigt ist, das von der Schweizer Gesellschaft gehaltene IP (Wert: 5 Mio. CHF) an ihre Luxemburger Mutter auszuschütten.

Obwohl die Umstrukturierung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung²³ kaum als «zeitnah» qualifiziert werden kann, kann dennoch ein Anwendungsfall der stellvertretenden Liquidation vorliegen, da die Ausschüttung erwiesenermassen bereits im Erwerbszeitpunkt beabsichtigt war.

114 Die Rechtsfigur der stellvertretenden Liquidation kann einer sinnvollen Umstrukturierung einer Gruppe nach dem Erwerb aber nicht entgegenstehen. Hier gilt es, jeweils im Einzelfall abzuwägen. Werden bspw. im Zuge des Erwerbs einer schweizerischen Holdinggesellschaft deren ausländische Gruppengesellschaften in die jeweilige Gruppenstruktur eingegliedert (z.B. unter eine europäische Subholding) und verbleiben bloss die inländischen Tochtergesellschaften unter der schweizerischen Holding, so stellt dies nach Praxis der ESTV noch nicht per se einen Anwendungsfall der stellvertretenden Teilliquidation dar. Entscheidend ist hier, dass die Umstrukturierung betrieblich motiviert war und dass die schweizerische Holding ihre Funktion mit Bezug auf die schweizerischen Tochtergesellschaften weiterhin ausübt.

5. Tatsächliche Verbesserung der Rückerstattungssituation

115 Die «stellvertretende Liquidation» wird dabei jeweils nur in dem Umfang angewendet, als der Verkauf bzw. die Umstrukturierung tatsächlich mit einer Verbesserung der residualen Verrechnungssteuer verbunden ist²⁴. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Altreservenpraxis verwiesen werden (vgl. vorn N 82 ff.).

²³ Vgl. BGer, 9.11.2001, ASA 62 (2002/2003), 413 ff., 423.

²⁴ Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Rückerstattungsanspruch auf Art. 9 AIA-EU stützt (vgl. dazu vorn N 85 ff.), was vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 10.3.2022 (A-4347/2019, E. 5.3) verkannt wird. Vgl. aber BGer, 13.9.2022, 2C_359/2022, E. 7, in dem bei einer stellvertretenden Liquidation unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG die Rückerstattung vollständig verweigert wurde (so auch BGer, 11.12.1981, ASA 50 (1981/1982), 583; kritisch hierzu OESTERHELT, FStR 2022, 476 ff., 491 ff.).

Kommt es nur mit Bezug auf eine Minderheit von Aktionären zu einer Verbesserung der residualen Verrechnungssteuerbelastung, liegt kein Fall der «stellvertretenden Liquidation» vor. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Altreservenpraxis verwiesen werden (vgl. dazu vorn N 31 ff.).

6. Keine Anwendung bei öffentlichen Übernahmen

Ebenfalls analog zur Altreservenpraxis gilt der Grundsatz, dass die stellvertretende Liquidation bei einer öffentlichen Übernahme nicht zur Anwendung gelangt (vgl. hierzu vorn N 40 ff.). Selbst wenn die Käuferin im Endeffekt an den Vermögenswerten (*assets*) der übernommenen Gesellschaft interessiert ist und nicht an der übernommenen Gesellschaft, muss es ihr zugestanden werden, den Weg der öffentlichen Übernahme zu beschreiten. Anders könnte der Fall allenfalls bei einer börsenkotierten Gesellschaft mit einem nicht vollständig zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Mehrheitsaktionär liegen.

7. Keine Anwendung bei Absorption durch Schwestergesellschaft

Die stellvertretende Liquidation kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Vermögenswerte der übertragenen Gesellschaft auf die Stufe der Käuferin übertragen werden. Wird die übertragene Gesellschaft hingegen durch ihre Schwestergesellschaft absorbiert, bleibt das Verrechnungssteuersubstrat auf derselben Stufe erhalten. Es liegt somit kein Anwendungsfall der stellvertretenden Liquidation vor.

8. Keine Anwendung der Barausschüttung

Bardividenden der erworbenen Gesellschaft stellen demgegenüber keinen Anwendungsfall der stellvertretenden Liquidation dar. Solche Ausschüttungen sind vielmehr unter dem Titel der Altreservenpraxis zu prüfen.

Sachdividenden der erworbenen Gesellschaft können demgegenüber den Tatbestand der stellvertretenden (Teil-)Liquidation erfüllen, wenn diese von Anfang an beabsichtigt waren. Analog wird der Fall beurteilt, dass zeitnah Aktiven von der erworbenen Gesellschaft veräussert werden und in der Folge eine Bardividende ausgeschüttet wird.

§ 26 Internationale Transponierung

STEFAN OESTERHELT

I.	Einleitung	543
II.	Internationale Transponierung i.e.S. («klassische internationale Transponierung»)	544
	1. Gruppeninterner Verkauf gegen Darlehen	544
	2. Gruppeninterner Verkauf gegen bar	545
	3. Gruppeninterne Umstrukturierung	546
	4. Öffentliche Übernahme mittels Aktientausch	547
	5. Immigrationsquasifusion	548
	6. Beschränkung auf Rückerstattungen im innerstaatlichen Verhältnis	548
III.	Erweiterte internationale Transponierung	549
	1. Anwendungsbereich	549
	2. Konstellation 1: Käufer erwirbt über Akquisitionsgesellschaft mit KER/Darlehen	550
	3. Konstellation 2: Schaffung von KER im Hinblick auf den Verkauf	552
	4. Heilung durch Ausbuchung von KER bzw. Kapitalisierung von Darlehen	553
	5. Akquisitionsgesellschaft mit Finanzierungsfunktion	554
	6. Substanzielle Beteiligung von rückerstattungsberechtigten Personen an Akquisitionsgesellschaft	554
	7. Spezialfall: IPO	555

I. Einleitung

Von der Altreservenpraxis und der Praxis der stellvertretenden Liquidation muss die Praxis zur internationalen Transponierung unterschieden werden. Während unter dem Titel der Altreservenpraxis bzw. der stellvertretenden Liquidation die Rückerstattung der Verrechnungssteuer sowohl an einen inländischen Dividendenempfänger (unter dem Titel von Art. 21 Abs. 2 VStG) als auch an einen ausländischen Dividendenempfänger (unter dem Titel des Abkommensmissbrauchs) verweigert werden kann, wendet die ESTV die Praxis zur internationalen Transponierung nur auf inländische Verhältnisse an. Im Gegensatz zur Altreservenpraxis und zur stellvertretenden Liquidation (vgl. § 25 N 31 ff.) wird die internationale Transponierung auch bei der Übertragung von Minderheitsbeteiligungen angewendet.

Im Kern geht es bei der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der internationalen Transponierung darum, dass Verrechnungssteuersubstrat in den verrechnungssteuerfreien Raum «transponiert» wird.

Dabei muss zwischen der internationalen Transponierung i.e.S. (sog. «klassische internationale Transponierung») und der sog. «erweiterten internationalen Transponierung» unterschieden werden.

- 4 Bei der *internationalen Transponierung* i.e.S. (nachfolgend als «internationale Transponierung» bezeichnet) «transponiert» eine nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Person durch eine gruppeninterne Umstrukturierung (Sacheinlage gegen Kapitaleinlagereserven oder gruppeninterner Verkauf) Verrechnungssteuersubstrat (vgl. dazu hinten N 6 ff.).
- 5 Bei der *erweiterten internationalen Transponierung* veräussert eine zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Person eine inländische Gesellschaft an eine nicht zur vollständigen Rückerstattung berechnete Person in einer Art und Weise, welche die Ausschüttung bzw. Rückzahlung von vormaligem Verrechnungssteuersubstrat ohne Abzug der Verrechnungssteuer ermöglicht (vgl. dazu hinten N 26 ff.).

II. Internationale Transponierung i.e.S. («klassische internationale Transponierung»)

1. Gruppeninterner Verkauf gegen Darlehen

- 6 Im Gegensatz zur Altreservenpraxis und zur stellvertretenden Liquidation findet die internationale Transponierung nur bei einer Übertragung auf eine inländische Gesellschaft (und somit auf Rückerstattungen nach Art. 21 ff. VStG) Anwendung. Übertragungen auf eine ausländische Gesellschaft (und somit Rückerstattungen nach einem Doppelbesteuerungsabkommen) sind kein Anwendungsfall der internationalen Transponierung.
- 7 Die Überlegung der internationalen Transponierung ist folgende: Die residuale Verrechnungssteuerbelastung kann auch dadurch verringert werden, dass bisher einer residualen Verrechnungssteuer unterworfenen Reserven verrechnungssteuerfrei zurückgeführt werden können, weil diese entweder als Rückzahlung eines Darlehens oder von Kapitaleinlagereserven verrechnungssteuerfrei an den bisherigen Eigentümer¹ der inländischen Beteiligung ausgerichtet werden können. In solchen Fällen verweigert die ESTV die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der sog. «internationalen Transponierung»².
- 8 Analog zur Altreservenpraxis kann auch unter dem Titel der internationalen Transponierung die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur im Umfang der Reduktion der residualen Verrechnungssteuerbelastung – und nicht etwa *in toto* –

¹ Die internationale Transponierung betrifft stets einen Fall des Verkaufs innerhalb des Konzerns bzw. an eine nahestehende Gesellschaft («Verkauf an sich selbst»). In einem Drittverkauf ist die «internationale Transponierung» – im Gegensatz zur Altreservenpraxis (vgl. § 25 N 5 f.) und der stellvertretenden Liquidation (vgl. § 25 N 100 ff.) – dagegen nie anwendbar.

² Vgl. ESTV, 6.3.1970, ASA 39 (1970/71), 114 ff.; BGer, 30.4.1971, ASA 40 (1971/72), 512 ff.

verweigert werden. Eine gänzliche Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer wäre klarerweise nicht mehr durch die rechtliche Begründung der internationalen Transponierung, der Steuerumgehung i.S.v. Art. 21 Abs. 2 VStG gedeckt.

Beispiel

Eine in den USA ansässige Gesellschaft veräussert ihre vorher direkt gehaltene schweizerische Tochtergesellschaft (Aktienkapital: 100 000 CHF, keine KER) gegen Darlehen im Umfang von 10 Mio. CHF an eine weitere von der US-Gesellschaft gehaltene schweizerische Tochtergesellschaft (neue Schweizer Zwischenholding). (Alternative: Einbringung der Beteiligung gegen KER). Im Zeitpunkt der Veräusserung sind keine Altreserven bei der veräusserten Beteiligung vorhanden.

Durch den Verkauf der Beteiligung an die neue schweizerische Zwischenholding gegen Darlehen (bzw. alternativ durch die Einbringung gegen KER) wird im Umfang von 9.9 Mio. CHF Substrat geschaffen, das vorher mit einer residualen Verrechnungssteuer von 5 % belastet war und neu verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden kann. Somit wird potenzielles Verrechnungssteuersubstrat im Umfang von 495 000 CHF vernichtet. Dieser Vorgang wird von der ESTV als Steuerumgehung i.S.v. Art. 21 Abs. 2 VStG beurteilt. Auf künftigen Ausschüttungen der schweizerischen Enkelgesellschaft an ihre schweizerische Muttergesellschaft wird somit im Umfang von 495 000 CHF das Meldeverfahren bzw. die Rückerstattung der Verrechnungssteuer verweigert.

2. Gruppeninterner Verkauf gegen bar

Die internationale Transponierung wird gemäss Praxis der ESTV auch dann angewendet, wenn ein gruppeninterner Verkauf von der Käuferin nicht durch ein Darlehen, sondern in bar beglichen wird.

Beispiel

Eine in Monaco ansässige natürliche Person hält zwei inländische Beteiligungen (SwissCo 1 und SwissCo 2). SwissCo 1 hat AK/KER von 100 000 CHF und keine Altreserven. SwissCo 2 verfügt über erhebliche flüssige Mittel und erwirbt die andere Beteiligung (SwissCo 1) für 10 Mio. CHF (Variante: SwissCo 2 finanziert den Erwerb von SwissCo 1 über ein Bankdarlehen).

Durch den Verkauf von SwissCo 1 an SwissCo 2 werden 9.9 Mio. CHF verrechnungssteuerfrei an die in Monaco ansässige Person gezahlt, die vorher mit 35 % Sockel belastet war (d.h. Verrechnungssteuersubstrat von 3 465 000 CHF). Somit verweigert die ESTV praxisgemäss die Rückerstattung bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens im Umfang von 3 465 000 CHF. Dies gilt gemäss Praxis ESTV auch dann, wenn der Erwerb von SwissCo 2 über ein Bankdarlehen finanziert wird.

3. Gruppeninterne Umstrukturierung

- 12 Eine internationale Transponierung kann auch dann vorliegen, wenn eine nicht zur vollen Rückerstattung berechnete Person eine inländische Beteiligung in eine inländische Holding gegen KER einbringt.
- 13 **Beispiel**
Eine in Monaco ansässige natürliche Person hält eine inländische Gesellschaft (SwissCo), welche über AK/KER von 100 000 CHF verfügt. Sie gründet nun eine neue inländische Gesellschaft (HoldCo) und bringt SwissCo im Rahmen einer Sacheinlage in HoldCo ein und macht KER im Umfang des Verkehrswerts von 20 Mio. CHF geltend.
Im Umfang von 19.9 Mio. CHF wird Verrechnungssteuersubstrat in den verrechnungssteuerfreien Raum «transponiert». Die ESTV verweigert deshalb die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens auf der Ausschüttung der ersten 19.9 Mio. CHF von SwissCo.
- 14 Wird eine ausländische Gesellschaft in eine inländische Gesellschaft eingebracht und dabei KER geschaffen, kann dies ebenfalls den Tatbestand der «internationalen Transponierung» auslösen, wenn im Zeitpunkt der Einbringung bereits beabsichtigt war, den Sitz der eingebrachten Gesellschaft in die Schweiz zu verlegen.
- 15 **Beispiel**
Eine in Monaco ansässige natürliche Person hält eine in Luxemburg ansässige Gesellschaft (LuxCo). Der Aktionär gründet nun eine neue in der Schweiz ansässige Gesellschaft (HoldCo) und bringt LuxCo im Rahmen einer Sacheinlage in HoldCo ein und macht KER im Umfang des Verkehrswerts von 20 Mio. CHF geltend. Kurz danach verlegt LuxCo den Sitz in die Schweiz, was von Anfang an beabsichtigt war.
Durch die Einbringung von LuxCo in HoldCo können bei dieser KER im Umfang von 20 Mio. CHF gebildet werden. Diese gehen durch die zeitnahe Sitzverlegung von LuxCo auch nicht unter. (Anders wäre es, wenn LuxCo innerhalb von fünf Jahren durch HoldCo absorbiert würde). Die von Anfang an beabsichtigte zeitnahe Sitzverlegung löst aber die Steuerfolgen der internationalen Transponierung im Umfang von 20 Mio. CHF aus (unter Abzug von Nennwert bzw. Kapitaleinlagen von LuxCo).
- 16 Dies gilt auch dann, wenn die ausländische Gesellschaft zunächst in eine ausländische Gesellschaft eingebracht wird und in der Folge beide Gesellschaften den Sitz in die Schweiz verlegen.
- 17 **Beispiel**
LuxCo wird in eine in Luxemburg ansässige Holding (HoldCo) gegen (luxemburgische) KER in Höhe von 20 Mio. CHF eingebracht. In der Folge verlegt HoldCo den Sitz von Luxemburg in die Schweiz. Dabei werden im Umfang der LUX-KER von 20 Mio. CHF KER angemeldet. Kurz danach verlegt auch LuxCo den Sitz von Luxemburg in die Schweiz.
Aus Sicht der ESTV ist dieser Fall gleichwie der Grundsachverhalt zu beurteilen. Der Umstand, dass die Sitzverlegung beider Gesellschaften von Anfang an geplant ist, führt

dazu, dass das aus dem Ausland importierte Verrechnungssteuersubstrat in den verrechnungssteuerfreien Raum «transponiert» wird.

Es besteht allerdings folgender Lösungsansatz: Wenn LuxCo von HoldCo vor der Sitzverlegung absorbiert wird, stellt sich die Frage der Anwendung der internationalen Transponierung bzw. Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht. Dann verlagert sich die Problematik auf die Frage, ob die durch die vor Sitzverlegung durchgeführte Sacheinlage geschaffenen KER von der ESTV anerkannt werden. Dem Vernehmen nach sollen die KER in dieser Konstellation von der ESTV anerkannt werden.

4. Öffentliche Übernahme mittels Aktientausch

Eine öffentliche Übernahme i.S.v. Art. 125 FinfraG führt für die in der Schweiz ansässigen Aktionäre nach neuerer Praxis auch dann nicht zu einer Umqualifikation des steuerfreien Kapitalgewinns in steuerbaren Vermögensertrag unter dem Titel der Transponierung i.S.v. Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG, wenn ein Aktientausch stattfindet³. Anders verhält es sich hingegen mit Bezug auf die internationale Transponierung. Gemäss Praxis der ESTV löst die öffentliche Übernahme einer inländischen Gesellschaft mittels Aktientausch (*share for share exchange*) immer dann eine internationale Transponierung aus, wenn die Summe von AK/KER, die bei der übernehmenden Gesellschaft gebildet wird, die Summe von AK/KER der übernommenen Gesellschaft übersteigt. Dies gilt auch bei einem gemischten Angebot, das neben der Aktientauschkomponente auch eine Barkomponente enthält, selbst wenn die Barkomponente überwiegt. Mithin wird in diesem Fall auf den Dividenden der übernommenen Gesellschaft bis zur Höhe der zu viel gebildeten AK/KER die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens verweigert.

Beispiel

Eine inländische börsenkotierte Gesellschaft (SwissCo I) möchte eine ebenfalls in der Schweiz ansässige börsenkotierte Gesellschaft (SwissCo II) im Rahmen einer öffentlichen Übernahme durch einen Aktientausch übernehmen und KER bilden. SwissCo II hat Altreserven in Höhe von 600 Mio. CHF.

Dies stellt einen Anwendungsfall der internationalen Transponierung dar. Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Dividenden von SwissCo II an SwissCo I wird im Umfang der Differenz der bei SwissCo I geschaffenen AK/KER zum AK/KER von SwissCo II verweigert. Dies gilt unabhängig davon, ob die Aktionäre von SwissCo II nach der Übernahme an SwissCo I eine Mehrheit an SwissCo I halten oder nicht. Analoges gilt für ein gemischtes Angebot mit Bar- und Tauschkomponente.

Wenn hingegen bei SwissCo I bloss AK/KER im Umfang des AK/KER von SwissCo II gebildet werden (sog. «Agiolösung»), findet die internationale Transponierung bzw. die Altreservenpraxis keine Anwendung.

³ ESTV, KS 29b vom 23.12.2019, Ziff. 4.2.5.

5. *Immigrationsquasifusion*

20 Bei einer Immigrationsquasifusion können im Umfang des Verkehrswerts der eingelegten Gesellschaft KER (bzw. Ausland-KER) gebildet werden (vgl. dazu § 18 N 24 ff.). Hat die eingelegte ausländische Tochtergesellschaft eine (direkte oder indirekte) schweizerische Tochtergesellschaft, kann dies u.U. einen Anwendungsfall der erweiterten internationalen Transponierung darstellen.

21 **Beispiel**

Eine auf den BVI ansässige kotierte Gesellschaft (BVICo) wird mittels Quasifusion in eine schweizerische Gesellschaft (ListCo) eingelegt, die wiederum kotiert wird (Immigrationsquasifusion). Dabei werden im Umfang des Verkehrswerts von 10 Mia. CHF bei ListCo KER gebildet. Die BVICo hält eine inländische Gesellschaft (SwissCo) mit einem Verkehrswert von 4 Mia. CHF (Variante: 100 Mio. CHF) über eine niederländische Zwischengesellschaft. SwissCo wird nach der Immigrationsquasifusion ausgeschüttet und ist nun eine direkte Tochtergesellschaft von ListCo.

Auf Dividenden von SwissCo an ListCo kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer von der ESTV unter dem Titel der internationalen Transponierung verweigert werden. Dabei ist es insb. entscheidend, wie das Wertverhältnis von SwissCo zu den geschaffenen KER ist. Bei einem Wert von 4 Mia. CHF liegt grundsätzlich ein Fall der internationalen Transponierung vor. Bei einem Wert von 100 Mio. CHF (Variante) ist dies hingegen nicht der Fall.

6. *Beschränkung auf Rückerstattungen im innerstaatlichen Verhältnis*

22 Die Rechtsfigur der internationalen Transponierung wird von der ESTV bloss beim Verkauf an eine inländische Gesellschaft (und somit unter dem Aspekt von Art. 21 Abs. 2 VStG) angewendet. Beim Verkauf an eine ausländische Gesellschaft findet die Rechtsfigur der internationalen Transponierung dagegen keine Anwendung. Die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel des ungeschriebenen Abkommensmissbrauchs ist daher grundsätzlich auf die im Zeitpunkt der Veräusserung vorhandenen Altreserven beschränkt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Tatbestand der stellvertretenden Liquidation erfüllt wird (vgl. § 25 N 100 ff.).

23 **Beispiel**

Die in Frankreich ansässige natürliche Person X. veräussert die von ihr gehaltene inländische Gesellschaft (SwissCo) mit AK/KER von 100 000 CHF, welche über Altreserven von 1 Mio. CHF verfügt, zum Verkehrswert von 12 Mio. CHF an eine von X. gehaltene in Luxemburg ansässige Kapitalgesellschaft (LuxCo) (Variante: an eine von X. gehaltene, in der Schweiz ansässige Gesellschaft [Swiss HoldCo]).

24 LuxCo ist gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b (i) DBA-LUX zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Ausschüttungen von SwissCo berechtigt, wenn LuxCo entweder bilanzielle, personelle oder funktionelle Substanz hat. Da X. gemäss Art. 11 Abs. 2 lit. a DBA-F nur bis zum Residualsatz von 15 % rückerstattungsberechtigt ist, stellt sich die Frage

der Anwendung der internationalen Transponierung. Da LuxCo im Ausland ansässig ist, wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nur im Umfang der Altreserven von 1 Mio. CHF (d.h. im Umfang von 150 000 CHF) verweigert. (In der Variante mit Swiss HoldCo würde die Verrechnungssteuer dagegen auf der Differenz Erwerbspreis zu AK/KER von 11.9 Mio. CHF [d.h. im Umfang von 1 785 000 CHF] verweigert).

Diese Beschränkung auf eine inländische Erwerberin mag auf den ersten Blick 25 erstaunen, da durch die Veräusserung gegen Darlehen an eine ausländische Erwerberin dasselbe Ergebnis erreicht werden kann, wenn die ausländische Erwerberin zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist. Da die Schweiz die Gewährung von Abkommensvorteilen aber nicht davon abhängig macht, dass der Empfängerstaat Dividenden seinerseits einer Quellensteuer unterwirft, ist es durchaus folgerichtig. So unterliegen Dividenden bspw. in UK oder Liechtenstein keiner Quellensteuer. In Luxemburg kann durch Teilliquidation dasselbe Ergebnis erreicht werden. Vor diesem Hintergrund fragt es sich, ob die Figur der internationalen Transponierung noch zeitgemäss ist oder ob nicht auch diese Fälle analog zur Praxis zum Abkommensmissbrauch nach ähnlichen Kriterien beurteilt werden sollten.

III. **Erweiterte internationale Transponierung**

1. *Anwendungsbereich*

Unter dem Begriff der «erweiterten internationalen Transponierung» erfasst 26 die ESTV Fallkonstellationen, bei denen Verrechnungssteuersubstrat im Hinblick auf den Verkauf an einen nicht zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigten Käufer in den verrechnungssteuerfreien Raum «transponiert» wird⁴. Ob der Verkäufer zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt ist oder nicht, spielt (im Gegensatz zur internationalen Transponierung [vgl. N 8 f.], Altreservenpraxis [vgl. § 25 N 13] und stellvertretenden Liquidation [vgl. § 25 N 115 f.]) keine Rolle.

Im Wesentlichen tritt die erweiterte internationale Transponierung in zwei Fall- 27 konstellationen auf:

- Der (nicht zur vollständigen Rückerstattung berechnete) Käufer erwirbt eine inländische Gesellschaft über eine inländische Akquisitionsgesellschaft, die aufgrund von KER bzw. Darlehen Mittel ohne Verrechnungssteuerabzug an den Käufer zurückführen kann.

⁴ Zur Kritik an der Rechtsfigur der erweiterten internationalen Transponierung vgl. OESTERHELT, FStR 2020, 40 ff.

- Im Hinblick auf einen Verkauf an einen (nicht zur vollständigen Rückerstattung berechtigten) Käufer schafft der Verkäufer bei der verkauften Gesellschaft durch eine Umstrukturierung KER.

2. *Konstellation 1: Käufer erwirbt über Akquisitionsgesellschaft mit KER/Darlehen*

- 28 Die ESTV verweigert die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens auf Ausschüttungen einer inländischen Gesellschaft (SwissCo) in dem Umfang, in dem die inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo) Reserven ohne Abzug der Verrechnungssteuer an einen nicht rückerstattungsberechtigten Käufer ausschütten kann (d.h. im Umfang der Summe von AK, KER sowie Aktionärsdarlehensschuld von AkquiCo), wobei die Summe von AK/KER von SwissCo in Abzug gebracht werden kann.

29 **Beispiel**

Ein Offshore Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo wird vom Fonds mit 30 Mio. CHF AK/KER sowie einem Darlehen von 70 Mio. CHF ausgestattet. SwissCo verfügt über AK/KER von 5 Mio. CHF.

Die ESTV verweigert auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo bis zur Höhe von 95 Mio. CHF die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens, da die Summe von AK/KER/Darlehen von AkquiCo (100 Mio. CHF) das AK/KER von SwissCo übersteigt.

- 30 Die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Akquisitionsgesellschaft ist ein Anwendungsfall der Steuerumgehung i.S.v. Art. 21 Abs. 2 VStG. Wenn dargelegt werden kann, dass die Akquisitionsgesellschaft eine Funktion als Vehikel zur Aufnahme von Fremdkapital bei Dritten hat, sieht die ESTV praxisgemäss von der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der erweiterten internationalen Transponierung ab. Dies ist insb. dann der Fall, wenn das von der Akquisitionsgesellschaft bei Dritten aufgenommene Fremdkapital die Eigenfinanzierung durch die Aktionärin übersteigt.

31 **Beispiel**

Ein Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo nimmt bei einer Bank einen Kredit von 51 Mio. CHF (Variante: 40 Mio. CHF) auf. AkquiCo wird vom Fonds mit 49 Mio. CHF AK/KER (Variante: 60 Mio. CHF) ausgestattet. SwissCo verfügt über AK/KER von 5 Mio. CHF.

Da die Bankfinanzierung die Eigenfinanzierung durch den Fonds übersteigt, liegt gemäss Praxis der ESTV kein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor. Auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer grund-

sätzlich gewährt. In der Variante ist die Bankfinanzierung kleiner als die Eigenfinanzierung durch den Fonds. Im Umfang der Differenz zwischen AK/KER von AkquiCo und SwissCo (d.h. 55 Mio. CHF) liegt ein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor, sodass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den ersten 55 Mio. CHF Dividenden von SwissCo verweigert würde.

Häufig wird die inländische Akquisitionsgesellschaft von einer weiteren inländischen Holdinggesellschaft gehalten. Wird nur sowohl diese Holdinggesellschaft als auch die Akquisitionsgesellschaft mittels AK/KER/Darlehen finanziert, liegt gemäss Praxis der ESTV potenziell selbst dann ein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor, wenn der Akquisitionsgesellschaft die Mittel überwiegend durch eine Drittfinanzierung zur Verfügung gestellt werden. Der Grund liegt darin, dass die mit AK/KER/Darlehen finanzierte HoldCo selbst keine Finanzierungsfunktion hat. Somit wird eine inländische Holding gegenüber einer ausländischen Holding, die keine Abkommensvorteile in Anspruch nehmen kann (z.B. eine Offshore-Gesellschaft), schlechtergestellt, was m.E. nicht sachgerecht ist.

Beispiel

Ein Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo), die ihrerseits von einer inländischen Holdinggesellschaft (HoldCo) gehalten wird. HoldCo wird vom Fonds mit 20 Mio. CHF AK/KER und einem Darlehen von 29 Mio. CHF finanziert. AkquiCo wird von HoldCo mit ebenfalls mit 20 Mio. CHF AK/KER und einem Darlehen von 29 Mio. CHF finanziert. Zudem nimmt AkquiCo ein Bankdarlehen von 51 Mio. CHF auf.

Die Bankenfinanzierung auf Stufe AkquiCo beträgt vorliegend zwar mehr als 50 %. Problematisch ist aus Sicht der ESTV aber der Umstand, dass das AK/KER/Darlehen von AkquiCo auf Stufe HoldCo gespiegelt wird. Da HoldCo ihrerseits keine Finanzierungsfunktion wahrnimmt, liegt nach Auffassung der ESTV ein Anwendungsfall der erweiterten internationalen Transponierung vor. Somit wird in dem Umfang, wie AK/KER/Darlehen von HoldCo die AK/KER von SwissCo übersteigen (d.h. 44 Mio. CHF), Verrechnungssteuersubstrat in den steuerfreien Raum «transponiert», was gemäss Praxis der ESTV zur Verweigerung der Rückerstattung auf Dividenden von AkquiCo an HoldCo auf den ersten 44 Mio. CHF Ausschüttung führt. Beträgt die Summe von AK/KER/Darlehen auf Stufe AkquiCo hingegen bloss 5 Mio. CHF, liegt kein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor («Agiolösung auf Stufe AkquiCo»).

Wird auf Stufe der inländischen Holdinggesellschaft hingegen kein Substrat geschaffen, das verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden kann, liegt hingegen immer dann kein Anwendungsfall der erweiterten internationalen Transponierung vor, wenn das Fremdkapital auf Stufe Akquisitionsgesellschaft ein allfälliges Aktionärsdarlehen übersteigt.

35 **Beispiel**

Ein Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo), die ihrerseits von einer inländischen Holdinggesellschaft (HoldCo) gehalten wird. HoldCo wird vom Fonds mit dem Minimalkapital von 100 000 CHF finanziert. AkquiCo wird vom Fonds mit einem Darlehen von 29 Mio. CHF und einem Agiozuschuss von 20 Mio. CHF finanziert. Zudem nimmt AkquiCo ein Bankdarlehen von 30 Mio. CHF auf.

Eine potentielle erweiterte internationale Transponierung liegt nunmehr bloss auf Stufe AkquiCo, nicht aber auf Stufe HoldCo vor. Da auf Stufe AkquiCo die Bankfinanzierung das vom Fonds gewährte Darlehen übersteigt, findet die erweiterte internationale Transponierung keine Anwendung. Auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gewährt.

3. *Konstellation 2: Schaffung von KER im Hinblick auf den Verkauf*

36 Die ESTV verweigert die Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der «erweiterten internationalen Transponierung» auch dann, wenn durch eine gruppeninterne Umstrukturierung im Hinblick auf einen Verkauf an eine nicht zur vollständigen Rückerstattung berechnete Käuferin KER geschaffen werden.

37 **Beispiel**

Eine zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete ausländische Gesellschaft (SellCo) hält 100 % der Anteile an SwissCo, die über AK/KER in Höhe von 1 Mio. CHF verfügt. Im Hinblick auf den Verkauf von SwissCo bringt SellCo ihre Anteile an SwissCo in eine neugegründete inländische Holding (HoldCo) ein und schafft im Umfang des Verkehrswerts von SwissCo von 50 Mio. CHF KER bei HoldCo. Nun verkauft SellCo die Anteile an HoldCo für 50 Mio. CHF an AkquiCo, eine mangels Substanz (vgl. dazu § 24 N 20 ff.) nicht zur Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen berechnete Akquisitionsgesellschaft eines Private Equity Fonds.

Die ESTV wird im Umfang von 49 Mio. CHF (Differenz zwischen 50 Mio. CHF KER und 1 Mio. CHF AK/KER von SwissCo) die Rückerstattung der Verrechnungssteuer (bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens) auf Dividenden von SwissCo an HoldCo verweigern.

38 Dies gilt nicht nur mit Bezug auf einen Verkauf, sondern auch im Hinblick auf einen IPO einer schweizerischen Gesellschaft.

39 **Beispiel**

Eine zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete ausländische Gesellschaft (LuxCo) hält 100 % der Anteile an SwissCo, welche über AK/KER in Höhe von 10 Mio. CHF verfügt. Im Hinblick auf den geplanten IPO von SwissCo bringt LuxCo ihre Anteile an SwissCo in eine neugegründete inländische Holding (HoldCo) ein und

schafft im Umfang des Verkehrswerts von SwissCo von 2 Mia. CHF KER bei HoldCo. Im Rahmen des IPO verkauft LuxCo einen Teil der Aktien an HoldCo über die Börse.

Die ESTV wird im Umfang von 1.99 Mia. CHF (Differenz zwischen 2 Mia. CHF KER und 10 Mio. CHF AK/KER von SwissCo) die Rückerstattung der Verrechnungssteuer (bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens) auf Dividenden von SwissCo an HoldCo verweigern.

4. *Heilung durch Ausbuchung von KER bzw. Kapitalisierung von Darlehen*

Es ist möglich, die Rechtsfolgen der erweiterten internationalen Transponierung selbst für bereits fällig gewordene Dividenden zu «heilen», in dem KER in übrige Reserven umgebucht werden bzw. ein Darlehen kapitalisiert wird.

Beispiel

Ein Offshore Private Equity Fonds erwirbt am 1.4.2018 eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo wird vom Fonds mit 100 Mio. CHF AK/KER ausgestattet. SwissCo verfügt über AK/KER von 5 Mio. CHF. Am 1.4.2021 schüttet SwissCo eine Dividende an AkquiCo von 8 Mio. CHF.

Die ESTV verweigert auf der am 1.4.2021 ausgeschütteten Dividende von SwissCo an AkquiCo die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens. Nach eingehenden Diskussionen mit der ESTV bucht AkquiCo am 1.11.2021 ihre KER in übrige Reserven um, so dass AK/KER von AkquiCo gesamthaft 5 Mio. CHF nicht übersteigen. Nunmehr akzeptiert die ESTV die Rückerstattung der Verrechnungssteuer bzw. die Anwendung des Meldeverfahrens auch auf der bereits am 1.4.2021 ausgeschütteten Dividende.

Die Rechtsfigur der erweiterten internationalen Transponierung wird von der ESTV aber «mit Augenmass» angewendet. Nimmt die Akquisitionsgesellschaft noch Fremdkapital bei Dritten auf, das die Eigenfinanzierung durch die Aktionärin übersteigt, sieht die ESTV praxisgemäss von der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der erweiterten internationalen Transponierung ab.

Beispiel

Ein Offshore Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo nimmt bei einer Bank einen Kredit von 51 Mio. CHF (Variante: 40 Mio. CHF) auf. AkquiCo wird vom Fonds mit 49 Mio. CHF AK/KER (Variante: 60 Mio. CHF) ausgestattet. SwissCo verfügt über AK/KER von 5 Mio. CHF.

Da die Bankfinanzierung die Eigenfinanzierung durch den Fonds übersteigt, liegt gemäss Praxis der ESTV kein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor. Auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer grundsätzlich gewährt.

In der Variante ist die Bankfinanzierung kleiner als die Eigenfinanzierung durch den Fonds. Im Umfang der Differenz zwischen AK/KER von AkquiCo und SwissCo (d.h. 55 Mio. CHF) liegt ein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor, sodass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den ersten 55 Mio. CHF. Dividenden von SwissCo verweigert würde.

5. *Akquisitionsgesellschaft mit Finanzierungsfunktion*

- 44 Rechtsgrundlage für die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer an die Akquisitionsgesellschaft ist der in Art. 21 Abs. 2 VStG enthaltene Vorbehalt der Steuerumgehung. Wenn dargelegt werden kann, dass die Akquisitionsgesellschaft eine Funktion als Vehikel zur Aufnahme von Fremdkapital bei Dritten hat, sieht die ESTV praxisgemäss von der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer unter dem Titel der erweiterten internationalen Transponierung ab. Dies ist insb. dann der Fall, wenn das von der Akquisitionsgesellschaft bei Dritten aufgenommene Fremdkapital die Eigenfinanzierung durch die Aktionärin übersteigt⁵. In einem solchen Fall kommt der Akquisitionsgesellschaft nämlich eine wesentliche Finanzierungsfunktion zu.

45 **Beispiel**

Ein Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für CHF 100 Mio. über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo nimmt bei einer Bank einen Kredit von CHF 51 Mio. (Variante: CHF 40 Mio.) auf. AkquiCo wird vom Fonds mit CHF 49 Mio. AK/KER (Variante: CHF 60 Mio.) ausgestattet. SwissCo verfügt über AK/KER von CHF 5 Mio.

Da die Bankfinanzierung die Eigenfinanzierung durch den Fonds übersteigt, liegt gemäss Praxis der ESTV kein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor. Auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer grundsätzlich gewährt.

In der Variante ist die Bankfinanzierung kleiner als die Eigenfinanzierung durch den Fonds. Im Umfang der Differenz zwischen AK/KER von AkquiCo und SwissCo (d.h. 55 Mio. CHF) liegt ein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vor, sodass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf den ersten 55 Mio. CHF Dividenden von SwissCo verweigert würde.

6. *Substanzielle Beteiligung von rückerstattungsberechtigten Personen an Akquisitionsgesellschaft*

- 46 Ist das durch die Akquisitionsgesellschaft aufgenommene Fremdkapital unter 50 %, sieht die ESTV u.U. von der Anwendung der erweiterten internationalen

Transponierung ab, wenn ein Verkäufer an der Gesellschaft beteiligt bleibt oder sich weitere zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Personen substanziell an der Akquisitionsgesellschaft beteiligen. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn sich das Management der erworbenen Gesellschaft die Möglichkeit zu einer Eigenkapitalbeteiligung erhält. Ein Verkäuferdarlehen wird grundsätzlich einer Eigenkapitalbeteiligung gleichgestellt, wenn sichergestellt ist, dass dieses nicht auf nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Personen übertragen wird.

Beispiel

Ein Private Equity Fonds erwirbt eine inländische Gesellschaft (SwissCo) für 100 Mio. CHF über eine inländische Akquisitionsgesellschaft (AkquiCo). AkquiCo nimmt bei einer Bank einen Kredit von 30 Mio. CHF auf. AkquiCo wird vom Fonds mit 20 Mio. CHF AK/KER und 30 Mio. CHF Aktionärsdarlehen ausgestattet. Zudem beteiligt sich das in der Schweiz ansässige Management von SwissCo sowie der inländische Verkäufer mittels AK/KER von insgesamt 20 Mio. CHF an AkquiCo. SwissCo verfügt über AK/KER von 5 Mio. CHF.

Die Bankfinanzierung ist im vorliegenden Fall kleiner als die Eigenfinanzierung der AkquiCo durch den Fonds, sodass grundsätzlich ein Fall der erweiterten internationalen Transponierung vorliegt. Da sich jedoch mit dem inländischen Management und dem Verkäufer auch voll rückerstattungsberechtigte Personen substanziell an der AkquiCo beteiligen, sieht die ESTV in diesem Fall von der Anwendung der erweiterten internationalen Transponierung ab. Auf Dividenden von SwissCo an AkquiCo wird die Rückerstattung der Verrechnungssteuer grundsätzlich gewährt.

7. *Spezialfall: IPO*

Die Praxis der erweiterten internationalen Transponierung wird von der ESTV auch bei einem IPO angewendet. Publikumsaktionäre werden von der ESTV grundsätzlich als nicht zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete angesehen. Bleibt der zur vollständigen Rückerstattung berechnete ehemalige Aktionär aber beteiligt, liegt in dem Umfang keine erweiterte internationale Transponierung vor. Zudem kann die Einbringung einer inländischen Gesellschaft in eine neu errichtete Topholding auch durch zivilrechtliche Gründe gerechtfertigt werden.

Beispiel

Eine in Luxemburg ansässige zur vollständigen Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechnete Gesellschaft (LuxCo) möchte ihre schweizerische Tochter (OpCo; AK/KER: 100 Mio. CHF) im Rahmen eines IPO an die Börse bringen. Sie gründet dafür eine neu inländische Gesellschaft (ListCo) und bringt die Aktien von OpCo im Rahmen einer Sacheinlage ein. Im Umfang des Verkehrswerts von OpCo (1.5 Mia. CHF) werden bei ListCo KER gebildet. In der Folge veräussert LuxCo einen Teil ihrer Aktien. Sie bleibt mit 30 % an ListCo beteiligt.

⁵ Vgl. OESTERHELT, GesKR 2022, 322 ff., 329 f. m.w.Hinw.

Im Umfang von 520 Mio. CHF (100 Mio. CHF AK/KER von SwissCo sowie 30 % von 1.4 Mia. CHF) liegt keine erweiterte internationale Transponierung vor solange LuxCo mit 30 % an SwissCo beteiligt bleibt und weiterhin rückerstattungsberechtigt ist. Im Umfang von 980 Mio. CHF kann gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich eine erweiterte internationale Transponierung vorliegen, wobei es stark auf den Einzelfall ankommt. Wenn hingegen nicht im vollen Umfang KER gebildet werden, sieht die ESTV im Einzelfall u.U. von der Anwendung der erweiterten internationalen Transponierung ab.

6. Teil: Informationsaustausch