Universität St.Gallen

Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften

Die Emissionsabgabe im Wandel

Beurteilung von neuen steuerlichen Massnahmen im Bereich der Fremdfinanzierung und deren handelsrechtlichen Implikationen

Christina Blumenthal

Haus Curver

7415 Rodels

Matrikel-Nr.: 05-602-495

E-Mail: ch.blumenthal@bluemail.ch

Masterarbeit

Rechtswissenschaft

Universität St. Gallen

Referent: Prof. Dr. Robert Waldburger

St. Gallen, 23. Mai 2011

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis ____ **III**

Literatur- und Internetquellenverzeichnis ____ **IV**

Verwaltungsanordnungen ____ **XII**

Materialien ____ **XII**

Interview- und Gesprächspartner ____ **XV**

Abkürzungsverzeichnis ____ **XVI**

1 Einleitung ____ **1**

2 Emissionsabgabe und Fremdfinanzierungstätigkeiten ____ **2**

2.1 Erhebung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital ____ 2

2.2 Obligationen ____ 2

2.2.1 Handelsrechtlicher Begriff ____ 2

2.2.2 Steuerrechtlicher Begriff ____ 3

2.2.3 Die 10/20-Regel ____ 4

2.2.4 Inländerbegriff ____ 4

2.3 Kundenguthaben bei inländischen Banken ____ 6

2.4 Konsortialkredite ____ 6

2.5 Konzernfinanzierung ____ 7

2.5.1 Konzernbegriff ____ 7

2.5.2 Konzernfinanzierung im Allgemeinen ____ 8

2.5.3 Cash Pooling im Besonderen ____ 9

2.6 Strukturierte Finanzierungen ____ 11

3 In Kraft getretene Erleichterung der Konzernfinanzierungstätigkeit ____ **13**

3.1 Übersicht ____ 13

3.2 Die alte Praxis der EStV und deren Mängel ____ 14

3.3 Die Verordnungsänderung im Detail ____ 15

3.4 Beurteilung im Lichte des Legalitäts- und das Gewaltenteilungsprinzip ____ 17

3.4.1 Gesetzgebungskompetenz der Exekutive ____ 17

a) Im Allgemeinen ____ 17

b) Gesetzgebungskompetenz ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz ____ 19

c) Verbot des Rechtsmissbrauchs als implizite Gesetzgebungskompetenz im Besonderen ____ 20

3.4.2 Hatte der Bundesrat eine explizite Gesetzgebungskompetenz? ____ 21

a) Zum Erlass der Konzernausnahme in Art. 16a Abs. 1 StG sowie Art. 14a Abs. 1 VStG? ____ 22

b) Zum Erlass der Garantieklausel in Art. 16a Abs. 3 StV sowie Art. 14a Abs. 3 VStV? ____ 23

3.4.3 Hatte der Bundesrat eine ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz? ____ 24

3.5 Beurteilung im Lichte der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots 26
3.5.1 Die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot 27
3.5.2 Wurde die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot vorliegend verletzt? 28
3.6 Ergänzende handelsrechtliche Bemerkungen 30
3.6.1 Im Allgemeinen 30
3.6.2 Der neue Konzernbegriff im Besonderen 31
4 Vorgeschlagene steuerliche Massnahmen im Zuge der Regulierung von systemrelevanten Banken 33
4.1 Übersicht 33
4.2 Vorlage im Detail 33
4.2.1 Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital 33
4.2.2 Einführung von Contingent Convertible Bonds 34
a) Verbesserte Eigenmittelausstattung von systemrelevanten Banken 34
b) Begriff und Wirkung von Contingent Convertible Bonds 37
c) Steuerrechtliche Begleitmassnahmen 38
4.2.3 Alternative, verworfene steuerliche Massnahmen 39
4.3 Kritische Würdigung der Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital 39
4.3.1 Emissionsabgabe als Auslaufmodell 39
4.3.2 Verfassungsrechtliche Ordnung und Abschaffung der Emissionsabgabe 40
4.3.3 Handels- und steuerrechtliche Implikationen 41
a) Überwindung der Kluft zwischen dem handels- und dem steuerrechtlichen Obligationenbegriff 41
b) Erleichterung der Vergabe von Konsortialkrediten 45
4.4 Kritische Würdigung der Einführung von Contingent Convertible Bonds für systemrelevante Banken 46
4.4.1 Verfassungsrechtliche Beurteilung der steuerrechtlichen Massnahmen 46
a) Steuerrechtlich unterschiedliche Behandlung von CoCo Bonds je nach Rechtsform und Systemrelevanz 46
b) Sachliche Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung 49
4.4.2 Rechtliche Einordnung von Contingent Convertible Bonds 50
4.4.3 Contingent Convertible Bonds als „Zaubermittel“ gegen Krisen? 51
4.4.4 Contingent Convertible Bonds als generelles Sanierungsinstrument auch für Nichtbanken 53
a) Rechtliche Behandlung von Sanierungsleistungen im Aktienrecht 53
b) CoCo Bonds als Sanierungsinstrument in Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR 55
c) CoCo Bonds als Sanierungsinstrument im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG 57
5 Zusammenfassung und Schlussfolgerung 58
Anhang: Interview- und Gesprächsleitfaden 60

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Eigenmittelkomponenten nach Basel III und dem Vorschlag der Expertenkommission für systemrelevante Banken 36

Abb. 2: Unterbeteiligung durch Zession. 1. Hauptforderung 2. Teilzession der Hauptforderung 3. Emissionsabgabepflicht des Borgers bei Überschreiten der 10/20-Regel 42

Abb. 3: Unterbeteiligung zwecks Refinanzierung. 1. Hauptforderung 2. Innenkonsortium 3. Emissionsabgabepflicht des Darleihers bei Überschreiten der 10/20-Regel 43

Literatur- und Internetquellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

ATHANAS PETER/BÜRGY DOMINIK, Inländerbegriff und unbeschränkte Steuerpflicht juristischer Personen, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR) 2003, S. 240 ff.

BAUER-BALMELLI MAJA, Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR) 2002, S. 162 ff.

BEREUTER ROLF, In-House-Banking-Aktivitäten schweizerischer Industriekonzerne und die Abgrenzung zum Tätigkeitsbereich von Banken, Diss. Univ. St. Gallen, Bern 1995.

BEYELER KARIN, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Univ. Zürich, in: FORSTMOSER PETER (HRSG.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Bd. 234, Zürich/Basel/Genf 2004.

BIERI DIETER, Kredit und Konsortium, Diss., in: FORSTMOSER PETER (HRSG), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Bd. 93, Zürich 1987.

BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. A., Zürich 2002.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009.

BÖCKLI PETER, Steuerumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe, in: HÖHN ERNST/VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), Steuerrecht im Rechtsstaat, FS CAGIANUT FRANCIS, Bern 1990, S. 289 ff. (zit. BÖCKLI, Steuerumgehung)

BOEMLE MAX/STOLZ CARSTEN, Unternehmensfinanzierung, Grundlagen und Kapitalbeschaffung, 14. A., Zürich 2010.

BRAUCHLI ROHRER BARBARA/HÜNERWADEL ANDREAS, Cash Pooling im Konzern aus Sich des zivil- und des Steuerrechts, in: Gesellschafs- und Kapitalmarktrecht (GesKR), 2010, S. 151 ff.

BREITKREUZ ROBERT/VOLLMAR JENS, Contingent Convertible Bonds zur Krisenprävention, Eigenmittelvorschriften des E-BankG zur Begrenzung der Too-Big-to-Fail-Problematik in der Schweiz, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2011, S. 148 ff.

BRÖNIMANN DAVID, Steuerstandort Schweiz (Teil zwei der Serie) – Emissionsabgabe abschaffen, in: Finanz und Wirtschaft (FuW) vom 29. September 2007.

BRÜGGER URS/PAULI CHRISTOPH, Neue Entwicklungen im Bereich Cash Pooling, Lockerung bei der Verrechnungssteuer – Transfer Pricing zunehmend kritischer, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2010, S. 704 ff.

BÜHLER CHRISTOPH B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen de lege ferenda, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2010, S. 444 ff.

DAENIKER DANIEL, Anlegerschutz bei Obligationsanleihen, Diss., in: FORSTMOSER PETER (HRSG.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Bd. 142, Zürich 1992.

DIETHELM MARTIN, Kreditmärkte: Die besten Anlagechancen in stürmischen Gewässern, in: payoff magazine 2010, S. 4 ff, www.payoff.ch am 15. April 2011.

DUSS MARCO, CATCH-22, Kapitaleinlage vs. Sanierung, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2011, S. 71 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Art. 1 – 93, 2. A., Zürich/St.Gallen 2008. (zit. BEARBEITER, BV Komm.)

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Art. 94 – 197, 2. A., Zürich/St.Gallen 2008. (zit. BEARBEITER, BV Komm.)

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FRANCIONI RETO, Konsortialverträge bei Konsortialdarlehen im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 1987.

GEHRIGER PIERRE-OLIVIER, Konzernfinanzierungsgesellschaften – Quo Vadis Standort Schweiz?, Neupositionierung gegenüber dem Ausland notwendig – Hausgemachte Probleme lösen, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2008, S. 242 ff. (zit. GEHRIGER, Quo Vadis?)

GEHRIGER PIERRE-OLIVIER/VITALI MARCO E., Silberstreifen am Horizont bei der Konzernfinanzierung, in: Zeitschrift für schweizerisches und internationales Steuerrecht (zsis), Monatsflash 2008, N. 8.

GIGER ERNST, Steuerfolgen bei der Sanierung notleidender Unternehmen, Unterscheidung zwischen echten und unechten Sanierungsgewinnen, in: Insolvenz und Wirtschaftsrecht 1998, S. 11 ff.

GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. Univ. St. Gallen, in: BAUDENBACHER CARL ET AL., St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Bd. 45, Bern 1996. (zit. GLANZMANN, Darlehensvertrag)

GLANZMANN LUKAS, Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, in: Aktuelle juristische Praxis (AJP) 1997, S. 51 ff. (zit. GLANZMANN, Kaitalausstattung)

GLANZMANN LUKAS, Verrechnungsliberierung, Absage an die Werthaltigkeitstheorie, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) Sondernummer 2008, S. 15 ff. (zit. GLANZMANN, Verrechnungsliberierung)

GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./ DRUEY JEAN NICOLAS, 9. A. Zürich 2000. (zit. GUHL/BEARBEITER)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010.

HAEBERLI DANIEL, Pfandrechtliche Probleme bei der Besicherung von Konsortialkrediten, in: Gesellschafts- und Kaptalmarktrecht (GesKR) 2007, 355 ff.

HEIL-FROIDEVAUX ADRIENNE, Steuerrechtliche Praktikabilität unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Diss., in: HAUSHEER HEINZ (HRSG.), Abhandlungen zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2006.

HÖHN ERNST, Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA) 1977, S. 145 ff. (zit. HÖHN, Steuerumgehung)

HÖHN Ernst/WALDBURGER Robert, Steuerrecht, Grundlagen - Grundbegriffe - Steuerarten, Bd I, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2001.

HOMBURGER ERIC, Der Verwaltungsrat, Art. 707 – 726 OR, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Teil, Teilbd. V 5b, 2. A., Zürich 1997.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, 4. A. Basel/Genf/München 2007. (zit. BSK OR I-BEARBEITER)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, 3. A., Basel 2008. (zit. BSK OR II-BEARBEITER)

IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ, Schweizerische Verwaltungsrechtspflege, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. A., Basel/Frankfurt am Main 1986.

JAGMETTI LUCA, Cash Pooling im Konzern, Diss., Zürich 2009.

JAUSSI THOMAS, Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer bei strukturierten Finanzierungen, in: Schweizer Treuhänder (ST) 1997, S. 571 ff. (zit. JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen)

JAUSSI THOMAS, Steuerstandort Schweiz: Steuerlicher Obligationenbegriff (Folge fünf der Serie) – „Deal-Killer“ für Unternehmensfinanzierungen?, in: Finanz und Wirtschaft (FuW) vom 20. Oktober 2007. (zit. JAUSSI, FuW)

JAUSSI THOMAS/PFIRTER MARKUS, Unternehmensfinanzierung und insbesondere Konzernfinanzierung, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2009, S. 399 ff. (zit. JAUSSI/PFIRTER, Konzernfinanzierung)

JAUSSI THOMAS/PFIRTER MARKUS/GHIELMETTI COSTANTE, Fremdfinanzierung im schweizerischen Unternehmenssteuerrecht, Muri/Bern 2010. (zit. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung)

JAUSSI THOMAS/SCHWEIGHAUSER ROLAND/PFIRTER MARKUS, Die eidgenössischen Stempelabgaben, Ein Praktiker-Lehrbuch in Text, Grafiken, Tafeln und mit Beispielen, Muri/Bern 2007. (JAUSSI/SCHWEIGHAUSER/PFIRTER, Stempelabgaben)

KOHLER DANIEL, Das Konsortium im schweizerischen Kreditgeschäft, Diss. Univ. Zürich, in: KLIGUS ERNST/SCHUSTER LEO (HRSG.), Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 124, Bern 1990.

KOLB PATRICK/VOLKART RUDOLF, Finanzinstrument „Mandatory Convertible Securities", Neue Form der Kapitalaufnahme: Rechtlich Fremd-, wirtschaftlich Eigenkapital, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2003, S. 513 ff. (zit. KOLB/VOLKART, Mandatory convertible Securities)

KOLB PATRICK/VOLKART RUDOLF, Kapitalbeschaffung mittels Wandelanleihen, Zahlreiche Gründe sprechen für diese Mischform von Eigen- und Fremdkapital, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2003, S. 961 ff. (zit. KOLB/VOLKART, Kapitalbeschaffung mittels Wandelanleihen)

KRAMER ERST A., Juristische Methodenlehre, 3.A., Bern 2010.

KUHN STEFAN/SCHREIBER RENÉ, Sanierung von Unternehmungen, Steuerliche Möglichkeiten und Konsequenzen von Sanierungen, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2010, S. 695 ff.

KUHN STEPHAN/SIDLER SONJA, Optimierung der Unternehmensfinanzierung aus steuerlicher Sicht, Steuern und Steuermanagement von zentraler Bedeutung, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2003, S. 1019 ff.

KULL THOMAS M., Cash Pool – Crash Pool?, in: RIEMER MICHAEL ET AL. (HRSG.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS SPÜHLER KARL, Genf 2005, S. 179 ff.

KÜTING KARLHEINZ/WEBER CLAUS-PETER, Der Konzernabschluss, Praxis der Konzernrechnungslegung nach HGB und IFRS, 11. A., Stuttgart 2008.

LEHMANN DANIEL/ARZETHAUSER MARTIN, Bausteine einer Steuereffektiven internationalen Konzernstruktur Teil 2, in: Steuerrevue (StR) 2006, S. 586 ff.

LOCHER PETER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Habil., in: HAUSHEER HEINZ, Abhandlungen zum schweizerischen Steuerrecht, Heft 484, Bern 1983. (zit. LOCHER, Rechtsfindung)

LUTZ GEORG/NANZER MARKUS, Die Verbriefung von Aktiven und deren Steuerfolgen, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR) 2002, S. 267 ff.

MANNHEIMER PETER-ULRICH, Die Bedeutung des Steuerrechts für die Konzernfinanzierung, Dargestellt am Beispiel konzerninterner Darlehen und der Selbstfinanzierung im Konzern, Diss. Technische Hochschule Darmstadt, in: HADDING WALTHER/SCHNEIDER UWE H., Untersuchungen über das Spar- Grio- und Kreditwesen, Bd. 79, Berlin 1992.

MATTEOTTI RENÉ, Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht, Diss., in: BÄR ROLF ET AL. (HRSG.), Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Bern 2003. (zit. MATTEOTTI, Durchgriff)

MATTEOTTI RENÉ, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung, Habil., Bern 2007. (zit. MATTEOTTI, Steuergerechtigkeit)

MAURENBRECHER BENEDIKT/FRICK JÜRG, Konsortialkredite, in: EMMENEGGER SUSAN (HRSG.), Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, Basel 2010.

MEIER-HAYOZ ARTHUR (HRSG.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Bd. I, Einleitung umfassend die Artikel 1-10 ZGB, 1. Abt., Bern 1966. (zit. BK-BEARBEITER)

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 10 A., Bern 2007.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/VON DER CRONE CASPAR, Wertpapierrecht, 2. A., Bern 2000.

MERZ HANS, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, in: BÄR ROLF/BUCHER EUGEN/KUMMER MAX, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht, FS MERZ HANS, Bern 1977, S. 37 ff. (zit. MERZ, Auslegung)

MEYER CONRAD, Konzernrechnung, Aussagekräftige konsolidierte Abschlüsse unter Beachtung nationaler und internationaler Accountingstandards, in: Schriftenreihe der Treuhandkammer, Bd. 179, Zürich 2007.

MEYER TOBIAS, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, Diss. Univ. Zürich, in: FORSTMOSER PETER, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (SSHW), Bd. 282, Zürich/St. Gallen 2009.

MÜLLER ANDREAS/PORTMANN MARKUS/SCHREIBER SUSANNE, Steuerliche Anreize für Finanzierungstätigkeiten, Aktuelle Tendenzen in der EU und neue Ansätze für die Schweiz, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2008, S. 820 ff.

NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. A., Bern 2010.

OBERSON XAVIER/HINNY PASCAL (HRSG), StG-Kommentar Stempelabgaben, Kommentar zum Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Zürich 2006. (zit. BEARBEITER, in: OBERSON/HINNY)

OERTLE MATTHIAS, Asset Securitization in der Schweiz, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 1993, S. 153 ff.

OESTERHELT STEFAN, Diskriminierungsverbote im internationalen Steuerrecht der Schweiz, in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA) 2010, S. 269 ff. (zit. OESTERHELT, Diskriminierungsverbote)

OHO WOLFGANG, Cash Pooling, in: KESSLER WOLFGANG/KRÖNER MICHAEL/KÖHLER STEFAN (HRSG.), Konzernsteuerrecht, 2. A., München 2008, § 10.

REICH MARKUS, Steuerrecht, Zürich/Basel/Genf 2010. (zit. REICH, Steuerrecht)

REICH MARKUS, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, in: Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA) 1986, S. 609 ff. (zit. REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen)

REICH MARKUS, Von der normativen Leistungsfähigkeit der verfassungsrechtlichen Steuererhebungsprinzipien, in: HÖHN ERNST/VALLENDER KLAUS (HRSG.), Steuerrecht im Rechtsstaat, FS CAGIANUT FRANCIS, Bern 1990, S. 97 ff.(zit. REICH, Steuererhebungsprinzipien)

SCHILDBACH THOMAS, Der Konzernabschluss nach HGB, IFRS und US-GAAP, 7. A., München 2008.

SCHILTKNECHT RETO, CoCo als sinnvolle Ergänzung zum harten Kernkapital, Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 21. April 2011, S. 28. (Zit. SCHILTKNECHT, NZZ)

SCHILTKNECHT RETO, Die „Too big to fail"-Problematik – neuste Entwicklungen in der Schweiz, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2010, S. 435 ff. (zit. SCHILTKNECHT, „Too big to fail")

STORCK ALFRED, Cash Pooling – ein Instrument in der Steuerdiskussion, in: Institut für Accounting, Controlling und Auditing (ACA-HSG), ACA Newsletter Nr. III, April 2011, S. 7 ff. (zit. STORCK, ACA Newsletter III)

STORCK ALFRED, Konzernfinanzierung und Standort Schweiz – Ein Beitrag zur aktuellen Reformdiskussion, in: Institut für Accounting, Controlling und Auditing (ACA-HSG), ACA Newsletter Nr. I, Juli 2010, S. 6 ff. (zit. STORCK, ACA Newsletter I)

STORCK ALFRED, Unternehmensfinanzierung und Steuern aus der Sicht eines multinationalen Konzerns mit Sitz in der Schweiz, in: KESSLER WOLFGANG/FÖRSTER GUIDO/WATRIN CHRISTOPH (HRSG.), Unternehmensbesteuerung, FS HERZIG NORBERT, München 2010, S. 977 ff. (zit. STORCK, Unternehmensfinanzierung und Steuern)

STORCK ALFRED/SPORI PETER, Konzernfinanzierung in der Schweiz – Fakten und Steuern, in: IFF Forum für Steuerrecht (FStR) 2008, S. 249 ff. (zit STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung)

SUTER DANIEL, Konzernrechnung, Konsolidierung und Darstellung von Beteiligungen, Der Schweizer Treuhänder (ST) 2008, S. 372 ff.

TIPKE KLAUS, Das Steuerrechtsverhältnis und seine Elemente, in: CAGIANUT FRANCIS/VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.) Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, FS HÖHN ERNST, Bern 1995, S. 401 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. A., Bern 2007.

UEBELHART PETER/LINDER THOMAS/SCHALCHER FELIX, Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, Kreisschreiben Nr. 32 vom 23. Dezember 2010, in: Der Schweizer Treuhänder (ST) 2011, S. 182 ff.

WALKER BEAT/BUSIN CHRISTOPH, Steuern, Die Verrechnungssteuer und die Stempelabgaben, Bd. 3, Zürich 1998.

WEBER-DÜRLER BEARTICE, Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBL) 1986, S. 193 ff.

VON BÜHREN IVO, „Too big to fail", Übersicht zum Bericht der Expertenkommission, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR) 2010, S. 539 ff. (zit: VON BÜHREN IVO, „Too big to fail")

VON BÜHREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: VON BÜHREN ROLAND ET AL., Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Basel 2005. (zit. VON BÜHREN, Konzern)

VON DER CRONE HANS CASPAR/ISLER MARTINA, Dispoaktien, in: Gesellschafts- und Kaitalmarktrecht (GesKR) 2008, S. 76 ff.

VON GREYERZ CHRISTOPH, Zum Rangrücktritt, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 1983, S. 27 ff.

ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 – 82, 2. A. Basel 2008 (zit. BEARBEITER, DBG Komm.)

ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel 2005 (zit. BEARBEITER, VStG Komm.)

ZWEIFEL MARTIN/ATHANAS PETER (HRSG.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG), Basel 2006 (zit. BEARBEITER, StG Komm.)

Internetquellenverzeichnis

ALBUL BORIS/JAFFEE DWIGHT M./TCHISTYI ALEXEI, Contingent Convertible Bonds and Capital Structure Decisions, Coleman Fund Risk Management Research Center, University of California Berkeley, Working Paper 2010-01, 26. März 2010, http://escholarship.org/uc/item/41v7v2v4;jsessionid=E5A69B21DE6691A29F6B297047E259FE am 30. März 2011.

BAK BASEL, Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer Abschaffung der Stempelabgaben, eine makroökonomische Simulationsanalyse, September 2009, http://www.BAKBasel.ch/wDeutsch/services/reports_studies/reports_studies/2009/20090910_stempelsteuerW3DnavanchorW261010003.shtml am 10. April 2011.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, Internationaler Regulierungsrahmen für Banken (Basel III), http://www.bis.org/bcbs/basel3_de.htm am 13. April 2011.

BIRCHLER URS/FESTL-PELL DIANA/HEGGLIN RENÉ/NYBORG INKE, Faktische Staatsgarantie für Grossbanken, Gutachten erstellt im Auftrag der SP Schweiz, Zentrum für Finanzmarkt-Regulierung (ZeFiR), Instituts für schweizerisches Bankwesen (ISB), Universität Zürich, 8. Juli 2010, www.bf.uzh.ch am 1. April 2011.

CARUANA JAIME, Basel III: Gestaltung eines sichereren Finanzsystems, Ansprache an der 3. Santander International Banking Conference in Madrid vom 15. September 2010, http://www.bis.org/speeches/sp100921_de.pdf am 10. April 2011.

FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND (FTD.DE), UBS-Chef warnt vor Coco-Bonds, Online Ausgabe, 3. März 2011, http://www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/:moeglicher-brandbeschleuniger-ubs-chef-warnt-vor-coco-bonds/60020432.html am 3. März 2011.

HEGGLIN MONICA/WYSS THOMAS, Grossbanken sind uneins über CoCo Bonds, in: Finanz und Wirtschaft (FuW) Online Ausgabe, ohne Datum, http://www.fuw.ch/de/zeitung_archiv/aktuelle_ausgabe.html?objects.artikel=817 am 17. Februar 2011.

KPMG, Switzerland becomes attractive as a treasury location, factsheet, June 2010, http://www.us.kpmg.com/microsite/TNF-Europe/2010/Jun/FINAL_FS_TreasuryLocation_USA_PRINT.PDF am 3. März 2011.

NEUE ZÜRCHER ZEITUNG ONLINE (NZZ), CoCo-Bonds als Stossdämpfer in Krisen, Auf der Suche nach mehr Schutz vor drohenden Bankpleiten, 15. April 2010, http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/coco-bonds_als_stossdaempfer_in_krisen_ 1.5448404.html am 13. April 2011.

NEUE ZÜRCHER ZEITUNG ONLINE (NZZ), Steuerhürden bei Konzernfinanzierungen, Ein neuer Anlauf zum Abbau der Stempelabgaben in der Schweiz, 26. Mai 2006, www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/steuerhuerden_bei_konzerfinanzierungen_1.742669.html am 28. Februar 2011.

SWISSHOLDINGS, Konzernstandort Schweiz im globalen Wettbewerb, Steuerliche Herausforderungen für unser Land, März 2007, www.swisshldings.ch am 17. März 2011.

Verwaltungsanordnungen

KREISSCHREIBEN Nr. 15 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 7. Februar 2007 betreffend Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben.

KREISSCHREIBEN Nr. 32 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 23. Dezember 2010 betreffend Sanierung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

MERKBLATT Nr. S-02.122.2 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom April 1999 betreffend „Kundenguthaben".

MERKBLATT Nr. S-02.122.1 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom April 1999 betreffend „Obligationen".

MERKBLATT Nr. S-02.128 der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom Januar 2000 betreffend „Steuerliche Behandlung von Konsortialdarlehen, Schuldscheinen, Wechseln und Unterbeteiligungen".

Materialien

Schweiz

AMTLICHES BULLETIN DES NATIONALRATES, Wortprotokoll der Sitzung des Nationalrates vom 12. März 2007.

AMTLICHES BULLETIN DES STÄNDERATES, Wortprotokoll der Sitzung des Ständerates vom 28. Mai 2008.

BOTSCHAFT (ENTWURF) zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail), […], Publikation Entwurf am 20. April 2011. (zit. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF)

BOTSCHAFT über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983, Bd. II, S. 745 ff. (zit. BOTSCHAFT AG).

BOTSCHAFT zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2007, S. 1589 ff. (zit. BOTSCHAFT AG 2007)

BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, S. 4733 ff. (zit. BOTSCHAFT FUSG)

BOTSCHAFT betreffend Erhebung von Stempelabgaben [sic], BBl 1916, Bd. IV, 541 ff. (zit. BOTSCHAFT Stempelabgaben)

BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005, S. 4733 ff. (zit. BOTSCHAFT USTR II)

BÜHRER GEROLD, Beseitigung der Emissionsabgabe auf Eigenkapital, Motion Nr. 04.3736 vom 16. Dezember 2004.

BUNDESRAT, Änderung des Bankengesetzes („Too big to fail", TBTF), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 22. Dezember 2011. (zit. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage)

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT (EFD), Stärkung des Steuerstandortes Schweiz (Unternehmenssteuerreform III), Faktenblätter, Steuern, laufend aktualisiert, www.efd.admin.ch am 12. März 2011.

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT (EFD), Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zu Gesetzesvorschlägen „Too big to fail", Medienmitteilung vom 22. Dezember 2010, www.efd.admin.ch am 14. März 2010.

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Änderung der Verrechnungssteuer- und der Stempelabgabeverordnung: Eröffnung des Anhörungsverfahrens, Begleitschreiben vom 23. Dezember 2009, www.estv.admin.ch am 17. März 2011.

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Anhörung zur Verordnung über Änderungen im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer, Erläuternder Bericht vom 16. Dezember 2009. (zit. EStV, Erläuternder Bericht VSTV/STV)

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Bundesrat verbessert steuerliche Rahmenbedingungen für konzerninterne Finanzierungen, Medienmitteilung vom 18. Juni 2010, www.estv.admin.ch am 17. März 2011.

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Verordnung über Änderungen im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen vom 27. April 2010. (zit. EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen)

EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG (ESTV), Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer Abschaffung der Stempelabgabe, Eine allgemeine Beurteilung der BAK-Studie vom September 2009, Bern 30. Oktober 2009, www.estv.admin.ch am 10. April 2011.

EXPERTENKOMMISSION ZUR LIMITIERUNG VON VOLKSWIRTSCHAFTLICHEN RISIKEN DURCH GROSSUNTERNEHMEN, Schlussbericht vom 30. September 2010, www.sif.admin.ch am 4. April 2011.

FRAKTION CVP/EVP/GLP, Standort Schweiz unter den Top Five, Motion Nr. 08.3111 vom 19. März 2008.

KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES STÄNDERATES (WAK-SR), Beseitigung steuerlicher Hindernisse bei der Finanzierung von Konzerngesellschaften, Motion Nr. 08.3239 vom 24. April 2008.

PELLI FULVIO, Finanzierung von Konzerngesellschaften. Praxisänderung betreffend steuerliche Hindernisse, Interpellation Nr. 09.3322 vom 20. März 2009.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG (SBVG), Zirkular Nr. 6746 betreffend „Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft" vom 29. Juni 1993.

International

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Indirekte Steuern: Europäische Kommission will Gesellschaftssteuer auf Ansammlung von Kapital abschaffen, Medienmitteilung Nr. IP/06/1673 vom 4. Dezember 2006, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1673&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=fr am 15. April 2011.

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Gesellschaftsteuer: Die Europäische Kommission fordert Spanien förmlich auf, seine Steuern auf bestimmte Kapitalzuführungen abzuschaffen, Medienmitteilung Nr. IP/10/03 vom 28. Januar 2010, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/83&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en

Vernehmlassungen

FDP.DIE LIBERALEN, Änderung der Verrechnungssteuer- und Stempelabgabeverordnung, Stellungnahme vom 26. Januar 2010, gefunden auf www.fdp.ch 18. März 2011.

KONFERENZ DER KANTONALEN FINANZDIREKTORINNEN (FDK), Änderungen des Bankengesetzes („Too big to fail", TBTF), Vernehmlassungsverfahren, Stellungnahme vom 28. Januar 2011, www.fdk-cdf.ch am 20. März 2011.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG (SBVG), Änderung der Verrechnungssteuer- und der Stempelabgabeverordnung, Anhörungsverfahren, Stellungnahme vom 29. Januar 2010, gefunden auf www.swissbanking.org am 18. März 2011.

SCHWEIZERISCHE KAMMER DER WIRTSCHAFTSPRÜFER UND STEUEREXPERTEN (TREUHANDKAMMER), Vernehmlassungsverfahren zum bundesrätlichen Vorschlag betreffend Änderung des Bankengesetzes („Too big to fail" - TBTF) vom 22. Dezember 2010, Stellungnahme vom 16 März 2011, gefunden auf www.treuhand-kammer.ch am 23. März 2011.

SCHWEIZERISCHE KAMMER DER WIRTSCHAFTSPRÜFER UND STEUEREXPERTEN (TREUHANDKAMMER), Anhörungsverfahren zu den Änderungen der Verrechnungssteuer- und der Stempelabgabeverordnung, Stellungnahme vom 27. Januar 2010, gefunden auf www.treuhand-kammer.ch am 18. März 2011.

VERBAND DER INDUSTRIE- UND DIENSTLEISTUNGSKONZERNE DER SCHWEIZ (SWISSHOLDINGS), Anhörungsverfahren: Änderungen der Verrechnungssteuer- und Stempelabgabeverordnung (Konzernfinanzierungstätigkeiten), Stellungnahme vom 29. Januar 2010, gefunden auf www.swissholdings.ch am 18. März. 2011.

VERBAND DER SCHWEIZER UNTERNEHMEN (ECONOMIESUISSE), Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes („Too big to fail", TBTF) vom 21. März 2011, www.economiesuisse.ch am 23. März 2011.

Interview- und Gesprächspartner[1]

PORTMANN MARKUS, Persönliches Interview zum Thema „neue steuerliche Massnahmen aus Sicht der Praxis", KPMG, Zürich, 26. April 2011.

REDING ROLAND, Persönliches Gespräch zum Thema „CoCo Bonds und steuerrechtliche Beurteilung", KPMG, Zürich, 26. April 2011.

SCHALCHER FELIX, Telefonisches Gespräch zum Thema „CoCo Bonds als Sanierungsinstrument", KPMG, St.Gallen/Zürich, 2. Mai 2011.

1 Für die interessanten Gespräche möchte ich mich ganz herzlich bei MARKUS PORTMANN, FELIX SCHALCHER und ROLAND REDING bedanken.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
ACA	Institut für Accounting, Controlling and Auditing
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union vom 1. Dezember 2009.
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle juristische Praxis
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel(n)
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
BSK	Basler Kommentar
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BK	Berner Kommentar
bspw.	beispielsweise
Buchst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
CoCo	Contingent Convertible Bonds (bedingte Pflichtwandelanleihen)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EG	Europäische Gemeinschaft
E-[Gesetz]	Entwurf des [Gesetzes]
ERV	Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler vom 29. September 2009 (SR 952.03)
EStV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	et alii
f	folgende
ff	fortfolgende
FER	Fachempfehlungen der Rechnungslegung
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
FuW	Finanz und Wirtschaft
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
gem.	gemäss
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
h.L.	herrschende Lehre

Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KMU	Kleine und mittlere Unternehmungen
KS	Kreisschreiben
lit.	Litera
m.E.	meines Erachtens
Mia.	Millionen
Mrd.	Milliarden
N	Note
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OR	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
resp.	respektive
S.	Seite(n)
SPV	Special Purpose Vehicle
sog.	so genannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StE	Der Steuerentscheid
StG	Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (SR 641.10)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
StR	Steuer Revue
StV	Verordnung über die Stempelabgaben vom 3. Dezember 1973 (SR 641.101)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft- und Finanzmarktrecht
TBTF	Too big to fail
US	United States
vgl.	vergleiche
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)
VStV	Verordnung über die Verrechnungssteuer vom 19. Dezember 1966 (SR 642.211)
www	world wide web
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

1 Einleitung

Werden Urkunden und Wirtschaftsgüter übertragen oder Rechtsgeschäfte darüber eingegangen, liegt es dem Gesetzgeber seit je her nahe, diese Verkehrsvorgänge zum Gegensand der Steuererhebung zu machen.[2] Der Bundesrat begründete die Einführung der Verkehrssteuer nach dem Ersten Weltkrieg vorderhand damit, dass bei jedem Kapital- oder Rechtsübergang bei einer oder mehreren Parteien zwangsläufig ein Mehrwert generiert werde, welcher - als Triebkraft für die Einkommensbildung - für Leistungen an den Bund herangezogen werden dürfe.[3] Seit einigen Jahren jedoch gerät die Erhebung dieser Verkehrssteuer, der Emissionsabgabe, in Lehre und Praxis mehr und mehr unter Beschuss. Sie wurde teils gar als „Deal-Killer" für Unternehmensfinanzierungen bezeichnet.[4]

Im Zuge der Diskussionen um die Unternehmenssteuerreform III wurden deshalb auch verschiedene steuerliche Massnahmen im Bereich der Emissionsabgabe auf Fremdkapital beschlossen und teilweise bereits in Kraft gesetzt. Diese neuen steuerlichen Massnahmen betreffen insbesondere die konzerninterne Finanzierungstätigkeit, die Emissionsabgabe auf Fremdkapital in genereller Weise sowie Erleichterungen für neuartige Sanierungsinstrumente. Die am 1. August 2010 in Kraft getretene Erleichterung der Konzernfinanzierungstätigkeit wird nachstehend verfassungsrechtlich untersucht; dabei fliessen auch handelsrechtliche Aspekte in die Argumentation mit ein. Als zweites interessieren die im Rahmen der „Too big to fail"-Massnahmen beschlossenen steuerlichen Erleichterungen im Bereich der Emissionsabgabe. Im Zentrum steht dabei insbesondere die Beurteilung der Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital sowie die Einführung von Contingent Convertible Bonds aus steuerrechtlicher und handelsrechtlicher Perspektive. Da es sich bei letzterem um ein sehr neuartiges Instrument handelt, welches noch mit rechtlichen und technischen Unsicherheiten verbunden ist, wird ganz grundsätzlich der Frage nachgegangen, ob es sich als alternatives Sanierungsinstrument eignen könnte.[5]

---

2 Vgl. TIPKE, S. 416; HÖHN/WALDBURGER, § 3 N 36.

3 Vgl. BOTSCHAFT Stempelabgaben, S. 546.

4 Vgl. JAUSSI, FuW.

5 Anm.: Dabei wurde der Stand des Gesetzgebungsverfahrens sowie die Literatur zum Thema bis Ende April 2011 berücksichtigt.

2 Emissionsabgabe und Fremdfinanzierungstätigkeiten

2.1 Erhebung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital

Mit der Emissionsabgabe werden Vorgänge der Fremdfinanzierung belastet.[6] Gemäss Art. 5a Abs. 1 StG ist Gegenstand der Abgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren[7] die Ausgabe von Obligationen und von Ausweisen über Unterbeteiligungen an Darlehensforderungen gegen inländische Schuldner durch einen Inländer (lit. a), sowie die Ausgabe von Geldmarktpapieren durch einen Inländer (lit. b). Der Ausgabe von Obligationen und Geldmarktpapieren gleichgestellt ist gemäss Art. 5a Abs. 2 StG die Erneuerung derselben. Als Erneuerung gelten dabei die Erhöhung des Nennwertes, die Verlängerung der vertraglichen Laufzeit sowie die Veränderung der Zinsbedingungen bei Titeln (Anleihen ohne feste Laufzeit), welche ausschliesslich auf Kündigung hin rückzahlbar sind. Die Abgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren wird gemäss Art. 9a StG vom Nominalwert berechnet und beträgt bei Anleihensobligationen, Rententiteln, Pfandbriefen und Schuldbuchforderungen 1.2 ‰ für jedes volle oder angefangene Jahr der maximalen Laufzeit (lit. a), 0.6 ‰ bei Kassenobligationen, Kassen- und Depositenscheine sowie 0.6 ‰ bei Geldmarktpapieren, berechnet für jeden Tag der Laufzeit je zu 1/360 des Abgabesatzes.[8]

2.2 Obligationen

2.2.1 Handelsrechtlicher Begriff

Eine Anleihe bzw. eine Anleihensobligation ist ein Grossdarlehen, welches in Teilbeträge aufgeteilt wurde und auf einer einheitlichen Rechtsgrundlage zu einheitlichen Bedingungen betr. Zinssatz, Ausgabepreis, Laufzeit, Zeichnungsfrist sowie Liberierungsdatum beruht. Diese Anleihensbedingungen finden Eingang in die selbständigen Einzelverträge zwischen Darleiher und Emittent. Der Darleiher erhält für die Rückforderung seines Teilbetrages ein Wertpapier[9], die sog. Anleihensobligation.[10] Die Anleihensobligation stellt damit also eine in einem Wertpapier verbriefte Forderung auf Geldleistung dar, die Teil

---

6 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 26; JAUSSI/SCHWEIGHAUSER/PFIRTER, Stempelabgaben, S. 23.

7 Anm.: Geldmarktpapiere sind Obligationen mit einer festen Laufzeit vom nicht mehr als zwölf Monaten (Art. 4 Abs. 5 StG).

8 Vgl. JAUSSI/SCHWEIGHAUSER/PFIRTER, Stempelabgaben, S. 39 ff.; HÖHN/WALDBURGER, § 26 N 51 ff.

9 Anm.: In der Lehre scheint umstritten, ob auch unverbriefte Wertrechte ausgegeben werden können (vgl. dazu BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, Vor Art. 1157-1186 N 1; DAENIKER, S. 23). In der Praxis werden meist Globalurkunden ausgegeben, wobei der einzelne Obligationär lediglich ein sachenrechtliches Miteigentum an der Urkunden erhält, ohne Recht individuelle Urkunden verlangen zu können (vgl. BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, Vor Art. 1157-1186 N 1).

10 Vgl. BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, Vor Art. 1157-1186 N 1; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 20 N 1 ff.

einer Massenanleihe ist (sog. Teilschuldverschreibung), bei der sämtliche weiteren Teilforderungen gleichartigen Bedingungen unterworfen sind.[11]

Von Kassaobligationen ist hingegen dann die Rede, wenn Obligationen am Kassenschalter der Banken je nach Bedarf der Bank und im vom Kunden gewünschten Umfang laufend ausgegeben werden.[12]

2.2.2 Steuerrechtlicher Begriff

Der steuerrechtliche Obligationenbegriff geht über den beschriebenen handelsrechtlichen hinaus[13], da die Obligationen nicht in Wertpapierform gekleidet sein müssen und die Ausstellung einer besonderen Urkunde entbehrlich ist. Vielmehr kann auch das Vorliegen eines einfachen, schriftlichen Darlehensvertrages genügen.[14] Dies bedeutet im Einzelnen:

Steuerrechtliche Legaldefinitionen der Obligation findet sich sowohl in Art. 4 Abs. 3 StG[15] als auch in Art. 15 Abs. 1 VstV[16]. Dabei gilt grundsätzlich eine Begriffsidentität der stempel- und verrechnungssteuerrechtlichen Definitionen.[17] Demnach sind Obligationen schriftliche, auf feste Beträge lautende Schuldanerkennungen, die zwecks kollektiver Beschaffung von Fremdkapital, kollektiver Anlagegewährung oder Konsolidierung von Verbindlichkeiten in einer Mehrzahl von Exemplaren ausgegeben werden. Werden die Titel zu identischen Bedingungen emittiert und handelt es sich dabei um ein einheitliches, in sich geschlossenes Kreditgeschäft, so liegt eine Anleihensobligation vor. Dabei muss jedoch der inländische Schuldner, der nicht Bank ist, bei mehr als zehn Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen, Kredite von insgesamt mindestens CHF 500‘000 zu identischen Bedingungen aufgenommen haben. Nimmt hingegen ein inländischer Schuldner, der nicht Bank ist, bei mehr als 20 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen fortlaufend Geld zu variablen Bedingungen auf und beläuft sich die Kreditsumme auf mindestens CHF 500‘000, so liegt eine Kassaobligation vor. Ist der Schuldner eine Bank im Sinne des Bankengesetzes, dann ist bei Emission von Kassaobligationen die Anzahl der

---

11 Vgl. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, § 20 N 2; WALKER/BUSIN, S. 18; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 51.

12 Vgl. WALKER/BUSIN, S. 18.

13 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 2.1.1.

14 Vgl. WALKER/BUSIN, S. 18.

15 Art. 4 Abs. 3 StG: „Obligationen sind schriftliche, auf feste Beträge laufende Schuldanerkennungen, die zum Zwecke der kollektiven Kapitalbeschaffung oder Anlagegewährung oder der Konsolidierung von Verbindlichkeiten in einer Mehrzahl von Exemplaren ausgegeben werden, namentlich Anleihensobligationen mit Einschluss der Partialen von Anleihen, für welche ein Grundpfandrecht gemäss Art. 875 des Zivilgesetzbuches besteht, Rententitel, Pfandbriefe, Kassenobligationen, Kassen-und Depositenscheine sowie Schuldbuchforderungen.“

16 Art. 15 Abs. 1 VStV: „Obligationen sind auf den Inhaber, an Order oder auf den Namen lautende a. Anleihensobligationen, mit Einschluss der Partialen von Anleihen, die durch Grundpfand sichergestellt sind, Rententitel, Pfandbriefe, Kassenobligationen, Kassen- und Depositenscheine; b. in einer Mehrzahl ausgegebene wechselähnliche Schuldverschreibungen und andere Diskontpapiere, die zur Unterbringung im Publikum bestimmt sind.“

17 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen, Ziff. 1; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 51; RISI, StG Komm., Art. 4 N 27; STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 255.

Gläubiger unerheblich. In- und ausländische Banken sind bei der Ermittlung der Anzahl Gläubiger nicht mitzuzählen.[18]

2.2.3 Die 10/20-Regel

Wesentlich für die Beurteilung der Steuerfolgen der Fremdfinanzierung ist die Abgrenzung zwischen Einzeldarlehen und Obligationen. Ist ein individuelles Schuldverhältnis als Einzeldarlehen zu qualifizieren, so ist für die Beschaffung von Fremdmitteln auf diesem Weg keine Emissionsabgabe geschuldet; die Zinsen unterliegen nicht der Verrechnungssteuer.[19] Das Vorliegen einer Obligation bzw. Nichtvorliegen von Einzeldarlehen wird dabei gemäss Praxis und Merkblätter der EStV[20] vorderhand anhand quantitativer Elemente beurteilt.[21] Unerheblich sind hingegen qualitative Elemente wie äussere Aufmachung, Bezeichnung, Mantel und Couponbogen, Laufzeit und verschiedene Nennwerte.[22] So reicht bei einer Kapitalaufnahme von insgesamt mehr als CHF 500'000 das Vorliegen von mehr als zehn Gläubigern, die nicht Banken im bankenrechtlichen Sinne sind, bei identischen Bedingungen resp. mehr als zwanzig Nichtbankengläubigern bei variablen Bedingungen für die Qualifizierung als „Kollektivität" einer Mittelbeschaffung und damit zur Begründung der subjektiven Steuerpflicht. In welchem zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang die Schuldverhältnisse stehen, stellt kein Prüfungskriterium dar.[23]

2.2.4 Inländerbegriff

Der Emissionsabgabe unterstehen grundsätzlich gemäss Art. 5a Abs. 1 lit. a StG nur die von Inländern ausgegebenen Obligationen. Wer als Inländer zu gelten hat, ist in Art. 4 Abs. 1 StG näher umschrieben. Danach ist Inländer, wer im Inland Wohnsitz, dauernden Aufenthalt, statuarischen oder gesetzlichen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist.[24] Dieser Begriff weist einen formellen Charakter[25] auf, weshalb der Auslegung auch im Lichte der Steuerumgehung sehr enge Grenzen gesetzt sind.[26]

---

18 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen, Ziff. 3.b); EStV, Merkblatt Konsortialdarlehen, Ziff. 232.

19 Anm.: So ist in Art. 5a StG klar nur von Obligationen die Rede, weshalb eine Fremdmittelaufnahme auf anderem Wege nicht der Emissionsabgabe unterliegt. Der Verrechnungssteuer unterliegen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a und d VstG nur Zinsen auf Obligationen und Kundenguthaben. (vgl. JAUSSI/PFIRTER, Konzernfinanzierung, S. 400).

20 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen sowie EStV, Merkblatt Konsortialdarlehen.

21 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 52.

22 Vgl. EStV, Merkblatt Konsortialdarlehen, Ziff. 22 ff.

23 Vgl. STROCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 255: So würden nach Ansicht den zitierten Autoren in der Praxis bei vorliegen dieser quantitativen Merkmale weitere Voraussetzungen nicht mehr geprüft (vgl. STROCK/SPORI, Konzernfinanzierung, Fn. 20).

24 Vgl. RISI, StG Komm., Art. 5a N 10.

25 Anm.: Die zivilrechtlichen Begriffe sind massgebend, soweit der Inländerbegriff darauf abstützt. Es besteht grundsätzlich kein Raum für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (vgl. RISI, StG Komm., Art. 4 N 7).

26 Vgl. ATHANAS/BÜRGY, S. 248.

Der stempelabgaberechtliche Inländerbegriff ist gemäss Wortlaut des Gesetzes weniger weit gezogen als der verrechnungssteuerrechtliche. So gilt gemäss Art. 9 Abs. 1 VStG zusätzlich auch als Inländer, wer zwar den statuarischen Sitz im Ausland hat, jedoch tatsächlich im Inland geleitet wird und hier eine Geschäftstätigkeit ausübt.[27] In der Praxis wurde jedoch der verrechnungssteuerrechtliche Inländerbegriff zwecks Verhinderung von Steuerumgehungen stark ausgeweitet. Sobald verrechnungssteuerrechtlich eine Umgehung angenommen wird, ist auch die Emissionsabgabe geschuldet.[28]

Das Tatbestandsmerkmal des inländischen Emittenten ist Teil der Qualifikation des Steuerobjektes. Werden Obligationen durch eine ausländische Gesellschaft ausgegeben, so führt dies grundsätzlich zu keinen Emissionsabgabefolgen in der Schweiz.[29] Es sei denn, es liege eine Steuerumgehung vor und es komme zu einer steuerrechtlichen Behandlung der ausländischen Emission als eine inländische.[30] In der Praxis hat die EStV das Vorliegen einer Steuerumgehung in zwei Fällen angenommen: Zum einen, wenn eine ausländische Tochtergesellschaft mittels Garantie einer inländischen Mutter Obligationen ausgibt und diese aufgenommenen Mittel in der Folge direkt[31] oder indirekt[32] in die Schweiz zurück fliessen.[33] Bei der Garantie muss es sich prinzipiell um eine förmliche Garantie[34] der Muttergesellschaft handeln, wobei in der Praxis auch das Vorliegen eines sog. Keepwell-Agreements als ausreichend angenommen wird. Bei letzterem handelt es sich um eine eher vage Zusagen der Muttergesellschaft.[35] Zum anderen wird eine Steuerumgehung angenommen, wenn die Ausgabe der Obligationen durch ein ausländisches Emissionsvehikel (sog. Special Purpose Vehicle) erfolgt. Dieses Emissionsvehikel dient dabei gemäss JAUSSI lediglich dazu, dass „ein Vorgang, der eine wirtschaftliche Einheit darstellt und als Kapitalmarktfinanzierung des Originators[36] zu qualifizieren ist, in eine Kreditfinanzierung im Verhältnis Originator – Emittent und in eine Kapitalmarktfinanzierung im Verhältnis Emittenten – Investoren aufgespalten

27 Vgl. auch ATHANAS/BÜRGY, S. 248.

28 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 26 Fn. 87.

29 Vgl. JAUSSI/ PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 108.

30 Vgl. JAUSSI/PFIRTER, Konzernfinanzierung, S. 402; RISI, StG Komm., Art. 4 N 21.

31 Anm.: Ein direkter Mittelrückfluss liegt vor, wenn eine inländische Mutter- oder Tochtergesellschaft gegenüber der emittierenden ausländischen Gesellschaft eine Schuld passiviert und die Mittel dazu aus der durch die ausländische Gläubigerin emittierte Anleihe stammen (vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 114).

32 Anm.: Beim indirekten Mittelrückfluss besteht keine klare Praxis. Ein solcher liegt auch vor, wenn die aufgenommenen Mittel erst über einer weitere ausländische Konzerngesellschaft an eine schweizerische fliessen oder wenn mit den im Ausland aufgenommenen Mitteln eine Refinanzierung von unmittelbar vorgängig begründeten Darlehen zwischen inländischer Mutter- und ausländischer, emittierender Tochtergesellschaft vorgenommen wird (vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung S. 114 f).

33 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 3.1.

34 Vgl. SBVG, Zirkular Nr. 6746.

35 Vgl. RISI, StG Komm., Art. 4 N 21; JAUSSI/DUSS, VStG Komm., Art. 9 N 49; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 112.

Anm.: Liegt lediglich ein Keepwell-Agreement oder eine ähnliche Zusage der Muttergesellschaft vor, so ist gemäss Praxis der EStV ein beschränkter temporärer Mittelrückfluss von bis zu 30 % zulässig (vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, Fn. 5).

36 Anm.: Originator ist die schweizerische Konzerngesellschaft, die die benötigten Mittel vom Emittenten erhält (vgl. JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 572).

wird."[37] Ein solches Vorgehen lässt sich nur zum Zweck der Vermeidung der inländischen Emissionsabgabe auf der Ausgabe der Obligationen sowie der Vermeidung der Verrechnungssteuer auf den Zinsen erklären. Weisen ausländische Emittenten hingegen genügend wirtschaftliche Substanz auf, so entfällt die Annahme einer Steuerumgehung.[38]

2.3 Kundenguthaben bei inländischen Banken

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG unterliegen Zinsen von Kundenguthaben der Verrechnungssteuer. Als Kundenguthaben gelten gemäss Praxis der EStV durch Einlagen bei inländischen Banken oder Sparkassen begründete Forderungen, die in Form von Spar-, Einlage-, Depositen- und Kontokorrentguthaben, als Festgelder, Callgelder, Lohnkonti oder Aktionärsdarlehen etc. bestehen können.[39]

Das VStG kennt einen vom Bankengesetz unabhängigen Bankenbegriff, welcher in Art. 9 Abs. 2 VStG näher umschrieben ist. Danach gilt als Bank oder als Sparkasse, wer sich öffentlich zur Annahme verzinslicher Gelder empfiehlt oder fortgesetzt Gelder gegen Zins entgegennimmt. Die offene Formulierung des Gesetzes wurde von der EStV durch weitere, zahlenmässige Kriterien konkretisiert:[40] Demnach gelten zwar Banken im Sinne des Bankengesetzes unabhängig von der Anzahl Gläubiger bereits ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Banken im Sinne des Verrechnungssteuergesetzes. Verrechnungssteuerrechtlich als Banken qualifizieren sich jedoch auch Unternehmungen, die fortgesetzt Gelder gegen Zins entgegennehmen, sobald der Bestand an Gläubigern[41] die Zahl zwanzig übersteigt und die gesamte Schuldsumme mindestens CHF 500'000 beträgt.[42]

Die Entgegennahme von Kundenguthaben hat grundsätzlich keine emissionsabgaberechtlichen Folgen. Verzichtet jedoch ein Aktionär auf die Geltendmachung einer Forderung, die ihm aufgrund eines Kundenguthabens zustehen würde oder verzichtet er ganz oder teilweise auf den Zins darauf, so kann ein Zuschuss im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a StG vorliegen, welcher der Emissionsabgabe unterliegt.[43]

2.4 Konsortialkredite

Verfügt eine Unternehmung über einen grossen Kreditbedarf, können einzelne Kreditgeber schnell an die Grenzen ihrer Finanzierungs- und Risikokapazitäten stossen. In der Praxis des Kreditgeschäftes schliessen sich deshalb oft mehrere Kreditgeber zwecks Risikominimierung zu sog. Konsortien (oder auch Syndikaten genannt) zusammen. Dadurch können Kredite gewährt werden, die ein einzelnes Mit-

---

37 JAUSSI, strukturierte Finanzierungen, S. 576.

38 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 252.

39 Vgl. EStV, Merkblatt Kundenguthaben, Ziff. 1.

40 Vgl. ARNOLD, VStG Komm., Art. 9 N 81.

41 Anm.: In- und ausländische Banken gemäss Bankengesetzgebung an ihrem Sitz werden bei der Ermittlung der Anzahl Gläubiger nicht mitgezählt (vgl. EStV, Merkblatt Kundenguthaben, Ziff. 4b).

42 Vgl. EStV, Merkblatt Kundenguthaben, Ziff. 4.

43 Vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIIRTER, Fremdfinanzierung, S. 95.

glied des Konsortiums nicht zu gewähren in der Lage wäre.[44] Bei einem Konsortialkredit (syndizierter Kredit oder syndicated loan) treten die einzelnen Kreditgeber als einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff OR auf, mit dem Zweck, dem Darleiher gemeinsam einen Grosskredit zu gewähren sowie gemeinsam die Sicherstellung und die Rückführung sicherzustellen. Dabei übernimmt eine einzelne Bank in der Regel die Federführung (Lead-Bank).[45] Zur Verwirklichung der effektiven Risikoteilung zwischen den Konsorten wird in der Praxis das Gesamthandverhältnis gemäss Art. 544 Abs. 1 OR sowie die Solidargläubigerschaft im Sinne von Art. 150 OR meist ausgeschlossen und eine Bruchteilsgemeinschaft nach den Regeln des Miteigentums (Art. 646 ff ZGB) vereinbart. Damit sichert sich jeder Konsorte bezüglich Kapital und Zinsen gegenüber dem Kreditnehmer ein selbständiges Forderungsrecht entsprechend der Beteiligungsquote, über welches er im Aussenverhältnis individuell verfügen kann.[46]

2.5 Konzernfinanzierung

2.5.1 Konzernbegriff

Die Schweiz kennt kein einheitlich kodifiziertes Konzernrecht; dieses ist vielmehr punktuell geregelt.[47] Eine gesetzliche Definition des Konzerns findet sich beiläufig in Art. 663e OR[48], wonach ein solcher dann vorliegt, wenn mehrere rechtlich selbständige Gesellschaften unter einer einheitlichen Leitung zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammen gefasst sind.[49] Eine einheitliche Leitung kann entweder aufgrund einer stimmenmässigen Beherrschung oder aufgrund einer Beherrschung ohne Stimmenmehrheit z.B. aufgrund vertraglicher, statuarischer oder personeller Grundlage, bestehen.[50] Die Konzernleitung muss jedoch nach Ansicht eines Teils der Lehre auch tatsächlich durchgesetzt werden, denn die blosse Möglichkeit der Beherrschung reicht nicht aus, um die gesetzlich geforderte einheitliche Leitung des Konzerns zu erfüllen (Leitungs- oder Faktizitätsprinzip im Gegensatz zum blossen Control-Prinzip).[51]

---

44 Vgl. BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 66b; MAURENBRECHER/FRICK, S. 68.; HAEBERLI, S. 356.

45 Vgl. BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 66b; HAEBERLI, S. 356.

46 Vgl. KOHLER 56; HAEBERLI, S. 357 f; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 66b f; FRANCIONI, S. 81 f.

Anm. FRANCIONI, (S. 81 f) und KOHLER, (S. 56) gehen allerdings vom Vorliegen einer Teilobligation aus, wonach jeder Konsorte nach Massgabe der Beteiligungsquote Alleingläubiger wird (ohne eine Qualifikation als Miteigentum vorzunehmen. Präzisiert hingegen später durch HAEBERLI (S. 357).

47 Vgl. BSK OR II-BAUDENBACHER, Vor Art. 620 N 22.

48 Art. 663e Abs. 1 OR: „Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so erstellt sie eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung).“

49 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 24 N 35 ff; VON BÜHREN, Konzern, S. 77; BEYELER, S. 3.

50 Vgl. BOTSCHAFT AG, S. 818; VON BÜHREN, Konzern, S. 79 f.; MEYER, S. 117.

51 Vgl. VON BÜHREN, Konzern, S. 82 f; BEYELER, S. 113 f; JAGMETTI, S. 49; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 23; a. M. hingegen BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663 N 8.

Der Entwurf des Bundesrates zur grossen Aktienrechtsrevision vom 21. Dezember 2007 sieht jedoch eine Umstellung auf das Control-Prinzip und damit ein Abstellen auf die Beherrschung für die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung vor.[52]

Das schweizerische Steuerrecht enthält verschiedene Bestimmungen zum Konzern. Zum einen stellt es zur Verhinderung einer wirtschaftlichen Doppelbelastung auf eine wirtschaftliche Einheit der verbundenen Gesellschaften ab.[53] Dabei wird namentlich in Art. 69 und 70 DBG sowie Art. 28 StHG vorderhand auf bestimmte Beteiligungsverhältnisse abgestellt, die bilanziell zum Ausdruck kommen.[54] Das Erfordernis der einheitlichen Leitung, welches zivilrechtlich als konstitutives Kriterium des Konzerns gilt, ist bei der Geltendmachung dieser steuerlichen Privilegien gemäss Wortlaut des Gesetzes nicht von Bedeutung. Demgegenüber stellt aber Art. 61 Abs. 3 DBG auf den Begriff der einheitlichen Leitung ab. Damit lehnt sich das DBG bei der Übertragung von Vermögenswerten im Konzern an den handelsrechtlichen Konzernbegriff an.[55]

2.5.2 Konzernfinanzierung im Allgemeinen

Bei der Konzernfinanzierung sind sowohl die konzerninterne als auch die konzernexterne Finanzierung zu unterscheiden. Während bei ersterer eine Verwendung und Optimierung der konzerninternen Mittel angestrebt wird, erfolgt bei letzterer die Mittelbeschaffung am Markt bei Dritten (kollektive Mittelbeschaffung in Form von Anleihen wie z.B. die Ausgabe von Obligationen).[56] Die konzerninterne Finanzierung beinhaltet verschiedene Aspekte. So bedeutet sie zum einen die Sicherstellung der kurzfristigen Liquidität durch Cash Management (durch sog. Cash Pooling), zum anderen aber auch die Bereitstellung von mittel- und langfristigen Krediten (durch Gruppenfinanzierung), die z.B. Investitionen der Darlehensnehmerin finanzieren sollen.[57]

Anm.: Ob gemäss Art. 663e OR bereits das Control-Prinzip genügt oder die Beherrschung effektiv ausgeübt werden muss, wurde gerichtlich bisher noch nicht entschieden (BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663 N 8).

52 Vgl. BOTSCHAFT AG 2007, S. 1723; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 24.

53 Vgl. VON BÜHREN, Konzern, S. 446.

54 Anm.: So kann ein Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 DBG geltend gemacht werden, wenn eine Gesellschaft zu mindestens 10 % am Grund- oder Stammkapital einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, zu mindestens 10 % am Gewinn und an den Reserven einer anderen Gesellschaft beteiligt ist oder Beteiligungsrechte im Verkehrswert von mindestens einer Million Franken hält.

Gemäss kantonalem Steuerrecht (das teilweise vom StHG abweicht) kann für die Besteuerung als Holding optiert werden, sofern gemäss Art. 28 Abs. 2 StHG unter anderem die Beteiligungen oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge ausmachen.

55 Vgl. BOTSCHAFT FUSG, S. 4509; REICH, DBG Komm., Art. 61 N 182.

Anm.: Bei der Mehrwertsteuer ist gemäss Art. 22 MWStG zudem eine Gruppenbesteuerung vorgesehen, bei welcher der Konzern als einheitliches wirtschaftliches Gebilde angesehen wird (vgl. VON BÜHREN, Konzern, S. 445).

56 Vgl. EStV, Erläuterung zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 1.1.

57 Vgl. STROCK, ACA Newsletter I, S. 6; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, S. 1; GEHRIGER/VITALI, Monatsflash, Ziff. 1.

Während sich KMUs meist durch den Abschluss von Darlehensverträgen fremdfinanzieren, erscheinen Fremdfinanzierungsformen im Konzern weit komplexer. Diese umfassen beispielsweise Dritt- oder Gruppendarlehen, syndizierte Kredite, Obligationen in allen Formen oder Cash Pooling.[58]

Trotz einheitlicher Leitung und einer teilweisen Fremdbestimmtheit der einzelnen Konzerngesellschaften besitzt der Konzern als solcher keine eigene Rechtspersönlichkeit. Vielmehr behalten die einzelnen Konzerngesellschaften ihre Selbständigkeit und nehmen individuell als juristische Personen am Rechts- und Geschäftsleben teil.[59] Wesentliche Bedeutung erlangt diese Tatsache im Bereich der Fremdfinanzierung. So behalten die Gläubiger einer Konzerngesellschaft grundsätzlich auch im Konkurs derselben nur eine Forderung gegenüber der entsprechenden Gesellschaft und können nicht auf das Vermögen anderer Einheiten im Konzern zurückgreifen (sog. strukturelle Subordination).[60]

Diese juristische Selbständigkeit der abhängigen Unternehmen im Konzern wird auch im Steuerrecht grundsätzlich beibehalten. So existiert keine eigentliche Konzernbesteuerung; Transaktionen innerhalb des Konzerns werden so behandelt, wie wenn sie zwischen juristisch und wirtschaftlich selbständigen Einheiten eingegangen worden wären. Steuersubjekt bleibt also - ausser bei einer Gruppenbesteuerung gemäss Art. 22 MWStG - die einzelne Konzerngesellschaft.[61] Entsprechend müssen konzerninterne Finanzierungen und Rechtsgeschäfte einem Drittvergleich standhalten, ansonsten es zu steuerlichen Korrekturen kommt. Stehen Leistung und Gegenleistung im Konzern in einem Missverhältnis, dann ist ein Teil der Leistung nicht im Rechtsgeschäft, sondern im Beteiligungsverhältnis begründet.[62] So ist bei der Festsetzung der Zinssätze strickte dem Arm's-length-Prinzip zu folgen, welches in Art. 9 OECD Musterabkommen statuiert ist. Auch landesspezifische Bestimmungen für die Begrenzung einer Gesellschafter - Fremdfinanzierung müssen beachtet werden (sog. Thin Capitalization Rules).[63]

2.5.3 Cash Pooling im Besonderen

Zur Steuerung der Liquidität in Konzerngesellschaften werden bei international tätigen Konzernen die vorhandenen Barmittel oftmals zentral gebündelt. Durch die Bündelung findet ein konzerninterner Liquiditätsausgleich zwischen allen am Pool beteiligten Konzerngesellschaften statt. [64]

Anm.: Anders MANNHEIMER (S. 16 f), der eine Konzern-Aussenfinanzierung, eine konzerninterne Finanzierung (Aussenfinanzierung und Innenfinanzierung) sowie eine Konzern-Innenfinanzierung unterscheidet.

58 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 28.

59 Vgl. BGE 110 Ib 127 in Pra 1984, S. 708 f; VON BÜHREN, Konzern, S. 78; JAGMETTI, S. 50.

60 Vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 153; BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 3b ff.

Anm.: Von der Annahme der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften wird nur in Ausnahmefällen abgewichen, z.B. im Falle einer faktischen Beistandspflicht (vgl. BGE 116 Ib 331).

61 Vgl. VON BÜHREN, Konzern, S. 445, 449 f.

62 Vgl. REICH, Verdeckte Vorteilszuwendungen, S. 612.

63 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 252 und 259 ff.

64 Vgl. JAGMETTI, S. 58 f; OHO, § 10 N 100; JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 62 f; BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 151; KULL, S. 181.

Es lassen sich zwei elementare Grundformen des Cash Poolings unterscheiden: Beim physischen Cash Pooling (sog. Zero Balancing) erfolgt der Liquiditätsausgleich effektiv durch einen physischen Geldtransfer auf den sog. Master Account der Pool-Führerin (meist eine spezielle Konzernfinanzierungsgesellschaft oder die Muttergesellschaft). Überschüssige Liquidität (positive Salden) der Konzerngesellschaften wird durch Überweisung an den Master Account abgeschöpft, während eine Liquiditätsunterdeckung (negative Salden) durch Zahlungen aus dem Master Account ausgeglichen wird.[65] Die Kontostände der Pool-Teilnehmer werden so am Ende jedes Arbeitstages „auf Null gestellt".[66] Beim virtuellen Zusammenfassen der Kontostände (sog. Notional Pooling), findet hingegen kein physischer Geldtransfer statt, sondern die Zinsermittlung erfolgt rein rechnerisch aufgrund sämtlicher Kontosalden der Pool-Teilnehmer (fiktiv konsolidierte Salden).[67] Beim Notional Pooling steht die Beziehung zwischen der Gesellschaft und der Bank im Vordergrund, da konzernintern keine Darlehen gewährt werden. Steuerrechtlich stellen sich entsprechend weniger Probleme.[68]

Das Cash Pooling wirkt sich insbesondere auf den Finanzierungsbedarf der Konzerngesellschaften positiv aus. So werden konzernexterne Mittel erst dann benötigt, wenn der konzerninterne Liquiditätsausgleich nicht mehr ausreicht. Dies senkt die Finanzierungskosten im kurzfristigen Bereich, da durch den Ausgleich der Kontosalden, Mittel im Konzern effizient genutzt werden und so teilweise externe Kontokorrentkredite ersetzt werden können. Zudem kann die Zinssituation allgemein verbessert werden, da durch die Bündelung der Mittel gegenüber der Pool-Bank ein erheblicher Zinsvorteil ausgehandelt werden kann. Ohne Cash Pooling können nämlich allfällige hohe Sollzinsen die einzelnen Bankkonti der Konzerngesellschaften stark belasten, während Kontoguthaben unter Umständen nur einen geringen Habenzins aufweisen. Die Akkumulation von liquiden Mitteln führt zudem zu besseren Anlagemöglichkeiten, da zum einen die Mindestanlagehöhe für höher verzinsliche Anlagen besser erreicht und zum anderen Druck auf die gewährten Konditionen ausgeübt werden kann.[69]

Beim Cash Pooling entstehen juristische Aussenbeziehungen zwischen den Konzerngesellschaften und den Hausbanken sowie der Pool-Bank,[70] sowie Innenbeziehungen zwischen den Konzerngesellschaften. Beide juristischen Verhältnisse können steuerrechtliche, vertragsrechtliche sowie gesellschaftsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. So stellt sich für die Bank die Frage der Durchsetzbarkeit und der Rechtsgültigkeit der Vereinbarungen. Rechtlich stellen die Innenbeziehungen zwar meist Darlehensver-

---

65 Vgl. STORCK, ACA Newsletter III, S. 7; JAGMETTI, S. 58 ff.

66 Vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 152.

Anm.: Häufig wird den Poolgesellschaften jedoch ein definiertes Liquiditätsvolumen belassen (sog. Targeted Pooling, vgl. STORCK, ACA Newsletter III, S. 7).

67 Vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 62 f; JAGMETTI, S. 58 ff; BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 152; OHO, § 10 N 102 ff; STORCK, ACA Newsletter III, S. 7.

68 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1024 f.

69 Vgl. zum Ganzen BEREUTER, S. 79; BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 152; JAGMETTI, S. 59; siehe auch die Auflistung der Vor- und Nachteile bei JAGMETTI, S. 68 ff und KULL, S. 181 f.

70 Anm.: Je nach dem, wie das Cash Pooling Verhältnis genau ausgestaltet wird, unterhalten die Konzerngesellschaften noch eigene Bankverbindungen zu ihrer Hausbank (manuelles, automatisches oder halbautomatisches Cash Pooling, vgl. dazu JAGMETTI, S. 75 ff).

hältnisse dar, wobei die Pool-Teilnehmer gegenüber dem Pool-Leader je nach auszugleichendem Kontosaldo als Darleiher oder als Borger auftreten können.[71] Für die Konzerngesellschaften selbst können sich aber insbesondere Haftungsfragen stellen.[72]

Wie bereits erwähnt, sind steuerrechtlich die „Thin Capitalisation"-Regeln für die Forderungen zu beachten, während die Zinsen dem Fremdvergleichsgrundsatz (sog. Arm's-length Prinzip) zu genügen haben.[73]

2.6 Strukturierte Finanzierungen

Um die Kapitalbeschaffung den individuellen Verhältnissen eines Unternehmens anzupassen, werden diese häufig aufwendig strukturiert. Dabei wird aus schweizerischer Sicht insbesondere eine Vermeidung der Verrechnungssteuer und der Emissionsabgabe bezweckt, indem durch Einbindung eines im Ausland domizilierten Finanzierungsinstituts Anleihensobligationen emittiert werden.[74] Eine wesentliche Ausprägung der strukturierten Finanzierung ist die Asset Securitization[75] oder auch Asset Backed Securitization genannt.[76] Dabei wird ein Bündel von Aktiven mobilisiert und oft in ein Special Purpose Vehicle (SPV) ausgelagert resp. rechtlich verselbständigt und durch die Ausgabe von Wertschriften refinanziert.[77] Die Wertpapiere stellen dabei Forderungsrechte in Form von Obligationen dar, können aber auch in syndizierten Bankkrediten bestehen.[78] Beteiligt sind oftmals ein Originator als derjenige, der eine Finanzierung benötigt, ein ausländischer Emittent sowie in- oder ausländische Investoren.[79]

Strukturierte Finanzierungen lassen sich in zwei Grundmodelle einteilen: Zum einen kann eine Finanzierung des Originators mittels Darlehensaufnahme bei einem ausländischen Emittenten geschehen (sog. Darlehensmodell), oder mittels Veräusserung von Aktiven durch Eingehung eines Kaufvertrages (sog. True Sale Modell).[80] Diese beiden Grundmodelle werden denn auch für die steuerrechtliche Beurteilung der Finanzierungsformen herangezogen. Die EStV prüft jeweils das Vorliegen einer Steuerumgehung und rechnet im Falle eines Vorliegens die ausländische Obligation dem inländischen Emittenten zu. Das Darlehensmodell wird anhand der „Qualität des Emittenten" beurteilt.[81] Eine Steuerumgehung liegt vor, wenn die kollektive Mittelbeschaffung im Ausland einzig zur Befriedigung des Finanzierungsbedürfnisses des inländischen Originators durch Einschaltung eines Emittenten dient. Dies ist in jedem Fall bei Einschaltung eines SPV der Fall, das auch eine Tochtergesellschaft sein kann oder wenn die

71 Vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 153.
72 Vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 151.
73 Vgl. LEHMANN/ARZETHAUSER, S. 619; STORCK, ACA Newsletter III, S. 7 ff.
74 Vgl. JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 572; JAUSSI/DUSS, VStG Komm., Art. 9 N 58.
75 Anm.: Verbriefung von Aktiven (vgl. LUTZ/NANZER, S. 267).
76 Vgl. LUTZ/NANZER, 267; JAUSSI/DUSS, VStG Komm., Art. 9 N 58.
77 Vgl. JAUSSI/DUSS, VStG Komm., Art. 9 N 58.
78 Vgl. OERTLE, S. 154.
79 Vgl. JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 572.
80 Vgl. LUTZ/NANZER, S. 272 f; JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 573.
81 Vgl. JAUSSI/DUSS, VStG Komm., Art. 9 N 63.

Emission der Obligation durch eine ausländische Tochtergesellschaft mittels Garantie der inländischen Mutter geschieht und die Mittel in der Schweiz verwendet werden. Ist der Emittent ein unabhängiger Dritter, so fallen keine Steuerfolgen in der Schweiz an.[82] Beim True Sale Modell kann jedoch grundsätzlich nicht von einer verkappten Anleihe gesprochen werden, sofern der Kaufpreis der Aktiven dem Arm's-length Prinzip entspricht und die Aktiven mit sämtlichen Risiken vollständig auf den Emittenten übergehen. Es fallen in diesem Fall weder die Emissionsabgabe noch die Verrechnungssteuer an.[83]

82 Vgl. JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 576 ff.

83 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, 119; JAUSSI, Strukturierte Finanzierungen, S. 573.

3 In Kraft getretene Erleichterung der Konzernfinanzierungstätigkeit

3.1 Übersicht

Die Erhebung der Emissionsabgabe auf der Fremdkapitalbeschaffung und der extensiv ausgelegte Obligationenbegriff im schweizerischen Steuerrecht sowie die Verrechnungssteuer auf den Obligationenzinsen in der Höhe von 35 % verteuert die Kapitalmarktfinanzierung erheblich. Deshalb wird die Mittelaufnahme und –verwendung oftmals betriebswirtschaftlich ineffizient über das Ausland oder lediglich über eine schweizerische Zweigniederlassung (sog. Finance Branch) strukturiert.[84] Solche Strukturen können jedoch einen erheblichen Administrativ- und Infrastrukturaufwand bedeuten.[85] Hinzu kommt, dass das Verlegen der Finanzierung von schweizerischen Gruppengesellschaften eines schweizerischen Konzerns ins Ausland nicht in jedem Fall vor der Erhebung der Emissionsabgabe auf Gruppendarlehen resp. der Verrechnungssteuer auf deren Zinsen schützt. So hat die EStV ihre Praxis bezüglich der Annahme von Steuerumgehungen verschärft.[86] Für Konzerne stellt aber eine zentrale Bewirtschaftung der Mittel und eine damit einhergehende Zusammenfassung der Überschussliquidität der einzelnen Konzerngesellschaften aus finanzwirtschaftlicher Sicht eine Notwendigkeit zur Optimierung der Finanzierungskosten dar.[87] Die Bedeutung der nationalen Besteuerung darf nun aber für die Standortwahl eines Unternehmens nicht unterschätzt werden. So ist die steuerliche Optimierung insbesondere bei der Standortwahl von mobilen Unternehmungen und Finanzierungsgesellschaften von wesentlicher Bedeutung.[88] Die Schweizerische Besteuerungspraxis im Bereich der Finanzierungstätigkeiten von Unternehmungen und insbesondere der konzerninternen Finanzierung wurde deshalb gar als „no go" bezeichnet.[89]

Es erstaunt insofern nicht, dass im Parlament verschiedentlich die Befreiung der Konzernfinanzierungstätigkeiten von der Emissions- und der Umsatzabgabe sowie der Verrechnungssteuer gefordert wurde.[90] Daraufhin eröffnete die EStV am 23. Dezember 2009 die Anhörung zur Änderung der Verrechnungssteuer- und der Stempelabgabeverordnung.[91] Obwohl der Bundesrat noch im Dezember 2008 beschlossen hatte, allfällige Verordnungs- und Gesetzesänderungen im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III umzusetzen, wurde die Erleichterung für konzerninterne Finanzierungstätigkeiten dieser vorgezo-

---

84 Vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 34.

85 Vgl. STORCK, Unternehmensfinanzierung und Steuern, S. 982 f.

86 Vgl. GEHRIGER, Quo Vadis?, S. 249.

87 Vgl. STORCK, Unternehmensfinanzierung und Steuern, S. 982 f; SWISSHOLDINGS, Konzernstandort Schweiz, S. 63.

88 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1025; MÜLLER/PORTMANN/SCHREIBER, S. 820 f; SWISSHOLDINGS, Konzernstandort Schweiz, S. 31.

89 Vgl. KPMG, Newsletter Juni 2010.

90 Vgl. Motion WAK-SR, Nr. 08.3239 vom 24. April 2008; Interpellation PELLI, Nr. 09.3322 vom 30. März 2009; Motion Fraktion CVP/EVP/GLP, Nr. 08.3111 vom 19. März 2008.

91 Vgl. EStV, Begleitschreiben Anhörung vom 23. Dezember 2009.

gen.[92] Am 18. Juni 2010 verabschiedete der Bundesrat eine Änderung der Stempelsteuer- und der Verrechnungssteuerverordnung und setzte diese per 1. August 2010 in Kraft.[93]

Mit der Verordnungsänderung wird bezweckt, steuerlichen Rahmenbedingungen für Konzernfinanzierungstätigkeiten in der Schweiz möglichst attraktiv zu gestalten, damit diese und damit zusammenhängende Arbeitsplätze vermehrt in der Schweiz angesiedelt werden. Mit der neuen Regelung erhofft sich der Bundesrat zudem eine Attraktivitätssteigerung sowie eine Verbesserung der internationalen Konkurrenzfähigkeit des schweizerischen Kapitalmarktes.[94]

3.2 Die alte Praxis der EStV und deren Mängel

Vor der Verordnungsänderung war die Konzernfinanzierung nur dann ohne Verrechnungssteuer- und Emissionsabgabe möglich, wenn weder Obligationen noch Kundenguthaben im Sinne des Gesetzes und der geltenden Praxis vorlagen.[95] Problematisch erweist sich diese Praxis insbesondere bei der Gruppenfinanzierung, also der Gewährung von mittel- und langfristigen Darlehen sowie beim Cash Pooling in Konzernen. Bei ersterer liegen bei Überschreiten von zehn Gläubigern Anleihensobligationen bzw. bei Überschreiten von zwanzig Kassaobligationen vor.[96] Beim Cash Pooling liegt das Problem weniger beim Obligationenbegriff als viel mehr beim durch die EStV extensiv ausgelegten Kundenguthabenbegriff. So unterliegen individuelle Schuldverhältnisse bzw. einfache Darlehen zwischen Konzerngesellschaften auch gemäss altem Recht beim Cash Pooling nicht der Emissionsabgabe bzw. die Darlehenszinsen nicht der Verrechnungssteuer. Die Kreditverhältnisse, die durch das Cash Pooling innerhalb des Konzerns bestehen, regeln jeweils nur das Verhältnis zwischen dem jeweiligen Pool-Teilnehmer und dem Pool-Leader. Es handelt sich dabei also um Einzelverträge, die zueinander nicht in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und nicht der kollektiven Mittelbeschaffung dienen.[97] Da durch das Cash Pooling die Überschussliquidität und der kurzfristige Mittelbedarf zudem täglich ausgeglichen werden, ändern die Schuldverhältnisse zwischen den Pool-Teilnehmer und dem Pool-Leader ständig. Schriftliche, auf feste Beträge lautende Schuldanerkennungen liegen deshalb nicht vor.[98] Cash Pooling-Kreditverhältnisse wurden deshalb auch nach altem Recht nicht als Obligationen im Sinne von Art. 5 StG qualifiziert, sondern gelten viel mehr als normale Darlehen.[99]

---

92 Vgl. Antwort des Bundesrates vom 19. Dezember 2008, in: Interpellation PELLI, Nr. 09.3322.

93 Vgl. EStV, Medienmitteilung vom 18. Juni 2010.

94 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht VSTV/STV, Ziff. 2.

95 Vgl. EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 1.3.1.

96 Vgl. GEHRIGER/VITALI, Monatsflash, Ziff. 2.2.

97 Vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 97 f; BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 160; REICH, Steuerrecht, § 27 N 17.

98 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 257; BRÜGGER/PAULI, S. 706 f.

99 Vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 160.

Anm.: Problematisch kann in diesem Fall viel mehr die Auslegung von Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG werden (vgl. REICH, Steuerrecht, § 27 Fn. 25).

Das Cash Pooling weist grundsätzlich ähnliche Charakterzüge auf, wie sie bei einer Bank zu finden sind. So legen die einzelnen Konzerngesellschaften ihre liquiden Mittel zentral beim Pool Leader an, welcher die Guthaben verzinst (meist höher als ein gewöhnliches Kontokorrent bei der Bank). Kurzfristig werden auf der anderen Seite Darlehen gewährt.[100] Diese Ähnlichkeit blieb nach alter verrechnungssteuerrechtlicher Regelung nicht ohne Folgen: Nimmt der Pool-Leader fortgesetzt Gelder der Pool-Gesellschaften entgegen, so gilt der Pool-Leader als Bank gemäss Art. 9 Abs. 2 VStG und die konzerninternen Darlehen werden zu Kundenguthaben gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG, sofern mehr als zwanzig Konzerngesellschaften als Gläubiger auftreten und das Gesamtguthaben mindestens CHF 500'000 beträgt. Auf den Zinsen war deshalb die Verrechnungssteuer geschuldet.[101] Verrechnungssteuerrechtlich relevant waren jedoch nur Habenzinsen. So zum einen zwischen der Pool-Bank für den Habensaldo des Gesamt-Pools. Zum anderen aber für die Zinsen für der überschüssigen Liquidität der Pool-Gesellschaften, welche durch den Pool-Leader, als verrechnungssteuerrechtliche Bank, bezahlt wurden.[102] Es leuchtet ein, dass die Schwelle von zwanzig Gläubigern und einem Guthaben von CHF 500'000 in einem Konzern meist rasch überschritten werden.[103] Handelt es sich nur um schweizerische Pool-Teilnehmer, so kann die Verrechnungssteuer grundsätzlich für alle Pool-Mitglieder zentral durch den Pool-Leader vollumfänglich zurückgefordert werden. Hat jedoch eine Konzerngesellschaft ihren Sitz im Ausland, so fallen die 35 % Verrechnungssteuer auf den Zinsen definitiv an, es sei denn, ein Doppelbesteuerungsabkommen bzw. Art. 15 Abs. 2 ZBstA sei anwendbar, welche eine Rückforderung ermöglichen. Diesfalls hätte sich jedoch die ausländische Gesellschaft selbst um eine Rückerstattung zu bemühen, was wiederum mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.[104]

3.3 Die Verordnungsänderung im Detail

Sowohl in der Verrechnungssteuer- als auch in der Stempelsteuerverordnung wurde eine Konzernausnahme für die Besteuerung von konzerninternen Finanzierungstätigkeiten aufgenommen. Die neuen Verordnungsbestimmungen lauten wie folgt:

> ***Art. 16a StV Guthaben im Konzern***
>
> [1] Zwischen Konzerngesellschaften bestehende Guthaben gelten weder als Obligationen noch als Geldmarktpapiere nach Artikel 5a Absatz 1 des Gesetzes; dies gilt unabhängig von ihrer Laufzeit, ihrer Währung und ihrem Zinssatz.

---

100 Vgl. BEREUTER, S. 79.

101 Vgl. JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 95 ff; JAUSSI/PFIRTER, Konzernfinanzierung, S. 403.

102 Vgl. BRÜLISAUER, VStG Komm., Art. 4 N 314; JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 96 f.

103 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 258; BRAUCHLI ROHRER/HÜNERWADEL, S. 160; GEHRIGER/VITALI, Monatsflash, Ziff. 2.1.

104 Vgl. BRÜLISAUER, VStG Komm., Art. 4 N 314; JAUSSI/GHIELMETTI/PFIRTER, Fremdfinanzierung, S. 97.

[2] Als Konzerngesellschaften im Sinne von Absatz 1 gelten Gesellschaften, deren Jahresrechnungen nach anerkannten Standards zur Rechnungslegung in einer Konzernrechnung vollkonsolidiert werden.

[3] Die Regelung nach Absatz 1 ist nicht anwendbar, wenn eine inländische Konzerngesellschaft eine Obligation einer zum gleichen Konzern gehörenden ausländischen Gesellschaft garantiert.

Art. 14a VStV Guthaben im Konzern

[1] Zwischen Konzerngesellschaften bestehende Guthaben gelten weder als Obligationen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a noch als Kundenguthaben nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d des Gesetzes; dies gilt unabhängig von ihrer Laufzeit, ihrer Währung und ihrem Zinssatz.

[2] Als Konzerngesellschaften im Sinne von Absatz 1 gelten Gesellschaften, deren Jahresrechnungen nach anerkannten Standards zur Rechnungslegung in einer Konzernrechnung vollkonsolidiert werden.

[3] Die Regelung nach Absatz 1 ist nicht anwendbar, wenn eine inländische Konzerngesellschaft eine Obligation einer zum gleichen Konzern gehörenden ausländischen Gesellschaft garantiert.

Gemäss Art. 16a StV sowie 14a VStV werden somit Guthaben, die zwischen Gesellschaften bestehen, weder als Kundenguthaben noch als Obligationen qualifiziert. Dabei sollen konzerninterne Finanzierungen von der Erhebung der Verrechnungssteuer sowie der Emissionsabgabe ausgenommen sein, unabhängig davon, ob es sich dabei um kurzfristige Aktivitäten wie z.B. Cash Pooling, oder um mittel- und langfristige Darlehen wie z.B. Gruppenfinanzierungen handelt. Entsprechend sollen die bestehenden Merkblätter der EStV[105] auf diese Fälle nicht mehr zur Anwendung gelangen.[106]

In Abs. 2 der Bestimmungen wird der genannte Begriff des Konzerns näher umschrieben. Es werden vorderhand jene Gesellschaften als Teil des Konzerns betrachtet, die gemäss anerkannten Rechnungslegungsstandards zur Vollkonsolidierung in einer Konzernrechnung verpflichtet sind. Das Abstellen auf die Konsolidierungspflicht hat nach Ansicht der EStV den Vorteil, dass so die enge Einbindung im Konzern aufgrund Stimmen- oder Kapitalmehrheit zum Ausdruck komme, was notwendig sei, um eine weisungsgebundene Einheit von Schuldnern und Gläubigern sicherzustellen. Durch das Abstellen auf die Vollkonsolidierung wird den schweizerischen Steuerbehörden zudem die Kontrolle erleichtert, dass tatsächlich nur Forderungen von Gesellschaften von der Konzernausnahme profitieren können, die der Weisungsgewalt des Konzerns unterstehen.[107]

---

105 Vgl. EStV, Merkblatt Kundenguthaben; EStV, Merkblatt Obligationen.

106 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 6; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 6.

107 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 6; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 6.

Die in Kraft getretenen Verordnungsänderungen sollen grundsätzlich nur die konzerninterne Finanzierungstätigkeit erleichtern. Mit Abs. 3 der neuen Bestimmungen soll deshalb sichergestellt werden, dass nur die im Konzern erwirtschafteten liquiden Mittel von einer Erhebung der Emissionsabgabe und der Verrechnungssteuer ausgenommen werden.[108] Konzerne, die extern durch eine ausländische Gesellschaft mit Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft verrechnungssteuerfrei kollektiv Mittel beschaffen, sind deshalb von der Konzernausnahme nicht erfasst, da diese Mittel ansonsten in den neu verrechnungssteuerfreien Mittelkreislauf des Konzerns gelangen können.[109] Die EStV hält diesbezüglich fest: „Entschliesst sich ein Konzern für die Garantie einer ausländischen Anleihe durch eine schweizerische Gesellschaft, bleibt dem Konzern mit anderen Worten weiterhin die Möglichkeit verwehrt, umfassende konzerninterne Finanzierungsaktivitäten in einer schweizerischen Gesellschaft anzusiedeln bzw. würde eine solche Tätigkeit zu Emissionsabgabe- und Verrechnungssteuerfolgen führen, wenn die entsprechenden quantitativen Voraussetzungen erfüllt sind."[110]

Die neuen Verordnungsbestimmungen ziehen jedoch keine Änderungen im Bereich der konzernexternen Finanzierungstätigkeit nach sich, wenn ein Konzern seine konzerninternen Finanzierungstätigkeiten nicht in der Schweiz ansiedelt. Diesfalls gilt die bisherige Regelung betreffend kollektiver Kapitalbeschaffung: Von ausländischen Konzerngesellschaften mit Garantie einer schweizerischen Konzerngesellschaften ausgegebene Anleihen unterliegen nur dann der Emissionsabgabe und deren Zinsen der Verrechnungssteuer, sofern die aufgenommenen Mittel in die Schweiz zurückfliessen.[111]

3.4 Beurteilung im Lichte des Legalitäts- und das Gewaltenteilungsprinzip

Nach Inkrafttreten der neuen Verordnungsbestimmungen des Bundesrates im Bereich der Erleichterung der Konzernfinanzierung stellt sich die Frage, inwiefern der Bundesrat zum Erlass der entsprechenden Verordnung überhaupt ermächtigt war.

3.4.1 Gesetzgebungskompetenz der Exekutive

a) Im Allgemeinen

Gerade im Steuerrecht kommt dem Legalitätsprinzip besondere Bedeutung zu, da die Erhebung einer Steuer einen Eingriff in die Rechtsphäre jedes Einzelnen bedeutet.[112] Deshalb muss gemäss Art. 127 Abs. 1 BV die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen (Steuersubjekt), der Gegenstand der Steuer (Steuerobjekt) und deren Bemessung (Steuerberechnungsgrundlage

108 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.2; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.2.

109 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 4; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 4.

110 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 4; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 4.

111 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 4; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 4.

112 Vgl. VALLENDER/WIEDERKEHR, BV Komm., Art. 127 N 4 ff; LOCHER, Rechtsfindung, S. 41.

und Tarif) in den Grundzügen im Gesetz selbst, d.h. in einem formellen Gesetz geregelt sein. Diese Norm konkretisiert das in Art. 5 Abs. 1 BV allgemein geltende Legalitätsprinzip für das Steuerrecht.[113]

Dem Bundesrat kommt aber gemäss Art. 182 Abs. 2 BV eine generelle Vollzugskompetenz der Gesetzgebung, der Beschlüsse der Bundesversammlung sowie der Urteile der richterlichen Behörden zu.[114] Dazu kann er Verordnungen erlassen, die lediglich gesetzesvollziehend sind. Solche Vollziehungsverordnungen müssen sich an die engen Grenzen der zu vollziehenden und zugrundeliegenden Gesetzesbestimmungen halten, ansonsten sowohl das Gewaltenteilungs- sowie das Legalitätsprinzip verletzt werden.[115] Vollziehungsverordnungen sind deshalb grundsätzlich auf die Rechtsanwendung zu beschränken und dürfen nicht materieller Art sein, ausser eine besondere Bestimmung im Gesetz würde ein Vollzugsorgan explizit dazu ermächtigen.[116]. In diesem Sinne präzisiert das Bundesgericht: „Wenn nicht eine ausdrückliche Ermächtigung vorliegt, kann die Verordnung nicht neue Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln sich mit dem Zweck des Gesetzes vertragen.“[117]

Die Verfassung schliesst eine Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen aber nicht aus. So können gemäss Art. 164 Abs. 2 BV gewisse Rechtsetzungsbefugnisse delegiert werden. In zahlreichen Entscheiden[118] hat das Bundesgericht diese Verfassungsbestimmung präzisiert und sog. Delegationsgrundsätze definiert.[119] Diese sollen garantieren, dass rechtspolitische Wertungen mit ausreichender Bestimmtheit in einem formellen Gesetz zum Ausdruck kommen.[120] Das Bundesgericht anerkennt eine Delegation demnach im Allgemeinen, sofern sie (1) nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist (was insbesondere bei wichtigen Bestimmungen im Sinne von Art. 164 Abs. 2 BV der Fall ist), (2) die Delegation selbst in einem formellen Gesetz enthalten ist, (3) sie sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt und (4) die Grundzüge der delegierten Materie ebenfalls im Gesetz selbst umschrieben sind.[121] Im Abgaberecht umschreibt die Bundesverfassung selbst, was im Wesentlichen durch ein formelles Gesetz umschrieben werden muss.[122]

---

113 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, §4 N 116 ff.

114 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1859.

115 Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1860.

116 Vgl. EICHENBERGER, VStG Komm., Art. 73 N 1 ff.

117 BGE 104 IB 205, E. 3b.

118 Vgl. BGE 128 I 327, E. 4.1; BGE 128 I 113, E. 3.c; BGE 118 Ia 245, E. 3.b; BGE 118 Ia 305, E. 2.b mit weiteren Hinweisen.

119 Vgl. TSCHANNEN, § 27 N 27 ff.

120 Vgl. BGE 103 IA 369, E. 6; TSCHANNEN, § 27 N 23 ff.

121 Vgl. TSCHANNEN, § 27 N 34; BGE 128 I 327, E. 4.1.

Anm.: Die für die Gesetzesdelegation in den Kantonen entwickelte Praxis bindet in demselben Masse auch den Bund. Die Grundsätze lassen sich für den Bund weitgehend aus Art. 164 BV ableiten (vgl. TSCHANNEN, § 27 N 33 ff).

122 Vgl. Art. 127 Abs. 1 BV sowie Art. 164 Abs. 1 lit. d BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1873.

b) Gesetzgebungskompetenz ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz

Nur ausnahmsweise können Verwaltungsbehörden oder Gerichte eine Steuerpflicht oder eine Steuerbefreiung auch ohne ausdrückliche Ermächtigung in einem formellen Gesetz vorsehen. Dies ist der Fall, wenn eine echte Gesetzeslücke[123] besteht, oder aber allgemeine Rechtsgrundsätze angewendet werden können.[124]

Von wesentlicher Bedeutung sind im hier vorliegenden Fall die sog. unechten Lücken. Eine solche liegt vor, wenn zwar alle Fragen durch das Gesetz beantwortet werden, doch diese zu einem unbefriedigenden Resultat zu führen scheinen, weshalb die Bestimmung als lückenhaft empfunden wird.[125] Die gesetzliche Regelung erweist sich dann meist als zu weit und lässt gleichsam eine gesetzliche Einschränkung des undifferenzierten, klaren Wortsinnes vermissen.[126] Solche unechten Lücken dürfen jedoch nicht ohne Weiteres durch die rechtsanwendenden Organe ausgefüllt werden. Allein die Verhinderung des offenbaren Rechtsmissbrauches nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (z.B. der Steuerumgehung), welches als allgemeiner Rechtsgrundsatz[127] gilt, ermächtigt die ausführenden Behörden dazu.[128] Eine über den Rechtsmissbrauch hinaus gehende Berichtigung unbefriedigenden Rechts durch die Verwaltungsbehörden ist abzulehnen, da sonst das Vertrauen in die Rechtsordnung gestört würde.[129]

Die neuere Lehre nimmt indes die Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke nicht mehr vor, sondern spricht viel mehr von einer planwidrigen Unvollständigkeit.[130] Nach dieser Auffassung dürfen die rechtsanwendenden Organe immer dann gesetzgeberisch tätig werden, wenn „eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetztes unvollständig ist […].“[131]

---

123 Anm.: Eine echte Gesetzeslücke ist anzunehmen, wenn das Gesetz auf eine Frage keine Antwort weiss, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 237; HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 18). Dabei handelt es sich um logische Fehler, bei denen sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden befugt sind, Lücken „durch Schaffung einer geeigneten Regel schöpferisch auszufüllen“ (HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 18).

124 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 17.

125 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 237.

126 Vgl. KRAMER, S. 189.

127 Vgl. IMBODEN/RHINOW, S. 457 f; HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 19.

128 Vgl. LOCHER, Rechtsfindung, S. 141, 196 f; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 33; REICH, Steuerrecht, § 6 N 40 f.

129 Vgl. LOCHER, Rechtsfindung, S. 141; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 33; MATTEOTTI, Steuergerechtigkeit, S. 102 f; BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 40 f; MERZ, Auslegung, S. 78; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 1 ZGB N 302 ff; HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 84 f.

130 Anm.: KRAMER unterscheidet zwischen Delegationslücken, welche eine Regelung der rechtsanwendenden Behörde delegiert, offenen Lücken, wenn das Gesetz planwidrig einer Antwort schuldig bleibt oder Ausnahmelücken, wenn zwar eine Antwort gegeben ist, diese aber gemäss Sinn und Zweck des Gesetzes zu einem stossenden Ergebnis führt (vgl. KRAMER, S. 183 ff).

131 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 243 mit weiteren Hinweisen.

Anm.: Diese neuere Lehre wurde durch das Bundesgericht in BGE 102 Ib 224, BGE 123 II 69 und BGE 107 Ib 379 etc. rezipiert. Die neuere Lehre führt jedoch m.E. zu keinem anderen Resultat als die oben zitierte ältere Meinung, dürfen doch Verwaltungsbehörden grundsätzlich nur mit einer speziellen Ermächtigung gesetzgeberisch tätig werden. Liegt lediglich eine „ungeschriebene“

c) Verbot des Rechtsmissbrauchs als implizite Gesetzgebungskompetenz im Besonderen

Eine verpönte Steuervermeidung, welche dem Rechtsmissbrauchsverbot widerspricht, liegt nur im Falle einer Steuerumgehung vor. In allen anderen Fällen ist von einer legalen Steuereinsparung auszugehen. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis weist eine Steuerumgehung eine objektive, eine subjektive sowie eine effektive Komponente auf, „wenn (1) eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich (insolite), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint, wenn zudem (2) anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären, und wenn (3) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde."[132]

Ohne gesetzliche Grundlage darf jedoch eine Steuerumgehung nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch bekämpft werden, da die Annahme einer Generalklausel als rechtsstaatlich problematisch erscheint; die Nichtbesteuerung hat geradezu als in hohem Masse stossend und untragbar zu erscheinen.[133] In der Lehre ist umstritten, ob der so geschaffene Ersatztatbestand als ein Resultat der Gesetzesauslegung oder der Gesetzesergänzung angesehen werden muss.[134] Indes scheint diese Unterscheidung entbehrlich, wird doch bei ersterer Meinung im Grunde nichts anderes als das Rechtsmissbrauchsverbot bereits als der Norm inhärentes Ziel angesehen, welchem auf dem Wege der teleologischen Auslegung zum Durchbruch verholfen wird, während bei letzterer ein allgemeiner Rechtsgrundsatz angenommen wird, der erst im Wege der Normkorrektur angewendet werden kann. Das Ziel bleibt indes ein und dasselbe: Ein Korrektiv zur Durchsetzung der Steuergerechtigkeit zur Hand zu haben. Liegt also ein Fall der Steuerumgehung vor, bei welchem zwar prima vista ein ernstlich gewolltes Geschäft angenommen wird, das nicht unter einen steuerrechtlichen Tatbestand subsumiert werden kann, so wird aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbotes eine Subsumtion unter den Tatbestand dennoch gerechtfertigt.[135] Ungeachtet davon, ob solche Ersatztatbestände auf dem Wege der Auslegung oder der Gesetzesergänzung geschaffen werden, hebt BAUER-BALMELLI hervor: „Ohne die Zulassung eines Exkulpationsbeweises stünden diese [Ersatztatbestände] aber in deutlichem Widerspruch zu der bundesgerichtlichen Umgehungsformel und

Lückenfüllungskompetenz vor, so ist diese m.E. restriktiv auszulegen, haben sich die Steuerbehörden doch an die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu halten, welche in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen (vgl. KRAMER, S. 94). Die Verwaltungsbehörden dürfen eine Ergänzung nur aufgrund der Zielsetzungen und Wertungen im Gesetz selbst vornehmen und nicht darüber hinaus tätig werden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind dem Gesetz gleichsam inhärent.

132 BGE 93 I 725, E. 1; BGer 2A.535/2003 vom 20. Januar 2005, E. 4; BGer 2A. 135/2000 vom 9. November 2001, publ. in: StE 2002, B 24.4 Nr. 66, Erw. 6 mit weiteren Hinweisen.

Anm.: Die Doktrin verwendet teilweise einen divergierenden Steuerumgehungsbegriff: Eine Steuerumgehung liegt demnach vor, wenn eine unbeabsichtigte Unvollständigkeit ausgenützt wird, um einen wirtschaftlicher Erfolg bzw. ein wesentlicher wirtschaftlicher Nutzen, der eigentlich besteuert werden müsste, trotz Vermeidung der Steuer dennoch erreicht wird (vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 73 ff, 84 f; BAUER-BALMELLI, S. 163).

133 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 5 N 73 ff, 84 f; BAUER-BALMELLI, S. 163.

134 Vgl. die Gegenüberstellung in MATTEOTTI, Steuergerechtigkeit, S. 190 ff.

135 Vgl. LOCHER, Rechtsfindung, S. 133; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 33; BAUER-BALMELLI, S. 165; ähnlich auch REICH, Steuerrecht, § 6 N 47 ff.

zum Legalitätsprinzip im Speziellen. Bei der Anwendung von nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingeführten Ersatztatbeständen ist ganz grundsätzlich Zurückhaltung geboten; die bundesgerichtlichen Kriterien der Steuerumgehung sind sowohl bei der Normierung als auch bei der Handhabung stets im Auge zu behalten."[136] Diese Zurückhaltung bei der Schaffung von Ersatztatbeständen lässt sich insbesondere damit rechtfertigen, dass eine Korrektur jeweils zu Ungunsten der Steuerpflichtigen erfolgt. Das Legalitätsprinzip wirkt insofern begrenzend.[137]

3.4.2 Hatte der Bundesrat eine explizite Gesetzgebungskompetenz?

Eine Kompetenz zum Erlass von unselbständigen, gesetzesvollziehenden Verordnungen durch den Bundesrat findet sich in ganz allgemeiner Weise in Art. 54 StG sowie Art. 73 VStG. Danach soll der Bundesrat gemäss Wortlaut die für den Vollzug der Gesetze erforderlichen Vorschriften erlassen. Die Bestimmungen räumen dem Bundesrat jedoch keine neuen Kompetenzen ein, sondern wiederholen nur, was bereits Art. 182 Abs. 2 BV festhält; es handelt sich lediglich um eine Aufforderung zum Erlass von notwendigen Vollzugsvorschriften.[138] In Art. 31 StG sowie Art. 34 Abs. 1 VStG ist zudem festgehalten, dass die EStV die jeweils notwendigen Weisungen, Verfügungen und Entscheide zu erlassen hat, sofern diese nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Aufgrund dieser Bestimmung sollte verhindert werden, dass die Verwaltung die gesetzliche Kompetenzordnung durch Delegation abändert.[139]

Sowohl das VStG[140] als auch das StG[141] beinhalten aber nicht nur Vollzugsanordnungen an die Verwaltung, sondern zum Teil auch gewisse explizite Gesetzesdelegationen, die Gesetzesbestimmungen zu ergänzen oder abzuändern.[142] Weder Art. 5a Abs. 1 StG noch Art. 4 Abs. 1 lit. a und d VStG enthalten jedoch nach dem Wortlaut der Bestimmungen eine Gesetzesdelegation. Auch die darin verwendeten Rechtsbegriffe werden im Gesetz selbst näher umschrieben. So definiert Art. 4 Abs. 1 StG den Inländerbegriff und 4 Abs. 3 StG den Obligationenbegriff im Stempelabgaberecht, während Art. 9 Abs. 1 VStG den Inländerbegriff und Art. 9 Abs. 2 VStG den Bankenbegriff im Verrechnungssteuerrecht näher ausführen. Aufgrund der fehlenden expliziten Gesetzesdelegation steht es dem Bundesrat demnach lediglich zu, die notwendigen Vollzugsbestimmungen in diesen Bereichen zu erlassen. Dies beinhaltet auch die Konkretisierung von zu weiten oder gar unbestimmten Rechtsbegriffen. Als solche sind m.E. insbesondere der Obligationenbegriff nach Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG, der Kundenguthabengebriff in Art. 4 Abs. 1 lit. d VStG sowie der Begriff einer „Mehrzahl von Exemplaren" in Art. 4 Abs. 3 StG anzusehen.

---

136 BAUER-BALMELLI, S. 165.

137 Vgl. HÖHN, Steuerumgehung, S. 161.

138 Vgl. BÄRTSCHI, StG Komm., Art. 54 N 1 f; HÖHN/WALDBURGER, § 4 N 136; EICHENBERGER, VStG Komm., Art. 73 N 1.

139 Vgl. EICHENBERGER, VStG Komm., Art. 73 N 5.

140 Vgl. Art. 5 Abs. 2 VStG, Art. 8 Abs. 2 VStG, Art. 11 Abs. 2 VStG sowie Art. 13 Abs. 2 VStG.

141 Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b StG, Art. 22 lit. a StG.

142 Vgl. BGE 107 Ib 325 publiziert in Pra 71 (1982) Nr. 130 S. 320.

a) Zum Erlass der Konzernausnahme in Art. 16a Abs. 1 StG sowie Art. 14a Abs. 1 VStG?

Bei der Anwendung der alten Praxis zur steuerrechtlichen Qualifikation von konzerninternen Darlehen als Kundenguthaben oder Obligationen stützte sich die EStV auf zwei von ihr erlassene Merkblätter.[143] Diese Merkblätter sind lediglich als Verwaltungsanordnungen zu qualifizieren, welche gestützt auf die der EStV zugewiesene Kompetenz in Art. 31 StG sowie Art. 34 Abs. 1 VStG erlassen wurden. Diese Kompetenz beschränkt sich jedoch lediglich auf den Erlass von internen Dienstanweisungen, welche nicht als Rechtsquellen gelten (sog. Verwaltungsverordnungen).[144] Da solche Verordnungen nicht vom verfassungsmässigen Gesetzgeber erlassen wurden, müssen sie sich streng an die gesetzlichen Vorgaben halten.[145] Die pauschale Unterstellung von Cash Pooling Aktivitäten sowie Gruppenfinanzierungen von Konzernen unter die Verrechnungssteuer- sowie Emissionsabgabepflicht durch die alte Praxis der EStV wurde aber von der Lehre[146] nicht als logische Folge des Gesetzes angesehen. Finanzielle Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften widersprächen nämlich grundsätzlich dem Sinn und Zweck des gesetzlich festgelegten Kundenguthaben- und Obligationenbegriffes. Dies bedeutet im Einzelnen:

Eine Verrechnungssteuerpflicht für Kundenguthaben tritt nur ein, wenn die gewährten finanziellen Mittel tatsächlich als solche zu qualifizieren sind und (kumulativ) eine Konzerngesellschaft, welche die Mittel entgegennimmt, tatsächlich als Bank zu gelten hat.[147] Voraussetzung also ist, dass eine Gesellschaft zumindest Gelder „fortgesetzt gegen Zins entgegennimmt" (Art. 9 Abs. 2 VStG). Sinn und Zweck der Bestimmung war es, auch Einrichtungen als Banken zu erfassen, die ähnlich wie eine Bank im bankenrechtlichen Sinne am Markt operieren. Als wesentliches Merkmal gilt dabei die eigene Anpreisung, Gelder zu im Voraus bestimmten Bedingungen entgegenzunehmen.[148] Ein Cash Pool-Leader in einem Konzern nimmt jedoch nicht aufgrund eigener Anpreisung Geld entgegen, sondern aufgrund einer Weisung der Konzernleitung.[149] Auch können die Guthaben im Konzern nicht als Kundenguthaben im Sinne des Gesetzes qualifiziert werden. Ein Bankkunde zeichnet sich gerade dadurch aus, dass er freiwillig sein Geld zwecks Anlage in eigenem Interesse hinterlegen will. Beim Cash Pooling hingegen steht nicht die individuelle Geldanlage im Vordergrund, sondern die Optimierung der konzerninternen Liquidität als Ganzes. Aus der Verwirklichung des Konzerninteresses durch Weisung der Konzernleitung werden positive Skaleneffekte erwartet.[150] Es geht folglich mehr um eine effizienzsteigernde Bündelung der Mittel beim Pool-Leader als um die Verwirklichung der Interessen der einzelnen Gesellschaft, welche die gebündelten Gelder bei einer Bank anlegt.

---

143 Vgl. Kap. 2.2 und 2.3.

144 Vgl. BGE 128 I 167, E. 4.3.

145 Vgl. BGE 120 Ia 343, E. 2a.

146 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 255 ff; ARNOLD, VStG Komm., Art. 9 N 85.

147 Vgl. vorne Kap. 2.3.

148 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 258.

149 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 258; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.1; EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.1.

150 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 258; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.1; EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.1.

Auch können Gruppenfinanzierungen im Konzern nicht leichthin als Obligationen im Sinne der alten Praxis der EStV gelten.[151] Gemäss STORCK/SPORI unterscheidet sich die kollektive Mittelaufnahme von der individuellen gerade dadurch, dass die finanzierungswillige Gesellschaft selbst die Initiative für die Mittelbeschaffung ergreift; sie geht eine Mehrzahl von Gläubigern durch Unterbreitung einer Offerte an. Dabei sind die wesentlichen Bedingungen durch die Schuldnerin standardisiert festgelegt, da nur so eine Gleichartigkeit garantiert wird. Zudem muss es sich bei der Kapitalbeschaffung auf diesem Wege um ein kontinuierliches und gewohnheitsmässiges Vorgehen handeln.[152] Diese Art der Kapitalbeschaffung kann nur am Kapitalmarkt erfolgen. Die Konzerngesellschaften sind in ihrem Investitionswillen hingegen nicht frei, sondern handeln vielmehr aufgrund einer Konzernanweisung; Kreditverträge kommen demnach nicht aufgrund einer freien Allokation von Angebot und Nachfrage am Markt zustande. Anstelle des notwendigen Tatbestandsmerkmales des Kollektivs tritt also vielmehr die Einbindung unter einheitlicher Leitung.[153]

Durch Anwendung des rein quantitativen Kundenguthaben- und Obligationenbegriffes[154] sprengte die EStV in ihrer alten Praxis den vom Gesetz vorgegebenen, teleologisch ermittelbaren Rahmen und weitete die Begriffe widerrechtlich aus. Zu Recht hat der Bundesrat nun in Abs. 1 der neuen Verordnungsbestimmungen festgestellt, dass sich konzerninterne Finanzierungsaktivitäten grundsätzlich wesentlich von einer Kapitalbeschaffung am Markt unterscheiden. Durch Statuierung der Konzernausnahme wurde deshalb m.E. lediglich eine Praxis der EStV korrigiert, welche sowohl das Gewaltenteilungs- wie das Legalitätsprinzip verletzte. Der Bundesrat bewegte sich also durch Erlass von Abs. 1 der neuen Verordnungsbestimmungen durchaus im Rahmen einer vertretbaren teleologischen Auslegung des Gesetzes.

b) Zum Erlass der Garantieklausel in Art. 16a Abs. 3 StV sowie Art. 14a Abs. 3 VStV?

Mit Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen wurde die in Abs. 1 statuierte Konzernausnahme relativiert, indem die Erleichterung der Finanzierungstätigkeit nicht zum Tragen kommen soll, sobald ein inländischer Konzern die Ausgabe einer Obligation einer zum gleichen Konzern gehörenden ausländischen Gesellschaft garantiert. Gemäss Wortlaut der Verordnungen ist also allein die Tatsache, wo Konzerngesellschaften externe Mittel mit einer Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft aufnehmen, Bedingung dafür, ob eine allfällige Finanzierungsgesellschaft im Konzern für ihre Konzerninnenfinanzierungstätigkeit von der Konzernausnahme profitieren kann oder nicht. Es ist nun fraglich, ob der Bundesrat überhaupt die Kompetenz zum Erlass einer solchen Bestimmung hatte. Wie bereits dargelegt wurde, stand dem Bundesrat aufgrund seiner allgemeinen Kompetenz in Art. 182 Abs. 2 BV sowie Art. 54 StG und 73 VStG lediglich eine Vollziehungskompetenz zu; eine explizite Gesetzesdelegation bestand hingegen nicht. Konzerninterne Finanzierungstätigkeiten können jedoch, ungeachtet davon,

151 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen.

152 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 257.

153 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 257; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.1; EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.1.

154 Vgl. auch Kap. 2.2.3 und 2.3.

wo konzernexterne Mittel aufgenommen wurden, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes weder als Kundenguthaben noch als Obligationen qualifiziert werden.[155] Auch erfüllt die Pool-Leaderin nicht die Anforderungen einer bankähnlichen Institution im verrechnungssteuerrechtlichen Sinne. Entscheidend für die Qualifikation der Begriffe ist nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes in erster Linie die Art der Finanzierungstätigkeit. Weder das Stempelsteuer- noch das Verrechnungssteuergesetz enthalten Hinweise darauf, dass die Mittelherkunft für die Qualifikation des Steuerobjektes von Bedeutung sein darf. Das gesetzliche Erfordernis der Inländereigenschaft in Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d sowie in Art. 5a Abs. 1 StG[156] ist nach dem Wortlaut des Gesetzes lediglich ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal zur Umschreibung des Steuerobjektes, welches die Frage ob überhaupt ein Kundenguthaben oder eine Obligation vorliegt, weder zu beantworten noch zu beeinflussen vermag.

Durch den Erlass von Abs. 3 der Verordnungsbestimmungen erhob der Bundesrat damit gerade die Mittelherkunft für die Qualifikation der konzerninternen Finanzierungstätigkeit zum wesentlichen Tatbestandsmerkmal. Damit weitete der Bundesrat das gesetzlich umschriebene Steuerobjekt über deren Sinn und Zweck aus resp. stellte ein weiteres Kriterium geradezu an Stelle des gesetzlich umschriebenen Steuerobjektes und begründet damit neue Pflichten für Private.[157] Aufgrund der fehlenden expliziten Gesetzesdelegation[158] verletzte der Bundesrat folglich das Gewaltenteilungs- sowie das Legalitätsprinzip; dies aber nur dann, wenn auch keine implizite Gesetzesdelegation anzunehmen ist.

3.4.3 Hatte der Bundesrat eine ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz?

Da der Bundesrat keine explizite gesetzliche Ermächtigung zum Erlass des Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen besass, stellt sich die Frage, ob ihm eine implizite Ermächtigung aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbotes im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zustand. Demnach müsste Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen der Verhinderung einer Steuerumgehung dienen.

Durch den Erlass von Abs. 3 der Verordnungen hat nun eine bestimmte konzernexterne Finanzierungsaktivität (nämlich die Ausgabe von Obligationen durch eine ausländische Konzerngesellschaft mit Garantie einer inländischen) Auswirkungen auf die Besteuerung von konzerninternen Finanzierungsaktivitäten. Dabei wird grundsätzlich ausser Acht gelassen, dass es sich steuerrechtlich um zwei voneinander getrennte Vorgänge handelt.[159] So ist, wie vorstehend dargelegt wurde, die Mittelherkunft sowohl gemäss Stempelsteuergesetz als auch gemäss Verrechnungssteuergesetz für die Frage einer Besteuerung grundsätzlich unerheblich. Es fragt sich deshalb, ob eine derart weite Klausel in Abs. 3 überhaupt der Verhinderung der Steuerumgehung dient oder ob sie nicht zu weit geht. Auch bei einer impliziten Ge-

---

155 Vgl. oben, Kap. 3.4.2.a).

156 Anm.: Obligationen müssen von einem Inländer ausgegeben worden sein bzw. Kundenguthaben bei inländischen Banken bestehen.

157 Anm.: Bedenken bezüglich genügender gesetzlicher Grundlage äussern auch BRÜGGER/PAULI, S. 708.

158 Vgl. VALLENDER/WIEDERKEHR, BV Komm., Art. 127 N 6.

159 Vgl. SWISSHOLDINGS, Stellungnahme, S. 4.

setzesdelegation zur Verhinderung des Rechtsmissbrauches haben sich die Gesetzgebungsorgane nämlich strikte an das verfassungsmässige Verhältnismässigkeitsprinzip[160] zu halten.

Im Bereich der Ausgabe von Obligationen durch ausländische Gesellschaften hat die EStV bereits eine langjährige Praxis zur Verhinderung der Steuerumgehung entwickelt. So gelten von ausländischen Konzerngesellschaften ausgegebene Obligationen als inländische, wenn eine Garantie einer inländischen Mutter vorliegt und ein direkter oder indirekter Mittelrückfluss in die Schweiz gegeben ist oder wenn eine Anleihe über ein ausländisches Special Purpose Vehicle (SPV) ausgegeben wird.[161] Diese Praxis bleibt auch nach Erlass der neuen Verordnungsbestimmungen bestehen. Sind demnach die Voraussetzungen erfüllt und werden die so aufgenommenen Mittel zur Finanzierung von inländischen Konzerngesellschaften verwendet, kommt es weiterhin zu einer Besteuerung der ausländischen Obligation nach schweizerischem Recht. Damit wird verhindert, dass auf dem Wege einer Steuerumgehung steuerfreie Mittel in den Konzern fliessen.[162] Darüber hinaus unter weniger strengen Voraussetzungen (ohne Beachtung des Mittelrückflusses in die Schweiz) eine pauschale Verwirkung der Konzernausnahme durch Umqualifizierung der *konzerninternen Kreditverhältnisse* vorzusehen, sobald Konzerngesellschaften im Ausland mittels Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft Mittel aufnehmen, geht über die Verhinderung des Rechtsmissbrauchs hinaus. Vielmehr soll so implizit sichergestellt werden, dass konzernextern aufgenommene Mittel in irgendeiner Weise einer Besteuerung zugeführt werden können. Im erläuternden Bericht der EStV zu den neuen Verordnungsbestimmungen spricht die EStV denn auch nicht von einer Verhinderung einer Steuerumgehung, sondern stellt in erster Linie Praktikabilitätsargumente in den Vordergrund, unabhängig davon, ob überhaupt eine Steuerersparnis durch die Unternehmungen bezweckt wird.[163]

Zwar stellt es aus Sicht der Schweiz eine Steuervermeidung dar, wenn sich eine Unternehmung durch Kapitalaufnahme im Ausland finanziert. Jedoch steht es einer Unternehmung grundsätzlich frei, wo auf der Welt sie wirtschaftlich tätig wird bzw. wo sie ihre finanziellen Mittel dazu beschaffen will.[164] Die Steuerplanung und die Optimierung der Konzernsteuerquote ist denn auch ein wichtiges und legitimes Ziel eines global tätigen Konzerns.[165] Da Finanzgesellschaften selbst meist über eine reduzierte Bonität

---

160 Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

Anm.: Demnach darf jegliches Verwaltungshandeln nur so weit gehen, wie es zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses geeignet und erforderlich erscheint. Der zu verwirklichende Zweck muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den auferlegten Belastungen stehen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 581).

161 Vgl. dazu Kap. 3.4.1 c).

162 Anm.: Wohlbemerkt ist auch diese Praxis ohne Zulassung eines Exkulpationsbeweises im Lichte des Legalitätsprinzips bedenklich.

163 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 4; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 4; BRÜGGER/PAULI, S. 708.

164 Vgl. BÖCKLI, Steuerumgehung, S. 304; MATTEOTTI, Durchgriff, S. 18 ff mit weiteren Hinweisen.

Anm.: So werden ausländische Finanzgesellschaften in der Schweiz grundsätzlich anerkannt, da keine „Controlled Foreign Corporation“ oder „subject-to-tax“ Regeln gelten (vgl. STORCK, in: ACA Newsletter I, S. 6).

165 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1019.

verfügen, sind sie auf eine Garantie oder ein Keepwell-Agreement einer Konzernmuttergesellschaft oder einer –holding angewiesen, um auf dem Kapitalmarkt erfolgreich agieren zu können. Ein solches Vorgehen ist betriebswirtschaftlich üblich und sinnvoll und stellt per se keine Steuerumgehung dar.[166] Die vorgesehene Regelung in Abs. 3 der Verordnungsbestimmungen geht damit klar über die Verhinderung einer Steuerumgehung hinaus und verletzt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Eine implizite Kompetenz zur Schaffung des Ersatztatbestandes in Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen bestand demnach nicht, weshalb auch das Legalitäts- und das Gewaltenteilungsprinzip verletzt wurden.

Im Übrigen stösst das Argument der EStV[167], wonach eine Mittelverwendung durch die neue Konzernausnahme wohl kaum mehr nachzuweisen sein wird, ins Leere. So stellte die Problematik der Vermischung der mit Garantie einer inländischen Muttergesellschaft im Ausland aufgenommenen Mittel bereits unter bestehender Steuerumgehungspraxis ein Problem für die Feststellung der Mittelverwendung in der Schweiz dar. Deshalb muss behelfsmässig meist eine Bilanzbetrachtung der ausländischen Emissionsgesellschaft vorgenommen werden, bei der analysiert wird, in welchem proportionalen Umfang eine Finanzierung wo stattfindet und wie die Fristigkeit von Mittelherkunft und Mittelverwendung ausgestaltet ist.[168] Kommt hinzu, dass die auf dem Kapitalmarkt beschaffenen Mittel im Vergleich zu konzernintern aufgenommenen Mitteln aufgrund der höheren Zinsen sehr teuer sind. Konzernextern aufgenommene Mittel werden deshalb regelmässig für Akquisitionen und Investitionen eingesetzt werden, damit sie amortisiert werden können. Ein Treasurer eines Konzerns wird also selbst ein Interesse daran haben, die Mittelverwendung penibel genau verfolgen zu können.[169] Im Übrigen müssen konzerninterne Geld- und Leistungsströme auch aufgrund der Verrechnungspreisproblematik genau dokumentiert werden können. Der Verzicht auf den Nachweis der Mittelverwendung in den neuen Verordnungsbestimmungen ohne Möglichkeit der Exkulpation scheint deshalb gesetzeswidrig.[170]

3.5 Beurteilung im Lichte der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots

Im Vernehmlassungsverfahren wurde gerügt, dass der Bundesrat durch Erlass der neuen Verordnungsbestimmungen die Rechtsgleichheit sowie das Willkürverbot verletzt haben könnte.[171] Dieser Frage wird nachstehend nachgegangen.

---

166 Vgl. BRÜGGER/PAULI, S. 706; STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 251; STORCK, Unternehmensfinanzierung und Steuern, S. 979.

167 Vgl. EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.2.

168 Vgl. RISI, StG Komm., Art. 4 N 22.

169 PORTMANN MARKUS, Interview vom 26. April 2011.

170 Anm.: So darf auch eine Vereinfachung des Gesetzes nur soweit gehen, wie es im Lichte der Verhältnismässigkeit geeignet, erforderlich, sowie zumutbar ist (Vgl. HEIL-FROIDEVAUX, S. 246 ff). Vgl. dazu auch hinten unter Kap. 3.5.2.

171 Vgl. SWISSHOLDINGS, Stellungnahme, S. 2.

3.5.1 Die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot

Das Rechtsgleichheitsgebot ist in Art. 8 Abs. 1 BV allgemein statuiert und beansprucht als Grundprinzip der Verfassung umfassende Geltung, so auch im Steuerrecht.[172] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gebietet der Anspruch auf Rechtsgleichheit, „Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden."[173] Ein gleicher Sachverhalt liegt jedoch nur dann vor, wenn entscheidwesentliche Tatsachen gleich sind, also Tatsachen, die im Hinblick auf die anzuwendende oder zu erlassende Norm als wesentlich erscheinen.[174] Die bundesgerichtliche Praxis hat Grundsätze der Besteuerung ausgearbeitet, welche nun in Art. 127 Abs. 2 BV verankert sind. Die Gleichmässigkeit der Besteuerung gemäss Art. 127 Abs. 2 BV spezifiziert den Art. 8 Abs. 1 BV in Bezug auf die objektiven und quantitativen Elemente des Steuerrechtsverhältnisses[175], geht im Grunde nicht über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV hinaus.[176] Der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung bedeutet, „dass jede Steuerart gleiche Tatbestände (Zustände, Wertzuflüsse, Verkehrsvorgänge) in gleicher Weise als Gegenstand der Besteuerung erfassen bzw. freistellen muss, dass sie gleiche Werte und gleichgewichtige Tatsachen in dergleichen Weise als Grundlage der Steuerberechnung heranzieht und dass gleiche Berechnungsgrundlagen eine gleichhohe Steuer auslösen."[177] Dazu gehört insbesondere auch die Problematik der Bestimmung des Gegenstandes der Besteuerung und die Beurteilung der dafür zugrundegelegten Tatbestände.[178]

Als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung dienen nur sachliche und vernünftige Gründe, welche sich im Laufe der Zeit und den geltenden Werten und Anschauungen in der Gesellschaft verändern können.[179] Eine Ungleichbehandlung kann z.B. gerechtfertigt sein, wenn sich eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf den Regelungszweck aufdrängt, weil ein Sachverhalt in wichtigen Aspekten Unterschiede aufweist.[180] Aber auch grundlegende Prinzipien, wozu auch die Zweckmässigkeit und Durchführbarkeit einer Bestimmung gehören, können als sachliche Gründe gelten.[181] Gewisse Pauschalisierungen und Schematisierungen sind nämlich oft notwendig, da eine vollständige Gerechtigkeit und

---

172 Vgl. SCHWEIZER, BV Komm., Art. 8 N 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 489 f; REICH, Steuererhebungsprinzipien, S. 107.

173 BGE 131 I 91, E. 3.4; BGE 135 V 361, E. 5.4.1 mit weiteren Hinweisen.

174 Vgl. BGE 135 V 361, E. 5.4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 495 ff.

175 Vgl. WALDBURGER/HÖHN, § 4 N 66 ff, 74.

176 Vgl. REICH, Steuererhebungsprinzipien, S. 102 f.

Anm.: Teilweise wird angenommen, die Gleichmässigkeit der Besteuerung sei vom Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit absorbiert worden (vgl. REICH, Steuerrecht, § 4 N 136 ff; MATTEOTTI, Steuergerechtigkeit, S. 22 ff).

177 WALDBURGER/HÖHN, § 4 N 74.

178 Vgl. WALDBURGER/HÖHN, § 4 N 75.

179 Vgl. BGE 123 I 1, E. 6.a.

180 Vgl. SCHWEIZER, BV Komm., Art. 8 N 24.

181 Vgl. HEIL-FROIDEVAUX, S. 87; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 27.

Gleichbehandlung im Einzelfall nicht möglich wäre, ohne dass die staatlichen Organe nicht hoffnungslos überlastet wären.[182] Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist jedoch aufgrund des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers erst einzugreifen, wenn Anordnungen, die sich nicht vernünftig begründen lassen, unhaltbar sind und damit meist geradezu willkürlich im Sinne von Art. 9 BV erscheinen.[183]

3.5.2 Wurde die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot vorliegend verletzt?

Liegt gemäss neuen Verordnungsbestimmungen eine Garantie durch eine inländische Gesellschaft vor, so wird steuerrechtlich grundsätzlich nicht das konzernexterne Finanzierungsverhältnis beschlagen, sondern es folgt eine Andersbehandlung der konzerninternen Finanzströme: Konzerninterne Darlehen werden als Kundenguthaben oder als Obligationen qualifiziert, abhängig davon, ob eine ausländische Konzerngesellschaft mit Garantie einer inländischen im Ausland Obligationen ausgibt. Eine Umqualifizierung findet hingegen nicht statt, wenn ausländische Gesellschaften des gleichen Konzerns ausländische Obligationen garantieren, oder inländische Konzerngesellschaften mittels einer Garantie einer anderen inländischen Konzerngesellschaft auf dem schweizerischen Kapitalmarkt Mittel aufnehmen. Da sich die steuerrechtlichen Auswirkungen nur im Innenverhältnis manifestieren, stellt sich die Frage, ob bei all diesen Sachverhaltsvarianten im Innenverhältnis eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen ist. Dazu ist zu untersuchen, ob bei den drei folgenden Sachverhaltsvarianten überhaupt etwas „Gleiches" in den für die Entscheidung relevanten Tatsachen vorliegt:

(1) Konzern mit vorwiegend schweizerischen Konzerngesellschaften, die inländisch beherrscht sind, mit einer inländischen Finanzgesellschaft.

(2) Ausländisch beherrschter Konzern mit einer inländischen Finanzgesellschaft.

(3) Inländisch beherrschter Konzern mit inländischer Finanzgesellschaft und ausländischen Konzerngesellschaft.

Alle Konzerne betreiben Gruppenfinanzierungen und Cash Pooling zu identischen Bedingungen über die schweizerische Finanzgesellschaft. Sämtliche internen Darlehen qualifizieren sich nach neuer steuerrechtlicher Verordnungsgebung nicht als Kundenguthaben oder Obligationen. Werden nun durch die Konzerngesellschaften Obligationen auf dem Kapitalmarkt mittels Garantie anderer Konzerngesellschaften ausgegeben, präsentiert sich die Lage wie folgt:

(1) Die Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft wird zur Ausgabe von Obligationen einer ebenfalls inländischen Konzerngesellschaft gewährt. Die Ausgabe von Obligationen führt zur Erhebung der Emissionsabgabe sowie der Verrechnungssteuer auf den Obligationenzinsen. Das konzerninterne Verhältnis wird jedoch steuerrechtlich nicht beschlagen; die konzerninternen Darlehen bleiben steuerfrei.

---

182 Vgl. BGE 134 II 207, E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen; HEIL-FROIDEVAUX, S. 87.

183 Vgl. BGE 132 I 157, E. 4.

(2) Die Garantiegewährung erfolgt durch eine ausländische Konzerngesellschaft an eine weitere ausländische Schwester- oder Tochtergesellschaft zur Ausgabe von ausländischen Obligationen. Die Obligationen unterliegen keiner Besteuerung in der Schweiz; auch das konzerninterne Verhältnis bleibt steuerrechtlich unberührt.

(3) Es liegt eine Garantie einer schweizerischen Konzerngesellschaft für die Ausgabe von Obligationen durch eine ausländische Konzerngesellschaft vor. Im konzernexternen Verhältnis werden die Obligationen nur besteuert, wenn ein Mittelrückfluss in die Schweiz vorliegt. Konzernintern jedoch führt diese Konstellation unabhängig von einem Mittelrückfluss zu einer Umqualifizierung der konzerninternen Darlehen.

Obwohl bei sämtlichen Sachverhaltsvarianten die Mittel, die für die internen Finanzierungstätigkeiten verwendet werden, direkt auf dieselbe Art und Weise auf dem Kapitalmarkt beschafft werden, obwohl sich die Bedingungen im konzerninternen Verhältnis nicht unterscheiden und obwohl sämtliche Finanzgesellschaften in der Schweiz ansässig sind, sind die steuerrechtlichen Folgen im konzerninternen Verhältnis nicht dieselben. Es liegt somit eine Ungleichbehandlung von eigentlich Gleichem vor. Wie bereits an anderer Stelle nachgewiesen wurde[184], sind Finanzgesellschaften auf die Garantie einer Konzerngesellschaft angewiesen, um erfolgreich am Kapitalmarkt zu operieren. Damit sind inländisch beherrschte Konzerne gegenüber ausländisch beherrschten faktisch benachteiligt, weil sie aufgrund der nachteiligen steuerrechtlichen Folgen bei einer kollektiven Mittelaufnahme im Ausland von derartigen Investitionen abgehalten werden. Diese Ungleichbehandlung räumt denn auch die EStV selbst ein.[185]

Als Begründung für die unterschiedliche Behandlung führt die EStV zum einen eine Attraktivitätssteigerung der steuerrechtlichen Rahmenbedingungen für Finanzierungstätigkeiten in der Schweiz an. Gleichzeitig will sie aber verhindern, dass Mittelbeschaffungen im Ausland zu attraktiv bleiben.[186] Implizit sollen also inländische Konzerngesellschaften bestraft werden, die sich Kapital im Ausland mittels Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft beschaffen. Eine solche Inländerdiskriminierung muss jedoch gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sachlich begründet sein. Ein indirekter Zwang, Mittel in der Schweiz aufzunehmen, kommt einer Handlungssteuerung von Unternehmen gleich, was einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellt und nicht als sachlicher Grund bezeichnet werden kann. Streben doch insbesondere die europäischen Länder nach einer Investitionsfreiheit und gelten Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs als verpönt.[187]

---

184 Vgl. Kap. 3.4.3.

185 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.2; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 5.

Anm.: Art. 24 Abs. 5 OECD-MA, welcher in beinahe sämtliche Doppelbesteuerungsabkommen der Schweiz aufgenommen wurde, bringt aber zum Ausdruck, dass Ungleichbehandlungen von Unternehmungen aufgrund ihrer inländischen oder ausländischen Beherrschung im internationalen Verhältnis grundsätzlich verpönt sind (vgl. OESTERHELT, S. 284).

186 Vgl. EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.2.

187 Vgl. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV; OESTERHELT, S. 293.

Zum anderen führt die EStV Praktikabilitätsgründe an, wonach es ohne die vorgesehene Regelung zu einer Vermischung der Mittel im Konzern komme. So sei es nicht mehr möglich nachzuvollziehen, ob die mit Garantie einer inländischen Gesellschaft im Ausland aufgenommenen Mittel in die Schweiz zurückfliessen oder im Ausland verwendet würden. Um der Praxis der EStV bezüglich ausländischer Obligationen Nachachtung zu verschaffen, sei deshalb eine pauschale Unterstellung der konzerninternen Finanzierungstätigkeit unter die Steuerpflicht gerechtfertigt.[188] Es fragt sich deshalb, ob das Praktikabilitätsargument allenfalls eine derartig unterschiedliche Behandlung von Konzernen aus mit inländischen Garantien beschaffenen Mitteln im Ausland rechtfertigt.[189] Eine Vereinfachung im Sinne der Praktikabilität erscheint jedoch rechtsstaatlich bedenklich.[190] Insbesondere soll mittels Vereinfachung lediglich die Durchsetzbarkeit einer Norm gesichert werden.[191] Wie bereits oben dargelegt, ist jedoch die Konzernausnahme auch ohne Garantieklausel durchaus durchsetzbar.[192] Wurden doch konzerninterne Darlehensverhältnisse in Abs. 1 der neuen Verordnungsbestimmungen gerade von einer Besteuerung ausgenommen. Diese über das Argument der Praktikabilität wieder einer Besteuerung zuzuführen, entbehrt jedes sachlichen Grundes und erscheint m.E. gar sinn- und zwecklos. Durch Erlass von Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen verletzte der Bundesrat damit auch die Rechtsgleichheit sowie das Willkürverbot.

3.6 Ergänzende handelsrechtliche Bemerkungen

3.6.1 Im Allgemeinen

Es stellt sich die Frage, inwiefern die neuen Verordnungsbestimmungen einen Einfluss auf handelsrechtliche Rechtsverhältnisse haben können. Zu den bereits im vorhergehenden Kapital gemachten Ausführungen bleibt anzumerken: Aufgrund der oben dargelegten ungünstigen steuerlichen Rahmenbedingungen unter alter Praxis der EStV blieb es auch aus handelsrechtlicher Sicht uninteressant, konzerninterne Finanzierungsaktivitäten in die Schweiz zu verlegen. Faktisch ändern die neuen Verordnungsbestimmungen aufgrund der fragwürdigen Garantiebestimmung in Abs. 3 nichts an der mangelnden Attraktivität des schweizerischen Kapitalmarktes für Konzernfinanzierungstätigkeiten. So ist PORTMANN überzeugt, dass aufgrund der Garantiebestimmung der praktische Einfluss der Verordnungsänderungen gering bleiben wird. Sind es doch vor allem Grosskonzerne, die überhaupt über eine Finanzgesellschaft verfügen, die konzerninterne Finanzierungsaktivitäten vornehmen und stellt doch bei inländischer Muttergesellschaft die Garantie für ausländische Anleihen viel mehr die Regel als nur die Ausnahme dar.[193]

---

188 Vgl. EStV, Erläuternder Bericht StV/VStV, Ziff. 3.2.2; EStV, Erläuterungen zu den Verordnungsbestimmungen, Ziff. 3.2.2.

189 Anm.: HEIL-FROIDEVAUX (S. 204) weist darauf hin, dass unter Umständen das Erfordernis der Praktikabilität zu einer behutsamen Erweiterung des Spielraums der Behörden führen kann.

190 Vgl. WEBER-DÜRLER, S. 199 ff.

191 Vgl. LOCHER, Rechtsfindung, S. 65; WEBER-DÜRLER, S. 193 ff.

192 Vgl. Kap. 3.4.3.

193 Vgl. PORTMANN MARKUS, Interview vom 26. April 2011.

3.6.2 Der neue Konzernbegriff im Besonderen

Aus handelsrechtlicher Sicht diskutabel erscheint Abs. 2 der neuen Verordnungsbestimmungen: Von der Konzernausnahme können nur Konzerne profitieren, die in vollem Umfang konsolidiert sind. Damit lehnen sich die neuen Verordnungsbestimmungen nicht exakt an den in Art. 663e Abs. 1 OR sowie Art. 61 Abs. 3 DBG statuierten Konzernbegriff an, sondern grenzen den Kreis der Konzerne, die von der Konzernausnahme profitieren können, enger ein. Zwar sind Konzerne nach den anerkannten Standards grundsätzlich zur Vollkonsolidierung immer dann verpflichtet, wenn eine Beherrschung vorliegt.[194] Eine solche wird angenommen, wenn eine Muttergesellschaft über mehr als 50 % der Stimmen verfügt oder eine vertragliche Vereinbarung[195] eine Beherrschung ermöglicht bzw. eine einheitliche Leitung[196] besteht.[197] Dennoch können sich die einzelnen Rechnungslegungsstandards bezüglich Konsolidierungspflichten unterscheiden. So sieht IAS 27.9 ein Konsolidierungswahlrecht (bzw. ein Konsolidierungsgebot) auch bei fehlender Beherrschungsmöglichkeit einer Muttergesellschaft über ihre Tochtergesellschaft vor, wohingegen nach US GAAP ein Einbeziehungsverbot solcher Gesellschaften besteht.[198]

Nicht kotierte Unternehmungen können zudem in der Schweiz von einer Rechnungslegung nach den privaten Rechnungslegungstandards absehen, was lediglich zu einer Anwendung der Minimalvorschriften des Obligationenrechts führt.[199] Dies führt dazu, dass gemäss Art. 663e Abs. 2 OR kleine und mittlere Gesellschaften mit ihren Untergesellschaften, welche aufsummiert[200] gewisse massgebliche Grössen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschreiten, von der Konsolidierungspflicht ausgenommen sind.[201] Weisungsgebundenheit von Konzerngesellschaften und damit das Nichtvorliegen von konzerninternen Obligationen und Kundenguthaben im konzerninternen Verhältnis gehen demnach nicht zwingend mit einer Vollkonsolidierung nach anerkannten Rechnungslegungsstandards einher.

Im Vernehmlassungsverfahren wurde zudem die mangelnde Berücksichtigung der Equity-Methode kritisiert.[202] Besteht ein Anteil der Stimmrechte an einer Tochtergesellschaft unter 50 %, aber über zwanzig Prozent, wird meist ein massgeblicher Einfluss der Muttergesellschaft vermutet. Da solche Gesellschaften grundsätzlich nicht in den Konzernabschluss miteinbezogen werden, besteht das Be-

---

194 Vgl. SWISS GAAP FER 30, Ziff. 45 f; Übersicht zum Konsolidierungskreis nach IFRS und US-GAAP in SCHILDBACH, Konzernabschluss, S. 112 sowie in KÜTING/WEBER, 131 ff.

195 Anm.: Zum Beispiel. durch Aktionärbindungsverträge oder Stimmenmehrheit in den Leitungsorganen (vgl. MEYER CONRAD, S. 32, 117; SUTER, S. 372).

196 Anm.: Einheitliche Leitung durch Möglichkeit der Beherrschung (vgl. KÜTING/WEBER, S. 133).

197 Vgl. KÜTING/WEBER, S. 133.

198 Vgl. KÜTING/WEBER, S. 134 ff.

199 Vgl. MEYER CONRAD, S. 41.

200 Vgl. BSK OR II-NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663e N 12.

201 Anm.: Jeweils zwei der drei Kriterien dürfen in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht überschritten werden: Bilanzsumme von CHF 10 Mio., Umsatzerlös von CHF 20 Mio., 200 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (vgl. Art. 663e Abs. 2 OR).

202 Vgl. SBVG, Stellungnahme, S. 2; TREUHANDKAMMER, Stellungnahme, S. 3; FDP.DIE LIBERALEN, Stellungnahme, S. 2.

dürfnis, dennoch einen zuverlässigen und umfassenden Einblick in die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu erhalten (sog. Equity Accounting).[203] Gerade bei Publikumsgesellschaften ist jedoch aufgrund eines beobachtbaren „Wucherns von Dispoaktien"[204] ein massgeblicher Einfluss bereits ab zwanzig oder gar weniger Prozent der Stimmrechte möglich.[205] Ein Einbezug von Gesellschaften in konzerninterne Finanzierungsaktivtäten durch Weisung einer Aktionärin kann deshalb auch bereits bei niedriger Stimmbeteiligung möglich sein bzw. diktiert werden. Solche Tochtergesellschaften können diesfalls nicht als eigentliche Dritte mit eigenem Investitionswillen angesehen werden. Im Lichte der tatsächlichen Verhältnisse und der Einheitlichkeit der Begrifflichkeit wäre deshalb der Einbezug auch von Equity konsolidierten Gesellschaften in die Konzernausnahme zu begrüssen gewesen. Eine konsequente Umsetzung des Obligationenbegriffes durch den Bundesrat hätte wohl eine solche Ausdehnung gefordert. Allerdings zeigt die Umstellung auf das „Control"-Prinzip[206] in der grossen Aktienrechtsrevision 2007, dass eine tatsächliche Einflussnahme in der Praxis wohl eher schwierig nachzuweisen ist.[207]

---

203 Vgl. MEYER CONRAD, S. 143; BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 48 f.

Anm.: In der Bilanz wird dabei zum einen das anteilige Eigenkapital sowie in der Erfolgsrechnung der anteilige Erfolg der Untergesellschaft ausgewiesen (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/NOBEL, § 51 N 246).

204 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 166 ff.

Anm.: Dispoaktien sind im Aktienbuch nicht eingetragene Namenaktien. Ohne Eintragung im Aktienbuch verfügen die Aktionäre weder über Mitgliedschafts- noch über Vermögensrecht. Letzeres wird in der Praxis jedoch nicht umgesetzt, weshalb auch Dispoaktionäre Dividenden erhalten, was die Problematik der fehlenden Eintragung verschärft (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 166 ff, VON DER CRONE/ISLER, S. 76).

205 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 6 N 166 ff.

206 Vgl. vorne Kap. 2.5.1.

207 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 9 N 24.

4 Vorgeschlagene steuerliche Massnahmen im Zuge der Regulierung von systemrelevanten Banken

4.1 Übersicht

Nachdem die Finanzkrise im Herbst 2008[208] auch die Schweiz erreichte und dadurch auch zwei Schweizer Grossbanken in Schieflage gerieten, schickte der Bundesrat am 22. Dezember 2010 einen Entwurf zur Änderung des Bankengesetzes in die Vernehmlassung. Bereits am 20. April 2011 präsentierte der Bundesrat einen Botschaftsentwurf zur Gesetzesvorlage.[209] Darin werden die Stärkung der Eigenmittelbasis, strengere Liquiditätsanforderungen, bessere Risikodiversifikationen - um die Verflechtungen innerhalb des Bankensektors zu verringern - sowie organisatorische Massnahmen vorgeschlagen.[210] Zur Umsetzung der Eigenmittelvorschriften sind die Einführung von zwei neuen Instrumenten vorgesehen: Das Vorratskapital und das Wandlungskapital. Letzteres wird in Form von Contingent Convertible Bonds (CoCo's) begeben.[211] Zur Stärkung des schweizerischen Kapitalmarktes sowie zur Förderung der Ausgabe von Anleihensobligationen (insbesondere aber von CoCo's) wurde die Abschaffung der Emissionsabgabe auf der Beschaffung von Fremdkapital der Unternehmenssteuerreform III vorgezogen.[212] Im Bereich der Verrechnungssteuer sah ein erster Gesetzesvorschlag des Bundesrates ein Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip bei der Erhebung der Verrechnungssteuer auf Erträgen von Obligationen und Geldmarktpapieren (nicht hingegen auf Erträgen von Beteiligungsrechten) vor.[213] Aufgrund der Kritik[214] im Vernehmlassungsverfahren an der partiellen Einführung des Zahlstellenprinzips wurde das Vorhaben jedoch aus der „Too big to fail"-Gesetzesvorlage herausgelöst und in einer separaten Vorlage mit dem Arbeitstitel: „Botschaft zur Belebung des Schweizer Kapitalmarktes" behandelt. Die Verabschiedung der Botschaft durch den Bundesrat soll spätestens bis September 2011 erfolgen.[215] Dies interessiert jedoch in der vorliegenden Arbeit nicht weiter.

4.2 Vorlage im Detail

4.2.1 Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital

Im Rahmen der Massnahmen zur Stärkung des Standortes Schweiz bzw. der Unternehmenssteuerreform III beschloss der Bundesrat die Abschaffung der Emissionsabgabe auf dem Eigenkapital sowie auf dem Fremdkapital als die „zentralen Elemente"[216] der Reform. So hemme die Emissionsabgabe auf dem

---

208 Vgl. SCHILTKNECHT, „Too big to fail", S. 436.

209 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF .

210 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 2.

211 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 3.

212 Vgl. EFD, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zu Gesetzesvorschlägen „Too big to fail".

213 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 3.

214 Vgl. EFD, Bericht Vernehmlassungsergebnisse TBTF, Ziff. 5.7.2.

215 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 4.

216 Vgl. EFD, Stärkung des Steuerstandortes Schweiz, Faktenblätter, Steuern.

Eigenkapital die Investitionen, jene auf dem Fremdkapital die Finanzierungstätigkeit von internationalen Konzernen.[217] Damit folgte der Bundesrat der vom Nationalrat am 12. März 2007[218] und vom Ständerrat am 28. Mai 2008[219] angenommene Motion BÜHRER[220] zur Beseitigung der Emissionsabgabe auf Eigenkapital. Die Abschaffung der Emissionsabgabe wurde von Seiten der Praxis[221] denn auch seit geraumer Zeit gefordert, da sie einen erheblichen Standortnachteil für die Schweiz bedeute und Unternehmungen deshalb ihre Mittelaufnahme und -verwendung kompliziert und betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll über das Ausland strukturieren würden.[222]

Im Rahmen der Regulierung von systemrelevanten Banken wurde nun ein zentrales Element verwirklicht; die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital. Diese Massnahme gilt generell für den gesamten inländischen Bondmarkt. Hingegen in genereller Weise nicht berührt ist die Emissionsabgabe auf dem Eigenkapital.[223] Dazu werden im Stempelsteuergesetz verschiedene Artikel zur Emissionsabgabe auf der Beschaffung von Fremdkapital gestrichen:

- Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und 5 StG zum Gegenstand des Gesetzes;
- Art. 5a StG zum Gegenstand der Abgabe;
- Art. 7 Abs. 1 lit. f StG zur Entstehung der Abgabeforderung zum Zeitpunkt der Ausgabe von Obligationen und Geldmarktpapieren;
- Art. 9a StG zu den Abgabesätzen und der Bemessungsgrundlage;
- Art. 10 Abs. 3 und 4 StG zu den abgabepflichtigen Personen.

4.2.2 Einführung von Contingent Convertible Bonds

a) Verbesserte Eigenmittelausstattung von systemrelevanten Banken

Da die realwirtschaftlichen Kosten[224] eines Ausfalls von systemrelevanten Banken hoch sind, sieht der Bundesrat im Rahmen der Gesetzesrevision im Zusammenhang mit der „Too big to fail"-Regulierung die Notwendigkeit, die Eigenmittelbasis von systemrelevanten Banken[225], zu verbessern.[226] Dazu hat er

---

217 Vgl. EFD, Stärkung des Steuerstandortes Schweiz, Faktenblätter, Steuern.

218 Vgl. AMTLICHES BULLETIN, Wortprotokoll der Sitzung des Nationalrates vom 12. März 2007.

219 Vgl. AMTLICHES BULLETIN, Wortprotokoll der Sitzung des Ständerates vom 28. Mai 2008.

220 Vgl. Motion BÜHRER, Nr. 04.3736 vom 16.12.2004.

221 Vgl. BRÖNIMANN, FuW; MÜLLER/PORTMANN/SCHREIBER, S. 820; GEHRIGER, Quo Vadis?, S. 244.

222 Vgl. JAUSSI, FuW.

223 Vgl. Bundesrat, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 17.

224 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 148.

225 Anm.: Die Legaldefinition findet sich in Art. 7 Abs. 1 E-BankG: „Systemrelevante Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde."

226 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 33.

in Anlehnung an einen Bericht der Expertenkommission[227] drei Eigenmittel-Komponenten vorgesehen.[228] Die gesetzliche Grundlage dazu findet sich in Art. 9 Abs. 2 lit. a E-BankG, welche in der Eigenmittelverordnung (ERV) ausgeführt und konkretisiert wird. Zum einen werden Basisanforderungen vorgesehen, welche mindestens zu erfüllen sind und dem minimalen Standard für alle Banken gemäss „Basel III“ [229] entsprechen. Diese haben sich auf 4.5 % hartes Kernkapital[230] im Verhältnis zu den risikogewichteten Aktiven[231] zu belaufen, betragen aber mindestens CHF 18 Mrd. Weiter wird ein Eigenmittelpuffer in der Höhe von 8.5 % vorgesehen, wobei dieser wiederum in der Höhe von 5.5 % der risikogewichteten Aktiven in hartem Kernkapital (mindestens CHF 2 Mrd.) bestehen muss. Fakultativ können maximal 3 % des Eigenkapitals in Form von CoCo's (max. CHF 12 Mrd.) gehalten werden, die bei einem Stand des harten Kernkapitals von 7 % (sog. Trigger) der risikogewichteten Aktiven ausgelöst werden. In schlechten Zeiten soll der Eigenmittelpuffer zur Abfederung von Verlusten dienen, ohne dass die Basisanforderungen unterschritten werden und damit die Bewilligungsvoraussetzungen entfallen. Als letztes dient eine progressive Komponente der Absicherung einer zunehmenden Systemrelevanz.[232] Diese soll insbesondere der Finanzierung der Notfallplanung dienen, welche umgehend nach Erreichung des Triggers ausgelöst wird.[233] Bemessen wird die progressive Komponente bei systemrelevanten Banken aufgrund der Bilanzsumme und der Marktanteile im inländischen Kredit- und Einlagemarkt[234], beträgt in jedem Fall aber mindestens 1 % der risikogewichteten Aktiven. Die progressive Komponente besteht vollständig aus CoCo's, welche bei einem Stand des harten Kernkapitals von 5 % der risikogewichteten Aktiven ausgelöst werden.[235] Durch die Wandlung entsteht qualitativ hochstehen-

---

227 Vgl. EXPERTENKOMMISSION zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, Schlussbericht.

228 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, Ziff. 34 f.

229 Anm.: „«Basel III» ist ein umfassendes Reformpaket des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, mit dem die Regulierung, die Aufsicht und das Risikomanagement im Bankensektor gestärkt werden sollen“ (vgl. BANK FOR INTERNATIONAL SETTELMENTS, www.bis.org).

230 Anm.: Dieses entspricht dem Eigenkapital der höchsten Qualitätsstufe (vgl. CARUANA, S. 2).

231 Anm.: Die risikogewichteten Aktiven lehnen an die Mindeststandards in Basel III an (vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 28). Hinzu kommt jedoch auch ein nicht risikogewichteter Ansatz, der als Sicherheitsnetz dienen soll. Ein solcher Leverage Ratio soll ein minimales Verhältnis der Eigenmittel zur Bilanzsumme vorschreiben, falls das Risiko gewisser Aktiven falsch eingeschätzt wird (vgl. EXPRETENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 34; ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 34; VON BÜHREN IVO, „Too big to fail“, S. 540).

232 Anm.: Der Grad der Systemrelevanz wird zum einen aufgrund der Bilanzsumme sowie der Marktanteile am inländischen Kredit- und Einlagenmarkt gemessen (vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 28).

233 Vgl. EXPRETENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 29.

234 Vgl. EXPERTENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 28.

Anm.: Bei der CS und der UBS würde sich die so errechnete progressive Komponente per Ende 2009 auf jeweils 6 % (CHF 24 Mrd.) belaufen (vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 8, 29; ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 35 ff).

235 Vgl. zum Ganzen BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 27 ff.

des Eigenkapital, welches die Übertragung von systemrelevanten Funktionen auf selbständige Rechtsträger erleichtert.[236]

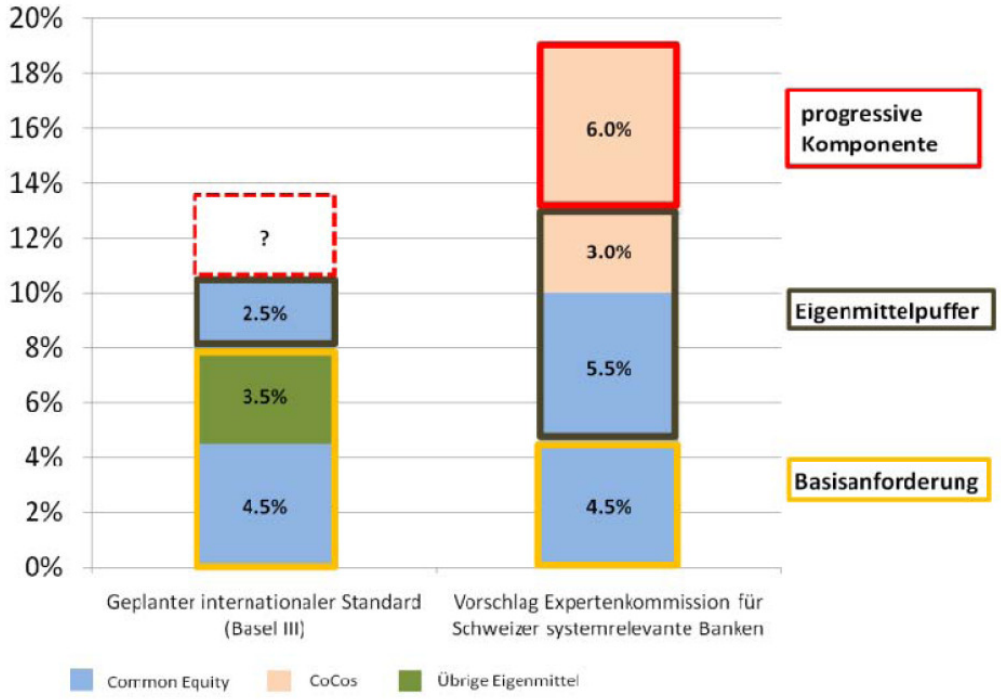

Abb. 1: Eigenmittelkomponenten nach Basel III und dem Vorschlag der Expertenkommission für systemrelevante Banken[237]

Umgesetzt werden die strengeren Eigenmittelvorschriften durch zwei neue Instrumente, das Vorrats- (Art. 12 E-BankG) und das Wandlungskapital (Art. 13 E-BankG). Das so geschaffene Kapital darf ausschliesslich zur Stärkung der bankengesetzlichen Eigenmittelbasis verwendet werden.[238] Durch das Vorratskapital wird der Verwaltungsrat ermächtigt, aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung und einer Bestimmung in den Statuten, bis zur Grenze des genehmigten Vorratskapitals selbständig Aktien und Partizipationsscheine auszugeben.[239] Die durch den Verwaltungsrat so durchgeführte Kapitalerhöhung soll einer sich abzeichnenden oder bereits eingetretenen Kapitalverminderung entgegenwirken.[240] Das Wandlungskapital zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass es zu Beginn als Fremdkapitalinstrument in die Kapitalstruktur einer Bank einfliesst. Durch den im Voraus festgelegten Trigger im Falle einer Schieflage kommt es zu einer automatischen Wandlung des Fremdmittelinstrumentes in Aktien oder Partizipationsscheine, ohne dass dafür eine Kapitalerhöhung und eine Mittelbeschaffung auf dem Kapitalmarkt notwendig wären. Damit wird eine Rekapitalisierung der Bank sichergestellt, ohne dass ein

236 Vgl. EXPERTENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 29.
237 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 12.
238 Vgl. SCHILTKNECHT, „Too big to fail“, S. 442.
239 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149.
240 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 53.

Eingreifen des Staates oder Dritter notwendig würde.[241] Die neuen Kapitalerhöhungsinstrumente stehen sämtlichen Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft zur Krisenbewältigung zur Verfügung.[242] Hinzu kommt die Möglichkeit für alle Banken unabhängig ihrer Rechtsform, eine Anleihe mit bedingtem Forderungsverzicht im Krisenfall vorzusehen (Art. 11 Abs. 2 E-BankG). Der Zweck ist vergleichbar mit jenem des Wandlungskapitals, nur dass keine Aktien resp. Partizipationsscheine ausgegeben werden.[243]

b) Begriff und Wirkung von Contingent Convertible Bonds

Die Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen definiert Contingent Convertible Bonds wie folgt.

> *„Contingent Convertible Bonds bezeichnet Fremdkapital, das unter bestimmten Bedingungen (contingent) in Eigenkapital wandelbar (convertible) ist. Das Contingent Convertible Capital soll im Krisenfall die Kapitalsituation einer Bank verbessern, indem in wirtschaftlich guten Zeiten durch Vorsorge der Zugriff auf zusätzliche und für Verluste haftendes Eigenkapital vorbereitet bzw. die Konditionen für eine Umwandlung von Fremdkapital vereinbart werden. Bei Erreichen zuvor festgelegter Bedingungen (Trigger) erfolgt eine obligatorische Umwandlung. Contingent Convertible Capital wird typischerweise in Form sog. CoCo Bonds – kurz CoCos – ausgegeben.“*[244]

Der Bundesrat dehnt die Definition der Expertenkommission jedoch aus und stellt auch die Anleihen mit Forderungsverzicht („Write Offs“) gemäss Art. 11 Abs. 2 E-BankG dem Begriff der CoCo Bonds gleich.[245]

Die Wandlung von bedingten Pflichtwandelanleihen führt zu einer Erhöhung des Eigenkapitals. Das in Art. 13 E-BankG statuierte Wandlungskapital ermöglicht eine möglichst wettbewerbsneutrale Erhöhung des Eigenkapitals und eine Aufnahme von potentiell eigenkapitalersetzendem Fremdkapital.[246] Im Gegensatz zum bedingten Kapital, dessen Erhöhung nur nach und nach durch Willenserklärung der Inverstoren ausgelöst wird, erfolgt die Schaffung von Wandlungskapital durch einen nicht im Wirkungsbe-

---

241 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149.

242 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 50 f.

243 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 50 ff.

Anm.: Die zurzeit in der Schweiz systemrelevanten Banken UBS und Credit Suisse hätten gemäss den neuen Bestimmungen eine Gesamtmittelanforderung von 19 % (CHF 76 Mrd.) der risikogewichteten Aktiven aufzuweisen, wobei sich das harte Kernkapital auf mindestens 10 % (CHF 40 Mrd.) zu belaufen hat und maximal 9 % (CHF 36 Mrd.) insgesamt in Form von CoCo's gehalten werden dürfen (vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 29).

244 Vgl. EXPERTENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 138.

245 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 78.

246 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 55.

reich der Gläubiger[247] liegenden Auslöser. Die Schaffung von Wandlungskapital erfolgt also gleichsam „uno acto" durch Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates (Art. 13 Abs. 7 E-BankG).[248] Die Folge ist, dass das Optionselement für die Investoren nicht mehr besteht und damit - entgegen der Situation beim bedingten Kapital - keinen eigenen Vermögenswert darstellt.[249]

Durch die Wandlung verringert sich das Fremdkapital und damit die Verschuldung der Bank, da die Forderungen im Sanierungsfall wegfallen. Aufgrund der dadurch geminderten Tilgungs- und Zinszahlungspflichten verbessert sich die Liquiditätslage der Bank.[250] Die Investoren tragen so jene Kosten, die ansonsten Dritte, wie bspw. der Staat, zu tragen hätten.[251]

c) Steuerrechtliche Begleitmassnahmen

Der schweizerische Kapitalmarkt hat aufgrund der heute geltenden steuerrechtlichen Belastungen gegenüber ausländischen Märkten einen erheblichen Wettbewerbsnachteil. Eine Ausgabe von CoCo Bonds im Ausland könnte aber zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen, da die Gültigkeit der Wandlung angefochten werden könnte. Auch im Lichte der Finanzstabilität ist es wünschenswert, dass die Emission von CoCo Bonds auch in der Schweiz erfolgt. Um dies möglichst attraktiv zu gestalten, beschloss der Bundesrat im Rahmen der „Too big to fail"-Massnahmen die steuerlichen Hürden abzubauen.[252] Entgegen dem ersten Gesetzesentwurf des Bundesrates sieht nun die aufgrund der Vernehmlassung angepassten Gesetzesvorlage eine Befreiung des Wandlungskapitals von der Emissionsabgabe für sämtliche Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft vor, nicht nur für systemrelevante.[253] Der neue Wortlaut des Gesetzes lautet:

> ***Art. 6 Abs. 1 lit. l E-StG: Von der Abgabe sind ausgenommen***
>
> l. die Beteiligungsrechte von Banken, die unter Verwendung des Wandlungskapitals gemäss Artikel 13 Absatz 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 begründet oder erhöht werden.
>
> ***Art. 11 lit. b E-StG: Die Abgabe wird fällig***
>
> b. auf Beteiligungsrechten: 30 Tage nach Ablauf des Vierteljahres in dem die Abgabeforderung entstanden ist (Art. 7).

---

247 Anm.: Auch wenn der Verwaltungsrat gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. b E-BankG das auslösende Ereignis festlegen kann, so hat er dies dennoch von einem objektiv feststellbaren Ereignis abhängig zu machen (vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 56 f).

248 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 57 f.

249 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 55.

250 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 55.

251 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 55.

252 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 14.

253 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 59.

4.2.3 Alternative, verworfene steuerliche Massnahmen

Zur Erleichterung der Emission von CoCo Bonds auf dem schweizerischen Markt standen verschiedene Möglichkeiten zur Diskussion. So wurde evaluiert, ob sich steuerliche Massnahmen nur im Bereich der Emission von CoCo Bonds bereits als genügend effizient erweisen würden. Möglich wäre gewesen, die CoCo Bonds von der Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren sowie auf Beteiligungsrechten auszunehmen, die aus der Wandlung stammen, anstatt die Emissionsabgabe auf Fremdkapital generell abzuschaffen. Die finanziellen Auswirkungen für Bund und Kantone wären weniger bedeutend gewesen, da nur die Emissionsabgabe auf der Ausgabe von Fremdkapitalformen entfallen wäre, die durch das neue Instrument der CoCo Bonds verdrängt worden wäre. Allerdings hätte diese beschränkte steuerliche Massnahme zur Folge gehabt, dass CoCo Bonds gegenüber anderen inländischen Anleihen attraktiver geworden wären, was die Finanzierungskosten letzterer verteuert hätte (z.B. durch höhere Zinsen aufgrund von Verdrängungseffekten).[254]

Eine weitere Möglichkeit wäre ausserdem gewesen, die Massnahmen noch allgemeiner zu definieren. Anstatt nur eine Abschaffung der Emissionsabgabe auf der Ausgabe von Obligationen und Geldmarktpapieren vorzusehen, hätte diese auch integral abgeschafft werden können. Im Gegensatz zur heute vorgeschlagenen Lösung, welche Mindereinnahmen an Steuern von rund CHF 190 Mio. nach sich zieht, würde die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten sowie Obligationen und Geldmarktpapieren zu einem Steuerausfall von insgesamt CHF 440 Mio. führen. Teilweise könnte dieser Ausfall jedoch durch Mehreinnahmen im Bereich der Gewinn- und Einkommenssteuern aufgrund einer Belebung des schweizerischen Kapitalmarktes kompensiert werden.[255]

4.3 Kritische Würdigung der Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital

4.3.1 Emissionsabgabe als Auslaufmodell

Die Europäische Union (damals noch Europäische Gemeinschaft, EG) hatte bereits im Jahre 2006 erkannt, dass die Gesellschaftssteuer[256] ein Wachstumshemmnis darstellt. Deshalb schlug die Europäische Kommission vor, die Gesellschaftssteuer schrittweise bis zum Jahr 2010 abzuschaffen und die Einführung oder Erhebung ähnlicher Steuern zu beschränken. Damit entsprach sie der seit 1985 anhaltenden Tendenz in den Mitgliedstaaten, solche Kapitalverkehrssteuern abzuschaffen.[257] Am 12. Februar 2008 verabschiedete der Rat daraufhin die Richtlinie 2008/7/EG, welche im Wesentlichen die Erhebung einer indirekten Steuer auf Kapitalzuführungen und Umstrukturierungen von Kapitalgesellschaften so-

254 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 14.

255 Vgl. BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 14 f.

256 Anm.: Unter Gesellschaftssteuer (capital duty) subsumierte die EU sämtliche Steuern, die auf der Zuführung von Kapital oder auf Umstrukturierungsmassnahmen bei Kapitalgesellschaften erhoben werden (vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Indirekte Steuern, Medienmitteilung).

257 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Indirekte Steuern, Medienmitteilung.

wie auf der Ausgabe von bestimmten Obligationen verbietet.[258] Am 28. Januar 2010 forderte die Europäische Kommission Spanien in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme - welche der zweite Schritt des Vertragsverletzungsverfahrens gemäss Art. 258 AEUV darstellt - förmlich auf, seine Kapitalverkehrssteuern abzuschaffen. Diese würden gegen die oben genannte Richtlinie verstossen.[259]

Aufgrund der Bestrebungen der umliegenden Staaten wird deutlich, dass die Emissionsabgabe sowohl auf dem Eigenkapital als auch auf der Beschaffung von Fremdkapital im internationalen Vergleich ein Auslaufmodell darstellt. Die europäischen Bestrebungen und die noch immer erhobene Emissionsabgabe in der Schweiz führten denn auch dazu, dass sich das Unternehmensanleihensgeschäft weitgehend ins Ausland, insbesondere auf den Eurobondmarkt, verlagert hat.[260] Dies bestätigt auch eine Studie der BAK BASEL[261].[262] In der Tat scheint der Finanzplatz Schweiz an Konkurrenzfähigkeit gegenüber anderen Finanzzentren einzubüssen.[263] Zudem führen Stempelabgaben zu Fehlanreizen insbesondere aufgrund höherer Finanzierungskosten, was insgesamt die Spar- und Investitionstätigkeit negativ beeinflusst. Insgesamt schätzt die BAK Basel die langfristigen Auswirkungen einer Abschaffung der Emissionsabgabe auf die Staatsfinanzen, auf das Beschäftigungsniveau als auch auf das Bruttoinlandprodukt als positiv ein.[264] Die Ergebnisse der Studie wurden aber durch die EStV relativiert, da insbesondere die kurzfristigen Steuerausfälle unter dem Regime der Schuldenbremse sofort zu Ausgabenkürzungen führen müssen. Allfällige Wachstumseffekte einer Abschaffung der Stempelsteuer würden damit vereitelt.[265]

4.3.2 Verfassungsrechtliche Ordnung und Abschaffung der Emissionsabgabe

Art. 132 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 134 BV statuiert eine ausschliessliche Bundeskompetenz[266] zur Erhebung der Stempelsteuer als Kann-Vorschrift. Danach kann der Bund auf Wertpapieren und auf anderen Urkunden des Handelsverkehrs eine Stempelsteuer erheben. Art. 132 BV räumt dem Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum ein, da die Anforderungen an die Ausgestaltung der Steuer nicht in der Bundesverfassung festgelegt ist. Die Formulierung der Bestimmung als Kann-Vorschrift ermächtigt den Gesetzgeber, die Erhebung der Emissionsabgabe jederzeit auch ohne Verfassungsänderung

---

258 Vgl. Art. 5 der Richtlinie 2008/7/EG.
Anm.: Ausnahmsweise dürfen Staaten, die am 1. Januar 2006 eine Gesellschaftssteuer erhoben haben, diese weiterhin zu einem maximalen Satz von 1 % erheben (vgl. Art. 7 f der Richtlinie 2008/7/EG).

259 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Gesellschaftssteuer, Medienmitteilung.

260 Vgl. NZZ ONLINE, Steuerhürden bei Konzernfinanzierungen.

261 Anm.: Im Auftrag der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg), des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV), der Swiss Funds Association (SFA) und der Finanzplatz-Infrastruktur SIX Swiss Exchange.

262 Vgl. BAK BASEL, S. 60.

263 Vgl. BAK BASEL, S. 7; GEHRIGER, Quo Vaids?, S. 254.

264 Vgl. BAK BASEL, S. 60 ff.

265 Vgl. EStV, Volkswirtschaftliche Auswirkungen einer Abschaffung der Stempelabgaben, S. 3 f.

266 Vgl. VALLENDER, BV Komm., Art. 134 N 4.

wieder aufzuheben.[267] Der einseitigen Abschaffung der Emissionsabgabe auf der Beschaffung von Fremdkapital seht demnach nichts entgegen.

4.3.3 Handels- und steuerrechtliche Implikationen

Die Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital erleichtert nicht nur die Finanzierungstätigkeit aus steuerrechtlicher Sicht, sondern wird künftig auch Vertragsgestaltungen aus handelsrechtlicher Sicht vereinfachen. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Komplikationen die zurzeit noch geltende Besteuerungspraxis der EStV nach sich zieht. Die vorgesehene Abschaffung der Emissionsabgabe auf der Beschaffung von Fremdkapital wirkt dieser auch verfassungsrechtlich bedenklichen, pauschalen Besteuerungspraxis der EStV entgegen und ist deshalb zu begrüssen.

a) Überwindung der Kluft zwischen dem handels- und dem steuerrechtlichen Obligationenbegriff

Die extensive Besteuerungspraxis im Bereich der kollektiven Kapitalbeschaffung, welche insbesondere auf der Abstellung des rein quantitativen Elements der der 10/20-Regel[268] gründet, gab in der Lehre[269] verschiedentlich Anlass zu Kritik. Die Anwendung der 10/20-Regel führt nämlich zu einer Kluft zwischen der handels- und der steuerrechtlichen Qualifikation des Obligationenbegriffes. So kann eine laufende Darlehensbegründung im handelsrechtlichen Sinne (Art. 312 ff OR) bei Überschreitung der quantitativen Kriterien der 10/20-Regel steuerrechtlich zum Vorliegen einer kollektiven Mittelbeschaffung führen, womit die Emissionsabgabe auf der Ausgabe der Schuldverpflichtung und die Verrechnungssteuer auf deren Zinsen geschuldet ist.[270]

Auch im Falle einer Unterbeteiligung an Forderungen kann gemäss Merkblatt der EStV eine Obligation im steuerrechtlichen Sinne nachträglich vorliegen, obwohl dies nicht den handelsrechtlichen Rechtsverhältnissen entspricht.[271] Die EStV ist jedoch in der Ausdrucksweise ungenau, weshalb im Folgenden eine Präzisierung vorgenommen werde muss:[272] Zu unterscheiden ist die Unterbeteiligung mittels Zession und jene zwecks Refinanzierung.[273] Bei einer echten Zession gemäss Art. 164 ff OR tritt der Darleiher die Darlehensforderung oder mehrere Teilforderungen an Dritte ab. Die Dritten erlangen dadurch direkt einen Anspruch gegenüber dem Borger und zwar unabhängig davon, ob dieser der Zession zugestimmt hat. Die Rechtsgültigkeit der Zession hängt auch nicht von einer Notifikation an den Schuldner

---

267 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 83 ff.

268 Vgl. Kap. 2.2.3.

269 Vgl. STORCK/SPORI, Konzernfinanzierung, S. 255 f, Fn. 26; DUSS/VON AH, VStG-Komm., Art. 4 N 31.

Anm.: Immerhin wurden Banken als Gläubiger von der reinen Zählerei ausgenommen, sodass dort ein eher qualitativer Begriff zum Zuge kommt (vgl. STORCK/SPORI, S. 257).

270 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 53.

271 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen, Ziff. 3.c); EStV, Merkblatt Konsortialdarlehen, Ziff. 4.

272 Vgl. ARNOLD, VStG Komm., Art. 4 N 305.

273 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 63.

ab.[274] Dies führt beim Borger zu einer Erhöhung der Gläubigerzahl und damit bei Überschreitung der Schwellenwerte von zehn (Anleihensobligation) bzw. zwanzig (Kassaobligation) und einem Forderungsbetrag von insgesamt CHF 500'000 zu einer Emissionsabgabepflicht. Gegenüber dem Dritten (als Zessionar) wäre diesfalls nur noch der Borger verpflichtet, bei dem allenfalls steuerrechtlich eine Form der kollektiven Mittelbeschaffung vorliegt.[275]

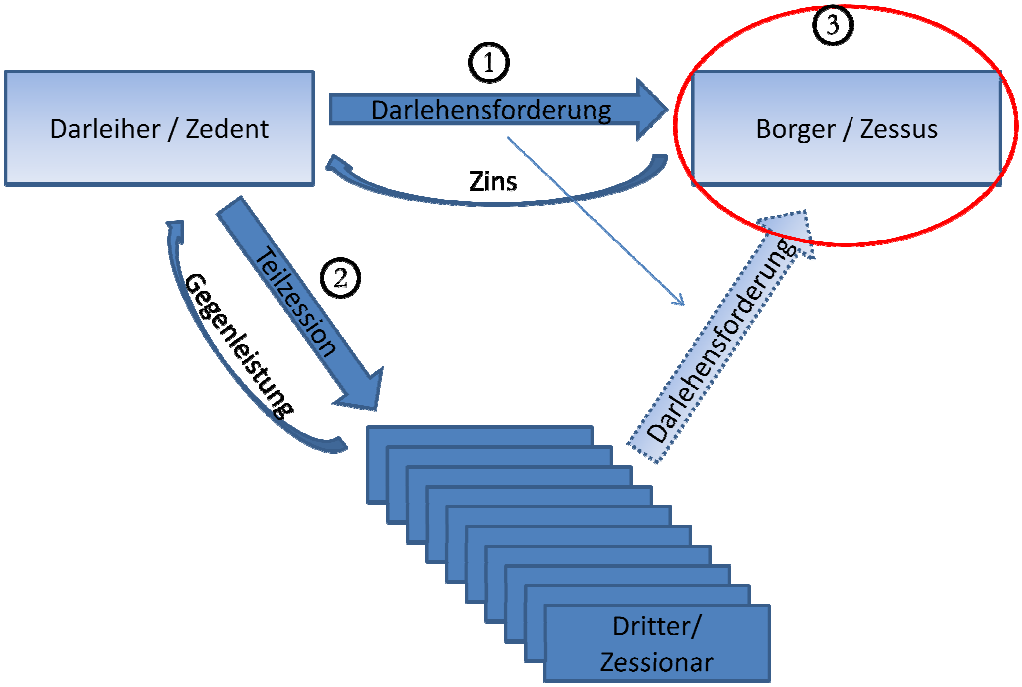

Abb. 2: Unterbeteiligung durch Zession. 1. Hauptforderung 2. Teilzession der Hauptforderung 3. Emissionsabgabepflicht des Borgers bei Überschreiten der 10/20-Regel[276]

Hingegen findet bei der Unterbeteiligung zwecks Refinanzierung keine echte Zession der Hauptforderung statt; einzig der Darleiher verpflichtet sich gegenüber den Unterbeteiligten.[277] In diesem Fall kann sich der Darleiher selbst als Emittent von Obligationen qualifizieren und damit steuerpflichtig werden, wenn die Anzahl Refinanzierungsforderungen der Unterbeteiligten einen Stand erreicht, der bei ihm selbst (dem Schuldner der Refinanzierungsforderung) die Steuerpflicht auslösen würde.[278] Eine solche Unterbeteiligung kann auch nicht durch Notifikation an den Schuldner aufgehoben werden, sondern besteht unabhängig davon.[279] Ein typischer Fall einer Unterbeteiligung zwecks Refinanzierung liegt beim

274 Vgl. KOHLER, S. 115; MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 64; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 61.

275 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 64; DUSS/VON AH, VStG Komm., Art. 4 N 36; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 61.

276 Anm.: Eigene Darstellung.

277 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art.4 N 65; DUSS/VON AH, VStG Komm., Art. 4 N 36.

278 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 65; DUSS/VON AH, VStG Komm., Art. 4 N 36; KOHLER, S. 113 ff.; JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 61.

279 Vgl. RISI, StG Komm., Art. 4 N 35.

Bestehen eines Innenkonsortiums (stille Gesellschaft) vor, bei welcher der Dritte keinerlei vertraglich Beziehung zum Kreditnehmer hat und nicht gegen aussen auftritt.[280]

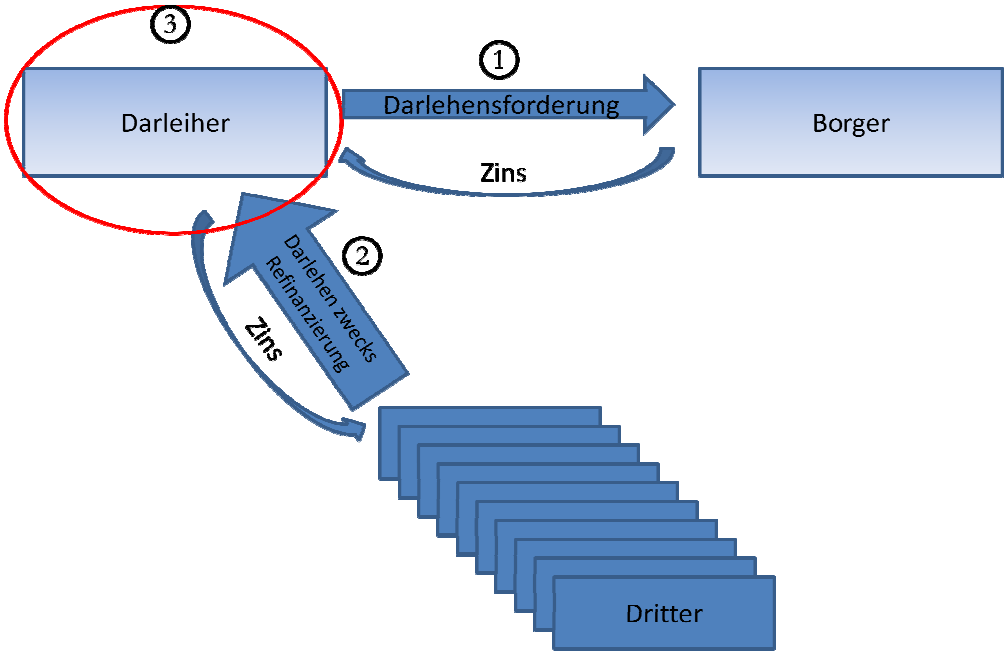

Abb. 3: Unterbeteiligung zwecks Refinanzierung. 1. Hauptforderung 2. Innenkonsortium 3. Emissionsabgabepflicht des Darleihers bei Überschreiten der 10/20-Regel[281]

Die EStV löst den nicht eindeutigen Wortlaut der Merkblätter „Obligationen" und „Konsortialdarlehen" jedoch im Widerspruch zur Lehre und nimmt immer dann eine Steuerpflicht des Borgers/Darlehensschuldners an, sobald mehr als zehn Unterbeteiligte bestehen und diese Unterbeteiligungen dem Borger notifiziert wurden. Liegt hingegen eine solche Notifikation nicht vor, so wird der Darleiher selbst emissionsabgabe- und verrechungssteuerpflichtig.[282] Dies ist m.E. nicht sachgerecht, da nur bei der echten Zession ein Rechtsverhältnis zwischen dem Borger und dem Dritten entsteht, wohingegen bei einer Unterbeteiligung zwecks Refinanzierung Rechtswirkungen nur zwischen dem Darleiher und dem Unterbeteiligten eintreten. Steuerrechtliche Folgen sollten im letzten Fall entsprechend unabhängig von einer Notifikation nicht beim Borger eintreten. Durch die Interpretation und Praxis der EStV entfernt sich das Steuerrechtsverhältnis damit noch mehr vom zugrundeliegenden zivilrechtlichen Verhältnis, was zu Rechtsunsicherheiten führen kann.

Zum anderen gelten aber Privatplatzierungen, die handelsrechtlich als Obligationen zu qualifizieren wären, steuerrechtlich nicht als solche, wenn Darlehen in Form von Wertpapieren zu identischen Bedingungen verbrieft und als Titel, Notes, Kassascheine, Schuldscheine, Zertifikate usw. bei einem klei-

280 Vgl. BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 66b; FRANCIONI, S. 14 ff.

281 Anm.: Eigene Darstellung.

282 Vgl. ARNOLD, VStG Komm., Art. 4 N 305.

nen Investorenkreis platziert werden, der die Anzahl der emittierten Schuldanerkennungen pro Privatplatzierung zehn bzw. zwanzig nicht überschreitet.[283]

Unter geltendem Recht kann diese Divergenz zwischen der steuerrechtlichen und der handelsrechtlichen Qualifikation der Vertragsverhältnisse erhebliche Schwierigkeiten nach sich ziehen: Zum einen führt eine nachträgliche steuerrechtliche Qualifizierung als Obligation zu einem höheren Finanzierungsbedarf des Darlehensnehmers, da er einen Teil des Darlehens zur Tilgung der Emissionsabgabe benötigt. Gelten die Kreditgeber nicht als Schweizer im Sinne des Art. 9 Abs. 1 VStG, fällt zudem die Verrechnungssteuer gemäss Art. 24 Abs. 2 VStG in der Höhe von 35 % auf den Zinsen definitiv an, sofern kein Doppelbesteuerungsabkommen bzw. Art. 15 Abs. 2 ZBstA etwas Gegenteiliges vorsieht. Da damit der effektiv ausbezahlte Zins geringer ist, wird der Kreditgeber regelmässig einen höheren Zins verlangen.

Ein Borger mag sich unter Umständen der steuerrechtlichen Umqualifizierung seiner Darlehen gar nicht bewusst sein. Gerade bei kleineren Gesellschaften, die über keine eigene Steuerabteilung oder ein eigenes Treasury Center verfügen, kann eine Steuerpflicht übersehen werden.[284] Dies ist insofern problematisch, als dass die Emissionsabgabe nach dem Grundsatz der Selbstveranlagung aufgebaut ist.[285] So hat der Steuerpflichtige gemäss Art. 34 Abs. 2 StG unaufgefordert die vorgeschriebene Abrechnung mit den Belegen einzureichen und gleichzeitig die Abgabe zu entrichten. Erledigt er dies nicht fristgerecht, schuldet er zudem einen Verzugszins gemäss Art. 29 StG. Unter Umständen kann sogar ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung gemäss Art. 45 StG eingeleitet werden.

Auch verrechnungssteuerrechtlich können die Folgen einer unterlassenen Überwälzung der Verrechnungssteuer auf den Zinsempfänger problematisch sein. Eine solche ist nämlich gemäss Art. 14 Abs. 1 VStG obligatorisch. Kann der Steuerpflichtige die Verrechnungssteuer nicht nachträglich beim Leistungsempfänger einfordern, so kommt es zu einer Aufrechnung „ins Hundert“: Die erbrachte Leistung ist um die geschuldete Verrechnungssteuer zu erhöhen, weshalb am Ende die Verrechnungssteuer 53.84 % der tatsächlich ausgerichteten Leistung entspricht.[286] Es gilt deshalb die Fremdkapitalentwicklung sowie die –zusammensetzung auch aus steuerrechtlicher Sicht stets zu beobachten.[287]

---

283 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen, Ziff. 3.c).

284 PORTMANN MARKUS, Interview vom 26. April 2011.

285 Vgl. KÖNIG, StG Komm., Art. 11 N 3; STOCKAR, StG Komm., Art. 34 N 8 ff.

286 Vgl. REICH, VStG-Komm., Art. 14 N 6, N 17 ff.

Anm.: Deshalb werden in der Praxis oft sog. „Gross Up-Klauseln“ vereinbart, welche vorsehen, dass die Zahlungen unter dem Darlehensvertrag ohne steuerlichen Abzug erfolgen. Sollte dennoch eine Steuerpflicht eintreten, so wird der Zinssatz entsprechend korrigiert. Am Ende soll der Darlehensgeber jenen Betrag bekommen, den er auch ohne Steuerpflicht erhalten hätte (vgl. BRAUCHLI ROHRER/HÜNDERWADEL, S. 159).

287 Vgl. JAUSSI/PFIRTER/GHIELMETTI, Fremdfinanzierung, S. 53.

b) Erleichterung der Vergabe von Konsortialkrediten

Die gerade beschriebene Problematik wird noch deutlicher bei der Eingehung von Konsortialkrediten, welche insbesondere bei grossem Kreditbedarf oft notwendig werden.[288] So erleichtert die Abschaffung der Emissionsabgabe auf der Beschaffung von Fremdkapital auch erheblich den Abschluss von Konsortialkrediten. Handelsrechtlich ist ein solcher Grosskredit in der Regel als Darlehen im Sinne von Art. 312 ff OR qualifiziert.[289] Steuerrechtlich fallen grundsätzlich durch die Mittelaufnahme mittels Konsortialdarlehen keine Emissionsabgaben an und auf den Darlehenszinsen sind keine Verrechnungssteuern geschuldet. Die EStV wendet jedoch auch auf Konsortialdarlehen die 10/20-Regel an und qualifiziert sie als eine kollektive Kapitalbeschaffung, sobald die quantitativen Voraussetzungen für die Besteuerung als Obligation im steuerrechtlichen Sinne erfüllt sind.[290] Obwohl handelsrechtlich stets Darlehensverträge vorliegen, schränkt diese extensive steuerrechtliche Praxis der EStV die Kapitalbeschaffung von Unternehmungen stark ein: Schliesst eine inländische Darlehensnehmerin mit einem Konsortium einen Kreditvertrag ab, so treten die Konsorten als Miteigentümer an einem Bruchteil der Darlehensforderung auf.[291] Für den gesamten Kredit bzw. für eine Kredittranche gelten dieselben Bedingungen bezüglich Laufzeit und Zins; nur die Stückelung, d.h. die Grösse der Bruchteile kann variieren. Damit liegen für die einzelnen Miteigentumsanteile an der Darlehensforderung identische Bedingungen vor. Befinden sich nun mehr als zehn Nichtbankengläubiger im Konsortium, so liegt gemäss Praxis der EStV eine kollektive Kapitalbeschaffung durch den Darlehensnehmer vor und der Kredit bzw. die entsprechende Kredittranche wird als Anleihe qualifiziert. Besteht der Kredit aus verschiedenen Kredittranchen, so liegen identische Bedingungen nur innerhalb der Kredittrache vor, hingegen liegen bezüglich des gesamten Kredites variable Bedingungen vor, da die einzelnen Kredittranchen zueinander unterschiedliche Bestimmungen bezüglich Laufzeit und Zins aufweisen können. Übersteigt nun für den gesamten Kredit - über alle Kredittranchen hinweg - die Anzahl Nichtbankengläubiger die Zahl zwanzig, so liegt eine Kassaobligation mit den entsprechenden Steuerfolgen vor.[292]

Da die Konsorten zudem individuell und selbständig über ihren Miteigentumsanteil an der Forderung verfügen können, steht ihnen frei, diesen auch beliebig an Dritte abzutreten.[293] Die Folge sind Unterbeteiligungen durch echte Zessionen, was für den Borger wiederum die gleichen, vorstehend beschriebenen steuerrechtlichen Folgen haben kann. Um die Gefahr der steuerrechtlichen Qualifizierung von

---

288 Vgl. Kap. 2.4.

289 Vgl. GUHL/KOLLER, § 45 N 10; HAEBERLI, S. 355.

Anm.: Je nach Ausgestaltung des Kreditvertrages, kann jedoch auch eine andere Rechtsnatur vorliegen. So kann ein Auftrag i.S.v. 394 ff OR, eine Garantie i.S.v. Art. 111 OR, eine Bürgschaft i.S.v. Art. 492 ff OR oder auch ein Innominatvertrag vorliegen (vgl. MAURENBRECHER/FRICK, S. 60 ff; BIERI, S. 10 ff).

290 Vgl. EStV, Merkblatt Konsortialdarlehen, Ziff. I.2.

291 HAEBERLI, S. 357 f; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 312 N 66b f; FRANCIONI, S. 81 f.

292 Vgl. zum Ganzen das Beispiel in JAUSSI/PFIRTER, Konzernfinanzierung, S. 401 f.

293 Vgl. LEHMANN/ARZETHAUSER, S. 599; MEISTER, StG Kommentar Stempelabgaben, Art. 4 N 63 ff; KOHLER, S. 114 f.

Konsortialdarlehen als Obligationen zu verhindern, werden in den Kreditverträgen deshalb meist Vorsichtsmassnahmen getroffen: So wird die Anzahl der Nichtbankengläubiger begrenzt oder es werden Übertragungsbeschränkungen auferlegt.[294] Zum Beispiel wird vereinbart, dass die Kreditgeber die Kreditbeteiligungen bzw. Kreditforderungen nur an Banken im Sinne des anwendbaren Bankengesetzes abtreten dürfen. Ist eine Abtretung auch an Nichtbanken möglich, so wird meist eine Pflicht zur Einholung einer Zustimmung durch den Kreditnehmer ausbedungen.[295] In der Praxis bestehen Konsortien jedoch meist aus Banken, sodass die Problematik etwas entschärft wird. Diesfalls besteht aber dennoch die Gefahr, dass die Kredite durch die Banken verbrieft und an das Publikum emittiert werden könnten, was auch bei Bankkonsortien Übertragungsbeschränkungen oder Zustimmungsvorbehalte des Schuldners nötig macht.[296]

4.4 Kritische Würdigung der Einführung von Contingent Convertible Bonds für systemrelevante Banken

4.4.1 Verfassungsrechtliche Beurteilung der steuerrechtlichen Massnahmen

Die Ausnahme von der Erhebung der Emissionsabgabe auf der Kapitalerhöhung mittels Wandlungskapital für Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft wirft verfassungsrechtliche Fragen auf, insbesondere im Lichte des Gleichbehandlungsgebotes von Art. 8 Abs. 1 BV sowie dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung gemäss Art. 127 Abs. 1 BV.[297] Zu beachten ist jedoch, dass die Änderung im Stempelsteuergesetz - einem Bundesgesetz - vorgesehen ist, welches gemäss Art. 190 BV massgebend ist. Auch bei einem Verstoss gegen fundamentale verfassungsmässige Prinzipien, liesse sich eine verfassungswidrige Bestimmung demnach nicht aufheben. Dennoch besteht ein Prüfungsgebot. Immerhin scheint die Bundesversammlung zumindest im Gesetzgebungsverfahren an die Verfassung gebunden.[298]

a) Steuerrechtlich unterschiedliche Behandlung von CoCo Bonds je nach Rechtsform und Systemrelevanz

Steuerrechtlich werden die neuen CoCo Bonds von Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. l E-StG vollständig von der Emissionsabgabepflicht befreit. Da die steuerliche Erleichterung jedoch nur für Banken gilt, fragt sich, wie ähnliche Instrumente anderer Unternehmungen steuerlich behandelt würden.

---

294 Vgl. LEHMANN/ARZETHAUSER, S. 599.

295 Vgl. MAURENBRECHER/FRICK, S. 93.

296 PORTMANN MARKUS, Interview vom 26. April 2011.

297 Anm.: Für die theoretischen Ausführungen beachte Kap. 3.5.1.

298 Vgl. HANGARTNER, BV Komm., Art. 190 N 11.
Anm.: Allerdings scheint die Frage, ob auch die Bundesversammlung im Gesetzgebungsverfahren an die Verfassung gebunden ist kontrovers (vgl. Hinweise bei HANGARTNER, BV Komm., Art. 190 N 11).

Im Zuge der Unternehmenssteuerreform II wurde eine steuerliche Erleichterung von Sanierungsmassnahmen im Bereich der Emissionsabgabepflicht für Kapitalgesellschaften vorgesehen. Demnach gilt ein Freibetrag von CHF 10 Mio. für Sanierungen, soweit gemäss Praxis der EStV[299] zu Art. 6 Abs. 1 lit. k StG kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss sich um eine offene oder stille Sanierung handeln. Eine offene liegt vor, wenn das Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft herabgesetzt wird und anschliessend oder gleichzeig wieder auf die ursprüngliche Höhe erhöht wird. Eine solche „Harmonika"[300] dient gemäss Art. 732a OR insbesondere dazu, Bilanzverluste auszubuchen und gleichzeitig neues Kapital der Gesellschaft zuzuführen.[301] Der Bundesrat hält in seiner Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II zudem ausdrücklich fest, dass die Steuerbefreiung nicht zur Beschaffung zusätzlicher Mittel gilt. Die Ausnahme kann deshalb nicht für Kapitalerhöhungen ohne vorgängige Kapitalherabsetzung oder Kapitalerhöhungen, die über eine frühere Herabsetzung hinausgehen, geltend gemacht werden.[302]

Stille Sanierungen hingegen sind Zuschüsse zwecks Abdeckung von Verlusten.[303] Forderungsverzichte von Gesellschaftern oder Schwestergesellschaften, sofern diese eine Abgabeumgehung darstellen, unterliegen über dem Freibetrag von CHF 10 Mio. der Emissionsabgabepflicht. Forderungsverzichte von Dritten hingegen sind nicht Gegenstand der Emissionsabgabe.[304] Die EStV setzt als Voraussetzung für die Geltendmachung des Steuerfreibetrages in der Höhe von CHF 10 Mio. nicht das Bestehen einer echten Unterbilanz voraus, sondern lediglich die Beseitigung von Verlusten.[305] Über dem Freibetrag von CHF 10 Mio. kann eine Gesellschaft gemäss Art. 12 StG einen Erlass der Abgabeforderung für eine offene oder stille Sanierung (bei einer echten Unterbilanz)[306] beantragen, wenn die Erhebung der Emissionsabgabe eine offenbare Härte[307] bedeutet.

Die historische Auslegung, welche zur klaren Formulierung des Bundesrates in seiner Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II führt, besagt, dass Art. 6 Abs. 1 lit. k StG nur für Fälle einer Harmonika

---

299 KS EStV Nr. 32, Sanierung von Kapitalgesellschaften, Ziff. 3.3.2.

300 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 656.

Anm.: Gemäss Art. 732 Abs. 1 OR e contrario finden die Bestimmungen über die Kapitalherabsetzung in diesem Fall nicht Anwendung (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 656).

301 Vgl. GIGER, S. 11.

302 Vgl. BOTSCHAFT USTR II, S. 4839.

303 Vgl. KS EStV Nr. 32, Sanierung von Kapitalgesellschaften, Ziff. 3.3.2 a).

304 Vgl. KS EStV Nr. 32, Sanierung von Kapitalgesellschaften, Ziff. 4.1.3.

Anm.: Auch Leistungen A fonds perdù können von der Emissionsabgabepflicht ausgenommen werden. Diesfalls wird der Gesellschaft direkt Liquidität zugeführt. A fonds perdù Leistungen von Anteilsinhabern gelten als Kapitaleinlagen, weshalb die Emissionsabgabe geschuldet ist, ausser sie liege unter dem Freibetrag von CHF 10 Mio. gem. Art. 6 Abs. 1 lit. k StG. A fonds perù Leistungen von nahestehenden oder unabhängigen Dritten hingegen unterliegen nicht der Emissionsabgabepflicht (vgl. UEBELHART/LINDER/SCHALCHER, S. 191).

305 Vgl. UEBELHART/LINDER/SCHALCHER, S. 184.

306 Vgl. UEBELHART/LINDER/SCHALCHER, S. 183.

307 Anm.: Gemäss Praxis der EStV liegt eine solche vor, wenn Verluste beseitigt werden, die Sanierung nachhaltig ist, keine Reserven mehr bestehen etc. (vgl. KS EStV Nr. 32, Sanierung von Kapitalgesellschaften, Ziff. 3.3.3).

zum Zwecke der Sanierung zur Anwendung kommen soll. Ausgeschlossen scheint deshalb prima vista wohl eine Subsumtion von Contingent Convertible Bonds durch die EStV unter die Bestimmung. Demnach käme eine ordentliche Besteuerung als Wandelanleihe in Frage.

Die EStV hat für die steuerrechtliche Behandlung von Wandelanleihen eine Praxis[308] entwickelt. Als klassische Wandelanleihen gelten jene Finanzinstrumente, welche ein Recht beinhalten, neu geschaffene Beteiligungsrechte der die Anleihe emittierenden oder einer damit verbundenen in- oder ausländischen Gesellschaft zu beziehen. Klassische Wandelanleihen müssen zudem zu pari oder mit einem Agio von höchstens 0.5 % pro Jahr Laufzeit emittiert und, im ersten Fall, mit einem Rückzahlungsagio von höchsten 0.5 % pro Jahr Laufzeit bzw. im zweiten Fall zu pari zurückbezahlt werden.[309] Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt keine klassische Wandelanleihe vor.[310] Die Emission von klassischen Wandelanleihen zieht dieselben emissionsabgaberechtlichen Steuerfolgen nach sich, wie eine Emission von Anleihens- und Kassaobligationen.[311] Nicht klassische, kapitalgarantierte Derivate sind jene Produkte, die ein Wandelrecht mit einem eigenständigen Wert aufweisen. Dabei ist zwischen transparenten und nicht-transparenten Produkten zu unterschieden. Bei ersteren lässt sich der derivative Teil des Produktes, insbesondere das Optionselement, separat handeln oder vorgängig aufgrund finanzmathematischer Berechnung oder nachträglich analytisch trennen, sodass sich der Wert des Obligationenteils errechnen lässt.[312] Nicht-transparente Produkte gelten jedoch insgesamt als Obligation.[313] Bei Produkten mit Geld- oder Titellieferungen hingegen steht das Recht zur Wandlung dem Emittenten zu.[314] Auch in diesem Fall liegt eine Kombination aus Obligation und Option vor, wobei dem Investor bei Verfall entweder Geld oder Titel geliefert werden. Je nachdem, ob die Titel einen Kapitalschutz beinhalten, steht dem Investor zudem eine Put-Option zu. Als Obligation gilt diesfalls das vom Investor investierte Kapital.[315]

CoCo Bonds lassen sich nicht eindeutig in die von der EStV entwickelten Qualifikationsmomente einordnen. So weist das Optionselement keinen eigenen Vermögenswert auf, da die Wandlung von Bedingungen abhängig ist, die nicht im Willen der Parteien liegen. Es stellt viel eher eine Last dar, die der Investor trägt und entsprechend mit höheren Zinsen zu entgelten ist.[316] Entsprechend wäre wohl der gesamte investierte Betrag durch den Investor als Obligation zu qualifizieren.

Strukturiert nun eine Unternehmung, die keine Bank ist, ihre Eigenkapitalausstattung ähnlich wie eine Bank in der Rechtsform der AG mit CoCo Bonds, so ist sie steuerrechtlich benachteiligt, weil ihr auf-

---

308 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente.

309 Vgl. DUSS/VON AH, VStG Komm., Art. 4 N 61.

310 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 2.3.2.

311 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 3.5.

312 Vgl. EStV KS Nr. 15, Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 3.4; DUSS/VON AH, VStG Komm., Art. 4 N 62.

313 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 54.

314 Vgl. EStV, Merkblatt Obligationen und derivative Finanzinstrumente, Ziff. 2.3.3; MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 55.

315 Vgl. MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 4 N 55 mit weiteren Hinweisen.

316 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 150.

grund mangelnder Bankenqualität die steuerrechtlichen Erleichterungen nicht zukommen: Auf der Ausgabe der Obligation als Wandelanleihe hätte sie die Emissionsabgabe zu entrichten, falls diese auf der Beschaffung von Fremdkapital nicht abgeschafft würde. Bei Ausübung des Wandlungsrechts wäre zudem die Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten geschuldet.[317] Es würde also formal eine Ungleichbehandlung vorliegen.

b) Sachliche Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung

Gemäss Art. 98 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen. Als öffentliche Interessen, die es zu schützen gilt, gelten neben dem Schutz von Polizeigütern auch das Funktionieren des Banken- und Versicherungssystems als Ganzes. Da ein funktionierendes und vertrauenswürdiges Banken- und Versicherungssystem als Voraussetzung für die wirtschaftliche Wohlfahrt eines Landes angesehen wird und zudem auch dem Individualschutz dient, obliegt dem Bund eine Kompetenz zum Funktions- und Systemschutz.[318] Systemrelevante Banken stellen per definitionem nicht tragbare Gefahren für eine gesamte Volkswirtschaft dar.[319] So gilt ein Unternehmen als systemrelevant, wenn es für eine Volkswirtschaft zentrale und nicht verzichtbare Leistungen erbringt und diese Leistungen nicht innert tragbarer Frist durch andere Marktteilnehmer ersetzt werden können.[320] Entsprechend lässt sich eine teilweise Ungleichbehandlung von systemrelevanten und nicht-systemrelevanten Banken z.B. im Bereich der Eigenmittelvorschriften rechtfertigen.[321]

Bedenklich war deshalb die im ersten Entwurf des Bundesrates vorgesehene Unterscheidung zwischen systemrelevanten Banken und nicht-systemrelevanten Banken im Bereich der Erhebung der Emissionsabgabe auf der Kapitalerhöhung durch CoCo Bonds. So konnten nur systemrelevante Banken von der Steuerbefreiung profitieren. Können doch aber auch nicht-systemrelevante Banken gerade regional von erheblicher Bedeutung sein und ein Bedürfnis haben, sich durch die Ausgabe von CoCo Bonds im Krisenfall zusätzlich abzusichern. Nicht-systemrelevante Banken nur deswegen mit der Emissionsabgabe zu belasten, weil sie nicht zur Ausgabe von CoCo Bonds aufgrund E-BankG verpflichtet sind, scheint fragwürdig. Besteht doch, wie der Bundesrat selbst einräumt, ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an einer soliden, krisenresistenten Kapitalausstattung auch von nicht-systemrelevanten Banken.[322] Bereits in der Vernehmlassung wurde diese steuerrechtliche Unterscheidung zwischen systemrelevanten und nicht-systemrelevanten Banken heftig kritisiert.[323] M.E. ist deshalb die Ausdehnung der Befreiung

317 Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. a^{bis} StG; MEISTER, in: OBERSON/HINNY, Art. 7 N 11 ff.; BUNDESRAT, TBTF, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 14.

318 Vgl. JACOBS, BV Komm., Art. 98 N 2; NOBEL, Finanzmarktrecht, S. 16.

319 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 81.

320 Vgl. Art. 8 E-BankG; EXPERTENKOMMISSION TBTF, Schlussbericht, S. 12.

321 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 81.

322 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 50.

323 Vgl. Vgl. TREUHANDKAMMER, Vernehmlassung TBTF, S. 3; ähnlich auch ECONOMIESUISSE, Vernehmlassung TBTF, S. 5; KdF, Stellungnahme TBTF, S. 2.

der Emissionsabgabe auf der Ausgabe von Aktien durch Wandlungskapital auch auf nicht-systemrelevante Banken zu begrüssen.

Fraglich bleibt aber dennoch, ob sich die steuerliche Ungleichbehandlung einer Kapitalerhöhung durch die Wandlung von CoCo Bonds von anderen Unternehmungen rechtfertigen lässt. Zum einen kann angeführt werden, dass nur Banken an Eigenmittelvorschriften gebunden sind. Durch die neuen Eigenmittelregelungen haben systemrelevante Banken zudem einen Teil ihrer progressiven Komponente in Form von Wandelkapital festzusetzen. Sie sind also zur Herausgabe von CoCo Bonds verpflichtet. Eine solche Verpflichtung besteht jedoch nicht für Unternehmen aus dem Nichtbankensektor. Wird zudem die wichtige Rolle des Finanzsektors in der Schweiz mit seinen Auswirkungen auf die wirtschaftliche Wohlfahrt des Landes betrachtet[324], so lassen sich besondere Massnahmen und steuerliche Erleichterungen rechtfertigen, die eine Krisenabwendung und –bewältigung zu erleichtern vermögen. Zumindest aber scheint die getroffene Regelung nicht als geradezu willkürlich, sodass ein Verstoss gegen die Gleichmässigkeit der Besteuerung gemäss Art. 127 BV sowie gegen das Rechtsgleichheitsgebot in Art. 8 Abs. 1 BV angenommen werden könnte.

4.4.2 Rechtliche Einordnung von Contingent Convertible Bonds

Das Wandlungskapital wurde gemäss Bundesrat in Anlehnung an eine bedingte Kapitalerhöhung gemäss Art. 653 OR ausgestaltet. Gemäss Art. 653 Abs. 1 OR kann die Generalversammlung eine bedingte Kapitalerhöhung beschliessen, indem Gläubigern von Anleihensobligationen oder ähnlichen Obligationen gegenüber der Gesellschaft das Recht eingeräumt wird, Aktien zu beziehen. Das Aktienkapital erhöht sich, sobald die Wandlungsrechte ausgeübt und die Einlagepflicht durch Verrechnung oder Einzahlung erfüllt werden (Art. 653 Abs. 2 OR). Die Liberierung der Aktien ist dabei eine echte, da sie entweder durch eine überprüfbare Verrechnung oder Bareinzahlung geschieht.[325] Durch die Ausübung des Wandlungsrechts durch den Gläubiger geht die Forderung gegenüber der Gesellschaft ohne weiteres durch Verrechnung unter.[326] Die Erhöhung des Eigenkapitals erfolgt um den Betrag der Anleihensobligation, wobei die Anleihensbedingungen jeweils definieren, in welchem Verhältnis der Nennwert des Eigenkapitals bzw. das Agio der Gesellschaft steigt.[327]

Ein wesentliches Element der Wandelanleihe gemäss Art. 653 OR ist das Wahlrecht des Investors zur Wandelung. Bereits vor einigen Jahren emittierten Schweizer Unternehmen jedoch Wandelanleihen mit Zwangskonversion[328], die am Ende der Laufzeit in die zugrunde liegenden Aktien gewandelt werden.[329]

---

324 Vgl. JACOBS, BV Komm., Art. 98 N 2 ff.

325 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 179.

326 Vgl. KOLB/VOLKART, Kapitalbeschaffung mittels Wandelanleihen, S. 962; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 188.

327 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 188.

328 Anm.: Pflichtwandelanleihen oder Mandatory Convertible Bonds.

329 Vgl. KOLB/VOLKART, Mandatory Convertible Securities, S. 513; KOLB/VOLKART, Kapitalbeschaffung mittels Wandelanleihen, S. 962; BSK OR II-ISLER/ZINDEL, Art. 653 N 10a.

Das neue Instrument der Contingent Convertible Bonds stellt m.E. eine Weiterentwicklung dieser Pflichtwandelanleihen dar. So sieht zum einen das Gesetz den Zeitpunkt der Wandlung vor. Zum anderen ist der Verwaltungsrat ermächtigt, im Voraus den auslösenden Moment festzulegen[330] sowie das Wandlungsverhältnis zu bestimmen.[331] CoCo Bonds werden deshalb auch bedingte Pflichtwandelanleihen genannt.[332] Dies, weil die Auslösung der Wandlung nicht vom Ablaufen einer Laufzeit oder im Willen des Investors liegt, sondern vom Eintreten eines objektivierten Auslösungsereignis abhängt.[333]

4.4.3 Contingent Convertible Bonds als „Zaubermittel" gegen Krisen?

Die zentrale Problematik, die mit systemrelevanten Banken einher geht, wird durch den Bundesrat in der Botschaft zur TBTF Problematik anschaulich dargelegt:[334] Ist der ökonomische Schaden des Untergangs einer systemrelevanten Bank für das Finanzsystem und die gesamte Realwirtschaft derart hoch, dass dieser für einen Staat teurer wäre, als die betroffene Bank im Krisenfall zu retten, so liegt faktisch eine implizite Staatsgarantie vor. Diese implizite Staatsgarantie führt dazu, dass Gewinne zwar privat vereinnahmt werden können, Verluste jedoch durch die Allgemeinheit getragen werden müssen. Die Folge ist, dass die Banken höhere Risiken eingehen, ohne dafür eine angemessene Risikoprämie bezahlen zu müssen. Systemrelevante Banken weisen gegenüber nicht-systemrelevanten Banken damit einen Wettbewerbsvorteil auf, da sie sich Fremdkapital aufgrund der impliziten Staatsgarantie billiger beschaffen können.[335] Die implizite Staatsgarantie wirkt so als Subvention gegenüber systemrelevanten Banken, da die Steuerzahler für die Übernahme des Risikos nicht entschädigt werden. Vielmehr können die Banken zu einem risikolosen Satz Mittel auf dem Kapitalmarkt aufnehmen, was am Ende den Aktionären zu Gute kommt.[336] Eine Studie der Universität Zürich, welche im Auftrag der SP Schweiz verfasst worden ist, hält dazu fest: „Angesichts der Grösse der Schweizer Grossbanken im Vergleich zur Realwirtschaft hat die unfreiwillige faktische Staatsgarantie des Bundes einen Umfang erreicht, der auf längere Sicht das finanzielle Gleichgewicht der Eidgenossenschaft, die politische Stabilität des Landes und damit auch den Wirtschaftsstandort und Finanzplatz Schweiz gefährdet."[337]

Die vorgesehenen bedingten Pflichtwandelanleihen haben den Vorteil, dass die implizite Staatsgarantie insofern gemindert wird, als dass das Risiko einer Überschuldung auf Kapitalgeber bzw. Gläubiger überwälzt wird.[338] Die Höhe der Entschädigung für die Obligationen mit Wandlungspflicht im Krisenfall wird dadurch am Markt gebildet und die Gläubiger erhalten für das eingegangene Risiko eines mög-

---

330 Anm.: Die FINMA hat dabei die Bedingungen zu prüfen und zu bewilligen (vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149).

331 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149.

332 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149.

333 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 50.

334 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 67 ff.

335 Vgl. ENTWURF BOTSCHAFT TBTF, S. 67 ff.

336 Vgl. BIRCHLER ET AL., S. 15.

337 BIRCHLER ET AL., S. 46.

338 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 149.

lichen Forderungsausfalls als Eigentümer eine adäquatere Risikoprämie. Wandelanleihen bringen des Weiteren den Vorteil eines hybriden Charakters mit sich. Rechtlich gelten Pflichtwandelanleihen nämlich als Fremdkapital, wirtschaftlich hingegen als Eigenkapital.[339] Ein solches hybrides Instrument kann einen geeigneten Mittelweg darstellen und die Vorteile der Fremdkapital- und der Eigenkapitalbeschaffung vereinen:[340] Eine Eigenkapitalerhöhung wird meist mit Kursabschlägen bestraft, während die Beschaffung von Fremdkapital mit hohen Risikoaufschlägen verbunden sein kann. Um die Eigenkapitalrendite zu verbessern, tendieren Unternehmungen dazu, mehr Fremdkapital aufzunehmen, da Fremdkapitalzinsen aufgrund ihrer Verbuchung als steuerwirksamer Aufwand einen positiven Gewinnsteuereffekt haben, während Gewinnausschüttungen an Eigentümer nicht in Abzug gebracht werden können.[341] Eine tiefere Steuerbelastung wiederum wirkt sich positiv auf den Unternehmenswert aus, da eine solche sowohl die Gesamtkapitalrendite nach Steuern[342] als auch die Eigenkapitalrendite[343] erhöht.[344] Andererseits steigen mit höherem Fremdkapitalanteil auch die Fremdfinanzierungskosten aufgrund der höheren Risikoprämien, die an Gläubiger bezahlt werden müssen.[345]

Die Neuartigkeit des Instruments der CoCo Bonds kann jedoch auch Unsicherheiten und Risiken mit sich bringen. So kann nach Ansicht von OSWALD GRÜBEL die Wandlung oder eine Annäherung der Eigenkapitalquote an den Wandelungswert dazu führen, dass Aktionäre die Aktie abstossen.[346] Allerdings ist diesem Bedenken zu entgegnen, dass eine schwindende Eigenkapitalbasis ohnehin zu einem tiefen Aktienkurs führen wird. CoCo Bonds könnten gerade dazu führen, dass das Vertrauen in die Aktie wieder gestärkt wird.[347] Führt doch die Wandlung zu einer schnellen „Kapitalinfusion", die eine Bank in Schieflage nur schwer aus eigener Kraft innert notwendiger Frist beschaffen könnte.[348]

Dass CoCo Bonds grundsätzlich auf dem Markt positiv aufgenommen werden, zeigt denn auch die erfolgreiche öffentliche Emission von CoCo Bonds auf dem Markt durch die Credit Suisse in der Höhe von CHF 2 Mrd. im Februar 2011.[349] Zudem placierte die Bank privat insgesamt USD 6 Mrd. an CoCo Bonds.[350]

---

339 Anm.: Allerdings scheint noch nicht restlos geklärt, ob CoCo Bonds als Aktien oder als Obligationen zu bilanzieren sind (vgl. HEGGLIN/WYSS, FuW Online).

340 Vgl. KOLB/VOLKART, Mandatory Convertible Securities, S. 513.

341 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1020; BÖHMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, S. 90.

Anm.: Wird das Fremdkapital aber von nahestehenden Personen begeben, sind stets die „Thin Capitalization Rules" zu beachten (vgl. KUHN/SIDLER, S. 1021).

342 Anm.: Return on investment (ROI).

343 Anm.: Return on equity (ROE).

344 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1020; KOLB/VOLKART, Mandatory Convertible Securities, S. 513; HEGGLIN/WYSS, FUW Online; BÖHMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, S. 99.

345 Vgl. KUHN/SIDLER, S. 1020.

346 Vgl. FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND, UBS-Chef warnt vor CoCo-Bonds.

347 Vgl. NZZ ONLINE, CoCo-Bonds als Stossdämpfer in Krisen.

348 Vgl. SCHILTKNECHT, NZZ, S. 28.

349 Vgl. FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND, UBS-Chef warnt vor CoCo-Bonds.

Das neue Instrument der CoCo Bonds scheint eine sinnvolle Alternative zu hohen vorgegebenen Eigenmittelquoten und zur impliziten Staatsgarantie. So besteht schliesslich kein Richtwert, wie hoch die Eigenmittel idealerweise zu sein haben. Durch die Ausgabe von CoCo Bonds wird zumindest ein Teil der Verantwortung auf den Kapitalmarkt übertragen. Allerdings bleibt zu hoffen, dass CoCo Bonds im Markt eine möglichst breite Abstützung bei verschiedenen Anlegern finden. Sollten sich weitgehend nur andere Banken sich an CoCo Bonds beteiligen, könnte nämlich tatsächlich die Gefahr bestehen, dass der gesamte Bankensektor im Falle einer Krise ins Wanken gerät.

4.4.4 Contingent Convertible Bonds als generelles Sanierungsinstrument auch für Nichtbanken

Wie vorstehend dargelegt wurde, können Contingent Convertible Bonds ein vertrauensbildendes Sanierungsinstrument darstellen. Dies gilt grundsätzlich nicht nur für CoCo Bonds von systemrelevanten Banken. Vielmehr fragt sich, ob das Instrument der CoCo Bonds nicht auch für sämtliche Gesellschaften als Sanierungsinstrument mit den entsprechenden steuerlichen Erleichterungen zur Anwendung kommen könnte. Zumindest belegte dies eine Studie der University of California in Berkeley.[351] Diese kam zum Ergebnis, dass sich CoCo Bonds generell für alle möglichen Gesellschaften zur Krisenabwendung und -bewältigung eignen können. Der Vorteil der CoCo Bonds liege insbesondere darin, dass im Falle einer Unterkapitalisierung Fremdkapital in Eigenkapital gewandelt werden kann und die Unternehmungen so automatisch rekapitalisiert würden. Mögliche ex post Anstrengungen, um neues Kapital zu beschaffen bzw. Eingriffe des Staates würden sich damit erübrigen, was die Rekapitalisierungskosten tief hält.[352] Die Studie zeigt jedoch auch auf, dass solche Sanierungsinstrumente und insbesondere der Trigger einer minimalen Regulierung bedarf, um zu verhindern, dass die Unternehmungen kurz vor oder während der Wandlung dennoch scheitern.[353] Wie liessen sich CoCo Bonds ins schweizerische handelsrechtliche Sanierungsrecht einordnen?

a) Rechtliche Behandlung von Sanierungsleistungen im Aktienrecht

Im Obligationenrecht finden sich zwei zentrale Bestimmungen zur Sanierung der Aktiengesellschaft in Art. 725 OR sowie Art. 725a OR.[354] Art. 725 OR dient dem Schutz des Aktienkapitals. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass eine Gesellschaft stets mit genügend eigenen Mitteln ausgestattet ist, um am Geschäftsverkehr teilnehmen zu können.[355] Der Verwaltungsrat hat dabei um eine angemessene Kapital-

---

Anm.: Zuvor haben bereits zwei Unternehmungen CoCo Bonds emittiert: Lloyds in der Höhe von GBP 9 Mrd sowie Rabobank in der Höhe von EUR 1.25 Mrd. (vgl. DIETHELM, S. 5).

350 Vgl. SCHILTKNECHT, NZZ, S. 28.

351 Vgl. die Studie von ALBUL/JAFFEE/TCHISTYI.

352 Vgl. ALBUL/JAFFEE/TCHISTYI, S. 3.

353 Vgl. ALBUL/JAFFEE/TCHISTYI, S. 16.

354 Anm.: Diese Bestimmung gilt gemäss Art. 820 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 725 und 725a OR auch für die GmbH.

355 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 1.

ausstattung besorgt zu sein.[356] Im Falle einer betriebswirtschaftlichen Unterkapitalisierung hat er bei der Generalversammlung eine Kapitalerhöhung zu beantragen oder nachrangiges Fremdkapital zu schaffen.[357]

Die gesetzliche Regelung in Art. 725 Abs. 1 OR sieht im Detail vor, dass der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen[358] zu beantragen hat, sobald die Hälfte des Aktienkapital und der gesetzlichen Reserven[359] nicht mehr gedeckt sind, d.h. wenn der Verlustsaldo nach Verrechnung mit den freien Reserven die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven übersteigt. In diesem Fall liegt ein hälftiger Kapitalverlust mit gleichzeitiger Unterbilanz vor.[360] Besteht gemäss Art. 725 Abs. 2 OR begründete Besorgnis einer Überschuldung, so muss eine Zwischenbilanz erstellt und durch einen zugelassenen Revisor geprüft werden. Ergibt die Prüfung, dass die Forderungen der Gesellschaft weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat eine Überschuldungsanzeige beim Richter einzureichen.[361] Die eingegangene Überschuldungsanzeige verpflichtet den Richter daraufhin, im Falle einer tatsächlichen Überschuldung der Gesellschaft, den Konkurs zu eröffnen, ausser es bestehe Aussicht auf eine dauerhafte Sanierung (Art. 725a Abs. 1 OR).[362]

Von einer Überschuldungsanzeige kann nur abgesehen werden, wenn Gläubiger erklären, im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurückzutreten (sog. Rangrücktritt).[363] Durch den Rangrücktritt übernehmen einzelne Gläubiger die Rolle von Verlustgläubigern, indem sie erklären, im Falle einer Nachlassstundung, einer Liquidation oder eines Konkurses hinter den Rang aller anderen Gläubiger zurückzutreten, bis diese voll befriedigt sind.[364] Um eine „eigenkapitalähnliche" Wirkung zu entfalten, haben mit dem Rangrücktritt jedoch weitere Vereinbarungen einherzugehen. So wird während der Zeit der Überschuldung die Tilgungs- sowie die Zinszahlungszahlungspflicht regelmässig gestundet.[365] Dies ist jedoch gemäss geltender Fassung nicht Voraussetzung, betrifft der Rangrücktritt doch nur die Präferenzstellung unter den Gläubigern. Der im Rang zurückgetretene könnte demnach bis zur Insolvenz stets seine fälligen Zinsen und den Kapitalbetrag geltend machen. Im

356 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 729.

357 Vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag, S. 122.

358 Anm.: BÖCKLI fasst mögliche Massnahmen anschaulich zusammen (Aktienrecht, § 13 N 752 mit weiteren Hinweisen): Kapitalschnitt (Harmonika bzw. Sacheinlage oder Verrechnung mit bestehenden Schulden), Kapitalerhöhung ohne Kapitalschnitt (z.B. durch Umwandlung von Forderungen in Aktien), A fonds perdù-Zuschüsse, Rangrücktritt, partieller Forderungsverzicht, Aktienverkauf, Sanierungsfusion oder Notverkauf des Unternehmens.

359 Anm.: Dabei ist in der Lehre umstritten, wie die Berechnungsgrundlage zu ermitteln ist. Durch die Aktienrechtsrevision vom 21. Dezember 2007 soll diese Unsicherheit beseitigt werden (vgl. MEYER TOBIAS, S. 208 f).

360 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 18; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 741.

361 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40 ff.

362 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 1 ff.

363 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40.

364 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 794; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 45.

365 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 795.

neuen Gesetzesentwurf zur grossen Aktienrechtsrevision soll dies nun geklärt werden, indem eine Stundung der Forderung vorgesehen sowie ein Zinszahlungs- und Tilgungsverbot statuiert werden.[366]

b) CoCo Bonds als Sanierungsinstrument in Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR

Die gesetzliche Regelung, wonach nur ein Rangrücktritt eine Überschuldungsanzeige verhindern kann, scheint bedenklich und wurde in der Literatur auch kritisiert; So führe ein Rangrücktritt nicht zu einer wirklichen Gesundung der Gesellschaft, da er letzten Endes nur ein aufgeschobener Konkursausbruch nach sich zieht.[367] Weder führt der Rangrücktritt zu einer Beseitigung der Überschuldung, noch wird der Gesellschaft damit Eigenkapital oder Liquidität zugeführt. Kurzfristig wird aufgrund wegfallender Zinszahlungen lediglich ein Bargeldabfluss verhindert.[368] Die Möglichkeit, einen Rangrücktritt zu vereinbaren, kann deshalb nur mit der Pflicht des Verwaltungsrates einhergehen, eine dauerhafte Sanierung der Gesellschaft einzuleiten.[369] Der Verwaltungsrat wird dabei aber regelmässig in einem Dilemma stecken, da eine Mittelbeschaffung auf dem Markt bei einer betriebswirtschaftlichen Unterkapitalisierung kaum möglich sein wird. Es bleibt ihm deshalb oft nichts anderes übrig, als den Geschäftsumfang zu reduzieren, indem er z.B. Aktiven abstösst.[370]

Der Gesetzesentwurf zur grossen Aktienrechtsrevision bringt gesetzliche Neuerungen auch im Bereich der Sanierungsmassnahmen und -möglichkeiten. Gemäss Art. 653b Abs. 1 Ziff. 5 OR soll es neu möglich sein, auch sämtlichen Gläubigern von Anleihens- oder ähnlichen Obligationen eine Aktienoption einzuräumen. Dies soll ihnen im Falle eines Forderungsverzichtes bei einer Sanierung ermöglichen, ein Recht zum Bezug von Aktien der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zu einem vorteilhaften Preis zu beziehen.[371] Zudem soll neu die in der Lehre seit langem umstrittene Verrechnungsliberierung bei Kapitalerhöhungen (sog. Debt/Equity Swap) gemäss Art. 634b Abs. 2 E-OR ausdrücklich möglich sein, sofern dadurch eine Überschuldung der Gesellschaft beseitigt werden kann.[372]

Sowohl ein Forderungsverzicht von Gläubigern gekoppelt mit der Ausgabe von Aktienoptionen als auch die Verrechnungsliberierung verringern die Höhe des Fremdkapitals und reduzieren so, im Gegensatz zum reinen Rangrücktritt[373], tatsächlich eine Überschuldung. Dennoch ist der Verwaltungsrat bei beiden Massnahmen im Falle einer Überschuldung auf die Gunst der Aktionäre angewiesen. Sie können

---

366 Vgl. Art. 725 Abs. 5 E-OR 2007; BOTSCHAFT AG 2007, S. 1691; BÜHLER, S. 447.

367 Vgl. VON GREYERZ, S. 27.

368 Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 47; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 805.

369 Vgl. ZK-HOMBURGER, N 1284.

370 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 731.

371 Vgl. BOTSCHAFT AG 2007, S. 1647; BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 195a; BÜHLER, S. 448.

Anm.: Bisher wurden als Abfindung meist Genuss- oder Besserungsscheine ausgegeben (vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 195a).

372 Vgl. Übersicht über den Meinungsstreit bei BÜHLER, S. 448.

Anm.: GLANZMANN kritisiert allerdings, dass die Verrechnungsliberierung nur im Falle einer Sanierung zulässig sein soll (vgl. GLANZMANN, Verrechnungsliberierung, S. 15 f).

373 Anm.: So die Forderung des Gläubigers, der einen Rangrücktritt verspricht dennoch als Passivum zu bilanzieren (vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag, S. 131).

also nicht als Präventionsmassnahme bereits vor dem Eintreten einer Überschuldung ergriffen werden, sondern bedürfen der Zustimmung der Gläubiger zu einem Zeitpunkt, in welchem die Gesellschaft bereits in Schieflage geraten ist.

CoCo Bonds weisen gegenüber den oben beschriebenen Massnahmen verschiedene Vorteile auf: Zum einen können die bedingten Pflichtwandelanleihen zu einem Zeitpunkt ausgegeben werden, zu welchem die Gesellschaft noch über eine gesunde Kapitalbasis verfügt. Während der Laufzeit erhalten die Gläubiger dann einen Zins, dessen Höhe marktgerecht gebildet wird. Damit erhalten sie eine Entschädigung für das Risiko eines möglichen Forderungsausfalles der emittierenden Gesellschaft. Die Gläubiger erhalten folglich im Gegensatz zum Rangrücktritt oder dem Forderungsverzicht einen echten Anreiz in die Wandelanleihen zu investieren. Coco Bonds können auch eine echte Alternative zu den neu vorgesehenen Aktienoptionen darstellen. Wird doch der auslösende Moment im Vornherein, vertraglich oder gesetzlich im Falle eines Unterschreiten einer bestimmten Eigenmittelquote, festgelegt und ist die Gesellschaft im Überschuldungsfall dann nicht mehr auf die Zustimmung der Gläubiger angewiesen. Dies kann die Rekapitalisierungskosten erheblich reduzieren.[374]

In der Schweiz sind bisher kaum Fälle bekannt, bei welchen ein Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR tatsächlich zu einer zufriedenstellenden Sanierung geführt hat. Zu gross ist die Schockwelle der Gläubiger, der Lieferanten und der übrigen Teilnehmer am Kapital- und Gütermarkt, die durch eine Überschuldung ausgelöst wird.[375] Durch die Wandlung von CoCo Bonds kann eine Überschuldung tatsächlich beseitigt werden, was dazu beitragen könnte, das Vertrauen der Marktteilnehmer gegenüber der Gesellschaft zu stützen.

Es fragt sich nun aber, wie die Wandlung ausgelöst werden könnte. Eine Möglichkeit wäre, eine Wandlung von CoCo Bonds in Art. 725 Abs. 2 OR als Alternative zum Rangrücktritt vorzusehen, um eine Überschuldungsanzeige abzuwenden. Diesfalls müssten allerdings klare Anforderung an den Tatbestand der Überschuldung gestellt werden, damit der Verwaltungsrat nicht in Versuchung gerät, die Rechnungslegung bewusst zu beeinflussen.[376] Denkbar wäre auch eine hoheitliche Auslösung durch den Richter nach erfolgter Überschuldungsanzeige.

CoCo Bonds sind als generelles Sanierungsinstrument durchaus prüfenswert. Ohne begleitende steuerliche Erleichterungen dürfte sich jedoch die Emission von CoCo Bonds auf dem schweizerischen Markt schwer tun.

---

374 Anm.: Wie dies bereits vorstehend dargelegt wurde (vgl. Kap. 4.4.3).

375 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 815o.

376 Vgl. BREITKREUZ/VOLLMAR, S. 150.

Anm.: Eine ähnliche Problematik besteht aber bereits unter geltendem Recht. So scheint z.B. fraglich, wann zu Liquidationswerten zu bilanzieren ist, was das Vorliegen einer Überschuldung erheblich beeinflusst (vgl. dazu GLANZMANN, Kapitalausstattung, S. 53 sowie MEYER TOBIAS, S. 130 mit weiteren Hinweisen).

c) CoCo Bonds als Sanierungsinstrument im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG

Sollten sich CoCo Bonds als taugliches Sanierungsinstrument auch für Nichtbanken erweisen, so wären steuerliche Rahmenbedingungen, die Anreize zur Emission von CoCo Bonds setzen, notwendig. Dies belegt auch die Studie der University of California.[377] Dazu könnte eine weitere Ausnahme im Stempelsteuergesetz aufgenommen werden. M.E. wäre jedoch auch eine Subsumtion von Sanierungsleistungen unter die geltende Ausnahme von der Erhebung der Emissionsabgabe in Art. 6 Abs. 1 lit. k StG[378] durch Merkblätter oder Kreisschreiben der EStV möglich. Entspricht die Ausgabe von CoCo Bonds doch dem Sinn und Zweck der Bestimmung. So soll die Emissionsabgabe in erster Linie Verkehrsvorgänge besteuern, bei denen eine gewisse Finanzkraft zum Ausdruck kommt. Im Falle einer Sanierungsbedürftigkeit fehlt es jedoch an dieser Leistungsfähigkeit, weshalb bereits gemäss altem Recht im Falle von Sanierungsleistungen die Möglichkeit zum Erlass der Emissionsabgabe vorgesehen war.[379] Sanierungsmassnahmen sollen ja gerade den Fortbestand der Gesellschaft sichern, was nun im pauschalen Freibetrag in Art. 6 Abs. 1 lit. k StG zum Ausdruck kommt. Unter dem Begriff der „Sanierung" werden sämtliche Massnahmen verstanden, die dazu dienen, Krisensituationen zu mildern oder zu überwinden.[380] Dies bedingt, dass durch die vorgenommenen Massnahmen nicht neue Reserven geschaffen, sondern Verluste eliminiert werden.[381] CoCo Bonds haben einen ähnlichen Sanierungseffekt und dienen dem Fortbestand der Unternehmung: Obwohl der direkte Mittelzufluss zwar bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt, bewirken der Passivtausch eine Beseitigung der Unterbilanz und die wegfallenden Zinszahlungspflichten eine Verbesserung der Liquiditätslage.

---

377 Vgl. ALBUL/JAFFEE/TCHISTYI, S. 22.

378 Anm.: Nähere Ausführungen zur Besteuerung von Sanierungsleistungen vorne in Kap. 4.4.1.a).

379 DUSS, S. 74.

380 Vgl. KUHN/SCHREIBER, S. 695.

381 Vgl. DUSS, S. 74.

5 Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Mit den am 1. August 2010 in Kraft getretenen neuen Art. 16a StV und Art. 14a VStV bezweckte der Bundesrat die Umsetzung der bereits seit geraumer Zeit geforderten finanziellen Erleichterung der konzerninternen Finanzierungstätigkeit. Neu qualifizieren Konzernfinanzierungsaktivitäten, wie Gruppenfinanzierungen und Cash Pooling, weder als Obligationen noch als Kundenguthaben, sodass darauf künftig weder die Emissionsabgabe noch die Verrechnungssteuer erhoben werden. Durch diese Konzernausnahme korrigierte der Bundesrat eine gesetzeswidrige Praxis der EStV, die bis zum Inkrafttreten der neuen Bestimmungen solche Finanzierungsaktivitäten einer Besteuerung zuführte.

Der mutige Schritt des Bundesrates wird jedoch durch Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen relativiert. Demnach können Konzerne dann nicht von der Konzernausnahme profitieren, wenn eine Konzerngesellschaft im Ausland mittels Garantie einer inländischen Konzerngesellschaft Obligationen ausgibt. Damit sind insbesondere inländisch beherrschte Konzerne mit ausländischen Tochtergesellschaften benachteiligt. Der teleologisch ermittelbare Sinn und Zweck des gesetzlichen Obligationen- und Kundenguthabenbegriffes erlaubt eine Subsumtion von konzerninternen Darlehen unter die geltenden Gesetzesbestimmungen aber nicht. Der Bundesrat hätte demnach lediglich eine implizite Gesetzgebungskompetenz zur Verhinderung der Steuerumgehung aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbotes. Die pauschale Unterstellung sämtlicher konzerninterner Finanzierungsverhältnisse (durch Umqualifizierung) als Obligationen und Kundenguthaben unter die Emissions- und Verrechnungssteuerpflicht - sobald die quantitativen Kriterien erfüllt sind und wenn durch eine ausländische Gesellschaft mittels Garantie einer inländischen im Ausland Obligationen ausgegeben werden - dient aber in keiner Weise der Verhinderung der Steuerumgehung. Durch Erlass der Garantieklausel in Abs. 3 der neuen Verordnungsbestimmungen hat der Bundesrat damit sowohl das Gewaltenteilungs-, das Legalitäts- als auch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die geschaffene Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländisch beherrschten Konzernen verstösst zudem gegen die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot und lässt sich nicht aufgrund von Praktikabilitätsargumenten rechtfertigen.

Auch ist nicht restlos nachvollziehbar, weshalb der Bundesrat in Abs. 2 der neuen Verordnungsbestimmungen einen neuen Konzernbegriff eingeführt hat.

Im Rahmen der „Too big to fail"-Massnahmen wurde nun in einem ersten Botschaftsentwurf im April 2011 eine Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital beschlossen. Dies würde zu einer tatsächlichen Attraktivitätssteigerung des schweizerischen Kapitalmarktes führen. Insbesondere wäre damit endlich aber auch die Kluft zwischen dem handelsrechtlichen- und steuerrechtlichen Obligationenbegriff beseitigt.

Als Novum wurde im Zuge der „Too big to fail"-Massnahmen das Instrument der Contingent Convertible Bonds für systemrelevante Banken eingeführt. Diese könnten sich aber auch als taugliches neues Sanierungsinstrument für sämtliche Gesellschaften erweisen. Sie liessen sich insbesondere in die gesetzliche Ordnung von Art. 725 OR einordnen. Vorausgesetzt aber ist, dass damit auch steuerliche Erleich-

terungen einhergehen. Diese könnten aufgrund des Sinn und Zweckes von Art. 6 Abs. 1 lit. k StG auch mittels einer neuen Praxisanweisung des EStV erreicht werden.

Es wäre zu begrüssen, wenn das Parlament im Rahmen der grossen Aktienrechtsrevision die Einführung des Instruments der CoCo Bonds für sämtliche Unternehmungen zumindest prüft. Durch die generelle Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital und auf Eigenkapital könnte zudem die Diskussion über deren emissionsabgaberechtliche Behandlung überflüssig werden. Da sich die Emissionsabgabe insbesondere im internationalen Vergleich als Auslaufmodell erwiesen hat, bleibt zudem hoffen, dass der Schritt einer generellen Abschaffung der Emissionsabgabe im Laufe der kommenden Jahre auch in der Schweiz tatsächlich gewagt wird.

Ich erkläre hiermit,

- Dass ich die vorliegende Arbeit ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung andrerer als der angeblichen Hilfsmittel verfasst habe.
- Dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln nach bestem Wissen und Gewissen korrekt zitiert habe.

Ort, Datum_____ Unterschrift_____

Anhang: Interview- und Gesprächsleitfaden

Erleichterung der konzerninternen Finanzierungstätigkeit

Gesprächspartner: Markus Portmann, KPMG

Allgemein

1. Wie wichtig sind konzerninterne Finanzierungstätigkeiten, wie Cash Pooling und die Gruppenfinanzierung, in der Praxis?
2. Welche Konzerne/Unternehmungen haben überhaupt Cash Pools resp. Gruppenfinanzierungsaktivitäten?

Obligationenbegriff

3. Die Praxis der ESTV betreffend der 10/20-Regel führt zu einer Kluft zwischen handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Begriffsdefinitionen der Obligationen und der Kundenguthaben. Es kann also passieren, dass eine Unternehmung steuerpflichtig wird, ohne dass sie sich dieser Tatsache wirklich bewusst ist. Sind dir Fälle bekannt, in denen ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung eingeleitet worden ist? Schliesslich funktioniert die Emissionsabgabe nach dem Prinzip der Selbstveranlagung.
4. Werden in der Praxis in der Regel Steuerexperten beigezogen, wenn Konsortialkredite eingegangen werden?
5. Besteht überhaupt ein Bewusstsein für allfällige steuerrechtliche Implikationen?
6. Wie werden Konsortialkredite in der Praxis gestaltet, damit nicht in die Falle der 10/20-Regel hineingetreten wird?

Steuerumgehung

7. Steuerumgehung bei der Ausgabe von Obligationen wird gemäss Praxis der EStV angenommen, wenn eine ausländische Gesellschaft mittels Garantie einer inländischen Gesellschaft Obligationen im Ausland ausgibt und die Mittelverwendung in der Schweiz geschieht. Wie funktioniert in der Praxis der Nachweis der Mittelverwendung in der Schweiz? Ist es überhaupt möglich Zahlungsströme im Konzern penibel genau nachzuverfolgen? Gerade aufgrund einer Transfer Pricing-Awareness im Konzern muss doch eigentlich jeder Franke nachgewiesen werden können.
8. M.E. geht der Bundesrat mit Erlass der neuen Verordnungsbestimmungen zu weit. So unterstellt er sämtliche konzerninterne Cash Pools und Gruppenfinanzierungen pauschal einer Steuerpflicht, sobald eine ausländische Gesellschaft im Ausland mittels Garantie einer inländischen Gesellschaft Mittel aufnimmt. Eine solche Besteuerung lässt sich aber nicht aus dem Sinn und Zweck des gesetzlichen Obligationenbegriffes ableiten und dient auch nicht der Verhinderung der Steuerum-

gehung. Zudem handelt es sich bei der Mittelaufnahme mittels Garantie im Ausland und der konzerninternen Finanzierungstätigkeit um zwei völlig getrennte Vorgänge, die nicht zu vermischen sind. Dadurch dass der Bundesrat die konzernexterne Beziehung zur Qualifikation der konzerninternen heranzieht, geht er klar über den gesetzlichen Obligationenbegriff hinaus. Eine implizite Gesetzgebungskompetenz besteht jedoch nur, sofern ein Rechtsmissbrauch verhindert werden soll. Ist diese Ansicht deiner Meinung nach vertretbar?

9. Welche Bedeutung haben inländische Garantien in der Praxis?

10. Werden Konzerne aufgrund der in Kraft getretenen Verordnungsbestimmungen deiner Meinung nach in Zukunft ihre Finanzierungstätigkeiten vermehrt in die Schweiz verlagern?

11. Welche Massnahmen werden in der Praxis getroffen, um Cash Pooling-Aktivitäten und Gruppenfinanzierungen in der Schweiz trotz der neuen Regelung dennoch zu ermöglichen?

Vollkonsolidierung

12. Der Bundesrat bestimmt, dass von der Konzernausnahme nur vollkonsolidierte Gesellschaften profitieren können. Nach anerkannten Rechnungslegungsstandards sind dies Gesellschaften, bei denen eine Möglichkeit zur Beherrschung durch Stimmenmehrheit, Vertrag oder Statuten besteht. Gerade bei Gesellschaften die börsenkotiert sind, ist aber eine Beherrschung bereits ab 20 oder 30 % Stimmenanteil möglich. Dies zeigt sich dann durch eine Equity Konsolidierung, bei welcher ein massgeblicher Einfluss vermutet wird. Hätte die Konzernausnahme nicht auch für solche Gesellschaften vorgesehen werden sollen?

13. Wie gross ist in der Praxis der Einfluss der Muttergesellschaften tatsächlich bei solchen Equity konsolidierten-Gesellschaften?

Neuregelung im Rahmen der „Too big to fail“-Problematik

Gesprächspartner: Roland Reding, KPMG

1. Wie schätzt du den Erfolg von CoCo Bonds in der Praxis ein? Wäre die Ausgabe von solchen Produkten auch für Nichtbanken denkbar?

2. Liessen sich CoCo Bonds unter die geltende Praxis der EStV betreffend die Besteuerung von Wandelanleihen subsumieren?

3. Sind dir persönlich Fälle aus der Praxis bekannt, in welchen bereits CoCo Bonds-ähnliche Produkte emittiert wurden?

CoCo Bonds und Sanierung

Gesprächspartner: Felix Schalcher, KPMG

1. Im Zuge der Unternehmenssteuerreform II wurden auch Neuerungen im Bereich von Sanierungsmassnahmen vorgesehen (Art. 6 Abs. 1 lit. j und k StG). Darin sieht das Gesetz eine Ausnahme von der Besteuerung vor, wenn Beteiligungsrechte begründet oder deren Nennwert bis zur Höhe vor der Sanierung erhöht werden. Der Bundesrat präzisiert in seiner Botschaft, dass mit dieser Befreiung verhindert werden soll, dass neue Mittel stempelsteuerfrei der Unternehmung zufliessen können. Deshalb gelte die Ausnahme nur für Fälle der Harmonika nach Art. 732a OR. Wäre es nicht dennoch denkbar, Contingent Convertible Bonds unter die geltende Bestimmung teleologisch zu subsumieren? Schliesslich fliessen damit nicht neue Mittel der Gesellschaft zu. Eine Wandlung entspricht vielmehr dem Sinn und Zweck der Bestimmung, Verluste im Falle einer Unterbilanz zu beseitigen.

2. Sind dir allenfalls Fälle bekannt, bei denen ähnliche Instrumente eingesetzt worden sind? Falls ja, wie wurden diese steuerrechtlich behandelt?