

Stefan Köhler | Sören Goebel | Andreas Körner  
(Hrsg.)

# Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung

2. Auflage

SCHÄFFER  
POESCHEL

SCHÄFFER  

---

POESCHEL



Stefan Köhler/Sören Goebel/Andreas Körner (Hrsg.)

# **Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung**

2017

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

**Bearbeiterübersicht:**

**Bock: A IV**

**Broviy: D**

**Bustorff: E**

**Ehlermann: K**

**Eilinghoff: A I 1, 3-4, II-III, C, D**

**Geurts: L**

**Goebel: C**

**Haisch: J**

**Kaiser: F**

**Köhler: H**

**Körner: A I 2, B, I**

**Lechner: J**

**Nakhai: K**

**Rupp: G**

**Scholz: F**

**Sinderhauf: A I 1, 3-4, II-III**

Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem, säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Print: ISBN 978-3-7910-3415-7 Bestell-Nr. 20345-0002

EPDF: ISBN 978-3-7992-6955-1 Bestell-Nr. 20345-0151

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

© 2017 Schäffer-Poeschel Verlag für Wirtschaft • Steuern • Recht GmbH

[www.schaeffer-poeschel.de](http://www.schaeffer-poeschel.de)

[service@schaeffer-poeschel.de](mailto:service@schaeffer-poeschel.de)

Umschlagentwurf: Goldener Westen, Berlin

Umschlaggestaltung: Kienle gestaltet, Stuttgart

Satz: preXtension, Grafrath

Druck und Bindung: Kösel, Krugzell

Printed in Germany

Februar 2017

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Ein Tochterunternehmen der Haufe Gruppe

# Vorwort

Willkommen auf den ersten Seiten dieses Handbuchs, in dem wir in verbesserter, aktualisierter und erweiterter 2. Auflage eine ausgewogene Mischung aus wissenschaftlicher Fundierung und praktischer Erfahrung unter Einbezug von Beratungshinweisen zur Verfügung stellen wollen. Ziel ist es, eine weitestgehend systematisch geschlossene Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerlicher Behandlung im unternehmerischen Umfeld zu leisten, um damit denjenigen, die mit dieser Materie beruflich betraut sind oder sich damit vertraut machen wollen, einen hoffentlich gern und viel genutzten Ratgeber an die Hand zu geben.

Gegenstand dieses Buchs ist eines der zentralen Themen für die Unternehmung und deren Steuerfunktion. Was für einen Motor Benzin und Öl, also Treibstoff und Schmiermittel sind, das ist die Finanzierung für die Unternehmung. Ohne hinreichende Liquidität bleibt ein Unternehmen stehen, Illiquidität führt (anders als die bilanzielle Überschuldung) zum „schnellen Tod“ des Unternehmens. Entsprechend muss die Unternehmung stets dafür sorgen, zu jedem Zeitpunkt ausreichende Liquidität vorzuhalten. Diese kann im Grundsatz durch Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung gestellt werden bzw. durch deren zahlreiche Sonder- und Unterformen sowie Kombinationen von Finanzierungsinstrumenten.

Die Bandbreite möglicher Finanzierungsformen beginnt bei unterschiedlichsten Ausprägungen von Eigenkapital (z. B. Inhaber-Aktien mit oder ohne Stimmrechte, vinkulierte Namensaktien oder nicht handelbare GmbH-Anteile) und geht über hybride Finanzierungsformen (wie z. B. Genussscheine, Aktien- und Umtauschanleihen, Zerobond-Wandelanleihen etc.) bis zu verschiedenen Arten der Fremdfinanzierung. Mögliche Fremdfinanzierungsinstrumente reichen vom schlichten Lieferantenkredit durch verlängertes Zahlungsziel und „üblichen“ Bankdarlehen über kapitalmarktorientierte Instrumente (wie z. B. High Yield Bonds) bis hin zu komplexen Finanzinnovationen und schließen so auch alternative Finanzierungsformen wie z. B. Factoring, Forfaitierung oder ABS-Programme mit ein.

Weiterhin ist zwischen der konzernexternen und der konzerninternen Finanzierung zu unterscheiden. Dabei geht es bei letzterer vornehmlich um die Frage, auf welche Art die insgesamt einem Konzern zur Verfügung stehenden Finanzmittel innerhalb des Konzerns den (operativen) Einheiten zur Verfügung gestellt werden. Der steuerplanerischen Komponente kommt dabei im Rahmen der konzerninternen Finanzierung häufig eine erhöhte Bedeutung zu, da – anders als bei der konzernexternen Finanzierung – i. d. R. erhöhte Freiheitsgrade bezüglich der Ausgestaltung bestehen, die steuerplanerisch besetzt werden wollen/sollten.

Ferner ist zu beachten, dass jede Form der Kapitalüberlassung nach einer angemessenen Vergütung verlangt. Der Eigenkapitalgeber möchte (aus Gewinnausschüttungen und ggf. Veräußerungsgewinnen) Renditen (möglichst) oberhalb der Fremdkapitalvergütung erzielen, der Fremdkapitalgeber wiederum orientiert seine Renditeerwartung an Laufzeit, Sicherheiten, Risiken etc. und stellt entsprechend seine Zinserwartungen ein. Die effektiven Kapitalkosten für das Unternehmen ergeben sich vor diesem Hintergrund aus der zu leistenden Vergütung für das überlassene Kapital und insbesondere den damit in Verbindung stehenden (z. T. erheblichen) Steuereffekten. Der Kapitalgeber wird die Rendite gleichfalls auf einer Nachsteuerbasis ermitteln und die Steuereffekte damit ebenfalls einbeziehen.

Hieraus ergeben sich eine Vielzahl komplexer Fragen und Entscheidungsprobleme. Denn genauso variantenreich wie die Finanzierungsformen selbst sind auch die steuerlichen Regelungen. Diese betreffen vor allem die Fragen, ob, wann und wie die Vergütungen bei dem Leistenden abzugsfähig bzw. bei dem Empfänger der Besteuerung zu unterwerfen sowie ob und wann Verluste aus Finanzierungstätigkeit abzugsfähig sind. Während auf der Ebene des Kapitalnehmers

(Nutzers) Fremdfinanzierung aufgrund der grundsätzlichen Abzugsfähigkeit von Fremdfinanzierungsaufwand (Zins) relativ an Attraktivität gegenüber einer klassischen Eigenkapitalfinanzierung (die als Folge der fehlenden steuerlichen Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten insoweit „besonders teures“ Kapital darstellt) gewinnt, kann sich die Betrachtung auf Ebene des Kapitalüberlassenden (Gebers) ins Gegenteil verkehren. Dieser Grundsatzbefund wird in der Praxis durch Ausnahmen und Gegenausnahmen (Sonderregelungen, Abzugsbeschränkungen – auch bei dem Kapitalgeber z. B. durch § 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG – Zusatzbelastungen durch Quellensteuern etc.) in seiner Aussagekraft allerdings erheblich relativiert.

Das vorliegende Werk soll vor dem Hintergrund dieser komplexen Materie ein hilfreicher Kompass durch das weite und unübersichtliche Feld der Besteuerung der Unternehmensfinanzierung sein. Die verknüpfende Darstellung von Finanzierungsformen und deren steuerlicher Behandlung, sowohl national als auch international, sollen den Nutzer dieses Handbuchs bei der Wahl von Finanzierungsformen unter Einbezug der sich ergebenden steuerlichen Effekte unterstützen. Zu diesem Zweck wurde der folgende Aufbau gewählt:

Teil A zeigt einleitend die wesentlichen steuerrechtlich grundlegenden Regelungsbereiche auf, die in Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung von Bedeutung sind.

Einen umfassenden Überblick über die Vielzahl von alternativen Finanzierungsformen einschließlich einer Darstellung der zivilrechtlichen Grundlagen und der deutschen steuerlichen Behandlung sowie Grundzüge der bilanziellen Abbildung leistet Teil B.

In den Teilen C und D werden Spezialnormen des deutschen Steuerrechts detailliert besprochen, die sich fast ausschließlich mit der teilweisen bzw. vollständigen (temporären) Nichtabzugsfähigkeit von Zinsaufwand beschäftigen (insbesondere Zinsschranke, gewerbesteuerliche Hinzurechnungsvorschriften).

Da Finanzierungsvorgänge auch umsatzsteuerlich relevant sind sowie z. B. durch Einschränkung/Versagung des Vorsteuerabzugs auch zu erheblichen (Sonder-)Belastungen führen können, werden relevante Kernaspekte dazu im Teil E behandelt.

Wenn und soweit Mittel nicht in Form von Eigenkapital überlassen werden, erfordern die allgemeinen steuerlichen Grundsätze in Bezug auf die Vergütung von Fremdkapital innerhalb von Unternehmensgruppen stets eine angemessene, dem Drittvergleichsgrundsatz entsprechende Vergütung. Aufgrund der Komplexität der relevanten Parameter für die Bestimmung des angemessenen Verrechnungspreises in der Konzernfinanzierung besitzen die in Teil F behandelten Problematiken eine entsprechend große Bedeutung in der Besteuerungspraxis.

Wesentliche Elemente der steuerlichen Behandlung der eigenkapitalbasierten Unternehmensfinanzierung werden in Teil G diskutiert; sowohl in Bezug auf den Beteiligungsbesitz an Tochterkapitalgesellschaften als auch (ausländischen) Personengesellschaften und Betriebsstätten.

Die Teile H und I knüpfen daran an und stellen die Eckpunkte der Steuerplanung unter Einsatz von ausländischen Finanzierungsgesellschaften deutscher Stammhäuser dar. Hierbei werden einerseits umfassend und praxisnah Aspekte hinsichtlich der deutschen steuerlichen Anerkennung ausländischer Finanzierungsgesellschaften (Teil H) und grundlegender Steuerplanungsansätze im Hinblick auf Konzernfinanzierungsgestaltungen erläutert sowie andererseits ein Überblick über relevante Standorte (Teil I) gegeben.

Die Unternehmensfinanzierung in der Krise stellt auch aus steuerlicher Sicht einen besonderen Problemfall dar, da sich Refinanzierung und Sanierung des angeschlagenen Unternehmens zu einer Steuerfalle entwickeln können. Deshalb erläutert Teil J die steuerliche Behandlung der Unternehmensrestrukturierung in der Krise und gibt diesbezüglich Gestaltungshinweise.

Anschließend widmet sich Teil K aufgrund der großen praktischen Bedeutung den steuerlichen Aspekten der Akquisitionsfinanzierung: Im „Wettbewerb“ um den Erwerb eines Unternehmens spielt der maximal bezahlbare Kaufpreis eine entscheidende Rolle; je umfassender der für die Zahlung des Kaufpreises erforderliche Zinsaufwand steuerlich wiederum geltend gemacht werden

kann, desto geringer sind die effektiven Finanzierungskosten und desto wettbewerbsfähiger wird das Gebot für den Erwerb ausfallen.

Teil L diskutiert eine Reihe ausgewählter Unternehmensumstrukturierungen und Kapitalmarkttransaktionen aus Sicht bzw. unter besonderem Einbezug des Kapitalmarkts und damit auch der steuerlichen Behandlung von (Streubesitz-)Aktionären. Diese Darstellung rundet die Analysen der vorangegangenen Teile des Buches ab, da dieser etwas andere Blickwinkel hilft, derartige Kapitalmarkttransaktionen nicht nur aus Sicht des Unternehmens, sondern auch aus Sicht weiterer Marktteilnehmer richtig einschätzen und beurteilen zu können.

Wir hoffen, dass Ihnen sowohl die einzelnen Teile des Buches als auch deren Zusammenschau Hilfe und Wegweiser durch die Vielzahl der (steuerlichen) Themen bedeuten.

Danken möchten wir in diesem Zusammenhang allen, die mit Ihrem großen Engagement dieses Werk ermöglicht haben. Dies sind zum einen die Autoren, die zusätzlich zu ihren sonstigen Verpflichtungen die Bereitschaft gezeigt haben, sich mit wertvollen Beiträgen und Praxiserfahrungen einzubringen. Zum anderen ist es der Verlag, und hier insbesondere Herr Rudolf Steinleitner, der gleichfalls zum Gelingen dieses Werkes beigetragen hat.

Frankfurt a. M./Dortmund/Wolfsburg, im Dezember 2016

*Die Herausgeber*



# Herausgeber

Dipl.-Kaufmann **Sören Goebel**, Steuerberater, Partner International Tax Services, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dortmund/Essen.

Dipl.-Kaufmann Prof. **Dr. Stefan Köhler**, Steuerberater, Partner, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt a. M. sowie Honorarprofessor für Internationales Steuerrecht Goethe-Universität Frankfurt a. M.

**Dr. Andreas Körner**, LL.M. (Tax), Rechtsanwalt und Steuerberater, Leiter der Abteilung Steuern International/Finanzierung/Umwandlung im Steuer- und Zollwesen eines DAX-Unternehmens, Wolfsburg.



# Autoren

**Volker Bock**, LL.M. (M&A), Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwalt, Partner Financial Services Tax, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt a. M.

**M.A. Olga Broviy**, Steuerberaterin, Partner, International Tax Services, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Dortmund/Essen.

**Ingo Bustorff**, Rechtsanwalt, Partner, Indirect Tax Financial Services, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Eschborn/Frankfurt a. M.

Dipl.-Volkswirt **Christian Ehlermann**, Steuerberater, Partner, International Tax Services, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München.

**Karolina Eilinghoff**, MBA (International Taxation), Internationale Steuerabteilung eines Großkonzerns, Berlin.

**Dr. Matthias Geurts**, Rechtsanwalt, Partner, Noerr LLP, Frankfurt a. M.

Dipl.-Kaufmann **Sören Goebel**, s. Herausgeber.

**Dr. Martin Haisch**, Rechtsanwalt, Tax, Partner, Dechert LLP, Frankfurt a. M.

Dipl.-Volkswirtin **Dr. Karolina Kaiser**, Vice President, Planning & Controlling, UniCredit Bank AG München.

Dipl.-Kaufmann Prof. **Dr. Stefan Köhler**, s. Herausgeber.

**Dr. Andreas Körner**, s. Herausgeber.

**Florian Lechner**, Rechtsanwalt, Tax, Partner, Linklaters LLP, Frankfurt a. M.

Mag. **Katja Nakhai**, Steuerberaterin, Director, International Tax Services, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München.

Dipl.-Finanzwirt **Thomas Rupp**, Oberregierungsrat, Referent für Internationales Steuerrecht, Ministerium für Finanzen Baden-Württemberg.

Dipl.-Volkswirt **Dr. Christian M. Scholz**, Partner, International Tax Services – Transfer Pricing, EY Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, München.

Dipl.-Kauffrau **Nadine Sinderhauf**, Steuerberaterin, Friebe – Prinz + Partner Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte mbB, Lüdenscheid.



# Abkürzungsverzeichnis

A	Abschnitt (Richtlinien)
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABS	Asset Backed Securities
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
ADS	Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen (Kommentar)
AdV	Aussetzung der Vollziehung
a.E.	am Ende
AEAO	Anwendungserlass zur Abgabenordnung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfA	Absetzung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AK	Anschaffungskosten
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
a.o.	außerordentlich/e/er
ARAP	aktiver Rechnungsabgrenzungsposten
Art.	Artikel
AStG	Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)
AV	Anlagevermögen
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BetrAvG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BewDV	Durchführungsverordnung zum Bewertungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Bundesfinanzhofs

## Abkürzungsverzeichnis

BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BStBK	Bundessteuerberaterkammer
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDS	Credit Default Swap
CFC	Controlled Foreign Company
DB	Der Betrieb
DBA	Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung
d. h.	das heißt
D/P/M	Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer (Kommentar)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DV	Durchführungsverordnung
EBITDA	Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
eG	eingetragene Genossenschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
einschl.	einschließlich
EK	Eigenkapital
EL	Ergänzungslieferung
ErbSt	Erbschaft- und Schenkungsteuer
ErbStG	Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz
Est	Einkommensteuer
EstDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EstG	Einkommensteuergesetz
EstH	Einkommensteuer-Handbuch
EstR	Einkommensteuer-Richtlinien
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft

## Abkürzungsverzeichnis

EZ	Erhebungszeitraum
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende, fortfolgende
F.	Fach
FA	Finanzamt
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIFO	First In – First Out
FK	Fremdkapital
F/M	Frotscher/Maas, Körperschaft-, Gewerbe- und Umwandlungssteuergesetz (Kommentar)
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds
FR	Finanz-Rundschau
FTS	Finanztransaktionssteuer
F/W/B/S	Flick/Wassermeyer/Baumhoff/Schönfeld, Außensteuerrecht (Kommentar)
GaufzV	Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewSt	Gewerbsteuer
GewStDV	Gewerbsteuer-Durchführungsverordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GewStH	Gewerbsteuer-Hinweise
GewStR	Gewerbsteuer-Richtlinien
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
G/G	Glanegger/Güroff, GewStG (Kommentar)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Kommanditgesellschaft mit einer GmbH als persönlich haftendem Gesellschafter
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
grds.	grundsätzlich
GrEst	Grunderwerbsteuer
GrEstG	Grunderwerbsteuergesetz
GrS	Großer Senat des BFH
G + V-Rechnung	Gewinn- und Verlustrechnung
GWG	Geringwertige Wirtschaftsgüter
H	Hinweis
HFA	Hauptfachausschuss
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HGB	Handelsgesetzbuch
H/K/G/R	Haun/Kahle/Goebel/Reiser, AStR (Kommentar)
H/H/R	Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG (Kommentar)
HS	Halbsatz

## Abkürzungsverzeichnis

IAS	International Accounting Standards
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
i. e. S.	im eigentlichen Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.H.d.	in Höhe der/des
i. H. v.	in Höhe von
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
InvStG	Investmentsteuergesetz
InvZul	Investitionszulage
InvZulG	Investitionszulagengesetz
IRC	Internal Revenue Code (Hauptbestandteil des Bundessteuergesetzes der USA)
i.R.d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne der/des
ISTR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JStG	Jahressteuergesetz
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KapErhG	Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Kapitalerhöhungsgesetz)
KapErhStG	Gesetz über steuerrechtliche Maßnahmen bei Erhöhung des Nennkapitals aus Gesellschaftsmitteln (Kapitalerhöhungs-Steuergesetz)
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KiSt	Kirchensteuer
Kj.	Kalenderjahr
K/K/K	Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl., München 2008
KO	Konkursordnung
KredReorgG	Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten
K/S/M	Kirchhof/Söhn/Mellinghof, EStG (Kommentar)
KSt	Körperschaftsteuer
KStDV	Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KVStG	Kapitalverkehrsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
lfd.	laufend
LFD	Landesfinanzdirektion

## Abkürzungsverzeichnis

LSK	Leitsatzkartei des deutschen Rechts (Datenbank beck-online)
LSt	Lohnsteuer
lt.	laut
M&A	Mergers & Acquisitions
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Millionen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MoRaKG	Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalgesellschaften
MTRL	Mutter-Tochter-Richtlinie
n. F.	neue Fassung
Nr.	Nummer/n
nrkr.	nicht rechtskräftig
n. v.	nicht veröffentlicht
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe für Steuer- und Wirtschaftsrecht
o. a.	oben angegeben
o.Ä.	oder Ähnlichem/s
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OECD-MA	OECD-Musterabkommen
OECD-MK	Kommentar zum OECD-Musterabkommen
OFD	Oberfinanzdirektion
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OTC	Over the Counter
PRAP	passiver Rechnungsabgrenzungsposten
PublG	Publizitätsgesetz
R	Richtlinie
RAP	Rechnungsabgrenzungsposten
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift)
RdNr.	Randnummer
RdVfg	Rundverfügung
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RiW	Recht der Internationalen Wirtschaft
rkr.	rechtskräftig
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtsache
RStBl	Reichssteuerblatt
Rz.	Randziffer

## Abkürzungsverzeichnis

S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SA	Société Anonyme (Aktiengesellschaft französischen Rechts)
SchVG	Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen
SE	Societas Europea (Europa AG)
Sec.	Section
SEStG	Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften
S/K/K	Strunk/Kaminski/Köhler, Außensteuergesetz – Doppelbesteuerungsabkommen – (Kommentar)
SolZ	Solidaritätszuschlag
SolZG	Solidaritätszuschlagsgesetz
SPE	Special Purpose Entity
SPV	Special Purpose Vehicle
StÄndG	Steueränderungsgesetz
StandOG	Standortsicherungsgesetz
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
StEntlG	Steuerentlastungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StSenkG	Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung
StVergAbG	Steuervergünstigungsabbaugesetz
T/G/J	Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (Kommentar)
Treas. Reg.	Treasury Regulations (Steuerrichtlinien in den USA)
tw.	teilweise
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
Übg	Die Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
u. E.	unseres Erachtens
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwSt-Erl	Umwandlungssteuererlass
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UntStR	Unternehmensteuerrecht
UntStRefG	Unternehmensteuerreformgesetz
Urt.	Urteil
US-GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
USt	Umsatzsteuer
UStAE	Umsatzsteuer-Anwendungserlass
UStDV	Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Richtlinien
u. U.	unter Umständen

## Abkürzungsverzeichnis

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vEK	für Ausschüttungen verwendbares Eigenkapital (verwendbares Eigenkapital)
Verw. -Anw.	Verwaltungsanweisung
Vfg.	Verfügung
vGA	verdeckte Gewinnausschüttung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vs.	versus
VuV	Vermietung und Verpachtung
VVAG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VZ	Veranlagungszeitraum
Wj.	Wirtschaftsjahr
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
Ziff.	Ziffer
ZLRL	Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie
z. T.	zum Teil
zutr.	zutreffend
zzgl.	zuzüglich
zzt.	zurzeit



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Herausgeber .....	IX
Autoren .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII

## Teil A

### Steuerliche Grundprinzipien und Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung .....

1

<b>I</b>	<b>Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung .....</b>	<b>3</b>
1	Grundsatz der Finanzierungsfreiheit und deren Einschränkungen im Steuerrecht .....	3
2	Kritik der konzeptionellen Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung .....	4
3	Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz .....	12
4	Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen .....	14
<b>II</b>	<b>Steuerrechtliche Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung .....</b>	<b>17</b>
1	Verdeckte Gewinnausschüttungen .....	17
2	Verdeckte Einlagen .....	28
3	Mitunternehmerschaften .....	33
4	Organschaften .....	34
<b>III</b>	<b>Grenzüberschreitende Finanzierungen .....</b>	<b>37</b>
1	Inbound-Finanzierung .....	37
2	Outbound-Finanzierung .....	42
<b>IV</b>	<b>Finanztransaktionssteuer .....</b>	<b>47</b>
1	Einleitung .....	47
2	EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer .....	48
3	Britische Stempelsteuer und Stempelersatzsteuer .....	52
4	Französische Finanztransaktionssteuer .....	54

## Teil B

### Grundlegende Analyse einzelner Finanzierungsformen .....

59

<b>I</b>	<b>Eigenkapital .....</b>	<b>63</b>
1	Stammaktien und GmbH-Anteile .....	63
2	Vorzugsaktien .....	105

# Inhaltsübersicht

<b>II</b>	<b>Fremdkapital</b> .....	107
1	Intercompany Loans und externe Darlehen .....	107
2	Schuldverschreibungen und Kapitalmarktaufnahmen .....	141
3	Cashpooling.....	142
<b>III</b>	<b>Hybridkapital</b> .....	145
1	Begriffsbestimmung, Zielsetzungen .....	145
2	Steuerrechtliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital: Genussrechtstest .....	163
3	Trendempfehlungen für die Strukturierung .....	174
4	Ausgewählte hybride Instrumente .....	174
<b>IV</b>	<b>Bürgschaften, Garantien, Patronagen</b> .....	197
1	Zivilrechtliche Grundlagen.....	197
2	Steuerrechtliche Folgen .....	197
<b>V</b>	<b>(Finanzierungs-)Leasing</b> .....	201
1	Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen.....	201
2	Steuerrechtliche Folgen .....	203
<b>VI</b>	<b>Factoring, Forfaitierung, ABS und Reverse Factoring</b> .....	209
1	Factoring, Forfaitierung, ABS .....	209
2	Reverse Factoring.....	225
<b>VII</b>	<b>Wertpapierleihe, -pensionsgeschäft und Repo</b> .....	229
1	Zivilrechtliche und ökonomische Abgrenzung der Geschäftstypen .....	229
2	Steuerrechtliche Folgen – Allgemeines .....	232
3	Spezifische Missbrauchsbekämpfung (§ 8 b Abs. 10 KStG).....	237
<b>VIII</b>	<b>Derivative Finanzinstrumente</b> .....	241
1	Zivilrechtliche, ökonomische und steuerrechtliche Grundlagen .....	241
2	Ausgewählte Termingeschäfte.....	260
 <b>Teil C</b>		
<b>Zinsschranke: (Inter-)nationale Aspekte und Gestaltungshinweise</b> .....		269
<b>I</b>	<b>Überblick über die Zinsschranke: Grundlagen und Prüfungsschema</b> .....	273
1	Rechtsgrundlagen – Entstehungsgeschichte – Zielsetzung .....	273
2	Grundregel und die Ausnahmen von der Zinsschranke .....	274
3	Überblick über die Rechtsfolgen der Zinsschranke .....	275
4	Prüfungsreihenfolge .....	277
5	Prüfungsschema .....	280
6	Zeitlicher Anwendungsbereich.....	280
<b>II</b>	<b>Zinsschranke vs. Grundgesetz, Europarecht und andere ausgewählte (inter-)nationale Rechtsvorschriften</b> .....	281
1	Grundgesetz .....	281
2	Europarecht.....	289
3	DBA-Recht.....	292

4	Außensteuerrecht.....	297
5	Zusammenspiel der Zinsschranke mit übrigen ausgewählten (inter-)nationalen Vorschriften.....	301
<b>III</b>	<b>Persönlicher Anwendungsbereich: Wer unterliegt der Zinsschranke? .....</b>	<b>311</b>
1	Fremdkapitalgeber .....	311
2	„Betrieb“ als Fremdkapitalnehmer – Fragen der Auslegung .....	311
<b>IV</b>	<b>Sachlicher Anwendungsbereich der Zinsschranke .....</b>	<b>331</b>
1	Fremdkapital im Sinne der Zinsschranke .....	331
2	Zinsaufwendungen im Sinne der Zinsschranke .....	333
3	Zinserträge im Sinne der Zinsschranke .....	338
4	Internationale Aspekte.....	338
<b>V</b>	<b>Besonderheiten bei der Ermittlung des EBITDA.....</b>	<b>341</b>
1	Ermittlungsgrundsätze .....	341
2	Internationale Aspekte.....	343
<b>VI</b>	<b>Ausnahmen von der Zinsschranke .....</b>	<b>345</b>
1	Freigrenze .....	345
2	Konzern-Klausel.....	346
3	Escape-Klausel.....	368
<b>VII</b>	<b>Feststellung, Nutzung und Untergang des EBITDA- und des Zinsvortrags.....</b>	<b>379</b>
1	Grundlagen.....	379
2	Feststellungsverfahren.....	380
3	Nutzung des EBITDA- und des Zinsvortrags .....	381
4	Untergang des EBITDA- und des Zinsvortrags.....	383

## Teil D

### Gewerbsteuerliche Hinzurechnungen im Rahmen der Unternehmensfinanzierung.....

<b>I</b>	<b>Rechtsgrundlagen – Rechtsentwicklung – Zielsetzung .....</b>	<b>393</b>
<b>II</b>	<b>Verfassungsmäßigkeit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts .....</b>	<b>395</b>
<b>III</b>	<b>§ 8 Nr. 1 GewStG vs. Europarecht .....</b>	<b>397</b>
1	Möglicher Verstoß gegen primäres Europarecht .....	397
2	Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie im Lichte neuester EuGH-Rechtsprechung .....	399
<b>IV</b>	<b>§ 8 Nr. 1 GewStG vs. DBA-Recht .....</b>	<b>401</b>
<b>V</b>	<b>Einzelne Hinzurechnungstatbestände des § 8 Nr. 1 GewStG anhand von Praxisbeispielen .....</b>	<b>403</b>
1	Grundregeln der Ermittlung des Hinzurechnungsbetrags.....	403
2	Entgelte für Schulden (Buchst. a) .....	405
3	Renten und dauernde Lasten (Buchst. b) .....	424

## Inhaltsübersicht

4	Gewinnanteil des stillen Gesellschafters (Buchst. c) .....	425
5	Miet- und Pachtzinsen für die Benutzung von beweglichen und unbeweglichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens (Buchst. d und e) .....	426
6	Überlassung von Rechten (Buchst. f) .....	435

### Teil E

#### **Umsatzsteuerliche Aspekte der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung.....**

437

<b>I</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>439</b>
<b>II</b>	<b>Umsatzsteuerliche Aspekte der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung .....</b>	<b>441</b>
1	Umsatzsteuerliche Bewertung typischer Kapitalbeschaffungsmaßnahmen .....	441
2	Umsatzsteuerliche Bewertung der im Zusammenhang mit der Kapitalbeschaffung bezogenen Eingangsleistungen.....	443
3	Vorsteuerabzug.....	446
4	Sonderfälle .....	452

### Teil F

#### **Verrechnungspreise in der Konzernfinanzierung .....**

459

<b>I</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>461</b>
<b>II</b>	<b>Regulatorische Grundlagen.....</b>	<b>463</b>
1	OECD .....	463
2	Gesetzliche Vorgaben .....	464
3	BMF-Schreiben .....	466
4	Rechtsprechung .....	476
<b>III</b>	<b>Die Relevanz des Gesellschaftsverhältnisses für die Auslegung des Fremd- vergleichsprinzips .....</b>	<b>483</b>
1	Rückhalt im Konzern.....	483
2	Beteiligung am Schuldner als Sicherheit .....	486
3	Eigenkapitalersetzende Darlehen.....	488
4	Fazit.....	489
<b>IV</b>	<b>Führen des Fremdvergleichs .....</b>	<b>491</b>
1	Allgemeines .....	491
2	Bestandteile von Zins- und Garantiesätzen .....	496
3	Zinsermittlungsmethoden für Kredite .....	503
4	Besonderheiten der Zinsermittlung bei Cashpools.....	508
5	Verteilung der Koordinationsgewinne .....	511
6	Gebührenermittlung für Garantien und Bürgschaften.....	515

**Teil G**

**Beteiligungsfinanzierung – die Finanzierung in- und ausländischer Tochtergesellschaften**

	.....	519
<b>I</b>	<b>Überblick</b> .....	523
<b>II</b>	<b>Die Beteiligungsfinanzierung durch Körperschaften</b> .....	525
1	Grundsatz der Quellenbesteuerung nach den DBA.....	525
2	Überlagerung durch EU-Richtlinien .....	525
3	Probleme der Quellensteueranrechnung .....	530
4	Aufwendungen im Zusammenhang mit steuerfreien Dividenden .....	533
5	Aufwandsbegrenzungen nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG .....	545
6	Aufwand in Zusammenhang mit steuerpflichtigen Streubesitzdividenden .....	556
7	Ausblick: Aufwand in Zusammenhang mit Dividenden, die unter eine Switch-over-Klausel fallen .....	563
8	Ausblick: Aufwand in Zusammenhang mit steuerpflichtigen Streubesitz- Veräußerungsgewinnen.....	563
<b>III</b>	<b>Quellensteuerbelastungen bei Personenunternehmen als Anteilseigner</b> .....	565
<b>IV</b>	<b>Abzugsbeschränkungen für den Beteiligungsaufwand bei Personenunter- nehmen als Anteilseigner</b> .....	567
1	Grundzüge des § 3c Abs. 2 EStG.....	567
2	Besonderheiten bei ertraglosen Beteiligungen – § 3c Abs. 2 EStG i. d. F. des JStG 2010.....	570
<b>V</b>	<b>Die Behandlung kapitalersetzender Darlehen</b> .....	575
1	Problemstellung und Ausgangsfall.....	575
2	Darlehen zwischen Kapitalgesellschaften .....	576
3	Darlehen eines Einzelunternehmers an eine Kapitalgesellschaft .....	581
4	Darlehen einer Personengesellschaft an eine Kapitalgesellschaft .....	582
5	Rückgriffsberechtigter Dritter .....	582
6	Darlehen zwischen Schwester-Kapitalgesellschaften.....	583
7	Besonderheiten bei Teilwertabschreibungen bei sogenannten kapitalersetzenden Darlehen auf Auslandsbeteiligungen – Anwendung des § 1 AStG .....	585
8	Gestaltungsmodelle bei grenzüberschreitenden Finanzierungen .....	594
9	Gestaltungsmodelle bei körperschaftsteuerlicher Struktur .....	596
10	(Refinanzierungs-)Kosten im Sonderbetriebsvermögen eines ausländischen Mitunternehmers (Double-Dip-Struktur).....	596
<b>VI</b>	<b>Gewerbesteuerliche Aspekte der Beteiligungsfinanzierung</b> .....	601
1	Allgemeines .....	601
2	Sonderprobleme bei der Anwendung von § 8b KStG, § 3 Nr. 40 und § 3c EStG bei einer Personengesellschaft .....	601
3	Kürzungs- und Hinzurechnungsvorschriften .....	602
4	Hinzurechnung von Fremdkapitalvergütungen gem. § 8 Nr. 1 GewStG und das Verhältnis zu anderen Korrekturen .....	608
5	Sonderfragen des Aufwandsabzugs – der Abzug ausländischer Quellensteuern auf gewerbesteuerliche Streubesitzdividenden vom Gewerbeertrag .....	610

# Inhaltsübersicht

<b>VII</b>	<b>Die Finanzierung ausländischer Betriebsstätten und Beteiligungen an Personengesellschaften</b> .....	611
1	Allgemeine Grundsätze des EStG .....	611
2	Grundsätze der Gewinnabgrenzung nach DBA und AStG .....	611
3	Finanzierungsfunktionen .....	613
4	Dotationskapital .....	613
5	Zuordnungsprobleme beim Erwerb von Unternehmen mit ausländischen Betriebsstätten oder Anteilen an Personengesellschaften .....	614

## Teil H

### **Internationale Konzernfinanzierung und Steuerplanung** .....

615

<b>I</b>	<b>Einleitende Überlegungen</b> .....	617
<b>II</b>	<b>Abwehnormen des deutschen Steuerrechts</b> .....	619
1	Überblick .....	619
2	Hinzurechnungsbesteuerung gem. §§ 7-14 AStG .....	619
3	Switch-over-Klausel gem. § 20 Abs. 2 AStG .....	640
4	Ort der Geschäftsleitung gem. § 10 AO .....	643
5	Missbrauch – § 42 AO und § 50d Abs. 3 EStG .....	652
<b>III</b>	<b>Abgrenzung des Eigenkapitals von Fremdkapital im internationalen Kontext</b> .....	663
1	Einleitende Überlegungen .....	663
2	Fehlende gesetzliche Regelungen .....	663
<b>IV</b>	<b>Gestaltungsmodelle der optimalen Finanzierung</b> .....	667
1	Steuerplanerische Eckpunkte .....	667
2	Fremdfinanzierung .....	668
3	Eigenkapitalfinanzierung .....	673
4	Hybride Instrumente .....	678

## Teil I

### **Standorte für Finanzierungsgesellschaften** .....

697

<b>I</b>	<b>Steuerliche und nichtsteuerliche Funktionen von Finanzierungsgesellschaften im Konzern</b> .....	699
<b>II</b>	<b>Steuerneutraler Aufbau von Finanzierungsholdings</b> .....	705
<b>III</b>	<b>Aspekte der Standortauswahl</b> .....	713
1	Steuerliche Aspekte .....	713
2	Nichtsteuerliche Aspekte .....	717
<b>IV</b>	<b>Ausgewählte Standorte und Strukturen</b> .....	719
1	Belgien .....	719
2	Estland .....	722
3	Irland .....	723
4	Luxemburg .....	724
5	Malta .....	728
6	Niederlande .....	729

7	Österreich .....	732
8	Zypern .....	734
V	<b>Tabellarische Synopse der Holdingstandorte .....</b>	<b>737</b>

## Teil J

### **Unternehmensfinanzierung in der Sanierung .....**

<b>I</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>747</b>
<b>II</b>	<b>Maßnahmen zur Sanierung mittels Finanzierung .....</b>	<b>749</b>
1	Bedarf zusätzlicher Liquidität .....	749
2	Verbesserung der Eigenkapitalquote .....	751
3	Reduzierung von laufenden Liquiditätsabflüssen .....	753
4	„Tranchierung“ der Gläubiger .....	753
5	Begrifflichkeiten .....	753
<b>III</b>	<b>Vorschriften des deutschen Sanierungssteuerrechts .....</b>	<b>755</b>
1	Passivierungsaufschub .....	755
2	Abzinsung von Verbindlichkeiten .....	756
3	Mindestbesteuerung .....	758
4	Verlustnutzungsbeschränkung .....	759
5	Einlagegrundsätze .....	761
6	Sanierungserlass .....	762
7	Zinsschranke .....	765
8	Verluste auf Gesellschafterdarlehen .....	767
9	Grunderwerbsteuer .....	769
10	Schenkungssteuerliche Aspekte .....	771
11	Sektorenspezifische Vorschriften .....	773
<b>IV</b>	<b>Steuerliche Behandlung der wesentlichen Sanierungsmaßnahmen und -instrumente .....</b>	<b>775</b>
1	Änderung der Finanzierungsbedingungen .....	775
2	Rangrücktritt .....	780
3	Verzicht .....	785
4	Debt Equity Swap .....	792
5	Schuldübernahme .....	794
6	Schuldbeitritt .....	796
7	Rückkauf von Darlehen oder Schuldverschreibungen .....	798

## Teil K

### **Steuerliche Aspekte der Akquisitionsfinanzierung .....**

<b>I</b>	<b>Ziele der steuerlichen Erwerbsstrukturierung im nationalen und internationalen Kontext .....</b>	<b>803</b>
<b>II</b>	<b>Transaktionsstrukturierung – Share vs. Asset Deal .....</b>	<b>805</b>
1	Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern .....	805
2	Übertragung von Personengesellschaftsanteilen .....	809
3	Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen .....	813

# Inhaltsübersicht

<b>III</b>	<b>Abzug und Bedienung von Finanzierungskosten</b> .....	819
1	Ökonomische und rechtliche Rahmenbedingungen der Erwerbsfinanzierung .....	819
2	Gestaltungen zur Bedienung von Finanzierungsverbindlichkeiten und deren steuerliche Konsequenzen .....	826
3	Finanzierung durch den Verkäufer (Kaufpreisstundung/Vendor Loan oder Earn Out) .....	845
4	Überblick über die steuerlichen Rahmenbedingungen der Erwerbsfinanzierung in ausgewählten Ländern .....	846
<b>IV</b>	<b>Transaktionssteuern und deren Vermeidung</b> .....	861
1	Grunderwerbsteuer .....	861
2	Umsatzsteuer .....	868
<b>V</b>	<b>Steuerliche Behandlung von Transaktionskosten</b> .....	877
1	Steuerliche Behandlung finanzierungsbezogener Kosten .....	878
2	Sonstige Transaktionskosten .....	883
<b>VI</b>	<b>Finanzierungsverträge</b> .....	887
1	Überblick über typische Finanzierungsverträge beim Unternehmenskauf .....	887
2	Review von Finanzierungsverträgen aus steuerlicher Sicht – Checkliste .....	887
<b>Teil L</b>		
<b>Kapitalmarktaspekte und Investmentbanking</b> .....		891
<b>I</b>	<b>Bedeutung der Kapitalertragsteuer</b> .....	893
<b>II</b>	<b>Ausschüttungsbasierte Konzepte</b> .....	895
1	Inlandssachverhalt .....	895
2	Grenzüberschreitender Sachverhalt .....	898
3	Einlagenrückgewähr.....	901
<b>III</b>	<b>Organschaft als Reorganisationsinstrument</b> .....	903
<b>IV</b>	<b>Umstrukturierungen</b> .....	905
1	Anteilstausch .....	905
2	Abspaltung .....	906
3	Verschmelzung .....	907
4	Formwechsel .....	908
<b>V</b>	<b>Einzelne Finanzierungsinstrumente</b> .....	909
1	Verzinsliche Darlehensforderung .....	909
2	Grundpfandrechtliche besicherte Darlehensforderung .....	909
3	Nachrangdarlehen.....	910
4	Typische stille Beteiligung.....	911
5	Klassische Wandelanleihe.....	912
6	Synthetische Wandelanleihe .....	913
7	Regulatorisches Eigenkapital.....	923
Stichwortverzeichnis.....		927

# Teil A

## Steuerliche Grundprinzipien und Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung

<b>I</b>	<b>Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung</b> .....	1
1	Grundsatz der Finanzierungsfreiheit und deren Einschränkungen im Steuerrecht.....	1
2	Kritik der konzeptionellen Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung.....	3
3	Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz.....	17
	3.1 Die Grundregel.....	17
	3.2 Gesellschaftsrechtliche Merkmale.....	18
	3.3 Handelsrechtliche Merkmale.....	23
4	Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen.....	28
<b>II</b>	<b>Steuerrechtliche Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung</b> .....	35
1	Verdeckte Gewinnausschüttungen.....	35
	1.1 Grundvoraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung und Besonderheiten bei der Unternehmensfinanzierung.....	35
	1.2 Besonderheiten der verdeckten Gewinnausschüttung i. R. d. Unternehmensfinan- zierung.....	40
	1.3 Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung und Bewertungsfragen.....	53
	1.4 Korrespondenzprinzip.....	59
	1.5 Grenzüberschreitende Aspekte.....	69
2	Verdeckte Einlagen.....	70
	2.1 Grundvoraussetzungen einer verdeckten Einlage.....	70
	2.2 Rechtsfolgen einer verdeckten Einlage und Bewertungsfragen.....	74
	2.3 Korrespondenzprinzip.....	77
	2.4 Grenzüberschreitende Aspekte.....	86
3	Mitunternehmerschaften.....	87
	3.1 Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a EStG).....	87
	3.2 Sonderbetriebsvermögen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG).....	88
	3.3 Atypisch stille Beteiligung.....	89
4	Organschaften.....	91
<b>III</b>	<b>Grenzüberschreitende Finanzierungen</b> .....	96
1	Inbound-Finanzierung.....	96
	1.1 Grundlagen.....	96
	1.2 Beschränkte Steuerpflicht nach Maßgabe des § 49 EStG.....	97
	1.3 Einschränkende Wirkung der DBA-Regelungen.....	101

1.4	Wirkung der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie .....	104
1.5	Treaty Override gem. § 50d Abs. 3 EStG .....	112
2	Outbound-Finanzierung .....	117
2.1	Grundlagen und Methoden der Vermeidung von Doppelbesteuerungen.....	117
2.2	§ 50d Abs. 9 EStG – Treaty Override.....	121
2.3	§ 50d Abs. 10 EStG .....	123
<b>IV</b>	<b>Finanztransaktionssteuer .....</b>	<b>125</b>
1	Einleitung .....	125
2	EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer .....	126
2.1	Erscheinungsform der Finanztransaktionssteuer im Richtlinienentwurf .....	126
2.2	Persönliche Steuerpflicht .....	127
2.3	Sachliche Steuerpflicht .....	130
2.4	Ausnahmenvorschriften bei Wertpapieremissionen.....	132
2.5	Bemessungsgrundlage.....	133
2.6	Steuersätze.....	134
2.7	Einrichtung der Finanztransaktionssteuer, Haftung, sonstiges Verfahrensrecht .....	135
2.8	Besteuerung von Wertpapierpensionsgeschäften als besonders kritischer Bereich ....	137
2.9	Gesamtwürdigung des EU-Richtlinienentwurfs zur Finanztransaktionssteuer.....	139
3	Britische Stempelsteuer und Stempelersatzsteuer .....	142
4	Französische Finanztransaktionssteuer .....	148
4.1	Steuer auf den Börsenhandel mit Aktien großer französischer Unternehmen .....	149
4.2	Steuer auf den Hochfrequenzhandel.....	156
4.3	Steuer auf Credit Default Swaps gegen den Ausfall von EU-Staatsanleihen .....	160

**Ausgewählte Literaturhinweise:**

Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl., München 2014; *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, Stand: 127. EL, München 2015; *Debatin/Wassermeyer*, DBA, Stand: 133. EL, München 2014; *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, Stand: 83. EL, Stuttgart 2015; *Ernst & Young*, EuGH-Rechtsprechung, 2. Aufl., Bonn 2007; *Gosch*, KStG, 3. Aufl., München 2015; *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008, Kurzkommentar Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2008.

# I Steuerliche Grundprinzipien der Unternehmensfinanzierung

## 1 Grundsatz der Finanzierungsfreiheit und deren Einschränkungen im Steuerrecht

Die steuerrechtssystematische Einordnung einzelner Maßnahmen bzw. Instrumente der Unternehmensfinanzierung und damit deren steuereffizienter Einsatz i.R.d. Unternehmensführung setzt eine detaillierte Kenntnis der allgemeinen und der spezialgesetzlichen Prinzipien hinsichtlich der Unterscheidung zwischen dem Eigen- und Fremdkapital, der einzelnen Grundvoraussetzungen und Rechtsfolgen voraus. Die Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital basiert mangels einer klaren Definition im Steuerrecht zunächst auf den allgemeinen Prinzipien des deutschen Steuerrechts: der Finanzierungsfreiheit und der – grds. auch noch nach BilMoG geltenden – Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz. 1

Ausgangspunkt dieser Differenzierung bildet der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit. Nach diesem Grundsatz, der einst zu den wichtigsten des deutschen Steuerrechts gehörte, besteht für den Steuerpflichtigen zivilrechtlich und insbes. auch steuerrechtlich die freie Wahl, sein Unternehmen mit Eigen- oder Fremdkapital auszustatten, und zwar unabhängig von der jeweiligen Höhe. Der Steuerpflichtige bestimmt grds. selbst über die Mittelherkunft und die Mittelverwendung und ist nur zivilrechtlich insoweit beschränkt, als er ggf. den Haftungsfolgen gem. §§ 30 bis 32 GmbHG unterliegt (s. grundsätzlich BFH vom 08.12.1997, GrS 1-2/95, BStBl II 1998, 193; vom 05.02.1992, BStBl II 1992, 532 sowie bejahend die Finanzverwaltung: BMF vom 17.09.1992, BStBl I 1992, 653). 2

Die Finanzierungsfreiheit wird allerdings gegenüber dem einstigen Rechtszustand durch spezielle steuerrechtliche Vorschriften, die Meinung der Finanzverwaltung bzw. extensive BFH-Rechtsprechung immer weiter eingeschränkt. Insbes. folgende Regelungen des Steuerrechts schränken den Grundsatz der Finanzierungsfreiheit – in erster Linie durch die ertragsteuerrechtlichen Begrenzungen des Schuldzinsenabzugs bzw. die gewerbsteuerlichen Doppelbelastungen der Finanzierungsströme – zunehmend ein:

- etwa die allgemeine Vorschrift des § 3 c EStG,
- die Problematik der vGA und die strikte Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes,
- die Korrekturbesteuerung des AStG,
- die Überentnahmenbesteuerung i. S. d. § 4 Abs. 4a EStG und
- die gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsregelungen des § 8 Nr. 1 GewStG.

Die Einführung der Zinsschranke (§ 4 h EStG) und in Verbindung damit die GesellschafterFremdfinanzierung nach § 8 a KStG sorgen darüber hinaus für einen teilweise zinsabzugsversagenden Charakter.<sup>1</sup> Aber auch die dem deutschen Steuerrechtssystem immanente Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung gegenüber der Fremdkapitalfinanzierung beschränkt die freie Wahl zwischen den beiden Finanzierungsformen im erheblichen Maße (s. ausführlich Rz. 3 ff.).

---

1 Vgl. zu den Einschränkungen der Finanzierungsfreiheit u. a. *Goebel/Eilinghoff/Busenius*, DStZ 2010, 733 ff.; *Eilers/Ostermann*, in: *Lüdicke/Sistermann*, § 8 GewStG Rz. 36. Zur Zinsschranke s. Teil C.

## 2 Kritik der konzeptionellen Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung

- 3 Der zentrale konzeptionelle Fehler des deutschen Steuerrechts und vieler ausländischer Steuersysteme liegt darin, die zivilrechtliche Differenzierung zwischen Eigen- und Fremdkapital zu übernehmen. Im Zivilrecht ist die Differenzierung haftungsrechtlich absolut gerechtfertigt (s. Teil B Rz. 1-4). Das Steuerrecht sollte sich dagegen nicht primär an haftungsrechtlichen Erwägungen orientieren, sondern an Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, weshalb Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital (Zinsen) auf Ebene der finanzierten Kapitalgesellschaft grds. steuerlich abzugsfähig sind, nicht aber Vergütungen für die Überlassung von Eigenkapital (Dividenden). Die Eigenkapitalfinanzierung wird steuerlich massiv diskriminiert. Das setzt aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive den völlig falschen Anreiz auf der Ebene der zu finanzierenden Unternehmen. Unter Stabilitätsgesichtspunkten ist die Ausstattung von Unternehmen ganz allgemein und von Banken insbes. mit Eigenkapital gegenüber der Fremdfinanzierung absolut vorzuzugswürdig, da Eigenkapital auch in Krisensituationen nicht ohne Weiteres abgezogen wird und da auch in Krisensituationen keine Vergütungen für Eigenkapital anfallen; kostspielige „Rettungsschirme“ werden somit im Zweifel seltener benötigt. Das Steuerrecht legt jedoch das glatte Gegenteil nahe, die maximale Fremdfinanzierung.
- 4 Zwar ergeben sich aus den Unterschieden zwischen Eigen- und Fremdkapitalfinanzierung in vielen Fällen Gestaltungsmöglichkeiten, deren Ausnutzung durch Wahl der jeweils vorteilhaftesten Finanzierungsform grds. legitim ist; nach ständiger Rechtsprechung des BFH gilt der sogenannte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit (BFH vom 08.12.1997, GrS 1-2/95, BStBl II 1998, 193; vom 05.02.1992, BStBl II 1992, 532, unter II.D.4. und II.D.5; vom 17.10.2001, BFH/NV 2002, 240). Vielfach ist aber diese Finanzierungsfreiheit aus nichtsteuerlichen Gründen nicht gegeben. Daher wirkt sich vielfach die konzeptionelle Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung für die Unternehmen nachteilig aus.
- 5 Diese konzeptionelle Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung entfällt auch nicht dadurch, dass theoretisch bei Mithberücksichtigung der Situation des Vergütungsempfängers die Vergütungen für die Überlassung von Eigen- und Fremdkapital ähnlichen Gesamtbelastungen unterliegen.
- 6 Zinsen sind grds. beim Zahlenden abzugsfähig und dafür beim Empfänger voll steuerpflichtig. Dividenden sind im interkorporalen Bereich beim Zahlenden grds. nicht abzugsfähig und beim Empfänger nach § 8b Abs. 1 und 5 KStG oder vergleichbaren ausländischen Vorschriften freigestellt. Somit ergibt sich zumindest im interkorporalen Bereich bei einer Gesamtbetrachtung von Zahlendem und Zahlungsempfänger theoretisch sowohl bei Eigen- als auch bei Fremdfinanzierung eine symmetrische und daher ähnliche Gesamtbelastung, nur mit unterschiedlichen Anknüpfungspunkten steuertechnischer Art, was Zahlenden und Zahlungsempfänger betrifft.
- 7 Eine derartig pauschale Betrachtung blendet allerdings Quellensteuerthemen aus, die erhebliche Unterschiede zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung bewirken. Beteiligungsertragsbefreiungen wie § 8b KStG bedeuten technisch „Steuerfreiheit“ und damit Nichtanrechenbarkeit von Quellensteuern, die auf Dividenden lasten. Quellensteuern, die auf Dividenden erhoben werden, führen vor allem im internationalen Kontext in Situationen ohne (vollständige) Erstattungsmöglichkeit zu echten Definitivbelastungen. Eine derartige (teilweise) Erstattungsmöglichkeit ergibt sich zwar vielfach aus einem abkommensrechtlichen Schachtelprivileg oder aus der Mutter-Tochter-Richtlinie,<sup>2</sup> aber nicht ausnahmslos. Auf beim Empfänger steuerpflichtige Zinseinkünfte können dagegen Quellensteuern grds. angerechnet werden, obwohl in der Praxis auch bei Zinsen eine

2 RL 90/435/EWG vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EG vom 20.08.1990, Nr. L 225/6, geändert durch RL 2003/123/EG, ABl. EG Nr. L 7/41 vom 13.01.2004.

Anrechnung von Quellensteuern häufig an einer Refinanzierung und daraus resultierenden Anrechnungsüberhängen scheitert.

Vor allem aber kann man die Besteuerungssituation des Zahlungsempfängers nicht kategorisch beim Zahlenden berücksichtigen. In Abhängigkeit von der Ansässigkeit und der persönlichen Situation des Zahlungsempfängers kann dieser im Einzelfall mit den erhaltenen Vergütungen ganz unterschiedlichen Belastungen unterliegen. Es macht beispielsweise einen großen Unterschied, ob es sich beim Zahlungsempfänger um einen abgeltungsteuerpflichtigen Inländer oder um eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in einem Niedrigsteuerland handelt. Eine Gesamtbetrachtung von Zahlendem und Zahlungsempfänger ist daher nicht realitätsgerecht, da praktisch angesichts der Anonymität und Vielzahl von Investoren keine Vorteilsdurchreichung über die Vergütungshöhe an die finanzierte Kapitalgesellschaft erfolgt. Wegen dieser fehlenden Vorteilsdurchreichung wird infolgedessen die Eigenkapitalfinanzierung diskriminiert. Dass dennoch ein erheblich Eigenkapitaleinsatz erfolgt, ist nicht wegen, sondern trotz der steuerrechtlichen Diskriminierung der Fall. Praktisch ist eben eine 100 %ige Fremdfinanzierung aus Rating- und Bonitätsgründen nicht möglich. 8

Ökonomisch sachgerecht wäre es daher, das für Fremdkapital geltende Besteuerungskonzept auch für Eigenkapital anzuwenden, also die Kosten der Eigenkapitalfinanzierung steuerlich abzugsfähig zu machen. Diesen Ansatz verfolgt beispielsweise die belgische Regelung über die Notional Interest Deduction, wonach eine bestimmte Eigenkapitalrendite steuerlich abzugsfähig ist. Die Höhe dieser jährlich neu unter Beachtung einer gesetzlichen Höchstgrenze von 3 % festzusetzenden Eigenkapitalrendite orientiert sich an der nominellen Verzinsung belgischer Staatsanleihen und bewegte sich zuletzt bei knapp 3 %, z. B. 2,63 % im belgischen Steuerjahr 2015. Für das Steuerjahr 2016 betrug der Satz 1,630 %, für das Steuerjahr 2017 beträgt er 1,131 %. Mit dieser Regelung wurde ein erheblicher Anreiz zur Thesaurierung und damit zur Stärkung der finanziellen Stabilität und Investitionskraft von Zentren der Wertschöpfung geschaffen. Grund dafür ist, dass der steuerliche Abzug des Notional Interest nicht an die Zahlung einer Dividende anknüpft,<sup>3</sup> sondern an den Eigenkapitaleinsatz an sich. Die Erkenntnis, dass das Aufkommen öffentlicher Abgaben aus der Wertschöpfung von Unternehmen insgesamt im Wesentlichen über USt-, LSt- und Sozialabgaben generiert wird, nicht aber über Gewinnsteuern, ist auf diese Weise steuergesetzgeberisch fruchtbar gemacht worden: Durch Reinvestition der thesaurierten Beträge kommt es im Zweifel zu einer insgesamt höheren Wertschöpfung und damit zu einem höheren Aufkommen aller Abgaben mit Ausnahme der Gewinnsteuern (zum Standort Belgien s. Teil I Rz. 30 ff.). Entsprechend dem belgischen Vorbild ist es bei Einführung eines Abzugs von pauschalen Eigenkapitalkosten auch grds. sachgerecht, zur Abwendung eines Kaskadeneffekts bei der Erzeugung abzugsfähiger Eigenkapitalkosten durch Beteiligungsketten eine Beteiligungsbuchwertkürzung für Zwecke der Ermittlung der Eigenkapitalkosten anzuordnen. Dies hat aber nur seine Berechtigung, soweit es sich um Beteiligungen an Kapitalgesellschaften handelt, die ihrer- 9

---

3 Eine entsprechende Regelung existiert in Brasilien; dort setzt der Abzug bestimmter Eigenkapitalkosten u. a. die Zahlung einer Dividende voraus, wenn auch nicht sofort.

seits diesen Abzug nutzen; demnach dürfte die Kürzung bezüglich Auslandsbeteiligungen grds. nicht erfolgen.<sup>4</sup>

Mit einer Kürzung nur um die Buchwerte von Inlandsbeteiligungen würde nicht nur standortpolitisch der sinnvolle Anreiz gesetzt, Konzernobergesellschaften im Inland anzusiedeln, da umfangreicher ausländischer Beteiligungsbesitz das Eigenkapital und damit den Vorteil aus dem Eigenkapitalabzug maximieren würde. Vor allem würden auf diese Weise auch europarechtliche Probleme verhindert. Die belgische Kürzungsvorschrift war wegen einer entsprechenden Problematik zunächst Gegenstand europarechtlicher Kritik, wobei diese Problematik aber nunmehr behoben worden ist. Nach der zunächst in Belgien geltenden Regelung war das für Zwecke der Notional Interest Deduction zu Grunde legende Eigenkapital um die Umfänge zu kürzen, die auf ausländische Freistellungsbetriebsstätten und Auslandsimmobilien entfielen. Darin lag dem EuGH zufolge ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (EuGH vom 04.07.2013, C-350/11, *Argenta Spaarbank*). Infolge dieses Urteils hat der belgische Gesetzgeber mit Wirkung ab dem belgischen Steuerjahr 2014 die entsprechende Kürzungsvorschrift abgeschafft. Nunmehr zählt also auch das Eigenkapital ausländischer Freistellungsbetriebsstätten zum Eigenkapital, welches Grundlage des Notional Interest ist. Überschießende Vorteilsnahmen werden dabei dadurch eingegrenzt, dass ungeachtet der Tatsache, dass keine Kürzung beim **Eigenkapital** mehr erfolgt, nunmehr grundsätzlich eine Kürzung bei dem sich anhand dieses Eigenkapitals zunächst rechnerisch ergebenden **Notional Interest** erfolgt. Diese Kürzung ist um die niedrigere der folgenden zwei Größen vorzunehmen: Die eine Größe ist das (konkrete) positive oder negative Resultat der Auslandsbetriebsstätte, die andere Größe der auf das Eigenkapital der Auslandsbetriebsstätte bei Anwendung des Notional-Interest-Satzes sich ergebende (pauschale) Notional-Interest-Betrag. Da es infolgedessen bei einem negativen Resultat der Auslandsbetriebsstätte effektiv zu keiner Kürzung des Notional Interest mehr kommt und somit zumindest in diesen Fällen Notional Interest auch für ausländische Freistellungsbetriebsstätten gewährt wird, dürfte die neue Regelung sich hinreichend von der früheren Regelung unterscheiden und daher europarechtskonform sein.

Den Thesaurierungsanreiz, den die Notional Interest Deduction setzt, hat der belgische Fiskus mit Wirkung ab dem belgischen Steuerjahr 2014 noch durch einen weiteren Anreiz verstärkt: Neuerdings unterliegen Ausschüttungen belgischer Körperschaften einer sog. Fairness Tax in Höhe von 5,15 % (5 % + 3 % Zuschlag), soweit diese Ausschüttungen aus zuvor steuerfreien Gewinnen gespeist werden. Die Fairness Tax bezweckt also insbesondere eine Nachbelastung der zuvor durch die Gewährung von Notional Interest begünstigten Gewinne, allerdings eben nur im Ausschüttungsfall und erst im Ausschüttungszeitpunkt, nicht aber sofern und soweit thesauriert wird. Bei der Fairness Tax handelt es sich um keine Quellensteuer, sondern in technischer Hinsicht um eine sekundäre Körperschaftsteuer, da sie im Namen und für Rechnung der ausschüttenden Gesellschaft erhoben wird, nicht anrechenbar, nicht erstattbar und nicht gegen Verluste verrechenbar ist. Im Falle einer Einlagerückgewähr sowie bei der Auszahlung von Liquidationsraten fällt die Fairness Tax nicht an. Gleichermaßen fällt die Fairness Tax nicht an, soweit Ausschüttungen aus Gewinnrücklagen gespeist werden, die vor dem Inkrafttreten der Fairness Tax gebildet

4 Den Rechtsgedanken der Ausnahme nicht begünstigter Beteiligungen von einer Beteiligungsbuchwertkürzungsvorschrift hatte die deutsche Finanzverwaltung in der Vergangenheit bereits einmal übernommen. Hintergrund war die ursprüngliche Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung, § 8a KStG i. d. F. des Standorticherungsgesetzes vom 13.09.1993, BGBl I 1993, 1569, später leicht verschärft durch Gesetz vom 23.10.2000, BGBl I 2000, 1433. Die in § 8a KStG a. F. enthaltene Beteiligungsbuchwertkürzungsvorschrift wurde von der Finanzverwaltung teleologisch reduziert, BMF vom 15.12.1994, IV B 7 – S 2742a – 63/94, BStBl I 1995, 25, berichtigt BStBl I 1995, 176, Rz. 90. Nur Inlandsbeteiligungen waren demnach von der Kürzungsvorschrift erfasst. Der Grund für diese Einschränkung der Beteiligungsbuchwertkürzungsvorschrift lag darin, dass bei ausländischen Beteiligungen im Gegensatz zu inländischen keine kaskadenförmige Vermehrung des im Inland insgesamt zu berücksichtigenden Eigenkapitals und damit der im Inland insgesamt abzugsfähigen Finanzierungsaufwendungen drohte. M.E. hat sich übrigens ungeachtet der veränderten Technik, die die Zinsschranke von ihren Vorgängerregelungen unterscheidet, hinsichtlich der Frage einer Mehrfachbegünstigung durch einen Kaskadeneffekt nichts geändert. Daher ist m.E. auch i.R.d. Zinsschranke (§ 8a KStG n. F.) eine teleologische Reduktion i. S. einer Anwendung der Kürzungsvorschrift nur auf Inlandsbeteiligungen geboten, s. *Körner*, Ubg 2011, 610, 611, 612 unter 2.2. und 616 unter 4.3. Die Finanzverwaltung hat sich diese teleologische Reduktion allerdings für die aktuelle Regelung noch nicht zu Eigen gemacht.

wurden, also vor dem belgischen Steuerjahr 2014. Profiskalischerweise gilt allerdings die Lifo-Verwendungsreihenfolge, die Fairness-Tax-freien Altrücklagen gelten also als zuletzt ausgeschüttet, erst nach den Fairness-Tax-pflichtigen Neurücklagen. Dennoch wird die Fairness Tax ihrem Namen wohl gerecht, da es durchaus verständlich erscheint, dass ein Fiskus eine Thesaurierungsbegünstigung wie die Notional Interest Deduction mit einer Nachbelastung bei Ausschüttung wie der Fairness Tax kombiniert, dass also ein Fiskus nur insofern und insoweit eine Begünstigung der Eigenkapitalbildung vornimmt, wie das Eigenkapital in Unternehmen, mithin in Zentren der Wertschöpfung, investiv eingesetzt bleibt.

Weniger fair wäre es übrigens, eine derartige Ausschüttungssteuer einzuführen, ohne eine Thesaurierungsbegünstigung zu schaffen, wie es bezeichnenderweise jüngst Frankreich mit der Einführung einer 3 %igen Ausschüttungssteuer trotz einer Vorbelastung von 34,43 % getan hat.

Vor einigen Jahren hat auch Italien eine der belgischen Notional Interest Deduction ähnliche Regelung eingeführt, die sog. Allowance for Corporate Equity. Ähnlich wie in Belgien ist daher nun auch (ab Wj. 2011) in Italien ein steuerlicher Abzug fiktiver Eigenkapitalzinsen möglich. Gewährt wird dieser Abzug von der KSt-Bemessungsgrundlage sowohl inländischen Unternehmen als auch italienischen Betriebsstätten ausländischer Unternehmen. Die Regelung gilt hierbei für qualifizierendes Eigenkapital, das nach dem Jahr 2010 gebildet wurde und/oder gebildet wird (z. B. auch durch Thesaurierung von Gewinnen). Der typisierte Eigenkapitalzins betrug 3 % für die Jahre 2011 bis 2013. Anders als in Belgien existiert keine absolute Deckelung auf einen bestimmten Prozentsatz. Vielmehr hat der italienische Gesetzgeber den Prozentsatz sukzessive angehoben: 4 % für 2014, 4,5 % für 2015, 4,75 % für 2016. Ab 2017 wird der Satz vom italienischen Finanzministerium in Abhängigkeit des durchschnittlichen Ertrags italienischer Staatspapiere festgelegt und ggf. um einen Risikoaufschlag erhöht. Allein der Risikozuschlag kann in Italien bis zu 3 % betragen, so dass der italienische Satz also deutlich höher als der belgische liegt, bei dem ja die gesetzliche Höchstbegrenzung bei insgesamt 3 % liegt. Es gibt durchaus Anzeichen dafür, dass ähnlich Italien auch weitere EU-Mitgliedstaaten dem belgischen Vorbild folgen könnten. Beispielsweise hat Anfang 2013 die neue Luxemburger Regierung ihre Absicht angekündigt, eine Notional Interest Deduction auch in Luxemburg einzuführen. Eine in ihren Anreizwirkungen den belgischen und italienischen Vorschriften ähnliche Regelung gilt seit einigen Jahren in Estland. Dort kommt es lediglich im Falle einer Ausschüttung zur Erhebung einer 20%igen Körperschaftsteuer. Solange Gewinne thesauriert werden, bleiben sie dagegen komplett steuerbefreit. Eine derartige Ausschüttungssteuer ist übrigens auch abkommens- und europarechtlich unproblematisch, da sie keine Quellensteuer darstellt und daher ihre Erhebung keinen Einschränkungen unterliegt. Es wäre durchaus denkbar, in Deutschland die italienische, belgische und estnische Regelung zu kombinieren, d. h. für die Thesaurierung von Eigenkapital, welches ab einem bestimmten Stichtag zusätzlich gebildet wird, einen Eigenkapitalkostenabzug und daneben eine ausschließliche Ausschüttungssteuer einzuführen. Diese Ausschüttungssteuer könnte auch in europarechtskonformer Weise jede Extraktion aus dem inländischen Territorium erfassen, indem sie beispielsweise gleichermaßen für Extraktionen aus Inlandsbetriebsstätten gebietsfremder Kapitalgesellschaften gelten würde wie für Ausschüttungen aus inländischen Kapitalgesellschaften. Standortpolitisch unerwünschte Nachteile für inländische Konzernteile könnten durch die Nichterhebung der Ausschüttungssteuer auf organschaftliche Abführungen verhindert werden. Eine ausschließliche Ausschüttungssteuer setzt neben dem positiven Thesaurierungsanreiz einen negativen Thesaurierungsanreiz und sichert im Gegensatz zu Quellensteuern nachhaltig den endgültigen deutschen Besteuerungszugriff für den Fall einer Eigenkapitalextraktion aus den inländischen Zentren der Wertschöpfung, da die Erhebung einer derartigen Steuer weder abkommens- noch europarechtlichen Einschränkungen unterworfen ist. Mit der Flankierung des Eigenkapitalkostenabzugs durch eine derartige Ausschüttungssteuer wäre auch in Zeiten wieder ansteigenden Umverteilungsbewusstseins das für die politische Umsetzbarkeit erforderliche Signal der Differenzierung zwi-

10

schen gutem und bösem Finanzgebaren gesetzt. Ein Beitrag zur Steuervereinfachung würde zugleich dadurch geleistet, dass sämtliche spezifischen Zinsabzugsverbote entfallen könnten, da der Einsatz von Fremdkapital unattraktiver als der von Eigenkapital würde. Deutschland würde als Standort für die nach der Finanzkrise immer wieder kritisierten Fremdfinanzierungsexzesse in steuerlicher Hinsicht völlig unattraktiv. Vielmehr würde es attraktiver, inländische Unternehmen jedweder Branche durch die Maximierung von Eigenkapital krisenfest zu machen. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung würden auch das deutsche Steueraufkommen insgesamt nicht gefährden. Vielmehr würde die Beseitigung der Diskriminierung keinen substanziellen administrativen Aufwand hervorrufen und die Einnahmen insgesamt sogar stabilisieren und vergrößern, also sowohl die Effizienz als auch die Effektivität des Steuersystems aus fiskalischer Sicht steigern. Der Löwenanteil der gesamten Belastung der Wertschöpfung liegt in Deutschland generell im Bereich der Lohnsteuer sowie bei den indirekten Abgaben, insbesondere der Umsatzsteuer. Dies gilt insbesondere für internationale Konzerne, die regelmäßig in Kapitalgesellschaften organisiert sind. Die von Kapitalgesellschaften insgesamt erhobenen Gewinnsteuern insgesamt nachhaltig bei rund 5 % des gesamten deutschen Steueraufkommens zu veranschlagen, dürfte angesichts der Entwicklung des deutschen Steueraufkommens in den letzten Jahren und Jahrzehnten zutreffend sein. Dieses vergleichsweise geringe Teilvolumen von ca. 5 % würde auch nicht durch Einbrüche gefährdet, sondern es würde lediglich durch positive und negative Thesaurierungsanreize eine zeitliche Verschiebung des Besteuerungszugriffs auf etwaige Zuwächse dieses Volumens verursacht, was aber mit Mehreinnahmen bei anderen Abgaben (UST etc.) einhergehen dürfte.

- 11 Der theoretisch alternativ zur Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdfinanzierung verfolgbare Ansatz, sowohl Zinsen als auch Dividenden generell nicht zum Abzug zuzulassen, wäre absolut schädlich für jegliche unternehmerische Betätigung und mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip nicht vereinbar. Vor allem aber wäre er nicht praktikabel. Konsequenterweise müssten dann nicht nur Dividenden, sondern auch Zinsen beim Empfänger kategorisch freigestellt werden, was aber angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Steuersysteme völlig illusorisch ist. Vor diesem Hintergrund würde es in der Praxis trotz Freistellung der erhaltenen Vergütungen bei bestimmten Empfängern zu keiner Vorteilsdurchreichung an die Kapitalnehmer über die Vergütungshöhe kommen. Echte Mehrbelastungen wären die Folge. Überdies würde anders als nach dem belgischen, estnischen und italienischen Konzept kein Anreiz zur immer stärkeren Eigenkapitalbildung durch Thesaurierung gesetzt. Keinen Thesaurierungsanreiz zu setzen, wäre standortpolitisch extrem ungeschickt, insbes. vor dem Hintergrund der jüngsten Finanzkrise(n).
- 12 Die nach geltendem Recht in Deutschland und vielen anderen Rechtsordnungen bewirkte Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung betrifft nicht nur die Ebene der Vergütungen, sondern auch die Ebene des Kapitalstamms.
- 13 Fremdkapital ist grds. sowohl auf Ebene des Kapitalnehmers als auch auf Ebene des Kapitalgebers steuerwirksamen Wertveränderungen zugänglich, die beim Kapitalnehmer die Steuerlast beeinflussen, und zwar im Zweifel in cash-wirksamer Weise. Beim Gläubiger können Forderungen grds. steuerwirksam wertberichtigt werden, wenn der Teilwert voraussichtlich dauerhaft gesunken ist, außerdem sind realisierte Wertverluste und -steigerungen grds. voll einkommenswirksam. Bei der Überlassung von Fremdkapital können also Vermögensverluste beim Kapitalgeber cash-wirksame Steuerentlastungen bewirken. Dies wird dem Prinzip der Leistungsfähigkeit insofern gerecht, als beim Kapitalnehmer häufig mangels Tax Capacity die Cash-Wirksamkeit entsprechender Verluste ausgeschlossen ist. Typischerweise verfügt der Kapitalgeber über Tax Capacity, nicht aber der Kapitalnehmer, weil Letzterer insgesamt defizitär ist: Forderungsverzichte führen beim Kapitalgeber in diesen Fälle zu einer cash-wirksamen steuerlichen Entlastung, während die korrespondierenden Erträge beim Kapitalnehmer regelmäßig mit dessen anderweitigen Verlusten kompensiert werden können und damit zu keiner cash-wirksamen Belastung führen. Durch diese

im Zweifel eher gewährleistete Cash-Wirksamkeit der steuerlichen Berücksichtigung von Vermögensverlusten wird über die Steuerwirksamkeit von Vermögensverlusten beim Kapitalgeber dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bestmöglich entsprochen.

Dagegen ist bei Eigenkapital die cash-wirksame steuerliche Berücksichtigung von Vermögensverlusten im Zweifel nicht möglich. Zwar schlagen sich beim Emittenten Eigenkapitalvernichtungen regelmäßig in Gestalt von Verlusten nieder. Ebenso regelmäßig scheidet aber die Verlustnutzung ökonomisch an der fehlenden Tax Capacity des Emittenten wegen der umfassend defizitären Situation. Eine Verlustberücksichtigung auf der Ebene des Kapitalgebers ist typischerweise nicht möglich, da regelmäßig § 8b Abs. 3 KStG oder eine vergleichbare ausländische Regelung greift; wegen der technischen Steuerfreiheit von Beteiligungserträgen werden die entsprechenden Wertverringerungen im Vermögensstamm grds. steuerlich nicht berücksichtigt. Sinnvollerweise müsste vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips die Behandlung von Eigenkapital insofern der von Fremdkapital angepasst werden. Die rein technische „Steuerfreiheit“ aus § 8b KStG steht dem m.E. nicht entgegen. Der Mechanismus der Beteiligungsertragsbefreiung ist ein Mechanismus, um eine Mehrfachbelastung bei Konzernsachverhalten abzuwenden. Er ist ökonomisch dem Mechanismus der indirekten Anrechnung gleichwertig, der beispielsweise für Inlandsdividenden unter dem früheren Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren griff.<sup>5</sup>

Der technische Unterschied zwischen „Steuerfreiheit“ aufgrund einer Beteiligungsertragsbefreiung und „Steuerpflicht“ aufgrund einer indirekten Anrechnung rechtfertigt keine Diskriminierungen im Bereich der Beteiligungsertragsbefreiung. Dies hat bereits der EuGH vor dem Hintergrund der früheren deutschen Regelungen zum Anrechnungsverfahren für Inlandsdividenden einerseits und zur Beteiligungsertragsbefreiung für Auslandserträge andererseits entschieden; die Nichtabzugsfähigkeit von lfd. Aufwendungen nur bei Auslandserträgen war diskriminierend (EuGH vom 23.02.2006, C-471/04, *Keller Holding*, Slg. 2006, I-2107; vgl. auch EuGH vom 18.09.2003, C-168/01, *Bosal Holding*, Slg. 2003, I-9430 m. Anm. *Körner*, BB 2003, 2436). Aufgrund dieser Rechtsprechung hat der BFH bereits unterschiedliche Vorgängerversionen der aktuellen 5 %-Regelung für Dividenden als nicht europarechtskonform eingestuft, und zwar auch für Drittstaatsverhalte (BFH vom 13.06.2006, BStBl II 2008, 821; BFH vom 09.08.2006, BStBl II 2008, 823; BFH vom 09.08.2006, BStBl II 2007, 279; s. dazu *Körner*, IStR 2006, 376; *Friedrich/Nagler*, DStR 2005, 403, 412). M.E. sind auch die diversen Folgeversionen der 5 %-Regelung nicht europarechtskonform, und zwar einschl. der Regelung für Beteiligungsveräußerungsgewinne, § 8b Abs. 3 KStG und der flankierenden Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, s. *Körner*, IStR 2006, 106, 109, 111. Vor allem ist m.E. auch bei Nichtanwendung der 5 %-Regelung zwingend der volle Abzug der tatsächlichen Betriebsausgaben zu gewähren, da keine echte Steuerfreiheit von Dividenden vorliegt, sondern es vielmehr darum geht, Gewinne innerhalb der EU einmal, aber auch nur einmal zu besteuern und Aufwendungen zum Abzug zuzulassen, allerdings nicht nur 95 %ig, sondern komplett, s. *Körner*, IStR 2006, 106. Eine derartige Diskriminierung ergibt sich in gleicher Weise, wenn bei technischer „Steuerfreiheit“ Vermögensverluste i. d. R. nicht abzugsfähig sind, während sie bei technischer „Steuerpflicht“ grds. abzugsfähig sind. Die steuerinduzierten Cash-Effekte einerseits und die fehlenden steuerinduzierten Cash-Effekte andererseits unterstreichen diese Diskriminierung. Verändert hat sich gegenüber dem dieser EuGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt durch die Abschaffung des früheren KSt-Anrechnungsverfahrens und die Beseitigung einiger anderer Regelungen nur die Stoßrichtung der Diskriminierung: Diskriminiert wird nunmehr im Grundsatz nicht mehr der grenzüberschreitende Sachverhalt gegenüber dem Inlandssachverhalt, sondern vielmehr die Eigenkapital- gegenüber der Fremdkapitalüberlassung. Deswegen ist die Thematik im Grundsatz keine europarechtliche mehr, sondern eine standortpolitische und verfassungsrechtliche. Insbes. geht es um das Leistungsfähig-

5 Für Inlands- vs. Auslandsdividenden s. ausdrücklich EuGH vom 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 und C-437/08, *Haribo/Salinen*, Rz. 89, 104.

keitsprinzip. Objektive Unterschiede, die eine Diskriminierung ausschließen könnten, sind m.E. angesichts der ökonomischen Vergleichbarkeit von Eigen- und Fremdkapital nicht vorhanden. Dies zeigt insbes. das breite Spektrum der hybriden Finanzierungsformen. Die Eigenkapitalfinanzierung wird also diskriminiert.

15 Anzumerken ist allerdings, dass die nach geltendem deutschen Recht vorhandenen Unterschiede in der Behandlung von Eigen- und Fremdkapital bei verbundenen Unternehmen im praktischen Ergebnis meist wieder kassiert werden, allerdings im Wege einer Gleichbehandlung auf dem nachteiligsten Niveau: Einerseits stellt § 8b Abs. 3 KStG Gesellschafterdarlehen grds. dem Eigenkapital gleich und untersagt dementsprechend praktisch auch die Wertberichtigung von Gesellschafterdarlehen, soweit nicht ein (praktisch unmöglicher) Fremdvergleichsnachweis vom Steuerpflichtigen geführt werden kann. Andererseits sind Forderungsverzichte zwischen verbundenen Unternehmen nach der Rechtsprechung des BFH ohnehin als verdeckte Einlagen zu würdigen, soweit die Forderung noch einen werthaltigen Teil aufweist (BFH vom 09.06.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, 307; gl. A. BMF vom 02.12.2003, BStBl I 2003, 648; s. Teil B Rz. 192), was eine ganz ähnliche Nachweisproblematik zulasten des Steuerpflichtigen bewirkt. Wegen der rein technischen Steuerbefreiung und der Unvereinbarkeit mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip wäre diese Gleichbehandlung dahingehend zu ändern, dass Vermögensverluste sowohl aus Eigen- als auch aus Fremdkapital beim Kapitalgeber zum Abzug zugelassen würden.

16 Häufig ist es allein die Abzugsfähigkeit von Vermögensminderungen beim Kapitalgeber, infolge derer Vermögensverluste überhaupt cash-wirksame Steuerentlastungen bewirken können. Daher ist unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten generell eine Regelung wünschenswert, die für jegliche Form der Kapitalüberlassung diese Entlastung ermöglicht. In diesem Sinne war in Deutschland die früher für Auslandsbeteiligungen geltende Regelung des § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993 konzipiert. Trotz grundsätzlicher Befreiung bestimmter Dividenden und Veräußerungsgewinne aus qualifizierenden Beteiligungen an ausländischen Tochterkapitalgesellschaften waren Veräußerungsverluste, Teilwertabschreibungen und ähnliche Vermögensverluste grds. abzugsfähig, allerdings mit der theoretischen Bekämpfung doppelter Verlustnutzung durch ein steuerliches Wertaufholungsgebot.

Da seinerzeit auch die Wertberichtigung von Fremdkapital nicht durch eine Regelung wie den aktuell geltenden § 8b Abs. 3 KStG eingeschränkt war, ergab sich vor diesem Hintergrund sowohl bei Eigen- als auch bei Fremdkapitalinvestments im Ausland in den meisten Fällen die Möglichkeit, Vermögensverluste beim Kapitalgeber zu nutzen. Bei Inlandssachverhalten war damals angesichts der technischen Steuerpflicht von Dividenden aufgrund des Anrechnungsverfahrens diese Möglichkeit der Nutzung von Vermögensverlusten beim Kapitalgeber gleichermaßen gegeben, was auch einer der Gründe für die Einführung der gleichen Möglichkeit für Auslandsbeteiligungen durch § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993 war. Wegen der praktischen Lücke des Wertaufholungsgebots des § 8b KStG i. d. F. des StandOG 1993, nämlich wegen der Möglichkeit einer Abschneidung durch konzerninterne Veräußerung vor Wertaufholung, wurden bereits mit dem StEntlG 1999 die meisten Möglichkeiten der Steuerwirksamkeit von Vermögensverlusten aus Auslandsbeteiligungen beseitigt. Bei Veräußerung, Kapitalherabsetzung und Auflösung war demnach die Steuerwirksamkeit nicht mehr gegeben. Die letzte verbliebene Möglichkeit der Steuerwirksamkeit über Teilwertabschreibungen wurde mit Einführung des § 8b KStG i. d. F. des StSenkG 2001 beseitigt. Es hätte dabei der Missbrauchsbekämpfung völlig genügt, die Verlustwirksamkeit generell beizubehalten und lediglich die gesetzliche Lücke durch Ausweitung des Wertaufholungsgebots auf bestimmte Erwerber zu schließen.

Als vernünftige Rechtfertigung für den gesetzgeberischen Exzess in Form der Totalbeseitigung der Verlustwirksamkeit lässt sich auch nicht die Abkehr vom Anrechnungsverfahren bemühen. Wie erwähnt, sind (Körperschaftsteuer-)Anrechnung und interkorporale Beteiligungsertragsbefreiung gleichwertige Techniken, um eine ökonomische Doppelbelastung abzuwenden, und

der technische Unterschied darf keine Diskriminierung bei Anwendung der einen Technik anstelle der anderen bewirken. Dies wird auch empirisch untermauert: Aktuell existiert beispielsweise in Luxemburg (s. Teil I Rz. 53 ff.) und in Ungarn eine dem § 8b KStG i.d.F. des StandOG 1993 vergleichbare Regelung, allerdings für Inlands- wie Auslandsbeteiligungen, mithin ohne parallele Existenz eines Anrechnungsverfahrens für Inlandsbeteiligungen. Damit wird nicht nur das überlegene steuersystematische Konzept erkennbar, sondern es zeigt sich auch der zentrale steuerliche Gestaltungstrend, der sich aus den Unzulänglichkeiten des momentan geltenden § 8b KStG ergibt: Beteiligungen auf Basis von § 21 UmwStG steuerneutral in ausländische Holdings an entsprechenden Standorten zu transferieren, kann kaum ein Fehler sein.<sup>6</sup> Eine solche Vorgehensweise ist auch legitim, weil nur auf diese Weise eine Besteuerung entsprechend der Leistungsfähigkeit erreicht wird, da bei praxisnaher Betrachtung nur so die Cash-Wirksamkeit etwaiger künftiger Beteiligungsverluste gewährleistet wird.

Diese Cash-Wirksamkeit setzt voraus, dass für den Fall der Fälle neben den gefährdeten Beteiligungen auch Tax Capacity an die entsprechenden Standorte transferiert wird, z. B. durch offene Einlagen zinsbringender Forderungen oder Barmittel. Woher diese Einlagen regelmäßig stammen, ist naheliegend: aus dem Inland. Refinanzierungsaufwendungen für derartige Kapitalerhöhungen sind in Deutschland regelmäßig wegen § 8b Abs. 5 KStG abzugsfähig, soweit nicht die Zinsschranke greift. Wegen des noch immer hohen Steuersatzes in Deutschland ist hier auch der Entlastungseffekt von Refinanzierungsaufwendungen im internationalen Vergleich relativ hoch. Daher hat sich der deutsche Fiskus mit der Abschaffung der Steuerwirksamkeit von Beteiligungsverlusten bezüglich des Steueraufkommens keinen Gefallen getan. Früher drohten grds. nur ausnahmsweise im Falle des Scheiterns von Investitionen Steuererminderungen aufgrund von Beteiligungsverlusten. Nach dem nunmehr vom Gesetzgeber provozierten Gestaltungstrend, Beteiligungen und Finanzierungserträge ins Ausland zu transferieren, wird nachhaltig das deutsche Steuersubstrat reduziert. Infolge der Allokation von Eigenkapital ins Ausland fallen lfd. negative Zinserträge (Refinanzierungsaufwand) in Deutschland an und/oder es entgehen dem deutschen Fiskus lfd. positive Zinserträge aus der Anlage des über Kapitalerhöhungen transferierten Eigenkapitals.

Die Zinsschranke (s. Teil C) bekämpft dabei nur in europarechtswidriger und damit unzulänglicher Weise einige Symptome dieses Gestaltungstrends.<sup>7</sup> Wie jedes Breitbandantibiotikum hat sie überdies erhebliche Nebenwirkungen. Konkret werden infolge der Zinsschranke viele Finanzierungen durch Nichtabzugsfähigkeit verteuert, obwohl keineswegs ein missbräuchliches Finanzierungsgebaren vorliegt, vielmehr eine echte Minderung der Leistungsfähigkeit aufgrund echten Kapitalbedarfs und daraus resultierender Finanzierungskosten. Vorzugswürdig wäre gegenüber der Bekämpfung der Symptomatik in Gestalt der Hebelung, den grundsätzlichen Befund zu beseitigen, nämlich die Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung. Der Anreiz zur Hebelung würde sich von alleine erledigen. Nach Einführung einer Regelung, die in Deutschland Eigenkapitalkosten zum Abzug zuließe, wäre es besonders interessant zu beobachten, ob zur Abwechslung Refinanzierungsaufwand für Kapitalerhöhungen bei deutschansässigen Gesellschaften in den klassischen ausländischen Herkunftsjurisdiktionen der Kapitalgeber angesiedelt würde. Nach den Erfahrungen mit der belgischen Notional Interest Deduction wäre davon auszugehen, dass entsprechender Aufwand ins Ausland wandern würde; in Reaktion auf die Einführung der

---

6 Von besonderem gestalterischen Interesse ist in diesem Zusammenhang, dass § 21 UmwStG für den internationalen Anteilstausch Buchwertfortführung im Inland trotz Verkehrswertansatzes im Ausland ermöglicht. Das Erfordernis der doppelten Buchwertfortführung ist in § 21 UmwStG nicht mehr enthalten. Das ermöglicht, gelegentlich eines derartigen Anteilstausches hohe Anschaffungskosten im Ausland zu erzeugen und damit Potenzial für etwaige spätere im Ausland steuerwirksame Wertberichtigungen zu schaffen, je nach Rechtslage im Ausland ggf. sogar in Gestalt ausschüttungsbedingter Teilwertabschreibungen.

7 Körner, Ubg 2011, 610.

Notional Interest Deduction erfolgten umfangreiche Eigenkapitalerhöhungen bei belgischen Gesellschaften, die auf Ebene der ausländischen Anteilseigner mit Fremdmitteln refinanziert wurden.

### 3 Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz

#### 3.1 Die Grundregel

- 17 Die Vorschriften des deutschen Steuerrechts sehen keine einheitliche Definition des steuerrechtlichen Eigenkapitals bzw. Fremdkapitals vor, so dass die steuerrechtliche Beurteilung eines Finanzierungsinstruments gem. dem in § 5 Abs. 1 EStG geregelten Maßgeblichkeitsgrundsatz grds. der gesellschafts- und handelsrechtlichen Qualifikation folgt. Demnach schlägt die handelsbilanzrechtliche Behandlung des Eigen- bzw. Fremdkapitals auf die steuerrechtliche Beurteilung direkt durch, es sei denn, das Steuerrecht sieht Sonderregelungen vor, welche die in den Rechtsgebieten des Gesellschafts- und Handelsrechtes geltenden Vorschriften bzw. Grundsätze insoweit verdrängen (vgl. BFH vom 05.02.1992, DStR 1992, 497).<sup>8</sup>

#### 3.2 Gesellschaftsrechtliche Merkmale

- 18 Im deutschen Handelsbilanzrecht finden sich keine bindenden Tatbestandsmerkmale zur Qualifikation von Eigen- oder Fremdkapital. Es orientiert sich vielmehr an den gesellschaftsrechtlichen Strukturmerkmalen, so dass als Eigenkapital grds. jede Form von Kapital gilt, die gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft eine Haftungsfunktion erfüllt (z. B. Einlagen eines Gesellschafters). Kapitalzuführungen sind folglich auf Grundlage ihrer Funktion zu klassifizieren (materieller Kapitalbegriff) und nicht aufgrund ihrer zivilrechtlichen Ausgestaltung (formeller Kapitalbegriff).
- 19 Es haben sich auf Basis des Gesellschaftsrechts drei grundlegende Kriterien herauskristallisiert, die nach h. M. in der Literatur kumulativ erfüllt sein müssen, um den materiellen Eigenkapitalbegriff zu erfüllen:<sup>9</sup>
- Übernahme der Haftungs- oder Garantiefunktion,
  - Nachrangigkeit des gewährten Kapitals und
  - Nachhaltigkeit der Mittelzuführung.
- 20 Alle übrigen Kapitalzuführungen, die die genannten Kriterien nicht erfüllen, stellen demnach vom Grundsatz her Fremdkapital dar.<sup>10</sup>
- 21 Mit Inkrafttreten des MoMiG zum 01.11.2008 wurde das darüber hinaus bestehende Konzept des „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens“ abgeschafft. Darunter war ein Darlehen zu verstehen, das der Gesellschafter seiner GmbH zu einem Zeitpunkt gibt, in dem ein ordentlicher Kaufmann stattdessen Eigenkapital zugeführt hätte (Krise des Unternehmens). Dieser Gesellschafter konnte seine Forderung in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH gem. § 32a Abs. 1 GmbHG nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen. Obwohl der Gesellschafter in diesem Fall in Bezug auf das Gesellschafterdarlehen annähernd die Stellung eines

<sup>8</sup> Vgl. auch Golland/Gehlhaar/Grossmann/Eickhoff-Kley/Jänisch, Beilage Nr. 5 zu BB 2005, 32 und 33.

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler Küting/Kessler, BB 1994, 2103 f. m. w. N.

<sup>10</sup> Vgl. statt vieler Häuselmann, in: K/K/K, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

Gesellschafters einnimmt, wurde das Darlehen dennoch als Verbindlichkeit und nicht als Eigenkapital angesehen. Eine Ausnahme der Qualifikation des Gesellschafterdarlehens als Verbindlichkeit wurde für solche mit einer (qualifizierten) Rangrücktrittserklärung des Gesellschafters vorgesehenen Darlehen diskutiert. In dieser Erklärung tritt der Gesellschafter im Rang hinter sämtlichen Gesellschaftsgläubigern zurück und erklärt sich damit einverstanden, nicht vor den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt zu werden.<sup>11</sup>

Seit Inkrafttreten des MoMiG wird nunmehr nicht länger auf das Merkmal „kapitalersetzend“ abgestellt. Unabhängig von der tatsächlichen Zweckbestimmung bei Eintritt der Insolvenz wird jedes Gesellschafterdarlehen als nachrangig behandelt.<sup>12</sup> Die Regelungen zu den Gesellschafterdarlehen erfahren statt der vormals gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung in den §§ 32a und 32b GmbHG nun eine rein insolvenzrechtliche Qualifizierung nach der Insolvenzordnung. Gem. § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO i. d. F. ab 2014 sind (die nunmehr ausnahmslos als nachrangig behandelten) Gesellschafterdarlehen i. R. d. Überschuldungsprüfung<sup>13</sup> nicht mehr als Verbindlichkeit, sondern als Eigenkapital anzusehen.

22

### 3.3 Handelsrechtliche Merkmale

Im Handelsrecht wird als Grundsatz eine strikte Unterscheidung zwischen klassischen gesellschaftsrechtlich begründeten Finanzierungsformen des Eigenkapitals (z. B. Gesellschaftereinlagen) einerseits und schuldrechtlich begründeten Finanzierungsformen des Fremdkapitals (z. B. gewöhnliche Darlehen) andererseits getroffen. § 272 HGB, der sich unmittelbar auf die entsprechenden Eigenkapitalpositionen einer AG, KGaA, GmbH bzw. mittelbar – über § 264 a HGB – einer im Hinblick auf die Haftungsverhältnisse einer Kapitalgesellschaft vergleichbaren Personengesellschaft (z. B. GmbH & Co. KG) bezieht, liefert hier die handelsrechtliche Grundlage.

23

Die Vorschrift des § 272 HGB gilt grds. auch für Personengesellschaften gem. § 264 a HGB. Allerdings wird sie aufgrund der weitgehenden Abweichungen zwischen dem Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft und einer Personengesellschaft in der Praxis kaum angewendet.<sup>14</sup> Das Eigenkapital des Gesamtvermögens einer Personengesellschaft besteht vielmehr handelsrechtlich im Wesentlichen aus der Summe der Kapitalkonten der Gesellschafter (Pflichteinlagen, Einlagen/Entnahmen/variable Kapitalkonten etc.), während steuerrechtlich das Ganze um das Mehr- oder Minderkapital aus positiven oder negativen Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter und ggf. Kapital aus Sonderbilanzen der Gesellschafter ergänzt wird.

24

Zum Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft gehören gem. § 272 HGB die folgenden Positionen:<sup>15</sup>

25

- gezeichnetes Kapital (Haftungskapital der Gesellschafter, § 272 Abs. 1 Satz 1 HGB)
- Kapitalrücklagen (z. B. Agio, § 272 Abs. 2 HGB),
- Gewinnrücklagen (insbes. nicht ausgeschüttete Vorjahresergebnisse, § 272 Abs. 3 HGB),
- Bilanzgewinn/-verlust (beinhaltet Jahresüberschuss/-fehlbetrag und den Gewinn-/Verlustvortrag, falls die Aufstellung der Bilanz unter teilweiser Verwendung des Jahresergebnisses erfolgt (§ 268 Abs. 1 HGB).

11 Vgl. zusammenfassend zur Historie der eigenkapitalersetzenden Darlehen *Gehrlein*, BB 2011, 3 ff.; vgl. auch *Gehrlein*, BB 2008, 847; *Hoffmann*, BC 2006, 49; BGH vom 08.01.2001, DStR 2001, 175; BFH vom 20.10.2004, DStRE 2005, 240 i. V. m. BFH vom 05.02.1992, BB 1992, 676 sowie BFH vom 30.03.1993, BStBl II 1993, 502.

12 Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 354/07, 129 f.; auch *Gehrlein*, BB 2011, 5 ff.; *Gehrlein*, BB 2008, 847.

13 Gem. § 19 Abs. 1 InsO ist die Überschuldung bei einer juristischen Person ein Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren.

14 Vgl. *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 272 HGB Rn. 1.

15 Vgl. auch Gliederung des Eigenkapitals gem. § 266 Abs. 3 HGB.

- 26 Das deutsche Bilanzrecht orientiert sich dabei primär an der gesellschaftsrechtlichen Zuordnung von Eigen- und Fremdkapital mit der Folge, dass die gesellschaftsrechtliche Übernahme einer Haftungsfunktion gegenüber den Gläubigern i. d. R. zu einem Eigenkapitalausweis in der Handelsbilanz führt. Eine Kapitalzuführung, die gesellschaftsrechtlich Eigenkapital darstellt, ist diesem Grundsatz nach für handelsbilanzielle Zwecke ebenfalls regelmäßig als Eigenkapital zu qualifizieren. Das deutsche Handelsrecht kennt zudem nur wenige Ausnahmen von dem genannten Grundsatz (s. Rz. 27). Mit anderen Worten, selbst in Fällen von Verbindlichkeiten mit (qualifizierter) Rangrücktrittserklärung bzw. (nach Inkrafttreten des MoMiG) Gesellschafterdarlehen, handelt es sich im handelsrechtlichen Sinne um Fremdkapital.<sup>16</sup>
- 27 Zunächst grds. als Fremdkapital zu qualifizierende Finanzierungsmaßnahmen können nach deutschem Handelsrecht nur ausnahmsweise als Eigenkapital ausgewiesen werden. Solche Ausnahmen bilden insbes. sogenannte hybride Finanzinstrumente, denen u.U. eine Art temporäre Haftungsfunktion zuzusprechen sein kann (z. B. schuldrechtlich vereinbartes Genussscheinkapital).<sup>17</sup> Am Beispiel eines schuldrechtlich vereinbarten Genusssrechts- bzw. Genussscheinkapitals lässt sich die hier vorzunehmende Abgrenzung überblicksartig verdeutlichen. Genussrechte stellen Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art dar, jedoch keine Mitgliedschaftsrechte bzw. Stimmrechte (Verwaltungsrechte, insbes. keine Stimmrechte), die allerdings Vermögensrechte gewähren, die typischerweise Gesellschaftern zustehen. Darüber hinaus führen sie meist zu einer Beteiligung am Gewinn und/oder einem etwaigen Liquidationserlös.<sup>18</sup> Diese Genussrechte sind nach handels- bzw. gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen als Fremdkapital in Form von Verbindlichkeiten auszuweisen. Sie stellen lediglich unter folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen Eigenkapital aus handelsrechtlicher Sicht dar (zu Genussrechten s. ausführlich Teil B Rz. 288 ff. und 303 ff.)<sup>19</sup>:
- Die Vergütung für die Kapitalüberlassung ist erfolgsabhängig und steht unter der Bedingung, dass sie nur aus dem Eigenkapital geleistet werden darf, das nicht besonders gegen Ausschüttungen geschützt ist.
  - Im Insolvenz- bzw. Liquidationsfall entsteht ein Rückzahlungsanspruch für das Genussscheinkapital nachrangig, d. h. erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger.
  - Der Genussrechtsinhaber nimmt am Verlust des Unternehmens bis zur vollen Höhe teil, mit der Folge, dass eingetretene Verluste erst dann mit bilanziellem Eigenkapital verrechnet werden, wenn das Genussrechtskapital durch Verlustverrechnung vollständig aufgezehrt ist.
  - Das Genussscheinkapital wird dem Unternehmen langfristig überlassen und dessen Rückzahlung für beide Seiten ausgeschlossen.

## 4 Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz und Gewerbesteuergesetz – Grundlagen

- 28 Im Steuerrecht selbst findet sich keine klare Definition des Eigen- bzw. Fremdkapitalbegriffs. Vielmehr ist das Eigen- bzw. Fremdkapital anhand der allgemeinen Grundprinzipien des Handels- und Gesellschaftsrechts und einer Vielzahl von Spezialregelungen zu ermitteln. Die Begriffe des

16 Vgl. Häuselmann, in: K/K/K, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

17 Im Einzelnen vgl. Kozikowski/Schubert, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 247 HGB Rn. 228; Ellrott/Krämer, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 266 HGB Rn. 191; Häuselmann, in: K/K/K, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 210.

18 Vgl. hierzu im Einzelnen Kozikowski/Schubert, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 247 HGB Rn. 228; Ellrott/Krämer, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 266 HGB Rn. 191.

19 Vgl. die durch das IDW festgelegten Kriterien, IDW-Stellungnahme vom 01.07.1994, HFA-1/94; vgl. auch Kozikowski/Schubert, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 247 HGB Rn. 228; Ellrott/Krämer, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 266 HGB Rn. 191.

Betriebsvermögens und der Einlage nach § 4 Abs. 1 EStG bieten allerdings eine Grundlage zur Beurteilung, ob Eigenkapital i. S. d. Steuerrechts vorliegt.

Nach Rechtsprechung des BFH (vgl. BFH vom 30.05.1990, BStBl II 1990, 875) setzt die Annahme von Eigenkapital grds. voraus, dass **29**

- die Zuführung des einlagefähigen Vermögenswerts von einem Gesellschafter vorgenommen wird,
- durch die Zuführung gebundenes Kapital entsteht, d. h. solches, das einer freien Kreditkündigung entzogen ist, und
- durch die Zuführung haftendes Kapital entsteht, d. h. solches, bezüglich dessen Ansprüche im Konkurs der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden können.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, wird grds. nach deutschem bzw. ausländischem Zivil- und Gesellschaftsrecht geprüft. Auf das ausländische Zivilrecht ist dann abzustellen, wenn es sich beim Fremdkapital bzw. Eigenkapital empfangenden Unternehmen um ein ausländisches Unternehmen handelt (vgl. BFH vom 30.05.1990, BStBl II 1990, 875). Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Handelsbilanzrechts gilt somit nach dem BFH auch als Grundlage für die Einstufung als Eigenkapital/Fremdkapital nach dem Steuerrecht. **30**

Im zweiten Schritt der Prüfung ist allerdings eine Vielzahl von speziellen steuerrechtlichen Regelungen zu beachten, die die handelsrechtliche Einstufung durchbrechen können, so dass die Maßgeblichkeit des Handelsbilanzrechts punktuell verdrängt wird. Insbes. in § 4 EStG wird der Begriff des Betriebsvermögens steuerrechtlich definiert, welches das Eigenkapital im steuerrechtlichen Sinn repräsentiert. Es handelt sich nach dieser Regelung um die Differenzgröße zwischen den aktiven und passiven Wirtschaftsgütern einschl. Rückstellungen, Wertberichtigungen und Rechnungsabgrenzungsposten eines Betriebs, erhöht um die entsprechenden Einlagen gem. § 4 Abs. 1 EStG, ermittelt nach steuerrechtlichen Vorschriften.<sup>20</sup> **31**

Nach der Definition des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 8b Abs. 1 KStG oder § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d EStG wird darüber hinaus bestimmt, ob es sich bei der jeweiligen Finanzierungsmaßnahme um eine Forderung oder um einen aktivierungsfähigen Anteil handelt. Als Anteil an einer deutschen Kapitalgesellschaft gilt danach jede Aktie an einer AG und jeder Geschäftsanteil an einer GmbH. Dabei kommt es nicht auf die konkrete Ausgestaltung der jeweiligen Anteilsrechte an. Im Gegensatz dazu wird im Fall der noch darzustellenden Genussrechte jedoch nicht auf die strenge Definition des § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG abgestellt. Den Genussrechtsinhabern fehlen insbes. die Verwaltungsrechte, die ein typischer Anteilsinhaber besitzt. Ungeachtet dessen werden die nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 HS 2 KStG steuerrechtlich nicht abzugsfähigen Genussrechtsvergütungen wie Dividenden behandelt und unterliegen den Befreiungen gem. § 8b Abs. 1 und 2 KStG, wobei die ausländischen Beteiligungen in Form eines Genussrechts denselben Grundsätzen unterliegen (s. ausführlich Teil B Rz. 288 ff.).<sup>21</sup> **32**

Ergänzt werden die genannten Grundsätze durch zahlreiche steuerrechtliche Spezialvorschriften bezogen auf die unterschiedlichen Finanzierungsformen im Steuerrecht. Aufgrund der steuerrechtlichen Spezialvorschriften wird entweder eine eigenständige Qualifikation von Finanzierungsformen vorgenommen, wie beispielsweise bei Genussrechten (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG) und den Besonderheiten im Rahmen von stillen Beteiligungen, oder die Finanzierungsform wird in der Rechtsfolge umqualifiziert. Beispiele für eine solche Umqualifizierung sind u. a. **33**

- die vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG),

20 Vgl. *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 5. Aufl., München 2015, Rn. D 1666; *Häuselmann*, in: K/K/K, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 216.

21 Vgl. BMF vom 28.04.2003, BStBl I 2003, 292 Tz. 24 i. V. m. BMF vom 23.03.2015, BStBl I 2015, 278; vgl. *Häuselmann*, in: K/K/K, Konzernsteuerrecht, § 10 Rn. 218.

- die Qualifikation von Sonderbetriebsvermögen (§§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 50d Abs. 10 EStG) oder auch
  - die 5 %-Regelung als pauschal nicht abzugsfähige Betriebsausgaben bei Dividenden zwischen Körperschaften (§ 8 b Abs. 3 KStG, s. ausführlich Teil B Rz. 32 ff.). Darüber hinaus existiert eine weitere Kategorie von Spezialvorschriften, die den Abzug von Zinsen in Bezug auf steuerrechtlich grds. anerkannte Finanzierungsformen einschränken bzw. versagen, wie die Zinsschranke (§ 4h EStG, s. ausführlich Teil C) oder auch die Zinsabzugsbeschränkung bei Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a EStG, s. ausführlich Rz. 87 ff.).
- 34** Neben diesen Regelungen sind im Rahmen von Fremdkapitalzinsen die gewerbsteuerlichen Hinzurechnungsvorschriften des § 8 Nr. 1 GewStG zu beachten (s. Teil D). Darüber hinaus ergeben sich einige Besonderheiten hinsichtlich der Behandlung von Finanzierungsformen bzw. des Zinsabzugs in Bezug auf steuerrechtlich anerkannte Organschaften, auf die in Teil C Rz. 78 sowie in Teil D Rz. 72 näher eingegangen wird.

## II Steuerrechtliche Spezialnormen der Unternehmensfinanzierung

### 1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

#### 1.1 Grundvoraussetzungen einer verdeckten Gewinnausschüttung und Besonderheiten bei der Unternehmensfinanzierung

Eine vGA ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH (vgl. BFH vom 22.02.1989, BStBl II 1989, 475; BFH vom 17.10.2001, BStBl II 2004, 171) und nach Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. R 36 Abs. 1 Satz 1 KStR) eine Vermögensminderung oder eine verhinderte Vermögensmehrung einer Kapitalgesellschaft, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf den steuerlichen Gewinn i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG der Kapitalgesellschaft auswirkt und nicht auf einem ordentlichen Gewinnverteilungsbeschluss beruht. Außerdem gilt als Voraussetzung, dass der Vorgang geeignet sein muss, beim Gesellschafter einen sonstigen Bezug in Form eines Gewinnanteils (Dividende) auszulösen, d. h. es muss sich dem Charakter nach um Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. v. sonstigen Bezügen handeln.<sup>1</sup>

Eine Vermögensminderung (durch Verminderung eines Aktivpostens oder Erhöhung eines Passivpostens) bzw. verhinderte Vermögensmehrung (durch Nichterhöhung eines Aktivpostens bzw. Nichtverminderung eines Passivpostens) liegt vor, wenn das Vermögen der Kapitalgesellschaft ohne Vornahme der als vGA zu prüfenden Handlung bzw. bei der Vornahme einer unterlassenen Handlung höher gewesen wäre, als es tatsächlich ist (vgl. BFH vom 22.02.1989, BStBl II 1989, 475). Unter Auswirkung auf den steuerlichen Gewinn der Gesellschaft ist eine Gewinnminderung bzw. ein entgangener Gewinn zu verstehen.

Von einer Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis ist immer dann auszugehen, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einem fremden Dritten, im Gegensatz zu einem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person, den Vermögensvorteil nicht gewährt hätte (vgl. etwa BFH vom 17.05.1995, BStBl II 1996, 204 und H 36 III. Allgemeines KStH m. w. N.). Damit wird der Fremdvergleich als Maßstab dieses Kriteriums angesetzt.

Besonderheiten in Bezug auf die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis sind im Hinblick auf einen beherrschenden Gesellschafter zu beachten. Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis wird hier insbes. schon aus dem Grund angenommen, dass es an einer im Vorhinein geschlossenen, zivilrechtlich wirksamen, klaren und eindeutigen Vereinbarung mit einem beherrschenden Gesellschafter fehlt. Vereinbarungen, die rückwirkend mit einem beherrschenden Gesellschafter getroffen werden, sind zudem steuerlich nicht anzuerkennen (vgl. H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – Klare und eindeutige Vereinbarung KStH m. w. N.). Von einer beherrschenden Stellung ist dabei auszugehen, wenn ein Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte an einer Gesellschaft besitzt oder zu einem geringeren Anteil als 50 % an den Stimmrechten besondere Umstände hinzutreten, die ein Beherrschungsverhältnis begründen (vgl. BFH vom 13.12.1989, BStBl II 1990, 454; H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – Beteiligungsquote KStH). Wenn mehrere Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft mit gleichgerichteten Interessen zusammenwirken, um eine ihren Interessen entsprechende einheitliche Willensbildung herbeizuführen, ist ferner auch ohne Hinzutreten besonderer Umstände eine beherrschende Stellung anzunehmen (vgl. BFH vom 25.10.1995, BStBl II 1997, 703; H 36 III. Beherrschender Gesellschafter – gleichgerichtete Interessen KStH). Gleichgerichtete Interessen liegen hierbei z. B. vor, wenn die Gesell-

<sup>1</sup> Vgl. statt vieler *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 154.

schafter bei der Bemessung der dem einzelnen Gesellschafter jeweils zuzubilligenden Tantieme im Zusammenwirken gemeinsame Interessen verfolgen (vgl. BFH vom 11.12.1985, BStBl II 1986, 469).

- 39 Als nahestehende Person gilt nach Auffassung des BFH (vgl. BFH vom 02.03.1988, BStBl II 1988, 786; vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301; H 36 III. Nahestehende Person KStH) grds. jede Person, die mit dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auf eine Weise in Beziehung steht, die vermuten lässt, dass diese Beziehung die Vorteilszuwendung der Kapitalgesellschaft an die andere Person beeinflusst hat. Damit können insbes. familienrechtliche, gesellschaftsrechtliche und schuldrechtliche Beziehungen ein „Nahestehen“ begründen.

## 1.2 Besonderheiten der verdeckten Gewinnausschüttung i. R. d. Unternehmensfinanzierung

- 40 Für Zwecke der Besteuerung der Unternehmensfinanzierung verwendete § 8a KStG a. F. ebenfalls das Institut der vGA und regelte bis VZ 2007, dass der Zinsabzug bei bestimmten Fällen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung beschränkt werden soll. Der nicht abzugsfähige Teil der Zinsen stellte per gesetzliche Fiktion eine vGA dar und unterlag dementsprechend auf der Rechtsfolgenreihe den Regularien einer vGA. Durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 wurde die Regelung des § 8a KStG a. F. abgeschafft und durch viel umfassendere Regelungen der Zinsschranke ersetzt (s. ausführlich Teil C Rz. 1 ff.). Die Zinsschranke bezieht sich nunmehr nicht nur auf die Gesellschafter-Fremdfinanzierung, sondern erfasst auch übliche Bankfinanzierungen. Des Weiteren führt die Zinsschranke anders als die Altregelung nicht mehr zur Umqualifizierung der Zinsen in Beteiligungserträge, so dass die vGA-Problematik i. R. d. Unternehmensfinanzierung nur noch im Zusammenhang mit der Überprüfung der fremdüblichen Konditionen/gesellschaftsrechtlicher Veranlassung einer Darlehensgewährung relevant ist.
- 41 Die Grundfälle der vGA i. R. d. Unternehmensfinanzierung sind die folgenden:
- Die Kapitalgesellschaft nutzt das Kapital des Gesellschafters gegen ein unangemessen hohes Entgelt und tätigt dadurch Aufwand, der steuerrechtlich als Einkommensverteilung an den Gesellschafter zu beurteilen ist (Vermögensminderung).
  - Die Kapitalgesellschaft überlässt dem Gesellschafter Kapital zur Nutzung unentgeltlich oder gegen ein unangemessen niedriges Entgelt (verhinderte Vermögensmehrung).
  - Die Kapitalgesellschaft übernimmt Verbindlichkeiten oder Risiken des Gesellschafters (Vermögensminderung).
- 42 Ob eine Darlehensgewährung gesellschaftsrechtlich veranlasst wird und als vGA zu werten ist, ist zum einen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen (vgl. BFH vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301 m. w. N.). Wird also z. B. bereits bei Darlehenshingabe an den Gesellschafter mit der Uneinbringlichkeit gerechnet, stellt diese eine vGA dar (vgl. BFH vom 16.09.1958, BStBl III 1958, 451; vom 14.03.1990, BStBl II 1990, 795; H 36 KStH).
- 43 Zum anderen ist eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung zum Zeitpunkt einer evtl. späteren Vertragsänderung zu prüfen (vgl. BFH vom 18.12.1996, BStBl II 1997, 301 m. w. N.). Eine vGA kann damit auch durch eine nicht durchgeführte Vertragsänderung begründet werden, wenn eine solche möglich ist. Dies ist insbes. bei Dauerschuldverhältnissen wie Darlehensverträgen von Bedeutung, wenn die Kapitalgesellschaft von den rechtlich bestehenden Möglichkeiten einer Änderung bzw. Beendigung des Vertrags (z. B. rechtlich durchsetzbare Kündigung) keinen Gebrauch macht, obwohl dies zu ihrem Nachteil ist. Aus diesem Grund ist es notwendig, regelmäßig die Verträge zu überprüfen und ggf. die einzelnen Konditionen anzupassen (z. B. Änderung des Darlehenszinssatzes, wenn keine Zinsfestschreibung für einen bestimmten Zeit-

raum vereinbart wurde und sich z.B. der Marktzins verändert hat bzw. wenn der Zinsfestschreibungszeitraum abgelaufen ist).<sup>2</sup>

Bei der vertraglichen Ausgestaltung der Dauerschuldverhältnisse (also insbes. der Verträge bzgl. der Fremdkapitalüberlassung) ist darauf zu achten, dass bei langfristiger Festlegung der Vertragsbedingungen entsprechende Vertragsanpassungen vereinbart werden, wenn solche Vertragsklauseln fremdüblich sind.<sup>3</sup> Ferner ist bei Finanzierungsverträgen zu berücksichtigen, dass auch eine fehlende Sicherheit für ein dem Gesellschafter gewährtes Darlehen (s. aber auch Teil F Rz. 44) und die nicht rechtzeitige Zurückforderung des Darlehens bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Darlehensnehmers zu einer vGA führen können.<sup>4</sup> Das Fehlen der tatsächlichen Durchführung ist zudem ebenfalls ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Vereinbarung nicht ernstlich gemeint ist und gibt einen Ansatz für eine vGA (vgl. BFH vom 28.10.1987, BStBl II 1988, 301; vom 29.07.1992, BStBl II 1993, 352; H 36 KStH).

44

Die Rechtsbeziehungen zwischen der Kapitalgesellschaft und dem beherrschenden Gesellschafter müssen auf einem

45

- vorher abgeschlossenen (zeitliches Rückwirkungsverbot),
- klaren und eindeutigen (Dokumentation von Leistung und Gegenleistung, Darlehenslaufzeit, Kündigungsmöglichkeiten, Tilgungsmodalitäten),
- rechtlich bindenden (insb. Einhaltung gesetzlicher oder vertraglich vereinbarter Formvorschriften, Vertretungsvorschriften) und
- tatsächlich durchgeführten (insbes. vertragsgemäße Zahlungsflüsse zu den vereinbarten Zeitpunkten)

Vertrag beruhen.

Eine vGA kommt bei beherrschenden Gesellschaftern daher bereits dann in Betracht, wenn nicht von vornherein klar und eindeutig bestimmt ist, ob und in welcher Höhe ein Entgelt gezahlt werden soll. Bei der vertraglichen Ausgestaltung der Finanzierungen ist daher insbes. bei beherrschenden Beteiligungsverhältnissen von Bedeutung, genaue Berechnungsgrundlagen für Fremdkapitalvergütungen zu vereinbaren. Die Berechnungsgrundlagen müssen so bestimmt sein, dass allein durch Rechenvorgänge die Höhe der Vergütung ermittelt werden kann, ohne dass es noch der Ausübung irgendwelcher Ermessensakte seitens der Geschäftsführung oder Gesellschafterversammlung bedarf (vgl. BFH vom 24.05.1989, BStBl II 1989, 800 und vom 17.12.1997, BStBl II 1998, 545; H 36 KStH). Auch müssen wesentliche einzelne Vertragsmodalitäten (z. B. pünktliche Entrichtung von Zinsen bzw. die Einhaltung von Tilgungsmodalitäten) tatsächlich eingehalten werden. Hiervon darf nur abgewichen werden, wenn auch unter fremden Dritten eine abweichende Handhabe üblich ist und die Gesellschaft dadurch keinen finanziellen Nachteil erleidet. So sollte beispielsweise eine vorzeitige Darlehenstilgung trotz mangelnder Vertragsklausel unschädlich sein, wenn eine einer Vorfälligkeitsentschädigung ähnliche Zahlung vereinbart wird und der Vorgang ähnlich einer Bankfinanzierung ausgestaltet wird. Ähnlich sollte keine vGA anzunehmen sein, wenn die Gesellschaft selbst Interesse an einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung hat (z. B. bei Finanzierungsbedarf eigener Investitionen).<sup>5</sup>

Allerdings dürfen die einzelnen Kriterien des Fremdvergleichs, dem die Geschäftsbeziehungen einer Kapitalgesellschaft zu ihrem beherrschenden Gesellschafter zu unterziehen sind, nicht i. S. v. absoluten Tatbestandsvoraussetzungen verstanden werden. Sie sind vielmehr indiziell dahingehend zu würdigen, ob sie den Rückschluss zulassen, dass die betreffenden Leistungen durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind. So führt die Tatsache, dass ein unvollständiger

46

2 Vgl. BFH vom 07.12.1988, BStBl II 1989, 248 und ausführlich *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

3 FG Sachsen-Anhalt vom 04.03.2008, EFG 2008, 884; *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

4 Vgl. *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 143.

5 Vgl. *Klingebiel/Lang/Rupp*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1061 mit weiteren Beispielen.

Darlehensvertrag zwischen Kapitalgesellschaft und beherrschendem Gesellschafter vorliegt, allein noch nicht dazu, dass die Darlehensgewährung in die Zuführung von Eigenkapital umzudeuten ist (vgl. BFH vom 29.10.1997, BStBl II 1998, 573). Vielmehr muss im konkreten Fall geprüft werden, ob ein unvollständiger Darlehensvertrag den Rückschluss darauf erlaubt, dass eine ernstlich gemeinte Zinsvereinbarung fehlt. Der BFH hat daher in diesem Zusammenhang u. a. entschieden, dass eine fehlende Vereinbarung über den Zeitpunkt der Rückzahlung des Darlehens allein für sich noch keinen Anhaltspunkt für einen solchen Rückschluss bietet. Im Rahmen derselben BFH-Entscheidung wurde zudem betont, dass auch die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung keinen Selbstzweck verfolgt. Diese könne vielmehr nur dann gefordert werden, wenn auch ein fremder Gläubiger unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen eine Sicherheit gefordert hätte. Dies kann jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn der fremde Gläubiger aus tatsächlichen Gründen die Möglichkeit hat, auf den Darlehensschuldner Einfluss zu nehmen und für die Darlehensrückzahlung Sorge zu tragen. Aus diesem Grund sind also bei Darlehensgewährungen zwischen Kapitalgesellschaften in einem Konzern keine Sicherheiten zu fordern, wenn die Konzernbeziehungen für sich gesehen eine Sicherheit bedeuten. Diese Überlegung ist auch mit dem Fremdvergleich vereinbar. Dieser verlangt nur das „Wegdenken“ der Nahestehensbeziehung. Das Fortbestehen aller übrigen Beziehungen wird unterstellt. Dazu gehören z. B. die Ausstattung der Gesellschaft mit Eigenkapital, die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben, der durch den Konzernrückhalt entstehende Geschäftswert und auch eine faktisch vorhandene Sicherheit.<sup>6</sup> In allen anderen Fällen ist die Vereinbarung von Sicherheiten für die steuerliche Anerkennung einer Darlehensvereinbarung – insbes. bei längerfristigen Darlehen und Darlehensbeträgen von gewisser Höhe – von essentieller Bedeutung. Dabei kommen als Sicherheiten Grundpfandrechte, Bankbürgschaften u. Ä. infrage (vgl. BMF vom 23.12.2010, BStBl I 2011, 37 i. V. m. BMF vom 29.04.2014, BStBl I 2014, 809).

- 47 Die Vereinbarungen bzgl. der Zinszahlungsmodalitäten sind weitgehend den Vertragsparteien überlassen. Als fremdüblich gelten daher sowohl monatliche als auch vierteljährliche, halbjährlich bzw. jährliche Zahlungsintervalle. Wird auf tatsächliche Zinszahlungen verzichtet und werden diese dem Darlehensbetrag zugeschlagen, so müssen die zugeschlagenen Zinsen mitverzinst und die Sicherheiten an dieser erhöhten Darlehenssumme ausgerichtet werden.<sup>7</sup>
- 48 Bei internationalen Finanzierungen ist bei der Beurteilung einer grenzüberschreitenden vGA die neueste Entwicklung der Rechtsprechung durch die Finanzgerichte zusätzlich zu beachten. So hat das FG Hamburg (31.10.2011, IStR 2012, 190)- im Einklang mit der h.M.<sup>8</sup> und entgegen der damaligen Auffassung der Finanzverwaltung<sup>9</sup> – entschieden, dass die nationalen formalen Anforderungen an die schuldrechtlichen Beziehungen bei beherrschenden Gesellschaftsverhältnissen (vorherige, klare, eindeutige und zivilrechtlich wirksame und tatsächlich durchgeführte Vereinbarungen) nach Art. 6 DBA-Niederlande nicht anwendbar seien. Denn eine Gewinnkorrektur nach einer Art. 9 OECD-MA entsprechenden Vorschrift dürfe nur dann erfolgen, wenn die getroffene Vereinbarung einem materiellen Fremdvergleich nicht standhalte. Das Tatbestandsmerkmal des Art. 6 DBA-Niederlande, „wirtschaftliche oder finanzielle Bedingungen“ sei entsprechend dem Merkmal der „kaufmännischen oder finanziellen Bedingungen“ in Art. 9 Abs. 1 OECD-MA umfassend und in der Weise zu verstehen, dass alle zwischen verbundenen Unternehmen vorkommenden Leistungsbeziehungen erfasst seien und damit auch solche auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage. Aufgrund der Sperrwirkung in Art. 6 DBA-Niederlande könne daher ein bloßer Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot bei im Übrigen der Höhe nach angemessenen

6 Vgl. BFH vom 29.10.1997, a. a. O. in Fortentwicklung der ständigen Rechtsprechung vom 21.12.1994, BFHE 176, 671.

7 Vgl. *Klingebiel/Lang/Rupp*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1061.

8 Vgl. statt vieler *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 627.

9 Vgl. BMF vom 23.02.1983, BStBl I 1983, 218, Tz. 1.4.1. Fälle, in denen es bei einer fehlenden klaren und eindeutigen Vereinbarung wegen dieser Auffassung zu einer Doppelbesteuerung kommt, sollten nach Tz. 1.4.3 im Wege des Verständigungsverfahrens gelöst werden. Vgl. auch BMF vom 12.04.2005, BStBl I 2005, 570, Tz. 6.1.1.

Vergütungen keine vGA begründen. Diese bislang äußerst umstrittene Problematik wurde nunmehr höchstrichterlich entschieden. Der BFH bestätigte die Rechtsprechung des FG Hamburg als bereits zweites FG, das eine Sperrwirkung der DBA bei rein formalen vGA annimmt (vgl. BFH vom 11.10.2012, BStBl II 2013, 1046; zuvor ebenso FG Köln vom 22.08.2007, DStRE 2008, 696). Der BFH sieht eine Bestätigung der erläuterten Sperrwirkung entsprechend des DBA-Niederlande insbesondere insbes. in Abkommen, welche eine weitreichendere Fremdvergleichskorrektur explizit vorsehen<sup>10</sup> und auch in der Entwicklung hinsichtlich des Authorised OECD Approach. Danach wird international-abkommensrechtlich ein Gleichlauf der Grundsätze des Dealing at Arm's Length nach Art. 9 Abs. 1 OECDMustAbk (für Kapitalgesellschaften) und andererseits des Art. 7 Abs. 2 OECDMustAbk (für Betriebsstätten) beabsichtigt.<sup>11</sup> Die Finanzverwaltung hat sich in den KStR 2015 H 8.5 dieser Sichtweise mittlerweile angeschlossen. Die durch das Jahressteuergesetz 2013 mittlerweile eingeführte steuerliche Aufteilung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte für Zwecke des Fremdvergleichs setzt nach Auffassung des BFH auf keinen Sonderbedingungen – wie den im Vorhinein klar und eindeutig getroffenen Vereinbarungen – auf, sondern betrifft ausschließlich die (kaufmännische oder finanzielle) Angemessenheit der Geschäftsbeziehungen.<sup>12</sup> (vgl. BFH vom 11.10.2012, BStBl II 2013, 1046 Tz. 12).

Im Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung spielt für die Feststellung einer vGA – neben den genannten zahlreichen formellen Voraussetzungen – insbes. auch die materielle Angemessenheit der Verzinsung eine entscheidende Rolle. Es gilt der Grundsatz, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter regelmäßig kein Darlehen ohne Verzinsung überlassen würde. Verzichtet daher eine Kapitalgesellschaft auf die Verzinsung, so führt dies i. d. R. unmittelbar zur Feststellung einer vGA (ein umgekehrter Fall – d. h. der Gesellschafter verzichtet auf die Verzinsung – führt indes nicht zu einer vGA, da es auf Ebene der Gesellschaft nicht zum Mittelabfluss/Aufwand kommt).<sup>13</sup> Wird hingegen eine Verzinsung vereinbart, so ist dieser einer Angemessenheitsprüfung zu unterziehen. Diese umfasst hierbei – neben der vertraglich vereinbarten Verzinsung – ebenfalls alle weiteren vereinbarten Entgelte für die Überlassung des Fremdkapitals (z. B. Kreditprovisionen, Damnum, Nebenkosten). Die Laufzeit der Darlehensgewährung, etwaige Zinsfestschreibungen und die Sicherheiten sind zudem genauso zu berücksichtigen wie die konkreten Umstände der Darlehensgewährung. M.a.W.: Es ist parallel zu prüfen, ob im konkreten Fall auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter eine Verzinsung unter dem marktüblichen Niveau vereinbart hätte (z. B. zur „Rettung“ der übrigen lfd. Geschäftsbeziehungen). Eine niedrigere Verzinsung kann des Weiteren auch dadurch gerechtfertigt werden, dass i. R. d. Darlehensgewährung der Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter ein Disagio vereinbart wird. Die Höhe des Disagios ist wiederum an den marktüblichen Bedingungen auszurichten.<sup>14</sup>

Hat die Gesellschaft selbst Kredit aufgenommen, so berechnet sich die Höhe der verhinderten Vermögensmehrung nach Ansicht des BFH nach den in Rechnung gestellten Sollzinsen, sofern und soweit davon ausgegangen werden kann, dass der dem Gesellschafter zinslos überlassene

49

50

10 Vgl. z. B. Protokoll Nr. 7 zu Art. 9 DBA-USA 2006.

11 Vgl. zur geplanten Umsetzung dieser Entwicklungen in innerstaatliches Recht zur Zeit der BFH-Rechtsprechung § 1 Abs. 3 bis 6 AStG im Entwurf des JStG 2013, BRDrucksBR-Drs. 302/12, 100 ff. nunmehr verankert in § 1 Abs. 1, 3 bis 6 AStG i. d. F. des Gesetzes vom 26.06.2013, BGBl I 2013, 1809.

12 Vgl. BFH vom 11.10.2012, BStBl. II 2013, 1046 Tz. 12.

13 Auch eine verdeckte Einlage liegt nicht vor, da die Nutzungsüberlassung nicht einlagefähig ist, vgl. H 40 KStH. Handelt es sich um einen inländischen Gesellschafter, der seine ausländische Gesellschaft unverzinslich finanziert, ist allerdings auf Ebene des Gesellschafters regelmäßig eine entsprechende Einkunfts-korrektur nach Maßgabe des § 1 AStG vorzunehmen, da unverzinsliche Darlehen dem hier geregelten Fremdvergleichsgrundsatz widersprechen.

14 Aus Vereinfachungsgründen geht die Finanzverwaltung i. R. d. „Bauherren-Erlasses“ von der Marktüblichkeit aus, wenn für ein Darlehen mit einem Zinsfestschreibungszeitraum von mind. fünf Jahren ein Damnum i. H. v. bis zu 10 % vereinbart worden ist. Ist ein Damnum nicht mehr als drei Monate vor Auszahlung der Darlehensvaluta oder einer ins Gewicht fallenden Teilzahlung des Darlehens geleistet worden, wird hiernach davon ausgegangen, dass ein wirtschaftlich vernünftiger Grund besteht; vgl. BMF betr. negative Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung im Rahmen sogenannter Bauherrenmodelle und vergleichbaren Modellen sowie geschlossenen Immobilienfonds vom 31.08.1990, BStBl I 1990, 366 mit Hinweis auf BFH vom 03.02.1987, BStBl II 1987, 492.

Darlehensbetrag andernfalls zur Kreditrückzahlung verwendet worden wäre. Muss sich die Gesellschaft indessen nicht refinanzieren, so bilden die banküblichen Habenzinsen die Untergrenze und die banküblichen Sollzinsen die Obergrenze der verhinderten Vermögensmehrung. Der im Einzelfall angemessene Betrag ist dann innerhalb der genannten Marge durch Schätzung zu ermitteln, wobei dem Risiko, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt werden kann, besondere Bedeutung zukommt (Mittelwert zwischen banküblichen Soll- und Habenzinsen). I.d.R. ist aber der Ansatz der Sollzinsen jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn die Gesellschaft keine Bankgeschäfte betreibt und deshalb auch nicht den damit verbundenen Aufwand hat. Sind keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung erkennbar, ist es nicht zu beanstanden, wenn vom Erfahrungssatz ausgegangen wird, dass sich private Darlehensgeber und -nehmer die bankübliche Marge zwischen Soll- und Habenzinsen teilen (vgl. BFH vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649).

- 51 Die Voraussetzungen einer vGA sind dann nicht erfüllt, wenn der Vermögensnachteil der Kapitalgesellschaft durch gegenläufige vermögenswerte Vorteile des Gesellschafters bzw. ihm nahestehende Personen ausgeglichen werden und dieser Vorteilsausgleich dem Fremdvergleich standhält (vgl. BFH vom 08.06.1977, BStBl II 1977, 704). Denn durch gleichwertige gegenseitige Leistungen wird dem Fremdvergleich wieder Rechnung getragen und die gesellschaftsrechtliche Veranlassung tritt dann regelmäßig zurück.<sup>15</sup> Der Vorteilsausgleich kann allerdings nur auf schuldrechtlicher Basis erfolgen, mit der Folge, dass der Wert einer verdeckten Einlage an sich nicht geeignet ist, die Höhe einer vGA nachträglich zu mindern (vgl. BFH vom 12.12.1990, BStBl II 1991, 593). Vielmehr ist Voraussetzung für die Anerkennung eines derartigen Vorteilsausgleichs, dass eine rechtliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrag besteht (vgl. etwa BFH vom 08.06.1977, BStBl II 1977, 704; H 36 KStH).

Bei Nutzungsüberlassungen ist wiederum eine differenzierte Herangehensweise geboten. So hat der BFH entschieden, dass die Überlassung von Nutzungen durch den Gesellschafter nur dann als Vorteilsausgleich qualifiziert, wenn diese – insbes. bei beherrschenden Gesellschaftsverhältnissen – im Rahmen einer klaren und eindeutigen Vereinbarung über den Vorteilsausgleich geregelt wird.<sup>16</sup> Gewährt also ein beherrschender Gesellschafter seiner Gesellschaft ein zinsloses Darlehen, ohne hierbei einen konkreten Vorteilsausgleich für eine gegenläufige Leistung der Gesellschaft zu vereinbaren, kann es sich durchaus um einen verlorenen Gesellschafterzuschuss und nicht um einen Vorteilsausgleich handeln (vgl. BFH vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649). Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist die strenge Sicht der Finanzverwaltung zu beachten, als diese den Vorteilsausgleich bei international verbunden Unternehmen nur in zeitlich engen Grenzen zulassen will. Der Vorteilsausgleich soll hiernach spätestens zum Ende des Wj. konkretisiert werden (wann und wie ausgeglichen wird) und der Ausgleich dann auch tatsächlich innerhalb der drei folgenden Wj. erfolgen. Auch wenn die Finanzverwaltung hierdurch den Versuch unternimmt, konkrete Kriterien für den Fremdvergleich zu statuieren, fehlt einer solchen Konkretisierung die gesetzliche Rechtsgrundlage.<sup>17</sup>

- 52 Auch führen die Kosten der Refinanzierung einer vGA nicht zu einer vGA, da diese nicht die Eignung haben, einen sonstigen Bezug beim Gesellschafter auszulösen.<sup>18</sup>

15 Vgl. Lang/Klingebiel, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 82.

16 Vgl. BFH vom 14.03.1989, BStBl II 1989, 633; vom 08.11.1989, BStBl II 1990, 244; vgl. ausführlich Lang/Klingebiel, a. a. O., § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 90, der betont, dass es im Sinne dieser Rechtsprechung keinen „automatischen“ Vorteilsausgleich durch Überlassung von Nutzungen gebe. Bei nicht beherrschenden Gesellschaftsverhältnissen kann ein Vorteilsausgleich indessen bereits dann angenommen werden, wenn ein ordnungsgemäß handelnder Geschäftsleiter die Leistung des Gesellschafters in seine Beurteilung einbezogen hätte und diese dem Grunde und der Höhe nach nicht notwendig durch einen gegenseitigen Vertrag gesichert ist; BFH vom 08.06.1977, BStBl II 1977, 704.

17 Vgl. BMF vom 23.02.1983, BStBl I 1983, 218, Rz. 2.3.3. Vgl. zweifelnd ebenfalls Gosch/Roser, in: Gosch, § 8 KStG Rz. 265.

18 Vgl. BFH vom 05.03.2008, BFH/NV 2008, 1534, ebenso OFD Kiel vom 25.09.2000, DB 2000, 2095. Bejahend Klingebiel/Lang/Rupp, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1102.

### 1.3 Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung und Bewertungsfragen

Eine vGA darf gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG das Einkommen der Kapitalgesellschaft nicht mindern. Die Rechtsfolge einer vGA ist daher, dass i.H.d. vGA das steuerrechtliche Einkommen der Kapitalgesellschaft außerbilanziell erhöht wird und das so erhöhte Einkommen sodann der KSt und der GewSt unterworfen wird (vgl. auch BMF vom 28.05.2002, BStBl I 2002, 603). 53

Die Rechtsfolgen einer vGA im Rahmen von Darlehensgewährungen sind danach zu differenzieren, ob bereits die Darlehensgewährung an sich zu einer vGA führt oder ob das Darlehen an sich zwar anzuerkennen ist und die vGA lediglich in Bezug auf fehlende oder zu niedrige Verzinsung angenommen wird. Führt die Darlehensgewährung bereits zu einer vGA, ist das Darlehen i. R.d. Steuerbilanz erfolgswirksam auszubuchen. Daraus resultierender Aufwand ist außerbilanziell hinzuzurechnen. Da das Darlehen steuerrechtlich nicht anerkannt wird, sind ebenfalls die ggf. bereits gebuchten Zinserträge auf Ebene der Gesellschaft außerbilanziell als verdeckte Einlage zu kürzen. Spiegelbildlich stellen die Zinsaufwendungen des Gesellschafters auf seiner Ebene keine Werbungskosten/Betriebsausgaben dar, sondern sind vielmehr als Anschaffungskosten auf die Beteiligung festzuhalten. Wird indessen das Darlehen steuerrechtlich anerkannt, wird das Einkommen außerbilanziell nur i.H.d. Differenz zwischen tatsächlich (nicht) vereinbarter und angemessener Verzinsung erhöht. 54

Eine gesetzliche Regelung zur Bewertung einer vGA fehlt. Nach ständiger Rechtsprechung dient als Bewertungsmaßstab einer vGA bei Einzelwirtschaftsgütern i. d. R. deren gemeiner Wert gem. § 9 BewG und bei Nutzungsüberlassung der Wert der erzielbaren Vergütungen (vgl. BFH vom 27.11.1974, BStBl II 1975, 306 und vom 28.02.1990, BStBl II 1990, 649; H 37 KStH). Bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen ist – unter Beachtung des Fremdvergleichsgrundsatzes – ebenfalls auf den gemeinen Wert abzustellen.<sup>19</sup> Dabei handelt es sich bei der außerbilanziellen Hinzurechnung der vGA grds. um den Differenzbetrag, der infolge der vGA i. R.d. Einkommens zu niedrig angesetzt ist. 55

Auf Ebene des Gesellschafters ist die vGA nach den für ihn geltenden steuerrechtlichen Grundsätzen zu erfassen und gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG). Ist die vGA einer Kapitalgesellschaft als Gesellschafterin zuzurechnen, wäre diese im Ergebnis zunächst nach § 8b Abs. 1 KStG steuerbefreit. 5 % der vGA unterliegen jedoch durch eine Umqualifizierung der vGA in der Rechtsfolge in nicht abzugsfähige Betriebsausgaben nach § 8 Abs. 5 KStG der Besteuerung mit KSt, SolZ und GewSt (§ 8 Nr. 5 GewStG). Darüber hinaus unterliegt die vGA der Kapitalertragsteuer (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Ist der die vGA empfangende Gesellschafter eine natürliche Person, deren Anteile an der Kapitalgesellschaft sich im Betriebsvermögen befinden, so unterliegt der Vermögensvorteil aus der vGA i.H.v. 60 % auf Ebene des Gesellschafters der ESt zzgl. SolZ und ggf. KiSt (sogenanntes Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40d EStG). Sind die Anteile an der Kapitalgesellschaft hingegen dem Privatvermögen des Gesellschafters zuzurechnen, kann das Abgeltungsverfahren in Anspruch genommen werden (§ 32d EStG), sofern eine Besteuerung mit dem Abgeltungsteuersatz nicht durch die Vorschrift selbst versagt wird oder zum Teileinkünfteverfahren optiert wird (§ 32d Abs. 2 EStG). Zusätzlich zu den genannten Steuerfolgen auf Ebene des Gesellschafters ist zudem die sogenannte Fiktionstheorie zu prüfen. Denn hat der Gesellschafter die Darlehensmittel zur Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte genutzt, kann er den Betrag der vGA zugleich als fiktive Betriebsausgabe bzw. Werbungskosten abziehen.<sup>20</sup> 56

<sup>19</sup> Vgl. *Vögele/Fischer*, in: *Vögele/Borstell/Engler, Verrechnungspreise*, 4. Aufl., München 2015, Teil A, Rz. 92 m. w. N.

<sup>20</sup> Vgl. *Klingebiel/Lang/Rupp*, in: *D/P/M*, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1101.

- 57 Eine Ausnahme von den genannten Besteuerungsgrundsätzen einer vGA besteht jedoch, falls die vGA das Einkommen der Kapitalgesellschaft gemindert hat und eine außerbilanzielle Korrektur des Einkommens auf Ebene der Gesellschaft unterblieben ist. In diesem Fall wird die vGA aufgrund des nachfolgend zu erläuternden Korrespondenzprinzips (s. Rz. 59 ff.) auf Ebene des Gesellschafters in voller Höhe besteuert (d.h. keine Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, der Abgeltungsteuer bzw. der Freistellung nach Maßgabe des § 8b Abs. 1 KStG).
- 58 Es gilt im deutschen Steuerrecht der Grundsatz, dass eine vGA als eine Form der Tatbestandsverwirklichung nicht mit steuerrechtlicher Wirkung rückgängig gemacht werden kann.<sup>21</sup> Wird eine vGA dennoch rückabgewickelt, stellt sich die Frage, welche steuerlichen Konsequenzen eine solche Rückabwicklung nach sich zieht. Der BFH hat hierzu entschieden, dass die Rückgewähr offener oder vGA sowohl aus Sicht der Kapitalgesellschaft als auch des Gesellschafters stets dann als Einlage zu behandeln ist, wenn die Rückzahlung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Die für die Annahme einer Einlage erforderliche Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis besteht dabei sowohl bei einer auf einer Satzungsklausel beruhenden Rückzahlung einer vGA, bei einer Rückzahlungsverpflichtung nach § 31 GmbHG aber auch bei einer sich aus der gesellschaftsvertraglichen Treuepflicht ergebenden Rückzahlungsverpflichtung. Denn es ist unerheblich, ob der Gesellschafter aufgrund einer geschriebenen Abrede im Gesellschaftsvertrag (Satzungsklausel) zur Rückgewähr einer vGA verpflichtet ist oder aufgrund der ungeschriebenen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.<sup>22</sup> In beiden Fällen wurzelt die Rückgewährpflicht unmittelbar im Gesellschaftsverhältnis. Die Rückzahlung stellt sodann die Kehrseite der vGA – also eine verdeckte Einlage – dar und ist wie diese durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst. Verzichtet wiederum die Gesellschaft auf ihren Rückgewähranspruch gegenüber der Gesellschaft und ist wiederum auch dieser Verzicht gesellschaftsrechtlich veranlasst, führt dieser Verzicht zu einer erneuten vGA.<sup>23</sup>

## 1.4 Korrespondenzprinzip

- 59 Durch das JStG 2007 (vgl. BGBl I 2006, 2878) wurde das sogenannte „materielle Korrespondenzprinzip“ zur korrespondierenden Besteuerung von vGA eingeführt.<sup>24</sup> Nach diesem Prinzip sollen die Erleichterungen des Teileinkünfteverfahrens bzw. der Steuerfreistellung nach Maßgabe des § 8b KStG hinsichtlich einer vGA nur gewährt werden, sofern die vGA das Einkommen der Kapitalgesellschaft, die den Vorteil gewährt, tatsächlich nicht gemindert hat (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d Satz 2 und 3 EStG, § 8b Abs. 1 Satz 2 bis 4 KStG, § 32a Abs. 1 KStG). Nach Auffassung des Gesetzgebers ist daher eine (tw.) Steuerbefreiung auf Ebene des Anteilseigners dann nicht gerechtfertigt, wenn die vGA auf Ebene der Gesellschaft nicht besteuert wurde (vgl. BR-Drs. 622/06, 119). Dieses Prinzip wurde durch die Erweiterung des § 32d Abs. 2 EStG um Nr. 4 i. R. d. JStG 2010 (vgl. BGBl I 2010, 1768) auch auf das Abgeltungsteuersystem ausgeweitet. Im Ergebnis kommt es damit zu einer vollen Besteuerung einer vGA auf Ebene des Anteilseigners, falls die vGA das Einkommen der Gesellschaft gemindert hat.

21 Vgl. etwa *Gosch*, in: *Gosch*, § 8 KStG Rz. 515.

22 Vgl. grundlegend BFH vom 14.07.2009, DStR 2009, 2142: Im konkreten Fall ging es um Aufwendungen aus der Übernahme der Prozessführung durch die GmbH für ihren Gesellschafter, die einen Vermögensvorteil für den Gesellschafter darstellte. Mit der Rückzahlungsverpflichtung der Gesellschaft gegenüber wurde dem Gesellschafter der nämliche Vorteil (ohne Kostenbelastung prozessiert zu haben) wieder entzogen. Die im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Gewährung des Vorteils, also die vGA, wurde daher aus gesellschaftlich veranlassten Gründen rückgängig gemacht.

23 Zum Zusammenspiel der erneuten vGA mit vorhergehender Einlage/vGA vgl. mit Beispielen, *Klingebiel/Lang/Rupp*, in: *D/P/M*, § 8 Abs. 3 KStG Teil D Rz. 1751-1752.

24 Erstmals auf Bezüge anzuwenden, die nach dem 18.12.2006 zugeflossen sind, § 34 Abs. 7 Satz 12 KStG.

Zu einer Minderung des Einkommens durch eine vGA kann es in erster Linie aus verfahrensrechtlichen Gründen kommen, sofern die Bescheide der Körperschaft nicht mehr geändert werden können und eine Korrektur des Einkommens aus diesem Grund unterbleibt (vgl. BMF vom 28.05.2002, BStBl I 2002, 603, Rz. 4) oder weil die leistende Kapitalgesellschaft im Ausland ansässig ist und die vGA nicht als solche klassifiziert wird.<sup>25</sup>

60

In grenzüberschreitenden Sachverhaltskonstellationen kann es aufgrund einer abweichenden Qualifikation einer vGA nach ausländischem Steuerrechtsverständnis dazu kommen, dass eine aus deutscher steuerrechtlicher Sicht als vGA einzustufende Maßnahme das Einkommen der den Vorteil gewährenden ausländischen Kapitalgesellschaft gemindert hat. Auch in diesen Fällen kommt jedoch das Korrespondenzprinzip zur Anwendung. Dies ist zudem selbst dann der Fall, wenn die Freistellung nach Maßgabe des § 8b Abs. 1 KStG im konkreten Fall nicht greift und das DBA-Schachtelprivileg in Anspruch genommen wird (Treaty Override gem. § 8b Abs. 1 Satz 3 KStG).

Je nach Ausgestaltung der Genussrechtsvereinbarung lassen sich die steuerrechtlichen Rechtsfolgen der Behandlung als Eigen- oder Fremdkapital erreichen. Genussrechte sind hierbei grds. auf schuldrechtlicher Basis geschlossene Verträge, die dem Gläubiger Vermögensrechte gewähren, die mit Rechten von Gesellschaftern einer AG oder GmbH vergleichbar sind.<sup>26</sup> Die handelsrechtliche Einordnung von Genussrechten bildet zwar die Grundlage der steuerrechtlichen Beurteilung gem. § 5 Abs. 1 EStG für Zwecke der Steuerbilanz. Die ertragsteuerliche Behandlung der Genussrechtsvergütungen ist allerdings allein nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu beurteilen und kann somit von der handels- und steuerbilanzrechtlichen Beurteilung abweichen<sup>27</sup> (s. zu Genussrechten im Detail Teil B Rz. 288 und Rz. 303 ff.). Im Steuerrecht wird hierbei im Wesentlichen zwischen fremdkapitalähnlichen und eigenkapitalähnlichen Genussrechten differenziert. Vergütungen für fremdkapitalähnliche Genussrechte sind als Betriebsausgabe bei der emittierenden Gesellschaft einzuordnen und führen auf Ebene des Empfängers zu voll steuerpflichtigen (Zins-)Einkünften. Beteiligungähnliche Genussrechte dürfen hingegen das körperschaftsteuerrechtliche und gewerbesteuerliche Einkommen der Gesellschaft nicht mindern (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, § 7 GewStG) und stellen beim Empfänger – spiegelbildlich – dividendenähnliche steuerbegünstigte Bezüge dar (für Körperschaften: § 8b Abs. 1 KStG und konsequenterweise Anwendung des § 8b Abs. 3 Satz 3 ff. KStG im Hinblick auf Gewinnminderungen in Zusammenhang mit Genussrechten; für natürliche Personen: §§ 3 Nr. 40d und 32d EStG).<sup>28</sup>

61

Vor diesem Hintergrund stellte sich bis zur Ausdehnung des Bezügebegriffs durch das AmtshilfeRLUMsG<sup>29</sup> (vgl. Gesetz vom 26.06.2013, BGBl I 2013, 1809) die Frage, ob das Korrespondenzprinzip auch auf eigenkapitalähnliche Genussrechte Anwendung findet, mit der Folge, dass die volle bzw. teilweise Steuerbefreiung der bezogenen Genussrechtsvergütungen versagt wird. Nach überwiegender Meinung in der Literatur fand das Korrespondenzprinzip auf eigenkapitalähnliche Genussrechte bis zur Anwendung des neuen Bezügebegriffs jedoch keine Anwendung.<sup>30</sup> Begründet wurde dies damit, dass sich die materielle Korrespondenz ausschließlich auf Bezüge bzw.

25 Vgl. *Teufel*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 7 Rz. 147.

26 Vgl. *Johannemann*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 10 Rz. 17.

27 So die Meinung der Finanzverwaltung, wonach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nur Regelungen zur Einkommensermittlung beinhaltet und keine Aussage zur steuerbilanziellen Behandlung der Genussrechte trifft. Die Rechtsfolge der Vorschrift bestehe hiernach nur in einer außerbilanziellen Hinzurechnung der Genussrechtsvergütungen; OFD Rheinland vom 14.12.2011, Kurzinformation KSt Nr. 56/2011, mit Verweis auf BFH vom 29.06.1994, BStBl II 2002, 366 und BMF vom 28.05.2002, BStBl I 2002, 603.

28 Eine solche steuerrechtliche Behandlung setzt die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös – also an den stillen Reserven – des Genussrechtsgebers voraus, § 8 Abs. 3 Satz 2 EStG; § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG; vgl. auch BFH vom 14.06.2005, BStBl II 2005, 861.

29 Vgl. Gesetz vom 26.06.2013, BGBl. I 2013, 1809.

30 Vgl. *Pung*, in: D/P/M§ 8b KStG Rz. 76; *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, 2. Auflage/Aufl., München 2009, Rz. 144; *Bogenshütz*, Ubg 2008, 533, 542; *Kollruss*, BB 2007, 467, 474; *Schnitger/Bildstein*, IStR 2009, 629, 630 ff.; a. A. *Stein*, in: H/H/R, § 8b KStG Rz. 194.

Einnahmen i. S. d. §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, Nr. 9, Satz 1 HS 2 und Nr. 10 Buchst. a HS 2 EStG bezog, d. h. insbes. vGA im Fokus hatte. Im internationalen Zusammenhang führte diese steuerliche Beurteilung daher u. U. zu „weißen Einkünften“, wenn die Genussrechtsvergütungen die steuerliche Bemessungsgrundlage im Ausland minderte und im Inland steuerbegünstigt vereinbart werden konnte. Aufgrund der Ausdehnung des Bezügebegriffs auf Bezüge im Sinne des i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 und 10 BstBuchst. a EStG, mit Geltung ab dem Veranlagungszeitraum VZ 2014 (vgl. AIFM-StAnpG vom 18.12.2013, BGBl I 2013, 4318), unterliegen nunmehr neben vGA auch jegliche andere Bezüge im Sinne des i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dem Korrespondenzprinzip, also u. a. offene Ausschüttungen sowie Auskehrungen aus Genussrechten.<sup>31</sup> Damit steigen die bereits bisher hohen Anforderungen bezüglich der Informationsbeschaffung hinsichtlich der Angemessenheit ausländischer Geschäftsbeziehungen sowie der Kenntnisse zu deren Behandlung nach ausländischem Steuerrecht insbesondere insbes. auch vor dem Hintergrund des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG.<sup>32</sup>

62 In Übereinstimmung mit der erläuterten materiellen Korrespondenz wurde durch das JStG 2007 zusätzlich eine verfahrensrechtliche Möglichkeit zur Korrektur der Steuerbescheide auf Ebene des Gesellschafters geschaffen, die nun infolge einer Änderung oder Aufhebung von Steuerbescheiden auf Ebene der Gesellschaft geändert werden können (§ 32a Abs. 1 KStG; sogenannte „formelle Korrespondenz“). Mit der Einführung dieser verfahrensrechtlichen Korrekturvorschrift hat der Gesetzgeber auf das ehemalige Drängen von Verbänden und der Literatur reagiert.<sup>33</sup> Denn in vielen Fällen, in denen auf Ebene der vorteilsgewährenden Gesellschaft eine vGA im Rahmen einer Betriebsprüfung festgestellt wurde, konnten die entsprechenden Steuerbescheide der Gesellschafter mangels einer verfahrensrechtlichen Korrekturvorschrift i. R. d. AO i. V. m. bereits eingetretener Bestandskraft nicht mehr geändert bzw. korrigiert werden. Im Ergebnis wurde somit die vGA auf Ebene der Gesellschaft in voller Höhe der Besteuerung unterworfen, während die Gesellschafter die Steuerbefreiungsvorschriften des Teileinkünfteverfahrens bzw. des § 8b KStG nicht in Anspruch nehmen konnten, so dass eine Mehrbelastung für den Steuerpflichtigen entstand. Umgekehrte Konstellationen waren ebenso möglich, in denen der Steuerpflichtige von der mangelnden Korrektur profitieren konnte, so dass auch der Fiskus ein berechtigtes Interesse daran hatte, eine entsprechende Korrekturvorschrift einzuführen.<sup>34</sup> Ziel der Neuregelung war es daher, für eine korrespondierende Besteuerung der vGA auf Ebene der vorteilsgewährenden Gesellschaft und des Anteilseigners zu sorgen. § 32a KStG ist nach h. M. parallel zu den Vorschriften der AO anzuwenden und stellt keine Spezialvorschrift dar, die die Regelungen der AO verdrängen könnte.<sup>35</sup> Nur vereinzelt wird eine andere Ansicht vertreten, wonach die Vorschriften der AO bei einer etwaigen Konkurrenz vorrangig anzuwenden sind.<sup>36</sup>

63 Die Verankerung der Vorschrift im vierten Teil des KStG ist umstritten, da die Regelung wohl auch für natürliche Personen als Anteilseigner einer vorteilsgewährenden Kapitalgesellschaft gelten soll. Dies scheint zumindest der eindeutige Wille des Gesetzgebers zu sein, da in § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. d EStG und § 32d Abs. 2 Nr. 4 EStG auf die Vorschrift verwiesen wird.<sup>37</sup>

31 Vgl. *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG Rz. 144 ff. insb. insbes. Rz. 144b m. w. N.; *Körner*, ISTR 2015, 449; *Becker/Loose*, ISTR 2012, 758. Zu hybriden Finanzierungen vgl. BR-Drs. 139/13, 156 und 119.

32 Zur Kritik an der Ausweitung der Regelung des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG und deren überschießender Wirkung vgl. *Becker/Loose*, ISTR 2012, 758; *Haisch/Heltos/Niedling*, DB 2013, 1444; *Richter/Reeb*, ISTR 2015, 40; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG Rz. 144 ff.

33 § 32a KStG findet erstmals Anwendung auf Steuerbescheide hinsichtlich einer vGA oder auch verdeckten Einlage, die nach dem 18.12.2006 erlassen, aufgehoben oder geändert werden. Dies gilt auch für die Aufhebung oder Änderung von Steuerbescheiden, die bereits vor dem 18.12.2006 erlassen wurden, § 34 Abs. 13 Buchst. c KStG.

34 Vgl. *Lang/Klingebiel*, in: *D/P/M*, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 684 ff., § 32a KStG Rz. 1 f.; *Trossen*, DStR 2006, 2295.

35 Vgl. *Bauschatz*, in: *Gosch*, § 32a KStG Rz. 11; *Kroschel*, in: *Ernst & Young*, § 32a KStG Rz. 12; *Streck*, in: *Streck*, KStG, 8. Aufl., München 2014, § 32a KStG Rz. 4.

36 Vgl. *Lang*, in: *DötschD/P/M*, § 32a KStG Rz. 10.

37 Vgl. zur Anwendung auch auf natürliche Personen *Lang*, in: *DötschD/P/M*, § 32a KStG Rz. 9; *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11; *Bebecke*, NWB 2006, 3343; *Bauschatz*, in: *Gosch*, § 32a KStG Rz. 23.

Auf Ebene der vorteilsgewährenden Kapitalgesellschaft ergehen die Steuerbescheide bis zur abschließenden Prüfung im Wege der Betriebsprüfung häufig unter dem Vorbehalt der Nachprüfung, so dass diese bei der nachträglichen Feststellung einer vGA i. d. R. problemlos korrigiert werden können (§ 164 Abs. 2 AO). Ergeht der KSt-Bescheid allerdings ausnahmsweise ohne Vorbehalt der Nachprüfung, so sind die Korrekturvorschriften der AO zu prüfen. Denn die mit dem JStG 2007 eingeführte Korrekturvorschrift des § 32a Abs. 1 KStG setzt eine tatsächliche Änderung des Steuerbescheids gegenüber der vorteilsgewährenden Körperschaft voraus und beinhaltet infolge dessen lediglich die verfahrensrechtlichen Konsequenzen bezogen auf den Steuerbescheid des Gesellschafters. Steuerbescheide der vorteilsgewährenden Gesellschaft werden von dieser Korrekturvorschrift nicht erfasst.<sup>38</sup> Sollten der Annahme einer vGA neue Tatsachen zugrunde liegen, so kann eine Korrektur nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO in Erwägung gezogen werden. Sind die grundlegenden Sachverhalte den Finanzbehörden jedoch wie oftmals bereits bekannt (z. B. durch Vorlage von Verträgen o. Ä.), scheidet diese Korrekturvorschrift aus. Die Korrekturvorschriften des § 174 Abs. 1 AO und § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO kommen nicht in Betracht, da den Steuerbescheiden der vorteilsgewährenden Gesellschaft und des Anteilseigners zwei jeweils unabhängige Verfahren und Veranlagungen zugrunde liegen und die Bescheide keinen Grundlagenbescheid für den jeweils anderen Steuerbescheid darstellen. Eine Vorläufigkeit des Bescheids in Bezug auf eine steuerrechtliche Beurteilung kann ebenso wenig vorliegen, wie eine offenbare Unrichtigkeit (§ 165 Abs. 1 Satz 1 AO; § 129 AO). Ggf. kann allerdings eine Gegenrechnung der vGA mit Beträgen aus anderen Feststellungen zugunsten der vorteilsgewährenden Gesellschaft nach § 177 Abs. 2 AO erfolgen.<sup>39</sup>

64

Auf der Ebene des Anteilseigners bestanden in der Vergangenheit häufig Zweifel, ob ein Bescheid aufgehoben bzw. geändert werden kann, der nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ergangen ist, soweit auf Ebene der vorteilsgewährenden Kapitalgesellschaft eine vGA im Rahmen einer Außenprüfung festgestellt wurde. Denn, wie bereits erwähnt, ergibt sich auf dessen Ebene häufig eine Minderung der Steuerbelastung aufgrund der Anwendung des Teileinkünfteverfahrens (ehemals Halbeinkünfteverfahrens), des Abgeltungsteuersystems oder der Steuerbefreiung nach § 8b KStG. Eine Korrektur nach § 175 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 und § 174 AO ist mangels materieller Korrespondenz einer vGA auf Ebene der vorteilsgewährenden Gesellschaft und des Anteilseigners nicht möglich, so dass nach der AO allenfalls eine Korrektur gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO in Betracht kommen könnte. Diese scheidet häufig daran, dass der grundlegende Sachverhalt den Finanzbehörden bereits bekannt ist, folglich keine neuen Tatsachen vorliegen, den Anteilseigner grobes Verschulden trifft oder bereits Festsetzungsverjährung eingetreten ist.

65

Voraussetzung der Anwendung des § 32a Abs. 1 KStG ist der Erlass, die Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheids gegenüber einer Körperschaft aufgrund der Aufdeckung einer vGA. Es wird damit an die „tatsächliche Änderung“ des Steuerbescheids gegenüber der vorteilsgewährenden Körperschaft angeknüpft. Unterbleibt eine Änderung der festzusetzenden Steuer, kommt die verfahrensrechtliche Korrespondenz hingegen nicht zur Anwendung.<sup>40</sup> Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, ob eine Änderung des Gewerbesteuermessbescheids gegenüber der vorteilsgewährenden Gesellschaft aufgrund einer vGA als Voraussetzung zur Anwendung des § 32a KStG ausreicht. Dies wird vereinzelt in der Literatur vertreten, da eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften zur Besteuerung über § 184 Abs. 1 Satz 3 AO für Steuermessbescheide gilt.<sup>41</sup>

66

Darüber hinaus wird die Vorschrift des § 32a KStG nur angewendet, wenn die vGA zu einem tatsächlichen Zufluss beim Anteilseigner geführt hat. In der Rechtsfolge können durch die ver-

67

38 Vgl. § 32a Abs. 1 KStG; Lang, in: D/P/M, § 32a KStG Rz. 14; Trossen, DStR 2006, 2297.

39 Vgl. Trossen, DStR 2006, 2296.

40 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32a KStG Rz. 14a.

41 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32a KStG Rz. 14.

fahrensrechtliche Korrespondenz bei Vorliegen der Voraussetzungen der Vorschrift Steuer- oder Feststellungsbescheide gegenüber dem Anteilseigner oder einer diesem nahestehenden Person korrigiert werden. Die Vorschrift regelt dabei lediglich, dass eine Korrektur vorgenommen werden „kann“. Sie beinhaltet indes weder einen Zwang zur Korrektur noch die Angabe des genauen Zeitpunkts der Korrektur bzw. deren Höhe.<sup>42</sup> Diese Fragen sind daher weiterhin nach den Grundsätzen der Erfassung und Bewertung einer vGA auf Anteilseignerebene zu beurteilen.

- 68 Allerdings beinhaltet § 32 a Abs. 1 Satz 2 KStG eine eigene Ablaufhemmung hinsichtlich der Verjährung von Steuerbescheiden. Selbst im Fall der bereits eingetretenen Verjährung auf Ebene des Anteilseigners kann dessen Steuerbescheid in Bezug auf die steuerlichen Auswirkungen der vGA noch geändert werden, da die Festsetzungsfrist „insoweit“ nicht vor Ablauf eines Jahres nach Unanfechtbarkeit des Steuerbescheids der vorteilsgewährenden Gesellschaft endet. Die mögliche Änderung von Steuerbescheiden auf Ebene des Anteilseigners umfasst dabei unstrittig Einkommensteuerbescheide, Körperschaftsteuerbescheide und Feststellungsbescheide des Anteilseigners. Fraglich ist allerdings, ob auch ein etwaig betroffener Gewerbesteuermessbescheid des Anteilseigners aufgrund des § 32 a EStG geändert werden kann, der andernfalls i. d. R. nach § 35 b GewStG änderbar sein sollte.<sup>43</sup> Ggf. betroffene Kapitalertragsteuerbescheide oder Umsatzsteuerbescheide können nach h. M. nach § 32 a KStG indes nicht geändert werden.<sup>44</sup>

## 1.5 Grenzüberschreitende Aspekte

- 69 Das Institut der vGA spielt auch im Rahmen internationaler Finanzierungen für deren steuerliche Beurteilung eine erhebliche Rolle. So regelt § 1 AStG, dass die dort geregelten Korrekturen der grenzüberschreitenden Einkünfte „unbeschadet anderer Vorschriften“ vorzunehmen sind. Sowohl die Finanzverwaltung als auch die h. M. in der Literatur legen diese Formulierung in der Weise aus, dass die vGA (und die verdeckte Einlage) § 1 AStG als allgemeinere Rechtsvorschrift verdrängt, wenn die Tatbestandsmerkmale beider Vorschriften gleichzeitig erfüllt sind.<sup>45</sup> Es ist hierbei die jeweils weitergehende Korrekturvorschrift vorrangig anzuwenden (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AStG). Bei gleicher Reichweite beider Vorschriften wird also § 1 AStG durch das Institut der vGA verdrängt.

## 2 Verdeckte Einlagen

### 2.1 Grundvoraussetzungen einer verdeckten Einlage

- 70 Eine verdeckte Einlage i. S. d. Steuerrechts liegt vor, wenn ein Gesellschafter oder eine diesem nahestehende Person (zu den Begriffen s. Rz. 38 f.) der Kapitalgesellschaft unentgeltlich einen „einlagefähigen“ Vermögensvorteil aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung zuwendet und es sich zugleich um eine Zuwendung außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlage handelt (R 40 Abs. 1 KStR).<sup>46</sup> Den Maßstab, um die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zu beur-

42 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 22 f.

43 Vgl. bejahend Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 35; a. A. Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 29.

44 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 35f.; Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 29.

45 Vgl. BMF vom 14.05.2004, BStBl I 2004, 3, Sondernr. 1/2004, Tz. 1.1.2 und statt vieler Vögele/Raab, in: Vögele/Borstell/Engler, Verrechnungspreise, 4. Aufl., München 2015, A Rz. 256.

46 Vgl. grundlegend BFH vom 16.04.1991, BStBl II 1992, 234; vom 27.07.1988, BStBl II 1989, 271; vom 11.02.1998, BStBl II 1998, 691; vom 12.12.2000, BStBl II 2001, 385.

teilen, bildet hierbei – analog zur vGA – der Fremdvergleich. Damit ist eine Zuwendung dann durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns den Vermögensvorteil der Gesellschaft nicht gewährt hätte (R 40 Abs. 3 KStR).

Eine verdeckte Einlage kann als Bareinlage oder als Sacheinlage in Form eines „einlagefähigen“ – also bilanzierungsfähigen – Vermögensvorteils erfolgen und führt i.R.d. Steuerbilanz entweder zum Ansatz bzw. zu der Erhöhung eines Aktivpostens oder zum Wegfall bzw. zur Minderung eines Passivpostens (vgl. BFH vom 24.05.1984, BStBl II 1984, 747; H 40 KStH). Dabei können immaterielle Wirtschaftsgüter, die nicht entgeltlich erworben wurden, ebenfalls Gegenstand einer verdeckten Einlage sein (z.B. Firmenwert), da das Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG wegen der Notwendigkeit, die gesellschaftsrechtliche von der betrieblichen Sphäre einer Kapitalgesellschaft abzugrenzen, hier zurücktritt (vgl. H 40 KStH, BFH vom 24.03.1987, BStBl II 1987, 705). Auch der Erlass von Gesellschafterforderungen stellt einen Einlagenvorgang dar. Nicht einlagefähig sind hingegen verbilligte oder unentgeltliche Nutzungs- oder Gebrauchsüberlassungen oder auch unentgeltliche Dienstleistungen des Gesellschafters gegenüber der Kapitalgesellschaft (H 40 KStH). Das gilt auch dann, wenn der Gesellschafter ein verzinsliches Darlehen aufnimmt, um der Kapitalgesellschaft ein zinsloses Darlehen zu gewähren, denn insbesondere der Zinsvorteil bei unverzinslicher oder geringverzinslicher Darlehensgewährung stellt ebenfalls keinen einlagefähigen Vermögensvorteil dar (s. Teil B Rz. 139 ff., vgl. auch BFH vom 26.10.1987, BStBl II 1988, 348; H 40 KStH).

71

I.R. d. Unternehmensfinanzierung spielen insbes. Forderungsverzichte eine wichtige Rolle, da diese zu einer Entlastung der Gesellschaft während einer wirtschaftlichen Krise führen. Ein Forderungsverzicht des Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft stellt allerdings nur dann eine verdeckte Einlage dar, wenn die Forderung zum Zeitpunkt des Verzichts bereits konkretisiert bzw. fällig ist (vgl. BFH vom 09.06.1997, GrS 1/94, BStBl II 1998, 307). Dies ist insbes. dem Umstand geschuldet, dass sich künftige Ansprüche nicht bilanziell auswirken können und nur ein konkretisierter Anspruch einlagefähig ist. Konsequenterweise kann es auch im Fall von Zinsforderungen nur insoweit zu einer verdeckten Einlage kommen, als die Zinsverbindlichkeit bereits gebucht worden ist und nun aufgrund des Verzichts gegen Ertrag auszubuchen wäre.

72

**Beispiel:**

Die A-GmbH gewährt ihrer inländischen Tochtergesellschaft, der B-GmbH, ein zinsloses Darlehen i. H. v. 100.000 € (Alt. 1). Die fremdübliche Verzinsung beträgt 4 %. Alternativ wird das Darlehen fremdüblich, d.h. mit 4 % verzinst, die A-AG verzichtet jedoch nachträglich auf die vereinbarten Zinsen (Alt. 2).

73

**Lösung:**

Die Darlehensgewährung in der Alt. 1 führt nicht zu einer verdeckten Einlage, da auf Ebene der B-GmbH keine Verbindlichkeit mit der Folge der Minderung eines Passivpostens zu passivieren ist. Wäre die B-GmbH allerdings im Ausland ansässig, käme es zur entsprechenden Einkunftskorrektur i. H. d. angemessenen Verzinsung auf Ebene der A-GmbH aufgrund der Anwendung des § 1 AStG. Die Darlehensgewährung in der Alt. 2 führt indessen zu einer verdeckten Einlage, da der Wegfall der Zinsverbindlichkeit anlässlich des Verzichts zu einer Erhöhung des Vermögens der B-GmbH führt. Wäre die B-GmbH in dieser Alternative im Ausland ansässig, müsste ebenfalls – und zwar zusätzlich zu den Folgen der verdeckten Einlage – die Anwendung des § 1 AStG auf Ebene der A-GmbH geprüft werden.

**2.2 Rechtsfolgen einer verdeckten Einlage und Bewertungsfragen**

Die Rechtsfolge der verdeckten Einlage ist, dass sie sich nicht auf die Höhe des Einkommens der Gesellschaft auswirken darf (§ 8 Abs. 3 Satz 3 KStG). Aus diesem Grund ist das Einkommen der Gesellschaft außerbilanziell um etwaige verdeckte Einlage zu vermindern, soweit diese Einlagen

74

den Steuerbilanzgewinn der Gesellschaft erhöht haben (R 40 Abs. 2 Satz 2 KStR). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht allerdings, wenn die verdeckte Einlage das Einkommen des Gesellschafters zwar gemindert hat, eine Korrektur auf dessen Ebene jedoch aus formellen oder materiellen Gründen nicht mehr möglich ist (Korrespondenzprinzip gem. § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 KStG, s. ausführlich Rz. 77 ff.). Weitere Rechtsfolge der verdeckten Einlage ist die Erhöhung des steuerlichen Einlagekontos der Kapitalgesellschaft, das gesondert festzustellen ist (§ 27 KStG). Durch die Erfassung von nicht ins Nennkapital geleisteten Einlagen im steuerlichen Einlagekonto wird hierbei gewährleistet, dass die Rückzahlung von Einlagen nicht i. R. d. Einkünfte aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterliegt (§ 27 KStG i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG).

75 Auf Ebene des Anteilseigners kann die verdeckte Einlage zum einen zu einem einlagebedingten Vermögenszufluss führen, da diese i. d. R. als eine Veräußerung des eingelegten Wirtschaftsguts mit der Folge der Aufdeckung und Besteuerung von stillen Reserven zu beurteilen ist (§§ 17 Abs. 1 Satz 2, 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2, 20 Abs. 2 Satz 2 EStG). Ausnahmen gelten dabei allerdings für Einbringungsvorgänge i. S. d. §§ 20, 21 UmwStG. Zum anderen führt die verdeckte Einlage nach § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG zu einer Erhöhung des Beteiligungsbuchwerts eines bilanzierungspflichtigen Anteilseigners oder einer Beteiligung i. S. d. § 17 EStG im Privatvermögen i. H. d. Unterschiedsbetrags zwischen dem Teilwert des eingelegten Wirtschaftsguts und dessen Buchwert, der in entsprechender Höhe zum/zur lfd. Gewinn/Einnahme gehört (vgl. einlagebedingter Vermögenszufluss). Bei einer Beteiligung im Privatvermögen, die die Voraussetzungen des § 17 EStG nicht erfüllt, ist die verdeckte Einlage auf Ebene des Gesellschafters als steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung zu qualifizieren.<sup>47</sup>

76 Verdeckte Einlagen sind grds. mit dem Teilwert zu bewerten (§ 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 6 EStG) und führen in dieser Höhe auf Ebene der empfangenden Gesellschaft zu einer steuerbilanziellen Vermögensmehrung. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b EStG findet keine Anwendung, weil die verdeckte Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG in eine Kapitalgesellschaft gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 EStG beim Einlegenden einer Veräußerung gleichgestellt wird und es somit bei ihm zum Einlagezeitpunkt zu einer Besteuerung der stillen Reserven kommt. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG ist in den Fällen zu beachten, in denen das eingelegte Wirtschaftsgut innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Zeitpunkt der Zuführung angeschafft oder hergestellt worden ist, es sich aber nicht um eine verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 EStG handelt, die als Veräußerung gilt und folglich zum Einlagezeitpunkt ebenfalls zu einer Besteuerung der stillen Reserven führt (R 40 Abs. 4 Satz 2 und 3 KStR). Hinsichtlich eines Forderungsverzichts ist ferner zu berücksichtigen, dass eine verdeckte Einlage lediglich i. H. d. werthaltigen Teils der Forderung vorliegen kann, vgl. H 40 Forderungsverzicht KStH; s. auch Teil B Rz. 188 ff. Werden speziell Forderungen des Gesellschafters durch Verzicht bzw. Erlass in die Gesellschaft verdeckt eingelegt, sind diese daher ebenfalls mit dem Teilwert zu bewerten. Das ist der Wert des Vermögenszugangs, den der Betriebsinhaber für den Erwerb der Forderung oder die Herbeiführung des Verzichts hätte aufwenden müssen (vgl. etwa BFH vom 31.05.2005, BStBl II 2005, 707). Dabei ist ausschließlich auf die Bewertung zum Zeitpunkt des Verzichts abzustellen (vgl. BFH vom 16.05.2001, BStBl II 2002, 436). Kann die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Verzichts die Rückzahlung der Verbindlichkeit nicht oder nur teilweise gewährleisten, führt der Wegfall der Verbindlichkeit anlässlich eines Forderungsverzichts bzw. diesem ähnlichen Vorgänge nur i. H. d. des noch werthaltigen Teils der Forderung zu einer verdeckten Einlage.

47 Vgl. Teufel, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 7 Rz. 114.

### 2.3 Korrespondenzprinzip

Nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 4 KStG bleibt es für Zwecke der Steuerfestsetzung ausnahmsweise bei der Erhöhung des Einkommens der empfangenden Gesellschaft, soweit die Einlage das Einkommen des Gesellschafters gemindert hat („materielles Korrespondenzprinzip“).<sup>48</sup> Eine Minderung des Einkommens auf Ebene des Gesellschafters kann hierbei aufgrund einer Erfassung der verdeckten Einlage als steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe bzw. als Werbungskosten oder auch mangels einer Berücksichtigung der verdeckten Einlage als Ertrag vorliegen, wenn der zugrunde liegende Steuerbescheid des Anteilseigners verfahrensrechtlich nicht mehr geändert werden kann. 77

Die verdeckte Einlage unterliegt in diesen Fällen neben KSt und SolZ auch der Besteuerung mit GewSt, da die Ermittlung des Gewerbeertrags auf dem einkommen- und körperschaftsteuerlichen Einkommen basiert (§ 7 GewStG). 78

Trotz der Erfassung der verdeckten Einlage bei der empfangenden Gesellschaft als steuerpflichtiger Ertrag handelt es sich nach h. M. in der Literatur dem Grunde nach um eine verdeckte Einlage, die das steuerliche Einlagekonto nach § 27 KStG erhöht. Weder der Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 4 und 5 noch des § 27 KStG lassen darauf schließen, dass ein Zugang auf dem steuerlichen Einlagekonto zu versagen sein sollte.<sup>49</sup> 79

Darüber hinaus ist u. E. davon auszugehen, dass sich die Anschaffungskosten der Beteiligung auf Ebene des Gesellschafters erhöhen, obgleich dessen Einkommen gemindert wurde. Denn gesetzlich wird eine Erhöhung der Anschaffungskosten der Beteiligung lediglich in sogenannten Dreiecksfällen – dem Zusammenspiel einer vGA mit einer verdeckten Einlage – aufgrund der Regelung des § 8 Abs. 3 Satz 6 KStG versagt.<sup>50</sup> Denn auch in Fällen, in denen der verdeckten Einlage eine vGA durch eine dem Gesellschafter nahestehende Person vorangeht und die vGA bei dieser Person das Einkommen gemindert hat, hat die verdeckte Einlage eine Einkommenserhöhung auf Ebene der empfangenden Gesellschaft zur Folge. Konsequenterweise sollte wiederum das steuerliche Einlagekonto der Leistungsempfängerin zu erhöhen sein. Die Anschaffungskosten der Beteiligung erhöhen sich in diesem Fall allerdings ausdrücklich nicht (§ 8 Abs. 3 Satz 6 KStG). 80

Entsprechend der Regelung der verfahrensrechtlichen Korrespondenz i. R. d. vGA (s. Rz. 62 ff.) wurde § 32 a Abs. 2 KStG als verfahrensrechtliche Korrekturvorschrift auch für verdeckte Einlagen eingeführt. Denn auch im Hinblick auf die verdeckte Einlage war es verfahrensrechtlich häufig nicht möglich, Steuerbescheide auf Ebene der empfangenden Gesellschaft bei der Aufdeckung einer verdeckten Einlage zu ändern. Insbes. konnte keine Änderung aufgrund des § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO vorgenommen werden, da die jeweiligen Steuerbescheide einer Ebene – empfangende Gesellschaft und Gesellschafter – keine Grundlagenbescheide der anderen Ebene darstellen (zu der übertragbaren Problematik der Anwendung der Vorschriften der AO s. Rz. 62). 81

Durch die Einführung des § 32 a Abs. 2 KStG können nun die Steuerbescheide der empfangenden Gesellschaft auch in Fällen der Bestandskraft geändert werden, soweit auf Ebene des Gesellschafters die Steuerfestsetzung aufgrund einer verdeckten Einlage nachträglich geändert wird. Voraussetzung zur Änderungen von Bescheiden auf Ebene der Gesellschaft beim Vorliegen einer verdeckten Einlage ist, dass ein Steuer- oder Feststellungsbescheid gegenüber dem Gesellschafter aufgrund der Erfassung einer verdeckten Einlage erlassen, aufgehoben oder geändert wurde. Auch 82

48 Anwendung erstmals auf verdeckte Einlagen, die nach dem 18.12.2006 vorgenommen wurden. Dabei ist der Zufluss der verdeckten Einlage bei der empfangenden Gesellschaft maßgeblich; § 34 Abs. 6 Satz 2 KStG.

49 Vgl. *Dötsch/Pung*, DB 2007, 11, 14; *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 158; *Teufel*, in: *Lüdicke/Sistermann*, Unternehmenssteuerrecht, § 7, Rz. 118.

50 Vgl. bejahend ebenfalls *Lang/Klingebiel*, in: D/P/M, § 8 Abs. 3 KStG Teil C Rz. 159.

hier kommt es auf die „tatsächliche Berücksichtigung“ der verdeckten Einlage in den Bescheiden des Gesellschafters an (s. zum Merkmal der tatsächlichen Berücksichtigung Rz. 66).<sup>51</sup>

- 83 Eine Anwendung des § 32 a Abs. 2 KStG unter Berücksichtigung der genannten Voraussetzungen hat zur Folge, dass der Köperschaftsteuerbescheid und der Bescheid zur Feststellung des steuerlichen Einlagekontos nach § 27 Abs. 2 KStG auf Ebene der Gesellschaft korrigiert werden kann, soweit sich der Bescheid des Gesellschafters durch die Feststellung einer verdeckten Einlage geändert hat. Hat die verdeckte Einlage als solche das Einkommen des Gesellschafters nicht gemindert, erfolgt somit eine außerbilanzielle Korrektur des Einkommens auf Ebene der empfangenden Gesellschaft und eine entsprechende Änderung der genannten Bescheide. Eine Änderung der Bescheide sollte jedoch unterbleiben, sofern es auf Ebene der Leistungsempfängerin nicht zu der Verbuchung der verdeckten Einlage als Ertrag gekommen ist, der aufgrund der Feststellung der verdeckten Einlage außerbilanziell zu korrigieren wäre.<sup>52</sup> Wie auch bei der vGA (§ 32 a Abs. 1 KStG) ist auch hier grds. umstritten, ob sich § 32 a Abs. 2 KStG auch auf die Gewerbesteuerfestsetzung – insbes. den Gewerbesteuermessbescheid – auswirkt.<sup>53</sup> USt-Bescheide oder auch etwaige Erbschaftsteuerbescheide können aufgrund des § 32 a Abs. 2 KStG nach Auffassung der Literatur nicht geändert werden.<sup>54</sup>
- 84 Die Vorschrift besagt lediglich, dass eine Korrektur vorgenommen werden „kann“. Damit liegt eine Korrektur der Steuerbescheide im Ermessen des Finanzamtes, wobei der Maßstab einer richtigen Besteuerung nach dem Grundgesetz überwiegend eine Ermessensreduktion auf Null zur Folge haben sollte.<sup>55</sup>
- 85 § 32 a Abs. 2 Satz 2 KStG beinhaltet einen Verweis auf die eigene Ablaufhemmung des § 32 a Abs. 1 Satz 2 KStG hinsichtlich der Verjährung von Steuerbescheiden. Somit endet die Festsetzungsfrist gegenüber der Empfängerin der verdeckten Einlage „insoweit“ nicht vor Ablauf eines Jahres nach Unanfechtbarkeit des Steuerbescheids des vorteilsgewährenden Anteilseigners.

## 2.4 Grenzüberschreitende Aspekte

- 86 Das Institut der verdeckten Einlage ist auch im Rahmen internationaler Finanzierungen für deren steuerliche Beurteilung von Bedeutung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung des § 1 AStG eine Minderung der Einkünfte voraussetzt und damit auf Ebene der empfangenden Gesellschaft regelmäßig nicht zur Anwendung kommt, da sich ihre Einkünfte im Zuge einer verdeckten Einlage allenfalls erhöhen können. Dadurch sind in diesem Zusammenhang nur noch Fälle aus Sicht des einlegenden Gesellschafters denkbar. Aber auch § 1 AStG regelt hierbei, dass die Einkunfts Korrektur „unbeschadet anderer Vorschriften“ vorzunehmen ist. Die Finanzverwaltung (vgl. BMF vom 23.02.1983, BStBl I 1983, 218, Tz. 1.1.3) legt diese Formulierung in der Weise aus, dass die verdeckte Einlage § 1 AStG als allgemeinere Rechtsvorschrift verdrängt, wenn die Tatbestandsmerkmale beider Vorschriften gleichzeitig erfüllt sind. Bei gleicher Reichweite beider Vorschriften wird also § 1 AStG durch das Institut der verdeckten Einlage verdrängt. Andernfalls ist die jeweils weitergehende Korrekturvorschrift vorrangig anzuwenden (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AStG). Der Anwendungsbereich des § 1 AStG sollte jedoch in diesem Zusammenhang sehr eingeschränkt sein, kommt es doch im Fall einer verdeckten Einlage i. d. R. nicht zu einer gem. § 1 AStG geforderten Einkommensminderung. Vielmehr wendet der Gesellschafter seiner Gesellschaft

51 Vgl. erläuternd auch Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 45 ff.; Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 38 ff.

52 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG, Rz. 51.

53 Vgl. Teufel, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 7 Rz. 118; bejahend Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 59; verneinend Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 44.

54 Einstimmig Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 60 f.; Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 44.

55 Vgl. Lang, in: D/P/M, § 32 a KStG Rz. 54; Bauschatz, in: Gosch, § 32 a KStG Rz. 45.

einen Vorteil zu und erhält in diesem Augenblick in gleicher Höhe eine Vermögensmehrung in Form von nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung. Aus diesem Grund wird sich die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis beider Vorschriften kaum noch stellen.

### 3 Mitunternehmerschaften

#### 3.1 Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a EStG)

§ 4 Abs. 4a EStG befasst sich mit der Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen im Zusammenhang mit einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens. Zinsaufwendungen gelten nach Maßgabe des § 4 Abs. 4a EStG in manchen Fällen als nicht betrieblich veranlasst und sind dem Gewinn außerhalb der Steuerbilanz wieder hinzuzurechnen. Konkret wird die steuermindernde Berücksichtigung von Schuldzinsen davon abhängig gemacht, ob Entnahmen aus der Summe von Gewinn und Einlagen gespeist werden können. Ist dies nicht der Fall, sind die Zinsaufwendungen gem. § 4 Abs. 4a EStG i.H.v. 6 % der Überentnahmen – höchstens jedoch die tatsächlichen Schuldzinsen abzüglich 2.050 € – als nicht abziehbare Betriebsausgabe gewinnerhöhend zu berücksichtigen. § 4 Abs. 4a EStG ist als Gewinnermittlungsvorschrift zeitlich vor der Zinsschranke gem. § 4h EStG anzuwenden, da sich diese auf den nach den steuerrechtlichen Vorschriften ermittelten Gewinn bezieht.<sup>56</sup> Der gem. § 4 Abs. 4a EStG korrigierte steuerliche Gewinn bildet somit die Bemessungsgrundlage für die Zinsschranke. 87

#### 3.2 Sonderbetriebsvermögen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG)

Einkünfte aus Gewerbebetrieb einer Mitunternehmerschaft umfassen nicht nur Gewinnanteile der Mitunternehmer einer Personengesellschaft, sondern u. a. auch Vergütungen, die der Gesellschafter von der Gesellschaft für die Hingabe von Darlehen bezieht (sogenannte Sonderbetriebseinnahmen, § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG). Auf Ebene der Mitunternehmerschaft hat die Behandlung der Vergütungen für Gesellschafterdarlehen als steuerpflichtige Sonderbetriebseinnahmen im Hinblick auf die Unternehmensfinanzierung zur Folge, dass solche Zinsaufwendungen i. R. d. Ermittlung der Zinsschranke auf Ebene der Personengesellschaft unberücksichtigt bleiben. Auf Ebene des Gesellschafters (Mitunternehmers) sind die korrespondierenden Zinserträge ebenso wenig zinsschrankenrelevant. Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll diese Feststellung jedoch nur für im Inland steuerpflichtige Sondervergütungen gelten. Eine solche Einschränkung ist u.E. mangels gesetzlicher Grundlage nicht zutr., so dass der genannte Grundsatz auch im grenzüberschreitenden Kontext anzuwenden sein sollte (zur Kritik vgl. ausführlich Teil C). 88

#### 3.3 Atypisch stille Beteiligung

Die Qualifikation einer stillen Beteiligung an einer Gesellschaft<sup>57</sup> als Darlehensgewährung oder Eigenkapitalhingabe hängt von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags ab. Denn die Ergebnisbeteiligung und die Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters sind als Qualifikationsmaß- 89

<sup>56</sup> Vgl. bejahend *Hick*, in: H/H/R, Jahresband 2008, § 4h EStG Anm. J 07-06.

<sup>57</sup> Die Beteiligung als stiller Gesellschafter ist unabhängig von der Rechtsform der Zielgesellschaft.

stab anzusetzen. Es ist dabei grds. zwischen der typisch stillen und der atypisch stillen Beteiligung zu unterscheiden. Erstere findet ihre gesetzlichen Grundlagen im Wesentlichen in den §§ 230 ff. HGB. Die typisch stille Beteiligung zeichnet sich danach durch eingeschränkte Kontrollrechte und eine Beteiligung am lfd. Ergebnis aus.<sup>58</sup> Diese Art der stillen Beteiligung wird sowohl handelsrechtlich als auch steuerrechtlich als FK klassifiziert. Korrespondierend dazu erzielt der typisch stille Gesellschafter Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG.

Trägt ein stiller Gesellschafter im Gegensatz zur typisch stillen Beteiligung aufgrund der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag Mitunternehmerrisiko und entfaltet zudem Mitunternehmerinitiative, liegt eine atypisch stille Beteiligung vor.<sup>59</sup> Mitunternehmerrisiko trägt, wer am Erfolg und Misserfolg eines gewerblichen Unternehmens beteiligt ist. Darunter ist eine Beteiligung sowohl am Gewinn und Verlust einer Gesellschaft als auch an der Vermögenssubstanz (stille Reserven einschl. des Geschäftswerts) zu verstehen. Das Merkmal der Entfaltung einer Mitunternehmerinitiative bedingt, dass der Gesellschafter zumindest die gesetzlichen Einsichts- und Kontrollrechte gem. § 233 HGB innehat. Für die Annahme einer atypisch stillen Beteiligung müssen beide Merkmale kumulativ vorliegen, wobei sie i. R. d. Gesamtbeurteilung der Umstände des Einzelfalls allerdings mehr oder weniger stark ausgeprägt sein können (vgl. BFH vom 09.12.2002, BFH/NV 2003, 602). Eine vollständige Ausprägung beider Merkmale ist nicht erforderlich. Der atypisch stille Gesellschafter wird aus steuerrechtlicher Sicht als Mitunternehmer angesehen. Als Konsequenz daraus wird die in das Vermögen einer Gesellschaft geleistete Einlage als EK behandelt. Der atypisch stille Gesellschafter erzielt entsprechend dieser Qualifikation Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Es steht dem atypisch stillen Gesellschafter in Ergänzung dazu zweifelsohne frei, seiner Gesellschaft Darlehen zu gewähren. Aus einer solchen Darlehensgewährung resultierende Zinserträge sind als Sondervergütungen gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 HS 2 EStG zu behandeln.

- 90 Nach dem Handelsrecht ist eine atypisch stille Beteiligung ebenfalls als EK zu qualifizieren. Allerdings werden der Beurteilung in diesem Zusammenhang nicht die genannten Kriterien des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative zugrunde gelegt. Stattdessen wird nach der Maßgabe entschieden, dass der stille Gesellschafter bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt, die Beteiligung längerfristig nicht kündigen kann und sein Rückzahlungsanspruch gegenüber anderen Gläubigern nachrangig befriedigt wird.<sup>60</sup> Die steuerrechtliche Einordnung wird daher ungeachtet der handelsrechtlichen Beurteilung vorgenommen (für eine detaillierte Analyse s. Teil B Rz. 323 ff. und 333 ff.).

## 4 Organschaften

- 91 Die Begründung einer Organschaft für Zwecke der KSt und GewSt hat überwiegend positive Effekte auf die steuerliche Belastung von Unternehmensfinanzierungen innerhalb des Organkreises. Denn neben dem allgemeinen Vorteil eines erweiterten Verlustausgleichs zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen im Organkreis lassen sich beispielsweise hierdurch die in § 8 Abs. 5 KStG bzw. in § 3 c Abs. 2 EStG geregelten Abzugsverbote für Aufwendungen im Zusammenhang mit Beteiligungserträgen vermeiden, wenn der Organträger den Erwerb der Organbeteiligung fremdfinanziert. Dies resultiert aus der Systematik der Organschaft, wonach die an den Organträger abzuführenden Ergebnisse der Organgesellschaft keine Gewinnausschüttung, son-

58 Vgl. *Niehus/Wilke*, Die Besteuerung der Personengesellschaften, 6. Aufl., Stuttgart 2013, 51 ff.

59 Vgl. OFD Frankfurt vom 14.03.2001, DStR 2001, 1160; OFD Erfurt vom 23.10.2003, FR 2003, 1300.

60 Vgl. *Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 247 HGB Rz. 233.

dern vielmehr eine Gewinnabführung darstellen, die zur Nichtanwendung der beiden genannten Abzugsbeschränkungsvorschriften führt (s. BMF vom 26.08.2003, BStBl I 2003, 437, Rz. 24). Anzuwenden sind diese Abzugsverbote jedoch auf von der Organgesellschaft aufgewendete Finanzierungskosten, die gem. § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG in dem dem Organträger zuzurechnenden Einkommen enthalten sind.

Auch im Rahmen einer Organschaft sind die Regularien einer vGA nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG gegenüber den § 4h EStG und § 8a KStG vorrangig anzuwenden (zur vGA i. R.d. Unternehmensfinanzierung vgl. ausführlich Rz. 40 ff.). Zunächst ist daher zu prüfen, ob der Zinsaufwand gesellschaftsrechtlich veranlasst und als vGA i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu qualifizieren ist. Erst nach diesem Schritt ist der verbleibende Zinsaufwand auf seine Abziehbarkeit i. R.d. Zinsschranke zu überprüfen. Wird eine vGA festgestellt, sind zusätzlich die Besonderheiten der Organschaftsregelungen zu beachten. Insbes. ist eine vGA der Organgesellschaft an den Organträger als vorweggenommene Gewinnabführungen zu behandeln (R 61 Abs. 4 KStR), so dass die aus dem Vorliegen einer vGA sich ergebenden steuerlichen Probleme geringer sind als bei Nichtbestehen einer Organschaft. Denn zwar führt die Behandlung der vGA als vorweggenommene Gewinnabführung dazu, dass dieser Betrag im abzuführenden und durch den Organträger/die Personengesellschafter zu versteuerndem Einkommen enthalten ist. Jedoch wird die vGA einer Organgesellschaft an den Organträger i. R.d. Kürzung des von der Organgesellschaft abgeführten Gewinns zur Vermeidung einer Doppelerfassung vom Gewinn des Organträgers abgesetzt. Im Ergebnis entfällt daher die Behandlung der vGA als nach § 8b Abs. 1 KStG nur zu 95 % steuerfreier bzw. nach § 3 Nr. 40 EStG zu 60 % anzusetzender Beteiligungsertrag. 92

Die Regelungen des § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG (verdeckte Einlagen) sind ebenfalls im Rahmen einer Organschaft anzuwenden. Dabei bestehen i. d. R. keine – der Behandlung der vGA ähnlichen (s. Rz. 92) – Besonderheiten aufgrund der Existenz der Organschaft. Bezüglich der Einzelfragen und der Rechtsfolgen vgl. ausführlich Rz. 70 ff. 93

Bei Anwendung der Zinsschranke ist im Rahmen einer Organschaft die Vorschrift des § 15 Satz 1 Nr. 3 KStG zu berücksichtigen. Hiernach gilt, dass § 4h EStG bei der Organgesellschaft grds. nicht anzuwenden ist. Vielmehr gelten Organträger und die Organgesellschaft als ein Betrieb und die Zinsaufwendungen bzw. die Zinserträge der Organgesellschaft sind für Zwecke der Zinsschranke ausschließlich auf Ebene des Organträgers zu berücksichtigen (zu weiteren Besonderheiten bzgl. der Anwendung der Zinsschranke i. R.d. Organschaft und insbes. zu Vorteilen der Organschaft i. R.d. Zinsschranke vgl. Teil C Rz. 155-157 sowie 376). 94

Für Zwecke der GewSt gilt die Organgesellschaft gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG als Betriebsstätte des Organträgers (sogenannte Betriebsstättenfiktion). Die Gewerbeerträge der Organgesellschaft und des Organträgers sind dennoch zunächst getrennt voneinander zu ermitteln; erst im Anschluss daran erfolgt die Hinzurechnung des Gewerbeertrags der Organgesellschaft zu dem des Organträgers (vgl. R 2.3 Abs. 1 Satz 4 GewStR 2009). Aufgrund der Betriebsstättenfiktion, die auf dem einheitstheoretischen Grundgedanken der gewerbesteuerlichen Organschaft beruht, werden innerorganschaftliche Sachverhalte neutralisiert, so dass Hinzurechnungen oder Kürzungen (§§ 8 und 9 GewStG) unterbleiben, sofern sie andernfalls zu einer doppelten Belastung bzw. Entlastung führen würden (vgl. ausführlich Teil D Rz. 72 ff., R 7.1 Abs. 5 Satz 3 GewStR 2009). 95

(zur internationalen Finanzierung im Detail vgl. Teil G). (vgl. Anlage 3 Nr. 1 und 2 zu § 50 g EStG). Der BFH ordnet die Sondervergütungen unter die jeweils einschlägigen DBA-Einkunftsarten ein, denen die Vergütungen ihrer Natur nach zugehören und hat sich somit für eine autonome Auslegung des Abkommens ausgesprochen. Sondervergütungen bleiben hiernach schuldrechtlich veranlasste Zahlungen der Personengesellschaft an ihre Gesellschafter ungeachtet der nationalen Bestimmung des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, bestätigt durch BFH vom 07.12.2011, IStR 2012, 222. Zu den diesbezüglichen Entwicklungen vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu den grenzüberschreitenden Finanzierungen (insbes. Rz. 119 f.).



### III **Grenzüberschreitende Finanzierungen**

#### 1 **Inbound-Finanzierung**

##### 1.1 **Grundlagen**

Der hier verwendete Begriff der Inbound-Finanzierung bezieht sich primär auf die Finanzierung einer inländischen Personen- oder Kapitalgesellschaft durch eine/n ausländische/n Rechtsträger/natürliche Person (zur internationalen Finanzierung im Detail vgl. Teil H). Im Folgenden werden hierbei schwerpunktmäßig Rechtsvorschriften kurz dargestellt, die sich explizit auf die internationalen Komponenten der Unternehmensfinanzierung beziehen. Ungeachtet dessen sind jedoch auch bei dieser Art von Unternehmensfinanzierungen die allgemeinen Regelungen des deutschen Steuerrechts bezüglich der Behandlung des Zinsaufwands u.Ä. auf Ebene der zu finanzierenden inländischen Rechtsträger zu beachten (vgl. insbes. zur Zinsschranke bei Inbound-Finanzierung Teil C Rz. 113, 118 ff., zu gewerbsteuerliche Hinzurechnungen Teil D). **96**

##### 1.2 **Beschränkte Steuerpflicht nach Maßgabe des § 49 EStG**

Während bei unbeschränkter Steuerpflicht nach Maßgabe des Welteinkommensprinzips sämtliche inländische wie ausländische Einkünfte i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 EStG der deutschen Besteuerung unterliegen, beschränkt die Vorschrift des § 49 EStG die sachliche Steuerpflicht auf die abschließend in dieser Vorschrift genannten inländischen Einkünfte. § 49 EStG wird zudem durch die §§ 50 und 50a EStG ergänzt, die die Durchführung der Besteuerung bei beschränkt steuerpflichtigen Personen regeln. Die beschränkte Steuerpflicht hat objektsteuerähnlichen Charakter, der u. a. dadurch gekennzeichnet ist, dass die persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen überwiegend unberücksichtigt bleiben. **97**

In Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung unterliegen insbes. die folgenden Einkünfte der beschränkten Steuerpflicht in Deutschland: **98**

- Dividenden aus Aktien und Gewinnausschüttungen einer GmbH (auch vGA), wenn die ausschüttende Kapitalgesellschaft ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland hat (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG),
- Einnahmen aus einem typisch stillen Gesellschaftsverhältnis oder aus einem partiarischen Darlehen, wenn der Schuldner der Kapitalerträge seinen Wohnsitz, seine Geschäftsleitung oder seinen Sitz im Inland hat (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG),
- Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Dies sind insbes. Zinseinkünfte. Diese gehören jedoch nur dann zu den Einkünften i.S.d. § 49 EStG, wenn die Kapitalforderung durch inländischen Grundbesitz, inländische grundstücksgleiche Rechte oder durch Schiffe, die in ein inländisches Schiffsregister eingetragen sind, mittelbar oder unmittelbar gesichert sind (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa EStG),
- Einnahmen aus (nicht verbrieften) Genussrechten (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. bb EStG),
- Zinsen aus sogenannten Tafelgeschäften und alle Veräußerungen von Anteilen an Körperschaften, soweit die Veräußerung durch inländische Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute erfolgt (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. d EStG).

Dem Grundsatz nach zählen indessen Erträge aus Investmentanteilen nicht zu den beschränkt steuerpflichtigen Einkünften (§ 2 InvStG i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a HS 1 EStG). Die Erträge **99**

sind aber ausnahmsweise nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b EStG dann als inländische Einkünfte zu behandeln, wenn:

- die ausgeschütteten oder ausschüttungsgleichen Erträge eines inländischen Investmentvermögens nach § 7 Abs. 3 InvStG i. V. m. § 43 EStG dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen oder
- die Erträge dem Kapitalertragsteuerabzug nach § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG unterliegen, weil die Erträge gegen Aushändigung von Zinsscheinen oder Teilschuldverschreibungen gutgeschrieben werden.

- 100 Unterliegen die Einnahmen einem Steuerabzug, gilt die inländische ESt durch den Steuerabzug als abgegolten (§ 50 Abs. 2 Satz 1 EStG). Ein Steuerabzug erfolgt hierbei nach Maßgabe des § 43 Abs. 1 EStG z.B. bei Dividenden inländischer Kapitalgesellschaften (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) und Einnahmen als stiller Gesellschafter oder aus partiarischen Darlehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG). Die Steuererhebung durch Veranlagung erfolgt z.B. bei inländischen Zinserträgen (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c Doppelbuchst. aa EStG) und soweit inländische Kapitalerträge nach § 20 Abs. 8 EStG einer anderen Einkunftsart zugerechnet werden.

### 1.3 Einschränkung der DBA-Regelungen

- 101 Die beschränkte Steuerpflicht gem. § 49 EStG kann durch ein DBA als vorrangig anzuwendende speziellere Rechtsgrundlage eingeschränkt oder gänzlich ausgeschlossen werden. Eine durch die Anwendung eines DBA bewirkte Einschränkung bzw. Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts kann allerdings wiederum durch die Anwendung von sogenannten Treaty-Override-Regelungen des § 50d EStG<sup>1</sup> begrenzt bzw. komplett eliminiert werden.
- 102 Das Besteuerungsrecht an den Zinseinkünften steht nach den Prinzipien des Art. 11 des OECD-MA primär dem Ansässigkeitsstaat des Zinsempfängers zu; allerdings wird dem Vertragsstaat, aus dem die Zinsen stammen, ein eingeschränktes Quellenbesteuerungsrecht eingeräumt (Art. 11 Abs. 1, 2 OECD-MA).<sup>2</sup> In vielen Fällen – und dies trifft insbes. auf die mit Deutschland abgeschlossenen DBA zu – verzichtet allerdings der Quellenstaat auf ein Quellenbesteuerungsrecht, so dass das ausschließliche Besteuerungsrecht an den Zinseinkünften dem Ansässigkeitsstaat des Zinsempfängers zusteht.<sup>3</sup>
- 103 Auf abkommensrechtlicher Ebene steht den Vertragsstaaten zusätzlich unter den Voraussetzungen der Art. 11 Abs. 6 bzw. Art. 9 OECD-MA<sup>4</sup> das Recht auf eine Korrektur des Zinsaufwands zu. So nimmt Art. 11 Abs. 6 OECD-MA einen Teil der Zinsaufwendungen von der Anwendung des Zinsartikels aus, soweit die Zinszahlung aufgrund von zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger bestehenden besonderen Beziehungen auf einem unangemessenen Zins basiert. Eine ähnliche Rolle spielt die Gewinnkorrektur gem. Art. 9 OECD-MA, wonach wiederum zwischen verbundenen Unternehmen nach den Grundsätzen des Dealing-at-Arm's-Length (zu Details s. Teil

1 Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten derartiger Regelungen vgl. das beim BVerf-Gericht anhängige Verfahren 2 BvL 21/14 zu § 50 Abs. 9 EStG und den BVerf-Gerichtsbeschluss zu § 50d Abs. 8 EStG vom 15.12.2015 (2 BvL 1/12).

2 Regel sind hier 10 %; einzelne DBA enthalten jedoch noch den höheren Quellensteuersatz i.H.v. 15 % (Belgien, Portugal), während DBA mit osteuropäischen Ländern regelmäßig einen niedrigeren Quellensteuersatz vorsehen (Polen/Slowenien 5 %, Rumänien 3 %).

3 DBA mit ausschließlichem Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaats sind z.B. DBA mit Bulgarien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Irland, Luxemburg, Malta, Österreich, Schweden, Tschechoslowakei, Ungarn, der Schweiz und den USA.

4 Der Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 6 OECD-MA ist teilweise enger (Beschränkung auf unangemessen hohe Zinsen), teilweise weiter (keine Begrenzung auf verbundene Unternehmen) gefasst als Art. 9 OECD-MA. Sind grds. beide Vorschriften einschlägig, ist Art. 11 Abs. 6 OECD-MA Lex specialis zu Art. 9 OECD-MA, vgl. etwa *Wassermeyer*, in: *Wassermeyer*, Art. 11 OECD-MA, Rn. 145.

F) eine Gewinnberichtigung möglich ist, soweit Unternehmensgewinne aufgrund von fremdunüblichen Vereinbarungen beeinträchtigt sind.

## 1.4 Wirkung der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie

Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Zinsen und Lizenzgebühren im EU-Raum wurde 2003 die sogenannte Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie (ZLRL) verabschiedet und in Gestalt des § 50 g EStG in das nationale Steuerrecht integriert.<sup>5</sup> 104

Begünstigt durch die Regelung des § 50 g EStG sind in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässige<sup>6</sup> 105 Vergütungsgläubiger, die mit ihren Zins- oder Lizenzentnahmen von verbundenen Unternehmen oder Betriebsstätten in Deutschland der beschränkten Steuerpflicht nach Maßgabe des § 49 EStG unterliegen, die nicht bereits durch das einschlägige DBA ausgeschlossen wird. Zudem sind die Regelungen des § 50 g Abs. 1 bis 5 EStG für Zahlungen ab dem 01.07.2005 entsprechend für Unternehmen und Betriebsstätten in der Schweiz anzuwenden (§ 50 g Abs. 6 EStG). Die Aufzählung der begünstigten schweizerischen Unternehmen ist hierbei dem Gesetzestext (§ 50 g Abs. 6 EStG) und nicht der nur für die EU-Fälle gedachten Anlage 3 zu § 50 g EStG zu entnehmen.

Begünstigt sind damit nur verbundene Unternehmen i. S. d. § 50 g Abs. 3 Nr. 5 EStG, d. h. vor allem nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten gegründete Körperschaften, die einer in der Anlage zum § 50 g EStG aufgelisteten Steuer tatsächlich unterliegen (vgl. Anlage 3 Nr. 1 und 2 zu § 50 g EStG). Eine nach deutschen Maßstäben als Personengesellschaft einzustufende Gesellschaft kann allerdings auch begünstigt sein, wenn diese im anderen Mitgliedstaat wie eine Kapitalgesellschaft besteuert wird. Das Merkmal „verbunden“ setzt wiederum voraus, dass das eine Unternehmen an dem anderen Unternehmen zu mindestens 25 % beteiligt ist. Erfasst werden damit sowohl die Beteiligung des Vergütungsschuldners am Vergütungsgläubiger als auch umgekehrte Beteiligungsverhältnisse. Als „verbunden“ gelten darüber hinaus auch Unternehmen, wenn ein drittes Unternehmen zu mindestens 25 % an beiden beteiligt ist. Entscheidend ist zudem, dass sämtliche Beteiligungen unmittelbar bestehen müssen. Zahlungen bei mehrstufigen Konzernen sind daher von der Anwendung des § 50 g EStG überwiegend ausgeschlossen. 106

Der Vergütungsgläubiger der Zinsen bzw. Lizenzgebühren muss zudem zwingend auch der Nutzungsberechtigte sein, d. h. der beschränkt Steuerpflichtige muss die Einkünfte selbst erzielen (§ 50 g Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a EStG). Zahlungen an beispielsweise Treuhänder sind damit nicht begünstigt. Eine Betriebsstätte ist wiederum nur dann Nutzungsberechtigte/Gläubiger der Zinsen oder Lizenzgebühren, wenn die Forderung tatsächlich zum Betriebsvermögen der Betriebsstätte gehört (§ 50 g Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b Doppelbuchst. aa EStG) und die Zahlungen im Betriebsstättenstaat einer in § 50 g Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b Doppelbuchst. bb EStG bzw. in Anlage 3 Nr. 2 zu § 50 g EStG aufgeführten Steuer unterliegen. Spiegelbildlich kann eine Betriebsstätte nur dann Vergütungsschuldner i. S. d. § 50 g EStG sein, wenn die Zinsen bzw. Lizenzgebühren tatsächlich steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben auf Ebene der Betriebsstätte darstellen (§ 50 g Abs. 3 Nr. 2 EStG). Gilt die Betriebsstätte eines Unternehmens eines Mitgliedstaats der EU als Schuldner oder Gläubiger der Zinsen oder Lizenzgebühren, so wird kein anderer Teil des Unternehmens als Schuldner oder Gläubiger der Zinsen oder Lizenzgebühren angesehen (§ 50 g Abs. 3 Nr. 3 EStG). 107

„Zinsen“ i. S. d. Regelung sind Einkünfte aus Forderungen jeder Art, auch wenn die Forderungen durch Pfandrechte an Grundstücke gesichert sind; Zuschläge für verspätet Zahlung und die 108

5 RL 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. EU Nr. L 157, 49). Zuletzt geändert durch RL 2013/13/EU des Rates vom 13.05.2013 anlässlich des Beitritts der Republik Kroatien zur Europäischen Union (ABl. Nr. L 141, 30).

6 Als Ansässigkeitsstaat gilt der Staat, in dem die Gesellschaft unbeschränkt steuerpflichtig ist und in dem sich ihre geschäftliche Oberleitung befindet.

Rückzahlung von Kapital gelten indessen nicht als Zinsen (§ 50 g Abs. 3 Nr. 4 Buchst. a EStG). „Lizenzgebühren“ sind wiederum Vergütungen jeder Art, die für die Nutzung oder für das Recht auf Nutzung von Urheberrechten an literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werken, einschl. kinematografischer Filme und Software, von Patenten, Marken, Mustern oder Modellen, Plänen, geheimen Formeln oder Verfahren oder für die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen gezahlt werden; Zahlungen für die Nutzung oder das Recht auf Nutzung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Ausrüstungen gelten als Lizenzgebühr (§ 50 g Abs. 3 Nr. 4 Buchst. b EStG).

- 109 Nicht begünstigt sind Zinsen, die nach deutschem Recht als Gewinnausschüttung behandelt werden und Zinsen, die auf Forderungen beruhen, die einen Anspruch auf eine Beteiligung am Gewinn des Schuldners begründen (z.B. Gewinnanteile eines typisch stillen Gesellschafters, Gewinnschuldverschreibungen, Genussrechte, Zinsen für partiarische Darlehen; § 50 g Abs. 2 Nr. 1 EStG). Ausgenommen von der Freistellung sind des Weiteren Zinsen und Lizenzgebühren, soweit sie den unter fremden Dritten üblichen Betrag überschreiten (§ 50 g Abs. 2 Nr. 2 EStG, insbes. vGA/verdeckte Einlagen/Einkunfts-korrekturen nach Maßgabe des § 1 AStG).
- 110 Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, können keine Steuern auf die unter die Regelung fallenden Vergütungen erhoben werden (§ 50 g Abs. 1 Satz 1 EStG). Dies führt dazu, dass die Vergütungsgläubiger von einer Freistellung von der Kapitalertragsteuer bzw. der Abzugsteuer profitieren können. Der zentrale Vorteil der Anwendung des § 50 g EStG liegt gegenüber der Anwendung von DBA-Regelungen in der Freistellung im Abzugsverfahren, also darin, dass § 50d Abs. 2 statt § 50d Abs. 1 EStG zur Anwendung kommt. Es entsteht also kein Liquiditätsnachteil durch eine (vorläufige) Erhebung der zu erstattenden Steuer wie bei § 50d Abs. 1 EStG. Die Freistellung erfolgt allerdings nur auf Antrag. M.a.W. ein ausländischer Vergütungsgläubiger kann eine Freistellung vom Steuerabzug im Inland nur durch eine vor Zahlung der Vergütung beantragte Freistellungsbescheinigung beim Bundeszentralamt für Steuern erlangen (§ 50d EStG). Wurde der Antrag nicht rechtzeitig gestellt, kann die einzubehaltende Quellensteuer im Nachhinein beim Bundeszentralamt für Steuern erstattet werden. Wird der Vergütungsgläubiger mit seinen Zins- oder Lizenzeinnahmen in Deutschland i. R. d. beschränkten Steuerpflicht veranlagt, werden diese Einnahmen bei der Gewinnermittlung nicht erfasst (§ 50 g Abs. 1 Satz 2 EStG).
- 111 Die Begünstigung gem. § 50 g EStG wird versagt, wenn der hauptsächliche Beweggrund oder einer der hauptsächlichen Beweggründe für Geschäftsvorfälle die Steuervermeidung oder der Missbrauch sind (§ 50 g Abs. 4 EStG). Des Weiteren kann die Begünstigung i. S. d. § 50 g EStG auch nach Maßgabe des Missbrauchstatbestands i. S. d. § 50d Abs. 3 EStG verwehrt werden.

## 1.5 Treaty Override gem. § 50d Abs. 3 EStG

- 112 Sowohl der DBA-Schutz in Form der Einschränkung bzw. des Ausschlusses des deutschen Besteuerungsrechts als auch die beschriebenen Erleichterungen der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie können durch die Anwendung von sogenannten Treaty-Override-Regelungen (hier: § 50d Abs. 3 EStG) begrenzt bzw. komplett negiert werden.
- 113 Ungeachtet dessen sollen Gesellschaften, die eine entsprechende Substanz im jeweiligen Ansässigkeitsstaat nachweisen können, weiterhin in den Genuss der Entlastung nach dem jeweiligen DBA bzw. der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie kommen.<sup>7</sup>
- 114 Aufgrund der von der EU-Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland festgestellten EU-Widrigkeit der Norm wurde § 50d Abs. 3 EStG mit Wirkung zum 01.01.2012

<sup>7</sup> Vgl. Eicke, PStB 02/2012, 38.

neu gefasst. Die Finanzverwaltung hat sich mit ihrem Schreiben vom 24.01.2012 (BStBl I 2012, 171) zur Anwendung der Neuregelung – wie im Folgenden kurz zusammengefasst – geäußert:

Gemäß § 50d Abs. 3 EStG hat eine ausländische Gesellschaft (die Gläubigerin der Zins-, Dividenden- und Lizenzzahlungen) nur dann Anspruch auf Befreiung, Ermäßigung oder Erstattung vom deutschen Steuerabzug, wenn

- (1) die Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft bei einem unmittelbaren Bezug der Einkünfte aus der in Deutschland ansässigen Gesellschaft (Schuldner der Zins-, Dividenden- und Lizenzzahlungen) ebenfalls nach einem DBA oder nach der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie die Steuerentlastung beanspruchen könnten (so genannte **persönliche Entlastungsberechtigung**) und
- (2) die ausländische Gesellschaft die Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt bzw. nachweisen kann, dass ihre nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammenden Einkünfte in einem angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb, durch Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erzielt werden (sog. **sachliche Entlastungsberechtigung**).

Die Voraussetzungen der (1) persönlichen und (2) sachlichen Entlastungsberechtigung müssen auf Ebene der ausländischen Gesellschaft kumulativ erfüllt sein, so dass für Gesellschaften in einer mehrstöckigen Beteiligungskette für jede Gesellschaft in der Kette die persönliche Entlastungsberechtigung gegeben sein muss. Die Prüfung in der Beteiligungskette endet allerdings, sobald ein unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter nicht mehr selbst persönlich entlastungsberechtigt ist (dann keine Entlastung) oder sobald entweder die ausländische Gesellschaft selbst oder ein unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter sowohl persönlich als auch sachlich entlastungsberechtigt ist (dann Entlastung).

Die Steuerentlastung vom Steuerabzug einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft wird durch Erstattung oder Freistellung erreicht.<sup>8</sup>

115

**Beispiel:**

Eine in Luxemburg ansässige Holdinggesellschaft „B-S.a.r.l.“ (substanzlos) hat ihrer 100 %igen Tochtergesellschaft „A-GmbH“, einer in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft, eine Lizenz gegen Entgelt überlassen. Die Anteile an der B-S.a.r.l. werden von einer in Liechtenstein ansässigen C-AG (operative Gesellschaft) gehalten. Die B-S.a.r.l. erzielt mit ihren Lizenzentnahmen inländische Einkünfte i.S.d. § 49 Abs. 1 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) und unterliegt somit der beschränkten Steuerpflicht gem. § 2 Nr. 2 KStG in Deutschland.<sup>9</sup> Entsprechend ist die A-GmbH zum Steuerabzug nach § 50a Abs. 1 EStG verpflichtet. In diesem Zusammenhang ist nun fraglich, ob die B-S.a.r.l., ungeachtet der Vorschriften nach § 50d Abs. 3 EStG, einen Anspruch auf Befreiung, Ermäßigung oder Erstattung vom deutschen Steuerabzug erlangen kann?

116

**Lösung:**

Prüfung der (1) persönlichen und (2) sachlichen Entlastungsberechtigung:

- **Ebene der B-S.a.r.l.:** Die Zahlungsempfängerin B-S.a.r.l. ist als Kapitalgesellschaft mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Luxemburg grundsätzlich gemäß der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie<sup>10</sup> (§ 50g EStG<sup>11</sup>) persönlich entlastungsberechtigt. Laut dem Sachverhalt ist die B-S.a.r.l. substanzlos und erfüllt demnach nicht die Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG. Folglich ist die Prüfung des Vorliegens der

8 § 50d Abs. 1 und 2 EStG

9 Angenommen wird, dass das aufgenommene Darlehen i.S.d. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. c) aa) EStG durch inländischen Grundbesitz oder durch inländische Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, unmittelbar oder mittelbar gesichert ist.

10 RL 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. EU Nr. L 157, 49). Zuletzt geändert durch RL 2013/13/EU des Rates vom 13.05.2013 anlässlich des Beitritts der Republik Kroatien zur Europäischen Union (ABl. Nr. L 141 S. 30).

11 In der Anlage 3 Nummer 1 Buchst. i) zur § 50 g EStG ist die Gesellschaft in der Rechtsform S.a.r.l. („société à responsabilité limitée“) enthalten (siehe § 50 g Abs. 3 Nr. 5 Buchst. a) aa) EStG).

persönlichen und sachlichen Entlastungsberechtigung auf der oberen (folgenden) Ebene der Beteiligungskette erforderlich.

- **Ebene der C-AG:** Nach Art. 12 Abs. 1 DBA Liechtenstein können die Lizenzvergütungen ausschließlich in dem Ansässigkeitsstaat der Zahlungsempfängerin besteuert werden. Darüber hinaus erzielt die C-AG laut Sachverhalt ausschließlich Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit und verfügt über einen ihrem Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb, mit dem sie am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Infolgedessen ist die C-AG i. S. d. § 50 d Abs. 3 EStG sowohl persönlich als auch sachlich entlastungsberechtigt.

**Fazit:** Die B-S.a.r.l. ist gem. § 50 g EStG persönlich entlastungsberechtigt, da die Anteilseignerin (C-AG) der B-S.a.r.l. über die Anwendung des DBA Liechtenstein vollständig entlastungsberechtigt wäre.

## 2 Outbound-Finanzierung

### 2.1 Grundlagen und Methoden der Vermeidung von Doppelbesteuerungen

117 Der Begriff der Outbound-Finanzierung bezieht sich vorliegend auf Finanzierungen ausländischer Rechtsträger durch inländische steuerpflichtige Personen. Dem Welteinkommensprinzip zufolge unterliegen solche Einkünfte auf Ebene der unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Personen bzw. Körperschaften der deutschen Besteuerung mit ESt und KStG und i. d. R. – wenn auch mit Ausnahmen – auch der GewSt. Nicht selten unterliegen jedoch dieselben Einkünfte derselben Person auch einer Besteuerung im Quellenstaat, was zunächst zu einer steuerpflichtigen Doppelerfassung der Einkünfte führt. Die Vermeidung einer solchen Doppelbesteuerung der in Zusammenhang mit der Unternehmensfinanzierung stehenden Einkünfte erfolgt in erster Linie i. R. d. Regularien der einschlägigen bilateralen völkerrechtlichen Verträge. Soweit also ein DBA besteht, regelt dieses, wie eine Doppelbesteuerung von Einkünften zu vermeiden ist. Dabei sind nach Maßgabe des OECD-MA folgende Methoden vorgesehen, um die Doppelbesteuerung zu vermeiden:

- Freistellungsmethode (Art. 23 A OECD-MA; in Deutschland i. d. R. mit Progressionsvorbehalt) und
- Anrechnungsmethode (Art. 23 B OECD-MA).

118 Darüber hinaus bestehen aber auch rein unilaterale Regelungen, um Doppelbesteuerungen der ausländischen Steuerquellen zu vermeiden. Dies ist insbes. § 34 c EStG, der zum einen als Tarifvorschrift konzipiert ist und eine direkte Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuern ermöglicht (§ 34 c Abs. 1 EStG). Zum anderen sieht diese Regelung ergänzende Möglichkeiten des Abzugs der ausländischen Steuern von der inländischen Bemessungsgrundlage und unter bestimmten Voraussetzungen auch die Pauschalierung bzw. den Erlass der auf die ausländischen Einkünfte entfallenden deutschen Steuer vor (§ 34 c Abs. 2, 3 und 5 EStG).

119 Die Anwendung der unilateralen Vermeidungsmethode führt nicht immer zu einer vollständigen Beseitigung der Doppelbesteuerung. Denn angerechnet wird höchstens derjenige Teil der ausländischen Steuer, der auf die ausländischen Einkünfte i. S. d. § 34 d EStG entfällt.<sup>12</sup> Auch führt

12 Betreffend die Ermittlung des Anrechnungshöchstbetrags im Sinne des § 34 c Abs. 1 EStG hat der BFH in seiner Entscheidung vom 06.04.2016 (I R 61/14) die Frage geklärt, wie bei den ausländischen Einkünften nach § 34 d EStG der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und den zugrundeliegenden Einnahmen auszulegen ist. Nach Auffassung des BFH ist mangels einer besonderen gesetzlichen Definition das allgemeine Veranlassungsprinzip (§ 4 Abs. 4 EStG) maßgeblich. Das bedeutet, dass es dabei auf die Gründe ankommt, aus denen der Steuerpflichtige die Aufwendungen vornimmt. Einen ausschließlichen Zusammenhang fordert der BFH nicht. Weisen Aufwendungen einen Veranlassungszusammenhang sowohl mit ausländischen Einkünften i. S. d. § 34 d EStG als auch mit inländischen Einkünften oder mit mehreren Arten von ausländischen Einkünften auf, sind sie aufzuteilen oder den Einkünften zuzurechnen, zu denen sie vorwiegend gehören.

die sog. Per-Country-Limitation-Rule (§ 68a EStDV i. V. m. § 34c Abs. 7 Nr. 1 EStG), nach der der Gesamtbetrag der ausländischen Einkünfte immer nur bezogen auf den jeweiligen einzelnen Staat berücksichtigt wird, zu Beschränkungen in der Anrechnung ausländischer Steuern. Ist also die ausländische Steuer höher als der Höchstbetrag, geht der übersteigende Teil der ausländischen Steuer verloren, da eine Erstattung der Überhänge gesetzlich nicht vorgesehen ist. Zudem mangelt es an einem Vor- oder Rücktrag der Anrechnungsüberhänge in andere VZ.

Weitere nationale Steueranrechnungsvorschriften finden sich u. a. in:

- § 36 Abs. 2 Nr. 1 EStG bezüglich der Anrechnung der für den VZ entrichteten Est-Vorauszahlungen auf die Est-Schuld;
- § 26 KStG bzgl. der Anrechnung ausländischer Steuern bei unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Personen;
- § 4 Abs. 2 InvStG bezüglich der Anrechnung der ausländischen Steuern bei Ausschüttungen oder ausschüttungsgleichen Erträgen auf Investmentanteile;
- § 12 AStG bezüglich der Anrechnung abziehbarer ausländischer Steuern bei der Hinzurechnungsbesteuerung;
- § 21 ErbStG bezüglich der Anrechnung ausländischer Erbschaftsteuer.

120

## 2.2 § 50d Abs. 9 EStG – Treaty Override

§ 50d Abs. 9 EStG stellt ein klassisches Treaty Override in Form einer Umschaltklausel (auch Switch-over-Klausel genannt) dar und bewirkt, dass die an sich abkommensrechtlich vorgesehene Freistellung von Einkünften versagt und stattdessen lediglich die Anrechnung der ausländischen Steuern zugestanden wird. Dies führt zur Hochschleusung des ausländischen Besteuerungsniveaus auf das inländische Niveau. Konkret wird die Anwendung der in einem DBA verankerten Freistellungsmethode dann versagt, wenn

121

- der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können (§ 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG)<sup>13</sup> oder
- die Einkünfte in dem anderen Staat nur deshalb nicht steuerpflichtig sind, weil sie von einer Person bezogen werden, die in diesem Staat nicht aufgrund ihres Wohnsitzes, ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung, des Sitzes oder eines ähnlichen Merkmals unbeschränkt steuerpflichtig ist (§ 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 EStG). Dies gilt nicht für Dividenden, die nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer auszunehmen sind, es sei denn, die Dividenden sind bei der Ermittlung des Gewinns der ausschüttenden Gesellschaft abgezogen worden (§ 50d Abs. 9 Satz 2 EStG).

Die Umschaltklausel ist im Verhältnis zu DBA-Regelungen subsidiär, die die Freistellung von Einkünften in noch weitergehendem Umfang einschränken (z. B. Subject-to-Tax-Clause, Aktivitätsvorbehalte, Limitation-on-Benefits-Klauseln). Dasselbe gilt im Verhältnis zur Umschaltklausel des § 20 Abs. 2 AStG (§ 50d Abs. 9 Satz 3 EStG). Über die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den im § 50d Abs. 9 EStG verankerten Treaty Overrides wird das Bundesverfassungsgericht im

122

13 Insofern hat der BFH in seiner Entscheidung vom 21.01.2016 (I R 49/14) bestätigt, dass die uneingeschränkte Besteuerung nur eines Teils der Einkünfte zur vollständigen Freistellung der Einkünfte führt. Der Entwurf des „Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen“ sieht jedoch schon folgende Änderung vor, die insoweit dann das vorgenannte BFH Urteil aushebeln soll: „§ 50d Absatz 9 wird wie folgt geändert: a) In Satz 1 wird das Wort „wenn“ durch „soweit“ ersetzt. b) Folgender Satz wird angefügt: „Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, nach denen Einkünfte aufgrund ihrer Behandlung im anderen Vertragsstaat nicht von der Bemessungsgrundlage der deutschen Steuer ausgenommen werden, sind auch auf Teile von Einkünften anzuwenden, soweit die Voraussetzungen der jeweiligen Bestimmung des Abkommens hinsichtlich dieser Einkunftsteile erfüllt sind.“

Verfahren 2 BvL 21/14 zu entscheiden haben. Ob in Folge seines Beschlusses vom 15.12.2015 (2 BvL 1/12) zu § 50d Abs. 8 EStG das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 50d Abs. 9 EStG als verfassungswidrig einstuft, bleibt allerdings fraglich.

### 2.3 § 50d Abs. 10 EStG

123 In Zusammenhang mit der Fragestellung der grenzüberschreitenden Finanzierung einer inländischen Personengesellschaft an ihre ausländischen Gesellschafter ist die Regelung des § 50d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009 zu beachten. Aus der im deutschen Steuerrecht verankerten Behandlung der von einer Mitunternehmerschaft an ihren Mitunternehmer z. B. für die Hingabe eines Darlehens gezahlten Zinsen als Sondervergütungen resultiert im grenzüberschreitenden Bereich unter Umständen eine von der deutschen Sichtweise abweichende des Ansässigkeitsstaates des Zinsempfängers. Auf der Gesamthandsebene der Mitunternehmerschaft entsteht ein Zinsaufwand, der nach deutschem Verständnis im Bereich des Sonderbetriebsvermögens zu Sonderbetriebseinnahmen führt und damit den Gewinn des inländischen Betriebes nach nationalem Recht nicht mindert. Spricht jedoch ein DBA nach Art. 11 Abs. 1 OECD-MA dem Ansässigkeitsstaat das ausschließliche Besteuerungsrecht an den Zinseinkünften zu, so verliert Deutschland für diese Sondervergütungen abkommensrechtlich das Besteuerungsrecht. Aus Sicht der BFH-Rechtsprechung ist dieser Verlust des deutschen Besteuerungsrechts durch die DBA Regelungen gerechtfertigt und hinzunehmen. Der BFH ordnet die Sondervergütungen unter die jeweils einschlägigen DBA-Einkunftsarten ein, denen die Vergütungen ihrer Natur nach zugehören und hat sich somit für eine autonome Auslegung des Abkommens ausgesprochen. Sondervergütungen bleiben hiernach schuldrechtlich veranlasste Zahlungen der Personengesellschaft an ihre Gesellschafter ungeachtet der nationalen Bestimmung des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, zuletzt bestätigt durch BFH vom 07.12.2011, IStR 2012, 222. Die deutsche Finanzverwaltung indes erfasst die Sondervergütungen als ein Teil des Unternehmensgewinns i. S. v. Art. 7 OECD-MA und lehnt eine autonome Auslegung des Abkommens ab, vgl. zuletzt BMF vom 16.04.2010, BStBl I 2010, 354, Tz. 5.1. Aus diesem Grund war nach Auffassung des Gesetzgebers eine Regelung zu finden, die diese „Besteuerungslücke“ schließt. (vgl. BR-Drs. 545/08 vom 19.09.2008, 3).

Durch Einführung des § 50d Abs. 10 EStG i. d. F. des JStG 2009 sollte diese „Lücke“ geschlossen werden, indem Sondervergütungen als „Unternehmensgewinne“ zu behandeln waren, sofern das DBA keine für Sondervergütungen entsprechende Regelung beinhaltete. Denn in diesem Fall hätte dies – zumindest nach dem Willen des Gesetzgebers – zur Folge, dass die Sondervergütungen im Inbound-Fall als Unternehmensgewinn der deutschen Personengesellschaft/Betriebsstätte der deutschen Besteuerung unterliegen würden. Das Ziel des Gesetzgebers ist allerdings durch die genannte Gesetzesänderung nicht verwirklicht worden. So hat auch der BFH deutlich gemacht, dass eine gegen eine Personengesellschaft gerichtete Gesellschafterforderung (auch dann) nicht zum Vermögen der durch die Personengesellschaft vermittelten Betriebsstätte des Gesellschafters „gehört“, wenn sie auf eine Sondervergütung i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG gerichtet ist; BFH vom 17.10.2007, BStBl II 2009, 356. Ebenso hat der BFH für die Anwendung des Betriebsstättenvorbehaltes i. S. d. Art. 11 Abs. 3 OECD-MA entschieden, dass der Betriebsstättenvorbehalt nicht im Hinblick auf Zinsen eingreift, die der Gesellschafter einer Personengesellschaft von dieser Gesellschaft für ein ihr gegebenes Darlehen bezieht, vgl. BFH vom 20.12.2006, IStR 2007, 330. Vgl. im Detail *Boller/Eilinghoff/Schmidt*, IStR 2009, 109 m. w. N. Der BFH hat entschieden, dass die gesetzliche Qualifizierung der Lizenz Einkünfte als Sondervergütungen nicht auf das Abkommensrecht durchschlagen soll.<sup>14</sup> Denn § 50d Abs. 10 EStG „... ordne lediglich die abkommensrechtliche

<sup>14</sup> Vgl. BFH vom 08.09.2010, I B 47/05, I R 74/09; DStRE 2011, 58 bestätigt durch BFH vom 08.11.2010, I R 106/09, BFHE 231, 206 und BFH vom 07.12.2011, I R 5/11, IStR 2012, 222.

*Einkunftsart an, suspendiere jedoch nicht zugleich von den Erfordernissen der (abkommensrechtlichen) Existenz einer Betriebsstätte (Art. 5 OECD-MA) sowie der (ebenfalls abkommensrechtlichen) Betriebsstättenzurechnung ...“.* Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und den § 50 d Abs. 10 EStG im Rahmen des Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetzes<sup>15</sup> mit dem folgenden Wortlaut neu gefasst:

*„Sind auf eine Vergütung im Sinne des § 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Satz 1 zweiter Halbsatz und Nummer 3 zweiter Halbsatz die Vorschriften eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung anzuwenden und enthält das Abkommen keine solche Vergütungen betreffende ausdrückliche Regelung, gilt die Vergütung für Zwecke der Anwendung des Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ausschließlich als Teil des Unternehmensgewinns des vergütungsberechtigten Gesellschafters. Satz 1 gilt auch für die durch das Sonderbetriebsvermögen veranlassten Erträge und Aufwendungen. Die Vergütung des Gesellschafters ist ungeachtet der Vorschriften eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung über die Zuordnung von Vermögenswerten zu einer Betriebsstätte derjenigen Betriebsstätte der Gesellschaft zuzurechnen, der der Aufwand für die der Vergütung zugrunde liegende Leistung zuzuordnen ist; die in Satz 2 genannten Erträge und Aufwendungen sind der Betriebsstätte zuzurechnen, der die Vergütung zuzuordnen ist. Die Sätze 1 bis 3 gelten auch in den Fällen des § 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 Satz 2 sowie in den Fällen des § 15 Absatz 1 Satz 2 entsprechend. Sind Einkünfte im Sinne der Sätze 1 bis 4 einer Person zuzurechnen, die nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung als im anderen Staat ansässig gilt, und weist der Steuerpflichtige nach, dass der andere Staat die Einkünfte besteuert, ohne die darauf entfallende deutsche Steuer anzurechnen, ist die in diesem Staat nachweislich auf diese Einkünfte festgesetzte und gezahlte und um einen entstandenen Ermäßigungsanspruch gekürzte, der deutschen Einkommensteuer entsprechende, anteilige ausländische Steuer bis zur Höhe der anteilig auf diese Einkünfte entfallenden deutschen Einkommensteuer anzurechnen. Satz 5 gilt nicht, wenn das Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung eine ausdrückliche Regelung für solche Einkünfte enthält. Die Sätze 1 bis 6*

- (1) sind nicht auf Gesellschaften im Sinne des § 15 Absatz 3 Nummer 2 anzuwenden;*
- (2) gelten entsprechend, wenn die Einkünfte zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit im Sinne des § 18 gehören; dabei tritt der Artikel über die selbständige Arbeit an die Stelle des Artikels über die Unternehmenseinkünfte, wenn das Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung einen solchen Artikel enthält.*

*Absatz 9 Satz 1 Nummer 1 bleibt unberührt.“*

Der Gesetzgeber will dadurch erreichen, dass im Inbound-Fall die Sondervergütung der deutschen Betriebsstätte des Mitunternehmers auch DBA-rechtlich zugeordnet wird, gewährt dem Mitunternehmer dann allerdings eine Anrechnung eventuell im Ausland auf diese Sondervergütung gezahlte Steuern.

124

<sup>15</sup> § 50 d Abs. 10 EStG neu gefasst durch Gesetz vom 26.06.2013 (BGBl I 2016, 1809).



# IV Finanztransaktionssteuer

## 1 Einleitung

Die Idee einer Finanztransaktionssteuer (FTS) ist nicht neu. *Keynes* empfahl eine derartige Steuer in den 1930er-Jahren zur Bekämpfung unerwünschter Spekulationen<sup>1</sup> und *Tobin* brachte sie in den 1970er-Jahren als Verkehrssteuer auf Devisengeschäfte ins Spiel.<sup>2</sup> Im Zuge der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise ist in der politischen Diskussion der Ruf lauter geworden, den Finanzsektor an den Kosten der Bewältigung der Krise zu beteiligen.<sup>3</sup> Dies hat die Europäische Kommission zum Anlass genommen, am 28.09.2011 einen Richtlinienentwurf für eine EU-weite FTS vorzulegen (Richtlinien-Entwurf 2011).<sup>4</sup> Auf den Tagungen des Rats der EU-Finanzminister (Ecofin-Rat) am 22.06.2012 und 10.07.2012 wurde jedoch festgestellt, dass zwischen den EU-Mitgliedstaaten erhebliche Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Notwendigkeit zur Einführung eines gemeinsamen FTS-Systems auf EU-Ebene bestehen und dass der Grundsatz einer harmonisierten Besteuerung von Finanztransaktionen in absehbarer Zeit im Rat keine einstimmige Unterstützung finden würde.<sup>5</sup> Allerdings haben sich dann elf EU-Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Belgien, Österreich, Portugal, Slowenien, Griechenland, Italien, Spanien, Slowakei und Estland) bereit erklärt, eine FTS im Wege der sog. Verstärkten Zusammenarbeit (VZ) einzuführen. Die EU-Kommission hat daraufhin am 14.02.2013 einen überarbeiteten (zweiten) Vorschlag zur Einführung einer EU-FTS im Gebiet der VZ vorgelegt (Richtlinien-Entwurf 2013).<sup>6</sup> Lange Zeit konnte jedoch auch unter den VZ-Mitgliedstaaten keine politische Einigung über die FTS erzielt werden.<sup>7</sup> Auf dem Treffen der EU-Finanzminister am 11.10.2016 ist schließlich aber doch eine Einigung über die FTS zustande gekommen und die EU-Kommission beauftragt worden, bis Ende 2016 einen nochmals überarbeiteten Richtlinienentwurf, der in wesentlichen Punkten von dem nachfolgend dargestellten Richtlinien-Entwurf 2013 abweichen dürfte, vorzulegen.<sup>8</sup>

Im Vorgriff auf eine EU-weite Einführung einer FTS haben Frankreich mit Wirkung ab 01.08.2012 und Italien mit Wirkung ab 01.03.2013 bzw. 01.09.2013 eigene FTS-Systeme auf nationaler Grundlage verabschiedet.<sup>9</sup> Beide Steuern werden in der noch andauernden politischen Diskussion neben einer Stempelsteuer nach britischem Vorbild als Alternativen zum Konzept der EU-Kommission genannt.<sup>10</sup> Daher werden im Folgenden (s. Rz. 126 ff.) Anmerkungen zu der

125

- 1 *Keynes*, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936, 160; *Klöttn*, ZBB 2011, 130.
- 2 *Tobin*, *Eastern Economic Journal* 1978, 153 ff.
- 3 Vgl. S. 2 der Begründung zum Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über das gemeinsame Finanztransaktionssteuersystem und zur Änderung der RL 2008/7/EG vom 28.09.2011, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/other\\_taxes/financial\\_sector/com\(2011\)594\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/other_taxes/financial_sector/com(2011)594_de.pdf) (Abrufdatum: 14.08.2012).
- 4 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über das gemeinsame Finanztransaktionssteuersystem und zur Änderung der RL 2008/7/EG vom 28.09.2011, a. a. O.
- 5 Vgl. Pressemitteilung der Dänischen EU-Ratspräsidentschaft vom 22.06.2012, abrufbar unter: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/ecofin/131141.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/131141.pdf) (Abrufdatum: 10.07.2012).
- 6 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/other\\_taxes/financial\\_sector/com\(2013\)0045\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/other_taxes/financial_sector/com(2013)0045_de.pdf) (Abrufdatum: 21.02.2013).
- 7 Vgl. Geberth, *GmbHReport* 24/2015, R 378. Die Anzahl der VZ-Mitgliedstaaten hat sich inzwischen auf 10 EU-Mitgliedstaaten reduziert, da Estland erklärt hat, nicht mehr teilnehmen zu wollen.
- 8 Vgl. Reuters Wirtschaftsnachrichten vom 11.10.2016, Schäuble sieht Bewegung bei Finanztransaktionssteuer, abrufbar unter: <http://de.reuters.com/article/europa-sch-uble-idDEKCN12B1KR> (Abrufdatum: 01.11.2016).
- 9 Für die französische FTS auf Erwerbe von Aktien großer französischer Unternehmen, Art. 235 ter ZD Code général des impôts; für die FTS auf den Hochfrequenzhandel, Art. 235 ter ZD bis Code général des impôts; für den Abschluss von Kreditausfallversicherungen in Bezug auf EU-Staatsanleihen, Art. 235 ter ZD ter Code général des impôts. Für die italienische FTS-Besteuerung von Aktien und ähnlichen Eigenkapitalinstrumenten, Art. 1 Abs. 491 Legge n. 228; für die italienische FTS-Besteuerung von derivativen Finanzinstrumenten, Art. 1 Abs. 492 Legge n. 228; für die italienische FTS-Besteuerung des Hochfrequenzhandels, Art. 1 Abs. 495 Legge n. 228.
- 10 Weitere Vorschläge, wie eine Finanzaktivitätssteuer oder eine Abschaffung/Einschränkung der USt-Befreiung für Finanzumsätze, sollen hier nicht näher dargestellt werden, da sie spezifisch auf den Finanzsektor ausgerichtet sind.

geplanten Einführung einer EU-FTS gemacht (s. Rz. 142 ff.), das englische Modell der Stempelsteuer dargestellt und (s. Rz. 148 ff.) die französische FTS-Regelung erläutert.<sup>11</sup>

## 2 EU-Entwurf einer Finanztransaktionssteuer

### 2.1 Erscheinungsform der Finanztransaktionssteuer im Richtlinienentwurf

126 Die FTS soll als eine Verkehrssteuer ausgestaltet werden,<sup>12</sup> der grds. alle Transaktionen mit Finanzinstrumenten unterliegen sollen, in die Finanzinstitute i. S. d. Richtlinie eingebunden sind (Begründung zum Richtlinien-Entwurf 2013, 8). Die Finanzinstitute müssen dabei nicht selbst Vertragspartei sein. Es reicht, wenn sie im Namen oder für Rechnung einer Transaktionspartei handeln (Art. 3 Abs. 1 Richtlinien-Entwurf 2013).

Neben einer sehr weiten Definition des „Finanzinstituts“ ist auch ein sehr weiter Anwendungsbereich für die Frage vorgesehen, was unter einem Finanzinstrument zu verstehen ist. Hierzu wird jeweils auf bereits existierende EU-Richtlinien zurückgegriffen, um eine Einheitlichkeit zu erreichen (Begründung zum Richtlinien-Entwurf 2013, 8). Daneben sind im Richtlinienentwurf persönliche Befreiungsvorschriften für bestimmte Parteien, die in eine Finanztransaktion eingebunden sind, und sachliche Befreiungsvorschriften für Transaktionen mit bestimmten Finanzinstitutionen vorgesehen.

### 2.2 Persönliche Steuerpflicht

127 In persönlicher Hinsicht sollen Finanztransaktionen der FTS unterliegen, wenn mindestens ein Transaktionsbeteiligter ein in der EU ansässiges Finanzinstitut ist (Art. 3 Abs. 1 Richtlinien-Entwurf 2013). Damit sind Finanzinstitute im Allgemeinen gemeint (Art. 3 Abs. 2 Richtlinien-Entwurf 2013), d. h. nicht nur Banken, sondern auch

- Wertpapierfirmen,
- geregelte Märkte,
- Versicherungsunternehmen,
- Investmentfonds und deren Verwalter,
- Pensionsfonds und deren Anlageverwalter,
- Private-Equity-Fonds,
- Hedgefonds,
- Holdinggesellschaften,
- Zweckgesellschaften (einschl. Verbriefungsvehikel) und
- weitere Personen, die bestimmte Finanztätigkeiten im wesentlichen Umfang ausüben (Art. 3 Abs. 2 Buchst. j i. V. m. Abs. 3 Richtlinien-Entwurf 2013).

Letzteres könnte für viele große Unternehmen der Realwirtschaft gelten, die nicht unmittelbar als Finanzinstitute wahrgenommen werden.

128 Bestimmte Institutionen wie z. B. die EZB, nationale Zentralbanken oder der European Financial Stability Facility (EFSF) unterliegen nicht der FTS. Diese persönliche Nichtsteuerbarkeit berührt nicht die persönliche Steuerbarkeit ihrer Gegenparteien, allerdings sind Finanztransaktionen mit

11 Zur italienischen FTS vgl. *Hannig/v. Schweinitz*, in: *Steuern und Abgaben im Finanzsektor II*, ifst-Schrift 502 (2015), 35 ff.

12 *Mayer/Heidfeld*, *EuZW* 2011, 373.

den genannten Institutionen für die Gegenparteien sachlich steuerbefreit (Art. 3 Abs. 4 Buchst. b-d Richtlinien-Entwurf 2013). Sind Clearingstellen Partei einer Finanztransaktion, sollen diese (in dieser Eigenschaft) vom Anwendungsbereich der FTS ausgenommen sein (Art. 3 Abs. 2 Buchst. b Richtlinien-Entwurf 2013).

Die Ansässigkeit bestimmt sich nach der durch einen Mitgliedstaat erteilten Genehmigung zum Betreiben von Finanzgeschäften, dem Registersitz, einer festen Adresse, einem gewöhnlichen Sitz oder einer Zweigstelle in einem Mitgliedstaat. Um aus fiskalischer Sicht das Risiko der Verlagerung von Transaktionen zu verringern, wird die Ansässigkeit eines im EU-Ausland außerhalb des VZ-Gebiets (z.B. Großbritannien) oder im Drittland (z.B. Singapur) registrierten Finanzinstituts im VZ-Gebiet bereits dann angenommen, wenn solche außerhalb des VZ-Gebiets ansässigen Finanzinstitute mit einer im VZ-Gebiet ansässigen Person (auch einer natürlichen Person) Finanztransaktionen tätigen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. f Richtlinien-Entwurf 2013). Aus demselben Grund wird der Begriff der Ansässigkeit darüber hinaus um Elemente des Ausgabepinzips dadurch ergänzt, dass Personen, die an Finanztransaktionen mit bestimmten Finanzinstrumenten beteiligt sind, als im VZ-Gebiet ansässig gelten, in dem das Instrument ausgegeben wurde (Art. 3 Abs. 2 Buchst. g Richtlinien-Entwurf 2013). Vergegenwärtigt man sich eine solche Konstellation, so stellen sich praktische und rechtliche Probleme der Steuererhebung (Problem der extraterritorialen Anwendung der FTS außerhalb des VZ-Gebiets).

Umgekehrt kann die Ansässigkeitsfiktion durch den Nachweis widerlegt werden, dass zwischen der wirtschaftlichen Substanz der Transaktion und dem VZ-Gebiet kein Zusammenhang besteht (Art. 4 Abs. 3 Richtlinien-Entwurf 2013). Wie ein derartiger Nachweis geführt werden kann, bleibt unklar (auf welche Kennziffern soll abgestellt werden?).<sup>13</sup>

## 2.3 Sachliche Steuerpflicht

Der FTS sollen grds. der Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten vor Aufrechnung (Netting) und Abrechnung sowie der Abschluss oder die Änderung von Derivatkontrakten unterliegen. Die Bandbreite der betroffenen Finanzinstrumente ist außerordentlich groß. Umfasst werden z. B.

- auf dem Kapitalmarkt handelbare Instrumente,
- Geldmarktinstrumente (mit Ausnahme von Zahlungsinstrumenten),
- Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen (OGAW),
- strukturierte Produkte und
- Pensionsgeschäfte sowie Wertpapierleihgeschäfte.

Es soll nicht darauf ankommen, ob die Finanzinstrumente an einem geregelten Markt (Börse) gehandelt werden oder ob es sich um sogenannte OTC-Geschäfte (außerbörsliche Geschäfte) handelt. Finanztransaktionen innerhalb einer Gruppe von Unternehmen – sogenannte Intercompany Transaktionen – werden ebenfalls erfasst.<sup>14</sup>

Dagegen sollen in sachlicher Hinsicht insbes. „alltägliche Finanzgeschäfte“ von Unternehmen und Bürgern nicht der FTS unterliegen. Darunter sind beispielsweise der Abschluss von Versicherungsverträgen, die Aufnahme von Hypothekendarlehen oder Zahlungsvorgänge wie die Auszahlung von Zinsen oder Dividenden zu verstehen.

<sup>13</sup> Lauer mann/Bail, RdF 2012, 39.

<sup>14</sup> Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Richtlinien-Entwurf 2013; kritisch dazu vgl. Frey/Bruhn, BB 2012, 1763.

## 2.4 Ausnahmegesetze bei Wertpapieremissionen

- 132 Transaktionen auf Primärmärkten für die Ausgabe von Eigenkapital (z. B. Aktien, GmbH-Anteile) und von Schuldverschreibungen, einschließlich der Emissionsübernahme und der anschließenden Zuweisung von Finanzinstrumenten im Rahmen ihrer Ausstellung, sowie Währungs-transaktionen am Kassamarkt sollen unschädlich sein (Art. 3 Abs. 4 Richtlinien-Entwurf 2013).

## 2.5 Bemessungsgrundlage

- 133 Die geplante Bemessungsgrundlage differenziert nach Derivat- und Nichtderivat-Transaktionen:
- Nichtderivate: Bemessungsgrundlage ist die Gegenleistung; entspricht diese nicht dem Marktpreis, soll dieser dennoch gelten („Arm’s-length-Prinzip“, Art. 6 Richtlinien-Entwurf 2013). Dies soll dem Vernehmen nach auch gelten, wenn z. B. der Erwerber einen „Lucky Buy“ getätigt hat. Diese Auffassung ist unverständlich, wenn der Preis zwischen unabhängigen Dritten vereinbart wurde.
  - Derivate: Bemessungsgrundlage ist der Nominalbetrag (Notional Amount), d. h. derjenige nominelle Betrag, der zur Berechnung von Zahlungen aufgrund des Derivatkontrakts herangezogen wird (bei mehreren vertraglichen Nominalbeträgen ist auf den höchsten Wert abzustellen; eine Aufspaltung von Derivatkontrakten ist nicht vorgesehen; Art. 7 Richtlinien-Entwurf 2013).

Im Richtlinienentwurf ist auch eine Regelung zur Fremdwährungsumrechnung enthalten (Art. 8 Richtlinien-Entwurf 2013).

## 2.6 Steuersätze

- 134 Es sollen unterschiedliche Steuersätze für Transaktionen mit Nichtderivaten (0,1 %) und mit Derivaten (0,01 %) angewendet werden, wobei die Mitgliedstaaten höhere Steuersätze (oberhalb der genannten Mindestsätze) festlegen können (Art. 9 Abs. 2 Richtlinien-Entwurf 2013). Da die FTS grds. bei jeder Seite der Transaktion (z. B. Kauf und Verkauf einer Aktie) anfällt, beträgt die Steuerlast pro Transaktion effektiv 0,2 % bzw. 0,02 %.

## 2.7 Einrichtung der Finanztransaktionssteuer, Haftung, sonstiges Verfahrensrecht

- 135 Die FTS soll von den Finanzinstituten erhoben werden, die Transaktionsparteien sind, im Namen einer Transaktionspartei handeln oder für deren Rechnung die Transaktion durchgeführt wird. Alle Parteien einer Transaktion haften für die FTS gesamtschuldnerisch.

Bei Finanztransaktionen, die über elektronische Handelssysteme abgewickelt werden, soll die FTS in dem Moment gezahlt werden, in dem die Transaktion ausgeführt wird, in allen anderen Fällen spätestens innerhalb der nächsten drei Werktage. Eine FTS-Steuererklärung soll bis zum 10. des nachfolgenden Monats der Transaktion an die Finanzbehörden übermittelt werden. Sie soll der Verprobung der abgeführten FTS dienen. Unklar ist, welche Rechte der Steuerpflichtige hat, da die Klärung der verfahrensrechtlichen Fragen mangels europarechtlicher Regelungskompetenz den einzelnen Mitgliedstaaten obliegt (Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 11 Richtlinien-Entwurf 2013). Eine

Stornierung hat keinen Einfluss auf den entstandenen FTS-Steueranspruch, ein Fehler gleichwohl schon (Art. 5 Abs. 2 Richtlinien-Entwurf 2013). Es stellt sich dann die Frage, wann ein Fehler vorliegt und wann nicht.

Da der Steueranspruch zum Zeitpunkt der Durchführung entstehen soll, kann dies in Anbetracht der kurzen Abführungsfristen gerade bei Derivattransaktionen dazu führen, dass der Steuerpflichtige die FTS vorfinanzieren muss.

Der Abschluss eines Derivatkontrakts gilt als maßgeblicher Akt, der der FTS unterliegt und nicht die eigentliche Lieferung oder der Differenzausgleich aufgrund des Derivatkontrakts.

136

## 2.8 Besteuerung von Wertpapierpensionsgeschäften als besonders kritischer Bereich

Pensionsgeschäfte und umgekehrte Pensionsgeschäfte sollen der FTS unterliegen (Art. 2 Abs. 2 Buchst. e Richtlinien-Entwurf 2013). Bei jedem dieser Vorgänge wird davon ausgegangen, dass er eine einzige Finanztransaktion umfasst, wobei die Übertragung und Rücktragung der Wertpapiere jeweils gesondert betrachtet werden, so dass im Rahmen eines Pensionsgeschäfts insgesamt zweimal FTS auslöst wird (Art. 2 Abs. 2 Richtlinien-Entwurf 2013). Ausgenommen von der FTS sind derartige Transaktionen nur, wenn die Gegenpartei entweder die EZB oder die Zentralbank eines Mitgliedstaats ist.

137

Bei einem Wertpapierpensionsgeschäft veräußert der Eigentümer der Wertpapiere (Pensionsgeber) diese gegen Zahlung eines Geldbetrags einem anderen, bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Rückkaufverpflichtung. Bei demjenigen, der die Wertpapiere kurzzeitig erwirbt (Pensionsnehmer), liegt ein umgekehrtes Pensionsgeschäft vor (zu Details s. Teil B Rz. 445 ff.; vgl. auch Art. 3 Abs. 1 Buchst. m RL 2006/49 EG). Nach dem wirtschaftlichen Gehalt stellt ein Wertpapierpensionsgeschäft somit ein kurzfristiges Darlehensverhältnis des Pensionsnehmers an den Pensionsgeber dar, das mit Wertpapieren besichert ist. Bei einem Wertpapierpensionsgeschäft wird – anders als bei einem herkömmlichen Darlehen – nicht auf die Bonität des Schuldners abgestellt, sondern auf die Bonität der verliehenen Wertpapiere.

Dass Wertpapierpensionsgeschäfte der FTS unterliegen sollen, ist gemessen an dem Ziel, nicht förderliche Transaktionen am Finanzmarkt weitestgehend zu unterbinden (Begründung zum Richtlinien-Entwurf 2013, 1.1 3. Spiegelstrich), nicht nachzuvollziehen. Die hier vertretene ablehnende Auffassung beruht auf folgenden Überlegungen:

138

- Zentralbanken und die EZB setzen Pensionsgeschäfte als Instrument der Geldmarktsteuerung ein. Würde ein derartiges Geschäft mit einer Zentralbank abgeschlossen werden, ist die Transaktion vollumfänglich von der FTS befreit (Art. 3 Abs. 4 Buchst. b, d Richtlinien-Entwurf 2013). Die gleiche Transaktion soll dagegen mit einem anderen Finanzinstitut als Vertragspartei der Besteuerung mit FTS unterliegen. Diese Form der Befreiung ein und der derselben Art einer Transaktion mit der Zentralbank ist nicht nachvollziehbar. Dass Zentralbanken häufig Pensionsgeschäfte als Steuerungsinstrument der Geldpolitik verwenden, zeigt, dass ein Wertpapierpensionsgeschäft kein „schädliches Geschäft“ ist und im Zuge einer sachlichen Generalausnahme nicht der FTS unterliegen sollte.
- Wertpapierpensionsgeschäfte dienen im Interbankenmarkt dazu, kurzfristig Liquidität zu beschaffen. Als Folge der durch die FTS verursachten Kostensteigerung kommt es zu einer Austrocknung des Interbankenmarktes. Damit stünden nur die Zentralbanken als Kreditgeber zur Verfügung. Ob dieses Ergebnis ein politisch gewünschtes ist, kann sehr stark bezweifelt werden.

- Wertpapierpensionsgeschäfte werden aus sehr guten Gründen zwischen Banken abgeschlossen.<sup>15</sup> Ein spekulatives Element – dem ausweislich der Begründung zum FTS-EU-Richtlinienentwurf entgegengewirkt werden soll – wohnt diesen Transaktionen nicht inne.

## 2.9 Gesamtwürdigung des EU-Richtlinienentwurfs zur Finanztransaktionssteuer

- 139 Die FTS gem. Richtlinienvorschlag 2013 ist eine Verkehrssteuer mit einer breiten Bemessungsgrundlage, die grds. wenig Raum für Gestaltungen bieten würde. Aus EU-rechtlicher Sicht und auch aus Sicht des nationalen Rechts ist es durchaus diskussionswürdig, ob eine solche Steuer überhaupt eingeführt werden darf.<sup>16</sup> Problematisch sind insoweit die aufgrund ihrer extraterritorialen Anwendung zu erwartenden Erhebungsschwierigkeiten. Die Steuer ist aufgrund ihrer Ausgestaltung mit einem linearen Tarif potenziell sehr leicht auf die jeweils nächste Stufe überwälzbar, so dass letztlich der Endverbraucher diese Steuer trägt. Ob sich das mit den Zielen verträgt, die mit der Einführung einer derartigen Steuer verfolgt werden sollen, bleibt dahingestellt.
- 140 Die FTS erhöht – je nach Fallkonstellation – die Transaktionskosten für einen potenziellen Investor und reduziert dadurch die Marktliquidität. Wertpapiere können aufgrund einer geringeren Marktliquidität nicht mehr verkauft werden, im schlimmsten Fall bräche der Markt zusammen.<sup>17</sup> Konträr zum regulatorischen Ansatz der Steuer verhält sich die Besteuerung von Wertpapierpensionsgeschäften zwischen den Finanzinstituten, die in Zukunft verstärkt mit der EZB und den nationalen Notenbanken abgeschlossen werden dürften, da insoweit Steuerfreiheit gewährt wird.
- 141 Die Ausgestaltung der FTS als Bruttosteuer auf Finanztransaktionen führt zu Kaskadeneffekten. Um derartige Folgen zu vermeiden, müssen die Transaktionsketten genau untersucht werden.

## 3 Britische Stempelsteuer und Stempellersatzsteuer

- 142 Großbritannien erhebt auf Urkunden (wie z. B. Formulare zwecks Übertragung von Aktien), die die Übertragung von Aktien und börsenfähigen Wertpapieren (§ 1 Anhang 13 Finance Act 1999) regeln, eine (allgemeine) Stempelsteuer (Stamp Duty) und auf jede Vereinbarung zur Übertragung steuerbarer Wertpapiere (im Wesentlichen britische Aktien und bestimmte sonstige britische Wertpapiere) eine (allgemeine) Stempellersatzsteuer (Stamp Duty Reserve Tax; Abschn. 87 Finance Act 1986). Der Steuersatz beträgt jeweils 0,5 % der steuerbaren Gegenleistung.<sup>18</sup> Die Stempellersatzsteuer zum Satz von 0,5 % fällt insbesondere bei elektronischer Abwicklung der Übertragung über CREST an.<sup>19</sup>
- 143 Darüber hinaus gibt es eine besondere Stempellersatzsteuer und daneben auch eine besondere Stempelsteuer, wenn britische Aktien oder bestimmte sonstige britische Wertpapiere über Wertpapierabwicklungsstellen (Clearingstellen, wie Euroclear oder Clearstream Luxemburg, aber nicht CREST) oder Wertpapierverwahrsstellen emittiert oder auf diese übertragen werden. Der Steu-

15 Vgl. hierzu *Weber/Gruber*, in: Luz (Hrsg.), *Kreditwesengesetz*, Stuttgart 2009, § 2 GroMiKV Rz. 8.

16 Vgl. hierzu *Sester*, WM 2012, 529 ff.; *Mayer/Heidfeld*, EuZW 2011, 373 ff.

17 *Sester*, WM 2012, 534 ff.

18 Zur Stempelsteuer s. § 3 Anhang 13 Finance Act 1999 und zur Stempellersatzsteuer Abschn. 86 (6) Finance Act 1986.

19 CREST ist die Bezeichnung für das in Großbritannien und Irland eingesetzte Wertpapierabwicklungssystem.

ersatz beträgt jeweils 1,5 % der steuerbaren Gegenleistung.<sup>20</sup> Anschließende elektronische Übertragungen von Aktien oder sonstigen Wertpapieren unterliegen i. d. R. dann nicht mehr der Stempelsteuer oder der Stempelersatzsteuer.<sup>21</sup> Allerdings wurde die Vereinbarkeit dieser beiden besonderen Steuern mit europäischem Recht in den Fällen gerichtlich verneint, in denen die Übertragung auf eine Clearingstelle im Rahmen der Aufnahme von neuem Kapital erfolgt.<sup>22</sup>

Zahlreiche Übertragungsvorgänge sind von der Stempelsteuer und der Stempelersatzsteuer befreit, von denen folgende die häufigsten sind: 144

- Übertragung einfacher (nicht strukturierter) Schuldverschreibungen (d. h. solche, die nicht wandel- oder umtauschbar sind, nicht vom Unternehmensergebnis oder dem Unternehmenswert abhängen und mit einem marktüblichen Zinssatz versehen sind),<sup>23</sup>
- Übertragung von Staatspapieren,
- gruppeninterne Übertragungen (Abschn. 42 Finance Act 1930),
- Übertragung von Anteilen im Zusammenhang mit bestimmten Unternehmensrestrukturierungen (Abschn. 77 Finance Act 1986),
- Übertragung an Finanzintermediäre,<sup>24</sup>
- Pensionsgeschäfte und Wertpapierleihe.<sup>25</sup>

Transaktionen mit Derivaten unterliegen grds. nicht der Stempelsteuer oder Stempelersatzsteuer. Allerdings können solche Derivatetransaktionen in den Anwendungsbereich der Stempelsteuer oder Stempelersatzsteuer fallen, wenn sie durch Übertragung der zugrunde liegenden Aktien oder sonstigen Wertpapiere physisch erfüllt werden. 145

American Depository Receipts (ADR), die anstelle britischer Aktien an US-Börsen gehandelt werden, unterliegen nicht der Stempelsteuer oder Stempelersatzsteuer. Allerdings unterliegen sog. Crest Depository Interests (CDI) auf ADR qua ihres Bezugs auf die britischen Aktien als Basiswerte der sie repräsentierenden ADR der Stempelersatzsteuer von 0,5 %.<sup>26</sup>

Bei der Übertragung von Aktien oder sonstigen Wertpapieren außerhalb Großbritanniens fällt keine Stempelsteuer oder Stempelersatzsteuer an, vorausgesetzt, die Aktien oder sonstigen Wertpapiere sind nicht in Großbritannien registriert oder mit britischen Aktien paarweise verbunden (Abschn. 99 (4) Finance Act 1986). 146

In der Praxis fällt die Übertragung von Aktien und sonstigen Wertpapieren an Unternehmen, die nicht in Großbritannien ansässig sind, nicht in den Anwendungsbereich der Stempelsteuer, sofern die Übertragungsurkunde außerhalb Großbritanniens errichtet und aufbewahrt wird und die Übertragung nicht im Zusammenhang mit einer Maßnahme steht, die in Großbritannien durchgeführt wurde oder durchzuführen ist.

20 Hinsichtlich der Stempelersatzsteuer auf die Emission über oder Übertragung auf Wertpapierabwicklungssysteme, s. Abschn. 96 Finance Act 1986; hinsichtlich der Stempelersatzsteuer auf die Emission über oder Übertragung auf Wertpapierverwahrsysteme, s. Abschn. 93 Finance Act 1986; hinsichtlich der Stempelsteuer auf die Übertragung auf Wertpapierabwicklungssysteme s. Abschn. 70 Finance Act 1986; hinsichtlich der Stempelsteuer auf die Übertragung auf Wertpapierverwahrsysteme s. Abschn. 67 Finance Act 1986.

21 Abschn. 99 (7) Finance Act 1986 enthält eine besondere Ausnahme von der Stempelersatzsteuer bei der Übertragung von Verwahrscheinen für Aktien und sonstige Anteile.

22 Die Unvereinbarkeit der Steuer i. H. v. 1,5 % mit europäischem Recht in Bezug auf Wertpapierabwicklungssysteme wurde vom EuGH in der Rs. C-569/07, *HSBC Holdings und Vidacos gegen HMRC* (Beschluss vom 01.10.2009) festgestellt. Die Unvereinbarkeit der Steuer i. H. v. 1,5 % mit europäischem Recht in Bezug auf Wertpapierverwahrsysteme wurde vom UK First-Tier Tribunal (Tax Chamber) im Fall *HSBC Holdings PLC und The Bank of New York Mellon Corporation gegen HMRC* (Beschluss vom 28.02.2012) festgestellt.

23 Vgl. Abschn. 78 (7) Finance Act 1986 zur Definition des Kapitals mit Schuldcharakter; Abschn. 79 (4)-(7) Finance Act 1986 nimmt Kapital mit Schuldcharakter aus; Abschn. 99(5) und (5ZA) Finance Act 1986 dehnen die Ausnahmen von der Stempelsteuer für Übertragungen auf die Stempelersatzsteuer aus.

24 Zur Stempelsteuer s. Abschn. 80A Finance Act 1986; zur Stempelersatzsteuer s. Abschn. 88A Finance Act 1986.

25 Zur Stempelsteuer s. Abschn. 80C Finance Act 1986; zur Stempelersatzsteuer s. Abschn. 89AA Finance Act 1986.

26 Vgl. die Liste der ISIN der CDI auf ADR, die ihren Status als steuerfreie Wertpapiere infolge einer Änderung der Rechtslage verloren haben, Euroclear United Kingdom & Ireland Operational Bulletin 2015, 177 (02.10.2015).

Eine Vereinbarung über die Übertragung von Anteilen an einem Exchange Traded Fund (ETF) dürfte keine Stempelersatzsteuer auslösen, vorausgesetzt, der Treuhänder des ETF ist außerhalb Großbritanniens ansässig und die Anteile am ETF werden in einem Register außerhalb Großbritanniens geführt.

- 147 Nach dem Gesetz schuldet der Käufer der Aktien oder sonstigen Wertpapiere die Stempelersatzsteuer (Abschn. 91 Finance Act 1986). Für die Stempelsteuer fehlt eine gesetzliche Regelung, die Übernahme der Stempelsteuer durch den Käufer entspricht jedoch den Marktgepflogenheiten. In der Praxis wird die Steuer im Allgemeinen durch Intermediäre (z. B. Makler) und elektronisch über das CREST-System abgeführt.<sup>27</sup>

Spezielle Ausnahmen und Regeln bestehen für die Steuerschuldnerschaft und Steuererhebung in Bezug auf die besondere 1,5 %ige Stempelsteuer und Stempelersatzsteuer.

## 4 Französische Finanztransaktionssteuer

- 148 Frankreich hat mit Wirkung zum 01.08.2012 eine eigene FTS eingeführt. Sie umfasst drei unterschiedliche Maßnahmen:
- (1) Steuer auf börsennotierte Kapitalinstrumente („titres de capital“ u.ä. Wertpapiere, hauptsächlich Aktien) großer französischer Unternehmen (Art. 235 ter ZD Code général des impôts),
  - (2) Steuer auf den Hochfrequenzhandel von in Frankreich ansässigen Unternehmen (Art. 235 ter ZD bis Code général des impôts), und
  - (3) Steuer auf Credit Default Swaps gegen den Ausfall von EU-Staatsanleihen, die nicht zum Hedging verwendet werden (Art. 235 ter ZD ter Code général des impôts).

### 4.1 Steuer auf den Börsenhandel mit Aktien großer französischer Unternehmen

- 149 Die Steuer fällt bei Transaktionen in Bezug auf börsennotierte Aktien (oder ähnliche Anteilsrechte nach ausländischem Recht) an, die von in Frankreich ansässigen Unternehmen mit einer Marktkapitalisierung von mehr als 1,0 Mrd. EUR (Stand am 01.01. eines Jahres) ausgegeben wurden (Art. 235 Abschn. I Satz 1 ter ZD Code général des impôts). Die Transaktion muss zum Erwerb der rechtlichen Inhaberhabschaft führen. Unerheblich ist, an welcher Börse die Aktien gehandelt werden. D. h. z. B., auch der Erwerb von Aktien an betroffenen französischen Unternehmen, die an der Frankfurter Wertpapierbörse gelistet sind, unterliegt der französischen FTS. Die französische Finanzverwaltung veröffentlicht jährlich eine Liste der betroffenen französischen Unternehmen.
- 150 Der Begriff „Erwerb“ wird nach französischem Verständnis weit verstanden und umfasst außer dem Übergang der rechtlichen Inhaberschaft auch den Tausch von Aktien und die Zuteilung von Aktien im Rahmen einer Einbringung (Art. 235 Abschn. I Satz 3 ter ZD Code général des impôts). Der Abschluss eines Derivategeschäfts ist als solcher nicht erfasst, allerdings fällt die Lieferung von Aktien zur Erfüllung eines Derivategeschäfts in den Anwendungsbereich der FTS.

<sup>27</sup> Verordnung zur Stempelersatzsteuer von 1986 (SI 1986/1711).

Zahlreiche Finanzgeschäfte lösen keine FTS aus (Art. 235 Abschn. II ter ZD Code général des impôts), z. B.: **151**

- Erwerb von Aktien i. R.d. Erstausgabe,
- Erwerb von Aktien durch Wertpapierabwickler (Clearing Houses) in dieser Eigenschaft,
- Erwerb von Aktien durch Zentralverwahrer in dieser Eigenschaft,
- Erwerbe i. R.v. marktmachenden Aktivitäten. Darunter werden solche Tätigkeiten von Finanzinstituten verstanden, bei denen sie als Finanzintermediäre in Bezug auf Finanztransaktionen agieren und es sich dabei handelt um
  - die zeitgleiche Kommunikation von Kauf- und Verkaufskursen zwecks Liquiditätsversorgung des Marktes,
  - Durchführung oder Entgegennahme von Kundenaufträgen,
  - Sicherungsgeschäfte in Bezug auf die vorgenannten Tätigkeiten;
- Erwerbe im Rahmen einer Vereinbarung zur Liquiditätssicherung im Auftrag des Emittenten;
- Erwerbe von Aktien als Teil von Unternehmensrestrukturierungen,
- vorübergehende Aktienverkäufe (Wertpapierleihe, Wertpapierpensionsgeschäfte, etc.), die nicht zu einer endgültigen Veräußerung von Aktien führen,
- Erwerb von Aktien i. R.v. Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen,
- Erwerb von Wandelschuldverschreibungen (vor Wandelung).

Die Steuer wird unabhängig von der steuerlichen Ansässigkeit des Börsenmaklers bzw. -händlers **152** oder, wenn kein Börsenmakler bzw. -händler eingeschaltet ist, des Verwahrers erhoben, um möglichen Umgehungsgeschäften durch Verlagerung in das Ausland zu begegnen (Emittentenprinzip); Art. 235 Abschn. VI ter ZD Code général des impôts. Dies könnte sich als schwer umsetzbar erweisen, auch wenn die französische Finanzverwaltung Verträge mit ausländischen Zentralverwahrern zwecks Steuererhebung anstrebt. Zzt. werden jedoch alle Transaktionen mit französischen Aktien über Euroclear Frankreich als Zentralverwahrer abwickelt. Die rechtliche Zulässigkeit der Anwendbarkeit der französischen FTS auf nicht in Frankreich ansässige Finanzdienstleister (sog. Extraterritorialität der französischen FTS) ist jedoch nach wie vor nicht geklärt.<sup>28</sup>

Der Steuersatz beträgt 0,2 % des Erwerbspreises (Art. 235 Abschn. III ter ZD Code général des impôts). Im Falle eines Tausches wird der Erwerbspreis unter Bezugnahme auf den am Vortag notierten Börsenkurs der betreffenden Aktien bestimmt. Im Falle eines Tausches von Aktien mit ungleichen Werten wird jede Tauschpartei nach dem Wert der von ihr erworbenen Aktien besteuert.

Für die Einbehaltung, Anmeldung und Zahlung der Steuer sind die Zentralverwahrer (unabhängig von ihrer Ansässigkeit) aufgrund eines Meldesystems verantwortlich, das vom Steuerschuldner zu dem betreffenden Zentralverwahrer reicht. Das Gesetz sieht ein Verfahren zum Datenaustausch zwischen den Steuerschuldnern, den Kunden und den Zentralverwahrern vor. Die Zentralverwahrer müssen die Daten der Finanzverwaltung auf deren Verlangen zur Verfügung stellen können. Jährlich muss ein Bericht über die zur Umsetzung der neuen Anforderungen eingerichteten Kontrollen und Prozesse bei der Finanzverwaltung eingereicht werden. **153**

Die Steuer entsteht am ersten Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats (Art. 235 Abschn. IV ter ZD Code général des impôts). Die Steuerzahlung und -anmeldung müssen bis zum 25. Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats erfolgen (Art. 235 Abschn. IX ter ZD Code général des impôts), wobei der Zentralverwahrer die erforderlichen Informationen bis zum 5. Tag des dem Aktienerwerb folgenden Monats erhalten muss (Art. 235 Abschn. VII ter ZD Code général des impôts). **154**

<sup>28</sup> Vgl. *Englisch/Krüger*, IStR 2013, 513.

- 155 Unterschiedliche Bußgelder zu Sätzen von 20 % oder 40 % fallen z.B. bei Nichterfüllung der Meldepflichten oder verspäteter Steuerzahlung an. Für jeden Fehler oder jede Lücke in einer eingereichten Steuererklärung ist eine Geldbuße von 150 € zu zahlen.  
Für das Verfahren und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen.

## 4.2 Steuer auf den Hochfrequenzhandel

- 156 Um spekulativen Transaktionen im Hochfrequenzhandel durch in Frankreich steuerpflichtige Rechtsträger entgegenzuwirken und letztlich zu unterbinden, fällt eine Steuer von 0,01 % bezogen auf das Volumen der stornierten oder geänderten Aufträge an (Art. 235 Abschn. IV ter ZD bis Code général des impôts). Steuerschuldner ist jede in Frankreich steuerpflichtige Person (d.h. einschl. französischer Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger), die Partei einer solchen Transaktion ist. Transaktionen, die von Börsenmaklern bzw. -händlern im Kundenauftrag durchgeführt werden, sollen nicht erfasst werden.
- 157 Die Bemessungsgrundlage ist ein bestimmter Prozentsatz der stornierten oder geänderten Aufträge, sobald dieser einen bestimmten durch Erlass der Finanzverwaltung festzulegenden Schwellenwert am Ende eines Handelstags überschreitet; der Schwellenwert wird den Satz von zwei Dritteln des betreffenden Auftragsvolumens nicht unterschreiten.
- 158 Hochfrequenztransaktionen werden als Transaktionen aufgrund von Aufträgen im normalen Geschäftsgang definiert, die mithilfe eines sogenannten Automatisierten Mechanismus und außerordentlich schnell, d.h. mit reduzierter Marktzugangverzögerung (Absenden, Änderung bzw. Stornierung des Auftrags innerhalb von weniger als einer Sekunde), durchgeführt werden (Art. 235 Abschn. II ter ZD bis Code général des impôts). Ein automatisierter Mechanismus wird definiert als IT-System, das einen Algorithmus verwendet, der automatisch die Parameter der Auftragserteilung und der zugrunde liegenden Finanzierungsstruktur bestimmt. Marktverbessernde Systeme sollen nicht erfasst werden.
- 159 Die Steuer entsteht für den Rechtsträger, der derartige Hochfrequenztransaktionen tätigt, am ersten Tag des der Stornierung oder Änderung der betreffenden Aufträge folgenden Monats. Steuererklärungen sind monatlich abzugeben (Art. 235 Abschn. V ter ZD bis Code général des impôts), Steuerzahlungen sind bis zum 10. Tag des dem stornierten oder modifizierten Auftrag folgenden Monats zu leisten (Art. 235 Abschn. VI ter ZD bis Code général des impôts).  
Für das Verfahren, die Einbehaltung und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen (Art. 235 Abschn. VII ter ZD bis Code général des impôts).

## 4.3 Steuer auf Credit Default Swaps gegen den Ausfall von EU-Staatsanleihen

- 160 Die Steuer fällt nur auf spekulative Kreditausfallversicherungen in Bezug auf EU-Staatsanleihen an und beträgt 0,01 % des Nominalwerts bei Abschluss des Credit Default Swaps (Nominalwert ist der Betrag, der zur Berechnung der Zahlungen aufgrund des CDS herangezogen wird), Art. 235 Abschn. IV ter ZD ter Code général des impôts. Der persönliche Anwendungsbereich der Steuer ist weiter als bei der FTS auf den Hochfrequenzhandel. Die Steuer fällt an:
- (1) für in Frankreich ansässige Rechtsträger unabhängig davon an, ob sie der allgemeinen französischen Steuerpflicht unterliegen, d.h. auch ausländische Zweigniederlassungen von französischen Unternehmen sind erfasst,
  - (2) für Rechtsträger, die einen in Frankreich steuerpflichtigen Betrieb unterhalten (d.h. auch französische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften sind erfasst) und

- (3) für Privatpersonen, wenn sie jeweils CDS in Bezug auf EU-Staatsanleihen kaufen (Art. 235 Abschn. I ter ZD ter Code général des impôts).

CDS, die zu Sicherungszwecken abgeschlossen werden, d.h. der Käufer hält Staatsanleihen als Long-Position oder Vermögenspositionen oder Kontrakte, deren Wert mit dem Wert der Staatsanleihen korreliert, sollen steuerbefreit sein. Außerdem sollen Optionen auf Staatsanleihen und marktmachende Tätigkeiten nicht der Steuer unterliegen. **161**

Die Steuer entsteht für den Rechtsträger, der die betreffende CDS-Transaktion tätigt, am ersten Tag des der Transaktion folgenden Monats (Art. 235 Abschn. III ter ZD ter Code général des impôts). Steuererklärungen sind monatlich abzugeben, Steuerzahlungen sind monatlich zu leisten. **162**

Für das Verfahren, die Einbehaltung und die Prüfung der Steuer wird auf die Vorschriften zur USt verwiesen (Art. 235 Abschn. VI ter ZD ter Code général des impôts).



# Teil B

## Grundlegende Analyse einzelner Finanzierungsformen

<b>I</b>	<b>Eigenkapital</b> .....	1
1	Stammaktien und GmbH-Anteile .....	1
1.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	1
1.2	Steuerrechtliche Folgen .....	5
2	Vorzugsaktien .....	119
2.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	119
2.2	Steuerrechtliche Folgen .....	122
<b>II</b>	<b>Fremdkapital</b> .....	123
1	Intercompany Loans und externe Darlehen .....	123
1.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	123
1.2	Steuerrechtliche Folgen hinsichtlich der Zinsen .....	125
1.3	Verdeckte Verzinsung (Agio/Disagio/Damnum etc.) .....	135
1.4	Folgen bei Unverzinslichkeit und bei unangemessener Zinshöhe .....	139
1.5	Steuerrechtliche Folgen hinsichtlich des Kapitals (Wertberichtigungen, § 8b Abs. 3 KStG etc.) .....	163
1.6	Rangrücktrittsvereinbarungen sowie Fälle des § 5 Abs. 2a EStG .....	178
1.7	Besonderheiten bei Restrukturierungen des Kapitals .....	188
1.8	Verpflichtungsübernahmen i. S. d. §§ 4 f, 5 Abs. 7 EStG .....	207
2	Schuldverschreibungen und Kapitalmarktaufnahmen .....	220
2.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	220
2.2	Steuerrechtliche Folgen .....	221
3	Cashpooling .....	223
3.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	223
3.2	Steuerrechtliche Folgen .....	224
<b>III</b>	<b>Hybridkapital</b> .....	228
1	Begriffsbestimmung, Zielsetzungen .....	228
1.1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	228
1.2	Typische steuerliche und nichtsteuerliche Zielsetzungen .....	230
1.3	Spezielle Korrespondenzregelungen: DBA, § 8b Abs. 1 Satz 2, 3 KStG, § 4 Abs. 5a EStG-E .....	236
2	Steuerrechtliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital: Genussrechtstest .....	261
2.1	Ausgangspunkt: § 8 Abs. 3 Satz 2 HS 2 KStG .....	261
2.2	Recht auf Beteiligung am Gewinn .....	267
2.3	Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös .....	272

3	Trendempfehlungen für die Strukturierung.....	286
3.1	Empfehlung bei angestrebter Eigenkapitalqualifikation .....	286
3.2	Empfehlung bei angestrebter Fremdkapitalqualifikation .....	287
4	Ausgewählte hybride Instrumente.....	288
4.1	Eigenkapitalähnliche Genussrechte .....	288
4.2	Fremdkapitalähnliche Genussrechte.....	303
4.3	Hybride Darlehen oder Anleihen; partiarische Darlehen .....	306
4.4	Wandelschuldverschreibungen, -anleihen und Optionsanleihen; CoCoBonds.....	311
4.5	Typische stille Beteiligungen.....	323
4.6	Atypische stille Beteiligungen .....	333
4.7	Tracking Stocks .....	342
<b>IV</b>	<b>Bürgschaften, Garantien, Patronagen</b> .....	347
1	Zivilrechtliche Grundlagen .....	347
2	Steuerrechtliche Folgen.....	350
<b>V</b>	<b>(Finanzierungs-)Leasing</b> .....	356
1	Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen .....	356
2	Steuerrechtliche Folgen .....	362
2.1	Steuerbilanzielle Abbildung des Leasings .....	362
2.2	Gewerbsteuerliche Hinzurechnungen beim Leasingnehmer (Leasingraten) .....	377
2.3	Gewerbsteuerliche Hinzurechnungen beim Leasinggeber (Refinanzierung).....	381
<b>VI</b>	<b>Factoring, Forfaitierung, ABS und Reverse Factoring</b> .....	396
1	Factoring, Forfaitierung, ABS.....	396
1.1	Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen .....	396
1.2	Steuerrechtliche Folgen.....	405
2	Reverse Factoring .....	441
<b>VII</b>	<b>Wertpapierleihe, -pensionsgeschäft und Repo</b> .....	445
1	Zivilrechtliche und ökonomische Abgrenzung der Geschäftstypen .....	445
2	Steuerrechtliche Folgen – Allgemeines.....	457
2.1	Wertpapierleihe.....	457
2.2	Echtes Wertpapierpensionsgeschäft und Repo .....	465
2.3	Unechtes Wertpapierpensionsgeschäft .....	478
3	Spezifische Missbrauchsbekämpfung (§ 8 b Abs. 10 KStG) .....	483
<b>VIII</b>	<b>Derivative Finanzinstrumente</b> .....	493
1	Zivilrechtliche, ökonomische und steuerrechtliche Grundlagen .....	493
1.1	Zivilrechtliche und ökonomische Grundlagen .....	493
1.2	Erfüllung als Besteuerungstatbestand: Zwei-Vertrags-Theorie vs. Anzahlungsbegriff und wirtschaftlicher Eigentumsbegriff .....	502
1.3	Verlustverrechnungsbeschränkung (§ 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG) .....	533
1.4	Bewertungseinheiten (§ 5 Abs. 1a Satz 2 EStG) .....	540
1.5	Sondervorschrift für Kreditinstitute: Zeitwertbewertung von Finanzinstrumenten des Handelsbestands (§ 340 e Abs. 3 HGB, § 6 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b EStG).....	552
2	Ausgewählte Termingeschäfte .....	559
2.1	Bedingte Termingeschäfte: Optionen.....	559
2.2	Unbedingte Termingeschäfte (Futures, Forwards etc.) .....	569
2.3	Swaps .....	581

**Ausgewählte Literaturhinweise:**

Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl., München 2014; *Blümich*, EStG/KStG/GewStG, Stand: 127. EL, München 2015; *Debatin/Wassermeyer*, DBA, Stand: 133. EL, München 2014; *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, KStG, Stand: 83. EL, Stuttgart 2015; *Ernst & Young*, EuGH-Rechtsprechung, 2. Aufl., Bonn 2007; *Gosch*, KStG, 3. Aufl., München 2015; *Herrmann/Heuer/Raupach*, Jahresband 2008, Kurzkomentar Unternehmensteuerreform 2008, Köln 2008.



# I Eigenkapital

## 1 Stammaktien und GmbH-Anteile

### 1.1 Zivilrechtliche Grundlagen

Stammaktien und GmbH-Anteile gewähren einen Anteil am Eigenkapital einer AG/GmbH nebst Stimm- und Dividendenrechten, also volle Mitgliedschaftsrechte. Eigenkapital unterscheidet sich zivilrechtlich vom Fremdkapital in erster Linie dadurch, dass es grds. nicht vor der Auflösung der Kapitalgesellschaft zurückzuzahlen ist, und auch dann nur, nachdem alle anderen Ansprüche beglichen sind, insbes. die der Fremdkapitalgeber. 1

Diese konzeptionelle Nachrangigkeit des Eigenkapitals gilt nicht nur hinsichtlich des Kapitals, sondern auch hinsichtlich der Vergütung für die Kapitalüberlassung. Für die Überlassung von Eigenkapital fällt nur dann eine Vergütung an, wenn ein ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden ist und eine Ausschüttung beschlossen wird. Die Entstehung eines Gewinns impliziert insbes., dass nach Abzug sämtlicher Vergütungen für die Fremdkapitalgeber noch ein Zuwachs des Eigenkapitals verblieben ist. Die Vergütungen für die Fremdkapitalgeber sind dagegen i.d.R. gewinnunabhängig. 2

Entsprechend der Überlegung, dass es sich bei Aktien/GmbH-Anteilen um Mitgliedschaftsrechte an der Kapitalgesellschaft handelt, während die übrigen Kapitalgeber als Gläubiger Ansprüche gegen die Kapitalgesellschaft haben, werden im Zivilrecht und in der handelsrechtlichen Rechnungslegung die Vergütungen für die Überlassung von Eigenkapital einerseits und für die Überlassung von Fremdkapital andererseits fundamental unterschiedlich behandelt. Während Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital (Zinsen) als Aufwand eingestuft werden, sind Vergütungen für die Überlassung von Eigenkapital (Dividenden) nicht aufwandswirksam. Zinsen werden also im Rahmen der Gewinnermittlung berücksichtigt, ganz im Gegensatz zu Dividenden, die der Ebene der Gewinnverwendung zugeordnet werden. 3

Vor dem Hintergrund der konzeptionellen Nachrangigkeit des Eigenkapitals ist diese Differenzierung hinsichtlich der Vergütungen für die Kapitalüberlassung für zivilrechtliche Zwecke insofern sinnvoll, als auf diese Weise das Haftungssubstrat, das das bei Gründung oder Kapitalerhöhung injizierte Eigenkapital repräsentiert, grds. erhalten bleibt. Ausschüttungsfähig sind nur die über dieses ursprüngliche Substrat hinaus entstehenden Wertsteigerungen. Würden bei der Ermittlung dieser Wertsteigerungen nicht die Vergütungen für die Überlassung von Fremdkapital mindernd berücksichtigt, würden diese ausschüttungsfähigen Wertsteigerungen zu hoch ausgewiesen und nach entsprechenden Ausschüttungen infolgedessen auch das Haftungssubstrat. 4

### 1.2 Steuerrechtliche Folgen

#### 1.2.1 Regelfall: Nichtabzugsfähigkeit bei der ausschüttenden Gesellschaft, Beteiligungsertragsbefreiung bei der beziehenden Gesellschaft; Quellensteuererhebung

Dividenden sind bei der ausschüttenden Kapitalgesellschaft grds. nicht abzugsfähig, entsprechend dem in § 8 Abs. 3 Satz 1 KStG kodifizierten Glaubenssatz, dass die Einkommensverwendung unabhängig von der Einkommensermittlung erfolgen soll. Zur Kritik daran s. Teil A Rz. 3 ff. Für offene Ausschüttungen aus Aktien und GmbH-Anteilen ist dies wenig problematisch. An dieser Stelle soll der Hinweis genügen, dass dasselbe für verdeckte Ausschüttungen aus diesen Instrumenten und für Vergütungen aus eigenkapitalähnlichen Genussrechten gilt, also für jegliche Form 5

offener oder verdeckter Ausschüttungen aus Eigenkapitalinstrumenten. Wo konkret die Grenze zwischen Eigen- und Fremdkapital liegt, wird später im Rahmen der Darstellung des sogenannten Genussrechtstests erörtert (s. Rz. 261 ff.).

- 6 Ausschüttungen und gleichgestellte Bezüge aus deutschen Kapitalgesellschaften lösen grds. eine 25 %ige Kapitalertragsteuer aus, §§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Inklusive des SolZ i.H.v. 5,5 % der Kapitalertragsteuer beträgt die Belastung 26,375 %. Die Kapitalertragsteuer fällt grds. auch dann an, wenn die Ausschüttungen ins Ausland fließen, § 49 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 a) EStG. Ist allerdings der Empfänger eine in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Körperschaft, werden nach § 44a Abs. 9 EStG 2/5 der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer erstattet, so dass anstelle der 25 %igen Belastung eine 15 %ige Belastung tritt; weitergehende Entlastungen aufgrund von Abkommens- oder Richtlinienrecht bleiben unberührt.

In Inlandsfällen ist die Kapitalertragsteuer weniger kritisch, da diese dem Ausschüttungsempfänger erstattet werden kann oder gegen die Steuerschuld des Empfängers aus anderen Einkünften verrechnet werden kann. Diese Erstattungsmöglichkeit ist bei inländischen interkorporalen Ausschüttungen wegen der regelmäßigen Steuerfreistellung der Ausschüttungen beim Empfänger von besonderer Bedeutung. Die Erhebung der Kapitalertragsteuer ist aber in internationalen Fällen problematisch, da sie zu echten Doppelbelastungen führen kann. Im Ausland existieren vielfach dem § 8b KStG vergleichbare Vorschriften, z.T. mit Mindestbeteiligungsschwelle und -dauer.<sup>1</sup> Viele EU-Mitgliedstaaten setzen durch eine solche Freistellung die Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>2</sup> um. Zwar erfordert die Mutter-Tochter-Richtlinie grds. eine 10 %ige Beteiligungsquote. Überdies erlaubt sie den Mitgliedstaaten, eine Mindestbeteiligungsdauer von maximal zwei Jahren zu fordern. Jedoch setzen viele EU-Mitgliedstaaten die Richtlinie über ihre Voraussetzungen hinaus für praktisch alle interkorporalen Dividenden durch Anordnung einer Freistellung um. Überdies wenden auch viele Non-EU-Staaten auf abkommensrechtlicher Basis oder aufgrund nationalen Rechts die Freistellungsmethode für interkorporale Dividenden an.

Eine wesentliche Konsequenz dieser Freistellung ist jedoch, dass auf Dividenden erhobene Quellensteuern grds. nicht beim Empfänger anrechenbar sind, da es sich technisch bei den Dividenden um „steuerfreie“ Einkünfte handelt.<sup>3</sup> Da eine Quellensteuererstattung an Gebietsfremde in Deutschland wie in den meisten Rechtsordnungen und Abkommen grds. nicht vorgesehen ist, wird die Quellensteuer in diesen Fällen definitiv. Um die insofern drohende Doppelbesteuerung abzuwenden, ordnet die Mutter-Tochter-Richtlinie u. a. die Quellensteuerfreiheit von Dividenden an. Jenseits des Anwendungsbereichs der Mutter-Tochter-Richtlinie, also bei Ausschüttungen an im Ausland ansässige natürliche Personen, an in Drittstaaten ansässige Kapitalgesellschaften oder an in der EU ansässige Kapitalgesellschaften mit einer geringeren als 10 %igen Beteiligung an der ausschüttenden Gesellschaft, kommt es jedoch darauf an, ob durch nationales Recht oder durch das konkret anzuwendende DBA die Quellensteuerfreiheit erreicht werden kann. Da Deutschland auf Outbound-Dividendenzahlungen grds. Kapitalertragsteuer erhebt, ist somit jenseits des Anwendungsbereichs der Mutter-Tochter-Richtlinie zur Abwendung einer Definitivbelastung durch Quellensteuern eine Abkommensvorschrift erforderlich, die vollständige Quellensteuerfreiheit anordnet.

- 7 Der EuGH hat für die nicht bereits aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie von der Quellensteuererhebung befreiten Dividendenzahlungen entschieden, dass die Erhebung abgeltender deutscher Quellensteuer auf Dividendenzahlungen an auslandsansässige Kapitalgesellschaften gegen die europarechtliche Kapitalverkehrsfreiheit verstößt (EuGH vom 20.10.2011, C-284/09,

1 Zu den entsprechenden Regelungen typischer Holdingstandorte innerhalb der EU s. *Eggeling*, Ubg 2011, 676.

2 RL 90/435/EWG vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. EG vom 20.08.1990, Nr. L 225/6, geändert durch Richtlinie 2014/86/EU des Rates vom 08.07.2014, ABl. EU L 291 vom 25.07.2014, 40.

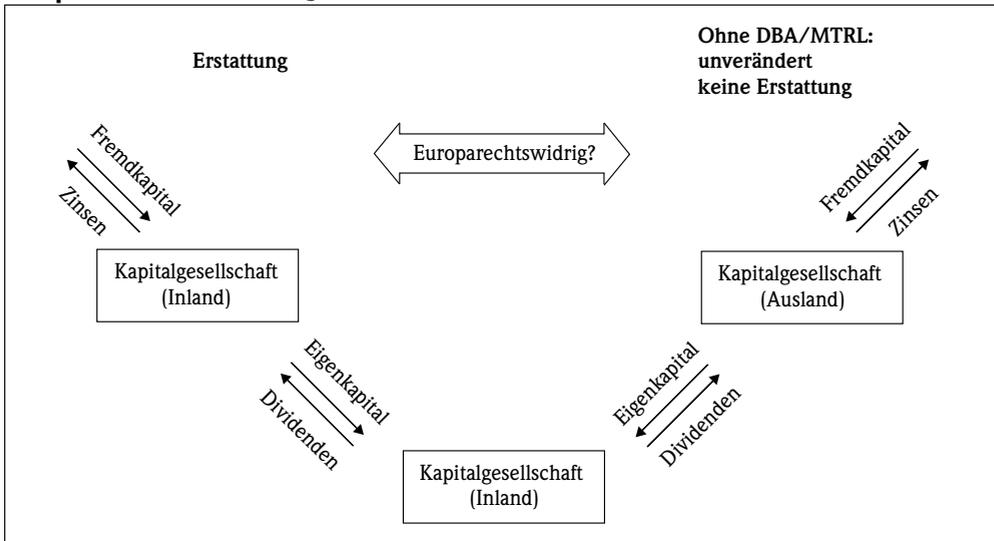
3 Im Gegensatz dazu ist bei Zinsen, also bei Fremdkapitalfinanzierung, technisch die Anrechnung grds. wegen der Steuerpflicht beim Empfänger möglich. Zur Kritik dieser Diskriminierung der Eigenkapitalfinanzierung s. Teil A Rz. 3 ff.

*Kommission/Deutschland*). Da vergleichbaren inlandsansässigen Kapitalgesellschaften die Kapitalertragsteuer im Rahmen ihrer Körperschaftsteuerveranlagung regelmäßig erstattet wird und da die Dividenden bei diesen vergleichbaren inlandsansässigen Kapitalgesellschaften regelmäßig von der Besteuerung freigestellt sind, trifft ökonomisch die deutsche Quellenbesteuerung von Dividenden nur Gebietsfremde. Dies bewirkt eine europarechtlich nicht zu rechtfertigende Diskriminierung.

Da das EuGH-Urteil sich auf die grds. auch für Drittstaatsachverhalte geltende Kapitalverkehrsfreiheit stützt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit es auch bei Drittstaatsachverhalten unzulässig ist, die abgeltende Quellensteuer zu erheben. Da aber für Drittstaatsachverhalte im Detail andere europarechtliche Rechtfertigungsmaßstäbe gelten als für EU-Sachverhalte, ist die Frage nach den Konsequenzen für Drittstaatsachverhalte noch offen.

Die Reaktion des deutschen Gesetzgebers auf das EuGH-Urteil bestand darin, die nicht bereits aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie von der Quellensteuererhebung befreiten Dividendenzahlungen von der Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b KStG auszunehmen, indem ein 10 %iges Streubesitzerfordernis in § 8b Abs. 4 KStG eingeführt wurde (Zu § 8b Abs. 4 KStG s. Rz. 12 ff.). Die Intention dabei war, das Phänomen der regelmäßigen Erstattung der Kapitalertragsteuer bei inländischen Streubesitzbeteiligten zu beheben und damit effektiv eine Gleichbehandlung auf niedrigerem Niveau herbeizuführen, also eine regelmäßig gleichermaßen definitive Belastung bei inländischen und ausländischen Streubesitzdividendenempfängern zu bewirken. M.E. ist diese Gleichbehandlung jedoch durch die Einführung des § 8b Abs. 4 KStG nicht erreicht worden, da der Aspekt der Refinanzierung beim Dividendenempfänger nicht berücksichtigt wurde: Stehen beim Streubesitzdividendenempfänger der erhaltenen Dividende Schuldzinsen in gleicher Größenordnung gegenüber, so macht es wegen der Entstehung von Definitivbelastungen aus Anrechnungsüberhängen nur bei ausländischen Dividendenempfängern einen erheblichen Unterschied, ob der Dividendenempfänger eine inlandsansässige oder eine auslandsansässige Körperschaft ist:

**Europarechtsverstoß trotz § 8b Abs. 4 KStG?**



Handelt es sich beim Dividendenempfänger um eine inlandsansässige Körperschaft, wird ihr die Kapitalertragsteuer in diesem Fall erstattet, handelt es sich beim Dividendenempfänger dagegen um eine auslandsansässige Körperschaft, wird ihr die Kapitalertragsteuer nach wie vor nicht

(vollumfänglich) erstattet, da weder die Mutter-Tochter-Richtlinie noch ein DBA dies bewirken. Wie man sieht, kann nachhaltig die Quellensteuer ohne tiefere gesetzgeberische Eingriffe ins Besteuerungssystem nicht europarechtskonform ausgestaltet werden. Anstelle der Einführung eines § 8b Abs. 4 KStG wäre es europarechtlich sicherer gewesen, eine Quellensteuererhebung auf Nettobasis bei entsprechenden Streubesitz-EU-Sachverhalten anzuordnen, wie es übrigens Österreich getan hat – auf diese Weise wären die Unterschiede in Refinanzierungskonstellationen behoben worden. Noch vorzugswürdiger wäre es allerdings, auf Quellensteuererhebung zu verzichten und diese durch eine KSt zu ersetzen, die lediglich bei Ausschüttungen anfällt. Idealerweise würde diese mit einer Abschaffung jeglicher vorherigen Ertragsteuerbelastung verbunden werden, so dass lediglich ausgeschüttete Gewinne besteuert würden, nicht aber thesaurierte Gewinne. Dadurch würde nicht nur die Diskriminierungsfreiheit gewährleistet. Vor allem wäre der dadurch gesetzte ökonomische Anreiz ähnlich dem des estnischen, belgischen oder italienischen Körperschaftsteuersystems. In Unternehmen und damit in Zentren der Wertschöpfung reinvestierte Mittel würden nicht besteuert, lediglich die Entziehung der Mittel aus diesen Zentren der Wertschöpfung.<sup>4</sup>

8 Auf Empfängerebene werden im Grundsatz sämtliche interkorporale Beteiligungserträge durch § 8b KStG 95 %ig steuerfrei gestellt, also sämtliche Dividenden und Veräußerungsgewinne, die Körperschaften aus Anteilen an inländischen oder ausländischen Kapitalgesellschaften erzielen; in den nachfolgenden Abschnitten werden die aus praktischer Sicht bedeutsamsten Ausnahmen von der Beteiligungsertragsbefreiung erörtert, insbes. § 8b Abs. 4 KStG (Streubesitz), § 8b Abs. 1 Satz 2, 3 KStG (Korrespondenz), § 8b Abs. 7 KStG (bestimmte Erträge bei Holdingunternehmen, anderen Finanzunternehmen, Finanzdienstleistungsinstituten und Kreditinstituten). Technisch erfolgt die Beteiligungsertragsbefreiung durch eine außerbilanzielle 95 %ige Kürzung der entsprechenden Beträge („bleiben außer Ansatz“). Buchhalterisch ergibt sich also zunächst kein Unterschied zwischen Handels- und Steuerbilanz, was den Ausweis von Beteiligungserträgen betrifft. Lediglich für Zwecke der Einkommensermittlung gibt es die Abweichung. Die Beteiligungsertragsbefreiung geht einher mit einem Abzugsverbot für entsprechende Vermögensverluste, § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG. Dieses Abzugsverbot ist zwar steuertechnisch auf den ersten Blick wegen der „Steuerfreiheit“ der Beteiligungserträge konsequent, bei ökonomischer Analyse dieser „Steuerfreiheit“ vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips aber völlig verfehlt.<sup>5</sup> Die Inkonsistenz wird bereits daran deutlich, dass laufende Aufwendungen infolge der Regelung des § 8b Abs. 5 Satz 1, 2 KStG grds. jenseits der pauschalen nicht abzugsfähigen 5 % abzugsfähig sind.<sup>6</sup> Dies betrifft insbes. Refinanzierungsaufwendungen des Beteiligungserwerbs.

9 Über § 7 GewStG schlägt diese Beteiligungsertragsbefreiung im ersten Schritt grds. auch für Zwecke der Gewerbesteuer durch. Das gilt auch für den Fall, dass Personengesellschaften zwischengeschaltet sind: Nach § 7 Satz 4 letzter HS GewStG gilt dies auch, soweit Beteiligungserträge aus Kapitalgesellschaften von Mitunternehmenschaften bezogen werden und deren Mitunternehmer Körperschaften sind. § 8b Abs. 6 KStG enthält die entsprechende Regelung im Körperschaftsteuerrecht. Danach wird grds. die Beteiligungsertragsbefreiung angewendet, soweit eine Mitunternehmenschaft Beteiligungserträge aus einer Körperschaft bezieht und die Mitunternehmer Körperschaften sind. Eine gewerbesteuerliche Kürzung von Beteiligungserträgen auf Basis der gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegien des § 9 Nr. 2a GewStG (nationales Schachtelprivileg) und § 9 Nr. 7 GewStG (internationales Schachtelprivileg) kann es also in diesen Fällen immer nur insoweit geben, als Beteiligungserträge aus Kapitalgesellschaften von Mitunternehmenschaften

4 S. zu dieser allgemeinen Thematik Teil A Rz. 3 ff. sowie *Körner*, DB 2015, 397 ff.

5 S. Teil A Rz. 14. Die Regelungen des § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. (Gesellschafterdarlehen etc.) werden später im Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung erörtert, s. Rz. 163 ff.

6 S. Teil A Rz. 14. Die Regelungen des § 8b Abs. 3 Satz 4 ff. (Gesellschafterdarlehen etc.) werden später im Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung erörtert, s. Rz. 163 ff.

ten bezogen werden und die Mitunternehmer keine Kapitalgesellschaften sind. Im Übrigen ist mangels vorheriger Erfassung im Gewinn aus Gewerbebetrieb kein Raum für eine Kürzung.

Allerdings wird über die Vorschrift des § 8 Nr. 5 GewStG i. V. m. § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG bei bestimmten Dividenden die grds. gewerbesteuerlich durchschlagende Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b KStG durch eine gewerbesteuerliche Hinzurechnung rückgängig gemacht. Dies betrifft generell Streubesitzdividenden. Streubesitzdividenden sind nach § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG solche aus Beteiligungen, die weniger als 15 % des Nennkapitals umfassen. Tückisch ist dabei, dass ausweislich des klaren Wortlauts bei Inlandsbeteiligungen zu Beginn des Erhebungszeitraums die 15 %-Beteiligung bestehen muss, § 9 Nr. 2a GewStG, während bei Auslandsbeteiligungen diese grds. seit Beginn des Erhebungszeitraums erforderlich ist, § 9 Nr. 7 Satz 1 GewStG. Bei Auslandsbeteiligungen treten außerdem ein Haltefristerfordernis von einem Jahr und ein Aktivitätserfordernis hinzu, § 9 Nr. 7 Satz 1 GewStG.

Sind allerdings die Voraussetzungen der Mutter-Tochter-Richtlinie erfüllt, genügt eine 10 %ige Beteiligung zu Beginn des Erhebungszeitraums, § 9 Nr. 7 Satz 1 HS 2 GewStG. M.E. gilt im Falle des § 9 Nr. 7 Satz 1 HS 2 GewStG aber dann kein Aktivitätserfordernis, da dieser HS („das gilt auch“) als Rechtsfolgenverweis zu verstehen ist. Diese Interpretation ist m.E. aufgrund der Mutter-Tochter-Richtlinie europarechtlich geboten (s. Rz. 293 ff., insbes. Rz. 301 ff.). Da allein die Interpretation als Rechtsfolgenverweis zur Europarechtskonformität führt, ist diese die allein zulässige. Dies erfordert zwingend der normenhierarchische Vorrang des europäischen Rechts gegenüber dem einfachgesetzlichen nationalen Recht. Hintergrund dieser Interpretationsnotwendigkeit ist, dass ansonsten eine Doppelbesteuerung auftreten würde, die die Mutter-Tochter-Richtlinie verbietet. Zwar steht seit der EuGH-Entscheidung *Haribo/Salinen*<sup>7</sup> fest, dass die Niederlassungsfreiheit nicht verbietet, bezüglich erhaltener Dividenden unter bestimmten Umständen von der Freistellungsmethode (Beteiligungsertragsbefreiung) zur indirekten Anrechnung überzugehen. Diese Entscheidung scheint mir auch auf den Bereich der Mutter-Tochter-Richtlinie übertragbar, da die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen Freistellung oder indirekter Anrechnung überlässt. Jedoch sieht § 8 Nr. 5 GewStG i. V. m. § 9 Nr. 7 Satz 1 HS 2 GewStG ebenso wie das GewStG ganz allgemein keine Anrechnung, schon gar keine indirekte Anrechnung ausländischer Steuern auf die durch die Hinzurechnung hervorgerufene Gewerbsteuerlast vor. Zwar kann man m.E. angesichts der ökonomischen Realität sehr gut vertreten, dass DBA, die generell eine Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf deutsche Ertragsteuern vorsehen, diese Anrechnung auch für Zwecke der Gewerbsteuer anordnen.<sup>8</sup> Insbes. spricht dafür, dass DBA gegenüber nationalem Recht vorgehen, soweit sie die Steuerpflichtigen begünstigen, dass somit die abkommensrechtlich angeordnete Anrechnung auch die Anrechnung ausländischer Steuern auf die Gewerbsteuer umfasst, im Gegensatz zu der nach den nationalen Regelungen des § 34c EStG i. V. m. § 26 KStG lediglich möglichen Anrechnung ausländischer Steuern auf die ESt/KSt. Jedoch fällt einerseits unter den Voraussetzungen der Mutter-Tochter-Richtlinie regelmäßig keine ausländische Quellensteuer an und andererseits sehen weder das nationale deutsche Recht noch DBA-Regelungen grds. die indirekte Anrechnung ausländischer KSt vor, so dass im Falle der gewerbesteuerlichen Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage eine echte ökonomische Doppelbesteuerung der Bezüge bewirkt würde. Da bei Interpretation des § 9 Nr. 7 Satz 1 HS 2 GewStG als Rechtsgrundverweis die Gefahr bestünde, dass im Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie eine derartige Doppelbesteuerung entstehen würde, die die Mutter-Tochter-Richtlinie grds. verbietet, kommt nur die Interpretation als Rechtsfolgenverweis in Betracht.

<sup>7</sup> EuGH vom 10.02.2011, verb. Rs. C-436/08 und C-437/08, *Haribo/Salinen*, insbes. Rz. 86, wonach eine volle indirekte Anrechnung rechtlich möglich sein muss, also eine volle Gutschrift der ausländischen Steuer, aber höchstbegrenzt durch die Steuer im Ansässigkeitsstaat.

<sup>8</sup> *Kessler/Dietrich*, IStR 2011, 108, m. Erwiderung *Eglmaier*, IStR 2011, 951, m. Replik *Kessler/Dietrich*, IStR 2011, 953, m. Duplik *Eglmaier*, IStR 2011, 955.

## 1.2.2 Ausnahme: Streubesitzdividenden, § 8b Abs. 4 KStG

- 12 § 8b Abs. 4 KStG nimmt Streubesitzdividenden von der interkorporalen Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 1, 5 KStG aus. Zu betonen ist, dass diese Ausnahme nach aktueller Rechtslage nur Dividenden betrifft, Veräußerungsgewinne aus Streubesitz sind aktuell noch von der Beteiligungsertragsbefreiung des § 8b Abs. 2, 3 KStG erfasst.

Eine Ausweitung auf Veräußerungsgewinne war vor kurzem in der Diskussion, scheint nunmehr aber vorerst nicht mehr angestrebt, da erkannt wurde, dass dadurch insbesondere (betriebliches) Altersvorsorgevermögen getroffen würde, was nicht als zielführend angesehen wird. Das latente Risiko einer Wiederbelebung dieser Idee besteht jedoch immer noch. Neben einer Besteuerung von Veräußerungsgewinnen droht in so einem Fall auch die Einführung einer spezifischen Verlustverrechnungsregelung, wie sie mittlerweile ja aus diversen Regelungen bekannt ist (z. B. § 15 Abs. 4 EStG). Dementsprechend wären Verluste aus der Veräußerung von Streubesitz weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgleichsfähig. Außerdem wären sie auch nicht nach § 10d EStG abzugsfähig. Sie würden jedoch nach Maßgabe des § 10d EStG die Gewinne mindern, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen Wj. und in den folgenden Wj. aus der Veräußerung von Streubesitz erzielt hat oder erzielt. Außerdem wäre eine Kompensation mit den Veräußerungsgewinnen möglich, die zwar nicht aus Streubesitz stammen, aber ausnahmsweise dennoch nicht unter § 8b Abs. 2 KStG fallen, z. B. in den Fällen des § 8b Abs. 2 Satz 4, 5 KStG. Es ist aber nochmals zu betonen, dass dieses Gesetzgebungsvorhaben vorerst wieder verworfen wurde. Nichtsdestotrotz sollte man aus heutiger Sicht vom Worst Case ausgehen, mithin, dass eine Ausweitung auf Veräußerungsgewinne bei gleichzeitig nur eingeschränkt möglicher Verlustberücksichtigung nicht auszuschließen ist.

Dass nach geltendem Recht § 8b Abs. 4 KStG lediglich Streubesitzdividenden, nicht aber entsprechende Veräußerungsgewinne der Vollversteuerung unterwirft, ist durch die Entstehungsgeschichte des § 8b Abs. 4 KStG begründet – es ging darum, eine vom EuGH festgestellte Europarechtswidrigkeit hinsichtlich der Auswirkungen der Quellenbesteuerung von Dividenden zu beseitigen, so dass hinsichtlich Veräußerungsgewinnen kein akuter Handlungsbedarf bestand. Es ist allerdings m. E. ein europarechtliches Problem verblieben (s. o. Rz. 7). Überdies findet durch § 8b Abs. 4 KStG eine systemwidrige wirtschaftliche Doppelbesteuerung statt, da die nach § 8b Abs. 4 KStG der vollen Besteuerung unterworfenen Dividenden grundsätzlich aus Gewinnen stammen, die auf Ebene der ausschüttenden Körperschaft bereits zuvor einmal voll versteuert wurden. Da es grundsätzlich keine Möglichkeit einer sog. indirekten Anrechnung gibt, ist diese (inländische oder ausländische) Steuer grundsätzlich nicht anrechenbar. Bei gestuften Beteiligungsverhältnissen kommt sogar eine Mehrfachbelastung in Betracht. Lediglich die auf den Streubesitzdividenden lastende 25 %ige inländische Kapitalertragsteuer ist anrechenbar oder erstattbar. Auf den Streubesitzdividenden lastende ausländische Quellensteuern sind zwar ebenfalls anrechenbar, dies allerdings zumindest nach Verwaltungsauffassung allein auf die deutsche Körperschaftsteuer, d. h. maximal in Höhe von 15 %, und nach den allgemeinen Regeln nur im Rahmen der Per-Country-Limitation sowie auf Einkünftebasis, d. h. insbes. nach Abzug etwaiger Refinanzierungsaufwendungen.

- 13 § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG definiert Streubesitz grundsätzlich anhand eines Mindestbeteiligungsanfordernisses. Kein Streubesitz liegt demnach grundsätzlich vor, wenn zu Beginn des Kalenderjahres mindestens 10 % des Grund- oder Stammkapitals der ausschüttenden Kapitalgesellschaft unmittelbar gehalten werden. Zu betonen ist, dass es nur auf die direkte Beteiligung ankommt, d. h. um Streubesitz zu widerlegen, müssen unmittelbar mindestens 10 % des Grund- oder Stammkapitals gehalten werden. In zeitlicher Hinsicht muss die 10 %-Beteiligung nach § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG zwar zu Beginn des Kalenderjahres vorliegen. Ein unterjähriger Erwerb einer

mindestens 10 %igen-Beteiligung gilt jedoch nach § 8b Abs. 4 Satz 6 KStG als zu Beginn des Kalenderjahres erfolgt.

Nur für den Fall, dass kein Grund- oder Stammkapital vorhanden ist, ist nach § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG die Beteiligung am Vermögen maßgebend. Für den Sonderfall einer Genossenschaft ist nach § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben maßgebend. Das bedeutet für den aus praktischer Sicht typischen Fall, dass es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt, dass es auf die mindestens 10 %ige Beteiligung am Nennkapital ankommt.

#### HINWEIS

In anderen Rechtsordnungen gelten Beteiligungsertragsbefreiungen vielfach auch für die Umfänge, die nach deutscher Definition als Streubesitz einzustufen sind. Beispielsweise sehen einige ausländische Beteiligungsertragsbefreiungen gar keinen Anwendungsausschluss für Streubesitz vor. Andere Rechtsordnungen sehen eine niedrigere Mindestbeteiligungsschwelle als Deutschland vor. Beispielsweise beträgt die Schwelle in den Niederlanden 5 %. Daneben ist in einigen Rechtsordnungen die Einstufung als Streubesitz nicht nur über das relative Kriterium einer Mindestbeteiligungsschwelle bezogen auf das Nennkapital abwendbar, sondern alternativ/kumulativ über einen investierten Absolutbetrag. Beispielsweise genügt es in Luxemburg für die Anwendung der Beteiligungsertragsbefreiung, wenn die Beteiligung zwar keine 10 % des Nennkapitals umfasst, aber dafür historische Anschaffungskosten im Betrag von 1,2 Mio. € (Dividenden) / 6 Mio. € (Veräußerungsgewinne) getätigt wurden. Zudem ist die Beteiligungsertragsbefreiung in anderen Rechtsordnungen vielfach eine 100 %ige, während sie in Deutschland lediglich eine 95 %ige ist. Da Veräußerungsgewinne aus Streubesitz in Deutschland entsprechend der allgemeinen Regelung des § 8b KStG nur mit ca. 1,5 % belastet werden (= ca. 30 % Steuersatz von ca. 5 % fiktiven nichtabzugsfähigen Betriebsausgaben, § 8b Abs. 2, 3 KStG), kann eine Veräußerung oder sonstige Übertragung auf eine ausländische Holding sinnvoll sein. Handelt es sich um an einer deutschen Börse zum Handel im regulierten Markt zugelassene Aktien, ergibt sich aus § 11 Abs. 1 BewG auch ein eindeutiger Wertmaßstab für den angemessenen Veräußerungspreis: der niedrigste am Stichtag im regulierten Markt notierte Kurs. Ein Paketzuschlag i. S. d. § 11 Abs. 3 BewG wird in aller Regel nicht anzusetzen sein, da es sich um weniger als 10 % des Nennkapitals handelt. Auch für Beteiligungen, die mehr als 10 %, aber weniger als 15 % des Nennkapitals umfassen, kann diese Vorgehensweise zwecks Abwehr der gewerbsteuerlichen Streubesitzdividendenhinzurechnung sinnvoll sein (so. Rz. 10, 11). Die Abwehr der Gewerbesteuerlast ist insbes. deshalb anzuraten, da eine Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf die deutsche Gewerbesteuer zumindest nach Verwaltungsauffassung nicht möglich ist, anders als auf die deutsche Körperschaftsteuer. Es handelt sich bei der Übertragung deutschen Streubesitzes auf Auslandsgesellschaften in entsprechenden Konstellationen sowohl im Bereich des § 8b Abs. 4 KStG als auch im Bereich der §§ 8 Nr. 5, 9 Nr. 2a, Nr. 7 GewStG um eine völlig legitime Gestaltung, da auf diese Weise einer systemwidrigen Mehrfachbelastung entgegengewirkt wird.

Nur für den Fall, dass aktuell im Inland Streubesitz gehalten wird, aus dem keine oder nur geringe Dividenden bezogen werden und dessen Verkehrswert offensichtlich unter seine Anschaffungskosten gefallen ist, empfiehlt sich noch keine Veräußerung ins Ausland. In derartigen Fällen des Streubesitzes, auf dem sog. stille Lasten ruhen, sollte auch auf eine nach gegenwärtigem Recht wegen § 8b Abs. 3 KStG ohnehin steuerunwirksame Wertberichtigung verzichtet werden. Dies ist wegen der Wahlrechtsnatur des § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG und des § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG, die nicht mehr durch handelsrechtliche Vorgaben eingeschränkt ist, auch möglich. Auf diese Weise wird die Chance gesichert, für den etwaigen Fall einer Gesetzesänderung, die den Anwendungsbereich § 8b Abs. 4 KStG auf Veräußerungsgewinne ausweitet, durch eine spätere (konzerninterne) Veräußerung dieses Streubesitzes ins Ausland einen in Deutschland zu berücksichtigenden Veräußerungsverlust zu erzielen. Zwar könnte ein derartiger Verlust nur eingeschränkt berücksichtigungsfähig sein, weil neben der Ausweitung des § 8b Abs. 4 KStG auf Veräußerungsgewinne auch eine Verlustabschottungsregelung zu befürchten ist (s. o. Rz. 12). Dennoch ist ein ggf. nur eingeschränkt nutzbarer Verlust besser als ein überhaupt nicht nutzbarer Verlust.

Die Tatsache, dass § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG Streubesitz grundsätzlich anhand einer Nennkapitalbeteiligung definiert, wirkt sich insbes. im Bereich solcher hybrider Finanzinstrumente aus, die anhand des sog. Genussrechtstests des § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs 2 KStG (zum Genussrechtstest s. Rz. 261) als eigenkapitalähnlich einzustufen sind. Sind derartige Instrumente aufgrund ihrer zivilrechtlichen Natur nicht nennkapitalbeteiligt (z. B. Genussrechte, die zivilrechtlich als Fremd-

14

15