

§ 11 Doppelte Nicht- oder Minderbesteuerung als Folge hybrider Gestaltungen – eine Einführung

Daniel Reich

I. Einleitung

Hybride Gestaltungen sind in aller Munde. Sie sind ein beliebtes Steuerplanungsinstrument, das häufig bei der Finanzierung von Unternehmen einer multinationalen Unternehmensgruppe zur Optimierung ihrer Steuerlast eingesetzt wird. Mittels hybrider Gestaltungen werden Qualifikationsunterschiede, die sich aus den nationalen Steuerrechtsordnungen in der steuerlichen Behandlung eines Finanzinstruments oder eines Rechtsträgers ergeben, gezielt genutzt, um entweder einen doppelten Betriebsausgabenabzug oder eine steuerliche Nichtberücksichtigung der zu einem Betriebsausgabenabzug korrespondierenden Erträge zu erzielen. Auch wenn es keine belastbaren Daten darüber gibt, wie hoch die auf hybride Gestaltungen zurückzuführenden Steuermindereinnahmen in ihrer Gesamtheit wirklich sind, zeigen doch zumindest beispielhafte Einzelfälle, dass die Beträge, um die es bei einer einzelnen Transaktion oder einer Reihe von Transaktionen mit hybriden Gestaltungen geht, beträchtlich sind.¹ Hybride Gestaltungen führen nach Ansicht der OECD zur Erosion der Steuerbasis und sind somit eine Bedrohung für Steuereinnahmen, Steuersouveränität und Steuerfairness.² Die Thematik wurde in der Folge von der OECD in ihrem Aktionspunkt 2 des BEPS Action Plans³ aufgegriffen und auch die Europäische Union hat mit ihren beiden Anti-Tax-Avoidance-Richtlinien⁴ verbindliche Vorgaben zur Neutralisierung hybrider Gestaltungen geschaffen, die in

¹ OECD, Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues, Paris 2012, 5.

² OECD, Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues, 11 ff.

³ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Paris 2017.

⁴ Anti Tax Avoidance Directive (deutsch: Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken), RL (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016, geändert durch RL (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 (sog. ATAD II).

Deutschland teilweise bereits umgesetzt, teilweise aber noch auf dem Weg der Umsetzung sind.⁵

Dieser kurze Beitrag soll einen Überblick über die grundlegenden Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit hybriden Gestaltungen geben, in die Thematik einführen und so zu einem breiteren Verständnis der gängigsten Konstellationen beitragen. Abschließend wird skizziert, welche Vorgehensweise die OECD und die Mitgliedstaaten der EU wählen, um hybride Gestaltungen zu neutralisieren.

II. Verschiedene Arten Hybrider Gestaltungen

Der Begriff „hybrid“ wird im Kontext der hybriden Gestaltungen im Allgemeinen dahingehend verstanden, dass verschiedene Rechtsordnungen ein grundlegendes Merkmal einer grenzüberschreitenden Transaktion unterschiedlich klassifizieren.⁶ Es besteht also eine Inkongruenz zwischen der steuerlichen Qualifikation des jeweiligen Unternehmens bzw. des genutzten Finanzinstruments in den beiden beteiligten Rechtsordnungen. Diese unterschiedliche Qualifikation kann dazu führen, dass die Transaktion in der Gesamtbetrachtung der steuerlichen Behandlung aller beteiligten Unternehmen der Unternehmensgruppe zu einem steuerlich inkongruenten Ergebnis führt.

Das Wort „Gestaltung“ bezieht sich auf die Tatsache, dass die im Blickpunkt stehenden Transaktionen, die im konkreten Fall von einer einzelnen Transaktion bis hin zu einer Reihe von verketteten Transaktionen reichen können, so strukturiert sind, dass durch grenzüberschreitende Investitionen Steuervorteile erzielt werden, indem die Unterschiede in der steuerlichen Behandlung von Finanzinstrumenten, Unternehmen oder Vermögensübertragungen in verschiedenen Rechtsordnungen ausgenutzt werden.⁷

⁵ Kern der noch in der Umsetzungsphase befindlichen Regelungen zur Umsetzung der Artikel 9 und 9b ATAD ist § 4k EStG, der für verschiedene Situationen von Besteuerungsinkongruenzen auf Grund hybrider Elemente den Betriebsausgabenabzug beschränkt. Weitere Regelungen enthalten u.a. § 8b Absatz 1 Satz 3 KStG und § 50d Absatz 9 Satz 1 Nummer 3 EStG.

⁶ Statt vieler: V. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, Baden-Baden 2020, 59.

⁷ Statt vieler: W. Staats, Zur Neutralisierung hybrider Gestaltungen – Der OECD-Bericht zu Maßnahme 2 des BEPS-Aktionsplans, IStR 2014, 749.

Bei der Beschäftigung mit hybriden Gestaltungen sollte aber bewusst bleiben, dass hybride Gestaltungen ein natürliches Nebenprodukt sich überschneidender Steuerrechtsordnungen sind.⁸ Die Steuerzahler erzeugen diese Diskrepanzen nicht, sondern sie nutzen die unterschiedlichen (im Ertragsteuerrecht weitgehend nicht-harmonisierten) Regelungen zu ihrem eigenen Vorteil und halten sich dabei an die Gesetze der jeweiligen Gerichtsbarkeiten. Hybride Gestaltungen stehen mit den nationalen Regelungen beider Rechtsordnungen voll und ganz in Einklang, führen aber dennoch oft zu einer von den Staaten nicht intendierten doppelten Nicht- oder Minderbesteuerung. Nachfolgend sollen die grundlegenden Arten der hybriden Gestaltungen und ihre Funktionsweisen dargestellt werden.

1. Hybride Finanzinstrumente

Die grundlegende Idee hinter der Nutzung hybrider Finanzinstrumente ist, dass jede Rechtsordnung ihre eigenen Regeln für die Differenzierung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital hat, und diese Regeln sich mitunter erheblich voneinander unterscheiden.⁹ Hybride Finanzinstrumente sind hybrid, weil sie wirtschaftlich betrachtet sowohl Charakteristika des Eigenkapitals als auch des Fremdkapitals aufweisen.¹⁰ Zu einer Besteuerungsinkongruenz kann es dann kommen, wenn das Finanzinstrument in einem Staat als Fremdkapital behandelt wird, wodurch die anfallenden Zinsen nach der Beurteilung dieses Staates einen abzugsfähigen Aufwand darstellen, während das Instrument nach dem Regime des anderen Staates als Eigenkapital betrachtet wird und die Erträge aus diesem Instrument in der Regel als Dividenden steuerfrei gestellt werden. Diese unterschiedliche Einordnung des in der Transaktion genutzten Finanzinstruments hat zur Folge, dass dem Kreditnehmer ein Zinsabzug gewährt wird, während der Zufluss beim Investor in einem anderen Staat keiner entsprechenden Einbeziehung in das zu versteuernde Einkommen unterliegt, da Dividenden in vielen Staaten steuerfrei sind oder eine bevorzugte steuerliche Behandlung erhalten als Einkünfte aus Zinsen.

⁸ J. Lüdicke, „Tax Arbitrage“ with Hybrid Entities: Challenges and Responses, Bulletin for International Taxation 2014, 309.

⁹ S. Sigge, Besteuerung hybrider Finanzierungsinstrumente im internationalen Kontext, 16.

¹⁰ M. Lang, Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht, 14.

Beispiele solcher hybriden Finanzinstrumente sind u.a. ewige Anleihen, partiarische Darlehen und Wandelschuldverschreibungen.¹¹

Eine ewige Anleihe ist ein Schuldtitel, aus dem Einkünfte auf das zugrundeliegende Kapital generiert werden, bei dem es aber kein festgelegtes Fälligkeitsdatum für die Rückzahlung des Kapitalbetrags gibt.¹² In einigen Rechtsordnungen wird dieses Instrument als Fremdkapital qualifiziert, was dem Schuldner den Abzug der Zinszahlungen ermöglicht. In anderen Rechtsordnungen hingegen wird die ewige Anleihe als Eigenkapital behandelt, da der Investor im Grunde genommen ähnliche Risiken trägt wie ein Anteilseigner und das Instrument damit einen starken Eigenkapitalcharakter hat.¹³

Bei einem partiarischen Darlehen kann vereinbart werden, dass der Schuldner, neben der Beteiligung des Investor am Gewinn, auch einen festen Zinssatz auf den Darlehensbetrag zahlt.¹⁴ Die zusätzliche Vereinbarung eines Zinssatzes führt in vielen Rechtsordnungen dazu, dass das partiarische Darlehen als Fremdkapital qualifiziert wird, womit sowohl die Zinszahlungen als auch die Gewinnbeteiligungszahlungen steuerlich abziehbar sind, wohingegen andere Rechtsordnungen dieses Instrument aufgrund der Gewinnbeteiligungskomponente als Eigenkapital einordnen und die Einkünfte dementsprechend als Dividenden freistellen.

Ein weiteres Instrument, das bei grenzüberschreitenden Transaktionen häufig anzutreffen ist, sind Wandelschuldverschreibungen. Darunter sind Schuldtitel zu verstehen, die dem Inhaber das Recht einräumen, sie während einer Wandlungsfrist zu einem vorher festgelegten Verhältnis in Aktien einzutauschen.¹⁵ In einigen Rechtsordnungen werden diese Wandelanleihen bis zu ihrer Umwandlung in Gesellschaftsanteile als Fremdkapital

¹¹ Für zahlreiche weitere Beispiele vgl. *J. Wegener*, Die Handels- und steuerbilanzielle Behandlung elementarer und strukturierter hybrider Finanzinstrumente, 13 ff.

¹² *P. Connors, G. Woll*, Hybrid Instruments – Current Issues, Tax Strategies for Corporate Acquisitions, Dispositions, Spin-Offs, Joint Ventures, Financings, Reorganizations, and Restructurings, 2001, 25.

¹³ *P. Connors, G. Woll*, Hybrid Instruments – Current Issues, Tax Strategies for Corporate Acquisitions, Dispositions, Spin-Offs, Joint Ventures, Financings, Reorganizations, and Restructurings, 2001, 25.

¹⁴ *P. Connors, G. Woll*, Hybrid Instruments – Current Issues, Tax Strategies for Corporate Acquisitions, Dispositions, Spin-Offs, Joint Ventures, Financings, Reorganizations, and Restructurings, 2001, 26.

¹⁵ *P. Connors, G. Woll*, Hybrid Instruments – Current Issues, Tax Strategies for Corporate

behandelt. In anderen Rechtsordnungen wird das Finanzinstrument wegen seiner Wandelmöglichkeit bzw. Wandelpflicht als Eigenkapital qualifiziert, womit die darauf entrichteten Zahlungen als Dividenden gesehen werden.

2. Hybride Gesellschaften

Die Nutzung hybrider Gesellschaften ist neben hybriden Finanzinstrumenten die zweite wesentliche Gestaltungsmöglichkeit zur Erzielung doppelter Nichtbesteuerung bzw. Minderbesteuerungseffekte bei grenzüberschreitenden Transaktionen.¹⁶ Eine Gesellschaft wird klassischerweise als hybrid bezeichnet, wenn sie in ihrem Eintrags- bzw. Ansässigkeitsstaat als eigenes Steuersubjekt intransparent besteuert, im Ansässigkeitsstaat des Anteilsinhabers hingegen steuerlich als transparent eingestuft wird.¹⁷ Der typische Effekt der Nutzung einer solchen hybriden Gesellschaft ist, dass eine Zahlung des hybriden Rechtsträgers an einen Dritten in beiden Staaten zu einem Betriebsausgabenabzug führen kann (sog. Double Deduction Outcome).¹⁸ Spiegelbildlich dazu gilt eine Gesellschaft als „umgekehrt hybrid“, wenn in ihrem Ansässigkeitsstaat eine steuerlich transparente Behandlung erfolgt, der Ansässigkeitsstaat des Anteilsinhabers sie aber steuerlich als intransparent und damit als eigenständiges Steuersubjekt einordnet.¹⁹ Diese Gestaltung kann in Fällen mit Drittstaatenbeteiligung regelmäßig zu einer teilweisen Nicht- bzw. Minderbesteuerung der Einkünfte führen (sog. Deduction/Non-Inclusion Outcome).²⁰ Letztlich geht es aber in beiden Fällen gleichermaßen darum, dass Einkünfte oder Aufwendungen

Acquisitions, Dispositions, Spin-Offs, Joint Ventures, Financings, Reorganizations, and Restructurings, 26.

¹⁶ Näher zu hybriden Gesellschaften: *M. Marquardsen*, Hybride Gesellschaften im Internationalen Steuerrecht der Bundesrepublik Deutschland, Unter besonderer Berücksichtigung abkommensrechtlicher Zurechnungs- und Qualifikationskonflikte, Baden-Baden 2019.

¹⁷ *C. Kahlenberg/S. Radmanesh*, Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar, Art. 2 Rz. 237.

¹⁸ *OECD*, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 19.

¹⁹ *C. Kahlenberg/S. Radmanesh*, Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar, Art. 9a Rz. 1.

²⁰ Ein typisches Beispiel zu finden bei *V. Kaminskiy*, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen, 185.

verschiedenen Steuerpflichtigen zugeordnet werden und es in der Folge dieses subjektiven Zurechnungskonflikts zu Besteuerungsinkongruenzen kommt.²¹ Besonders anfällig und geradezu prädestiniert für derartige Effekte durch hybride Rechtsträger sind Steuerrechtsordnungen, die dem Steuerzahler die Einordnung des Rechtsträgers als steuerlich transparent oder intransparent selbst überlassen.²²

3. Doppelt ansässige Rechtsträger

Eine weitere Erscheinungsform hybrider Gestaltungen sind doppelt ansässige Rechtsträger. Darunter sind Rechtsträger zu verstehen, die von mehreren Staaten gleichzeitig als ansässig betrachtet werden, was in Fällen denkbar ist, in denen die Staaten auf unterschiedliche Kriterien bei der Beurteilung der Ansässigkeitsfrage zurückgreifen. So kann es etwa vorkommen, dass ein Staat für die Frage der Ansässigkeit auf den Ort der Eintragung bzw. Errichtung abstellt, wohingegen der andere Staat den Ort der effektiven Geschäftsleitung zugrunde legt.²³

Eine solche Gestaltung mit doppelt ansässigen Unternehmen führt typischerweise zu einem doppelten Betriebsausgabenabzug (Double Deduction) bzw. einer doppelten Verlustnutzung, falls das Unternehmen Verluste erwirtschaftet und in beiden Staaten als Teil einer Unternehmensgruppe besteuert wird.²⁴

4. Hybride Übertragungen

Die vierte Variante einer hybriden Gestaltung ist die sog. hybride Übertragung. Eine hybride Übertragung ist jede Gestaltung zur Übertragung eines

²¹ C. Kahlenberg/S. Radmanesh, Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) Kommentar, Art. 2 Rz. 237.

²² Klassisches Beispiel hierfür sind die US-amerikanische „Check-the-box“-Regelungen, die dieses Wahlrecht bei gewissen ausländischen Gesellschaftsformen zulassen; weiterführend K. Blanchard, Hybrid benefits denied, International Tax Review, 2000, Vol. 11, Ausgabe 8, 1.

²³ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 89.

²⁴ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Beispiel 7.1, 336.

Finanzinstruments, bei der auf Grund der wirtschaftlichen Merkmale und der Struktur der betreffenden Transaktion nach den Rechtsvorschriften zweier Staaten entgegengesetzte Auffassungen darüber herrschen, ob der Übertragende oder der Übernehmende Eigentümer des zugrundeliegenden Vermögenswerts sind. Eigentum bezieht sich in diesem Zusammenhang auf den Eigentümer der Zahlungsströme für den zugrundeliegenden Vermögenswert und nicht auf das rechtliche Eigentum am Vermögenswert selbst.²⁵ Ein typisches Beispiel hierfür ist eine Rückkaufvereinbarung, bei der ein Unternehmen Aktien eines seiner Tochtergesellschaften an einen ausländischen Investor, vornehmlich eine Investmentbank verkauft. Die Transaktion ist so strukturiert, dass sicher ist, dass das Unternehmen die Aktien wieder erwirbt. Im Staat des verkaufenden Unternehmens werden die zugrundeliegenden Zahlungsströme dem Investor zugeordnet und die Transaktion regelmäßig wie ein Darlehen des Investors behandelt, womit dem verkaufenden Unternehmen ein Zinsabzug ermöglicht wird. Im Staat des Investors kann diese Transaktion aber möglicherweise als Erwerb von Vermögensanteilen gesehen und die daraus resultierenden Einkünfte als Dividenden behandelt werden, welche im Wege der Befreiung im Regelfall freigestellt werden.²⁶ Es käme wieder zu einem Betriebsausgabenabzug ohne korrespondierende Besteuerung auf der Gegenseite (Deduction/Non-Inclusion Outcome).

III. Linking Rules als Instrument zur Neutralisierung hybrider Gestaltungen

Um die negativen Effekte der hybriden Gestaltungen aufzulösen, sind theoretisch verschiedene Vorgehensweisen denkbar.²⁷ Naheliegender wäre zunächst einmal die Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts, aus dem sich die oben dargestellten Qualifikationskonflikte erst ergeben. Da diese Lösung aber nicht realisierbar erscheint und auch die Einführung und Anwendung allgemeiner Missbrauchsvermeidungsvorschriften im Hinblick

²⁵ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 43.

²⁶ P. Connors, G. Woll, Hybrid Instruments – Current Issues, Tax Strategies for Corporate Acquisitions, Dispositions, Spin-Offs, Joint Ventures, Financings, Reorganizations, and Restructurings, 2001, 31.

²⁷ OECD, Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues, Paris 2012.

auf den fehlenden Missbrauchscharakter hybrider Gestaltungen nicht zielführend ist, hat die OECD die Einführung spezifischer, auf hybride Gestaltungen zugeschnittener Korrespondenzregelungen (sog. Linking Rules) vorgeschlagen, welche die steuerliche Behandlung hybrider Gestaltungen im Inland von der steuerlichen Behandlung der hybriden Gestaltung im Ausland abhängig machen, ohne die Qualifikation der Gestaltung selbst zu verändern. Die EU ist diesen Vorschlägen im Wesentlichen gefolgt und hat die Mitgliedstaaten mit der ATAD zum Einführung solcher Linking Rules verpflichtet.²⁸ Indem bei einer grenzüberschreitenden Transaktion die Behandlung einer Gesellschaft, eines Finanzinstruments oder einer Vermögensübertragung mit der steuerlichen Behandlung im Ausland verknüpft wird, soll so die Möglichkeit einer Inkongruenz beseitigt werden.

Die Vorschläge der OECD und die Art. 9 u. 9a ATAD²⁹ zielen dabei auf die Neutralisierung diverser D/NI sowie D/D-Ergebnisse ab und bieten verschiedene Abwehrmaßnahmen, die auf die jeweiligen Fallkonstellationen zugeschnitten sind.³⁰ Je nach Fallkonstellation soll einer der beiden Staaten den Betriebsausgabenabzug versagen bzw. die Einkünfte – entgegen der bisher geltenden steuerlichen Behandlung – besteuern.

Um eine Doppelbesteuerung bei der Anwendung dieser Linking Rules zu vermeiden, sind die vorgeschlagenen Regelungen jeweils in eine vorrangige Maßnahme (primary response) und eine sekundäre Abwehrregelung (defensive rule) unterteilt. Die sekundäre Abwehrregelung soll dabei nur zur Anwendung gelangen, wenn der andere Staat keine vorrangige Maßnahme eingeführt hat oder diese primary response nicht anwendet. Durch diese prinzipiell vorgesehene Anwendungsreihenfolge soll Doppelbesteuerung nach Ansicht der OECD ohne Rückgriff auf das Verfahren der zuständigen Behörde und ohne dass es einer ausdrücklichen Kollisionsregel

²⁸ Ein systematischer Abgleich der ATAD-Regelungen mit den Vorschlägen der OECD findet sich bei V. Kaminskiy, Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen.

²⁹ Anti-Tax-Avoidance Directive, RL (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016, geändert durch RL (EU) 2017/952 des Rates vom 29. Mai 2017 (sog. ATAD II).

³⁰ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 168 ff.

bedürfe vermieden werden.³¹ Ob dem aber wirklich so ist, wird weithin bezweifelt.³² Die Anwendungsreihenfolge der Linking Rules hat zwar in der Tat eine ähnliche Wirkung wie eine klassische Kollisionsregel, die die Anwendung einer Korrespondenzvorschrift zur Neutralisierung der hybriden Gestaltung nur dann vorsieht, wenn der andere Staat die vorrangige Regel nicht anwendet. Die Anwendungsreihenfolge der Regeln löst jedoch das grundsätzliche Problem der Zirkularität nicht vollständig, da die Anwendung einer Linking Rule immer davon abhängt, ob die korrespondierende Regel des anderen Staates tatsächlich angewandt wird oder nicht. Diese besondere Form der Kollisionsregel ist in sich zirkulär, die Frage nach dem "Wer darf zuerst?!" beim Zugriff auf das Steuersubstrat stellt sich weiterhin.

Diese und weitere Fragen, die sich bezüglich der Umsetzung und Anwendung von Korrespondenzregelungen und ihrem Zusammenspiel mit anderen Betriebsausgabenabzugsbeschränkungen und Missbrauchsvermeidungsvorschriften stellen, sind Gegenstand meiner Forschung am Institut für Finanz und Steuerrecht.

³¹ OECD, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2, Abschlussbericht 2015, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, 110.

³² K. Dziurdz, „Circular Linked“ Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on Tie-Breaker Test, Bulletin for International Taxation 2013, No. 6; L. Parada, Double Non-taxation and the Use of Hybrid Entities – An Alternative Approach in the New Era of BEPS, 2018, 312.