

Nürnberger Steuergespräche

Hybride Finanzierungen – Die deutsche Gesetzesänderung im internationalen Vergleich

5. Dezember 2013

- Hybride Gestaltungen sind Transaktionen, die sich die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Finanzinstrumenten, Gesellschaften oder Übertragungen zwischen verschiedenen Ländern zu Nutze machen
- Zunehmende Besorgnis, dass hybride Gestaltungen unbeabsichtigte doppelte Nichtbesteuerung („*unintended double non-taxation*“) oder Langzeitsteuerabschirmung („*long-term tax deferral*“) ermöglichen
- Bei der doppelte Nichtbesteuerung muss dringend und koordiniert gehandelt werden, um steuerliche Schlupflöcher zu schließen, die darauf zurückzuführen sind, dass die Unterschiede in nationalen Steuersystemen ausgenutzt werden
- Diese Sorge wurde durch die Globalisierung der Wirtschaft und die zunehmende Feinabstimmung von Finanzinstrumenten und von grenzüberschreitenden Transaktionen verschärft
- Doppelte Nichtbesteuerung führt in den EU-Mitgliedstaaten zu erheblichen Einnahmeausfällen und verzerrt den Wettbewerb zwischen den Unternehmen im Binnenmarkt

- Der OECD Bericht aus März 2012 hat **vier verschiedene Arten** hybrider Gestaltungen identifiziert
- **Hybride Instrumente**: Finanzinstrumente werden in verschiedenen Rechtssystemen steuerrechtlich unterschiedlich qualifiziert; zumeist als Fremdkapital in einem und als Eigenkapital im anderen Land
 - Manche Länder klassifizieren Finanzinstrumente zunächst nach ihrer Form, während andere Länder Finanzinstrumente zunächst anhand ihrer wirtschaftlichen Merkmale klassifizieren
 - Beispielsweise betrachten einige Länder (z.B. die USA) ewige Schuldverschreibungen und bestimmte Arten von Wandelschuldverschreibungen, ungeachtet ihrer Form, steuerrechtlich als Eigenkapital, während andere diese für gewöhnlich steuerrechtlich als Fremdkapital einordnen

Keine gesetzlichen Bestimmungen für die Unterscheidung zwischen Fremd- und Eigenkapital in Deutschland. Zivilrecht grundsätzlich bindend für Steuerrecht

Zwei Elemente für die Einordnung als Eigenkapital: (1) gewinnabhängige Vergütung und (2) Beteiligung am Liquidationserlös

	Deutschland
Genussrechte / Genussscheine	Eigenkapital (aktienähnliche Genussrechte) Fremdkapital (obligationsähnliche Genussrechte)
partiarische Darlehen	Fremdkapital
Gewinnschuldverschreibungen	Fremdkapital
Wandelschuldverschreibungen	Fremdkapital/ Premium (Aufschlag) Eigenkapital
stille Gesellschaften	Typische stille (Fremdkapital) Atypische stille (Eigenkapital)

	USA
Perpetual debt	Eigenkapital TAM 200612020 Notice 94-47
Repurchase / sale	Besichertes Darlehen (Fremdkapital) Rev. Ruls. 74-27 und 79-195
Mandatory convertible debt	Eigenkapital Notice 94-47
Convertible debt paid in stock of issuer	Auch wenn als Fremdkapital anerkannt, kein Zinsabzug nach IRC § 163(l)

- **Hybride Gesellschaften:** Gesellschaften, die in einem Land steuerrechtlich als intransparent (wie beispielsweise eine Kapitalgesellschaft) und in einem anderen Rechtssystem steuerrechtlich als transparent (wie beispielsweise eine Personengesellschaft) betrachtet werden
 - Einige Staaten betrachten Gesellschaften anhand ihrer Form als Kapitalgesellschaften (intransparent) oder als Personengesellschaften oder Betriebsstätten (transparent), während andere Staaten Gesellschaften anhand anderer Faktoren klassifizieren (z.B. beschränkte Haftung oder Börsennotierung) oder sie gestatten den Steuerzahlern die Klassifizierung bestimmter Gesellschaften selbst zu wählen
 - Die Nutzung hybrider Gesellschaften ist nach Verkündung der US-„*check-the-box regulations*“ im Jahre 1996 deutlich angestiegen. Die „*check-the-box regulations*“ ermöglichen es US-Steuerzahlern die Klassifizierung von inländischen „*non-corporate*“ Gesellschaften und den meisten ausländischen, nicht börsennotierten Gesellschaften selbst zu wählen

- **Hybrider Übergang**: Transaktion, die von einem Land steuerrechtlich als Übertragung von Eigentum an Vermögen betrachtet wird, während ein anderes Land die Transaktion steuerrechtlich nicht als Übertragung des Eigentums an Vermögen betrachtet
 - Einige Staaten betrachten den zivilrechtlichen Eigentümer eines Vermögens steuerrechtlich als Eigentümer des Vermögens, während andere Staaten (z.B. die USA und Deutschland) üblicherweise Eigentum daran festmachen, welche Partei das wirtschaftliche Eigentum an dem Vermögen aufweist

- **Doppeltansässige Gesellschaften („Dual Residence Entities“):**
Gesellschaften, die aus steuerlicher Sicht in zwei verschiedenen Ländern ansässig sind
 - Eine Gesellschaft kann doppeltansässig sein, weil sie in einem Land registriert ist und in einem anderen Land ihren Verwaltungssitz hat
 - Eine doppeltansässige Gesellschaft könnte Verluste und Steueranrechnungen in zwei Ländern im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht geltend machen

- Hybride Gestaltungen treten im Allgemeinen in einer der folgenden **drei Arten** von Transaktionen auf:
 - Doppelte Abzugstransaktionen
 - Abzug- / Freistellungstransaktion
 - Steueranrechnungsgeneratoren

- Im Februar 2012 hat die EU Kommission eine öffentliche Befragung im Zusammenhang mit doppelter Nichtbesteuerung begonnen. Die Kommission hat einen Fragebogen herausgegeben, um Informationen bzgl. bestimmter hybrider Gestaltungen einzuholen
- Im März 2012 hat die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) einen Bericht zu „Hybride Gestaltungen“ veröffentlicht
- Die EU Kommission hat am 6. Dezember 2012 im angenommenen Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung festgestellt, dass Inkongruenzen zwischen Steuersystemen kurzfristig (im Jahr 2013) angegangen werden sollten
- Am 11. Februar 2013 hat die OECD einen Bericht zu „Aushöhlung von Steuerbemessungsgrundlagen und Gewinnverlagerungen“ („*Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*“) veröffentlicht, in dem die internationalen Unterschiede in der Klassifizierung von Gesellschaften und Instrumenten als ein Maßnahmenschwerpunkt bezeichnet werden
- Am 19. Juli 2013 hat die OECD ihren BEPS-Aktionsplan veröffentlicht

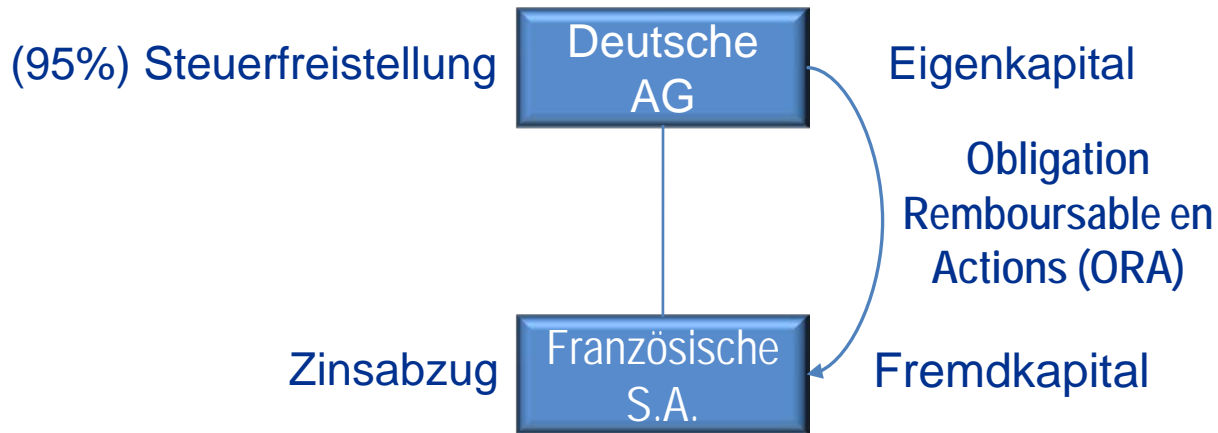
- Der Aktionsplan vom Juli 2013 („Aktionspunkt 2“) fordert einen zweigleisigen Ansatz zur Neutralisierung des Effekts aus doppelter Nichtbesteuerung, doppelten Abzug und steuerlicher Abschirmwirkung
- Zunächst fordert der Aktionsplan Abkommensanpassungen, um „unangemessene“ Abkommensvorteile zu versagen (vielleicht in Form einer *subject-to-tax* Klausel)
- Der Aktionsplan räumt ein, dass eine neue Abkommensklausel nur die Nutzbarkeit von Abkommensvorteilen, wie etwa die Befreiungen von Quellensteuern, abdecken könnte. Eine Modifikation von Abkommen kann die Nichtanerkennung eines Zinsabzugs oder einer Dividendenbefreiung nicht umfassen

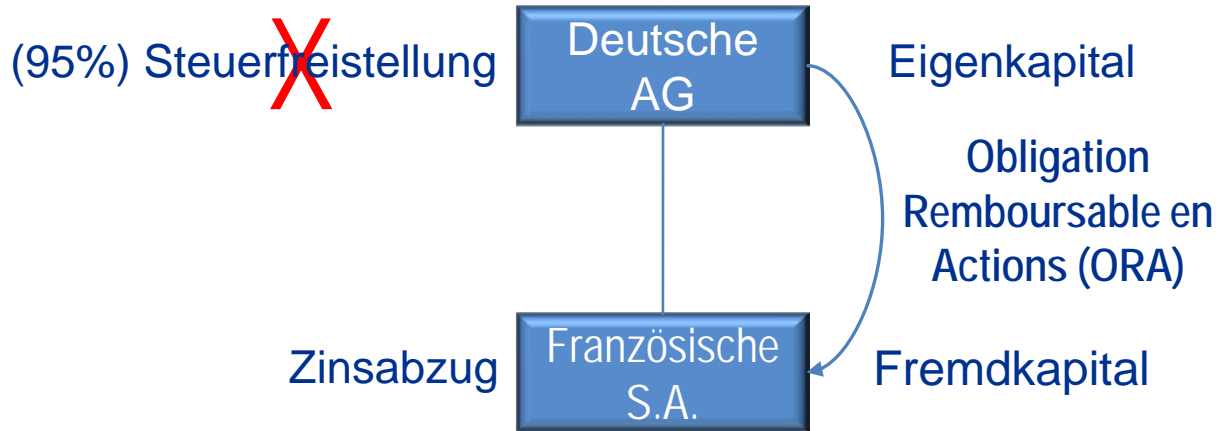
- Der Aktionsplan besagt, dass die OECD Musterregelungen für nationale Gesetze entwickeln wird, die:
 - dem Zahlungsempfänger Befreiungen für vom Zahlenden abzugsfähige Zahlungen aberkennen;
 - Abzüge für Zahlungen, welche vom Zahlungsempfänger nicht dem Einkommen hinzugerechnet werden, verwehren;
 - den doppelten Abzug von Zahlungen verweigern;
 - Regeln für die Koordinierung oder „*tie-breaker rules*“ für die Einordnung von Gesellschaften begründen
- Der Aktionsplan erkennt, dass Hybride sowohl Instrumente als auch Gesellschaften umfassen
- Beabsichtigt ist, den Steuervorteil durch Hybride zu neutralisieren
- Abstimmung der Arbeiten zur Abzugsbeschränkung für Zinsaufwendungen, Hinzurechnungsbesteuerung und Treaty Shopping notwendig

- Frist: September 2014
- Das derzeitige OECD-Musterabkommen beinhaltet einige bestehende Maßnahmen
 - In seiner derzeitigen Form enthält Art. 24 Absatz 4 eine optionale *switch-over* Klausel, welche eine *subject-to-tax* ähnliche Klausel ist
 - Des Weiteren enthält Absatz 15 des OECD Musterkommentars zu Art. 1 auch eine alternative Formulierung zu einer *subject-to-tax* Klausel
- Vs. Ansicht der EU-Kommission:

Problem nicht durch die Änderung der DBA lösbar, da jedes Länderpaar möglicherweise zu einer anderen Lösung kommt

- Die deutsche Bundesregierung hatte am 14. Februar 2012 hybride Finanzinstrumente im 12-Punkte-Plan zur Reformierung der Unternehmensbesteuerung einbezogen: für gewöhnlich Steuerfreistellung in Deutschland als Gewinnausschüttung und im Quellenstaat Abzug der Zahlung als Betriebsausgabe
- Prominentes Beispiel: Luxemburger CPEC
- Beschluss des BFH vom 6. Juni 2012 (I R 6, 8/11) zum fiktiven Zinsabzug in Brasilien
- § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG n.F.: 95%ige Steuerfreistellung für empfangene Dividenden nur, soweit die Bezüge nicht das Einkommen der leistenden Körperschaft gemindert haben (d.h., nationale Norm gemäß der Empfehlung des BEPS-Aktionsplans)





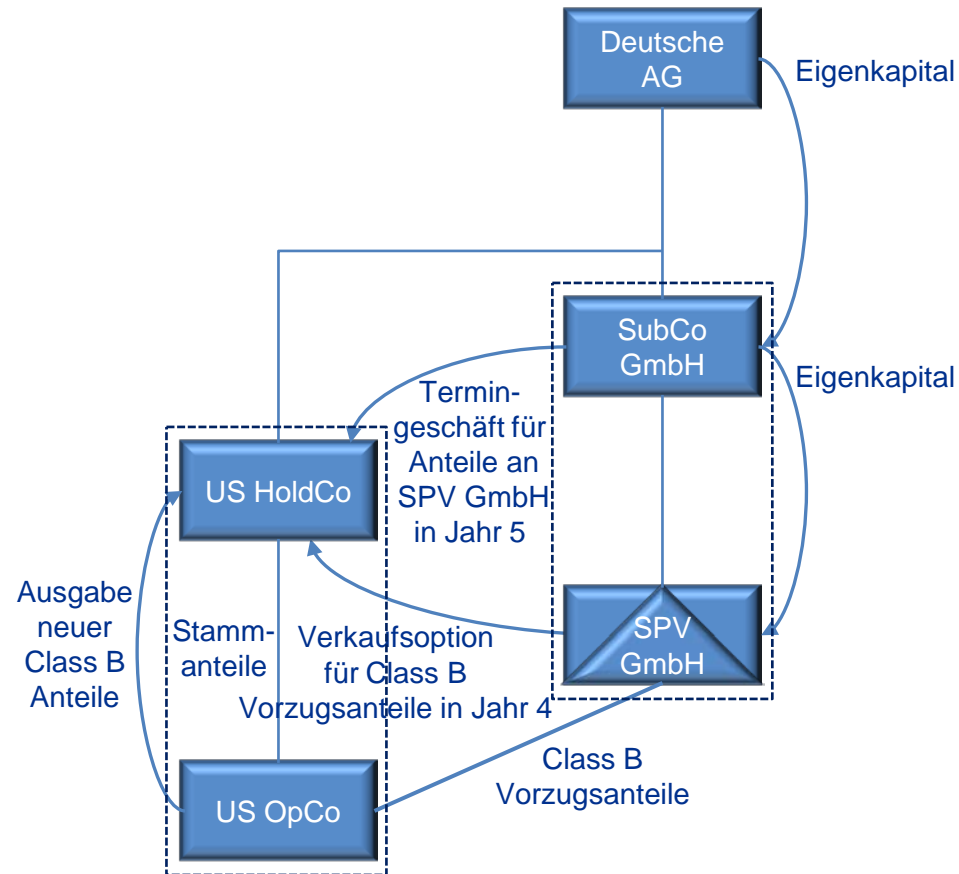
- § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG n.F. ist erstmals für den VZ anzuwenden, in dem das Wirtschaftsjahr endet, das nach dem 31.12.2013 begonnen hat
- Gesonderte Norm für Gewerbesteuer (Abzug ungeachtet dessen, ob der Bezug das Einkommen der leistenden Körperschaft reduziert hat oder nicht)
- Anwendung auf die belgische *notional interest deduction* (fiktive Eigenkapitalverzinsung; Urteil des EuGH vom 4. Juli 2013, C-350/11)?
- Verstoß gegen EU Mutter-Tochter Richtlinie?

Verpflichtung der Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen Gewinnausschüttungen, die Muttergesellschaften von Tochtergesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten zufließen, von der Steuer zu befreien (oder die im Ausland angefallene Steuer anzurechnen)

Dies gilt auch für den Fall, dass die Gewinnausschüttung in dem Mitgliedstaat, in dem die die Zahlung leistende Tochtergesellschaft ansässig ist, als abzugsfähige Zahlung behandelt wurde

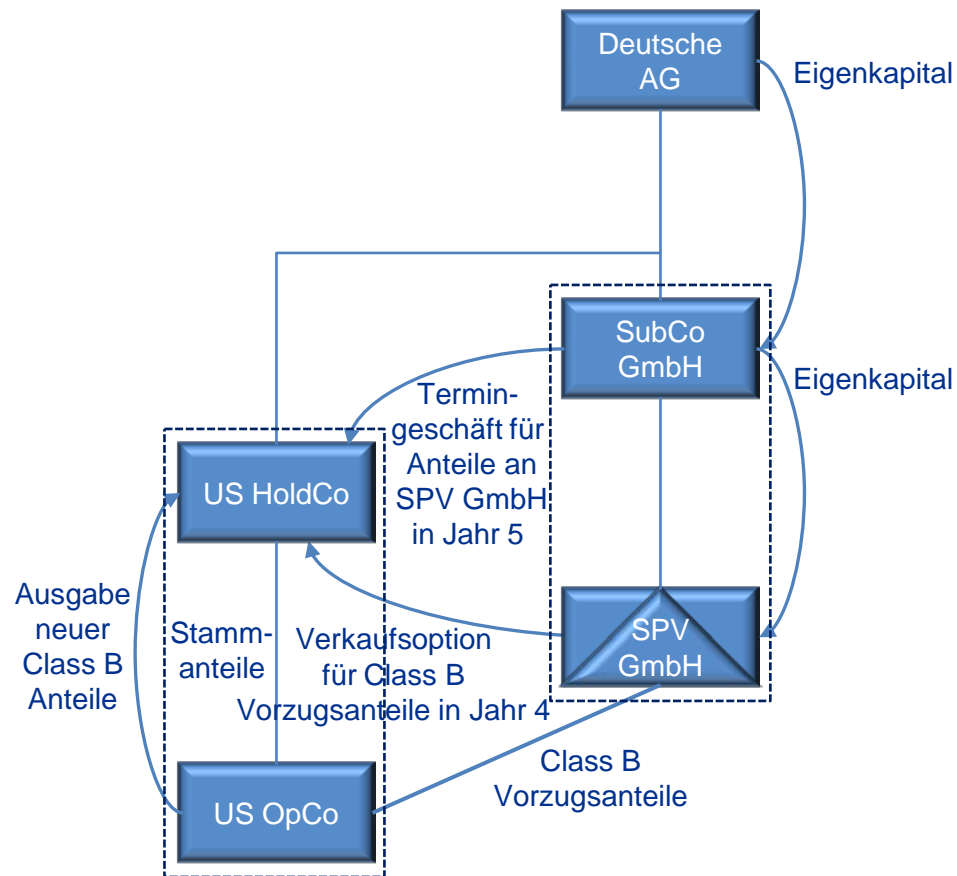
- USA**

- Für Zwecke der US-Bundeseinkommensteuer sollte die Transaktion als Fremdkapital behandelt werden
- Dividendenzahlungen auf die Class B Vorzugsanteile sind daher für die US HoldCo als Zinsaufwand absetzbar (im Rahmen der US-Zinsschrankenregelung)
- Zahlung an die SPV GmbH sollte gemäß Art. 11 des DBA USA/Deutschland keine Quellensteuer auslösen

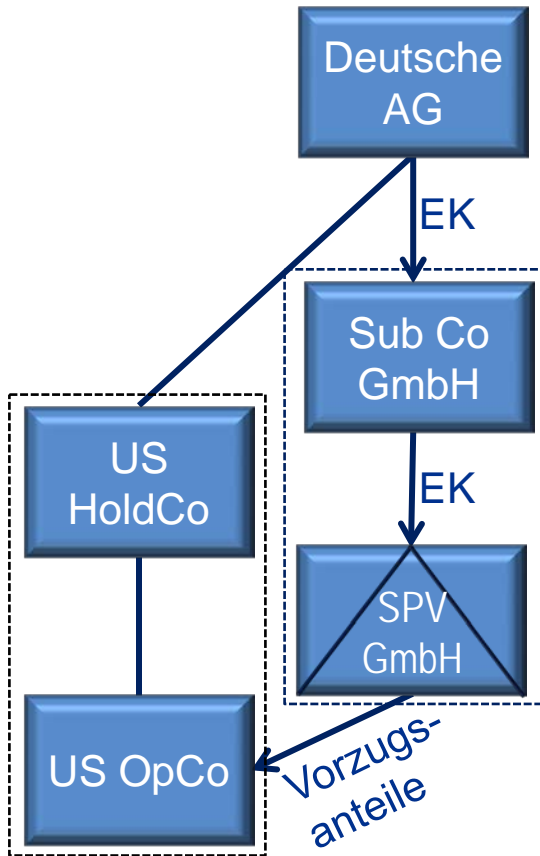


- Deutschland**

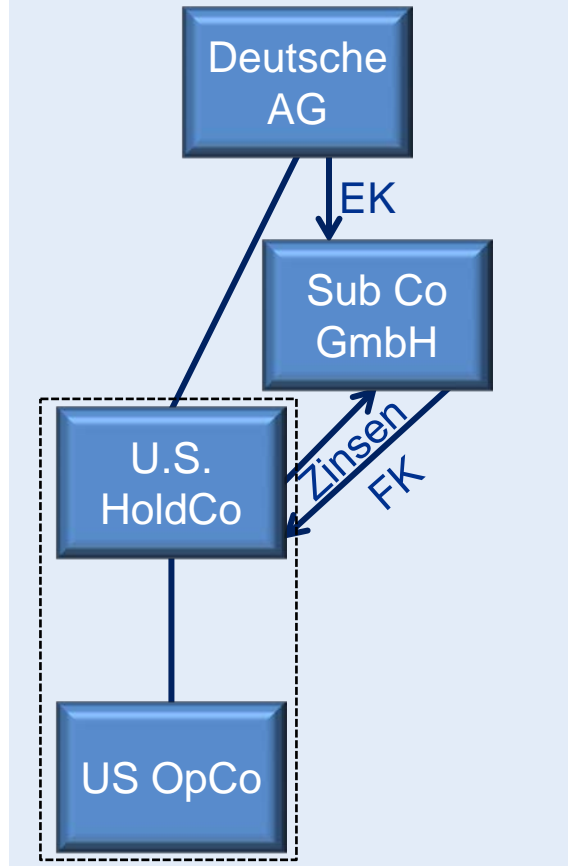
- Class B Vorzugsanteile sollten sowohl für die Handelsbilanz als auch für die Steuerbilanz als Eigenkapital der SPV GmbH beurteilt werden
- SubCo GmbH sollte sowohl für die Handelsbilanz als auch für die Steuerbilanz wirtschaftliche Eigentümerin der Anteile an der SPV GmbH sein
- Zahlungen der US OpCo an die SPV GmbH sollten Dividenden darstellen, die zu 95% von deutscher Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit sind



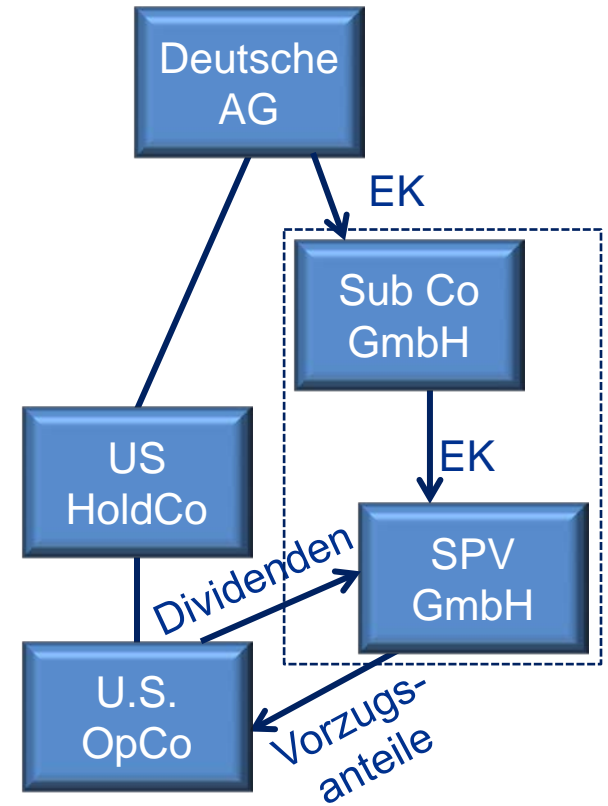
Gesellschaftsstruktur



U.S. Steuerbrille



Deutsche Steuerbrille



- Beabsichtigte Erweiterung der bestehenden Zinsabzugsbeschränkungen im Falle der Finanzierung nahestehender Personen
- Ein Zinsabzug wäre nur möglich, wenn der französische Darlehensnehmer belegt, dass die Zinserträge beim Empfänger einer Steuerbelastung von mindestens 25% unterliegen
- Die Steuerbelastung ist nach französischen Gewinnermittlungsvorschriften zu ermitteln
- Auf Verlangen der französischen Steuerbehörde müssen die Steuerpflichtigen Unterlagen vorlegen, die die Steuerbelastung des Empfängers dokumentieren
- Erstmalige Anwendung auf Wirtschaftsjahre, die am oder nach dem 25. September 2013 enden
- Neuregelung soll auch auf bestehende Finanzierungen Anwendung finden
- Lösung bei Konflikt mit deutscher Norm?

- Vorschlag vom 31. Juli 2013
- Anti-Hybrid Klausel für in Portugal empfangene Dividenden
- Konkrete Ausgestaltung der Klausel noch offen

- Die US Steuerbehörde (IRS) hat „Transaktionen mit internationalen hybriden Instrumenten“ bislang als „*Tier 1 issue*“ bezeichnet, welche einer äußerst genauen Untersuchung und spezieller Prüfungs- und Kontrollverfahren unterliegen
 - Der IRS beschreibt Transaktionen mit hybriden Instrumenten als „grenzüberschreitende Finanzierungsarrangements, bei denen der Steuerzahler verschiedene Positionen für die Einordnung als Fremdkapital oder als Eigenkapital für US und ausländische Steuerzwecke einnimmt“
 - Allerdings hat der IRS erklärt, dass Transaktionen mit hybriden Finanzinstrumenten nicht in Frage gestellt werden sollten, wenn sie den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gerecht werden

- Ursprüngliches Ziel aus den 1990er Jahren war der Schutz vor dem Risiko der Doppelbesteuerung
- Jetzt verhindern, dass Unterschiede im nationalen Steuerrecht ausgenutzt werden, um so die Entrichtung des gerechten Anteils am Steueraufkommen zu umgehen
- Isoliertes Vorgehen der einzelnen Länder wäre mit dem Risiko verbunden, dass ihnen Steuerentnahmen entgehen

1. **Schluss mit doppelter Nichtbesteuerung aufgrund Hybridanleihegestaltungen**

- Die in der MTRL vorgesehene Steuerbefreiung für im Quellenmitgliedstaat abzugsfähige Gewinnausschüttungen nicht gewähren
- Mitgliedstaat der die Zahlung empfangenden Gesellschaft (Muttergesellschaft oder deren Betriebsstätte) besteuert den Anteil des ausgeschütteten Gewinns, der im Mitgliedstaat der die Zahlung leistenden Gesellschaft abzugsfähig ist

2. Missbrauchsbekämpfung

- Allgemeine Regelung zur Verhinderung von Missbrauch, um die Wirksamkeit der MTRL zu erhalten
- Derzeitige Missbrauchsbekämpfungsklausel soll durch eine allgemeine Vorschrift zur Verhinderung von Missbrauch ersetzt werden, die auch auf eine ähnliche, in der Empfehlung betreffend aggressive Steuerplanung enthaltene Klausel stützt
- EuGH-Auslegung von einzelstaatlichen oder vertraglichen Bestimmungen zur Verhinderung von Betrug oder Missbrauch (Cadbury Schweppes (2006), Columbus Container (2007)):
 - Mitgliedstaaten dürfen nicht über den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts hinausgehen, um missbräuchlichem Verhalten entgegenzuwirken
 - Zudem darf die Anwendung von Missbrauchsbekämpfungsmaßnahmen nicht zu Ergebnissen führen, die mit den Grundfreiheiten unvereinbar sind

- Einzelstaatliche oder vertragliche Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehung sollen nicht ausgeschlossen werden
- Neuer Art. 1a
 - „ (1) Im Falle einer künstlichen Gestaltung oder einer künstlichen Reihe von Gestaltungen, die dem wesentlichen Zweck dient, im Rahmen dieser Richtlinie einen unangemessenen steuerlichen Vorteil zu erlangen, und die Geist, Ziel und Zweck der herangezogenen Steuervorschriften zuwiderläuft, entziehen die Mitgliedstaaten den mit dieser Richtlinie gewährten Vorteil.
 - (2) Transaktionen, Regelungen, Handlungen, Vorgänge, Vereinbarungen, Zusagen oder Verpflichtungen gelten als künstliche Gestaltung oder als Teil einer künstlichen Reihe von Gestaltungen, wenn sie die wirtschaftliche Realität nicht widerspiegeln.

Zur Feststellung, ob eine Gestaltung oder eine Reihe von Gestaltungen künstlich ist, prüfen die Mitgliedstaaten insbesondere, ob eine oder mehrere der folgenden Situationen vorliegt:

- a) Die rechtlichen Merkmale der einzelnen Schritte, aus denen eine Gestaltung besteht, stehen nicht im Einklang mit der rechtlichen Substanz der Gestaltung als Ganzes;
- b) die Gestaltung wird auf eine Weise ausgeführt, die bei einem als vernünftig anzusehenden Geschäftsgebaren in der Regel nicht angewandt würde;
- c) die Gestaltung umfasst Elemente, die einander ausgleichen oder aufheben;
- d) die Transaktionen sind zirkulär;
- e) die Gestaltung führt zu einem bedeutenden steuerlichen Vorteil, der sich nicht in den vom Steuerpflichtigen eingegangenen unternehmerischen Risiken oder seinen Cashflows widerspiegelt.“

- Umsetzung bis spätestens 31. Dezember 2014

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



Dr. Pia Dorfmueller

P+P Pöllath + Partners ▪ Frankfurt

E-mail: pia.dorfmueller@pplaw.com

Tel.: +49 (69) 24 70 47 - 10

www.pplaw.com