



Abweichendes Rechtsverständnis von steuerlichem Eigenkapital innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten als Ursache aggressiver Steuergestaltungen mithilfe hybrider Finanzinstrumente und politischer Reaktionismus auf OECD- und EU-Ebene

Christian Kahlenberg

Agnieszka Kopec

European University Viadrina Frankfurt (Oder)
Department of Business Administration and Economics

Discussion Paper No. 364

February 2015

ISSN 1860 0921

Abweichendes Rechtsverständnis von steuerlichem Eigenkapital innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten als Ursache aggressiver Steuergestaltungen mithilfe hybrider Finanzinstrumente und politischer Reaktionismus auf OECD- und EU-Ebene

Christian Kahlenberg, M.Sc.

Agnieszka Kopec, M.Sc./LL.M.

A. Einführung

Die internationale Gewinnverlagerung unter Nutzung hybrider Finanzierungsformen ist zwar nur eine Möglichkeit zur Senkung der globalen Unternehmenssteuerlast.¹ Gleichwohl kam dieser in letzter Zeit wohl herausragende Bedeutung zu. In der letzten Dekade wurden vermehrt Steuergestaltungen von multinationalen Unternehmen publik, die in der Lage waren, die konzernweite Steuerbelastung aufgrund der Ausnutzung des internationalen Steuergefälles als Resultat des Steuerwettbewerbs zwischen den einzelnen Staaten dramatisch zu senken.²

Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt die Ursachen für Qualifikationskonflikte aufzudecken, die durch den Einsatz hybrider Finanzierungen im EU-Finanzierungsraum entstehen können. Hierzu werden zunächst Kriterien bzw. Merkmale erarbeitet, die zur Abgrenzung von (steuerlichem) Eigen- zu Fremdkapital in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten herangezogen werden. Ziel ist es dabei Unterschiede in der Wahl der Einordnungskriterien als auch in der Gewichtung dieser Kriterien in den einzelnen Mitgliedstaaten zu identifizieren. Anschließend werden Länderkonstellationen herausgearbeitet, in denen erhebliche Abweichungen in den Abgrenzungsmerkmalen erkennbar sind, die für die Einordnung von Finanzinstrumente sowie daraus fließende Zahlungen wesentlich sind und folglich bisher Gestaltungspotenziale boten. Derartige Konstellationen sind letztlich auch der Auslöser für die Erosion steuerlicher Bemessungsgrundlagen, welche von der OECD

¹ Zu den weiteren Problemfelder, die auf OECD-Ebene identifiziert wurden und zu einer Gewinnverschiebung führen können, siehe *Gillamariam & Binding*, DStR 23/2013, S. 1153ff.; *Jarass*, IStR 20/2014, S. 741ff.

² Siehe für eine Übersicht zur effektiven Steuerbelastung ausländischer Einkünfte von multinationalen US-amerikanischen Unternehmen *Pinkernell*, StuW 4/2012, S. 370. Zur effektiven Steuerbelastung der internationalen und der nationalen Konzerne für den Zeitraum von 2003 bis 2011 innerhalb der OECD siehe *Langkau & Rubart*, IStR 17/2013, S. 661. Für die aktuell geltenden effektiven Körperschaftsteuersätze in ausgewählten Staaten siehe *Deloitte*, Domestic Rates, abrufbar unter: <https://www.dits.deloitte.com/#DomesticRatesSubMenu> (9.2.2014).

als auch der EU-Kommission als schädlich empfundenen wurden und zur Entwicklung konkreter Bekämpfungsmaßnahmen geführt haben.³

I. Hintergrund

Als Reaktion auf „aggressive Steuergestaltungen“, die in der Aushöhlung steuerlicher Bemessungsgrundlagen und im Endeffekt in der Nichtbesteuerung resultieren, wurde auf internationalem Parkett beschlossen, diesen mithilfe entsprechender Maßnahmen effektiv entgegenzuwirken. Die Kompetenz dafür wurde der OECD übertragen. Diese hat in 2013 einen umfassenden Aktionsplan publiziert, in welchem unterschiedlichste Problemfelder betreffend grenzüberschreitende Gewinnverlagerung aufgegriffen und auf einzelne Arbeitsgruppen verteilt wurden.⁴ Bis Ende 2015 sollten für jeden der insgesamt 15 identifizierten Problembereiche konkrete Lösungsansätze gegen die zurzeit massiv betriebene Gewinnkürzung und Gewinnverschiebung international verflochtener Unternehmen erarbeitet werden. Eines dieser Problemfelder bildet die Verhinderung doppelter Nichtbesteuerung beim Einsatz hybrider Finanzinstrumente oder Gesellschaften, die Gegenstand der Maßnahme 2 des genannten Aktionsplans ist. Hierfür sind die Arbeiten weiterstehend abgeschlossen.⁵

Im endgültigen Bericht zur Neutralisierung hybrider Gestaltungen wurden konkrete Handlungsempfehlungen beschlossen, die der Bekämpfung doppelter Nichtbesteuerung dienen.⁶ Konkret für den Finanzierungsbereich sieht die OECD den Lösungsweg darin, zukünftig nationale Vorschriften um Korrespondenzregeln zu erweitern, die Steuervergünstigen (Betriebsausgabenabzug oder Steuerbefreiung) von der steuerlichen Behandlung in einem anderen Staat abhängig machen.⁷

³ Konkret zu den Bekämpfungsmaßnahmen auf OECD- und EU-Ebene siehe Abschnitt A.I.

⁴ Vgl. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (19.7.2013), Annex A, S. 29ff., abrufbar unter: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en#page1.

⁵ Vgl. OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (16.9.2014), abrufbar unter: http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements_9789264218819-en;jsessionid=3a94ioda2njgl.x-oecd-live-01 sowie die dazugehörigen Entwürfe, OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements (Recommendations for Domestic Laws) (19.3.2014), abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-domestic-laws-recommendations-march-2014.pdf>; OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action 2: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements (Treaty Issues) (19.3.2014), abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/hybrid-mismatch-arrangements-discussion-draft-treaty-issues-march-2014.pdf>.

⁶ Siehe grundlegend zur doppelten Nichtbesteuerung *Lang*, General Report on Subject I: Double Non-Taxation, Cahiers de droit fiscal international (CDFI), Vol. 89a (2004), S. 95ff.

⁷ Vgl. Ebenda, Tabelle 1, S. 17.

Diese Debatte wird aber nicht nur auf OECD-Ebene geführt, sondern wird gleichzeitig auch auf europäischer Ebene konstruktiv begleitet. Auch die EU-Kommission sah sich verpflichtet, bei der Bekämpfung internationaler Gewinnverlagerungen beizutragen und hat ebenfalls einen entsprechenden „Aktionsplan“⁸ ausgearbeitet. Dieser Tatendrang mündete erst kürzlich in die Änderung der Bestimmungen der Mutter-Tochter-Richtlinie⁹ in Form eines materiellen Korrespondenzprinzips.¹⁰ Dieses ist von den EU-Mitgliedsstaaten verpflichtend bis zum 31.12.2015 umzusetzen.¹¹ Insoweit verhalten sich die Arbeiten bzw. Lösungsansätze zwischen OECD und EU (fast) deckungsgleich¹² mit dem entscheidenden Unterschied, dass die OECD-Arbeiten lediglich eine Empfehlung darstellen, für welche keine Rechtsbindung vorliegt.

II. Untersuchungsgegenstand

Die von der OECD im Bericht zur Maßnahme 2 und von EU-Kommission im Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung vorgestellten Arbeitsergebnisse haben gemein, dass sie konkret auf internationale Steuergestaltungen abzielen, die durch den Einsatz hybrider Finanzinstrumente geprägt sind und eine Minder- bzw. Keimmalbesteuerung zur Folge haben (können).

Hybride Finanzinstrumente sind dadurch gekennzeichnet, dass sie Merkmale von Eigen- und Fremdkapital vereinen, so dass eine eindeutige Zuordnung zu einer der Kapitalklassen deutlich erschwert wird. Der steuerliche Gestaltungseffekt liegt dann darin begründet, dass die hieraus fließenden Vergütungen einerseits als "Zinsen"

⁸ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v. 6.12.2012, Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, COM[2012] 722 final.

⁹ Vgl. Richtlinie 2011/96/EU des Rates v. 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABI L 345 v. 29.12.2011, S. 8.

¹⁰ Vgl. Richtlinie 2014/86/EU des Rates v. 8.6.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU.

¹¹ Siehe Ebenda, Art. 2 Abs. 1. Einige Staaten (z.B. Dänemark, Frankreich, Österreich, Schweden), darunter auch Deutschland, haben die Richtlinienänderung bereits antizipiert und ein entsprechendes Korrespondenzprinzip bereits in die nationalen Steuervorschriften implementiert. Zur Übersicht über die Anwendung des Korrespondenzprinzips in der EU siehe *Kahlenberg/Kopec*, IStR 3/2015, S. 91.

¹² Der Unterschied zwischen beiden Aktionsplänen besteht lediglich darin, dass die von OECD vorgestellte Maßnahme zwei Arten der Korrespondenzregeln beinhaltet: Einerseits das quellenstaatsbezogene Korrespondenzprinzip, bei dem der Schuldnerstaat beim Betriebsausgabenabzug an die steuerliche Behandlung der Vergütung im Empfängerstaat gebunden ist und andererseits das an den Empfängerstaat ausgerichtete Korrespondenzprinzip, wobei die Steuerfreistellung bei dem Zahlungsempfänger davon abhängt, ob die Zahlung bei dem Schuldner steuerlich abgezogen werden konnte. Demgegenüber sieht die Änderungsrichtlinie zur MTR nur ein Korrespondenzprinzip auf Empfängerebene vor.

qualifiziert werden und damit die steuerliche Bemessungsgrundlage des Schuldners schmälern können. Auf der Empfängerseite aber die Eigenkapitalzuordnung vorgenommen wird, infolgedessen die Vergütung auch regelmäßig als Dividendeneinkünfte eine Steuererleichterung (Befreiung, Nichtberücksichtigung, indirekte Steueranrechnung) erfährt.¹³ Folglich kommt es zur Erosion der Steuerbemessungsgrundlage, weil dem Abzug von „Zinsen“ im Quellenstaat keine entsprechende Besteuerung im Empfängerstaat gegenübersteht.¹⁴ Diese, durch den Einsatz hybrider Finanzinstrumente ausgelöste, Rechtsfolge der doppelten Nichtbesteuerung war sowohl Gegenstand des OECD-Berichts zur Maßnahme 2 als auch der Arbeit der EU-Kommission im Rahmen der Änderungsrichtlinie.

B. Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital innerhalb der EU

Der vorliegende Abschnitt dient der Herleitung von Abgrenzungsindizien in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten, die für steuerliche Zwecke bei der Zuordnung von Finanzinstrumenten zu Eigen- bzw. Fremdkapital bedeutsam sind. Anschließend werden diese einer konkreten Analyse unterzogen und im Rahmen einer darauf folgenden globalen Untersuchung miteinander abgeglichen.

I. Belgien

Das belgische Steuerrecht sieht keine eigenständigen Einordnungskriterien vor, auf die man bei der Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital zurückgreifen könnte.¹⁵ Aus diesem Grund sind allein die zivilrechtlichen Grundsätze sowie die vertraglichen Vereinbarungen für Klassifizierungszwecke maßgeblich.¹⁶ Mithin folgt Belgien einem „*form over substance*“ Grundsatz¹⁷, so dass für Klassifizierungsfragen eines Finanzinstruments die wirtschaftliche Ausgestaltung unbeachtlich ist.¹⁸ Das ausschlaggebende zivilrechtliche Abgrenzungskriterium bildet dabei der

¹³ Dies gilt insbesondere im EU-Binnenmarkt, weil die Bestimmungen der Mutter-Tochter-Richtlinie den Empfänger – Muttergesellschaft - bisher dazu verpflichten, „Gewinnausschüttungen“ von der Besteuerung freizustellen (Art. 4 Abs. 1 lit. a) MTR) oder (alternativ) die indirekte Anrechnung zu gewähren (Art. 4 Abs. 1 lit.b) MTR).

¹⁴ Die OECD spricht in diesem Fall von einer sog. deduction/non-inclusion Gestaltung. Vgl. OECD, a.a.O. (Fußn. 4), Rz. 43ff.

¹⁵ Vgl. Linklaters, Tax treatment of Tier 1 instruments following Basel III, 2011, S. 4.

¹⁶ Vgl. *Haelterman & Maes*, DFI 5/2012, S. 211. Mithin qualifizieren sich auch Vorzugsaktien als Eigenkapital für steuerliche Zwecke.

¹⁷ Einen zentralen Klassifizierungsgrundsatz für bilanzielle und steuerrechtliche Zwecke stellt innerhalb der EU der sog. *substance over form approach*, d.h. der Grundsatz wirtschaftlicher Betrachtungsweise, dar. Nach diesem Prinzip wird zurzeit u.a. in Großbritannien, Rumänien und Luxemburg vorgegangen.

¹⁸ Vgl. *Vanoppen*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 97b (2012), S. 123.

Kapitalrückzahlungsanspruch, der nur bei der Fremdkapitalvergabe¹⁹ begründet wird.²⁰ In Outbound-Konstellationen wird die Frage, ob ein von einer ausländischen Gesellschaft ausgegebenes Finanzinstrument für steuerliche Zwecke im Inland als Eigen- oder Fremdkapital zu behandeln ist, ausschließlich aus dem Blickwinkel des ausländischen Rechts beantwortet (sog. *lex societatis*).²¹

II. Bulgarien

Ausgangspunkt für die Gewinnermittlung nach bulgarischem Steuerrecht bildet das Handelsbilanzergebnis.²² Dieser Maßgeblichkeitsgrundsatz wird nach Art. 22 CITA²³ lediglich dann durchbrochen, wenn der handelsrechtlichen Bewertung verbindliche steuerliche Sondervorschriften vorgehen.²⁴ Nach Art. 26 CITA sind derartige Korrekturen im Falle des partiarischen Darlehens und einer verdeckten Gewinnausschüttung (*hidden profit distribution*) notwendig.²⁵ Grundsätzlich erfolgt eine Umqualifizierung von bilanziellem Fremdkapital in steuerliches Eigenkapital, wenn mindestens drei der folgenden Kriterien kumulativ vorliegen:

- Das Fremdkapital-Eigenkapital-Verhältnis des kapitalgebendes Gesellschafters überschreitet am 31.12. des jeweiligen Wirtschaftsjahres die Ratio von 1:1;

¹⁹ Vanoppen spricht an dieser Stelle von einem „*single benchmark test*“. Vgl. Vanoppen, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 127. Es wird auch in der Literatur die Meinung vertreten, dass die Kapitalrückzahlungsverpflichtung eines der wesentlichen Einordnungskriterien für das Fremdkapital darstellt. Daneben wird aber betont, dass in jedem Einzelfall eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen Eigenschaften des Instruments vorzunehmen ist. Vgl. Lamon & Weynants & Berckmans, DFI 3/2001, S. 163.

²⁰ Die Tatbestandsmerkmale eines Darlehensvertrages finden sich in Art. 1875ff. Belgian Civil Code v. 21.3.1904, zuletzt geändert am 9.1.2014. Eine Abweichung von zivilrechtlicher Einordnung kommt lediglich dann in Betracht, wenn eine missbräuchliche Gestaltung gem. Art. 344, § 1 BITC vorliegt, d.h. wenn dem Vertrag über die Kapitalgewährung lediglich der Zweck zugrunde liegt, Steuervorteile zu generieren und diese Gestaltung sich durch keine wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe rechtfertigen lässt; vgl. Lamon & Chalot, DFI 6/2005, S. 287.

²¹ Vgl. Vanoppen, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 123.

²² Vgl. Woltering & Pott, IWB, Fach 11 Europäische Union Gr. 2, 2007, S. 822. Die Ermittlung des körperschaftsteuerlichen Gewinns erfolgt als eine Überleitungsrechnung auf der Grundlage der handelsrechtlichen Buchführung. Vgl. Kußmaul & Tcherveniachki, IWB 2004, Fach 5 Bulgarien Gr. 2, S. 41.

²³ Körperschaftsteuergesetz der Republik Bulgarien v. 1.1.2007 (Corporate Income Tax Act) Publication - State Gazette No. 105/22.12.2006, zuletzt geändert am 1.1.2013.

²⁴ Art. 22 Abs. 1 CITA spricht an dieser Stelle von dauerhaften und temporären Unterschieden.

²⁵ Vgl. § 1 Supplementary provisions zu CITA, Nr. 4 lit. b) (für *participating interest*) und lit. c) (für *hidden profit distribution*). Zu beachten ist, dass die Definition der verdeckten Gewinnausschüttungen auch Zinsaufwendungen für bestimmte, gesetzlich normierte (hybride) Darlehensverhältnisse erfasst. Vgl. PwC, Osteuropa kompakt, 44 Aufl. 2008, S. 1.

- die Rückzahlung des Darlehens samt Zinsen ist durch keine feste Laufzeit beschränkt;
- die Höhe der Darlehenszinsen ist durch den Gewinn des kapitalnehmenden Unternehmens bestimmt oder
- die Befriedigung des betroffenen Kapitalgebers ist nachrangig gegenüber anderen Gläubigern.^{26·27}

Im Umkehrschluss ist zu konstatieren, dass von steuerlichen Fremdkapital immer dann auszugehen ist, wenn das vereinbarte Rechtsgeschäft der Kapitalüberlassung eine feste, vom Unternehmensergebnis unabhängige, Kapitalrückzahlungsverpflichtung beinhaltet, die vorrangig vor den Anteilseignern innerhalb einer bestimmten Frist zu erfüllen ist.

III. Dänemark

Eine umfassende Eigen- bzw. Fremdkapitaldefinition findet sich im dänischen Steuerrecht nicht, weshalb für die Klassifizierung regelmäßig auf zivil- oder gesellschaftsrechtliche Vorschriften zurückzugreifen wird.²⁸ Nach dänischem Verständnis ist Fremdkapital als echte, rechtliche Verpflichtung zwischen den Vertragsparteien zur Kapitalüberlassung mit bestehender Rückzahlungsverpflichtung definiert.²⁹ Für die Einordnung als Fremdkapital sprechen ferner auch eine feste Laufzeit der Kapitalüberlassung sowie eine fixe Vergütung.³⁰ Fehlt es dagegen an einer Rückzahlungsverpflichtung, ist stets von Eigenkapital auszugehen.³¹ Zugleich kann eine (auch partielle) variable Vergütung sowohl für Eigen- als auch Fremdkapital sprechen.³² Eine gesellschafterähnliche Stellung in Form von Kontroll-

²⁶ Vgl. *Pandelieva & Handzhiev*, IBFD Country Analysis, Sec. 1.4.5 (2014).

²⁷ Unter diesen Voraussetzungen wird u.a. das partiarische Darlehen in das steuerliche Eigenkapital umqualifiziert, vgl. KPMG, Bulgaria Country Profile, 2013.

²⁸ Vgl. *Hansen & Vinther*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 231.

²⁹ Vgl. *Bundgaard & Dyppel*, Intertax 12/2010, S. 648.

³⁰ Vgl. *Bundgaard & Dyppel*, Intertax 12/2010, S. 649; *Munch*, DFI 1/2012, S. 20.

³¹ Vgl. *Hansen & Vinther*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 240; TfS 2008, 1128H.

³² Siehe etwa Art. 178 dKStG; vgl. *Hansen & Vinther*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 241; *Munch*, DFI 1/2012, S. 20. Zur steuerlichen Behandlung ausgewählter hybrider Finanzinstrumente, vgl. *Munch*, DFI 1&2/2000, S. 3ff. und *ders.* DFI 1/2009, S. 21ff.

oder Mitwirkungsrechten ist für Qualifikation als Eigenkapital nicht zwingend erforderlich.³³

IV. Deutschland

Ausgangspunkt für die steuerliche Gewinnermittlung in Deutschland ist das handelsrechtliche Jahresergebnis, weshalb dem Handelsrecht auch eine Maßgeblichkeit zukommt (§ 5 Abs. 1 EStG) soweit keine gesonderten Bestimmungen gelten.³⁴ Bilanziell ist der Eigenkapitalbegriff nicht kodifiziert.³⁵ Aufgrund der flexiblen Vertragsgestaltung in Finanzierungsverhältnissen ist die eindeutige Zuordnung keinesfalls zwingend, weshalb die Einordnung anhand funktioneller Kriterien erfolgen kann.³⁶ Die im Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht anzutreffenden Abgrenzungsmerkmale sind aber weitestgehend unbedeutend,³⁷ wengleich gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen stets Eigenkapitalcharakter zukommt.³⁸ Bilanziell liegt Eigenkapital dann vor, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:³⁹

- das überlassene Kapital ist nachrangig,⁴⁰
- die Vergütung wird erfolgsabhängig vereinbart,⁴¹

³³ Dagegen wird der Einordnung nach ausländischem Zivilrecht keinerlei Bedeutung beigemessen; vgl. *Hansen & Vinther*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 242f.

³⁴ Vgl. BFH, Urt. v. 5.2.1992, I R 127/90, BStBl. II 1992, S. 532; *Häuselmann*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, Rz. 216; *Köhler* in Köhler/Goebel/Körner (Hrsg.), Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung, 2013, S. 553; *Herzig*, IStR 16/2000, S. 482f.

³⁵ Vielmehr ergibt sich das Eigenkapital als Saldogröße aus den Aktiv- und Passivposten (ohne Eigenkapital). § 272 HGB regelt das Eigenkapital von Kapitalgesellschaften, ohne dabei eine eigenständige Eigenkapitaldefinition zu liefern. Lediglich der Ausweis und die Aufteilung wird in § 266 HGB geregelt.

³⁶ Vgl. BFH, Urt. v. 22.8.1990, I R 119/86, BStBl. II 1991, 415; *Küting/Kessler*, BB 30/1994, S. 2104 sowie *Küting/Weber* in Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung, 19 EL Aufl. 5 2014, § 272 HGB, Rz. 191; anders aber *Küting*, DB 1/1987, S. 6; *Herzig*, FR 13/1994, S. 593.

³⁷ Vgl. *Beuchert/Redeker* in Schön (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, Berlin 2013, § 6, S. 345; *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, Düsseldorf 2006, S. 68. Allerdings wird für die Einordnung ausländischer Finanzinstrumente auch das ausländische Zivilrecht in die Beurteilung mit einbezogen; vgl. BFH, Urt. v. 30.5.1990, I R 97/88, BStBl. II 1990, S. 879; FG Düsseldorf, Urt. v. 20.8.2013, 6 K 4183/11 K, EFG 2013, S. 1881.

³⁸ Vgl. *Beuchert/Redeker* in Schön (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, Berlin 2013, § 6, S. 292ff. Siehe ausführlich zu den Besonderheiten der typisch und atypisch stillen Beteiligung *Hellich/Grossmann* in Häger/Elkemann-Reusch (Hrsg.), Mezzanine Finanzierungsinstrumente, 2. Aufl. 2007, S. 74ff. m.w.N. sowie Abbildung 9 bei *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, Düsseldorf 2006, S. 113.

³⁹ Vgl. IDW Stellungnahme HFA 1/1994, WPg 13/1994, S. 420.

⁴⁰ Das Kriterium der Nachrangigkeit fordert einen Rückzahlungsanspruch erst im Rahmen der Liquidation oder im Insolvenzfall. Die Befriedigung erfolgt erst nach Bedienung sämtlicher Fremdkapitalgläubiger; vgl. *Große*, DStR 27/2010, S. 1398.

- eine Teilnahme am Verlust ist sichergestellt und
- die Nachhaltigkeit der Kapitalüberlassung ist gegeben.⁴²

Dem Maßgeblichkeitsprinzip folgend werden diese Merkmale zunächst auch für steuerliche Zwecke übernommen.⁴³ Im Körperschaftsteuerrecht findet sich aber eine kodifizierte Grenzziehung für schuldrechtliche Vereinbarungen der Kapitalüberlassung (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG), wonach zumindest insoweit eine autonome Trennlinie für steuerliches Eigenkapital formuliert wird. Danach erfolgt steuerlich eine Eigenkapitalgleichstellung, wenn hiermit eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös verbunden ist.⁴⁴ Werden beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt, ist eine dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft vergleichbare Stellung gegeben, weshalb die korrespondierenden Vergütungen auch den ordentlichen Gewinnausschüttungen steuerlich gleichgestellt sind.⁴⁵ Andernfalls erfolgt die steuerliche Einstufung als Fremdkapital und in der Folge die Qualifizierung der Vergütung als „Zinsen“.⁴⁶

V. Estland

Im estnischen Steuerrecht fehlt es an gesetzlichen Regelungen für die Abgrenzung vom Eigen- zu Fremdkapital. Für Zwecke der steuerlichen Einordnung bedient man sich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (sog. *substance-over-form* Ansatz) und

⁴¹ Als Annahme für die Gewinnabhängigkeit der Vergütung reicht es aus, wenn sich die Vergütung am Bilanzgewinn oder –Verlust orientiert. Auch ein fester Prozentsatz, welcher einen ausreichenden Bilanzgewinn unterstellt, gilt demnach als gewinnabhängig (vgl. BFH, Urte. v. 26.8.2010, I R 53/09, BFH/NV 2011, S. 135). So wurde auch schon eine fixe Zinsvereinbarung unter der Maßgabe ausreichender Liquidität als erfolgsabhängige Komponente anerkannt (BFH, Urte. v. 28.6.1960, I 85/60, HFR 1961, S. 13; v. 22.6.2010, I R 78/09, BFH/NV 2011, S. 12 (NV)).

⁴² Dabei wird bei einer Laufzeit von mindestens 25 Jahren eine gewisse Form der nachhaltigen Kapitalüberlassung unterstellt; vgl. *Große*, DStR 27/2010, S. 1398; *Müller/Reinke*, WPg 17/1995, S. 571. Nach dem BMF-Schreiben v. 8.12.1986 (IV B 7 - S 2742 - 26/86, BB 10/1987, S. 667) wird aber eine Laufzeit von bis zu 30 Jahren gefordert.

⁴³ Vgl. z.B. *Jacob*, „Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 323f.; *Herzig*, IStR 16/2000, S. 482f. Zur Übersicht idealtypischer Eigen- und Fremdkapitalmerkmale siehe auch *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, Düsseldorf 2006, S. 78; *Natusch* in Häger/Elkemann-Reusch (Hrsg.), Mezzanine Finanzierungsinstrumente, 2. Aufl. 2007, S. 24; *Lühn*, Genussrechte, 2013, S. 131; *Fischer/Lohbeck*, IStR 18/2012, S. 679.

⁴⁴ Vgl. für ausführliche Erläuterungen der Kriterien *Emde*, BB 18/1988, S. 1215; *Linscheidt*, DB 37/1992, S. 1853; *Haun*, Hybride Finanzinstrumente im deutschen und US-Amerikanischen Steuerrecht, Frankfurt/Main 1996, S. 77ff.; *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, Düsseldorf 2006, S. 112ff.; *Lühn*, Genussrechte, 2013, S. 133ff.

⁴⁵ Vgl. BFH, Urte. v. 14.6.2005, VIII R 73/03, BStBl. II 2005, S. 863; v. 8.4.2008, VIII R 3/05, BStBl. II 2008, S. 852.

⁴⁶ Vgl. BFH, Urte. v. 11.2.1987, I R 43/83, BStBl. II 1987, S. 643; v. 19.1.1994, I R 67/92, BStBl. II 1996, S. 77.

orientiert sich mithin stark an der bilanziellen Ausrichtung des jeweiligen Instruments nach den estnischen GAAP.⁴⁷ Die rechtliche Ausgestaltung ist weniger entscheidend, da das estnische Gesellschaftsrecht lediglich Vorzugsaktien und Wandelanleihen kennt.⁴⁸ Die bloße Kapitalüberlassung mit Rückzahlungsanspruch stellt daher stets Fremdkapital dar. Ausschlaggebend für die Einordnung als steuerliches Eigenkapital ist dagegen eine gewinnabhängige Vergütung des betreffenden Instruments.⁴⁹ Allerdings bedingt die Eigenkapitalqualifikation eine gesellschafterähnliche Stellung, wobei auch bloße Verwaltungsrechte ausreichend sind.⁵⁰ Eine rein vermögensmäßige Beteiligung stellt daher stets Fremdkapital dar.

VI. Finnland

Auch dem finnischen Steuerrecht ist eine normative Definition von Eigen- oder Fremdkapital fremd. Klassifizierungsfragen richten sich deshalb nach den zivilrechtlichen Vorgaben.⁵¹ Die bilanzielle Behandlung des betreffenden Instruments ist dagegen von geringer Bedeutung. Besteht zwischen den Vertragsparteien eine Rückzahlungsverpflichtung, ist regelmäßig Fremdkapital gegeben.⁵² Sind die laufenden Vergütungen erfolgsabhängig und der Kapitaleinsatz im Liquidationszeitpunkt nachrangig gegenüber anderen Gläubigern, kann es sich typischerweise um Eigenkapital handeln.⁵³ Mithin kann sich auch eine rein vermögensmäßige Beteiligung als Eigenkapital qualifizieren, wenn eine entsprechende Verlustpartizipation vereinbart ist.⁵⁴ Ferner spricht auch eine gesellschafterähnliche Stellung⁵⁵ – ohne aktive Mitwirkung – für Eigenkapital.⁵⁶

⁴⁷ Art. 57-65, Einleitung Nr. 3, estnische GAAP, vgl. *Kaarma*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 263ff.

⁴⁸ Vgl. *Kaarma*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 263.

⁴⁹ Vgl. *Kaarma*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 254 und 264 m.w.N.

⁵⁰ Aus diesem Grund qualifizieren sich auch stimmrechtslose Vorzugsaktien nach estnischem Verständnis als Eigenkapital, vgl. *Kaarma*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 263f.

⁵¹ Vgl. *Linnanvirta & Viitala*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 271f., 278.

⁵² Dabei kann eine Laufzeit von mehr als 50 Jahren gegen eine entsprechende Rückzahlungsverpflichtung sprechen, vgl. *Linnanvirta & Viitala*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 279 mit dem Verweis auf die Entscheidung SCA 1995, T 3932.

⁵³ Vgl. *Renko & Rapo*, TNI 8/2014, S. 529.

⁵⁴ Vgl. *Linnanvirta & Viitala*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 278 m.w.N.

⁵⁵ Diese kann in Form von Stimm- oder Verwaltungsrechten bestehen, weshalb auch Vorzugsaktien stets Eigenkapital darstellen. Vgl. *Linnanvirta & Viitala*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 279.

VII. Frankreich

Die steuerliche Einordnung von Finanzierungsinstrumenten erfolgt in Frankreich prinzipiell auf Grundlage der Bilanzierungsvorschriften. Allerdings hat die französische Finanzverwaltung in einer Verfügung⁵⁷ aus dem Jahr 2010 einen Kriterienkatalog erarbeitet, dem auch die Literaturmeinung eine Allgemeingültigkeit attestiert.⁵⁸ Demnach hat das betreffende Instrument für den Eigenkapitalcharakter folgende Voraussetzungen kumulativ zu erfüllen⁵⁹:

- Gewinn- und Verlustpartizipation;
- die Nachrangigkeit der Forderung gegenüber anderen Gläubigern;
- Innenhaben von Mitwirkungs- und Kontrollrechten **und**
- Partizipation an den Liquidationserlösen.

Demgegenüber ist es für die Annahme von steuerlichem Fremdkapital nicht schädlich, dass das Instrument mit einer erfolgsabhängigen Vergütungskomponente ausgestaltet ist. Desweiteren ist es auch unschädlich, wenn die Vertragsparteien nur einen partiellen Kapitalrückzahlungsanspruch bzw. eine partielle Rückzahlungsverpflichtung vereinbart haben, deren Erfüllen an andere Umstände⁶⁰ gekoppelt ist. In einer weiteren Verfügung stellt die französische Finanzverwaltung klar, dass für Klassifizierungszwecke zwingend eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist.⁶¹

VIII. Griechenland

In Griechenland erfolgt die formale Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital auf Grundlage des Zivil- bzw. Gesellschaftsrechts. Sofern das Kapital von den

⁵⁶ So etwa auch im Fall stimmrechtsloser Vorzugsaktien, vgl. *Linnanvirta & Viitala*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 279.

⁵⁷ Vgl. *Bulletin Officiel des Impôts* v. 24.8.2010, 4 FE/S2/10, Nr. 78,. Die Verfügung erging im Bereich der Steuerqualifikation islamischer Schuldverschreibungen.

⁵⁸ Vgl. *Hemery & Mostafavi*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 299.

⁵⁹ Als eine allgemeine Voraussetzung für die Begründung des Eigenkapitals wird in der Literatur die *affectio societatis* genannt, d.h. das Vorhandensein des ersichtlichen Willens des Kapitalgebers, dem gemeinsamen, legalen Zweck des finanzierten Unternehmens zu verfolgen. Vgl. *Schön et al.*, Debt and Equity: What's the Difference?, Max Planck Institute for Innovation/Competition Research Paper Series, 2009, S. 18f.

⁶⁰ Als solche Umstände kommen z.B. die Höhe generierter Umsätze bzw. erwirtschafteter Gewinne oder die Anfangsinvestitionssumme in Betracht. Vgl. *Hemery & Mostafavi*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 299.

⁶¹ *Bulletin Officiel des Impôts*, 4H-8-07, Nr. 133, v. 31.12.2007. Allerdings abweichend für einen sog. *form over substance* Ansatz ähnlich dem belgischem Verständnis *Jolly*, DFI 3/2011, S. 115

Gesellschaftern zur Verfügung gestellt wird, handelt es sich grundsätzlich um Eigenkapital.⁶² Jegliche Finanzierungsform, die von dritter Seite vollzogen wird, qualifiziert sich zunächst als Fremdkapital.⁶³ Die nach zivil- und gesellschaftsrechtlichen Maßstäben erfolgte Abgrenzung ist für steuerliche Zwecke uneingeschränkt maßgebend. Umfassende Dispositionsmöglichkeiten gesellschaftsrechtlicher Natur werden demzufolge steuerlich nachvollzogen.⁶⁴ Sofern das betreffende Instrument Gesellschafter- oder gesellschafterähnliche Rechte aufweist,⁶⁵ ist steuerlich stets von Eigenkapital auszugehen. Allerdings können rein vermögensmäßige Beteiligungen sich dann als Eigenkapital qualifizieren, wenn die Vergütung in gewisser Form gewinnabhängig und eine vollständige Verlustpartizipation vereinbart ist.⁶⁶

IX. Großbritannien

Ausgangspunkt für die steuerliche Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital ist zunächst die rechtliche Ausgestaltung des betreffenden Instruments.⁶⁷ Entscheidend für die abschließende steuerliche Würdigung ist die ökonomische Substanz der betreffenden Verhältnisse und damit verbunden deren bilanzielle Behandlung.⁶⁸ Besonders relevant für Klassifizierungszwecke ist ferner die Natur der laufenden Beiträge;⁶⁹ kontinuierliche Zahlungen sprechen daher für Fremdkapital,⁷⁰ während

⁶² Ausnahme hiervon bilden jedoch klassische Gesellschafterdarlehen.

⁶³ Vgl. *Bakrozis & Paxinou* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 8, S. 434 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. *Bakrozis & Paxinou* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 8, S. 450ff. m.w.N. Dabei kennt auch das griechische Steuer- bzw. Gesellschaftsrecht bestimmte hybride Finanzinstrumente, welche als Mischform zwischen Eigen- und Fremdkapital auftreten.

⁶⁵ Hierzu zählen insbesondere Stimm-, Verwaltungs-, Informations- und Kontrollrechte.

⁶⁶ Aus diesem Grund werden nach griechischem Gesellschafts- und Steuerrecht auch Vorzugsaktien sowie atypisch stille Beteiligung als Eigenkapital qualifiziert. Dagegen handelt es sich bei partiarischen Darlehen, Nachrangdarlehen, Gewinnschuldverschreibungen, Wandel- bzw. Umtauschanleihen (vgl. Art. 6 bis 10 des Gesetzes 3156/2003) und der typisch stillen Beteiligung steuerlich um Fremdkapital, vgl. *Bakrozis & Paxinou* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 8, S. 463ff. m.w.N.

⁶⁷ Vgl. *Penney*, "Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions", IFA *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 85a (2000), S. 646; *Bispo*, BIT 7/2013, S. 368; *Ghosh*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 93a (2008), S. 736f.; *Pohlhausen & Röder* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, 2013, § 12, S. 740.

⁶⁸ So *Southern*, "The debt-equity conundrum", IFA *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 97b (2012), S. 759; *Falk & Hollis*, DFI 5/2012, S. 241f.; *Bispo*, BIT 7/2013, S. 368. Dabei orientiert sich das britische Steuerrecht sehr stark an dem sog. *substance over form approach* der IFRS, ähnlich auch *Pohlhausen & Röder* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 12, S. 740 m.w.N.

⁶⁹ Vgl. *Penney*, "Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions", IFA *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 85a (2000), S. 646.

erfolgsabhängige Vergütungen dagegen als Eigenkapitalmerkmal anzusehen sind.⁷¹ Ferner kann nicht von Fremdkapital ausgegangen werden, wenn laufende Zahlungen möglich, aber nicht definitiv sind und der Rückzahlungszeitpunkt nicht eindeutig identifizierbar ist.⁷² Die Dauer der Kapitalüberlassung kann daher ein ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung sein.⁷³ Sofern die Vergütungen strikt auf die Laufzeit der Kapitalüberlassung begrenzt sind, qualifizieren sich diese regelmäßig als Zinsen.⁷⁴ Dem Haftungsrang des Kapitals wird in Großbritannien wenig Bedeutung für Qualifizierungszwecke beigemessen.⁷⁵

X. Irland

Für die steuerliche Behandlung von Finanzinstrumenten greift das irische Steuerrecht auf deren zivilrechtliche Ausgestaltung zurück und orientiert sich weniger am ökonomischen Ansatz. Mithin ist bereits eine gesellschafterähnliche Stellung – z.B. als Vorzugsaktionär – ausreichend, um steuerlich Eigenkapital zu begründen.⁷⁶ Zudem ist auch eine gewinnorientierte Vergütung ein starkes Eigenkapitalindiz.⁷⁷ Die Laufzeit der Kapitalüberlassung ist dagegen für die Eigenkapitalklassifizierung unbeachtlich; gleiches gilt auch für eine entsprechende Verlustpartizipation.⁷⁸

XI. Italien

In Italien sind für die Qualifikation eines Finanzinstruments primär die Vorschriften des dortigen Zivil- und Bilanzrechts maßgeblich.⁷⁹ Der italienische Civil Law Code⁸⁰

⁷⁰ Vgl. *Southern*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 761; *Bispo*, BIT 7/2013, S. 369.

⁷¹ So High Court 1990, *Esso Petroleum Co Ltd v. Ministry of Defence*, Ch. 163,165.

⁷² Vgl. House of Lords 1980, *Marren v. Ingles*, 54 TC 76; *Southern*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 759.

⁷³ Vgl. auch *Southern*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 761. Mit Blick auf Sec. 209 Abs. 2 lit. e)vii) ICTA (Income and Corporate Tax Act) 1988 könnte eine Laufzeit von mind. 50 Jahren für eine derartig fehlende Rückzahlungsvereinbarung sprechen.

⁷⁴ Vgl. *Pohlhausen & Röder* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, 2013, § 12, S. 740.

⁷⁵ Siehe Ebenda.

⁷⁶ Vgl. KPMG, *The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, 1. Aufl. 1990, S. 103.

⁷⁷ Aus diesem Grund werden auch Vergütungen auf Partizipationscheine als Gewinnausschüttungen behandelt, vgl. KPMG, *The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, 1. Aufl. 1990, S. 104; *Gulliver & Burke*, ITR 7/2012, S. 69.

⁷⁸ Vgl. KPMG, *The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions*, 1. Aufl. 1990, S. 104 und dort insb. zur Behandlung ausgewählter hybrider Finanzierungsformen.

⁷⁹ Vgl. *Bonichi & Milanese & Santoro*, DFI 11&12/2011, S. 304; *Flora*, DFI 1/2007, S. 21. Im italienischen Steuerrecht kommt ebenfalls die (formelle) Maßgeblichkeit zur Anwendung (sog. *prinzipo di derivazione*), so dass die Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung die

unterscheidet dabei zwischen drei grundlegenden Gruppen von Finanzinstrumenten. Hierzu gehören die Gesellschaftsanteile⁸¹, Darlehen sowie die sog. hybriden Finanzinstrumente.⁸² Letztere sind als Restposten anzusehen, deren bilanzrechtliche Beurteilung hauptsächlich an der Kapitalrückzahlungsverpflichtung anknüpft.⁸³ Hierunter fallen diejenigen Instrumente, die entweder an der Schnittstelle zwischen dem Eigen- und Fremdkapital liegen oder die sich aufgrund ihrer speziellen Ausgestaltung keiner anderen Kategorie ausdrücklich zuordnen lassen.⁸⁴ Diese zivilrechtliche Einordnung als Eigenkapital ist allerdings für die steuerliche Klassifizierung nicht zwingend. Das italienische Steuerrecht sieht nämlich in Art. 44 Abs. 2a ICTA⁸⁵ eine Legaldefinition aktienähnlicher Wertpapiere vor, die als einziges Kriterium für die Eigenkapitalqualifikation die Gewinnabhängigkeit⁸⁶ der Vergütung aus der Kapitalvergabe nennt;⁸⁷ allerdings nur für Inbound-Konstellationen. Demgegenüber kodifiziert Art. 44 Abs. 2c ICTA eine Definition fremdkapitalüblicher Instrumente. Danach ist von steuerlichem Fremdkapital auszugehen, wenn der Kapitalgeber keine Kontrollrechte ausübt und eine Kapitalrückzahlungsverpflichtung

italienischen GAAP und ggf. IFRS-Vorschriften bilden. Vgl. *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 173f.; *Bärsch & Spengel*, Ubg 6/2013, S. 379.

⁸⁰ Regio decreto 16.3.1942, n. 262, Approvazione del testo del codice civile, G.U. n. 79 e 79-bis, 4.4.1942, Serie Generale.

⁸¹ In diese Kategorie fallen neben klassischer stimmrechtsbezogenen Beteiligungen, sog. *strumenti finanziari partecipativi*, die eine Kapitalbeteiligung ohne Gewährung der Mitbestimmungsrechte bedeuten, vgl. *Serbini & Flora*, ET 2/2005, S. 20.

⁸² Unter diese Kategorie fallen u.a. die sog. *strumenti finanziari partecipativi* (partiarische Darlehensverhältnisse). Deren zivilrechtliche Ausgestaltung liegt grds. im Ermessen der Vertragsparteien und kann neben gewinnanknüpfender Vergütung, u.a. Verlustpartizipation oder Teilnahme an Liquidationserlösen beinhalten. Vgl. *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 182f.

⁸³ Haben die Vertragsparteien den Kapitalrückzahlungsanspruch des Kapitalgebers vereinbart, erfolgt der bilanzielle Ausweis des fraglichen Instruments unter Fremdkapital, andernfalls gilt das Instrument als bilanzrechtliches Eigenkapital. Diese Qualifizierung ist grds. auch für steuerliche Zwecke maßgeblich.

⁸⁴ Vgl. *Serbini & Flora*, ET 2/2005, S. 19.

⁸⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 917/1986 v. 22.12.1986; G.U. 302, 31.12.86, eng. Italian Consolidated Tax Act, folgend als ICTA. Online abrufbar unter: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:presidente.repubblica:decreto:1986-12-22;917!vig>.

⁸⁶ Abgestellt wird dabei auf das wirtschaftliche Ergebnis der kapitalnehmenden Gesellschaft bzw. eines ihr nahestehenden Gruppenmitglieds.

⁸⁷ Ist die Vergütung nur teilweise gewinnabhängig, wobei der andere Teil an andere Faktoren als das wirtschaftliche Ergebnis anknüpft bzw. teilweise eine feste Vergütung vereinbart wurde, ist das Finanzinstrument von der Qualifikation als Eigenkapital ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn die Vergütungszahlung vereinbarungsgemäß unterbleiben sollte, z.B. wenn die kapitalnehmende Gesellschaft Verluste erleidet. In Betracht kommt dann eine Klassifizierung entweder als steuerliches Fremd- oder hybrides Kapital. Vgl. Rundschreiben der italienischen Finanzverwaltung Nr. 26 v. 16.6.2004.

vereinbart wurde.⁸⁸ Neben diesen zwei Kategorien kennt das italienische Steuerrecht die dritte Gruppe, zu der die hybriden Finanzierungsinstrumenten zählen. Für diese Art der Instrumente existiert jedoch keine normative Definition. In diese letzte Kategorie werden nach dem Ausschlussverfahren all diejenigen Instrumente einbezogen, die weder die Merkmale des steuerlichen Eigen- noch diejenigen des Fremdkapitals erfüllen.⁸⁹

In Outbound-Konstellationen ist ferner zu beachten, dass die Gewährung des innerstaatlichen Schachtelprivilegs (Art. 44 Abs. 2b ICTA) zusätzlich verlangt, dass die Vergütung auf Ebene der ausländischen ausschüttenden Körperschaft nicht als Betriebsausgabe abziehbar ist⁹⁰ (sog. materielles Korrespondenzprinzip). Sollten diese Voraussetzungen nicht erfüllt sein, kann das bilanzrechtliche Eigenkapital in Fremdkapital umqualifiziert werden.

XII. Kroatien

Dem kroatischen Steuerrecht ist eine eigenständige normative Definition des Eigen- bzw. Fremdkapitals fremd.⁹¹ Die formale Abgrenzung erfolgt vielmehr auf Grundlage bilanzrechtlicher Bestimmungen. Dabei sind die kroatischen GAAP sehr stark an die IRFS-Vorgaben ausgerichtet.⁹² Art. 5 Abs. 1 des kroatischen Profit Tax Act⁹³ (folgend PTA) kodifiziert den handelsrechtlichen Jahresabschluss als Maßstab für die Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns. Dieser Grundsatz kommt zur Anwendung,

⁸⁸ Vgl. *Mameli*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 384; *Bärsch & Spengel*, BIT 10/2013, S. 522; *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 182; *Bärsch & Spengel*, Ubg 6/2013, S. 379; *Flora*, DFI 5/2006, S. 81.

⁸⁹ Vgl. *Bonichi & Milanese & Santoro*, DFI 11&12/2011, S. 304. Eine richtige Abgrenzung mit Eigen- und Fremdkapital ist deswegen wichtig, weil die hybriden Finanzinstrumente mit einem anderen Quellensteuersatz als ausgehende Dividenden bzw. Zinsen belastet werden. Während die Quellensteuer auf Dividenden und Zinsen *de lege lata* 26% beträgt, wurde mit der Steuerreform 2012 die auf Vergütungen aus hybridem Kapital anfallende Quellensteuer von 27% auf 20% reduziert. Zu den aktuellen Quellensteuersätzen in Italien vgl. *Galli*, IBFD, Country Analyses, Sec. 1.10.3 (2014).

⁹⁰ Vgl. *Marino*, ET 11/2005, S. 518.

⁹¹ Das kroatische Steuerrecht kennt auch keine Legaldefinition der Dividendeneinkünfte. Hierfür wird auf die maßgebenden Vorschriften des Gesellschaftsrechts (Art. 167 Abs. 2 Company Law) zurückgegriffen. Danach gelten als Dividendeneinkünfte die Gewinnanteile, deren das Halten von Stammaktien und gewöhnlichen Wertpapieren zugrunde liegt. Siehe *Suchar et al.*, IBFD Country Analysis, Sec. 6.1.1 (2014).

⁹² Bei der Frage nach Einordnung der Finanzinstrumente könnten mithin vorwiegend die Regelungen des IAS 32 entscheidend sein. Nach welchen Kriterien die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital erfolgt, ist auf die weiteren Ausführungen zu Portugal zu verweisen.

⁹³ Profit Tax Act v. 2.8.2005 veröffentlicht in nationalen Gesetzesblatt "Narodne Novine" Nr. 177/04, 90/05.

solange das PTA keine eigenständigen steuerlichen Regelungen vorsieht.⁹⁴ Zu beachten ist jedoch, dass erfolgsabhängige Zinszahlungen, für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung keiner Umqualifizierung in steuerliches Eigenkapital und demzufolge einer Abzugsbeschränkung als Betriebsausgaben zugänglich sind.

XIII. Lettland

Das lettische Steuergesetz sieht eine eigenständige Definition der Dividendenerträge vor. Demnach umfasst der Ausdruck „Dividende“ alle Einkünfte aus Aktien, Anteilen an Genossenschaften oder sonstigen Rechten, vorausgesetzt, diese stellen keine Forderungen mit Gewinnbeteiligung dar.⁹⁵ Daraus ist zu schließen, dass für Klassifizierung als steuerliches Eigenkapital eine gewinnabhängige Vergütung ein zwingendes, aber nicht ausschlaggebendes Kriterium ist; eine konkrete Rückzahlungsverpflichtung hingegen schon. Einer gesellschaftsrechtlichen Stellung bedarf es für die Eigenkapitalqualifizierung daher nicht zwangsläufig.

XIV. Litauen

In Litauen ist die (formelle) Maßgeblichkeit⁹⁶ der Handelsbilanz für steuerliche Zwecke kodifiziert (Art. 7 Abs. 1 CITA⁹⁷). Mithin erfolgt die steuerliche Gewinnermittlung auf Grundlage der litauischen GAAP.⁹⁸ Allerdings existieren hiervon Ausnahmen, welche abschließend in einem Beschluss⁹⁹ der litauischen Finanzverwaltung geregelt sind.¹⁰⁰ Im Bereich steuerlicher Klassifizierung von Finanzinstrumenten ist dabei Abschnitt III Nr. 8 des Beschlusses von Bedeutung.

⁹⁴ Im ersten Fall wird das Handelsbilanzergebnis als Ausgangspunkt gewählt und dann außerbilanziell an die steuerlichen Erfordernisse angepasst. Art. 9 PTA regelt die Aufwendungen, deren steuerliche Abzugsfähigkeit (teilweise) verwehrt wird. Dazu zählen u.a. die Zinsaufwendungen für Darlehensverhältnisse zwischen verbundenen Unternehmen, die dem Fremdvergleich nicht standhalten (Art. 9 Nr. 12 i.V.m. Art. 14 PTA) sowie die von der Zinsschrankenregelung erfassten Zinsen (Art. 9 Nr. 12 i.V.m. Art. 8 PTA). Ähnlich wie in der Mehrheit der EU-Länder greift somit auch in Kroatien das (formelle) Maßgeblichkeitsprinzip.

⁹⁵ Vgl. *Kronbergs*, IBFD Country Analysis, Sec. 6.1.1. (2014); *ders.*, ET 2&3/2015, S. 96ff.

⁹⁶ Zu diesem Begriff siehe *Woltering & Pott*, IWB 2007, Fach 11 Europäische Union Gr. 2, S. 821.

⁹⁷ Körperschaftsteuergesetz der Republik Litauens v. 20.12.2001, IX-675.

⁹⁸ Siehe Law No. IX-574 On Financial Accounting of the Republic of Lithuania (v. 6.12.2001). Die Mehrheit der GAAP Litauens entspricht den in IFRS enthaltenen Ansatz- und Bewertungsgrundsätzen. Siehe *Mackevicius & Zverovich*, Analysis of Financial Reporting in Lithuania, abrufbar unter: http://eprints.uwe.ac.uk/12629/2/Analysis_of_Financial_Reporting_in_Lithuania.pdf.

⁹⁹ Die Kompetenzermächtigung für den Erlass solcher Beschlüsse durch die Finanzverwaltung findet sich in Art. 40 Abs. 3 CITA.

¹⁰⁰ Siehe Beschluss Nr. 1575 v. 9.12.2003 (Resolution on the approval of the results for the requalification of income or payments). Abrufbar unter: http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_e?p_id=312296&p_tr2=2.

Demnach werden Zinszahlungen, deren Höhe von einer Erfolgsgröße¹⁰¹ des operativen Geschäfts abhängt, für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung nicht als Betriebsausgaben anerkannt. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Gläubiger als ein qualifizierter Anteilseigner fungiert.¹⁰² Sind die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, werden die ergebnisabhängigen Vergütungen steuerlich in Eigenkapital umqualifiziert.¹⁰³

XV. Luxemburg

Im luxemburgischen Steuerrecht fehlt wiederum eine gesetzliche Definition dessen, was begrifflich unter Eigen- bzw. Fremdkapital zu verstehen ist.¹⁰⁴ Ferner bleibt auch eine Anknüpfung an die zivil- bzw. gesellschaftsrechtliche Einordnung aus.¹⁰⁵ Entscheidend für die Klassifizierung von Finanzinstrumenten ist vielmehr die wirtschaftliche Betrachtungsweise.¹⁰⁶ Dabei erfolgt die Abgrenzung auf Basis der jeweiligen Funktionsmerkmale des betreffenden Instruments, welche durch Leitlinien des Parlaments und der Verwaltungspraxis vorgegeben sind.¹⁰⁷ Als zentrale Abgrenzungsmerkmale werden die Laufzeit der Kapitalüberlassung, Kündigungsrechte, Nachrangigkeit, Wandlungs- bzw. Optionsrechte, Gewinn- und Verlustpartizipation, Stimmrechte, Vergütungsform (fix bzw. variable) sowie die Transferbarkeit des Instruments herangezogen.¹⁰⁸ Diese Merkmale sind

¹⁰¹ Z.B. am Gewinn, Jahresüberschuss oder Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit

¹⁰² Für den qualifizierten Anteilseigner spricht die alleinige direkte oder indirekte Beteiligung von mehr als 50% oder die Beteiligung zusammen mit anderen verbundenen Unternehmen von mehr als 50%, sofern die Beteiligung des Gläubigers selbst nicht weniger als 10% beträgt, vgl. *Vaiciulienė*, IBFD Country Analysis, Sec. 10.3 (2014).

¹⁰³ Zu dem Beschluss vgl. auch *DegeSYS*, ET 9&10/2005, S. 412. Zur steuerlichen Umqualifizierung kommt es hingegen nicht, wenn das Darlehen von einem fremden Dritten bzw. einem Gesellschafter gewährt worden ist. Weitere Kriterien sind daher unbeachtlich.

¹⁰⁴ Nur vereinzelt werden spezielle Instrumente vom luxemburgischen Einkommensteuergesetz geregelt.

¹⁰⁵ Hierzu wird u.a. auf die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für Steuerbilanz zurückgegriffen (Art. 40 ITA), vgl. auch *Douénias & Macovei-Grençon*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 432.

¹⁰⁶ Vgl. *Scardoni & Sergiel*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 444, 457; *Court Administrative v. 26.6.2008*, Nr. 24061C; *Court Administrative v. 16.6.2009*, Nr. 25443C.

¹⁰⁷ Vgl. *Piot & Lamotte*, DFI 11/2011, S. 309; *Scardoni & Sergiel*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 458.

¹⁰⁸ Vgl. *Hoss & O'Donnell*, "Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 463f.; *Douénias & Macovei*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 441; *Piot & Lamotte*, DFI 11/2011, S. 310; *Scardoni & Sergiel*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 457. Jedenfalls ist keines der aufgeführten Abgrenzungsmerkmale allein ausschlaggebend für die abschließende Beurteilung.

anschließend zu gewichten, um im Rahmen einer Gesamtwertung das betreffende Instrument dem Eigen- oder aber dem Fremdkapital zuzuordnen. Gleichwohl spricht eine feste Laufzeit und fixe Verzinsung regelmäßig für steuerliches Fremdkapital, während selbst bei fehlender Stimmrechtsausübung die Eigenkapitalqualifizierung möglich bleibt.¹⁰⁹

XVI. Malta

Das maltesische Steuerrecht sieht in Art. 2 ITA¹¹⁰ eine Definition des steuerlichen Eigenkapitalbegriffs vor. Danach müssen für die Eigenkapitalqualifikation mindestens zwei der nachfolgenden Kriterien erfüllt sein:

- Stimmrechte;
- Anrecht auf eine gewinnabhängige Vergütung und
- Eine Beteiligung an den stillen Reserven im Rahmen der Liquidation.

Danach kann eine Eigenkapitalqualifikation auch vorliegen, wenn die Beteiligung nicht ausschließlich aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung besteht, sondern etwa aus einer vermögensmäßigen.¹¹¹ Dafür müssen die erforderlichen Kriterien aber über die gesamte Laufzeit der Kapitalüberlassung erfüllt sein. Andernfalls ist für steuerliche Zwecke von Fremdkapital auszugehen. Die maltesische Finanzverwaltung hat zumindest für den Bereich hybrider Darlehen klargestellt, dass die Stimmberechtigung oder die Gewinnabhängigkeit allein nicht zur Fremdkapitalqualifikation und damit zum Vergütungsabzug nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) ITA führt.¹¹²

XVII. Niederlande

Die steuerliche Klassifizierung als Eigen- bzw. Fremdkapital ist in den Niederlanden von der ständigen Rechtsprechung geprägt.¹¹³ Art. 10 Abs. 1 lit. d) CITA¹¹⁴ sieht zwar

¹⁰⁹ Vgl. *Douénias & Macovei*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 441; *Piot & Lamotte*, DFI 11/2011, S. 310.

¹¹⁰ Income Tax Act: Chapter 123 of the Laws of Malta.

¹¹¹ Gesellschaftsrechtlich werden Beteiligungen nach Chapter 386 The Companies Act bestimmt. Eine gesellschafterrechtliche Stellung führt aber jedenfalls zur Eigenkapitalqualifikation. Unabhängig von der Ausprägung der Einzelmerkmale erhalten Hybridanleihen jedenfalls keinen Eigenkapitalcharakter, vgl. *Vroom*, ET 1/2015, S. 105.

¹¹² Vgl. Verlautbarung des Malta Inland Revenue Department, abrufbar unter: <http://www.ird.gov.mt/taxguides/interestfromloan.aspx>. Siehe auch *Vroom*, ET 1/2015, S. 105.

¹¹³ Vgl. *De Boer & Boulogne*, Taxation of Intercompany Dividends, Chapter 20 Netherlands, 2009, S. 8; *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 210

eine Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen aus sog. Scheindarlehen vor, liefert allerdings keine Legaldefinition dieses Begriffes. Auch die gefestigte Rechtsprechung hält zunächst an der zivilrechtlichen Maßgeblichkeit für die steuerliche Behandlung eines Finanzinstruments¹¹⁵ fest.¹¹⁶ Gleichwohl hat der Oberste Gerichtshof der Niederlande von diesem Grundsatz drei Ausnahmen entwickelt.¹¹⁷ Demnach kann bei einer zuvor vorgenommenen steuerlichen Fremdkapitaleinordnung die Abzugsfähigkeit der Zinsen versagt werden, sofern eines der folgenden drei Instrumente betroffen ist:

- Scheindarlehen (*sham loan*),
- partiarisches Darlehen (*participating loan*) oder
- *loss financing loan*.¹¹⁸

Unter welchen Voraussetzungen eines der genannten Finanzinstrumente einschlägig ist, regelt das Gesetz wiederum nicht.¹¹⁹ Die Judikative weist allerdings auf die Eigenschaften hin, die das partiarische Darlehen kennzeichnen sollten, um in steuerliches Eigenkapital umqualifiziert werden zu können.¹²⁰ Eine derartige Einordnung liegt vor, wenn die folgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Gewinnabhängigkeit der Vergütung;
- Nachrangigkeit des Zahlungsanspruchs und
- keine feste Laufzeit der Kapitalüberlassung.¹²¹

¹¹⁴ *Wet op de vennootschapsbelasting* 1969, zuletzt geändert am 23.2.2014 (Körperschaftsteuergesetz des Königreichs Niederlande).

¹¹⁵ Das steuerliche Fremdkapital wird dem Zivilrecht folgend immer dann angenommen, wenn auf der Seite des Kapitalgebers eine Verpflichtung besteht, das gewährte Kapital innerhalb einer bestimmten Frist zurückzuzahlen (Art. 7a:1791 Civil Code). Vgl. *Gelder & Niels*, DFI 7&8/2013, S. 142; *van der Stok*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 511.

¹¹⁶ Vgl. z.B. Supreme Court, Urt. v. 27.1.1988, BNB 1988/217.

¹¹⁷ Vgl. z.B. Supreme Court, Urt. v. 25.11.2005, BNB 2006/82.

¹¹⁸ Zu allen drei hybriden Finanzinstrumenten siehe ausführlich: *De Boer & Boulogne*, Taxation of Intercompany Dividends, Chapter 20 Netherlands, 2009, S. 9f. oder *Dikmans*, ET 4/2007, S. 159; *van der Stok*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 511; *Warner*, "Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 507; *Bakker*, ITR 7/2006, S. 35.

¹¹⁹ Die Legaldefinitionen, die bis einschließlich Steuerreform 2007 in Art. 10 Abs. 2 bis 4 CITA existierten, wurden vom niederländischen Steuergesetzgeber abgeschafft. Diese waren allerdings sehr stark an die niederländische Rechtsprechung angelehnt. Vgl. *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 214; *Bakker*, ITR 7/2006, S. 35; *Dikmans*, ET 4/2007, S. 157.

¹²⁰ Vgl. z.B. Supreme Court, Urt. v. 11.3.1998, BNB 1998/208 und v. 25.11.2005, BNB 2006/82.

¹²¹ Laut Supreme Court ist ein Darlehensverhältnis mit einer Laufzeit von über 50 Jahre als ein solches anzusehen. Siehe Supreme Court, Urt. v. 25.11.2005, BNB 2006/82 und 83. Siehe auch ausführlich *Bärsch*, Taxation of hybrid financial instruments and the remuneration derived

In einer jüngeren Entscheidung hatte der niederländische Gerichtshof¹²² in einer Outbound-Konstellation über die Frage der Umqualifizierung von Eigen- in Fremdkapital zu befinden, infolgedessen die Anwendung des unilateralen Schachtelprivilegs¹²³ zu versagen war. Zunächst wurde die zivilrechtliche Maßgeblichkeit bekräftigt,¹²⁴ an welcher letztlich auch nicht gerüttelt wurde, obgleich das betreffende Instrument typische Fremdkapitalmerkmale aufwies (fixe Vergütung, keine Vetorechte und eine Laufzeit von weniger als 50 Jahre¹²⁵).¹²⁶ Dem Umstand, dass die Vergütung auf Ebene des Schuldners abzugsfähig war, wurde keine Bedeutung beigemessen.¹²⁷

XVIII. Österreich

Das österreichische Steuerrecht ist hinsichtlich der Einordnung von Finanzierungsformen autonom,¹²⁸ weshalb es an einer Maßgeblichkeit der gesellschafts- bzw. bilanzrechtlichen Qualifikation fehlt.¹²⁹ Die für steuerliche Zwecke heranzuziehenden Kriterien zur Typisierung entstammen der Judikatur,¹³⁰ da es auch

therefrom in an international and cross-border context, 2012, S. 215f.; *Bärsch & Spengel*, Ubg 6/2013, S. 380; *Kok*, DFI 7&8/2014, S. 205.

¹²² Vgl. Supreme Court, Urt. v. 7.2.2014, 12/03540.

¹²³ Schachtelprivileg ist nach niederländischem Steuerrecht auch in Bezug auf die gewinnabhängigen Vergütungen, z.B. aus partiarischen Darlehen anwendbar. Voraussetzung hierfür ist das Halten einer qualifizierten Beteiligung an der darlehensgebenden Gesellschaft. Vgl. *te Boekhorst*, IBFD Country Analysis, Sec. 6.1.3 (2014) oder *Bongers & Visser*, JIT 1/2003, S. 35.

¹²⁴ Dem Gerichtshof folgend sei die Einordnung des Finanzinstruments im Ausland für steuerliche Zwecke im Inland ohne Bedeutung. Vgl. Supreme Court, Urt. v. 7.2.2014, 12/03540.

¹²⁵ Nach der Ansicht des Gerichts erster Instanz sprachen die aufgezählten Merkmale für die Umqualifizierung des Finanzinstruments in das steuerliche Fremdkapital. Nach der Auffassung sei die Laufzeit von weniger als 10 Jahre bereits ausreichend für die Typisierung als Fremdkapital. Vgl. Haarlem Court, Urt. v. 15.1.2011, LJN: BQ0936.

¹²⁶ Vgl. Supreme Court, Urt. v. 7.2.2014, 12/03540.

¹²⁷ Ausführlich siehe *Bouwman & Gelder*, DLA Piper, 2014, abrufbar unter: <http://www.dlapiper.com/netherlands-tax-treatment-of-hybrid-finance-instruments-in-the-wake-of-two-landmark-cases>.

¹²⁸ Vgl. insbesondere *Mühlehner* in König & Schwarzinger (Hrsg.), *Körperschaften im Steuerrecht – Festschrift für Walter Wiesner*, Wien 2004, S. 308f.; *Heidenbauer & Roesener* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, 2013, § 10, S. 552, 587.

¹²⁹ Siehe *Heinrich*, "Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 143; *ders.* in Bergmann (Hrsg.), *Praxisfragen zum Körperschaftsteuerrecht – Festschrift für Harald Werilly*, Wien 2000, 105f.; *Ruppe* in Ruppe & Swoboda & Nitsche (Hrsg.), *Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital*, Wien 1985, S. 15; *Ressler*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 98.

¹³⁰ Vgl. *Heinrich*, "Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 140; *Heidenbauer & Roesener* in Schön *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 10, S. 553.

hier an einer normativen Legaldefinition von Eigen- bzw. Fremdkapital fehlt.¹³¹ Für die Einordnung hybrider Finanzinstrumente gilt es daher abzuwägen, welchem Wesensmerkmal sich das betreffende Instrument annähert. Dabei spricht die Stellung einer gesellschafterähnlichen Position für die Einordnung als Eigenkapital.¹³² Daneben können auch schuldrechtliche Beziehungen Eigenkapitalcharakter aufweisen, wenn eine lediglich vermögensmäßige Beteiligung - kumulativ - an eine Gewinn- sowie Liquidationspartizipation geknüpft ist.¹³³ Eine entsprechende Verlustbeteiligung ist jedoch nicht zwingend erforderlich,¹³⁴ schließt jedoch einen bloßen Darlehenscharakter eines Finanzierungsinstruments aus.¹³⁵ Zusätzlich stellen die Nachrangigkeit des Kapitals, die fehlende Besicherung sowie eine unbegrenzte Laufzeit gewichtige Indizien für die Eigenkapitalqualifikation dar.¹³⁶ Als typische Fremdkapitalindizien gelten dagegen das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten, eine feste Laufzeit der Kapitalüberlassung sowie die Vereinbarung einer Mindestverzinsung.¹³⁷

XIX. Polen

Das polnische Steuergesetz enthält keine Legaldefinition für steuerliches Eigen- bzw. Fremdkapital, welche für Abgrenzungsfragen heranzuziehen wäre. Vielmehr ist die bilanzielle Behandlung maßgeblich.¹³⁸ Demzufolge ist jede Vergütung, welche

¹³¹ Vgl. *Staringer* in Bertl et. al. (Hrsg.), *Eigenkapital*, Wien 2004, S. 256.

¹³² Vgl. *Heinrich*, "Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 141. Mithin qualifizieren sich auch atypisch stille Beteiligungen oder stimmrechtslose Vorzugsaktien steuerlich als Eigenkapital. Demgegenüber ist der typisch stille Gesellschafter stets als Fremdkapitalgeber anzusehen; vgl. *Heidenbauer & Roesener* in Schön (Hrsg.), *Eigenkapital und Fremdkapital*, Berlin 2013, § 10, S. 555 m.w.N.

¹³³ Vgl. VwGH v. 23.2.1994, 93/15/0163; v. 24.2.2000, 96/15/0062; v. 27.2.2008, 2005/13/0050 zu den Voraussetzungen der Eigenkapitaleinordnung bei Beteiligung als stiller Gesellschafter. Dieses Kriterium ist aber auch bei Substanzgenussrechten bzw. eigenkapitalähnlichen Genussrechten maßgeblich (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 öKStG); vgl. VwGH v. 29.3.2006, 2005/14/0018; v. 18.11.2008, 2006/15/0050; v. 22.03.2010, 2010/15/0020 sowie *Ressler*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 102. Außerdem besteht die Möglichkeit dem Genussrechtinhaber bestimmte Verwaltungs-, Mitwirkungs- oder Kontrollrechte einzuräumen. Damit nimmt er zwar keine klassische Gesellschafterstellung ein; kommt dieser gleichwohl aber sehr nahe.

¹³⁴ Vgl. *Kirchmayr*, ÖStZ 1997, S. 293; *Cerha & Ludwig* in Bergmann (Hrsg.), *Praxisfragen zum Körperschaftsteuerrecht – Festschrift für Harald Werilly*, Wien 2000, 113 m.w.N.

¹³⁵ Vgl. VwGH v. 27.2.1995, 94/16/0112; *Schön*, ZGR 2/1993, S. 222.

¹³⁶ Vgl. VwGH v. 21.5.1997, 95/14/0151; v. 24.2.2004, 98/14/0131; v. 29.3.2006, 2005/14/0018.

¹³⁷ Vgl. VwGH v. 29.3.2006, 2005/14/0018.

¹³⁸ Laut *Nabialek* scheidet eine unmittelbare Übernahme des steuerpflichtigen Einkommens aus den handelsrechtlich geführten Büchern aus. Nach polnischem Steuerrecht gelten nämlich als Einnahmen und Erwerbsauswendungen nur solche, die in Steuergesetzen *expressis verbis* genannt sind. Vgl. *Nabialek* in Kudert (Hrsg.), *Investieren in Polen*, 2007, S. 140. Die Judikate polnischer Verwaltungsgerichte weisen an dieser Stelle darauf hin, dass das steuerliche

handelsbilanzrechtlich als Dividende ausgewiesen wurde, in entsprechender Weise für steuerliche Zwecke zu erfassen.¹³⁹ Ferner hat das Verwaltungsgericht in Danzig in einem Urteil betont, dass die Steuervorschriften immer im Zusammenhang mit Rechtsnormen anderer Rechtsgebiete, u.a. des Zivilrechts, anzuwenden sind, mit denen sie zusammen eine einheitliche Rechtsordnung bilden.¹⁴⁰ Aus diesem Grund dient zusätzlich die zivilrechtliche Bedeutung eines Rechtsbegriffes bzw. Einordnung eines Schuldverhältnisses für den sachlichen Anwendungsbereich steuerlicher Vorschriften und Durchführung der Besteuerung als Maßstab.¹⁴¹ Zumindest für die Einordnung als steuerliches Fremdkapital ist das Kriterium der Kapitalrückzahlungsverpflichtung elementar (Art. 720 BGB-PL¹⁴²).

XX. Portugal

Auch in Portugal fehlt es an einer Legaldefinition von steuerlichem Eigen- bzw. Fremdkapital sowie an entsprechenden Verlautbarungen dortiger Finanzverwaltungen. Allerdings sieht das portugiesische Steuerrecht explizit den *substance over form* Ansatz (Art. 68B Abs. 11 CITA) vor.¹⁴³ Diese Regelung ist als eine Missbrauchsvorschrift ausgestaltet und räumt den Steuerbehörden die Möglichkeit ein, unter bestimmten Umständen von der vom Steuerpflichtigen vorgenommenen Qualifikation abzuweichen, sofern die wirtschaftliche Substanz eines Rechtsgeschäfts auf eine abweichende Typisierung hinweist.¹⁴⁴ Daher greift das portugiesische Steuerrecht auf die bilanzrechtliche Beurteilung zurück. Für Zwecke der bilanziellen Behandlung sind wiederum die in das nationale Recht

Einkommen in Anlehnung an den modifizierten Handelsbilanzgewinn zu bestimmen ist. Siehe z.B. NSA, Ur. v. 20.4.2001, III SA 3352/99.

¹³⁹ Vgl. *Bernat & Krempa*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 592.

¹⁴⁰ Deshalb hat die Steuerbehörde auf das breite Konzept des Steuerrechts zurückzugreifen und bei der Auseinandersetzung mit einem bestimmten Steuersachverhalt auch die zivilrechtliche Betrachtungsweise heranzuziehen. Vgl. WSA Danzig, Ur. v. 14.5.2014, I SA/Gd 293/13. WSA steht für Wojewoschaftsverwaltungsgericht als Gericht der ersten Instanz u.a. in Steuersachen.

¹⁴¹ Auf diese Weise wird u.a. bei der Besteuerung von Vergütungen aus hybriden Finanzierungsinstrumenten, z.B. stiller Gesellschaft, verfahren. Hierbei ist für die steuerliche Einordnung eine genaue Auslegung des Vertrages über die Gründung stiller Gesellschaft von entscheidender Bedeutung. Weisen die meisten Eigenschaften dieses Vertrages die Nähe zum qualifizierten Darlehens- oder Kreditverhältnis hin, dann ist die Behandlung der Gewinnanteile als Einkünfte aus Kapitalvermögen naheliegend. Vgl. *Kudert & Kopec & Jamroz*y, IStR 12/2012, S. 959.

¹⁴² Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch der Republik Polen v. 23.4.1969 (pol. Kodeks cywilny), Dz. U. 1964, Nr. 16, Pos. 93, m.n.Ä. Vgl. auch *Zalesiński*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 576.

¹⁴³ Vgl. *Teixeira*, DFI 3/1999, S. 149; *Teixeira*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 693.

¹⁴⁴ Vgl. *Teixeira*, DFI 3/1999, S. 149; *Figueirego*, DFI 2/2008, S. 21.

transformierten IFRS-Vorschriften, vorwiegend die Regelungen des IAS 32, entscheidend.¹⁴⁵ Mithin ist die Qualifizierung als Eigenkapital nur möglich, wenn der Kapitalrückzahlungsanspruch ausgeschlossen oder ausschließlich durch den Emittenten bewirkt werden kann.¹⁴⁶ Soweit erst bei Liquidation eine Rückzahlungsverpflichtung besteht, ist lediglich von einer bedingten Verpflichtung auszugehen und demnach liegt keine finanzielle Verbindlichkeit vor (IAS 32.25(b)). Dagegen führt die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechts zur Einstufung als Fremdkapital (IAS 32.18 i.V.m. IAS 32.BC7). Ferner ist bei einer festen Verzinsung regelmäßig von einer finanziellen Verbindlichkeit auszugehen. Demzufolge sind Zinsen im Rahmen der Fremdfinanzierung für steuerliche Zwecke im Regelfall voll abzugsfähig, die Eigenkapitalausstattung gestaltet sich hingegen regelmäßig steuerneutral.¹⁴⁷

XXI. Rumänien

In Rumänien basiert die steuerliche Klassifizierung von Eigen- bzw. Fremdkapital auf der bilanziellen Behandlung nach den IFRS,¹⁴⁸ weshalb auf den wirtschaftlichen Gehalt des Finanzinstruments abzustellen ist (*substance-over-form*). Mithin kann für die Qualifizierung als Eigenkapital auf die Ausführungen zu Portugal verwiesen werden. Zu erwähnen ist jedoch, dass für die Eigenkapitalqualifikation eine vollständig gewinnabhängige Vergütung erforderlich ist, die ausschließlich im Ermessen des Emittenten liegt.¹⁴⁹

XXII. Schweden

Für die steuerliche Qualifizierung von Kapital wird in Schweden vorrangig auf zivilrechtliche Einordnungskriterien abgestellt. Von den zivilrechtlichen Prinzipien wird allerdings zugunsten der ökonomischen Substanz (*substance-over-form*) abgewichen, falls die wirtschaftlichen Gegebenheiten des Finanzierungsinstruments eine anderweitige Typisierung rechtfertigen.¹⁵⁰ Nach der gesetzlichen Legaldefinition

¹⁴⁵ Vgl. *Martins*, Intertax 8&9/2013, S. 467.

¹⁴⁶ Siehe Ebenda.

¹⁴⁷ Vgl. *Teixeria*, IBFD Publications BV, 5&6/1999, S. 149; *Martins*, Intertax 8&9/2013, S. 467.

¹⁴⁸ Siehe ausführlich *Miricescu & Tatu*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 604, 610 mit Verweis auf die Verwaltungsanweisung v. 10.11.2009, Nr. 3055/2009.

¹⁴⁹ Siehe insgesamt *Miricescu & Tatu*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 610f.; ebenso *Vosse*, TPI Europe Tax Services 11/2011, S. 14f.

¹⁵⁰ Vgl. *Bång & Nylén*, DFI 5/2008, S. 200f. A.A. *Hilting*, "The debt-equity conundrum", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 707, der die Klassifizierung eines Finanzinstruments als Eigen- bzw. Fremdkapital wiederum unabhängig von dessen bilanzieller Behandlung sieht.

gelten als Eigenkapitalinstrumente regelmäßig alle Verträge, die dem Kapitalinhaber eine Beteiligung am Vermögenswert eines Unternehmens nach Abzug aller Verbindlichkeiten gewähren.¹⁵¹ Darüber hinaus wird als steuerliches Eigenkapital auch die Zahlungsleistung behandelt, deren Rückzahlungsanspruch an die Höhe des Eigenkapitals gekoppelt ist.¹⁵² Weiterhin wird steuerliches Eigenkapital nach ständiger Rechtsprechung auch dann angenommen, wenn die Rückzahlungsverpflichtung ergebnisabhängig ist und der Rückzahlungsanspruch in nationaler Währung besteht (sog. *contingent debt instruments*).¹⁵³ Demgegenüber ist steuerliches Fremdkapital regelmäßig bei fixer Verzinsung und Rückzahlung des ursprünglich überlassenen Kapitals innerhalb einer bestimmten Frist definiert. Dabei ist die Einordnung als in- bzw. ausländisches Schuldinstrument davon abhängig, ob der Rückzahlungsbetrag in SEK festgelegt wurde oder in einer anderen Währung.¹⁵⁴ Besondere Vorschriften für hybride Finanzinstrumente existieren nicht. Zu beachten ist aber, dass in Schweden auf den sog. *unitary approach* zurückgegriffen wird, nach dem die Finanzinstrumente, die Eigen- und Fremdkapitalkomponente aufweisen, für steuerliche Zwecke einheitlich zu behandeln sind.¹⁵⁵

XXIII. Slowakei

In der Slowakei basiert die steuerliche Gewinnermittlung auf den handelsbilanzrechtlichen Grundsätzen¹⁵⁶ mit der Folge, dass die bilanzrechtlichen

¹⁵¹ Chapter 48, Sec. 2, Para. 1, ITA. Siehe auch the Swedish Government Bills (Propositioner) 1999/2000:2, Part 2 (S. 572-573); 1990/91:142 (S. 142).

¹⁵² Vgl. *Hilling*, Income Taxation of Derivatives and other Financial Instruments – Economic Substance versus Legal Form - A study focusing on Swedish non-financial companies, 2007, S. 65.

¹⁵³ Vgl. Case RÅ 2009, ref. 33. Als Beispiele für die *contingent debt instruments* werden im Schrifttum *index-linked bonds – currency index-linked bonds or equity index-linked bonds* genannt. Vgl. *Hilling*, Income Taxation of Derivatives and other Financial Instruments – Economic Substance versus Legal Form - A study focusing on Swedish non-financial companies, 2007, S. 104. Nach Ansicht von *Hilling* sollte die gleiche Steuerqualifikation auch für die in fremder Währung ausgedrückten *contingent debt instruments* gelten.

¹⁵⁴ Diese Unterscheidung hat ihren historischen Hintergrund. Nach der alten Rechtslage war die steuerliche Geltendmachung von Veräußerungsverlusten aus ausländischen Finanzinstrumenten steuerlich auf 70% des Gesamtbetrages begrenzt. Eine solche Beschränkung griff nicht ein, wenn der Rückzahlungsanspruch in nationaler Währung ausgedrückt wurde. Die unterscheidende Steueregelung hat das schwedische Oberverwaltungsgericht als im Widerspruch mit Unionsrecht angesehen; was zu deren Abschaffung geführt hat. Vgl. Case RÅ 2009, ref. 33. Vgl. auch *Hilling*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 710. Diese Unterscheidung hat damit keine steuerlichen Konsequenzen mehr zur Folge.

¹⁵⁵ Vgl. auch *Hilling*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 693.

¹⁵⁶ Siehe Sec. 17 (1) a/b Income Tax Act (ITA) Nr. 595/2003.

Einordnungskriterien auch für steuerliche Zwecke ihre Geltung entfalten.¹⁵⁷ Das slowakische Steuergesetz kennt dabei keine Sonderregelungen für (hybride) Finanzinstrumente, nach denen die gewinnabhängigen Zinsaufwendungen außerbilanziell dem Steuergewinn hinzurechnen wären.¹⁵⁸

XXIV. Slowenien

Auch in Slowenien ist für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung der handelsrechtliche Jahresabschluss heranzuziehen¹⁵⁹, womit für steuerliche Klassifizierungsfragen die bilanzrechtlichen Grundsätze maßgeblich sind. Allerdings ist das handelsrechtliche Ergebnis wiederum um steuerliche Besonderheiten zu korrigieren.¹⁶⁰ Im Bereich der Gesellschaftsfinanzierung dürfen gem. Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 CITA die dividendenähnlichen Erträge einschließlich verdeckter Gewinnausschüttungen¹⁶¹ das Einkommen der Gesellschaft nicht mindern und sind steuerrechtlich außerbilanziell zu korrigieren. Nach Art. 74 Nr. 1 CITA sind unter die Dividendendefinition auch Vergütungen aus der Darlehensgewährung zu subsumieren, wenn die Verzinsung vom realisierten Gewinn des Schuldners abhängig ist (partiarisches Darlehen). Andere Kriterien für die Umqualifizierung von bilanziellem Fremdkapital in Eigenkapital sind nicht vorgesehen. Folglich ist zu konstatieren, dass für die Typisierung als steuerliches Eigenkapital neben dem Halten einer ordentlichen, kapitalmäßigen Beteiligung¹⁶², auch ergebnisabhängige Vergütungen des betreffenden Instruments als ausschlaggebendes Kriterium dienen.

XXV. Spanien

Ausgangspunkt für die steuerliche Klassifizierung von Finanzinstrumenten in Spanien ist zunächst deren zivilrechtliche Einordnung.¹⁶³ Allerdings ist die handelsbilanzielle

¹⁵⁷ Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, wenn der handelsrechtlichen Bewertung nicht steuerliche Sondervorschriften vorgehen. Siehe Sec. 17 (2) ITA. Vgl. *Woltering & Pott*, IWB 2007, Fach 11 Europäische Union Gr. 2, S. 823.

¹⁵⁸ Sec. 3(2) c ITA regelt, was unter Dividendeneinkünften zu verstehen ist. Demnach gelten als Dividenden die Gewinnanteile, die aus dem Halten kapitalmäßiger Beteiligung bzw. der Mitgliedschaft in einem satzungsmäßigen Gremium oder dem Aufsichtsrat resultieren. Siehe auch *Maher & Lešnik*, IBFD, Country Analysis, Sec. 6.1.1. (2014).

¹⁵⁹ Art. 12 Abs. 3 CITA. CITA steht für Körperschaftsteuergesetz der Republik Slowenien v. 16.11.2006, (Corporate Income Tax Act), ZDDPO-2, Uradni list RS No. 117/06.

¹⁶⁰ Sog. formelles Maßgeblichkeitsprinzip, vgl. *Woltering & Pott*, IWB 2007, Fach 11 Europäische Union Gr. 2, S. 821.

¹⁶¹ Art. 74 Nr. 7 CITA.

¹⁶² Siehe *Maher & Lešnik*, IBFD Country Analysis, Sec. 6.1.1 (2014).

¹⁶³ So *Novoa*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 650.

Behandlung für Abgrenzungsfragen ebenfalls von elementarer Bedeutung und demzufolge ist auf IAS 32 abzustellen.¹⁶⁴ Folglich darf für die Eigenkapitalqualifizierung kein Kapitalrückzahlungsanspruch bestehen;¹⁶⁵ eine Rückzahlungsverpflichtung zum Liquidationszeitpunkt ist unschädlich.¹⁶⁶ Dieses Merkmal ist ganz zentral für spanische Steuerzwecke.¹⁶⁷ Ferner sprechen eine unbestimmte Laufzeit der Kapitalüberlassung und Verlustpartizipation für die Einordnung als steuerliches Eigenkapital. Schließlich ist für eine derartige Klassifizierung eine ausschließlich gewinnabhängige Vergütung notwendig, aber allein nicht hinreichend.¹⁶⁸ Auch der nachgeordnete Haftungsrang des Kapitals kann für die Eigenkapitalqualifizierung sprechen.¹⁶⁹ Wird eine feste Vertragslaufzeit gewählt, ist Fremdkapital gegeben.¹⁷⁰

XXVI. Tschechische Republik

Ausgangspunkt für steuerliche Qualifikation von Finanzinstrumenten bildet in Tschechien die handelsbilanzrechtliche Behandlung,¹⁷¹ welche sich wiederum stark an den zivilrechtlichen Merkmalen orientiert. Demnach werden Kapitalüberlassungen mit konkreter Rückzahlungsverpflichtung als Verbindlichkeit ausgewiesen.¹⁷² Allerdings gilt die Maßgeblichkeit dann nicht uneingeschränkt, wenn die

¹⁶⁴ Dafür dienen die IFRS und die spanischen GAAP, vgl. *Armesto & de la Cueva & Palacios*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 681f.; *Novoa*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 650; *Lorán*, DFI 9&12/2011, S. 269f.; *derselbe*, DFI 11&12/2012, S. 275.

¹⁶⁵ Vgl. *Armesto & de la Cueva & Palacios*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 681.

¹⁶⁶ gl. auch *Novoa*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 661.

¹⁶⁷ So *Armesto & de la Cueva & Palacios*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 682.

¹⁶⁸ Vgl. *Novoa*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 661 mit Verweis auf die Entscheidung des Directorate General of Taxes v. 26.6.2007, V3180-07; ebenso *Lorán*, DFI 11&12/2012, S. 275.

¹⁶⁹ Siehe *Novoa*, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 661.

¹⁷⁰ Vgl. *Armesto & de la Cueva & Palacios*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 682.

¹⁷¹ Eine solche Vorgehensweise hat auch der tschechische Minister der Finanzen in einer allgemeinen verbindlichen Auskunft bestätigt. Die bilanzrechtliche Einordnung ist auch für Zwecke der Thin Capitalization – Regelung maßgeblich. Vgl. dazu *Mkrtchyan*, IBFD Country Analysis, Sec. 10.3 (2014). Anders als in Belgien und in Zypern ist in Tschechien kein *form over substance*-Grundsatz anwendbar, siehe *Englis*, "New tendencies in tax treatment of cross-border interest of corporations", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 93a (2008), S. 251.

¹⁷² Vgl. *Moudrý*, "Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions", IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 249.

tschechischen Steuervorschriften explizit eine abweichende Regelung vorsehen.¹⁷³ So werden etwa partiarische Darlehen, die eine Ergebnis- bzw. Umsatzabhängigkeit der Vergütung beinhalten, zwar bilanziell als Fremdkapital beurteilt, steuerrechtlich jedoch dem Eigenkapital zugerechnet, infolgedessen die betreffenden Vergütungen als nichtabzugsfähig gelten. Gleiches gilt für die Vergütungen aus stiller Beteiligung.¹⁷⁴ Desweiteren obliegt der tschechischen Finanzverwaltung unter strengen Voraussetzungen die Möglichkeit, das jeweilige Finanzinstrument dann entsprechend umzuqualifizieren, wenn der wirtschaftliche Charakter von dessen bilanzieller Erfassung erheblich abweicht.¹⁷⁵ Als gewichtige Indizien sprechen u.a. eine unüblich lange Laufzeit der Kapitalüberlassung oder eine variable, ergebnisanknüpfende Vergütung.¹⁷⁶

XXVII. Ungarn

Im ungarischen Steuerrecht fehlt es ebenfalls an einer gesetzlichen Definition für die Einordnung von Finanzinstrumenten. Ausgangspunkt für die steuerliche Klassifizierung bilden die ungarischen GAAP (Section 6 (2) & (3) CTA¹⁷⁷).¹⁷⁸ Allerdings existieren hiervon Ausnahmen, welche abschließend in Section 7 und 8 CTA geregelt sind. Diese sehen jedoch keine entsprechenden Umqualifizierungen für variable bzw. ergebnisabhängige (Zins-)Vergütungen vor. Daraus lässt sich zumindest schlussfolgern, dass Finanzinstrumente, die ausschließlich eine gewinnabhängige Komponente aufweisen, nicht zwingend als steuerrechtliches Eigenkapital einzustufen sind. Als Dividendenbezüge gelten aber alle Gewinnanteile aus dem Halten kapitalmäßiger Gesellschaftsbeteiligung.¹⁷⁹

XXVIII. Zypern

Das zypriotische Steuerrecht sieht – ähnlich wie das belgische – keine eigenständigen Einordnungskriterien vor, weshalb uneingeschränkt auf die zivilrechtlichen Grundsätze sowie die vertraglichen Gegebenheiten für Klassifizierungsfragen abzustellen ist. Mithin ist dort der *form over substance* Ansatz

¹⁷³ Vgl. Moudrý, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 226.

¹⁷⁴ Vgl. Moudrý, „Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments in Cross-border Transactions“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 85a (2000), S. 248.

¹⁷⁵ Vgl. Moudrý, „The debt-equity conundrum“, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 97b (2012), S. 227.

¹⁷⁶ Vgl. Ebenda.

¹⁷⁷ Act LXXXI on Corporate Tax and Dividend Tax 1996 (CTA).

¹⁷⁸ Vgl. Woltering & Pott, IWB 2007, Fach 11 Europäische Union Gr. 2, S. 823.

¹⁷⁹ Vgl. Antal & Burján, IBFD Country Analysis, Sec. 6.1.1 (2014).

ausschlaggebend, weshalb auch nur gesellschaftsrechtliche Beteiligungen als steuerliches Eigenkapital behandelt werden.

C. Analyse der Länderinformationen

Nachdem die in den einzelnen Mitgliedsstaaten etablierten Abgrenzungsmerkmale dargestellt wurden, wird nachfolgend der Versuch unternommen, diese zusammenzuführen. Ziel dieses Abschnitts ist es vordergründig, die vorstehend skizzierten Länderinformationen zu sammeln und auszuwerten. Dabei sollen insbesondere Schnittmengen und elementare Unterschiede in der Einordnung als steuerliches Eigenkapital durch die Mitgliedstaaten erkannt werden, um anschließend Gestaltungspotentiale aufzudecken.

Die vorstehend skizzierten, in den jeweiligen Mitgliedsstaaten einschlägigen Abgrenzungsindizien sind zunächst in der nachstehenden Tabelle 1 zusammengetragen.

	(1) Maßgeblichkeit des Zivil- bzw. Gesellschaftsrechts	(2) Maßgeblichkeit des Bilanzrechts	(3) Gesellschaftsanteil	(4) Gewinn- abhängigkeit	(5) Liquidations- erlös	(6) Verlust- partizipation	(7) unbegrenzte Laufzeit	(8) keine Rückzahlungs- verpflichtung	(9) Nachrangigkeit	(10) substance-over- form Grundsatz	kumulative Kriterien
1. Belgien	X	-	(X)	-	-	-	-	X	-	-	n/a
2. Bulgarien	-	X	-	X	-	-	X	(X)	X	X	4&7&9
3. Dänemark	X	-	(X)	X	-	-	X	X	-	-	n/a
4. Deutschland	(X)	X	(X)	X	X	X	≥ 30 Jahre	X	(X)	X	4 & 5
5. Estland	-	X	(X)	X	-	-	-	X	-	X	n/a
6. Finnland	X	-	(X)	X	X	X	≥ 50 Jahre	X	X	-	n/a
7. Frankreich	-	X	X	(X)	X	X	-	(X)	X	X	3&4&5&6&9
8. Griechenland	X	-	X	X	-	X	-	-	-	-	4&6
9. Großbritannien	X	X	X	X	-	-	≥ 50 Jahre	X	-	X	n/a
10. Irland	X	-	(X)	X	-	-	-	-	-	-	n/a
11. Italien	(X)	(X)	X	X	-	-	-	X	-	(X)	n/a
12. Kroatien	-	X (IAS 32)	(X)	X	-	-	(X)	X	(X)	X	n/a
13. Lettland	-	-	(X)	X	-	-	-	X	-	-	n/a
14. Litauen	-	X	X	X	-	-	-	-	-	X	n/a
15. Luxemburg	-	X	(X)	X	-	X	X	X	X	X	n/a
16. Malta	-	-	X	X	X	-	-	-	-	-	(2) von 3&4&5
17. Niederlande	X	-	(X)	X	-	-	≥ 50 Jahre	X	X	-	4 & 7 & 9
18. Österreich	-	-	(X)	X	X	-	X	X	X	-	4 & 5
19. Polen	X	(X)	(X)	-	-	-	-	X	-	X	n/a
20. Portugal	-	X (IAS 32)	(X)	X	-	-	(X)	X	(X)	X	n/a
21. Rumänien	-	X (IAS 32)	(X)	X	-	-	(X)	X	(X)	X	n/a
22. Schweden	(X)	X	(X)	X	-	-	(X)	X	-	X	n/a
23. Slowakei	-	X	(X)	-	-	-	-	-	-	X	n/a
24. Slowenien	-	X	X	X	-	-	-	-	-	X	n/a
25. Spanien	X	X (IAS 32)	(X)	X	-	X	(X)	X	(X)	X	n/a
26. Tschechien	(X)	X	-	X	-	-	(X)	X	-	X	n/a
27. Ungarn	-	X	X	(X)	-	-	-	-	-	X	n/a
28. Zypern	X	-	X	-	-	-	-	-	-	-	n/a
Anzahl	14	18	26	24	5	6	14	20	11	18	6

Tabelle 1: Übersicht der Länderinformationen¹⁸⁰

¹⁸⁰ Legende zur Tabelle 1:

n/a – keine Angabe

X – relevantes Kriterium

(X) – Kriterium nicht eingeschränkt maßgeblich.

Vorab ist zu beachten, dass es sich bei den dargestellten Abgrenzungsmerkmalen nicht um einen abschließenden Kriterienkatalog handelt, der für Einordnungsfragen in den Mitgliedsstaaten in dieser Form generell zur Anwendung kommt. Vielmehr sind die vorstehend aufgeführten Klassifikationsmerkmale als Einordnungsindizien zu verstehen, mit der Folge, dass es durchaus möglich ist, dass einzelne Staaten für die steuerliche Einordnung komplexer oder spezieller Finanzierungsprodukte an weitere Charakteristika anknüpfen.

Betrachtet man die identifizierten Klassifizierungsindizien im Einzelnen, lässt sich feststellen, dass in insgesamt 14 Mitgliedsstaaten die Maßgeblichkeit des Zivil- bzw. Gesellschaftsrechts gegeben ist.¹⁸¹ Weiter orientieren sich insgesamt 18 Mitgliedsstaaten an der bilanziellen Klassifizierung,¹⁸² wobei diese Mitgliedsstaaten gleichzeitig dem Substance-over-form-Ansatz folgen. Allerdings stellt diese Maßgeblichkeit regelmäßig nur den Ausgangspunkt für die steuerliche Klassifizierung dar und ist daher lediglich als „Orientierung“ zu verstehen. In Abgrenzungsfragen für steuerliche Zwecke treten nämlich regelmäßig weitere Kriterien hinzu, um die jeweilige Zuordnungsfrage abschließend zu klären. Im konkreten Fall wird somit die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz oftmals auch durchbrochen.¹⁸³ In insgesamt 26 Mitgliedsstaaten bleibt es jedoch bei der Einordnung als Eigenkapital, wenn es sich bei der Beteiligung um einen „klassischen“ Gesellschaftsanteil handelt.¹⁸⁴

Einige Mitgliedsstaaten ordnen wiederum auch rein vermögensmäßige Beteiligungen steuerlich dem Eigenkapital zu, wenn dafür bestimmte Kriterien erfüllt sind: Als gängigstes Kriterium wird hierbei regelmäßig die Gewinnabhängigkeit der betreffenden Vergütung gefordert.¹⁸⁵ Für die Eigenkapitaleinordnung ist diese aber regelmäßig nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr müssen weitere Kriterien hinzukommen, wie überwiegend eine unbegrenzte Laufzeit der Kapitalüberlassung¹⁸⁶ oder teilweise auch der konsequente Verzicht auf eine Rückzahlungsverpflichtung¹⁸⁷.

¹⁸¹ Dies gilt z.B. in Belgien, Dänemark, Irland, Polen oder Zypern.

¹⁸² Das ist bspw. in Bulgarien, Deutschland, Estland, Litauen sowie in Portugal der Fall.

¹⁸³ Z.B. in den Staaten, in denen gesetzlich eine Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für Steuerbilanz angeordnet ist. Für Besteuerungszwecke enthalten allerdings die Steuergesetze bestimmte Sondervorschriften, die u.U. das Abweichen vom Handelsbilanzansatz erlauben. Siehe dafür z.B. Deutschland, Italien oder Slowenien.

¹⁸⁴ Siehe z.B. Estland, Finnland, Lettland, Polen oder Spanien.

¹⁸⁵ Dies gilt etwa in 24 EU-Mitgliedsstaaten.

¹⁸⁶ Das ist in insgesamt 14 EU-Ländern der Fall. Siehe bspw. Bulgarien, Niederlande, Kroatien.

¹⁸⁷ Dies gilt in 20 Mitgliedstaaten.

Ferner wird in elf Mitgliedsstaaten auch die Nachrangigkeit der Kapitalrückführung¹⁸⁸ gegenüber anderen Gläubigern als maßgebliches Eigenkapitalcharakteristikum angesehen. Schließlich bilden in fünf Mitgliedsstaaten die Beteiligung am Liquidationserlös¹⁸⁹ sowie in sechs die Partizipation an anfallenden Verlusten¹⁹⁰ ein zusätzliches Eigenkapitalmerkmal. Diese Kriterien sind dabei teilweise indizieller Natur, teilweise aber auch maßgeblich dahingehend, als dass sie zusätzlich zu weiteren Eigenkapitalkriterien erfüllt sein müssen.¹⁹¹

In der nachfolgenden Tabelle 2 sind die maßgeblichen Abgrenzungskriterien noch einmal länderbezogen zusammengefasst:

	(1) Maßgeblichkeit von Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht	(2) Maßgeblichkeit des Bilanzrechts	(3) Gesellschafts- anteil	(4) Gewinn- abhängigkeit	(5) Liquidationserlös	(6) Verlustpartizipation	(7) unbegrenzte Laufzeit	(8) keine Rückzahlungs- verpflichtung	(9) Nachrangigkeit	(10) substance-over- form Grundsatz	kumulative Kriterien
EU- Mitglieds- staaten	•Belgien •Dänemark •Deutschland •Finnland •Griechenland •Großbritannien •Irland •Italien •Niederlande •Polen •Schweden •Spanien •Tschechien •Zypern	•Bulgarien •Deutschland •Estland •Frankreich •Großbritannien •Italien •Kroatien •Litauen •Luxemburg •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Slowakei •Slowenien •Spanien •Tschechien •Ungarn	•Belgien •Dänemark •Deutschland •Estland •Finnland •Frankreich •Griechenland •Großbritannien •Irland •Italien •Kroatien •Lettland •Litauen •Luxemburg •Malta •Niederlande •Österreich •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Slowakei •Slowenien •Spanien •Ungarn •Zypern	•Bulgarien •Dänemark •Deutschland •Estland •Finnland •Frankreich •Griechenland •Großbritannien •Irland •Italien •Kroatien •Lettland •Litauen •Luxemburg •Malta •Niederlande •Österreich •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Slowakei •Slowenien •Spanien •Ungarn	•Deutschland •Finnland •Frankreich •Malta •Österreich	•Deutschland •Finnland •Frankreich •Griechenland •Luxemburg •Spanien	•Bulgarien •Dänemark •Deutschland •Finnland •Großbritannien •Kroatien •Luxemburg •Niederlande •Österreich •Italien •Kroatien •Lettland •Luxemburg •Niederlande •Österreich •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Spanien •Tschechien	•Belgien •Bulgarien •Dänemark •Finnland •Frankreich •Estland •Griechenland •Kroatien •Luxemburg •Frankreich •Großbritannien •Italien •Kroatien •Lettland •Luxemburg •Niederlande •Österreich •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Spanien •Tschechien	•Bulgarien •Deutschland •Estland •Frankreich •Großbritannien •Italien •Kroatien •Litauen •Luxemburg •Polen •Portugal •Rumänien •Schweden •Slowakei •Slowenien •Spanien •Ungarn	•Bulgarien •Deutschland •Frankreich •Griechenland •Malta •Niederlande •Österreich	
Anzahl	14	18	26	24	5	6	14	20	11	18	7

Tabelle 2: Übersicht der länderbezogenen Abgrenzungskriterien

Aus den beiden oben dargestellten Übersichten ist ersichtlich, dass es zwar durchaus Schnittmengen innerhalb der maßgeblichen Abgrenzungsmerkmale zwischen den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten existieren. Gleichwohl sind auch Unterschiede erkennbar, die nicht nur vereinzelt anzutreffen sind. Hierdurch offenbart sich auch das enorme Gestaltungspotential von hybriden Finanzinstrumenten, welche gerade Eigen- und Fremdkapitalmerkmale vereinen und eine dichotome Trennung zwischen Eigen- und Fremdkapital folglich erschweren.

Es bleibt mithin zu konstatieren, dass innerhalb der EU kein einheitliches Verständnis vorherrscht, wie sich steuerlich Eigen- von Fremdkapital abgrenzt. Zwar sind die für

¹⁸⁸ Insgesamt stellen elf Mitgliedsstaaten auf eine Nachrangigkeit übermittelter Kapitalmitteln ab, um zur Eigenkapitalqualifikation zu gelangen, so z.B. Bulgarien, Finnland, Kroatien, Luxemburg oder auch Rumänien.

¹⁸⁹ Bspw. Deutschland, Finnland, Frankreich, Malta oder Österreich.

¹⁹⁰ Dies gilt bspw. für Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Luxemburg oder Spanien.

¹⁹¹ Siehe z.B. die kumulative Erfüllung von Kriterien in Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Niederlande oder Österreich.

Abgrenzungsfragen herangezogenen Merkmale grds. vergleichbar und lassen sich abschließend auf insgesamt zehn verschiedene Kriterien reduzieren. Gleichwohl kann das Verständnis in Abgrenzungsfragen durchaus variieren. Gerade dieser Umstand ist der Grund, weshalb sich auch im EU-Raum durch den grenzüberschreitenden Einsatz von hybriden Finanzinstrumenten Gestaltungspotentiale eröffnen.

I. Gestaltungspotentiale innerhalb des EU-Binnenmarkts

Nachfolgend wird nunmehr der Frage nachgegangen, wie die in vorstehender Analyse identifizierten Schnittmengen bzw. Abgrenzungsgefälle in der Einordnung als steuerliches Eigenkapital in der EU genutzt werden konnten, um die steuerliche Vorteile zu generieren. Hierzu wird in einem ersten Schritt erläutert, welche Anforderungen an die Klassifizierung als steuerliches Eigenkapital (bzw. im Umkehrschluss als steuerliches Fremdkapital) der Quellenstaat und welche der Empfängerstaat stellen sollten, um das angesprochene Gestaltungspotential auch effektiv nutzen zu können.

Idealerweise läuft eine derartige Struktur gerade darauf hinaus, dass der Quellenstaat das betreffende Finanzinstrument als Fremdkapital einordnet, infolgedessen die zu leistenden Vergütungen zum Betriebsausgabenabzug zugelassen werden und auf der Gegenseite der Empfängerstaat, aufgrund der dortigen Eigenkapitalzuordnung, die korrespondierende Zahlung als Gewinnausschüttung ansieht und demzufolge die Steuerfreistellung gewährt.

Zunächst kann vorweggenommen werden, dass sich gerade die Mitgliedsstaaten für den Einsatz von hybriden Finanzinstrumenten eignen, welche entweder erhöhte Anforderungen für die Eigenkapitalzuordnung vorsehen oder eben umgekehrt gerade sehr geringe. Wenn ein Staat sehr hohe Anforderungen an die Eigenkapitalqualifikation stellt, ist er für den Einsatz von hybriden Finanzinstrumenten als Schuldnerstaat prädestiniert, wenn auf der Gegenseite ein Staat steht, der für die Eigenkapitalqualifikation weniger oder andere Merkmale fordert. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde in solch einer Konstellation der Staat mit hohen Eigenkapitalanforderungen ein hybrides Finanzinstrument als Fremdkapital einstufen und in Konsequenz Zahlungen auf dieses Finanzinstrument als „Zinsen“ qualifizieren, die zum Betriebsausgabenabzug zugelassen werden. Auf der anderen Seite wird das betreffende Instrument in dem Empfängerstaat, der nur geringe Ansprüche an das Eigenkapital stellt, mit ähnlich hoher Wahrscheinlichkeit dem Eigenkapital zugeordnet und die korrespondierende Zahlung als Gewinnausschüttung mit der Konsequenz der Steuerfreistellung qualifiziert.

Mit Blick auf die in Tabelle 1 dargestellten Abgrenzungsmerkmale können bestimmte Staaten genannt werden, die sich für einen bewusst induzierten Qualifikationskonflikt bei Einsatz hybrider Finanzinstrumente besonders eignen. Diese Länder können danach untergliedert werden, als sie bei hohen Ansprüchen an die steuerliche Eigenkapitalqualifikation als Schuldnerstaat und bei niedrigen als Empfängerstaat fungieren sollten. Ein Vorschlag für eine beispielhafte Einteilung ist der nachfolgenden Tabelle 3 zu entnehmen:

Schuldnerstaaten (hohe Anforderungen)		Empfängerstaaten (niedrige Anforderungen)
Kumulative Kriterien	Ein zusätzliches Kriterium neben Gewinnabhängigkeit und fehlender Rückzahlungsverpflichtung (bzw. unbegrenzter Laufzeit)	Keine Gewinnabhängigkeit <u>oder</u> keine Rückzahlungsverpflichtung (bzw. keine unbegrenzte Laufzeit)
<ul style="list-style-type: none"> • Bulgarien • Deutschland • Frankreich • Griechenland • Malta • Niederlande • Österreich 	<ul style="list-style-type: none"> • Finnland • Kroatien • Luxemburg • Portugal • Rumänien • Spanien 	<ul style="list-style-type: none"> • Belgien • Irland • Litauen • Polen • Slowakei • Slowenien • Tschechien • Ungarn • Zypern

Tabelle 3: Potentielle Staatkonstellationen für den Einsatz hybrider Finanzinstrumente

Als Schuldnerstaat eignen sich u.E. gerade die Mitgliedsstaaten welche die Eigenkapitalqualifikation an mehrere Kriterien knüpfen, die es häufig kumulativ zu erfüllen gilt.¹⁹² Für Zwecke der vorliegenden Analyse werden darüber hinaus als Empfängerstaaten alle Länder unterstellt, die neben Gewinnanteil, Gewinnabhängigkeit der Vergütung und fehlender Rückzahlungsverpflichtung (bzw. unbegrenzter Laufzeit der Kapitalvergabe¹⁹³) für die Zuordnung zum Eigenkapital mindestens ein zusätzliches Merkmal, wie z.B. die Partizipation am Liquidationserlös, Verlustpartizipation oder Nachrangigkeit der Kapitalüberlassung, verlangen.¹⁹⁴ Demgegenüber sind als Empfängerstaat jene Mitgliedsstaaten zu wählen, welche Kriterien, die von der Mehrzahl der Mitgliedsstaaten als maßgebliche Eigenkapitalmerkmale vorausgesetzt werden, wie z.B. das Vorliegen eines

¹⁹² Wie z.B. Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Malta, Niederlande, Österreich.

¹⁹³ Die drei Kriterien sind als gängige Eigenkapitalkriterien in der EU anzusehen und werden von Mehrheit der EU-Staaten gefordert; Gesellschaftsanteil von 26, Gewinnabhängigkeit der Vergütung von 24 und keine bzw. zeitlich unbegrenzte Rückzahlungsverpflichtung insgesamt von 20 EU-Ländern.

¹⁹⁴ Im Falle von drei Staaten ist zu beachten, dass dort für die Einstufung als Eigenkapital entweder keine Rückzahlungsverpflichtung (so Griechenland oder Malta) oder kein Gewinnanteil (Bulgarien) verlangt wird. Nichtsdestotrotz werden diese Länder aufgrund des Erfordernisses kumulativer Kriterien als Staaten mit hohen Ansprüchen an das steuerliche Eigenkapital angesehen und mithin in der Analyse als Schuldnerstaaten eingeordnet.

Gesellschaftsanteils, Gewinnabhängigkeit der Vergütung oder keine bzw. zeitlich begrenzte Rückzahlungsverpflichtung, nur unzureichend bzw. nicht unmittelbar fordern.¹⁹⁵

Die vorstehenden Erkenntnisse können anhand des nachfolgend dargestellten Beispielfalls noch einmal deutlich gemacht werden: Während Belgien an die Eigenkapitaleinstufung von Finanzinstrumenten sehr geringe Ansprüche stellt und dafür grds. nur die fehlende Vereinbarung der Rückzahlungsverpflichtung fordert,¹⁹⁶ ist die Gewinnabhängigkeit der Vergütung für die Klassifizierung als steuerliches Eigenkapital für die Mehrheit der Mitgliedsstaaten unabdingbar; beispielsweise auch in den Niederlanden.¹⁹⁷ Erfolgt nun eine hybride Finanzierung zwischen diesen beiden Mitgliedsstaaten in der Form, dass das Finanzinstrument dauerhaft überlassen wird¹⁹⁸ und die laufenden Vergütungen nicht erfolgsabhängig ausgestaltet sind, dürfte es in den Niederlanden mangels Ergebnisanknüpfung unweigerlich zur Fremdkapitalzuordnung kommen,¹⁹⁹ infolgedessen die Vergütungen als Zinsen zum Betriebsausgabenabzug zugelassen werden. Demgegenüber genügt aus belgischer Sicht die fehlende Kapitalrückzahlungsverpflichtung für die Eigenkapitalzuordnung. Mithin würde auch die Steuerfreistellung für die korrespondierenden Vergütungsströme gewährt. Im Ergebnis würde eine solche Gestaltung auf eine doppelte Nichtbesteuerung hinauslaufen.

Der dargestellte Beispielfall verdeutlicht, dass das Gestaltungspotential, welches die Erosion steuerlicher Bemessungsgrundlagen mit sich bringt, aus den innerstaatlich divergierenden Rechtsauffassungen der Mitgliedsstaaten erwächst. Wie weit das jeweilige Rechtsverständnis auseinanderfällt und inwiefern eine entsprechende Gestaltung möglich ist, ist eine Frage die nur im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung auflösbar ist. Die in vorliegender Analyse präsentierten Abgrenzungskriterien liefern dafür aber eine gewichtige Orientierung und zeigen, dass dieses Problem bisher, ungeachtet zunehmender Harmonisierungsbestrebungen, auch im EU-Binnenmarkt präsent war.

¹⁹⁵ Weil jeder Mitgliedstaat neben der Maßgeblichkeit des Zivil- bzw. Handelsrechts oder den Substance-Over-Form-Ansatz mindestens ein weiteres Kriterium für die Eigenkapitalzurechnung fordert, wird auf diese Merkmale zwecks der Bestimmung der Länderkonstellationen nicht näher eingegangen.

¹⁹⁶ Siehe Abschnitt B.I.

¹⁹⁷ Vgl. Abschnitt B.XVIII.

¹⁹⁸ Eine Verpflichtung zur Kapitalrückzahlung besteht demnach nicht.

¹⁹⁹ Niederlande stellen auf das kumulative Vorliegen gewinnabhängiger Vergütung, Nachrangigkeit des Kapitals und eine Rückzahlungsverpflichtung von über 50 Jahren für die Einordnung als Eigenkapital ab. Siehe bereits Abschnitt B.XVIII.

II. Sekundärrechtliche Reaktion

Die Erkenntnis, dass ein abweichendes Rechtsverständnis bei der Einordnung von Kapitalmitteln dazu verleiten konnte, die daraus resultierenden, potentiellen Qualifikationskonflikte steuerplanerisch zu nutzen, veranlasste die EU-Kommission zum Handeln. Im Rahmen der Änderungsrichtlinie 2014/86/EU²⁰⁰ wurden deshalb die Bestimmungen der MTR dahingehend angepasst, dass eine Steuerfreistellung im Empfängerstaat zukünftig nur dann gewährt wird, wenn die betreffende Vergütung auf Ebene des Schuldners nicht abgezogen werden konnte.²⁰¹ Mithin ist das durch Hybridfinanzierung eröffnete Gestaltungspotential zukünftig erheblich reduziert.

Inwieweit auch weiterhin noch Regelungslücken bestehen, ist derzeit noch offen. Innerhalb des Binnenmarkts jedenfalls dürfte der Einsatz hybrider Finanzinstrumente im Zwei-Länder-Fall aber nicht mehr zur doppelten Keimmalbesteuerung führen. Dies gilt aber freilich nur für die laufenden Vergütungsströme, weil Veräußerungsvorgänge nicht Gegenstand der Richtlinienbestimmungen sind.

D. Zusammenfassung

Nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit steht es den Unternehmen frei, welche Kapitalmittel vorrangig zur Finanzierung der Unternehmenstätigkeit eingesetzt werden. Neben traditioneller Beteiligungs- oder Fremdkapitalfinanzierung gewann auch der Einsatz sog. hybriden Finanzinstrumenten zunehmend an Bedeutung. Aufgrund der Zwitterstellung zwischen klassischen Eigen- bzw. Fremdkapitalmitteln, ist deren eindeutige Zuordnung und Einteilung in eine der genannten Kapitalgruppen erheblich erschwert. Weitaus komplexer gestaltet sich der grenzüberschreitende Einsatz, wenn Quellen- und Empfängerstaat das (hybride) Finanzinstrument unterschiedlich qualifizieren, woraus sich freilich Qualifikationskonflikte ergeben können. Solche Qualifikationskonflikte im Bereich hybrider Finanzierungen können zu einer doppelten Nichtbesteuerung führen und befeuern dadurch die grenzüberschreitende Steuerarbitrage.

Im vorliegenden Beitrag wurde eine ausführliche Länderanalyse durchgeführt, die zum Ziel hatte, die Einordnungskriterien für das steuerliche Eigen- bzw. Fremdkapital in den jeweiligen EU-Mitgliedsstaaten abzubilden und offenzulegen; ob und inwiefern das Problem der Aushöhlung steuerlicher Bemessungsgrundlagen mithilfe hybrider

²⁰⁰ Vgl. Richtlinie 2014/86/EU des Rates v. 8.6.2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU.

²⁰¹ Vgl. zur Richtlinienänderung *Kahlenberg*, StuB 17/2014, S. 474ff.; *Listl*, IStR 12/2014, S. 448ff.; *Haase*, IStR 18/2014, S. 650ff.; *Desens*, IStR 22/2014, S. 825ff.; *Hagemann & Kahlenberg*, IStR 22/2014, S. 840ff.; *Richter & Reeb*, IStR 2/2015, S. 51ff.

Finanzinstrumente im EU-Binnenmarkt tatsächlich vorhanden war. Insgesamt wurden dabei zehn verschiedene Kriterien identifiziert, die bei der Abgrenzung von steuerlichem Eigen- und Fremdkapital in den verschiedenen Mitgliedsstaaten herangezogen werden. Die unterschiedliche Auswahl sowie die Gewichtung dieser Kriterien eröffnete einen gewissen Gestaltungsspielraum, abweichende Rechtsverständnisse zwischen den Mitgliedsstaaten für Qualifikationskonflikte zu nutzen und dadurch eine doppelte Nichtbesteuerung zu erzwingen. Diese Gefahr der Erosion von Steuerbemessungsgrundlagen wurde von der EU-Kommission erkannt und mit der Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie in Form eines materiellen Korrespondenzprinzips behoben, welches von den Mitgliedstaaten bis 31.12.2015 verpflichtend umzusetzen ist. Eine vergleichbare legislatorische Anpassung wurde auch von der OECD im Rahmen der Aktion 2 des BEPS-Aktionsplans adressiert. Beide Maßnahmen haben jedoch nicht zum Ziel das bisher abweichende Rechtsverständnis grenzüberschreitend eingesetzter Kapitalmittel zu beheben, so dass Qualifikationskonflikte auch weiterhin im EU-Raum existieren werden. Gleichwohl wird durch eine rechtfolgenseitig angeordnete, korrespondierende Behandlung abweichend qualifizierter Zahlungsströme die Gefahr der doppelten Nichtbesteuerung beseitigt. Mithin wird aber der steuergestalterische Charme hybrider Finanzinstrumente innerhalb des Binnenmarkts drastisch eingedämmt.