

„Wer soll das bezahlen?“ – (Re-)Finanzierungen und Sicherheiten im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen

von Dr. Martin Karl Weber, Partner von Roesle Frick & Partner (Zürich, Schweiz)

1 Finanzierung als Faktor bei Akquisitionen

Jeder Unternehmenskauf muss finanziert werden. Das gilt ungeachtet davon, ob der Käufer selber über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt oder nicht. Akquisitionsfinanzierungen dienen in der Regel der Finanzierung eines Teils des Kaufpreises sowie der Transaktionskosten und stellen oft auch die Gesamtfinanzierung des gekauften Unternehmens auf eine neue Grundlage. Eine falsch kalkulierte, schlecht strukturierte oder zeitlich und vertraglich auf den Unternehmenskauf und die daran anschliessenden Phasen (Integration, evtl. zusätzliches Wachstum) nicht abgestimmte Finanzierung kann dazu führen, dass der Unternehmenskauf und möglicherweise gar das übernommene Unternehmen scheitern.

2 Finanzierungsquellen

Unternehmenskäufe können aus Mitteln finanziert werden, die bereits beim Käufer oder beim zu übernehmenden Unternehmen vorhanden sind (sog. Innenfinanzierung¹). Dabei kann es sich beispielsweise um thesaurierte Gewinne oder Rückstellungen handeln. Entsprechende Mittel können aber auch durch die Veräusserung von Aktiven des zu übernehmenden Unternehmens geschaffen werden.

Häufig benötigt der Käufer allerdings weitere Mittel zur Finanzierung des Unternehmenskaufs (sog. Aussenfinanzierung²). Solche externen Mittel können in Form von Eigenkapital oder Fremdkapital beschafft werden. Eigenkapital kann vom Käufer aufgebracht oder auch von neuen Gesellschaftern im Rahmen einer Beteiligung zugeführt werden (z.B. durch einen Private-Equity-Fonds). Wirtschaftlich zwischen dem Eigenkapital und dem klassischen Fremdkapital steht das sog. «Mezzanine-Kapital», welches dem Fremdkapital gegenüber vertraglich im Rang subordiniert ist. Es dient der Abdeckung des Finanzierungsbedarfs, wozu weder Eigenkapital noch Fremdkapital zur Verfügung steht. Häufig werden den Kreditgebern hierbei Wandelrechte oder Optionen zum Bezug von Aktien zugestanden. Das klassische Fremdkapital wird als sog. «Senior Debt» bezeichnet und steuert typischerweise den grössten Finanzierungsanteil eines Unternehmenskaufs bei. Es wird in der Regel prioritär besichert und ist vorrangig zu bedienen. Bei «Senior Debt»-Darlehen handelt es sich meist um syndizierte Finanzierungen. Wie gesagt stellt eine Akquisitionsfinanzierung oft auch die Gesamtfinanzierung des übernommenen Unternehmens auf eine neue Basis, indem bestehende Betriebsmittelkredite und Hypotheken zu günstigeren Konditionen abgelöst und allenfalls aufgestockt werden – dabei spricht man von sog. «Super Senior Debt», der gegenüber dem «Senior Debt» prioritär besichert wird. Betriebsmittelkredite werden meist so ausgestaltet, dass eine mehrmalige Ziehung und Rückzahlung möglich ist (sog. «Revolving Credit Facility»).

Soweit der Käufer den Kaufpreis nicht vollumfänglich mit Eigenkapital, Mezzanine-Kapital oder klassischem Fremdkapital abdecken kann oder als Sicherheit für den Käufer, kann auch der Verkäufer in die Finanzierung einbezogen werden. Dies geschieht regelmässig durch die

¹ Vgl. zum Begriff der Innenfinanzierung BRODA/KRINGS, Finanzierungsmodalitäten bei M&A-Transaktionen, in: Schweizer Treuhänder 10 (2002) S. 877 ff., S. 878.

² Vgl. zum Begriff der Aussenfinanzierung BRODA/KRINGS, Finanzierungsmodalitäten bei M&A-Transaktionen, in: Schweizer Treuhänder 10 (2002) S. 877 ff., S. 878.

Gewährung eines Verkäuferdarlehens und/oder die Vereinbarung eines variablen, von bestimmten Zielgrössen abhängigen Kaufpreisanzeils (sog. «Earn-out»).³

Der Einsatz von Fremdkapital ist bei einem Unternehmenskauf interessant und bewirkt einen positiven Hebeleffekt, solange die Gesamtkapitalrendite grösser ist als die durchschnittlichen Finanzierungskosten.⁴ Vor diesem Hintergrund ist die Finanzierbarkeit durch Dritte oft auch ein guter Gradmesser für die Angemessenheit des Kaufpreises. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nun vorwiegend mit der Finanzierungsquelle Fremdkapital im Zusammenhang mit Unternehmensakquisitionen.

3 Koordination der Kreditgeber

Die verschiedenen Finanzierungselemente und die oft internationalen Kreditgeber sind zu koordinieren, was in der Regel über ein sog. «Intercreditor Agreement» geschieht. Zur Ausgestaltung des Verhältnisses der Kreditgeber kommt grundsätzlich das Konzept der Solidargläubigerschaft (Art. 150 OR), der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft (z.B. Art. 544 Abs. 1 OR) oder der Teilgläubigerschaft in Frage. Ergänzend besteht die im englischen und deutschen Rechtsraum übliche «Parallel Debt»-Konstruktion, wobei der Kreditnehmer anerkennt, jeden Kreditbetrag auch einem einzelnen Kreditgeber zu schulden.⁵ Die diversen Kreditgeber werden regelmässig einen Kreditgeber, in der Regel den Konsortioalführer, als Sicherheitenverwahrer bestimmen (sog. «Security Agent»), der in Bezug auf die akzessorischen Sicherheiten als direkter Stellvertreter der Kreditgeber handeln und dem in Bezug auf die Sicherungszessionen das Vollrecht übertragen wird. Die «Parallel Debt»-Konstruktion ermöglicht nun die Errichtung eines Pfandrechts zugunsten dieses Sicherheitenverwahrers für die gesamte Kreditschuld, ohne dass dabei alle anderen Kreditgeber eine formell besicherte Partei sein müssen und ohne dass dabei der Grundsatz der Akzessorietät eines Pfandrechts verletzt würde.⁶

4 Akquisitions- und Finanzierungsstruktur

Die typische Akquisitionsstruktur sieht für die Übernahme des gekauften Unternehmens regelmässig die Gründung einer oder mehrerer Gesellschaft(en) vor (nachfolgend «Übernahme-gesellschaft(en)»), deren Zweck vorerst die Übernahme des gekauften Unternehmens ist, sei es durch Übernahme der Gesellschaftsanteile («Share Deal») oder durch Übernahme der Aktiven, Passiven und Verträge des gekauften Unternehmens («Asset Deal»). Beim «Leverage Buy Out» werden normalerweise die Gesellschaftsanteile erworben.

Das benötigte Fremdkapital wird in die Übernahmegesellschaft eingebracht und belastet auf diese Weise zunächst die Bilanz des wirtschaftlichen Käufers nicht (sog. «Off-Balance Sheet Financing»). Der Käufer haftet grundsätzlich auch nicht für das der Übernahmegesellschaft zur Verfügung gestellte Fremdkapital (sog. «Non-Recourse Financing»). Der Käufer wird den Kapitalgebern allerdings Sicherheiten zur Verfügung stellen müssen, die zeitlich und/oder betragsmässig beschränkt werden können (sog. «Limited Recourse Financing»). Der Fokus dieser Fi-

³ Vgl. dazu HÜNDERWADEL/TRANCHET, Akquisitionsfinanzierungen, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 361 ff., S. 367 f.

⁴ Vgl. dazu MITTENDORFER, Praxishandbuch Akquisitionsfinanzierung, 1. Aufl., Wiesbaden 2007, S. 30.

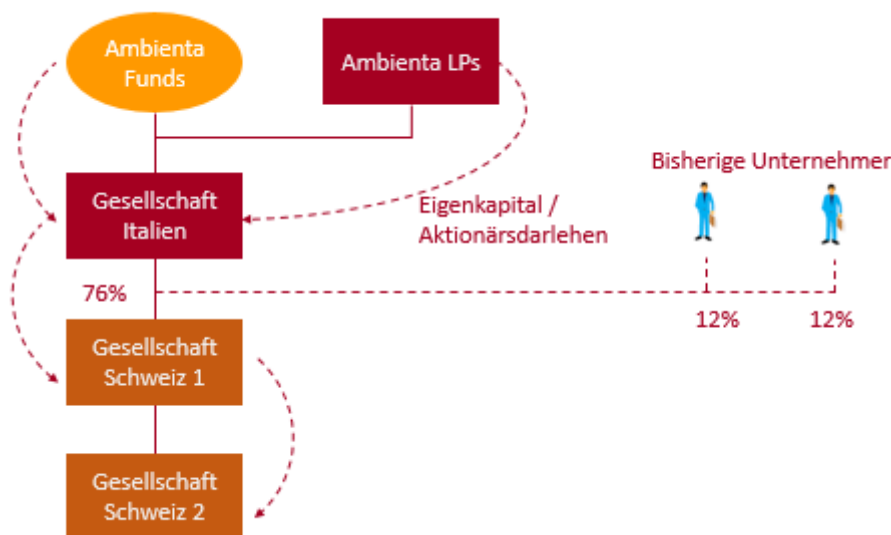
⁵ HAEBERLI, Pfandrechtliche Probleme bei der Besicherung von Konsortialkrediten, in: GesKR 4 (2007) S. 361 ff.

⁶ HAEBERLI, Pfandrechtliche Probleme bei der Besicherung von Konsortialkrediten, in: GesKR 4 (2007) S. 362 ff.; vgl. dazu auch BK-ZOBL, Art. 884 ZGB N 260.

finanzierungsform liegt daher in erster Linie auf den vom zu übernehmenden Unternehmen erwirtschafteten Gewinnen und dessen Liquidität, womit die gewährten Darlehen bedient werden sollen.

Mehrere Übernahmegesellschaften werden beispielsweise dann vorgesehen, wenn sich verschiedene Parteien am übernommenen Unternehmen beteiligen, bzw. die bisherigen Unternehmer noch eine Minderheitsbeteiligung am übernommenen Unternehmen behalten. In diesem Kontext kann es Sinn machen, die verschiedenen Gesellschafter in einer Übernahmegesellschaft als Oberholding mit einem Aktionärsbindungsvertrag zu koordinieren und dann darunter eine weitere Übernahmegesellschaft zu hängen, welche die Anteile der Ziel-Unternehmung übernimmt und in welche die gewährten Kredite schliesslich fliessen. In Fällen eines späteren Verkaufs oder eines Börsengangs besteht so bereits eine Gruppenstruktur mit einer eigenen Holdinggesellschaft, deren Aktien einfach verkauft werden können.

Ein anschauliches und anlässlich des DACH-Vortrags vom 23. September 2016 in Wien näher erläutertes Beispiel ist die Übernahme der Schweizer SF-Filter AG mit Tochtergesellschaften in Deutschland, Frankreich, Österreich und Polen durch die italienische Private Equity Gesellschaft Ambienta Sgr S.p.A. Zu diesem Zweck wurden zwei Schweizer Übernahmegesellschaften gegründet, eine zur Koordinierung von Ambienta und der noch am Unternehmen beteiligten Unternehmer sowie eine zur eigentlichen Übernahme der Zielgesellschaft SF-Filter AG (siehe dazu die nachstehende Abbildung betreffend die Akquisitionsstruktur). Die eingesetzten Fremdmittel, welche primär durch die britische BlueBay Asset Management LLP über verschiedene Fonds in Luxembourg sowie durch die deutsche Berenberg Bank aufgebracht wurden, flossen schliesslich in die zweite Übernahmegesellschaft (in der nachfolgenden Abbildung «Gesellschaft Schweiz 2» genannt).



Die steuerlichen Stärken und Schwächen einer solchen Akquisitions- und Finanzierungsstruktur wurden bereits durch Herrn RINDLER in einem vorstehenden Artikel erläutert. Eine solche Akquisitionsstruktur hat insoweit eine Schwäche, da die Finanzierung in eine nicht operative

Gesellschaft eingebracht wird und ihr keine operativen Erträge gegenüberstehen.⁷ Dementsprechend werden die Übernahmegesellschaft und die gekaufte Unternehmung nach erfolgter Übernahme zum Teil auch miteinander verschmolzen oder anderweitig reorganisiert.

5 Sicherheiten

Nach dem Gesagten basiert eine Akquisitionsfinanzierung regelmässig auf den vom zu übernehmenden Unternehmen erwirtschafteten Gewinnen und dessen Liquidität. Nichtsdestotrotz werden dabei von den Kreditgebern Sicherheiten verlangt, die insbesondere auch die Kontrolle der zur Bedienung der Finanzierung notwendigen «Cash Flows» der zu übernehmenden Unternehmung sicherstellen sollen. Typische Sicherheiten sind dabei Pfandrechte an den Gesellschaftsanteilen der zu übernehmenden Unternehmung sowie an der Übernahmegesellschaft, Globalzessionen betreffend die Forderungen der zu übernehmenden Unternehmung, Pfandrechte an den Bankbeziehungen und Pfandrechte an etwaigen Immaterialgüterrechten der zu übernehmenden Unternehmung. Zudem müssen die wesentlichen Tochtergesellschaften des zu übernehmenden Unternehmens meist Garantien abgeben.

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen ist einer Gesellschaft unter Schweizer Recht die Gewährung finanzieller Unterstützung beim Kauf ihrer Gesellschaftsanteile nicht grundsätzlich untersagt. Sicherheiten zugunsten einer Mutter- oder Schwestergesellschaft (sog. «Upstream und Cross-stream-Sicherheiten») sind jedoch Grenzen gesetzt (siehe dazu nachstehende Ziffer 7). Dabei geht es um Fragen der Sittenwidrigkeit und des Handelns ausserhalb des Gesellschaftszwecks, um das Verbot verdeckter Gewinnausschüttungen und der Kapitalrückgewähr sowie um die Verletzung von Pflichten der geschäftsführenden Organe.⁸

6 Vertragsdokumentation

Zur Dokumentation einer Akquisitionsfinanzierung wird in der Regel ein Vertrag zur Koordination der diversen internationalen Kreditgeber, der eigentliche Kreditvertrag sowie diverse Verträge betreffend die Sicherheiten geschlossen. Zudem verlangen institutionelle Kreditgeber meist eine Legal Opinion der Rechtsvertreter der Käuferschaft über den Bestand der zu übernehmenden Unternehmung etc. (sog. «Capacity Opinion») und eine Legal Opinion ihrer Rechtsvertreter über die Durchsetzbarkeit der geschlossenen Kredit- und Sicherheitenverträge. Dabei ist es wichtig, dass die Finanzierungsdokumentation an die vertragliche Dokumentation der Akquisition angeglichen wird, insbesondere in Bezug auf die darin vereinbarten (aufschiebenden) Bedingungen.

Im europäischen Raum basieren Akquisitionsfinanzierungen häufig auf den Dokumentationsstandards der Loan Market Association (LMA)⁹, in den USA basieren sie auf jenen der Loan Syndications and Trading Association (LSTA)¹⁰. Obschon für die Schweiz kein solcher Dokumentationsstandard besteht, können die von der LMA ausgearbeiteten Standards weitgehend übernommen werden. Den Besonderheiten des Schweizer Rechts (siehe nachstehende Ziffer 7)

⁷ Vgl. dazu auch HÜNDEWADEL/TRANCHET, Akquisitionsfinanzierungen, in: Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 361 ff., S. 371 ff.

⁸ Vgl. dazu WEBER/HÄUSERMANN, Konsortialkredite, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich 2010, S. 16 ff.; GRÜNENFELDER, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. St. Gallen 2009; VON BÜREN/LÜTHI, Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, Basel 2008, S. 55–107; RUSCH, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004.

⁹ Siehe <www.lma.eu.com>.

¹⁰ Siehe <www.lsta.org>.

ist mit entsprechenden vertraglichen Anpassungen zu begegnen (siehe die Beispielklauseln unter nachstehender Ziffer 8).

7 Besondere Fragen/Problemstellungen im Schweizer Recht

7.1 Beschränkungen bei «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten»

Leistungen einer Schweizer Gesellschaft zugunsten des Aktionärs aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen sind gemäss Art. 680 Abs. 2 der Schweizer Obligationenrechts (OR) unzulässig und (teil-)nichtig. «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten» sind damit dem Risiko der (Teil-)Nichtigkeit ausgesetzt, sofern sie aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen und nicht mit frei ausschüttbaren Mitteln erfolgen.¹¹ In der Lehre besteht Einigkeit darüber, dass der Gewinnvortrag sowie freie und stille Reserven zum frei ausschüttbaren Eigenkapital gehören; unstritten ist dies in Bezug auf die gesetzlichen Reserven und das Agio.¹²

Weiter müssen Leistungen einer Schweizer Gesellschaft, die in einem offenen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage stehen, vom Empfänger gestützt auf Art. 678 Abs. 2 OR als ungerechtfertigte Gewinnausschüttungen zurückerstattet werden, soweit sie bösgläubig bezogen wurden. «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten» dürfen von einer Schweizer Gesellschaft somit nicht einzig aufgrund ihrer Konzernzugehörigkeit erbracht werden, wenn diese von den entsprechenden Konzerngesellschaften keine adäquate Gegenleistung erhält.¹³ Bei entsprechenden Sicherheitsleistungen einer Schweizer Gesellschaft ohne adäquate Gegenleistung stellt sich zudem die Frage, ob diese vom Gesellschaftszweck gedeckt und im Interesse der Gesellschaft sind.¹⁴ Schliesslich qualifizieren «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten» ohne geschäftsmässige Begründetheit (ohne adäquate Gegenleistung) als verdeckte Gewinnausschüttung und lösen damit Verrechnungssteuer aus.¹⁵

In der Finanzierungspraxis kann den oben genannten Rechtsproblemen wie folgt Rechnung getragen werden: «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten» können erstens auf die von der Schweizer Gesellschaft im Zeitpunkt der Vollstreckung der Sicherheiten bestehenden ausschüttbaren Mittel beschränkt werden. Zudem sind entsprechende Sicherheitsleistungen «at arm's length» zu entschädigen. Die Zweckbestimmung in den Statuten kann im Vorfeld angepasst werden, sodass die (entschädigungslose) Gewährung von «Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten» ausdrücklich zugelassen wird. Schliesslich sollten entsprechende Sicherheitsleistungen durch den Verwaltungsrat und die Gesellschafterversammlung der Schweizer Gesellschaft genehmigt werden.¹⁶

7.2 Vorsicht bei Grundpfändern

Nach Art. 94 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer sind im Ausland wohnhafte Kreditgeber, deren Forderungen durch Pfänder auf Grundstücken in der Schweiz gesichert sind,

¹¹ GRÜNENFELDER, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, Diss. St. Gallen 2010, S. 92 ff.

¹² Vgl. m.w.Verw. TSCHÄNI, Leverage Buy-Out, in: Mergers & Acquisitions II, Zürich 2000, S. 20.

¹³ RUSCH, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, S. 140.

¹⁴ TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, Kap. 5 N 72 ff.

¹⁵ NEUHAUS/WATTER, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Grantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer/Nobel/Waldburger (Hrsg.), FS für Peter Böckli, Zürich 2006, S. 213 ff.

¹⁶ Siehe auch WEBER/HÄUSERMANN, Konsortialkredite, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich 2010, S. 19 f.

für die ihnen ausgerichteten Zinsen steuerpflichtig. Die entsprechenden Quellensteuern variieren je nach Kanton und anwendbarem Doppelbesteuerungsabkommen. Kann der im Ausland ansässige Kreditgeber ein Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch nehmen, entfällt die in der Schweiz erhobene Quellensteuer auf den Zinsen hypothekarisch gesicherter Forderungen ganz oder sie wird reduziert. Eine vollständige Entlastung von der Schweizer Quellensteuer wird erreicht, wenn der Gläubiger u.a. in Deutschland oder Grossbritannien ansässig ist. Bei der Bestellung von Grundpfändern ist somit je nach Domizil des Kreditgebers Vorsicht geboten.

7.3 Die 10/20/100 Nicht-Banken Regeln

Wird ein Konsortialkredit als Anleihe qualifiziert, so ist in der Schweiz gegenwärtig die Emissionsabgabe geschuldet und die Zinszahlungen des Schweizer Kreditnehmers unterliegen der Verrechnungssteuer. Dies ist der Fall, wenn sich unter den Kreditgebern mehr als zehn Nicht-Banken befinden, die Kreditsumme mindestens CHF 500'000 beträgt und das Kapital zu identischen Bedingungen aufgenommen wird (Anlehensobligation).¹⁷

Wird der Kreditnehmer als Bank qualifiziert, muss er gegenwärtig in Bezug auf Zinszahlungen Verrechnungssteuer abführen. Dies ist der Fall, wenn ein Schweizer Kreditnehmer bei mehr als 20 Gläubigern (inkl. der Kreditgeber) gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen fortlaufend Geld zu variablen Bedingungen aufnimmt und der gesamte ausstehende Darlehensbetrag mindestens CHF 500'000 beträgt (Kassenobligation).¹⁸ Gewisse Forderungen sind davon ausgenommen, falls diese bereits selber eine Verrechnungssteuerpflicht auslösen. Zudem sind die Gläubiger praxisgemäss für jede Klasse von Gläubigern, wie überjährige Verbindlichkeiten, unterjährige Verbindlichkeiten sowie Garantie- oder Sicherungsdepots, separat zu zählen.¹⁹ Insgesamt darf der Kreditnehmer nicht mehr als 100 Nicht-Banken als Gläubiger haben.

Eine Verletzung der Nicht-Banken Regeln ist deshalb zu vermeiden. Dazu können die Anzahl der Nicht-Banken, welche als Kreditgeber am Kreditvertrag beteiligt sein dürfen, vertraglich auf maximal zehn beschränkt werden. Zudem kann ein Schweizer Kreditnehmer vertraglich dazu verpflichtet werden, nie bei mehr als 20 Nicht-Banken zinspflichtige Schuldverhältnisse einzugehen. Schliesslich kann im Kreditvertrag auch eine spezielle Tranche geschaffen werden (sog. «Swiss Facility»), welche dem Schweizer Kreditnehmer zur Verfügung steht und für welche die entsprechenden Nicht-Banken Regeln gelten; die übrigen Tranchen würden dann nur ausländischen Kreditnehmern zur Verfügung gestellt. Je nach Komplexität empfiehlt es sich, die steuerliche Behandlung jeweils vorgängig mit den Steuerbehörden abzuklären. Die naheliegende Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft und die entsprechende Weiterleitung des Kredits an die Schweizer Gesellschaft via Darlehen hilft in der Regel wenig, da eine solche Konstruktion von den Schweizer Steuerbehörden regelmässig als Steuerumgehung qualifiziert wird, insbesondere wenn die Schweizer Gesellschaft gegenüber den Kreditgebern Sicherheitsleistungen erbringt.²⁰

¹⁷ Vgl. ESTV, Merkblatt Geldmarktpapiere und Buchforderungen inländischer Schuldner und Merkblatt Obligationen, jeweils vom April 1999.

¹⁸ Vgl. ESTV, Merkblatt Geldmarktpapiere und Buchforderungen inländischer Schuldner und Merkblatt Obligationen, jeweils vom April 1999.

¹⁹ OESTERHELT, Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe bei Konzernfinanzierung, in: Schweizer Treuhänder 9 (2011) S. 756 ff., S. 757.

²⁰ Vgl. WEBER/HÄUSERMANN, Konsortialkredite, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich 2010, S. 26.

7.4 Steueraufrechnungsklausel vs. Mindestzinsklausel

Ausländische Kreditverträge enthalten zudem regelmässig sog. «Tax Gross-up»- und «Tax Indemnity»-Klauseln, wonach der Kreditnehmer sämtliche Steuern, die im Zusammenhang mit dem Kredit anfallen, selber zu tragen hat und die Kreditgeber so zu stellen hat, wie wenn auf den Sicherheitsleistungen und Zinszahlungen keine Steuern anfallen würden. Nach Massgabe von Art. 14 Abs. 1 des Verrechnungssteuergesetzes (VStG) ist die steuerbare Leistung bei der Auszahlung, Überweisung, Gutschrift oder Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen. Vereinbarungen, welche dieser Verpflichtung widersprechen, sind gegenwärtig nichtig. Es bestehen jedoch politische Bestrebungen, dies zu ändern. Die Verpflichtung der Abführung der Verrechnungssteuer trifft somit den Kreditnehmer, aus wirtschaftlicher Sicht sollen jedoch die Kreditgeber die Steuerlast tragen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jede Vereinbarung eine Umgehung von Art. 14 Abs. 1 VStG, wonach der Kreditnehmer verpflichtet ist, zugunsten der Kreditgeber die Zahlung um den in Abzug gebrachten Betrag aufzurechnen.²¹

Dazu hat die Eidgenössische Steuerverwaltung in einem unveröffentlichten Entscheid vom 22. Februar 1990 ausgeführt, das eine sog. Mindestzinsklausel nicht als Umgehung von Art. 14 Abs. 1 VStG zu qualifizieren wäre, in der im Wesentlichen vereinbart wird, dass es sich beim Zins um einen Mindestzins handelt und der Kreditnehmer diesen anpassen muss, falls auf den Zinsen Verrechnungssteuer abzuführen ist und die Verrechnungssteuer dann aufgrund des aufgerechneten Zinsbetrags berechnet wird. Vorausgesetzt ist dabei jedoch, dass die Parteien in gutem Glauben davon ausgehen, dass unter dem Kreditvertrag keine Verrechnungssteuer anfallen soll.²²

8 Ausgewählte Vertragsklauseln zu den Problemstellungen im Schweizer Recht

Intercreditor Agreement: «Any obligation of, or any waiver of a right by, a member of the Group incorporated in Switzerland (each a "Swiss Group Member") under this Agreement in relation to any Intra-Group Liabilities owed to such Swiss Group Member by any other member of the Group (other than a Subsidiary of such Swiss Group Member), or owed by such Swiss Group Member to any other member of the Group (other than a Subsidiary of such Swiss Group Member), shall not be enforceable if and to the extent, but also merely as long as, such obligation or waiver of right violates mandatory Swiss corporate law or would result in any personal civil and/or criminal liability of any member of the board or member of the management of such Swiss Group Member».

Mindestzinsklausel im Kreditvertrag: «By entering into this Agreement, the Parties have assumed in bona fide that the interest payable under the Finance Documents is not and will not become subject to Swiss Federal Withholding Tax. Therefore, each Swiss Borrower acknowledges and agrees that the interest as determined under this Agreement constitutes a minimum rate of interest which, if Swiss Federal Withholding Tax should apply and if Clause 16.2 (*Tax gross-up*) is unenforceable in connection with such Swiss Borrowers, shall be increased as may be necessary to ensure that the Lender receives a net amount equal to the full amount which it would have received, had the payment not be made subject to such Swiss Federal Withholding Tax deduction [...]».

²¹ BGE 131 III 546 ff., S. 549.

²² WEBER/HÄUSERMANN, Konsortialkredite, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich 2010, S. 25.

Beschränkungen betreffend Upstream- und Cross-stream-Sicherheiten im Kreditvertrag: «The fulfilment of any guarantee and/or indemnity or the realisation of any security over any asset ("Charge") granted by a Guarantor incorporated in Switzerland (a "Swiss Guarantor") under this Clause or any other Finance Document in relation to any obligation, undertaking, indemnity or liability of an Obligor (other than the relevant Swiss Guarantor or any of its Subsidiaries)("Up- and Cross-stream Guarantee") shall be limited to the amount of that Swiss Guarantor's Freely Available Equity ("Limitation"). For the purpose of this paragraph (a), "Freely Available Equity" means the amount equal to the maximal amount in which the relevant Swiss Guarantor can make a dividend payment to its shareholders under applicable law at that point in time [...]».

Nicht-Banken Regeln im Kreditvertrag: «Each Swiss Borrower shall be in compliance with the Swiss Ten Non-Bank Rule and the Swiss Twenty Non-Bank Rule, provided that a Swiss Borrower shall not be in breach of this undertaking if its number of creditors that are not Qualifying Swiss Lenders in respect of either the Swiss Ten Non-Bank Rule or the Swiss Twenty Non-Bank Rule is exceeded solely by reason of a failure by one or more Lenders to comply with their obligations under Clause [X] (Conditions of assignment or assignment and transfer by assumption of contract). For the purpose of this Clause, each Swiss Borrower must assume that the number of Lenders under this Agreement who are not Qualifying Swiss Lenders is [Y], unless such Swiss Borrower has received a written confirmation from the Swiss Federal Tax Administration that all of the Lenders are Qualifying Swiss Lenders; the Swiss Borrower's assumption will then be modified accordingly [...]».
