

Schriften zum Steuerrecht

Markus Reich · Madeleine Simonek (Hrsg.)

Hybride Finanzierungs- instrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz

Peter Hongler

Dr. iur.

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
LITERATURVERZEICHNIS.....	XXIII
MATERIALIENVERZEICHNIS	XLV
DBA-VERZEICHNIS.....	XLVII
1 EINLEITUNG	1
1.1 Ziel	1
1.2 Ausgangsverhältnisse.....	2
1.3 Vorgehen	3
1.4 Begriffliches	4
1.4.1 Hybride Finanzierungsinstrumente.....	4
1.4.1.1 Hybrid	4
1.4.1.2 Mezzanine.....	6
1.4.1.3 Finanzierungsinstrument.....	7
1.4.1.4 Kategorisierung.....	8
2 INNERSTAATLICHE INVESTITIONEN AUS HANDELSRECHTLICHER SICHT	11
2.1 Vorbemerkungen	11
2.2 Mögliche Abgrenzungskriterien.....	11
2.2.1 Formaler Ansatz	11
2.2.2 Funktionaler Ansatz	12
2.2.2.1 Vorbemerkung.....	12
2.2.2.2 Eigenkapitalfunktionen.....	13
2.2.2.3 Fremdkapitalfunktionen	14
2.2.2.4 Zwischenfazit	15

2.3 Handelsrechtliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital in der Schweiz.....	17
2.4 Handelsrechtliche Umqualifikation	18
2.5 Handelsrechtliche Varianten hybrider Finanzierungsinstrumente	20
2.5.1 Vorbemerkungen	20
2.5.2 Hybride Eigenkapitalinstrumente	21
2.5.2.1 Vorbemerkung	21
2.5.2.2 Vorzugsaktien (preferred oder preference shares)	21
2.5.2.3 Partizipationsscheine	24
2.5.2.4 Genussscheine	25
2.5.3 Hybride Fremdkapitalinstrumente.....	27
2.5.3.1 Vorbemerkungen.....	27
2.5.3.2 Zusammengesetzte hybride Finanzierungsinstrumente.....	28
2.5.3.2.1 Vorbemerkungen.....	28
2.5.3.2.2 Wandelanleihen (convertible bond).....	29
2.5.3.2.3 Optionsanleihen (warrant bond).....	30
2.5.3.2.4 Pflichtwandelanleihen (mandatory convertible bond)	30
2.5.3.2.5 Darlehen mit non-equity kicker.....	32
2.5.3.2.6 Contingent convertibles (coco bonds).....	32
2.5.3.3 Gewinnanleihen (partiarische Darlehen).....	35
2.5.3.4 Nachrangige Darlehen (junior debt oder subordinated debt).....	37
2.5.3.4.1 Grundform (ursprünglicher Rangrücktritt).....	37
2.5.3.4.2 Rangrücktrittsvereinbarung (nachträglicher Rangrücktritt).....	37
2.5.3.4.3 Hochverzinsliche nachrangige Anleihen (high yield oder junk bonds).....	38
2.5.3.4.4 Ewige Anleihen (perpetual bonds) oder hybride Anleihen	39
2.5.4 Weitere hybride Finanzierungsinstrumente	42
2.6 Exkurs: Behandlung hybrider Finanzierungsinstrumente nach IFRS	43
2.6.1 Vorbemerkung	43
2.6.2 Allgemeines zur Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital nach IFRS	43
2.6.3 Bilanzierung hybrider Finanzierungsinstrumente	46
2.6.4 Fazit.....	49
3 INNERSTAATLICHE INVESTITIONEN AUS STEUERLICHER SICHT	51

3.1 Vorbemerkungen	51
3.2 Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital aus steuerlicher Sicht	51
3.2.1 Grundsatz: Massgeblichkeit der handelsrechtlichen Qualifikation	51
3.2.2 Ausnahme: verdecktes Eigenkapital	53
3.2.2.1 Vorbemerkungen	53
3.2.2.2 Entstehungsgeschichte	55
3.2.2.3 Gesetzliche Vorgaben und Praxis der EstV	57
3.2.2.4 Kritik in der Lehre zur Qualität des verdeckten Eigenkapitals	59
3.2.2.5 Stellungnahme	60
3.2.2.5.1 Auslegung der gesetzlichen Vorgabe	60
3.2.2.5.2 Beurteilung der EstV-Praxis	63
3.2.2.5.3 Mögliche Entwicklung de lege ferenda	65
3.2.2.5.4 Fazit	65
3.3 Zeitpunkt der Kapitaleinbringung (Emissionsabgabe)	66
3.3.1 Vorbemerkungen	66
3.3.2 Eigenkapital	66
3.3.3 Fremdkapital	68
3.3.3.1 Gewöhnliche Kassa- und Anleiheobligationen	68
3.3.3.2 Zusammengesetzte hybride Finanzierungsinstrumente	71
3.3.3.3 Hybride Anleihen	72
3.3.3.4 Verdecktes Eigenkapital	74
3.3.4 Zwischenfazit	75
3.3.5 Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung	76
3.3.5.1 Unternehmenssteuerreform III	76
3.3.5.2 Anpassungen im Rahmen der Änderung der Bankengesetz- gebung	76
3.4 Während der Investition (Einkommens- und Gewinnsteuer)	78
3.4.1 Vorbemerkungen zu den Einkunftsarten	78
3.4.2 Einleitende Abgrenzungsfragen	78
3.4.2.1 Abgrenzung zwischen Kapitalertrag und Kapitalgewinn	78
3.4.2.1.1 Vorbemerkung	78
3.4.2.1.2 Mögliche Abgrenzungskriterien	80
3.4.2.1.3 Stellungnahme	82
3.4.2.1.4 Beurteilung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	85
3.4.2.1.5 Zwischenfazit	85
3.4.2.2 Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit	86

3.4.2.2.1	Vorbemerkung.....	86
3.4.2.2.2	Traditionelle Begriffsmerkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit	88
3.4.2.2.3	Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	89
3.4.2.2.4	Praxis der EStV.....	92
3.4.2.2.5	Lehrmeinungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	92
3.4.2.2.6	Stellungnahme zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	94
3.4.2.2.6.1	Positive Kritik.....	94
3.4.2.2.6.2	Negative Kritik.....	96
3.4.3	Steuerliche Handhabung von Eigenkapitalinstrumenten	99
3.4.3.1	Bei der Akquisitionsgesellschaft	99
3.4.3.2	Bei den Investoren.....	101
3.4.3.2.1	Juristische Person als Investor.....	101
3.4.3.2.1.1	Allgemeines.....	101
3.4.3.2.1.2	Begriff des Beteiligungsertrags	103
3.4.3.2.1.3	Mindestbeteiligungsquote	105
3.4.3.2.1.4	Besonderheiten bei hybriden Finanzierungsinstrumenten	106
3.4.3.2.1.5	Zwischenfazit.....	109
3.4.3.2.2	Natürliche Person mit Geschäftsvermögen als Investor	110
3.4.3.2.2.1	Allgemeines.....	110
3.4.3.2.2.2	Erträge aus hybriden Finanzierungsinstrumenten	112
3.4.3.2.2.3	Verfassungskonformität der Mindestquote.....	113
3.4.3.2.2.4	Handlungsspielraum der Kantone.....	116
3.4.3.2.3	Natürliche Person mit Privatvermögen als Investor.....	118
3.4.3.2.3.1	Allgemeines.....	118
3.4.3.2.3.2	Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung	120
3.4.4	Steuerliche Handhabung von Fremdkapitalinstrumenten.....	121
3.4.4.1	Bei der Akquisitionsgesellschaft	121
3.4.4.2	Bei den Investoren.....	123
3.4.4.2.1	Juristische Person als Investor.....	123
3.4.4.2.2	Natürliche Person mit Geschäftsvermögen als Investor	123
3.4.4.2.3	Natürliche Person mit Privatvermögen als Investor.....	124
3.4.4.2.3.1	Generelles zur Zinsbesteuerung.....	124
3.4.4.2.3.2	Klassische Options- und Wandelanleihen	125
3.4.4.2.3.3	Nicht klassische Options- und Wandelanleihen.....	126
3.4.4.2.3.4	Pflichtwandelanleihen.....	129
3.4.4.2.3.5	Gewinnanleihen	130

3.4.4.2.3.6	Hybride Anleihen.....	132
3.4.4.2.3.7	Coco bonds.....	132
3.5	Weitere Steuerfolgen während der Investition	133
3.5.1	Verrechnungssteuer.....	133
3.5.1.1	Vorgehen	133
3.5.1.2	Grundkonzept der Verrechnungssteuer	134
3.5.1.3	Materielle Grundlagen.....	135
3.5.1.4	Erträge aus Eigenkapitalinstrumenten	136
3.5.1.4.1	Allgemeines zum Steuerobjekt.....	136
3.5.1.4.2	Vergleich zur Einkommenssteuer.....	137
3.5.1.5	Erträge aus Fremdkapitalinstrumenten.....	139
3.5.1.5.1	Allgemeines zum Steuerobjekt.....	139
3.5.1.5.2	Vergleich zur Einkommenssteuer.....	141
3.5.1.6	Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung	141
3.5.2	Kapitalsteuer bei der Akquisitionsgesellschaft	142
3.5.2.1	Vorbemerkungen	142
3.5.2.2	Kapitalsteuer im Kanton Zürich	142
3.5.3	Vermögenssteuer beim Investor	144
3.5.3.1	Allgemeines	144
3.5.3.2	Bewertung im Privatvermögen.....	145
3.5.3.2.1	Vorbemerkung.....	145
3.5.3.2.2	Eigenkapitalinstrumente (nicht kotiert)	146
3.5.3.2.3	Fremdkapitalinstrumente (nicht kotiert)	148
3.5.3.3	Bewertung im Geschäftsvermögen	150
3.6	Am Ende der Investition (Einkommens- und Gewinnsteuer)	151
3.6.1	Vorbemerkungen	151
3.6.2	Steuerliche Handhabung von Eigenkapitalinstrumenten	152
3.6.2.1	Bei der Akquisitionsgesellschaft	152
3.6.2.2	Bei den Investoren.....	152
3.6.2.2.1	Juristische Person als Investor.....	152
3.6.2.2.1.1	Allgemeines.....	152
3.6.2.2.1.2	Besonderheiten bei zusammengesetzten Finanzierungsinstrumenten	155
3.6.2.2.2	Instrumente im Geschäftsvermögen einer natürlichen Person.....	156
3.6.2.2.3	Instrumente im Privatvermögen einer natürlichen Person.....	158
3.6.3	Steuerliche Handhabung von Fremdkapitalinstrumenten.....	159

3.6.3.1	Bei der Akquisitionsgesellschaft	159
3.6.3.2	Bei den Investoren.....	160
3.6.3.2.1	Juristische Person als Fremdkapitalgeber bzw. Fremdkapital im Geschäftsvermögen einer natürlichen Person	160
3.6.3.2.2	Fremdkapital im Privatvermögen einer natürlichen Person ...	160
3.6.3.2.2.1	Vorgehen.....	160
3.6.3.2.2.2	Veräußerung von hybriden Fremdkapitalinstrumenten	160
3.6.3.2.2.3	Rückzahlung von hybriden Fremdkapitalinstrumenten ...	164
3.6.3.2.2.4	Besonderheiten bei zusammengesetzten hybriden Finanzierungsinstrumenten	164
3.7	Weitere Steuerfolgen am Ende der Investition	166
3.7.1	Vorbemerkungen	166
3.7.2	Grundstückgewinnsteuer.....	166
3.7.3	Verrechnungssteuer.....	167
4	GRENZÜBERSCHREITENDE INVESTITIONEN AUS SICHT DES NATIONALEN STEUERRECHTS.....	169
4.1	Die outbound-Investition aus innerstaatlicher Sicht.....	169
4.1.1	Vorgehen.....	169
4.1.2	Das österreichische Genussrecht.....	169
4.1.2.1	Vorbemerkungen.....	169
4.1.2.2	Genussrechte im österreichischen Handelsrecht (Unternehmensgesetzbuch [UGB-OE]).....	170
4.1.2.3	Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital im KStG-OE.....	172
4.1.2.4	Steuerfolgen auf Stufe der Akquisitionsgesellschaft	173
4.1.2.5	Zwischenfazit	174
4.1.3	Steuerfolgen für die Akquisitionsgesellschaft.....	175
4.1.4	Steuerfolgen für den Investor.....	175
4.1.4.1	Vorbemerkung.....	175
4.1.4.2	Beurteilung von Eigenkapitalinvestitionen	176
4.1.4.2.1	Allgemeines	176
4.1.4.2.2	Beteiligung am Grund- oder Stammkapital.....	178
4.1.4.2.3	Beteiligung am Gewinn und an den Reserven.....	179
4.1.4.2.4	Beteiligungserträge	181
4.1.4.3	Beurteilung von Fremdkapitalinvestitionen	184
4.1.4.4	Vermögenssteuer	185

4.1.5	Fazit.....	186
4.2	Die inbound-Investition aus innerstaatlicher Sicht.....	187
5	GRENZÜBERSCHREITENDE INVESTITIONEN AUS ABKOMMENSRECHTLICHER SICHT.....	189
5.1	Einleitung	189
5.1.1	Vorbemerkungen zum Begriff der hybriden Finanzierungsinstrumente im Abkommensrecht.....	189
5.1.2	Ziel und Vorgehen.....	190
5.2	Grundlagen zum DBA-Recht	190
5.2.1	Völkerrechtliche Grundlagen.....	190
5.2.2	Funktionsweise von DBA.....	191
5.2.3	Auslegung von DBA.....	193
5.2.3.1	Vorbemerkungen.....	193
5.2.3.2	Auslegungsmethoden.....	195
5.2.3.2.1	Vorbemerkung.....	195
5.2.3.2.2	Grammatikalische Auslegung.....	195
5.2.3.2.3	Systematische Auslegung.....	197
5.2.3.2.4	Auslegung nach Sinn und Zweck.....	199
5.2.3.2.5	Historische Auslegung.....	200
5.2.3.2.6	Gebot der Entscheidungsharmonie.....	201
5.2.3.2.7	Treu und Glauben.....	203
5.2.3.2.8	Mehrere authentische Sprachen.....	203
5.2.3.3	Spezialfragen bei der Auslegung von DBA.....	204
5.2.3.3.1	Vorbemerkungen.....	204
5.2.3.3.2	Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 OECD-MA.....	205
5.2.3.3.2.1	Vorbemerkungen.....	205
5.2.3.3.2.2	Primat der landesrechtlichen Auslegung.....	206
5.2.3.3.2.3	Primat der abkommensautonomen Auslegung.....	206
5.2.3.3.2.4	Schweizerische Rechtsprechung.....	208
5.2.3.3.2.5	Stellungnahme.....	209
5.2.3.3.2.6	Statische oder dynamische Verweisung.....	211
5.2.3.3.3	Die Bedeutung des OECD-MA und des Kommentars zum OECD-MA.....	212
5.2.3.3.3.1	Vorbemerkung.....	212
5.2.3.3.3.2	Die Bedeutung des OECD-MA.....	212

5.2.3.3.3	Die Bedeutung des Kommentars zum OECD-MA	213
5.2.3.3.4	Lehrmeinungen	213
5.2.3.3.5	Auffassung der OECD	216
5.2.3.3.6	Schweizerische Rechtsprechung	216
5.2.3.3.7	Statische oder dynamische Betrachtung.....	218
5.2.3.3.8	Stellungnahme	220
5.2.3.4	Schlussfolgerungen für die nachfolgende Untersuchung.....	223
5.2.4	Persönlicher Anwendungsbereich	224
5.2.5	Sachlicher Anwendungsbereich.....	225
5.2.6	Zeitlicher und räumlicher Anwendungsbereich.....	226
5.3	Konzeptionelles zu den relevanten Verteilungsnormen	226
5.3.1	Vorbemerkungen	226
5.3.2	Bedeutung des Einkünfte- und Gewinnbegriffs in den Verteilungsnormen	227
5.3.3	Art. 7 OECD-MA	228
5.3.3.1	Vorbemerkungen.....	228
5.3.3.2	Begriff des Unternehmens.....	229
5.3.3.2.1	Abkommensautonome Auslegung.....	229
5.3.3.2.1.1	Definition im OECD-MA.....	229
5.3.3.2.1.2	Einzelne Begriffselemente.....	230
5.3.3.2.1.3	Zwischenfazit.....	231
5.3.3.2.2	Rückgriff auf das innerstaatliche Verständnis	231
5.3.3.2.2.1	Zulässigkeit.....	231
5.3.3.2.2.2	Innerstaatliches Verständnis des Unternehmens- begriffs	232
5.3.3.2.3	Fazit	234
5.3.4	Art. 10 OECD-MA	235
5.3.4.1	Vorbemerkungen.....	235
5.3.4.2	Dividendenbegriff	237
5.3.4.2.1	Dividendenbegriff in den DBA und im OECD-MA	237
5.3.4.2.2	Begriffsmerkmale in Lehre und Praxis.....	240
5.3.4.2.3	Schweizerische Rechtsprechung	245
5.3.4.2.4	Zwischenfazit.....	246
5.3.4.3	Mindestbeteiligungsquote nach Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA.....	248
5.3.4.3.1	Vorbemerkungen.....	248
5.3.4.3.2	Auslegeordnung	248
5.3.4.3.3	Stellungnahme.....	250
5.3.4.3.4	Fazit	252

5.3.5	Art. 11 OECD-MA	252
5.3.5.1	Vorbemerkungen	252
5.3.5.2	Der Zinsenbegriff	253
5.3.5.2.1	Zinsenbegriff in den DBA	253
5.3.5.2.2	Auslegeordnung	256
5.3.5.2.3	Zwischenfazit	261
5.3.6	Abgrenzung zwischen Art. 10 und Art. 11 OECD-MA	261
5.3.6.1	Verhältnis von Art. 10 zu Art. 11 OECD-MA	261
5.3.6.2	Kriterien zur materiellen Abgrenzung	263
5.3.6.2.1	Allgemeines	263
5.3.6.2.2	Abgrenzungskriterien in der Lehre	264
5.3.6.2.3	Ausführungen im Kommentar zum OECD-MA	266
5.3.6.3	Stellungnahme	268
5.3.6.3.1	Vorbemerkung zu den Begriffen Eigen- und Fremdkapital im Abkommensrecht	268
5.3.6.3.2	Unternehmerrisiko vs. stichtagsbezogene Beurteilung	270
5.3.6.3.3	Fazit	272
5.3.7	Art. 13 OECD-MA	273
5.3.7.1	Vorbemerkungen	273
5.3.7.2	Vermögens- und Veräusserungsbegriff nach Art. 13 OECD-MA	274
5.3.7.2.1	Vermögensbegriff nach Art. 13 OECD-MA	274
5.3.7.2.2	Veräusserungsbegriff nach Art. 13 OECD-MA	275
5.3.7.2.2.1	Verständnis der OECD	275
5.3.7.2.2.2	Auffassungen in der Lehre	275
5.3.7.2.2.3	Stellungnahme	277
5.3.7.2.3	Abgrenzung zu Art. 7 OECD-MA	279
5.3.8	Art. 21 OECD-MA	281
5.3.9	Art. 22 OECD-MA	282

5.4 Schlussfolgerungen für die Schweiz als Quellenstaat (inbound-Investi- tion)..... 283

5.4.1	Vorbemerkung	283
5.4.2	Während der Investition	284
5.4.2.1	Hybride Eigenkapitalinstrumente	284
5.4.2.1.1	(Vorzugs)aktien	284
5.4.2.1.2	Partizipationsscheine	285
5.4.2.1.3	Genussscheine	286
5.4.2.2	Hybride Fremdkapitalinstrumente	289
5.4.2.2.1	Gewinnanleihe	289

5.4.2.2.2	Nachrangige Darlehen und hybride Anleihen	290
5.4.2.2.3	Coco bonds	293
5.4.2.2.4	Wandel- und Optionsanleihen	294
5.4.2.2.4.1	Vorbemerkung zur Trennung zwischen Options- und Obligationskomponente	294
5.4.2.2.4.2	Besteuerung der Einkünfte aus der Obligationskompo- nente	295
5.4.2.2.4.3	Besteuerung der Einkünfte aus der Optionskompo- nente	296
5.4.2.2.4.4	Besonderheiten bei Pflichtwandelanleihen	298
5.4.2.2.5	Verdecktes Eigenkapital	300
5.4.2.2.5.1	Vorbemerkungen	300
5.4.2.2.5.2	Abgrenzung zu Art. 11 Abs. 6 OECD-MA	301
5.4.2.2.5.3	Auslegungsvarianten	302
5.4.2.2.5.4	Stellungnahme	305
5.4.3	Am Ende der Investition	307
5.4.3.1	Hybride Eigenkapitalinstrumente	307
5.4.3.2	Hybride Fremdkapitalinstrumente	308
5.5	Schlussfolgerungen für die Schweiz als Empfängerstaat (outbound- Investition)	309
5.5.1	Vorbemerkungen	309
5.5.2	Grundsätzliches zur abkommensrechtlichen Erfassung	310
5.5.3	Am Beispiel des österreichischen Genussrechts	313
5.5.3.1	Vorbemerkungen	313
5.5.3.2	Abkommensrechtliche Einordnung	313
5.5.3.2.1	Auslegeordnung	313
5.5.3.2.2	Stellungnahme	315
6	SCHLUSSBETRACHTUNG	317
6.1	Ziff. 1 - 4	317
6.2	Ziff. 5	321
6.3	Übergreifende Schlussfolgerungen	324