
Substanzerfordernis im Zusammenhang mit der Rück- erstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Konzernverhältnis



Thomas Stiegler

MAS et LL.M. (Taxation)

eidg.dipl. Finanz- & Anlageexperte

Partner, Tigerberg AG, St. Gallen

Konzerne wollen von allen abkommensrechtlichen Vorteilen profitieren, insbesondere wenn deren Gesellschaften im Herzen von Europa, in der Schweiz als OECD-Mitglied, sind.

1 Einleitung

Im konkreten Fall wird es für Konzerngesellschaften und deren Muttergesellschaften immer schwieriger die Hürden der Verrechnungssteuer zu überwinden. Kommt es zu Gewinnausschüttungen der Schweizer Tochtergesellschaft an ihre ausländische Muttergesellschaft, wird auf die Dividende die Verrechnungssteuer fällig. An deren Rückforderung werden zunehmend hohe und komplexe Bedingungen geknüpft. Können diese Anforderungen nicht erfüllt werden, kommt es zu einer definitiven Endbesteuerung. Eine dieser Bedingungen ist, dass die ausländische Muttergesellschaft genügend Substanz aufweisen muss, um die abkommensrechtlichen Vorteile zu geniessen. Was bedeutet aber Substanz und in welchem Mass muss diese vorhanden sein? Gibt es eine allgemeingültige Regel, die für sämtliche Muttergesellschaften auf der ganzen Welt Anwendung findet?

Häufig wird Substanz mit der ziemlich abgegriffenen Erklärung vom Vorhandensein von Infrastruktur, eigenen Büroräumen und Personal gleichgesetzt. Diese Auslegung des Begriffs greift aber viel zu kurz. Eine eigentliche Definition, was Substanz genau ist und wieviel davon vorhanden sein muss, bleibt der Gesetzgeber schuldig. In der Steuerliteratur fristet der Substanzbegriff ein stiefmütterliches Dasein, obwohl die Nichterfüllung des Substanznachweises weitreichende bis sogar existenzielle Folgen haben kann. Es führt also kein Weg daran vorbei, aus der vorhandenen Rechtsprechung die entscheidenden Schlüsse zu ziehen. Fehlende Substanz bei der Muttergesellschaft lässt fast immer auf Abkommensmissbrauch schliessen. Oder anders ausgedrückt, der, welcher sich Abkommensvorteile erschleichen will, nimmt sich selten die Mühe, bei der Empfängergesellschaft für genügend Substanz zu sorgen. Falls sein Motiv ausschliesslich steuerlich motiviert ist, sich in einem Staat niederzulassen, wird er den Nachweis des wirtschaftlichen Zwecks, was auch ein Teil des Substanzbegriffs ist, nicht erbringen können. Nur mit Hilfspersonal, Tisch und Stuhl kann also der Substanznachweis nicht geführt werden. Es steckt also doch mehr Substanz in diesem Wort Substanz.

Inhaltsverzeichnis

- 1 Einleitung**
- 2 Allgemeine Problem-
erläuterung**
- 3 Rechtsgrundlagen für
die Rückerstattung der
Verrechnungssteuer**
- 4 Beurteilung der
Rechtsgrundlagen in
der Steuerpraxis**
- 5 Entstehung einer
Steuerumgehung**
- 6 Abgrenzung
Steuerumgehung und
Recht zur Nutzung**
- 7 Verhinderung von
Steuerumgehung und
Abkommensmissbrauch**
- 8 Entlastung über die Doppel-
besteuerungsabkommen
und das Zinsbesteuerungs-
abkommen im Allgemeinen**
- 9 Rückerstattung gestützt
auf Art. 15 Zinsbesteuerungs-
abkommen**
- 10 Anforderungen an den
Substanznachweis**

- 11 Rechtsgrundlagen**
 - 12 Verwaltungs- und
Gerichtspraxis zum
Substanzerfordernis**
 - 13 Aufteilung der Substanz
in drei Kategorien**
 - 14 Personelle und
infrastrukturelle
Substanz**
 - 15 Funktionelle Substanz**
 - 16 Finanzielle Substanz**
 - 17 Abschied von der
Safe-haven-Regelung**
 - 18 *Stellungnahme der
ESTV zur Abschaffung der
Safe-haven-Regelung***
 - 19 Schlussfolgerung**
 - 20 Die Substanzfrage bei
Holdinggesellschaften**
 - 21 Aussichten**
- Literaturverzeichnis**
- Materialien und Erlasse**

Es bedarf einer kurzen Einführung in das System der Verrechnungssteuer, der generellen Rückerstattung und des Meldeverfahrens. Diese wird zuerst im nationalen und dann im internationalen Verhältnis erläutert. Da gesetzliche Normierungen zum Substanzbegriff fehlen, wird die einschlägige Rechtsprechung anhand

von vier wegweisenden Fällen auf den Stufen der Veranlagung bis zur Gerichtspraxis analysiert. Unter der Berücksichtigung der Verwaltungspraxis wird die Aufteilung des Substanzbegriffs in mehrere greifbare Normen vorgenommen. Aus Gründen der Aktualität wird auf das Thema der *Safe-Haven*-Regelung zur Eigenkapitalfinan-

zierung von ausländischen Holdinggesellschaften bei der Rückerstattung eingegangen.

2 Allgemeine Problemerkklärung

Eine inländische Tochtergesellschaft zahlt eine Dividende von CHF 100.– an ihre ausländische Muttergesellschaft. CHF 65.– werden direkt ausgerichtet und CHF 35.– Verrechnungssteuer werden an die ESTV abgeführt. Diese können von der Muttergesellschaft wieder zurückgefordert werden. Falls das Meldeverfahren angewendet werden kann, kann die Konzerngesellschaft auch direkt CHF 100.– an ihre Muttergesellschaft bezahlen.

3 Rechtsgrundlagen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer

Der Anspruch und die Voraussetzungen auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer sind im Verrechnungssteuergesetz in Art. 21 bis 33 geregelt und beinhaltet, folgende Voraussetzungen¹:

Ansässigkeit: Natürliche Personen haben Anspruch auf Rückerstattung, wenn sie bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung im Inland Wohnsitz hatten². Juristische Personen haben Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer, wenn sie bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung ihren Sitz im Inland hatten³.

Nutzungsberechtigung: Ein zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer Berechtigter hat nur Anspruch auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer, die bei der Ausschüttung von Kapitalerträgen erhoben worden ist, wenn er bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass⁴.

Steuerungsumgehung: Die Rückerstattung ist in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerungsumgehung führen würde⁵.

Ordnungsgemässe Deklaration: Die anspruchsberechtigte natürliche Person muss die mit der Verrechnungssteuer belasteten Einkünfte oder Vermögen, woraus solche Einkünfte fliessen, ordentlich deklarieren⁶. Juristische Personen müssen diese Erträge ordnungsgemäss in der Buchhaltung verbuchen⁷.

Die Verrechnungssteuer ist also kein Ersatz für andere Steuern, und es steht dem Steuerpflichtigen nicht zu, nach seinem Belieben auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer zu verzichten und dafür die verrechnungssteuerbelasteten Einkünfte sowie die Vermögen, woraus solche fliessen, bei den direkten Steuern nicht zu deklarieren.

Fristgerechte Deklaration: Der Anspruch auf Rückerstattung erlischt, wenn der Antrag nicht innert drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist, gestellt wird⁸. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist.

4 Beurteilung der Rechtsgrundlagen in der Steuerpraxis

Die Beurteilung der Rückerstattungsberechtigung kann nicht einfach nach den formellen Kriterien vorgenommen werden. Hier kommt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, einer sog. «*Substance over Form*»-Betrachtung, eine grosse Bedeutung zu. Das heisst konkret, dass die Substanziierung durch das Steuersubjekt vorgenommen werden muss und bei deren Überprüfung sich die Steuerbehörden allfällige Korrekturen vorbehalten⁹.

Das Recht zur Nutzung ist nicht einfach mit dem zivilrechtlichen Begriff des Eigentums gleichzusetzen. Eine rein formelle Betrachtungsweise ist meist nicht zielführend. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise aber hilft, den wahren Nutzungsberechtigten nach den wahren wirtschaftlichen Tatsachen zu identifizieren. Dieser muss

nicht einmal vertraglich gesichert sein, eine bloss formlose Verpflichtung, die sich aus der Gesamtheit der Situation ergibt, reicht aus, um als wahrer Nutzungsberechtigter zu gelten.

Es kann festgehalten werden, dass nur derjenige zur Nutzung des den besteuerten Ertrag abwerfenden Vermögenswertes berechtigt ist, welcher den um die Verrechnungssteuer gekürzten Nettoertrag bezieht und über diesen frei verfügen, ihn insbesondere behalten kann und als solchen nicht an einen Dritten weiterzuleiten hat¹⁰. Dem Treuhänder oder Vermögensverwalter, dem in seiner Funktion solche Erträge zufließen und der zwar frei über neue Anlagen entscheiden kann, kommt das Nutzungsrecht aber nicht zu, da er in letzter Konsequenz doch nicht frei über die Erträge verfügen kann.

Bei der Rückerstattung im rein inländischen Umfeld erfüllt die Verrechnungssteuer hauptsächlich einen Sicherungszweck. In einem solchen Verhältnis, Dividendenzahler wie auch Empfänger sind in der Schweiz, würde eine Nichtdeklaration in den meisten Fällen keinen Sinn machen. Im internationalen Verhältnis, könnte es sich für einen Defraudanten auszahlen, die empfangene Dividende nicht zu deklarieren. Aus diesem Grund steht in einer solchen Konstellation der Fiskalzweck im Vordergrund. Der Begriff der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer bedarf einer genaueren Betrachtung und Erläuterung, weil eine detaillierte Beschreibung im Gesetz fehlt. Insbesondere mit dem Augenmerk auf die Abgrenzung zur Steuerhinterziehung sowie dem Recht zur Nutzung.

5 Entstehung einer Steuerumgehung

Eine echte Steuerumgehung entsteht gemäss HÖHN¹¹, wenn eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Lücke im Gesetz hinterlassen wird, und diese vom Steuerpflichtigen mit einer unangemessenen Sachverhaltsgestaltung ausgenützt wird. Das Verhalten muss im Charakter rechtsmissbräuchlich sein. Ein erhebliches Indiz, dass es sich um so eine Lücke handelt, ist, dass der Steuerpflichtige eine völlig unangemessene Strukturierung hat vornehmen müssen, um die nötige Steuerersparnis zu erreichen¹². «Die Steuerpflichtigen nützen unbeabsichtigte (verdeckte) Lücken im Steuerrecht aus, wozu verschlungene Pfade notwendig sind¹³.»

6 Abgrenzung Steuerumgehung und Recht zur Nutzung

Die Abgrenzung zwischen der Steuerumgehung und dem Recht zur Nutzung ist nicht immer klar ersichtlich. «Die Grenzziehung zwischen dem Steuerumgehungsvorbehalt und der Aberkennung des Anspruchskriteriums Recht zur Nutzung liegt letztlich beim missbräuchlichen Vorgehen¹⁴.» Die beiden Kriterien lassen einen weiten Raum offen für die Aberkennung der Rückerstattung. Der Sinn und Zweck beider Kriterien ist es doch, den inländischen Defraudanten und den nicht anspruchsberechtigten Ausländern die Rückerstattung zu verweigern. Das Recht zur Nutzung ist aber ein positives Anspruchskriterium. Es soll nicht in einem engen

¹ ESTV: SI Verrechnungssteuer, 21 ff.

² Art. 22 Abs. 1 VStG.

³ Art. 24 Abs. 2 VStG.

⁴ Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.

⁵ Art. 21 Abs. 2 VStG.

⁶ Art. 23 VStG.

⁷ Art. 25 Abs. 1 VStG.

⁸ Art. 32 Abs. 1 VStG.

⁹ BRÜLISAUER/MATTEOTTI, 21.

¹⁰ SRK 2004-094 vom 9. August 2005, Rz. 2.23.

¹¹ Vgl. HÖHN, ASA 46, 145 f.

¹² BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung, 163.

¹³ HÖHN, ASA 46, 150.

¹⁴ BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung, 173.

zivilrechtlichen Kontext, sondern wirtschaftlich breit ausgelegt werden. Ob dies nun ein faktisches oder vertragliches Nutzungsrecht ist, sollte keine Rolle spielen. «Die Aberkennung des so behaupteten Rechts zur Nutzung wäre alsdann nur aufgrund einer Überprüfung auf Steuerumgehung möglich¹⁵.»

7 Verhinderung von Steuerumgehung und Abkommensmissbrauch

Der ausländische Empfänger mit den von der Verrechnungssteuer belasteten Erträgen kann sich nicht für die Rückerstattung auf das unilaterale, interne Recht der Schweiz berufen. Er kann die ganze oder teilweise Entlastung von der Quellensteuer nur erreichen, wenn zwischen der Schweiz und dem Empfängerstaat ein entsprechender Staatsvertrag besteht. Art. 21 Abs. 2 VStG hat Geltung für Personen im Inland. Die direkte Berufung auf Art. 21 zur Verweigerung eines in einem DBA statuierten Rückerstattungsanspruchs bleibt somit ausgeschlossen. Des Weiteren kommt dazu, dass das DBA grundsätzlich dem VStG vorgeht. Der Abkommensmissbrauch ist demnach die missbräuchliche Inanspruchnahme eines DBA. Dies wäre der Fall, wenn die Rückerstattung der Verrechnungssteuer einer nicht abkommensberechtigten Person zugutekommt¹⁶.

8 Entlastung über die Doppelbesteuerungsabkommen und das Zinsbesteuerungsabkommen im Allgemeinen

Das Meldeverfahren über das Doppelbesteuerungsabkommen kann nur bei ausländischen Dividendenempfängerinnen angewendet werden, die in einem Staat ansässig sind, mit dem die Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen

abgeschlossen hat. Für die Meldung muss das Grundgesuch, das bewilligte Formular 823B vorliegen. Dieses Formular wird von der ausländischen wie auch inländischen Steuerverwaltung geprüft und unterschrieben. Zusätzlich müssen die Formulare 103 und 108 für das Meldeverfahren eingereicht werden¹⁷.

9 Rückerstattung gestützt auf Art. 15 Zinsbesteuerungsabkommen

Im Verhältnis mit der Europäischen Union kann das Zinsbesteuerungsabkommen zur Anwendung kommen. Das Zinsbesteuerungsabkommen ist am 1. Juli 2005 in Kraft getreten. Es beinhaltet die Quellensteuerbefreiung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen – d. h. Dividendenzahlungen von schweizerischen Tochtergesellschaften an eine Muttergesellschaft in der EU können über das ZBStA ohne Abzug der Verrechnungssteuer erfolgen. Gemäss dem Staatsvertrag werden Dividendenzahlungen von der Tochter- an die Muttergesellschaft nicht der Quellensteuer unterstellt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind¹⁸: Die Muttergesellschaft hält eine Beteiligung von 25% an der Tochtergesellschaft und hält diese Beteiligung über 2 Jahre. Ferner ist die eine Gesellschaft Mitglied in der Europäischen Union und die andere ist ansässig in der Schweiz, beide Gesellschaften sind nicht von der Körperschaftssteuer befreit und weisen die Form einer Kapitalgesellschaft auf.

Für die Meldung muss das Grundgesuch, das bewilligte Formular 823C – Grundgesuch um Meldung statt Entrichtung der Verrechnungssteuer auf Dividendenzahlungen an eine ausländische Kapitalgesellschaft, welche eine wesentliche Beteiligung hält, vorliegen. Ferner müssen die Formulare 103 sowie 108 an die ESTV eingereicht werden.

10 Anforderungen an den Substanznachweis

Schüttet eine Schweizer Tochtergesellschaft eine Dividende an ihre in einem Vertragsstaat ansässige, ausländische Muttergesellschaft aus, stellt sich aus Schweizer Sicht die Frage nach der genügenden Substanz der Empfängergesellschaft. Kann die Gesellschaft diesen geforderten Substanznachweis nur ungenügend erbringen, wird ihr die Abkommensberechtigung abgesprochen und somit die Rückerstattung verweigert.

11 Rechtsgrundlagen

Es gibt zum Ausdruck «Substanz» fast keine fachliterarischen Abhandlungen, weil der Ausdruck nicht den Weg in das Gesetz und nicht in eine Verwaltungsanordnung der ESTV gefunden hat. Dies im Gegensatz zu Deutschland und Österreich, wo mit § 50d Abs. 3 EStG (D) einerseits und § 22 BAO bez. §94a EStG (A) andererseits explizite Rechtsgrundlagen bestehen, welche die Substanzerfordernisse ausländischer Empfängergesellschaften regeln¹⁹. Es ist somit für die Erfassung des scheinbar einfachen Ausdrucks Substanz oder Substanzerfordernis eine nähere Analyse der Gerichts- und Verwaltungspraxis nötig.

12 Verwaltungs- und Gerichtspraxis zum Substanzerfordernis

Die Praxis der ESTV stützt sich auf die formellen Entscheidungen, die im Outbound-Verhält-

nis ergangen sind, bei denen der Abkommensmissbrauch der ausländischen Muttergesellschaft im Zentrum stand. Die vier wichtigsten Entscheidungen²⁰ im Zusammenhang mit der Substanzfrage waren sicherlich der Holland-Fall²¹, der Luxemburg-Fall²², der Dänemark-Fall²³ sowie der Guernsey-Fall²⁴. Die Argumente für den Missbrauch und damit Indizien, was die Substanz betrifft, werden im Folgenden erläutert:

Im Holland-Urteil stellte das Bundesgericht fest, falls es sich um ein Fabrikations- oder Dienstleistungsunternehmen handelt, der Missbrauch ausgeschlossen ist, eine allgemeine Formulierung, dass der Zweck unternehmenspolitischer Art ist, genügt jedoch nicht. Des Weiteren stellte das Gericht fest, dass keine effektive Geschäftstätigkeit nachgewiesen werden konnte, es keine Verwaltung im Sitzstaat gab, die Unternehmensführung in einem Drittstaat war und die Unternehmensfinanzierung mangelhaft war.

Im Luxemburg-Fall argumentierte die SRK, dass die Gesellschaft fast nur eine Beteiligung hält, der Fragebogen der ESTV nicht schlüssig beantwortet wurde und die Dividende genutzt wurde, um Aufwendungen zu bestreiten, die nicht schlüssig belegt werden konnten. Das Letzte deutet darauf hin, dass ein Dritter einen steuerfreien Ertrag generieren will.

Im Dänemark-Fall fehlte es an der Infrastruktur, der Direktor war in einem Drittstaat ansässig, die Gesellschaft verfügte über keine Aktivität und kein Personal (selbst eine Holdinggesellschaft benötigt ein Minimum an Personal), und

¹⁵ BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung, 174.

¹⁶ BVG A-2744/2008 vom 23.3.2010, E.3.3.

¹⁷ JAUSI/GHIELMETTI/PFIRTER, 4.

¹⁸ JAUSI/GHIELMETTI/PFIRTER, 653.

¹⁹ Vgl. ZITTER/GENTSCH, IFF-Forum 2009, 216.

²⁰ Zum Folgenden auch: ZITTER/GENTSCH, IFF-Forum 2009. Die Autoren analysierten anhand der ersten

drei Fälle die Substanz im Jahr 2009. Der Guernsey-Fall kam erst im Jahr 2012 hinzu.

²¹ BGer vom 9.11.1984, BGE 110 Ib 287.

²² SRK 2000-055, 28.2.2001.

²³ BGer vom 28.11.2005, BGE 2A.239/2005.

²⁴ BGer vom 16.5.2013, BGE 2C_1086/2012.

der einzig ersichtliche Zweck der Gesellschaft war die Steuerersparnis. Hingegen war die Weiterleitung des Ertrags in Form einer Dividende keine schädliche Weiterleitung.

Im Guernsey-Fall war die Unternehmensfinanzierung fragwürdig, die Gesellschaft verfügte nur über Teilzeitmitarbeiter vor Ort, es wurden nur administrative Aufgaben mit tiefer Entlohnung ausgeführt, die Mietkosten waren gering, die Mutter- wie Tochtergesellschaft verfügte über die gleichen Direktoren, das operative Geschäft wird nicht von der Tochter- sondern von der Muttergesellschaft ausgeführt und die Gesellschaft verfügte über keine eigene Verwaltung.

13 Aufteilung der Substanz in drei Kategorien

Aus den oben erwähnten Anforderungen aus den Fallbeispielen der ESTV, SRK und des Bundesgerichts sowie dem Fragekatalog der ESTV lassen sich der Terminus Substanz im Sinne des Steuerrechts in die drei Hauptkategorien personelle und infrastrukturelle, funktionelle sowie finanzielle Substanz einteilen²⁵.

14 Personelle und infrastrukturelle Substanz

Die ESTV prüft, ob die Gesellschaft über die nötige personelle und infrastrukturelle Substanz verfüge, um insbesondere ihrem Geschäftszweck gerecht zu werden. Bei einer detaillierten Prüfung kann aus diesem Grund auch der Nachweis verlangt werden, dass in den eigenen Büroräumlichkeiten eigene Telefon-, Fax- und Computeranschlüsse etc. vorhanden sind. Ob die Struktur auch gelebt wird, leitet die ESTV aus Telefonrechnungen, Kontoauszügen und Mietverträgen ab. Es wird auch geprüft, ob die Bücher am Sitz der Gesellschaft geführt werden.

15 Funktionelle Substanz

Die ESTV prüft, ob der Zweck der Gesellschaft eingehalten wird und die wirtschaftlich begründete Struktur der Gesellschaft auch gelebt wird. Wie oben erwähnt verweigerte das Bundesgericht die Entlastung von der Quellensteuer im Holland- und im Dänemark-Entscheid mit dem Hinweis auf das Fehlen einer effektiven Geschäftstätigkeit. Vor der Einführung der *Safe-Haven*-Regelung über die Eigenkapitalfinanzierungsquote, welche nachfolgend genauer beschrieben wird, war es für Holdinggesellschaften von Vorteil, wenn diese mehrere Beteiligungen verwalteten²⁶. Mit der Umsetzung der *Safe-Haven*-Regelung wurde dieses Erfordernis jedoch obsolet. Nun mit dem Wegfall der *Safe-Haven*-Regelung erfährt dieses fragwürdige Erfordernis sicherlich eine Renaissance.

16 Finanzielle Substanz

Die Prüfung der finanziellen Substanz erfolgt mit dem Hintergrund, dass die Empfänger-gesellschaft ordentlich finanziert sein muss. Die ESTV orientiert sich dabei am Kreisschreiben Nr. 6 über das verdeckte Eigenkapital. Damit die ausländische Empfänger-gesellschaft das Recht zur Nutzung der Dividende geltend machen kann, muss sie also ein gewisses Mass an finanzieller Substanz aufweisen. Bei reinen Finanzierungsgesellschaften müsste die Muttergesellschaft ein Minimum von 15% aufweisen und bei Beteiligungsgesellschaften wäre eine Eigenkapitalquote von 30% verlangt. Abweichend vom Kreisschreiben sind aber für die ESTV die Buchwerte und nicht die Verkehrswerte massgebend²⁷.

17 Abschied von der *Safe-haven*-Regelung

Im aktuellen Kommentar zur Verrechnungssteuer wird ausgeführt: «Die ESTV akzeptierte in

den letzten Jahren im Sinne einer «*Safe-Haven-Regelung*» das Halten einer schweizerischen Beteiligung durch eine ausländische Holding (Zypern-Holding) sowohl unter dem Gesichtspunkt des Rechts zur Nutzung als auch einer subsidiären Missbrauchsprüfung, wenn die ausländische Holdinggesellschaft einen genügenden Eigenfinanzierungsgrad aufweist. Als Faustregel genügt in sinngemässer Anwendung der intern-rechtlichen Finanzierungsregeln gemäss dem KS-ESTV Nr. 6 vom 6. Juni 1997 ein buchmässiger Eigenfinanzierungsgrad von mindestens 30% auf Basis der Einzelbilanz der ausländischen Holdinggesellschaft. Abweichungen im Einzelfall, z. B. branchen- oder funktionsbedingt, sind möglich. Auf das klassische Substanzerfordernis (eigene Büroräume, eigenes Personal), welches durch Holdinggesellschaften kaum zu erfüllen ist, wird zu Recht verzichtet²⁵.» Bereits im November 2014 gab es Anzeichen dafür, dass diese Praxis von der ESTV nicht mehr länger aufrechterhalten wird. Insbesondere machte die Beratungspraxis die Erfahrung, dass die ESTV das Meldeverfahren mittels Formular 823C bei ausländischen Holdinggesellschaften, die sich auf die Eigenkapitalfinanzierung beriefen, bereits im Dezember 2014 ablehnte, mit dem Verweis auf eine ganzheitliche Betrachtung.

18 **Stellungnahme der ESTV zur Abschaffung der Safe-haven-Regelung**

Auf die konkrete Anfrage zur Abschaffung dieser *Safe-haven-Regelung* bei der ESTV, gab diese folgende schriftliche Stellungnahme ab: «Die Abteilung Rückerstattung wendet in ihren Prüfverfahren stets eine Einzelfallbetrachtung an und beurteilt die Rückerstattungsberechtigung der Antragsteller im Sinne einer Würdigung sämtlicher relevanter Umstände im jeweiligen Einzelfall. In diesem Zusammenhang ist zu be-

achten, dass nicht zuletzt die allgemeinen Entwicklungen im internationalen Umfeld eine erhöhte Sensibilität anlässlich der Prüfung von gewissen Fallkonstruktionen erfordern. So ist es möglich, dass neben dem konkreten Eigenfinanzierungsgrad des Antragstellers auch weitere Bezüge zu dessen Ansässigkeitsstaat nachzuweisen sind. Im Zentrum steht eine gesamtheitliche Betrachtung mit dem Ziel, den wirklichen wirtschaftlichen Begünstigten (*Beneficial Owner*) zu bestimmen und allfällige Abkommensmissbräuche zu verhindern...»

19 **Schlussfolgerung**

Der wenig aussagekräftige und in der Rechtsprechung nicht ausreichend definierte Begriff Substanz lässt sich in die drei erwähnten Hauptkategorien aufteilen. Das Wort Substanz ist hier vielmehr ein fiktiver «Lückenbüßer» für das noch weniger aussagekräftige und noch abstraktere Wort «Anforderung». Wobei das Wort «Anforderung» eher für Klarheit sorgen würde. Die Substanz einer Gesellschaft wird nämlich häufig mit dem Wort «Materie» gleichgesetzt. Dies ist vermutlich auch der Grund, warum immer wieder beim Thema Substanz «Bürolichkeiten und Personal» genannt werden. Dies ist aber nur eine Hauptkategorie des Begriffs Substanz. Alle drei Substanzkriterien befinden sich aber nicht auf der gleichen Hierarchiestufe. Am meisten Bedeutung kommt offensichtlich der funktionellen Substanz zu. In einer *Substance-over-form*-Welt steht doch die wirtschaftliche Betrachtung zuoberst. Die finanzielle Substanz ist in diesem Zusammenhang schliesslich nur ein Punkt, soweit die Eigenkapitalfi-

²⁵ ZITTER/GENTSCH, 223 ff.

²⁶ ZITTER/GENTSCH, IFF-Forum 2009, S. 225.

²⁷ Vergleiche dazu: KS ESTV Nr. 6 v. 6.6.1997 und BAUER-BALMELLI, Art. 21 VStG N. 58b.

²⁸ BAUER-BALMELLI, Art. 21 VStG N. 58b.

finanzierung zu tief ist. Dies deutet auf die Verschiebung von Gewinnen hin oder schlicht auf eine komplett unterkapitalisierte Briefkastenfirma. Die Frage nach der Finanzierung hält HOCHREUTENER²⁹ für beachtlich, da man sich fragen muss, ob eine Gesellschaft mit zu viel Fremdkapital dem eigentlichen Geschäftszweck noch gerecht werden kann.

Die infrastrukturelle/personelle Substanz ist lediglich relevant, wenn Büroräume und Personal vorgeschoben werden, um einen Geschäftsbetrieb zu simulieren. Es versteht sich auch von selbst, dass Hilfskräfte keine strategischen Entscheidungen, die dem Unternehmenszweck gerecht werden sollten, fällen können. C/o-Adressen bei Anwälten und Treuhändern, geringfügige Löhne und generell zu geringe Kosten vor Ort, welche die Betreuung der notwendigen Infrastruktur in Frage stellen, sollten offensichtlich ausreichen, um die geforderte Substanz zu verneinen. Eine normal operierende Gesellschaft sollte keine grösseren Probleme haben, ihre infrastrukturelle sowie personelle Substanz darzulegen. Der funktionellen Substanz kommt in dieser Einteilung eine bedeutendere Rolle zu. Es geht gerade bei Holdings einzig und alleine um die Frage, ob die Gesellschaft ihre Funktion erfüllt oder ob die Firma nur darauf ausgerichtet ist, steuerliche Vorteile zu erzielen. Wie oben ausgeführt wird unter der funktionellen Substanz der Zweck der Gesellschaft sowie ihre wirtschaftlich begründete Struktur subsumiert. Erfüllt die Gesellschaft ihren wirtschaftlichen Zweck und kann die Steuerumgehung ausgeschlossen werden, ist die Frage nach der Eigenkapitalfinanzierung eher untergeordnet. Es wäre nicht sachdienlich, einer solchen Gesellschaft die Abkommensvorteile zu verweigern, weil sie z. B. den geforderten buchmässigen Eigenkapitalfinanzierungsgrad schlecht erfüllt. Auch mit welcher infrastrukturellen und personellen Substanz die Gesellschaft ihre wirtschaftlichen Ziele erreicht, ist Auslegungssache und ist komplex zu beurteilen.

20 Die Substanzfrage bei Holdinggesellschaften

Aktuell kommt es nun zu einer ganzheitlichen Betrachtung, bei der der *Beneficial Owner* im Mittelpunkt steht. Die Finanzierungsfrage wird aber auch nach dem Fall der *Safe-Haven*-Regelung bei Holdinggesellschaften eine massgebende Rolle spielen. Nur kann sich eben der Steuerpflichtige nicht mehr alleine auf dieses Kriterium verlassen, sondern muss andere triftige Gründe für seine Disposition vorbringen. Der *Beneficial Owner* ist eine Anspruchsvoraussetzung. Erfüllt der Steuerpflichtige diese Voraussetzung, kann ihm die Rückerstattung nur noch durch den Nachweis des Missbrauchs verweigert werden. Mit der Einhaltung der Anforderung an die finanzielle Substanz gemäss den Anforderungen des KS Nr. 6 über das verdeckte Eigenkapital wäre ein Teilziel erreicht. Die infrastrukturelle Substanz ist bei Holdinggesellschaften eher gering einzuschätzen, ausser es handelt sich um ein grosses «Kaliber»³⁰. Somit bleibt nur noch die Frage nach der funktionellen Substanz übrig. Falls der Dividendenempfänger nur vorgeschoben ist, erübrigt sich die Frage nach dem tatsächlich wirtschaftlichen Zweck. Einen wahren wirtschaftlichen Zweck kann nämlich nur der echte *Beneficial Owner* verwirklichen. Bringt der Antragsteller nun Gründe hervor, die nicht nur steuerlicher Natur, sondern wirtschaftlicher Natur mit einer gelebten Substanz sind, müssen ihm die Abkommensvorteile zustehen. Eine Gewichtung dieser nicht steuerlichen Gründe sollte nicht vorgenommen werden. Falls der Antragsteller der *Beneficial Owner* ist und er gegen keine Missbrauchsvorschriften verstösst, muss er die Abkommensvorteile nutzen können. Damit wäre auch die Frage geklärt, ob es günstig oder ungünstig ist, wenn die ausländische Gesellschaft zum gleichen Zeitpunkt gegründet worden ist, wie der Erwerb der inländischen Tochtergesellschaft stattgefunden hat. Es kann

sehr gute Gründe geben, warum man eine Beteiligung in einer Struktur hält und dass man dafür eine Gesellschaft gründen muss, versteht sich von selbst. Auch sollte es kein Thema mehr sein, ob die ausländische Gesellschaft nur eine einzige oder zehn Beteiligungen verwaltet. Eine einzige Beteiligung kann unter Umständen ganze Abteilungen beschäftigen, wogegen es auch durchaus möglich ist, dass mehrere substanzlose Beteiligungen, die einen geringen Aufwand verursachen, zusammengefasst werden. Es kommt auch vor, dass ein *Beneficial Owner* seine Beteiligungen nach Qualitätsklassen auf mehrere Holdinggesellschaften an verschiedenen Standorten aufteilt. Diese Risikoverteilung ist aber immer noch unternehmerische Freiheit.

21 Aussichten

Das Thema Substanz dürfte in den nächsten Jahren spannend bleiben. Es stehen international im Zuge der Globalisierung sowie der Digitalisierung der Unternehmen grosse Herausforderungen an. Die OECD strebt einheitliche Regelungen an. Diese werden geprägt sein von den G-20 und der Umsetzung von BEPS. Dieser Thematik wird sich die Schweizer Steuerpolitik stellen müssen. Ein Alleingang wird in der heutigen Zeit nicht mehr möglich sein, wenn man auf der grossen Wiese mitspielen will. Trotzdem sollte man mit einem starken Selbstbewusstsein in die Verhandlungen gehen. Die *economiesuisse* macht zu dieser abwartenden Haltung einen klaren Weckruf: «Eine gegenüber früher grössere Flexibilität seitens der Schweiz bezüglich der eigenen Weiterentwicklung der Unternehmensbesteuerung scheint unumgänglich. Steuerliche Attraktivität sowie Rechts- und Planungssicherheit müssen unter einen Hut gebracht werden. Das kann nur gelingen, wenn die Schweiz den Unternehmen überzeugend kommuniziert, dass sie das Notwendige unterneh-

men wird, um auch im Steuerbereich sowie im Steuerrecht ein weltweit führender Standort zu bleiben – unabhängig davon, wie sich das internationale Umfeld entwickelt³¹.»

Literaturverzeichnis

BAUER-BALMELLI MAJA, Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht, IFF-Forum für Steuerrecht 2002 (zit. BAUER-BALMELLI, Steuerumgehung)

BAUER-BALMELLI MAJA in: ZWEIFEL/BEUSCH/BAUER-BALMELLI (HRSG.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Auflage, 2012 (zit. BAUER-BALMELLI)

PETER BRÜLISAUER/RENÉ MATTEOTTI, Die «Substanz» im Steuerrecht, Institut für Finanzdienstleistungen Zug IFZ, Steuerkonferenz v. 27. Mai 2014 in Zug, nicht publiziert

FREY CHRISTIAN, Unternehmensbesteuerung, Paradigmenwechsel im internationalen Steuersystem? V. 17.9.2013, <[http://www.economie.suisse.ch/de/themen/ste/unternehmensbesteuerung/seiten/_detail.aspx?](http://www.economie.suisse.ch/de/themen/ste/unternehmensbesteuerung/seiten/_detail.aspx?artID=WN_intsteuersystem_20130917)

[artID=WN_intsteuersystem_20130917](http://www.economie.suisse.ch/de/themen/ste/unternehmensbesteuerung/seiten/_detail.aspx?artID=WN_intsteuersystem_20130917)>

HOCHREUTENER HANS PETER, Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, 2013 Bern/Fribourg (zit. Hochreutener)

HÖHN ERNST, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, ASA 46 S. 145, (zit. HÖHN, ASA 46 S. 145.)

JAUSSI THOMAS/GHIELMETTI COSTANTE/PFIRTER MARKUS, Allgemeiner Überblick über die Rückerstattung der eidg. Verrechnungssteuer, StR Nr. 10/2012 S. 645 f.

JAUSSI THOMAS/PFIRTER MARKUS/NACHBUR ANDREAS, Die verrechnungssteuerlichen Deklarationspflichten einer schweizerischen Kapital-

²⁹ HOCHREUTENER, 474 ff., N. 1718–1727.

³⁰ HOCHREUTENER; S.475, N.1722.

³¹ FREY, *economiesuisse*.ch, 17.09.2013.

gesellschaft in Bezug auf Erträge aus Beteiligungsrecht, StR Nr. 1/2013 S. 4 ff.

ZITTER GERNOT/GENTSCH DANIEL, Substanz von Empfängergesellschaften bei Outbound-Dividenden, IFF-Forum für Steuerrecht, Universität St. Gallen, 2009/3 (zit. ZITTER/GENTSCH, IFF-Forum 2009/3)

ZITTER GERNOT/GENTSCH DANIEL, Wirtschaftliche Handänderung und Abkommensmissbrauch, Der Schweizer Treuhänder, ST 9/14, (zit. ZITTER/GENTSCH, ST 9/14)

Materialien und Erlasse

ESTV: Die eidgenössische Verrechnungssteuer, Steuerinformation, Schweiz. Steuerkonferenz SSK, Verrechnungssteuer Januar 2014, abrufbar unter (besucht am 18.1.2015)

www.estv.admin.ch/index.html?lang=dt&webcode=d_01936_de (ESTV: SI Verrechnungssteuer)